

إلتزام البائع بضمان التعرض و الإستحقاق فى القانون العراقى و القانون المقارن

الطالب : كارزان عبدالغفور رسول

مقدمة إلى فعاليات مؤتمر بحوث الطلبة فى جامعة التنمية البشرية لسنة 2015-2016



YourColor.Net

إهداء

أهدى هذا الجهد المتواضع إلى:

- أبى و أمى، ألا وهما موضع فخرى و قوة إندفاعى و تقدمى فى الحياة.
- نجومى الخمسة (أخواتى الأربعة و أخى الوحيد).
- النجم الساطع فى سماء القانون و الفقه و موضع شرف و فخر الأكراد، الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمى.
- قوات البيشمركة الباسلة المكافحة ضد الإرهاب، ألا وهم أنوار دربنا المظلم؟



YourColor.Net



الإسترداد و الضمان لا يجتمعان

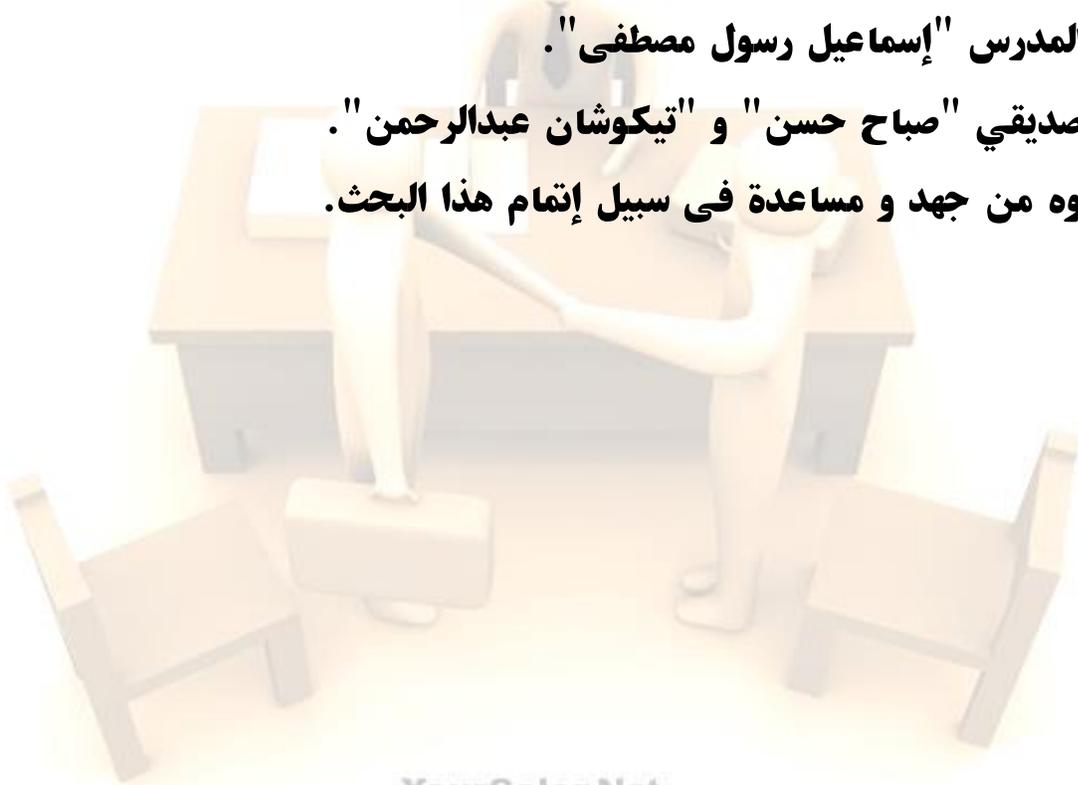
من قواعد الفقه الإسلامى

YourColor.Net

شكر و تقدير

أتقدم بجزيل الشكر لكل من:

- مشرفي المدرس (إلياس طاهر).
 - صديقي (بنار سركار)، الموظف في المكتبة العامة لجامعة التنمية البشرية و صديقي "يادكار جروستاني" صاحب مكتبة "يادكار" للكتب القانونية.
 - المدرسة "آسوس نامق براخاس" و المدرس "محمد مصطفى"، و عمي العزيز، المدرس "إسماعيل رسول مصطفى".
 - صديقي "صباح حسن" و "تيكوشان عبدالرحمن".
- لما بذلوه من جهد و مساعدة في سبيل إتمام هذا البحث.



YourColor.Net

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
	المقدمة
	المبحث الأول: ضمان التعرض
	المطلب الأول : مفهوم ضمان التعرض
	الفرع الأول : مفهوم الضمان
	الفرع الثاني : مفهوم التعرض
	المطلب الثاني: أنواع التعرض و شروطهم وخصائصهم
	الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي
	الفرع الثاني : ضمان التعرض الصادر عن الغير
	المبحث الثاني: ضمان الإستحقاق و الضمان الإتفاقي
	المطلب الأول: ضمان الإستحقاق و أنواعه
	الفرع الأول: مفهوم ضمان الإستحقاق
	الفرع الثاني: أنواع الإستحقاق
	المطلب الثاني: الضمان الإتفاقي
	الفرع الأول: تخفيف و تشديد أحكام الضمان
	الفرع الثاني: الإعفاء من الضمان

المقدمة

البيع، و ما أدراك ما البيع؟ فهو في الشريعة الإسلامية سميت "أم العقود"، و في الحياة اليومية أشهرهم شهرة و أكثرهم تعاطيا و تكراراً، فهو مبادلة مال بمال بمقتضى عقد يلتزم فيه البائع ببعض الإلتزامات تجاه المشتري، كما يلتزم هو بدوره أيضا تجاه البائع.

إلتزام البائع بضمان التعرض و الإستحقاق، هي واحدة من الإلتزامات الواقعة على كاهل البائع، يضمن البائع بمقتضاها عدم التعرض و الممانعة و الشغب الشخصي للمبشترى في ملكيته أو حيازته للمبيع، كما يضمن له عدم مزاحمة الغير قانونا له في ملكية أو حيازة العين المبيعة، إذا قيام البائع بتنفيذ هذا الإلتزام من المتطلبات الجوهرية التي يجب أن يوجد في تنفيذ عقد البيع، لأنه يتوافق و غرض البيع ألا وهو إنتفاع المشتري و حيازته حيازة هادئة بالعين المبيع المطلوب.

أهمية البحث

إذا تظهر لنا بأن أهمية هذا البحث، تكمن في أهمية هذا الإلتزام كما سبق و أشرنا إليه، و أيضا في أهمية الدراسات المقارنة لما فيه من إثارة و حلول، فمن الممكن أن تجد عند المقارنة ثقب و صغرات، أو صياغة أصوب للقواعد و المواد و الفقرات، فيؤدي ذلك إلى سدهم و فتح أفق جديدة للتطلع القانوني.

مشكلة البحث

هناك توافق و اختلاف بين قوانين الدول و خاصة البلدان الإسلامية و العربية عند صياغة أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق، في بعض الجوانب تأثروا بالفقه الإسلامي و في الأخرى بالفقه الغربي، يرى هذا البحث من واجبه أن يلقي الضوء على ذلك التفاوت و التقارب، و أن يحاول تحديد الرؤية الصائبة و الموقف الراجح بينهم.

منهجية البحث

إنتهجنا في بحثنا هذا، المنهج المقارن، لما فيه من جدوى و إيجاد الثغرات، و التعرف الأكثر على خفايا و أسرار الأحكام و الوصول إلى الجذور القانونية لمواقف المشرعين والفقهاء، و ذلك لبلوغ الموقف الأمثل و الصياغة الرائعة للنصوص، قارنا موقف مشرعنا العراقي بموقف المشرعين العربية وخاصة المصرية و الأردنية و الجزائرية و اللبنانية، و أيضا بموقف الفقه و القانون الفرنسي و بعض الدول الغربية، و أخيرا بالفقه الإسلامي.

هيكلية البحث

إنقسم البحث على مبحثين:

المبحث الأول خصصت ل(ضمان التعرض) و انقسم على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم ضمان التعرض، و هو بدوره على فرعين، أولهما ل(مفهوم الضمان)، و الأخير ل(مفهوم التعرض).

المطلب الثاني: أنواع التعرض و شروطهم و خصائصهم، وهو بدوره على فرعين: أولهما ل(ضمان التعرض الشخصي) و الأخير (لضمان التعرض الصادر عن الغير).

أما المبحث الثاني خصصناه ل(ضمان الإستحقاق و الضمان الإتفاقي)، و انقسم أيضا على مطلبين: المطلب الأول: ضمان الإستحقاق و أنواعه، وهو بدوره على فرعين، لأولهما ل(مفهوم الإستحقاق و شروطه و خصائصه)، و الأخير ل(أنواع الإستحقاق).

المطلب الثاني: الضمان الإتفاقي، وهو بدوره على فرعين: أولهما ل(تخفيف و تشديد أحكام الضمان) و الأخير ل(الإعفاء من الضمان).



المبحث الأول

إلتزام البائع بضمان التعرض

إلتزام البائع بضمان التعرض إحدى الإلتزامات الخطيرة للبائع، و الذي يجب عليه الوفاء بها، لكي لا يعتبر مخالفاً لإلتزاماتها، و نحن في هذا الصدد نقسم مبحثنا هذا على مطلبين، نخصص الأول لمعرفة (مفهوم ضمان التعرض) و الثاني لمعرفة (أنواع التعرض و خصائصهم و شروطهم) و ما إلى ذلك.

المطلب الأول

مفهوم ضمان التعرض

الفرع الأول

مفهوم الضمان

أولاً: لغويًا: "ضَمِنَ ضَمْنًا" و "ضَمَانًا الشَّيْءَ" و "ضَمَانًا بِهِ": كَفَلَهُ، و الضامن: هو الكفيل و الملتزم، و تضامن الغرماء: ضَمِنَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا تَجَاهَ صَاحِبِ الْحَقِّ. إذا الضمان تعنى الكفالة و الكفالة لغة هى الإعالة و الإلتفاق و القيام بأمر المكفول.

ما يبرر قولنا هذا هو ما جاء فى (توضيح الأحكام من بلوغ المرام) مفاده: ((الضمان بفتح الضاد: الكفالة))¹. و مصدر الفعل ضَمِنَ بمعنى كَفَلَ مشتق من التَّضَمَّنْ، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق². قيل بأنه تعنى "الإلتزام" أيضا³. وله تعريفات لغوية أخرى منها: "الإحتواء" لقول ابن فارس: "جعل شئ يجويه" و "الإشتمال على شئ" لقول الجوهري: "فهمت ما تضمنه كتابك، أى ما إشتمل عليه"، و قال ابن الفارس بالكفالة أيضا، و قال الفيروزآبادى ب"الإلتزام" أو "الإلتزام"⁴.

¹ : الأب لويس معلوف و الأب لويس فيرديناند اليسوعى، المنجد فى اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاسوليكية، بيروت، دون سنة النشر، الطبعة التاسع عشر، ص 455.

² : عبدالله بن عبدالرحمن البسام، توضيح الأحكام فى بلوغ المرام، مكتبة الأسدى، مكة المكرمة، 2005، الطبعة الثالثة، ص 341.

³ : الإنترنت، الضمان، ويكيبيديا، على الرابط التالى:

<http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B6%D9%85%D8%A7%D9%86>

آخر تحديث فى 2015/3/22.

⁴ : د. محمد عبدالمنعم أبوزيد، الضمان فى الفقه الإسلامى و تطبيقاته فى المصارف الإسلامية، المعهد العالمى للفكر الإسلامى، القاهرة، 1996م، الطبعة الأولى، ص.

⁵ : د. يس بن ناصر الخطيب، البئر و ضمانه، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، العدد 56، ذو القعدة/صفر 1419-1420 للهجرة، ص 235.

و لكن المعنى اللغوى الأعم و الأشمل و الأرجح بين الفقهاء هو "الكفالة".

ثانياً: إصطلاحياً: عبارة عن إلتزام رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، و يختلف المعنى الإصطلاحى لكلمة الضمان باختلاف الإسم المقترن به، فعلى سبيل المثال: الضمان الإجتماعى و ضمان التعرض و الضمانة الدولية .. الخ.

جاء الفقه الإسلامى بتعاريف إصطلاحية عدة لمصطلح الضمان، و منها: "الضمان هو إلتزام بتعويض عن ضرر"¹. يدافع الدكتور يس الخطيب على هذا التعريف لإيجازه، و لإستخدامه كلمة الإلتزام، وهو إلتزام الشخص الضار بقوة على أن يعوض المضرور. و الإلتزام لا يكون بهذه القوة إلا إذا صدر من الحاكم، و لكن لو تأملنا فى التعريف، نجد بأنه واسع جداً، و جاء بكلمة "الضرر" شاملاً دون أن يفرق بين أنواع الضرر و الضرر بسبب قهرى.

فى المادة السادسة من القانون المدنى العراقى رقم (40) لسنة (1951)ز، أقر المشرع قاعدة فقهية وهو (الجواز الشرعى ينافى الضمان)، و بالتالى ميّز بين الإستعمال الشرعى (أى الجائز) و الذى لا يشمل الضمان، و الإستعمال الغير جائز و الذى يلحقه الضمان، كما نرى فى الشق الثانى من المادة ((فمن إستعمل حقه إستعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر))² و فى المادة التى تليها يحصر لنا المشرع الأحوال التى يصبح فيها الإستعمال غير جائزاً.

و بالتالى أصبح الآن واضحاً ما يستوجب الضمان خلافاً للتعريف السابق، و الذى إمتزج فيه نوعى الإستعمال، لأن حسبه يجب الضمان مادام هناك ضرر.

و جاء مصطلح الضمان بمعانى أخرى فى الفقه الإسلامى نحو: "التعويض" و "تحمل تبعه الهلاك" و الإلتزام بالقول" و ما إلى ذلك.

يرى بعض الفقه أن مصطلح "الضمان" فى الشريعة الإسلامية ترادف مصطلح "المسؤولية القانونية" فى القانون الوضعى، و ذلك لقولهم بأن الشريعة الإسلامية لا يفرق بين شقى المسؤولية القانونية (المدنية و الجزائية)، و نقيضاً لرأيهم هناك توجه آخر من الفقه يرى ترادف الضمان فى الشريعة مع مصطلح المسؤولية المدنية فقط دون الجزائية، بقولهم: الضمان من الممكن أن تكون ضمان نفس و كذلك ضمان مال، ويدخل فى معناه العام، التأمينات الشخصية و العينية و المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد و المسؤولية التقصيرية تقابل ضمان اليد أو ضمان الإلتلاف، و أن المسؤولية العقدية تقوم على خطأ صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن مع وجود العلاقة السببية و سار المشرع العراقى على هذا الفهم أيضاً .

¹ : الأب لويس معلوف و الأب لويس فيرديناوند اليسوعى، مصدر سبق ذكره، ص 455.

² : د. يس بن ناصر الخطيب، مصدر سبق ذكره، ص ص (236-237).

³ : جمهورية العراق، قانون المدنى العراقى (40)، 1951، المادة (6).

و لكن الطرف الأول ينقضون رأيهم بالتبريرات التالية:

1. ليس التعويض فى المسؤولية العقدية على مال تالف وحسب، و إنما هو تعويض عن ضرر نشأ من عدم تنفيذ المدين ما إلتزم به بناءً على العقد.

2. المسؤولية التقصيرية - فى الفقه- هى إلتزام من أحدث ضرراً غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر، و لكن فى القانون: (هى المسؤولية التى يقرها القانون على محدث الضرر بخطأ غير عقدى ومن صورته المهمة الإلتلاف و الغصب).

3. الضمان يترتب عليه جوانب كثيرة لا تترتب على المسؤولية المدنية، لأن كل إنتفاء للضمان ينتفى به المسؤولية و العكس غير صحيح، ففى حالة الغاصب مثلاً ينتفى المسؤولية إذا كان الهلاك بسبب أجنبى ولكن لا تنتفى الضمان¹. و الراجع عندنا أن مصطلح الضمان لا تعادل المسؤولية المدنية فقط و إنما يترادف مع المسؤولية القانونية.

الفرع الثانى

مفهوم التعرض

أولاً: لغوياً: عَرَضَ لى عارضٌ: منعى مانع، و تَعَرَّضَ: داخله الفساد، و تعرض الأمر أو للأمر أو إلى أمر: تصدّى له و طلبه. و أَعْتَرَضَ له: منعه².

و تَعَرَّضَ إلى مسألة: تصدّى لها و طلبها، وقف فى طريقها، و واجهها³.

و تستنبط من المرادفات أعلاه بأن التعرض هو تدخل الفساد إلى الأمر، و يحول دون الوصول إلى الغرض المرجو منه، و هو وجود مانع من تحقيق القصد، و من يتعرض للأمر، يتصدّى له، أى لإستخدامه أو ممارسته أو طلبه... أى طلب الشئ المتعرض عليه-بفتح الراء-.

ثانياً: إصطلاحياً: جاء فى قاموس المعانى : ((التعرض فى القانون: فعل ماددى أو إجراء قانونى يقصد به منازعة الحائز فى حيازته))⁴.

و يستنبط من نص المادة (549) من القانون المدنى العراقى، بأن التعرض، هو فعل ماددى أو إدعاء من المتعرض بأن له حق على المتعرض عليه (المبيع فى عقد البيع)، بحيث يؤدى ذلك إلى عدم إنتفاع البائع بالعين محل التعرض.

¹ : د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية.. أفكار و آراء فى القانون المدنى، مكتب الفكر و الوعى للإتحاد الوطنى الكردستانى، السليمانية، 2009، ط1، صص(230-236).

² : الأب لويس معلوف و الأب لويس فيرديناند اليسوعى، مصدر سبق ذكره، ص 497.

³ : الإنترنت، موقع قاموس المعانى، الموجود على الرابط: <http://www.almaany.com/ar/dict/ar->

⁴ : المصدر نفسه. [/ar/%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D8%B6](http://www.almaany.com/ar/dict/ar-%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D8%B6) آخر تحديث فى 2015/3/22.

ضمان التعرض يسمى بضمان نزع اليد في القانون المدني الفرنسي مثلاً، وهو عدم التعرض (للمشترى في عقد البيع مثلاً) في تمتعه بالعين المبيعة سواء من قبل (البائع في عقد البيع) نفسه، أو من قبل الغير، في التقنين الفرنسي فهو ملزم بضمان التعرض دون النظر إلى النية، أكان حسناً أم سيئاً النية^١.

و هناك بعض القوانين تتوسع في تعريف ضمان التعرض و يعتبر البائع ضامناً إذا كان هناك مجرد احتمال وقوع التعرض (في العقار دون المنقول)، كالتقنين الألماني (المواد 434 و 440)^٢.

أما في القانون المدني العراقي، تأتي مفهوم ضمان التعرض، بأن يضمن الطرف الأول (البائع) ملكية المبيع و حيازته بصورة هادئة للطرف الثاني (المشترى)، مع إمتناعه نفسياً (سواء أكان ماددياً او معنوياً) عن وضع يده على المبيع^٣ و رفع التعرض القانوني الصادر من الغير أيضاً^٤.

و الإلتزام بضمان التعرض كما يقول الدكتور جعفر الفضلي، ليس قاصراً على عقد البيع بل هو واجب في سائر العقود الناقلة للحق^٥. أى يشمل ضمان التعرض جميع العقود الواردة على الملكية و المنفعة.

و ينادى الدكتور عبدالرزاق السنهوري بأن يجعل (ضمان التعرض و الإستحقاق) نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع و الإيجار فقط، كما فعله المشرع الألماني^٦.

سلك المشرعون العرب نفس المسلك الذي سلكه المشرع العراقي في مفهوم و نطاق ضمان التعرض، مع وجود إختلافات في الجزئيات و الآثار، كما فعل المشرع المصري في المادة (439) و السوري (م407) و الليبي (م428) و اللبناني (م428 و 431)^٧.

ومن الفريد المشرع البولوني، و الذي مزج ضمانى التعرض و الإستحقاق و العيوب الخفية، و أسماه ضمان العيوب القانونية، أى أرجع الضمانين إلى أصل واحد^٨.

¹ : جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، ت: منصور القاضى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2003، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ص 250.

² : د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، الطبعة الثالثة، المجلد الرابع، ص ص (621-622).

³ : د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاولة)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة-مصر، دون سنة النشر، ص 106.

⁴ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب عبید الفتلاوى، الموجز في العقود المسماة (البيع-الإيجار-المقاولة)، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة-مصر، دون سنة النشر، ص 117.

⁵ : د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص 106.

⁶ : د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ص (622-623).

⁷ : المصدر نفسه، ص ص (623-625).

⁸ : المصدر نفسه، ص 622.

فى الفقه الإسلامى؁ لم نجد خلال بحثنا فى الكتب الفقهية؁ كتابا يخصص باباً خاصاً بضمان التعرض؁ و يبحث فيه صراحة كما فعلوا فى ضمان الإستحقاق؁ و كل ما فعلوه هو مناقشة هذا الموضوع تحت أبواب أخرى و منها باب خيار تعلق حق الغير بالمبيع؁ باب بيع ملك الغير و باب خيار الإستحقاق؁ و لم يتطرقوا إلى ضمان التعرض الشخصى إلا نادراً.

((فإذا اشترى رجل داراً ثم ظهر أنها مرهونة أو مؤجرة؁ خير بين الفسخ أو عدمه؁ دفعا للضرر عن نفسه؁ حتى ولو كان عالماً بذلك فى ظاهر الرواية وهو الصحيح و عليه الفتوى))¹.

وحتى صاحب مرشد الحيران لم يخصص باباً لضمان التعرض؁ و إنما جاء بأحكامه فى باب ضمان الإستحقاق و ذلك عند سرده ضمان المبيع عند الإستحقاق فى المواد (491 إلى 513)².

كما نجد بأن القوانين المدنية فى البلدان الإسلامية (و العراق نموذجاً) أخذوا بمفهوم و فكرة ضمان التعرض من حيث المبدأ؁ و رعوا المبادئ القانونية التى يتوجب تعويض المشتري عما لحقه من ضرر وفاته من كسب جراء الإخلال بهذا الضمان.

قلنا فيما سبق بأن بعض التشريعات توسع فى مفهوم ضمان التعرض؁ و لكن رجوعاً إلى البلدان العربية نجد غير ذلك؁ و الشاهد هو القضاء المصرى من مبادئ محكمة النقض فى الطعن المرقم (45 سنة 10ق؁ جلسة 1940/12/5) يقول: ((إن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري فى حيازته للمبيع و إنتفاعه به))³.

و الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق؁ إلتزام أبدي يتولد عن البيع ولو لم يشهر على حد تعبير محكمة النقض أعلاه؁ و يمتنع منازعة المشتري من قبل الورثة عند وفاة البائع إلا عند التقادم المكسب و ذلك فى الطعن المرقم (575 لسنة 34؁ جلسة 1969/3/16)⁴.

¹ : د. وهبة الزحيلي؁ الفقه الإسلامى و أدلته؁ دار الفكر؁ دمشق-سوريا؁ 2008؁ الجزء الرابع؁ الطبعة السادسة؁ ص301.

² : محمد قدرى باشا؁ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان فى المعاملات الشرعية؁ منشورات الحلبي الحقوقية؁ بيروت؁ 2012؁ الطبعة الأولى؁ ص ص (160 - 167).

³ : المستشار سعيد أحمد شعله؁ قضاء النقض المدنى فى العقود؁ دار الكتب القانونية؁ مصر؁ دون سنة النشر؁ ص 511.

⁴ : د. مجدى المتولى؁ مبادئ القضاء المصرى (القضاء الدستورى- القضاء الإدارى- القضاء العادى)؁ الهيئة العامة المصرية للكتاب؁ مصر؁ 1996؁ ص 1159.

المطلب الثاني

أنواع التعرض و شروطهم و خصائصهم

عند صياغة البحث و التحليل عن المواضيع المدنية، قدّم بعض الباحثين و الشراح، صور التعرض على أنواعها، و منهم الدكتور جعفر الفضلي، و منهم من إنتهج عكسه، و نرى بصواب الثاني، لأن (النوع) (هو الصنف من كل الشئ، و فى إصطلاح المناطقة: كلّى مقول على واحد أو كثيرين متفقين فى الحقائق فى جوواب ماهو؟)٣، و أما الصورة: (تدل على ماهية الشئ المجردة و خياله فى الذهن أو العقل)٣.

إذا من حيث النوع تنقسم ضمان التعرض إلى نوعين ألا وهما ضمان التعرض الشخصى و ضمان التعرض الصادر عن الغير، و لكل منهما قواعد و خصائص و أحكام يختص بها، لذى إرتأينا بحثهم كل على حدة فى فرعين مستقلين.

الفرع الأول

ضمان التعرض الشخصى

نظرا لإلتزام الأول للبائع "الإلتزام بنقل الملكية"، يلتزم البائع أيضا بضمان تمتع المشتري بالعين محل البيع تمتعا سليما بحيث لا يعكره بنفسه، أى لا يجوز دون إنتفاع المشتري به، كما ينص المادة 549 من قانوننا المدنى، و الذى يتضح منه بأن البائع يضمن للمشتري عدم صدور فعل ماددى أو موقف قانونى منه بحيث يعكر حيازة المشتري للمبيع دون أن يستند إلى حق قانونى يدعيه على المبيع، ف(من وجب عليه الضمان، إمتنع عليه التعرض) و نجد مواقف مشابهة لقانوننا المدنى فى القوانين المدنية العربية، و منها نص المادة 371 من القانون المدنى الجزائرى القائل: (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الإنتفاع بالمبيع، كله أو بعضه، و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه)٣.

و فى هذا السياق نطرق فى المسائل التالية:

أولا: متى يقوم هذا الضمان؟ و ماهى شروطه؟

ثانيا: خصائص هذا الضمان.

¹ : الإنترنت، قاموس المعانى، الموجود على الرابط (<http://www.almaany.com/ar/dict/ar->)

آخر تحديث فى 2015/3/23. ([ar/%D9%86%D9%88%D8%B9/](http://www.almaany.com/ar/dict/ar-%D9%86%D9%88%D8%B9/))

² : الإنترنت، قاموس المعانى، الموجود على الرابط (<http://www.almaany.com/ar/dict/ar->)

آخر تحديث فى 2015/3/23. ([ar/%D8%B5%D9%88%D8%B1%D8%A9/](http://www.almaany.com/ar/dict/ar-%D8%B5%D9%88%D8%B1%D8%A9/))

³ : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون المدنى، الأمر رقم 57-58، لسنة 1975.

ثالثا: صور هذا الضمان.

رابعا: جزاء الإخلال بهذا الضمان.

أولا: متى يقوم هذا الضمان؟ وماهى شروطه؟

يقع هذا الضمان إذا صدر تعرض البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع^١، إذا بإمكاننا سرد شروط هذا الإلتزام، و الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، أى لا يلتزم البائع بالضمان دون ترتب الشروط:

1. **وقوع التعرض فعلا:** فلا يقوم الإلتزام ما لم يقوم لتعرض فعلا من البائع للمشتري، و بهذا لا يكفى لقيام الإلتزام مجرد احتمال و قوع التعرض^٢ (خلافا للفقهاء الألمانى)، كأن يخشى المشتري من تعرض البائع له، أو سبق و البائع تعرض لإحدى مشترياته، أو مجرد تهديد البائع بالتعرض له، لأن التهديد مجرد قول و التعرض يحتاج إلى فعل لقيامه.

و لكن سؤال يطرح نفسه: هل يقع التعرض عندما يبيع البائع عقاره الذى باعه أمس بالمشتري "أ"، بالمشتري الثانى "ب"؟

يقول الدكتور السنهورى : (و إذا باع البائع العقار مرة ثانية و بادر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول فا انتقلت الملكية إليه دون المشتري الأول)^٣، و يعود هذا إلى شكلية عقد البيع العقارى، و بالتالى لا يتسنى للمشتري الأول رفع دعوى الضمان على البائع، و له الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى. فى حين يذهب جانب من الفقهاء إلى أن قيام المشتري الثانى بتسجيل عقده قبل المشتري الأول يجعل التعرض قد وقع فعلا، و ذلك لأن قيام المشتري الثانى بتسجيل عقده يكون قد حرم المشتري الأول من إمكانية إكتساب ملكية المبيع^٤. ونحن نرى برجحان الرأى الثانى و ذلك لأن قيام المشتري الثانى بالتسجيل عكر الحيازة الآمنة للمشتري الأول و كان هذا صادرا من فعل البائع ببيعه العقار ثانية. على كل حال لا بد للإلتزام البائع بضمان التعرض الشخصى أن يقع التعرض فعلا.

2. **أن يترتب على الفعل المعتبر تعرضا، حرمان المشتري كليا أو جزئيا من الإنتفاع بالمبيع:**

(بمفهوم المخالفة، فإن التعرض الغير المؤثر لا يستدعى الإلتزام بالضمان، كأن يكون الضرر الذى يحدثه

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص ص (625-626).

² : د. أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، مصر، 2010، الطبعة الأولى، ص 196.

³ : د. عبدالرزاق السنهورى، المصدر السابق، ص 626.

⁴ : تركى وليد، "ضمان التعرض و الإستحقاق فى عقدى البيع و الإيجار"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة

باجى مختار-عنابة، 2011، ص 47.

البائع لا يمكن تقديره، كأن يقوم البائع بزرع شجرة ذى كثافة معتادة فى أوراقه، مما يؤدى إلى تساقط الأوراق فى المنزل المبيع، فإن فى ذلك ما يمكن تحمله و لا يعتبر تعرضاً^٣.
و لكن البائع إذا حرم المشتري حرماناً كلياً أو جزئياً من الإنتفاع الهادئ، كأن يقوم برفع دعوى إسترداد للعقار المبيعة، أو عدم قيامه بتخلية الدار للمشتري، يعتبر فعله هذا تعرضاً من قبله.
و ليس هناك تعرض إذا كان إنتقاص الإنتفاع كان ناشئاً عن بعض القيود القانونية التى ترد على الملكية كالقيود الخاصة بالفتحات و المناور و القيود الناشئة عن خط التنظيم على الرغم من ما فيهم من إنتقاص إنتفاع المشتري^٤.

3. أن يكون التعرض غير مشروع: أى لا يستند البائع فى تعرضه إلى حق يستمده من القانون أو العقد^٥، فمثلاً لا تعارض بين ضمان البائع و مطالبة المشتري بدفع الثمن و قيامه بالتنفيذ على الشئ المبيع لإستيفائه الثمن، ومن الأمثلة: كأن ينص البائع فى العقد بإنتفاعه و لمدة معينة بالعين المبيعة، أو إحتفاضه بحق الفسخ إذا تأخر المشتري من أداء عمل ما.
4. و يضيف بعض الفقه شرطاً رابعاً و هو وقوع التعرض بعد البيع و ليس قبله^٦.

ثانياً: خصائص الإلتزام بضمان التعرض الشخصى

يمتاز إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصى ببعض الخصائص و منها:

1. إلتزام غير قابل للتجزئة و الإنقسام: إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصى، إلتزام لا يقبل التجزئة^٧، أى لا يقبل الإنقسام فيما إذا كان طرف البائع أكثر من شخص واحد، فمثلاً إذا قام شخصين ببيع ملك شائع بينهما، يبقى كل منهما بضمان التعرض الشخصى فى الملك كله.

(و يبقى فى حالة تعدد الباعين حق الرجوع للمشتري على جميع الباعين قائمة، و إذا قام المشتري بإلزام أحد الباعين بالضمان، إنقسم الضمان على سائر الباعين كل حسب نصيبه من المبيع)^٨.

YourColor.Net

¹ : تركى وليد، مصدر سبق ذكره، ص 48.

² : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 197.

³ : تركى وليد، المصدر السابق، ص 48

⁴ : د. أحمد السعيد الزقرد، المصدر السابق، ص 197.

⁵ : ربحى محمد أحمد عزيز، "ضمان التعرض والإستحقاق، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا،

جامعة النجاح الوطنية- نابلس، فلسطين، 2011، ص 32.

⁶ : المصدر نفسه، ص 32.

سؤال وجيه: أليس في هذا تجزئة للإلتزام، و الجواب: لا، لأن هذه التجزئة تسرى على أداء مال قابل للإنقسام و ليس الإلتزام بعينه، و يبقى في هذه الحالة احتمال وجود إتفاق بين البائعين يقضى بغير ذلك، يسأل كل بائع بمقدار مخالفته لأحكام العقد و نتكلم عن ذلك عند سردنا عن تعديل أحكام الضمان.

و يعود السبب في عدم إنقسام الإلتزام إلى أن (تحقق الحيابة الهادئة والمستمرة بالنسبة للمشتري، لا يمكن أن تتوفر في جزء من المبيع دون بقية أجزاءه الأخرى) ^١.

مثال: لو كان شخصان يملكان دارا في الشيوخ، لإلتزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه على الدار وليس النصيب الذي باعه فحسب، ولو ظهر بعد ذلك، أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها، و أن الشخص الآخر لا يملك شيئا) ^٢.

و لا تنتقل الإلتزام بضمان التعرض الشخصي إلى الخلف العام أو الخاص للبائع و ذلك لأنه أنه إلتزام شخصي بالنسبة للبائع، وهذا ماجرى العمل عليه ففى القضاء المصرى و العراقى، و يبقى الإلتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث و يبقى في التركة. و لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وقد إنقسم الفقه العربى في إنتقال الإلتزام إلى الخلف العام كالورثة، إلى رأيين كالتالى:

أ- هذا الإلتزام ينتقل إلى الورثة و هم ملزمون بعدم التعرض الشخصى للمبيع إقتداء بالفقه و القضاء الفرنسى، و يعللون مذهبهم بأن الإلتزام بضمان التعرض لايعتبر دينا فى ذمة البائع إلا فى حالة ما أحل البائع به، و لا ينقلب إلى دعوى تعويض إلا بعدما أخفق المشتري فى رد تعرض البائع.

ب- هذا الإلتزام لا ينتقل إلى الورثة، بل يؤول إلى التركة، وهذا إقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية فى الإرث، و التى أقرت بإستقلال ذمة الوارث عن المورث، و ذهب غالبية المشرعين و الفقهاء (بما فيها العراقى) العرب إلى إعتبار رجحان الثانى ^٣.

أما موقف القضاء الفرنسى ليس بصريح، (يلاحظ بأن على خلاف حول ما إذا كان واجب البائع المذكور أعلاه واجبا شخصيا لا ينتقل لورثته أو أنه واجب ينتقل إلى ورثته لعدم إرتباطه بشخص البائع فقط) ^٤.
أى يرى جانب من الفقه الفرنسى بأنه إذا كان عمل الورثة تعد تعرضا، فينتقل الإلتزام وهم ملزمون بعدم التعرض، فمثلا إذا قاموا بالتجارة فى الحل تسترا أو أبقوا الإنتفاع بالمبيع، و لا ينتقل الإلتزام فى غير ذلك.

¹ : تركى و ليد، مصدر سبق ذكره، ص 49.

² : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 633.

³ : تركى و ليد، المصدر السابق، ص 57..

⁴ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص (118-119).

2. إمتناع عن عمل أى إنه إلتزام سلبي: يلتزم البائع بالإمتناع عن أى عمل ماددى أو قانونى تعكر حيازة المشتري للمبيع، والقانونى هو إدعاء البائع بأن له حق على المبيع و يستوى إذا كان حق المدعى بها شخصيا او عينيا^١.

وهو تعنى بأنه إلتزام سلبي و إلتزام بتحقيق نتيجة و يرى الفقه و المشرع العراقى بأنه إلتزام أصلى و ليس تبعيا^٢، و لكن المشرع التونسى أقر بأنه إلتزام تبعى و عده نتيجة للإلتزام بالتسليم^٣.

2. إلتزام أبدي: عد القانون المدنى المصرى و الأردنى هذا الإلتزام إلتزاما أبديا، مع الأخذ بعين الإعتبار سقوطه بمرور مدةالتقادم و هو مدة خمسة عشرة سنة من تأريخ وقوع التعرض^٤.

وهنا يثير تساؤل وهو إذا إعترض البائع المشتريَ لمدة طويلة، إجتازت 15 سنة، هل يكتسب البائع ملكية المبيع؟ عمل المشرع الفرنسى فى هذا الصدد بقاعدة (من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض)، و منع البائع من إكتساب ملكية المبيع بالتقادم المكسب.

و لكن المشرع المصرى أجاز للبائع إكتسابه ملكية المبيع بالتقادم المكسب و أكد محكمة النقض على ذلك فى قرار مفاده (إن وضع يد المكسب للملكية هو واقعة ماددية يجوز إثباتها بكافة الطرق و للمحكمة أن تعتمد فى ثبوت الحيازة، بعنصرها على القرائن التى تستنبطها عن وقائع الدعوى مادام إستخلاصها سائغا)^٥.

و يرد الدكتور سنهورى على حجة الفرنسيين بقوله: (حتى إذا كان إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر منه إلتزاما أبديا، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلا فقد تحقق الضمان، و كان للمشتري دعوى الرجوع على البائع، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بإنقضاء خمسة عشرة سنة، من وقت نشوئها، أى من وقت وقوع التعرض فعلا)^٦.

¹ : رجى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 33.

² : الإلتزام الأصلي: هو إلتزام مستقل غير تابع لإلتزام آخر، كالإلتزام فى عقد البيع و الإيجار، فلا ينقضى إلا بأسباب الإنقضاء للإلتزامات المستقلة، و أما الإلتزام التبعى: هو إلتزام غير مستقل، بل هو تابع لإلتزام آخر، فيبقى ببقائه و ينقضى بإنقضاءه، كإلتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به الأصيل.

ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمى، الإلتزامات فى ضوء المنطق و الفلسفة، مطبعة شهاب، أربيل، 2011، الطبعة الثانية، ص 48.

³ : نذير بن عمو، قانون مندى، العقود الخاصة، البيع و المعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بلا، 2008، ص 215.

⁴ : رجى محمد أحمد عزيز، المصدر السابق، ص 33.

⁵ : المصدر نفسه، ص 34.

⁶ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 632.

أما في العراق فتستنبط من روح المواد المتعلقة بضمان التعرض في القانون المدني العراقي بأن إلتزام البائع بضمان تعرضه، إلتزام أبدى أيضا، و بالنسبة لتقادمه لم يأت المشرع العراق بنص خاص، كما فعل ذلك عند تناوله إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية، فجاء بنص المادة 570 لتنظيم التقادم في العيوب الخفية، وهذا تعنى بأن مشرعنا قد أحال القضية إلى القواعد العامة في التقادم، أى إلى المادة 429 القائل: (الدعوى بالإلتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمسة عشرة سنة مع مراعاة ماوردت من أحكام خاصة)^١.

ثالثا: صور الضمان

1. التعرض المادى: هناك تعاريف عديدة للتعرض المادى و تأتي منها:

يعرفه الدكتور محمد يوسف الزغبى بأنه: (كل فعل مادى يقوم به البائع يعكس أو يعيق حيازة المشتري للمبيع، دون إستناده إلى حق يدعيه)^٢.

كما عرفه الدكتور أحمد السعيد الزقرد بأنه: (هو إلتزام البائع عن القيام باى عمل يمس مباشرة أو بطريق غير مباشر بحيازة المشتري للمبيع و الإنتفاع به، ما لم يستند هذا العمل إلى حق للبائع يدعيه على المبيع)^٣.

أما الأستاذ نذير بن عمو عرفه بأن : (المقصود بالشغب المادى او ما يسمونه بالتعرض المادى، هو كل فعل من شأنه أن يؤدى إلى التضيق على المشتري أو حرمانه مطلقا من الإنتفاع بمشترائه)^٤.

و يؤخذ على تعريف الأستاذ نذير بأنه تعريف واسع يشمل جميع أفعال البائع بما فيه أفعاله المستندة على حق أقر له القانون أو نص عليه العقد، نرى من جانبنا بأن التعريف الراجح هو تعريف الدكتور الزغبى، و أخذ به الكثير من الفقه بما فيهم الدكتور جعفر الفضلى^٥ و الدكتور سعيد مبارك و آخرون^٦.

وينقسم الدكتور عبدالرزاق السنهورى، التعرض المادى على قسمين:

قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع، كأن يبيع شخص متجر لآخر و يعتمد إلى فتح متجر مجاور له يزاول فيه نفس النشاط التجارى، فينافس المشتري فى عملاءه السابقين و يجتذبهم إليه فيلتزم البائع بعدم فتح المتجر.

YourColor.Net

¹ : جمهورية العراق، القانون المدني رقم (40)، 1951.

² : رجبى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 26.

³ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 198.

⁴ : نذير بن عمو، مصدر سبق ذكره، ص 216.

⁵ : د. جعفر الفضلى، مصدر سبق ذكره، ص 108.

⁶ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 117.

لكن في نفس المثال لو قام شخص آخر غير البائع بفتح متجر من نفس النشاط يتزاحم بها المشتري، فهو لا يسأل لأنه ليس ملتزما بعدم التعرض الشخصي تجاه المشتري¹.

من أمثلة أخرى، كأن يقوم البائع بانتزاع شبابيك و أبواب العقار المبيعة مبررا بأنه لم يبيعهم و لم يذكر نص في العقد! و أيضا قيام مطرب بنشر ألبوم كان قد عهد إلى ناشر بنشره، أو قيام صاحب مولدة الكهرباء بإنقاص عدد الأمبيرات التي كان من الواجب إعطائها للمشتري.

و القسم الثاني كما يقول السنهوري، قسم يقوم على تصرفات قانونية من البائع، سواء قبل البيع او بعده، يكون من شأنها أن تحول دون إنتفاع المشتري بملكية المبيع².

والتصرفات القانونية المقصود بها هنا، هي تلك التصرفات التي يكون صادرا من البائع تجاه الغير و ليس المشتري طرفا فيها، فهذه التصرفات تعتبر مادديا بالنسبة للمشتري.

و المثال على ذلك بيع البائع العقار مرة ثانية و مبادرة المشتري الثاني التسجيل، و بالتالي تنتقل إليه الملكية، إن هذا التعرض تظهر و كانه تعرض صادر عن الغير، لكن في نفس الوقت إنه تصرف صادر من البائع، لأنه هو السبب لتصرف الغير.

ومن المحتمل أن يكون تصرف البائع قبل البيع وليس بعده، كقيام البائع ببيع عقار و هبه ل(أ) و قبضه (أ) مبادرا إلى التسجيل، و سجله، و بعدها قام البائع ببيعه ثانية ل"ب".

لم ينص مشرعنا المدني على صور التعرض الشخصي صراحة، ولكن جاء في المادة 549 عبارة (سواء كان التعرض من فعله)، و كلمة الفعل تشمل الفعل مادي و الذي أسردنا فيه، و تشمل الفع القانوني و الذي نسرد فيه الآن.

2. التعرض القانوني: يعرفه الدكتور على نجيدة : (يقصد به أن يدعى البائع حقا على المبيع يتعارض مع حق

المشتري في ملكية هذا المبيع)³، أما الدكتور أحمد الزقرد، عرفه بأنه: (قيام البائع بإدعاء حق على المبيع من شأنه المساس بحيازة المشتري و الإنتفاع به)⁴.

نلاحظ بأن الدكتور على نجيدة إستعمل في تعريفه مصطلح (ملكية المبيع) و لكن د. الزقرد إستعمل مصطلح (الحيازة)، و كلمة "الملكية" هو الأرجح و الأعم، فهو تشمل ضمانا أكبر للمشتري و يتناسق مع روح القوانين و نية مشرعنا المدني في المادة 549، و نبرر ذلك، بأن التعرض القانوني كليا أو جزئيا، هو عكر ملكية المبيع من قبل

¹ : د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سبق ذكره، ص ص (627-628).

² : المصدر نفسه، ص 628.

³ : رجبى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 27.

⁴ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 199.

البائع لأنه محاولة لإنزاع الملكية من المشتري خلافا للتعرض المادى و الذى كان فى معظم الأحيان عكر لحيازة المشتري بالمبيع حيازة هادئة.

و التعرض القانونى قد يكون سابقا على المبيع و قد يكون لاحقا، و المثال للتعرض القانونى السابق بيع "أ" العقار ب"ج" و قبل أن يبادر "ج" إلى التسجيل، يقوم "أ" برفع دعوى الإستحقاق عليه، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه^١. لأن الإسترداد و الضمان لا يجتمعان.

و مثال التعرض اللاحق للمبيع، أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب إنتقال الملكية، كالإرث أو الوصية أو الهبة و ما إلى ذلك، فيرفع الدعوى على المشتري بهذا التملك الحادث له بعد البيع، ويريد أن ينتزعه منه، فيدفع المشتري هذا الإدعاء بضمان البائع لتعرضه الشخصى^٢.

يقول بعض الفقه بأن الإستيلاء يعتبر مثلا لهذا النوع من التعرض شريطة أن ينتقل ملكية المبيع إلى المستولى، و لكن يرد الدكتور السنهورى على قولهم قائلا: (أما الإستيلاء فغير متصور فى حالتنا هذه، إذ الإستيلاء يفترض أن الشئ مباح غير مملوك، و هنا المبيع شئ غير مباح إذ سبق للبائع بيعه)^٣.

ويجب التنبيه و عدم الخلط هنا بين التعرض القانونى و ما يقوم به البائع مستندا فيه إلى القانون أو إلى عقد البيع ذاته، فطلب البائع العقار المبيع بالشفعة لا يعتبر تعرضا قانونيا، لأن حق الشفعة حق مقرر قانونا، و مشروع و لا يكون مسئولا عليه^٤، و مثال آخر كما إذا طالب البائع بنقص المبيع لعيب شاب إرداته، كغلط أو إكراه، أو طالب برفع الإستغلال الواقع عليه إلى حد معقول، لأنه يتمسك بحق مستمد من العقد البيع ذاته^٥.

هنا يجدر بنا القول بأن كل أنواع البيوع تنشئ الضمان، سواء أكان مسجلا أم غير مسجل، مساومة أو مزاد، إختياريا أو قضائيا أو إداريا^٦. و لكن بعض الفقه يرى بأنه لا ضمان فى البيع الجبرى، لأن البيع فى هذه الحالة لا يتم برضى البائع و إرادته^٧.

يرد عليهم الدكتور السنهورى قائلا: (إذا باع الدائنون على المدين ماله فى المزاد، نشأ عن هذا البيع إلتزام بعد التعرض و هو يتعلق بذمة البائع،.. و البائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد، و لكنه هو المدين بنفسه، فهو صاحب العين، و قد بيعت عليه، فيكون ملتزما بعدم التعرض للمشتري الذى رسا عليه المزاد)^٨.

YourColor.Net

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 628-629).

² : المصدر نفسه، ص 629.

³ : المصدر نفسه، ص 629.

⁴ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 119-120).

⁵ : د. جعفر الفضلى، مصدر سبق ذكره، ص 108.

⁶ : د. عبدالرزاق السنهورى، المصدر السابق، ص 635، 636).

⁷ : د. جعفر الفضلى، المصدر السابق، ص 118.

و لكن نستخلص من قول الدكتور جعفر الفضلى موقف مشرعنا المدنى: (البىوع الجبرية تخضع للقواعد العامة، فى ضمان الإستحقاق، و أن المدين المحجوز على أمواله هو الذى يلتزم بالضمان لأنه هو البائع الحقيقى ولا يهم بعد ذلك أن يكون البىع قد وقع إختيارا أو جبرا)^١.

رابعاً: جزاء الإخلال بهذا الضمان

قلنا فيما سبق بأن إلتزام البائع بعدم التعرض الشخصى، إلتزام أبدي فى أى وقت بعد البىع، فإذا أخل البائع بإلتزامه، أى تعرض للمشتري بأى صورة من صور التعرض الشخصى نكون أمام:

1. إذا كان التعرض مادياً: للمشتري:

أ- **المطالبة بوقف وإزالة كل من ترتب عليه "أى على التعرض" من آثار، و للمحكمة فى سبيل وقف ذلك التعرض، ومنع البائع فى التماذى للجوء إلى فرض الغرامات التهديدية عليه**^٢.

وهذا ما يسمى بالتنفيذ العينى، و مثاله إذا قام بائع محل تجارى، بفتح متجر مجاور لما باعه ليزاول فيها نفس النشاط، ففي هذه الحالة يحق للمشتري المطالبة بإغلاق المحل، و للمحكمة فرض الغرامات التهديدية عليه. (هذا و قد يصاحب التنفيذ العينى إجراء آخر وهو حبس الثمن)^٣.

ب- **التعويض**: يتولد عن الإخلال بالإلتزام الأسمى وهو الإلتزام بضمان التعرض الشخصى، إلتزام جزئى بالتعويض، ففي المثال السابق، يجوز للمشتري وقت مطالبته بإغلاق المتجر، المطالبة بالتعويض أيضاً. و لكن إذا كان التعرض الماددى جاء عن طريق عمل قانونى صادر من البائع لا مجال هناك للتنفيذ العينى، إذاً نلجأ إلى التعويض وفقاً لأحكام الإستحقاق^٤. هذا ويكون التعويض موجود فى حالة فسخ العقد إن كان له مقتضى.

ت- **فسخ العقد**: و للمشتري فى حالة الإخلال المطالبة بفسخ العقد، و له التعويض إن كان له مقتضى. ولكن إذا كان العمل الصادر من البائع يقوم على تصرف قانونى للغير، كأن يبيع العقار مرة ثانية، أى البىوع المتتالية، لا يكون للمشتري الأول المبادر عليه للتسجيل، إلا رفع الدعوى للتعويض^٥. لأن العقد قد إنفسخ من تلقاء نفسه و المنفسخ لا ينفسخ.

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 636.

² : د. جعفر الفضلى، مصدر سبق ذكره، ص 118.

³ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحيش، و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 120.

⁴ : تركى وليد، مصدر سبق ذكره، ص 83.

⁵ : د. عبدالرزاق السنهورى، المصدر السابق، ص 637.

وهذا ما أقره محكمة التمييز العراقية في مبادئها، ومن قراراته : (إذا أخل البائع بالتزاماته المذكورة في عقد البيع حيث أدت الإجراءات التي قام بها، إلى تعرض المشتري بالبيع، مع أنه ملزم بضمان عدم التعرض، فيكون من حق المشتري طلب فسخ العقد) القرار 486، م2، 970ت، 1971/5/24^١.

ث- **حبس الثمن**: بعض المشرعين كالمرجع الجزائري أجاز للمشتري في حالة وقوع التعرض أو الشروع فيه، أن يحبس الثمن كله أو ما بقي منه حتى يزول التعرض أو يتوقف الشروع فيه، وفقاً للمادة 388 من قانونه المدني^٢، أما بالنسبة للعراق لم يذكر نص خص في تنظيمه لعقد البيع على ذلك.

2- إذا كان التعرض قانونياً: تكون الإخلال في صورة رفع دعوى لإستحقاق المبيع، و جزاءه في هذه الحالة هو رد الدعوى لإلتزام البائع بالضمان^٣. ومع ذلك لا يسرى أى تصرف قانونى عليه و يبررها قاعدة أخرى أيضاً مفادها (من سعى في نقض ماتم من جهله فسيحبه مردود عليه)^٤. و يرى بعض الفقه بأنه إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت إبرام العقد، ثم تملكه بعد ذلك لا يكون له أصلاً المطالبة بإسترداد المبيع لأن الملكية آلت إليه بعد البيع، فالمشتري في هذه الحالة يصبح مالكا مستندا على ملكية البائع للمبيع بعد إبرام العقد، كما جاء في المادة 509 من القانون المدني المصري^٥. وفي جميع الأحيان يحق للمشتري فسخ و المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى. وهناك مبدأ تمييزي في العراق مفاده: (إذا صودرت سيارة مبيعة لكونها مهربة، فيحق لمشتريها طلب إسترداد ثمنها من بائعها الذى يضمن عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع، سواء كان التعرض من فعله او من فعل المشتري)^٦. يوضح من القرار أعلاه، بأن عند الفسخ يجب على البائع رد الثمن، وذلك لأن البائع ملتزم بضمان التعرض.

YourColor.Net

¹ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 202.

² : إبراهيم المشاهدى، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني، طبعة العمال المركزية، بغداد، 1988، ص 166.

³ : تركي وليد، مصدر سبق ذكره، ص (85-86).

⁴ : د. جعفر الفضلي، مصدر سبق ذكره، ص 109.

⁵ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 120.

⁶ : د. أحمد السعيد الزقرد، المصدر السابق، ص (202-203).

⁷ : إبراهيم المشاهدى، المصدر السابق، ص 175.

الفرع الثاني

ضمان التعرض الصادر عن الغير

تكلّمنا فيما سبق عن إلتزام البائع، بعدم التعرض للمشتري شخصياً، و لكن للإلتزام بعدم التعرض شق آخر، ألا وهو الإلتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير.

نبحث أيضاً عن ماهية التعرض الصادر عن الغير و زمانه و شروطه و خصائص الإلتزام به، و صورته، و نجاب على سؤال: هل يلتزم البائع بضمان صورتي التعرض الصادر عن الغير؟ وذلك في أربعة مسائل كما يلي:

أولاً: ماهية ضمان التعرض الصادر عن الغير و صورته.

ثانياً: شروط التعرض الصادر عن الغير .

ثالثاً: خصائص الإلتزام بتعرض الصادر عن الغير و ماهو البيع المنشئ للضمان؟

رابعاً: جزاء الإخلال بالإلتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير.

أولاً: ماهية ضمان التعرض الصادر عن الغير و صورته.

ينص المادة (493) من القانون المدني المصري: (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع، يحتج به على المشتري)¹. و ينص المادة 549 من القانون المدني العراقي على ما جاء في نظيرها المصري لفظاً و فحوى. و الغير هنا أجنبي عن العقد و ليس طرف فيه، فيدعى هذا الغير حقاً على المبيع و يرفع بهذا الحق دعوى على المشتري، و هذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً.

و الدعوى يختلف باختلاف الحق الذي يدعيه المفترض، قد يكون دعوى إستحقاق كلي يطالب بموجبه ملكية المبيع كله أو دعوى إسترداد جزئي يطالب بموجبه بعض المبيع، و قد يكون دعوى رهن يطالب فيها الغير بدين مضمون برهن على المبيع، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير بعقد إيجار صدر له على المأجور².

إذاً في جميع الحالات أعلاه، على البائع ضمان التعرض، أي على البائع أن يدفع إدعاء الغير بالحقوق تلك و المحافظة على حيازة هادئة و ملكية مستقرة للمشتري و إلا أحل بالتزامه.

ما سبق و تحدثنا عنه هو التعرض القانوني الصادر عن الغير، و لكن هل يقوم البائع بضمان التعرض الماددي الصادر عن الغير؟

¹ : جمهورية مصر العربية، قانون المدني رقم (131) لسنة (1948)، المادة (493).

² : د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سبق ذكره، ص 641.

رجوعاً إلى المواد (493) من القانون المدني المصري و (549) من قانوننا العراقي، و (371) من التقنين الجزائري، نجد بأن ما يلتزم به البائع هو ضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير فقط و ليس التعرض الماددي. و قد برر الفقهاء موقف المشرعين بأن البائع في حالة التعرض الماددي الصادر عن الغير، لا يكون في وضعية أفضل من المشتري و بالتالي فليس ما يبرر دعوته للتدخل حمايةً للمشتري. إضافة إلى أن المشتري يجد حمايته عند إعتداء الغير في ما إعتزف له القانون من حقوق لإزالة هذا الإعتداء و الشغب، كما أنه ليس من العدل مطالبة البائع بضمان أفعال صدر من شخص اجنبي عن العقد و ليس له أى مسؤولية فيها¹.

فمثلاً عند الغصب يستطيع المشتري اللجوء إلى القضاء، و استرداد حقه بأحكام الغصب، و عند تصرف الفضولي بالمبيع يتوقف التصرف على إجازة المشتري، و في الإلتلاف له حق الجوع على المتلف..وما إلى ذلك. و قد لا يكون الغير مدع في هذه الدعوى بل من الممكن أن تكون مدعى عليه، كان يكون المبيع في يد الغير فيرفع المشتري دعوى عليه يطالبه بموجبها الحق الذي يدعيه على المبيع². إذاً قد يكون الغير مدع أو مدعى عليه، و يبقى البائع ملتزماً بضمان التعرض في كلتا الحالتين و عليه الدفع.

و ليس من الضروري وجود الدعوى لوقوع التعرض، فقد يقع التعرض من الغير دون رفع الدعوى، مثلاً إذا إعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه و من ثم تصالح معه، ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بحقه و يكون أمام احتمالين:

1. أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما أدعاه خلافاً لإعتقاد المشتري، فيذهب حق المشتري هباءاً منثوراً و ليس له الضمان.

2. حتى و إذا لم يستطع البائع إثبات ذلك، يجاز له التخلص من بعض نتائج الضمان.

بقي القول بأن ضمان التعرض الصادر من الغير يختلف عن ضمان التعرض الشخصي من حيث الصفات و الشروط و الخصائص، فضلاً عن إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً، و لكن لا يلتزم البائع بالضمان في تعرض الصادر عن الغير إلا إذا كان قانونياً.

YourColor.Net

ثانياً: شروط التعرض الصادر عن الغير

1. أن يقع التعرض فعلاً: أى أن يقوم الغير برفع الدعوى على المشتري أو بالعكس، أو أن يتصالح المشتري مع الغير كما رأينا فيما سبق.

¹ : تركي وليد، مصدر سبق ذكره، ص 98.

² : د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سبق ذكره، ص ص(642 – 643).

يقول الدكتور الزقرد: (يكون التعرض فعليا إذا إتخذ الغير بناءً على الحق الذى يدعيه موقفاً إيجابياً من شأنه حرمان المشتري من كل أو بعض سلطاته على المبيع أو تعكير إنتفاعه به إنتفاعاً هادئاً)^١.
إذاً مجرد علم المشتري بحق الغير على المبيع لا يكون بالضرورة دليلاً على وقوع التعرض، فمثلاً يجد المشتري أن المبيع مثقل بالرهن دون أن يدعيه الغير بنفسه، ففي هذه الحالة من الممكن أن يقوم البائع بإزالة الرهن بالسداد، أو بتحويله عن المبيع إلى ملك آخر له.
وقد يكون التعرض قد وقع فعلاً دون رفع الدعوى، وهو كما قلنا فى حالة تصالح المشتري مع الغير إقناعاً بحقه رغماً عن المجازفة.

2. أن يكون التعرض قانونياً و ليس ماددياً: كما قلنا فيما سبق بأن البائع لا يضمن التعرض الماددى الصادر عن الغير إلا إذا كانت تعرضاً قانونياً.

(ويكفى لوقوع التعرض القانونى فقط الإدعاء بالحق سواءً هذا الحق موجوداً أو لا وجود له، أى سواءً السند الذى عليه الغير فى دعواه صحيحاً أم باطلاً)^٢.
و لا يشترط أن يكون الحق عينياً، فمن الممكن أن تكون حقاً شخصياً، و مثال الحق الشخصى الذى يدعيه الغير، حق المستأجر، الغير يدعى بأنه إستأجر المبيع من البائع، بموجب عقد إيجار ثابت التاريخ و سابق على البيع.

3. أن يكون سبب التعرض سابقاً على وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع نفسه:

أ. قد يكون الحق نشأ قبل البيع سواءً بقوة قاهرة، أو بفعل البائع، ففي غالبية القوانين، كقانوننا المدنى العراقى (550)، و المصرى (439)، و الجزائرى (371) يكون البائع ضامناً له.
ويستوى أن يكون البائع عالماً وقت التعاقد أو لم يكن عالماً به، و المشتري إذا كان عالماً وقت التعاقد بحق الغير، فذلك لا يسقط حقه فى الضمان، و يستثنى من ذلك حق الإرتفاق^٣.
و الشريعة الإسلامية أيضاً لم يعتمد على علم المشتري و لم يعتبره قرينة لنجاة البائع من عبء الإستحقاق، كما جاء فى المادة (494) ما نصه (علم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع، لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند إستحقاق المبيع)^٤.

¹ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 206.

² : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 121.

³ : رجبى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص ص (54-55).

⁴ : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص 161.

و مثال ذلك، إذا كان المشتري يعلم بأن العين المبيعة مثقلة بالرهن، و مع ذلك يشتريه من البائع، فإن هذا لا يفقد منه حقه بالضمان تجاه الدائن المرتهن.

أما بالنسبة لحق الإرتفاق، فإذا كان المشتري عالماً به وقت إبرام العقد، يسقط حقه في الضمان، و يستوى ذلك إذا كان حق الإرتفاق ظاهراً، بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به، و يعود ذلك إلى أحكام خاصة بحق الإرتفاق في بعض القوانين و منها المادة 445 من القانون المدني المصري القائل: (و يفترض في حق الإرتفاق، أن البائع قد إشتراط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري)، أى أرجعه القانون المدني المصري إلى إتفاق ضمني و نقول بأنه تعدى ذلك إلى إتفاق نص عليها القانون، و تأثر المشرع المصري في ذلك بالمشرع الفرنسي و الذى عد عدم ظهور الإرتفاق و عدم علم المشتري به، شرطان يجب توافرهما لكي يضمن البائع. لم ينص المشرع العراقي على ذلك.

ب. قد يكون الحق نشأ بعد البيع، ففي هذه الحالة لا يضمنه البائع، و هذا هو الأصل في الغالبية العظمى من القوانين، و لكن لكل أصل إستثناء، وهنا هو حالة يتيمة، وهى إذا كان الحق الناشئ بعد البيع للغير قد آل إليه بفعل البائع نفسه، أو له دور في نشوئه، و خير مثال هو المثال المعتاد، إذا قام (شورش) ببيع عقار ل(شنو) و قبل أن تقوم (شنو) بالتسجيل، باعه عليها ب(رزكار) و بادر هو بالتسجيل، ففي هذه الحالة ل(شنو) الرجوع على (شورش) بالضمان.

و في هذا يقول الشق الأخير من المادة 349 من القانون المدني المصري: (و يكون البائع ملزماً ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه). هذا ويشمل هذا النص المنقول شموله العقار، شريطة أن تكون مشتراً المنقول حسناً لنية.

و أخيراً المادة 550 من القانون المدني العراقي: (.. أما إذا ورد الإستحقاق بأمر حادث في المبيع و هو في ملك المشتري، كما لو أثبت المعارض أنه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع)، و هذا هو الأصل، و إنما الإستثناء هو تسبب البائع بنشوء الحق اللاحق و هذا هو المعمول به في القضاء العراقي.

ثالثاً: خصائص الإلتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير و البيو المنشئة له

من خصائص هذا الإلتزام إنه:

1. **الإلتزام بتحقيق نتيجة:** والإلتزام بنتيجة أو بتحقيق نتيجة، هي تلك الإلتزام التي تلزم العاقد بتحقيق نتيجة معينة أو محددة و لذلك تسمى بالإلتزام المحدد أيضاً¹. و لذلك لاقيمة لدفع البائع بأنه قام بما فى وسعه أى بذل عنايته الكافية، بل يجب عليه تحقيق نتيجة معينة وهو دفع التعرض الصادر عن الغير على المشتري، أى الفوز بالدعوى الذاتى رفعه الغير لتثبيت حقه.

إذاً فيعتبر البائع محلاً بإلتزامه بمجرد أن يكسب الغير دعواه، و الحكم له بثبوت حقه على المبيع يتعارض مع حقوق المشتري الذى آلت إليه و يضمن البائع فى هذه الحالة إستحقاق المبيع كله أو بعضه للغير فيجب عليه تعويض المشتري.

2. **الإلتزام لا يقبل الإنقسام أو التجزئة:** إلتزام واحد غير قابل للتجزئة، و يجب على البائع أن يدفع التعرض الصادر عن الغير ولو وقع بشكل جزئى، أى وقع على جزء من المبيع، فإذا تعدد البائعون، و ادعى الغير أن له حق على جزء من المبيع، و جب على جميع الباعة دفع ذلك التعرض، فى المبيع كله و ليس الجزء فقط، و ذلك لأن إستحقاق جزء من المبيع يعطى المشتري حق مطالبة البائعين بالضمان.

3. إلتزام، المدين فيها هو البائع و الدائن هو المشتري: و لا ينتقل إلى خلف البائع العام و لا الخاص، و لكن كفيل البائع يكون ضامناً معه، أما حق المشتري فى الضمان فينتقل².

وبقى أن نعرف البيوع المنشئة للضمان:، فالأصل هو أن كل بيع ينشئ الضمان، مسجلاً او غير مسجلاً، إختيارياً أو إجبارياً أو قضائياً، مساومةً أو بيع مزاد³.

ولكن لم يتفق الفقهاء فى وجوبية الضمان فى البيع الجبرى، لأن البيع لا يتم بإرادة البائع، ولكن الرأى الراجح كما سبق و قلنا هو وجود الضمان فيه، و لكن من الضامن؟!
يختلف الفقه على عدة آراء كما يلى:

1. يتجهون إلى أن الملتزم بالضمان فى البيوع الجبرية هم الدائنون نفذوا على أموال مدينهم، باعتبارهم فى مركز البائع بالنسبة لقبض الثمن⁴، وذلك لتبريرهم بأن البائع و هو المدين، هو فى حالة عسر و لا جدوى

¹: د. عبدالمجيد الحكيم، د. طه البشير و د. عبدالباقى البكرى، الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى العراقى، المكتبة القانونية، بغداد، بلا، الجزء الأول، ص 12.

²: د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص ص(652-655).

³: المصدر نفسه، ص 658.

- فى رجوع المشتري عليه، ومن الأخرى بالقانون المحافظة على أموال المشتري لأن الدائون المنفذين قد حصلوا على حقوقهم فى ملك المشتري لذا يحق للمشتري الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب أيضاً.
2. البيع الجبرى أو المزاى لا يسقط على البائع إلتزامه بالضمان و يبقى قائماً، لأنه هو البائع من الناحية القانونية، أما الدائون المنفذين فهم نفذوا على أموال البائع باعتبارهم نائين عنه، و تصرفات النائب تنصرف آثاره إلى الأصل، و هو البائع، و يعترض هذا الرأى مع الواقع العملى، و أيضاً أن الدائون لا ينفذون على أموال البائع نائين عنه، بل بناءً على حق لهم عليه، و النائب إما أن يكون إتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً، و ليس الدائون المنفذين أياً من الأنواع الثلاثة.
3. هو رأى الدكتور عبدالرزاق السنهورى و ماسار عليه القضاء العراقى و المصرى أيضاً، وهو أن (الملتزم هو البائع فى الأصل، و لكن يغلب أن يكون المدين أى البائع معسراً، و فى هذه الحالة يستطيع المشتري الرجوع على الدائين حالتين، أولاً: إذا أثبت أن الدائين كانوا يعلمون أن العين التى باعوها غير مملوكة لدائتهم، أو كان ينبغى أن يعلموا ذلك، جاز له أن يرجع عليهم بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو تقصيرهم. ثانياً: إذا لم يثبت المشتري أن يثبت ذلك، يستطيع أن يعتبر البيع الصادر منهم فى المزاى بيعاً ملك الغير فيطلب إبطاله و إسترداد الثمن¹.

رابعا: جزاء إخلال البائع بإلتزامه ضمان التعرض الصادر عن الغير

كما سبق و قلنا بأن هذا الإلتزام، إلتزام بتحقيق نتيجة، و بمجرد رفع الغير دعواه يعتبر البائع مخلاً بإلتزامه، و يترتب عليه جزاء الإخلال به، و الجزاء إم أن تكون التنفيذ العينى (التنفيذ بطريق التدخل) أو التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الإستحقاق)، نبحث هنا التنفيذ العينى فقط، و لكن ضمان الإستحقاق فهو موضوع البحث الثانى من البحث، و يعالج هناك.

1. مفهوم التنفيذ العينى و والنصوص القانونية عليه: التنفيذ العينى و هو الأصل فى الإلتزام هو تنفيذ عين ما إلتزم به المدين (وهو البائع هنا)، وهنا نقصد بالتنفيذ العينى قيام البائع، عند إدعاء الغير بوجود حق له على المبيع، أن يكف عن تعرضه و ينزل عن إدعائه بهذا الحق.

¹ : ربحى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص ص(56-57).

² : المصدر نفسه، ص 57.

³ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص ص (658-659).

بالنسبة للنصوص القانونية، جاء المشرع العراقي به في المادة 551 : (1) - لا يرجع المشتري بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا بإقراره او بنكوله.

2 - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا بإقراره او بنكوله، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل، هذا ما لم يثبت البائع ان المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق).

و يقابل هذا النص في القوانين العربية، المواد (440 و 441) من المدنى المصرى، و (402،403) من السورى، و (372) من الجزائرى و (429،441) من تقنين الموجبات و العقود اللبنانية.

من الواجب القول بأن المشرع المصرى أوضح و أكثر توفيقاً من المشرع العراقي عند صياغة نصوص المتعلقة بالتنفيذ العيني فى الضمان.

إذا فى جميع التقنينات أعلاه، بأنه إذا وقع التعرض (رفع الغير دعواه على المشتري أو العكس)، يجب على البائع دخول الدعوى و مجانبة المشتري فى دفع إدعاءات الغير أو أن يجمل محله، فإذا فاز بالدعوى نفذ إلتزامه عينياً و لا رجوع عليه.

2. قيام المشتري بإخطار البائع بدعوى الإستحقاق و دخول البائع الدعوى: عندما يرفع الغير الدعوى، و جب

على المشتري إخطار البائع فى الوقت الملائم، ليتدخل فى الدعوى و ينفذ إلتزامه عينياً، و جاء فى نصوص المواد القانونية كما سبق و أشرنا إليهم و خاصة العراقي، عبارة (وكان قد أعذر البائع) و الإعذار أعم و أشمل من الإنذار، يجوز أن يكون ببرقية أو رسالة خطية او حتى بالتليفون، المهم هو إعلام البائع بالدعوى بأى وسيلة كانت. ولكن يقع عبء إثبات علم البائع بالدعوى على عاتق المشتري.

(و يجوز للمشتري فى التقنين المصرى أن يطالب المحكمة بتأخير جلسة الإستحقاق، إذا لم يتمكن البائع بعذر من الحضور أمام المحكمة)١.

و إلتزام المشتري بإخطار البائع واجب حتى ولو وقع الإستحقاق دون حكم قضائى، بالإقرار أو النكول أو الصلح مثلاً، و من الأصلح للمشتري عند دخول البائع الدعوى أن ييقى بجانبه حتى يراقبه و يضمن عدم تواطئه، و لأن بقاءه فيها يمكنه من توجيه طلب فرعى بالضمان إلى البائع فى حالة تبوت الإستحقاق، فيفصل القاضى حينذاك فى الدعوى الأصلية و الطلب الفرعى معاً ٢.

١ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 665.

٢ : تركى وليد، مصدر سبق ذكره، ص 127.

أما إذا خرج المشتري من الدعوى، نظراً لتقليل التكاليف أو أى عذر آخر يجلب البائع محله، ولكن عند ثبوت الإلتحاق عليه رفع دعوى آخر مستقل يسمى بدعوى الإلتحاق على البائع بما فيه من تكرار الإجراءات و التكاليف.

هذا و يتصور أن يدخل البائع من تلقاء نفسه دون إنذار قِبَل المشتري، أو يقوم المحكمة بإدخاله، كما ويمكن أيضاً أن يكون المشتري هو المدعى فى الدعوى، فيجب عليه أن يدخل البائع أيضاً، ففى جميع الحالات على البائع الدخول عندما قام المشتري بإخطاره و دفع إلتعاءات الغير.

يبقى حالة واحدة بتيمة و فريدة، وهى إذا رفع الغير الدعوى على البائع دون إدخال المشتري و فاز بها، فلا يكون هذا الحكم حجة على المشتري، لأن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن يتوجه إلي المشتري و لو كان عالماً بالخصومة، لأن القانون لا يوجب التدخل عليه فيها^١.

3. **عدم تدخل البائع فى الدعوى رغم إخطار المشتري إياه:** فى هذه الحالة لم يبقى للمشتري إلا أن يدفع إلتعاء الغير بنفسه، و لا يتعدى مصير محاولته تلك ثلاثة إلتحتمالات، **إما:** أن يفوز هو أى المشتري بالدعوى ففى هذه الحالة (يبقى أن يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات و أضرار فى دفع دعوى التعرض و لم يحكم له بها على المتعرض نفسه)^٢، أى مصاريف الدعوى أو الأضرار الأخرى الناجم عن التعرض و الذى لم يحكم القاضى بها له على المتعرض.

و إما: يفوز الغير بالدعوى، رغم عن محاولة المشتري لدفع الإلتعاء بكافة الوسائل المتاحة له، و لكن فاز المتعرض و استحق المبيع، فيرجع بضمان الإلتحاق على البائع.

و إما: أن يتصالح المشتري مع المتعرض، و أدى له مقابلاً ليكف عن رفع الدعوى، ففى هذه الحالة يرجع على البائع بالضمان إلا إذا أثبت البائع عدم أحقية المتعرض فى إلتعاءه، و أن المشتري قد تسرع فى الإلتقاء، أو أن يثبت سوء نية المشتري.

4. **عدم تدخل البائع لأن المشتري لم يقيم بإخطاره:** هناك إلتحتمالين:

إما: أن يفوز المشتري بالدعوى، فلا رجوع له على البائع بشئ.

و إما: أن يستحق المبيع أو يتصالح المشتري مع المتعرض، فى هذه الحالة إذا أثبت البائع بأن إدخاله فى الدعوى من شأنه أن يؤدى إلى عدم إلتحاق المبيع، لا ضمان للمشتري عليه، و العكس صحيح.

¹ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 210.

² : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 668.

هذا و فى الفقه الإسلامى، أجاز المشرع للمشترى التنفيذ العينى يشبه تنفيذا على حساب البائع، كما ينص صاحب مرشد الحيران فى المادة (506): (لو أثبت المستحق الإستحقاق و قضى له ثم دفع المشترى إليه شيئا، و أمسك المبيع يكون هذا منه شراء للمبيع من المستحق و له أن يرجع على بائعه بالثمن).¹

ويجدر بنا القول بأنه لم يفصل فى الفقه الإسلامى حيثيات دعوى الإستحقاق إلا بشكل مبهم و عن طريق ضرب بعض الأمثال، و المثال على ذلك، المواد(500) و (501) من مرشد الحيران، و الذى قد حكم فى (500) على المستحق بالحلف، فإن حلف له الإستحقاق و إن نكل يرد دعواه، و فى (501) ألزم المشترى ببيان كيفية الإستحقاق للبائع و سببه، فلو بينه و أنكر البائع له الرجوع بالثمن.



¹ محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص 165.

المبحث الثاني
ضمان الإستهقاق و الضمان الإتفاقي
المطلب الأول
ضمان الإستهقاق و أنواعه
الفرع الأول
مفهوم ضمان الإستهقاق

سبق و تكلمنا عن مفهوم الضمان لغوياً و إصطلاحياً، و نأتى الآن لبحث كلمة الإستهقاق، فهى: **لغوياً**: أَحَقَّ الأمر: تعنى أوجبه و صيره حقاً لا شك فيه، يقال (أَحَقَّ عليه القضاء)، و نأتى إلى كلمة (إِسْتَحَقَّ) و الذى تأتى بمعان عدة و منها: إِسْتَوْجَبَ أو إِسْتَأْهَلَ، و إِسْتَحَقَّ الشَّيْءُ: أذنب ذنباً إِسْتَوْجَبَ به العقوبة، و إِسْتَحَقَّ الدين: حَانَ أَجَلُهُ¹. أو كما جاء فى قاموس المعانى إِسْتَحَقَّ الشَّيْءُ: إِسْتَأْهَلَهُ و كان جديراً به².

إصطلاحياً: عرفه الحنفية: (ظهور كون الشئ حقاً واجباً للغير) أى ثبوت الحق للغير، و عرفه ابن عرفة من الحنابلة: (رفع ملك شئ بثبوت ملك قبله بغير عوض)، أما الشافعية و الحنابلة يستعملونه بالمعنى اللغوى³.

أما فى الإصطلاح القانونى: تعنى الإستهقاق (فى عقد البيع) حرمان المشتري من كل أو بعض حقوقه على المبيع، نتيجة نجاح الغير فى منازعته للمشتري أو كسبه على المبيع أى حق يعتبر إدعاءها به تعرضاً⁴.

فضمان الإستهقاق إذاً و الذى يدعى أيضاً بالتنفيذ بطريق التعويض، هو رجوع المشتري على البائع وفقاً للشروط الواجب توافرها، و بعد إستهقاق المبيع للغير، بالتعويض.

فقد أعتبر ضمان الإستهقاق ضماناً إحتياطياً بالنسبة لضمان التعرض⁵، و ذلك لأن المشتري لا يقوم برفع دعوى ضمان الإستهقاق لو أمكن البائع من دفع التعرض أى قام يلتزمه بضمان التعرض.

بعدها عرفنا مفهوم الإستهقاق، نتطرق إلى مسائل ثلاث:

أولاً: خصائص الإلتزام بضمان الإستهقاق.

ثانياً: متى يرجع المشتري على البائع بالضمان؟
YourColor.Net

¹ : الأب لويس معلوف و الأب لويس فيرديناند اليسوعى، مصدر سبق ذكره، ص 144.

² : الإنترنت: موقع قاموس المعانى، مصدر سبق ذكره.

³ : الإنترنت: موقع IBIS ، الموجود على الرابط:

http://www.ibisonline.net/Research_Tools/Glossary/GlossaryDisplayPage.aspx?TermId

369 = ، آخر تحديث فى 2015/3/28.

⁴ : رجبى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 68.

⁵ : تركى وليد، مصدر سبق ذكره، ص 137.

ثالثاً: حالات إسقاط الضمان.

أولاً: خصائص الإلتزام بضمان الإستحقاق

1. إنه إلتزام قابل للتجزئة: خلافاً لإلتزام البائع بضمان التعرض، إلتزام البائع بضمان الإستحقاق يقبل التجزئة، فإذا تعدد البائعون و استحق المبيع للمشتري الرجوع على البائعين كل حسب حصته في المبيع، إلا إذا كان هناك تضامناً بين البائعين، ما يسمى بالتضامن بين المدينين و هو التضامن السلبي.
(للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائعين منفردين أو مجتمعين للمطالبة بضمان الإستحقاق، فالتضامن هنا بين البائعين ليس مفترضاً، وإنما يكون بالإتفاق من خلال إيراد شرط في العقد يفيد ذلك، أو قد يكون التضامن بنص القانون بين البائعين).¹
2. إنه إلتزام غير مؤبد: فلذلك يسرى عليه التقادم كسائر الدعاوى الأخرى، فلا تسمع دعوى ضمان الإستحقاق بعد مرور 15 سنة من الوقت الذي يثبت فيه إستحقاق المبيع للغير (هذا إذا لم يكن المشتري قد دخل مطالبته كمطالبة في فرعية في دعوى ضمان التعرض).
جاء في المادة 449 من القانون المدني المصري ما يثبت أعلاه، و هناك من مبادئ النقص يؤكد على ذلك أيضاً، أما في العراق سبق و أشرنا بأن مدة التقادم الطويلة 15 عشرة سنة أيضاً، وهذا يشمل دعوى الإستحقاق أيضاً، ومدة التقادم حسب الفقرة الثانية من المادة 434 من القانون هو (..من الوقت الذي يثبت فيه الإستحقاق).
3. إلتزام بالقيام بعمل: كان إلتزام البائع بضمان التعرض بنوعيه، إلتزاماً بالإمتناع عن عمل وهو التعرض، و لكن هنا الإلتزام هي بعما، و العمل هو تعويض المشتري للضرر الذي لحقه بسبب إستحقاق المبيع، و في نفس الوقت هو إلتزام بتحقيق نتيجة و هو التعويض.

ثانياً: متى يرجع المشتري على البائع بالضمان؟

- سبق و ألقينا الضوء على حيثيات دعوى الإستحقاق، نكتفي هنا بذكر الحالات التي للمشتري الرجوع بالتعويض (أى بالضمان) على البائع وهي الأحوال الخمس الآتية:
1. إذا أعذر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل البائع، فلم يتدخل و حكم به للمتعرض، ولم يتمكن البائع من إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم، أى لم يتمكن البائع من إثبات سوء نية المشتري أو إستسهاله في الدفاع و تسليمه بأباطيل المتعرض.
 2. إذا أخطر المشتري البائع بالدعوى فدخل، و لم يفلح فيها.

¹ : ربحي محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 70.

3. إذا أخطر المشتري البائع، فلم يتدخل، و أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطيع البائع الإثبات بأن الغير لم يكن على حق فيما ادعاه.
4. إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى، و حكم للمتعرض، و لم يثبت البائع بأن تدخله فى الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.
5. إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه فى المبيع، دون دعوى يرفعها عليه، و لم يثبت البائع بأن الغير لم يكن على حق فى دعواه¹، و لكن فى القانون العراقى يسقط الضمان فى هذه الحالة سواء أثبت البائع أم لا.
- فى الحالات أعلاه، على البائع الضمان، وهو تعويض المشتري، و يختلف كيفية التعويض حسب أنواع الإستحقاق و جسامته.
- و يجدر القول بأنه لا حاجة لان ينص على ضمان الإستحقاق فى العقد، لا فى القوانين الوضعية و لا فى الشريعة الإسلامية، حيث جاء فى هذا نص المادة (491) من مرشد الحيران بقوله : (البائع ضامن للمبيع بثمنه عند إستحقاقه للغير و لو لم يشترط الضمان فى العقد)².

ثالثاً: حالات إسقاط الضمان

هناك حالات يسقط فيها حق المشتري بالرجوع على البائع للضمان، و يرجع السبب فى بعضهم إلى المشتري و البعض الآخر أسباب أخرى. و إستفادة من نصوص المادتين (550، 551) فى القانون المدنى العراقى نستخلص تلك الأحوال الأربعة:

1. إذا لم يثبت إستحقاق الغير إلا بإقرار المشتري أو بنكوله عن اليمين (1/551)، و لكن هذه الحالة تنقيد بنية المشتري، يسقط الضمان إذا كان هو سئ النية.
- نفس الحكم فى الفقه الإسلامى، كما نراه فى نص المادة (496) من مرشد الحيران: (لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا ثبت إستحقاق المبيع عليه بالبينة، فإن ثبت الإستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله أو بنكول المشتري أو وكيله، فلا يكون له حق فى الرجوع على البائع إلا أنه لم يفصل فى نية المشتري).
2. ويستفاد من المادة (2/551): إذا أقر المشتري للمتعرض أو نكل عن اليمين وهو حسن النية، ولكن تمكن البائع من إثبات أن الغير لم يكن على حق فى دعواه.
3. إذا سلم المشتري للغير بحقه دون رفع الغير دعوى عليه، ولو لم يثبت البائع بأن الغير لم يكن على حق فى دعواه، لكن فى القوانين الأخرى كالقانون المصرى إذا أثبت أو لم يثبت البائع ذلك يبقى ضامناً.

¹ : عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق الذكره، ص 672.

² : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص 160.

4. إذا لم يقيم المشتري بإعذار البائع في الوقت الملائم و لم يدع للدخول و صدر عليه حكم حاز حجية الشيء المقضى به، لأنه فوت على البائع فرصة التدخل و دفع الإدعاء^١.

الفرع الثاني

أنواع الإستحقاق و آثارهم

نبحث ثلاثة مسائل، في المسألة الأولى و الثانية نوعى الإستحقاق و آثارهما، وفي الأخيرة نبحث عن كون المشتري قد دفع للمتعرض شيئاً نظير حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق، و إرادة البائع نحو التخلص من ضمان الإستحقاق و رده إلى المشتري ماآذاه.

هذا و قبل البدء يرجى الإشارة إلى أن الإستحقاق في القانون الوضعي إما أن تكون إستحقاقاً كلياً أو جزئياً، و لكن الفقه الإسلامى لم يسلم بهذا التقسيم و أتى بالأحكام جملة، وإنما عاد و ميّز بين نوعين من الإستحقاق في البيوع المتعاقبة.

أولاً: الإستحقاق الكلى

يقول الدكتور "سليمان مرقص" بأن الإستحقاق الكلى للمبيع يقصد به: (نزع المبيع من يد المشتري بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعى الإستحقاق، متى كان هذا الحكم صادراً في مواجهة البائع)^٢. أى نزع العين المبيعة من يد المشتري (من الممكن القول نزع الملكية منه، إذا كان المشتري قد قام بتملكه و تسجيله) إلى يد الغير رافع الدعوى.

ويقول الدكتور جعفر الفضلى: (يقصد بالإستحقاق الكلى ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع بثبوت ملكيته كله للغير الذى ينتزع من تحت يد المشتري، فيؤدى ذلك إلى حرمان الأخير من جميع الحقوق المقررة له على المبيع)^٣.

إذا يتبين لنا من التعريفين السابقين بأن الإستحقاق الكلى إما تكون نتيجة حكم قضائى بثبوت ملكية المبيع للمتعرض، و إما تكون فى حالات أخرى وهم: حالة البيوع المتوالية، و حالة عدم تسجيل المشتري للعقار و إفلاس البائع مصاحباً قيام دائنيه بالتنفيذ على العقار المبيعة، حالة العقار المثقل برهن، و المزداد العلنى، و ما إلى ذلك.

¹ : د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص 128.

² : تركى وليد مصدر سبق ذكره، ص 139.

³ : د. جعفر الفضلى، مصدر سبق ذكره، ص 112.

النصوص القانونية:

نصت المادة 554 من قانوننا المدني على أنه: (1 - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة البيع او زادت، وله ان يسترد ايضاً قيمة الثمن التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها وول اخطر البائع بالدعوى.

2 - اما اذا كان البائع يعلم وقت المبيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما وادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع وان يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع).¹

وهناك نصوص مشابهة (مع إختلافات قليلة) في التقنين المصري (المادة 443)، و الأردني (205). يفهم من النص العراقي و المصري بأن المشرع إعتبر حسن نية المشتري موضع إهتمام عند ترتب آثار الإستحقاق، فيجب مسبقاً أن نعرف معنى سبب النية و كيف و متى يكون المشتري سبب النية؟ يعرف سوء النية بأنها: (قصد عدم الإلتزام بالحدود التي يفرضها القانون)²، وجاء هذا التعريف من الفقه الإسلامي الذي يعرفه بأنها: (قصد عدم الإلتزام بأوامر الشرع و أحكامه في العقود و التصرفات).³

و حسن النية عرفها ثلاث إتجات من الفقه، حسب الأول (أنه جهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال)، و الثاني يقول (هو الغلط المبرر المشروع) و الثالث (أنه قصد الإلتزام بالحدود الذي يفرضها القانون).⁴ إذا يقصد بحسن نية البائع عدم علمه بإستحقاق المبيع، و يصبح نيته سيئة و هو عالم وقت البيع بإستحقاق المبيع. ما يقوم بع البائع و ما يترتب على الإستحقاق من آثار ليست هي إلا تنفيذاً عن طريق التعويض، و ذلك لأنه لم يبقى مجال للتنفيذ العيني و أصبح مستحيلاً إستحالة مطلقة.

و التعويض مقدر على أساس تعويض المشتري عن فقدانه للمبيع فأخذ قيمته وقت الإستحقاق (في القانون العراقي قيمته الثابتة في العقد) على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن و النصوص المتقدمة الذكر، ذكروا عناصر التعويض، وهناك بعض الإختلافات بين القانون العراقي و مثيلاته سنتطرق إليهم عند بحث العناصر كل على حدة. ولكن نظراً لما قلناه مسبقاً نتطرق إلى العناصر في حالتين:

1. إذا كان البائع حسن النية: يلزم حينذاك برده إلى المشتري ما يلي:

¹ : جمهورية العراق، قانون المدني العراقي(40)، 1951، ماددة(554).

² : رمزي رشاد عبدالرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دارالجامعة الجديدة، أسكندرية-مصر، 2015، ص 18.

³ : المصدر نفسه، ص 20.

⁴ : المصدر نفسه، ص ص (26-29).

أ. تمام قيمة المبيع (الثلث) : في القانون المدني العراقي يلزم البائع برد تمام قيمة المبيع عند وقت العقد، سواء قيمة المبيع زادت أو نقصت، وهذا مستنبط من أحكام المادة (554) منه.

وهناك قرار من محكمة التمييز يقر ذلك: (يلزم البائع ما قبضه من المشتري على حساب ثمن السيارة، إذا إستحقت للغير).¹

إذاً لا عبرة، في القانون العراقي، بزيادة أو نقصان قيمة المبيع وقت الإستحقاق، لأن إسترداد القيمة تكون بموجب القيمة المنصوصة عليها في العقد.

و هذا الموقف المتخذ من قبل مشرعنا منتقد من قبل بعض الفقهاء، مستدلين بمجافات هذا الحكم للحق و العدالة إذا كان هبوط قيمة المبيع راجعاً إلى إنتفاع المشتري به، كما و أنه لا يتفق مع قواعد التنفيذ بمقابل، هذا ويرى جانب من الفقه بأنه إستناداً إلى قواعد الكسب دون سبب، للبائع أن يطرح من الثمن الذي يردده للمشتري ما يعادل الفائدة التي عادت على المشتري نتيجة إنتفاعه بالمبيع، و يذكر بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة (1623) نص على طرح هذا المبلغ.²

أما المشرع المصري، قد سد هذا النقص و نص على أن رد الثمن يكون حسب ثمن المبيع وقت الإستحقاق (المادة 443) و يقول السنهوري: (لا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع وقت الإستحقاقك، ولو أن المشتري قد دفع ألفاً وكان قيمته و قت الإستحقاق ثقل أو تزيد، فإنه الذي يأخذه المشتري من البائع هو قيمة الدار وقت الإستحقاق، قلت عن الألف او زادت، و لا عبرة هنا بنية المشتري، يأخذ قيمة المبيع سواءً أكانت سيئ النية أم حسن النية)³، أى أن ثمن المبيع وقت الإستحقاق سواء زاد عن قيمة المبيع المنصوص في العقد أو نقصت، يأخذه المشتري دون سد النقص أو إعادة الزيادة.

أما المشرع الجزائري و الذي عالج الإستحقاق الكلي في المادة (375) منه، سلك مسلك المشرع المصري، أنهه رعى جانب البائع عند هبوط السعر حتى لا يضار من التعويض للمشتري، أو وازن المعادلة عند إرتفاع الأسعار حيث رعى جانب المشتري و وهبه الزيادة حتى لا يضار من إستيفاء حقه من البائع.⁴

أما المشرع الكويتي هذا حذوة المشرع العراقي حيث نص على وجوب رد الثمن المنصوص في العقد سواءً زادت أو نقصت.⁵

YourColor.Net

¹ : قرار رقم (692)، م2، 974 في 1974/7/4، إبراهيم المشاهدي، مصدر سبق ذكره، ص ص(173،172).

² : د. جعفر الفضلي، مصدر سبق ذكره، ص ص(113-114).

³ : د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سبق ذكره، ص ص (677-678).

⁴ : تركي وليد، مصدر سبق ذكره، ص ص (142-143).

⁵ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 212.

و لكن بالنسبة للشريعة الإسلامية، نرى بأنه إتخذ موقفا وسطا، و ذلك لأنه فى حالة نقص قيمة المبيع يقضى بإسترداد الثمن المنصوص فى العقد و لو نقصت: (المادة 512 من مرشد الخيران: إذا إستحق المبيع على المشتري بالبيئة فله إسترداد الثمن بتمامه من البائع و لو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان)^١.

و قد جاء فى المادة (505) بحكم عام: (إذا ثبت الإستحقاق بالبيئة يكون للمشتري الرجوع على بائعه بالثمن و إن أقر المشتري بملكية المبيع للمستحق)^٢.

و لكن أحرم المشتري من الزيادة التى تطرأ فى قيمة المبيع وقت الإستحقاق: (المادة 513 من مرشد الخيران: إذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذى إشتراه به المشتري، فليس له حق فى طلب شئ من البائع زائدا عن الثمن الذى أداه إياه)^٣.

يبقى غموض يحتاج إلى التوضيح، وهو تحديد وقت الإستحقاق (أى وقت نزع اليد كما يسمونه المغاربة)، و اختلف الفقهاء حول هذا، يرى البعض بأن وقت الإستحقاق هو يوم صدور الحكم القضائى النهائى بالإستحقاق، بإعتباره أنه اليوم الذى يتأكد المتعرض فيه بنجاحه فى دعواه.

و يقول البعض الآخر: بأن وقت الإستحقاق هو وقت رفع الدعوى، لأن الحكم بالإستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى، و وقت حدوث الضرر الواجب التعويض هو وقت رفع دعوى الإستحقاق، و ليس يوم صدور الحكم النهائى^٤.

ب. **قيمة الثمار:** الأصل هو أن المشتري يمتلك ثمار المبيع من يوم أو من وقت البيع، وله ما قبضه أو ما جناه. و لكن فى المادة (1165) من القانون المدنى العراقى جاء مايلى: (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته). وبالتالي يجب التمييز بين الثمار التى قبضه المشتري و هو حسن النية و ما قبضه سيئاً النية. و يعتبر المشتري حسن النية كما سبق و عرفنا حسن النية و سيئه، طالما لم يكن يعلم بحق المعترض الغير على المبيع، و من يوم علمه بإدعاء الغير يعتبر سئ النية، فعندما يرفع الغير دعوى الإستحقاق على المشتري يصبح المشتري عالما بحق الغير و يتحول نيته، و بالتالى يتوجب عليه أن يرجع إلى البائع ما قبضه من يوم سيئت نيته، أى من يوم العلم، وعلى هذا سار المشرع المصرى أيضا، و بالتالى يرجع به المشتري على البائع عند الإستحقاق الكلى.

¹ : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص 167.

² : المصدر نفسه، ص 165.

³ : المصدر نفسه، ص 167.

⁴ : تركى وليد، مصدر سبق صدره، ص ص (141-143).

و يفترض المشتري بأنه حسن النية حتى يثبت العكس، إلا أن رفع الدعوى من قبل الغير يعتبر قرينة قاطعة على علم المشتري، إلا أنه أبقى المشرع الجزائري على احتمال علم المشتري بحق الغير قبل الإستحقاق، و نص على وجوب رد المشتري ما قبضه للمستحق، من يوم الذي كان عالماً بالحق حتى و إن كانت قبل رفع الدعوى¹.
ومن الغريب التشريع الأردني لم يميز بين سوء النية و حسنه، و إلترزم البائع البائع برد الثمار الذي إستحققت على المشتري في كل الأحوال².

ج. المصروفات: هي النفقات التي أنفقها المشتري على المبيع ولنفترض بأن المبيع دار و أنفق المشتري مصروفاتاً عليه، فتتقسم المصروفات على أنواع ثلاث:

إما ضرورية: (وهي المصروفات اللازمة لحفظ الشيء و سلامته و صيانتة، كبناء جدار مهدد بالسقوط)، ألزم المشرع العراقي المالك (وهنا المستحق) برد جميع ما أنفقه المشتري من المصروفات الضرورية إليه، و ذلك جاء في صراحة نص الفقرة الأولى من المادة (1167) من القانون المدني بقوله: (على المالك الذي رد إليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقه من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك)³. أى لا رجوع للمشتري على البائع بل يرجع على المالك.

و هناك نصوص مشابهة للنص العراقي في كل من القانون المدني المصري (980) و الجزائري (839)، و للمشتري فضلاً عن هذا حق حبس المبيع من المستحق حتى بالوفاء بتلك المصروفات.

و إما نافعة: وهي المصروفات التي تزيد من قيمة المبيع دون ان يكون ضرورية كالمصروفات في بناء طابق جديد أو كالبناء في الأرض المبيعة، فإن الفقرة الأولى من المادة 554 من قانوننا المدني صريحة في رجوع المشتري على البائع بها، و هذا خلافاً للقواعد العامة في المادة (2/1167) والذي أرجعه إلى أحكام المواد (1119) و (1120). هذا و في القانون المدني المصري و عند حسن نية المشتري خيّر البائع بين دفع نفقات البناء أو دفع مازاد من قيمة الدار (2/925م)، أما في حالة حسن يترتب عليه نفس الأحكام القانون العراقي.

و إما كمالية: وهي تلك المصروفات التي تنفق بقصد الزخرفة و الزينة و لا تكون لازمة احفظ المبيع و صيانتة، كما لا تترتب عليه أى زيادة في قيمته⁴.

المشرع المدني في المادة (3/1167) نصت على: (وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منها على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا اثر المالك ان

¹ : تركي وليد، مصدر سبق صدره، ص 144.

² : ربحي محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 91.

³ : جمهورية العراق، القانون المدني (40)، 1951، مادة (1/1167).

⁴ : تركي وليد، المصدر السابق، ص 147.

يستقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع). أى ليس له الرجوع بها على المالك المستحق، و لا نص فى القانون العراقى يميز له الرجوع بها على البائع فى حالة حسن نيته.

ولكن قد يتداخل المصاريف و يثور تساؤل أنها كمالية أم ضرورية أو نافعة؟ كما يقول السنهورى حول المصعد فى الأبنية و ماشابهها، فىكون بالعرف و المؤلف، أى إذا كان وجود المصعد بعد إنشاء الطابق الثانى شئى مؤلف، فهو من المصاريف النافعة، و لكن إذا كان المؤلف غير ما قلناه، تبقى مصاريف المصعد من المصاريف الكمالية¹. و سلكا مشرعى المصرية و الجزائرية نفس ما سلكه المشرع العراقى بصدد المصاريف الكمالية، إلا أن الغريب هو المشرع الأردنى و الذى لم يميز بين حسن النية و سوء النية البائع عند المصاريف الكمالية، و قد أعفى البائع فى كلتا الحالتين منها²، و هو موقف منتقد و مردود من جانب الفقه و المنطق القانونى.

د. **مصاريف الدعوى**: كما قلنا سابقا عندما يرفع الغير دعوى على المشتري لإستحقاق المبيع، قد يخرج المشتري عند تدخل البائع، ليحل البائع مكانه فى دفع إدعاء الغير، و لكن قد يبقى بجانب البائع أيضا، فى الحالة الثانية وعند إستحقاق المبيع يقع على عاتقه بعض المصاريف و النفقات الخاصة بالدعوى و الإجراءات، فضلا عن نفقات دعوى ضمان الإستحقاق على البائع (إذا كان الدعويان مستقلين عن بعضهما)، يرجع بكلتا النفقتين على البائع، و هذا ما سار عليه المشرع العراقى، و المصرى (440) و الجزائرى (375).

و لكن فى دعوى الإستحقاق (يستثنى المصروفات التى كان المشتري يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر البائع بدعوى الإستحقاق فى الوقت المناسب) و (على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع إتقاء المصروفات على النحو المتقدم)³.

ها. **ما لحق المشتري من خسارة أو ما فاته من كسب**: و فوق ذلك يجب على البائع تعويض المشتري عما لحقه من خسارة فعلية كنفقات النقل و الأشياء إلى الدار المبيعة و نقل الطلاب من مدرسة على أخرى، و أيضا ما فاته من كسب كان الثمن الذى إشتري به المبيع، كان قد خصه لمعاملة مالية، و فات منه، هذا و جاء نص صريح فى القانون المدنى المصرى (5/443) و الجزائرى، يقضيان بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب إستحقاق المبيع، و لكن المشرع العراقى لم ينص على جواز رجوع المشتري للتعويض على البائع حسن النية.

¹ : د. عبد الرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 681.

² : رجبى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص 92.

³ : د. عبد الرزاق السنهورى، المصدر السابق، ص 682.

2. إذا كان البائع سيئ النية:

يلزم البائع السيئ النية بأن يرد للمشتري، فضلا عن العناصر التعويضية التي ذكرناه عند حسن نية البائع، **المصرفات الكمالية** أيضا (إلا القانون الأردني لم يجيز الرجوع)، ففي القانون العراقي إستنادا إلى المادة (3/554) و المصري (5/443) يرجع المشتري على البائع سئ النية بالمصاريف الكمالية. و لكن **في القانون المدني العراقي**: يرجع المشتري على البائع سئ النية في حالة الإستحقاق الكلي بزيادة ثمن المبيع، إذا ارتفع الثمن (أى يرجع المشتري على البائع بثمن المبيع وقت الإستحقاق)، و أيضا يرجع عليه بما لحقه من خسارة و مافاته من كسب (ملفتا الإنتباه بأن المشرع العراقي لم يجيز الرجوع عليه عند حسن نيته). هذا و يرى بعض الفقه بأن المشرع المصري مَيِّز أيضا بين سوء و حسن نية البائع بصدد التعويض^١، و لكن هذا الرأي يتعارض مع صراحة نص المادة (5/443) و بالتالي فهو مجرد قول لقائله. نرى مفيداً القول، بأن أبرز و أهم فرق بين التعويض في دعوى الإستحقاق و هو في دعوي الإبطال أو الفسخ، هو عدم تأثير نية المشتري في تقدير التعويض عند دعوي الثانية و الثالثة^٢، لذا من الأخرى و الأنفع للمشتري رفع دعوى الإستحقاق دون الفسخ أو الإبطال.

ثانياً : الإستحقاق الجزئي:

لم يتفق الفقه على تعريف شامل للإستحقاق الجزئي، و لعل ذلك يعود إلى التباين في موقف الفقه و القوانين حول مدى الإستحقاق و وتميز بعضهم بين الإستحقاق الجزئي الجسيم و غير الجسيم و عدم مبالاة الجانب الآخر بالجسامة.

يعرفه محمد حسنين: (هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواء كان الجزء المستحق مفرزاً أم حصة شائعة في العين كلها، أو تبين أن المبيع مثقل بتكليف، سواءً حقاً عينياً كحق الارتفاق أو الإنتفاع أو الإستعمال أو السكنى، أو حقاً شخصياً كحق المستأجر)^٣.

و لكن يعرفه الدكتور جعفر الفضلي بإعتبار المشتري بأنه : (يكون الإستحقاق جزئياً إذا لم يحرم من كل الحقوق المقررة على المبيع)^٤.

¹ : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص ص (212-213).

² : د. عبدالرزاق السنهورى، المصدر السابق، ص 684.

³ : تركى وليد، مصدر سبق ذكره، ص 150.

⁴ : د. جعفر الفضلي، مصدر سبق ذكره، ص 116.

أما في المذهب المالكي في الفقه الإسلامي، يعتبر الإستحقاق الجزئي جسيماً عندما يبلغ حجم الإستحقاق ثلث حجم المبيع¹.

جاء التعريف الأول شاملاً محتوياً بعض نموذج من الإستحقاق الجزئي لا حاجة لذكرهم مجدداً، و لكن بالنسبة للقوانين نجد إختلافات عند تناول المشرعين إلى هذه المسألة، فبعض منهم ميز بين حالتين بإعتبار مدى جسامته الإستحقاق و منها قانون المدني الفرنسي و المصري و الجزائري، و عند البعض الآخر لا قيمة لمدى جسامته الإستحقاق و على رأسهم مشرعنا المدني العراقي و ذلك في المادة (555) منه، و هناك من لم يميز على أساس الجسامته ولكن له معايير أخرى كالقانون الأردني، و رأينا الوقوف على آثار الإستحقاق الجزئي عند الموقفين كل على حدة:

1. آثار الإستحقاق الجزئي عند القوانين التي لم يميز على أساس جسامته الإستحقاق:

في المادة (555) نص المشرع العراقي على حكم واحد للإستحقاق الجزئي سواء كان جسيماً أم غيره، و هو تغيير المشتري بين (فسخ البيع و رد المبيع) أو (إستبقاء المبيع مع مطالبة البائع إن كان له مقتضى)².

2. آثار الإستحقاق الجزئي عند القوانين التي ميزت على أساس جسامته الإستحقاق:

سؤال وجيه: كيف نميز بين الإستحقاق الجسيم و الإستحقاق غير الجسيم؟ أى ماهو معيار التفرقة بينهما؟ للفقه المصري و قانونه موقف واضح وهو ترك تقدير التميز بينهما إلى تقدير قاضي محكمة الموضوع، و ذلك بدون رقابة محكمة النقض وفقاً لكل حالة على حدة³.

و لكن الجزائري يرى بأنه معيار شخصي يراعى فيه جانب المشتري و قد ترك التقدير لقاضي الموضوع و لكن مستعيناً بأهل الخبرة⁴.

تناول المشرع المصري آثار الإستحقاق الجزئي في المادة (444) و الجزائري (376) و التونسي في الفصل (1/633) قائلاً (إستحقاق الجزء كإستحقاق الكل) و هذا هو الإستحقاق الجسيم على حد قول الأستاذ نذير بن عمو⁵.

بعد تأمل المواد المذكورة أعلاه، بأن المشتري في حالة الإستحقاق الجزئي الجسيم مخير بين:

1 : نذير بن عمو، مصدر سبق ذكره، ص 221.

2 : تركي وليد، مصدر سبق ذكره، ص ص (152-153).

3 : د. أحمد السعيد الزقرد، مصدر سبق ذكره، ص 213.

4 : تركي وليد، المصدر السابق، ص 150.

5 : نذير بن عمو، المصدر السابق، ص 221.

أ- رد المبيع و ما أفاده منه إلى البائع و المطالبة بالتعويضات المقررة في حالة ضمان الإستحقاق الكلي كما أسردنا فيها، أى أحاله المشرع إلى أحكام المواد (375) الجزائرى و (443) المصرى. هذا و عقد البيع لا يزال نافذ و الحكم ليس بناءً على فسخه، لأن ضمان الأستحقاق من إلتزامات البائع و يستحق المشتري التعويضات على أساس وجود العقد و ليس فسخه كما يدعى البعض.

ب- إستبقاء المبيع، مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الإستحقاق الجزئى، و لكن التعويض هنا ليس التعويض بسبب الإستحقاق الكلى (375 الجزائرى و 443 المصرى)، و إنما تعويض على أساس المسؤولية العقدية¹.

و أما فى حالة الإستحقاق الجزئى الغير جسيم، و هو الذى لا يرتقى إلى القدر الذى لو علمه المشتري لما أتم إبرام العقد، و بالتالى لا يؤثر على قبوله للمبيع لو علم بالإستحقاق الجزئى، لا يبقى أما المشتري إلا قبول المبيع رغماً عن الخسارة الغير جسيمة و لكن يرجع على البائع بالتعويض وفقاً للقواعد العامة إن كان له مقتضى. ويمكن تبرير موقف المشرعين فى هذه الحالة بحرصهم على إستقرار المعاملات.

3. موقف فريد، موقف المشرع الأردنى عند الإستحقاق الجزئى:

لم يميز المشرع على أساس جسامه الإستحقاق، بل إعتد معياراً مزدوجاً، و هو (قبض المشتري بالمبيع كله او بعضه) و (هل أحدث الإستحقاق عيباً فى المبيع أم لا) و عليه:

أ- إذا كان الأستحقاق الجزئى وقع بعد قيام المشتري بقبضه كاملاً، هناك فرضين:

إما أحدث الإستحقاق الجزئى عيباً فى المبيع، كأن المبيع لا يقبل التقسيم سيارة مثلاً، فى هذه الحالة له أن (يرجع المبيع إلى البائع و يسترد الثمن) (الفسخ دون التعويض). أو يقبل المبيع كما هو و يطالب بإنقاص الثمن بقدر الجزء المستحق.

و إما: لا يحدث الإستحقاق الجزئى عيباً فى المبيع، لا يبقى أمام البائع آنذاك إلا الرجوع على البائع بثمن الجزء المستحق و المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

YourColor.Net

ب- إذا كان الإستحقاق الجزئى قبل قيام المشتري بقبض المبيع كاملاً:

إما للمشتري أن يرد الجزء الذى قبضه إلى البائع كاملاً، و مطالبة الثمن (إذا نقده عند الإبرام)، و يذكر بأن أى نقص فى هذا الجزء يعطى حق طرح ثمن هذا النقص من ثمن المبيع الموجود عند البائع، و لكن لإذا لم يتمكن المشتري من إعادة الجزء المقبوض سليماً إلى البائع، إمتنع عليه فسخ العقد و مجرد له مطالبته بالتعويض.

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 688.

و إما: أن يقبل المشتري بالبيع في الجزء غير المستحق، و يطالب بإنقاص الثمن¹.

و أخيراً في الفقه الإسلامي، ميّز أيضاً بينما إذا كان المشتري قد قبض المبيع أم لا، كما نراه عند صاحب مرشد الحيران في المادة (510): (اشترى داراً مع بنائها فاستحق البناء قبل قبضه قالوا يخير المشتري إن شاء أخذ الأرض بحصته و إن شاء ترك، و لو إستحق بعد قبضه يأخذ الأرض بحصته و لا خيار له و الشجر كالبناء)².

ثالثاً: رد البائع إلى المشتري ما أدّاه للمتعرض:

الأثر الثالث و الأخير لإستحقاق المبيع، هو رد البائع إلى المشتري ما أدّاه للمتعرض للتصالح معه و نزع يده أو تنازله عن الدعوى.

فقد يميل البائع إلى عدم توغله بالدعاوى و صيانة لنفسه من أعباء دعوى ضمان الإستحقاق، يتصالح مع المشتري و يرد إليه ما دفعه لإرضاء المتعرض.

جاء المشرع المصري بالمادة (442) ماتنص: (إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أدّاه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات)³.

أى توفيق المشتري للحكم على المبيع بالإستحقاق و إتفاقه مع المتعرض بإعطائه نقوداً أو أى شئ آخر فيثبت القانون نوعاً من الإسترداد يستطيع البائع بموجبه أن يكفى نفسه من نتائج الضمان و مؤونة التعويضات التي بينها في حالتى الإستحقاق الكلى أو الجزئى، و يقول السنهورى (هذا الضرب من الإسترداد نادر إلا في حالات ثلاث وهم: الشفعة و إسترداد الحصة الشائع و إسترداد الحق المتنازع فيه)⁴.

و لكن في القانون العراقى ليس هناك نظير للنص المصرى، و هذا السكوت لا يمكن تفسيره بالرضى.

رابعاً: الرجوع بالضمان فى حالة توالى البيوع:

أحكام البيع أعلاه تطبق فى حالة وجود عقد بيع واحد، و لكن ماهو الحال فى حالة البيوع المتوالية؟ و قبل الإجابة، لا بد من تعريف البيوع المتتالية أو المتوالية أو كمايسمونه بالبيوع المتعاقبة:

¹ : ربحى محمد أحمد عظيم، مصدر سبق ذكره، ص ص (97-99).

² : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص 166.

³ : جمهورية مصر العربية، قانون رقم (101)، 1948، مادة (442).

⁴ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص ص (690-691).

هو بيع الشيء من قبل المشتري الأول إلى المشتري الثاني، وبيعه الثاني إلى الثالث وهكذا، مثلاً أن تقوم (هنار) ببيع جهاز حاسوب لها ب(صباح) و يقوم صباح ببيعه ل(هيرو) و تقوم (هيرو) ببيعه ل(ساسان).

تنص المادة (553) من قانوننا المدني على أنه: (إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق، كان هذا حكماً على جميع الباعة ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه).^١

و يترتب على هذا النص في مثالنا أعلاه، إذا استحق الجهاز في يد (ساسان) ل(سانا):

1. ل(ساسان) أن يرجع على (هيرو).

2. ل(هيرو) الرجوع على (صباح) و لكن بعد أن رجع عليه (ساسان).

3. ل(صباح) الرجوع على (هنار) و لكن بعد أن رجعت عليه (هيرو).

و أيضاً ليس ل(ساسان) أن يرجع مباشرةً على (هنار) إلا عن طريق الدعوى الغير مباشرة^٢، إذا توافرت شروطها. ولكن يرى جانب من الفقه بأنه من المنطقي إعطاء المشتري الأخير حق الرجوع بالدعوى المباشرة، باسمه الخاص على أى من الباعة السابقين، بداعي أن هذا الحق للضمان ينتقل من مشتري إلى آخر لأنه من الملحقات الملازمة للإنتفاع به دون حاجة إلى النص عليه.^٣

ولكن صراحة نص المادة (553) لم يدع أى مجال لهذا التفسير و منع المشتري الأخير أوى أى من المشتريون الرجوع مباشرة على ما قبله دون أن يرجع عليه ما بعده.

و يجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي كان متأثراً بالفقه الإسلامي، نرى صاحب مرشد الخيران جاء بهذا النص بالتفصيل في المواد (499) و (507) و (508) منه و ذكر كيفية الإثبات عند نكول إحدى الباعة على الضمان و على البيع.^٤

و هناك تطبيقات قضائية لحكمة التمييز ما تؤكد ذلك و منها القرار رقم (474/إستئنافية/85-86) الصادر في (1987/3/18) و الذى ينص ما نص عليه المادة (553) و هو: (إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير.... المشتري منه).^٥

YourColor.Net

¹ : جمهورية العراق، قانون رقم (40)، 1951، المادة (553).

² : الدعوى الغير مباشرة: هو أن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري يطلب فيها باسم مدينه إلزام المشتري بدفع الثمن أو باقى الثمن أو يطلب فسخ العقد(عقد البيع)، لعدم وفاء المشتري بالثمن و لهذا جاء المشرع العراقي بالمادتين (261) و (262).

ينظر: الوسيط فى شرح القانون المدني، د. منذر الفضل، دار آراس للطباعة و النشر، أربيل، بلا، ص ص (492-493).

³ : د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، و د. صاحب الفتلاوى، مصدر سبق ذكره، ص ص (127-128).

⁴ : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص ص (165-166)، إكتفينا بذكر المواد نظراً لعدم الإطالة.

⁵ : إبراهيم المشاهدى، مصدر سبق ذكره، ص 94.

واخيراً ميّز بين نوعين من الإستحقاق فى البيوع المتعاقبة، وهما الإستحقاق المبطل للملك و الإستحقاق الناقل للملكية، فالأول يوجب إنفساخ العقد بين الباعة، بلا فسخ القاضى، فلكل واحد منهما الرجوع على بائعه و إن لم يرجع أحد، و الثانى لا يوجب إنفساخ العقود فلا يرجع أى من الباعة على بائعه قبل الرجوع عليه^١.

المطلب الثانى

الضمان الإتفاقى

سبق و تبين بأن أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق ليست من النظام العام، وهذا القول يؤدى إلى نتيجة: جواز إتفاق الأطراف على مخالفته، أى جواز الإتفاق بين الأطراف على تعديل الضمان سواءً بتخفيفه أو تشديده، أو الإعفاء عنه. و هذا مايسمى بالضمان الإتفاقى و لذلك نقسم المطلبَ على فرعين:

الفرع الأول

تخفيف و تشديد أحكام الضمان

جاء المشرع العراقى بالمادة (1،2/556) قائلاً: 1. يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا فى ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان. 2. ويفترض فى حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان، اذا كان هذا الحق ظاهراً او كان البائع قد ابان عنه للمشتري^٢ و فى هذه المادة نستلخص جميع أحكام التشديد و تخفيف الضمان، و نقوم بالبحث فى ثلاثة مسائل:

أولاً: الإتفاق على تشديد الضمان:

قد يتفق البائع و المشتري على تشديد الضمان، بحيث يلتزم البائع بأكثر مما تقرره القواعد الخاصة بالضمان، و الذى تقدمنا ذكره، ولكن يجب أن يتوافر شروط فى الإتفاق، و منه أن يكون منصوصاً عليها فى العقد و أن يكون واضحاً لا يحتمل التندليس، أو كما يقول الفقه: (أن توضح على وجه الدقة الأفعال التى يلتزم بها البائع بضمانها كأن يتفق مثلاً على أن للمشتري الرجوع على البائع بجميع المصاريف بما فيها الكمالية على البائع حتى إذا كانت البائع حسناً النية)^٣.

أو كأن يزيد له فى التعويض عند الإستحقاق، أو أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق عند الإستحقاق الجزئى فى رد المبيع و أخذ تعويضات كاملة و لو كان الإستحقاق الجزئى غير جسيم(القانون المصرى).

¹ : محمد قدرى باشا، المصدر السابق، ص 162، المادة 497.

² : جمهورية العراق، قانون المدنى(40)، 1951، مادة (556).

³ : د. جعفر الفضلى، مصدر سبق ذكره، ص 120.

وفي القانون المدني الجزائري كما كان في نظيره العراقي نص المشرع على أن البائع لا بد أن يستعمل كلمات و عبارات غير مبهمة في حالة تشديد الضمان، و المصري أجازها وفقاً للمادة (1/455) بنفس الشروط سالفة الذكر. و ورد في قرار لمحكمة النقض أيضاً : (يمكن الإتفاق على أن يبقى المدين مسؤولاً حتى لو حال سبب أجنبي في العلاقة بين خطأ المدين و بين الضرر الذي لحق بالدائن، و يمكن تشديد إلتزام المدين من الإلتزام ببذل العناية على الإلتزام بتحقيق الغاية)^١.

أما المشرع الأردني بقي ساكناً عن القول بالتشديد، و لكن إذ إشتراط نفع للمشتري لا يتعارض مع النظام العام و الآداب، للمشتري الرجوع على البائع رغماً عن أحكام الضمان. و أكد محكمة التمييز الأردنية هذا القول في قرارها: (يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليه في العقد، أو في إتفاق لاحق، و يجوز للمحكمة في جميع الأحوال أن تعدل عن هذا الإتفاق ما يجعل التقدير مساوياً للضرر)^٢، و أما المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المدني الفلسطيني هذا حدوة المشرعين المصري و العراقي. و مواقف متشابهة من المشرعين السوري (434،435) و اللبناني (430، 432، 439)، فوجدنا بأن المشرعون في مواقف متقاربة حول تشديد الضمان.

ثانياً: الإتفاق على تخفيف الضمان:

كذلك يمكن للبائع و المشتري الإتفاق على تخفيف أحكام الضمان أيضاً و خير المثل لذلك هو الإتفاق على إلتزام البائع برد الثمن للمشتري فقط دون التعويضات الأخرى في حالة الإستحقاق. هذا الإتفاق وارد و كثير الوقوع في الحياة اليومية و تناولها قانوننا المدني، و أجاز التخفيف في المادة (3/556) ولكن هل يجوز التخفيف أياً كان نوعه، رجوعاً إلى المادة: (ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق المستحق)، أي يجب أن يتوافر بعض الشروط لكي يصبح الإتفاق جائزاً:

1. أن لا يكون الإستحقاق ناشئاً عن فعل البائع:

لكي يكون الإتفاق على التخفيف جائزاً، يجب أن لا يكون الإستحقاق ناشئاً عن فعل البائع، و هذا ما أكدته وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها مفاده: (إن الإتفاق على إنقاص ضمان الإستحقاق أو إسقاطه، من شروط صحته ان لا يكون الإستحقاق من فعل البائع)^٣. و مثال ذلك قيام البائع ببيع عقار له ب(زانا) و بعده بيوم يبيعها ب(شاجوان) و تسارع هي إلى تسجيله.

¹ : رجى محمد أحمد عزم، مصدر سبق ذكره، ص ص (112-113).

² : المصدر نفسه، ص ص (113-116).

³ : المصدر نفسه، ص 102.

وفي التقنين الأردني جاء نص في القواعد العامة، بأن الشرط المتعلق بالعقد يجب أن يكون صحيحاً، أى يجب أن يكون شرط التجفيف في موضوعنا هذا لم يختلطه شائبة، و الشئبة هنا: فعل البائع الناشئ منه إستحقاق المبيع. و لكن يقول بعض الفقه بجواز ان يكون فعل الإستحقاق آتية من البائع و لكن نص في العقد عدم ضمانه له، فيجوز للبائع أن يفترض عدم ضمان الإستحقاق الناشئ عن رهنه للعقار المبيعة، ولكن لايجوز إشتراط البائع عدم ضمان فعله، إذا كان الفعل يحتوى على غش منه، كأن يشترط البائع على عدم ضمانه للإستحقاق الناشئ عن بيعه للعقار مرة ثانية أو إلى الحيابة في المنقول¹. مفاد الشرط الأول هو أن يكون البائع حسن النية عندما يطلب تخفيف الضمان عليه.

2. أن لا يعتمد البائع إخفاء حق الغير على المبيع:

عندما يعلم البائع بوجود حق صحيح للغير على المبيع و يخفاه عمداً من المشتري و ينص في العقد على أمور تخفف إلتزامه بالضمان، فيقع هذا الإلتفاق باطلا عند الإستحقاق، و ذلك لأن البائع قد غش و عملاً بالقواعد العامة لا يستفيد الغشاش من غشه.

و يرى جانب من الفقه لترتب هذا الشرط يجب ان يكون البائع عالماً وقت البيع بحق الغير على المبيع و يعلم بأن المشتري لا يعلم به، و لم يخبره به، و يرون بأن البائع حتى و إذا كان عالماً بهذا الحق و كتبه عن المشتري ظناً منه بأن المشتري مدركاً لا يعتبر غشاً و يصح الإلتفاق²، و لكن هذا الرأي مردود في نظرنا لتعرضه مع صراحة نص المادة (3/556) من قانوننا المدني و (445) من المصرى و يؤدى إلى ضياع حقوق المشتري و يحتاج إلى جهد كثير لإثباته لأن ذلك يتعلق بأعماق نفس البائع و باطنه.

و بالنسبة للمشرعين الآخرين، حذايا المشرعى الجزائرى (377) و الفلسطينى حذوة المصرى و العراقى، و لكن المشرع الأردنى كما سبق و قلنا لم ينص لا على التشديد و لا على التخفيف و القضاء الأردنى أحال الموضوع إلى القواعد العامة فى الشرط، و يبقى القول بأن الفقه الأردنى قد إنقسم إلى رأيين حول الموضوع، جانب يرى فساد العقد و لكن حجواز تحويله إلى عقد صحيح وفقاً لمبدأ تحول العقد، و الجانب الآخر يرى بعدم جواز الإلتفاق على التعديل³.

YourColor.Net

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص 701.

² : المصدر نفسه، ص ص (699-701).

³ : ربحى محمد أحمد عزيز، مصدر سبق ذكره، ص ص (107-108).

ثالثاً: خصوصية فى حقوق الإرتفاق:

نص قانوننا المدنى فى المادة (2/556) على خصوصية فى حقوق الإرتفاق حيث يخرج حكمه عن نطاق ماقلناه، و هو (ويفترض فى حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان، اذا كان هذا الحق ظاهراً او كان البائع قد ابان عنه للمشتري) و هناك نص مشابه له فى المادة (2/445) من القانون المدنى المصرى.

ومفادهما أنه إذا ثبت بأن المشتري كان يعلم بحق الإرتفاق إما لأن الحق كان ظاهراً أو كان لا بد من أنه يعلم به وقت إبرام العقد، و إما لأن البائع قد أعلم المشتري به، فإن هاتين الواقعتين بمثابة إشتراط البائع، بعدم ضمانه لحق الإرتفاق تلك فى العقد.

أى للبائع حق تخفيف الضمان بعدم ضمانه لحقوق الإرتفاق، إذا قام بإخبار المشتري عند إبرام العقد، أو كان الحق ظاهراً بحيث يجعل علم المشتري به سهلاً للغاية.

ولكن (ينبغي أن يحصل المشتري على علمه من إحدى الطريقتين أو كليهما)، فمثلاً لا يكفى علم المشتري به لحرصه على الإطلاع على أوليات المبيع فى التسجيل العقارى، أو يحصل العلم من من ينوب عن البائع.

الفرع الثانى

الإتفاق على إعفاء الضمان

بالعودة إلى النصوص سالفة الذكر من التقنينات العراقى و المصرى و الجزائرى و ما إلى ذلك، نجد بأنهم قد تطرقوا إلى مسألة إعفاء البائع من الضمان، و نحن الآن نتكلم عنه تحت ضوئهم فى مسألتين:

أولاً: شروط الإتفاق على الإعفاء:

1. أن لا يكون سبب التعرض و الإستحقاق ناشئاً عن فعل البائع، كما سبق و تحدثنا عنه فى الفرع السابق
2. أن لا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الغير على المبيع من المشتري.

YourColor.Net

ثانياً: آثار الإتفاق على عدم الضمان:

إذا كان البائع غير مخجل بالشرطين سالفة الذكر، و إتفق مع المشتري على عدم الضمان أى إسقاط إنزاهه بضمان التعرض و الإستحقاق، يكون الإتفاق جائز، ولكن لا يعف البائع جملة و تفصيلاً من جميع مسؤولياته، فوفقاً للمادة

¹ : د. عبدالرزاق السنهورى، مصدر سبق ذكره، ص ص (703-704).

(2/557) من قانوننا المدني يبقى البائع مسؤولاً عند الإستحقاق عن ثمن المبيع المنصوص في العقد (في القانون المدني المصري و مثيلاته ينقد البائع ثمن المبيع وقت الإستحقاق قلت أو كثرت).

سؤال يطرح نفسه: هل يستطيع البائع أن يدفع عن نفسه رد قيمة المبيع وقت الإستحقاق؟

جاء المادة (378) من القانون المدني الجزائري صريحاً: (و إذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري، برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو أنه إشتهر تحت مسؤوليته)¹. و ينص القانون المدني المصري على نص مشابه وهو (مادة 446) مما أدى بالدكتور عبد الرزاق السنهوري أن يقول عند شرحه لها: (إذا اراد البائع الذي لم يتعمد بطبيعة الحال إخفاء سبب الإستحقاق على المشتري، إعفاء نفسه لا من التعويض فحسب، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الإستحقاق، فلا يكفي أن يشترط إسقاط الضمان، بل يجب أيضاً أن يثبت بأن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق، أو أن يثبت بأن المشتري عندما قبل بشرط إسقاط الضمان قد إشتهر ساقطاً الخيار، أى عالمًا بأن البيع إحتمالي و قد أقدم عليه مخاطراً). أى مع علمه بالخطورة جازف بالثمن و يدفع الآن ضريبة أفعاله)².

و لكن المشرع المدني العراقي لم ينص على ما يشابه هذا، أى لا سبيل أمام البائع إلا ان يرد الثمن المنصوص عليه في العقد إلى المشتري. وأخيراً: ما ذكرناه حول خصوصية حق الإرتفاق عند تخفيف الضمان، يبقى كما هو أيضاً عند الإعفاء.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامى نرى بأنه لم يجز الإرتفاق على الإعفاء من الثمن و إنما إعتبره شرطاً مبطلا للعقد كله، و نستدل على ذلك بنص المادة (492) من مرشد الحيران ما نصه: (لا يصح إشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع و يفسد البيع بهذا الشرط)³.

¹ : جمهورية الجزائرية، القانون المدني، أمر رقم (75-78)، 1975، ماددة (378).

² : د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سبق ذكره، ص 708.

³ : محمد قدرى باشا، مصدر سبق ذكره، ص ص (160-161).

الخاتمة

أولاً: الإستنتاجات:

1. تأثر المشرعون العربية بالفقه الإسلامي تارة و اختلفوا معه تارة أخرى.
2. مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي لا تقابل مصطلح المسؤولية المدنية في الفقه القانوني فقط كما يدعيها البعض، بل يقابل المسؤولية القانونية، وذلك لأن الضمان يترتب عليه جوانب كثيرة لا تترتب على المسؤولية المدنية و لكن العكس ليس صحيحاً.
3. بعض القوانين يشترط لضمان التعرض وقوعه فعلاً كالقانون العراقي، و البعض الآخر يتوسع فيه و خاصة في ضمان المنقول حتى تصل إلى ضمان احتمال وقوع التعرض كالقانون البولوني.
4. لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى ضمان التعرض بشكل مستقل، و إنما جاء ببعض أحكامه في ضمان الإستحقاق و باب بيع ملك الغير و ما إلى ذلك.
5. التعرض نوعان، إما أن يكون من البائع نفسه، أو يكون صادراً عن الغير.
6. يجب أن تتوافر في التعرض الشخصي لكي تكون قابلاً للضمان، أن يكون قد وقع فعلاً، و أحرم المشتري كلياً أو جزئياً من المبيع و أن يكون غير مشروع و تقع بعد البيع.
7. لا يتفق الفقهاء في حالة البيع مرة ثانية و مبادرة المشتري الثاني للتسجيل أهو تعرض أم لا، و الرأي الراجح هو: أنه تعرض لفقدان المبيع على المشتري.
8. الإلتزام بضمان التعرض إلتزام أبدي و غير قابل للتجزئة و إلتزام سلبي و أنه أصلي و بتحقيق نتيجة.
9. التعرض إما ان تكون مادياً أو قانونياً و لا يضمن البادر إلا التعرض المادى الصادر عن الغير.
10. ينقسم التعرض المادى على قسمين: قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع و قسم يقوم على تصرفات قانونية من البائع تجاه الغير.
11. ضمان التعرض موجود في جميع أنواع البيوع، رغماً عن وجود التحفظ عند بعض الفقه على أنواع من البيوع كالبيع الجبرى.
12. تكون جزاء الإخلال بالتعرض المادى الصادر من البائع بإزالة آثاره، و التعويض إن كان له مقتضى، و التعرض القانونى الصادر منه برد الدعوى، لأن من سعى في نقض ما تم من جهله فسعيه مردود عليه.
13. لا يضمن البائع تعرضاً مادياً صادراً عن الغير و ذلك لأن البائع ليس في وضعية أحسن من المشتري، و أن المشتري له ضمان قانونية و إلتزام البائع بضمان ما لا يد له فيه إلتزام غير عادل، و إنما يلتزم البائع بضمان التعرض القانونى الصادر عن الغير و تكون جزاء الإخلال به، إما تنفيذاً عينياً بدفع الدعوى

و مجانية المشتري فيها، و إن استحق المبيع تكون جزاءه بالإلتزام بطريق التعويض و هو ما يسمى بضمان الإستهقاق.

14. من شروط التعرض الصادر عن الغير لكي يكون مضموناً: أن تكون قد وقع فعلاً، و قانونياً و أن يكون سابقاً عن البيع أو لاحقاً و آلت إليه بسبب البائع.

15. مجرد علم المشتري بحق الغير لا يكون بالضرورة دليلاً على التعرض له.

16. قد يكون التعرض قعد وقع فعلاً دون رفع الدعوى.

17. علم المشتري بحق الغير وقت البيع لا يحول دون ضمانه قبل البائع، إلا و يستطيع البائع النجاة لا من الضمان فقط بل إنما من رد الثمن أيضاً و ذلك في القانون المصري و الجزائري، شريطة أنه إشتهر مسبقاً إعفائه من الضمان في العقد و أثبت أن المشتري كان عالماً وقت البيع بعدم ملكية البائع، أى بحق الغير، و لكن القانون العراقي لم يميز ذلك، متأثر بالفقه الإسلامي حيث إعتبر شرط عدم ضمان الثمن مبطلاً للعقد.

18. لم يتفق الفقهاء على وجود الضمان في البيوع الجبرية و الرأي الراجح هو وجوده و يستطيع المشتري في حالة عسران البائع الرجوع على دائنيه إما بالمسؤولية التقصيرية أو بأحكام بيع ملك الغير.

19. على المشتري إخطار البائع بالدعوى عند وقوع التعرض القانوني الصادر عن الغير.

20. من الأصلح للمشتري البقاء جنباً إلى جنب مع البائع في الدعوى، لكي يتمكن من توجيه طلب فرعي بضمان الإستهقاق عنده، تجنباً للروتين المتكرر و المصاريف في رفع دعوى جديدة لضمان الإستهقاق.

21. كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري ولو كان عالماً بالخصومة لأن القانون لا يوجب التدخل عليه فيها.

22. لم يفصل الفقه الإسلامي في حيثيات دعوى الإستهقاق إلا بشكل مبهم و عن طريق ضرب الأمثال.

23. إلتزام البائع بضمان الإستهقاق إلتزام قابل للتجزئة و غير مؤبد و القيام بعمل.

24. لا حاجة لإشراط الضمان في العقد، لأنه و لو لم يشترط حق قانوني و شرعي للمشتري.

25. الإستهقاق إما أن تكون كلياً أو جزئياً.

26. في آثار الإستهقاق الكلي ميّز الأنظمة القانونية (بما فيه العراقي) بين حالتى حسن و سوء نية المشتري إلا بعضهم كالمشرع الأردني.

27. في القانون المدني العراقي و مثيلاته يلزم البائع حسن النية برد الثمن المنصوص في العقد إلى المشتري سواءً زاد قيمة المبيع أو نقصت، و إنما في المصرى و مثيلاته فهو ملزم برد قيمة المبيع وقت الإستحقاق.
28. لم يلزم المشرع العراقي البائع الحسن نية بتعويض المشتري عما لحقه من ضرر و مافاته من كسب.
29. لم يميز المشرع العراقي و مثيلاته بين الإستحقاق الجزئى الجسيم و الغير جسيم، خلافا للمصرى و مثيلاته، و الموقف الفريد هو المشرع الأردنى و الذى ميّز على أساس آخر وهو قبض المبيع.
30. الإتفاق على تعديل الضمان جائز بشروط مع خلافات جزئية بين القوانين.

ثانيا: التوصيات:

نوصى:

1. بضرورة صيرورة ضمان التعرض نظريةً عامةً فى العقد، و ذلك منادى الفقهاء بحق، لأنه يشمل جميع الحقوق الناقلة للحق.
2. بضرورة إنتقال الإلتزام بعدم التعرض الشخصى إلى الورثة فى الأعمال التى يعتبر من قبيل التعرض كما فعله المشرع الفرنسى.
3. بأن يعترف المشرع العراقي بجواز تأخير جلسة الإستحقاق من قبل المحكمة بناءً على طلب المشتري، إذا لم يتمكن البائع حضور جلسة الإستحقاق.
4. بأن لا يسقط حق الضمان على البائع فى القانون المدني العراقي، إذا تصالح المشتري مع الغير و سلم بحقه دون رفع الدعوى، إلا إذا أثبت البائع بأن الغير لم يكن على حق فى ما إدعاه.
5. بضرورة تعديل نص المادة (1/554) من القانون المدني، و أن يصبح البائع ملزماً برد قيمة المبيع وقت الإستحقاق، لأنه فى تلك الحالة إذا نقص القيمة بسبب إنتفاع المشتري بالمبيع يذهب النقص عليه لا على البائع، و إذا زاد القيمة تكون خاطراً لجبره.
6. بضرورة وجود التعويض عند حسن نية البائع أيضاً عند الإستحقاق إن كان له مقتضى، وذلك لأن التعويض له عناصره، و إذا توافر العناصر وجب التعويض.
7. بضرورة وجود نص فى القانون المدني العراقي يميز للبائع الراغب عن الإتفاق مع المشتري المتصالح مع الغير، و دفعه إليه ما أداه.

المصادر

أولاً: الكتب:

1. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة.
2. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع-الإيجار-المقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا.
3. د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع-الإيجار-المقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا.
4. جبروم هوييه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، ت: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2003، الطبعة الأولى.
5. د. أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، مصر، 2010، الطبعة الأولى.
6. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق-سوريا، 2008، الجزء الرابع، الطبعة السادسة.
7. المستشار سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في العقود، دار الكتب القانونية، مصر، بلا.
8. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية أفكار و آراء في القانون المدني، مكتبة الفكر و الوعي للإتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، 2009.
9. عبدالله بن عبدالرحمن البسام، توضيح الأحكام في بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة.
10. د. محمد عبدالمنعم أبوزيد، الضمان في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996، الطبعة الأولى.
11. محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، الطبعة الأولى.
12. د. مجدى المتولى، مبادئ القضاء المصرى (القضاء الدستورى- القضاء الإدارى-القضاء العادى)، الهيئة العامة المصرية للكتاب، مصر، 1996.
13. نذير بن عمو، قانون مدنى، العقود الخاصة، البيع و المعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بلا، 2008.
14. رمزى رشاد عبدالرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات فى القانون المدنى، دارالجامعة الجديدة، أسكندرية-مصر، 2015.

15. د.مصطفى إبراهيم الزلمى، الإلتزامات فى ضوء المنطق و الفلسفة، مطبعة شهاب، أربيل، 2011، الطبعة الثانية.
16. إبراهيم المشاهدى، المبادئ القانونية فى قضاء محكمة التمييز-القسم المدنى، طبعة العمال المركزية، بغداد، 1988.
17. د. عبدالمجيد الحكيم، د.طه البشير و د. عبدالباقي البكرى، الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى العراقى، المكتبة القانونية، بغداد، بلا، الجزء الأول.
18. د. منذر الفضل، الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار آراس للطباعة و النشر، أربيل، بلا.

ثانياً: القوانين:

19. جمهورية العراق، القانون المدنى العراقى، رقم (40) لسنة 1951.
20. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون المدنى، الأمر رقم 57-58، لسنة 1975.
21. جمهورية مصر العربية، القانون المدنى رقم (131) لسنة 1948.

ثالثاً: المعاجم:

22. الأب لويس معلوف و الأب لويس فيرديناند اليسوعى، المنجد فى اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاسوليكية، بيروت، بلا، الطبعة التاسع عشر.

رابعاً: الدوريات:

23. د. يس بن ناصر الخطيب، البئر و ضمانه، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، العدد 56، ذوالقعدة/صفر 1419-1420 للهجرة.

YourColor.Net

خامساً: المواد غير المنشورة:

24. تركى وليد، "ضمان التعرض و الإستحقاق فى عقدى البيع و الإيجار"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة باجى مختار-عنابة، 2011.
25. ربحى محمد أحمد عزيز، "ضمان التعرض و الإستحقاق، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية-نابلس، فلسطين، 2007.

سادسا: المصادر الألكترونية:

26. الإنترنت، موقع قاموس المعاني، الموجود على الرابط

(<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>)، وهى ماكينة بحث، تبحث فيه عن معنى

الكلمات، إستخدمته بضع مرات، و أشرت إليهم فى الهوامش، آخر تحديث فى 2015/3/23.

27. الإنترنت، موقع ويكيديا (<http://ar.wikipedia.org>)، بضع مرات، آخر تحديث فى

2015/3/23.

28. الإنترنت، موقع ئيبيس، الموجود على الرابط:

http://www.ibisonline.net/Research_Tools/Glossary/GlossaryDisplayPage.aspx?TermId=369

آخر تحديث فى 2015/3/28.

