



الرقم الورقي: ISSN2075-7220
الرقم الإلكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر
عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

أ.د. رافع خضر صالح شبر
د. كريم لفته مشاري

٧ حدود السلطات التنفيذية للوزارة
في النظام البرلماني في الدولة
الاتحادية. (دراسة مقارنة)

أ.د. إيمان طارق مكي
دلال تفكير مراد

٧ أثر حسن النية في نطاق الالتزام
بضمان التعرض والاستحقاق.

أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي
م. أنغام محمود شاكر

النظام القانوني للأسرة البديلة.

أ.د. هادي حسين الكعبي
رغد فوزي عبد

٧ الاختصاص المدني لمحكمة الخدمات
المالية.

أ.د. طيبة جواد حمد
مصطفى محمود ناصر

٧ الأمم المتحدة ودورها الفعال في
تنظيم تجارة الأسلحة.

العدد الثاني

السنة الحادية عشر

2019

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

▼ The limits of the executive
authorities of the ministry in the
Parliamentary System of the
Federal State.(Comparative study)

P. Dr. Rafee K. S. Shube
Dr.Kareem L. M.AL- jarahi

▼ The effect of good faith in the
scope of the obligation to ensure
exposure and entitlement.

P.Dr. Eman T. Makki
Dalal tafker murad

The concept of the legal system
Alternative for the family.

P.Dr. Salam A. Abdullah
Lec. Angam M. Shaker

▼ Civil Jurisdiction of the
Financial Services Court.

P.Dr. Hadi H. Al Kaabi
Raghad Fawzy

▼ The United Nations and Its Role
in Organizing the Weapons Trade.

P.Dr.Teebah J. Hamad
Mustafa M. Nasir

Second Issue

2019

Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	حدود السلطات التنفيذية للوزارة في النظام البرلماني في الدولة الاتحادية. (دراسة مقارنة)	أ.د. رافع خضر صالح شبر كريم لفته مشاري	٨٤-٩
٢-	أثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.	أ.د. إيمان طارق مكي دلال تفكير مراد	١٤٧-٨٥
٣-	النظام القانوني للأسرة البديلة.	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي م. أنغام محمود شاكر	١٨٩-١٤٨
٤-	الاختصاص المدني لحكمة الخدمات المالية.	أ.د. هادي حسين الكعبي رغد فوزي عبد	٢٤٢-١٩٠
٥-	الأمم المتحدة ودورها الفعال في تنظيم تجارة الأسلحة. (ضمن إطار معاهدة تجارة الأسلحة لعام ٢٠١٣)	أ. د. طيبة جواد حمد المختار مصطفى محمود ناصر حسين	٢٨٥-٢٤٣
٦-	التزامات المصارف في عقد القرض المجمع المصرفي.	أ.د. ذكرى محمد حسين م.م. استبرق محمد حمزة	٣٢٥-٢٨٦
٧-	إخلال القضاء الوطني بتطبيق المعاهدات الدولية وتفسيرها. (دراسة مقارنة)	أ. د. حيدر كاظم القريشي كريم كاظم كريم	٣٨٣-٣٢٦
٨-	حق المؤلف في عصر المعلوماتية. (دراسة قانونية تحليلية)	أ.م.د. علي محمد خلف الفتلاوي	٤٠٦-٣٨٤
٩-	وقف إجراءات الدعوى المدنية. (دراسة مقارنة)	م. د. حبيب عبيد مرزه	٤٣٨-٤٠٧
١٠-	أثر التطورات القانونية الدولية على حصانة رئيس الدولة أمام القضاء الأجنبي.	م.د. باقر عبد الكاظم علي م.د. رياض عبد المحسن جبار	٤٨٥-٤٣٩
١١-	الرقابة على أداء السلطة التنفيذية. (دراسة في ضوء المادة ٦١ الفقرة ثانياً لدستور العراق ٢٠٠٥).	أ.م.د. صادق محمد علي أ.م. حسين جبار عبد	٥١٩-٤٨٦

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

كلية القانون/جامعة بابل

أ.د. ايمان طارق مكي الشكري

كلية القانون/جامعة بابل

دلال تفكير مراد

ملخص البحث

لقد اثار موضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق اختلافا في موقف التشريعات المدنية محل المقارنة بالنسبة الى الدائن والمدين بالضمان ، بين من جعل حسن نية الدائن بالضمان شرطا للرجوع بضمان الالغاء والتكاليف وحقوق الارتفاق التي تظهر على الشيء محل العقد. وبين من لم يجعل من حسن نية الدائن شرطا للرجوع بضمان الاستحقاق ، بل اعتد فقط بحسن نية المدين ورتب عليها اثرا على عناصر التعويض التي يلتزم بها هذا الاخير تجاه الدائن بالضمان. الا ان البعض قد اعتد بحسن نية الدائن والمدين في الوقت نفسه وجعل لهما اثر على مدى ما يلتزم به المدين من تعويض تجاه الدائن بالضمان.

المقدمة

قبل الخوض في بيان اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق لابد من الوقوف عند جوهر فكرة البحث واهميته ومنهجيته وهيكلية ، وهو ما سنوضحه تباعا :

اولا / جوهر فكرة البحث

يرتب العقد الملزم للجانبين التزامات متبادلة على عاتق كل من طرفيه ومن اهم تلك الالتزامات الالتزام بالضمان. فالمدين بالضمان يلتزم تجاه الدائن بضمان التعرض والاستحقاق.

ولكي يتمكن الدائن من الرجوع على المدين بالضمان يجب ان تتوفر شروط معينة، فاذا ما توافرت تلك الشروط ثار الامر حول مدى ما يكون له ان يرجع به في حالة استحقاق الشيء محل العقد .

واذا كان الاجماع منعقد على ضرورة توافر شروط معينة في حالة استحقاق محل العقد للغير حتى يرجع الدائن بالضمان على المدين به، الا ان الخلاف يثور حول ما اذا كان يلزم للرجوع بالضمان توافر حسن النية لدى الدائن .

ذلك انه لا يوجد خلاف حول استلزام ان يكون التعرض الصادر من الغير للدائن تعرضا قانونيا مستندا الى حق، وان يكون هذا الحق الذي يستند اليه المتعرض في تعرضه سابقا على

العقد او لاحقا عليه متى كان بفعل المدين بالضمان وان يكون هذا التعرض حالا قائما، حيث لا يكفي في هذا الصدد مجرد خشية حصول التعرض. ولكن يختلف الرأي حول ما اذا كان من اللازم ان يتوافر حسن النية لدى الدائن بالضمان في حالة استحقاق محل العقد.

كذلك يثور الخلاف حول ما اذا كان للدائن بالضمان الحق في الرجوع على المدين بالضمان في حالة علمه عند التعاقد بسبب التعرض وحول مدى ما يكون له ان يرجع به.

وعلى ذلك فأن المسألة تثار من ناحية استلزام او عدم استلزام حسن النية للرجوع بضمان التعرض والاستحقاق مع بيان مدى الاتفاق او الاختلاف حول هذا الشرط بالنسبة للأسباب المختلفة لهذا الضمان. كما تثار كذلك مسألة مدى ما يكون للدائن بالضمان ان يرجع به على المدين، اذا ما سلم له بهذا الرجوع من حيث المبدأ.

كما ان القوانين تفرق بين علم الدائن بأسباب ضمان التعرض والاستحقاق بصفة عامة وبين علم المدين بها. فحسن او سوء النية كشرط للرجوع بضمان التعرض والاستحقاق لا يثور الا بالنسبة للدائن بالضمان بحسب ما اذا كان الامر متعلق بحالة الاعباء والتكاليف وحقوق الارتفاق ام متعلق بضمان الاستحقاق. اما بالنسبة للمدين فإنه يلتزم بالضمان بحسب الاصل بصرف النظر عن حسن او سوء النية لديه. ولا يثور الامر الا بالنسبة لنطاق الضمان أي مدى ما يلتزم به المدين تجاه الدائن اذا ما ثبت الضمان لهذا الاخير. ذلك ان التزام المدين بالضمان على الرغم من حسن نيته او على الرغم من عدم نسبة أي خطأ اليه يرجع الى انه اذا ما تحقق سبب الضمان فإنه لا يكون قد اوفى بالتزامه مما يجعله مسؤولا تجاه الدائن حتى ولو كان يجهل الاسباب المختلفة للضمان.

ثانيا / اهمية البحث

للبحث اهمية نظرية واخرى عملية.

الاهمية النظرية : تكمن الاهمية النظرية للبحث فيما سوف نبديه من عرض وتقييم للنصوص القانونية والآراء الفقهية والاحكام القضائية التي تناولت موضوع البحث من اجل الخروج بنتائج علمية تفتح المجال امام دراسات قانونية مستقبلية اكثر عمقا وتخصصا.

الاهمية العملية : تتمثل الاهمية العملية للبحث والتي شكلت لنا دافعا لاختياره فيما يلي :

اولاً/ لم يلقى موضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ما يستحقه من بحث واهتمام في نطاق القانون المدني العراقي ، اذ لا توجد أي دراسة متخصصة في هذا الصدد.

ثانياً/ يلاحظ على الدراسات التي تناولت مبدا حسن النية والاثار المترتبة عليه في نطاق القانون المدني العراقي انها تناولت هذا المبدأ بصورة عامة حيث اظهرت العلاقة الوثيقة بين مبدأ حسن النية وقاعدة القوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن نية ولم تبين مدى اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

ثالثاً / منهجية البحث

ان دراستنا لموضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ستأخذ المنهج التحليلي المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث، فنعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري، هذا بالإضافة الى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي من بين القوانين المدنية الغربية. وسوف لن نقفنا الاشارة الى موقف بعض القوانين المدنية المخالفة لموقف القوانين المدنية محل المقارنة. و كذلك الوقوف على ما قيل من اراء الفقهاء والمتعلقة بموضوع البحث والاشارة الى بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي والقضاء المصري والقضاء الفرنسي من بين القضائين العربي والغربي بقدر ما يتعلق بموضوع اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

رابعاً / هيكلية البحث

سنتناول موضوع الدراسة في مبحثين، سوف نخصص المبحث الاول لاستلزام شرط حسن النية لرجوع الدائن بالضمان في حالة الابعاء والتكاليف وحقوق الارتفاق والذي سنقسمه على مطلبين نتناول في المطلب الاول حالة الابعاء والتكاليف وفي المطلب الثاني حالة حقوق الارتفاق ، اما المبحث الثاني فسنخصصه لعدم لزوم شرط حسن النية لدى الدائن لرجوعه بضمان الاستحقاق والذي سنتناوله في مطلبين نتناول في المطلب الاول علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق وفي المطلب الثاني اثر علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق على عناصر

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

التعويض . فاذا ما انتهينا من بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل اليها من خلال هذا البحث.

تمهيد:

قبل الدخول في بيان اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ، لا بد لنا من ان نبين معنى حسن النية بالنسبة الى كل من الدائن والمدين بضمان التعرض والاستحقاق ، وكذلك التعرف على المعيار المعتمد في قياس حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

وبالرجوع الى نصوص القوانين المدنية التي تناولت ضمان التعرض والاستحقاق ونبدأ بنص المادة (١/٥٥٥) من القانون المدني العراقي نجد انها نصت على ما يلي " اذا استحق بعض المبيع او كان مثقلا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد....." (١)

كذلك نصت المادة (١/٤٤٤) من القانون المدني المصري على انه "اذا استحق بعض المبيع، او وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشتري عن ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد" (٢)

كما استلزمت المادة (١٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي ان تكون الاعباء المدعى بها على المبيع غير مصرح بها أي ان تكون غير معلومة للمشتري ، حيث نصت على انه " حتى لو لم يرد وقت البيع أي شرط يختص بالضمان ، يلزم البائع حتما بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من نزاع اليد عن المبيع كله او قسم منه ومن الاعباء المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع ". (٣)

نستشف من هذه النصوص أن حسن النية لدى الدائن بالضمان معناه ان يكون غير عالم بسبب التعرض وقت البيع، اي الجهل المبرر لديه بواقعة الاستحقاق وعدم علمه بحقوق الاجنبي واخفاؤها على المدين بضمان التعرض والاستحقاق قصدا مع جهل هذا الاخير بتلك الحقوق ، فمتى ما علم الدائن بضمان التعرض والاستحقاق بسبب استحقاق الشيء محل العقد ، فإنه يكون سيء النية ولا يستطيع الرجوع على المدين بالضمان.

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

اما بالنسبة الى المدين بالضمان فحسن النية لديه تتمثل في تنفيذه التزامه بضمان التعرض والاستحقاق طبقا لما اودعه فيه الدائن بالضمان من ثقة مشروعة وامانة واخلاص وانعدام نية الاضرار لديه بما يجعل الدائن بالضمان يتوقع من مدينه مسلكا معينا. ويتمثل هذا المسلك من خلال تجنب كل مما شأنه ان يجعله سيء النية ويتحقق ذلك بتجنب الغش او الخطأ الذي يؤدي الى الاضرار بمصلحة الدائن التي قصد تحقيقها من وراء اللجوء الى التعاقد.

وان حسن النية لدى كل من الدائن والمدين بالضمان ما هو انعدام العنصر المعنوي للخطأ سواء توافر العنصر المادي ام لم يتوافر حيث ان انعدام العنصر المعنوي وحده كافى لنفي الخطأ الذي لا يقوم الا بتوافر عنصره المادي والمعنوي.^(٤)

ويقاس حسن النية في التصرفات بصورة عامة بمعياريين الاول ذاتي قوامه نية المتصرف وقصده الداخلي الذي يجب الركون اليه اولاً والتثبت من حقيقة اتجاهه , والثاني موضوعي قوامه موضوع التصرف وشكله الظاهر ويصار الى المعيار الموضوعي عند العجز عن معرفة اتجاه نية المتصرف.^(٥)

ذلك انه للحكم على تصرف معين بالصحة او عدم الصحة يتم بالرجوع الى نية صاحبه باعتبار انها اساس التصرف وقوامه , فاذا تم التوصل الى هذه النية كانت هي المعول عليها في قياس حسن النية التي لا يجوز التحول عنها , اما اذا لم يتم التعرف على هذه النية فيم التحول الى متن التصرف وموضوعه الظاهر ومن ثم الحكم عليه بالمشروعية ام عدم المشروعية.^(٦)

وبالتالي فإن المعيار الذاتي لحسن النية يكون هو المعيار الاكثر ملائمة لقياس حسن النية في نطاق ضمان التعرض والاستحقاق وذلك لأنه يعني الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليه القانون اثرا قانونيا كما ان مدخل حسن النية الذاتي هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن او السوء وهو هنا الدائن بالضمان في نطاق ضمان التعرض و الاستحقاق ، حيث ان حسن نية الدائن بالضمان او سوء نيته سوف تكون مناط ترتيب الاثر القانوني وبالتالي نشوء الضمان او عدم نشوئه بحسب ما اذا كانت حسن نية الدائن بالضمان شرطا للرجوع على المدين بالضمان او ليست شرطا لذلك.

المبحث الاول

استلزام شرط حسن النية لرجوع الدائن بالضمان في حالة الاعباء والتكاليف وحقوق الارتفاق

قد يكون سبب رجوع الدائن على المدين بالضمان ظهور اعباء او تكاليف تنقل الشيء محل العقد، مما يؤدي الى الانتقاص من الانتفاع به، فاذا ما ظهرت تلك الاعباء او التكاليف فهل يستلزم حسن النية لدى الدائن كشرط لرجوعه على المدين بالضمان ، ام ان له الرجوع حتى لو كان يعلم بوجود هذه الاعباء او التكاليف. كما ان المشرع قد خص حقوق الارتفاق بحكم خاص انفردت به عن بقية الاعباء والتكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد لذا فإن الاجابة على هذه التساؤلات تدفعنا الى تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول حالة الاعباء والتكاليف ونبحث في المطلب الثاني حالة حقوق الارتفاق.

المطلب الاول

حالة الاعباء والتكاليف

لم تعطي النصوص التشريعية التي تناولت ضمان التعرض والاستحقاق^(٧) ، تعريفا قانونيا يحدد المقصود بالأعباء او التكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد ، تاركة امر تعريفها للفقهاء.

وقد عرف بعض الفقهاء التكاليف التي تظهر على العين المبيعة ، انها حق لا يمس ملكية العين وانما يقيد انتفاعه بها ، يحصل علم المشتري بها بعد البيع.^(٨)

ويستوي في التكليف الذي يرد على الشيء محل العقد ان يكون في صورة حق عيني كحق ملكية او انتفاع او رهن او في صورة حق شخصي كالإيجار، كما يمكن ان يكون التكليف في صورة حق معنوي كما لو باع شخص براءة اختراع، ثم ظهر بعد ذلك ان تلك البراءة قد تم الغائها.^(٩)

وبذلك يمكن القول بوجود عبء او تكليف على الشيء محل العقد اذا كان كل ما يفرضه على الدائن بالضمان هو تقييده في الانتفاع بهذا الشيء ، دون ان يشكل ذلك اعتداء على حق

الملكية او حق الانتفاع كله او بعضه كما في حالة الاستحقاق الكلي او الجزئي للشيء محل العقد حيث يحرم الدائن بالضمان من كل مزايا الحق محل العقد او بعضها، ويكون للأخير الحق في الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي مهما كانت اهمية الجزء الذي وقع فيه الاستحقاق.^(١٠) وان مسالة تكليف ما اذا كان حق الغير يشكل تكليفاً يثقل الشيء محل العقد ام استحقاقاً جزئياً له امر متروك لسلطة القاضي التقديرية ، حيث انه لا يوجد نص تشريعي يشير الى الحالات التي يعتبر فيها حق الغير تكليفاً او استحقاقاً جزئياً.^(١١)

فهل يشترط حسن النية لدى الدائن بالضمان للرجوع على المدين بضمان التعرض والاستحقاق في حالة ظهور اعباء او تكاليف على الشيء محل العقد؟

فقد نص القانون المدني العراقي ، في المادة (١/٥٥٥) منه على انه "اذا استحق بعض المبيع ، او كان متقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري ان يفسخ العقد"^(١٢) يتضح لنا وفي اطار عقد البيع انه في حالة ما اذا كان المبيع متقلاً بتكليف، فإنه يلزم لرجوع المشتري بالضمان ان يكون حسن النية، لا علم له به وقت العقد. فاذا كان المشتري يعلم وقت العقد بالتكليف الذي يثقل البيع ، كان سيء النية، وتبعاً لذلك لا يستفيد من الجزاء الذي قرره القانون بهذا الصدد.

كما ان المشرع العراقي ساوى بين الاستحقاق الجزئي وبين ظهور تكليف على المبيع من حيث اشتراط حسن نية المشتري لرجوعه على البائع بضمان الاستحقاق ويتضح لنا ان حسن النية لدى المشتري هنا شرط لرجوعه على البائع بضمان التعرض والاستحقاق في حالة ظهور تكليف على المبيع ينقص من انتفاع المشتري به وهذا الشرط يضاف الى الشروط التي تتعلق بضمان التعرض الصادر من الغير. اما بالنسبة الى المشرع المصري فقد اتخذ موقفاً مغايراً لموقف المشرع العراقي ، ولم يأخذ بما اخذت به القوانين الاخرى^(١٣) بالنسبة لحالة وجود اعباء او تكاليف على المبيع واستلزام حسن نية المشتري للرجوع على البائع بالضمان. فقد نصت المادة (١/٤٤٤) من القانون المدني المصري على انه " اذا استحق بعض المبيع ، او وجد متقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما اتم العقد ، كان له يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة ... يبدو من نص المادة (١/٤٤٤) من القانون المدني المصري ان المشرع المصري يعامل التكاليف معاملة الاستحقاق الجزئي لبعض المبيع^(١٤) ، على الاقل من حيث ما يكون للمشتري الرجوع به. ومعنى ذلك ان

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

للمشتري ان يرجع على البائع , في حالة ظهور تكاليف , كما يرجع في حالة استحقاق بعض المبيع , بصرف النظر عن حسن او سوء النية , اي ان بغض النظر عما اذا كان يعلم بوجود التكاليف على المبيع او لا يعلم بها.^(١٥)

اما المادة (١٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي^(١٦) , فأنها تقضي بالالتزام البائع بضمان استحقاق كل المبيع او بعضه , وبضمان الاعباء التي يدعى بها عليه والتي لم يصرح بها عند البيع . وبذلك فان البائع يضمن الاعباء بصفة عامة متى كان المشتري حسن النية , غير عالم بوجودها فاذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع , كما اذا ادعى بوجود حق او اتفاق او حق انتفاع او حق استعمال او حق ايجار لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان متى كان عالماً بوجود هذه الاعباء والتكاليف.^(١٧)

وبذلك يكون موقف القانون الفرنسي متفقاً مع موقف القانون العراقي ومختلفاً عن موقف القانون المصري حيث استلزم كل من القانونين العراقي والفرنسي للرجوع بالضمان في حالة وجود اعباء او تكاليف ان يكون المشتري حسن النية يجهل وجودها وقت البيع.

وقد ادى موقف المشرع المصري بهذا الصدد الى الاتجاه نحو تعديل نص المادة (١/٤٤٤) بما يتلائم مع موقف القوانين, وذلك من خلال قيام لجنة مراجعة القانون المدني المصري, بتعديل المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري, والتي تتكلم عن حق الارتفاق بحيث اصبحت تتصرف الى الحقوق الاخرى التي توجد على المبيع وتنقص الانتفاع به, فقد ورد النص بعد تعديله كما يلي " ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشتري بالمبيع اذا كان قد ابان عنه للمشتري , او كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً, او ارتفاقاً قانونياً".^(١٨)

اما في اطار عقد الايجار^(١٩) , فيلاحظ على نص المادة (٧٥٣) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بضمان التعرض و الاستحقاق انها لم تنص صراحة على حسن نية المستأجر وعدم علمه بوجود عبء او تكليف على العين المؤجرة يؤدي الى التزام المؤجر بالضمان حيث نصت على انه ((لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ولا يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به او يخل بالمنفعة المعقود عليها. ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه او من اتباعه , بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من اي مستأجر اخر او من اي شخص تلقى الحق عن (المؤجر)).

ويمكن تبرير ذلك بان المشرع بحث احكام التعرض والاستحقاق بشكل مفصل في عقد البيع و يمكن الاخذ بها في عقد الايجار وبما يتلائم وطبيعة هذا العقد , وبالتالي فان المستأجر اذا كان سيء النية اي يعلم وقت الايجار بوجود حق للمتعرض فان علمه هذا يحمل على انه اعفاء المؤجر من الضمان فلا يكون المؤجر مسؤولاً عن التعويض.^(٢٠)

وقد اورد المشرع المصري نصاً مماثلاً لما جاء به المشرع العراقي فقد نص في المادة (٥٧١) من القانون المدني المصري على انه ((على المؤجر ان يمتنع عن كل مما شأنه ان يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة..... ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه....))^(٢١)

الا ان المشرع المصري عاد واشترط توافر شرط حسن النية عند المستأجر الذي سبق في وضع يده عند استلامه للعين المؤجرة وذلك لتقرير الافضلية عند تعدد المستأجرين لعين واحدة من مؤجر واحد وتزاحمهم.

اذ تنص المادة (١/٥٧٣) من القانون المدني المصري على انه ((اذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش فاذا كان مستأجراً عقاراً قد سجل عقده وهو حسن النية قبل ان يضع مستأجراً اخر يده على العقار المؤجر او قبل ان يتجدد عقد ايجاره فإنه هو الذي يفضل))

ويلاحظ على النص اعلاه انه نص عام يسري على كل عين مؤجرة سواء كان منقولاً او عقاراً , الا ان النص قد خصص في عجزه, بالنسبة للعقار بحكم خاص به وذلك بتحديد افضلية المستأجرين في حالة تسجيل عقد الايجار فجعلت الاسبق في تسجيل العقد هو الذي يفضل على المستأجر الاخر.

وقد حددت هذه المادة كذلك شرط وضع اليد الذي يعتبر منتجا لأثره في ترتيب الافضلية بين المستأجرين، هو ان يكون وضع اليد على العين المؤجرة دون غش، ولكنها لم تحدد معنى ذلك الغش الذي يحول بين المستأجر وبين الافادة من السبق في وضع اليد.^(٢٢)

فالبعض من الفقهاء قصد بمعنى الغش التواطؤ بين المستأجر الذي وضع يده على العين المؤجرة وبين المؤجر وذلك للأضرار بحقوق المستأجر الاخر.^(٢٣) الا ان البعض الاخر يقصد بالغش ان يعلم المستأجر واضع اليد وقت وضع اليد على العين المؤجرة بوجود ايجار

سابق على ايجاره، ولو لم يثبت تواطؤه مع المؤجر على الاضرار بحقوق المستأجر الاخر. (٢٤)

اما في القانون المدني الفرنسي فأن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض الصادر من الغير متى كان تعرضا قانونيا بأن يدعي الغير حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حقوق المستأجر وهذا ما نصت عليه المادتان (١٧٢٦) و (١٧٢٧) من القانون المدني الفرنسي. (٢٥)

وقد اشترط القانون المدني الفرنسي عدة شروط لهذا الضمان وهي ان يصدر التعرض من الغير وان يقع التعرض بالفعل واثناء مدة الايجار ويتفق المشرع الفرنسي في هذه الشروط مع المشرع العراقي والمشرع المصري. الا ان القانون المدني الفرنسي يشترط في الحق الذي يدعيه الغير على العين المؤجرة ويتعارض مع حق المستأجر ان يكون متعلقا بملكية العين المؤجرة او بحق ارتفاق او حق عيني فيها أي الادعاء بحق عيني يتعارض مع حق المستأجر.

وعلى ذلك فأن التعرض الذي يستند الى حق شخصي لا يضمنه المؤجر ولا ينطبق عليه احكام ضمان التعرض والاستحقاق. (٢٦)

وبالتالي فأن المشرع الفرنسي لم ينص على شرط حسن النية لدى المستأجر كذلك للرجوع بضمان الاعباء او التكاليف التي تظهر على العين المؤجرة وتؤدي الى الانتقاص من الانتفاع المقرر للمستأجر على العين المؤجرة مما يؤدي الى قيام مسؤولية المؤجر تجاه المستأجر والتزامه بالضمان.

المطلب الثاني

حالة حقوق الارتفاق

ذكرنا فيما سبق ان الدائن بالضمان يكون له الرجوع على المدين بالضمان في حالة وجود اعباء او تكاليف على الشيء محل العقد متى ما كان حسن النية، أي لا يعلم بوجود مثل هذه التكاليف على الشيء محل العقد وقت التعاقد وهذا الحكم يسري على جميع الاعباء او

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

التكاليف التي يدعي بها الغير على الشيء محل العقد والتي من شأنها ان تنقص الانتفاع به ومن بينها حقوق الارتفاق.^(٢٧)

الا ان المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري قد افرد لحقوق الارتفاق حكما خاصا بموجب المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري.

وقبل الدخول في شرح الاحكام الخاصة بحقوق الارتفاق في نطاق ضمان التعرض والاستحقاق لابد لنا من الوقوف على معنى حقوق الارتفاق وبيان الخصائص المميزة لهذا الحق.

فقد عرفت المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي حق الارتفاق بقولها "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك اخر"^(٢٨)

ومن خلال هذا التعريف يتضح ان الارتفاق تكليف او عبء يتقرر على عقار يسمى العقار الخادم او المرتفق به لمصلحة عقار اخر يسمى بالعقار المخدوم او المرتفق.^(٢٩)

فيشترط في العقارين ان يكونان مملوكين لشخصين مختلفين والتكليف يقوم لخدمة العقار المرتفق لا لخدمة مالكه، مثل حق الشرب وحق المسيل وحق المرور، فمتى تقررت هذه الحقوق على العقار المبيع ادت الى الانتقاص من منفعة المشتري به واستعماله له.^(٣٠)

ويتميز حق الارتفاق بجملة من الخصائص منها انه حجة على الكافة فلا يحتج به في مواجهة مالك العقار الخادم فحسب وانما يحتج به في مواجهة الكافة ، كما انه حق تابع لا ينفصل عن العقار الخادم او المخدوم وينتقل معه ويجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات باعتباره من ملحقات العقار محل التصرف. كذلك يتصف حق الارتفاق بانه حق دائم وذلك لكونه حقا تابعا ، ويمتاز حق الارتفاق كذلك بانه حق غير قابل للتجزئة سواء من حيث انشائه او من حيث زواله.^(٣١)

وقد قسمت المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري حقوق الارتفاق على نوعين ، حيث نصت المادة (٢/٥٥٦) على انه "

ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان ، اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد ابان عنه للمشتري".

ويتضح من خلال النص ان هناك حقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يكشف عنها البائع للمشتري ، وهذه يقوم فيها حق المشتري في الضمان . وهناك حقوق ارتفاق غير ظاهرة كشف عنها البائع للمشتري ، او ظاهرة وهذه يسقط حق المشتري فيها بالضمان. وسوف نتناول هذه الانواع تباعا.

الفرع الاول

حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المصرح بها من المدين بالضمان.

عندما يكون حق الارتفاق غير ظاهر، حيث لا تدل عليه علامات ظاهرة مادية كالارتفاق بعدم التعلي او بعدم البناء او ارتفاق المرور اذا لم تكن هناك علامات تدل على وجوده،^(٣٢) ولم يكشف عنه البائع للمشتري ، فإنه يمكن للمشتري بموجب نص المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري الرجوع على المدين بالضمان بموجب احكام الضمان التي نص عليها القانون.

فشرط الرجوع على المدين بضمان هذه الحقوق هو ان يكون الدائن بالضمان حسن النية، أي ان يكون المشتري غير عالم بحق الارتفاق سواء كان عدم العلم بسبب ان حق الارتفاق غير ظاهر او لم يكشف عنه المدين للدائن بالضمان.^(٣٣)

وهذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي كذلك حيث نص في المادة (١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي،^(٣٤) على انه "اذا تبين ان المبيع عليه حقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يحصل الاعلام بها وكان حالته يظن معه ان المشتري يمتنع عن الشراء لو كان علم بها فللمشتري طلب فسخ العقد اذا لم يكتفي بالتعويض".

وبذلك فإن نص المادة (١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي المذكور اعلاه يختلف عن نص المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري من حيث اهمية حق الارتفاق الذي يضمنه المدين بالضمان . حيث تشترط المادة (١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي ان يكون حق الارتفاق الذي يضمنه البائع للمشتري ذا اهمية

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(٣٥) ، بحيث ان وجوده في المبيع يلحق ضررا كبيرا بالمشتري ، لو علم هذا الاخير به لما اقدم على الشراء. (٣٦)

كما يلاحظ على المشرع المصري انه لم يضع بالنسبة لحقوق الارتفاق نفس الحكم الذي وضعه بالنسبة للتكاليف التي يتحمل بها المبيع، مع انه ينبغي ان يكون الحكم واحدا في الحالتين ، حيث انه لا يوجد اختلاف بين حقوق الارتفاق وبين التكاليف الا من ناحية ظهورها او عدم ظهورها وهو ما يبرر انفراها بحكم خاص بها، ولهذا رأى جانب من الفقه المصري اعمال حكم المادة (٤٤٤) التي تفرق بين ما اذا كان الحق الذي يتقل المبيع جسيما ام لم يكن كذلك. (٣٧)

وبذلك يتبين لنا انه لكي يتمكن الدائن من الرجوع على المدين بالضمان في حالة ظهور حق ارتفاق ، يشترط فيه ان يكون حسن النية أي غير عالم بوجود حق الارتفاق ، وهو لن يكون كذلك الا اذا كان هذا الحق غير ظاهر، او لم يصرح به المدين للدائن بالضمان.

الفرع الثاني

حقوق الارتفاق الظاهرة او التي يكشف عنها المدين بالضمان.

اذا كان حق الارتفاق ظاهرا او كشف عنها المدين للدائن بالضمان فلا يكون لهذا الاخير الرجوع بالضمان، اذ يفترض المشرع في هذه الحالة ان المدين بالضمان قد اشترط عدم الضمان. (٣٨)

وتكون حقوق الارتفاق ظاهرة وغير خفية اذا كان في مقدور الدائن بالضمان وهو يعاين المبيع وقت البيع ان يطلع على معالم حق الارتفاق بأن وجدت علامة مادية ظاهرة تدل عليه سواء كانت موجودة في العقار المرتفق او في العقار المرتفق به ، كوجود طريق للمرور او مجرى ماء لصالح ارض الجار على الارض المباعة. (٣٩)

ويستفاد من نصوص المواد (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي و(٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري و(١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي، المذكورة سابقا ان المدين بالضمان لا يضمن تعرض الغير المستند على وجود حق ارتفاق متى ما كان هذا الحق ظاهرا او غير

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ظاهر الا ان المدين بالضمان بينه للدائن بالضمان ، فالمشرع يفترض في هذه الحالة ان البائع قد اشترط عدم الضمان.^(٤٠)

فمجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لأسقاط الضمان سواء علم به الدائن بالضمان فعلا ام لم يعلم طالما كان في استطاعته ذلك. فاذا كان الارتفاق غير ظاهرا فأما ان يجهله المشتري واما ان يعلم به وفي الحالة الاولى يكون حسن النية فيرجع بالضمان ، اما في حالة العلم بحق الارتفاق فان هذا العلم اما ان يكون عن طريق البائع، وقد يكون عن أي طريق اخر.^(٤١)

ولكن قد يكون حق الارتفاق ظاهرا الا ان المدين بالضمان يؤكد للدائن بالضمان خلو المبيع من جميع حقوق الارتفاق التي تنقله، بحيث يعتقد الدائن بالضمان بالرغم من العلامات الدالة على حق الارتفاق، ان هذا الحق لا وجود له في الحقيقة وانه ليس الا مجرد عملا من اعمال التسامح من جانب المدين بالضمان فأن له الرجوع بالضمان على البائع في هذه الحالة اذ انه قد اعتمد على تأكيد البائع ولم ينظر الى ما يبدو من انه حق ارتفاق على المبيع.^(٤٢)

وعلم الدائن بالضمان بحق الارتفاق الذي يتقل المبيع قد يكون عن طريق المدين بالضمان نفسه بأن صرح له عن وجود حق ارتفاق على الشيء محل العقد وقد يكون عن طريق اخر غير البائع، فاذا كان عن طريق المدين بالضمان نفسه فالمشرع هنا يكون قد افترض ان البائع قد اشترط عدم الضمان وهذا ما صرحت به المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري، الا ان علم الدائن بالضمان بحق الارتفاق على الشيء محل العقد قد يكون عن طريق اخر غير المدين بالضمان وقد يكون العلم مستمدا من تسجيل حق الارتفاق على المبيع، فما هو اثر هذا العلم على مدى التزام المدين بالضمان في هذه الحالة؟ هذا ما سنعرض له في الفقرة اللاحقة.

الفرع الثالث

مدى لزوم علم الدائن بالضمان بوجود الارتفاق عن طريق المدين بالضمان نفسه.

استلزم المشرع العراقي في المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري ان يكون علم المشتري بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع نفسه فلا يكفي ان يعلم به من أي طريق اخر، كأن يقوم شخص اخر غير البائع بأعلامه بوجود حق الارتفاق او ان يكون قد علم به من قبل دون ان يعلمه البائع بذلك.^(٤٣)

حيث جاء بالمادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي " ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد ابان عنه للمشتري ".^(٤٤)

فإسقاط الضمان عن البائع وفقا للمادة المذكورة اعلاه يتحقق في حالة ما اذا كان حق الارتفاق ظاهرا، حيث ان ظهوره كافي لجعل البائع يعتقد ان المشتري بعلمه قد رضى بأسقاط الضمان. كما يتحقق اسقاط الضمان بقيام البائع بأعلام المشتري بوجود حق الارتفاق ويعتبر هذا الاعلام بمثابة اتفاق ضمني على اسقاط الضمان. اما اذا علم المشتري بوجود حق الارتفاق من طريق اخر غير هذين الطريقين فإنه لا يحمل في طياته معنى اسقاط الضمان عن البائع.^(٤٥)

وإذا كان المشرع قد اشترط في المادة السالفة الذكر ان يكون علم المشتري بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع نفسه ، فإنه لم يشترط شكلا خاصا للأعلام ، وبذلك يمكن ان يكون شفويا او مكتوبا ، كما عليه ان يعلمه بحق الارتفاق بالذات. وعند الخلاف فإنه يقع على البائع عبء اثبات انه قد اعلم المشتري بوجود ذلك الحق.^(٤٦)

وقد ذهب البعض ^(٤٧) الى القول انه (العلم الذي يعتد به لافتراض عدم ضمان البائع للارتفاقات غير الظاهرة هو العلم التعاقدي أي العلم الذي يستمده المشتري من البائع اذ ان سكوت المشتري في هذه الحالة واقباله على الشراء يعتبر من غير شك بمثابة قبول ضمني لإعفاء البائع من ضمان تلك الارتفاقات اما العلم المجرد الذي قد يستمده الشخص من ظرف اخر او من شخص اخر غير البائع فهو لا يكفي للإعفاء من الضمان)

الا ان رأيا اخر في الفقه المصري يذهب الى القول بأنه يكفي لأسقاط الضمان عن البائع ان يعلم المشتري بوجود حق الارتفاق بصرف النظر عن مصدر هذا العلم سواء كان من البائع ام من غير البائع فيستوي في ذلك ان يكون علم المشتري بالارتفاق لأنه كان ظاهرا او لان البائع قد كشف عنه للمشتري او قد يكون المشتري علم بهذا الامر من طريق اخر.^(٤٨) فالذي ينبغي ان يدخل في الاعتبار هو ما اذا كان المشتري يعلم او لا يعلم بوجود حق ارتفاق او وجود تكليف على المبيع بصفة عامة لأنه سوف يكون في هذه الحالة سيء النية ويحرم من الرجوع بالضمان. ويحمل اقدام المشتري على الشراء على انه قد رضى بالتحمل بحق الارتفاق وبذلك لا يكون له الرجوع بالضمان، وذلك لانثناء حسن النية الذي يجب ان يحميه القانون.^(٤٩)

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ويؤسس اصحاب هذا الاتجاه رأيهم على نص المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري حيث ان المشرع قد جعل اسقاط الضمان عن البائع اما لان حق الارتفاق ظاهرا واما لكون المشتري قد علم بهذا الحق من قبل البائع، وبذلك قد سوى المشرع بين علم المشتري المستمد من مجرد ظهور حق الارتفاق وبين اعلام البائع المشتري به في حالة عدم ظهوره،^(٥٠) وعلى هذا فاذا ما كان العلم من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة اعلام البائع للمشتري بهذا الحق، فإن العلم الحقيقي بحق الارتفاق غير الظاهر ولو من طريق غير البائع ، ينبغي ان يأخذ نفس الحكم من حيث اسقاط الضمان عن البائع مع ملاحظة ان يكون المشتري قد علم فعلا بوجود الحق فلا يكفي ان يكون في امكانه العلم به لو انه اتخذ قدرا من الحيلة والحذر ، واثبات ان المشتري كان يعلم فعلا يقع على عاتق البائع الذي له عند النزاع اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات ، بما فيها البيئة والقرائن.^(٥١)

وبناء على ذلك فقد دعا اصحاب هذا الرأي الى اعادة صياغة المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري لتكون بالشكل التالي " لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع اذا كان حق الارتفاق ظاهرا او كان المشتري عالما به".^(٥٢)

ونحن بدورنا ندعو المشرع العراقي الى تبني النص المقترح وتعديل نص المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي وذلك لان علم الدائن بالضمان (المشتري) بوجود حق الارتفاق سواء كان هذا الحق ظاهرا او غير ظاهر ولكن علم به من طريق اخر يزيل عنه حسن النية ويجعله سيء النية وبالتالي لا يكون جديرا بحماية القانون له. كما ان حق الارتفاق ما هو الا تكليف على الشيء محل العقد لذا فإن حكمه حكم جميع الاعباء والتكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد والتي يشترط لرجوع الدائن بالضمان فيها على المدين بالضمان ان يكون حسن النية أي لا يعلم بوجود عبء او تكليف على الشيء محل العقد وقت ابرام العقد وهذا الحكم نصت عليه المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي سالف الذكر ، لذلك فأنا ندعو الى تعديل نص المادة (٢/٥٥٦) بما يتلاءم والنص المقترح والمتعلق بحقوق الارتفاق.

اما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (١٦٣٨) منه على انه " اذا تبين ان المبيع عليه حقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يحصل الاعلام بها....."

فيلاحظ على هذه المادة انها تشترط لأسقاط الضمان عن البائع ان يكون حق الارتفاق ظاهرا، اما اذا كان غير ظاهر فيجب ان يكون المشتري عالما به وقت البيع سواء كان نتيجة اعلام

البائع له او من أي سبيل اخر.^(٥٣) وبذلك نجد ان موقف القانون المدني الفرنسي بشأن حقوق الارتفاق يتفق مع ما جاء به الرأي الثاني من الفقه المصري وهو جواز ان يكون علم المشتري بحق الارتفاق من طريق اخر غير البائع وهو علم يسقط الضمان عن البائع وذلك بعكس موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري الذي اشترط ان يكون حق الارتفاق ظاهرا او ابان البائع للمشتري عنه حتى يسقط الضمان عن البائع.

الا ان علم المشتري بحقوق الارتفاق الخفية قد يكون عن طريق تسجيل هذه الحقوق ، فهل ان هذا العلم يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان باعتبار ان التسجيل يقوم مقام اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق ؟ لم يعرض المشرع لهذه المسألة مما ادى الى اختلاف اراء الفقه في هذا الشأن ، ففي الفقه المصري هناك رأيان في هذه المسألة يذهب الرأي الاول الى ان تسجيل حقوق الارتفاق لا يقوم مقام اعلام البائع للمشتري بهذا الحق وذلك استنادا الى نص المادة (٢/٤٤٥) والتي تشترط لإعفاء البائع من ضمان حقوق الارتفاق كما سبق ذكره ان يكون هذا الحق ظاهرا او يكشف البائع عنه للمشتري. فعند اصحاب هذا الرأي يظل البائع ملتزما بضمان حق الارتفاق حتى ولو كان هذا الحق مسجلا وقت البيع.^(٥٤)

اما الرأي الثاني للفقه المصري والذي يتفق مع راياء في الفقه العراقي فيرى ان الارتفاق المسجل يعتبر كالارتفاق الظاهر او الارتفاق الذي اعلن عنه البائع للمشتري. ومن ثم فلا حاجة لأخبار المشتري بها اذا كان يعلم بهذه الحقوق وقت التعاقد وذلك لأن حق الارتفاق المسجل يفترض علم المشتري به حتى لو لم يعلم به حقيقة.^(٥٥) وقد ذهب الدكتور انور سلطان في هذا الصدد الى القول (ان علم المشتري بحق الارتفاق مسألة واقعية تتوقف على ظروف كل دعوى على حدة وان التسجيل وان كان لا يكفي بمفرده للدلالة على العلم الا انه يعتبر قرينة يستطيع القاضي ان يستند عليها بالإضافة الى قرائن اخرى في استخلاص علم المشتري بهذا الحق)^(٥٦)

ويفرق اصحاب هذا الرأي بين ما اذا كان الارتفاق مسجلا وقت البيع حيث يفترض علم المشتري بالارتفاق وبالتالي لا يضمنه البائع، وبين ما اذا كان الارتفاق قد سجل بعد البيع ولكن قبل تسجيل المشتري حيث لا يقوم التسجيل مقام اخطار البائع في هذه الحالة ولا يمكن الزام المشتري بالاطلاع على دفاتر التسجيل بعد ابرام العقد.^(٥٧)

اما في ظل القانون المدني الفرنسي ، فقد انقسم الفقه الفرنسي حول هذا الموضوع الى فريقين ، الاول يذهب الى ان تسجيل حق الارتفاق يعني افتراض العلم به أي يجعله بمثابة حق الارتفاق الظاهر او الذي اiban البائع به للمشتري وبالتالي لا يمكن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع متى كان الارتفاق مسجلا.^(٥٨) اما الفريق الثاني فيرى ان التسجيل لا يقوم مقام اعلام البائع للمشتري بوجود حق الارتفاق الخفي ، لان العلم المستفاد من التسجيل وحده لا يغني عن العلم الحقيقي والفعلي الثابت بالأخطار ، لان المشتري قد لا يعلم بوجود حق الارتفاق رغم تسجيله وهو بذلك لا يعد مقصرا حيث لا يلزمه القانون بالتحري عن الاعباء التي تنقل المبيع وانما على البائع ان يعلنها له بنفسه، لذا فأن التسجيل لا يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان.^(٥٩)

ونحن بدورنا نرجح الرأي الذي يذهب الى القول بأن الارتفاق المسجل يعتبر كالارتفاق الظاهر او الارتفاق الذي اعلن عنه البائع للمشتري. وبالتالي فأن المشتري يفترض به ان يعلم بهذا الارتفاق المسجل وقت التعاقد ، خاصة ان المشرع العراقي قد فرض تسجيل حقوق الارتفاق بين العقارات المسجلة والناشئة بالعقد او الوصية او بتخصيص المالك الاصلي. فتسجيل حق الارتفاق يعني افتراض العلم به من قبل المشتري ، اذ يجعله بمثابة حق الارتفاق الظاهر او المصرح به من قبل البائع للمشتري .^(٦٠)

المبحث الثاني

عدم لزوم شرط حسن نية الدائن لرجوعه بضمان الاستحقاق

يلتزم المدين بالضمان كما سبق ذكره بدفع كل تعرض قانوني يصدر من الغير واتخاذ كافة الوسائل اللازمة لدفع هذا التعرض، فاذا نجح في رد ادعاء الغير فإنه يكون قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا باعتباره التزاما قد نشأ مباشرة من العقد الذي ابرمه ، ويقال للضمان في هذه الحالة ضمان التعرض بطريق التدخل.^(٦١) الا ان المدين بالضمان اذا اخل بهذا الالتزام الاصلي وترتب على ذلك استحقاق الشيء محل العقد كله او بعضه للغير التزم بتعويض الدائن بالضمان عما اصابه من ضرر بسبب ذلك وهو ما يطلق عليه التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق).^(٦٢)

فضمن الاستحقاق هو تنفيذ بمقابل للالتزام المدين بالضمان بمنع التعرض،^(٦٣) اما الاستحقاق فيعرف بأنه نزع ملكية الشيء محل العقد كله او بعضه من تحت يد الدائن بالضمان بحكم قضائي ويتناول جميع الحالات التي يحرم فيها هذا الاخير فعلا من الشيء محل العقد لأي سبب سابق على العقد لم يكن له يد فيه او ليس في مقدوره دفعه.^(٦٤) فالمدين بالضمان اذن ليس ملتزما بالتزامين التزام بضمان التعرض و اخر بضمان الاستحقاق ، بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض فأما ان ينفذه عينا واما ان ينفذه بطريق التعويض.^(٦٥) ويختلف التعويض في حالة الاستحقاق الكلي عنه في حالة الاستحقاق الجزئي او وجود تكليف على الشيء محل العقد . ففي حالة الاستحقاق الكلي يلتزم المدين بالضمان بدفع تعويض كامل للدائن بالضمان وفي حالة الاستحقاق الجزئي يكون التعويض بقدر الضرر الذي اصاب الدائن بالضمان من جراء استحقاق بعض المبيع.^(٦٦)

وتثور هنا مسألة حسن نية الدائن بالضمان عند الرجوع على المدين بالضمان في حالة استحقاق الشيء محل العقد كله او جزء منه ، ومدى اعتبار حسن النية لدى الدائن بالضمان شرطا للرجوع بضمان الاستحقاق ، واذا لم تكن شرطا فهل يجوز له ان يرجع على المدين بالضمان بصفة مطلقة ام انه لا يكون له ذلك الا في حدود معينة بحيث يكون لعلم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق اثر على عناصر التعويض . للإجابة على هذه التساؤلات سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق ونخصص المطلب الثاني لأثر علم الدائن بسبب الاستحقاق على عناصر التعويض.

المطلب الاول

علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق

مما لا شك فيه ان الدائن بالضمان متى ما كان حسن النية يجهل عند العقد وجود سبب الاستحقاق للشيء محل العقد فإنه له الرجوع على البائع بالضمان في حالة استحقاق الشيء محل العقد كله او جزء منه. لكن الدائن بالضمان قد يكون على علم بسبب الاستحقاق وقت العقد فهل له ان يرجع على المدين بالضمان في هذه الحالة ؟ وبعبارة اخرى هل ان حسن النية لدى الدائن بالضمان شرطا لرجوعه على المدين بالضمان في ضمان الاستحقاق؟

للإجابة على ذلك سوف نتناول الاستحقاق الكلي في الفرع الاول والاستحقاق الجزئي في الفرع الثاني.

الفرع الاول

الاستحقاق الكلي

يعرف الاستحقاق الكلي بأنه ظهور حقيقة ان الشيء محل العقد لم يكن مملوكا للمدين بالضمان بثبوت ملكيته كله للغير الذي ينتزع من تحت يد الدائن بالضمان فيؤدي ذلك الى حرمان هذا الاخير من جميع الحقوق المقررة له على الشيء محل العقد.^(٦٧) كما يكون هناك استحقاق كلي للشيء محل العقد اذا قام المدين بالضمان وهو البائع في عقد البيع ببيع المبيع مرة اخرى لمشتري ثان اكتسب ملكية المبيع لسبق تسجيل عقده اذا كان المبيع عقارا، او بسبب حيازة المبيع بحسن نية اذا كان منقولاً ، ويقع الاستحقاق الكلي كذلك اذا كان المبيع عقارا ولم يسجل البيع فنفذ دائنو البائع على المبيع او كان المبيع متقلاً برهن فنفذ الدائن المرتهن بحقه وانتهى التنفيذ ببيع العقار في المزاد.^(٦٨)

ويلاحظ على موقف المشرع العراقي انه لم يتطرق الى مسألة علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق عند العقد وانه ليس لهذا العلم أي اثر على التزام المدين بالضمان ، حيث نصت المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالاستحقاق الكلي في عقد البيع على ما يلي "١- اذا استحق المبيع وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت ٢..... - اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن.....".

ومن خلال النص اعلاه يتضح ان مدى الالتزام بالضمان يختلف بحسب ما اذا كان البائع حسن النية لا يعلم باستحقاق المبيع وقت العقد او كان سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق فيلتزم في الحالة الاخيرة بتعويض اوسع مدى من حالة كونه حسن النية.^(٦٩)

ولم يتطرق الى مسألة كون المشتري (الدائن بالضمان) حسن او سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق ويمكن ان نستشف من موقف المشرع العراقي هنا انه لم يشترط حسن النية لدى

الدائن بالضمان للرجوع على المدين بالضمان، فله الرجوع بغض النظر عن حسن او سوء نيته، وينتقل البحث هنا في هذه الحالة عن حسن او سوء نية المدين بالضمان حيث ان مدى ضمان المدين للاستحقاق الكلي يختلف باختلاف ما اذا كان حسن النية او سيء النية.

اما القانون المدني المصري فلم يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته الا فيما يتعلق بالمصروفات الكمالية. كما انه قد ميز تمييزا واضحا بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق وذلك بخلاف القانون المدني العراقي الذي يخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق وهو في ذلك متأثرا بأحكام الفقه الاسلامي والتي لا تجيز للمشتري الرجوع على البائع الا بالثمن ازدادت قيمة المبيع او نقصت وقت الاستحقاق.^(٧٠) حيث ان دعوى الفسخ تفترض زوال عقد البيع فالتعويض الذي يلتزم به البائع لا يكون على اساس من عقد البيع حيث ان هذا العقد زال بالفسخ. اما ضمان الاستحقاق فيفترض بقاء عقد البيع وان التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب استحقاق الغير للمبيع ليس الا تنفيذ بمقابل بعد ان استحال تنفيذ العقد عينا ، فالعقد باق وهو مصدر التعويض وعلى هذا فان تعويض المشتري يجب ان يتم على اساس حرمانه من المبيع فهو يستحق قيمته وقت الاستحقاق.^(٧١)

وقد عالج المشرع المصري الاستحقاق الكلي في المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري حيث نصت هذه المادة على انه " اذا استحق كل المبيع كان للمشتري ان يطلب من البائع :
١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت....."

حيث نجد من خلال النص ان المشرع المصري لم يتطرق كذلك الى مسألة حسن او سوء نية الدائن بالضمان ، أي علمه وقت العقد بسبب الاستحقاق حتى يمكنه الرجوع بالضمان وبذلك فإن حسن نية الدائن بالضمان ليست شرطا للرجوع على المدين في ضمان الاستحقاق في القانون المدني المصري ايضا.

ويقرر الفقه المصري كذلك ان علم المشتري (الدائن بالضمان) بسبب الاستحقاق لا يؤدي الى اسقاط الضمان كلية، الا اذا اقترن به شرط عدم الضمان. ذلك ان اقدام المشتري على الشراء مع اشتراط المدين عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق يعني انه اشترى مخاطرا ، ولا يكون ذلك الا في حالة قيام شك لديه في تحقق هذا السبب، وانه قد يتحقق وقد لا يتحقق ، وفي هذه الحالة يتحدد الثمن على ضوء الظروف المحيطة باعتبار ان المشتري

مخاطر وان العقد من عقود الغرر. فاذا ما استحق المبيع تحت يد المشتري لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء قبل هذا المشتري.^(٧٢)

وهذا ما قرره القضاء المصري كذلك، فقد ذهبت بعض احكام محكمة النقض المصرية الى ان علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يسقط حقه في الرجوع بالضمان على البائع الا اذا كان هناك شرط بعدم الضمان. وانه لكي يتمتع على البائع رد الثمن عند حصول الاستحقاق، يجب ان يتفق صراحة على عدم الضمان في جميع الحالات ، فلا يكفي مجرد العلم بخطر الاستحقاق حيث انه يجب ان يلزم شرط عدم الضمان معرفة المشتري بما يهدد العين او النص على انه قد اشترى ساقط الخيار وهذان الشرطان هما شرطا اتحاد وتلازم. اما في حالة شرط عدم الضمان فقط، فيلزم البائع برد الثمن دون التضمينات.^(٧٣) وهذا الحكم مستفاد كذلك من نص المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري في حالة الاتفاق على عدم الضمان اذا نشأ الاستحقاق من فعل الغير، فقد نصت على انه "فأن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا اذا اثبت ان المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، او انه اشترى ساقط الخيار"^(٧٤)

ولم يبتعد موقف الفقه المصري عن موقف الفقه الفرنسي في هذا الصدد حيث ظهر اتجاهين ، يذهب الاتجاه الاول الى القول بأن العلم بخطر الاستحقاق يجعل من العقد من العقود الاحتمالية وبالتالي فإن البائع لا يلتزم بالضمان الا اذا كان المشتري حسن النية وقت ابرام العقد، بمعنى انه ينبغي ان يجهل في ذلك الوقت خطر الاستحقاق الذي سيقع له من الغير، فاذا كان المشتري يعلم عند العقد بخطر استحقاق الغير للمبيع او يعلم سبب التعرض الذي يستند اليه هذا الغير، فإنه يكون على بينة من الامر ويعتبر انه قد قبل تحمل المخاطر وبالتالي فإنه يبرم عقدا احتماليا فلا يكون له ان يرجع على البائع حتى بالثمن نفسه. ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان علم المشتري بخطر الاستحقاق كافيا لإعفاء البائع من الضمان دون حاجة الى شرط صريح للإعفاء من ضمان استحقاق الغير للمبيع.^(٧٥)

بينما ذهب الاتجاه الثاني الى القول ان مجرد العلم بسبب الاستحقاق لا يجعل البيع عقدا احتماليا ، وانه لا يمكن التسليم بما ذهب اليه الاتجاه الاول ذلك لان القول بوجود عقد غرر في هذه الحالة يترتب عليه انه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع حتى بالثمن نفسه وهذا القول يتعارض مع ما تقضي به المادة (١٦٢٩) من القانون المدني الفرنسي ، اذ تقضي هذه

المادة بأنه في حالة شرط عدم الضمان يظل البائع ملتزماً برد الثمن عند حصول الاستحقاق ، ما لم يكن قد علم بهذا الخطر عند البيع ام ما لم يكن قد اشترى اخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر.^(٧٦) كما ذهب القضاء الفرنسي الى انه لا يكفي للقول بوجود عقد احتمالي ان يكون المشتري عالماً فقط بخطر الاستحقاق ، فمجرد العلم بهذا الخطر ليس من شأنه ان يحرر البائع بصفة نهائية من التزامه بالضمان، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها " ان للمشتري الذي استحق منه المبيع دعوى ضمان قبل البائع. وفي هذه الحالة وعند تخلف شرط صريح بعدم الضمان يظل البائع ملتزماً برد الثمن حتى في حالة ما اذا اثبت ان المشتري كان قد علم عند البيع بما يتعرض له من مخاطر. وهذا كله ما لم يكن قد اشترط انه يشتري ساقط الخيار او على مسؤوليته".^(٧٧) ويتبين من هذا الحكم ان علم المشتري عند البيع بخطر استحقاق المبيع لا اثر له على التزام البائع برد الثمن الا اذا اقترن هذا العلم بشرط عدم الضمان فلا يكون للمشتري في الحالة الاخيرة أي رجوع على البائع حتى بالثمن نفسه، اذ يعتبر انه قد ابرم عقداً احتمالياً.

وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار اخر لها حيث قضت " لا تحول المادة ١٦٢٨ دون صحة الشرط الذي بموجبه يقبل المشتري الذي كان على علم تام بوجود ظرف خاص سابق للبيع قد يؤدي احتمالاً الى نزاع يده ، بتحمل هذا الخطر، دون ان يستطيع تقديم اية مراجعة ضد البائع"^(٧٨)

ومن هذا يتضح انه لكي يتمتع على المشتري الرجوع على البائع بالضمان في حالة علمه بخطر الاستحقاق عليه ان يشترط عدم الضمان فلا يكفي ان يكون المشتري عالماً عند البيع بهذا الخطر وانما يلزم ان يتفق على عدم الضمان فاذا اجتمع الامر ان كان العقد احتمالياً ولا يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان ما وهذا الامر مستفاد من نصوص المواد (٤٤٦) من القانون المدني المصري و(١٦٢٩) من القانون المدني الفرنسي .

الفرع الثاني

الاستحقاق الجزئي

قد لا ينتزع الشيء محل العقد كلياً من الدائن بالضمان وإنما يحرم من جزء من هذا الشيء عندما تثبت ملكية هذا الجزء للغير سواء كان هذا الجزء مفزاً أم شائعاً، كما قد تنتزع ملكية بعض الشيء استيفاء للحق المضمون بالرهن، كما يتحقق استحقاق جزئي للشيء محل العقد إذا ثبت تكليف عليه من شأنه تقييد الانتفاع به سواء كان ذلك حقاً عينياً كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق أم حقاً شخصياً كحق المستأجر.^(٧٩) وبذلك يكون الاستحقاق جزئياً إذا لم يحرم الدائن بالضمان من كل الحقوق المقررة على الشيء محل العقد.^(٨٠)

وقد ساوى المشرع العراقي في الحكم بين الاستحقاق الجزئي وبين التكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد من حيث استلزام شرط حسن النية لدى الدائن بالضمان للرجوع بالضمان على المدين حيث نصت المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا استحق بعض المبيع أو كان متقلاً بتكاليف لا علم للمشتري بها وقت العقد كان للمشتري أن يفسخ العقد....."

لذا فإن علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق يسقط حقه في الرجوع على المدين بالضمان بموجب نص المادة أعلاه إذ يكون في هذه الحالة سيء النية فلا يرجع على المدين بالضمان بشيء. لذا فإن حسن نية الدائن بالضمان أي عدم علمه بسبب الاستحقاق الجزئي يعتبر شرطاً للرجوع بالضمان على المدين بموجب نص المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ من النص أعلاه أيضاً أن المشرع العراقي لم يميز في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لما أبرم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، فالاستحقاق الجزئي في القانون المدني العراقي حكمه واحد في الحالتين وهو الخيار بين الفسخ ورد المبيع أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر.^(٨١)

أما القانون المدني المصري فقد تناول الاستحقاق الجزئي للشيء محل العقد في المادة (٤٤٤) منه والتي نصت على أنه "١ - إذا استحق بعض المبيع، أو وجد متقلاً بتكاليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على ان يرد له المبيع وما افاد منه. ٢ - فاذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة لم يكن له الا ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق" ويتضح من نص المادة المذكورة ان المشرع المصري عرض لحالة الاستحقاق الجزئي كما عرض للتكاليف التي توجد على المبيع واعطاها نفس الحكم بالنسبة للاستحقاق الجزئي، فاذا ظهر تكليف على المبيع كان هذا بمثابة استحقاق جزئي يجعل للمشتري الحق في الرجوع بالضمان.^(٨٢)

والمشتري وهو الدائن بالضمان يرجع على المدين بغض النظر عن حسن او سوء نيته أي بغض النظر عن علمه بسبب الاستحقاق فسواء كان عالما بسبب الاستحقاق ام لم يكن عالما يحق له الرجوع بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء محل العقد.

وقد فرق نص المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري بين فرضين ،الاول اذا كانت الخسارة جسيمة بحيث لو علمها المشتري لما اتم العقد . والثاني اذا لم تكن الخسارة جسيمة أي لم تصل القدر الذي لو علمه المشتري لما اتم البيع. وتقدير الخسارة الجسيمة يكون بالنظر الى شخص المشتري ذاته وظروفه الخاصة لا الى أي شخص عادي ، فالمعيار هنا معيار شخصي وليس موضوعي ، كما ان تقدير الجسامة امر متروك لتقدير قاضي الموضوع.^(٨٣)

وقد نظم المشرع الفرنسي احكام ضمان الاستحقاق الجزئي في المادتين (١٦٣٦) و(١٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي ، حيث نصت المادة (١٦٣٦) من القانون المدني الفرنسي على انه "اذا استحق جزء من المبيع وكان بدرجة تمنع المشتري من الشراء بغير هذا الجزء بنسبة المبيع كله فللمشتري فسخ البيع".^(٨٤) والمادة (١٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي تنص على انه " اذا لم يفسخ البيع في حالة استحقاق جزء من المبيع يرد للمشتري قيمة الجزء الذي حصل فيه الاستحقاق مقدرة وقت الاستحقاق وليس بنسبة ثمن المبيع ، وذلك سواء زادت قيمة المبيع او نقصت وقت البيع".^(٨٥) كما نظم المشرع الفرنسي احكام ضمان الارتفاق في المادة (١٦٣٨) منه واعطاها نفس حكم الاستحقاق الجزئي. وقد انقسم الرأي بين الفقهاء في فرنسا حول اثر حسن النية لدى الدائن بالضمان في رجوعه على المدين بالضمان ، فذهب بعض الفقهاء^(٨٦) ،الى انه لا يستطيع الدائن بالضمان الرجوع على المدين الا اذا كان حسن النية وقت العقد، أي يجهل سبب التعرض والاستحقاق. الا ان هناك رأيا اخر وهو رأي الاغلبية

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

من الفقهاء في فرنسا،^(٨٧) يفرق ما بين العلم بسبب الاستحقاق الكلي او الجزئي وبين العلم بحالة وجود اعباء او تكاليف على المبيع. ففي حالة الاستحقاق الكلي او الجزئي لا يلزم لرجوع المشتري بالضمان على البائع ان يكون حسن النية. فالمادة (١٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي تقضي بالتزام البائع بضمان كل او بعض المبيع دون استلزام شرط حسن النية لدى المشتري وهو الدائن بالضمان أي عدم علمه بسبب الاستحقاق وقت العقد.

وبذلك فإنه في حالة الاستحقاق الكلي او الجزئي في ظل القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فالالتزام بالضمان لا يسقط عن البائع نهائيا وهو المدين بالضمان في عقد البيع الا اذا اشترط هذا الاخير عدم الضمان وكان المشتري عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق او كان قد اشترى ساقط الخيار بموجب المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٦٢٩) من القانون المدني الفرنسي. فالمشتري الذي يعلم بسبب الاستحقاق يأمل بان البائع سيبذل ما في وسعه ليزيل هذا السبب ، فاذا لم يقم بذلك ، فإن المشتري يكون قد اخطأ في التقدير ووثق في البائع اكثر من اللازم ، فيدخل هذا الخطأ في الاعتبار لانقاص ما يحكم به على البائع وهو المدين بالضمان الذي يكون قد اخل بالتزامه.^(٨٨)

اما بالنسبة الى علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق في اطار عقد الايجار ، فنجد ان المشرع العراقي قد عالج ضمان الاستحقاق في عقد الايجار بموجب المادة (٢/٧٥٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص " فاذا ترتب على هذا التعرض ان حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الواجب بعقد الايجار ، جاز له تبعا للظروف ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى ".

واستنادا للنص اعلاه فإن المشرع العراقي لم يفرق بين الاستحقاق الكلي او الجزئي للمأجور في الرجوع بضمان الاستحقاق ، وبذلك فإن للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار اذا كان قد حرم من الانتفاع بالمأجور او اختل هذا الانتفاع اختلالا كبيرا ، اما اذا لم يكن هناك مبرر كاف للفسخ فله ان يطلب انقاص الاجرة بقدر ما اختل من الانتفاع بالمأجور ويجري الانقاص من وقت حصول الاختلال.^(٨٩) و للمستأجر في الحالتين الانقاص او الفسخ ان يطلب تعويضا من المؤجر عن الضرر الذي اصابه بسبب اخلال المؤجر بالتزامه وعدم نجاحه في دفع التعرض.

ولا يشترط للحكم على المؤجر بالتعويض ان يكون سيء النية لان مجرد عدم دفعه التعرض الصادر من الغير يعتبر اخلافا بالتزامه بالضمان ولا تأثير لسوء نيته الا في مقدار التعويض حيث يكون مسؤولا في الحالة الاخيرة عن تعويض جميع الاضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول. اما اذا كان المستأجر سيء النية أي يعلم وقت الايجار بسبب الاستحقاق فأن علمه هذا يحمل على انه اعفاء للمؤجر وهو المدين بالضمان من بعض عناصر الضمان فلا يكون المؤجر مسؤولا عن التعويض.^(٩٠)

وقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢/٥٧٢) منه على انه " فاذا ترتب على هذا الادعاء ان حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الايجار ، جاز له تبعا للظروف ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى ". ويقصد بالاستحقاق حرمان المستأجر من كل او بعض حقوقه على العين المؤجرة نتيجة نجاح الغير في منازعته للمستأجر وكسبه على العين المؤجرة أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضا.^(٩١) وبمقتضى نص المادة (٢/٥٧٢) من القانون المدني المصري فإنه يحق للمستأجر في ضمان الاستحقاق ان يطلب تبعا للظروف اما فسخ الايجار او انقاص الاجرة مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى. ويثبت للمستأجر الحق في طلب التعويض سواء كان المؤجر حسن ام سيء النية ، أي سواء كان عالما بحق الغير على العين المؤجرة عند التأجير ام لم يكن عالما به، ذلك ان الالتزام بضمان التعرض التزام بتحقيق نتيجة ، وبالتالي يتطلب من المؤجر تمكين المستأجر من منفعة العين المؤجرة. فاذا فشل في ذلك كان مسؤولا عن تعويض المستأجر عما يصيبه من ضرر.^(٩٢) الا ان حسن نية المؤجر او سوءها لها اثرها في تقدير قيمة التعويض فيسأل المؤجر عن الاضرار المباشرة المتوقعة الحصول اذا كان حسن النية ، بينما يسأل عن الاضرار غير المتوقعة اذا كان سيء النية.^(٩٣)

اما بالنسبة الى اثر حسن نية المستأجر في الرجوع على المؤجر بالتعويض ، فأن المستأجر اذا كان حسن النية غير عالم بسبب الاستحقاق وقت العقد فلا ريب انه يستحق التعويض في هذه الحالة ، الا انه اذا كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق أي كان سيء النية فأن ذلك قد اثار خلافا في الفقه المصري ، فهناك رأي يذهب الى ان المستأجر سيء النية يستحق التعويض طالما فشل المؤجر في دفع تعرض الغير المبني على سبب قانوني واصاب المستأجر ضرر من جراء ذلك فأن عليه تعويضه لان علمه لا يؤثر على ركن الضرر ولا

ينفي خطأ المؤجر.^(٩٤) بينما ذهب رأي آخر الى ان المستأجر سيء النية لا يستحق التعويض في هذه الحالة لان علمه عند الاستئجار بوجود حق للغير يتعارض مع حقوقه المستمدة من عقد الايجار ويجعله مقامرا بانتفاعه بالعين المؤجرة ، فيتحمل نتيجة هذه المقامرة لأنها تجعل له يدا فيما اصابه من ضرر.^(٩٥)

اما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي فقد عالج ضمان الاستحقاق في عقد الايجار في المادة (١٧٢٦) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه " اذا حصل تعرض للمستأجر عن طريق دعوى رفعت بشأن ملكية العين المؤجرة للمستأجر الحق في انقاص الاجرة انقاصا نسبيا بشرط ان يعلن المؤجر بهذا التعرض "^(٩٦) ويتضح من خلال النص ان المستأجر له ان يطلب انقاص الاجرة او الفسخ بحسب ما اذا استحققت العين المؤجرة استحقاقا كلياً بأن تنتزع من تحت يد المستأجر، ففي هذه الحالة يحق للمستأجر طلب الفسخ.^(٩٧) وطلب الفسخ وان لم تنص عليه المادة (١٧٢٦) من القانون المدني الفرنسي الا انه تقرر القواعد العامة فالمادة (١٦٣٦) من القانون المدني الفرنسي تجيز للمشتري حق فسخ البيع متى كان الجزء المستحق من الاهمية بحيث لو علم به هذا الاخير قبل العقد لما كان قد ابرم العقد. والقانون المدني الفرنسي لا يمانع من تطبيق احكام ضمان استحقاق المبيع على حالة الاستحقاق في عقد الايجار وذلك بالقدر الذي يتفق فيه كل من العقدين.

وبذلك يمكن تطبيق المادة (١٦٣٦) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالبيع على هذه الحالة ، وهي حق المستأجر في فسخ الايجار متى كان النقص في الانتفاع جسيماً. وفي جميع الاحوال يحق للمستأجر طلب التعويض على اساس ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب سواء في ذلك حكم بفسخ الايجار او انقاص الاجرة.

وبذلك فإنه يمكن تطبيق الاحكام المتعلقة بحسن او سوء نية الدائن بالضمان والخاصة بضمان الاستحقاق في عقد البيع على حالة الاستحقاق في عقد الايجار وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع احكام كل من العقدين.^(٩٨)

المطلب الثاني

اثر علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق على عناصر التعويض

قدمنا في الفرع الاول من هذا المطلب ان علم الدائن بالضمان في ضمان الاستحقاق أي كونه حسن النية ليس شرطاً للرجوع على المدين بالضمان كمبدأ عام اتفقت عليه جميع القوانين محل المقارنة ، ما عدا الاستحقاق الجزئي للشيء محل العقد الذي ساوى فيه المشرع العراقي بينه وبين التكاليف فجعل حكمهما واحد واستلزم حسن النية لدى الدائن بالضمان للرجوع على المدين بالضمان بالإضافة الى شروط الضمان الاخرى.

وانتهينا الى ان حسن النية لدى الدائن بالضمان أي عدم علمه بسبب الاستحقاق لا يعد شرط رجوع بالضمان ، فللدائن الرجوع على المدين بالضمان بغض النظر عن حسن او سوء نيته. ولكن اذا كان حسن او سوء نية الدائن بالضمان أي علمه او عدم علمه بسبب الاستحقاق ليس شرطاً للرجوع بالضمان ، فهل لهذا العلم اثر على نطاق ما يحكم به من تعويض على المدين بالضمان؟ أي هل لحسن او سوء نية الدائن بالضمان اثر على عناصر التعويض؟ للإجابة على هذا التساؤل نتناول في الفرع الاول الاستحقاق الكلي ومن ثم الاستحقاق الجزئي في الفرع الثاني.

الفرع الاول

الاستحقاق الكلي

ذكرنا فيما سبق ان المشرع العراقي لم يتطرق الى مسألة حسن نية الدائن بالضمان في ضمان الاستحقاق الكلي للمبيع كما لم يهتم فقهاء القانون المدني العراقي وشراحه بالمسألة ولم يبحثوها في مؤلفاتهم ، وانما ميز من حيث مدى التعويض الذي يلتزم المدين بالضمان برده الى الدائن بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي بين حسن نية البائع وسوءها أي علمه او عدم علمه بسبب الاستحقاق وجعل لهذا العلم اثر على عناصر التعويض التي يلتزم الاخير بردها الى المشتري^(٩٩).

فاذا كان المدين بالضمان حسن النية أي لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق فيلتزم في هذه الحالة بأن يرد للمشتري تمام الثمن سواء زادت قيمة المبيع ام نقصت،^(١٠٠) كما يلتزم البائع

حسن النية بأن يرد قيمة الثمار التي قبضها المشتري من وقت ان يصبح سيء النية أي من وقت علمه بحق المستحق على المبيع بعد رفع دعوى الاستحقاق فيلتزم البائع بتعويض المشتري عن ردها الى المستحق عن طريق دفع قيمتها له ، اما ما قبضه المشتري وهو حسن النية فإنه لا يلزم برده الى المستحق.^(١٠١) كذلك على البائع حسن النية ان يرد المصروفات التي انفقها الدائن بالضمان على المبيع ، وهذه المصروفات اما ان تكون مصروفات ضرورية لصيانة المبيع وحفظه من الهلاك كبناء جدار مهدد بالسقوط فلا رجوع للمشتري على البائع لأنه يستطيع ان يلزم المستحق بها طبقا للفقرة (١) من المادة (١١٦٧) كم القانون المدني العراقي.^(١٠٢)

وقد تكون المصروفات نافعة تزيد في قيمة المبيع دون ان تكون ضرورية لحفظه كالمصروفات التي ينفقها المشتري لبناء طابق جديد فوق البناء او كالبناء في الارض المبيعة ، فهذه المصروفات يجوز للمشتري ان يرجع بها على البائع وذلك استنادا الى نص الفقرة الاولى من المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي التي صرحت بجواز الرجوع بهذه المصروفات.

اما المصروفات الكمالية التي لا تكون لازمة لحفظ الشيء ولا يترتب عليها زيادة قيمته كمصروفات الزخرفة والزينة فليس للمشتري ان يطالب بها الا اذا كان البائع سيء النية أي يعلم بسبب الاستحقاق وقت العقد.^(١٠٣) وللمشتري وهو الدائن بالضمان الرجوع على البائع بمصاريف الدعوى (دعوى الاستحقاق) التي اقامها عليه الغير وذلك لأنه خسر هذه الدعوى في مواجهة المستحق ويجب على البائع ان يعرضه عنها.^(١٠٤) الا ان المشتري لا يستطيع ان يرجع على البائع بالمصاريف التي كان بإمكانه ان يتقيها لو انه اخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم لان الخسارة التي تحملها عندئذ ترجع الى خطأ منه.^(١٠٥)

اما اذا كان البائع سيء النية بأن كان يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فأن هذا لهذا العلم اثر على نطاق ما يحكم به من تعويض حيث يلتزم وطبقا لما ورد في المادة (٢/٥٥٤) من القانون المدني العراقي بأن يرد الى المشتري بالإضافة الى ما تقدم ذكره من عناصر التعويض بان يرد الزيادة في قيمة المبيع الى جانب رد الثمن دون النظر الى مصدر هذه الزيادة أي سواء كان بفعل المشتري نفسه ام بغير فعله. كما يلتزم البائع سيء النية برد

المصروفات الكمالية التي انفقها المشتري على المبيع ، بالإضافة الى ذلك يلتزم بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.^(١٠٦)

وقد نص القانون المدني المصري على ان للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع الرجوع على البائع بقيمة الثمار التي اجبر بردها الى المستحق والمصروفات بوجه عام ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق والتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بالإضافة الى قيمة المبيع وذلك طبقا للمادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري.^(١٠٧) الا ان الفقه في مصر قد انقسم حول اثر حسن نية المشتري في الرجوع بتلك التعويضات الى فريقين ، حيث يرى الفريق الاول عدم الاعتداد بحسن او سوء نية الدائن بالضمان في رجوعه على المدين بالضمان أي ان المشتري يرجع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي بكافة عناصر التعويض بصرف النظر عن حسن او سوء نيته عند العقد.^(١٠٨) وقد برر هؤلاء الفقهاء وجهة نظرهم هذه بأن المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري قد وردت عامة دون تمييز بين حالة حسن او سوء نية المشتري في رجوعه على البائع بالمبالغ التي نصت عليها تلك المادة في حالة استحقاق المبيع.^(١٠٩) كما ان المشرع المصري قد اثر ان يكون رجوع المشتري بالضمان على اساس التنفيذ بطريق التعويض وذلك طبقا للقواعد العامة، وهذه القواعد العامة لا تفرق بين ما اذا كان مستحق التعويض حسن ام سيء النية.^(١١٠)

اما الفريق الثاني فيرى انه يلزم الاعتداد بحسن نية المشتري في رجوعه على البائع بتلك المبالغ وهذا الرأي اخذت به محكمة النقض المصرية حيث اقرت انه اذا كان المشتري سيء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق فلا يكون له الرجوع بالتعويضات.^(١١١) وهذا الرأي يستند الى ما جاء بصدد بيع ملك الغير من انه اذا حكم للمشتري بأبطال البيع وكان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع فله ان يطالب بتعويض، ومعنى ذلك انه لا يحق للمشتري طلب التعويض الا اذا كان حسن النية.^(١١٢) وهذا الرأي يربط بين احكام الضمان واحكام بيع ملك الغير ، في حين يرى البعض انه ينبغي النظر الى احكام الضمان بصورة مستقلة عن احكام بيع ملك الغير وذلك لان التلازم بين بيع ملك الغير وبين الاستحقاق ليس ضروريا في جميع الحالات التي يكون فيها للمشتري الرجوع بالضمان على اساس استحقاق المبيع مما يدعوا الى النظر الى احكام الضمان بصورة مستقلة.^(١١٣) واصحاب هذا الاتجاه وان كانوا

يستندون الى احكام بيع ملك الغير في تبرير رأيهم الذي ذهبوا اليه الا ان هناك من بين نصوص الضمان ذاتها ما يؤيد وجهة نظرهم كالمادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري^(١١٤)، فالمشتري اذا كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق واتفق مع البائع على عدم الضمان لا يكون له الرجوع عليه بشيء ما حتى قيمة المبيع. اما اذا كان يعلم ولم يتفق على عدم الضمان فله الرجوع بقيمة المبيع فقط ويحرم من الرجوع بالمبالغ الاخرى غير قيمة المبيع^(١١٥). ومعنى ذلك ان المشتري اذا كان سيء النية أي يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق فأن اثر ذلك انه يفقد حقه في المبالغ الاخرى دون قيمة المبيع وقت الاستحقاق.

لذلك فقد ذهب البعض^(١١٦) الى ترجيح الرأي الذي يتطلب حسن نية المشتري للرجوع على البائع بالتعويضات وذلك لأنه يجد له سنداً في نص المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري. وان ما ذهب اليه الفريق الاول من عدم الاعتداد بحسن النية او سوءها وذلك بالاستناد الى نص المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري والتي لا تفرق بين حسن او سوء نية المشتري للرجوع بالتعويضات فهذا تأويل لا يحتمله نص المادة، حيث ان حسن النية دائماً مفترض الى ان يثبت عكس ذلك.

اما في القانون المدني الفرنسي فأن السائد هو ان علم الدائن بالضمان بخطر الاستحقاق لا يخول له الرجوع على البائع بالتعويضات ، أي يلزم ان يكون المشتري حسن النية حتى يمكنه الرجوع بها على المدين بالضمان. الا ان الفقه الفرنسي اختلف حول المقصود بالتعويضات هل هي كافة ما يستحق للدائن بالضمان بسبب الاستحقاق من المبالغ الاخرى عدا الثمن ، ام انها تقتصر على التعويض فقط عما يقع من اضرار؟ فغالبية الفقهاء في فرنسا يذهبون الى ان المقصود بالتعويضات هي كافة المبالغ الاخرى التي تستحق للدائن بالضمان عند استحقاق المبيع عدا الثمن الذي دفعه. حيث يفرق هؤلاء بين حق المشتري في استرداد الثمن وحقه في المبالغ الاخرى وهي جميع العناصر الواردة في المادة (١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي^(١١٧).

الا ان هناك رأي اخر يذهب الى ان المقصود بالتعويضات التي يحق للمشتري الرجوع بها هي التعويض بالمعنى الضيق فلا يمتد الى الثمار والمصروفات . واصحاب هذا الراي يذهبون الى ان حق المشتري سيء النية لا يمتد الى التعويضات المنصوص عليها في المادة

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(٤/١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي ، وان كان يمكنه الرجوع بالثمن والثمار والمصروفات.^(١١٨)

اذ يجب لاستحقاق تلك المبالغ ان يكون المشتري حسن النية يجهل وقت البيع خطر الاستحقاق الذي يتعرض له فسوء النية تكون سببا في حرمانه من التعويضات بصفة عامة.^(١١٩)

ويستند هذا الرأي الى ما اورده المشرع في شأن بيع ملك الغير عندما يقع الاستحقاق من المالك الحقيقي للمبيع، ذلك ان المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي في شأن بيع ملك الغير لا تخول المشتري الحق في التعويض الا اذا كان يجهل ان المبيع مملوك للغير، أي يجهل خطر الاستحقاق ، اذ تنص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي على انه " بيع ملك الغير باطل ويجوز ان ينشأ عنه حق للمشتري في طلب التعويض متى كان يجهل ان الشيء مملوك للغير".

(١٢٠) وطبقا للمادة اعلاه فقد قرر الفقه الفرنسي ان علم المشتري بخطر الاستحقاق يمنع هذا الاخير من الرجوع بالتعويضات فقط دون الثمن.^(١٢١)

وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي كذلك حيث استلزم حسن نية المشتري للرجوع بالتعويضات وهي المبالغ الاخرى غير الثمن فاذا كان سيء النية اقتصر حقه على الرجوع بالثمن فقط.^(١٢٢)

ونخلص من ذلك ان لحسن النية وسوئها اثر بالنسبة لرجوع المشتري على بائعه في حالة استحقاق المبيع بالنسبة للتعويضات الاخرى مع اختلاف الفقه الفرنسي في مضمون هذه التعويضات. فمتى كان المشتري سيء النية يعلم سبب استحقاق المبيع ففي هذه الحالة لا يحق له الا الرجوع بالثمن فقط وذلك في القانون المدني الفرنسي او بقيمة المبيع كما في القانون المدني المصري.

اما المشتري حسن النية ن اذا ما استحق المبيع يستطيع الرجوع على البائع بكافة التعويضات الاخرى المنصوص عليها في المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري،^(١٢٣) وهي عبارة عن الثمار التي الزم المشتري بردها للمستحق والمصروفات بوجه عام ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وتعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

فقد نصت المادة (٢/٤٤٣) من القانون المدني المصري ان للمشتري الحق في ثمار المبيع منذ البيع وذلك مقابل انتفاع البائع بالثمن، أي ان المشتري يكتسب الثمار متى ما كان حسن النية يجهل سبب الاستحقاق وقت القبض،^(١٢٤) فلا يردّها الى المالك المستحق ، فاذا ساءت نيته فيما بعد واجبر على رد الثمار الى المالك المستحق ، فمن ذلك الحين كان له ان يرجع بما اجبر على رده الى البائع.^(١٢٥) كما يمكن للمشتري ان يطلب من البائع المصروفات النافعة وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيء النية وذلك استنادا الى المادة (٣/٤٤٣) من القانون المدني المصري، حيث جعلت التزام البائع في حالة سوء نيته يمتد لكي يشمل تعويض المشتري حتى عن المصروفات الكمالية. ويمكن تعليل الحكم الوارد في المادة (٣/٤٤٣) بأنه تطبيق للقواعد العامة ن اذ يلتزم البائع باعتباره مدينا بالضمان في حالة ارتكابه غشا او خطأ جسيما بتعويض المشتري حتى عن الاضرار غير المتوقعة عند العقد، ولما كانت المصروفات الكمالية من الامور غير المتوقعة فانه يحق للمشتري الرجوع بها على البائع سيء النية.^(١٢٦) والمشتري لا يمكنه الرجوع على البائع بالمصروفات الا اذا كان حسن النية وقت البيع ، وهذا شرط عام بالنسبة للرجوع على البائع بجميع المبالغ الاخرى عدا قيمة المبيع وقت الاستحقاق.^(١٢٧) اما بالنسبة الى المصروفات الضرورية فيكون للمشتري ان يرجع على المستحق مباشرة بتلك المصروفات باعتباره المدين الحقيقي نظرا لأنه يستفيد من هذه المصروفات الضرورية ، ولا يهم في هذا الصدد ما اذا كان المشتري حسن ام سيء النية ، أي سواء كان عالما بسبب الاستحقاق ام لم يعلم ذلك.^(١٢٨) وللمشتري ان يطلب من البائع ايضا مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة (٤٤٠) من القانون المدني المصري.^(١٢٩) كما تنص المادة (٤٤٣) في فقرتها الخامسة ان البائع يلتزم في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع بوجه عام بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. وهذا النص يعتبر مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن التعويض في المسؤولية العقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة او فاته من كسب متوقع.^(١٣٠)

اما بالنسبة الى عناصر التعويض التي نص عليها القانون المدني الفرنسي فأن المادة (١٦٣٠) منه حددت عناصر التعويض الاخرى التي يمكن ان يرجع بها المشتري على البائع في حالة استحقاق المبيع كلياً، وهذه المبالغ هي قيمة الثمار التي الزم المشتري بدفعها للمالك المستحق

والمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق والتضمينات ومصاريف ورسوم العقد . اذ تنص المادة (١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي على انه "اذا اشترط الضمان او لم يشترط واستحق المبيع للمشتري ان يطلب من البائع : ١- رد الثمن ٢- رد غلة المبيع له اذا كان قد لزم بدفعها للمالك المستحق. ٣- المصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان والمصاريف التي صرفها مدعي الاستحقاق. ٤- التضمينات ومصاريف ورسوم العقد ".^(١٣١) اما بالنسبة الى رجوع المشتري بالمصروفات النافعة والكمالية فهذه المصروفات نصت عليها المادتين (١٦٣٤) و(١٦٣٥) من القانون المدني الفرنسي.

فالمادة (١٦٣٤) تنص على انه " على البائع ان يرد بنفسه الى المشتري او يحمل المستحق على ان يرد الى هذا الاخير جميع نفقات الترميمات والتحسينات المفيدة التي احدثها المشتري في المبيع " . اما المادة (١٦٣٥) تنص على انه " يجب على بائع مال الغير، اذا كان سيء النية ، ان يدفع الى المشتري جميع ما صرفه على المبيع وان يكن للكماليات او التحسينات".

ووفقا لنص المادة (١٦٣٠) فأن المشتري يمكنه الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي بقيمة الثمار التي لزم بردها الى المالك المستحق متى كان سيء النية عند قبض الثمار، اما اذا كان حسن النية يملك هذه الثمار ولا يلزم بردها للمستحق طبقا للمادة (٥٤٩) من القانون المدني الفرنسي.^(١٣٢) كما يلتزم البائع برد المصروفات النافعة وكذلك المصروفات الكمالية متى كان البائع سيء النية، فالبايع ملتزم بأن يرد او يحمل المستحق على ان يرد جميع مصروفات الترميمات والتحسينات المفيدة استنادا الى المادة (١٦٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، حيث ان هذه المادة لم تميز بين المصروفات الضرورية والنافعة فقد جاءت بصيغة عامة بالنص على " جميع مصاريف الترميمات والتحسينات المفيدة" وبالتالي فأن المصروفات الضرورية تدخل ضمن نفقات الترميمات بصفة عامة اذ ان عبارة الترميمات الواردة في النص تشير الى المصروفات والنفقات اللازمة لصيانة المبيع.^(١٣٣) كما ان للمشتري استنادا الى نص المادة (٣/١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي ان يرجع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع بالمصاريف التي انفقها في دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق.

وللمشتري الحق في الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي بالتضمنات ومصاريف ورسوم العقد طبقاً للمادة (٤/١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي ، والمشرع الفرنسي يقصد من النص على حق المشتري في التضمنات أي ان يكون للمشتري الحق في الحصول على التعويض متى ما كانت المبالغ المذكورة بالمادة (١٦٣٠) غير كافية لتغطية الاضرار التي اصابته المشتري نتيجة الاستحقاق. ويلاحظ ان نص المادة (١٦٣٠) من القانون المدني الفرنسي لم يذكر صراحة تعويض المشتري عما لحقه من خسارة او ما فاتته من كسب بل ترك حكم ذلك للقواعد العامة بينما وجدنا القانون المدني المصري نص عليها صراحة في المادة (٥/٤٤٣) منه. بالإضافة الى ما تقدم ذكره فأن هناك مبالغ اخرى يلتزم البائع بأن يردها للمشتري اذا ما استحق المبيع وهو ما نصت عليه المادة (١٦٣٣) من القانون المدني الفرنسي من زيادة في قيمة المبيع وقت الاستحقاق حيث نصت على انه " اذا حصلت زيادة في ثمن المبيع وقت الاستحقاق دون تدخل من جانب المشتري التزم البائع بأن يؤدي الى المشتري قيمة ما زاد عن ثمن المبيع" (١٣٤)

فالمشتري اذن يستحق الزيادة في المبيع عند مطالبة الغير بحقه أي عند المطالبة القضائية، ومن هذا الوقت يتعلق حق الغير بالمبيع عندما يصدر الحكم بالاستحقاق ولو كان البائع حسن النية. كما تنص المادة (١٦٣١) من القانون المدني الفرنسي بأن المشتري يرجع ثمن المبيع في حالة الاستحقاق الكلي حتى لو نقصت قيمته عن الثمن بصرف النظر عما اذا كان نقصان القيمة بفعل المشتري ام بسبب طارئ. ونصت المادة (١٦٣٢) من القانون المدني الفرنسي انه اذا كان المشتري قد افاد من النقص الذي احدثه في المبيع كما اذا كان المبيع منزلاً هدم جزء منه وباع الانقاض وحصل على ثمنها فللبائع ان ينقص جزءاً من الثمن يعادل النفع الذي عاد على المشتري. (١٣٥)

الفرع الثاني

الاستحقاق الجزئي

ذكرنا سابقاً ان الاستحقاق يكون جزئياً اذا لم يحرم المشتري من كل الحقوق المقررة له على المبيع. كما تطرقنا الى موقف المشرع العراقي من الاستحقاق الجزئي للمبيع حيث ساوى في الحكم بين الاستحقاق الجزئي او ظهور تكليف على الشيء محل العقد وجعل حكمها واحد وهو فسخ العقد ورد المبيع او استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الضرر.^(١٣٦) الا ان المشرع العراقي اشترط حسن نية الدائن بالضمان لتطبيق الحكم المذكور اعلاه حيث جعل حسن نية الدائن بالضمان شرطاً لرجوعه على المدين بالضمان يضاف الى شروط الضمان العامة. فاذا كان الدائن بالضمان حسن النية لا يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق فإنه في حالة استحقاق المبيع جزئياً يكون للدائن بالضمان الخيار بين الفسخ ورد المبيع او استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر وبغض النظر عما اذا كان الاستحقاق جسيماً او غير جسيم.^(١٣٧) فاذا اختار المشتري الفسخ وجب رد الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد ويعتبر العقد كأنه لم يوجد اصلاً فيلتزم المشتري ان يرد ما بقي من المبيع الى البائع وما قبضه من ثماره كما يلتزم البائع بأن يرد الى المشتري الثمن الذي قبضه بل انه يلتزم فوق ذلك بالتعويض اذا توافرت شروطه.^(١٣٨) اما اذا اختار بقاء العقد فأن له ان يطالب بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من هذا الاستحقاق الجزئي.^(١٣٩)

واذا كان الدائن بالضمان سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق وقت ابرام العقد فإنه لا يمكنه الرجوع على المدين بالضمان وفقاً لما ورد في المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي ، فلا يرجع على هذا الاخير بشيء.

اما القانون المدني المصري فقد عرض للاستحقاق الجزئي كما عرض للتكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد واعطاها نفس الحكم بالنسبة للاستحقاق الجزئي.^(١٤٠) وذكرنا فيما سبق ان الدائن بالضمان في القانون المدني المصري يحق له الرجوع بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع بغض النظر عن حسن او سوء نيته أي بغض النظر عن علمه بسبب الاستحقاق الجزئي وقت العقد. فاذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي جسيمة ، ففي هذه الحالة يكون للمشتري وهو الدائن بالضمان الخيار بين رد ما بقي من المبيع وما افاده منه الى البائع ومطالبته بالتعويضات التي تستحق في حالة الاستحقاق الكلي، او ابقاء المبيع والمطالبة بالتعويض عما اصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي.^(١٤١) فاذا اختار المشتري رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي فأن ذلك يبدو طبيعياً اذ المفروض ان المشتري ما كان ليتم البيع لو علم بالخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي، وينظر في هذا التقدير الى ظروف كل حالة على حدة بصرف النظر عن مقدار ما استحق ، اذ ينبغي تقدير الظروف الخاصة التي تصاحب العقد والغرض الذي اعد المبيع له.^(١٤٢)

واذا اختار المشتري الإبقاء على المبيع فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك متوقعا وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع نتيجة غش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع.^(١٤٣) أما إذا كانت الخسارة التي أصابت المشتري من جراء الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة ، فلا يكون أمام المشتري في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي وهذا ما تقتضيه القواعد العامة. ويقتصر حق المشتري في المطالبة بتعويض الضرر المتوقع ما لم يكون البائع سيء النية فيشمل الضرر غير المتوقع.^(١٤٤)

وهكذا يتبين لنا أن المشرع المصري لم يشترط حسن نية الدائن بالضمان للرجوع على المدين بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع كما فعل المشرع العراقي الذي جعل حسن النية لدى الدائن بالضمان شرطاً للرجوع بضمان لاستحقاق الجزئي.

أما المشرع الفرنسي فقد عالج أحكام ضمان الاستحقاق الجزئي في المادتين (١٦٣٦) و (١٦٣٧) حيث خير المشتري وهو الدائن بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي بين فسخ البيع إذا كان الجزء المستحق يمنع المشتري من الشراء بغير هذا الجزء،^(١٤٥) أو الحصول على قيمة الجزء الذي حصل فيه الاستحقاق مقدرة وقت استحقاقه.^(١٤٦)

ونستخلص مما سبق أن موقف القانون المدني المصري يتفق مع موقف القانون المدني الفرنسي من حيث عدم استلزام شرط حسن النية ، ففي حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للشيء محل العقد فإنه لا يلزم لرجوع الدائن بالضمان على المدين أن يكون حسن النية يجهل سبب الاستحقاق وقت العقد . في حين نجد أن المشرع العراقي قد استلزم شرط حسن النية لدى الدائن بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي لكي يمكنه الرجوع بضمان الاستحقاق ، في حين لم يتطرق إلى مسألة حسن أو سوء نية الدائن بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي وإنما اعتد بحسن أو سوء نية المدين بالضمان فقط واثراً ذلك على مدى التعويض الذي يلتزم برده إلى الدائن.

كما لم يتطرق إلى مسألة حسن نية الدائن بالضمان في الرجوع على البائع بالتعويضات الأخرى كالثمار التي أجبر بردها للمستحق والمصروفات وما لحق المشتري من خسارة ، حيث أنه ليس من العدالة أن يعامل الدائن بالضمان الحسن النية معاملة متساوية مع الدائن

السيء النية والذي يعلم بسبب الاستحقاق وقت العقد خاصة وانه قد يكون قد ادخل في حسابه ما يتقل الشيء محل العقد من مخاطر بسبب الاستحقاق في تقدير الثمن ، لذا ندعوا المشرع العراقي الى الاعتداد بحسن او سوء نية الدائن بالضمان في الرجوع على المدين بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي للشيء محل العقد على الاقل فيما يتعلق بالتعويضات الاخرى التي يلتزم المدين بإرجاعها الى المشتري (الدائن بالضمان) ونقترح ان يكون نص المادة (١/٥٥٤) من القانون المدني العراقي كالآتي:

" ١ - اذا استحق المبيع كلياً وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن سواء كان المشتري حسن النية ام لا. وله ان يسترد ايضاً قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى متى كان المشتري حسن النية".

اما بالنسبة الى اثر علم الدائن بالضمان بسبب الاستحقاق على عناصر التعويض في عقد الايجار، فقد رأينا ان المشرع العراقي قد تناول ضمان الاستحقاق في المادة (٢/٧٥٤) من القانون العراقي ، حيث ان للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار اذا كان قد حرم من الانتفاع بالمأجور او اختل انتفاعه به اختلالاً كبيراً اما اذا لم يختل انتفاعه بالمأجور اختلالاً كبيراً ولم يكن هناك مبرر كاف للفسخ جاز له في هذه الحالة ان يطلب انقاص الاجرة بقدر ما اختل من الانتفاع بالمأجور.^(١٤٧) كما ان للمستأجر ان يطلب التعويض من المؤجر عما اصابه من الضرر بسبب اخلال المؤجر بالتزامه واخفاقه في دفع تعرض الغير. ويستحق المستأجر تعويضاً في الحالتين (الفسخ او الانقاص) وان كان المؤجر حسن النية لا يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق ولا تأثير لسوء نيته الا في مقدار ما يحكم عليه من تعويض. فاذا كان سيء النية يكون مسؤولاً عن تعويض جميع الاضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول. اما بالنسبة للمستأجر فاذا كان سيء النية أي يعلم وقت الايجار بوجود حق المتعرض فإن علمه هذا يحمل على انه اعفاء المؤجر من الضمان فلا يكون المؤجر مسؤولاً عن التعويض.^(١٤٨)

وقد ميز المشرع الفرنسي وكذلك المشرع المصري بين ما اذا كان الاخلال جسيماً يبرر للمستأجر طلب الفسخ بسبب ضمان الاستحقاق ام لم يكن كذلك. كما اجاز كلاهما للمستأجر

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ان يطلب التعويض عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب سواء حكم لصالح المستأجر بفسخ الايجار او انقاص الاجرة. (١٤٩)

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث في اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وهي كما يلي:

اولا / الاستنتاجات

١ - لقد اشترط المشرع العراقي وكذلك المشرع الفرنسي حسن النية لدى المشتري وهو الدائن بالضمان لرجوعه على البائع بضمان التعرض والاستحقاق في حالة ظهور تكليف على المبيع ينقص من انتفاع المشتري به ، وهذا الشرط يضاف الى الشروط الواجب توافرها والتي تتعلق بضمان التعرض الصادر من الغير. في حين لم يشترط المشرع المصري حسن النية لدى المشتري للرجوع على البائع بالضمان.

٢ - لم ينص المشرع العراقي صراحة على حسن نية المستأجر وعدم علمه بوجود عبء او تكليف على العين المؤجرة يؤدي الى التزام المؤجر بالضمان. حيث انه اكتفى بما اورده من احكام لضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع والتي يمكن الاخذ بها في عقد الايجار وبما يتلائم مع طبيعة هذا العقد. فاذا كان المستأجر سيء النية أي يعلم وقت الايجار بوجود حق للمتعرض فان علمه هذا يحمل على انه اعفاء للمؤجر من الضمان فلا يكون مسؤولا عن التعويض.

٣ - اتفق المشرع العراقي مع نظيره المصري وكذلك الفرنسي في اشتراط حسن النية لرجوع الدائن بالضمان (المشتري) على المدين بالضمان في حالة ظهور حق ارتفاق على الشيء المبيع ، أي ان يكون المشتري غير عالم بوجود حق الارتفاق الذي يثقل المبيع وينقص من منفعة بالإضافة الى كون هذا الحق غير ظاهر او لم يصرح به المدين للدائن بالضمان.

٤ - ساوى المشرع العراقي في الحكم بين الاستحقاق الجزئي وبين التكاليف التي تظهر على الشيء محل العقد من حيث استلزام شرط حسن النية لدى الدائن للرجوع على المدين بالضمان. الا انه لم يميز في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم وغير جسيم كما فعل القانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الفرنسي، فالاستحقاق الجزئي في القانون المدني العراقي حكمه واحد في الحالتين وهو الخيار بين الفسخ ورد المبيع او استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر.

٥ - لم يشترط المشرع العراقي للحكم على المؤجر بالتعويض في ضمان الاستحقاق ان يكون سيء النية لان مجرد عدم دفعه التعرض الصادر من الغير يعتبر اخلايا بالتزامه بالضمان ، ولا تأثير لسوء نيته الا في مقدار التعويض حيث يكون مسؤولا في الحالة الاخيرة عن تعويض جميع الاضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول. اما اذا كان المستأجر سيء النية أي يعلم وقت الايجار بسبب الاستحقاق فان علمه يحمل على انه اعفاء للمؤجر فلا يكون له ان يرجع عليه بالتعويض.

٦ - اتفق موقف المشرع المصري مع موقف المشرع الفرنسي من حيث عدم استلزام شرط حسن النية في حالة الاستحقاق الكلي او الجزئي للشيء محل العقد ، حيث لا يلزم لرجوع الدائن بالضمان ان يكون حسن النية يجهل سبب الاستحقاق وقت العقد. في حين نجد ان المشرع العراقي قد استلزم شرط حسن النية لدى الدائن في حالة الاستحقاق الجزئي لكي يمكنه الرجوع بضمان الاستحقاق. الا انه لم يتطرق الى مسألة حسن او سوء نية الدائن بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي واعتد بحسن او سوء نية المدين بالضمان فقط واثّر ذلك على مدى التعويض الذي يلتزم برده الى الدائن.

ثانيا / المقترحات

١ - نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي ليكون بالشكل التالي " لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع اذا كان حق الارتفاق ظاهرا او كان المشتري عالما به ". حيث ان علم الدائن بالضمان (المشتري) بوجود حق الارتفاق سواء كان هذا الحق ظاهرا او غير ظاهر ولكن علم به من طريق اخر يزيل عنه حسن النية ويجعله سيء النية وبالتالي لا يكون جديرا بحماية القانون له.

٢ - ندعوا المشرع العراقي الى الاعتداد بحسن او سوء نية الدائن بالضمان (المشتري) في الرجوع على المدين بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي للشيء محل العقد على الاقل فيما يتعلق بالتعويضات الاخرى التي يلتزم المدين بإرجاعها الى المشتري (الدائن بالضمان) ونقترح ان يكون نص المادة (١/٥٥٤) من القانون المدني العراقي كالآتي:

" ١ - اذا استحق المبيع كليا وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن سواء كان المشتري حسن النية ام لا. وله ان يسترد ايضا قيمة الثمار

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى متى كان المشتري حسن النية"

الهوامش

- (١) انظر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل - ط٣ - اعداد صباح الانباري - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٠ - ص ١٢٧.
- (٢) انظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ - اعداد اسامة انور - دار العربي للنشر والتوزيع - ٢٠١٧ - ص ٧٩.
- (٣) Art. (١٦٢٦): " Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente. ".
- (٤) انظر عبد الجبار ناجي الملا صالح - مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد - ١٩٧٣ - ص ٣٣٤.
- (٥) انظر في ذلك - د. محمد شكري الجميل العدوي - سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دار الفكر العربي - الاسكندرية - ٢٠٠٨ - ص ١٥٧.
- (٦) انظر في ذلك - عبد الحلیم عبد اللطيف القوني - حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠١٠ - ص ٢٦٠.
- (٧) انظر المواد (٥٥٥) من القانون المدني العراقي - (٤٤٤) من القانون المدني المصري - (١٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي.
- (٨) انظر د. انور سلطان - العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة - دار النشر للثقافة - ط٢ - الاسكندرية - ١٩٥٢ - ص ٢٤٤.
- (٩) انظر في ذلك مرجاوي نعيمة - اثر حسن نية المشتري على رجوعه بضمان التعرض واستحقاق الغير في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - ٢٠٠٥ - ص ١٠.
- (١٠) انظر في ذلك د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الاول - ١٩٧٠ - ص ٢١١-٢١٣.
- (١١) حيث ان هناك حالات تدق فيها التفرقة بين ما اذا كان الامر يتعلق بتكليف ام استحقاق جزئي يرد على الشيء محل العقد، منها ما عرض على القضاء الفرنسي بالنسبة لعمود كهرباء كان مملوكا لاحدى شركات توزيع الكهرباء حيث كان قائما في العقار المبيع ، وقد قيل أن هذا يعتبر استحقاق جزئي اكثر منه تكليفا او عبئا غير مصرح به. ومن تلك الحالات ايضا ظهور رهن على العين المباعة ، حيث انه يجب الاشارة الى

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ان وجود رهن على المبيع لا يعرض المشتري لنقص في الانتفاع بالعين المبيعة مباشرة وانما يعرضه فقط لخطر الاستحقاق لهذا لا يعتبر تكليفا. راجع في ذلك د. توفيق حسن فرج - المصدر نفسه - ص ٢١٤ - ٢١٥.

(١٢) وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " ... ان المادة ٥٥٥ من القانون المدني تنص على انه اذا استحق بعض المبيع وكان متقلا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد كان للمشتري ان يفسخ البيع... وفي واقعة هذه الدعوى كان التكليف خفيا على المشتري وليس بوسعهما ان يعلماه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به، ولم يفصح البائع عنه بل كتم حقيقته مما يجعل حق المميز عليهما في طلب الفسخ مؤكدا ". رقم القرار ١١٠٨ / حقوقية / ٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/١٢/١١ قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثالث ، ص ١٠٧.

(١٣) ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٤٢٩) منه والتي نصت على انه ((انه وان لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبائع ملزم بان يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله او لقسم منه ، ومن الاعباء المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع)) (١٤) وفي هذا يتفق المشرع العراقي مع المشرع المصري في معاملة التكاليف معاملة الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع من حيث استلزام او عدم استلزام شرط حسن النية لدى الدائن بالضمان. (١٥) انظر د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢٠١.

(١٦) تنص المادة (١٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي على انه :

" Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente.

(١٧) انظر في ذلك جلال الدين محمد حسن صيرة - الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة اسيوط - بلا تاريخ - ص ١٣٧.

(١٨) انظر د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢٠٣.

(١٩) لكي يضمن المؤجر التعرض القانوني الصادر من الغير يجب توافر شروط معينة منها ان يقع التعرض فعلاً وان يدعي الغير بحق يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بموجب عقد الايجار ، وان يكون وقوع التعرض اثناء مدة الايجار. راجع في ذلك د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - مكتبة السهري - بغداد - ٢٠١٢ - ص ٢٧٥.

(٢٠) انظر د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - بلا تاريخ نشر - ص ٢٤٦.

(٢١) انظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(٢٢) انظر جلال الدين محمد حسن صبرة - مصدر سابق - ص ١٨٠ - ١٨٢.

(٢٣) انظر في القول بهذا الرأي د. سمير تتاعو - عقد الايجار - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٠ - ص ١٨٦.

(٢٤) انظر في ذلك د. سليمان مرقس - عقد الايجار - ١٩٨٥ - ص ٣٦٧. وكذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الايجار والعارية - ج ٦ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٣٨٦.

(٢٥) انظر المادة (١٧٢٦) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص :

"Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire."

انظر ايضا المادة (١٧٢٧) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص :

"Si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède".

(٢٦) انظر جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٧٢.

(٢٧) انظر د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢١٨.

(٢٨) انظر المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢٩) انظر د. غني حسون طه ومحمد طه البشير - الحقوق العينية - ج ١ - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - بلا تاريخ نشر - ص ٣٢٢.

(٣٠) انظر د. محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني - الحقوق العينية الاصلية - مكتبة دار الثقافة - عمان - ١٩٩٩ - ص ٤٢٨.

(٣١) انظر في ذلك د. غني حسون طه و محمد طه البشير - مصدر سابق - ص ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٣٢) انظر شاكر ناصر حيدر - الموجز في الحقوق العينية العقارية - مطبعة اسعد - بغداد - ١٩٧١ - ص ١١٠ - ١١١.

(٣٣) انظر في ذلك د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢١٨.

Art- ١٦٣٨- (٣٤)

"Si l'héritage vendue trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité."

(٣٥) وقد تبني قانون الموجبات والعقود اللبناني نفس الاتجاه الذي ذهب اليه المشرع الفرنسي في المادة (١٦٣٨) منه حيث استلزمت المادة (٤٣٩) ان تكون حقوق الارتفاق كبيرة الشأن الى حد يمكن معه التقدير ان المشتري لو علم بها لما اشترى.

(٣٦) انظر جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٤١.

(٣٧) انظر في ذلك د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢١٩.

(٣٨) انظر المواد (٢/٥٥٦) من القانون المدني العراقي ، المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري ، المادة (١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي.

(٣٩) انظر في ذلك د. غازي عبد الرحمن - دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - العدد ١٢ - ١٩٨١ - ص ٢٠٥.

(٤٠) انظر في ذلك د. غازي عبد الرحمن - المصدر نفسه - ص ١٤٢.

(٤١) انظر في ذلك د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢٢٠.

(٤٢) انظر في ذلك مرجاوي نعيمة - مصدر سابق - ص ٣٣.

(٤٣) انظر في ذلك د. عبدالرزاق احمد السنهوري - الوسيط في عقد البيع والمقايضة - ج ٤ - دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٦٠ - ص ٧٠٤.

(٤٤) انظر المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري.

(٤٥) انظر في ذلك د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٤٥.

(٤٦) انظر في ذلك مرجاوي نعيمة - مصدر سابق - ص ٣٦.

(٤٧) انظر في ذلك محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل - شرح احكام عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٨ - ص ٢٤١.

(٤٨) انظر د. توفيق حسن فرج - مصدر سابق - ص ٢٢٢.

(٤٩) انظر المصدر نفسه - ص ٢٢٣.

(٥٠) انظر د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٤٦.

(٥١) انظر د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية - ١٩٨٥ - ص ٣٠٦.

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(٥٢) انظر د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٢٥.

(٥٣) انظر في ذلك د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٤٧.

(٥٤) انظر في ذلك د. عبد المنعم البدر اوي - الوجيز في عقد البيع - مكتبة عبد الله وهبة - مصر - ١٩٩٠

- ص ٣١٣. و د. محمد لبيب شنب ود. مجدي صبحي خليل - مصدر سابق - ص ٢٤٣.

(٥٥) انظر من الفقه العراقي د. غازي عبد الرحمن - دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - العدد ١٢ - ١٩٨١ - ص ٢٠٨. ومن الفقه المصري د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٢٦.

(٥٦) انظر د. انور سلطان - مصدر سابق - ص ٣٠٤.

(٥٧) انظر جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ١٥٠.

(٥٨) Cloin et capitant : cours élémentaire de droit civil francais , paris , ١٩٥٣ , no ٩٠١, p. ٦٠٤.

مشار اليه من قبل د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٢٦

(٥٩) Planiol - Ripert et Hamel : Traité pratique de droit civil Français, contrats civils, paris ١٩٣٢ , p. ١١٠.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد في حكم لها جاء فيه " انه يتعين على البائع ان يخطر المشتري بوجود حقوق الارتفاق غير الظاهرة ، وليس على المشتري ان يستعلم من تلقاء نفسه ، وانه لا يهم ما اذا كان الارتفاق غير الظاهر قد سجل قبل البيع. اذ لا يعفي تسجيل الارتفاق من الزام البائع بأخطار المشتري . ولا يحمي هذا التسجيل البائع من دعوى الضمان التي يرفعها المشتري " نقض فرنسي في ١٩٤٠/١٢/٣٠ - دالوز ٢٠٠٩ - ص ١٦٠٤.

(٦٠) انظر المادة (٢٣٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل حيث نصت على ان "تسجل حقوق الارتفاق بين العقارات المسجلة كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل الناشئة بالعقد او الوصية او بتخصيص المالك الاصلي كما تسجل بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات او قرار قانوني له قوة الحكم".

(٦١) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١١.

(٦٢) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٦٠.

(٦٣) انظر د. انور سلطان - مصدر سابق - ص ٢٩١.

(٦٤) انظر د. محمد يوسف الزغبى - العقود المسماة - شرح عقد البيع في القانون الاردني - ط ١ - الاردن - ١٩٩٣ - ص ٣٣٣.

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(٦٥) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في عقد البيع - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٦٠ - هامش رقم ١.

(٦٦) انظر في ذلك المستشار حسين عامر - التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - ط ٢ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٨ - ص ٣١٩.

(٦٧) انظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - مصدر سابق - ص ١٢٣.

(٦٨) انظر في ذلك د. محمد يوسف الزغبى - مصدر سابق - ص ٣٥٢.

(٦٩) انظر في ذلك د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٢.

(٧٠) انظر المادة (٤٤٩) والمادة (٥٥٠) من مرشد الحيران.

(٧١) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٣ هامش رقم ٦٠.

(٧٢) انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٧٠٨. انظر ايضا د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٤٣.

(٧٣) وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية " لا يسقط حق الضمان عن البائع الا اذا اشترط عدم الضمان ، وكان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، او اعترف انه اشترى ساقط الخيار " نقض مدني مصري ٣٥٩/٢٥ بتاريخ ١٩٣٦/٢/١٠. نقلا عن انور طلبية - دعوى التعويض - ط ١ - المكتب الجامعي الحديث للنشر - مصر - ٢٠٠٥ - ص ٣٢١. وفي حكم اخر لها جاء فيه " ان اقدام المشتري على الشراء مع علمه بحق الغير على المبيع ، يسند البائع على اعتبار ان المشتري قد اشترى تحت مسؤوليته او التزامه الا يعود على البائع بشيء ، في حالة استحقاق المبيع كله او بعضه ، مما يكون له اثره في سقوط حقه في الضمان ". نقض مدني مصري رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٩٩. نقلا عن عزت مصطفى الدسوقي - الموسوعة الحديثة في احكام النقض لعام ١٩٩٩ - ط ٢ - دار محمود للنشر والتوزيع مصر - ٢٠٠٠ - ص ٢١٤.

(٧٤) انظر المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٧٥) Mazeaud (H.L.et Jean): Le,cons de droit civil ,paris ١٩٨٧, No.٩٦٢ , P.٨١٩.

(٧٦) Laurent :principes de droit civil Français , Bruxelles , paris ١٨٨٧ , No.٢٥٨ منشور على الموقع <https://gallica.bnf.fr> ,p.٢٥٦.

(٧٧) انظر نقض فرنسي في ٣ حزيران ١٩٩٨. دالوز ٢٠٠٩ - ص ١٦٠٣.

(٧٨) انظر نقض مدني فرنسي في ٢ كانون الاول ١٩٦٥ - دالوز ٢٠٠٩ - ص ١٦٠٣.

(٧٩) انظر في ذلك د. غازي عبد الرحمن ناجي - مصدر سابق - ص ١٨٧-١٨٨.

(٨٠) انظر في ذلك د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٦.

(٨١) انظر في ذلك د. حسن علي الذنون - عقد البيع - بدون مكان طبع - ١٩٥٤ - ص ٢٢٥.

(٨٢) انظر في ذلك المستشار حسين عامر - مصدر سابق - ص ٣١٩.

(٨٣) انظر د. نبيل ابراهيم سعد - العقود المسماة - عقد البيع - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠ - ص ٣٧٣.

(٨٤) Art. ١٦٣٦ " Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose , et qu'elle soit de telle conséquence , relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente".

(٨٥) Art. ١٦٣٧ "Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation L'époque de l'éviction , et non proportionnellement au prix total de la vente , soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur".

(٨٦) Laurent - op.cit - p. ٢٢٥ - Mazeaud - op.cit - p. ٢٣٠.

(٨٧) Planiol - Ripert et Hamel :Traité pratique de droit civil Français, contrats civils, paris ١٩٣٢ , No.١٠٢ , p.٩٩. - Josserand: Cours de droit civil Français, paris ١٩٣٣, No.١١٠٨, p.٥٧٩.

(٨٨) انظر في ذلك د. جلال الدين محمد صبرة مصدر سابق - ص ١٣٨.

(٨٩) انظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - مصدر سابق - ص ٢٧٦.

(٩٠) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ٢٤٦.

(٩١) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج٦ - مصدر سابق - ص ٣٥٨.

(٩٢) انظر د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ٤١٦.

(٩٣) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج٦ - مصدر سابق - ص ٣٥٩-٣٦٠.

(٩٤) انظر في ذلك د. محمد لبيب شنب - شرح احكام عقد الايجار - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧ - ص ٣٥٤.

(٩٥) انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج٦ - مصدر سابق - ص ٣٦٠.

(٩٦) Art (١٧٢٦) " Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire".

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية " ان البلدية التي نفذت اشغالا ادت الى الاضرار بالمياه الموجودة في الامكنة المؤجرة ، وحيث كانت مرتبطة تعاقديا بالمؤجر باتفاقية اشغال ، لا تعد شخصا ثالثا بمفهوم المادة ١٧٢٥ " نقض مدني فرنسي في ٣/تشرين الثاني / ٢٠٠١ - دالوز ٢٠٠٩ - ص ١٦٥٨ .

(٩٧) انظر د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ٤١٨ .

(٩٨) انظر المصدر نفسه - ص ٤١٩ .

(٩٩) انظر المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(١٠٠) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٣ . وقضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه " ان السيارة قد حجزت من قبل مالكيها الاصلي فتعذر لهذه الاسباب على المميز البائع نقل ملكية السيارة باسم المميز عليه (المدعية) المشتري وتعذر من جهة اخرى على المدعي (المشتري) لهذه الاسباب من نقل ملكية السيارة الى الشخص الذي باع هو بدوره السيارة اليه فأقام الاخير الدعوى طالبا فسخ عقد البيع واعادة الثمن المدفوع من قبله لان البائع لم يستطع نقل ملكية السيارة له وقد حكمت المحكمة له بذلك وبهذا يكون البائع (المميز) قد عجز عن ضمان التعرض للمشتري (المدعي) بالمبيع ولم يستطع تنفيذ التزامه مما استحق عليه الضمان..." قرار رقم ١٤ / مدنية اولى / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، يصدرها قسم الاعلام القانوني ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٩ - ٣١ .

(١٠١) انظر نص المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص على انه " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته " . وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " .. ان المدعى عليه (المميز عليه) استلم السيارة وتصرف بها بحسن نية ولما كان تعرض الكمارك للسيارة ومصادرتها بسبب فعل المدعي (المميز) البائع فيكون مسؤولا عن هذا التعرض والاستحقاق وعن ثمن السيارة الذي قبضه طبقا لنص الفقرة الاولى من المادة (٥٥٠) مدني ولا يكون للمدعي حق الرجوع على المدعى عليه المشتري الذي استحق المبيع بيده بفوائد المبيع طبقا لدلالة نص المادة (٥٥٤) مدني صراحة المادة (١١٦٥) مدني حيث تضمننا ان الحائز حسن النية يملك منافع الشيء مدة حيازته..." رقم القرار ٤٠٦ / هيئة عامة اولى / ٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٨/٣/١١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، السنة ٩ ، ١٩٧٨ ، ص ١٨ - ٢٠ .

(١٠٢) حيث نصت هذه المادة على انه " على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي الى الحائز جميع ما انفقته من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك " .

(١٠٣) انظر في ذلك د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - مصدر سابق - ص ١٢٥ . انظر كذلك قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥١١ / س / ٢٠٠١ في ١٠ / ١ / ٢٠٠٣ . مجلة القضاء - العدد الاول والثاني - السنة ٥٧ - ٢٠٠٤ - ص ١٦١ .

(١٠٤) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٥ .

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (١٠٥) انظر المادة (٥٥٤) ف (١) من القانون المدني العراقي .
- (١٠٦) انظر المادة (٢/٥٥٤) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه " لما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع وان يطالب تعويضا عما لحقه من خسارة او فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع".
- (١٠٧) انظر المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- (١٠٨) انظر في القول بهذا الاتجاه د. انور سلطان وجمال العدوي - العقود المسماة - عقد البيع - دار المعارف - مصر - ١٩٦٦ - ص ٣٢٢. د. اسماعيل غانم - عقد البيع - مكتبة عبدالله وهبة - مصر - ١٩٦٨ - ص ١٨٥. د. محمد لبيب شنب و مجدي صبحي خليل - شرح احكام عقد البيع - مصدر سابق - ص ٢٣٥.
- (١٠٩) انظر د. اسماعيل غانم - مصدر سابق - ص ١٨٦.
- (١١٠) انظر لبيب شنب ومجدي صبحي - شرح احكام عقد البيع - مصدر سابق - ص ٢٣٦.
- (١١١) حيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في ٧ يولييه لسنة ١٩٦٤ انه " الاصل انه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع او عند استحقاق هذا المبيع ان يرجع على البائع بالتعويضات اذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض او الاستحقاق". نقض مدني مصري في ٧ يولييه ١٩٦٤ - قضاء النقض المدني في عقد البيع - اعداد المستشار سعيد احمد شعله - منشأة المعارف - بلا سنة طبع - ص ٩٢٠.
- (١١٢) انظر د. عبد المنعم البدر اوي - الوجيز في عقد البيع - مكتبة عبد الله وهبة - مصر - ١٩٩٠ - ص ٤٧٨-٤٧٩.
- (١١٣) انظر د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - مصدر سابق - ص ٣٤٦.
- (١١٤) انظر المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصري .
- (١١٥) وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه " ان البائع يلتزم بضمان التعرض القانوني الذي يحتج به الغير على المشتري بناء على حق عيني او شخصي له على المبيع وقت البيع سواء كان مصدر هذا الحق هو فعل البائع نفسه او فعل الغير، وسواء كان المشتري يعلم وقتئذ سبب الاستحقاق او لا يعلم به، ما لم يتفق المتبايعان على اسقاط هذا الالتزام صراحة او يستخلص هذا الاتفاق من ظروف تكون قاطعة في الدلالة عليه". طعن رقم ١٥٥٧ س ٢٢ ق في ١٩٨٨/٣/٢٢. منشور على الموقع : [https:// aziamar.Blogspot.com](https://aziamar.Blogspot.com).
- (١١٦) انظر د. محمد حسين منصور - شرح العقود المسماة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠١٠ - ص ١٣٩.
- look - Josserand : Cours de droit civil Francais , paris , ١٩٣٣ , No. ١١١٢ , p.٥٨٢. - Aubry et Ran: Cours de droit civil Francais , paris , ١٩٤٧ , No. ٣٥٥ , p. ٣٧٨. - Baudry Lacantinerie et Saignat: Traité théorique et pratique de droit civil ,

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

de la vente et de l'échange ,paris, No.٣٧٥ , p. ٣٨١.

-

مشار إليه من قبل د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ٣٥٧.

Beudant : Cours de droit civil Français , La vente , le louage des choses ,
paris , ١٩٣٨ , No. ٢١٣ , p. ١٦٣- ١٦٥.

مشار إليه من قبل د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على نطاق الالتزام بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٤٩.

(١١٩) وقد قضت محكمة Colmer الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٩٥٠/١٠/٢٠ جاء فيه " ان المشتري سيء النية لا يكون له الا الحصول على الثمن الذي اداه فقط ، دون اية تعويضات اخرى " مشار إليه من قبل د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - مصدر سابق - ص ٣٤٤ هامش رقم ١.

Art : (١٥٩٩) " La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui" .

(١٢١) انظر د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٥٠.

(١٢٢) وتذهب محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بهذا الصدد الى ".....انه اذا لم يوجد شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزما برد الثمن، حتى في الحالة التي يثبت فيها ان المشتري قد علم ، منذ البيع بالخطر الذي يتعرض له، هذا مالم يشترط انه يشتري على مخاطره" نقض مدني فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ - دالوز ٢٠٠٩ - ص ١٦٠٣.

(١٢٣) انظر المادة(٤٤٣) من القانون المدني المصري حيث نصت على انه " اذا استحق كل المبيع كان للمشتري ان يطلب من البائع : ١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. ٢- قيمة الثمار التي الزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. ٣- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري ان يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيء النية. ٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة (٤٤٤)٥- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة او فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع...." (١٢٤) وهذا ما نصت عليه المادة (٩٧٨) من القانون المدني المصري بقولها "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية"

(١٢٥) انظر د. محمد حسين منصور - شرح العقود المسماة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠١٠ - ص ١٣٤.

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (١٢٦) انظر د. السيد محمد بدوي - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية - اطروحة دكتوراه - القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٩٠٠.
- (١٢٧) انظر د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ٣٦٤.
- (١٢٨) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٨٠.
- (١٢٩) تنص المادة (٤٤٠) من القانون المدني المصري على انه " ٣.....- واذا لم يخطر المشتري البائع الدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع ان تدخله في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق "
- (١٣٠) انظر المستشار حسين عامر - مصدر سابق - ص ٥٧٤.

Art (١٦٣٠) (١٣١) " Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur :

١° La restitution du prix ;

٢° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ;

٣° Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ;

٤° Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat."

(١٣٢) انظر د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - مصدر سابق - ص ٢٧١ هامش رقم ١.

(١٣٣) انظر د. جلال الدين محمد صبرة - مصدر سابق - ص ٣٧٧.

Art. ١٦٣٣ (١٣٤) " Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix l'époque de L'éviction independamment même du fait de L'acquéreur , Le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au dessus du prix de la vente "

Art (١٦٣١) (١٣٥) " Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix"

Art (١٦٣٢) " Mais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit".

- (١٣٦) أنظر المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- (١٣٧) انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي - مصدر سابق - ص ١٨٩.
- (١٣٨) انظر د. حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص ٢٢٥.
- (١٣٩) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ١١٧.
- (١٤٠) انظر المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- (١٤١) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٨٨.
- (١٤٢) انظر د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - مصدر سابق - ص ٣٧٨.
- (١٤٣) انظر د. انور طلبية - نفاذ وانحلال البيع - دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٣ - ص ٢٧٢-٢٧٣.
- (١٤٤) انظر د. محمد حسين منصور - مصدر سابق - ص ١٣٨.

Art (١٦٣٦) (١٤٥) " Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente".

Art (١٦٣٧) (١٤٦) " Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur ".

(١٤٧) انظر المادة (٢/٧٥٤) من القانون المدني العراقي . وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية " ثبوت تعرض المؤجر للمستأجر في الانتفاع بالمأجور يكون مانعا من مطالبته بالأجرة عن هذه المدة وثبوت غصب المأجور من الغير ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب يكون للمستأجر حق طلب انقاص الاجرة اذا لم يطلب فسخ العقد وليس له طلب اسقاط الاجرة بموجب المادة (٧٥٥) مدني ". العدد ١٥٠٥ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٨ . بتاريخ ٢٩/٦/٢٠٠٨ - النشرة القضائية - تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى - العدد ٣ - تشرين الاول ٢٠٠٨ - ص ١٢.

- (١٤٨) انظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص ٢٤٦. وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية " اذا لم يتعرض المؤجر للمستأجر في منفعة المأجور ولم يكن له يد في انشاء السياج الامني ، الذي بسببه تم فسخ العقد بناء على طلب المستأجر ، فلا يلزم المؤجر بالتعويض كما لا يلزم بإعادة ما قبضه من بدلات الايجار ويحق للمستأجر طلب انقاص بدل الايجار او طلب فسخ العقد ، وما دام قد اختار الفسخ يكون بذلك قد اسقط حقه في طلب انقاص الاجرة ". العدد ١٦٨١ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٨ . بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٣ - النشرة القضائية - تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى - العدد ٣ - تشرين الاول ٢٠٠٨ - ص ١٦.
- (١٤٩) انظر د. محمد حسين منصور - مصدر سابق - ص ١٤٠. انظر كذلك د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٣٥٨.

مصادر البحث

- المصادر باللغة العربية

اولا / الكتب القانونية

- ١- د. اسماعيل غانم - عقد البيع - مكتبة عبد الله وهبة - مصر - ١٩٦٨.
- ٢- د. انور سلطان - العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة - مطبعة دار النشر للثقافة - ط ٢ - الاسكندرية - ١٩٥٢.
- ٣- د. انور سلطان وجلال العدوي - العقود المسماة - عقد البيع - دار المعارف - مصر - ١٩٦٦.
- ٤- د. انور طلبة - نفاذ وانحلال البيع - دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٣.
- ٥- د. انور طلبة - دعوى التعويض - ط ١ - المكتب الجامعي الحديث للنشر - مصر - ٢٠٠٥.
- ٦- د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية - ١٩٨٥.
- ٧- د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - بلا تاريخ نشر.
- ٨- المستشار حسين عامر - التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - ط ٢ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٨.
- ٩- د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠١٢.
- ١٠- د. سليمان مرقس - عقد الايجار - ١٩٨٥.
- ١١- د. سمير تناغو - عقد الايجار - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٠.

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ١٢- د. شاكر ناصر حيدر - الموجز في الحقوق العينية العقارية - مطبعة اسعد - بغداد - ١٩٧١.
- ١٣- د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني - حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠١٠.
- ١٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في عقد البيع المقايضة - ج ٤ - دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٦٠.
- ١٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في العقود الواردة على الانتفاع بالشيء الايجار والعارية - ج ٦ - دار النهضة العربية - القاهرة .
- ١٦- د. عبد المنعم البدر اوي - الوجيز في عقد البيع - مكتبة عبدالله وهبة - مصر - ١٩٩٠.
- ١٧- د. عزت مصطفى الدسوقي - الموسوعة الحديثة في احكام النقض لعام ١٩٩٩ - ط ٢ - دار محمود للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٠.
- ١٨- د. غني حسون طه ومحمد طه البشير - الحقوق العينية - ج ١ - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - بلا تاريخ نشر.
- ١٩- د. محمد شكري الجميل العدوي - سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دار الفكر العربي - الاسكندرية - ٢٠٠٨.
- ٢٠- د. محمد لبيب شنب - شرح احكام عقد الايجار - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧.
- ٢١- د. محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل - شرح احكام عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٨.
- ٢٢- د. محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني - الحقوق العينية الاصلية - مكتبة دار الثقافة - عمان - ١٩٩٩.
- ٢٣- د. محمد يوسف الزغبى - العقود المسماة - شرح عقد البيع في القانون الاردني - ط ١ - الاردن - ١٩٩٣.
- ٢٤- د. نبيل ابراهيم سعد - العقود المسماة - عقد البيع - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠.

ثانيا / الرسائل الجامعية

- ٢٥- د. السيد محمد بدوي - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية - اطروحة دكتوراه - القاهرة - ١٩٨٩.
- ٢٦- د. جلال الدين محمد حسن صبرة - الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة اسيوط - بلا تاريخ.
- ٢٧- عبد الجبار ناجي الملا صالح - مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد - - ١٩٧٣.
- ٢٨- مرجاوي نعيمة - اثر حسن نية المشتري على رجوعه بضمان التعرض واستحقاق الغير في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - ٢٠٠٥.

ثالثا / البحوث المنشورة

- ٢٩- د. توفيق حسن فرج - اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان - بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الاول - ١٩٧٠.
- ٣٠- د. غازي عبد الرحمن - دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - العدد ١٢ - ١٩٨١.

رابعا / المجموعات والنشرات القضائية

- ٣١- النشرة القضائية - تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى - العدد الثالث - تشرين الاول ٢٠٠٨.
- ٣٢- طعن لمحكمة النقض المصرية رقم ١٥٥٧ س ٢٢ ق في ١٩٨٨/٣/٢٢. منشور على الموقع : [https:// aziamar.Blogspot.com](https://aziamar.Blogspot.com)

اثر حسن النية في نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ٣٣- قضاء النقض المدني في عقد البيع - اعداد المستشار سعيد احمد شعلة - منشأة المعارف - الاسكندرية - بلا سنة طبع.
- ٣٤- قضاء محكمة تمييز العراق - تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق - المجلد الثالث - ١٩٦٥.
- ٣٥- مجموعة الاحكام العدلية - يصدرها قسم الاعلام القانوني - العدد الاول - السنة التاسعة - ١٩٧٨.
- ٣٦- مجموعة الاحكام العدلية - يصدرها قسم الاعلام القانوني - العدد الرابع - السنة التاسعة - ١٩٧٨.

خامسا / القوانين

- ٣٧- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٣٨- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٣٩- القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ والتعديلات الواردة عليه بموجب المرسوم الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠.

- المصادر باللغة الفرنسية

- ٤٠- Planiol – Ripert et Hamel :Traité pratique de droit civil Français, contrats civils, paris ١٩٣٢ .
- ٤١- Mazeaud (H.L.et Jean): Le,cons de droit civil ,paris ١٩٨٧.
- ٤٢- Laurent :principes de droit civil Français , Bruxelles , paris ١٨٨٧.
منشور على الموقع <https://gallica.bnf.fr>.
- ٤٣- Josserand: Cours de droit civil Français, paris ١٩٣٣.

- المصادر الفرنسية باللغة العربية

- ٤٤- القانون المدني الفرنسي بالعربية - طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية.

Abstract

The principle of good faith is one of the basic principles that dominate the life of the contract in all its stages, from the negotiations stage to the implementation phase. In good faith, both parties to the contract have affected the extent to which the debtor is liable to the creditor, particularly with respect to the guarantee of exposure and entitlement. Therefore, some legislation has tended to make the creditor's good faith a condition for the return of the guarantee of exposure and entitlement, if it is not a requirement that the debtor's good faith in the guarantee has an effect on the extent of the indemnity owed to the creditor in the event of the cause of entitlement.

The effect of good faith in the scope of the obligation to ensure exposure and entitlement

P.Dr. Eman Tarek Makki Al Shukri

Dalal tafker murad