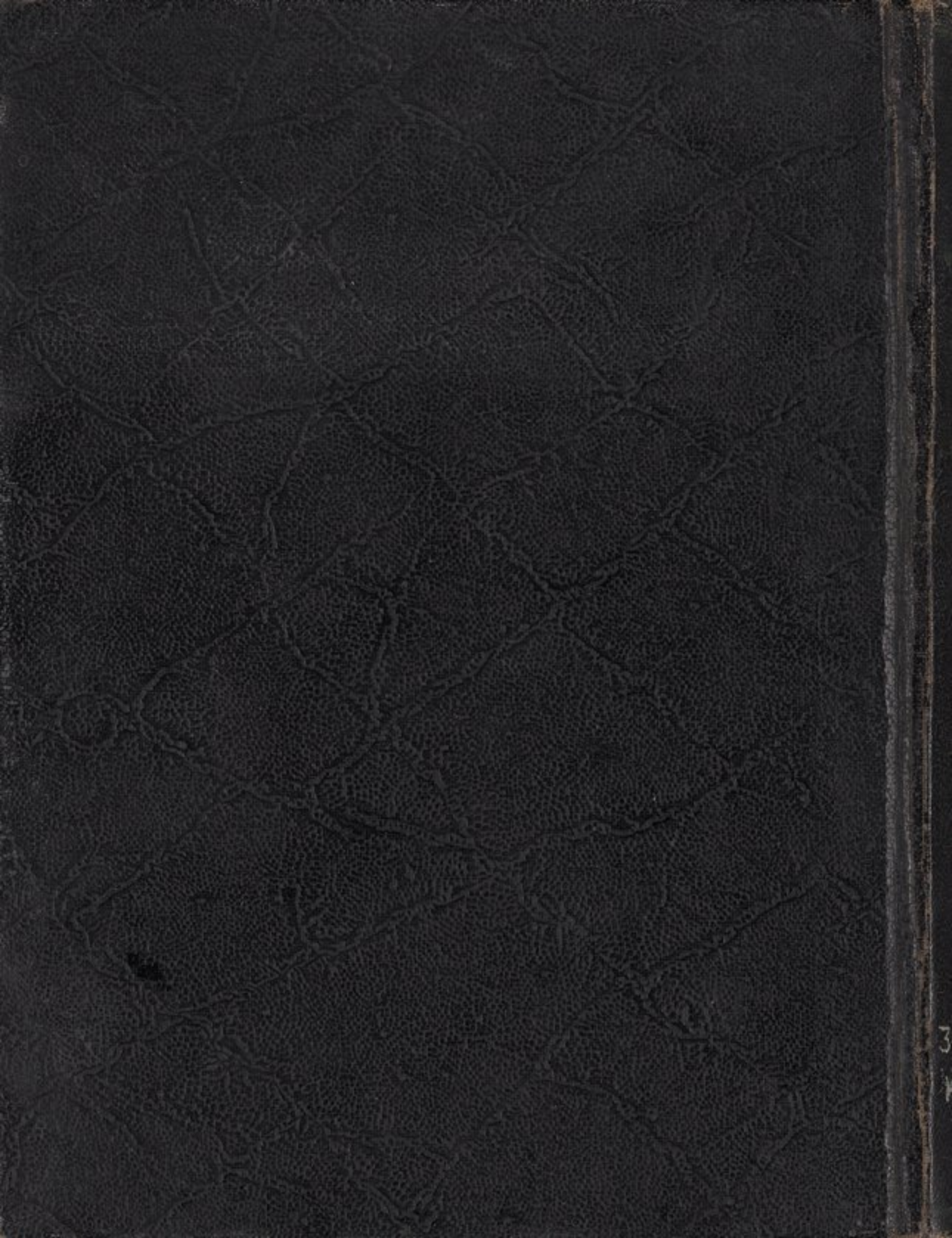




المجلة

(o)

مكتبة المثنى - بغداد

لصاحبها قاسم محمد الرجب

58953

مطبعة التفيض الاهلية - بغداد

١٣٦١ هـ - ١٩٤٢ م

Cat. Feb. 1944



ان المجلة العدلية قد افتتحت بمقدمة جمعت قواعد فقهية ذات أهمية عظيمة ، اذ انها تكون لمن اتقنها ملكة يستطيع ان يدرك بها كثيرا من احكام الوقائع . وقد رأيت من الصواب ان افتتح المحاضرات عن احكام المجلة بمقدمة موجزة الحُص فيهما ما أمكنت صياغته من نظرية الالتزامات العامة وفي ضمنها نظرية العقد بالنظر الى احكامنا المدنية مستعينا بالكتب المؤلفة في هذا الموضوع مثل كتاب نظرية العقد للدكتور السنهوري وكتاب المعاملات الشرعية لابي الفتح ومن الكتب الفقهية والقوانين المعمول بها عندنا ؛ فان هذه المقدمة تنير الطريق لدراسة القانون المدني . وما احكام المجلة العدلية الا الجزء الاهم من احكامنا المدنية فيجدر ان يفتتح الطالب دراستها بدراسة هذه المقدمة . وان هذه المقدمة الموجزة ستكون كتابا مهما في علم الحقوق على ممر السنين وتوالى الابحاث ان شاء الله تعالى وهو المعين على ذلك .

نظرية الالتزام

المراد من نظرية الالتزام الطريقة التي اعتبرت بها المسالك الحقوقية
اساسا لالزام الشخص بوجائب مدنية يقوم بها لمنفعة غيره .
ان الاصل براءة الذمة ، اى كون الشخص حرا طليقا بالنظر الى
غيره من الاشخاص ، غير مكلف بأداء اى عمل لصالحهم ، وغير ملزم
بالقيام بفعل او ترك فعل لمنفعة غيره . ولكن العوامل المهمة من اجتماعية
واقتصادية وخلقية مع فكرة العدالة ولزوم حفظ النظام العام أدت الى
ان يعتبر بعض الاشخاص ملزمين بأداء عمل او ترك عمل لمصلحة غيرهم
ومحض منفعتهم ؛ فجاءت القوانين والشرائع بالتزامات وتكاليف مدنية
على من توفرت فيه بعض الصفات ناظرة فيها الى فكرة العدالة والمساواة
والى المصالح الاجتماعية والاقتصادية والاخلاقية والنظام العام .
فمجموع البحث عن ذلك والمسلك الذى سلكته الشرائع والقوانين فيه
هو المقصود من نظرية الالتزام .

ينحصر البحث فى هذا المقام بالمواضيع الآتية :-

تعريف الالتزام ، موضوعه ، اركانه ، مصادره ، آثاره ، انقضاؤه ،
انتقاله .

تعريف الالتزام : هو حالة قانونية او شرعية يرتبط بمقتضاها
شخص معين بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل ذى قيمة مادية او اديبة ،

اي أمر نشأ من اعتبار الشرع او القانون يقتضى ان تكون لشخص معين سلطة على آخر من حيث أداء عمل او الامتناع عن عمل ، مقصودا بهذا العمل او الامتناع منه الناحية المالية او الادبية الملحوظة فيه . فكون الشخص مشترى مثلا حالة شرعية وقانونية افتضت ان تكون للبائع عليه سلطة استيفاء الثمن وهو عمل ذو قيمة مالية .

موضوعه : واما موضوعه فهو لا يخرج من ان يكون تمليكاً كما فى البيع فان البائع قد التزم نقل ملكية المبيع الى المشتري ، وان هذا النوع يتحقق عند اللحظة التى يتكون به التعهد والارتباط بين الطرفين ، او تسليماً كالالتزام المؤجر بتسليم المأجور الى المستأجر ، او عملاً آخر كحفظ المستودع الوديعة على ما سيجىء فى باب الايداع ، وصنع العامل شيئاً معيناً كما سيجىء فى باب الاستصناع ، او غير ذلك من الاعمال المشروعة التى يلتزم بها المتعهد فى العقود المعينة وغير المعينة ، وقد يكون امتناعاً عن عمل كما فى التزام التاجر الا يزاحم منافساً له فى التجارة ، وكالتزام الوكيل بشراء شئ معين ان لا يشتريه لنفسه على ما سيجىء فى كتاب الوكالة .

ومهما كان موضوع الالتزام فانه يلزم ان يكون مورده منفعة مشروعة او مالا وهو كل ما له قيمة . وخصته المجلة بما تميل اليه النفس ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة ، والا يكون مستحيل الوجود بل قد اشترط فى بعض صور الالتزام ان يكون موضوعه موجوداً

بالفعل كما فى البيع المطلق فانه لا يجوز عندنا اذا كان المبيع معدوما ،
وان يكون معيناً تعييناً كافياً قطعاً للمنازعات لذلك لم يصح بيع
المجهول .

أربعة : واما اركانها فثلاثة : (١) الرابطة القانونية او الشرعية
(٢) الموضوع (٣) السبب .

١ - الرابطة القانونية : هى سلطة يعطيها القانون او الشرع
للملتزم له على مال الملتزم او على شخصه . ومن هنا نشأ الحق العيني
والحق الشخصى .

٢ - الموضوع : هو الشئ الملتزم به من نقل ملكية او عمل شئ
مثل تسليم المأجور او الامتناع من عمل كامتناع الوكيل بشراء شئ
معين ان يشتريه لنفسه .

٣ - السبب : هو الغرض المشروع الذى من أجله اوجب المدين
الالتزام على نفسه كأستيفاء ثمن المبيع فان البائع انما الزم بنقل ملكية
المبيع لقصد استيفاء الثمن وهو غرض مشروع .

مصادر الالتزام : اما المصادر فهى (١) العقد وهو الاكثر دورانا
والاوسع دائرة . (٢) الارادة المنفردة . (٣) العمل الضار . (٤) الاثراء
بلا سبب . (٥) القانون او الشرع .

ونرجى البحث عن المصدر الاول الى الانتهاء من المصادر
الاخرى ، لان البحث اكثر واطول ولانه يؤلف النظرية المسماة

الالتزام العيني

بنظرية العقد ، فالاجدر ان نفرد بالبحث .

(١) الارادة المنفردة : المراد من الارادة المنفردة الزام المرء بمجرد ايجابه من غير احتياج الى الاتفاق مع ارادة اخرى من غيره ، فينشأ الالتزام بارادته منفردة . وقد اعتبر الشرع والقانون هذا الالتزام في الكفالة والابراء فان الكفيل يكون ملزما للمكفول له بمجرد الايجاب ، الا اذا رد المكفول له الكفالة . والمبرى يلزم بمقتضى البراء بمجرد صدور ايجابه ، الا اذا رد المبرأ ذلك (٦٢١ ، ١٥٦٨ م) . واعتبرها الشرع ايضا فى الوقف والنذر ، فان الوقف يلزم بمجرد ايجاب الواقف ، وكذلك النذر ، وكذلك الوصية اذا مات الموصى مصرا على وصيته .

ان الاصل الا يلزم المرء بمجرد ايجابه وان للموجب الرجوع قبل ان يرتبط بقبول ، اذ ليس من المعقول بنظر الحقوق ان يلتزم المرء بشئ لغيره بمجرد ارادة منه لم ترتبط بارادة ذلك الغير ليكسب حقا بهذا الارتباط . وعلى هذا الاصل جرى الشرع فى قضايا التبرعات ؛ فالمتبرع لا يلتزم بتبرعه وله ان يرجع عنه ، الا انه استثنى ثلاثة اشياء الاول ما فيه معنى المعاوضة حكما كالوقف والنذر والهبة اذا كانت صدقة فان فيها معنى وصول العوض الى الموجب وهو الثواب ، الثانى ما كان مفروضا فيه ارادة اخرى قابلة ، كالكفالة فان الكفيل اذا اوجب ولم يرد المكفول له الكفالة كان قابلا للايجار حكما اذ ليس فى الكفالة الا معنى التوثيق لدين المكفول له . ، ولا ينتظر منه الا يقبل

هذا التوثيق ؛ فعدم رده بحكم القبول . الثالث الاسقاطات كالطلاق والابراء ، فان الاسقاط هنا اعدام لامر اعتبارى ، والشئ المادى يزول بمجرد اعدامه و يتوقف على أمر آخر فالاعتبارى من باب اولى .

(٢) العمل الضار : المراد من العمل الضار ، هو ان يرتكب شخص فعلا يضر بغيره ، فيكون ملزما بتعويض هذا الضرر ، لان ذلك العمل الضار قد أخل بالتوازن بين الضار والمضرور ، وهذا الاخلال تأباه العدالة ، فبالتعويض يداوى ما اختل من التوازن .

ان لهذا المصدر اثرا واسعا فى القانون اما فى الشرع فليس بهذه السعة اذ قد خص ذلك بالعمل الضار الذى يرد على مال للغير كما فى الاتلاف المبحوث عنه فى الكتاب الثامن من المجلة ، وعلى نفسه او عضو منه كالدية والارش المبحوث فيهما فى سائر الكتب الفقهية . وينحصر العمل الضار فى :

١ - العمل غير المشروع

٢ - الحالة الاجرامية

٣ - حالة تحمل التبعة .

العمل غير المشروع : هو ارتكاب عمل غير مأذون به اى لا يبيحه الشرع او القانون وقد أحدث ضررا بمال الغير ؛ فاذا ارتكب احد هذا العمل فى مال غيره كان ضامنا سواء كان عمله قصدا او خطأ . فمن أتلف مال غيره يعتبر مسؤولا ولو كان يظن ان المال ماله .

الحالة الاجرامية : هي ارتكاب فعل غير مشروع فى مال الغير وقد تضرر هذا المال بسبب آخر غير هذا الفعل ، اى انه لا توجد رابطة سببية بين الفعل والضرر وذلك كما فى حالة الغصب فان المال المغصوب اذا هلك قبل ان يعود الى مالكه يكون الغاصب ضامنا ولو لم تكن رابطة سببية بين فعله وبين الضرر .

حالة تحمل التبعة : هي ان يرتكب احد فى مال غيره عملا مشروعاً غير انه كان قد تخلل وصول ذلك المال اليه عمل غير مشروع وقع من غيره ، كمن اشترى مالا مغصوبا من الغاصب او استعاره منه فهلك عنده فانه يتحمل تبعته ويكون ملزما بالضمان ، الا انه له حق الرجوع بالثمن فى مسألة البيع ، فان هذه التبعة قد حصلت من جراء الغصب الذى كان قد وقع على هذا المال . فيتضح من ذلك ان العمل الضار بانواعه الثلاثة مصدر من مصادر الالتزام .

(٣) الاثراء بلا سبب : المراد من الاثراء بلا سبب ان يحصل المرء على ثروة من مال غيره بفعل مشروع بلا غرض لهذا الغير ، او ان يؤدى هذا الفعل المشروع الى افقار الفاعل على حساب غيره بلا غرض للفاعل ، فيكون المثرى او من حصل افقار الغير على حسابه ملزما بالضمان ، وبتعبير آخر بالضرر الذى حصل لصاحب المال . والالتزام هنا ينشأ من فعل الملتزم له لا من فعل الملتزم كما فى نظرية العمل الضار ، ولا من اتفاق ارادة الطرفين كما فى العقد ، ولا من ارادة

الملتزم وحده كما فى نظرية الارادة المنفردة . فاذا دفع شخص لا آخر مبلغا من النقود على اعتقاد انه مدين له بالمبلغ ثم ظهر خطأ اعتقاده بان تبين ان ليس فى ذمته دين للمدفع له ، كان المدفوع له ملزما بضمان ما قبضه من الدافع ، لانه قد حصل ثروة من مال الغير بلا سبب . ومن استأجر دارا باجارة فاسدة وسكنها زمنا ثم فسخ العقد لفساده كان على المستأجر ان يضمن للمالك اجرة المثل للدار للزمن الذى سكنها فيه ، لان سكنها اياه هذه المدة أدت الى افقار المالك على حساب المستأجر وان لم يثر بها . واذا اعتبرت المنافع ثروة كان ضامنا ايضا لانه حصل على ثروة من مال الغير ، وكذلك العامل المأجور لعمل بعقد فاسد اذا قام بالعمل فان المستأجر يضمن له أجر مثله لان عمله قد أدى الى افقاره على حساب المستأجر ، واذا اعتبر العمل ثروة كان المستأجر ملزما ايضا بالضمان لان العمل قد تحقق له .

ان نظرية الاثراء بلا سبب مطلقة فى القوانين فهى توجد الالتزام مطلقا . اما فى الشريعة ، فانها انما توجد الالتزام وتوجب الضمان اذا قامت القرائن على انتفاء قصد التبرع من الفاعل عند مباشرته الفعل الذى أدى الى الاثراء بلا سبب ، فاذا لم تقم على ذلك قرينة فلا التزام ولا ضمان . فمن دفع لا آخر مبلغا من النقود على توهم انه مدين له بها فان له الرجوع على المدفوع له لان توهم كونه مدينا قرينة على ان الدفع لم يكن تبرعا ، ولكن متى قضى دين غيره بدون أمر من المدين

ليس له الرجوع عليه ولا يكون المدين ملزما بتعويض للدافع ، لعدم وجود قرينة تدل على انتفاء قصد التبرع عند الدفع . ولكن صاحب الرهن المستعار اذا قضي دين الراهن بغير أذنه لاستخلاص ماله المرهون له الرجوع على الراهن المدين ويكون هذا الرهن ملزما بتعويض ما دفعه المعير عنه ، لقيام القرينة على انتفاء قصد التبرع من المعير عند ايفائه دين الراهن المستعير وهي قصد استخلاص ماله المرهون ؛ ففى هذه المسائل ونحوها يتحقق الالتزام شرعا وقانونا ويكون المدفوع عنه ملتزما له بتعويض ضرره .

ويتجلى الفرق بين نظرية الشرع ونظرية القوانين المدنية الاخرى فى فعل الفضولى فلا يتحقق الالتزام من فعله ولا يستحق شيئا على من تفضل عليه شرعا ، لعدم القرينة على انتفاء فكرة التبرع . ويتحقق الالتزام ويلزم المتفضل عليه بتعويض ضرر الفضولى نظرا لسائر القوانين المدنية الاخرى ، لان هذه القوانين قد اعتبرت الاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام مطلقا سواء قامت القرينة على انتفاء قصد التبرع ام لم تقم .

(٤) الشرع او القانون : ان الشرع او القانون قد يكون التزاما ويلزم شخصا بعمل لمنفعة غيره من غير ارادة من الطرفين ولا داع آخر من دواعى الالتزام الا نفة الذكر . وذلك كالتزام الآباء بالنفقة على ابنائهم الصغار الفقراء او الكبار العاجزين عن الكسب ، وكالتزام الابناء بالنفقة على آباءهم المحتاجين ، وكالتزام الأزواج بالنفقة على

زوجاتهم ، و كالتزام الزراع بأداء العشر او الحراج من حاصلات اراضيهم ونحو ذلك ، و كالتزام الولى والوصى بالقيام بامور الولاية والوصاية ، و كالتزام الجار بان لا يتصرف فى ملكه تصرفا مضرا بجاره ، والتزام الشريك بان لا يتصرف فى نصيبه تصرفا مضرا بنصيب شركائه .
والشرع او القانون لا يفرض شيئا ولا يلزم احد بشىء الا لداعى المصلحة للنظام الاجتماعى او مراعاة للمقتضيات الاخلاقية .

(٥) العقد : هو ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه ، ومعنى ثبوت أثره ان المعقود عليه يخرج من حالته الاولى الى حالة جديدة . وبعبارة اخرى هو اتفاق ارادتين على انشاء التزام او على نقله ؛ فالبيع عقد لانه يتكون من ارتباط الايجاب بالقبول الصادرين من المتبايعين ارتباطا اثبت اثرا فى المعقود عليه وهو نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري وملكية الثمن من المشتري الى البائع ، ولانه اتفاق ارادتين اتفاقا انشأ التزامات على الطرفين ، وكذلك الحوالة فانها تتكون من ارتباط ايجاب بقبول ارتباطا يثبت اثرا فى المعقود عليه وهو الدين ، وهذا الاثر هو انتقاله من ذمة الى ذمة اخرى ، ولانها اتفاق ارادتين على نقل التزام . وهكذا الاجارة والرهن والوكالة وسائر العقود المعينة وغير المعينة « المسماة وغير المسماة » .

ولا يتوقف العقد على الشكلية لا ركنا ولا شرطا بل الارادة وحدها هى التى تولد الالتزام ، وقد صرحت بذلك القاعدة القائلة

(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني) فما الالفاظ
 الا معبرات عن الارادة ، ولهذا ينعقد البيع بالتعاطى لظهور الارادة
 بفعل التعاطى ، ولكن لما كانت الارادة خفية احتاط الفقهاء فى أمر
 الصيغة التى تظهر فيها ارادة بارزة جلية ولم يكتفوا بالارادة
 المشكوكة ، ولما رأوا ان الفعل فى التعاطى لا يقل قوة عن التعبير
 عن الارادة من الصيغة اللفظية اعتبروا الانعقاد كالصيغة اللفظية ؛
 فالعقد اذا وليد الارادة الباطنة او الظاهرة من التعبير على اختلاف فى
 المسلك ، فقد سلك بعض القوانين الحديثة على الارادة الظاهرة فهى
 تقتصر على التعبير عن الارادة ، وسلك القوانين الاخرى على الارادة
 الباطنة التى تختلج فى ضمير المتعاقدين ذاهبين الى ان التعبير المادى عن
 هذه الارادة ما هو الا مجرد دليل عليها فان اتفق هذا التعبير مع الارادة
 الحقيقية اخذ به والا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني ،
 وعلى كلا المسلكين ان العقد من اقوى مظاهر سلطان الارادة الحرة
 الخالصة من الشكلية التى كانت لا تعتبر الارادة الا اذا تلبست بها .
 وان الشريعة الاسلامية اول من أقر سلطان الارادة الحرة . غير ان هناك
 عقودا تسمى العقود العينية وهى التى لا تتم الا بالقبض وهى عقود
 التبرع من هبة ورهن وقرض وعارية ووديعة فانه يظهر ان فيها شيئا
 من الشكلية وهى القبض وان قال الفقهاء ان القبض شرط للعقد وان
 الانعقاد حاصل بدونه لان هذا قول لا اثر له فى العمل ، لان آثار العقد

في هذه لا تظهر الا بعد القبض ، فمجرد ارتباط الايجاب بالقبول فيها لا يثبت اثرا بل لابد من انضمام القبض اليهما ، ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار القبض فيها ركنا للعقد . ومن العقود الشكلية عندنا بيع العقارات فانها لا تتم الا بعد ان تجرى عليها المراسم المتبعة في دائرة الطابو ، فلا يكفي فيها مجرد الايجاب والقبول .

الايجاب والقبول : الايجاب معناه الاثبات ، وهو اول كلام يصدر من احد العاقلين بخصوص العقد ، فهو اذا يريد اثبات العقد بانضمام قبول الثاني . ومعنى القبول هو الرغبة والرضا . وهو ثاني كلام يصدر من العاقد الثاني بخصوص اثبات العقد ، وهو لاشك يعبر عن الرغبة والرضا . ومجموع الايجاب والقبول يسمى (صيغة العقد) .
أركان العقد : ان كان كل عقد ما لا يتحقق الا بها فان لم يوجد ركن منها فلا عقد . وكل عقد لا يتحقق الا بتوافر ثلاثة اشياء وهي :
١ - العاقدان ، حتى يوجد الايجاب والقبول .

٢ - الشيء الذي يرد عليه العقد ، وهو المعقود عليه لانه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه .

٣ - الصيغة الدالة على ارادة العاقلين .
ولكن الفقهاء اصطالحوا على ان اركان كل عقد هي الايجاب والقبول فقط ، وكأنهم اكتفوا بذلك لاستلزامهما العاقلين والمعقود عليه .

تقسيم العقود : تنقسم عقود المعاملات من حيثيات مختلفة الى اقسام :

فهي من حيث ذاتها تنقسم الى (١) عقود جائزة (٢) عقود باطلة .
ومن حيث تضمنها المعاوضة او عدم تضمنها الى (٣) عقود معاوضة
(٤) وعقود تبرع (٥) وعقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء .
ومن حيث صفتها الى (٦) عقود صحيحة (٧) وعقود فاسدة .
ومن حيث فسخها الى (٨) ما لا تفسخ الا باتفاق الطرفين . (٩) وما
تفسخ بارادة اى الطرفين شاء (١٠) وما تفسخ بارادة طرف دون طرف
آخر .

ومن حيث الغاية منها الى (١١) عقود تمليك (١٢) وعقود توكيل
(١٣) وعقود حفظ (١٤) وعقود توثيق (١٥) وعقود اشتراك .
العقود الجائزة والباطلة : العقد الجائز هو العقد الذى توفرت فيه
شروط الانعقاد التى منها شروط العقود العامة التى سنبحث فيها
قريبا . والعقد الباطل هو ما نقص فيه شرط من تلك الشروط .
عقود المعاوضات : هى التى تتضمن مبادلة ملك بملك وهى عبارة
عن البيع ، والاجارة ، وبعض انواع القسمة ، وبعض انواع الصلح .
عقود التبرع : هى العقود التى يلتزم بها احد الطرفين بشئ بلا
عوض من الطرف الآخر مطلقا . وهى عبارة عن الهبة ، والوصية ،
والاعارة ، والوديعة ، والكفالة بلا أمر ، والحوالة بلا أمر .

عقود التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء : هى العقود التى يلتزم بها احد الطرفين بشئ بلا عوض فى ابتداء العقد الا ان العوض يتحقق للطرف الثانى فى الاخير . وهى القرض ، والكفالة بأمر المكفول عنه ، والحوالة بأمر المحيل اذا كان المحال عليه غير مدين له .

العقود الصحيحة : هى التى توفرت فيها شروطها الخاصة بها بعد تحقق شروط الانعقاد . والشروط الخاصة لكل عقد سيأتى الكلام عليها فى بحث خاص . ثم ان العقود الصحيحة تنقسم الى موقوفة ، ونافذة غير لازمة ، ونافذة لازمة . فالموقوف هو العقد الذى يتعلق به حق الغير فانه يصبح موقوفا على اجازة هذا الغير . والنافذ غير اللازم هو الذى فيه خيار لاحد العاقدين سواء كان خيار شرط او خيارا قدره الشرع او القانون كخيار الرؤية وخيار العيب . والنافذ اللازم هو العقد الذى لم يتعلق به حق للغير ولم يتحقق فيه اى خيار .

العقود الفاسدة : هى التى فقدت احد شروطها الخاصة وان توفرت فيها شروط الانعقاد .

العقود التى لا تفسخ الا باتفاق الطرفين : هى التى لا تعتبر مفسوخة اذا فسخها احد الطرفين فقط . وبعبارة اخرى هى التى لا يستبد احد الطرفين بفسخها . وهى عبارة عن عقود المعاوضات وعقد النكاح .

العقود التى تفسخ بإرادة أى الطرفين : هى التى يستبد اى الطرفين

بفسخها ، • التى تعتبر منفسخة بفسخ اى العاقلين شاء ، وهى عبارة عن عقود التبرع •

عقود التمليك : هى التى يكون الغرض منها تمليك احد الطرفين شيئاً لآخر • وهى البيع ، والاجارة ، والهبة ، والعارية ، والوصية •

عقود التوكيل : هى التى تتضمن تفويض احد الطرفين أمره لآخر واقامته مقامه • وهى الوكالة ، والشركة ، والمضاربة •

عقود التوثيق : هى التى يقصد منها توثيق حق لاحد الطرفين وهى الكفالة ، والحوالة ، والرهن •

عقود الاشتراك : هى التى تقتضى اشتراك الطرفين فى العين والربح او فى الربح فقط • وهى الشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساواة •

عقود الحفظ : هى عقد الايداع •

ولقد رأينا ان بعض العقود شملها اكثر من تقسيم واحد ، لانطباق اكثر من قسم واحد عليها •

واذا اردنا ان نعدد العقود المبحوث عنها فى المجلة وفى سائر الكتب الفقهية نرى انها عبارة عن البيع بانواعه (١)، والاجارة ، الكفالة الحوالة ، الرهن ، الهبة ، العارية ، الوديعة ، الشركة ، المضاربة ،

(١) انواع البيع هى البيع المطلق، والصرف، والسلم، والاستصناع، والمقايضة.

المزارعة ، المساقاة ، القرض ، الصلح ، الوصية ، النكاح ، هذه هي العقود التي تعرف بالعقود المسماة او المعينة . وقد بقيت محافظة على عددها منذ عصور مع تغيير الازمان وتبدل الاوضاع الاقتصادية وسوق الحاجة الضرورية الى عقود لابد منها مثل عقد المعروف عندنا بالالتزام او الضمان ، وعقد المغارسة الشائع استعماله والذي تدعو حاجة الناس اليه ، والعقد مع ارباب الفنادق على السكنى والخدمة والاكل ، والعقد مع شركة الكهرباء لاختذ النور ، وعقود التأمين ، ونحو ذلك من المعاملات التي تقتضيها المدنية الحاضرة فانها لم يبحثها الفقهاء ولم يفردوا لها أبوابا خاصة . ولا عتب على الشرع في ذلك فانه لا حرج فيه ولا نقص ، وانما النقص جاء من تخوف النفس المجتهدة ، او بالاحرى من سد الناس باب الاجتهاد عليهم . فالتاس في كل الاقطار يتعاملون في هذه العقود لان الحاجة تدعوهم اليها ، والحاجة بمنزلة الضرورة . أفليس الاجدر أن تخرج احكامها على اسس الشرع لتكون معاملات الناس جارية عليه ، خصوصا ان النص لم يرد يمنعها كما ورد في الربا حتى يقال لا اجتهاد في معرض النص . ولا اظن ان في الشرع ما يمنعنا من تمحيص هذه العقود الضرورية ووجود فرجة لادخالها ضمن العقود المعينة ، او تحرى قاعدة تقرر شروطا لاعتبار بعض المعاملات التي يقتضيها العصر الحاضر مشروعة ، نظير المادة (٦٤) من قانون المرافعات الحقوقية . ولا اظن ان الشريعة السمحاء تبخل علينا بذلك اذا تصدى لها المرنون

من الفقهاء ، المطلاعون على مقتضيات العصر وحاجاته ، من غير ان يتقيدوا بمذهب .

ومما تجب ملاحظته ان العقد اخص من التصرف ، فالتصرف يشمل العقد وغيره ، وهو كل ما يباح للمرء ان يجريه على ماله وسائر حقوقه . فيدخل فى عموم التصرف من غير العقود الاسقاطات كالوقف والطلاق والابراء ورد المبيع بخيار واقالة العقد ، وبعض الالتزامات كبعض صور الكفالة ، وبعض التبرعات التى ليست بعقد كإيفاء دين الغير بلا اذنه وتعمير ملك الغير بلا اذنه ونحو ذلك .

الشروط العامة للمعقود : ان الشروط العامة للعقود هى اربعة :

١ - اهلية العاقلين .

٢ - كون محل العقد اى المعقود عليه قابلا لحكم العقد واثره

المرتب عليه .

٣ - كون العقد مفيدا .

٤ - كون فائدة العقد مقصودة شرعا .

٥ - رضا العاقلين .

فكل عقد توفرت فيه هذه الشروط فهو جائز يترتب عليه حكم ،

والا فهو باطل لا يترتب عليه حكم .

أ - اهلية العاقلين :

الاهلية وصف يقوم بالشخص فيجمله قابلا لان تكون له حقوق

وعليه واجبات • وهى قسمان : اهلية وجوب ، واهلية اداء •

أهلية الوجود : هى ان يكون الشخص قابلا لان تكون له حقوق على شىء ، وكل انسان متصف بها ولو كان جنينا بشرط ان يولد حيا • فمجرد الانسانية صفة تجعل الشخص قابلا لان تكون له حقوق سواء كان جنينا او صغيرا او كبيرا عاقلا او غير عاقل ، الا ان اهلية الجنين موقوفة على ان يولد حيا ، فاذا ولد حيا اعتبر ذا اهلية وجوب منذ كان جنينا •

أهلية الاداء : هى ان يكون الشخص قابلا لان تكون عليه وجائب يلتزم بها لغيره • ولا يتصف باهلية الاداء الا من له حق التصرف • وتختلف هذه الاهلية باختلاف العقود والتصرفات التى يباشرها الانسان ؛ وذلك ان من يكون اهلا لمباشرة عقود المعاوضات قد لا يكون اهلا لمباشرة عقود التبرعات ، ومن يكون اهلا للاخذ والتملك قد لا يكون اهلا للاعطاء والتملك •

ينقسم الناس بالنظر الى اهليتهم للعقود والتصرفات وعدمها الى ثلاثة اقسام :

١ - تام الاهلية : وهو من له ان يمارس جميع العقود والتصرفات •

٢ - فاقد الاهلية : وهو من ليس له ان يمارس شيئا من العقود

والتصرفات •

٣ - ناقص الاهلية : وهو الذى له ان يمارس بعض التصرفات دون بعض .

(١) تام الاهلية

اما تام الاهلية فهو البالغ العاقل الذى ليس بمريض مرض الموت وليس بمحجور عليه لسفه او دين . وحكم عقوده وتصرفاته انها تكون صحيحة نافذة مهما كان نوعها فله ان يتصرف فى حقوقه كيفما يشاء ويختار .

(٢) فاقد الاهلية

واما فاقد الاهلية فهو الصبى غير المميز والمجنون . فالصبى غير المميز هو من لم يبلغ سبع سنين من عمره لانه فى هذا السن لا يعقل معنى العقد ولا يقصده عادة . والمجنون هو من زال عقله ولو كان بالغاً . وحكم عقودهما وتصرفهما انها باطلة مهما كان نوعها . الا ان المجنون اذا كان يجن تارة ويفيق اخرى ينظر فان كانت افاقته تامة ولها وقت معلوم صحت عقوده وتصرفاته فيها .

(٣) ناقص الاهلية

واما ناقص الاهلية فهو الصبى المميز والمعتوه وذو الغفلة والسفيه والمدين المحجور عليه والمريض مرض الموت . فان الصبى المميز والمعتوه (وهو من اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا و كلامه مختلطا وتديره

فاسدا (م ٩٤٦ مجلة) لا يعتبر تصرفهما المضر كال تبرعات ، وتصرفهما الدائر بين النفع والضرر موقوف على اجازة وليهما . ويشترط لاعتبار هذه الاجازة ان يكون التصرف الواقع خاليا من الغبن الفاحش ، وتصرفهما الذى فيه محض النفع نافذ ، كقبولهما الهبة . فهما محجوران عن بعض التصرفات بالاتفاق . وكذلك ذو الغفلة والسفيه والمدين على رأى الراجح ، فان ذا الغفلة كالصبي المميز . واما المدين فهو يحجر عن التصرف فى امواله الحاصلة قبل الحجر بناء على طلب الدائنين له . ومعنى الحجر هو منع الشخص من التصرفات القولية .

تصرف السفه : السفه هو الذى يصرف ماله فى غير موضعه ويبذر فى مصاريفه ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف (م ٧٤٧ مجلة) ولو كان الصرف فى طريق مشروع .

فاذا كان الشخص سفيا يحجر عليه الحاكم بناء على طلب من يهمه امر السفه وهم اقاربه بترتيب درجات الارث ، او من يعود عليه ضرر من افلاسه وهم الدائنون له . وحكم تصرفاته انه كالصبي المميز فى العقود التى تحتل الفسخ ويطلها الهزل كالبيع والاجارة والهبة والمزارعة والقرض ونحوها من العقود ، عدا الوصية فان وصايا السفه معتبرة دون وصايا الصبي . اما العقود التى لا تحتل الفسخ ولا يطلها الهزل فانها تنفذ عليه مطلقا . ومعنى الهزل ان يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة ، فالهازل يتكلم بصيغة العقد برضاه ولكن

لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه . ويشترط لتحقيق الهزل واعتباره في التصرفات ان يكون صريحا باللسان كان يقول انى اعقد هذا العقد هازلا ، فلا يكتفى فيه بدلالة الحال ، الا انه لا يشترط ذكر الهزل فى صلب العقد بل يكفى ان تكون المواضعة سابقة على العقد ، فان تواضع العاقدان على الهزل اى توافقا على ان يتكلما بلفظ العقد عند الناس ولا يريدانه كان العقد باطلا . والتصرفات التى لا يبطلها الهزل ولا تحتمل الفسخ هى النكاح والطلاق والعناق .

نصرف المربصه مرضه الموت : مرض الموت هو الذى يموت به الشخص من قبل ان تمر عليه سنة من بدئه . وحكم تصرف هذا المريض انه ليس له ان يتبرع باكثر من ثلث ماله ، كما ان يبعه لاحد ورثته شيئا او هبته اياه شيئا يعتبر موقوفا على اجازة الورثة بعد الموت ، لتعلق حقهم بالتركة على وجه سواء بلا تفضيل احد على احد زيادة على نصيبه الشرعى ، اذ لا وصية لوارث .

يتخلص مما سبق ان التصرفات الصادرة من الاشخاص يلاحظ فى درجة اعتبارها حالة المتصرف واهليته على الوجه الذى قد فصل . غير ان الشخص قد يجرى عقدا لغيره ويشترط لاعتبار عقده امور اخرى تفصل فيما يلى :

العاقد لغيره اما ان يكون وليا او وكىلا او فضوليا . ومن جملة

الاولياء الوصى . وبعضهم يدخل الوكيل فى جملة الاولياء نظرا الى ان قوله نافذ على موكله .

فالولى هو من اقامه الشرع او القانون للنظر فى شئون احد ، مثال ذلك ان الشرع اقام الاب ثم وصيه ثم الجد لاب ثم وصيه ثم القاضى اولياء للنظر فى شئون الصغير . وان قانون تحرير التركات وادارة اموال القاصرين ؛ جعل لمدير اموال القاصرين ولاية جمع اموال الصغار والمحجورين وحفظها وادارتها والانفاق عليهم .

والوصى هو الذى اقامه احد الاولياء للنظر فى شئون الصغير ، فان كان الولى الذى اقامه ابا او جدا سمي وصيا مختارا . وان كان القاضى سمي وصيا منصوبا .

والوكيل هو من اقامه الشخص مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم . والفضولى هو من يتصرف فى ملك غيره بدون اذنه بلا ولاية ولا وصاية ولا وكالة .

ومعنى الولاية هو نفاذ القول على الغير شاء او لم يشأ . وهى نوعان عامة كولاية رئيس الدولة وولاية القاضى ونحوهما ، وخاصة وهى التى تخص شيئا معينا مثل الاب والجد ونحوهما .

والولى الخاص قد يكون وليا فى المال والنكاح وهو الاب والجد . وقد يكون وليا فى النكاح فقط وهو سائر العصبات والام وذوو الارحام ، وقد يكون فى المال فقط وهو الوصى .

وللولاية الخاصة مراتب :

الاولى - ولاية الاب والجد وهى اقوى الولايات الخاصة لانها وصف ذاتى لهما حتى انهما لو عزلوا انفسهما لم ينزلوا .

الثانية - الوسطى وهى ولاية الوصى المختار ، فانه لا يجوز له ان يعزل نفسه بعد موت الموصى . اما الوصى المنصوب فالظاهر من اطلاق الفقهاء انه كذلك . ولكن يجوز للقاضى حسب ولايته ان يعزل الوصى المختار اذا ظهرت خيائته او عجزه . ومن باب اولى له عزل الوصى المنصوب لانه نائبه .

الثالثة - ولاية الوكيل على موكله وهى غير لازمة فللموكل عزله كما للوكيل عزل نفسه اذا لم يتعلق بذلك حق الغير .

الرابعة - ولاية متولى الوقف فان للواقف عزله وتولية غيره ، كما ان له عزل نفسه . ويعتبر معزولا من حين اخراج القاضى اياه .

تصرف الولى : الولى على اموال الصغير ابوه ثم وصى ابيه ثم جده ثم وصى جده ثم القاضى .

تصرف الاب والجر : الاب او الجد حسب ولايته على اولاده الصغار ؛ له التصرف فى اموالهم كما ان له انكاحهم . هذا ان لم يكن مشهورا بسوء التصرف .

فجميع تصرفاته النافعة لهم او الدائرة بين النفع والضرر ، فى الاموال المنقولة وغير المنقولة نافذة ، ان يقبل الهبة لهم وان يتعاطى

فى اموالهم البيع والشراء والايجار والاستعجار والمزارعة والمساواة
والرهن والارتهان ونحو ذلك ، على الا يلحق بهم غنا فاحشا ، لان
الغن الفاحش ضرر محض وليس للولى ان يضر من تولاه . ولا فرق
بين ان تكون تصرفاته المذكورة مع اجنبى عنه او مع اقربائه الادنين او
البعداء ، كما ان له ان يجرى تلك التصرفات لنفسه ايضا ، فله ان
يشترى لنفسه من مال ولده بمثل القيمة وبالغن اليسير ، وان يبيع له
كذلك وان يؤجر ماله لولده ويستأجر مال ولده لنفسه . الا انه فى
حالة شرائه واستعجاره مال الصغير يسلم الثمن او الاجرة الى من يعينه
القاضى ثم يأخذه ثانيا ، وذلك لثلا يكون مطالبا ومطالبا فى آن واحد .
وانما جاز للاب والجد هذا الاطلاق فى التصرف لانتفاء التهمة ، اذ
ان الاب اكثر الناس شفقة على اولاده واشدهم اهتماما بانماء ثرواتهم ،
والجد مثل الاب فى ذلك .

وان كان الاب او الجد مشهورا بسوء التصرف الى حد لا يكون
به سفيها فتتخذ تصرفاته المذكورة ايضا لكن بشرط ان يكون فى
التصرف خير للصغير ، قل الخير او كثر . واعتبر بعض الفقهاء الحيرة
فى العقار بانها البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها ، وفى المنقول
بزيادة الثلث عن القيمة فى البيع وبنقص الثلث فى الشراء .

واذا وصل سوء تصرف الاب او الجد الى حد السفه فلا تبقى له
ولاية على مال الصغار ، لانه حينئذ لا ولاية له على مال نفسه .

تصرف وصى الاب ووصى الجر : ان تصرف وصى الاب او وصى
الجد حسب ولايته فى اموال الصغار المنقولة نافذ سواء كان التصرف
لنفسه او لغيره ، اذا كان تصرفا نافعا لهم او دائرا بين النفع والضرر ولو
بغبن يسير .

اما العقار فلا يصح تصرفه فيه بالبيع الا بمسوغ . والمسوغ
شيئان :

١ - الشفقة على الصغير ، كأن يكون البيع خيرا له بأن يشتري
بثمنه عقارا احسن صفعا واغزر ريعا ، او ان يكون العقار منزلا آيلا
للسقوط وليس عنده ما يجده به ، او ان يكون خراجة ومثوته اكثر
من محصوله ، فيباع ليستبدل به ما هو احسن منه .

٢ - ان يضطر الى بيعه كأن تكون التركة مدينة وليس فيها من
النقود والمنقول ما يفي بالدين ، او ان يكون المورث اوصى لاحد بنقود
ولا يمكن تنفيذ الوصية الا ببيع العقار بمثل القيمة او بالغبن ، اليسير او
ان يخشى على العقار من غاصب قادر لا يمكن استرداده منه ، او ان
يكون الصغير محتاجا للنفقة ولا منفق له سوى العقار . وسبب الفرق
فى الحكم بين المنقول والعقار ان المنقول مما يتسارع اليه الفساد فحفظ
ثمنه للصغير افيد ، بخلاف العقار فانه لا يتغير عادة . وقد يلحق بالعقار
فى الحكم المنقول الذى فى بقائه فائدة للصغير . ويشترط فى شراء

الوصى مال الصغير لنفسه او لمن لا تقبل شهادتهم له ان يكون فى ذلك خير للصغير . وقد مر تفسير الخيرية .

ومعنى الغبن الفاحش ان يزداد على القيمة او ينقص منها مقدار نصف عشرها فى العروض ، وعشرها فى الحيوان ، وخمسها فى العقار (م ١٦٥ مجلة) . وما كان اقل من ذلك فهو غبن يسير . وفسر بعض الفقهاء الغبن الفاحش بما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، واليسير بما يدخل تحت تقويمهم .

نصرف الفاضى ووصيه : لا يصح تصرفهما فى اموال الصغير لانفسهما او لمن لا تقبل شهادته لهما . ويصح تصرفهما فى المنقول مع غير هؤلاء بشرط الخيرية التى مر تفسيرها ، وكذلك العقار الا انه لا يباع الا بمسوغ من المسوغات السالفة الذكر .

ملاحظة : لقد علم مما سبق بحثه ان للاب والجد ووصيهما شراء مال الصغير لهم . فيلاحظ فى هذا الحكم انه مناف للزوم تعدد العاقلين ، ذلك التعدد الذى اعتبر ركنا للعقود . ولكن لا ضرر من ذلك فان تصرف هؤلاء الاولياء لانفسهم على الوجوه المذكورة مستثنى من لزوم تحقق التعدد ، وسبب هذا الاستثناء هو ان عبارة الولى تنص على الايجاب والقبول ، ومثل هذا فى الاستثناء عبارة الوكيل عن الزوجين فى عقد النكاح .

ابناء ولاية الاولياء : تبتدى ولاية الاب على اولاده الصغار من

وقت ولادتهم وعلى اموالهم من وقت تملكهم . وولاية الجد تبدى
بعد موت الاب من غير ان يختار وصيا قبل موته . وتبدى ولاية وصى
الاب او وصى الجد بموت كل من الاب او الجد بعد الايضاء . وولاية
القاضى تبدى من وقت علمه بوفاة من يتولى شئون الصغار من غير ان
يقيم نائبا عنه . وتبدى ولاية وصى القاضى من حين اقامته وصيا من
قبل القاضى . وتبدى ولاية القاضى على السفه من وقت الحكم
بالسفه .

واما الوكيل ، فان تصرفاته نافذة على موكله حسب حدود
التوكيل ، فان كانت الوكالة مقيدة بزمان او مكان او اى قيد آخر
نفذت تصرفاته على موكله ضمن حدود القيد . ولا تنفذ التصرفات
الخارجة عن الحدود . وان كانت الوكالة عامة نفذت على موكله
جميع تصرفاته غير المضرة . وتصرفاته المأذون بها عرفا . وسيجى
تفصيل هذا الاجمال فى كتاب الوكالة .

واما تصرفات الفضولى فهو موقوف على اجازة من تصرف عنه .
ويشترط لصحة الاجازة قيام العاقلين والمعقود عليه وقت صدورها ،
والا فلا عبرة بها .

المعيب المؤثرة فى العقد ودرجته تأثيرها

الرضاء شرط عام لاعتبار العقود ، فاذا اختل الرضاء اعتبر هذا

الخلل عيبا في الرضاء مؤثرا في سلامة العقد . والرضاء يختل بأحد الامور الآتية :

١ - الغبن ٢ - التفرير ٣ - التدليس ٤ - الغلط ٥ - الاكراه .

(١) الغبن

المراد من الغبن هو الغبن الفاحش وقد مر تفسيره ، فهو يفسد العقد مطلقا اذا كان المغبون قاصرا او وقفا او بيت مال . وكذلك يفسد القسمة مطلقا . واما اذا كان المغبون غير هؤلاء الثلاثة ، فلا يؤثر هذا الغبن في عقدى البيع والاجارة الا اذا اقترن بالتفرير .

(٢) التفرير

المراد من التفرير ان يغر البائع المشتري بذكر اشياء ترغبه في ان يشتري المبيع باكثر مما يستحق فيشتريه بناء على هذا الترغيب ، كأن يقول له ان هذا المال يساوى كذا درهما وان فلانا دفع به كذا درهما فيشتري المساوم ذلك المال بناء على قوله المذكور .

والاوفق بقواعد الشرع ان يعتبر كل من الغبن والتفرير مفسدا لعقود المعاوضات مطلقا ولو لم يقترن احدهما بالآخر ، وقد ذهب بعض الفقهاء الى ذلك ، لان الغبن ضررا (ولا ضر ولا ضرار) ولأن التفرير خديعة فلا يجوز ان يستفيد الخادع من خداعه . ولأن التفرير مخل برضاء المغرور ، ولانه غش والغش حرام .

(٣) الترييس

هو اخفاء عيب فى العقود عليه ، فاذا اطلع عليه المدلس عليه ولم يرض قولاً او فعلاً كان له فسخ العقد . فالتدليس اذا عيب من عيوب عقود المعاوضات .

(٤) الغلط

هو ان يظهر ان حقيقة العقود عليه غير ما تعين بالعقد ، كما اذا باع حجارة على انها ماس وظهرت انها زجاج ، او اشترى حيواناً على انه ذكر فاذا هو انثى ، فهذا الغلط فى حقيقة العقود عليه مبطل للعقد ، لأن موضوع العقد اصبح معدوماً . اما اذا حصل الغلط فى الصفة كأن يشتري احد شيئاً على انه قد توفرت فيه صفة معينة ذات اهمية فظهر على خلاف ذلك كان العقد فاسداً ، كما لو اشترى فى الظلام حجارة كريمة على انها سوداء فاذا هى خضراء او اشترى بقرة على انها حلوب فاذا هى غير حلوب ، ويثبت الفقهاء للمشتري فى هذا النوع من الغلط خياراً يسمونه خيار الوصف .

(٥) الاكراه

هو اجبار احد ان يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة وهو نوعان :

١ - الاكراه الملجئ .

٢ - الاكراه غير الملجئ .

فالاول ما يكون بالاخافة بالضرب الشديد المؤدى الى اتلاف النفس او قطع عضو ، والثانى ما يكون بالاخافة بشئ يوجب النعم والالام كالضرب غير المبرح والحبس غير المديد (م ٩٤٩ مجلة) . ويشترط لاعتبار الاكراه ان يكون المكره (بالفتح) قد دخل فى روعه ان التهديد سينفذ بالفعل وان يكون المكره (بالكسر) مقتدرا على ايقاع ما هدد به . وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان الاكراه مبطل للعقد ، وذهب الاكثرون الى انه مفسد له ، لذلك ان المكره (بالفتح) لو اجاز العقد بعد زوال الاكراه ينقلب صحيحا . وذهب البعض الى انه موقف للعقد بدليل انه لو اجاز العقد بعد زوال الاكراه يصبح نافذا . ولكن الاكراه لا يؤثر فى الطلاق والنكاح والعقاق عند الحنفية .

الخيارات فى العقود

معنى الخيار طلب خير الامرين بالنظر الى المختار ، من امضاء العقد او فسخه . وانواع الخيارات هى :

(١) خيار الشرط : وهو ان يشترط المتعاقدان او احدهما ان يجوز له امضاء العقد او فسخه فى زمن معين .

(٢) خيار الرؤية : وهو جواز فسخ العقد لعدم رؤية العقود عليه

قبل العقد او عدم علمه بحاله .

(٣) **خيار التعيين** : وهو اثبات اثر العقد فى مدة معينة على احد الشئيين او الثلاثة الذى بيع بلا تعيين له وقت العقد ، فاذا باع احد لآخر احد الشئيين او ثلاثة بين ثمن كل واحد منها على حدة على ان المشتري يختار فى مدة معينة ايا منها شاء بالثمن الذى بينه ، او ان البائع يعطى فى مدة معينة ايا منها شاء بثمنه المبين ، صح البيع ، وعلى من له الخيار ان يظهر خياره فى المدة المعينة ، واذا فاتت المدة بدون ان يظهر خياره اجبره القاضى على التعيين .

(٤) **خيار العيب** : هو جواز رد المبيع لعيب فيه قبل قبضه من البائع اذا كان لم يعلم بالعيب ولم يقبل المبيع على كل عيب .

(٥) **خيار الغبن الفاسد** : هو جواز ان يفسخ المغبون العقد لكونه غبن غبنا فاحشا مقترنا بتفريط اذا كان المغبون غير الوقف او اليتيم ، والا كفى الغبن وحده للخيار .

(٦) **خيار النقص** : هو ان يشترط البائع على المشتري مثلا انه ان لم ينقد الثمن فى مدة معينة فلا بيع بينهما ، فالمشتري يكون مخيرا بين ادائه الثمن فى المدة المعينة فيصبح العقد صحيحا لازما ، وبين الا يؤديه فى المدة المذكورة فيصير العقد فاسدا .

(٧) **خيار الوصف** : هو جواز فسخ المشتري العقد لظهور ان المبيع خال من الوصف المرغوب فيه الذى كان قد اشترط وجوده فى المبيع .

وسياتى الكلام على هذه الخيارات فى كتاب البيع . وتوجد
خيارات اخرى اهمها :

١ - خيار النفيبر الفعلى : هو جواز ان يفسخ المبرور العقد لظهور
ان الغار فعل فى المعقود عليه ما اوجب غش المبرور . كما لو شد البائع
اخلاف البقرة مثلا ليظهر انها ذات ضرع كبير ، وكما لو نفخ البائع
فرسه الهزيلة ليظهرها للمشتري انها سمينة .

٢ - خيار الاستحقاق : وهو جواز فسخ العقد اذا استحق شىء
من المعقود عليه قبل القبض مطلقا ، وبعد القبض اذا اورث الاستحقاق
عيا فى الباقي ، كما لو باع شخص لآخر عرصة ثم ظهر مستحق
لجزء من العرصة المذكورة فان المشتري مخير بين ان يأخذ الباقي بما
يقابله من الثمن وبين ان يفسخ العقد . ومعنى الاستحقاق ظهور ان
المبيع او جزء منه وقف او انه ملك لغير البائع .

٣ - خيار كشف الحقيقة : ويثبت للبائع اذا باع بما فى يد
المشتري او بما فى صندوقه من المال البسة مثلا ، فاذا تبين للبائع فى
المجلس حقيقة ما كان فى يد المشتري مثلا ، كان مخيرا بين امضاء
العقد على ذلك المقدار وبين فسخه ، وكذلك لو باعه مالا بما يقدره اهل
الخبرة له من الثمن . فاذا تعين المقدار فى المجلس كان مخيرا . اما
اذا انكشفت حقيقة المقدار بعد تفرق المجلس فالعقد فاسد لجهالة الثمن .
ويثبت للمشتري ايضا كما لو اشترى طعاما فى حفرة لا يعلم مدى

عمقها فاذا انكشفت له الحقيقة بعد ذلك كان مخيرا .

٤ - خيار تقريظ الصفقة : وهو يثبت للمشتري بسبب هلاك بعض المبيع قبل قبضه او ظهوره ناقصا ، فالمشتري عندئذ مخير بين ان يشتري الباقي بما يقابله من الثمن ، وبين ان يفسخ العقد لتفرق الصفقة . اما تفرق الصفقة بعد القبض فيثبت الخيار اذا حصل من ذلك عيب الباقي .

٥ - خيار ظهور الخيانة : وهو يثبت في المراجعة والتولية والوضيعة . ومعنى المراجعة ان يعقد البائع والمشتري عقدهما على ان يأخذ المشتري المبيع بربح معين زيادة على الثمن الذي كان البائع قد اشتراه به ، ومعنى التولية ان يأخذه بمقدار الثمن الذي كان قد اشتراه البائع به من غير زيادة ، ومعنى الوضيعة ان يأخذه بمقدار معين ينقص من الثمن الذي كان قد اشتراه البائع به ؛ فاذا ظهر للمشتري ان البائع لم يذكر له الثمن الحقيقي بل انه قد زاد عليه . كان مخيرا في فسخ العقد لظهور خيانة البائع .

٦ - خيار اهبارة عقر الفضولى أو فسحه : وهو يثبت للمالك اذا باع فضولى ملكه . والفضولى هو من ليس له ولاية على مال المالك ولا هو وكيل عنه .

٧ - ظهور رهون أو مستأجر : اذا ظهر للمشتري ان المبيع مرهون او مستأجر كان له ان يفسخ العقد او ان يرضى به . واذا رضى به كان عليه ان ينتظر انقضاء مدة الاجارة او انفكاك الرهن .

أنحلول العقد

١ - ينحل العقد بموت أحد العاقدین فی الاجارة والمضاربة والوكالة والشركة والمزارعة والمساواة . على ان فی الاجارة خلافا . واری ان الاولى ان یخیر وارث المستأجر بین الاستمرار والفسخ كما سنبحثه فی كتاب الاجارة .

٢ - تنحل العقود كلها اذا اتفق العاقدان على فسخها ما لم يتعلق بها حق الغير . ویسمى هذا الفسخ اقالة ، وسیأتی الكلام على الاقالة فی كتاب الیوع . اما اذا تعلق بها حق الغير فلا ينحل العقد بالفسخ المذكور الا اذا رضی ذلك الغير ، مثال ذلك اذا وكل الراهن (العدل) بیع المرهون عند حلول الاجل لایفاء الدين من ثمنه . فاذا اقال الوكيل والموكل عقد الوكالة ، المذكورة بدون رضا المرتهن فان العقد لا ينحل ویبقى حکم الوكالة ، فیجبر العدل على البيع عند حلول اجل الدين ، وكذلك الحكم لو عزل الوكيل الموكل او استقال الوكيل من الوكالة او مات الموكل ، فی الصورة المذكورة .

٣ - ينحل العقد اذا استحال تنفيذ احد الالتزامین المتقابلین ، لان الالتزام المقابل یصبح بلا سبب ، مثال ذلك ما اذا هلك المبیع قبل تسليمه الى المشتري ، وما اذا لم یوف الملتزم بعمل شیء ، كما اذا استؤجر شخص على بناء جدار فی مدة معينة فلم یقم بالبناء اثناء تلك

المدة ، وما اذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، وما اذا استؤجرت مربية مثلا لتربية طفل لمدة معلومة فمات الطفل اثناء المدة ، وما اذا استؤجر طبيب الاسنان لقلع اسنان شخص فزال مرض الاسنان ، فان هذا بحكم استحالة تنفيذ الالتزام ايضا ، لان اجبار الشخص على قلع اسنانه بعد زوال مرضها ضرر فادح به . وقس على هذه الامثلة .

العقود المشروطة

ان المتعاقدين اذا ادمجوا في عقدهم شروطا معينة فان هذه الشروط لا يكون لها في الغالب اثر واليك البيان :

- ١ - الشروط في عقود التبرع باطلا ، والعقود المقترنة بها لا تختل .
- ٢ - ان عقود المعاوضات اذا قترنت بشرط يوثق الالتزام فالشرط معتبر ومؤثر على نفس العقد ، كما اذا اشترط البائع مؤجلا ان يعطى المشتري بالثمن كفيلا او رهنا ، فان هذا الشرط معتبر للبائع فسخ العقد اذا لم يف المشتري بشرطه . واذا كان الشرط مما تقتضيه طبيعة العقد فهو معتبر ولا يخل بالعقد ، كما لو اشترط البائع ان يبقى المبيع بيده الى ان يقبض الثمن . واذا كان الشرط لا تقتضيه طبيعة العقد وكان فيه نفع لاحد العاقدين ، فكل من الشرط والعقد المقترن به فاسد ، كما لو اشترط البائع للدار على المشتري ان يبقى ساكنا في الدار مدة شهر مثلا ، وكما لو اشترط المشتري على البائع ان يحمل المبيع الى

داره ولم يكن قد جرى العرف بذلك . وذهب فريق من ذوى رأى الى ان العقد لا يفسد بمثل هذه الشروط ، بل يبطل الشرط فقط . وذهب بعضهم الى صحة العقد والشرط . والرأى الاول هو مسلك الحنفية . واذا كان الشرط لا تقتضيه طبيعة العقد ولم يكن فيه نفع لاحد العاقلين فالشرط لغو والعقد صحيح ، كما لو اشترط المؤجر على المستأجر الا ينام فى ساحة الدار مثلاً .

العقد المعلق بالشرط والعقد المضاف الى المستقبل

العقود التى تتضمن التملك كالباع والهبة والاجارة والاعارة لا يجوز تعليقها على الشرط ، وعقدها بصورة التعليق باطل فاذا قال البائع ان اديت لى ثمانين دينارا فقد بعثك هذه السيارة فقال المشتري قبلت لا ينعقد البيع ، وعلل الفقهاء ذلك بأن التعليق فيه شيء من الغرر ، وبأن ما يمكن تملكه فى الحال لا معنى لتملكه فى المستقبل . واستثنوا من هذا الوصية فانه يجوز تعليقها على الشرط كما لو قال ان مت فان ثلث مالى وصية لفلان ، وسبب الاستثناء ان طبيعة الوصية تقتضى ذلك ، لانها تملك احد ماله لا آخر بعد الموت .

واما الاضافة الى المستقبل فتجوز فى العقود التى تقتضى تملك المنافع كالاجارة والاعارة ، ولا تجوز فى العقود التى تقتضى تملك الاعيان . ووجه الفرق ان المنافع تتجدد آناً فآناً ، فتملك المنافع

المتجددة المستقبلية واطافة التمليك الى المستقبل وجه ، كما لو قال المؤجر
جرتك دارى من اول شهر ذى القعدة وهما فى رجب فان العقد
صحيح . بخلاف الاعيان فيما انها ثابتة لا تتجدد كالمنافع قالوا لا وجه
لاضافة تمليكها الى المستقبل ما دام من الممكن تمليكها فى الحال
بخلاف المنافع المستقبلية فان تمليكها فى الحال غير ممكن فجاز اضافة
تمليكها الى زمن حصولها فى المستقبل . اما العقود التى لا تقتضى
تمليكا فيجوز تعليقها على شرط واطافتها الى المستقبل كالوكالة والكفالة
على القول بانها عقد ، كما لو قال الموكل وكتك على ان تباع فرسى
اذا جاء فلان التاجر ، فتصح هذه الوكالة المعلقة ، وكذلك لو قال
وكتك على بيع سيارتى فى ذى القعدة وهما فى شوال مثلا . وكذلك
الكفالة ، فلو قال ان لم يعطك فلان دينك الذى عليه فأنا كفيل به
تعتقد الوكالة ويكون الكفيل مطالبا اذا لم يعط الدين . وكذلك لو
قال انا كفيل بدينك الذى على زيد من ابتداء شهر ذى القعدة مثلا
الى انتهائه فانه يكون كفيل اعتبارا من ابتداء ذلك الشهر . ويلاحظ
ان التعليق اذا كان فى المعنى تنجيذا فانه لا يخل بالانعقاد . كما لو
قال الاب لابنه ان كنت ولدى فقد بعثك هذه السيارة بكذا فقال
ابنه قبلت فان البيع ينعقد صحيحا لان كونه ولده ثابت وقت العقد
فهو تنجيز بصورة التعليق .

اتحاد المجلس

يشترط في العقد اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، فاذا انقض
مجلس العقد قبل صدور القبول سقط الايجاب عن الاعتبار . وهذا
الانقضاء يكون اما حقيقة او حكما ، فالاول كأن يخرج احد العاقلين
من المجلس قبل القبول ، والثاني كأن يشتغل احدهما في المجلس بما
يدل على الاعراض عن الايجاب ، ويعتبر المجلس منعقدا بالنظر
للمتعاقلين الغائبين اذا وصل كتاب الموجب او رسوله ، وعند ذلك اذا
لم يتحقق اعراض من العاقد الموجب او العاقد القابل يتم العقد ، والا
فلا . مثلا اذا اصدر احد الآخر ايجابه كتابة او بواسطة رسوله فيعتبر
المجلس منعقدا عند قراءة الكتاب او تبليغ الرسول رسالته ، فاذا قبل
الثاني من دون ان يسبق منه اعراض عن هذا الايجاب ولا اعراض
من صاحب الكتاب او المرسل تم العقد ، اما لو خرج المرسل اليه
الكتاب من المجلس بعد قراءته او تشاغل بما يدل على الاعراض يعتبر
المجلس قد انقض وبطل الايجاب ، وكذلك لو رجع الموجب عن
ايجابه قبل ان يصل الكتاب ويلحقه القبول .

أثر البطالة والفساد في العقود

علمنا مما سبق ان العقد اذا اختل ركن من اركانه يكون باطلا ،
واذا اختل شرط من شروط صحته يكون فاسدا ، مثلا يبطل البيع

إذا لم يكن المبيع مالا متقوما ، كما يبطل إذا عقد شخص البيع مع نفسه بأن كان أصيلا عن البائع ووكيلا عن المشتري (باستثناء عقد ولى الصغير على ما مر تفصيله) ، ويبطل عقد الاجارة إذا كان التزام المستأجر بلا سبب ، كما لو كانت الخدمة واجبة قبل العقد على الاجير ، ويبطل عقد الرهن إذا كان المقصود به ضمان دين غير مشروع كدين الربا ، وتبطل الكفالة إذا كان الكفيل قد كفل الامين فى حالة هلاك الامانة بيده دون من تقصير ، لان الالتزام الاصلى لا وجود له . ويفسد البيع إذا كان الثمن غير معلوم او المبيع غير معلوم ، وتفسد الاجارة إذا كانت الاجرة مجهولة المقدار كما تفسد إذا كان الانتفاع غير معلوم على وجه يكون مانعا للمنازعة ، ويفسد الرهن إذا كان المرهون مشاعا او مشغولا بمال الراهن . فما اثر البطلان ؟ وما اثر الفساد ؟ . ان العقد الباطل يعتبر كأن لم يكن ، فلا يترتب عليه حكم فاليبيع الباطل مثلا لا تنتقل به الملكية ولا يلتزم به البائع بتسليم شئ ولا المشتري بتسليم الثمن ، واذا قبض المشتري المبيع لا يملكه ولا تعتبر تصرفاته فيه واذا تعلق بالمبيع حق الغير كأن باعه المشتري الى شخص آخر لا ينقلب العقد صحيحا .

اما العقد الفاسد كاليبيع الفاسد مثلا فى ذاته لا يترتب عليه حكم ويلزم فسخه ، الا انه اذا قبض المشتري المبيع صار مضمونا عليه بالقبض فاذا هلك فى يده ضمن قيمته لا ثمنه المسمى على الا تزيد القيمة على

الشنن المسمى ، واذا تعلق به حق الغير او حق المشتري نفسه بطل
الفسخ ولزمته القيمة ، كأن يملك المشتري المال الذى اشتراه بعقد
فاسد الى شخص آخر ، او ان يبنى عليه او يغرس فيه ، وكذلك المستأجر
اذا انتفع بالمأجور بعقد فاسد كان عليه دفع اجرة المثل الى المؤجر .
فالعقد الفاسد قد يبقى اثره بخلاف الباطل .

آثار الالتزام : ان اثر الالتزام فى التمليكات هو انتقال الملكية عند
تحقق الالتزام ، ولكن آثار الملكية لا تظهر كاملة الا بعد التسليم .
ففى الهبة مثلا لا تتم الملكية ولا يظهر اثرها الا بعد القبض ، وفى
البيع لا يظهر اثر الملكية كاملا ما دام المبيع بيد البائع ، فاذا هلك فى
يده فانما يهلك عليه لا على المشتري كما ان المشتري لا يستطيع
التصرف به اذا كان من المنقولات ما لم يقبضه .
وان اثر الالتزام بعمل شئ هو لزوم التنفيذ المباشر .

انقضاء الالتزام

ينقضى الالتزام بامور :-

١ - الوفاء بالشئ ، الملتزم به : وهو الطريق الطبيعى لانحلال رابطة
الالتزام كأن يؤدى الكفيل ما تكفل به ، وان يسلم البائع المبيع ،
وان يقوم الاجير بالعمل الذى استؤجر لاجله .

٢ - الوفاء بمقابل : كما اذا قبل الدائن من المدين شيئا آخر بدلا

عن الدين ، كأن يشتري منه بضاعة بالدين الذى عليه او ان يتصالح معه على شىء .

٣ - المقام : كما لو ترتب للمدين دين فى ذمة دائنه فان للمدين ان يجرى دينه الذى ترتب على دائنه من الدين الذى فى ذمته للدائن ، وبذلك ينقضى التزامه بأداء الدين .

٤ - اتحاد الزمة : كما لو انحصرت وراثه المحال له بالمحال عليه ، وكما لو انحصرت وراثه الكفيل بالمكفول له ، فان ذمة المطالب والمطالب تعتبر فى المال بحكم المتحدة اذ لا يطالب المرء نفسه .

٥ - ابراء : فان الملتزم بدين اذا ابرأه الملتزم له ينقضى التزامه لان الدين الملتزم به يسقط بالابراء .

٦ - استحالة تنفيذ الالتزام : كما لو هلك المبيع بيد البائع قبل قبض المشتري ، ونحو ذلك من الامثلة التى مرت فى بحث انحلال العقد .

٧ - انقضاء الاجل الذى اتفق الملتزم والملتزم له باستمرار الالتزام فيه : كما فى عقد الاجارة فان الالتزام فيه ينتهى بانتهاء المدة ، وكذلك فى عقد المزارعة والمساواة .

انتقال الالتزام

ان للالتزام ناحيتين : (١) ناحية ايجابية وهى كون الملتزم له ذا

حق بالطلب من الملتزم ان يوفى بالتزامه . (٢) ناحية سلبية وهو كون الملتزم مطلوباً منه تخلص ذمته . فهل ينتقل الالتزام بناحيته من شخص لاخر اى هل ينتقل حق طلب الايفاء بالملتزم به الى غير الملتزم له ؟ وهل ينتقل لزوم تخلص ذمة الملتزم الى غيره بحيث يكون هذا التخلص فى عاتق هذا الغير ؟ .

اما الالتزام بمعناه الايجابى فلا ينتقل بين الاحياء ، فلا يجوز تنازل الملتزم له بعمل شئ او تسليم شئ الى شخص آخر . مثلاً لا يجوز للدائن ان يتنازل بدينه لشخص آخر فليس له ان يبيع دينه الذى فى ذمة المدين لاحد ، والسبب فى ذلك ان الالتزام اولاً فيه رابطة شخصية بين الملتزم والملتزم له ، ثانياً انه حق مجرد لا يدخل تحت الحس ، والحقوق المجردة لا تصلح للتعاقد . غير ان الالتزام بمعناه الايجابى ينتقل من الاموات الى الاحياء فلو مات الدائن انتقل حق مطالبة الملتزم له بالدين الى ورثته .

اما الالتزام بمعناه السلبى فيجوز انتقاله بطريق الحوالة فقط ، فاذا احال المدين دائنه على احد انتقل لزوم تخلص الذمة من الدين الى المحال عليه . حتى لو مات المدين فان الالتزام لا ينتقل الى ورثته بل ينتقل الى تركته . والتركة ليست بشخص بل محل ايفاء فلا يعتبر هذا انتقالاً بالمعنى المعروف .

نظرية الضمان

ان اليد على الاموال ، اى سلطان الشخص على المال ، لا تخلو من ان تكون يد ملك ، او يد امانة ، او يد ضمان . ونفصل كلا منهم على افراد :

يد الملك : يعنى ان وازع اليد على المال يكون مالكة ، فله ان يتصرف به كما يشاء حسب الحدود المعروفة التى اوردها القانون او الشرع . والشخص صاحب اليد يقال له (مالك) . واسباب التملك ثلاثة : العقد كالبيع والهبة ، والخلفية بالارث ، واحراز الشئ المباح . وهذا اما حقيقى وهو وضع اليد حقيقة على الشئ المباح ، واما حكمى وذلك بتهيئة سبب وضع اليد كنصب شبكة للصيد فان الصيد الذى يقع فى الشبكة يكون ملكا لناصبها . ومعنى هذا هو الرابطة القانونية التى تربط المملوك بالمالك ، ويكفى ان تقرر هنا مثالا واحدا وهو انتقال ملكية المبيع الى المشتري عند تمام عقد البيع .

يد الامانة : يعنى ان يضع الشخص يده على مال باذن من مالكة . والشخص وازع اليد يقال له (امين) . ويترتب على الامانة اثران او حكمان ، اولا ان الامين (واضع اليد) لا يكون ضامنا اذا هلك المال بيده بدون تعد منه او تقصير . ثانيا ان الامين لا يستطيع ان يتصرف بالمال الموضوع تحت يده بدون اذن من صاحبه . ومن الامثلة على

وضع اليد بطريق الامانة ، الوديعة ، والعارية ، واللقطة ، والمأجور ، بيد المستأجر ، ومال الشركة عند الشركاء ، ومال المضاربة عند المضارب .

ير الضمان : يعنى ان يضع الشخص يده على مال غيره بدون اذن من مالكة . فهى بخلاف الامانة . ويسمى صاحبها (ضامن) . ويترتب على الضمان حكمان : الاول ان هذا المال (المفصوب) لا يجوز لواضع اليد عليه (الغاصب) ان يتصرف به . فلو تصرف به فتصرفه باطل وللمالك الرجوع من تصرف اليه الغاصب . ثانيا لو هلك هذا المال بيد الغاصب ولو بدون تعد منه او تقصير فهو يكون ضامنا .

أسباب الضمان : يمكن رد اسباب الضمان الى الامور الآتية :

اولا وضع اليد ، ثانيا الاتلاف ، ثالثا العقد . اى ان الاعيان تدخل فى ضمان الشخص بأحد هذه الامور الثلاثة .

١ - الضمان بسبب وضع اليد

وقد ذهب الفقهاء فى وجوب الضمان فى حالة وضع اليد الى مذهبين : مذهب يقول بان الضمان يكون فى الاعيان فقط دون المنافع ، وهذا هو مذهب الامام الاعظم وقد اخذت به المجلة ، ومذهب يقول بان الضمان يكون على حد سواء فى الاعيان والمنافع ، وهذا هو مذهب اكثر الفقهاء من غير الحنفية ، كما انه هو رأى الذى اخذت به اغلب القوانين المدنية الغربية . واذا اردنا ان نتعمق فى الدرس

ونحلل الرأيين ، نجد ان رأى الاخير هو الاصوب وهو الموافق
 لمجرى المنطق . الا ان الامام الاعظم لم يورد مذهبه هذا مطلقا فى
 جميع الاحوال والظروف بل وضع له استثناءات ، فعنده ان الضمان
 يتحقق فى المنافع ايضا اذا كان المال ملكا معدا للاستغلال ، او كان
 وقفا او مالا لصغير . الا انه مع ثبوت هذه الاستثناءات للقاعدة
 الاصلية ، نجد ان المذهب الحنفى فى الضمان عند وضع اليد شديد مرهق
 لا يأتلف والصبغتين المنطقية والعملية . فلاجل سد هذا العوز او النقص
 لم يترك الحكم كما ورد فى المجلة مأخوذا من الفقه الحنفى بل عولج
 من طريق آخر يصح ان يعتبر مثالا جليا للتحايل على القانون او
 الشرع . فاذا اغتصب شخص دار آخر غير معدة للاستغلال ، فالقانون
 خول صاحب الدار ان يندر المقتصب باخلاء الدار ، واذا لم يخلها فيعده
 مستأجرا لها بمبلغ يحدده هو ، اى صاحب الدار المنذر ، ويكون هذا
 المبلغ عادة جسيما لكى يحقق التهديد المقصود من الانذار . فاذا بلغ
 المقتصب بالانذار ولم يترك الدار وسكت فيعتبر سكوته رضاء . ولما
 كانت الاجارة تنعقد بالسكوت ، كما سيأتى فيما بعد ، فيعتبر ان
 الدار مستأجرة وان الفاصب مستأجر لها - وتكون يده فى هذه
 الحالة يد امانة .

اذا وضع احد يده على مال غيره فان كان ذلك باذن من مالكة

فلا ضمان عليه .

والاذن على ثلاثة انواع : (١) اذن صريح من المالك نفسه ، كما لو اذن زيد لعمره ان يأخذ فرسه عنده ، فاذا هلكت هذه الفرس عند عمره بلا تعد منه ولا تقصير فلا ضمان عليه وكذلك الوكيل بالقبض .

(٢) اذن شرعى : اى ان الشرع جوز للشخص ان يضع يده على مال غيره ، كما لو وجد احد مالا ضائعا لا يعرف صاحبه فاخذه ليحفظه عنده لصاحبه (ويسمى هذا المال لقطة) . فاذا هلك فى يده بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ، لان الشرع جوز للشخص اذا وجد هكذا مالا ان يلتقطه ويحفظه لصاحبه ويسلمه اليه اذا ظهر ، وكذلك لو سقط من طيارة مال فى دار واخذه الساكنون فيها ليحفظوه لصاحب الطيارة ، وكذلك لو اقلت الريح مالا فى ملك احد واخذه الساكنون فيه لحفظه لصاحبه ، وكذلك وضع الولي يده على مال المولى عليه .

(٣) اذن عرفى : اى ان العرف اعتبر المالك آذنا ان يضع احد يده على ماله ، كالمقتد لمال غيره من التلف ، كما لو شبت نار فى محل فيه مال لاحد واخذ بعض الناس فى انقاذ هذا المال من الحريق ، فان وجوده فى ايديهم يعتبره العرف مأذونا به ، فاذا هلك فى ايديهم بلا تعد منهم ولا تقصير فلا ضمان عليهم ، وكذلك او اشرفت سفينة على الغرق فيها مال لاحد فشرع بعض الناس فى انقاذه بأخذه الى سفينة اخرى .

ولكن حكم الاذن بانواعه الثلاثة يعتبر مستمرا الى حين الطلب ،

فاذا طلب صاحب المال ماله من واطع اليد فأبى او مضت مدة يستطيع فيها تسليم المال الى صاحبه ولم يقم بذلك ، فان الاذن يعتبر منقطعا من حين ابائه او مضى المدة المذكورة ، وتنقلب يد الواضع يد ضمان ، فاذا هلك المال قبل ان يأخذه صاحبه فان واطع اليد يضمنه ولو كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير .

٢ - الضمان بسبب الانهراق

من اتلف مال غيره مباشرة او تسببا يكون ضامنا له . فالاول كما لو احرق احد مال غيره او عيبه فانه يضمن المال فى الصورة الاولى ومقدار ما اورثه العيب من النقص فى الصورة الثانية . والثانى كما لو اجج احد نارا فى يوم ريح عاصف فتعدت النار الى مال أحد فاحرقته ، فانه يضمنه لتسببه الاتلاف ، وكذلك من حبس الماء عن زرع غيره فمات عطشا ، وكذلك من حل وكاء زق فيه المائع فاندفق المائع ، وكذلك من حفر حفيرة فى غير ملكه بدون اذن فسقط فيه مال لاجد فهلك . واذا اجتمع المباشر والمسبب كان الضمان على المباشر ، كما لو القى احد مال غيره فى بئر حفره شخص فى غيره ملكه .

٣ - الضمان بسبب الفقر

اذا قبض احد مالا من غيره بسبب عقد ثم انفسخ العقد وبقي

[شرح المجلة م - ٤]

المال فى يد القابض فقد ذهب بعض الفقهاء الى انه يبقى بيده مضمونا
 اذا كان العقد المنفسخ عقد معاوضة ، لانه لم يدخل فى يده بلا
 عوض . واذا لم يكن عقد معاوضة فلا ضمان . فالاول كعقد البيع
 اذا فسخ بخيار العيب مثلا وبقى المبيع بيد المشتري ، والثانى كعقد
 المضاربة وعقد الوكالة بالقبض اذا فسخ العقد وبقى المال بيد المضارب
 او الوكيل . وذهب البعض الى عدم الضمان ، لان المال قد دخل بيد
 الشخص باذن مالكة والاذن فى ذلك ينافى الضمان . والمذهب الاول
 هو الراجح . غير ان الحنفية اعتبروا عقد الرهن اذا تم بالقبض سببا
 لضمان المرهون على المرتهن ، لوجود شبه المعاوضة فى الرهن . وكذلك
 المبيع بالمبيع الفاسد يكون مضمونا على المشتري بالقبض بسبب عقد
 البيع ولو كان فاسدا . لانه مبنى على المعاوضة .

ثم ان المال المضمون ان كان من المثليات فانه يضمن بمثله وان
 كان من القيميات فانه يضمن بقيمته .

وتعتبر القيمة فى ضمان الاتلاف يوم الاتلاف ، وفى ضمان اليد
 يوم وضع اليد ، وفى ضمان العقد يوم القبض .

ارشاد

وضع العلامة ابو محمد بن غانم البغدادى كتابا قيما فى الضمانات
 على المذهب الحنفى ، سماه (مجمع الضمانات) . وقد صنفه الى ثمانية

وثلاثين بابا ، جمع في كل باب ما تناسب من المسائل . وقد جرى
في تصنيفه هذا الابواب التي عقدت عليها الكتب الفقهية ، مبتدئا
بباب الزكاة ، منتهيا باب في المسائل المتفرقة . وهو كتاب لا يستغنى
عنه القاضى ولا المحامى ، فى معرفة حكم الضمان فى المسائل الواقعة ،
فيجدر بطالب الحقوق مطالعته ومراجعته .

مجلة الاحكام

مجلة الاحكام وتسمى المجلة العدلية ، هي الجزء الاهم ، من القانون المدني للدولة العراقية الموروث من الدولة العثمانية . وقد اخذت احكامها من الفقه الحنفى ملاحظا فيها حاجة العصر ومقتضيات الزمن عند وضعها ، قدر الامكان . وهى قانون لا كتاب فقه . وقد ايد الدستور العراقى قانونيتها ، فمن هذه الجهة يجب على الاحكام مراعاة نصوصها والعمل بظاهر موادها من دون اعتبار قيد او شرط لم يرد فيها ، وان كان قد ورد ذلك فى مأخذها اذ ان اعتبار شئ زائد على القانون لم يرد فى صلب موادها غير جائز ، لان ذلك نوع تشريع ، وليس للحاكم ان يشرع شيئا جديدا . وقد فات بعض الاحكام هذه الملاحظة فنظروا الى المجلة ككتاب فقه فأخذوا يراعون فى بعض احكام موادها امورا لم تذكر فيها ، بناء على كونها قد وردت فى مأخذ تلك المواد من الفقه ، وهذا الاتجاه غير صحيح ، مثلا جاء فى المادة (١٠٢٨) ان على الشفيع طلب المواثبة ، وفسرت المادة (١٠٢٩) طلب المواثبة بأن يقول الشفيع عند سماعه العقد كلاما يدل على طلب الشفعة ، وجاء فى المادة (١٠٣٢) ان الشفيع اذا اخر طلب المواثبة عند سماعه ولم يطلب الشفعة فى ذلك المجلس يسقط حق شفيعته . فيفهم من صراحة تلك المواد ان الشفيع بمجرد سماعه العقد اذا لم يطلب

الشفعة في مجلس السماع تبطل شفעתه ولو لم يكن عالما بشخصية المتعاقدين ومقدار الثمن ، غير ان الاحكام متجهون الى ان الشفيع اذا سمع العقد ولم يعلم مقدار الثمن او لم يعلم شخصية المتعاقدين ولم يطلب الشفعة في مجلس سماعه لا تبطل شفעתه ، وذلك بناء على ورود هذه القيود في مأخذ هذه المادة من كتاب الشفعة من الفقه . وكذلك جاء في المادة (١٧٧٥) ان من عليه ديونا مختلفة لشخص فاعطاه مقدارا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوبا بدينه الفلاني لان الدافع اعلم بجهة الدفع . ولم يرد في المادة لزوم تحليف الدافع على ادعائه مع ان اتجاه المحاكم ذاهب الى لزوم التحليف ، بناء على ورود هذا اللزوم في مأخذ المادة من الفقه .

ان المجلة قد قام بتدوينها لجنة مؤلفة من افاضل الفقهاء ، وقد نشرت تدريجيا ، فكانت اللجنة عندما تدون كتابا من الكتب التي احتوت عليها المجلة تقدمه الى المرجع الخاص في الحكومة ، وبعد ان تقره الحكومة ينشر للعمل به ، واول ما قدم من ذلك المقدمة وكتاب البيوع سنة ١٢٨٦ هـ .

ان المجلة بتيت على مقدمة وستة عشر كتابا . اما المقدمة فتحتوى على مقالتين الاولى في تعريف الفقه وتصنيف ابحاثه ، والثانية على القواعد الفقهية . واما الكتب فهي : كتاب البيوع ، كتاب الاجارة ، كتاب الكفالة ، كتاب الحوالة ، كتاب الرهن ، كتاب الامانات ،

كتاب الهبة ، كتاب النصب والاتلاف ، كتاب الحجر والاكرام
والشفعة ، كتاب الشركات ، كتاب الوكالة ، كتاب الصلح والابراء ،
كتاب الاقرار ، كتاب الدعوى ، كتاب البيئات والتحليف ، كتاب
القضاء .

وقد صدر كل كتاب بمقدمة تفسر فيها المصطلحات القانونية فى
ذلك ، سوى كتاب الاقرار فانه لم يصدر بمقدمة لعدم وجود مصطلح
قانونى غامض فيه . ثم بنيت الكتب على ابواب ، جمع فى كل باب
نوع من مسائل الكتاب ، وبنيت الابواب على فصول ، جمع فى كل
فصل نوع من مسائل الباب . وقد نبهت المجلة فى المادة الاولى على ان
المسائل والاحكام التى يجب العمل بها هى ما ورد ذكرها فى الابواب
والفصول ، واما ما جاء فى المقدمة فانما ذكر لتنوير الازهان وايجاد
شئ من الملكة الفقهية فيها ، فان من اتقن ما جاء فيها يكون ذا ادراك
فقهى ، فهو يستطيع به التقرب من الحكم الصحيح فى الوقائع ، لان
القواعد الفقهية الواردة فى المقدمة كنظريات حقوقية او كاصول لتفريع
الاحكام الجزئية . وكذلك ما جاء فى مقدمات الكتب ، فانه ذكر
للتفسير على ما سبق ذكره . اذلك لا يجوز للحاكم ان يستند فى
حكمه الى مجرد المواد الكلية وما جاء فى مقدمات الكتب .

المقدمة

مكتوبة على مقانين

(المقالة الاولى)

تعريف الفقه وتصنيف أبحاثه

المقدمة (بكسر الدال المشددة) لغة بمعنى الشئ المتقدم على غيره
مثل مقدمة الجيش .

وفى المصطلح العلمى تطلق على معنيين :

الاول : ما يتوقف عليه صحة الشروع فى علم ، مثل تعريف ذلك
العلم وبيان موضوعه وغايته . فان صحة الشروع فى علم يتوقف على
بيان تعريفه وموضوعه وغايته اولا ، لان من عرف هذه الثلاثة لعلم ،
يكون قد تصور العلم اجمالا فيكون شروعه فيه شروعا فى شئ غير
مجهول عليه جهالة مطلقة ، فهو شروع صحيح . والمقدمة فى هذا
المعنى تسمى «مقدمة العلم» .

الثانى : طائفة مخصوصة من كلام قدمت امام المقصود لارتباط
له فيها ، وانتفاع بها فيه ، سواء توقف المقصود عليها ام لم يتوقف .
والمقدمة بهذا المعنى تسمى «مقدمة الكتاب» فكل مقدمة علم هى مقدمة
كتاب ولا عكس .

الفقه : هو العلم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من ادلتها
التفصيلية . المادة (١) .

المراد من المسألة القضية التي يقام الدليل على اثباتها مثل (بيع
المجهول فاسد ، بيع المعدوم باطل ، الوديع لا يضمن الوديعة اذا
هلكت) ونحو ذلك من القضايا الفقهية فانها يقام الدليل على اثباتها ؛
كأن يقال بيع المجهول فاسد ، لانه يؤدي الى النزاع وكل عقد
يؤدي الى النزاع فاسد . وبيع المعدوم باطل ، لان فيه غررا والغرور
منوع شرعا . والوديع لا يضمن الوديعة اذا هلكت ، لانه امين
والامين لا يضمن الامانة اذا هلكت .

المراد من الشرعية : ان يكون ادراكها موقوفا على خطاب
الشارع ؛ فان كون الشيء صحيحا او فاسدا او نافذا او موقوفا او
لازما ، وكون الشخص ضامنا او مكلفا بعمل شئ ، ونحو ذلك من
الاحكام التي تتضمنها المسائل الشرعية ، انما تعرف من خطاب
الشارع . نظير هذا في القوانين ان معرفة كون زيد القاتل عمرا
خطأ يستحق الحبس لمدة ثلاث سنوات ، يتوقف على خطاب الهيئة
التشريعية الميثت في قانون العقوبات .

والمراد من العملية : المسائل الشرعية المتعلقة باعمال الناس . فيخرج
من الفقه المسائل الشرعية المتعلقة بالعقيدة ، فان هذه تدخل في علم آخر .

المراد بالمستنبطة من الادلة : ان تكون الاحكام فى المسائل مستخرجة من الادلة التى اقامها الشرع .

والادلة الشرعية اجمالية وتفصيلية . فالاجمالية هى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ومعنى كونها اجمالية ان الادلة فيها جاءت مجملة . مثلا ان الكتاب اشتمل على اوامر ونواهي من دون ان يبين فيه ان الامر الفلانى للوجوب . والامر الفلانى للارشاد الى شىء مستحسن . فالامر من حيث هو دليل اجمالى مثلا جاء فى الكتاب واشهدوا اذا تبايعتم ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، واوفوا بالعقود .

فهل هذه الاوامر كلها للوجوب ؟ ام انها للندب ؟ ام انها للارشاد ؟ ام ان بعضها للوجوب وبعضها لغير ذلك ؟ .

ولكن قد فصلت احكام هذه الادلة فى علم اصول الفقه ، فمن اتقن هذا العلم يعرف ان الامر الوارد فى الآية الفلانية يدل على الوجوب مثلا فيكون ما تضمنته الآية من الحكم واجبا واجراء خلافه باطل ، وعندئذ تعتبر الآية المذكورة دليلا تفصيليا فى الحكم المذكور يستنبط منه احكام الوقائع ؛ فتكون المسائل الفقهية ، ولا تقف عند حد بل انها تتزايد حسب نوع الحوادث والوقائع طول الزمن . مثلا نعرف من علم الاصول ان الاصل فى الامر ان يكون للوجوب ما لم تقم القرائن على خلاف ذلك ، وبعد هذه المعرفة نستعرض الآية (اوفوا بالعقود) فنجدها دالة على الوجوب ، فهى اذا دليل تفصيلي

تستنبط منه احكام الوقائع المتعلقة بالعقود ، فنقول تسليم المبيع الى المشتري لازم لانه ايفاء بالعقد ، وتسليم المشتري الثمن الى البائع لازم لانه ايفاء بالعقد ، وعلى هذا القياس .

والابحاث الفقهية تصنف الى خمسة اقسام :

- الاول : ما يتعلق بعبادة الله تعالى ، ويسمى (العبادات) .
 - الثانى : ما يتعلق باحوال الاسرة ، ويسمى (الاحوال الشخصية) .
 - الثالث : ما يتعلق بالمعاملات بين سائر الناس ، ويسمى (المعاملات) .
 - الرابع : ما يتعلق بالعقاب على الجرائم ، ويسمى (العقوبات) .
 - الخامس : ما يتعلق بامور الحرب ، ويسمى (السير) بكسر السين وفتح الياء او (الجهاد) .
- ومن القسمين الثانى والثالث يتكون القانون المدنى .

(المقالة الثانية)

الفروع الفقهية

القاعدة فى عرف اصول الفقه : هى الحكم الكلى الذى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف احكامها ، بحيث لا يشذ منها شئ مثل قولنا (العقد الباطل لا يترتب عليه حكم) فكل جزئى من العقود الباطلة لا يترتب عليه حكم ، ولا يشذ عن هذه القاعدة شئ من العقود الباطلة مهما كان نوعها . فالىع الباطل لا يترتب عليه حكم وكذلك

الاجارة الباطلة ، والرهن ونحوها . ونظير ذلك فى العربية (الفاعل مرفوع) فكل فرد من افراد الفاعل مرفوع ، وليس شئ منها يخالف هذه القاعدة .

والقاعدة فى عرف الفقه : حكم كل ينطبق على جميع جزئياته او على اكثرها لتعرف احكامها منه . وهذه القواعد التى سنبحث فيها منها ما ينطبق على جميع جزئياته ولا يخرج عن حكمه شئ منها ؛ ومنها ما ينطبق على اكثر جزئياته وقد يخرج بعضها عن حكمه ، مثلا ان القاعدة القائلة (القديم يترك على قدمه) قد يخرج عن حكمها بعض جزئياتها ، كما لو كان مسيل دار يصب من القديم فى الطريق العام، فانه لا يترك على قدمه بل يجب سده ، ذلك بناء على حكم القاعدة القائلة (الضرر لا يكون قديما) .

ومجموع القواعد المدرجة فى المقالة الثانية تسع وتسعون . وليس معنى هذا ان قواعد الفقه محصورة بهذه القواعد وحدها ؛ فان هناك قواعد كثيرة اخرى منتشرة فى الكتب الفقهية ، لو جمعت كلها لكونت كتابا قيما فى علم الحقوق . وقد جمع الفقيه الكبير عبدالرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ من ذلك شيئا كثيرا كون كتابا جليلا اسماء (القواعد) .

- القاعدة الاولى -

الامور بمقاصدها « م ٢ »

اي ان الحكم الشرعى فى الامور التى يجريها الناس يتكيف حسب قصدهم من اجرائها ، فقد يعمل انسان شيئا بقصد فيترتب على عمله حكم ، ثم قد يعمل مثله بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر . وقد يعمل شخصان فعلين متماثلين لكن كل منهما يقصد من فعله غير ما يقصده الآخر ، فيختلف الحكم الشرعى فى الفعلين باختلاف القصد .

الامور : ١ - لو اخذ احد لقطة على قصد حفظها ليردها الى صاحبها فانه يكون امينا لا ضمان عليه اذا هلكت اللقطة بيده بدون تعد منه او تقصير ، ولو اخذها على قصد ان تكون له ، يكون غاصبا فيضمنها اذا هلكت فى يده ولو بدون تعد منه او تقصير ، ويعرف قصده من قرائن الحال ، مثلا لو اشهد حين الالتقاط بان قال عندى شىء ضائع فان سمعتم احدا يطلبه فارشدوه الى ، يعرف انه التقطها لصاحبها ، والا يعرف انه اخذها لنفسه ، اللهم الا اذا وجدها فى محل لم يجد فيه من يشهده فيصدق بيمينه عن قصده .

٢ - لو قال شخص لاخر ابيعك سيارتى هذه بمائة دينار ، وقصد من المضارع (ايبيع) زمن الحال ، وقال المشتري قبلت ، ينقذ البيع . واذا

وقصد من المضارع زمن الاستقبال لا ينقصد البيع ، لانه يكون وعدا بالبيع ، لا بيعا .

٣ - اذا دفع احد لاخر شئ من المثليات على ان يبيعه ويكون الربح له كاملا (اى للمدفع له) تكون المعاملة قرضا فيكون المثل مضمونا على المدفع له والربح والخسارة عليه . واذا كان قد دفعه على ان يبيعه ويكون الربح مشتركا بينهما ، كانت المعاملة مضاربة ، وكان المدفع له مضاربا فهو امين لا ضمان عليه اذا هلك المال بلا تعد منه ولا تقصير ؛ ولا يتحمل شيئا من الخسارة ، ويكون الربح مشتركا بينهما حسب الشرط . واذا كان قد دفعه على ان يبيعه ويكون الربح كله للدافع تكون المعاملة ابضاعا ، ويكون المال امانة بيد المدفع له . ولكن يجب ان نعلم ان النية التى يزعمها فى الامور القولية انما تعتبر اذا كان اللفظ يحتملها ، والا فلا يعتبر وجود تلك النية . مثلا لو قال قصدت من قولى وهبتك فرسى هذه البيع ، لا يعتبر هذا القصد ، لان اللفظ لا يحتمله ، لان الهبة تملك بلا عوض والبيع تملك بعوض .

- القاعدة الثانية -

المبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني « م ٣ »

اى المنظور اليه فى ترتيب الاحكام على العقود هو المعانى التى يقصدها العاقدون من عقودهم ، لا مطلق المعانى التى تحملها الالفاظ

المستعملة في صيغة العقد (اي الايجاب والقبول) ، غير ان جانب الالفاظ لا يهمل بالمرّة ، لان الالفاظ قوالب المعانى والمعبرة عنها ، فالظاهر في بادىء الامر مراعاة المعانى التى تحملها الالفاظ المستعملة في الصيغة ، ولكن اذا لم يمكن الجمع بين مراعاة معانى الالفاظ والمعانى التى قصدها العاقدون ، يرجح جانب المعانى المقصودة ويهمل جانب الالفاظ . ويظهر قصد العاقرين من العبارات التى تلحق صيغة العقد ، او من قرينة الحال ، فهى المفسرة للقصد منه ، لذلك لابد من ان يكون بين الصيغة وبين المعنى المقصود مناسبة فى الجملة ، ليصلح ان تكون العبارات اللاحقة بالصيغة مفسرة للقصد .

المادة : ١ - البيع بالوفاء : (وهو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع) رهن ، لان العقد بهذا الشرط يؤول الى ان المال يبقى بيد المشتري وثيقة لاستيفاء ما دفعه الى البائع من الثمن . فالعقد وان جرى بلفظ البيع ، الا انه بالنظر الى الشرط اللاحق الذى اتفق عليه الطرفان ظهر ان قصدهما من هذا العقد هو استدانة احد العاقرين من الآخر مالا ورهن الثانى ملكه بالدين الذى عليه . وبين البيع والرهن تناسب فى الجملة ، لان فى الرهن شبه معاوضة . غير ان الفقهاء جوزوا فى البيع بالوفاء ان ينتفع المشتري من المال الذى اخذه من البائع ، مع ان المرتهن ليس له ان ينتفع من المرهون . والسبب

فى ذلك الحاجة التى دغت الى تجويز هذا البيع بهذا الشكل على ما سيأتى بيانه عند الكلام فى البيع بالوفاء .

٢ - الهبة بشرط العوض بيع : فلو قال شخص لآخر وهبتك هذا المال بدل دينار منك او بدل فرسك هذه فقبل الآخر ؛ فان العقد يعتبر بيعا ، وان كانت الصيغة بلفظ الهبة ، لان العبارة اللاحقة بالايجاب فسرت القصد . وبين الهبة والبيع تناسب فى الجملة من حيث ان كلا منهما لتملك الاعيان .

٣ - الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة . انظر المادة (٦٤٨) .

٤ - اعارة المكيلات والدراهم والدنانير : فلو اعار احد كيل حنطة لآخر فان الحنطة تكون قرضا مضمونا على المستعير لا عارية امانة ؛ بقرينة ، الحال لان المكيلات والدراهم ، لا ينتفع بها الا باستهلاك اعيانها مع ان العارية انما تكون فى الشيء الذى ينتفع به مع بقاء عينه . فالعقد اذا قرض .

٥ - الوكالة بعد الموت وصاية والوصاية فى الحياة وكالة : فلو قال احد لآخر اوصيتك اليوم على بيع فرسى بكذا ، كان وكيلا ، ولو قال له انت وكيلى بعد موتى ، كان وصيا . وبين الوكالة والوصاية تناسب فى الجملة ، لان فى كل منهما اناية .

وهذه القاعدة نوع من القاعدة الاولى ، لان مفهوم القاعدة الاولى يعمها ، فان (العقود) نوع من (الامور) .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة البيع بنفى الثمن فان مقتضى هذه القاعدة يقضى ان تكون هبة ، الا ان الفقهاء ذهبوا الى انه بيع باطل . وقد اختلفوا فى اعتبار الاجارة بنفى الاجرة عارية ، فمنهم من اعتبر العقد باطلا ولم يعتبره عارية فيكون من مستثنيات هذه القاعدة ، ومنهم من اعتبره عارية فيكون من امثلة هذه القاعدة . وما ادرى لماذا لم يختلفوا فى صورة البيع بنفى الثمن كاختلافهم فى الاجارة بنفى الاجرة ؟ مع انه لا فرق بين المسألتين .

- القاعدة الثالثة -

البقيين لا يزول بالشك « م ٤ »

اى ان الشك الطارىء لا يغير حكم اليقين السابق . بمعنى ان الاصل المقرر المتعين لا يزول بطروء الشك عليه . فاذا كان ثبوت شئ متيقنا لا يحكم بزواله بمجرد طروء الشك بزواله . نعم انه اذا قام الدليل على زواله فصار زواله متيقنا ، يحكم بزواله .

ان هذه القاعدة اصل للقاعدة الرابعة فما بعدها الى الحادية عشرة ، ويتفرع عليها اكثر المسائل الفقهية .

المصدر : ١ - لو قال احد اظن انى مدين لزيد مائة دينار . لا يعتبر

قوله هذا اقرارا ، لان براءة الذمة هي المتيقنة فلا تزول بالظن .

- ٢ - لو قال شخص : اظن ان ليس لى فى ذمة زيد دين ثم اقام اليانة على ان زيدا مدين له مبلغا من الدراهم لا يعتبر قوله السابق ابراء .
- ٣ - اذا طلب المشتري رد المبيع بخيار العيب بدعوى ظهور عيب قديم فيه ، ولدى اراءة الشئ الذى ادعى انه عيب ويريد الرد بسببه ، الى ذوى الخبرة ، اذا اختلفوا فى كونه عيبا . فليس له الرد ، لان عدم كون الشئ عيبا هو الاصل وهو لا يزول بطروء الشك .

- القاعدة الرابعة -

الاصل بقاء ما كان على ما كان « م ٥ »

اى اذا ثبت كون الشئ فى زمن على حال ، فاذا لم يقم الدليل على تغير حاله يعتبر انه متلبس بتلك الحال ، لان البقاء هو الاصل والعدم طارئ . ويسمى هذا الاعتبار بعرف اصول الفقه استصحابا . وهو : الحكم ببقاء امر محقق لم يتحقق عدمه .

والاستصحاب نوعان : مستقيم ، ومقلوب . فالمستقيم هو الحكم بكون الشئ ثابتا فى الحال لتحقق ثبوته فى الماضى من غير ان يقوم الدليل على عدمه . والمقلوب هو الحكم بكون الشئ ثابتا فى الماضى لتحقق ثبوته فى الحال من غير ان يقوم الدليل على عدمه فى الماضى .

الامثلة على الاول : ١ - يعتبر المفقود حيا ما لم يقم الدليل على

موته ، لان حياته قبل غيبته متحققة ، والاصل بقاؤها ما لم يقم الدليل على عدمها . ويتفرع على ذلك ان اموال المفقود لا تقسم على ورثته ، وليس لزوجه ان تتزوج زوجا غيره ، الى ان تتحقق وفاته .

٢ - ما جاء فى المادة (١٧٧٧) من انه اذا اختلف فى كون المسيل الواقع فى ملك احد حادثا او قديما ولم تكن لاحد الطرفين بينة ، ينظر فان كان جريان الماء فى المسيل قبل الخصومة معلوما ، يحكم ببقائه بعد تحليف صاحب المسيل بعدم كونه حادثا . وان كان غير معلوم ، يحكم بسده ويعتبر قول صاحب الملك بعد تحليفه بعدم كون المسيل جاريا من القديم .

المادة على التالى : ١ - ما جاء فى المادة (١٧٧٦) من ان المستأجر والمؤجر اذا اختلفا فى كون رحا الماء المأجورة قد انقطع عنها الماء مدة خلال مدة الاجارة ، وطلب المستأجر تنزيل الحصة التى تصيب مدة الانقطاع من الاجرة ، ولم يكن لاحد الطرفين بينة ، يحكم الحال ، فان كان الماء جاريا وقت الخصومة يكون القول قول المؤجر مع اليمين ويحكم له بجميع الاجرة ، وان كان منقطعا يكون القول قول المستأجر مع يمينه ويحكم بتنزيل ما يصيب مدة الانقطاع من مجموعة الاجرة .

٢ - لو صرف الاب لنفقته شيئا من مال ولده الغائب ثم حضر الولد وادعى ان اباه حين صرفه المال لنفقته كان موسرا لا يستحق النفقة عليه ، وطلب تضمينه فانكر الاب انه كان موسرا وقت صرفه

المال ؛ ولم يكن لاحد الطرفين بينة ، يحكم الحال ، فان كان الاب حين الخصومة موسرا يعتبر انه كان موسرا ايضا وقت صرفه المال فيحكم عليه بالضمان ؛ وان كان معسرا يعتبر كونه كان معسرا ايضا وقت صرفه المال ، وترد دعوى الضمان .

ويستثنى من حكم هذه القاعدة ما لو ادعى الوديع رد الوديعة الى المستودع مع انكار المستودع ذلك يصدق ، الوديع يمينه ، مع ان الاصل بقاء الوديعة بيد الوديع ، فكان الواجب اعتبار النوع الاول من نوعى الاستصحاب . ووجه هذا الاستثناء هو ان الوديع ، يدعى براءة ذمته من الضمان ، والمودع يدعى انشغال ذمته ، والاصل براءة الذمة .

- القاعدة الخامسة -

الفريم بترك على قرمه « م ٦ »

القديم هو الذى لم يوجد من يعرف اوله بطريق المشاهدة .
والحادث بخلافه .

فالقديم الذى يرى انه موافق للشرع اذا لم تقم حجة على كونه مخالفا للشرع فانه يترك على قدمه ، لان حسن الظن بالناس يقضى بكونه جاء مبني على حكم الشرع اى مبني على سبب شرعى . فاذا قامت الحجة على انه لم يكن مبني على سبب شرعى فانه لا يترك على

قدمه ، بل يزال اذا كان فيه ضرر فاحش ، كما لو كان مسيل دار في الطريق العام من القديم ، فانه لا ينظر الى القدم بل يحكم بسده لان كونه غير مشروع ظاهر ، لان الطريق العام لا يملك رقبة ولا منفعة .

المصدر : ١ - اذا كانت تولية وقف قديم وغلته مشروطتين لاولاد الواقف واولاد اولاده ، وكان خالد وسعيد يتصرفان فى التولية والغلة من القديم باعتبارهما من اولاد الواقف ، فليس لاحدهما ان يغير هذا التصرف القديم فيمنع الآخر من الاشتراك فى التولية والغلة ، ويطلب منه اثبات كونه من اولاد الواقف ؛ لان القديم يترك على قدمه .

٢ - اذا كان مسيل دار احد فى ملك غيره من القديم فليس لصاحب الملك رفع المسيل وسده عن ملكه ، لان صاحب المسيل يعتبر مالكا للمسيل او لحق المسيل بوجه من الوجوه الصحيحة الشرعية ، مثل الشراء والارث او القسمة . فهو متصرف فى ملكه ، ولا يمنع احد من التصرف فى ملكه .

- القاعدة السادسة -

الضرر لا يكون قربة « م ٧ »

اى ان الضرر العام اذا كان منبعثا من الشيء القديم فان هذا القديم لا يترك بل يجب رفعه دفعا للضرر العام ولا يسمح ببقائه لقدمه لان الضرر العام ضرر فاحش ، والضرر الفاحش يزال . فهذه

القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة ؛ بخلاف الضرر الخاص فانه اذا انبعث عن امر قديم فانه لا يزال بل يترك على قدمه ، لما مر من العلة ، فيجرى فيه حكم القاعدة السابقة .

المادة : ١ - ان الظلل الواطئة ونحوها من الاشياء الكائنة على الطريق العام والتي تضرر بالمارة يجب قلعها ولا يشفع قدمها لبقائها .
٢ - اذا كان لاحد مجرى بالوعة او مرحاض مثلاً يجرى من القديم الى نهر الشفة (اي النهر الذى يشرب منه عامة الناس) لا ينظر الى قدمه ويجب سده اذ لا يتصور شرعا ان يكون لاحد حق الاضرار بالعامه .

٣ - اذا كان الطريق الخاص غير المملوك لاصحابه قد سد مدخله عن الطريق العام من القديم ، فان السد يجب رفعه لان للعامه حق الدخول فيه عند الازدحام ، ففى سده ضرر بهم والضرر لا يكون قديماً .

- القاعدة السابعة -

المصدر براءة الزمة « م ٨ »

اي ان الراجح بالنظر والاعتبار هو ان ذمة الانسان غير مشغولة لغيره بشيء . لان الانسان خلق برىء الذمة لا حق لغيره عليه ، وان انشغال ذمته لغيره يطرأ بعد ذلك من المعاملات التى يتعاطاها . فمن ادعى

خلاف هذا الاصل عليه اليينة ، لانه يدعى خلاف الظاهر وخلاف
الاصل ، واليينة على من يدعى خلاف الظاهر وخلاف الاصل ، على
ما جاء فى المادة (٧٧) .

والذمة لغة بمعنى العهد والامان لان الامان عهد ، وسمى ذمة
لان نقض العهد موجب للذم . وفى اصلاح الفقهاء هى بمعنى النفس
والذات ، وفى اصطلاح اصول الفقه هى وصف يصير به الشخص اهلا
لما له وعليه ، وهذا الوصف هو كون الشخص ولد انسانا ، فلا ذمة
للحيوانات .

المؤثر : ١ - اذا اتلف انسان مالا لا آخر واختلفا فى مقداره اذا
كان من المثليات ، او فى قيمته اذا كان من القيميات ، فالقول للمتلف
بيمينه واليينة على صاحب المال لاثبات الزيادة ، لان اليينة تقام لاثبات
خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الاصل .

٢ - لو اقر احد بانه غصب من زيد مالا او سرق منه مالا او ان
لزيد عنده ودیعة فان اقراره معتبر ولو كان المقر به مجهولا ، لان
الاقرار بمجهول فى غير العقود التى يشترط فيها معلومية العقود عليه
معتبر ، غير انه يكلف بيان شىء ذى قيمة ، فاذا بين شيئا ذا قيمة ، ولو
ادعى المقر له ازيد مما قد بين المقر ، فالقول قول المقر بيمينه وعلى المقر
له اليينة .

٣ - لو اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار الاجرة ، فالقول قول

المستأجر يمينه وعلى المؤجر البينة . لكن لو ادعى احد على آخر ديناً وادعى المدين انه كان قد اوفاه فالقول للدائن وعلى المدين البينة . وليس هذا مخالفاً لهذه القاعدة لان المدين لما اقر بالدين اصبح انشغال ذمته هو الاصل والظاهر ، عملاً باقراره ، واصبحت براءة ذمته خلاف الراجح وخلاف الظاهر فالبينة عليه .

- القاعدة الثامنة -

الاصل في الصفات العارضة العرم « م ٩ »

الصفات نوعان :

١ - صفات اصلية : وهى الصفات التى تقارن موصوفاتها فى الوجود ، اى الحالات التى تعتبر موجودة عند وجود الذات ، مثل البكارة فى المرأة وسلامة المبيع من العيب ، وكون المأجور منتفعاً به فى مدة الاجارة .

٢ - الصفات العارضة : وهى الصفات التى لا تقارن موصوفاتها فى الوجود ، بل تطراً بعد تحقق موصوفاتها ، اى هى الحالات التى تعرض على الشئ بعد وجوده ، مثل كون المرأة ثيباً ، وكون المبيع معيباً ، وكون المبيع قد قبضه المشتري ، وحصول ربح فى رأس مال الشركة او المضاربة .

والاصل فى الصفات الاصلية الوجود ، وعلى مدعى خلاف ذلك

البينة . فاذا ادعى المشتري ان فى البيع عيبا قديما وطلب فسخ البيع بخيار العيب وانكر البائع وجود عيب قديم ، فعلى المشتري البينة ، واذا طالب المؤجر بالاجرة وادعى المستأجر بانه لم يتتفع بالمأجور لانه كان غير صالح للانتفاع به طول مدة الاجارة فعليه البينة .

والاصل فى الصفات العارضة العدم ، اى الاصل عدم هذه الصفات ، اى انها لم توجد ، فعلى مدعى وجودها البينة .
ويتفرع على هذا الامثلة الآتية :-

١ - اذا اختلف المضارب ورب المال فى وجود ربح ، فالقول للمضارب وعلى رب المال البينة ، لان وجود الربح حالة عارضة .
٢ - اذا خسر المضارب وطلب رب المال تضمينه الخسارة بناء على ان المضارب كان قد خالف نهى رب المال عن التصرفات التى اجراها وخسر بسببها ، وانكر المضارب كون رب المال قد نهاه عن التصرفات المذكورة ، فالقول للمضارب وعلى رب المال البينة ، لان النهى حالة عارضة .

٣ - لو طالب البائع المشتري بالثمن فادعى المشتري انه لم يقبض المبيع وادعى البائع انه قد قبضه ، فالقول للمشتري وعلى البائع البينة ، لان القبض حالة عارضة .

(ويستثنى) من حكم هذه المادة مسائل منها :

أ - ان الواهب اذا اراد الرجوع عن هبته وادعى الموهوب له ان

المال الموهوب قد هلك (والهلاك مانع للرجوع فى الهبة) فالقول للموهوب له بلا يمين مع ان الهلاك حالة عارضة .

ب - اذا طلب المسروق منه رد عين المسروق ، فادعى السارق انه كان قد استهلك المال المسروق وان لا حق عليه سوى اداء القيمة فالقول له بلا يمين ، وعلى المالك البينة على وجود عين المال المسروق . مع ان الاستهلاك حالة عارضة .

ج - اذا تصرف الزوج باموال زوجته فى حياتها ، وبعد وفاتها ادعى ورثة الزوجة ان تصرفه باموالها كان بدون اذن منها وطلبوا تضمينه ، وادعى الزوج ان تصرفه كان باذن من زوجته فالقول قوله مع ان الاذن حالة عارضة .

ووجه الاستثناء فى الصورة الاولى ان الموهوب له يدعى هلاك ملكه (لان الهبة بعد قبضها تكون ملك الموهوب له) والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذى لا علاقة لاحد به ، ولا يقال ان الواهب ذو علاقة بالمال الموهوب ، لاننا نقول ان الواهب بعد القبض انقطعت علاقته بالموهوب ، وانما اثبت له الشرع حق الرجوع ، وحق الرجوع حق مجرد ليس ثابتا بنفس المال الموهوب . ووجهه فى المسألة الثانية، ان السارق يدعى اجراءه فعلا والاصل ان المرء يصدق فيما يدعى انه قد اجراه بنفسه .

ووجهه فى المسألة الثالثة ان حالة الزوجية دليل على الاذن كما

ان العادة الغالبة ان الزوجات لا يتصرفن فى اموالهن بانفسهن بل يفوضن ذلك الى ازواجهن .

- القاعدة التاسعة -

ما ثبت بزمانه بحكم بقاء ما لم يوجر دليل على خسرانه « م ١٠ »

هذه القاعدة لا تختلف عن القاعدة الرابعة فهى تبحث عن الاستصحاب بنوعيه . ونزيد هنا ان بعض الفقهاء قال ان الاستصحاب حجة فى الدفع لا فى الاثبات ، وفرعوا على ذلك انه اذا ثبت بزمان ملك شىء لاحد يحكم بقاء الملك له ما لم يوجد دليل على زواله ، فاذا قام الدليل فانه يعمل به ، كما لو ادعى ان هذا الشىء ملكه فى الحال وشهد الشهود انه ملكه قبل سنة فان الشهادة مطابقة للدعوى بناء على الاستصحاب المستقيم ، وهذا القول هو المشهور عند الفقهاء . ولكن قال صاحب الاشباه الوجه الصحيح انه ليس بحجة لا فى الاثبات ولا فى الدفع لان معنى كون الشىء حجة كونه دليلا لاثبات امر ، والدفع هو استمرار عدمه والعدم هو الاصل ، فاذا ادعى زيد ارثا من تركته عمرو وجاء الدفع بان عمرو مفقود فانه يتضمن استمرار عدم الارث ما لم يقيم الدليل على خلافه ، واذا ادعى زيد على عمرو بان الدار الفلانية التى فى يده هى ملكه ودفع عمرو بانها ملكه من القديم واثبت

ذلك بالبينه ، فان هذا الدفع يتضمن استمرار عدم الملكية لغيره ، والعدم هو الاصل .

- القاعدة العاشرة -

الاصل اضافة الحادث الى اقرب أوقاته « م ١١ »

المراد بالحادث : هو الشيء الذى لم يكن موجودا ثم وجد فاذا وقع اختلاف فى زمن حدوث امر فانه ينسب الى اقرب الاوقات الى الحال ، ما لم تقم الحجة على نسبة الحدوث الى الزمن البعيد ، لان وجوده فى الزمن البعيد مشكوك ، ووجوده فى اقرب الاوقات متيقن ، لان من يزعم حدوثه فى الزمن البعيد لا ينكر وجوده فى الزمن القريب .

المادة : ١ - اذا ادعت زوجة المتوفى المطلقة ان زوجها كان قد طلقها طلاقا بائنا فى مرض الموت ، لذلك ان الطلاق الواقع طلاق فار ، وبما انها فى العدة فهي تطلب توريثها ، وادعى ورثة الزوج ان الطلاق قد وقع فى حال صحة الزوج لا فى مرض موته ، فليس الطلاق طلاق فار فلا تستحق ارثا ، فالقول قول الزوجة وعلى الورثة البينة ، لان الطلاق حادث والحادث ينسب الى اقرب وقت .

٢ - اذا ادعى من له خيار الشرط فى البيع بانه كان قد فسخ العقد ضمن مدة الخيار ، وادعى الآخر ان الفسخ المذكور انما كان قد

جرى بعد مضي مدة الخيار ، فالقول قوله لان الفسخ حادث وهو
يضاف الى اقرب الاوقات .

٣ - اذا تزوج مسلم امرأة كتائية ثم توفي عنها وعن ورثة آخرين ،
فادعت بانها كانت مسلمة من قبل وفاة زوجها لذلك تطلب توريثها ،
وادعى الورثة ان اسلامها كان بعد وفاة الزوج ، فالقول لهم وعليها
البينة .

ولهذه المادة (مستثنيات) منها :

١ - لو استأجر احد شخصا ليحافظ امواله مدة سنة ، وبعد انتهاء
السنة طالب بالاجرة فادعى المستأجر ان المال قد هلك بعد شهر من عقد
الايجار فلا يستحق سوى اجرة شهر واحد ، وادعى الاجير ان المال
هلك بعد تمام السنة ، فالقول للمستأجر مع انه نظرا لهذه القاعدة كان
يجب ان يكون القول للاجير . ووجه الاستثناء ان المستأجر يتمسك
ببراءة الذمة وهي اصل والاجير يتمسك بالاستصحاب وهو لا يصلح
حجة للاثبات .

٢ - لو قال المقر ان اقرارى كان زمن الصغر فلا الزم به ، وقال
المقر له انما كان الاقرار بعد البلوغ ، فالقول للمقر وعلى المقر له البينة ،
مع ان الاقرار حادث وهو يضاف الى اقرب الاوقات ، ووجه الاستثناء
هو ما سبق تقريره فى المسألة الاولى .

- القاعدة الحادية عشرة -

الاصل في الكبرم الحقيقة « م ١٢ »

اي مهما امكن حمل الكلام على معناه الحقيقى لا يحمل على معناه المجازى . فالراجع فى اللفظ المستعمل ارادة معناه الحقيقى مهما امكن ذلك ، لان المعنى الحقيقى اصل اللفظ والمعنى المجازى خلاف الاصل ، وكلما امكن الاصل لا يعدل الى خلافه .

واللفظ اما حقيقة واما مجاز . فالحقيقة هى اللفظ المستعمل فى المعنى الذى وضع له ، كلفظ (سبع) اذا اريد منه الحيوان المقترس ، ولفظ (نور) اذا اريد منه (الضياء) .

والمجاز هو اللفظ المستعمل فى معنى غير المعنى الذى وضع له اللفظ لعلاقة بين المعنيين وقيام قرينة صارفة عن ارادة المعنى الحقيقى ، كلفظ (سبع) اذا اريد منه (الانسان الظالم) ولفظ (نور) اذا اريد منه (العلم) . غير ان لفظ سبع ولفظ نور اذا اطلقا لا يحملان الا على الحقيقة اى على المعنى الذى وضع له لفظ سبع والمعنى الذى وضع له لفظ نور، اللهم الا اذا لم يمكن ذلك فيحملان على المجاز ، وذلك عند قيام القرينة المانعة لارادة المعنى الحقيقى . فاذا قلت رأيت سبعا ، يفهم من كلامك انك رأيت حيوانا مقترسا ، واذا قلت سطع النور يفهم من كلامك ان الضياء قد سطع ، واذا قلت رأيت سبعا جالسا على كرسى القضاء ، يفهم

منه انك رأيت قاضيا ظالما ، فاستعملت لفظ سبع فى هذا المعنى لوجود العلاقة بينه وبين المعنى الحقيقى ، فان الظالم يشبه الحيوان المفترس ، ولا يمكن ان يراد من لفظ سبع فى كلامك هذا المعنى الحقيقى لان القرينة وهى قولك (جالسا على كرسى القضاء) تمنع عن ارادة هذا المعنى الحقيقى . واذا قلت النور يوصل الامم الى السعادة ، يفهم منه انك اردت من لفظ نور معنى العلم بقرينة (يوصل الامم الى السعادة) وبين المعنيين علاقة ، فان العلم يشبه النور من حيث ان كلا منهما يكشف الخبايا ويهذى الى الصواب .

الامثلة على هذه القاعدة : ١ - اذا قال احد وقفت هذه الدار على اولادى ثم على الفقراء ، وله اولاد صلب واحفاد ، فان الوقف يصرف الى اولاد الصلب ومن بعدهم الى الفقراء ولا يشمل الاحفاد ، لان (الاولاد) حقيقة فى اولاد الصلب ويستعمل مجازا فى الاحفاد ، واذا امكنت الحقيقة لا يعدل الى المجاز . واذا قال احد وقفت هذا الحمام على اولادى ثم على الفقراء ولم يكن له اولاد بل احفاد فقط فان الوقف يصرف الى الاحفاد اى الى المعنى المجازى ، لعدم امكان ارادة المعنى الحقيقى ، بقرينة الحال .

٢ - لو قال احد هذه الدار لزيد يحمل كلامه على الاقرار بان الدار ملك زيد لان اللام (ل) حقيقة فى معنى الملك . واذا قال دارى هذه لزيد بعد موتى لا يكون اقرارا بكون الدار لزيد بل ايصاء بها

لزيد بقرينة اضافة الدار اليه (دارى) وقوله بعد موتى .

٣ - لو قالت الحرة لخطبها بعتك نفسى بمائة دينار ، وقال الخاطب قبلت ينقعد النكاح ويحمل قولها (بعتك) على المعنى المجازى وهو (زوجتك) بقرينة الحال والمقام ، لان الحرة لا تباع ولان المقام مقام زواج فلا يمكن حمل اللفظ على المعنى الحقيقى .

- القاعدة الثانية عشرة -

لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح « م ١٣ »

ان اداء المفاهيم اما ان يأتى من طريق التصريح بها ، اى بادائها بالالفاظ الصريحة الواضحة فى افادة المراد ، واما ان يأتى من طريق دلالة الحال . فاذا قلت لك خذ هذا الكتاب فان هذا الكلام صريح فى افادة الاذن بالقبض . واذا قلت لك بعتك هذا الكتاب بدینار وقلت قبلت ولم تدفع الثمن ، فان حالة البيع تدل على الاذن بالقبض . غير ان الصراحة اقوى من دلالة الحال ، فاینما وجدت الصراحة مع الدلالة واختلف المراد منهما فان العبرة لما افادته الصراحة ، ولا عبرة لما افادته الدلالة ، فاذا تعارضا تسقط الدلالة ويعمل بالصراحة .

المؤنة : ١ - لو باع شخص لا آخر مالا ولم يسلم المشتري الثمن وقبض المبيع فى المجلس ، ولم يسبق من البائع نهيه عن القبض فان قبض المشتري يكون صحيحا لانه مأذون به بدلالة الحال ، وليس

للبائع اخذه منه وجسه بالثمن . ولكن لو سبق للبائع ان نهى المشتري عن قبض المبيع ، فان الدلالة تسقط ولا يعتبر مأذونا بالقبض ، فاذا قبض المبيع بعد النهى ، فان للبائع استرداده منه وجسه عنده بالثمن ، لان الاذن بالقبض دلالة قد سقط بالنهى الصريح المعارض للدلالة .

٢ - لو وهب شخص لآخر مالا ، فان حالة الهبة تدل على الاذن بقبض الموهوب ، فاذا قبض الموهوب له الموهوب فى المجلس كان قبضه صحيحا لانه مأذون به دلالة ، وتمت الهبة (لان الهبة لا تتم الا بالقبض) ويصير الموهوب له مالكا للموهوب فيصح تصرفه . لكن اذا كان الواهب قد نهى الموهوب له عن قبض الموهوب ، فقبضه بعد هذا النهى فان القبض لا يكون صحيحا ، ولا تتم الهبة ، ولا يصبح الموهوب له مالكا للموهوب فلا يصح تصرفه به ، لان الاذن بالقبض دلالة قد سقط بصريح النهى المعارض للدلالة .

٣ - لو دخل شخص الى حانوت عرضت فيه اشياء لسوم نظر المشتريين فاخذ منها شيئا لينظره للشراء فسقط من يده بدون تعد منه ولا تقصير فهلك ، لا ضمان عليه ، لان حالة العرض لسوم النظر دلالة على الاذن بأخذه للنظر فى شرائه . ولكن لو نهى صاحب الحانوت هذا الشخص من اخذ شئ من الاشياء المعروضة ، فأخذه بعد النهى فسقط من يده فهلك ، فان عليه الضمان ولو لم يكن مقصرا ولا

متعديا ، لان الاذن بالاخذ دلالة قد سقط بالنهى الصريح المعارض
لهذه الدلالة .

- القاعدة الثالثة عشرة -

لا مساع لمجهود في مورد النص « م ١٤ »

اي لا يسوغ الاجتهاد في قضية شرعية ورد النص بحكمها . لان
الاجتهاد انما يكون فيما لا نص فيه .

ومعنى الاجتهاد هو بذل المجهود لنيل المقصود . وفي عرف
اصول الفقه هو بذل المجهود للوصول الى العلم او الظن بحكم قضية
شرعية من دليل شرعى .

المادة : ١ - ورد النص بمنع لعب القمار ، فلا مساع للاجتهاد
باجازته .

٢ - ورد النص بان اليانة على المدعى واليمين على من انكر فلا
مساع للاجتهاد بجعل اليمين على المدعى .

٣ - ورد النص بان للام السدس اذا كان للمتوفى ولد او اخوة
متعددون ، فلا يجوز الاجتهاد باعطائها اكثر من ذلك .

- القاعدة الرابعة عشرة -

ما ثبت على مذهب القياس فغيره لا يقاس عليه « م ١٥ »

اي ان ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس فانه يبقى مقصورا

[شرح المجلة م - ٦]

على موردده ، ولا يجوز ان يطبق حكمه على شىء آخر يشبهه لم يرد النص بتجوز ذلك الحكم فيه .

اى اذا ظهر من تتبع النصوص ان الشريعة اعتمدت فى نوع من التصرفات مبدأ خاصا ، ثم ورد نص بحكم يخالف هذا المبدأ فى جزئى من هذا النوع ، فانه لا يجوز ان يقاس على هذا الجزئى جزئى آخر من هذا النوع . مثلا ظهر من النصوص ان مبدأ الشريعة هو عدم جواز بيع المعدوم . ولكن وردت نصوص خاصة فى جواز بيع المعدوم فى بعض الصور ، فهذا الجواز يجب ان يقصر على الصور التى ورد فيها دون غيرها . ولا يقاس غيرها عليها .

ومعنى القياس هو حمل مسألة على مسألة اخرى فى الحكم لاشتراكهما فى العلة .

المؤثر: ١ - لا يجوز بيع ثمار الاشجار قبل ظهورها قياسا على الاستصناع ، لان الاستصناع ثبت على خلاف القياس بنص خاص به فلا يقاس عليه غيره .

٢ - الشفعة ثبتت على خلاف القياس لانها تتضمن استملاك شخص ملك غيره جبرا عليه . وهو خلاف المبدأ المعروف فى الشرع . فلا يجوز ان يسمح لشخص ان يستملك مال شخص آخر بغير طريقة الشفعة قياسا على الشفعة . كما انه لا يجوز الاعتياض عن الشفعة لانها حق مجرد والحقوق المجردة لا يعتاض عنها .

٣ - اذا اختلف البائع والمشتري فى مقدار المبيع او الثمن وعجزا عن اقامة البينة فالحكم انهما يتحالفان ويترادان ، اى يرد المشتري المبيع الى البائع ، ويرد البائع الثمن الى المشتري اى يفسخ البيع . وقد ثبت هذا الحكم بنص خاص مخالفا للمبدأ والاصل المعروف من ان البينة على المدعى واليمين على من انكر . فكان القياس فى صورة ما اذا اختلفا فى مقدار الثمن مثلاً وعجز البائع عن اثبات الزيادة ان يحلف المشتري ولا يحلف البائع ولا يفسخ البيع . ولا يقاس على هذا الحكم اذا اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار الاجرة .

- القاعدة الخامسة عشرة -

الاجتهاد لا ينقض بمثله « م ١٦ »

اى اذا اجتهد مجتهد فى مسألة فحكم فيها حسب ما اوصله اليه اجتهاده الصحيح ، فان حكمه هذا لا يجوز ابطاله ، باجتهاد آخر ، سواء كان هذا الاجتهاد الثانى من نفس المجتهد الاول او من مجتهد آخر . والسبب فى ذلك ان الاجتهاد الثانى مثل الاول فى القوة اذ كل منهما اجتهاد ، ولانه اذا سوغنا ابطال اجتهاد لاجتهاد آخر ، لا يستقر لدينا حكم فى مسألة ، ولان الاجماع قد انعقد على هذا المبدأ . فاذا اجتهد مجتهد فى مسألة بحكم ، ثم اجتهد هو او غيره فى مسألة اخرى من عين المسألة الاولى بحكم يخالف الاجتهاد الاول ،

فان الحكم فى المسألة الاولى يبقى نافذا على حاله ولا يبطل . وكذلك الامر فى حكم القاضى فى المسائل الاجتهادية فان حكمه اذا وافق رأى مجتهد فانه يجب ان يعتبر حكمه ولا يلغى . مثلا لو حكم القاضى بعدم لزوم الوقف فى دعوى رفعت اليه اخذا برأى الامام ابى حنيفة ، فان حكمه صحيح ويجب ان لا يلغى حكمه فى القضية المذكورة اخذا برأى أبى يوسف ومحمد ، لان الاجتهاد لا ينقض بمثله . لكن اذا امر ولى الامر باتباع اجتهاد مجتهد خاص فى مسألة فان الحكم بخلاف ذلك الاجتهاد يلغى ، لذلك لا يجوز الحكم خلافا لما جاء فى المجلة والقوانين الاخرى ، وان كان الحكم صادرا من مجتهد او موافقا لرأى مجتهد . وكذلك لا يجوز الحكم خلافا لما جاء فى قانون الاحوال الشخصية ، وان كان الحكم صادرا من مجتهد او موافقا لرأى مجتهد . ولكن يجب ان نعلم انه ليس لدينا قانون فى الاحوال الشخصية بل نحن موكولون الى الكتب الفقهية وتابعون للطريقة المقررة هناك فى كيفية الاخذ بالاحكام المختلف فيها بين المجتهدين . واذا كان الحكم مبنيا على الغلط فانه يلغى ايضا مثل ان يحكم القاضى بحكم مخالف للشرع ، وان يحكم الحاكم بحكم مخالف للقانون .

المادة : ١ - لو حكم القاضى بالفرقة بين الزوجين بناء على مرور اربع سنين على فقده ، ينبغى ان لا ينقض حكمه لموافقة اجتهادا صحيحا ، وان خالف هذا اجتهاد الحنفية .

٢ - لو حكم القاضي بلزوم وقف اخذا برأى الامامين ، ينبغي ان لا يبطل الحكم لموافقته قولاً مجتهداً فيه .

٣ - اذا حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، ينبغي الا يبطل الحكم لموافقته رأياً مجتهداً فيه .

لكن يجب ان لا ننسى ان ولى الامر اذا امر باتباع القضاة رأى مجتهد خاص فى مسألة فان حكمه يبطل اذا حكم بغير ذلك الرأى .

القاعدة السادسة عشرة : المصلحة تجلب التبسر « م ١٧ »

القاعدة السابعة عشرة : اذا ضاع الامر انس « م ١٨ »

ان مفاد هاتين القاعدتين واحد . والمقصود منهما ان العسر سبب للتسهيل فى تشريع الاحكام ، فاذا ظهر مشقة فى امر يأتى الشرع باحكام تهون المشقة وتسهلها . فهذا المبدأ اساس من التشريع الاسلامى ، على ما هو مقرر فى علم تاريخ التشريع ، كما ان التدرج فى التشريع مبدأ من مبادئه .

والاصل فى هاتين القاعدتين الآيتان الشريفتان : (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) فالعسر سبب من اسباب التخفيف والتسهيل فى فرض الاحكام . اذ ان اسباب التخفيف والتسهيل فى الاحكام سبعة : العسر ، الاكراه ، المرض ، السفر ، النسيان ، الجهل ، النقص المادى او المعنوى فى الانسان .

ومرجع هذه الامور هو المشقة فان التشريع اذا لم يلاحظ هذه الامور السبعة ، عند فرض الاحكام ، تنشأ مشقة على المكلفين بها ، والمشقة مما يجب دفعه قدر الامكان . وكذلك المجتهد اذا لم يلاحظ هذه الامور في اجتهاده في مسألة قد يسوقه الاجتهاد الى ما ياباه التشريع ، وهو التكليف الشاق .

ان مراعاة هاتين القاعدتين المعقولتين المبنيتين على الاصلين القويين مع مراعاة القواعد الفقهية المقررة في سائر المذاهب ، يسهل علينا الامر في وضع قانون مدنى يجارى القوانين المدنية الاخرى ، ويلائم العصر الحاضر مع انطباقه على روح الشرع الاسلامى الذى هو اعلى تراث شرقى كنزه الشرق القديم للشرق الحديث . وان الاسس التى جرى عليها التشريع الاسلامى ، هى التى جعلت الفقه الاسلامى اغزر موردا للتشريعات التى تقتضيها العصور المختلفة فى الامكنة المختلفة . ولقد بنى الشرع على هاتين القاعدتين اكثر التشريعات ، فشرع القرض ، والحوالة ، والحجر ، والوصية ، والسلم ، والاقالة ، والرهن ، والشركة ، والصلح ، والوكالة والاجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة ، والعارية ، والطلاق ، ونقل الشهادة ، واعفاء من كان له عذر من الجندية ، ونحو هؤلاء من المعاملات والاسقاطات . فان الاجارة مثلا تتضمن الانتفاع من ملك الغير ، والوكالة مثلا تتضمن الاستعانة بعمل الغير ، فاذا لم يشرع جوازهما بدعوى ان ليس لاحد

ان يتولى على منفعة غيره ولا ان يستفيد من عمل غيره لنشأت مشقة وتوقف في المعاملات ، والمشقة يجب دفعها ، فجوزت الاجازة والوكالة . ومن اراد التوسع في الموضوع فليراجع كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه .

المصدر : ١ - ان البيع بالوفاء ، انما اجتهد المتأخرون من الفقهاء بجوازه بناء على اللزوم الذى نشأ لاستدانة الناس من ذوى الثروة ، وعدم موافقة هؤلاء على الادانة من دون ان يحصلوا على منفعة ، والربا باطل لا يستطيع الدائنون الانتفاع من طريقه فجوز المجتهدون البيع بالوفاء الذى قد يؤدى الى ان ينتفع الدائن من المبيع طول مدة الدين ، اذ لو لم يجوزوا هذا العقد لعسر الامر ، ثم جوزوا ايضا بيع الاستغلال (م ١١٩) لهذا السبب ايضا ، اذ قد يضطر الشخص الى بيع ملكه وفاء ولا مأوى له فهو مضطر الى السكنى فيه ، فجوزوا له ان يبيع داره مثلا وفاء على ان يستأجره من المشتري . اذ لو لم يشرعوا هذا العقد لضاق الامر .

٢ - شرع جواز نكاح المرأة التى لم يرها الخاطب على انه ليس له خيار الرؤية ، لان العادة جرت عند الاكثرية الساحقة فى الشرق ان لا تسمح بسفور النساء . فاذا لم يجوز نكاح المرأة من دون ان يراها الخاطب لعسر امر الزواج وكذلك الامر لو شرع له خيار الرؤية .

٣ - بيع المال بعد رؤية نمودجه مسقط لخيار الرؤية ، اذ لو بقى

الخيار الى ان يرى كل المبيع لتوقف كثير من معاملات البيع خصوصا في الكميات الكبيرة ، وعلى الاخص اذا كان المال في بلد غير بلد المشتري .

- القاعدة الثامنة عشرة -

لا ضرر ولا ضرار « م ١٩ »

اي لا يجوز لاحد ان يضر غيره في ماله او بدنه او عرضه ، لان ذلك ظلم والظلم غير جائز لا عقلا ، ولا دينا ، ولا عرفا ، ولا يجوز لمن ضره احد ان يوقع ضررا على هذا الضار مقابلة لضرره . بل عليه ان يراجع القضاء لتعويض ضرره . اذ لو جازت مقابلة الضرر بالضرر لسادت الفوضى واختل النظام .

ان مفهوم القاعدة عام لكل ضرر ولكن المراد هو الضرر الفاحش مطلقا والضرر الذي ينشأ من فعل المرء امرا غير مشروع . واما الضرر غير الفاحش الذي ينشأ من فعل شيء مشروع فليس بممنوع ، كما لو بنى احد في ملكه جدارا سد نافذة من نوافذ غرفة جاره . وكذلك مقابلة الضرر بالضرر فان المنوع هو المقابلة بغير حق اما اذا كانت هذه المقابلة حقا معترفا به في الشرع فليست بممنوعة كما في العقوبات التي تنزل بالمجرمين فان انزال العقوبة بهم مقابلة لضررهم ، ولكن هذه المقابلة حق شرعى لولى الامر ، وتخصيص العموم في هذه المادة

مفهوم من الاحكام والقواعد الاخرى المقررة فى الشريعة .

- المصدر : ١ - ليس لاصحاب الطريق الخاص سده لان ذلك ضرر
بالعابرين فى الطريق العام اذ انهم عند الازدحام يلجئون اليه .
٢ - اذا كان لاحد حق المرور من عرصة فليس لصاحب العرصة
منعه من المرور فيها .

- ٣ - اذا اتلف احد مال آخر فليس لصاحب المال ان يتلف مالا
للمتلف بل عليه ان يراجع القضاء لتلافى ضرره .

- القاعدة التاسعة عشرة -

الضرر يزال « م ٢٠ »

اى انه تلزم ازالته عند طلب المضرور ذلك لانه ظلم والظلم تجب
ازالته . وان المادة ٢١ ، ٢٢ ، ٢٥ ، ٢٨ ، ٣٠ ، ٣٢ فروع لهذه القاعدة .
وقد بنى على هذه القاعدة كثير من ابواب الفقه . من ذلك الرد بالعيب
وبسائر انواع الخيارات ، والحجر بسائر انواعه ، والشفعة ، والزام من
يريد الصعود على شجرة مثلاً وهى تطل على عورات الجيران ان يخبرهم
قبل الصعود (فان لم يفعل يأمر القاضى بمنعه من الصعود لاي غرض
كان صعوده) ، واتخاذ التدابير الطبية لمنع الامراض ، ولزوم قمع الفتن .
وازالة الضرر يكون على اربعة وجوه :

- ١ - بلا احداث ضرر على احد بهذه الازالة .

٢ - باحداث ضرر على الغير اقل من الضرر الاول .

٣ - باحداث ضرر على الغير مثل الضرر الاول .

٤ - باحداث ضرر على الغير اكبر من الضرر الاول .

فازالة الضرر باحد الوجهين الاخيرين غير جائز ، لان الظلم لا يجوز ان يرفع باحداث ظلم مثله او اشد منه .

المؤد : ١ - اذا احدث احد فى ملكه مدبغة يتأذى منها الجيران بحيث لا يستطيعون السكنى فى دورهم بسبب ما تنشره من الروائح المنتنة فان صاحب المدبغة يكلف بدفع الضرر بالطرق الممكنة .

٢ - لو كان لاحد مجرى ماء يمر من عرصة الغير فاذا تشقق المجرى وفاض الماء يكلف صاحب المجرى بدفع الضرر عن العرصة بترميم المجرى .

٣ - اذا ابى المدين عن دفع الدين الذى عليه فللحاكم ان يأمر ببيع امواله لايفاء الدين بناء على طلب الدائن .

- القاعدة العشرون -

الضرورات تبيح المحظورات « م ١٢ »

اي ان الاشياء الممنوعة تباح وقت الضرورة ، فالضرورة من الاعذار المرخصة لاجراء فعل ممنوع ، فلا كراه للملجئ مثلاً عذر يبيح للمكره (بفتح الراء) اتلاف مال الغير ، والمسغبة تبيح للمرء ان يأخذ مال الغير جبراً

عليه ويأكله على ان يدفع له العوض ضمانا . غير انه يشترط في الضرورة المبيحة لفعل ممنوع الا تكون اقل خطرا منه فان كانت اقل فان الفعل الممنوع لا يكون مباحا ، كما لو هدد ذو سلطان احدا بقطع يده اذا لم يقتل زيدا مثالا ، فان قطع اليد اقل خطرا من قتل النفس فلا يحل قتل النفس حذرا من قطع اليد .

المادة: ١ - اذا حدث حريق فانه يسوغ الاذن بهدم البيوت المجاورة لمنع السريان .

٢ - اذا اشرفت سفينة على الفرق في البحر يجوز لصاحب السفينة رمى شيء من الحمولة العائدة لغيره تخلصا للنفوس من الفرق .

٣ - اذا هجمت دابة احد على شخص ولم يستطع التخلص من شرها الا بقتلها يجوز له ان يقتلها .

- القاعدة الحادية والعشرون -

الضرورات تفرر بقررها « م ٢٢ »

اي ما ابيح للضرورة يتقدر بقدر ما يدفع الضرورة فلا يباح ما يتجاوز هذا الحد ، فالاجدر ان تكون العبارة لصياغة هذه القاعدة هكذا : (ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها) . وهذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة المفهوم منها اطلاق الاباحة للضرورة .

ان الاشياء لا يخلو استعمالها من ان يكون للضرورة ، او الحاجة ،
او المنفعة ، او الزينة ، او الفضول .

فالضرورة هي ان المرء اذا لم يستعمل الشيء فانه يتيقن هلاكه .
والحاجة هي انه اذا لم يستعمل الشيء لا يهلك ولكنه يتحمل مشقة ،
والمنفعة هي انه اذا استعمل الشيء ينال منفعة ، الا انه لا يهلك ولا
يتحمل مشقة لو لم يستعمله ، والزينة هي ان يقصد من استعمال الشيء
مجرد التزين ، والفضول هو الا ينال المرء من استعمال الشيء دفع ضرر
او حاجة ولا جلب منفعة او زينة . والشيء الممنوع لا يباح استعماله الا
للضرورة ، واذا استعمل للضرورة فانما يباح بقدر ما يدفع الضرورة .

المسألة : ١ - اذا احدث احد شباكا مطلا على مقر نساء جاره انما
يكلف بقدر ما يدفع وقوع النظر .

٢ - اذا اشرف احد على الهلاك من الجوع فيباح له ان يتناول من
طعام غيره بقدر ما يدفع به الهلاك ، على ان يدفع لصاحبه العوض .

٣ - اذا هجمت دابة احد على شخص واستطاع التخلص منها باستعمال
ما يكسر عضوا منها لا يباح له قتلها ، على انه يضمن الضرر لصاحب
الدابة .

- القاعدة الثانية والعشرون -

ما جاز لمزر بطل بزواله « م ٢٣ »

اي ان الشيء الذي حكم بجوازه بناء على عذر ، ولولاه لم يجز ،

إذا زال العذر المسبب لجوازه بطل ذلك الجواز ، لان المسبب يزول بزوال السبب .

المؤثر: ١ - إذا حدث عيب فى المأجور جاز للمستأجر فسخ العقد مع ان الاصل فى العقود اللازمة عدم جواز فسخها من احد الطرفين بعد تأكيدها ، ولكن جواز الفسخ هنا قد شرع بسبب العذر وهو نقص المنفعة المعقود عليها . فاذا زال هذا العذر بان زال العيب عن المأجور قبل الفسخ ، بطل جواز الفسخ ، ورجع العقد الى حالته السابقة من اللزوم .

٢ - ان نقل الشهادة ، اى الشهادة على الشهادة ، انما شرع لعذر المرض او السفر او ما يشبههما من الاعذار المانعة من حضور الشاهد لاداء الشهادة ككون المرأة مخدرة اى من عاداتها انها لا تخالط الرجال . فاذا زال العذر بان حضر الشاهد الغائب او زال مرضه بطل جواز نقل شهادته .

٣ - اذا استأجر احد من شخص دارا وتسلم المستأجر المأجور وكان قسم من الدار مشغولا بمال المؤجر ، فان المستأجر مخير بين ان يبقى عقد الاجارة فى القسم غير المشغول بحصته من تمام الاجرة ، وبين ان يفسخ العقد ، غير ان المؤجر اذا اخلى القسم المشغول بماله من الدار بطل جواز فسخ المستأجر للعقد ، لان هذا الفسخ انما جاز للعذر فيبطل بزواله .

- القاعدة الثالثة والعشرون -

إذا زال المانع عاد الممنوع « م ٢٤ »

أي أن الشيء إذا كان جائزاً مشروعاً في الأصل ثم طرأ ما يمنع جوازه ومشروعيته ، فإذا زال هذا المانع عاد الجواز والمشروعية إلى ذلك الشيء . فهذه القاعدة عكس القاعدة السابقة .

المؤثر : ١ - إذا تعيب المبيع بيد المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري رد المبيع بخيار العيب ، لوجود المانع وهو العيب الحادث بيده بل له الرجوع عليه بنقصان الثمن (م ٣٤٥) لكن إذا زال المانع وهو العيب الحادث عاد الممنوع وهو جواز الرد بالعيب القديم (م ٣٤٧) .

٢ - إذا وهب أحد عرصة لشخص فبنى الموهوب له فيها بناء فليس للواهب حق الرجوع عن الهبة ، بسبب المانع وهو البناء الذي هو زيادة متصلة بالموهوب ، لكن إذا انهدم البناء زال المانع ، وعاد للواهب حق الرجوع عن الهبة الذي كان مشروعاً له .

٣ - لو اشترى أحد فرساً من شخص لم يكن قد رآها فبعد أن قبضها منه ولدت فإن خيار رؤية المشتري يسقط فليس له الرد بخيار الرؤية ، لأنه لو ردها بدون التناج يكون قد استفاد من غيره شيئاً بلا عوض وهو إثراء بلا سبب . وإن ردها مع التناج يكون البائع قد حصل على شيء لم يكن مملوكاً له لأن التناج قد حصل على ملك المشتري ،

لان الام كانت مملوكة للمشتري عند الولادة . لكن اذا زال المانع بان مات النتاج ، عاد الممنوع وهو الرد بخيار الرؤية ، اللهم الا اذا كان هناك مانع آخر كتصرف المشتري بالفرس تصرف الملاك .

- القاعدة الرابعة والعشرون -

الضرر لا يزال بمثل « م ٢٥ »

اي لا يجوز ان يزال الضرر باحداث ضرر مثله . لان الضرر ظلم ورفع الظلم يكون بالعدل لا بظلم مثله . فهذه القاعدة مقيدة لاطلاق القاعدة التاسعة عشرة ، فالضرر لا يزال باحداث ضرر خاص مثله .

المادة: ١ - اذا اتخذ احد حرفة في سوق فليس لمن في السوق من ارباب تلك الحرفة منعه بدعوى ان اشتغاله يؤدي الى كساد في عملهم .

٢ - لو حدث في المبيع عيب بيد المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري الرد بخيار العيب لان في جواز هذا الرد اضرار بالبائع ، فلا يجوز دفع الضرر عن المشتري باضرار البائع ، بل للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب القديم .

٣ - لو كان الملك المشترك غير قابل للقسمة فاذا طلب احد الشركاء قسمته لا يجاب طلبه لان بهذه القسمة ضررا ، فلا يدفع ضرر الشركة باحداث هذا الضرر .

- القاعدة الخامسة والعشرون -

يتحمل الضرر الخاص لرفع ضرر عام « م ٢٦ »

- الضرر العام ليس مثل الضرر الخاص بل هو اشد منه . فاذا دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص لا يكون الضرر قد دفع بمثله .
- المادة: ١ - يمنع الطبيب الجاهل ، والمحامي الجاهل ، والمفتي الماجن (وهو الذى يعلم الناس الحيل الشرعية او القانونية) والمكارى المفلس ، ونحو هؤلاء عن مزاوله التطبيب ، والافتاء والمعاقدة على الكراء ، لما فى ذلك من الضرر العام ، وان كان هذا المنع ضارا بهم .
- ٢ - اذا شب حريق فى محل ساغ لولى الامر ان يأمر بهدم الدور المجاورة للحريق منعا لسريانه ، دفعا للضرر العام . والمراد من ولى الامر فى العصر الحاضر ، من خوله القانون هذه السلطة ، ولا ضمان على الهادم لان الجواز الشرعى ينافى الضمان .
- ٣ - لو كان جدار احد على الطريق العام مائلا للانهدام فانه يجبر على هدمه دفعا للضرر العام .

- القاعدة السادسة والعشرون -

الضرر الذى يزال بالضرر الذى يرفع « م ٢٧ »

- اى اذا تعارض عندنا ضرران وكان احدهما يسيرا والاخر شديدا بالنظر الى الاول ، فانه يجوز اجراء الضرر اليسير لدفع الضرر الشديد .

المادة: ١ - اذا بنى المشتري فى المشفوع بناء كان الشفيع مخيرا بين ان يترك الشفعة وبين ان يملك المشفوع بثمنه وقيمة البناء الذى احده المشتري فيه وليس له ان يملك المشفوع بثمنه ويجبر المشتري على هدم بنائه . فهنا قد تعارض ضرران ، ضرر على الشفيع وهو تحمله قيمة البناء علاوة على ثمن المبيع ، وضرر المشتري وهو لزوم هدمه بناءه ، ولاشك ان ضرر الشفيع اخف لانه بتحملة قيمة البناء قد تملك البناء ايضا ، بخلاف المشتري لو اجبر على الهدم فان ضرره يكون بلا مقابل يعوضه ، فيدفع بتحمل المشتري ضرر الشفيع .

٢ - لو دخل رأس فرس فى آنية احد ولم يمكن تخلص الفرس من الآنية الا بقطع رأس الفرس او كسر الآنية . فان كانت الفرس اعلى قيمة من الآنية فان لصاحب الفرس ان يملك الآنية بقيمتها جبرا على صاحبها ، وان كانت الآنية اعلى قيمة من الفرس فان لصاحب الآنية ان يملك الفرس جبرا على صاحبها .

٣ - اذا كانت مزرعة احد فى مرتفع من النهر الذى لها حق الشرب فيه بحيث لا يصل اليها الماء الا وقت طغيان الماء ، فان لصاحب المزرعة ان يسد النهر كلا او بعضا عن شركائه لسقى ارضه ولا يكلف لاختذ الماء بنصب مضخة او دالية ، لان سد الماء عن الشركاء موقتا ضرر يسير بالنسبة لتكليفه بنصب مضخة او رافعة اخرى .

- القاعدة السابعة والعشرون -

إذا تعارضت مفسرته روعى أعظمها ضرراً تخمل أخفهما « م ٢٨ »

أى ان طريق التخلص من تعارض مفسدتين لابد من وقوع احدهما ، واحدهما عظيمة بالنسبة الى الثانية ، هو ان يعمد الى الثانية مراعاة لجانب العظيمة لان خطرهما اشد .

وهذه القاعدة متحدة فى المفهوم بالقاعدة السابقة من كل وجه .
فالامثلة المضروبة هناك تضرب هنا .

- القاعدة الثامنة والعشرون -

يختار أهونه السرين « م ٢٩ »

أى من ابتلى بيليتين وكانت احدهما هينة بالنظر الى الاخرى ، عليه ان يختار الهينة مراعاة للآخرى ، لان ضررها اخف .
وهذه القاعدة لا تخالف القاعدة السابقة الا فى العبارة .

- القاعدة التاسعة والعشرون -

درء المفاسد أولى من جلب المنافع « م ٣٠ »

أى اذا تعارضت مفسدة مع منفعة بان كان الحصول على المنفعة لا يتأتى الا باجراء المفسدة ، فان المفسدة تدرأ أى تدفع بترك المنفعة وعدم جلبها . والامثلة هى ما سبق ضربها عند الكلام على القاعدة (٢٥)

والقواعد (٢٦ و ٢٧ و ٢٨) فإن في جميعها قد درئت المفاصد بترك المنافع .
ومن الامثلة ايضا ، ان المرء يمنع عن التصرف في ملكه اذا كان
تصرفه يضر بجاره ضررا فاحشا . وقد مر الكلام عن الضرر الفاحش .

- القاعدة الثلاثون -

الضرر برفع قرر الاصل « م ٣١ »

اي ان الضرر الذي يجب دفعه على ما تقرر في القواعد السابقة ،
يجب ان يدفع بالوجه الذي يمكن دفعه به فلا يترك ، ولا يتجاوز فيه
الى اكثر من القدر الممكن الدفع به .

المشرع: ١ - من غصب مالا لاحد فهلك ، لزم تضمين الغاصب
مثل المال اذا كان مثليا ، واذا كان مثله منقطعا يضمن قيمته في يوم
الغصب وفي مكانه ؛ فلا يعتمد الى القيمة عند وجود المثل ، ولا يترك
الضمان اذا انقطع المثل .

٢ - اذا كان المستأجر يخرب المأجور ولم يقدر المؤجر على منعه
فان له مراجعة الحاكم وطلب فسخ الاجارة ، ففسخ الاجارة هو القدر
الممكن لدفع الضرر . فلا يتجاوز الى حبس المستأجر لمنعه من التخريب ،
ولا يرد طلب المستأجر الفسخ لدفع الضرر عنه .

٣ - اذا كان شباك احد مطالا على مقر نساء جاره فاذا سد صاحب
الشباك شباكه بثبيت ستار مانع من النظر ، يكون قد دفع الضرر ،

ولا يكلف ببناء الشباك لان ما قام به قد امكن به دفع الضرر .

- القاعدة الحادية والثلاثون -

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة « م ٣٢ »

الحاجة نوعان : عامة وخاصة .

فالعامة هي التي لا تخص ناسا دون ناس وقطرا دون قطر بل تتحقق بالنظر لسائر الناس في سائر الاقطار ، كحاجة الناس الى الايجار والاستئجار وحاجتهم الى الاستصناع .

والخاصة هي التي تختص بناس دون ناس ومجتمع دون مجتمع ، وصنف دون صنف ، كالحاجة التي طرأت على اهل بخارى واهل مصر لمعاملة البيع بالوفاء ، فجوزته الحنفية واسموه (البيع بالوفاء) ، وجوزته الشافعية واسموه (الرهن المعاد) ، وكحاجة التجار الى اعتبار البيع بالنموذج مسقطا لخيار الرؤية ، فالحاجة سواء كانت عامة او خاصة تنزل منزلة الضرورة . فيحق للمشتري والمفتي ان يشترع ويفتي بجواز المعاملات التي اقتضتها الحاجة ولم يكن منصوصا على عدم جوازها .

المصدر: ١ - جاز عقد الايجار على ان تكون الاجرة نقدا او منفعة تغاير منفعة المأجور (مع ان المنفعة المعقود عليها معدومة وقت العقد) لحاجة الناس الى الاعتياض عن المنافع التي يمتلكونها بالنقد ، وحاجتهم الى استبدال المنافع التي يمتلكونها بمنفعة ليست من جنسها ، ولهذا

لم يجز ايجار بيت بمنفعة بيت ، وايجار حمام بمنفعة حمام ، لاتحاد جنس المنفعة فلا حاجة الى هذا النوع من الاستبدال .

٢ - جوز الدخول فى الحمام بالبدل المعلوم مع ان مدة المكث فيه مجهولة ومقدار الماء الذى يصرفه المستحم مجهول ، لان الحاجة تدعو الى جواز ذلك . وعلى هذا يقتضى تجويز المعاملات الجارية فى الفنادق بخصوص السكنى والخدمة والاكل والشرب للنازل ، فان كمية ما يأكله ويشربه النازل مجهولة ومن يقوم بالخدمة غير معلوم ، ولكن حاجة الناس الى هذه المعاملة متحققة .

٣ - جاز عقد السلم (مع ان المبيع معدوم وقت العقد) لحاجة المفاليس الى الدراهم . وعلى هذا يلزم جواز العقد المسمى عندنا بالضمان والالتزام ، لحاجة اصحاب البساتين الى الدراهم فى الوقت التى لم تظهر فيه ثمرات بساتينهم .

- القاعدة الثانية والثلاثون -

الاضطرار لا يبطل حق الغير « م ٣٣ »

الاضطرار : هو ان يجبر الانسان الى عمل ممنوع . وهو يبيح للمضطر ان يوقع ذلك العمل الممنوع ، لان الضرورات تبيح المحظورات ، ولكن اذا نشأ من اجراء العمل الذى اباحته الضرورة حق للغير فان هذا الحق لا يبطل من اجل الاضطرار بل لصاحب الحق ان يتمسك به .

والاضطرار نوعان : سماوى وهو الذى يأتى من سبب داخلى فى
 المضطر كالجوع ، والتعب ، والعطش . وغير سماوى وهو الذى يتأتى
 من سبب خارجى عنه ، كالاكراه . وهو بنوعيه لا يبطل حق الغير .
 الاثر : ١ - لو استأجر احد سفينة لمدة ثلاثة ايام ليحمل فيها مالا
 الى بلد ، فاذا انقضت مدة الاجارة والسفينة لم تنزل فى البحر فان
 الايجار يعتبر مستمرا بحكم الاضطرار الى ان تصل السفينة الى ساحل
 البحر ، ولكن هذا الاضطرار لا يبطل حق صاحب السفينة من الاجرة
 عن المدة الزائدة على مدة الاجارة ، بل له ان يستوفى عنها اجر المثل .
 ٢ - اذا اكراه احد شخصا على اتلاف مال احد فأتلفه المكروه ، فان
 صاحب المال لا يبطل حقه بل له ان يضمن المكروه (بالكسر) اذا كان
 الاكراه ملجئا ، وان يضمن المكروه (بالفتح) اذا كان الاكراه غير ملجئ .
 ٣ - لو اضطر سائق السيارة الى ان يسحق مال احد فان عليه
 الضمان والاضطرار لا يخلصه من ذلك .

لا يقال : ما الفائدة اذا من اباحة العمل الممنوع ؟

لان الفائدة هى تخلص المضطر من طائلة العقاب واللوم والاثم .
 وان هذه القاعدة مقيدة لاطلاق القاعدة التسعين التى سيأتى البحث
 فيها ، وهى (الجواز الشرعى ينافى الضمان) .

- القاعدة الثالثة والثلاثون -

ما حرّم أخذه حرّم إعطاؤه « م ٣٤ »

أى إذا كان اخذ شىء حراما ممنوعا على الناس فاعطاؤه حرام ممنوع أيضا ، أى أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطى فهو ممنوع عليهما ، لذلك يترتب العقاب على المعطى كما يترتب على الآخذ ، وقد يترتب على المعطى الضمان أيضا كما يترتب على الآخذ .

١ - إذا أعطى أحد لآخر رشوة فإن العقاب يترتب على الراشئ

والمرتشى .

٢ - إذا أعطى الوصى رشوة من مال الصغير لقضاء مصلحة تعود

للصغير فإن على الوصى أن يضمن للصغير ما أعطاه كما أن عليه العقاب القانونى .

٣ - إذا أعطى الصيدلى لأحد سما بلا وصفة الطيب فإن عليه

العقاب ، لأن اخذ السم لغير الدواء حرام ممنوع فاعطاؤه كذلك .

لكن إذا كان الاعطاء قد اقتضته الضرورة فإنه لا حرمة على المعطى

ولا يترتب عليه ضمان ، لأن الضرورات تبيح المحضورات . كما لو

كانت دار الوقف قد تهدمت وليس للوقف غلة تعمر بها ولا راغب فى

استئجارها بالأجارتين ولا راغب فى استبدالها ، فاضطر المتولى الى

استقراض نفود بفائض معتاد لتعميرها فعمرها ودفعت الفائض من غلة

الوقف فلا ضمان عليه ، وكذلك لو دفع الوصى شيئا من مال الصغير لتخليص امواله الاخرى من غاصب لا يقدر على تخليص المال منه بغير تلك الطريقة .

- القاعدة الرابعة والثلاثون -

ما حرم فعه حرم طلبه « م ٣٥ »

اي ان الفعل اذا كان حراما ممنوعا فانه يحرم على كل احد ان يطلب من غيره اجراء ذلك الفعل الحرام ، حتى انه اذا حرضه على ذلك قد يترتب عليه عقاب .

المسألة : ١ - اذا حرض احد امرأة على الفاحشة فان عليه عقابا .

٢ - اذا طلب الحاكم من احد رشوة فعليه عقاب .

٣ - اذا طلب امر الجند في محاربة من جنوده ممالا العدو

فعليه عقاب .

فان هذه الافعال كلها حرام فطلبها حرام ايضا .

- القاعدة الخامسة والثلاثون -

العادة محكمة « م ٣٦ »

اي ان العادة سواء كانت عامة او خاصة تجعل حكما لاثبات

حكم شرعى لم يرد به نص .

والعادة عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة

عند ذوى الطباع السليمة • فلا تتحقق العادة الا بالتكرر الكثير ولا تثبت بوقوع الشئ بطريق الصدفة والاتفاق • وهى والعرف من حيث المصدر متحدان ، فما يصدق عليه انه عادة يصدق عليه انه عرف • والعرف نوعان : لفظى وعملى •

(فالعرف اللفظى) هو ان يتعارف جماعة من الناس اطلاق لفظ على معنى خاص بحيث لا يفهم بينهم من ذلك اللفظ غير ذلك المعنى • كتعارف الناس على اطلاق لفظ (دابة) على الحيوان ذى القوائم الاربع ، مع انه فى اصل وضعه يطلق على كل حيوان يدب على وجه الارض ، وكتعارف ارباب القانون على اطلاق كلمة (مادة) على طائفة من كلام القانون تتضمن حكما مثلا ، مع ان كلمة مادة فى اصل الوضع تطلق على ما به قوام الشئ ، وكتعارف النحاة على اطلاق كلمة (فاعل) على الاسم المرفوع المسند اليه فعل معلوم مع انه فى اصل الوضع يطلق على كل شئ يعمل شيئا ، فمن عمل شيئا فهو فاعله •

و(العرف العملى) هو تعارف جماعة من الناس استعمال شئ ، كاستعمال اهل بغداد خبز الحنطة فى طعامهم ؛ فلو قلت لاحدهم اكلت خبزا لا يفهم منه الا خبز الحنطة ، وكاستعمال بعض القبائل خبز الشعير فى طعامهم ، فلو قلت لاحدهم اشتريت خبزا لا يفهم من قولك الا خبز الشعير •

والعرف ايضا : اما عام او خاص •

العرف العام : هو الذى لم يستند الى طائفة مخصوصة من الناس ولا يعرف واضعه .

العرف الخاص : هو الذى يستند الى طائفة مخصوصة من الناس ، كتعارف التجار على شىء وتعارف ارباب صنعة على شىء .

المقدمة : ١ - كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع فانه يدخل فى البيع من غير ذكر . مثلاً عند بيع الدار المنشأة على الطراز الحديث عندنا تدخل الحديقة المحيطة بها ، لان العرف اعتبر هذه الحديقة من جملة مشتملات المبيع .

٢ - اذا اشترى احد مالا بمائة دينار يجوز له ان يدفع الثمن من انصاف الدينار وارباعه ولا يجبر على اداء الدنانير لان العرف جرى بذلك .

٣ - كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الاجير يتبع فيه عرف البلد ، كما ان الخيط على الخياط .

٤ - غير المسكوك من الذهب والفضة اذا جرى التعامل فيه بين الناس عرفاً فهو بحكم النقود ، والا ففى حكم العروض .

٥ - لا يلزم المستأجر اطعام الاجير الا اذا كان عرف البلدة كذلك .

- القاعدة السادسة والثلاثون -

استعمال الناس مجزئ يجب العمل بها « م ٣٧ »

اى ان التعامل الجارى بين الناس اذا لم يكن مخالفا للنص ، حجة

يجب الرجوع اليها والعمل بها ، وبعبارة اخرى ان العرف العملي غير المخالف للنص يجب الحكم والفتوى بموجبه . وهذا سواء كان التعامل عاما او خاصا ، غير انه اذا كان خاصا فانه يعتبر حجة للحكم فى الوقائع عند اصحاب هذا التعامل الخاص ، ولا يحكم بموجبه فى الوقائع الجارية عند غيرهم .

والسبب فى اعتبار التعامل حجة هو انه اشبه شىء بالاجماع ، فكما ان الاجماع اعتبر حجة شرعا فكذا ما هو اشبه شىء به ، ولان اتفاق الناس على شىء غير مصادم للنص الشرعى دليل على انه غير باطل ، بل ان فيه اشعارا بانه متوارث من مصدر التشريع . اما اذا كان التعامل مخالفا للنص الشرعى فلا يعتد به لان الدلالة على بطلانه ظاهرة حينئذ ، فيجب اتباع النص وبطلان العمل بالتعامل . كما لو تعامل الناس الربا ، فتعاملهم هذا مصادم للنص فهو تعامل باطل لا يجوز اتباعه شرعا . غير ان ابا يوسف ذهب الى ان النص اذا كان مبنيا على العرف المألوف وقت ورود النص ثم جاء التعامل بعد ذلك مخالفا للنص لتبدل العرف ، فان العمل حسب هذا العرف والتعامل صحيح ، لانه عبارة عن العمل بعرف جديد قام مقام عرف سابق ، وقد كان النص مبينا على العرف السابق لا على حجة اخرى ، فلا يلزم من ذلك مخالفة النص ، مثلا ان الحنطة كانت تباع فى المدينة كيلا ، وقد جاء الحديث الشريف بان الحنطة تباع بمثلها كيلا بكيلا بلا زيادة . فلو بيعت الحنطة بمثلها منا بمن مثلا

اي وزنا ، نظرا الى عرفنا من بيع الحنطة وزنا ، فهل البيع صحيح ؟ ذهب ابو يوسف الى الصحة وان كان هذا التعامل جاء على خلاف النص من لزوم بيعها بمثلها كيلا ، لان هذا النص كان مبنيا على عرف ذلك العصر ، وان القصد من مفهوم النص هو ان الحنطة اذا بيعت بمثلها يجب ان يكون العوضان متساويين ، غير ان مقياس التساوى فى ذلك العصر كان بالكيل ، ومقياسه فى عرفنا بالوزن . فالمخالفة للنص فى هذه المعاملة ظاهرية لا حقيقية بل انها فى الحقيقة موافقة للنص ، وهو عدم وجود الزيادة فى احد العوضين .

المادة : ١ - اعطاء مستغلات الوقف بالاجارتين او بالمقاطعة انما صح لتعامل الناس بذلك ، والا فانه نظرا لكون هذه الاجارة لا الى مدة معينة يجب ان تكون فاسدة .

٢ - انتقال الاراضى الاميرية الى ورثة المتصرف بها مع انها ليست ملكا للمتصرف انما صح لجريان التعامل بذلك . ثم قد جاء القانون مؤيدا لهذا التعامل .

٣ - اذا استعان تاجر بتاجر آخر فى بيع امواله ، وطلب المعين من المستعين اجرة عن عمله ، ينظر فى ذلك الى عرف التجار فان كان العرف قد جرى بأن يأخذ مثل هذا المعين اجرة ، كان له الاجرة المتعارفة ، والا فلا اجرة له .

٤ - اذا وكل احد شخصا للخصومة عنه ولم يشترط له اجرة ،

فان كان الوكيل ممن اتخذ الوكالة حرفة كان له اجر المثل لان التعامل جرى على ذلك ، وان لم يكن ممن اتخذوا الوكالة حرفة كان متبرعا لا اجرة له .

- القاعدة السابعة والثلاثون -

المتنع عادة بالمتنع حقيقة « م ٣٨ »

اي ان ما كان حسب العادة من الامور المتنع وقوعها ، فانه يعتبر بحكم المتنع فى نفس الامر والواقع ، اى بحكم المستحيل ، وتكون العادة هى المعول عليها فى الحكم . ولا ينظر فيه الى الامكان العقلي . وهذه القاعدة التى قبلها وما بعدها الى القاعدة الخامسة والاربعين كلها فروع من القاعدة الخامسة والثلاثين .

الامثلة : ١ - لو ادعى المعروف بالفقر انه قد اقترض زيدا مبلغا كبيرا من النقود دفعة واحدة ، لا تسمع دعواه لامتناع زعمه عادة ، كذلك لو ادعى ان زيدا قد غصب منه اموالا عظيمة دفعة واحدة . وتقدير كبر المبلغ وعظم المال ، ينظر فيه الى حال المدعى .

٢ - اذا اقر احد لا آخر بشئ ثم ادعى انه كان كاذبا فى اقراره لا تسمع دعواه بالكذب ، لان الانسان لا يقر على نفسه بالكذب ، حسب العادة ، ولكن يحلف المقر له على عدم الكذب فى الاقرار على قول ابى يوسف الذى اخذت به المجلة .

٣ - اذا ادعى احد ان زيدا المعروف انه فى غيابة السجن قد غصب
فرسه يوم الدعوى لا تسمع دعواه لامتناع ذلك عادة .

- القاعدة الثامنة والثلاثون -

لا ينكر تغير الاطعام بتغير الزمان « م ٣٩ »

اى ان الاحكام الجزئية فى الوقائع اذا كانت مبنية على العرف
فى زمن ، قد تتبدل فى امثالها من الوقائع فى زمن آخر ، لتبدل العرف
والعادة فى هذا الزمن . فان العادات قد تتبدل بتبدل الزمان
فالاحكام المبنية عليها تتبدل ايضا تبعا لتبدلها . مثلاً اذا جرى العرف
فى بغداد على ان اطعام الاجير على المستأجر ؛ فاذا طلب الاجير من
المستأجر الطعام المعتاد وابى المستأجر عن ذلك نحكم على المستأجر
بدفع الطعام المعتاد الى اجيره ، ثم لو مرت الايام وتبدل العرف فكان
المتعارف ان المستأجر لا يتحمل اطعام الاجير ؛ فاذا طلب الاجير من
المستأجر الطعام اليومى منه وابى المستأجر عن ذلك لا نحكم للاجير على
المستأجر بشئ . فهنا قد تبدل الحكم بتبدل العرف بتبدل الزمان .

اما الاحكام الكلية المبنية على البرهان لا على العادة فانها لا تتبدل
مهما تبدلت الزمان ، لان البرهان قائم لم يتغير فلا يتبدل الحكم ، مثلاً
ان الحكم بلزوم البيع الحالى من الخيارات لا يتبدل . لاستناده الى
البرهان لا الى العادة .

المسألة : ١ - لم يشترط الامام ابو حنيفة تزكية الشهود لا سرا ولا علنا ، لان الناس لم يكونوا ليجرأوا على شهادة الزور فى عصره نظرا لما ألفوه من التربية الدينية ، ولكن لما رأى من بعده من كبار الفقهاء ان التربية الدينية قد ضعفت ولم يبال الناس بشهادة الزور شرطوا تزكية الشهود سرا وعلنا .

٢ - منافع المصوب غير مضمونة عند الحنفية بناء على ان المنافع ليست اموالا وانما تقوم بالعقد ، ولولا العقد لما حصل منها مال فهمى ليست باموال عرفا . ثم لما رأى المتأخرون ان الناس صاروا يجرأون على غصب مال اليتيم والوقف لضعف المحامى عنهم او لعدم وجود من يحميهم ، حكموا بان منافع المصوب مضمونة اذا كان المصوب مال يتيم او وقفا . كما حكموا بان المصوب اذا كان معدا للاستغلال فان منافعه تكون مضمونة ايضا لان اعداده للاستغلال جعل المنافع بحكم الاموال عرفا ؛ فكانت مضمونة .

٣ - كان فى الازمان السابقة يحكم بسقوط خيار الرؤية فى شراء الدار اذا كان المشتري قد رأى غرفة من غرفها ولم ير سائر غرفها . لان الدور فى ذلك العصر كانت تبنى غرفها على طراز واحد . اما اليوم فلا يسقط خيار الرؤية اذا لم ير جميع محتوياتها لان غرف الدار فى عصرنا وسائر محتوياتها تبنى على طراز مختلف ؛ فقد تبدل الحكم لتبدل العرف .

- القاعدة التاسعة والثلاثون -

الحقيقة نترك بدلالة العادة « م ٤٠ »

اي ان العادة قد تكون هي القرينة المانعة عن ارادة المعنى الحقيقي .
 فيذهب حينئذ الى المعنى المجازي ويترك المعنى الحقيقي .
 وقد تقدم الكلام في شرح القاعدة الحادية عشرة عن الحقيقة
 والمجاز . وقد بينا هناك ان لا بد للمجاز من قرينة مانعة عن ارادة المعنى
 الحقيقي ، وان هذه القرينة اما لفظية او حاوية ، فاللفظية هي ان يوجد
 في الكلام لفظ يصرف الفهم عن ارادة المعنى الحقيقي للفظ آخر مقرون
 به ، كما سبق في المثال المضروب هناك ، والقرينة الحاوية هي ان تكون
 الحالة الراهنة مانعة عن ارادة المعنى الحقيقي من اللفظ ، كالعادة فانها
 حالة قد تصرف الفهم عن ارادة المعنى الحقيقي من اللفظ ، مثلا اذا قال
 صاحب شجرة لاحد كل من هذه الشجرة فأكل هذا من ثمرها
 لا ضمان عليه لانه يعتبر مأذونا بالاكل من ثمرها بدلالة العادة ، فان
 قول صاحب الشجرة كل من هذه الشجرة يحمل على المعنى المجازي
 اي من ثمرها لان أكل نفس الشجرة متعذر عادة ، وليس لصاحب
 الشجرة طلب ضمان منه بدعوى انه انما أذن بالاكل من نفس الشجرة
 لا من ثمرها .

وهنا بحث فصله علماء الاصول وهو :

١ - ان المعنى الحقيقى اذا كان غير مستعمل لسبب كونه متعذرا او مهجورا شرعا او مهجورا عادة ، فلا خلاف فى انه يصار الى المعنى المجازى ؛ فلو حلف احد انه لا يأكل من هذه الشجرة فيما ان الاكل من نفس الشجرة متعذر فانه يصار الى المعنى المجازى ، فان كانت الشجرة من الاشجار المثمرة يحمل الكلام على ارادة الثمر ، فاذا أكل من ثمرها حنث واذا أكل من نفس الشجرة لا يحنث ، واذا كانت الشجرة من الاشجار غير المثمرة ، يحمل الكلام على ثمن الشجرة ، فاذا أكل بشمنها من الطعام حنث ، وان أكل من نفس الشجرة لا يحنث ، حملا للكلام على المعنى المجازى ، لان المعنى الحقيقى هنا غير مستعمل لتعذر ارادته . وكذلك اذا حلف احد بانه لا يضع قدمه فى دار فلان ، فان كلامه يحمل على المعنى المجازى وهو الدخول حتى لو دخل دار فلان راكبا حنث ، ولو مد رجله فى دار فلان لا يحنث . لان المعنى الحقيقى من كلامه مهجور بدلالة العادة .

وكذلك لو قال شخص لآخر وكتلك على الحصومة مع فلان ، يحمل كلامه على المعنى المجازى وهو التوكيل على الجواب فى الدعوى ، لان المعنى الحقيقى لكلامه (وهو النزاع) مهجور شرعا لحرمة المنازعة مع الناس .

٢ - ان المعنى الحقيقى اذا كان هو المستعمل دون المجازى او ان

كلا من المعنيين الحقيقي والمجازى مستعمل بصورة متساوية ، او ان استعمال المعنى المجازى أقل ؛ فلا خلاف فى ان المعنى الحقيقي هو الذى يراد عند الاطلاق .

٣ - اذا كان استعمال اللفظ فى معناه المجازى اكثر من استعماله فى معناه الحقيقي ؛ فذهب الامام أبو حنيفة الى ان المعنى الحقيقي هو الذى يجب ان يراد عند الاطلاق لانه هو الاصل ولا يذهب الى المعنى المجازى الا للقريئة . وذهب أبو يوسف ومحمد الى ان المعنى المجازى هو الذى يجب ان يراد لانه هو الغالب فى الاستعمال فكأن العرف جرى على ارادته . مثلاً حلف احد انه لا يأكل من هذه الحنطة فانه يحث عند أبى حنيفة اذا أكل من نفس الحنطة نية او مقلية اخذا بالمعنى الحقيقي ، وان كان الاستعمال الغالب فى هذا الكلام ان يراد المعنى المجازى وهو خبزها وسائر ما يعمل منها . ويحث عند أبى يوسف ومحمد اذا أكل من عين الحنطة او اذا أكل من خبزها وسائر ما يستعمل منها اخذا بعموم المجاز . ومعنى عموم المجاز ان يراد من اللفظ معنى يعم المعنى الحقيقي والمعنى المجازى ؛ فاذا حلف انه لا يأكل من هذه الحنطة يراد من الكلام انه لا يأكل من مادة هذه العين ، فاذا أكل من نفس الحنطة او سائر ما يعمل منها يكون حاثاً .

المسألة : ١ - الاقرار المعلق على شرط باطل لانه اخبار والاخبار لا يقبل التعليق ، ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الاجل فى عرف

الناس يحمل على الاقرار بالدين المؤجل . مثلا لو قال احد لا آخر اذا وصلت الى المحل الفلانى فانى مدين لك بكذا يكون اقراره باطلا ، غير انه اذا قال ان اتى الشهر الفلانى فانى مدين لك بكذا ، يحمل على الاقرار بالدين المؤجل لاقتضاء العادة ذلك .

٢ - الاقرار المعلق على الموت يحمل على الاشهاد بان فى ذمته ديننا ، كيلا ينكره الورثة ، فلو قال احد اذا مت فانى مدين لفلان بكذا درهما ، فانه يحمل على الاشهاد ويثبت الدين فى ذمته سواء بقى حيا او مات بعد ذلك ، للعرف .

٣ - الابرء المعلق على الشرط باطل ، الا انه اذا علق احد الابرء على موته كان وصية ، فلو قال اذا مت فقد ابرأتك من الدين الذى فى ذمتك كان ايضاء له بالدين ، للعرف .

- القاعدة الاربعون -

العبرة للغالب الشائع لا للنادر « م ٤١ »

اى ان الاعتبار فى بناء الاحكام على العادة هو النظر الى الاحوال الشائعة الغالبة الوقوع ولا ينظر فيها الى الاحوال النادرة الوقوع . فالاحكام لا تبني على حالة نادرة لان النادر والمغلوب تابع للغالب .

الامثلة : ١ - يحكم بموت المفقود اذا اكمل التسعين من عمره لان الغالب ان الانسان لا يعيش اكثر من ذلك ، وخلاف ذلك نادر او قليل جدا .

- ٢ - اذا أكمل الشخص من عمره خمس عشرة سنة يحكم ببلوغه،
لان الغالب ان الانسان يبلغ عند وصوله هذا السن .
- ٣ - يحكم بانتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين
وللبنت ببلوغها تسع سنين ، لان الغالب اذا بلغ الطفل الذكر سبع سنين
يقتدر على مداراة نفسه فى الاكل والشرب واللباس ونحو ذلك ، وان
البنت اذا بلغت تسع سنين تصل الى مرتبة النساء . وخلاف ذلك نادر
او قليل والعبرة للغالب .

- القاعدة الحادية والاربعون -

انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت « م ٤٢ »

اى ان العادة المعتبرة فى القواعد الالفية الذكر هى المطردة التى
لا تتخلف ابدا او الغالبة التى قد تتخلف قليلا . اما العادة المغلوبة فلا
عبرة بها ، فلا تكون حجة للعمل بها ، ولا تكون حكما يرجع اليها عند
المنازعات ، ولا تترك الحقيقة بها ، ولا تتغير الاحكام بتغيرها .

وهذه القاعدة فرع من القاعدة السابقة ، والامثلة المضروبة هناك
تصلح هنا ايضا . ويجب ان نعلم ايضا ان العادة الغالبة الشائعة انما
تعتبر اذا كانت مقارنة للواقعة المطلوب اعطاء الحكم فيها . اما العادة
التي كانت شائعة قبل وقوع الحادثة المطلوب اعطاء الحكم فيها فلا ينظر
اليها .

- القاعدة الثانية والاربعون

المعروف عرفاً للمشروط شرطاً « م ٤٣ »

اى ان الامور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم فى المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند اجرائها ، فاذا جرى العقد مثلاً على شئ وكانت هناك امور تعتبر من لوازم العقل على احد الطرفين حسب العادة ، كانت تلك الامور كالمشروطة صراحة فى العقد فيجب القيام بها .

المصدر: ١ - اذا استعمل احد مال غيره المعد للاستغلال فعليه أجر المثل ، لان المعروف ان المعد للاستغلال لا يستعمل الا بأجرة .

٢ - متولى الوقف يستحق اجرة المثل ولو لم يشرط له الواقف اجرة ؛ لان المعهود والمعروف ان المتولى لا يتحمل كلفة التولية بلا أجر .

٣ - اذا دفعنا ثيابا الى الخياط ليخيطها فعليه الجيوب والازرار وسائر ما يقتضى لحياطة الحلة ، لان هذا هو المعروف عندنا .

لكن اذا صرح عند العقد مثلاً بمخالفة المعروف عرفاً فالعبرة حينئذ تكون لما صرح به لا الى المعروف عرفاً ، كما لو صرح عند دفع الثياب الى الخياط بان يكون ما يقتضى لحياطة الحلة من ازرار وخيوط ونحوها على صاحب الثياب ، فلا ينظر الى المعروف فى عرفنا من ان يتحملها الخياط .

- القاعدة الثالثة والاربعون -

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم « م ٢٤ »

هذه القاعدة داخلة فى مفهوم القاعدة السابقة دخول الخاص تحت العام ، فان القاعدة السابقة تبحث فى المعروف بين الناس مطلقا ، وهذه تبحث فى المعروف بين التجار فالمعروف بين التجار فى معاملاتهم التجارية هو كالمشروط بينهم ، فيلزم اعتباره ولو لم يشرط عند اجراء المعاملات .

المادة : ١ - لو باع احد التجار بضاعة من غير ان يصرح بكون الثمن حالا او مؤجلا الى مدة معلومة او مقسطا ، وكان عرف التجار جاريا بكون الثمن فى مثل بيع ذلك الشئ مقسطا الى مدد معروفة بينهم ، فان البيع الواقع يعتبر مقسطا الى تلك المدد .

٢ - اذا أمر احد التجار شخصا ببيع امواله فباع المأمور المال وارسل الثمن الى الأمر بيد شخص امين حسب ظنه ، فهرب الرسول بالثمن ، فان كان المعروف بين التجار ان وكلاءهم يرسلون اليهم اموالهم بيد من يأتمنونه فلا ضمان على المأمور المذكور ، والا فعليه الضمان .

٣ - اذا تعارف التجار بان يطرح من وزن المال المشتري كذا فى المائة ، فاذا باع احدهم شيئا من ذلك وجب هذا الترك .

- القاعدة الرابعة والاربعون -

التعيين بالعرف والتعيين بالنص « م ٤٥ »

أى ان التخصيص عرفا كالتخصيص نصا ، فاذا كان العرف يخص بعض التصرفات بشئ ، وجب مراعاة هذا التخصيص فى المعاملات كما لو نص على هذا التخصيص عند اجراء المعاملات . وهذه القاعدة والقاعدتان السابقتان من باب واحد .

المادة : ١ - لو اذن صاحب دابة الكراء المستأجر بضربها فليس له ان يضرب الا على الموضع المعتاد الضرب عليه عرفا ، فان ضربها على غير ذلك فهلك ضمن .

٢ - التوكيل بالبيع يحمل على البيع بلا ضرر ، لان هذا التخصيص هو المعروف ، فليس للتوكيل بيع شئ يضره التبعض ان يبيع نصفه ، لان ذلك يجلب ضرر اشتراك الغير مع الموكل .

٣ - اذا كانت الاعارة مطلقة كان للمستعير استعمال العارية فى أى مكان وزمان شاء ، على الوجه الذى يريده ، لكن يتقيد ذلك بالعرف ، فاذا اعار احد دابته الى شخص اعارة مطلقة فللمستعير ان يركبها الى حيث شاء فى الوقت الذى يريده ، ولكن ليس له ان يذهب بها الى المحل الذى مسافة الذهاب اليه ساعتان فى ساعة واحدة .

- القاعدة الخامسة والاربعون -

إذا تعارض المانع والمقتضى بقرم المانع « م ٤٦ »

أى إذا تعارض فى شىء امران ، احدهما يقتضى اعتبار عمل والثانى يقتضى عدم اعتبار ذلك العمل ، يرجح المانع ، ويوقف المقتضى .

المادة : ١ - اذا باع الراهن الرهن وهو فى يد المرتهن لا ينفذ البيع بحق المرتهن . فهنا ان كون المرهون ملك الراهن يقتضى نفاذ البيع ، وان كون المرهون محبوسا عند المرتهن ، يقتضى عدم نفاذ البيع بحقه ، اذ لو اعتبر نافذا بحقه لزال الحبس الذى هو من أهم احكام الرهن ، فقدم المانع على المقتضى .

٢ - اذا كان الدور الاول فى دار لشخص والدور الثانى منها لشخص آخر ، فليس لاحدهما ان يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بالآخر بلا اذنه ، لتعلق حق الآخر به ، وهو المانع ، مع ان كون الشئ مملوكا لشخص يقتضى جواز تصرف المالك به كيفما يشاء .

٣ - لو باع احد ماله المعلوم مع مال آخر مجهول جهالة فاحشة ، بعقد واحد ، كان البيع فاسدا ، فان معلومية ماله تقتضى صحة البيع ، ولكن الجهالة الفاحشة فى المال الآخر تمنع الصحة فقدم المانع .

- القاعدة السادسة والاربعون -

التابع تابع « م ٤٧ »

أى ان التابع للشيء فى الوجود تابع له فى الحكم فيترتب عليه الحكم الثابت لمتبوعه .

الامثلة : ١ - اذا بيع حيوان فى بطنه جنين يدخل الجنين فى البيع تبعاً .

٢ - اذا باع احد لآخر بستانا ؛ فالثمرة التى تحصل بعد العقد وقبل تسليم المبيع الى المشتري تكون للمشتري ، لانها تابعة للمبيع فى الوجود .

٣ - زوائد المصوب كصوف الغنم المصوبة والبانها تعود الى المصوب منه ، لان المصوب ملكه والزوائد تابعة للمصوب فى الوجود .

- القاعدة السابعة والاربعون -

التابع لا يفرد بالحكم « م ٤٨ »

أى ان التابع للشيء فى الوجود لا يجوز ان يفرد بحكم خارج عن حكم متبوعه ، لانه عند وجوده يلحقه حكم متبوعه ، فلا يمكن ان يفرد بالحكم .

الامثلة : ١ - لا يجوز بيع الجنين فى بطن امه ولا هبته .

٢ - لا يجوز بيع حق الشرب وحق المرور منفردا ، لانهما تابعان فلا استقلال بحكم عن متبوعهما .

٣ - لا تجوز الهبة للجنين لانه تابع لامه فلا يفرد بحكم . ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها :-

١ - يصح الاقرار للجنين بمال بسبب صالح أى بسبب معقول ، فاذا ولد الجنين لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كان مالكا للمقر به ، مثلا لو أقر بأن للجنين عليه مائة دينار دينا لاييه المتوفى ، فان الاقرار صحيح ، وكذا لو أقر للجنين بسيارة لاييه المتوفى صح الاقرار .

٢ - يثبت للجنين حق الارث من أبيه بشرط ان يولد حيا .

٣ - تصح الوصية للجنين ، كما لو اوصى احد جنين بشيء ، فاذا ولد لاقل من ستة اشهر من زمن الوصية فانه يملك الموصى به .

٤ - يصح ابراء الكفيل دون الاصيل ، مع ان الكفالة تابعة لاصل الدين .

٥ - للمرتهن ان يسقط حق حبس الرهن مع ان حق الحبس تابع للرهن .

- القاعدة الثامنة والاربعون -

من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته « م ٤٩ »

أى ان المالك لشيء يملك ما هو من الامور الضرورية له فى الانتفاع .

- المصدر: ١ - اذا اشترى احد دارا ملك الطريق الخاص الموصلة اليها ، لان الطريق ضرورى للدار لانه لا يتتفع بالدار بدونها .
- ٢ - من ملك عرصة ملك علوها ، لانه من ضرورياتها .
- ٣ - من ملك دارا ملك ما هو من ضرورياتها كالمطبخ ونحوه .

- القاعدة التاسعة والاربعون -

اذا سقط الاصل سقط الفرع « م ٥٠ »

اى ان التابع يسقط بسقوط متبوعه .

- المصدر: ١ - اذا ابرى الاصيل برىء الكفيل ، لان الزام ذمة الكفيل فرع عن الزام ذمة الاصيل وتابع له .
- ٢ - اذا مات الموكل او جن انزل الوكيل ، لان تصرف الوكيل فرع عن تصرف الموكل ، فاذا سقط تصرف الموكل سقط تصرف الوكيل .
- ٣ - اذا هلك المبيع بيد البائع سقط الثمن عن المشتري ، لان الثمن عوض عن المبيع ومتفرع عليه .

- القاعدة الخمسون -

السايط لا يعود كما انه المعروف لا يعود « م ٥١ »

اى ان الحقوق التى تقبل الاسقاط ، اذا سقطت فانها لا تعود

بعد سقوطها ، اما الحقوق التى لا تقبل الاسقاط فانها لا تسقط
بالاسقاط .

المادة : ١ - اذا اسقط البائع حق حبسه المبيع بالثمن فليس له
ان يجبس المبيع بعد ذلك الى ان يستوفى الثمن .

٢ - اذا بنى صاحب العرصه بناء فى العرصه التى فيها حق
المرور باذن صاحب المرور سقط حقه فلا يعود بعد ذلك ولو تهدم
البناء .

٣ - اذا اجاز الوارث وصية مورثه باكثر من الثلث بعد موت
مورثه ليس له بعد ذلك الرجوع عن هذه الاجازة .

لكن اذا اسقط الوارث حقه من الارث فانه لا يسقط ، وكذلك
اذا اسقطت الزوجه حقها من النفقة بلا عوض ، او اسقط الواهب حقه
من الرجوع . لان هذه الحقوق لا تقبل السقوط .

- القاعدة الحادية والخمسون -

اذا بطل الشئ ، بطل ما فى ضمنه « م ٥٢ »

اى اذا كان ثبوت الشئ قد حصل فى ضمن ثبوت شئ آخر ،
فاذا بطل هذا الشئ الاخر ، بطل الشئ الذى فى ضمنه . وبعبارة
اخرى : اذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن (بفتح الميم) .
والمتضمن اما (حقيقى) كالاذن بالقتل ، الداخلى ضمن البيع ، فيما لو

باع احد دمه لآخر كأن يقول له : بعتك دمي ، فان هذا البيع يتضمن الاذن بالقتل حقيقة ، واما (حكمي) كما لو اجر الموقوف عليه مال الوقف واذن للمستأجر ان يبنى فيه عمارة ، فالاذن بالعمارة غير داخل ضمن الاجارة ولكنه مسبب (بفتح الباء) على الاجارة والمسبب في حكم الداخل ضمن سببه ، لانه مترتب عليه . وقد يؤدى المقصود من القاعدة ، بقاعدة اخرى اصرح عبارة واشمل قصدا وهى : المبنى على الفاسد فاسد .

المصدر : ١ - التعاطى المبنى على البيع الباطل او الفاسد لا يثبت به البيع الصحيح . فلو باع احد ما ليس ملكه ، ثم انه تملك المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه وسلمه الى المشتري بناء على عقد البيع السابق وقبض منه الثمن ، فيما ان العقد السابق باطل فالتعاطى المبنى عليه باطل ايضا لا يثبت به بيع صحيح ، مع ان هذا التعاطى لو وقع بين البائع والمشتري ، لا بناء على العقد السابق ، بل استئنافا لبيع جديد لحصل به بيع صحيح .

٢ - لو قال احد لآخر بعتك دمي بمائة دينار وقبل الآخر ، ثم انه قتل البائع بناء على ان البيع يتضمن الاذن بالقتل (من حيث انه اذا ملك الشخص نفسه لغيره فقد جعل نفسه تحت تصرف الغير فهو مأذون ضمنا بالتصرف فيه كيفما يشاء لان المالك يتصرف فى ملكه كما يريد ويختار) فعلى القاتل القصاص ، لان البيع باطل ، فالاذن الذى

فى ضمنه باطل ايضا ، فيكون القتل قد وقع اعتبارا بدون اذن من المقتول ، وذلك يوجب القصاص بخلاف ما لو أمر احد آخر ان يقتله فقتله بناء على الامر ، فان على القاتل الدية لا القصاص لوجود شبهة الامر ، والحدود تدرأ بالشبهات .

٣ - لو وقع الصلح بين المدعى والمدعى عليه ، وفى ضمن المصالحة قد ابرأ احدهما الآخر ، او ان المدعى عليه اقر للمدعى بملكته للمصالح عليه ، ونظم المتصالحان صكا منظما من كاتب العدل ، ثم تبين ان عقد الصلح الواقع فاسد (كما لو كان المصالح عليه عن دين فرسا مجهولة) فالابراء او القرار الواقع ضمن هذه المصالحة باطل ايضا ، فليس للمقر له ، او المبرأ ان يتمسك بعد ذلك بهذا الاقرار او الابراء .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة ما اذا تصالح الشفيع عن الشفعة على مال او باع حق شفيعته الى المشتري فان الشفعة تسقط ضمن عقد الصلح او البيع ، مع ان الصلح او البيع باطل (لان الشفعة حق مجرد لا يقبل الاعتياض عنه) ، فكان يجب ان يبطل ما فى ضمنه وهو سقوط الشفعة ، وان يعود حق الشفعة كما كان . وسبب هذا الاستثناء هو ان الشفعة حق ضعيف فالسقوط يؤثر فيه ولو كان ضميا ، ولان الساقط لا يعود .

- القاعدة الثانية والخمسون -

إذا بطل الأصل يصار الى العوض « م ٥٣ »

اي ان الشيء الواجب الايفاء به ، اذا تعذر ايفاؤه بنفسه ، لسبب ما ، فانه يجب ايفاء بدله ، لان البدل قائم مقام المبدل ، معنى ، اما اذا امكن الايفاء بنفس الشيء الواجب ، فلا يجوز ان يصار الى البدل ، بل يلزم ان يصار الى نفس الشيء فيوفى ، لانه هو الواجب لا بدله . وقد امكن القيام بنفس الواجب فلا يسد غيره مسده .

الاصول: ١ - اذا كان المغصوب قائما بيد الغاصب وجب رده اليه ، ولا يصار الى مثله اذا كان مثليا ، او الى قيمته اذا كان قيميا ، لان الواجب هو رد الاصل ، وقد امكن ، لقيامه بيد الغاصب ، فلا يذهب الى عوضه . نعم اذا لم يكن المغصوب فى يد الغاصب فانه يضمن مثله او قيمته لتعذر الايفاء بالاصل ، فيصار الى البدل .

٢ - لو اتلف احد مال غيره ، يضمن مثله ان كان المستهلك مثليا ، وقيمه ان كان قيميا ، لتعذر الايفاء بالاصل ، وهو المال الذى قد اتلف ، فيصار الى بدله .

٣ - اذا استأجر احد دارا لشهر مثلا ، فاذا كان عقد الايجار جرى فى غرة الشهر ، فانه ينتهى بانتهاء الشهر مهما كان عدد ايامه ، ولكن اذا جرى بعد مرور ايام من الشهر ، فيما انه يتعذر الايفاء

بالعقد لمدة نفس الشهر ، يصار الى البدل وهو الشهر التقديرى ، وهو ثلاثون يوما .

- القاعدة الثالثة والخمسون -

يفتقر فى التابع ما لا يفترق فى المنبوع « م ٥٤ »

اى ان الشروط الواجب مراعاتها فى الشئ المقصود بالذات لا يطلب مراعاتها فى الاشياء الثابتة تبعا وحكما . وبعبارة اخرى ان ما لا يجوز فى الامور المطلوبة قصدا ، يجوز فى الامور الحاصلة ضمنا .

المصدر : ١ - لو وكل المشتري البائع على قبض المبيع ، لا يجوز ، لان الشخص الواحد لا يجوز ان يكون مسلما ومتسلما ، اذ لا بد من المغايرة بين المسلم والمتسلم ، فلو ان المبيع هلك بيد البائع بعد هذا التوكيل فانه يهلك على حسابه لا على حساب المشتري ، اى يكون مضمونا عليه بالثمن . لكن لو دفع المشتري الى البائع اكياسا وامره بكيل الطعام المبيع ووضع فى الاكياس ، او امره بطحن الطعام ففعل البائع ذلك ، كان هذا العمل قبضا من المشتري ، فلو هلك المبيع بيد البائع بعد هذه العملية فانه يهلك على حساب المشتري ، مع انه فى الحقيقة لم يتسلم شيئا وانما البائع اجرى عملا بامر المشتري ، وهو الكيل والوضع فى الاكياس او الطحن ، وهذا العمل يتضمن تسليم البائع المبيع الى نفسه نيابة عن المشتري وهذا فى الحقيقة وكالة

بالقبض ، ولكن لما كان المقصود بالامر هو التوكيل باجراء الوزن والوضع فى الاكياس او الطحن وهو توكيل صحيح لا غبار عليه ، وقد تضمن هذا التوكيل التوكيل بالقبض ايضا ، فبما ان التوكيل بالقبض فى هذه الصورة ضمنى تبعى لم يلاحظ فيه لزوم مغايرة القابض والمقبض .

٢ - المنقول اذا لم يتعارف وقفه ، لا يجوز وقفه ، لان المنقول لا يتأبد والتأبيد مطلوب فى الوقف . ولكن اذا وقف احد عقارا فان ما يتبع هذا العقار من المنقولات يكون وقفا ولو لم يتعارف وقفه ، والسبب هو ان هذا المنقول قد دخل فى الوقف تبعا فلا يشترط فيه ما يشترط فى الموقوف قصدا .

٣ - لا يجوز بيع حق الشرب او حق المرور قصدا لانهما من الحقوق المجردة ، وهى لا يعتاض عنها ، ولكن يجوز بيعه تبعا للارض او الدار .

(ويستثنى) من هذه القاعدة انه لو كفل احد بالقرض مؤجلا كان الدين مؤجلا فى حق الكفيل ولكنه لا يتأجل فى حق الاصيل تبعا ، اى لم يذهب احد الى القول بأن تأجيل القرض وان لم يجز قصدا فليكن جائزا تبعا فى هذه القضية ، فكما جاز ان يكفل به الكفيل مؤجلا فليجز ان يؤجل فى حق الاصيل ايضا تبعا ، لجواز تأجيله فى [شرح المجلة م - ٩]

حق الكفيل . وسبب هذا الاستثناء ان الكفيل انما كفل الدين الذى فى ذمة المكفول من حيث انه دين ولا يلاحظ فى الكفالة منشأ الدين الصحيح لان المقصود بها مجرد التوثيق ، فمن هذه الجهة صح التأجيل فى حقه ، ولم يعتبر جواز التأجيل فى حق المستقرض لانه اخذ قرضا والقرض لا يؤجل .

- القاعدة الرابعة والخمسون -

البقاء أسهل من الإبراء « م ٥٥ »

اى ان النظر التشريعى او النظر الفقهى ، يعتبر بقاء الشئ على حالة واستمراره عليها اسهل مما لو بدىء بايجاد تلك الحالة وانشائها .
فلهذا نرى المشرع والفقهاء يتسامحان فى الحكم ببقاء الشئ على حاله ، مع انهما لا يتسامحان فى اعتبار تلك الحالة لو اريد ايجادها واحداثها .
وهذه القاعدة معقولة فى الماديات . فالامر فى اعتبار الاحكام بالنظر لمفهوم هذه القاعدة ، هو كاعتبار مفهوم القاعدة فى الماديات .

المصدر: ١ - لا يصح ايجار المشاع لغير الشريك ، ولكن لو اجر احد داره ثم ظهر مستحق لنصفها فان الاجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة مع انه مشاع ، فقد جاز فى البقاء ما لم يجز فى الابتداء .

٢ - ليس للوكيل بيع شئ ان يوكل غيره ببيعه . ولكن لو باع ذلك الشئ فضولى وبعدئذ اجاز الوكيل المذكور بيع الفضولى فان

البيع يكون نافذاً مع ان الاجازة اللاحقة بحكم وكالة سابقة .

٣ - لو كان لاحد داران متقابلان على الطريق العام واراد ان ينشئ جسراً من احدهما على الاخرى ؛ فانه يمنع لانه ليس له ان يتصرف فى الطريق العام بدون اذن من الامر ، ولكنه لو انشأه بوجه من الوجوه لا يهدم .

- القاعدة الخامسة والخمسون -

ينقصر فى البقاء ما لا ينقصر فى الاستبراء « م ٥٦ »

اى بما ان البقاء اسهل من الابتداء فانه يتسامح فى امر بقاء الشئ على حاله ما لا يتسامح فيه لو اريد وضعه ابتداء على تلك الحالة . وهذه القاعدة فرع للقاعدة التى قبلها ومسببة عنها .

المادة : ١ - لا يصح هبة الحصة الشائعة من شئ قابل للقسمة ، لان القبض الكامل شرط فى تمام الهبة ، وهو ممكن فى هبة الحصة من الشئ القابل للقسمة ، وذلك بتقسيمه وتسليم الحصة الموهوبة مستقلة . لكن لو وهب احد لاخر داراً قابلة للقسمة مثلاً ثم استحق نصف الدار فان الهبة فى النصف الباقي تبقى صحيحة .

٢ - لا يصح بيع نصف الثمرة غير الناضجة المشتركة بين اثنين لغير الشريك ، لاقتضاء ذلك تضرر الشريك اذ على المشتري ان يأخذ نصفه بعد تمام العقد ، واخذ النصف يستلزم قطف الثمرة كلها ليتمكن

افراز النصف وفي هذا ضرر بين بالشريك ، لكن لو باع الشريك
الثمره المشتركة بعقد واحد ثم تراضى احدهما مع المشتري بفسخ البيع
فى نصيبه فان البيع يبقى صحيحا فى النصف الآخر .

٣ - لا يصح تزويج المرأة بشهادة صيين ، ولكن لو بلغا وشهدا
امام القاضى بالنكاح المذكور تقبل شهادتهما ويعتبر النكاح صحيحا .

- القاعدة السادسة والخمسون -

التبرع لا يتم الا بالقبض « م ٥٧ »

اى ان الشئ الذى يملك مجانا ، لا تتم ملكيته للمتبرع اليه الا
بعد ان يقبض ذلك الشئ ؛ فجميع تصرفاته الواقعة بعد عقد التبرع
وقبل قبض المتبرع به باطلة لورودها على ما لم يملكه .

المسألة : ١ - اذا وهب شخص لآخر سيارة فان الموهوب له
لا تتم ملكيته للسيارة الا بعد قبضها ، حتى لو مات الواهب قبل ان
يقبض الموهوب له السيارة بطلت الهبة .

٢ - لو اعار احد لآخر فرسا فان المستعير لا يملك منفعتها الا
بعد قبضها .

٣ - لو اخرج احد من جيبه مالا ليعطيه صدقة لفقير معين ، فان
الفقير لا يملك هذا المال الا بعد قبضه ، ولا يلزم مريد التصديق بشئ
بمجرد اخراجه المال لغرض اعطائه صدقة .

- القاعدة السابعة والخمسون -

النصرف على الرعية منوط بالمصلحة « م ٥٨ »

اى ان من كانت له ولاية على غيره ، عامة او خاصة ، فتصرفه على من هو تحت رعايته مرتبط بمصلحة من يتصرف عليه ، اى لا تكون تصرفاته على ما هو فى رعايته معتبرة الا اذا كان فى ذلك التصرف مصلحة له .

فلا يجوز لمجلس الامة ان يسن القوانين المخالفة للدستور لانها منافية لمصلحة الامة التى ولت المجلس على سن القوانين . ولا يجوز للحكومة ان تستملك ملك احد بلا اقتضاء المنفعة العامة لاستملاكه ، لانه تصرف على من تحت ولايتها تصرفا لا مصلحة فيه ، ولا يجوز لتولى الوقف ان يستبدل الوقف بدون سبب من الاسباب المبررة للاستبدال ، لانه تصرف لا مصلحة فيه ، ولا يجوز للوصى ان يبيع مال الصغير بغبن فاحش . وعلى هذا ففس .

ان هذه القاعدة اساس مهم يرجع اليه فى القوانين وقد كان لها المقام الاسمى فى الزمن القديم ، لدفع جور ذوى السلطان على الناس . اما فى العصر الحاضر فقد ضمنت القوانين ذلك فالتصرف على الرعية اذا جاء مغايرا للقانون يعد باطلا ، والمفروض ان التصرفات القانونية منوطة بمصلحة الرعية .

- المادة : ١ - يجوز اعفاء المتضرر من التزام الرسوم الاميرية ونحوها ، كرسوم البلديات ، لانه تصرف فيه مصلحة .
- ٢ - يجوز بيع فضلة الطريق العام للراغب فيها بثمن المثل .
- ٣ - يجوز استملاك ملك احد الناس للمنافع العامة .
- ٤ - ليس للحاكم ان يقضى بخلاف شرط الواقف المعتبر .
- ٥ - ليس للوصى ان يصالح عن اموال الصغير صلحا فيه ضرر بين ،
- انظر المادة (١٥٥٤) . وعلى هؤلاء فقس .

ولكن يلاحظ ان التصرفات قد تحددت بالقوانين على ما سبق ذكره . فالاعمال التى لم تحرمها القوانين ينظر فى تطبيقها من اولياء الامور الى هذه القاعدة .

- القاعدة الثامنة والخمسون -

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة « م ٥٩ »

الولاية نوعان :

- ١ - ولاية عامة : وهى الولاية على كل احد ، كولاية الملك فانها عامة على كل من هو داخل فى مملكته ، وولاية الحاكم فانها عامة على كل من هو داخل فى منطقة قضائه ، وولاية القائد العام فانها عامة على من ينخرط فى سلك الجيش .
- ٢ - الولاية الخاصة : وهى الولاية التى تخص شيئا معينا ، كولاية

الاب على ابنه الصغير ، وولاية المتولى على الوقف الذى تحت توليته ،
وولاية الوصى على من تحت وصايته .

وهى ثلاثة اقسام :

- ١ - ولاية فى النكاح والمال ، وهى ثابتة للاب والجد الصحيح .
- ٢ - ولاية فى النكاح فقط ، وهى ثابتة للعصبات على الترتيب
ثم للام ثم لذوى الارحام على الترتيب .

٣ - الولاية فى المال فقط ، وهى ثابتة للوصى ومتولى الوقف .
ومعنى الولاية ، هو نفاذ القول على الغير بدون نظر الى رضاه
او عدم رضاه ؛ فالولاية الخاصة بانواعها اقوى من الولاية العامة فاذا
تحققت الولاية الخاصة على شىء فلا تؤثر الولاية العامة على ذلك
الشىء ، فهى محجوبة بالولاية الخاصة ؛ فولاية المتولى على الوقف اولى
من ولاية القاضى عليه ، لكن العامة اوسع ، لهذا ان للقاضى ان يعزل
متولى الوقف اذا بدت منه خيانة .

المصدر : ١ - اذا كان للصغير ولى فليس للقاضى تزويجه حسب
ولايته العامة .

٢ - ليس للقاضى ان يتصرف فى مال اليتيم اذا كان له وصى فليس
له ان يؤجر املاكه مثلاً .

٣ - ليس للقاضى ان يؤجر املاك الوقف اذا كان للوقف متول
خاص .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة ، ما اذا كان الصغير هو ولي القتل . فان لوصى هذا الصغير ان يصلح عن القصاص بما لا يقل عن مقدار الدية ، وليس له ان يطلب القصاص ، مع ان القاضى له ان يقتص من القاتل حسب ولايته العامة ، فكانت الولاية العامة هنا اقوى من الولاية الخاصة .

- القاعدة التاسعة والخمسون -

اعمال الكلام اولى من الهمام « م ٦٠ »

اى لا يهمل الكلام مهما امكن حمله على معنى ، لان الكلام صادر من عاقل ، والاصل ان العاقل لا يتكلم باللغو والعبث ؛ فكان جديرا ان يحمل كلامه على معنى قدر الامكان ، حقيقيا كان المعنى او مجازيا .

المصدر: ١ - اذا وقف احد ملكه على ولده ثم على الفقراء ، فان كان له ولد صلب حمل الكلام عليه ؛ وان لم يكن له ولد صلب بل له حفيد حمل عليه ايضا لئلا يهمل الكلام وقد امكن اعماله . لكن اذا لم يكن له ولد مطلقا اهل كلامه هذا وصرف الريع للفقراء لانه لم يمكن اعمال الكلام .

٢ - يحمل الكلام اولا على التأسيس اى اداء معنى جديد ، فاذا لم يمكن ذلك وامكن حمله على التأكيد ، يحمل عليه ايضا . فاذا لم

يمكن حمله على شيء يلغى الكلام . مثلا لو اشهد احد على نفسه فى سند بانه عليه لزيد خمسين دينارا من دون ان يبين سببا ثم اشهد على نفسه فى سند آخر بأن لزيد عليه خمسين دينارا ، فان اشهاد الثانى يحمل على التأسيس اى على ثبوت دين جديد فى ذمته لزيد ، ولا يحمل على التأكيد للاشهاد الاول . نعم اذا اقام المدين الدليل المقبول على ان الدين الثانى هو الاول يحمل الاشهاد على التأكيد ، وكذلك لو قال احد لا آخر بع فرسى وبها من فلان فان الجملة الثانية تحمل على التأكيد لا على التأسيس واعتبار الكلام الثانى توكيلا للبيع من فلان فقط ؛ لان قرينة الحال دالة على ذلك ، كما ان العطف يشعر بهذا المراد ، فان صاحب الفرس وكل هذا الشخص على بيع فرسه مطلقا ممن شاء ثم نبهه ان يبيعها الى زيد . والعطف بالواو يقتضى مطلق الجمع وليس فيها معنى الاضراب فكان الكلام تأكيدا للتوكيل بالبيع ، لا تأسيسا لتوكيل جديد .

٣ - لو قال البائع للمشتري خفضت لك من الثمن عشرة دنانير فقبل المشتري ثم قال له خفضت لك من الثمن عشرة دنانير وقبل المشتري يسقط من الثمن عشرون دينارا بحمل الكلام الثانى على التأسيس .

- القاعدة الستون -

اذا نقررت الحقيقة بصار الى المجاز « م ٦١ »

اى اذا لم يمكن حمل اللفظ على معناه الحقيقى ، بأن كان ارادة

المعنى الحقيقى متعذرا او متعسرا فانه يحمل على معناه المجازى اذا امكن ذلك ، لان اعمال الكلام اولى من اهماله . فهذه القاعدة فرع عن القاعدة السابقة .

وتعذر المعنى الحقيقى على ثلاثة انواع :-

١ - ان يكون متعذرا فى الواقع ونفس الامر ، او متعسرا ، فان المتعسر هنا بحكم المتعذر ؛ كما لو وقف احد ملكه على ولده وليس له ولد صلب بل له حفيد ؛ فان ارادة المعنى الحقيقى متعذر فى الواقع ؛ فيصار الى المجاز وهو ارادة الحفيد من لفظ « ولد » الذى هو حقيقة فى الصلبى .

وكما لو حلف ألا يأكل من هذه النخلة ؛ فانه يحمل على ألا يأكل من ثمرها ؛ لان المعنى الحقيقى متعسر ؛ فان الاكل من نفس النخلة وان كان ممكنا الا انه متعسر ؛ فهو بحكم المتعذر ؛ لا يمكن ارادته .

٢ - ان يكون متعذرا نظرا الى العرف ، بأن كان المعنى الحقيقى مهجور عرفا ، وان ممكنا نظرا للواقع . ويسمى هذا النوع التعذر العرفى ، كما لو تعاقد تاجر مع متعهد النقل على ان ينقل امواله الى بلد كذا ، فان المعنى الحقيقى ؛ وهو نقل المتعهد الاموال بنفسه مهجور عرفا ، فهو بحكم المتعذر حقيقة ؛ فيصار الى المجاز وهو الايصال ، فيراد من النقل هنا الايصال .

٣ - ان يكون متعذرا شرعا او قانونا ، بأن يكون ارادة المعنى الحقيقى مهجورة شرعا او قانونا ؛ فهو اذا بحكم المتعذر حقيقة ويسمى هذا النوع ؛ التعذر الشرعى ، كما جاء فى المادة « ١٥١٦ » « لكل من المدعى والمدعى عليه ان يوكل من شاء بالخصومة » فان لفظ الخصومة يتعذر شرعا وقانونا ان يراد منه معناه الحقيقى وهو المنازعة ؛ لان المنازعة حرام شرعا ، ومعاقب عليها قانونا فيصار الى المعنى المجازى ، وهو الجواب فى الدعوى ، اى لكل واحد من المدعى والمدعى عليه ان يوكل غيره بالجواب عنه فى الدعوى . ففى جميع الصور المذكورة حمل اللفظ على معناه المجازى لتعذر ارادة المعنى الحقيقى ، ولم يهمل .

- القاعدة الحادية والستون -

اذا تعذر اعمال الكلام بهمل « م ٦٢ »

اى اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقى او معنى مجازى فانه يهمل ويعد لغوا من القول . وكذلك اذا كان اللفظ مشتركا « وهو ما وضع لاكثر من معنى بأوضاع متعددة كلفظ « عين » فانه وضع للباصرة ووضع ايضا لينبوع الماء وللعضو فى مجلس الاعيان وللريثة » ولم تقم قرينة على ترجيح ارادة احد معانيه ، فانه يهمل .

المصدر : ١ - اذا اقر خالد بأن زيدا الذى هو اكبر منه سنا ولده ، فان لفظ « ولد » لا يمكن حمله على المعنى الحقيقى ولا على

المعنى المجازى لتعذر ذلك فى الواقع ونفس الامر . وكذا لو توفى بكر وترك ابنا وبنتا وأقر الابن بأن لاخته من الارث نصف المال ، فان كلامه يهمل لتعذر ذلك شرعا لان نصيب البنت نصف نصيب الابن .
٢ - لو قال احد اوصيت بثلاث مالى للعين ، وكان فى البلد عضو من اعضاء مجلس الاعيان ؛ وفى البلد ايضا ريثة ذو شهرة ايضا ؛ كانت الوصية باطلة ، لان الموصى له مجهول فان ارادة كل من المعنيين محتملة ولا مرجح لارادة احدهما على الآخر .

٣ - لو قال من له اربع نسوة ؛ لامرأة تزوجتك على مهر قدره كذا ، كان لغوا اذ لا يمكن حمل قوله تزوجتك على معناه الحقيقى لتعذر ذلك شرعا ولا على معنى مجازى لعدم قرينة على ارادة معنى مجازى ، فيهمل .

- القاعدة الثانية والستون -

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله « م ٦٣ »

اى ان الاشياء التى لا يمكن تجزئتها اذا ذكر بعضها ؛ فكأن الكل قد ذكر ، واذا جرى تصرف على بعضها فان التصرف يشمل الكل .

المؤثر : ١ - لو قال احد فى معرض الكفالة بالنفس انا كفيل بنصف زيد كان كفيلاً بنفس زيد ؛ لان النفس واحدة لا تتجزأ فذكر بعضها كذكر كلها .

٢ - لو تزوج احد امرأة وذكر لها خمسة دراهم مهرا لزمه عشرة دراهم ، لان اقل المهر لا يقبل التجزئة ؛ فذكر بعضه كذكر كله .

٣ - الشفعة حق مجرد واحد لا يتجزأ ؛ فاذا سلم الشفيع الشفعة بنصف المشفوع سقطت شفعته عن الكل ؛ والسبب فى ان الشفعة لا تتجزأ ، هو انها لو تجزأت لما حصل الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة ، وهو دفع ضرر الشريك او الجار ، لان الشفيع اذا رضى بأن يملك المشتري قسما من المشفوع فقد رضى بشركة هذا المشتري او بجواره ؛ فلا يبقى لشفعته معنى او غرض منقول .

٤ - لو أسقط ولى القصاص بعضه سقط القصاص ولزمت الدية . (ويستثنى) من هذه القاعدة اذا قال احد لاخر نصفى كفيل لك بدينك الذى على زيد ، لا تنعقد الكفالة .

- القاعدة الثالثة والستون -

المطلق مجرى على اطرافه اذا لم يقم دليل التفسير نصاً أو دلالة « م ٦٤ »
المطلق هو اللفظ الشائع فى افراد مفهومة على سبيل البدل من غير تخصص ببعضها ، كلفظ رجل فانه يحتمل كل فرد ذكر بالغ من بنى آدم ، فاذا قلت لك ، اعط رجلا درهما فاذا سلمت الدرهم لاى ذكر بالغ من بنى آدم ، تكون قد امتثلت الامر . والمقيد هو

اللفظ الذى تخصص شيوعه فى بعض افراد مفهومة . كما اذا وصف الرجل بأن يكون ابيض ، او يكون فى المدرسة او نحو ذلك .
والمطلق يجرى على اطلاقه ، الا اذا قام التقييد نصا او دلالة فانه يتحدد ويضيق شيوعه حسب مفهوم القيد .

المصدر: ١ - اذا اعار احد لآخر شيئا ولم يعين المتفع ، كانت الاعارة مطلقة فللمستعير ان يستعمل العارية حسب الاطلاق فله ان ينتفع منها الانتفاع المعتاد بنفسه ، وله ان يعيره لغيره ، لكن لو قيده المير بأن قال له قد اعرتك هذا الشئ على ان تنتفع به بنفسك ، كانت الاعارة مقيدة ، فليس للمستعير ان يعير ذلك الشئ لغيره .

٢ - اذا وكل احد شخصا ببيع شئ من غير ان يقيده بضمن معين كانت الوكالة مطلقة ، فلو كيل ان يبيع ذلك الشئ لمن شاء وبأى ثمن شاء ؛ كما انه له ان يبيع كل ذلك الشئ او بعضه ، لكن اذا قيده بضمن معين فليس له مخالفة ذلك ؛ كما ان المبيع اذا كان من الاشياء الذى يضرها التبعض ، لم يكن للوكيل ان يبيع بعضه ، لان هذا التقييد معروف من دلالة العادة فان العادة ان الوكيل لا يجوز ان يقوم بعمل مضر بموكله ، ويبيع البعض مما يضره التبعض ضرر بالموكل لاداء ذلك الى اشتراك المشتري معه ، والشركة ضرر لا يتحمل بدون اختيار .

٣ - لو رأى المكاري احدا بشراء حصان له ؛ فانه يحمل بدلالة

الحال على حصان يناسب حال المكارى ؛ وهو الحصان الهجين ، فلو اشترى له فرسا أصيلا ذا قيمة غالية كان الفرس للوكيل لا للموكل .

- القاعدة الرابعة والستون -

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معبر « م ٦٥ »

اى لا عبرة بالاولوصاف التى ذكرت لتعريف الشئ المشاهد المشار اليه لانه معروف بالمشاهدة والاشارة وهما ابلغ من التوصيف ، ولكنها تعتبر فى تعريف الشئ الغائب وتعيينه ، لان الغائب لا يعرف ولا يتعين ، الا بالتوصيف . فاذا قصد احد تعريف شئ ، فذكر جنسه ووصفه ، فان كان الموصوف حاضرا اشارا اليه وهو من الجنس المذكور ، فالوصف يكون لغوا لا يلتفت اليه عند الحكم . واذا كان الموصوف غائبا فالوصف معتبر منظور اليه عند الحكم .

١ - لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر فى المجلس ، وقال فى ايجابه بعث هذا الفرس الادهم وأشار اليه ، وقبل المشتري صح البيع ، ولغا وصف الادهم ، واما لو باع فرسا غائبا وذكر انه اشهب والحال انه أدهم لا ينعقد البيع لازما ، بل للمشتري الفسخ بخيار الوصف . ولو تبين ان المبيع الحاضر المشار اليه ليس فرسا بل بغلا مثلا ، كان البيع باطلا لوروده على معدوم وقت العقد . الا اذا كان

كل من العاقلين يعلم ان المبيع المشار اليه بغل فالتعيين بالاشارة وحده
يكفى لصحة البيع .

٢ - لو قال المدعى بحضور الحاكم ان هذه السيارة الحمراء
ملكى وشهد الشهود كذلك ، مشيرين اليها مع انها صفراء تقبل
الدعوى والشهادة ؛ لان الوصف هنا لغو .

٣ - لو قال شخص لآخر وكتكت على شراء هذا الثوب الاخضر
فاشتراه الوكيل واذا هو اسود ، صح شراؤه لموكله ، وليس للموكل
عدم اعتبار الشراء له بدعوى انه ليس الموكل على شرائه ، لان الوصف
لغو والعبرة للتعيين بالاشارة .

- القاعدة الخامسة والستون -

السؤال معار في الجواب « م ٦٦ »

اى ان ما قيل فى السؤال المجاب عنه بالتصديق يعتبر معادا ضمن
الجواب ، فكان المجيب قد تكلم به على صورته الاصلية واعاده جزءا
فى جوابه .

الامثلة : ١ - اذا قال الحاكم للمدعى عليه ان المدعى يدعى عليك
بألف دينار فاجاب نعم ، يكون قد أقر بالالف ، لانه يعد انه قال :
نعم على الف دينار . وكذلك لو قال له هل تعترف بجميع ما فى هذا
الصك فاجاب نعم .

٢ - لو قال احد للمريض مرض الموت هل اوصيت بثلاث ماله وجعلتني وصيا لتنفيذ الوصية فاجاب : جعلت . يكون قد اوصى بثلاث ماله وجعل السائل وصيا لتنفيذ وصيته .

٣ - لو قال احد لا آخر اخذت مالك هذا بالف ، فاجاب المخاطب : نعم ؛ ينعقد البيع .

- القاعدة السادسة والستون -

لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بانه « م ٦٧ »
اى انه لا يقال للساكت انه قال كذا ، ولكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان ، فهذه القاعدة تحتوى على فقرتين كل منهما قاعدة بذاتها :

الاولى : لا ينسب الى ساكت قول

الثانية : السكوت في معرض الحاجة ببيان

المسألة : ١ - لو سكن احد في دار شخص وهى غير معدة للاستغلال فسكت صاحبها ، لا تعد الدار مأجورة ، لانه لا ينسب الى ساكت قول .

٢ - من رأى احدا يتلف ماله فسكت ، لا يعد المتلف مأذونا .

٣ - اذا افاد المريض مرض الموت في محضر جماعة بانه ليس مدينا لاحد ثم مات ، فادعى احد كان حاضرا مقدارا من الدين على

المتوفى تسمع دعواه ، ولا يعد سكوته عندما نفى المريض ان يكون عليه دين اعترافا بان لا دين له على المريض ، اذ لا ينسب لساكت قول .

٤ - اذا اخذ المشتري المبيع الذى لم يدفع ثمنه ، بحضور البائع فسكت ، يكون سكوته اذنا بالقبض ، لان السكوت فى معرض الحاجة بيان .

٥ - من سكن فى دار احد غصبا او عارية ، فانذره صاحب الدار بان عليه ان يدفع عن كل شهر دينارين ، والا فليخرج ؛ فسكت ولم يخرج يعد مستأجرا للدار بالمبلغ المذكور لكل شهر .

٦ - اذا رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فلا يكون سكوته اجازة .

- القاعدة السابعة والستون -

دليل الشئ فى الامور الباطنة يقوم مقامه « م ٦٨ »

اى اذا كان الشئ خفيا يتعسر الوقوف عليه ، يقام سببه الظاهر مقامه ؛ لان الانسان لا يستطيع كشف الامور الباطنة الخفية ، وانما يستطيع الوقوف على وجودها من دلائلها الظاهرية .

المصدر : ١ - اذا اوجب طالب الشراء مثلا فاشتغل طالب البيع بما يدل على الاعراض قبل ان يصدر منه القبول ، يسقط الايجاب ، فان الاعراض من الامور الخفية ، ولكن يوقف عليه من الدلائل

الظاهرة الدالة عليه كالاغتفال بما يدل عليه .

٢ - اذا ولدت المرأة لتمام ستة اشهر فصاعدا من تاريخ عقد النكاح يثبت نسب المولود من الزوج ، فان الدخول من الامور الخفية ، ويقام عقد النكاح (وهو دليلة الظاهر) مقامه .

٣ - اذا اطلع المشتري على عيب فى الحيوان الذى اشتراه فشرع بمداواته ، فانه يعد راضيا بالعيب . فان الرضاء من الامور الخفية الباطنة ولكن الشروع بالمداواة دليل على ذلك الرضاء .

- القاعدة الثامنة والستون -

الكتاب بالحطاب « م ٦٩ »

اى ان الكتاب من الغائب كالحطاب من الحاضر . فكما ان الحاضرين يعقدان بالمشافهة العقود بينهما كعقدهما البيع ، والاجارة ، والكفالة ، والحوالة ، والرهن ، ونحو ذلك فللغائبين ان يعقدا ذلك بينهما من طريق المكاتبه . ولكن يشترط فى الكتاب ان يكون مستتيئا اى يمكن قراءة خطه ، فان لم يكن مستتيئا كالحط على الماء او الهواء فلا عبرة به ، وان يكون مرسوما اى جاريا على الرسم المعتاد من وضع الحتم مثلا فى ذيل الكتاب ونحو ذلك من المراسم المتبعة فى تنظيم الكتب حسب اختلاف مصادرها ، وان يكون معنونا .

الامثلة : ١ - لو كتب احد لآخر فى كتاب مستتين معنون

مرسوم : بعثك المال الفلاني بكذا ؛ فقبل المرسل اليه شفها في المجلس الذي قرأ فيه الكتاب ، او حرر في ذلك المجلس جوابا بالقبول ينعقد اليه .

- ٢ - لو كتب الموكل الى وكيله كتابا مستتيئا معنونا مرسوما يعزله به عن الوكالة فعند وصول الكتاب اليه ينزل .
- ٣ - يجري عقد الاجارة بالمكاتبة (انظر المادة ٤٣٦ ،) .

- القاعدة التاسعة والستون -

البشارة المعروفة للمهرس بالبيان بالنسبة « م ٧٠ »

اي ان اشارات الاخرس المعروفة مقاصده منها تعتبر كالنطق ؛ فاذا أشار الاخرس بشارة يقصد منها غرضا معروفا انه اذا اراده يشير اليه بتلك الاشارة ، يعد كأنه نطق بالفاظ تدل على ذلك القصد . وهذا سواء كان الاخرس يعلم الكتابة او لم يعلمها .
والظاهر من اطلاق القاعدة ألا فرق في المسألة بين ان يكون الحرس خلقة في الاخرس او ان يكون طارئا .

- المسألة : ١ - يقع طلاق الاخرس بشارته المعروفة منه للطلاق .
- ٢ - لو حررت الوصية للاخرس فقرئت وقال الحاضرون أنشهد على ذلك ؟ فحرك الاخرس رأسه اشارة الى نعم صار موجبا .
- ٣ - يعتبر ايجابه او قبوله في سائر العقود بشارته المعروفة .

- القاعدة السبعون -

يقبل قول المترجم « م ٧١ »

اي ان قول المترجم يقبل كأنه قول المترجم عنه . ولكن يشترط
ان يكون المترجم عدلا بصيرا بالترجمة .

المؤثر : ١ - اذا لم يكن الحاكم يعرف لغة المدعى والمدعى عليه
فانه يعتمد الى مترجم عدل بصير بالترجمة فيترجم الكلام . ويقبل قول
المترجم كأنه كلام المترجم عنه .

٢ - لو شهد الشهود امام الحاكم بلغة لا يعرفها الحاكم فالامر
كما في المثال الاول .
وهكذا في سائر الشؤون .

- القاعدة الحادية والسبعون -

لا عبرة بالنظر المتبين خطؤه « م ٧٢ »

اي اذا فعل احد فعلا بناء على ظن تبين بعد ذلك انه خطأ فلا عبرة
بذلك الفعل .

١ - اذا اعطى احد لا آخر مقدارا من النقود على ظن انه مدين
له بها ثم تبين انه ليس مدينا له فانه يستعيد منه ما قد دفعه اليه .
ولا يعتبر هذا الاداء اقرارا بدين عليه .

٢ - اذا صالح احد على شىء ثم تبين ان ليس عليه شىء فان له ان يسترد بدل الصلح .

٣ - من أتلف مال غيره على ظن انه ماله بظنه فلا عبرة بظنه الخاطيء وعليه الضمان .

- القاعدة الثانية والسبعون -

المعجم مع الاحتمال الناشئ عن دليل « م ٧٣ »

اى ان ما يعتبر حجة فى الاصل ، كالاقرار والشهادة ، اذا طرأ عليه احتمال يزيل الثقة به وكان هذا الاحتمال ناشئاً عن دليل فلا يعتبر ذلك حجة ولا يبنى عليه حكم . واما الاحتمال المجرد فلا يخل بما هو حجة فى الاصل ، لان الاحتمال المجرد ما هو الا توهم ، ولا عبرة بالتوهم .

المصدر : ١ - لو أقر احد لاحد ورثته بدين ، فان كان فى مرض موته لا يعتبر اقراره ما لم يصدقه باقى الورثة ، مع ان الاقرار حجة فى الاصل ملزمة للمقر ، والسبب فى عدم اعتبار هذا الاقرار هو احتمال كون المريض قد أقر كذبا بقصد حرمان سائر الورثة ؛ وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو مرض الموت ، اما اذا كان الاقرار فى حال الصحة فانه يعتبر ويتملك المقر له المقر به ، لان احتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذ احتمال مجرد ونوع من التوهم فلا يمنع حجية الاقرار .

٢ — لا تعتبر شهادة الاجير الخاص لمؤجره ، ولا الشريك لشريكه في مال الشركة ، ولا من يتعيش في ثقة شخص لذلك الشخص ، ولا شهادة الاصول للفروع أو الفروع للاصول ، لاحتمال جر المنعم أو دفع المنعم ، أي جلب المنفعة أو دفع المضرة انظر المادة « ١٧٠٠ » . وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو القرابة ، والتعيش بالنفقة ، والشركة واختصاص الأجير .

٣ — لا يعمل بالوقفية غير المقيدة في سجل المحكمة الموثوق به (انظر المادة « ١٧٣٩ ») ، لاحتمال التزوير . وهو احتمال ناشئ عن دليل ؛ وهو كونها غير مقيدة في سجل المحكمة أو مقيدة في سجل لا يوثق به .

— القاعدة الثالثة والسبعون —

لا عبرة بالتوهم « م ٧٤ »

أي لا يبنى على التوهم حكم ، لأن الحكم لا يبنى إلا على حجة والتوهم لا يصلح حجة .

المادة : ١ — اذا ظهر مستحق لأشياء في يد أحد ؛ فاذا ادعى هذا المستحق بانه قد سرق له أموال أخرى وبما انه قد وجدت هذه

الاشياء المستحقة بيد المستحق عليه فانه يطلب منه الاموال الاخرى
المسروقة ، فلا تسمع دعواه لانها مجرد توهم .

٢ - اذا كان بين شخصين أخذ وعطاء أو حساب جار ، ثم
تحاسباه فبين أن لأحدهما في ذمة الآخر مبلغاً من النقود ، فاعطى الذي
في ذمته هذا المبلغ سنداً ، فليس له أن يتمتع عن اداء ما في السند ما لم
تتكرر المحاسبة مجدداً بناء على احتمال الغلط ، لأن هذا الاحتمال بعد
اجراء الحساب ما هو الا توهم .

٣ - ان البلاد التي أراضها في الاصل عشرية أو خراجية ؛
كالعراق ، اذا كان فيها اراضي موقوفة من القديم فلا يجوز الحكم
بكونها من الاوقاف غير الصحيحة بناء على احتمال أن أصحابها الاقدمين
قد ماتوا بلا وارث فعادت الى بيت المال واكتسبت حكم الاراضي
الاميرية فوقفت من دون أن يملكها أحد ؛ لأن هذا الاحتمال
توهم ظاهر .

— القاعدة الرابعة والسبعون —

الثابت بالبرهان الثابت بالعيان « م ٧٥ »

أي ان الشيء الثابت بالحجة كالشهادة العادلة والصكوك الموثوق

بها هو مثل الامر الثابت بالمعينة والمشاهدة ، فكما ان هذا لا يحتمل خلافه احتمالاً صحيحاً فكذلك الثابت بالحجة ، فلما راد من البرهان هو الحجة .

المسألة : ١ — اذا أقام احد الحجة المعتبرة على كون شخص قد أقر له بشيء فكما ان الاقرار لو وقع عياناً يكون مداراً للحكم ، فكذلك الاقرار الثابت بالبرهان .

٢ — لو ادعى أحد على آخر بمبلغ وأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعي الشهادة العادلة المقبولة على ذلك فانها تكون مداراً للحكم ، ويثبت الدين في ذمة المدعى عليه ، كما يثبت هذا الدين عياناً فيما لو فرض ان المدعى عليه قد أقر به .

٣ — لو قال أحد لآخر انا كفيل بدينك الذي على زيد ولم يبين في اثناء الكفالة مقدار الدين ثم أقام المكفول له البرهان على كون الدين مائة دينار مثلاً فان هذا المبلغ يطالب به الكفيل لثبوتة بالبرهان .

— القاعدة الخامسة والسبعون —

البينة على المرعى واليمين على من أنكر « م ٢٦ »

أي ان المدعي يكلف لاثبات دعواه باقامة البينة اذا كان المدعي

عليه قد انكر الدعوى ، فاذا عجز المدعي عن اقامة البينة فان المدعى عليه تتوجه اليه اليمين .

والمراد من البينة في عرف جمهور الفقهاء ، الشهادة ؛ بحيث أصبح لفظ البينة عندهم مرادفاً للشهادة . وذهب بعض الفقهاء الى أن البينة أعم من الشهادة ، فان كل ما به البيان هو بينة ؛ وقد وسع هؤلاء الأمر ولم يقتصروا لاثبات الحقوق على مجرد الشهادة (وهو رأي سديد) فان الفن مثلاً يصبح بينة في كثير من القضايا وبلوغ المفقود تسعين سنة من العمر بينة على وفاته .

(ومن أراد الاستفاضة في هذا الموضوع المهم فليراجع الجزء الأول من كتاب اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ، وكتاب الطرق الحكمية وهو أيضاً له) .

ولا توجه اليمين الى المدعي مطلقاً عند الحنفية بناء على هذه القاعدة المستندة الى نص الحديث الشريف المنطبق على المعقول .

الامتد : ١ - اذا ادعى أحد على آخر مقداراً من الدين فانكر المدعى عليه فاذا أثبت المدعي دعواه بالبينة ثبت دعواه ويحكم له بها ، وإن عجز توجه اليمين الى المدعى عليه (بطلب المدعي) فان حلف ترد دعوى المدعي ويحكم عليه بالمدعى به .

٢ - إذا اشترى أحد من آخر مالا ثم ادعى البائع على المشتري بانه قد اشترى المال بالوكالة عن فلان وانه أضاف العقد الى نفسه لذلك يطلب منه ثمن المبيع؛ لأن حقوق العقد تعود الى العاقد، وانكر المشتري كونه وكيلًا عن فلان زاعماً انه رسول عن فلان، فالبينة على البائع واليمين على المشتري عند محجز البائع عن البينة.

٣ - إذا ادعت امرأة ثقة من زوجها؛ فانكر المدعى عليه كونها زرجته، فعليها إثبات الزوجية بالبينة، فاذا عجزت يكلف المدعى عليه باليمين بطلب الزوجة، فان حلف لا تسمع الدعوى فترد، وإن نكل يحكم عليه بالنفقة.

وذهب بعض المجتهدين الى ان اليمين تتوجه الى المدعي في صورتين :
الاولى : اذا عجز المدعي عن البينة ونكل المدعى عليه عن اليمين
فان اليمين ترد على المدعي أي يكلف باليمين على دعواه، فان حلف يحكم له والا فلا يحكم له بشيء.

وهذا رأي سديد أقرب الى التوثق لأظهار الحق والى المساواة بين الطرفين فان المدعي قد عجز والمدعى عليه قد نكل، فكان في ثبوت الحق شيء من الشبهة، فيلزم درؤها يمين المدعي على دعواه. وقد أخذ بما يقرب من هذا الرأي القانون الوقفي للمرافعات الشرعية في المادة

(٣٤). وانما قلنا ان القانون المذكور قد أخذ بما يقرب من هذا الرأي لأن القانون قد خص رد اليمين على المدعي في الدعوى النيابية فقط ، كما يظهر من صراحة المادة الآتية الذكر .

الثانية : ان المدعي إذا أقام شاهداً واحداً وعجز عن الثاني فإنه يحلف بأن الشاهد الذي أقامه صادق في شهادته وأنه مستحق لما قد شهد به الشاهد ويحكم بهذه الشهادة .

— القاعدة السادسة والسبعون —

البينة لأبواب مبروف الظاهر واليمين لأبواب الأصل « م ٧٧ »

أي ان الأمور التي يشهد بها ظاهر الحال لا تحتاج الى بينة وان البينة انما يحتاج اليها في اثبات خلاف الظاهر ، وان اليمين انما يوجه لأبقاء الأصل ، فان الأصل براء الذمة ، والمنكر يتمسك ببراءة الذمة ، فاليمين انما توجه للتوثق من بقاء هذا الأصل على حاله وعلى هذه القاعدة بنيت أبحاث (القول لمن) .

المسألة : ١ — إذا ادعى أحد على آخر بأنني قد بعثك المال الفلاني وانا صغير فالبيع غير نافذ ، فأطلب رد البيع وادعى المشتري بأن البائع قد باعه المال المذكور وهو بالغ ، فالبيع لازم ، فيما ان ظاهر الحال مع

المدعى عليه فالقول قوله والبيئة على المدعى لأثبت وقوع البيع في صفه .

٢ - إذا اختلف المتبايعان في كون البيع الواقع باتاً أو بيعاً بالوفاء فالقول قول مدعي البتات ، لأنه الأصل فهو الظاهر ، والبيئة على مدعي الوفاء .

٣ - إذا اختلف المتبايعان في كون البيع وقع طوعاً أو كرهاً ، فما ان الطوع هو الأصل فهو الظاهر ، وعلى مدعي الكره البيئة .
(ويستثنى) من حكم هذه المادة تصديق الأمين براءة ذمته يمينه (انظر المادة « ١٧٧٤ ») فان ادعاه هلاك الامانة بيده مثلاً ، أو ردها الى صاحبها خلاف الظاهر ، فكان عليه نظراً لمفهوم هذه القاعدة ان يقيم البيئة على دعواه .

ووجه الاستثناء ان صفة الامانة التي اعترف بها المؤمن ، بحكم ظاهر الحال ايضاً فصدق الأمين بالنظر اليه ، فدعوى المدعي الخيانة بعد ادعائه الامانة شبيهة بالتناقض ، ولأننا لو كلفنا الأمين بإثبات الرد أو هلاك الامانة لقطعنا سبيل التأمين .

— القاعدة السابعة والسبعون —

البينة مبهمة متعربة والافرار مبهمة فاصرة « م ٧٨ »

أي ان الافرار لا يسري على غير المقر وبعبارة أخرى لا يسري الى غير المحكوم عليه ، وان البينة لا تقتصر على من اقيمت عليه بل تسري الى غيره وبعبارة أخرى لا تقتصر على المحكوم عليه بل تسري الى غيره ، فانها حجة على المحكوم عليه وعلى من تلقى المحكوم عليه الملك عنهم ، وقد تسري على جميع الناس ، وذلك في أربعة مواضع :

« ١ » الحرية . « ٢ » النسب . « ٣ » النكاح . « ٤ » الولاء . فاذا

ثبت بالبينة حرية أحد أو نسب شخص من شخص أو نكاح امرأة لرجل أو ولاء أحد لعقيق ، لا تسمع من أحد في العالم بعد ذلك الدعوى على خلاف ما ثبت بالبينة ، فاذا ثبت بالبينة كون زيد حراً ، أو كون خالد ابن سعيد ، أو كون هند زوجة علي ، أو كون مرجان عتيق صالح لا تسمع الدعوى من أحد بكون زيد رقيقه أو كون خالد ابنه ، أو كون هند زوجته أو كون مرجان عتيقه إلا إذا ادعى ان نكاح علي بهند باطل لأنها زوجته واثبت ذلك لأن نكاح من في عصمة زوج باطل . وزاد بعضهم ثبوت الوقف بالبينة ، وهو غير صحيح فان الملكية تسمع بعد ذلك من سائر الناس .

المسئلة : ١ - إذا أقام من له دين في ذمة المتوفى الدعوى على أحد الورثة اضافة الى التركة فاذا اثبت دعواه بالبينه فان الحكم الذي يبنى على البينه المذكورة يكون شاملاً لجميع الورثة ، ولكن إذا لم يثبت الدعوى بالبينه بل باقرار أحد الورثة الذي اتخذه خصماً ، فان الحكم الذي يصدر بموجبه يختص بما يصيب حصة المقر من الدين اضافة الى التركة (انظر المادة « ١٦٤٢ ») .

٢ - إذا أمر أحد الشريكين شريكه ببيع الدار المشتركة مثلاً ثم أقر الأمر بأن البائع قد قبض جميع الثمن فان المشتري لا يبرأ من نصيب البائع .

٣ - إذا اشترى أحد من آخر سيارة مثلاً بمبلغ معلوم ثم ادعى بها شخص ثالث واثبت بالبينه انها ملكه وأخذها من يد المشتري فان للمشتري ان يرجع على البائع بالثمن وليس للبائع ان يمتنع من اعادة الثمن اليه بدعوى ان الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لعدم حضوره الخصومة . اما إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينه بل باقرار المشتري فان للبائع ان يمتنع عن اعادة الثمن لأن الحكم باستحقاق لا يسري عليه لثبوته بالاقرار .

— القاعدة الثامنة والسبعون —

المرء مؤاخذ بإقراره « م ٧٩ »

أي ان المرء إذا أقر بشيء فانه يلزم بما أقر به ولا ينفعه بعد ذلك ادعاؤه الخطأ في الاقرار ، ولكن إذا كذب الاقرار بحكم الحاكم فلا يعتبر الاقرار شيئاً (انظر المادة « ١٥٨٧ ») .

المسألة : ١ — إذا أقر أحد لآخر بدين فانه يلزم به ولا تنفعه دعوى الایفاء ، لأن هذه الدعوى رجوع عن الاقرار . اللهم إلا إذا ادعى وقوع الایفاء بعد الاقرار فيجري الأمر حينئذ وفق المادة « ١٦٣٢ » .

٢ — إذا ادعى المشتري بأن في المبيع عيباً قديماً وأقر البائع بذلك فلمشتري رد المبيع بناء على الاقرار .

٣ — إذا أقر الشركاء الذين اقتسموا الملك المشترك بأنهم قد استوفوا حقوقهم ، فلا تسمع من أحدهم دعوى الغبن الفاحش في القسمة (انظر المادة « ١١٢٧ ») .

— القاعدة التاسعة والسبعون —

لا مزج مع التناقض لكنه لا يختلف مع حكم الحاكم « م ٨٠ »

أي ان الحجة تبطل بسبب التناقض فلا يبنى عليها حكم حينئذ ولكن اذا لحق الحجة حكم قبل وقوع التناقض فلا يحتل الحكم بعد حصول التناقض . والمراد من الحجة هنا الشهادة ، إذ لا عبرة بالتناقض في الاقرار . فاذا انكر المدعى عليه الدين ثم أقر به فانه يلزم بالاقرار ولا يخل هذا التناقض بمقام الاقرار .

المسألة ١ : — لو رجع الشاهدان عن شهادتهما قبل الحكم فانه لا تبقى شهادتهما حجة ، لكن لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به اولاً فانه لا ينقض ذلك الحكم وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به ، أي ان يعطياه بدله فان كان مثلياً فهو المثل وان كان قيمياً فهو القيمة . ووجه الضمان هو ان الشاهدين سببا ضرر المحكوم عليه تعدياً وتعمداً والمسبب المعتدي المتعمد ضامن ، ولا يقال ان القاضي مباشر فيلزم ان يكون عليه الضمان لأن القاضي بعد قيام الشهادة العادلة ليس في وسعه إلا ان يحكم بحيث انه اذا لم يحكم بعد قيام الشهادة المذكورة فانه يستحق العزل .

- ٢ - اذا شهد الشهود بطلاق الرجل زوجته فحكم الحاكم بالطلاق ثم رجعوا عن الشهادة فانهم يضمنون للزوج المهر المؤجل وثيقة العدة .
- ٣ - اذا شهد الشاهدان بأن زيدا قتل عمراً عمداً ، فحكم الحاكم بالقصاص ، وبعد ان نفذ القصاص رجع الشاهدان فانهما يضمنان الدية .

— القاعدة الثمانون —

قد بَيَّنَّ الفرع مع عدم ثبوت الاصل « م ٨١ »

أي قد يحكم بشيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع وذلك لقيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم .

المصدر : ١ - قال رجل لزيد على خالد كذا ديناً وانا كفيل به ، فادعى زيد على خالد بالدين المذكور فأنكره وعجز المدعي من اثبات الدين عليه وحلفه فأنه لا يلزم بشيء ، ولكن لزيد ان يطالب الكفيل بالدين المذكور ويحكم بالزامه به بناء على اقراره . فقد ثبت التابع ولم يثبت المتبوع ، وثبت الفرع وهو الكفالة ولم يثبت الاصل وهو الدين .

٢ - اذا ادعت فاطمة على سعد بالنفقة لولدها فانكر الزوجية وعجزت عن اثباتها فان دعواها بالنفقة لا تسمع ، ولكن لو ادعى الولد

بعد ذلك كونه ابن سعد وأثبت ذلك بدعوة سعد إياه فإنه يثبت نسبه منه ، فهنا قد ثبت النسب الذي هو فرع ولم يثبت النكاح الذي هو أصل .

٣ — إذا أقر علي بأن خالد على عمر مائة دينار وأنه قد أحاله عليه بهذا الدين فإنه يلزم باداء المحال الى خالد ، لكن لو أراد المحال عليه الرجوع على المحيل وأنكر عمر هذه الحوالة فمعجز علي عن اثباتها فاذا حلف عمر فإنه يبرأ . فهنا قد ثبت الفرع بدون ثبوت الاصل .

— القاعدة الحادية والثمانون —

المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط « م ٨٢ »

التعليق عبارة عن ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى ، كقولك ان اشترى منك زيد مالاً فأنا كفيل بضمنه ، فقولك : [اشترى منك زيد مالاً] جملة ، وقولك : [انا كفيل بضمنه] جملة ، وقد جعل حصول مضمون الجملة الثانية مرتباً بحصول مضمون الجملة الاولى ، وذلك بواسطة أداة الشرط [ان] مع [الفاء] وتسمى الجملة الاولى شرطاً والثانية جواباً وجزاء .

ويشترط لاعتبار التعليق أمران :

أ - أن يكون الشرط معدوماً يمكن وجوده في زمن بعد التكلم
ب - أن يكون التعليق الواقع مشروعاً .

فإن لم يكن الشرط معدوماً بل كان موجوداً وقت التكلم لا يكون الكلام تعليقاً بل تنجيذاً في صورة التعليق فيترتب عليه أحكام التنجيز لا التعليق . مثلاً لو قال أحد ان كانت هذه الدار ملكي فهي وقف على الفقراء ، وكانت ملكه وقت التكلم صح الوقف لأن الصيغة تنجيز في الحقيقة وان كانت تعليقاً صورة . بخلاف ما لو قال ان جاء سعيد من سفره فداري وقف على الفقراء فإن الدار لا تكون وقفاً ، لأن الوقف لا ينعقد بصيغة التعليق حقيقة .

وان كان التعليق الواقع غير مشروع . فانه يكون فاسداً ، أي لا يترتب على ثبوت الشرط ثبوت الجواب ، كقولك ان قدمت الى بغداد فقد بعثك فرسي ، فما ان تعليق البيع غير مشروع لا يلزم من حصول الشرط ، وهو القدوم الى بغداد حصول البيع .

ان التصرفات من حيث تعليقها على ثلاثة انواع :

أ - ما لا يجوز تعليقه مطلقاً وهو : البيع ، الاجارة ، الاعارة ، الهبة ، الاستئجار ، الصدقة ، اجازة عقد [مثل اجازة عقد الفضولي] ، الاقرار ، البراء ، الصلح عن مال على مال ، المزارعة ، المساقاة ، الوقف ،

التحكيم ، الرهن ، الاقالة ، تسليم الشفعة قبل البيع ، ابطال رد المبيع بخيار العيب أو بخيار الشرط ، عزل الوكيل ، حجز المأذون .

(ويستثنى) من الابرأء تعليقه على الموت كأن يقول الدائن للمدين إذا مت فانت برىء من الدين ، فانه صحيح إذ انه يحمل على الوصية .
(ويستثنى) من الاقرار ما اذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس ، فان الاقرار المعلق حينئذ يحمل على الاقرار بدين مؤجل مثل ان يقول أحد الآخر ان أتى الشهر الفلاني فأنا مدين لك بمائة دينار (انظر المادة « ١٥٨٤ ») .

ب — ما يجوز تعليقه على الشرط الملائم فقط ، وهو الشرط الذي يؤيد مقتضى العقد . وهذا النوع يشمل : الأذن بالتجارة ، عزل القاضي ، تولية القاضي ، الامارة ، الكفالة ، الابرأء عن الكفالة ، الوصية ، الحوالة .

ج — ما يجوز تعليقه على مطلق الشرط ، ويشمل هذا النوع الاسقاطات المحضة كالطلاق ، وتسليم الشفعة ، والنذر ، والوكالة ، والايضاء أي اقامة الوصي .

المصدر : ١ - لو قال أحد لوكيله كلما عزلتك فانت وكيل ، فاذا عزله انعقدت وكالة جديدة .

٢ — اذا قال شخص لآخر اذا قدم زيد من سفره فأنا كفيل بما لك عليه من الدين تنعقد الكفالة عند قدوم زيد .

٣ — اذا قال شخص لآخر أوصيت لك بثلاث مالي اذا رضي فلان فاذا رضي فلان تحققت الوصية .

— القاعدة الثانية والثمانون —

يلزم مراعاة الشرط بقرر المطلبه « م ٨٣ »

أي ان الشروط المشروعة يلزم ان تراعى مهما امكن . والشرط هو ما يتوقف عليه الشيء وكان خارجاً عن ماهيته . والغرض من الاتيان به الزام أحد العاقدین الآخر بشيء . وهو ثلاثة اقسام :

أ — الشرط الصحيح ، وهو اربعة انواع :

« ١ » ما يقتضيه العقد أي ما يدل عليه العقد ولو لم يذكر ، كاشتراط تسليم المبيع واستلام الثمن ، أو الاتفاق على الزوجة .

« ٢ » ما يلائم العقد ويؤكده موجباً ، كاشتراط أخذ رهن أو كفيل بالثمن .

« ٣ » ما يجري به العرف ، كشرط اصلاح الساعة المبيعة سنة ،

واصلاح ما كنة الخياطة خلال مدة ، ونحو ذلك مما جرى به العرف .

« ٤ » ماورد به الشرع كالبيع على شرط ان للبائع أو المشتري الخيار مدة معلومة وكشروط الواقفين شروطاً لا تؤثر على أصل الوقف ولا تعطيل منافعه .

ب — الشرط الفاسد : وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وفيه نفع لأحد العاقدين أو آدمي آخر غيرهما ، كاشتراط البائع ان ينتفع من المبيع سنة .

ج — الشرط الباطل أو اللغو : وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، ولا نفع فيه لأحد ، كأن يشترط البائع عدم تصرف المشتري بالمبيع .

فإذا كان الشرط صحيحاً وجب العمل به . وإن كان فاسداً ، فسد العقد والشرط . وإن كان لغواً صح العقد وبطل الشرط . وذهب بعض المجتهدين الى أن الشروط معتبرة مطلقاً ما لم تبح حراماً أو تحرم حلالاً أو أن تكون لا فائدة منها .

وإطلاق القاعدة التي نحن بصددھا توافق هذا الرأي وهي تصلح أن تكون مأخذاً للمادة [٦٤] من أصول المرافعات الحقوقية .

المصدر : ١ — اذا أجر أحد داره وشرط على المستأجر تعجيل الاجرة اتبع الشرط .

٢ — اذا اشترط رب المال على المضارب ألا يعمل في البلد الفلاني
صح الشرط ، فاذا خالف الشرط فحسر لزمه الضمان .

٣ — اذا اشترط الواقف شروطاً لا تؤثر على نفس الوقف ولا
تعطل منافعه لزم العمل بها .

— القاعدة الثالثة والثمانون —

المواعير بصورة التعليق تكون لازمة « م ٨٤ »

أي ان الوعد اذا صدر من أحد معلقاً على شرط وجب الوفاء به ،
لأن الوعد بالكيفية المذكورة يكون معنى التعهد والالتزام ظاهراً فيه
فيجب الوفاء به . أما الوعد المجرد فليس فيه معنى التعهد والالتزام فلا
يكون لازماً ولا يجب الوفاء به ، وإن كان الوفاء به من محاسن
الاخلاق .

الامثلة : ١ — لو قال رجل لا خربع هذا الشيء لفلان ، وإن لم
يعطك ثمنه فأنا اعطيه لك ، فلم يعط المشتري الثمن ، لزم الرجل أداء
التمن المذكور بناءً على وعده المعلق .

٢ — اذا قال أحد لا خربع اذا جئت الى دارى فاني اكرمك فانه
نظراً لمفاد هذه القاعدة على الموعد أن يكرم الموعود شيئاً عند تحقق
الشرط .

٣ - اذا قال شخص لآخر اذا دلتني على فلان فاني اعطيك دينارين فاذا دلاه عليه لزمه الديناران .

ويتضح من هذه الامثلة أن لزوم المواعيد المبحوث عنها انما يعتبر اذا كان المعلق عليه مما قد يستحق مقابلاً ، أو مما يتحقق به توثيق لحق .

— القاعدة الرابعة والثمانون —

الخراج بالضمان « م ٨٥ »

أي ان انتفاع المرء من الشيء هو بمقابلة ضمانه ذلك الشيء ، فكما ان ضمانه عليه فنفعه راجع اليه ، وبعبارة أخرى ان من يضمن شيئاً لو تلف فانه ينتفع به في مقابلة الضمان . والخراج معناه ما يخرج ويتحصل من الملك ، كزوائد الحيوانات من لبن وصوف ، وتاج الارض من طعام ، وكالركوب على الحيوان ، والسكنى في الدار أو الحانوت . والضمان معناه المؤنة أي مصاريف الشيء وخسارته .

المصدر: ١ - لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي ان خسارته كانت عليه .

٢ - الغاصب ينتفع من المقتصوب لقاء ضمانه اياه .

٣ - الشريك في شركة التقبل يستحق من الربح ولو لم يعمل وذلك بسبب ضمانه العمل .

— القاعدة الخامسة والثمانون —

الاجرة والضمان لا يجمعانه « م ٨٦ »

أي ان المحل الذي يجب فيه الضمان لا تجب فيه اجرة . والمراد من ضمان الشيء هو إعطاء مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً . والسبب في عدم اجتماع الاجر والضمان هو ان في الضمان معنى التملك فالضامن كالمالك .

المسألة ١٠ - الدابة التي استكريت للركوب لا تحمل ، فان حملت فهلكت لزوم المستكري الضمان ولكن لا تلزمه الاجرة .

٢ - من استأجر ثياباً لأن يلبسها بنفسه ، فاذا ألبسها غيره فعيبت أو رثت ضمنها ولا أجره عليه .

٣ - من غصب شيئاً غير معد للاستغلال ولا هو مال وقف أو مال يتيم ، فاذا هلك في يده ضمنه ولا اجر عليه .

— القاعدة السادسة والثمانون —

الغرم بالغرم « م ٨٧ »

ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره .

المصدر : ١ — رسوم الطابو اللازمة في تسجيل بيع العقار على المشتري ، لأن منفعة التسجيل المذكور عائدة اليه [انظر المادة « ٢٩٢ »] .

٢ — مؤونة ككري النهر المشترك توزع على الشركاء حسب ارتفاع كل واحد من الككري [انظر المادة « ١٣٢٦ »] .

٣ — من وجد في الطريق العام مقتولاً فديته على بيت المال ، ومن قتل وليس له ولي فديته لبيت المال .

— القاعدة السابعة والثمانون —

النقمة بقرر النقمة و النعمة بقرر النقمة « م ٨٨ »

تحتوي هذه القاعدة على فقرتين :

(الاولى) : النقمة بقدر النعمة : وهي القاعدة السادسة والثمانون

« الغرم بالغرم » بمعنى واحد .

(الثانية) : النعمة بقدر النقمة : وهي القاعدة الرابعة والثمانون

« الخراج بالضمان » بمعنى واحد . ولا تختلف هذه القاعدة عن القاعدتين المذكورتين الا باللفظ .

-- القاعدة الثامنة والثمانون --

يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجزأ « م ٨٩ »

ان الفعل ينسب الى فاعله فالتبعة المترتبة على الفعل يتحملها فاعله الا اذا كان الفاعل مكرهاً (بفتح الراء) فان الفعل ينسب حينئذ الى المكره (بكسر الراء) وتبعة الفعل تكون عليه .

المادة ١ : — لو أمر أحد آخر باتلاف مال شخص فأتلفه المأمور بالضمان عليه .

٢ — لو باع أحد لآخر داراً وقبل أن يسلمها الى المشتري أمر شخصاً بهدمها فهدمها وهو يعلم أن الأمر قد باعها ، فان للمشتري أن يضمن الهادم الضرر .

٣ — لو أكره أحد شخصاً لأكراهاً ملجئاً على إتلاف مال غيره فان الفاعل لا يضمن بل الضمان على من أكرهه [انظر المادة « ٧٤٩ » والمادة « ١٠٠٧ »] .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة ما لو أمر العاقل البالغ صبيّاً

باتلاف مال أحد فأتلفه فإن الضمان لازم من مال الصبي إلا أن ولي الصبي يرجع على الأمر بما ضمن الصبي ، غير أنه إذا كان الأمر صبياً أيضاً فلا يرجع ولي الصبي المأمور على الصبي الأمر بما ضمنه المتلف .

— القاعدة التاسعة والثمانون —

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر « م ٩٠ »

أي إذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب فإن الحكم الذي يترتب على الفعل المذكور يقع على المباشر لا على المتسبب ، وبعبارة أخرى : يقدم الفاعل على المتسبب في أمر الضمان .

المصدر : ١ — لو حفر أحد بئراً في الطريق العام فألقى شخص فيها مالاً لشخص آخر قتلف ، ضمن الذي ألقى المال في البئر ولا شيء على حافرها .

٢ — لو دل أحد سارقاً على مال شخص فسرقه فالضمان على السارق وليس على الدال شيء .

٣ — إذا وضع أحد سكرًا في النهر ليصرف الماء إلى سقي أرضه ، فإذا أكل السقي وأبقى السكر حتى اجتمع الماء وانصب إلى مزروعات غيره فأتلفها ، فإنه يكون مسبباً للضرر ويضمن من جراء تسببه ، لكن

لو كان انصباب الماء حصل بفعل شخص آخر قد فتح الماء المتجمع على تلك المزروعات فان الضمان يكون عليه لا على المتسبب .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة :

أ — ما لو دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقتها فان الوديع يضمن مع انه متسبب والسارق مباشر .

ووجه الاستثناء هو أن الوديع يعد حينئذ مقصراً في الحفظ يضمن .

ب — اذا حكم القاضي بناءً على الشهادة القائمة المعتبرة ثم رجع الشهود عن شهادتهم فانهم يضمنون للمحكوم عليه ، ما قد خسره ، مع ان الشهود مسببون والقاضي مباشر .

ووجه الاستثناء أن الشهود يعدون بحكم المباشرين لأن القاضي مجبور على الحكم بعد قيام الشهادة وليس في وسعه أن يمتنع عن الحكم ، حتى انه لو امتنع عن الحكم بعد توفر أسباب الحكم التي من جملتها الشهادة المعتبرة يستحق العزل .

— القاعدة التسعون —

الجواز الشرعي يتأني الضمان « م ٩١ »

أي اذا كان فعل شيء جائزاً لشخص فاذا أوقع الشخص ذلك الفعل وترتب عليه ضرر لا حد فلا ضمان على الفاعل .

المثلة : ١ - اذا استأجر أحد دابة ليحمل عليها شيئاً معيناً فحمل عليها ما هو مثله أو أقل منه كلفة ، فهلك لا ضمان عليه لأنه يجوز لمن استأجر دابة ليحملها شيئاً معيناً ان يحملها ما هو مثله أو أقل منه كلفة [انظر المادة « ٦٠٥ »] .

٢ - اذا حفر أحد في ملكه حفرة فسقط فيها دابة أحد فهلك لا ضمان على صاحب الحفرة .

٣ - اذا أخذ الوكيل بالبيع رهناً بالثمن ثم هلك الرهن وسقط الثمن من جراء هلاك الرهن ، فلا ضمان على الوكيل لأن الوكيل يجوز له أخذ رهن بالثمن .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة : ما اذا غاب أحد الشريكين في البستان فقام الآخر عليها وعند ادراك الثمر يجوز له ان يبيع حصة شريكه من الثمرة ويحفظ ثمنها . غير ان شريكه اذا عاد فان له ألا يجيز

فعل شريكه في أمر البيع وان يضمنه حصته .

وليست المسألة الواردة في المادة (٣٣) بمستثناة من حكم هذه القاعدة لأن الشرع انما يجوز للجائع المضطر ان يأكل مال غيره على شرط ان يدفع اليه ثمنه ، ولم يجوز له الاكل مطلقاً .

— القاعدة الحادية والتسعون —

المباشر ضامن وانه لم ينعمر « م ٩٢ »

أي ان المباشر للفعل الذي يترتب عليه الضمان يضمن مطلقاً سواء كان متعمداً لايقاع الفعل أم لم يكن . وسواء كان متعمداً أو غير متعد . لأن المباشر علة مستقلة للاتلاف فعدم التعمد لا يصلح له عذراً للتخلص من اتلاف مال الغير .

المصدر : ١ — اذا زلق احد وسقط على مال آخر واتلفه فانه يضمن (م ٩١٣) .

٢ — لو اطلق احد في ملكه بندقية للتفكه فاصابت دابة احد فأتلفتها ضمن مع انه غير متعمد ولا متعد .

٣ — اذا استأجر احد شخصاً لهدم جداره فسقطت حجارة في اثناء الهدم على مال احد فأتلفته ضمن الهادم مع انه غير متعمد ولا متعد .

— القاعدة الثانية والتسعون —

المسبب لا يضمن الا بالتعمير « م ٩٣ »

أي ان فعل المسبب المفضي للضرر لا يوجب ضمانه الا اذا كان المسبب متعمداً لفعله . وهنا شرط آخر وهو ان يكون متعمداً في فعله كما هو المفهوم من قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان . فالمسبب إذاً لا يضمن الا بشرطين « الاول » ان يكون متعمداً الفعل . « الثاني » ان لا يكون له حق في اجراء الفعل الواقع . فاذا خلا فعله من احد الشرطين فلا ضمان عليه .

المصدر : ١ — اذا جفلت دابة احد من مشي شخص فضاعت لا ضمان على الشخص ، أما اذا أجفلها بحركة منه فانه يضمن لأنه حينئذ متعمد متعمد .

٢ — من احرق الحشائش التي في ارضه فتوسع الحريق الى ارض غيره فاحرق مالاً لا آخر لا ضمان عليه . لكن اذا كان احراقه الحشيش في ظروف تدعو الى توسع الحريق خارج ارضه كأن يكون الاحراق في وقت اشتداد الهواء ، فانه يمد متعمداً فيضمن .

٣ - إذا جرى احد بسيارة في الطريق العام على المعتاد فأحدثت السيارة خسفاً في الطريق فسقطت فيه دابة احد فهلكت لا ضمان عليه لأنه غير متعمد .

٤ - إذا سقى احد ارضه من النهر حسب المعتاد غير ان الماء تسرب الى ارض مجاوريه لأسباب لا علم له بها فاتف لهم شيئاً ، لا ضمان عليه لأنه غير متعمد .

— القاعدة الثالثة والتسعون —

مناية العجماء ميار « م ٩٣ »

أي ان ما تتلفه البهيمة هدر لا ضمان على صاحبها .

المصدر : ١ - إذا ادخل احد دابته في ملك غيره باذنه لا يضمن ما تتلفه الدابة هناك .

٢ - لو ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فاتفقت إحدى الدابتين الاخرى ، لا ضمان على صاحب الدابة .

٣ - إذا كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها ، فأضرت لا يلزمه الضمان .

لكن هذا اذا لم يكن لصاحب الدابة تسبب أو تعد أو تقصير ؛

فلو كان لصاحبها شيء من ذلك فانه يضمن جنايتها لأنه يعتبر مسبباً .
مثلاً اذا ادخل احد الدابة في مزرعة احد فانه يضمن ما اتلفته الدابة .
وكذلك اذا رأى احد دابته تستهلك مال احد فلم يمنعها ، فانه يضمن
الضرر الذي احدثته ، لأنه بتقصيره يعد مسبباً متعدياً ، وكذلك اذا
اطلق احد فرسه في الطريق العام فأتلفت مال احد ، فانه يضمن .
اما اذا اطلق الدابة التي جرت العادة بسيرها في الطريق مطلقاً ،
فانها لا يضمن جنايتها لانه غير متعد حينئذ .

— القاعدة الرابعة والتسعون —

الامر بالتصرف في ملك الغير باطل « م ٩٥ »

أي اذا امر احد غيره بأن يتصرف في ملك شخص فلا عبرة
بهذا الامر فاذا تصرف المأمور وترتب على تصرفه شيء فالتبعة عليه
لا على الأمر .

المصدر : ١ - اذا امر احد آخر بأن يحرق مال شخص ، فأحرقه
فالضمان على المأمور لأن أمر هذا الأمر لا عبرة به .

٢ - لو قال الدائن لمدينه عندما اراد ان يسلمه الدين إرمه في
البحر فرماه ، فلا عبره بهذا الأمر ويبقى الدين بحاله في ذمة المدين ،

لأن المال الذي بيد المدين ملكه قبل ان يقبضه الدائن .

٣ - لو قال أحد لآخر افتح باباً في هذا الجدار ففتح المأمور باباً وظهر ان الجدار ملك الغير فالضمان على المأمور ، لكن لو قال الأمر للمأمور افتح لي في هذا الجدار باباً ففتح فان المأمور يضمن ولكنه يرجع على الأمر بما ضمن ، وكذلك الحكم لو كان الأمر ساكناً في دار وأمر أحداً بهدم جدار فيها ثم تبين ان الدار ملك الغير فان المأمور يضمن ولكن له الرجوع على الأمر وكذلك الحكم لو استأجر أحداً لفتح باب في جدار وظهر ان الجدار ملك الغير فان المأمور يضمن وله الرجوع على الأمر .

والحاصل ان لبطان الأمر شرطين : « الاول » : ان يكون التنفيذ في ملك الغير .

« الثاني » : ألا تكون للأمر ولاية ما على المال . ويتفرع على الشرط الأول ان أحداً لو أمر شخصاً بأن يتلف مال الأمر فأتلفه لا ضمان عليه لأنه يعد وكيلاً عنه في اتلاف ماله . ويتفرع على الشرط الثاني : لو أعار أحد الشركاء المال المشترك بدون اذن شركائه وأمر أحداً ان يسلم العارية الى المستعير ، فامثل المأمور الأمر ، فالضمان على الشريك لا على المأمور فيما لو هلكت العارية .

— القاعدة الخامسة والتسعون —

لا يجوز لأمره ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه « م ٩٦ »

أي ليس لأحد حق التصرف في ملك غيره الا اذا أذن له المالك .
وكذلك اذا كانت له ولاية عليه ، لأن الولي قائم مقام المولى عليه .

الامثلة : ١ — ليس لأحد أن يستعمل جدار جاره بأن يضع
عليه جوائز سقفه أو يركز عليه عقادة غرفته بلا اذن من جاره . واذا
فعل ذلك كان لجاره حق طلب رفع ذلك .

٢ — ليس لأحد ان يدخل ملك غيره بلا اذنه .

٣ — ليس لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص ان يفتح
عليه باباً للمسكة بلا اذن من اصحاب الطريق . فان فعل كان لكل واحد
من اصحاب الطريق طلب سد الباب .

اما اذا كانت لأحد ولاية على غيره فانه يجوز له ان يتصرف في
ملك المولى عليه بما فيه مصلحة على مامر في قاعدة : التصرف على الرعية
منوط بالمصلحة . فيجوز لولي الصغير ان يبيع مال الصغير وان يرهنه على
ما مر في نظرية العقد . ويجوز لولي الأمر ان يأمر بهدم ملك بعض
الناس لحصر الحريق ومنعه عن التوسع .

اما التصرف في ملك الغير باذنه صراحة أو دلالة فمعتبر ، فلو كيل
ان يتصرف في ملك موكله ضمن حدود الوكالة ، لأنه مأذون بذلك
حسب وكالته . وللشريك ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك بغية
شريكه ، لأنه مأذون بذلك حكماً .

ويجوز للشخص ان يتصرف في ملك غيره بلا اذنه للضرورة ،
كما لو وقع ثوب أحد في دار غيره وخاف ان يحرقه الغير فان له ان يدخل
الدار لأخذ الثوب .

— القاعدة السادسة والتسعون —

لا يجوز لأمر انه يأخذ مال أمر به بسبب شرعى « م ٩٧ »

أي ليس لأحد ان يأخذ مال غيره بسبب غير مشروع ،
كالغصب ، والسرقه ، والرشوة ، سواء أكان الآخذ جاداً أو هازلاً ،
أو ناسياً لأن حقوق الناس محترمة ، والنسيان والهزل لا يكون عذراً
في حقوق الناس . فاذا أخذ أحد مال غيره بوجه من الوجوه غير
المشروعة وجب عليه رده اليه واذا هلك قبل رده اليه ، لزمه الضمان .

الأمثلة : ١ — اذا غصب أحد مال شخص وجب عليه رده بعينه

فان هلك قبل الرد فعليه الضمان .

٢ — اذا أخذ أحد مال شخص هازلاً وجب عليه ان يرده اليه ،
وإذا هلك قبل الرد لزمه الضمان .

٣ — اذا صالح أحد آخر عن الدعوى ثم ظهر بعد ذلك ان ليس
له أي حق في الدعوى التي اقامها كان له ان يسترد بدل الصلح . مثلاً
لو ادعى المشتري رد المبيع بخيار العيب وانكر البائع وجود العيب ثم
صالح المشتري البائع على ان يبرئه من العيب المذكور ، على مقدار من
المال ، ثم ظهر ان ليس في المبيع عيب أو ان العيب كان قد زال ، فان
للبيع ان يسترد بدل الصلح .

اما اذا كان أخذ مال الغير بسبب مشروع كالبيع ، والهبة ، فلا
كلام في جوازه .

— القاعدة السابعة والتسعون —

تبرل سبب الملك قائم مقام تبرل الزات « م ٩٨ »

أي ان اختلاف الاسباب في تملك الاعيان بمنزلة اختلاف
الاعيان ، فان العين الواحدة اذا تبدل سبب تملكها تعد كأنها قد تبدلت ،
فكأنها بعد تبدل سبب التملك فيها هي غيرها قبل تبدل السبب .

المثلة : ١ — اذا وهب شخص لآخر مالاً ثم وهبه الموهوب

له لآخر أو بآعه اليه ، فليس للواهب الاول الرجوع عن هبته وأخذه المال المذكور ، لأن المال المذكور بعد أن تبدل سبب التملك فيه ، قد عد انه غير المال الذي وهبه الواهب الأول ، وكأنه مال آخر غير ماله السابق .

- ٢ — اذا باع أحد داره لشخص ، ثم باعه المشتري لشخص آخر ، فان للبائع الاول طلب الشفعة في الدار اذا كان حاصلًا على سبب الشفعة .
- ٣ — اذا طلق رجل امرأته ثلاثًا ثم تزوجت من شخص آخر فطلقها هذا ايضًا ، جاز للاول ان يتزوجها بعد ذلك ، لتبدل سبب تملك التمتع بين الزوجين .

— القاعدة الثامنة والتسعون —

من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه « م ٩٩ »

أي اذا كان استحقاق المرء لشيء ، انما هو في حالة لم تحن بعد ، فاذا عجل وقوع تلك الحالة قبل اوانها الطبيعي فانه يعاقب بالحرمان من استحقاق ذلك الشيء .

المسئلة : ١ — من قتل مورثه بغير حق يحرم من إرثه .

٢ — من اوصى لأحد بشيء ، ثم قتل الموصى له الموصي ، فانه

يحرم من الوصية .

٣ — اذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بدون رضاها ومات وهي في العدة ، فانها ترثه ولا تحرم من الارث بسبب الطلاق الذي وقع في غير أوانه ، بقرينة مرض الموت .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة : ما لو كان لأحد في ذمة آخر دين مؤجل فقتل الدائن المدين ، فان الدين يكون حالاً بعد القتل ، كما هو الأصل في جميع الديون المؤجلة بعد موت المدين .

— القاعدة التاسعة والتسعون —

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه « م ١٠٠ »

أي اذا تم أمر من قبل أحد فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في ابطال ما كان قد أتمه ، فلا يلتفت الى سعيه وعمله في هذا الخصوص .

الأمثلة : ١ — اذا باع شخص لآخر مالا ثم ادعى انه فضولي في البيع ، فالبيع غير نافذ ، وادعى المشتري ان المبيع كان ملك البائع أو ان البائع وكيل المالك للمبيع ، فالبيع نافذ ، فالقول قول المشتري ، ولا يسمع قول البائع .

٢ — اذا أقر أحد بصدور عقد بات صحيح وربط اقراره هذا

بسند . ثم ادعى بأن ذلك العقد كان وفاء أو فاسداً ، فلا تسمع دعواه
[المادة ١٦٥٨] .

٣ — الكفيل بالدرك ليس له ان يدعي استحقاق المبيع لأن بيع
الشيء المكفول يدركه ، انما تم بسبب كفالة الكفيل ، فليس له ان يسعى
لنقض ما تم من جهته .

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة : ما لو باع أبو الصغير أو متولي
الوقف أو الوصي شيئاً من مال الصغير أو الوقف ، أو الشركة . ثم
ادعى أن البيع قد وقع بغبن فاحش فإنه يسمع منه ، وينقض البيع اذا
ثبت ذلك غير انه اذا سبق منه الاقرار المعتبر بأن البيع كان بثمن المثل
فلا تسمع منه دعوى الغبن الفاحش بعد ذلك ، للتناقض .

هذا ما يتعلق بشرح القواعد الفقهية شرحاً موجزاً يفي بالفائدة
لمراجعة الطلاب . وسنشرع بشرح العقود المعينة من المجلة . والله الموفق .

كتاب

اليسوع

البيع

ينحصر الكلام في البيع بالمواضيع الآتية :

- ١ — تعريف البيع وركنه .
- ٢ — اقسام البيع بالنظر لنفس العقد ، وبالنظر الى وصفه ، وباعتبار المبيع ، وباعتبار الثمن .
- ٣ — شروط انعقاده ، وشروط صحته ، ونفاذه ، ولزومه .
- ٤ — احكام البيوع .
- ٥ — المبيع والاحكام المتعلقة به .
- ٦ — الثمن والاحكام المتعلقة به .
- ٧ — الاستصناع واحكامه .
- ٨ — الخيارات الجارية فيه .
- ٩ — الاقالة واحكامها .
- ١٠ — بيع الوفاء واحكامه .
- ١١ — احكام بيع المريض .

تعريف البيع

هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم [م ١٠٥]^(١) وذلك اما بالقول كالايجاب والقبول [م ١٤٩]^(٢)، أو بالفعل وهو التعاطي [م ١٧٥]^(٣).

والايجاب هو أول كلام يصدر من أحد العاقلين لأجل انشاء

(١) [م ١٠٥] البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد .

(٢) [م ١٤٩] ركن البيع يعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الايجاب والقبول ايضاً لدلالتهما على المبادلة .

(٣) [م ١٧٥] حيث ان المقصد الاصيل من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي .

مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول أو ان يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع وكذا لو جاء رجل الى بائع الخنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع المد من هذه الخنطة فقال بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الخنطة فقال له البائع اعطيك اياها غداً ينعقد البيع ايضاً وان لم يجز بينهما الايجاب والقبول وفي هذه الصورة لو رقى سعر مد الخنطة في الغد الى دينار ونصف يجبر البائع على اعطاء الخنطة بسعر المد بدينار . وكذا بالعكس لو رخصت الخنطة وتدنّت قيمتها فالمشتري مجبور على قبولها بالثمن الاول وكذا لو قال المشتري للقصاب اقطع لي بخمسة غروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع من قبوله واخذه .

البيع [م ١٠١]^(١). والقبول هو ثاني كلام يصدر من أحد العاقلين لأجل انشاء التصرف ، وبه يتم عقد البيع [م ١٠٢]^(٢). ولا فرق بين أن يكون الموجب هو البائع والقابل هو المشتري أو بالعكس [م ١٦٩]^(٣).

ركن البيع

بما ان البيع عقد من العقود فركنه الايجاب والقبول ، فهو ينعقد بارتباط القبول بالايجاب [م ١٦٧]^(٤). وكل من الايجاب والقبول يكون بلفظ الماضي كبت واشترت ، لأن هذه الصيغة وان كانت للماضي

(١) [م ١٠١] الايجاب أول كلام يصدر من احد العاقلين لأجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف .

(٢) [م ١٠٢] القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقلين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد .

(٣) [م ١٦٩] الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبت واشترت وأي لفظ من هذين ذكر أولاً فهو ايجاب والثاني قبول فلو قال البائع بعت ثم قال المشتري اشترت او قال المشتري اولا اشترت ثم قال البائع بعت انعقد البيع ويكون لفظ بعت في الاولى ايجاباً واشترت قبولاً وفي الثانية بالعكس . وينعقد البيع ايضاً بكل لفظ ينبئ عن انشاء التملك والتملك كقول البائع اعطيت او ملكت وقول المشتري اخذت او تملكك او رضيت وامثال ذلك .

(٤) [م ١٦٧] البيع ينعقد بايجاب وقبول .

وضمّاً إلا أنها جمعت للحال في عرف اللغة عند استعمالها في انشاء العقد .
ويكون بصيغة المضارع اذا اريد بها الحال [م ١٧٠] ^(١) .

وارادة الحال تعرف من الوجوه الآتية :

١ - اذا اقترن المضارع بما يدل على الحال كأن يقول البائع
ايبيعك الآن .

٢ - الا يستعمل المضارع في عرف البلد الا في الحال ، كما هو
جار في بعض البلاد .

٣ - ان ينوي البائع أو المشتري من الصيغة الايجاب أو القبول .
ولا ينقضي البيع بصيغة الاستفهام ، فاذا قال المشتري للبائع : أتبيع
مني هذا الشيء بكذا ، فقال البائع بعث فانه لا ينعقد البيع ما لم يقل
المشتري بعد ذلك اشتريت .

ولا ينقضي البيع بصيغة المضارع المتمحض للاستقبال مثل سأبيع
وسأشتري [م ١٧١] ^(٢) لأن ذلك وعد مجرد والوعد ليس ايجاباً .

(١) [م ١٧٠] ينعقد البيع بصيغة المضارع ايضاً اذا اريد بها الحال كأبيع
واشتري . واذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد .

(٢) [م ١٧١] صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع
وسأشتري لا ينعقد بها البيع .

ولا ينعقد البيع بصيغة الأمر لأنها لطلب شيء في المستقبل ، فإذا قال أحد : اشتر مني هذا الشيء بكذا ، فقال الآخر اشتريت لا ينعقد البيع إلا إذا قال البائع بعد ذلك في المجلس بعث . لكن إذا دلت صيغة الأمر على ارادة إيجاب البيع أو قبوله في الحال بطريق الاقتضاء فإن البيع ينعقد . كما لو قال البائع خذ هذا المال بكذا فقال المشتري أخذته . أو قال المشتري أخذت هذا بكذا فقال البائع خذه [م ١٧٢]^(١) ، لأن الأمر هنا يدل على الانشاء في الحال اقتضاء ، لأن الأمر بالأخذ يتضمن الرضا بالبيع فيكون التقدير « بعته ، خذه » . ومثل هذا يسمى في علم الأصول بدلالة الاقتضاء ، وهو أن يقتضي الكلام تقدير ما يستقيم به الكلام المعتبر كقولنا : رفع قانون العقوبات عن الإنسان ما أكرهه على فعله : أي رفع قانون العقوبات عن الإنسان عقوبة ما أكرهه على فعله .

(١) [م ١٧٢] لا ينعقد البيع بصيغة الأمر كبيع واشتر . إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فيعنى لا ينعقد بها البيع فلو قال المشتري يعني هذا الشيء بكذا من الدراهم . وقال البائع بعثك لا ينعقد البيع . أما لو قال للمشتري خذ هذا المال بكذا من الدراهم وقال المشتري أخذته أو قال المشتري أولا أخذت هذا الشيء بكذا غرماً وقال البائع خذه أو قال الله يبارك لك وامثاله انعقد البيع فان قوله خذه والله يبارك ، ههنا بمعنى ها أنا بعث فخذ .

وانما صح عقد النكاح بصيغة الأمر ولم يصح في البيع ، للفرق بين العقدين ، فان البيع يحتمل المساومة وهي تكون بصيغة الأمر فلا يحمل على الإيجاب أو القبول ، والنكاح لا يحتمل المساومة فيتعين الأمر فيه للإيجاب مثلاً .

وليس للإيجاب والقبول الفاظ مخصوصة بل كل لفظين ينبثقان عن معنى التمليك والتملك في العرف يكونان إيجاباً وقبولاً [م ١٦٨] ^(١) ؛ كقول البائع بعث ؛ أو اعطيت ، أو ملكت (بتشديد اللام) ؛ أو هو لك ؛ أو هات الثمن ؛ أو بارك الله لك فيه ؛ أو وهبتك هذا الشيء بكذا ، وكقول المشتري اشتريت ؛ أو أخذت ؛ أو قبلت ، أو رضيت ، أو أخذ الثمن ؛ ونحو ذلك .

وكما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بأمور أخرى .
فيكون :

١ — بالكتابة [م ١٧٣] ^(٢) : بشرط أن يكون كل من العاقدين بعيداً عن الآخر ، أو يكون العاقد بالكتابة لا يستطيع الكلام لعذر

(١) [م ١٦٨] الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة .

(٢) [م ١٧٣] كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمسكاتبة أيضاً .

شرعي كالخرس ، لأن الكتاب كالخطاب في حق هؤلاء ؛ فان كان المتعاقدان في مجلس واحد وليس تمت ما يمنع أحدهما من الكلام ؛ فلا ينقد بالكتابة ، لأن الالفاظ أظهر انواع الدلالات فلا يعدل عنها الى غيرها الا لسبب مقبول . ويشترط لانعقاد البيع بالكتابة ان يقبل من كتب اليه في مجلس قراءة الخطاب وفهمه .

٢ - بواسطة رسول من أحد المتعاقدين الى الآخر ، ويشترط أن يقبل المرسل اليه عقب الاخبار قبل أن يبدو منه ما يدل على الاعراض .

٣ - بشارة الاخرس المعروفة لأن اشارته المعروفة كالنطق باللسان سواء كان اخرس يعرف الكتابة أو لا . فان كان يعرف الكتابة جاز له أن يعقد بها ولو كان المتعاقد معه موجوداً في مجلس العقد .

٤ - بالتعاطي أي بالفعل : لأن حقيقة المبادلة انما هي بالتعاطي وان الايجاب والقبول انما اعتبرا في البيع لقيامهما مقام التعاطي حكماً . والفعل إما ان يكون من الجانبين كأن يعطي أحد الى الخبز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخبز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول ؛ وقد يكون من جانب واحد كأن يدفع المشتري لبائع الخنطة خمسة دنانير ويقول له بكم تباع المن من هذه الخنطة فيقول البائع بدينار فيسكت

المشتري ثم يطلب منه الخطة ، أو أن يقول المشتري للبائع بكم تباع من الخطة فيقول البائع ديناراً فيدفع اليه المشتري ديناراً ويطلب منه الخطة بعد قبضه الدينار ، فإن البيع ينقذ باعطاء الثمن من المشتري ، حتى ان الخطة لو ارتفع سعرها بعد ذلك أو هبط فان الحكم لا يتغير ، فعلى البائع أن يسلم ما جرى عليه البيع وعلى المشتري ان يتسلمه . وكذلك لو قال المشتري للقصاب إقطع بدرهم لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه وأعطاه للمشتري انعقد البيع باعطاء البائع ، وليس للمشتري بعد ذلك الامتناع عن قبوله [م ١٧٥] .

وبشرط بيع التعاطي — أولاً : تسمية ثمن ومبيع موجودين معلومين ، الا ان الشيء اذا كان مقدار سعره معلوماً كالخبز واللحم ونحوهما فلا حاجة الى تعيين ثمنه .

ثانياً : ألا يكون التعاطي مبنياً على بيع باطل أو فاسد على ما مر في شرح القاعدة (اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) . ويلاحظ أن الانقضاء بالتعاطي لا يختص بالبيع فقط ، على ما مر بيانه في نظرية العقد .

واذا تكرّر عقد البيع على شيء فان كان على نفس الثمن في العقد الاول فان العبرة للعقد الاول ، والثاني لغو ، كما هو حكم القاعدة الفقهية (ان العقد اذا تكرّر فالعبرة للاول فقط) . غير ان التكرار اذا كان

بتغير في الثمن : بتبديل أو تزييد أو تنقيص فان العقد الاول يفسخ وتكون العبرة للعقد الثاني . والحكم في عقد الاجارة اذا تكرر كذلك . وهذا مستثنى من عموم القاعدة ، ووجه الاستثناء ان تكرار العقد على الوجه المذكور يتضمن إقالة العقد الاول واستئناف بيع جديد او اجارة جديدة ؛ فلو تباع رجلان مالا معلوماً بمائة درهم ثم بعد انعقاد البيع تباعا ذلك المال بخمسة دنانير أو بخمسين درهماً أو بمائة وعشرين درهماً يعتبر العقد الثاني [م ١٧٦] ^(١) .

ثم ان الایجاب والقبول انما ينعقد بهما البيع اذا تحققت فيهما الامور الآتية :

- ١ - أن يصدر القبول والموجب حي أهل للتصرف .
- ٢ - ألا يكون الموجب قد رجع عن إيجابه .
- ٣ - ألا يكون القابل قد سبق منه رد الایجاب .
- ٤ - أن يسمع العاقدان الحاضران الایجاب حقيقةً او حكماً .
- ٥ - أن يصدر الایجاب من شخص والقبول من شخص آخر

(١) [م ١٧٦] اذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن او تزييده او تنقيصه يعتبر العقد الثاني فلو تباع رجلان مالا معلوماً بمائة غرش . ثم بعد انعقاد البيع تباعا ذلك المال بدينار او بمائة وعشرة او بتسعين غرشاً يعتبر العقد الثاني .

(أي تعدد العاقد). ويستثنى من ذلك الأب والجد والوصي على ما مر بيانه في نظرية العقد. وكذلك القاضي له ان يبيع مال صغير الى صغير آخر لا ولي لهما.

٦ - أن يكون البيع قد وقع بغير إكراه او هزل ، وقد مر بيان ذلك في نظرية العقد.

٧ - ألا يكون المبيع قد هلك قبل صدور القبول او تغير تغيراً صار به شيئاً آخر ، كأن يتخلل العصير .

٨ - ألا تحصل في المبيع زيادة منفصلة قبل صدور القبول .

٩ - موافقة القبول للإيجاب .

فإذا تخلف شيء من هذه الامور لا ينعقد البيع ، لعدم الارتباط المعتبر بين الايجاب والقبول حينئذ .

أقسام البيع : ينقسم البيع :

١ - بالنظر الى نفس العقد الى :

أ - بيع منعقد : وهو ما توفرت فيه شروط الانعقاد .

ب - بيع باطل أي غير منعقد : وهو ما لم يستجمع شروط

الانعقاد فكان في ركنه خلل [م ١٠٥، م ١٠٧، م ١١٠، م ٣٦٢] ^(١).

٢ — بالنظر الى وصفه الى :

أ — صحيح : وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه [م ١٠٨] ^(٢).

وبعبارة أخرى هو ما توفرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة .

وينقسم هذا الى : « ١ » نافذ : وهو ما لم يتعلق به حق الغير [م ١١٣] ^(٣)

بأن لم يكن المبيع مرهوناً أو مستأجراً ولم يكن البائع فضولياً وهذا

ينقسم الى : لازم ، وهو العاري عن الخيارات [م ١١٤] ^(٤) . وغير لازم

وهو الذي فيه خيار [م ١١٥] ^(٥) . « ٢ » موقوف ، وهو ما يتعلق به حق

(١) [م ١٠٥] البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد .

[م ١٠٧] البيع الغير المنعقد هو البيع الباطل .

[م ١١٠] البيع الباطل ما لا يصح اصلاً يعني انه لا يكون مشروعاً
اصلاً .

[م ٣٦٢] البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل .

(٢) [م ١٠٨] البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع
ذاتاً ووصفاً .

(٣) [م ١١٣] البيع النافذ يبيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى
لازم وغير لازم .

(٤) [م ١١٤] البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات .

(٥) [م ١١٥] البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات

الغير [م ١١١] ^(١) كأن يكون المبيع مرهوناً أو مستأجراً، أو يكون
البائع فضولياً. والفضولي هو من يتصرف بحق الغير بلا اذن شرعي
[م ١١٢] ^(٢) أي من غير ان يكون وكيلًا عنه أو ان تكون له ولاية
عليه، فان كان وكيلًا عن المالك أو له ولاية عليه لم يكن فضولياً.

ب — فاسد، وهو المشروع اصلاً لا وصفاً [م ١٠٩] ^(٣) وبعبارة
اخرى هو ما استجمع شروط الانعقاد دون شروط الصحة [م ٣٦٤] ^(٤).

٣ — بالنظر الى المبيع الى :

أ — مقايضة : وهو بيع سلعة بسعة، أي مبادلة مال بمال غير
النقدين [م ١٢٢] ^(٥).

(١) [م ١١١] البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي .

(٢) [م ١١٢] الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون اذن شرعي .

(٣) [م ١٠٩] البيع الفاسد هو المشروع اصلاً لاوصفاً يعني انه يكون

صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض اوصافه الخارجية .

(٤) [م ٣٦٤] اذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار

لبعض اوصافه الخارجية كما اذا كان المبيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل صار
البيع فاسداً .

(٥) [م ١٢٢] بيع المقايضة بيع العين بالعين أي مبادلة مال بمال غير

النقدين .

ب — وصرف : وهو بيع النقد بالنقد [م ١٢١]^(١).

ج — وسلم وهو بيع مال آجل بثمن عاجل [م ١٢٣]^(٢).

د — ومطلق : وهو بيع سلعة بنقود [م ١٢٠]^(٣).

وإذا اطلق لفظ البيع فانه ينصرف الى النوع الاخير .

٤ — بالنظر الى الثمن الى :

أ — مراجعة : وهو بيع المال بأكثر من الثمن الذي كان قد اشتراه به البائع .

ب — وتولية : وهو بيعه بمثل ما اشتراه به .

ج — ووضعية : وهو بيعه بأقل مما اشتراه به .

د — ومساومة : وهو الذي لم يلاحظ فيه مقدار الثمن الاول .

ه — بالنظر الى صيغته الى :

أ — مطلق : وهو ما صدر بصيغة خالية من التعليق على شرط

ومن الاقتران بشرط ومن الاضافة الى المستقبل .

(١) [م ١٢١] الصرف يبيع النقد بالنقد .

(٢) [م ١٢٣] السلم يبيع مؤجل بمعجل .

(٣) [م ١٢٠] البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام القسم الاول

بيع المال بالثمن وبما ان هذا القسم أشهر البيوع يسمى بالبيع المطلق القسم الثاني

هو الصرف . والقسم الثالث بيع المقايضة ، والقسم الرابع السلم .

ب — غير مطلق : وهو ما كان معلقاً على شرط أو مقترناً به أو مضافاً الى الزمن المستقبل .

٦ — بالنظر الى البتات وعدمه الى :

أ — بات ، وهو البيع القطعي [م ١١٧]^(١) اي الذي تعتبر فيه ملكية المبيع قد انتقلت الى المشتري .

ب — ووفاء ، وهو الذي لم يعتبر فيه انتقال ملكية المبيع الى المشتري بل شرط فيه ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع [م ١١٨]^(٢) .

شروط البيع

ان شروط البيع على اربعة انواع :

١ — شروط انعقاد .

٢ — شروط صحة .

٣ — شروط نفاذ .

(١) [م ١٧٧] البيع البات هو البيع القطعي .

(٢) [م ١١٨] بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع وهو في حكم البيع الصحيح بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرأ على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه الى الغير .

٤ - شروط لزوم .

١ - شروط انعقاد البيع : أ - أن يكون العاقد عاقلًا مميزًا [٣٦١م]^(١) فلا ينعقد بيع الصبي الذي لا يعقل ولا المجنون المطبق ، لأن كلا منهما لا يعقل معنى البيع ولا يقصده فإن كان المجنون يفوق تارة ويحزن أخرى فما عقده حال افاقته صح حسب التفصيل الذي سبق في نظرية العقد ، وما عقده حال جنونه يكون باطلاً .

ب - تعدد العاقد : فلا ينعقد بيع من يتولى طرفي العقد ، إلا أنه يستثنى من هذا الشرط الأب والجد ووصيهما المختارين ، والقاضي . على ما مر تفصيله في نظرية العقد .

ج - أن تكون الصيغة بلفظ الماضي أو المضارع على ما سبق تفصيله في تعريف البيع وركنه .

د - أن يكون المبيع عند العقد موجوداً ، مالاً ، متقوماً ، مقدور التسليم [٣٦٣م]^(٢) مملوكاً في نفسه ، كونه مملوكاً للبائع إذا باعه عن نفسه

(١) [٣٦١ م] يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله أي العاقل المميز و اضافته الى محل قابل لحكمه .

(٢) [٣٦٣ م] المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالا متقوماً فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل .

ويستثنى من شرط كونه موجوداً بيع السلم والمبيع بعقد الاستصناع .
فالبيع باطل اذا لم يكن مالاً ، كبيع لحم الميتة عدا السمك . اما جلدها
وصوفها وعظمها وظلفها وقرنها وعصبها فانها اموال بعد تطهيرها بالتنظيف
جائز بيعها ، وكالدم المسفوح ، اما غير المسفوح وهو المتجمد خلقة كالعبد
والطحال فانه مال جائز بيعه ، والحكمة من بطلان بيع ما يفسد من الميتة
هي انها لم تمت في الغالب الا بعد امراض تجعل تعاطيها مضرّاً بالصحة
فضلاً عن كونها مما تعافه النفوس . وكذلك الدم المسفوح فانه وسط
صالح لنمو اكثر الجرائم الفتاكة . نعم اذا جرى العرف ببيع الدم لاغراض
صحيحة ، كاستعماله سماداً ، وكاستعماله في امور طيبة ، كان مالاً متقوماً
وكذلك البيع باطل اذا كان المبيع مالاً غير متقوم ، والمراد من
المتقوم ما يحل الانتفاع به ويكون محرزاً [م ١٢٧]^(١) فما لا يحل الانتفاع
به لا يجوز بيعه وكذلك ما يحل الانتفاع به الا انه غير محرز كالطير في
الهواء ، لانه حينئذ غير مقدور التسليم .

(١) [م ١٢٧] المال المتقوم يستعمل في معنيين . الأول بمعنى ما يباح
الانتفاع به . والثاني بمعنى المال المحرز . فالسمك في البحر غير متقوم واذا اصطيده
صار متقوماً بالاحراز .

وكذلك يبطل بيع ما ليس مملوكاً بنفسه من الاموال ، كالأموال
المباحة مثل الكلاً والسمك في البحر والطير في الهواء ، وكذلك ما كان
مملوكاً بنفسه إلا انه غير مملوك للبائع وقد باعه عن نفسه ، كبيع شخص
مال غيره باعتباره لنفس البائع ناظراً إلى انه سيملكه ، أما لو باعه لا بهذا
الاعتبار فانه يكون موقوفاً لا باطلاً . وكذلك بيع الوقف باطل لأنه
غير مملوك . ويستثنى استبداله ، فان الاستبدال بيع .

وكذلك يبطل إذا كان المبيع غير موجود أي ما كان معدوم الوجود
في الخارج وقت العقد . واستثنى الفقهاء مسألتين أجازوا فيها بيع المعدوم
(الأولى) الأشياء التي تؤخذ من البيع على سبيل الاسترجار كالخبز
والصابون والسكر ونحوها وتستهلك ثم تشتري بعد استهلاكها ، أي
يجري البيع عليها بين صاحب الخانوت ومن أخذت لحسابه ، فانها معدومة
وقت البيع . (الثانية) ما تتلاحق آحاده وتظهر شيئاً فشيئاً كالفواكه
والخضر والازهار ونحوها ، فان المتلاحق تبع للموجود وقت العقد ،
وقد كان وقت العقد معدوماً .

هـ — موافقة القبول للايجاب : أي أن يكون القبول على وجه
يطابق الايجاب ، ولا تتحقق هذه المطابقة إلا إذا وافق القبول الايجاب
في جنس الثمن ومقداره وصفته وفي المبيع ، فلا تتحقق المطابقة إلا إذا

قبل المشتري ما أوجبه البائع ، وبما أوجبه . فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير الثمن الذي أوجبه أو ببعض الثمن الذي أوجبه ، لا ينعقد البيع ؛ فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الثوب بمائة درهم مثلاً ، فإذا قبل المشتري البيع على الوجه المذكور أخذ الثوب جميعه بمائة درهم ، وليس له أن يقبل جميعه أو نصفه بخمسين درهماً . وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة آلاف درهم وقبل المشتري بأخذ الفرسين بثلاثة آلاف درهم ، وليس له أن يأخذ أحدهما بألف وخمسمائة درهم [م ١٧٧] ^(١) لأنه لو جاز له أن يقبل أحد الفرسين بالمبلغ المذكور للزم تفريق الصفقة قبل تمامها ، وهو لا تجوز في غير الصفقة فإن البائع إذا باع داراً وفساً بصفقة واحدة وظهر شفع للدارفانه يملكها وحدها بمقدار ما يصيب قيمتها من الثمن المسمى بعد اجراء التناسب بين الثمن المسمى

(١) [م ١٧٧] إذا أوجب أحد العاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب وليس له تبعض الثمن أو المثمن وتفريقها فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الثوب بمائة قرش مثلاً فإذا قبل المشتري البيع على الوجه المشروح أخذ الثوب جميعه بمائة قرش وليس له أن يقبل جميعه أو نصفه بخمسين قرشاً وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة آلاف قرش وقبل المشتري بأخذ الفرسين بثلاثة آلاف وليس له أن يأخذ أحدهما بألف وخمسمائة .

وقيمة كل واحد من الفرس والدار .

وكذلك إذا أوجب أحد المتبايعين في أشياء متعددة بصفقة واحدة سواء عين لكل واحد منها ثمنًا على حدة أو لم يعين ، فلاّخر ان يقبل ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن ، وليس له ان يقبل ويأخذ ما شاء منها بالثمن الذي عين له ، لتفريق الصفقة . مثلاً لو قال البائع بعث هذين الفرسين بألفين وخمسمائة درهم هـذا بألف . وهذا بألف وخمسمائة أو قال كل واحد منهما بألف ومائتين وخمسين درهما ، فلامشتري ان يأخذ الفرسين بألفين وخمسمائة درهم ، وليس له أخذ إحداهما بالثمن الذي عين له [م ١٧٩]^(١) والسبب في عدم جواز تفريق الصفقة للمشتري هو ان من عادة التجار ضم الرديء الى الجيد ترويحاً للرديء بواسطة الجيد ، فلو

(١) [م ١٧٩] اذا أوجب أحد المتبايعين في أشياء متعددة بصفقة واحدة سواء عين لكل منها ثمنًا على حدة أم لا فلاّخر ان يقبل ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن وليس له أن يقبل ويأخذ ما شاء منها بالثمن الذي عين له بتفريق الصفقة . مثلاً لو قال البائع بعث هذين الفرسين بثلاثة آلاف قرش . هذا بالف وهـذا بالفين او قال كل واحد منهما بالف وخمسمائة قرش . فلامشتري ان يأخذ الفرسين بثلاثة آلاف قرش وليس له أخذ إحداهما بالثمن الذي عين له وكذا لو قال البائع بعث هذه الاثواب الثلاثة كل واحد بمائة قرش وقال المشتري قبلت إحداهما بمائة قرش أو كليهما بمائتي قرش لا ينعقد البيع .

ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبول في الجيد دون الرديء فيتضرر به البائع ، والضرر منفي ، ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً ، فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما ، ولأن القبول في أحدهما يكون اعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس .

وكذلك لو اوجب البائع البيع في كل الفرس فقبل المشتري في نصفه لا ينفذ البيع ، لأن البائع يتضرر بالتفريق لأنه يلزمه عيب الشركة ، غير انه اذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع ، يمكن ان يكون هذا الشراء مبتدأ من المشتري فان اتصل به القبول من البائع في المجلس ينظر ، فاذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز وإلا فلا لجالة الثمن . بيان ذلك اذا قال بعت منك هذين المنين من الدهن بعشرين درهما فقبل المشتري أحد المنين فرضي البائع جاز ، لأن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فيما له مثل ، فكان يبيع المنين بعشرين درهماً يبيع كل من عشرة دراهم تماثل اجزاء المنين ، وكذلك اذا قال بعت منك هذين الفرسين بألف درهم فقبل المشتري أحدهما بأربعمائة درهم فرضي البائع بأن قال بعت مثلاً يجوز ، فان لم يبين ثمنه لا يجوز بخلاف ما سبق في المثلي ، لأن المثلي تماثل الاجزاء فبتقسيم الثمن على الاجزاء يكون ثمن الذي وقع عليه البيع على الوجه المذكور معلوماً . اما

القيميات فيما انها ليست متماثلة الاجزاء فلا ينقسم الثمن على الذي وقع عليه البيع في الوجه المذكور ، فيكون البيع بثمان مجهول وهو بيع فاسد .

ولذا أوجب أحد المتبايعين في أشياء متعددة وبين لكل واحد ثمناً على حدته ، وجعل لكل واحد على الانفراد إيجاباً ، وقبل الآخر بعضها بالثمن المسمى له انعقد البيع فيما قبله فقط . مثلاً لو ذكر البائع أشياء متعددة وبين لكل منها ثمناً معيناً على حدة وكرر لفظ الإيجاب على الانفراد ، كأن يقول بعت هذا بألف وبعث هذا بألفين فالمشتري له حينئذ ان يقبل ويأخذ أيها شاء بالثمن الذي عين له [م ١٨٠]^(١) والسبب في جواز هذه الصورة انه ليس فيها تفريق صفقة ، بسبب تكرار الإيجاب لكل واحد .

(١) [م ١٨٠] لو ذكر أحد المتبايعين أشياء متعددة وبين لكل واحد ثمناً على حدته وجعل لكل على الانفراد إيجاباً وقبل الآخر بعضها بالثمن المسمى له انعقد البيع في ما قبله فقط . مثلاً لو ذكر البائع أشياء متعددة وبين لكل منها ثمناً معيناً على حدة وكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها على الانفراد كأن يقول بعت هذا بألف وبعث هذا بألفين فالمشتري حينئذ ان يقبل ويأخذ أيها شاء بالثمن الذي عين له .

ثم ان موافقة القبول للايجاب تكون « ١ » صريحة : كما لو قال
 البائع بعثك هذه السيارة بألف درهم وقال المشتري قبلت . « ٢ » أو
 ضمنية : كما لو قال البائع للمشتري بعثك هذا المال بألف درهم وقال
 المشتري : اشتريته منك بألف وخمسمائة درهم فالبيع ينعقد على ألف درهم ،
 إلا انه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس يلزم المشتري حينئذ ان
 يعطيه الدراهم الخمسمائة التي زادها ، لأن كلام المشتري في هذه الصورة
 يعتبر ايجاباً مبتدأ وكلام البائع قبولاً فينعقد بيع جديد بالتمن الأخير ،
 وكذلك لو قال المشتري اشتريت منك هذا المال بألف درهم فقال البائع
 بعته منك بثمانمائة درهم فالبيع ينعقد ويلزم تنزيل المائتين من الألف
 [م ١٧٨]^(١)

و — اتحاد المجلس حقيقة أو حكماً . ومعنى الاتحاد حقيقة ألا
 يفارق أحدهما المجلس قبل تمام العقد . ومعنى الاتحاد حكماً ألا يوجد

(١) [م ١٧٨] تكفي موافقة القبول للايجاب ضمناً فلو قال البائع للمشتري
 بعثك هذا المال بألف قرش وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش انعقد
 البيع على الألف إلا انه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس يلزم المشتري حينئذ
 ان يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها ايضاً وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريت
 منك هذا المال بألف قرش فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش ينعقد البيع ويلزم
 تنزيل المائتين من الألف .

من القابل ما يدل على الاعراض وهو في مجلس العقد ، فإن اختلف المجلس حقيقة أو اختلف حكماً بطل العقد ، حتى لو صدر من أحد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الاعراض بطل الايجاب ، فلا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك [م ١٨٣] ^(١) لاختلاف المجلس حكماً بطلان الايجاب .

والايجاب يبطل بعدة أمور :

(١) صدور قول أو فعل من أحد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول يدل على الاعراض [م ١٨٣] .

(٢) رجوع الموجب عن ايجابه قبل صدور القبول [م ١٨٤] ^(٢) .

(١) [م ١٨٣] لو صدر من احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول قول او فعل يدل على الاعراض بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك . مثلاً لو قال أحد المتبايعين بعث او اشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بأمر آخر او بكلام اجنبى لا تعلق له بعقد البيع بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعده ولو قبل انقضاء المجلس .

(٢) [م ١٨٤] لو رجع احد المتبايعين على البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلاً لو قال البائع بعث هذا المتاع بكذا وقبل ان يقول المشتري قبلت رجع البائع ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع .

(٣) تكرار الايجاب قبل صدور القبول فان الايجاب الاول يبطل [م ١٨٥]^(١).

(٤) وفاة الموجب قبل صدور القبول .

(٥) تغير المبيع تغيراً يتبدل به اسمه قبل صدور القبول .

(٦) هبة البائع الثمن للمشتري قبل صدور القبول لأن هبة الثمن على هذا الوجه يكون كالبيع بنفي الثمن فيختل ركن البيع لأن البيع لا يتحقق بدون مبادلة .

ومجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع [م ١٨١]^(٢) . ويلاحظ انه اذا طال وصدر القبول في آخر المجلس من دون أن يطرأ على الايجاب أحد الامور المبطله له الآتفة الذكر ، فان البيع ينقصد ولا يضره طول الفاصله بين الايجاب وصدور القبول . فالتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس مثلاً أو جب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بع هذا المال أو اشتريت ولم يقل الآخر بع أو اشتريت بل قال

(١) [م ١٨٥] تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الايجاب الثاني فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بمائة قرش ثم بعد هذا الايجاب قبل ان يقول المشتري قبلت رجعت فقال بعتك إياه بمائة وعشرين قرشاً وقبل المشتري يلغو الايجاب الاول وينقصد البيع على مائة وعشرين قرشاً .

(٢) [م ١٨١] مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع .

ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينقصد البيع وان طالت تلك المدة [م ١٨٢]^(١) كما ان الموجب مخير في الاستمرار على ايجابه وفي الرجوع عنه الى انتهاء المجلس قبل ارتباط القبول بايجابه .

سُروط صمّم البيع : هي نوعان شروط عامة لكل انواع البيوع وشروط خاصة ببعضها دون بعض .

سُروط الصمّم العامة : ١ - الرضاء : فيبيع المسكره وشراؤه فاسدان وقيل ان هذا الشرط للانعقاد ، واقول انه شرط للنفاذ لا للانعقاد ولا للصحة بدليل ان المسكره اذا أجاز بعد زوال الاكراه صار يبعه صحيحاً نافذاً ، على ما صرح به الفقهاء ، فلو كان شرطاً للانعقاد أو للصحة لما اعتبرت اجازته . لان الباطل والفاسد لا تلحقهما الاجازة .

٢ - خلوه من خيار شرط مجهول الزمن أو مؤبد [انظر المادة « ٣٠٠ »] .

٣ - خلوه من شرط مفسد للعقد (راجع نظرية العقد في الكلام

(١) [م ١٨٢] المتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس . مثلاً لو أوجب احد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بعت هذا المال أو اشتريت ولم يقل الآخر على الفور اشتريت او بعت بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينقصد البيع وان طالت تلك المدة .

على المقترن بالشرط) ، ولكن يظهر من المادة (١٨٦) وما بعدها أن
المجلة قد أهملت الكلام عن الشرط الذي اعتبره الفقهاء مفسداً لعقد البيع
وهو الشرط الذي فيه تقع لاحد العاقلين ولم تنص على كون الشرط
المذكور مفسداً لعقد البيع ، وبما ان المجلة قانون يجب ألا يؤخذ بحكم لم
يرد فيه ، يلزم ألا يعتبر هذا الشرط من شروط الصحة . أما كون مثل
هذا الشرط يجب مراعاته أو لا يجب فهو موضوع آخر سنبحثه عند الكلام
على احكام البيوع .

٤ -- ان يكون في البيع الواقع فائدة . فيبيع دينار بدينار فاسد
لانه عبث .

٥ -- عدم توقيت البيع . فيبيع الدار لحسن سنين فاسد .

٦ -- ان يكون كل من المبيع والتمن معلوماً لكل من العاقلين علماً
نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع [م ٣٦٤]^(١) فان كان احدهما مجهولاً
فسد البيع ، كأن يقول البائع بعثك داراً من هذه الدور او شجرة من
هذه الاشجار ، وكأن يقول بعثك بمائة ولم يبين نوعها ولا وصفها ، او
ان يقول بعثك بمائة باون والمشتري لا يدري ما هو الباون ولا ما يساويه

(١) [م ٣٦٤] اذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض
اوصافه الخارجة كما اذا كان المبيع مجهولاً أو كان في التمن خلل صار البيع فاسداً .

من آحاد العملة المعروفة .

سُروط الصِّمَّة الخاصة : ١ - إذا كان المبيع من المنقولات ، فإن يكون مقبوضاً للبائع عند بيعه [م ٢٥٣]^(١) .

٢ - إذا كان البيع مؤجلاً ، فإن يكون الاجل معلوماً غير مجهول جهالة فاحشة .

٣ - معلومية الثمن الاصيلي في المراجعة والتولية والوضعية .

٤ - التقابض في المجلس في الصرف .

٥ - إذا كان البيع سلفاً ، فإن تتوفر فيه الشروط الواردة في المادة [٣٨٦] .

سُروط تقاض البيع : ١ - ان يكون البائع له حق التصرف فيما يبيعه كأن يكون مالكا له ، او وكيلاً عن مالكه ، او ولياً ، او وصياً عليه .

٢ - ألا يتعلق بالمبيع حق الغير ، كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً فان البيع حينئذ يكون موقوفاً على اجازة المرتهن أو المستأجر لتعلق حقهما به ، فان اجازة تقضى البيع ، وبطل الرهن وانقضت الاجارة

(١) [م ٢٥٣] للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقاراً وإلا فلا .

فيسلم المبيع الى المشتري ، وان لم يجزه يبقى المبيع تحت يده حتى يأخذ دينه ان كان هو المرتهن أو يستوفي مدة اجارته ان كان هو المستأجر ؛ ولا يبطل العقد بعدم اجازة كل واحد منهما . ولكن المشتري له ابطال العقد حينئذ كما له ان ينتظر الى ان يفك الرهن وتنتهي الاجارة وان كان يعلم ان المبيع مرهون أو مستأجر .

شروط لزوم البيع : هو خلوه من الخيارات .

فاذا فقد شرط من شروط الانعقاد بطل البيع ، واذا فقد شرط من شروط الصحة فسد البيع ، واذا فقد شرط من شروط النفاذ توقف البيع على الاجازة ، واذا فقد شرط اللزوم كان البيع غير لازم فلمن له الخيار فسخ البيع .

اصطلاح البيع

الحكم العام للبيع المنعقد بأنواعه هو انتقال ملكية المبيع للمشتري وملكيتة الثمن للبائع [م ٣٦٩]^(١) . غير ان هذا الانتقال يكون في الحال ان كان البيع نافذاً ، وبعد الاجازة ان كان موقوفاً ، وبعد القبض ان كان فاسداً .

(١) [٣٦٩] حكم البيع المنعقد للملكية يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن .

حكم البيع اللازم : للبيع اللازم حكم اصلي واحكام تبعية أي تابعة للحكم الاصلي .

اما الحكم الاصلي : فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن ثبوتاً لا يقبل الفسخ من جانب واحد [م ٣٧٥] ^(١) ، ولو لم يحصل تسليم ولا تسلم سواء كان المبيع عقاراً ، أو منقولاً ، أو مفروزاً ، أو شائعاً . ويقوم ورثة كل من المتعاقدين مقامه في قبض المبيع وتوابعه .

واما الاحكام التبعية فهي :

١ - وجوب أداء المشتري الثمن للبائع وأداء البائع المبيع الى المشتري ، على أن يبدأ المشتري بأداء الثمن اذا كان البيع حالاً وكان المبيع موجوداً في محل العقد والا فيتأخر اداؤه الى حين حضوره ، وعلى ان يسلم البائع المبيع عقب قبض الثمن الحال . فان كان الثمن مؤجلاً وجب تسليم المبيع اولاً .

٢ - ان حق الشفعة في العقار المجاور للعقار الذي اشتراه أحد يثبت للمشتري بمجرد تحقق البيع اللازم .

(١) [م ٣٧٥] اذا كان البيع لازماً نافذاً فليس لأحد المتبايعين الرجوع

٣ - ان المبيع قبل قبض المشتري اياه مضمون على البائع بالثمن .

٤ - وجوب أداء الثمن الحال للبائع اذا كان المشتري قد قبض المبيع قبل أداء الثمن .

٥ - إذا كان المبيع مقايضة أو صرفاً يلزم على المتبايعين التقابض معاً ، إذا وقعت منازعة في أمر التسليم [م ٣٧٩]^(١) لأن كلاً من البديلين يعتبر مبيعاً في المقايضة ويعتبر ثمناً في الصرف . فلا رجحان لأحد المتبايعين على الآخر ، فلا بد من التقابض .

وهناك أحكام ، تبعية أخرى تعرف عند الكلام على أحكام المبيع والثمن .

حكم البيع النافذ غير اللازم : انه يفيد ثبوت تملك المشتري للمبيع والبائع للثمن ، على وجه يحتمل زوال هذا الثبوت عند فسخ العقد ممن له الخيار [م ٣٧٤]^(٢) .

حكم البيع الموقوف : انه لا يفيد الحكم « وهو انتقال الملكية » إلا

(١) [م ٣٧٩] بما أن لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم المبيع تعتبر فيها شرائط المبيع فاذا وقعت منازعة في أمر التسليم لزم ان يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً .

(٢) [م ٣٧٤] البيع النافذ يفيد الحكم في الحال .

عند الاجازة [٣٧٧م] ^(١) ممن له حق الاجازة .

والبيوعات الموقوفة عند الاستقراء هي : بيع الفضولي ، بيع المرهون ، بيع المأجور ، بيع أراضي تحت مزارعة الغير إذا لم يكن البيع لقضاء دين صاحب الأرض أما لو كان لقضاء دينه فإن البيع يكون نافذاً وتفسخ المزارعة ، بيع الصبي المميز غير المأذون ، بيع المحجور عليه ، بيع الصبي الذي بلغ سفيهاً ، بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته ، بيع المريض مرض الموت لاجنبي محاباة بأكثر من ثلث التركة .

والذي له حق الاجازة هو صاحب المال ، أو وكيله ، أو ولي صاحب المال اذا كان محجوراً [٣٧٨م] ^(٢) .

ويشترط لاعتبار الاجازة أمور هي :

١ - قيام البائع .

٢ - قيام المشتري .

٣ - قيام المبيع .

(١) [٣٧٧م] البيع الموقوف يفيد الحكم عند الاجازة .

(٢) [٣٧٨م] بيع الفضولي اذا أجاز به صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه فقد وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الاجازة ان يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً فاذا كان أحد المذكورين هالكا فلا تصح الاجازة .

فإذا كان أحد هؤلاء هالكاً عند الاجازة فلا عبرة بها ، بل يعتبر البيع منفسخاً .

٤ — قيام من له حق الاجازة ، فإذا كان قد هلك قبل ان يجيز فلا عبرة باجازة وارثه ، لأن الاجازة لا تنتقل الى الوارث انظر المادة [٣٧٨] .
وانما اشترطت هذه الشروط الاربعة لأن الاجازة اللاحقة بحكم وكالة سابقة والتوكيل لا يتحقق اذا لم يوجد واحد من هذه الأمور الأربعة .

٥ — أن تكون الاجازة موافقة للثمن الذي جرى عليه العقد فان كانت بأكثر لا تعتبر .

٦ — أن يكون صدور الاجازة قبل الفسخ ، فلو فسخ من له حق الاجازة اولاً ثم أجاز فلا عبرة باجازته ، لأن المنسوخ لا تلحقه اجازة ، لأن المنسوخ يعتبر انه قد بطل والباطل لا وجود له .

٧ — إذا كان بدل المبيع عيناً لزم قيام البدل عند الاجازة كما لو باع فضولي دار شخص بسيارة ، فيلزم قيام السيارة عند الاجازة فلو كانت هالكة لا تعتبر الاجازة .

أعظم البيع الفاسد : (أ) انه لا يفيد الملك إلا بالقبض التام . وهو

ما كان باذن البائع [م ٣٧١] ^(١) صراحة كأن يقول له خذه أو دلالة كأن يقبضه المشتري في مجلس العقد بحضوره بدون معارضة منه ، فلو قبضه بدون اذنه فلا يملكه ولا تنفذ فيه تصرفاته بخلاف البيع الصحيح فانه يفيد الملك بمجرد العقد إذا استوفى شروطه . ومتى وقع البيع فاسراً لا يجبر كل من المتعاقدين على تسليم ملكه للآخر . أما إذا حصل التقابض ملك كل منهما ما أخذه ، فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان ، يعني إذا كان من المثليات لزمه مثله وان كان من القيميات لزمته قيمته [م ٣٧١] ، وانما لم يلزم البذل المسمى لأنه اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ، فتبطل التسمية ويرجع الى القيمة . وانما لم يعتبر المبيع بيعاً فاسداً أمانة بيد المشتري كالبيع الباطل ، لأنه بيع مشروع بأصله وقد سلمه البائع الى المشتري على أن يملك مقابله فهو ليس كالباطل .

(ب) لكل من البائع والمشتري ان يفسخ البيع الفاسد إلا :

١ — اذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه .

(١) [م ٣٧١] البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض . يعني أن المشتري اذا قبض المبيع باذن البائع صار مالاً له . فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان يعني ان المبيع اذا كان من المثليات لزمه مثله واذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه .

٢ - او خرج المبيع عن ملك المشتري بسبب من الاسباب السالفة الذكر او ثبوت حق للغير عليه ، بأثر جعله مهراً ، او بدل صلح ، او اجرة او رهناً . ولكن اذا رجع الى المشتري بخيار او رجوع في الهبة ، او انقاساخ الاجارة ، او افتكاك الرهن ، عاد حق الفسخ ، ولكن انما يعود اذا لم يكن الحاكم قد حكم على المشتري بدفع القيمة او المثل ، فان كان قد حكم بشيء منهما فلا يعود حق الفسخ بل ينفذ الحكم .

٣ - او زاد المبيع زيادة متصلة غير متولدة [م ٣٧٢]^(١) كالبناء والغراس وصبغ الملابس وخياطتها . اما الزيادة المتولدة سواء كانت متصلة كالسمن في الحيوانات والثمار في الاشجار او منفصلة كاللنتاج او غير المتولدة اذا كانت منفصلة كالغلة والريع ، فلا تمنع من الرد بل يكون للبائع استرداد المبيع وزوائده مادام كل منهما موجوداً ، فان هلك المبيع وحده دون الزوائد فعلى المشتري مثله او قيمته يوم قبضه واسترد البائع الزوائد ، وان هلكت الزوائد وحدها ينظر فان هلكت بدون تعد فلا

(١) [م ٣٧٢] لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه اذا هلك المبيع في يد المشتري او استهلكه او اخرجه من يده ببيع صحيح او بهبة من آخر او زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها او ارضاً فغرس فيها اشجاراً او تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور .

ضمان على المشتري ، وان هلك بالتعدي ضمنها بقيمتها يوم هلاكها ان كانت قيمة ومثلها ان كانت مثلية . والسبب في ذلك ان الزوائد امانة في يد المشتري فان هلك بالتعدي ضمنها ، وان هلك بدون تعد فلا ضمان عليه ، بخلاف المبيع فانه مضمون على كل حال . اما اذا نقص المبيع في يد المشتري رده ورد قيمة النقص ويجبر البائع على قبولها سواء كان النقص بفعل المشتري ، او المبيع . او بآفة سماوية ، واذا كان بفعل البائع صار مسترداً له ، وان كان بفعل اجنبي كان البائع مخيراً بين الرجوع على المشتري وهو يرجع على الاجنبي بما نقص ، وبين الرجوع على الاجنبي وهذا لا يرجع بشيء على المشتري .

٤ - او تغير المبيع تغيراً يصير شيئاً آخر كما اذا اشترى قطناً وغزله او غزلاً فنسجه ، او نسيجاً فقصه وخاطه ، او حنطة فطحنها ، او دقيقاً فمجنه .

(ج) واذا انفسخ العقد بالتراضي او بالقضاء وكان المشتري قد دفع الثمن للبائع كان له حق حبس المبيع حتى يسترده من البائع [م ٣٧٣]^(١) واذا مات أحدهما مفلساً كان الآخر أحق بما في يده من سائر الغرماء ،

(١) [م ٣٧٣] اذا فسخ البيع الفاسد فان كان البائع قبض الثمن كان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان يأخذ الثمن ويسترده من البائع .

أي يكون البائع أحق بالثمن حتى يستوفي قيمة المبيع ، فان وفى بها فقد سقطت عنه ، وان زاد عنها فالزائد للغرماء ، وان نقص عنها كان البائع فيما نقص اسوة الغرماء . ويكون المشتري أحق بالمبيع حتى يسترد الثمن فان بيع بمقدار الثمن فقط فهو للمشتري وحده وان زاد شيء او نقص فهو كما تقدم .

(د) اذا رد المشتري المبيع الى البائع فلم يقبله ، ثم أعاده الى منزله فهلك فلا ضمان عليه لكونه أدى الواجب عليه من الرد فأخذه ثانية لا يعد غصباً فلا يوجب الضمان . وكل مبيع بيعاً فاسداً قد رده المشتري على بائعه بهبة ، أو صدقة ، أو بيع ، أو بوجه من الوجوه كعاراة أو اجارة ، أو أخذه البائع من المشتري اغتصاباً ، اعتبر هذا الرد متاركة وفسخاً للعقد ، وبريء المشتري من ضمانه ، وله الثمن الذي كان قد دفعه في البيع الفاسد .

والاصل في ذلك ان المستحق بحجة كالرد لفساد العقد اذا وصل الى المستحق بحجة أخرى كالهبة ونحوها اعتبر واصلاً اليه بحجة مستحقة ، ان وصل اليه من المستحق عليه . فان وصل اليه من غيره كأن باعه المستحق عليه ثم وهبه المشتري لمن باعه فاسداً فلا يبرأ من اشتراه فاسداً لأن المبيع لم يصل الى البائع منه ، ولأن تبدل سبب الملك بمنزلة تبدل العين [م ٩٨] .

بيع السلم وأحكامه : تقدم أن من أنواع البيوع السلم ، والبحث فيه
ينحصر بما يلي :

١ - تعريفه وأركانه .

٢ - شروطه وحكمه .

٣ - ما يجوز من التصرفات في البدلين وما لا يجوز .

٤ - ما يجري فيه السلم وما لا يجري فيه .

تعريف السلم : السلم ويسمى سلفاً ، هو بيع مؤجل بمعجل
[م ١٢٣] ويسمى المبيع مسلماً فيه والبائع مسلماً إليه ، والتمن رأس المال ،
والمشتري رب السلم .

أركان السلم : أركانه الأيجاب والقبول كسائر أنواع البيوع
وليس له القاط خاصة فيعقد بلفظ السلم والسلف ، وبلفظ البيع مع ذكر
شروط السلم ليمتاز عن البيع المطلق . فإذا قال المشتري للبائع أسلمتك
الف درهم على مائة وزنة حنطة وقبل الآخر انعقد السلم [م ٣٨٠]^(١) .

(١) [م ٣٨٠] السلم كالبيع انعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا قال للبائع
سلمتك الف قرش على مائة كيل من الحنطة وقبل الآخر انعقد السلم (انظر
المادة ١٥) .

شروط السلم : يشترط في السلم : ١ - ان يكون العقد باتاً أي خالياً من خيار شرط أو رؤية في المبيع (المسلم فيه) لأن خيار الشرط يتمنع تمام قبض رأس المال ، مع ان قبضه في المجلس لازم لصحة العقد ، ولأن خيار الرؤية لا فائدة فيه ، لأن فائدة خيار الرؤية في الأصل هو رد المبيع عند رؤيته ، وهذا لا يحصل في السلم لأن المسلم فيه دين في الذمة فبرده يعود ديناً ويجب أدائه بمثله فيرد بخيار الرؤية ايضاً وهكذا فيتسلسل ، ولأن الوصف اللازم بيبانه لصحة السلم قائم مقام معاينة المسلم فيه . واما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح ان كان عيناً معينة .

٢ - بيبانه جنس الثمن ، كدينار ، أو حنطة ، أو شعير . وبيانه نوعه ، كدينار عراقي إذا كان في البلد انواع من الدنانير ، و كحنطة عجيبة . وبيانه وصفه ، كجيد ، أو متوسط أو ردي ، وهذا اذا كان مما يحتاج الى التوصيف ليكون معلوماً . وبيانه قدره اذا كان من المقدرات كالمكيلات والموزونات والمذروعات ، والعديدات المتقاربة . وأنه يكون مقبوضاً في مجلس العقد ، فاذا افرق المتعاقدان قبل القبض انفسخ العقد [م ٣٨٧]^(١) . وهذا الاخير شرط لبقاء السلم صحيحاً ، فالسلم قبل

(١) [م ٣٨٧] يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد فاذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ العقد .

القبض صحيح مالم يفترقا ولهذا اذا امتنع المشتري عن الاعطاء والبائع عن الأخذ يجبر الممتنع قبل الاقتراق على الاعطاء أو الأخذ .

٣ - ان يكون المسلم فيه معلوم الجنس ككونه حنطة أو رزاً . ومعلوم النوع ، ككون الحنطة عجيبة ، أو كردية . ومعلوم الصفة ، ككونه جيداً ، أو متوسطاً ، أو رديئاً ، ومعلوم القدر بكيل ، أو وزن ، أو ذرع بأدوات يؤمن فقدها من أيدي الناس ، فان كان لا يؤمن فاسلم فاسد كأن يبين القدر بمكيال أو حجر لا يعرف عيار كل منهما ، أو بخشبة لا يعرف قدرها . وبشرط في الادوات ألا تكون مما يتقبض وينبسط وإلا فسد . وان يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط قدره وصفته ضبطاً لا تبقى معه الجهالة الفاحشة . وان يكون مما يتعين بالتعيين فلا يصح في النقود وما يلحق بها ، لأن المسلم فيه مبيع وهو يتعين بالتعيين بخلاف الثمن . وانه يكون مؤجلاً الى اجل معلوم . وان يكون منه موجوداً في الاسواق من وقت العقد الى وقت الأجل . وهذا شرط لبقاء السلم صحيحاً فيفسد السلم متى انقطع مثل المسلم فيه من الاسواق ، ولم يشترط بعض المجتهدين هذا الشرط وقال الشرط ان يكون موجوداً وقت حلول الأجل والظاهر ان المجلة أخذت بهذا القول . وان يبين مكان تسليمه ان كان له حمل ومؤونة وإلا فلا يشترط

[٣٨٦ م] ^(١) .

حكم السلم : حكمه ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين بمجرد تمام العقد كالبيع لأنه نوع من انواع البيوع .

ما يجوز من التصرف في البدلين وما لا يجوز : لا يجوز للمسلم اليه ان يتصرف في رأس مال السلم قبل قبضه لا بالتملك لمن هو عليه ، ولا لغيره ولا بالابراء لأن تسليمه في مجلس العقد من حق القانون [٣٨٧ م] فلا يملك المسلم اليه اسقاط هذا الحق بنفسه . وبناء على هذا اذا ملك المسلم اليه رأس مال السلم لأحد ما بأي وجه من الوجوه اعتبر ذلك فسخاً لعقد السلم .

ولا يجوز لرب السلم أن يتصرف في المسلم فيه قبل قبضه تصرف تملك أو رهن ، لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل قبضه لا يجوز ، ويستثنى من ذلك هبته بعض المسلم فيه للمسلم اليه فإنه يعتبر حينئذ ان المسلم فيه هو الباقي ، ووجه الاستثناء ان هذه الهبة في الحقيقة ليست

(١) [٣٨٦ م] يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع مثلاً انه خنطة او ارز او تمر ونوعه كسكونه يسقى من ماء المطر « وهو الذي نسميه في عرفنا بعلا » او بماء النهر والعين وغيرها « وهو ما يسمى عندنا سقياً » وصفته كالجيد والخسيس وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه .

تصرفاً في المسلم فيه وإنما هي حط من المبيع فكان المسلم فيه هو الباقي بعد الحط ، كما في المبيع المطلق . ولهذا لو وهب رب السلم جميع المسلم فيه الى المسلم اليه كانت هذه الهبة إقالة .

ويجوز لرب السلم ابراء المسلم اليه من المسلم فيه لأن المسلم فيه دين في ذمته ثابت لرب السلم ، وقبضه في المجلس ليس بمستحق على رب السلم قانوناً ، فكان هو بالابراء متصرفاً في خالص حقه بالاستقاط .

وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لامكان وجود ركن الحوالة وهو نقل الدين من ذمة الى ذمة .

وبمجرد الكفالة به لامكان وجود ركنها ، وهو ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالدين .

وبمجرد الرهن بالمسلم فيه لأنه دين حقيقة والرهن بالدين أي دين كان جائز .

وبمجرد الاقالة كما في البيع المطلق ، وهذه الاقالة كما تصح في كل المسلم فيه ، تصح في بعضه . وإذا جازت الاقالة فإن كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم اليه رد عينه الى رب السلم ، وإن كان هالكاً فإن كان مما له مثل فعليه رد مثله . وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود فعليه رد مثله هالكاً كان أو قائماً . غير ان الاقالة بعد قبض

المسلم فيه يشترط لجوازها قيام المسلم فيه فان هلك بعد القبض لا تجوز
الاقالة . ومن شروط الاقالة في سائر العقود كالبيع المطلق مثلاً ، قيام
المعقود عليه وهو المبيع في عقد البيع الذي من جملة أنواعه السلم .

ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز : يجوز السلم في الأشياء التي يمكن
تعيين مقاديرها وأوصافها ، من جودتها ورداءتها [م ٣٨١] ^(١) أي في كل
ما يمكن ضبطه وتعيينه قدرًا ووصفًا تعيينًا تامًا نافيًا للجهالة ، فيجوز السلم
في الخنطة والشعير ، والغسل ، والدهن ، والحديد ، والخطب ، والقطن
والسكر ، والبرتقال ، والليمون ، والأواني الخزفية ، والورق ، ونحو
هؤلاء مما يمكن ضبط قدره بالوزن ، أو السكيل ، أو العد ، وضبط وصفه
من الجودة والرداءة . فالخطب مثلاً يمكن ضبط قدره بالوزن كما يمكن
ضبط صفته ايضاً . والأواني الخزفية يمكن ضبط قدرها على ألا تتفاوت
آحادها بأن تكون على قالب واحد ، كما يمكن ذلك في الآجر بأن يكون
قالبه نصف قدم طولاً وربع قدم عرضاً وربع قدم عمقاً ، مثلاً [م ٣٨٤] ^(٢)

(١) [م ٣٨١] السلم انما يكون صحيحاً في الاشياء التي تقبل التعيين بالقدر
والوصف كالجودة والخسة .

(٢) [م ٣٨٤] ما كان من العدديات كاللبن والآجر يلزم ان يكون قالبه ايضاً
معيناً .

والمكيلات ، والموزونات ، والمذروعات تتعين مقاديرها بالكيل والعيار والذراع المعلومة ، فلا تجوز بمجهول ولا بما ينقبض وينبسط [م ٣٨٢] ^(١) والعدييات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد تتعين بالكيل والوزن ايضاً [م ٣٨٣] ^(٢) والعدييات المتفاوتة تتعين بالوزن كالبطيخ .

ولا يجوز السلم فيما لا يمكن تعيين مقداره ووصفه تعييناً تاماً نافياً للجهالة كالذواب والدور . وانما لم يجز السلم اذا لم يمكن تعيين المقدار والوصف لأن المسلم فيه دين والدين انما يعرف بالمقدار والوصف فاذا لم يمكن ذلك كان المسلم فيه مجهولاً والجهالة تفضي إلى المنازعة المطلوب عدم وقوعها .

بيع الصرف وهمم

الصرف بيع النقد بالنقد [م ١٢١] ^(٣) أي بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة أو أحد الجنسین منهما بالآخر . ويشترط لاعتباره :

(١) [م ٣٨٢] المكيلات والموزونات والمذروعات تتعين مقاديرها بالكيل والوزن والذرع .

(١) [م ٣٨٣] العدييات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد تتعين بالكيل والوزن ايضاً .

(٣) [م ١٢١] الصرف بيع النقد بالنقد .

١ — قبض البدلين قبل أن يتفرقا بالابدان ، حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا متفرقين وان طال مجلسهما ، لانعدام الافتراق بابدانها وكذا إذا ناما في المجلس ، وكذا إذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً الى محل آخر ولم يفترقا ، فالعبرة للافتراق بالأبدان ، فمتى ما حصل القبض قبل الافتراق صح .

٢ — أن يكون العقد خالياً من خيار الشرط ، لأن خيار الشرط يمنع صحة القبض ، لأن خيار الشرط يمنع تمام الحكم في البيع ، فلا يكون القبض صحيحاً ، واذا لم يكن القبض صحيحاً لا يعتبر الصرف .

٣ — أن يكون خالياً عن الأجل لهما أو لأحدهما ، لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق ، والأجل يعدم القبض فيفسد العقد .
وهمكم ، تملك كل من الطرفين البدل ، كما في سائر أنواع البيوع .

بيع المقايضة وهمكم

المقايضة بيع العين بالعين ، أي مبادلة مال بمال غير النقدين [١٢٢م] ويشترط لهذا النوع من البيع كون كل من البدلين موجوداً ، مالاً ، متقوماً ، مقدور التسليم وقت العقد . لأن كلاً من البدلين يعتبر مبيعاً في المقايضة فيشترط له ما يشترط للمبيع [٣٧٩م] ، ولهذا لو جرى بيع المقايضة

فضولاً ثم هلك البذل الذي في يد الفضولي قبل الاجازة فلا تعتبر
الاجازة بعد ذلك ولو كان المال الذي بيد المشتري قائماً ، وذلك لأن كلاً
من البديلين يعتبر مبيعاً ، وقيام المبيع وقت الاجازة شرط لا اعتبار الاجازة .

وهكم : ١ - ان الطرفين إذا تنازعا في أمر التسليم لزم أن يسلم
ويتسلم كل منهما معاً البديلين [م ٣٧٩] بخلاف الأمر في البيع المطلق فإن
على المشتري أن يسلم الثمن أولاً ، ثم على البائع أن يسلم المبيع اليه .
٢ - تملك كل من الطرفين البذل كما هو الحكم في سائر أنواع
البيوع .

الاستصحاب

هو نوع من البيوع جاء على خلاف القياس ، وقد استحسن لجرى
التعامل به في سائر الأقطار والشعوب ، وإنما كان على خلاف القياس
لأن المبيع معدوم وقت العقد .

وقد جرت المجلة في هذا الباب على مجرى خاص لا يوافق الرأي
الراجح من أقوال الفقهاء .

والكلام في هذا الباب ينحصر في المواضيع الآتية :

١ - في تعريفه وركنه .

٢ - في شروط جوازه .

٣ - في صفة العقد .

٤ - في حكمه .

تعريف الاستصناع : هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع . فإذا قال شخص لأحد من أرباب الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهماً وقبل الصانع انعقد البيع استصناعاً . فالعقد واقع على شراء المادة من الصانع على أن يجري فيه عملاً معيناً ، فهو عقد بيع فيه شبه بالاجارة ، أو انه عقد قائم بذاته يتضمن البيع والاجارة . والراجح انه بيع خاص جاء على خلاف القياس لا علاقة له بالاجارة ، لأن المقود عليه في الحقيقة مال معلوم بأوصاف مخصوصة غير موجود وقت العقد ، لا أنه المادة التي سيقع عليها العمل .

ركن الاستصناع : هو الايجاب والقبول كسائر أنواع عقد البيع . مثلاً لو أرى المشتري رجلاً خلفاً وقال له اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا درهماً وقبل البائع ، أو تفاول مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينةً وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع ، كذلك لو تفاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية ، كل واحدة بكذا درهماً وبين الطول والحجم

وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع [م ٣٨٨] ^(١)

شروط صممة الاستصناع : ١ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته على الوجه المطلوب [م ٣٩٠] ^(٢) لأنه مبيع فلا بد أن يكون معلوماً والعلم به إنما يحصل بهذه الأشياء .

٢ - أن يكون المستصنع متعارفاً استصناعه ، أو غير متعارف ولسكن لم تضرب له مدة ، فلو كان غير متعارف وضربت للاستصناع مدة كان ساماً [م ٣٨٩] ^(٣) وقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان استصناع ما لم

(١) [م ٣٨٨] اذا قال شخص لأحد من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً مثلاً لو أرى المشتري رجلاً خلفاً وقال له اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع او تقاول مع نجار على ان يصنع له زورفاً وسفينة وبين له طولها وعرضها واوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع . كذلك لو تقاول مع صاحب معمل ان يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

(٢) [م ٣٩٠] يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب .

(٣) [م ٣٨٩] كل شيء تعمل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق واما ما لم يتعامل باستصناعه اذا بين فيه المدة صار ساماً ونعتبر فيه حينئذ شروط السلم واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع ايضاً .

يجز العرف باستصناعه لا يجوز بلا مدة ، واذا ذكرت له مدة كان سائماً فيشترط فيه ما يشترط للسلم .

ولا يشترط في الاستصناع دفع الثمن وقت العقد [م ٣٩١]^(١) فيجوز أن يكون الثمن فيه حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً ، ويجوز أن يكون الأجل شهراً فأكثر أو أقل . وذهب أكثر الفقهاء الى ان الأجل إذا كان شهراً فأكثر كان سائماً فيشترط فيه ما يشترط في السلم . وان كان أقل من شهر فان كان الاستصناع متعارفاً صح العقد استحساناً للعرف ، وان كان غير متعارف ، فان كان الأجل على سبيل الاستعجال صح العقد بيعاً باتاً لأن الأقل من الشهر قليل فيعتبر في حكم الحلول ، وان كان على سبيل الاستعجال فسد إذ لا يكون استصناعاً لعدم العرف به ، ولا بيعاً باتاً لعدم وجود المبيع . وكل هذا التفصيل لم تراعه المجلة بل جوزته مطلقاً ، كما مرّت الاشارة اليه .

صفة عقر الاستصناع : هو عقد لازم ليس لأحد العاقلين الرجوع فيه [م ٣٩٢]^(٢) . وقد ذهب جمهور الفقهاء الى انه عقد غير

(١) [م ٣٩١] لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً أي وقت العقد .

(٢) [م ٣٩٢] اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقلين الرجوع واذا

لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً .

لازم في حق كل واحد من العاقلين قبل رؤية المستصنع والرضا به
فلاصانع ان يتمتع من الصنع وان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع ،
وللمستصنع ان يرجع ايضاً قبل رؤية المبيع او بعد رؤيته قبل الرضا به .
ولا يخفى ان مسلك المجلة هو الاوفق للمصلحة كما انه اقرب الى القواعد
الفقهية ، فان الاستصناع يبيع والبيع من العقود اللازمة ، كما ان توصيف
المستصنع ويان ما يعينه منزل منزلة رؤيته فلا يبقى للمشتري خيار رؤية
ايضاً ، لأن المقصود من الرؤية حصول العلم بالمبيع وقد حصل ذلك
بذكر اوصافه وقدره وجنسه ونوعه .

حكم الاستصناع : حكمه ان الصانع اذا أتى بالمصنوع على الصفة
المشروطة ، يكون ملكاً للمستصنع ملكاً لازماً فليس له الرجوع ،
كما ان ليس للصانع ان يبيعه لآخر بعد ان أراه للمستصنع . أما قبل
ارائه إياه فيجوز له يبيعه لآخر وعمل غيره للمستصنع . واذ كان الصانع
قد أتى بالمصنوع لا على الاوصاف المطلوبة المبينة في العقد كان المستصنع
مخيراً بين قبوله ورده مع تكليف الصانع بتسليمه مصنوعاً موافقاً
للاوصاف المطلوبة عند العقد [م ٣٩٢] .

بيع الوفاء

هو نوع من البيوع ، يقابل البيع البات . والكلام فيه ينحصر في
المواضع الآتية :

١ - تعريفه وركنه .

٢ - شرطه .

٣ - صفته .

٤ - احكامه .

تعريف بيع الوفاء : هو ان يبيع شخص عيناً لشخص آخر بضمن
معين او بالدين الذي عليه له ، بشرط انه متى رد البائع الثمن على المشتري ،
او أدى دينه يرد اليه المبيع [م ١١٨] ، وبيع الوفاء نوع آخر ، وهو البيع
بالوجه المذكور على ان يستأجر البائع المبيع من المشتري ، ويسمى هذا
النوع البيع بالاستغلال [م ١١٩]^(١) ، مثلاً لو باع شخص داره لآخر
بمائة دينار ، على أنه متى ما رد المبلغ فان المشتري يرد اليه الدار المبيعة ،
وعلى ان يستأجر البائع الدار المبيعة ، فاذا استأجر البائع الدار بسبعة
دنانير لمدة سنة ، بعدما اخلاها وسامها الى المشتري ، كان البيع بيعاً

(١) [م ١١٩] بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على ان يستأجره البائع .

بالاستغلال ، وكانت الدنانير السبعة غلة وربحاً للمشتري .

ركن بيع الوفاء : ركنه الايجاب والقبول كسائر العقود وليس له الفاظ خاصة بل ينعقد بسائر العبارات الدالة على الايجاب والقبول على الوجه المذكور في التعريف .

شروط بيع الوفاء : يشترط في بيع الوفاء ما مر من شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، واذا نقض شيء من شروط الصحة كان بيعاً فاسداً ، إلا أن بيع الوفاء الفاسد لا يختلف في الحكم عن بيع الوفاء الصحيح لأنه رهن في الحقيقة ، والرهن صحيحه وفاسده في الحكم سواء . ويشترط ايضاً ألا يكون المبيع مشاعاً . ولكن هذا الشرط لم تستطره المجلة ، وان ذهب اليه الفقهاء نظراً الى كونه رهناً .

صفة عقد بيع الوفاء : هو عقد غير لازم فللمشتري ان يرد المبيع متى اراد ، ولكن ليس له المطالبة بالثمن اذا كان البيع قد ضربت له مدة ، قبل حلول نهاية المدة . وللبائع ان يرد الثمن متى ما اراد ويسترد البيع [م ٣٩٦]^(١) وهو بهذا الاعتبار عقد غير لازم على الطرفين وليس له ان يسترد المبيع قبل ان يرد الثمن وهو بهذا الاعتبار عقد غير لازم بالنظر الى

(١) [م ٣٩٦] كما ان البائع وفاء له ان يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشتري

ان يرد المبيع ويسترد الثمن .

المشتري فقط . وإنما كان هذا العقد غير لازم مع ان البيع من العقود اللازمة ، لأن الغالب في بيع الوفاء معنى الرهن ؛ واحكامه احكام الرهن تماماً ، فكان في الصفة كالرهن ، والرهن يجوز فيه للمرتهن ان يفسخ الرهن ويرد المرهون الى الراهن متى شاء ، كما ان للراهن ان يرد الدين ويسترجع المرهون متى شاء . ولكن ليس له ان يسترجع المرهون من دون ان يرد الدين .

احكام بيع الوفاء : تجري في هذا البيع بعض احكام البيع الصحيح ، وهو ان المشتري قد يملك زوائد المبيع ومنافعه ؛ وبعض احكام البيع الفاسد ، وهو ان لكل واحد من العاقلين فسخ البيع على الوجه الذي مر في صفة العقد ، وتجري فيه أحكام الرهن بتمامها بعد قبض المشتري للمبيع [م ١١٨] .

واليك تفصيل الأحكام :

١ - ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر [م ٣٩٧]^(١) فإذا باعه البائع أي ماله توقف تقاذ البيع على اجازة المشتري وفاء ، فان أجازة تذا وان لم يجزه بقي موقوفاً حتى يسترد الثمن أو الدين

(١) [٣٩٧] ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر (انظر

من البائع . وإذا باعه المشتري وفاء ، توقف تفاد البيع على اجازة المالك فان أجازته نفذ ويؤدي اليه الدين من ثمنه ، وان لم يجزه بطل واستبقاه المشتري تحت يده حتى يستوفي دينه . أما لو أجره المشتري . فان أجاز المالك الاجارة قبل مرور مدة الاجارة ، كانت الأجرة له ، وان فاتت المدة قبل الاجازة كانت الأجرة للمشتري ، لأنه يكون هو العاقد ، والأجرة للعاقد ، وان أجاز بعد مرور قسم من مدة الاجارة ، فما يخص المدة الماضية يكون للمشتري ، وما يخص المدة الآتية بعد الاجازة يكون للبائع . والحاصل ان حكم هذه الاجارة حكم اجارة الفضولي ، وسيأتي الكلام عليها في كتاب الاجارة .

٢ - لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع بدون اذن البائع ، فاذا انتفع به بدون اذنه فهلك ضمنه بقيمته يوم هلاكه إن كان قيمياً وبمثله إن كان مثلياً ، لا اعتبار به حينئذ متعدياً .

٣ - إذا شرط في العقد أن يكون قدر من زوائد المبيع للمشتري صح ، مثلاً لو تفاول البائع والمشتري وتراضيا على أن السكرم المبيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الايفاء بذلك

[م ٣٩٨] ^(١) أما إذا لم يشترط ذلك فليس للمشتري أخذ شيء من الغلة فإذا استهلك شيئاً منها ضمنه للبائع وإذا هلكت الغلة بلا تعد منه أو تقصير لا شيء عليه .

٤ — إذا حل الأجل ولم يؤد الثمن ، فلا يصير البيع باتاً ، ولا يملك المشتري المبيع ، وإنما يحكم القاضي على البائع بالأداء ، بناءً على طلب المشتري ، فإن امتنع بعد ذلك باع عليه الحاكم العين المبيعة وفاءً وأوفى المشتري حقه من ثمنها ، وإن لم تف به باع من بقية أمواله بقدر ما فيه الوفاء .

٥ — المشتري وفاءً أحق بما في يده من سائر الغرماء حتى يستوفي دينه كما في الرهن ، لأن وضع يده على المبيع جعل له امتيازاً على غيره فيه فيباع ويستوفي دينه أولاً ، وإن زاد شيء أخذه الغرماء ، وإن نقص كان في الناقص أسوة الغرماء [م ٤٠٣] ^(٢) .

(١) [م ٣٩٨] إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك . مثلاً لو تقاول البائع والمشتري وتراضيا على أن السكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الإيفاء بذلك على الوجه المشروح (انظر المادة ٧٣)

(٢) [م ٤٠٣] ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاءً ما لم يستوف المشتري دينه .

٦ - إذا سكن المشتري في الدار المبيعة وفاء لا أجره عليه ، لأن سكنه بتأويل الملك ، كما ان المرتهن كذلك اذا سكن في المرهون .

٧ - المبيع وفاء مضمون على المشتري بالأقل من قيمته ومن الدين كالمرهون فانه مضمون على المرتهن كذلك . فاذا كانت قيمته مساوية للدين سقط الدين في مقابلته ، وان كانت قيمته أكثر يهلك بالدين أي يسقط الدين . ولا يضمن المشتري شيئاً عن الزائد الهالكة ، لأن الزائد أمانة في يده ، وان كانت قيمته أقل سقط من الدين بقدر قيمته ويرجع على البائع بالباقي [م ٣٩٩ ، م ٤٠٠ ، م ٤٠١] ^(١) .

٨ - اذا تعيب المبيع وفاء بيد المشتري عيباً أورثه نقصاً في القيمة فانه يسقط من الدين بنسبة ما نقص من القيمة ، فلو اشترى أحد وفاء داراً قيمتها الف دينار بمائة دينار فتهدمت في يد المشتري وصارت قيمتها

(١) [م ٣٩٩] اذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته .

[م ٤٠٠] اذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي واخذه من البائع .

[م ٤٠١] اذا كانت قيمة المال المبيع وفاء زائدة على مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاكه بالتعدي واما ان كان بلا تعد فلا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة .

خمسائة دينار ، سقط من الدين نصفه أي بنسبة النقص من أصل القيمة .
والحكم كذلك في الرهن .

٩ - اذا مات أحد المتبايعين وفاء ، انتقل حق الفسخ الى الوارث
[م ٤٠٢] ^(١) .

ملاحظة : يجري فراغ الوفاء في الاراضي الاميرية وفي مستغلات
الوقف ذي الاجارتين ، باذن المتولي ، غير انه اذا احترق المبيع لا يسقط
الدين أي انه غير مضمون على المشتري بالأقل من قيمته ومن الدين .
وسبب ذلك ان ذي الاجارتين والاراضي الاميرية ليست مملوكة للبائع
وليس له فيها سوى حق التصرف فالمشتري في الحقيقة انما هو حق
التصرف فلا يضمن العين المالكة .

بيع المريض وامطام

المراد من المريض هنا هو المريض مرض الموت . ومرض الموت
هو المرض الذي يعجز به المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره
ان كان من الذكور والداخلية في داره ان كان من الاناث ، ويخشى منه
الموت في الغالب ، ويموت به المريض على ذلك الحال قبل مرور سنة ،

(١) [م ٤٠٢] اذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث .

سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإذا امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، فإذا اشتد مرضه وتغير حاله ومات ، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت [م ١٥٩٥] ^(١) . فلا يتحقق مرض الموت الا بثلاثة شروط :

- ١ - كون المرض يخشى منه الموت .
- ٢ - أن ترول قدرة المريض بسبب المرض عن إفاء مصالحه .
- ٣ - أن يموت بذلك المرض على تلك الحالة قبل مرور سنة . وإذا استمر به المرض على تلك الحالة أكثر من سنة ، فإن تغيرت حاله اعتبر مرض الموت من تاريخ التغير ، وإن لم يتغير حاله ، لا يعتبر المرض مرض موت كما أنه لو مات بسبب آخر غير هذا المرض ، فإن المريض

(١) [م ١٥٩٥] مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره ان كان من الذكور . ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان أو لم يكن وإن امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت .

المذكور تعتبر تصرفاته كتصرفات الصحيح ، أي لا يعتبر مرضه الذي وقع فيه التصرف مرض موت .

وأحكام بيع المريض هي :

١ - إذا باع شيئاً من ماله لأحد الورثة ، فإن يبعه يتوقف نفاذه على إجازة سائر الورثة بعد موته ، فإن أجازوا بعد موته ينفذ البيع ، وإن لم يجزوا يفسخ ويطل . والمراد من الوارث هنا من يصبح وارثاً حين وفاة البائع ولو لم يكن وارثاً وقت البيع .

مثلاً لو كان لأحد ابن وإخوة فباع شيئاً من أمواله لأحد إخوته في مرض موته ، ثم مات ابنه قبله ، فإن يبعه يتوقف نفاذه على إجازة سائر الورثة ، لأن المشتري أصبح وارثاً حين موت البائع ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع ، لانحجابه بالابن وقتئذ . والإجازة المعتبرة من سائر الورثة ، هي الإجازة الصادرة منهم بعد موت البائع ، ولا عبرة بالإجازة الصادرة منهم قبل موته ، لأن حقهم في التركة إنما يظهر بعد موته ، فلا محل للإجازة قبل ذلك . وإن أجاز بعض الورثة دون بعض ، نفذ البيع في مقدار حصة المجيز من المبيع وبطل في الباقي [م ٣٩٣]^(١) وهذا الحكم

(١) [م ٣٩٣] إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته فيصير ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع وإن لم يجزوا لا ينفذ .

الذي أخذت به المجلة هو رأي أبي حنيفة ، وعند غيره كأبي يوسف ان البيع للوارث ان كان بضمن المثل ، أو بضعف القيمة ، فان البيع جائز وهذا الرأي هو الاخرى بالقبول على ما لا يخفى ، أما الشراء من الوارث بضمن المثل فصحيح معتبر ، ولهذا لم تبحث عنه المجلة ، وان كان بأكثر من ثمن المثل لزم الوارث رد الزائد .

٢ — اذا باع المريض شيئاً من أمواله ، لغير وارث بضمن المثل أو اشترى منه شيئاً ، بضمن المثل صح بيعه أو شراؤه ، وليس لورثته حق الاعتراض على ذلك بعد موت مورثهم . وان كان يبيعه بدون ثمن المثل وشراؤه بأزيد من ثمن المثل ، كان في البيع أو الشراء محاباة . وحينئذ ينظر في مقدار ما حابا به ، فان كان يخرج من ثلث التركة ، فلا كلام في صحة البيع أو الشراء ، وان كان الثلث لا يفي بذلك المقدار لزم على المشتري في صورة البيع ان يكمل ما نقص ، ولزم على البائع في صورة شراء المريض أن يرد الزائد ، فان اكمل المشتري في صورة الشراء من المريض النقص لزم البيع وإلا كان للورثة فسخه ، وان رد البائع الزائد في صورة شراء المريض ، لزم الشراء ، وإلا كان للورثة فسخ العقد ، ولا فرق في تفصيل هذا الحكم بين ما إذا كان قد حصل تسليم المبيع ، وبين ما إذا كان المبيع لم يقع تسليمه . مثلاً لو كان شخص لا يملك إلا داراً تساوي الفاً

وخمسمائة درهم فباعها في مرض موته لأجنبي أي غير وارث له بألف درهم ثم مات ، فبما ان ثلث ماله يفي بما حابا به وهو خمسمائة درهم كان هذا البيع صحيحاً ، وليس للورثة فسخه حينئذ . وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة درهم ، فبما ان ثلث ماله الذي هو خمسمائة درهم يعدل نصف ما حابا به وهو الف درهم حينئذ للورثة ان يطلبوا من المشتري نصف ما حابا به مورثهم ، وهو خمسمائة درهم فان أداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع ، وان لم يؤدها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار . وكذلك لو اشترى المريض من أجنبي داراً بألف درهم مع ان ثمن مثلها خمسمائة درهم ، وكانت تركته ألفاً وخمسمائة درهم فبما ان مقدار الحاباة وهو خمسمائة درهم يخرج من الثلث وهو خمسمائة درهم ايضاً ، كان الشراء صحيحاً معتبراً . وان كان قد اشتراها المريض بألف وخمسمائة درهم ، فبما ان ثلث ماله يعدل نصف ما حابا به ، وهو الف درهم فللورثة ان يستردوا من البائع خمسمائة درهم ، فان ردها لزم الشراء ، وإلا كان للورثة الفسخ [م ٣٩٤] ^(١) .

(١) [م ٣٩٤] اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثلث المثل صح بيعه وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيعه محاباة يعتبر من ثلث ماله فان كان الثلث وافيّاً بها صح وان كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري اكمال ما نقص من =

٣ - إذا باع المريض مرض الموت ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات وتركته مستغرقة بالديون كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وأدائه إلى التركة ، فإن لم يفعل ، كان لهم حق فسخ البيع ، وإذا أجازوا البيع صح ولزم . ولا يتوقف البيع في هذه الصورة على إجازة سائر الورثة ، لأن التركة المستغرقة بالديون لا ملك للورثة فيها ، فلا عبرة بإجازتهم أو عدم إجازتهم ، بل العبرة بإجازة الدائنين لأنهم هم المالكون للتركة في الحقيقة . حتى أن الورثة في هذه الصورة ليس لهم أن يتصرفوا بشيء من التركة فإن تصرفوا ضمنوا للدائنين . وينبغي أن التركة إذا كانت مستغرقة بالديون وباع المريض شيئاً منها لوارث أو غير وارث ، وأجاز الدائنون ذلك ، أن يكون البيع

= ثمن المثل واعطاؤه للورثة فإن اكمل لازم البيع والا كان للورثة فسخه . مثلاً لو كان شخص لا يملك إلا داراً تساوي ألفاً وخمسمائة قرش فباع الدار المذكورة في مرض موته لاجني غير وارث له بألف قرش وسلمها له ثم مات فبما أن ثلث ماله يفي بما حاجي به وهو خمسمائة قرش كان هذا البيع صحيحاً معتبراً وليس للورثة فسخه حينئذ وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري فبما أن ثلث ماله الذي هو خمسمائة قرش يعادل نصف ما حاجي به وهو ألف قرش فحينئذ للورثة أن يطلبوا من المشتري نصف ما حاجي به مورثهم وهو خمسمائة قرش فإن أداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع وإن لم يؤدها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار .

صحيحاً معتبراً ، لأن سائر الورثة لاحق لهم بهذه التركة ، فالبيع الى الوارث ، أو الى غير الوارث بالنظر اليهم سواء [م ٣٩٥] ^(١) .

المبيع وامطام

الكلام في هذا الموضوع ينحصر بما يأتي :

- ١ - الفرق بين المبيع والتمن .
- ٢ - شروط المبيع واوصافه .
- ٣ - ما يجوز بيعه وما لا يجوز .
- ٤ - كيفية بيع المبيع .
- ٥ - ما يدخل في المبيع بدون ذكر وما لا يدخل .
- ٦ - ما يجوز استثنائه من المبيع .
- ٧ - تسليم المبيع .
- ٨ - حق حبس المبيع لتسليم الثمن .
- ٩ - حكم ما إذا هلك المبيع قبل قبضه .
- ١٠ - التصرف في المبيع قبل قبضه .

(١) [م ٣٩٥] اذا باع شخص في مرض موته ماله باقل من ثمن المثل ثم مات مديوناً وتركته مستغرقة كان لاصحاب الديون ان يكلفوا المشتري ببلاغ قيمة ما اشتراه الى ثمن المثل وإحلاله وادائه للتركة فان لم يفعل فسخوا البيع .

١١ - حكم ما اذا مات أحد العاقدين مفلساً قبل التسليم .

١٢ - ضمان البائع المبيع عند الاستحقاق .

١٣ - حكم تزويد المبيع أو النزيل منه بعد العقد .

١٤ - حكم المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر .

الفرق بين المبيع والتمن : لكل من المبيع والتمن احكام خاصة فيجب التفريق بينهما لثلاثي خطأ القانوني بالحكم في المسائل المتعلقة بالمبيع والمسائل المتعلقة بالتمن . فليس كل ما يدفعه المشتري يسمى تمناً ، ولا كل ما يدفعه البائع يسمى مبيعاً . إذ قد يكون العوضان مبيعين . وقد يكونان تمنين ، واحكام كل من المبيعات والاثمان مختلفة . فلعرفة أي العوضين تمن واثمان مبيع ، أهمية لا تخفى . واليك البيان :

الأصل ان كل ما لا يتعين بالتعيين يسمى تمناً وكل ما يتعين بالتعيين يسمى مبيعاً ، وان احتمل تغير هذا الأصل بعارض ، بأن يكون ما لا يتعين مبيعاً كالمسلم فيه وما يتعين تمناً كرأس مال السلم اذا كان عيناً .

وبعبارة أخرى ان كل ما لا يصلح من العوضين ان يكون ديناً في الذمة يسمى مبيعاً ، وكل ما يصلح من العوضين ان يكون ديناً في الذمة يسمى تمناً . ويترتب على هذه القاعدة :

١ - ان النقود وهي ما ضرب من الذهب والفضة وما يلحق

بالنقود من غيرهما ، اثمان ، سواء قبلت بجنسها أو بغير جنسها ،
وسواء دخلت عليها بآء التمنية ، وهي التي تدخل عادة على الاثمان أو لم
تدخل ، والسبب في ذلك هو ان النقود مما يترتب في الذمة دائماً .
ويتفرع على هذا ان كلاً من العوضين في الصرف يسمى ثمنًا .

٢ - ان الاعيان القيمة مبيعات دائماً ، سواء قبلت بقيمي او
بغيره ، وسواء دخلت عليها الباء او لم تدخل . والسبب في ذلك ان
الاصل في القيميات انها لا تترتب في الذمة . ويتفرع على هذا ان كلاً
من العوضين في المقايضة يسمى مبيعاً .

٣ - ان الاعيان المثلية ، ان قبلت بمثلي ولم يكن شيء منها معيناً
في العقد بالاشارة اليه ، فما دخلت عليه الباء يسمى ثمنًا ، لأنه يصلح ديناً
في الذمة ، فبدخول الباء يتعين للثمنية . ويسمى ما لم تدخل عليه مبيعاً .
فان كان احد العوضين فقط معيناً في العقد كان هو المبيع ، سواء دخلت
عليه الباء ام لم تدخل ، وكان ما لم يتعين ثمنًا . واذا تعين كل منهما
بالاشارة اليه فالثمن مادخلت عليه الباء .

شروط المبيع وأوصافه : يشترط في المبيع ان يكون :

١ - موجوداً [م ١٩٧]^(١) فغير الموجود وهو المعدوم يبعه باطل .

(١) [م ١٩٧] يلزم ان يكون المبيع موجوداً .

أما كون المبيع مما يمكن أن ينتفع به في الحال ، فليس بشرط فيجوز بيع الفلّو مثلاً وان لم يمكن الانتفاع منه ، ولكن لا يجوز إيجاره ، لأن المعقود عليه في الاجارة هو المنفعة فهي المقصودة بالذات .

٢ - أن يكون مقدور التسليم [م ١٩٨]^(١) فبيع غير مقدور التسليم كالخضاب الناد والطير في الهواء باطل حتى لو مسك الحيوان الناد مثلاً وسلم الى المشتري لا ينقلب البيع صحيحاً .

٣ - وأن يكون مالاً متقوماً [م ١٩٩]^(٢) فبيع غير المال أو المال غير المتقوم باطل . أما الثمن فلا يشترط لانعقاد البيع به أن يكون متقوماً ، وإنما يكفي لجوازه أن يكون مالاً فقط ، فاذا كان غير متقوم بأن كان الثمن خمرًا مثلاً ، كان البيع منقداً الا انه فاسد . فتقوم الثمن شرط للصحة لا للانعقاد .

٤ - أن يكون معلوماً عند المشتري لان جهالته تقضي الى المنازعة . وبيع المجهول فاسد . غير ان هذا الشرط لازم في المبيع اذا كان مما يلزم فيه التسليم والتسلم ، والا فلا يشترط ذلك فلو قال شخص لا خير لك عندي مال واني اشتريته منك بمائة درهم فقال الآخر بعت صح البيع

(١) [م ١٩٨] يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم .

(٢) [م ١٩٩] يلزم ان يكون المبيع مالا متقوماً .

وان لم يكن المال معلوماً للطرفين . ثم ان شرط معلومية المبيع انما هو بالنظر الى المشتري ، أما بالنظر الى البائع فليس بشرط ، فمن باع عرصة أو أي مال عائد اليه لم يكن قد رآه فان بيعه صحيح وليس له خيار الرؤية ، نعم اذا كان المشتري قد غره وأخذه منه بغبن فاحش ، فان له حينئذ خيار الغبن والتعريض .

والمبيع يصير معلوماً بالوجه الآتي بيانه :

ما يعلم به المبيع : المبيع يكون معلوماً للمشتري علماً نافعاً للجهالة الفاحشة بامور تختلف باختلاف المبيع واليك البيان :

١ — بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص به ، اذا كان حاضراً في مجلس البيع [م ٢٠٢]^(١) مثال الاول ، كما لو قال البائع للمشتري بعثك هذا الحصان بكذا أو هذه الخنطة بكذا درهماً . ومثال الثاني ، كأن يقول بعثك الثياب التي في هذا الصندوق أو في هذه الغرفة ، أو جملة الاموال التي في هذه العربة أو التي في هذا البيت على شرط أن تكون معروفة للمشتري من قبل ، والا فسد للجهالة الفاحشة . وذهب بعض الفقهاء الى أن الاشارة

(١) [م ٢٠٢] اذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه . مثلاً لو قال البائع للمشتري بعثك هذا الحيوان وقال المشتري اشتريته وهو يراه صح البيع .

الى مكان المبيع الخاص به تكفي لاعتباره معلوماً مطلقاً ، أي سواء كان معروفاً للمشتري له قبل ذلك أم لا ، اذا كان المكان مثل الغرفة أو الصندوق أو الكيس . وهو رأي ضعيف على ما اعتقد لأن مجرد الإشارة الى مكان المبيع من دون سابق معرفة للمشتري بالمبيع لا يقتضي أن يكون معلوماً مهما كان المكان صغيراً ، ولا تنفي به الجهالة الفاحشة .

٢ - بيان جنسه ووصافه الخاصة به الميزة له عن غيره تميزاً نافياً للجهالة الفاحشة ، كما لو باعه كذا مناً من الحنطة العجيبة ، أو باعه ارضاً مع بيان حدودها ، أو باعه كذا ذراعاً من الأرض الواقعة في المحل القلائي ونحو ذلك من الاشياء التي تقرر بصفات تميزها عن غيرها ، كما لو قال بعثك السيارة التي اشتريتها من زيد وكان البائع لم يشتري من زيد سوى سيارة واحدة ، وكان للمشتري سابق معرفة بسيارة زيد المذكورة [م ٢٠١] ^(١) .

٣ - اذا كان المبيع معروفاً عند المشتري من قبل البيع [م ٢٠٣] ^(٢)

(١) م [٢٠١] يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره . مثلاً لو باعه كذا من الحنطة الحورانية أو باعه ارضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع .

(٢) م [٢٠٣] يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري فلا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .

فلا حاجة حينئذ الى ذكر الاوصاف والحدود وغيرها من الميزات ، كما لو قال البائع للمشتري بعثك داري وليس له دار غيرها وكان المشتري يعرفها من قبل .

والاوصاف التي يكفي بيانها لصحة البيع تختلف باختلاف المبيع ، فان كان ارضاً فلا بد من بيان موقعها جهة وبلداً وذكر حدودها ، وان كان داراً فلا بد من بيان موقعها وحدودها ، وعدد حجرتها واوصافها ومرافقها . ويكفي في بيع المنقولات بيان جنسها واوصافها ومقاديرها .

ما يجوز بيعه وما لا يجوز ، وما لا يصح : ١ - لا يجوز بيع المعدوم حقيقة أو عرفاً . فالمعدوم حقيقة مثل بيع الثمرة التي لم تبرز اصلاً ، وبيع حق التعلي ، وبيع ما لم يعلم وجوده تحت الأرض من النباتات كالثوم والبصل والشلغم وغيرها ، فانه لا يجوز بيعها وهي تحت الأرض ما لم يعلم بوجه من الوجوه كونها ثابتة موجودة تحت الأرض . وكذلك بيع الانسان شيئاً ليس في ملكه وقت البيع فلا يجوز بيع ما سيملكه من الحنطة وما سيصنعه من السفن ، وما سيملكه من الجلود . اللهم الا اذا كان بيع امثال هذه على وجه السلم أو على وجه الاستصناع على ما مر تفصيلها .

واما المعدوم عرفاً فهو ما اتصل بغيره خلقه ، فانه يعتبر معدوماً

عرفاً قبل ان ينفصل مما اتصل به ، كالخليب وهو في الضرع ، والجلد على الشاة ، ورأس الشاة أو كتفها وهي لم تزل حية ، والزيت الذي في الزيتون ، والشيرج الذي في السمسم . فان هذه الاشياء وان كانت موجودة الا انها تعتبر معدومة عرفاً .

ويستثنى من بيع المعلوم ثلاثة اشياء فانها يجوز بيعها ، وهي :
أ - بيع الاستجرار .

ب - بيع ما يتلاحق افراده كالفواكه والازهار والخضراوات [م ٢٠٧]^(١) وقد مرّت الاشارة عن هذين في شروط الانعقاد .

ج - بيع الدين للمدين ، كما لو كان لأحد في ذمة أحد خمسين كيلة حنطة فأخذ منه برصائه خمسين درهماً بدلاً عنها ، ولكن يشترط في بيع الدين قبض البدل في المجلس لئلا يفترق المتعاقدان عن دين للطرفين .
واما الثمرة التي برزت جميعها فيجوز بيعها وهي على الشجر

[م ٢٠٦]^(٢) ، لأن كونه المبيع مما ينتفع به في الحال ليس بشرط . ولكن

(١) [م ٢٠٧] ما يتلاحق أفراده يعني ان ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالقواكه والازهار والورق والخضراوات اذا برز بعضها يصح بيع ما سيربز بعد ما برز تبعاً له بصفقة واحدة .

(٢) [م ٢٠٦] الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للاكل أم لا .

بهذه الصورة يجبر المشتري على قطع الثمرة وتفرغ ملك البائع ، حتى انه لو اشترى على شرط بقاءه الى وقت نضوجه كان البيع فاسداً عند الفقهاء ، وكذلك يكون فاسداً لو لم يشترط ذلك ولكن بقي المبيع وظهر في الاشجار ثمرة اخرى قبل ان يقبض المشتري المبيع - والمراد من القبض هنا التخلية بين المشتري والثمرة المبيعة بحيث يمكنه قطعها - وذلك لتعذر التفريق بين المبيع وغيره ، فكان مشابهاً لهلاك المبيع قبل تسليمه ، اما لو ظهرت الثمرة الجديدة بعد قبض المشتري للثمرة المبيعة ، فان البائع والمشتري يكونان شريكين لاختلاط مائهما ، فان اختلاط المالين يوجب الشراكة في المخلوط ، والقول قول المشتري يمينه في مقدار ما يخصه لأنه واضع اليد .

٢ - لا يجوز بيع ماهو غير مقدور التسليم ، فبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر باطل ، وكذا بيع حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه [م ٢٠٩]^(١) ، أما لو كان الحيوان قد اعتاد الرجوع بعد الخروج فبيعه وهو خارج جائز ، لأن تسليمه ممكن ، وذلك كالطيور المملوكة المعتادة على الطيران من اوكارها ، ثم الرجوع اليها .

(١) [م ٢٠٩] بيع ماهو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر أو حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه .

اما اذا كان تسليم المبيع ممكناً ، الا انه يترتب على تسليمه ضرر ،
فان بيعه جائز ولكنه فاسد ، فلا يصح بيع المزارع أو المساقى نصيبه من
الزرع أو الثمر قبل نضوجهما لغير صاحب الارض أو الشجر ، لأن
البائع يجب عليه عقب البيع قطع نصيبه من الزرع والثمر وتسليمه للمشتري
ليسلم الارض أو الشجر لصاحبها ، ولا يمكن قطع نصيبه وحده ، لأنه
مشاع ، فيضطر الى قطع الكل ، وفي ذلك ضرر على صاحب الارض
والشجر ، لأن حقه مستحق البقاء حتى ينضج ، كما لا يصح لصاحب
الأرض أو الشجر ان يبيع نصيبه من الزرع أو الثمر الى المزارع أو
المساقى قبل نضجها ، لأن البائع له تكليف المشتري باخلاء الارض أو
الشجر مما اشتراه ، وذلك لا يكون الا بقطعه ، ولكنه مشاع لا يمكن
قطعه وحده وفي ذلك ضرر على المشتري ، لأن نصيبه مستحق البقاء
حتى ينضج ، كما لا يجوز له ان يبيع نصيبه مما ذكر لغير المزارع
والمساقى ، لانه يجب اخلاء ملك البائع عقب البيع ، وفي ذلك ضرر على
المشتري أو المزارع أو المساقى ، لما سبق . ولا عبرة برضاء البائع أو
المشتري أو غيرهما بالضرر الذي يلحقه بسبب هذه العقود ، لأن الضرر
لا يثبت بالعقد أصلاً ، وكل عقد اشتمل على ضرر بانسان يكون فاسداً
يجب فسخه . ولكن يلاحظ ان العقد في الامثلة السابقة اذا لم يفسخ حتى

نضج الزرع والتمر ، انقلب العقد صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب الضرر وقد زال .

ومثل الامثلة السابقة في الفساد لو باع احد الشرعيين في البناء نصيبه القائم على ارض مشتركة بينهما دون الارض ، سواء كان البيع للشريك او لغيره . وكذلك اذا باع أحد جائزاً في سقفه ، وذراعاً من جدار داره القائمة ، وذراعاً من جبهته ، وشبراً من سترته ، ونصف بناء داره من دون العرصة ونحو ذلك ، لما في هذه ونحوها من الضرر . ولكن لو سلم البائع المبيع في الصور المذكورة قبل فسخ العقد انقلب البيع صحيحاً .

٣ - لا يجوز بيع ما لا يعد عند الناس مالاً ، ولا يجوز الشراء به ، فيبيع الحر أو الشراء به مالاً باطل [م ٢١٠] ^(١) . واذا بيع مال مع ما لا يعد في عرف الناس مالاً بعقد واحد ، فالبيع باطل في الجميع ، كبيع دار مع انسان حر بعقد واحد ، وكبيع دار ومسجد بعقد واحد ، بخلاف بيع قرية فيها مسجد أو مقبرة ، فان البيع صحيح ، لان المسجد أو المقبرة مستثنى من البيع عادة . أما لو بيع ملك مع وقف - غير

(١) [م ٢١٠] بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل مثلاً لو باع جيفة أو آدمياً حراً واشترى بها مالاً فالبيع والشراء باطلان .

المسجد - بعقد واحد فان البيع يصح في الملك ، ويبطل في الوقف ، لأن الوقف مال في ذاته وعند الناس الا انه لا يجوز بيعه لكونه محبوباً على ملك الله ، فعقد البيع في ذاته جائز ، وعدم جوازه في الموقوف بعارض الوقف ، فلا يؤثر على بيع المال المضموم معه في البيع ، بخلاف بيع الحر مع المال بعقد واحد فان الحر ليس بمال في ذاته فالبيع في حقه باطل ، واذا بطل في البعض بطل في الكل .

وكذلك لا يجوز بيع المال غير المتقوم أي ما لا يجوز الانتفاع به كبيع الحجر ، وبيع الشاة التي خنقها أحد ، فانهما مالان عند بعض الناس الا انهما غير متقومين أي لا يحل بهما الانتفاع ، فيعدهما باطل . أما الشراء بهما ففاسد لا باطل [م ٢١٢] ^(١) . ووجه الفرق بين البيع والشراء في هذا الحكم ، هو ان المقصود بالبيع هو عين المبيع والتمن ما هو الا وسيلة ، فاذا كان المبيع لا يجوز الانتفاع به ، كان البيع باطلاً ، لعدم الفائدة من البيع بخلاف ما اذا كان المبيع يجوز الانتفاع به ولكن ثمنه لا يجوز الانتفاع به وهو مال في حد ذاته ، فان البيع يكون منعقداً الا انه غير صحيح لجهالة الثمن ، لان الثمن لما كان غير منتفع به يذهب الى قيمته ، وقيمه مجهولة وقت العقد .

(١) [م ٢١٢] الشراء بغير المتقوم من المال فاسد .

ويجوز بيع كل ما كان مالاً متقوماً مقدور التسليم ، وأمثله نفوت
الحصر . ولكن المهم أن نبين ما قد يتبادر الى الذهن عدم جوازه ،
وأمثلة ذلك :

١ - كل محرز يجوز الانتفاع به كالكلب المعلم والقابل للتعليم ،
وكلب الحراسة ، والفهد والصقر ، والقيط ، وغيرها من الحيوانات التي
يجوز الانتفاع بها .

٢ - بيع الحصة الشائعة اذا كانت معلومة كالثلث والربع مثلاً ،
لكن اذا ترتب على بيعها ضرر فان البيع يكون فاسداً ، انظر الفقرة
الثانية - غير مقدور التسليم - وبيع مثل هذه الحصة يجوز للشريك
وغيره ولو بدون إذنه [م ٢١٥] ^(١) .

٣ - بيع المجهول الا انه فاسد ، كقول البائع بعثك جميع الاشياء
التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء
[م ٢١٣] ^(٢) .

٤ - بيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل تبعاً للأرض ،

(١) [م ٢١٥] يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون اذن الشريك .

(٢) [م ٢١٣] بيع المجهول فاسد فلو قال البائع للمشتري بعثك جميع الاشياء

التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد .

وبيع الماء تبعاً للقنوات .

فإن يبيع الدار مثلاً مع حق مرورها من ملك شخص آخر جائز صحيح ، وكذا يبيع دار مع حق مرور دار أخرى جائز ، أما يبيع حق المرور وحده فغير جائز لانه ليس بمال بل هو حق مجرد .

وبيع أرض مع حق شربها جائز ، وكذا يبيع أرض مع حق شرب أرض أخرى جائز ، وأما يبيع حق الشرب وحده فلا ، لما سبق .
 وذهب البعض الى جواز بيع حق المرور وحق الشرب وحده .

وبيع دار مع حق مسيلها ، أو حق مسيل دار أخرى جائز ، أما يبيع حق المسيل وحده فلا ، لما سبق .

وكذلك يجوز بيع الماء تبعاً للقنوات ؛ فلو كان لأحد قناة مملوكة يجري منها مقدار من الماء فإن يبيع الماء الذي يجري من القنوات يكون تبعاً لبيع القنوات وهذا شبيهه ببيع حق الشرب تبعاً للأرض .

كيفية بيع المبيع

المبيع إما أن يكون من المقدرات كالخطة والسكر ، أو من غيرها كالفرس والسيارة . والمقدرات هي المكيلات ، والموزونات ، والمذروعات ، والعدييات ؛ فإن كان المبيع من غير المقدرات فإنه متى

حصل العقد مستوفياً شروطه السالفة الذكر صح وتم . وان كان من المقدرات فان كيفية بيعه تختلف باختلاف حال المبيع من جهة بيعه جزافاً أو مقداراً ، ومن جهة كونه متعلقاً بآحاد المبيع أو بجملته ، واليك التفصيل :

١ - كما يصح بيعها كيلاً ووزناً وعداً وذرعاً ، يصح بيعها جزافاً [م ٢١٧] ^(١) أي بدون كيل ولا وزن ولا ذرع . ولا عد ، سواء كان الموزون والمذروع مما يضره التبعض كقص من الماس ، أو مما لا يضره التبعض كالعسل والقماش ، وسواء كان العددي متقارباً أو متفاوتاً ، كأن تقول بعثك هذا القمح أو العسل أو فص الماس أو هذا القماش أو البيض أو القطيع من الغنم ، بكذا فيقول المشتري قبلت . لان البيع كما يكون معلوماً بتعيين مقداره يكون في بيعه جزافاً معلوماً بالإشارة اليه . ولكن يلاحظ أن رأس مال السلم اذا كان من المقدرات فلا بد فيه من التقدير بالوزن ونحوه ، ولا يجوز أن يعتبر جزافاً ، كما ان بيع المقدرات بجنسها لا يجوز جزافاً ، فلا يجوز بيع الحنطة مثلاً بمثلها جزافاً . واذا

(١) [م ٢١٧] كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً ايضاً . مثلاً لو باع صبرة حنطة أو كوم تبن أو آجر أو حمل قاش جزافاً صح البيع .

كان المبيع جزأفاً في حفرة مثلاً لا يعلم المشتري مدى عمقها فان له بعد الوقوف على مقدار عمقها أن يفسخ البيع بخيار الكمية ، أو خيار كشف الحقيقة .

٢ — يجوز بيعها بأداة يتفق عليها المتعاقدان سواء كانت معلومة المقدار كالكيل والموازين وسائر المقاييس المتعارفة بين الناس ، أو غير معلومة كطشت للكيل ، أو قطعة حديد للوزن ، أو قطعة خشب للذرع [م ٢١٨] ^(١) ، ولكن يلزم في هذا النوع من الأدوات أن تكون مضبوطة أي لا تنقبض ولا تنبسط ولا تزيد ولا تنقص كالطشت ونحوه ، فان كان مما ينقبض وينبسط أو يزيد وينقص ، فسد البيع لأن التقدير بها يؤدي الى النزاع . ويلاحظ ان البيع بالمقاييس غير المعلومة المقدار لدى المشتري ، بيع صحيح غير لازم فان للمشتري بعد الوقوف على مقدار المبيع فسخ البيع بخيار الكمية أو كشف الحقيقة .

٣ — يصح بيع المقدرات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها ، أي يصح بيع جملة منها ببيان ثمن كل فرد أو قسم من دون بيان ثمن مجموع الجملة المبيعة ، كما لو باع أحد صبرة طعام أو وسق سفينة من

(١) [م ٢١٨] لو باع حنطة على أن يكيلها بكيل معين أو يزنها بحجر معين

صح البيع وان لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر .

حطب ، أو قطيع غنم ، أو قطعة من جوخ ، على ان كل كيل من الحنطة أو قنطار من الحطب ، أو رأس من الغنم ، أو ذراع من الجوخ بكذا [م. ٢٢٠] ^(١) فيصح البيع في المجموع لمعلومية الثمن ، لأن ثمن الفرد أو القسم إذا كان معلوماً ، يعتبر ثمن المجموع معلوماً ايضاً .

٤ — يصح بيع المقارات بالذراع والجريب مثلاً كما يصح بيعها ببيان حدودها فقط ، وكما يصح بيعها بذكر حدودها وجملة أذرعها مثلاً فإذا بيعت بذكر الحدود فلا شك ان العبرة للحدود ولا ينظر الى مقدار المساحة ، فلا يلتفت حينئذ الى قول المشتري كنت أظن أن المساحة كذا وقد ظهرت أقل . وإذا بيعت بذكر الأذرع مثلاً فقط فلا شك ان العبرة للمساحة . فإذا قل بعتك هذه العرصة كل ذراع بدرهم فالعبرة الى مقدار الأذرع . وإذا بيعت بذكر الحدود وجملة الأذرع وبيان ثمن كل ذراع فان العبرة للمساحة لا للحدود فإذا بين البائع حدود المقار وجملة ذراعاتها على ان كل ذراع بكذا ، فالعبرة للمساحة لا للحدود . وإذا بين

(١) [م. ٢٢٠] بيع المقدرات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها صحيح . مثلاً لوباع صبرة حنطة أو وسق سفينة من حطب أو قطيع غنم أو قطعة من جوخ على ان كل كيل من الحنطة أو قنطار من الحطب أو رأس من الغنم أو ذراع من الجوخ بكذا صح البيع .

حدودها وجملة ذراعانها مع جملة الثمن فالعبرة بالحدود لا للمساحة ، فمهما كانت المساحة فان الثمن لا يتبدل ، ولا يدخل في البيع إلا المقدار الداخل ضمن الحدود [م ٢٢١] ^(١) .

وفي بيع المقرر يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره [م ٢٢٢] ^(٢) كما يعتبر في الثمن ايضاً القدر الذي وقع عليه عقد البيع ، فإذا باعه صبرة طعام على انها خمسون كيلة باربعين درهماً فظهر بعد كيلها انها ستون كيلة ، فالمبيع هو خمسون منها فقط والعشرة الزائدة تعود للبائع . وإذا طلب المشتري شراء خمس وخمسين كيلة من الخنطة كل كيلة باثني عشر درهماً ونصفاً ، فكان المقتضى أن يكون مجموع ما يلزم للثمن ٦٧٧ و ٥ درهم ولاكنهما اخطأ في الحساب فحسبوا الثمن ٦٠٠ درهم فقط فباع البائع الخمس والخمسين كيلة الى المشتري بستمائة درهم ، فان العبرة حينئذ الى ما ذكر في العقد وهو ستمائة درهم ولا يلتفت الى قول البائع بوقوع الخطأ في الحساب .

٥ - يصح بيع المقدرات جملة مع بيان مقدارها وجملة ثمنها . كأن

(١) [م ٢٢١] كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع . والجرب يصح بيعه بتعيين حدوده ايضاً .

(٢) [م ٢٢٢] إنما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره .

تقول بملك هذا القمح على انه عشرون صاعاً بعشرين درهماً أو هذا العسل على انه خمسون حقة بمائة درهم ، أو هذا الفص من الماس على انه خمسة قراريط بخمسين ديناراً ، أو هذا البيض على انه مائة بيضة بأربعة دراهم ، أو هذا القطيع من الغنم على انه عشرون رأساً بعشرة دنانير . وحكم هذا البيع انه اذا ظهر المبيع تاماً فالبيع صحيح لازم اذا لم يكن فيه أحد الخيارات التي سيأتي البحث فيها . وإذا ظهر زائداً أو ناقصاً فحكمه يختلف باختلاف أنواع المبيع . وبيان ذلك :

أ - إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً لا يضره التبعض ، أو كان مذروعاً لا يضره التبعض ، أو كان عددياً متقارباً ، وظهر في جميع ذلك زائداً صح البيع ويرد الزائد الى البائع ، وان ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد ، لتفرق الصفقة عليه ، وبين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن [م ٢٢٣] ^(١) .

(١) [م ٢٢٣] المكيلات والعدييات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعضها ضرر اذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع سواء سمي ثمنها فقط أو بين وفصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة إلا انه إذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع . مثلاً لو باع صبرة حنطة على انها خمسون كيلة أو على انها خمسون كيلة كل كيلة =

ب — إذا كان المبيع موزوناً أو مذكوراً يضر كلاً منهما التبعض
 وظهر زائداً، صح البيع وأخذه المشتري بالثمن المسمى ولا خيار للبائع،
 لأن الثمن تعلق بالجملة لرضاء البائع ببيعها به، والزيادة وصف من الأوصاف،
 والوصف لا يقابله شيء من الثمن. والمراد من الوصف هنا هو الوصف
 الفقهي وهو التابع للشيء غير المنفصل عنه الذي يزيد الشيء حسناً، مثلاً
 أن كون قطعة من الماس عشر قراريط مثلاً وصف للقطعة لأنه يريد لها
 حسناً واعتباراً بدليل أنها إذا نقصت قيراطاً مثلاً تهبط قيمتها هبوطاً
 زائداً غير متناسب مع مقدار النقص. وإن ظهر ناقصاً خير المشتري بين
 الفسخ وبين أخذ المبيع بكل الثمن، لأن الثمن تعلق بالمبيع جملة، ولم يتعلق

= منها بعشرة قروش بخمسمائة قرش. فإذا ظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لم يضر
 وإن ظهرت خمسة وأربعين كيلة فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ
 الخمسة وأربعين كيلة بأربعمائة وخمسين قرشاً وإن ظهرت خمسة وخمسين كيلة فالحس
 كيلات الزائدة للبائع وكذا لو باع سقطة بيض على أنه مائة بيضة أو على أنه مائة
 كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشاً فإن ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري
 مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ تسعين بيضة بخمسة وأربعين قرشاً وإذا
 ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشر الزائدة للبائع وكذلك لو باع زق سمن على أنه
 مائة رطل يكون الحكم على الوجه المشروح.

به نظراً إلى افراده [٢٢٤ و ٢٢٦] ^(١).

ج - إذا كان المبيع عددياً متفاوتاً وظهر زائداً أو ناقصاً فسد البيع لجهالة المبيع في حالة الزيادة ، والتمن في حالة النقص جهالة فاحشة تؤدي

(١) [م ٢٢٤] لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعته فقط . وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى وان ظهر زائداً على القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع . مثلاً لو باع فص الماس على انه خمسة قراريط بعشرين الف قرش فاذا ظهر اربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ الفص بعشرين الف قرش واذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً أخذ المشتري بعشرين الف قرش ولا خيار للبائع في هذه الصورة .

[م ٢٢٦] اذا بيع مجموع من المذروعات سواء كان من الاراضي او الامتعة والاشياء السائرة وبين مقداره وجملة ثمنه فقط . او فصل اثمان ذراعانه في هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر . وأما الامتعة والاشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات . مثلاً لو بيعت عرصة على انها مائة ذراع بألف قرش فظهر انها خمسة وتسعون ذراعاً فالمشتري مخير ان شاء تركها وان شاء أخذ تلك العرصة بألف قرش . وان ظهرت زائدة أخذها المشتري ايضاً بألف قرش فقط . وكذا لو بيع ثوب قماش على انه يكفي قباء وانه ثمانى اذرع بأربعمائة قرش فظهر سبع اذرع خیر المشتري ان شاء تركه وان شاء أخذ ذلك الثوب بأربعمائة قرش =

الى النزاع [م ٢٢٧] ^(١) ، فانه في حالة النقص لا يدري ما يخص الناقص من الثمن ، لأن المبيع عدديات متفاوتة ، فيكون الثمن مجهولاً ، وفي حالة الزيادة لا طريقة لتعيين الزائد ، فيكون المبيع مجهولاً .

= وان ظهر تسع اذرع اخذه المشتري بتمامه بأربعمائة قرش ايضاً . كذلك لو بيعت عرصه على انها مائة ذراع كل ذراع بمشرة قروش فظهرت خمساً وتسعين ذراعاً او مائة وخمس اذرع خير المشتري ان شاء تركها وان شاء أخذها اذا كانت خمساً وتسعين ذراعاً بتسعمائة وخمسين واذا كانت مائة وخمس اذرع بألف وخمسين قرشاً وكذا اذا بيع ثوب قماش على انه يكفي لعمل قباء وانه غامى اذرع كل ذراع بخمسين قرشاً فاذا ظهر تسع اذرع او سبع اذرع كان المشتري مخيراً ان شاء ترك الثوب وان شاء اخذه اذا كان تسع اذرع بأربعمائة وخمسين وان كان سبع اذرع بثلاثمائة وخمسين قرشاً . وأما لو بيع ثوب جوخ على انه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسمائة قرش او ان كل ذراع منه بخمسين قرشاً فاذا ظهر مائة واربعين ذراعاً خير المشتري ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المائة والاربعين ذراعاً بسبعة آلاف قرش فقط . واذا ظهر زائداً على المائة وخمسين ذراعاً كانت الزيادة للبائع .

(١) [م ٢٢٧] اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط . فان ظهر عند التسليم تاماً صح البيع وزم . وان ظهر ناقصاً او زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً . مثلاً اذا بيع قطيع غنم على انه خمسون رأساً بألف وخمسمائة قرش فاذا ظهر عند التسليم خمسة واربعين رأساً او خمسة وخمسين فالبيع فاسداً .

د - وإذا كان المبيع موزوناً يضره التبعض أو مذكوعاً يضره التبعض مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وظهر زائداً يخير المشتري بين أخذ الكل بالمقدار الذي يتكون من مجموع ما يخص كل الآحاد حسب التقدير الواقع وقت العقد، وبين فسخ البيع. وليس له طلب أخذ المسمى فقط لأن التجزئة تضر المبيع فتضر البائع. كما أنه ليس للبائع أن يجبر المشتري على أخذ الكل بكل الثمن لأنه قد لا يكون محتاجاً إلا إلى المسمى أو غير قادر على شراء الكل. وإن ظهر ناقصاً فالمشتري مخير أيضاً لتفرق الصفقة عليه [م ٢٢٥] ^(١).

هـ - وإذا كان المبيع عددياً متفاوتاً وظهر زائداً فسد البيع لجهة المبيع، لأنه لا يمكن تعيين الزائد فيكون المبيع مجهولاً، وإن ظهر ناقصاً

(١) [م ٢٢٥] إذا بيع مجموع عن الموزونات التي في تبعضها ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها فإذا ظهر وقت التسليم زائداً أو ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير أن شاء فسخ البيع وأن شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي بينه وفصله لاجزائه واقسامه. مثلاً لو باع منقلاً من النحاس على أنه خمسة ارطال كل رطل بأربعين قرشاً فظهر المنقل أربعة ارطال ونصفاً أو خمسة ارطال ونصفاً فالمشتري مخير في الصورتين أن شاء فسخ البيع وأن شاء أخذ المنقل بمائة وثمانين قرشاً أن كان أربعة ارطال ونصفاً وبمائتين وعشرين قرشاً أن كان خمسة ارطال ونصفاً.

فالمشتري مخير بين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن وبين الفسخ
[م ٢٢٨] ^(١).

وفي جميع الصور التي يكون فيها الخيار للمشتري بين الأخذ
والفسخ لظهور المبيع ناقصاً ، إذا قبض المبيع وهو عالم بالنقصان سقط
خياره لأنه يكون راضياً بتفريق الصفقة ، أما إذا لم يكن عالماً بالنقصان
عند القبض فلا يسقط خياره [م ٢٢٩] ^(٢).

ما يجوز استثنائه من المبيع

ما صح بيعه منفرداً جاز استثنائه من المبيع . وما لا يصح بيعه

(١) [م ٢٢٨] إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقداره وأثمان
آحاده وافراده ثم ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري
مخيراً أن شاء ترك وأن شاء أخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى وإذا ظهر
زائداً كان البيع فاسداً . مثلاً لو بيع قطيع غنم على أنه خمسون شاة كل شاة
بخمسين قرشاً فإذا ظهر ذلك القطيع خمسة وأربعين شاة خير المشتري أن شاء ترك
وأن شاء أخذ الخمسة وأربعين شاة بألفين ومائتين وخمسين قرشاً وإذا ظهر خمسة
وخمسين رأساً كان البيع فاسداً .

(٢) [م ٢٢٩] في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض
المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض .

منفرداً لا يجوز استثناءه ، لأنه يعد حينئذ تابعاً للمبيع ، والتابع لا يفرد بالحكم ، وإذا استثنى يكون البيع فاسداً . فمن باع ثمرة بستان واستثنى منها عدة ارطال صح البيع ويكون المبيع هو الباقي وكذلك من باع ثمرة شجرة واستثنى منها رطلاً مثلاً .

ومن باع شاة مثلاً لا يجوز استثناء جلدها أو كرشها أو فخذها مثلاً . ومن باع داراً لا يجوز استثناء جذع من سقفها . ومن باع دابة لا يجوز استثناء رأس غير معين منه [م ٢١٩] ^(١) والاستثناء في هذه الصور مفسد للبيع .

ما يدخل في المبيع برونه ذكر وما لا يدخل

ملخص البحث في هذا الموضوع هو انه يدخل في المبيع بدون ذكر :

١ - ما يعد من مشتملات المبيع في عرف البلد الذي جرى فيه عقد البيع .

٢ - ما جرى العرف ببيعته تبعاً للمبيع . وان لم يكن من مشتملاته .

(١) [م ٢١٩] كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثناءه من المبيع . مثلاً لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على انه له صح البيع .

- ٣ - ما كان كالجزم من المبيع نظراً للغرض من الشراء .
- ٤ - ما كان من قوابع المبيع المتصلة به اتصال قرار .
- ٥ - ما تشمله الالفاظ العامة التي تزداد في صيغة العقد وقت البيع .

كل ما جرى عرف البلدة الذي جرى فيه عقد البيع ، على انه من مشتملات المبيع ، فانه يدخل في البيع من غير ذكر ، مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر ، لأن المطبخ من مشتملات الدار ، وحديقة الزيتون تطلق على ارض تحتوي على اشجار الزيتون ، فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون [م ٢٣٠] ^(١) .

وكل ما كان في حكم جزء من أجزاء المبيع ، أي ما لا يقبل التفكك عن المبيع نظراً الى غرض الاشتراء ، فانه يدخل في البيع ، بدون ذكر . مثلاً اذا بيع قفل دخل مفتاحه ، وإذا اشترت بقرة

(١) [م ٢٣٠] كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع تدخل في البيع من غير ذكر مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار وفي بيع حديقة زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار . وحديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على اشجار الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون .

حلوب لأجل اللبن يدخل تباعها الرضيع بدون ذكر [م ٢٣١]^(١) ،
 بخلاف بيع دواب الحمل فإنه لا يدخل إلا إذا كان العرف يقضي بدخوله
 أو وجد مع أمه في مكان البيع . ويدخل في بيع الاشجار الأرض
 المغروسة فيها إذا كان شراؤها بقصد البقاء . ويجوز حينئذ للمشتري كلما
 قلع شجرة أن يغرس غيرها مكانها ، اما اذا اشتراها بقصد قلعها ، فلا
 تدخل الأرض تبعاً لها . واذا قطعها من وجه الأرض ثم نبتت من
 جذورها أو من محل القطع فما نبت فهو للبائع ، وان قطعها من أعلاها فما
 نبت فهو للمشتري ، وان كان في قلعها من جذورها ضرر بالأرض يجب
 قطعها من حيث لا يحصل لها ضرر ، واذا نشأ ضرر بسبب قلع الاشجار
 كوقوعها على حائط فانهدم ، أو على متاع شخص فتلف ضمن القالع
 ما نشأ عن الضرر .

وكل ما كان متصلاً بالبيع اتصال قرار ، وهو ما وضعه لا لأن
 يفصله الانسان فإنه يدخل تبعاً ، سواء كان اتصاله خلقياً أو صناعياً .

(١) [م ١٣١] ما كان في حكم جزء من المبيع أي ما لا يقبل التفكك عن
 المبيع نظراً الى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر . مثلاً اذا بيع قفل
 دخل مفتاحه واذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع
 بدون ذكر .

فيدخل في بيع الدار كل ما كان مبنياً أو مثبتاً فيها أو متصلاً بينها اتصال قرار . ويدخل في بيعها ايضاً بستانها الداخل فيها مطلقاً سواء كان كبيراً عنها أو صغيراً أو مساوياً ، وبستانها الخارج عنها إذا كان أصغر منها ، لأن الصغير يتبع الكبير ولا عكس . وكل ما ليس من بنائها ولا من توابعها المتصلة به ولا مما هو متصل بها لا يدخل تبعاً من غير ذكر ، إلا إذا جرى العرف بأن البائع لا يضمن به على المشتري . ويدخل في بيع الحمام قدوره التي يسخن فيها الماء وأوانيه الكبيرة التي لا تنقل عادة من محلها ، أما الصغيرة فإن كانت مثبتة دخلت بدون ذكرها ، وإن كانت غير مثبتة لا تدخل إلا بذكرها . ويدخل في بيع الأرض الأشجار المغروسة فيها للبقاء ، سواء كانت كبيرة أو صغيرة ، مثمرة أو غير مثمرة . ويدخل في بيعها ايضاً القصب الفارسي وقصب السكر ونحوها مما ليس لبقائه نهاية معلومة . أما الأشجار اليابسة التي لا ينفع بها إلا حطباً ، والأشجار المعدة للنقل في وقت معلوم فلا تدخل تبعاً . ويدخل في بيع الدار الاقفال المسمرة والدواليب المستقرة والرفوف المسمرة [م ٢٣٢] ^(١) .

(١) [م ٢٣٢] توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر .
مثلاً إذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والدواليب أي الخزن المستقرة =

كل ما جرى العرف ببيعه تبعاً لغيره ، فإنه يدخل في بيع ذلك الغير ، فإذا بيعت الفرس دخل لجامها ، وإذا بيع البعير دخل خطامه بدون ذكره لجريان العرف [م ٢٣٣] ^(١) .

وكل ما تشبه الالفاظ العامة التي تزداد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في المبيع . فلو قال البائع بعثك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في

= والرغوف المسورة المعدة لوضع فرش . والبستان الذي هو داخل حدود الدار والطرق الموصلة الى الطريق العام أو الداخلة التي لا تنفذ . وفي بيع العرصة تدخل الاشجار المغروسة على ان تستقر لان جميع المذكورات لا تفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا تصریح .

(١) [م ٢٣٣] ما لا يكون من مشتملات المبيع ولا هو من توابعه المتصلة المستقرة أو لم يكن في حكم جزء من المبيع أو لم تجر العادة والعرف ببيعه معه لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع . أما ما جرت عادة البلدة والعرف ببيعه تبعاً للمبيع فيدخل في البيع عن غير ذكر . مثلاً الاشياء غير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل الى آخر كالصندوق والكرسى والتخت المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر . وكذا أحواض الليمون والازهار المنفصلة والاشجار الصغيرة المغروسة على ان تنقل لمحل آخر وهي المسماة في عرفنا بالنصب لا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر كما لا يدخل الزرع في بيع الاراضي والتمر في بيع الاشجار ما لم تذكر صريحاً حين البيع لكن لجام دابة الركوب وخطام البعير وأمثال ذلك في ما كان العرف والعادة فيها أن تباع تبعاً فهذه تدخل في البيع بدون ذكر .

البيع حق المرور وحق المسيل [م ٢٣٥] ^(١).

والالفاظ العامة المعتاد ذكرها في عقد البيع هي :

١ - بجميع حقوقها ،

٢ - بجميع مرافقها ،

٣ - بكل قليل أو كثير هو فيه ،

٤ - بكل قليل أو كثير هو منه . ونحو هذه العبارات .

والمراد من الحقوق والمرافق التوابع التي لا بد للمبيع منها .

وإذا لم تذكر الالفاظ العامة لا يدخل الطريق الخاص في البيع كما

لا يدخل حق المرور ونحوه ، وإذا لم يدخل الطريق الخاص في البيع لعدم

ذكر الالفاظ العامة - كالحقوق والمرافق - وليس للمشتري ما يوصله

الى الشارع سواء ، كان بالخيار في أخذ المبيع بكل الثمن وبين فسخ العقد .

هذا اذا كان لا يعلم وقت العقد بعدم دخوله في البيع ، فان كان يعلم فلا

خيار له . وكل ما ليس من حقوق المبيع ولا من مرافقه لا يدخل في

البيع تبعاً بدون ذكر الحقوق والمرافق في صيغة العقد ، فلا يدخل الزرع

(١) [م ٢٣٥] الاشياء التي تشملها الالفاظ العمومية التي تزداد في صيغة

العقد وقت البيع تدخل في البيع . مثلاً لو قال البائع بعثك هذه الدار بجميع

حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل .

تبعاً في بيع الارض ، ولا الثمر في بيع الشجر الا بذكر كل منهما في عقد البيع . ولكن اذا قل البائع بعثك هذه الارض او الاشجار بكل ما هو فيها او منها دخل الزرع والثمر ، لانه بذلك يكون كل منهما في حكم المنصوص عليه في العقد .

وكل ما لم يكن من مشتملات المبيع ولا من توابعه المتصلة المستقرة وما لم يكن في حكم جزء من المبيع ، وما لم تجر العادة والعرف ببيعه معه وما لم تشمله الالفاظ العامة التي تذكر في صيغة العقد ، لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع صراحة . مثلاً الاشياء غير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل الى آخر كالصندوق والكرسي والتخت المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر . وكذا أحواض الليمون والازهار المنفصلة والاشجار الصغيرة المغروسة على أن تنقل لمحل آخر وهي المسماة في عرفنا بـ (داية) لا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر كما لا يدخل الزرع في بيع الاراضي والثمر في بيع الاشجار ما لم تذكر صريحاً أو تذكر الفاظ عامة تشملها حين البيع [م ٢٣٣] .

وكل ما لا يدخل في البيع يلزم البائع أن يرفعه ويسلم المبيع خالياً . ففي بيع الارض يجبر على قلع الزرع وفي بيع الشجر يجبر على قطف الثمر . ويلاحظ هنا أمران :

الاول : ان ما دخل في البيع تبعاً من غير ذكر على ما مر في الفقرات السابقة لا حصة له من الثمن اذا هلك او ضاع قبل قبضه ، لان مثل هذا يعد من قبيل الوصف ، والوصف لاحصة له من الثمن ، ولكن ثبت للمشتري حينئذ الخيار لقوات الوصف المرغوب فيه ، فاذا بيعت ارض دخلت معها الاشجار المتصلة بها اتصال قرار تبعاً ، فاذا هلكت الاشجار قبل قبض الارض لا يلزم تنزيل شيء من الثمن ولكن يخير المشتري بين أخذ الأرض بكل الثمن المسمى في العقد وبين فسخ العقد . وكذلك لو سرق خطام البعير المبتاع ، قبل القبض [م ٢٣٤]^(١) . نعم اذا نص على التابع في العقد أي ذكر صراحة في العقد ، فانه يكون مبيعاً قصداً لا تبعاً وحينئذ يكون له حصة من الثمن ، فاذا هلك قبل القبض يسقط حصته من الثمن ، وينبغي ان يثبت له الخيار ايضاً . وكذلك الامر اذا استحق التابع قبل القبض او بعده فانه تكون له حصة من الثمن اذا كان من الاشياء التي يجوز بيعها منفرداً كالزرع والتمر ، وله الخيار . أما اذا كان من الاشياء التي لا يجوز بيعها منفرداً كحق المرور ، فلا يسقط شيء من الثمن ، ولكن يكون المشتري مخيراً بين اخذ الباقي بكل

(١) [٢٣٤] ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن مثلاً لو سرق خطام

البعير المبيع قبل القبض لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن المسمى .

التمن وبين الفسخ .

الثاني : الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة وأشباهاها هي للمشتري ، فلو بيعت بستان ثم قبل القبض حصل فيها زيادة كالثمرة وكالخضراوات التي زادت في الخضراوات التي بيعت مع البستان ، تكون تلك الزيادة للمشتري ، وكذا لو ولدت الدابة المبيعة ، قبل القبض يكون الولد للمشتري [م ٢٣٦] ^(١)

تسليم المبيع

القبض ليس بشرط في البيع المطلق . إلا ان العقد متى تم كان على المشتري ان يسلم الثمن أولاً ، اذا كان البيع غير مؤجل يشترط لذلك احضار المبيع ان كان منقولاً او ذهاب البائع او وكيله مع المشتري الى محل المبيع ان كان عقاراً ، وإلا فلا يلزم باداء الثمن أولاً . فاذا أدى المشتري الثمن كان على البائع تسليم المبيع [م ٢٦٢] ^(٢) ، وانما قيدنا البيع

(١) [م ٢٣٦] الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة واشباهاها هي للمشتري . مثلاً اذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة كالتمر والخضراوات تكون تلك الزيادة للمشتري . وكذا لو ولدت الدابة المبيعة قبل القبض كان الولد للمشتري .

(٢) [م ٢٦٢] القبض ليس بشرط في البيع إلا أن العقد متى تم كان على المشتري أن يسلم الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع اليه .

بالمطلق ، لأن قبض الثمن شرط في السلم والصرف . وإنما قلنا ان تسليم الثمن أولاً يلزم في البيع غير المؤجل لأن البيع اذا كان مؤجلاً يلزم البائع بتسليم المبيع أولاً ، لأن التأجيل إنما يبدأ من بعد تسليم المبيع ، [م ٢٥٠] ^(١) وإذا كان المبيع تحت يد المشتري وقت العقد ، فإن كان في يده مضموناً عليه بنفسه ، قام القبض الاول مقام القبض اللازم بعد العقد ، وذلك كما لو كان المبيع مغصوباً بيد المشتري عند اجراء عقد البيع عليه ، او كان مقبوضاً بعقد بيع فاسد ، وان كان في يده غير مضمون اصلاً كما لو كان امانة ، أو كان مضموناً بغيره كالرهون -- فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين -- فلا بد من تجديد القبض ، ولا يقوم القبض السابق مقام القبض اللازم بعد العقد .

والتسليم نوعان : الاول - التسليم الحسكي وهو التخلية بين المشتري والمبيع أي بازالة الموانع التي تحول دون الاخذ ، مع الاذن بالاخذ . ويشترط لصحة التخلية ان يكون المشتري قريباً من البيع وان

(١) [م ٢٥٠] يعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع . مثلاً لو بيع متاع على أن ثمنه مؤجل الى سنة فخبسه البائع عنده سنة ثم سلمه للمشتري اعتبر اول السنة التي هي الأجل من يوم التسليم فليس للبائع حينئذ أن يطالبه بالثمن الى مضي سنة من وقت التسليم وستين من حين العقد .

يقول له خلعت بينك وبينه أو ما يفيد الاذن بالقبض ، فلو لم يقل ذلك او قاله وكان المبيع بعيداً لا تكون التخلية معتبرة ، ولا يسمى المشتري قابضاً للمبيع . وصل البعير ما لا يقدر المشتري على قبضه الا بمشقة ، ولو كان قريباً . واذا أقر بالقبض وقت العقد وكان المبيع بعيداً عنه ، فهذا الاقرار لا يتحقق به القبض بل يعتبر غير قابض للمبيع ، لانه لا عبرة بالاقرار الذي يكذبه الظاهر .

الثاني — التسليم الحقيقي، وهو يكون بالاطاء والاخذ، وهو يختلف باختلاف المبيع [م ٢٦٥] ^(١) فتسليم الحيوان ان يمسك بناصيته أو رسنه الذي في رأسه فيسلم [م ٢٧٢] ^(٢) وتسليم المكيلات والموزونات المبيعة التي لم تبع جزافاً ، يكون بكيلاها ووزنها وان توضع في الظروف التي هيئت لها من قبل المشتري [م ٢٧٣] ^(٣) والمزروعات والعديدات التي لم تبع جزافاً يكون بتوزيعها وعدّها للمشتري . وتسليم عروض التجارة يكون باعطائها

(١) [م ٢٦٥] تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع .

(٢) [م ٢٧٢] الحيوان يمسك برأسه او اذنه او رسنه الذي في رأسه فيسلم وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسامعه بدون كلفة فاراه البائع اياه واذن له بقبضه كان ذلك تسليماً ايضاً .

(٣) [م ٢٧٣] كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليماً .

ليد المشتري ، أو بوضعها عنده ، أو باراتها له واذنه بأخذها بشرط ان يكون متمكناً من اخذها وهو قاعد ، والا فلا يعتبر ذلك تسليماً [م ٢٧٤] ^(١) وتسلم ما في الصندوق او المخزن او نحوهما من المحلات التي تقفل ، يكون باعطاء مفتاح ذلك المحل للمشتري والاذن له بالقبض ، مثلاً لو بيعت حنطة في مخزن او كتب في صندوق يعتبر اعطاء المفتاح للمشتري واذنه بالقبض تسليماً [م ٢٧٥] ^(٢) . والعقار الذي له باب وقفل كالدار والحمام اذا وجد المشتري في داخلها وقال له البائع سامته اليك كان قوله ذلك تسليماً ، واذا كان خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه بحيث يقدر على اغلاق بابه وقفله في الحال يكون قول البائع للمشتري سامتك اياه ، تسليماً حقيقياً وان لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة فاذا مضى وقت يمكن فيه ذهاب المشتري الى ذلك العقار ودخوله فيه يكون تسليماً [م ٢٧٠] ^(٣) . واعطاء

(١) [م ٢٧٤] تسليم العروض يكون باعطاءها ليد المشتري او بوضعها عنده او باعطاء الاذن له بالقبض باراتها له .

(٢) [م ٢٧٥] الأشياء التي بيعت جملة وهي داخل صندوق او انبار او ما شابهه من المحلات التي تقفل يكون اعطاء مفتاح ذلك المحل للمشتري والاذن له بالقبض تسليماً . مثلاً لو بيع انبار حنطة او صندوق كتب جملة يكون اعطاء مفتاح الانبار او الصندوق للمشتري تسليماً .

(٣) [م ٢٧٠] العقار الذي له باب وقفل كالدار والكرم اذا وجد المشتري =

مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يعتبر تسليماً على شرط ان يأذن
للمشتري بالقبض ، وكان المشتري قادراً على فتح الباب بلا معين
[٢٧١ م] ^(١).

وانذا كان المبيع عرصة فان كان المشتري فيها أو كان يراها من
طرفها وأذن له البائع بالقبض يعد ذلك تسليماً [٢٦٦ م] ^(٢).

وانذا كان المبيع ثماراً على أشجارها يكون إذن البائع للمشتري بحجزها
تسليماً [٢٦٩ م] ^(٣).

ثم ان إذن البائع للمشتري بالقبض يكون أما صراحة أو دلالة ،
فالأول كأن يقول له خذه ، أو ما في معنى ذلك ، والثاني يتحقق بعدم

= داخله وقال له البائع سمعته اليك كان قوله ذلك تسليماً وان كان المشتري خارج
ذلك العقار فان كان قريباً منه بحيث يقدر على اغلاق بابه وقفله في الحال يكون
قول البائع للمشتري سمعته إياه تسليماً ايضاً وان لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة
فاذا مضى وقت يمكن فيه ذهاب المشتري الى ذلك العقار ودخوله فيه يكون
تسليماً .

(١) [٢٧١ م] إعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون تسليماً .

(٢) [٢٦٦ م] المشتري اذا كان في العرصة او الأرض المبيعة او كان يراها
من طرفها يكون إذن البائع له بالقبض تسليماً .

(٣) [٢٦٩ م] اذا بيعت ثمار على أشجارها يكون إذن البائع للمشتري
بحجزها تسليماً .

منع البائع حينما يشاهد أخذ المشتري للمبيع ، أما اذا منعه فلا يعتبر هذا الأخذ قبضاً [٢٧٦م] ^(١) .

وقبض المشتري للمبيع بدون اذن البائع قبل أداء الثمن اذا لم يكن مؤجلاً ، لا يكون معتبراً ، الا ان المشتري لو قبض المبيع بدون الاذن وهلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبراً ، مراعاة لحق البائع ، بتقدير اذنه حكماً [٢٧٧م] ^(٢) .

وبشرط صحة التسليم على العموم أن يكون المبيع غير متصل بملك البائع ، ولا غيره ، فان المبيع أما أن يكون متصلاً بغيره اتصال قرار أو اتصال مجاورة ، فان كان متصلاً اتصال قرار ، بان يبيع البناء أو الشجر دون الأرض ، أو يبيع الأرض دونها ، أو يبيع الثمر قبل قطفه دون الشجر ، فلصحة التسليم يجب فصل المبيع عن غيره وتسليمه مفزاً مميزاً للمشتري . غير ان المجلة اعتبرت الاذن بحز الثمر تسليماً على ما مر في

(١) [٢٧٦م] عدم منع البائع حين يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون اذنًا من البائع بالقبض (انظر المادة ٦٧) .

(٢) [٢٧٧م] قبض المشتري للمبيع بدون اذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً إلا أن المشتري لو قبض المبيع بدون الاذن وهلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبراً حينئذ .

المادة [٢٦٩]. وان كان متصلاً اتصال مجاورة . فان كان المبيع هو المشغول بان كان منزلاً يبيع دون ما فيه من الأثاث فلا يعتبر التسليم إلا بعد تخليته مما فيه ، وان كان هو الشاغل بان كان المبيع هو الأثاث دون المنزل يصح التسليم بالتخلية كما سبق ، واذا امتنع البائع عن افراز المبيع وتسليمه أجبر على ذلك [م ٢٦٧ و ٢٦٨] ^(١).

وأما مظهر تسليم المبيع ، فاذا اتفق المتعاقدان على تسليم المبيع في مكان معين وجب تسليمه فيه ولا يبرأ البائع بتسليمه في غيره بدون رضاه . وان لم يتفقا على تسليمه في مكان معين فكان التسليم هو الذي كان فيه المبيع وقت العقد ان كان عالماً به المشتري ، فان لم يكن عالماً بمكانه فله الخيار بكشف الحال بين أخذه وفسخه [م ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٧] ^(٢).

(١) [م ٢٦٧] اذا بيعت ارض مشغولة بالزراع يجبر البائع على رفع الزرع بحصاده او رعيه وتسليم الأرض خالية للمشتري .
[م ٢٦٨] اذا بيعت أشجار فوقها ثمار يجبر البائع على جز الثمار ورفعها وتسليم الاشجار خالية للمشتري .

(٢) [م ٢٨٥] مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ . مثلاً لو باع رجل وهو في اسلامبول حنطته التي في تكفور طاعني يلزمه تسليم الحنطة المرقومة في تكفور طاعني وليس عليه ان يسلمها في اسلامبول .
[م ٢٨٦] اذا كان المشتري لا يعلم ان المبيع في اي محل وقت العقد وعلم به =

وأما وقت التسليم ، فهو عقب أداء الثمن الحال ، فإن كان الثمن مؤجلاً ، أو مقسماً ، فعقب العقد أو أداء ما اشترط تعجيله من الأقساط . ولا يصح للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه سواء كانت مدة الأجل معلومة أو مجهولة طويلة أو قصيرة ، بل يفسد العقد ، لأن هذا الشرط فاسد ، وهو إذا اقترن بالبيع يفسده ، غير أن المجلة قد اغفلت حكم ما إذا اقترن العقد بشرط فاسد ، كما مرّت الإشارة إليه . ولا يمكن لا يفسد العقد إذا طلب المشتري تأجيل تسليم المبيع بشرط أن يكون الأجل معلوماً ، لأن القبض من حقه وقد تنازل عنه ، فإن كان الأجل مجهولاً فسد البيع لجهالة الأجل لا لاشتراط التأجيل .

مؤنة التسليم

المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري ، مثلاً أجرة عد النقود ووزنها وما أشبه ذلك ، على المشتري وحده [٢٨٨م] ^(١) .

= بعد ذلك كان خيراً أن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً
[م ٢٨٧] إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور .

(١) [م ٢٨٨] المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم على المشتري . مثلاً أجرة عد النقود ووزنها وما أشبه ذلك تلزم على المشتري وحده .

والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده مثل أجرة الكيال للمكيالات والوزان للموزنات [م ٢٨٩] ^(١).

مصاريف الأشياء المباعة جزافاً ، على المشتري ، كما لو بيعت ثمرة نخل جزافاً كانت أجرة قطع الثمر وجزه على المشتري ، وكذا لو بيع مخزن حنطة مجازفة ، فأجرة اخراج الحنطة من المخزن ونقلها على المشتري [م ٢٩٠] ^(٢).

وما يباع محمولاً على الحيوانات والعربات أو على رؤس البائعين مصاريف نقله تتبع العرف ، فإن كان يقضي بجعلها على البائع فهي عليه ، وإلا فهي على المشتري [م ٢٩١] ^(٣).

م. من المبيع لتسليم الثمن

للبائع أن يحبس المبيع عنده الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن ، اذا

(١) [م ٢٨٩] المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم على البائع وحده . مثلاً أجرة الكيال للمكيالات والوزان للموزنات المباعة تلزم البائع وحده .

(٢) [م ٢٩٠] الأشياء المباعة جزافاً مؤتمتها ومصاريفها على المشتري مثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشتري وكذا لو بيع انبار حنطة مجازفة فأجرة اخراج الحنطة من الانبار ونقلها على المشتري .

(٣) [م ٢٩١] ما يباع محمولاً على الحيوان كالخطب والفحم تكون أجرة نقله وايصاله الى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعادتها .

لم يكن البيع الواقع مؤجلاً، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة بيعت بصفقة واحدة، سواء أطلق الثمن لمجموعها جملة، أو فصل ثمن كل واحد منها على حدة، فليس للمشتري أن يأخذ شيئاً من المبيع بدون إذن البائع مادام شيء من الثمن باقياً في ذمته. نعم إذا بيعت أشياء متعددة بعقود متعددة، كان له أن يأخذ ما دفع ثمنه مما اشتراه بعقد مستقل. مثلاً لو باع أحد لآخر حنطة وشعيراً وتمراً بعقد واحد وفصل ما يخص كل نوع من الثمن، فإذا دفع المشتري ما يخص الحنطة مثلاً فليس له أن يأخذ الحنطة بدون رضا البائع، ولا يسقط حق حبس البائع للحنطة، بل يبقى حق حبسه لجميع المبيع إلى أن يستوفي آخر جزء من الثمن، لكن لو كان قد اشترى منه الحنطة بعقد، والشعير بعقد، والتمر بعقد، فإذا دفع ثمن الحنطة مثلاً فليس للبائع أن يحبسها.

وإذا كان البيع مؤجلاً فليس للبائع حق حبس المبيع، بل عليه أن يسلم المبيع أولاً، وعلى المشتري أن يسلم الثمن عند حلول الأجل، لأن الأجل إنما يبدأ من وقت تسليم المبيع، ولأن القصد من تأجيل الثمن حصول المشتري على المبيع بعد العقد وقبل حلول أجل دفع الثمن [٢٧٨م و ٢٧٩ و ٢٨٣] ^(١).

(١) [م ٢٧٨] في البيع بالثمن الحال اعني غير المؤجل للبائع ان يحبس المبيع =

ولا يسقط من الحبس باعطاء المشتري للبائع رهناً ، أو كفيلاً بالثمن ،
أو بإبراء البائع إياه عن بعضه ، لأن حق المطالبة لم ينقطع في جميع هذه
الأحوال [م ٢٨٠] ^(١).

ويسقط من حبس البائع بأمور :

- ١ — بتسليم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فليس للبائع بعد ذلك أن
يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه الى أن يستوفي الثمن [م ٢٨١] ^(٢).
- ٢ — بإيداع المبيع أو اعارته الى المشتري .
- ٣ — بسكوت البائع عند رؤيته المشتري يأخذ المبيع .
- ٤ — إذا كان المشتري ساكناً في الدار التي اشتراها .
- ٥ — إذا أحال البائع أحداً بالثمن على المشتري وقبل المشتري

= الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن .

[م ٢٧٩] اذا باع اشياء متعددة صفقة واحدة له ان يحبس جميع المبيع حتى
يقبض الثمن جميعه سواء بين لسكل منها ثمن على حدته أو لم يبين .

[م ٢٨٣] في بيع الفسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع بل عليه ان يسلم المبيع
للمشتري على ان يقبض الثمن .

(١) [م ٢٨٠] اعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس .

(٢) [م ٢٨١] اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه

وفي هذه الصورة ليس للبائع ان يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه الى ان
يستوفي الثمن .

غير انه إذا كان للبائع خيار شرط لزم على المشتري اداء مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً ، وان لم يكن له خيار شرط فانه يهلك على المشتري بثمنه . وإذا كان للبائع خيار شرط فاتفقه البائع بعد قبض المشتري اياه افسخ العقد ولا شيء على المشتري .

وإذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، وكان الهلاك بفعل البائع أو المبيع أو آفة سماوية ، بطل البيع فيهلك المال على البائع ولا شيء على المشتري [م ٢٩٣] ^(١) . لأن المبيع مضمون على بائعه بالثمن حتى يسامه للمشتري ، وبالهلاك تعذر التسليم ، وحينئذ يكون للمشتري استرداد الثمن ان كان أداه . وإذا كان الهلاك بفعل اجنبي كان المشتري مخيراً بين امضاء العقد وأداء الثمن والرجوع على الاجنبي بقيمة المبيع يوم هلاكه ان كان قيمياً أو بمثله ان كان مثلياً ، وبين فسخ العقد واسترداد الثمن ، وللبائع حينئذ الرجوع على الاجنبي بما ذكر . وإذا كان بفعل المشتري اعتبر هلاكه قبضاً ولزمه الثمن . هذا ان لم يكن للبائع خيار شرط ولم يكن العقد فاسداً ، فان كان كذلك بطل البيع ولزم المشتري قيمة المبيع يوم هلاكه ان كان قيمياً ، ومثله ان كان مثلياً .

(١) [م ٢٩٣] المبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .

وانه هلك بعض المبيع قبل التسليم كان المشتري مخيراً بين أخذ الباقي بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد .

التصرف في المبيع قبل قبضه

تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه يجوز إذا كان المبيع عقاراً لا يخشى تلفه ، ولم يكن التصرف مع البائع ، إذ ان بيعه لبائعه حينئذ فاسد ، وهبته له أقاله ، ورهنه غير صحيح ، وكذلك اجارته له غير صحيحة فلا تلزم الأجرة عليه .

وانما لم التصرف مع غير البائع وكان المبيع عقاراً لا يخشى تلفه ، فان كان المشتري قد أدى الثمن كان تصرفه بغير الاجازة صحيحاً نافذاً ، لأنه لا غرر حينئذ ، وان لم يؤد الثمن للبائع كان تصرفه موقوفاً على اجازة البائع لتعلق حقه به ، فان أجاز نفذ ووجب عليه تسليم المبيع للمشتري الاخير ، وان لم يجزه بقي موقوفاً حتى يستوفي الثمن .

وانما لم المبيع منقولاً أو عقاراً يخشى هلاكه فلا يجوز للمشتري ان يتصرف فيه بوجه من الوجوه قبل قبضه ، إلا في صورة واحدة وهي ما لو تباع شخصان مالا ثم تقايلا عليه ثم باعه صاحبه للمشتري عينه ، فقد وقع هنا التصرف في المبيع قبل قبضه [م ٢٥٣] .

وإذا وقع التصرف في المبيع قبل قبضه من قبل البائع ، فان لم يكن

بإذن المشتري كان تصرفه موقوفاً على الإجازة ، فإن أجازته نفذ وإلا بطل واسترد المبيع إن كان موجوداً ، فإن هلك بعد البيع وقبل الإجازة ضمن البائع قيمته للمشتري يوم هلاكه إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً . ثم إن ما سردناه من الكلام في هذا الباب هو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف . وذهب زمرة من الفقهاء إلى عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً بناءً على أن أثر التملك لا يظهر إلا بالقبض . وذهب طائفة إلى جواز التصرف به مطلقاً بناءً على أن ملكية المبيع إلى المشتري قد انتقلت بمجرد الإيجاب والقبول ، والمالك له حق التصرف في ملكه . وذهب البعض إلى جواز التصرف به بالتصرفات التي لا تتم إلا بالقبض ، كالهبه والرهن والقرض ، ويعتبر الموهوب له أو المرتهن ، أو المستقرض ، قابضاً للوهاب أو الراهن أو المقرض أولاً بطريق الوكالة ، ولنفسه ثانياً بمقتضى العقد .

والأرجح الأخذ بقول من قال بجواز التصرف قبل قبضه مطلقاً حتى ولو مع البائع نفسه ، لأن الملكية قد انتقلت إلى المشتري بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب ، والقبض في البيع ليس بركن ولا متمم للعقد . والمجلة أخذت بجواز التصرف بالمبيع قبل قبضه إن كان عقاراً لا يخشى هلاكه ، وعدم الجواز إن كان غير ذلك .

حكم ما اذا مات البائع مفلساً قبل التسليم

إذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع الى المشتري .
فان المشتري يأخذ المبيع ان كان موجوداً ، ولا يزاحمه سائر الغرماء
[م ٢٩٧] ^(١) ، لأن البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال حياته فغيره
لا يكون له هذا الحق من باب اولى ، ولا حق للغرماء فيه لأنه كان
كالوديعة في يد البائع حتى يسلمه . وان لم يوجد المبيع في تركته بأن كان
قد هلك استرد المشتري اولاً الثمن الذي أداه ثم تقضي بقية الديون ،
لأن دين المشتري مقدم على حقوقهم ، لأنه ما لم يقبض المبيع يعتبر الثمن
عائداً له ، لأنه شبيه بالامانة بيد البائع .

وان مات قبل تسليم المبيع وقبل قبض الثمن فان كان المبيع موجوداً
وجب على المشتري أخذه لاداء ثمنه الى الغرماء ، فان تأخر عن ذلك باعه
القاضي جبراً عليه وأخذ من الغرماء من ثمنه بقدر ما على المشتري ، وان
زاد شيء أخذه المشتري ، وان نقص ثمنه عن الثمن الذي كان قد اشتراه

(١) [م ٢٩٧] إذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع الى
المشتري كان المبيع امانة في يد البائع وفي هذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا
يزاحمه سائر الغرماء .

به من البائع ، الزم بأداء الباقي . وان لم يكن المبيع في هذه الصورة موجوداً بأن كان قد هلك بطل البيع ولا شيء على المشتري .

ضمائم البائع المبيع عند الاستحقاق

الاستحقاق هو ظهور ان المبيع غير مملوك لبائعه بأن لم يكن مملوكاً أصلاً ، أو كان مملوكاً لغيره . فاذا استحق المبيع فان البائع يضمن ثمنه ، واذا استحق بمضه قبل القبض ، كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد ورد الباقي واسترجاع الثمن وبين ابقاء العقد في الباقي والرجوع على البائع بحصة ما استحق من المبيع .

والاستحقاق نوعان : استحقاق مبطل للملكية كظهور ان المبيع وقف بيع بلا مسوغ شرعي واستحقاق ناقل للملكية كظهور ان المبيع مملوك لغير بائعه .

وحكم الاستحقاق المبطل للملكية انه يوجب انقراض العقود بين الباعة بدون توقف على فسخ القاضي . فلكل مشتر حق الرجوع على بائعه وان لم يرجع أحد عليه ، كما ان له حق الرجوع على الكفيل بالدرك . وحكم الاستحقاق الناقل للملكية انه لا يوجب انقراض العقود ، أي انه اذا حكم الحاكم للمستحق بملكيته للمبيع فقط ولم يحكم بانقراض

العقد لا يفسخ ، بل يكون موقوفاً على اجازة المستحق ، فان أجازته نفذ ورجع بالثمن على المشتري ، وان لم يجزه بطل في حقه فقط لا في حق البائع لجواز أن يبرهن البائع على أنه تلقى الملك من المستحق . نعم يفسخ في حق البائع ايضاً في صورتين :

١ - اذا تفسخ البائع والمشتري صراحة بأن قالوا تفسخنا العقد ، او دلالة كما اذا طلب المشتري من البائع الثمن فأعطاه له ، فانه يفسخ في حقهما .

٢ - اذا حكم الحاكم بالفسخ او رجوع كل مشتر على بائعه بما أداه . واذا حكم الحاكم بذلك لا يكون للمستحق اجازة ، لأن المفسوخ لا تلحقه الاجازة .

شروط الرجوع بالثمن بعد الاستحقاق

يشترط لصحة الرجوع بالثمن بعد الاستحقاق الناقل للملكية ما يأتي :

١ - أن يثبت الاستحقاق بالبينّة فان ثبت باقرار المشتري او وكيله او بنكول احدهما عن اليمين ، فلا رجوع له ، لأنه هو الذي أبطل حقه ، أما اذا ثبت باقرار البائع رجوع عليه المشتري ، وهو لا يرجع

على بائعه ، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر ، ولا فرق في صحة رجوع المشتري بالثمن بين ما اذا كان يعلم قبل الشراء ان المبيع ليس ملكا للبائع او لا يعلم ، وبين ما اذا صدق البائع بأن شهود المستحق شهدوا زوراً أو لم يصدقه ، لأنه لم يسلم له المبيع فلا يحل للبائع أخذ الثمن ، وبين ما اذا أقر بعد ثبوت الاستحقاق بالبيينة أن المبيع ملك للمستحق أو لم يقر ، لأنه لا قيمة لهذا الاقرار بعد اقامة البيينة على الاستحقاق .

٢ - أن يحكم القاضي بالفسخ أو بالرجوع بالثمن ، فاذا لم يحكم بأحد هذين الشيئين فلا يثبت للمشتري حق الرجوع عليه ، لان العقد لم يفسخ بالنسبة اليه . وبالأولى لا يجوز الرجوع على من ضمن الدرك ، وهو الذي قد ضمن الثمن للمشتري بظهور استحقاق المبيع ، الا اذا حكم القاضي بواحد مما ذكر ، سواء أكان الحكم بالفسخ أو بالرجوع مقروناً بالاستحقاق أو لا ، بأن اقام المشتري دعوى الرجوع بالثمن لاستحقاق المبيع فيحكم له به .

٣ - انه عند تعدد الباعة لا يرجع احد منهم على بائعه حتى يرجع عليه من اشترى منه . وينبغي على ذلك انه لا يرجع المشتري الاوسط قبل ان يرجع عليه المشتري الأخير ، حتى لا يجتمع الثمنان في ذمة شخص واحد ، وانه لو أبرأ البائع الاخير المشتري من الثمن قبل الحكم

بالاستحقاق ثم حكم به فلا رجوع لهذا المشتري ولا لغيره من المشتريين على بائعيهم ، اما بالنسبة للمشتري الاخير فظاهر ، لانه لم يدفع شيئاً حتى يرجع به ، واما بالنسبة لغيره فلعدم رجوع أحد عليه . اما اذا أراء المشتري الاخير بائعه من الثمن بعد الحكم بالاستحقاق والرجوع فللبائع الرجوع على بائعه بالثمن الذي اداه له ، لان الحكم بالرجوع جعل المشتري كأنه اخذ الثمن وكأن البراء تملك جديد ، ولا يجوز لبقية الباعة الامتناع عن رد الاثمان بدعوى عدم رجوع هذا الأخير .

٤ - انه اذا حكم بالاستحقاق على المشتري فقط فادعى هذا على بائعه استحقاق المبيع ليرجع عليه بثمنه يجب ان يفسر الاستحقاق ويبين سببه الذي بنى عليه القاضي بالاستحقاق والرجوع بالثمن ، فان فعل ذلك استحق الرجوع وان لم يفعل فلا يستحق الرجوع . ولو انكر البائع البيع فأثبتته المشتري بالبينة رجع على البائع بثمنه ، ولا يشترط حضور المبيع لسماع البينة ، بل يكفي ذكر صفاته ومقدار ثمنه . وانكار البائع البيع لا يمنع من الرجوع على بائعه بعد ان ثبت بالبينة بطلان انكاره ، فصار بحكم القاضي كأن لم يكن فلا يترتب عليه شيء ، فيصح الرجوع .

٥ - ان يكون الاستحقاق قد ورد على ملك البائع ، فان ورد على ملك المشتري بأن اثبت المستحق انه يملك بتاريخ متأخر عن الشراء فلا

حق للمشتري بالرجوع بالثمن على البائع .

٦ - انه لو اخذ المستحق المبيع من المشتري قبل الحكم بالاستحقاق فهلك عنده فيشترط لصحة رجوع المشتري على بائعه ان يقيم دعوى على المستحق بأنه اخذ ملكه منه بلا رضاء ولا قضاء وقد هلك ويطلب اخذ قيمته او مثله فيبرهن المستحق انه له ، وحينئذ يرجع المشتري بثمنه .

فاذا توفرت هذه الشروط في الاستحقاق صح الرجوع من كل مشتري على بائعه بالثمن الذي اداه بتمامه . ولا يفتقر حق المشتري بالرجوع بكل الثمن على بائعه اذا صالح المشتري على شيء ولو قليلاً بعد الحكم بالاستحقاق وابقى الشيء المستحق له ، لأن هذا الصلح يعتبر شراء من المستحق . واذا زادت قيمة المبيع بعد القبض عن ثمنه الذي اشتراه به المشتري لرغبة مخصوصة فيه أو لغلاء الاسعار في نوعه أو لزيادته زيادة متصلة متولدة أو ما شابه ذلك ثم استحق فليس للمشتري الحق الا باسترداد الثمن الذي اداه للبائع لا في قيمة الزيادة . وكذلك اذا نقصت قيمة المبيع عند المشتري بأي سبب كان فليس للبائع انقاص شيء من ثمنه في مقابلة هذا النقص ، بل يجب عليه رد كل الثمن . ثم ان كان النقص بتعدي المشتري كان للمستحق ان يضمه قيمته ، لا للبائع .

وإنما يرجع المشتري على البائع اذا باع بنفسه ، فان كان الذي باع هو الوكيل عن المالك وأضاف العقد الى نفسه رجع عليه المشتري بعد ظهور الاستحقاق سواء كان أدى الثمن له أو لموكله وفي هذه الحالة يؤمر الوكيل بأخذه منه ورده الى المشتري . ولا يشترط في الرجوع على البائع اذا باع بنفسه ان يكون هو الذي قبض الثمن من المشتري ولا ان يكون المشتري هو الذي أدى الثمن بنفسه ، بل يثبت حق الرجوع على البائع ولو كان الذي أخذ الثمن غيره أو كان الذي اداه هو غير المشتري ويترتب على ذلك انه لو أحال البائع شخصاً على المشتري ليأخذ منه الثمن فأخذه ثم استحق المبيع ، أو أحال البائع على شخص ليأخذ منه الثمن ثم استحق المبيع ، رجع المشتري على البائع لا على المحال الذي أخذ منه الثمن في الصورة الاولى .

من يكوره مضمناً في دعوى الاستحقاق

الذي يكون خصماً في دعوى الاستحقاق هو المشتري مطلقاً ، سواء كان قد قبض المبيع اولاً ، لأنه هو المالك على كل حال ، أو البائع اذا كان المبيع في يده لأنه واضع اليد فتصح اقامة الدعوى عليه كما تصح اقامتها على المالك فان اقيمت الدعوى عليه فلا تسمع الا بعد احضار

المشتري وان اقيمت على المشتري قبل قبض المبيع فلا تسمع ايضاً الا بعد احضار البائع ، لانه واضع اليد ، ليحكم عليهما بالاستحقاق ، واذا لم يكن للمستحق بينة وطلب تحليفهما اليمين على انه لا يستحق ما ادعاه فلا يخلو المال من احد امور اربعة :

١ - ان يحلفا على انه لا يستحقه ، وفي هذه الحالة تسقط دعواه .

٢ - ان يحلف البائع وينكل المشتري . وفي هذه الحالة يثبت

الاستحقاق بنكول المشتري . ولكن لا يرجع بالثمن على البائع اذا كان اداه ويجب عليه أدائه ان لم يكن اداه . وعليه ايضاً قبض المبيع من البائع وتسليمه الى المستحق بمقتضى اقراره . وانما لا يرجع بالثمن لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره .

٣ - ان يحلف المشتري وينكل البائع ، وفي هذه الحالة يثبت

الاستحقاق ايضاً بنكول البائع ، وللمشتري الرجوع بقيمة المبيع ، ولا رجوع على بائعه ، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر . وانما كان له حق الرجوع بالقيمة لا بالثمن ، لأن البائع صار باقراره بالاستحقاق كالملتصّب للمبيع من مالكة أي من المشتري والمغتصب يضمن قيمة ما اغتصب . وقيل يرجع بالثمن ، وهذا القول ارجح ، لأن الثمن اذا كان اكثر من القيمة يكون البائع قد أخذ من المشتري مالاً بلا حق ولا

عوض . هذا اذا لم يرض المستحق باجازه البيع وأخذ الثمن ، فان رضى بذلك أخذه من البائع وحينئذ لا يرجع المشتري بشيء لسلامة المبيع له .
٤ - ان ينكح كل من البائع والمشتري عن اليمين ، وفي هذه الحالة يثبت الاستحقاق بنكولهما ، وللمشتري الرجوع على البائع ان كان اداه ، لأن علمه بأن المبيع غير مملوك لبائعه ، لا يمنع من الرجوع عليه بالثمن .

اما اذا أقام المستحق البينة على استحقاقه وحكم له القاضي به ، كان للمشتري حق الرجوع على بائعه بالثمن ولو أقر بعد البينة بملكية المستحق للمبيع .

من يتناور الحكم بالاسحقاق

ان الحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه . ويترتب على هذا :

١ - لو ادعى واضع اليد تلقى الملك عن مورثه ، كان الحكم عليه بالاستحقاق حكم على بقية الورثة ، فلا تسمع دعوى الملك من أحد منهم بسبب الارث ، وانما تسمع اذا ادعى انه تلقى الملك من المستحق أو من تلقى الملك عنه ، أو ان العين المستحقة من نتاج دابته اذا كانت حيواناً .

٢ - لو ادعى تلقي الملك بالشراء وكان هو المشتري الاخير ، كان الحكم بالاستحقاق حكماً عليه وعلى جميع الباعة ، وجاز لكل واحد من المشتريين ان يرجع على بائعه بالثمن بعد ان يرجع عليه من اشترى منه ولو كان اداء الثمن بلا إلزام القاضي اياه بأدائه ولو انكر احد الباعة البيع فعلى من يرجع عليه بالثمن ان يقيم البينة على حصوله .

استرداد المبيع بعد الاستحقاق

اذا حكم بالملك المستحق فرجع المشتري بالثمن على بائعه واخذه منه ولم يكن البائع وقت الحكم بالاستحقاق قادراً على اثبات ملكيته للمبيع لسبب من الاسباب ثم تيسر له اثبات ملكيته له بالتلقي من المستحق بأن اقام البينة على ذلك ، فلا يخلو الحال من ان يكون المشتري قد رجع بالثمن بالقضاء ، او بدونه ، وعلى كل فاما ان تقام البينة على تلقي البائع الملك من المستحق ، على المشتري او على المستحق ، فان كان المشتري قد رجع بالثمن بالقضاء فلا تسمع الدعوى بالتلقي الا على المستحق فقط ، ولو اقامها وحكم له باسترداد المبيع فلا يكون له حق الزام المشتري بالمبيع ، لأن حكم القاضي بالرجوع بالثمن قد فسخ عقد البيع ومتى انفسخ العقد لا يعود ، وان كان المشتري قد رجع بالثمن بلا قضاء ، جاز للبائع اقامة

البينة على المستحق او على المشتري ، ومتى قبلت كان له ان يلزم المشتري بالمبيع ، لأن عقد البيع لم يفسخ في حقه كما ذكر ، نعم اذا كان المشتري والبائع قد تماشيا البيع صراحة او دلالة فان عقد البيع يكون منفسخاً في حق البائع فليس له اقامة البينة على المشتري ولا إلزامه بالمبيع فيما لو اقامها على المستحق ، وان لم يكن عند البائع بينة واراد ان يحلف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه كان له ذلك ، فان حلف المستحق تم استحقاقه وان نكل عن اليمين لا يصح استحقاقه .

استحقاق أمر البرلين في بيع المقايضة

اذا استحق احد البديلين في المقايضة يرجع من حكم عليه بالاستحقاق على صاحبه بانبدل الآخر ان كان موجوداً ، او بقيمته يوم قبضه ان كان هالِكاً .

هالك المبيع قبل الاستحقاق

اذا هلك المبيع قبل ظهور الاستحقاق فلا يخلو الحال من ان يكون قد هلك تحت يد البائع او تحت يد المشتري .
فانه لو هلك تحت يد البائع بطل البيع وصار المشتري لا علاقة

له بدعوى الاستحقاق . وانما تجب اقامتها على البائع ومتى ثبت
الاستحقاق رجع المستحق بقيمة المبيع عليه .

وانه لانه قد هلك تحت يد المشتري ضمنه المستحق قيمته يوم
القبض ان كان قيماً ومثله ان كان مثلياً وهو يرجع على البائع بالثمن لا بما
ضمن . وفي كلتا الحالتين يجب على المستحق ان يبرهن على قيمة المبيع
يوم قبضه حتى يصح الحكم بها ويمكن اداؤها .

استحقاق بعض المبيع

إذا استحق بعض المبيع فحكمه يختلف باختلاف ما إذا كان
الاستحقاق قبل قبض المبيع او بعده ، فان كان الاستحقاق قبل قبض
المبيع كله او بعضه فحكمه ان البيع يبطل في البعض المستحق ، ويكون
المشتري بالخيار بين اخذ الباقي بما يقابله من الثمن وبين فسخ البيع ،
لتفرق الصفقة عليه ، سواء كان البعض المستحق من المبيع معيناً او
شائعاً وسواء كان هو البعض المقبوض او غيره ، وسواء كان الاستحقاق
يورث عيباً في المبيع او لا . وان كان الاستحقاق بعد قبض المبيع كله
بطل البيع في البعض المستحق ايضاً ، ثم لو اورث الاستحقاق عيباً في
الباقي بان كان المبيع مما يضره التبعض كان المشتري بالخيار بين اخذ

الباقى بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد ، واذا لم يورث الاستحقاق عيباً في المبيع ، بان كان مما لا يضره التبعض اخذ المشتري الباقي بما يقابله من الثمن ولا خيار له .

استحقاق نوابع المبيع

نوابع المبيع هي التي تدخل في عقد البيع بالتبعية له ، اي بلا ذكر اصلاً او بذكر الحقوق والمرافق . وهي كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار او كان كجزء من المبيع بحيث لا ينتفع بالمبيع إلا به ، او كان العرف يقضي بتبعيته للمبيع . وقد تقدم الكلام فيما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل . فاذا استحق شيء من هذه النوابع فلا يخلو الحال من ان يكون الاستحقاق بعد القبض ، او قبله ، فان كان الاستحقاق بعد القبض كان للمشتري حق الرجوع بما يقابل المستحق من الثمن سواء كان مما يجوز بيعه منفرداً أولاً ، او فسخ العقد والرجوع بكل الثمن . وان كان الاستحقاق قبل القبض ينظر فان كان التابع مما يجوز بيعه مستقلاً كالبنايا والفراس ، فالحكم في هذه الصورة كحكم الاستحقاق بعد القبض وان كان التابع لا يجوز بيعه مستقلاً كحقوق الارتفاق فالمشتري بالخيار بين اخذ غير المستحق بكل الثمن وبين فسخ العقد ، هذا

إذا لم يذكر التابع في العقد صراحة ، فإن ذكر كان له حصة من الثمن على كل حال .

حكم الزيادة في العين المستحقة

إذا زاد المشتري شيئاً في العين التي اشتراها ينظر الى ما زاده فإن لم يكن له قيمة بعد نقضه كطلاء البناء ، او كان لا يمكن نقضه كما اذا حرث الارض وحفر انهارها وسمدها ، فلا يرجع المشتري على بائعه الا بالثمن فقط ، سواء كان يعلم وقت البيع ان البائع لا يملك المبيع ، او لا ، وان كان ما زاده له قيمة بعد نقضه كالبناء والغراس وسلمه للبائع بعد الاستحقاق قائماً أو مقلوعاً ، بامر المستحق رجع بالثمن وقيمة الزيادة قائمة وقت تسليمها للبائع ، او وقت قلعها ، اذا كان لا يعلم وقت الشراء ان المبيع غير مملوك لبائعه فان كان يعلم ذلك ، أو لم يسلم البناء والاشجار للبائع ، بل اخذها فلا يرجع الا بالثمن فقط . واذا اخذها المستحق رجع المشتري بالثمن على البائع وبقيمة الانقاص والاشجار على المستحق .

هذا كله اذا كانت الزيادة غير متولدة ، فان كانت متولدة ، كما اذا اشترى شخص دابة فولدت ، ثم استحققت اخذ المستحق الدابة وتاجها ، ورجع المشتري بالثمن وقيمة النتاج لتولده في ملكه .

حكم تزوير المبيع والمخط منه

تجوز الزيادة في المبيع بعد العقد ، فإذا زاد البائع مقدار المبيع بعد العقد وقبل المشتري ذلك في مجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة الا في بيع السلم فان الزيادة على السلم فيه بعد العقد غير معتبرة الزوم لانه جاء على خلاف القياس ، ولأن في اعتبار الزيادة لازمة اضراراً بالسلم اليه « البائع » فان السلم في ذاته لا يخلو من ضرر بالسلم اليه ، وإنما جاز للحاجة ، فلا يسوغ التوسع بالضرر ، بعد عقد السلم واندفاع حاجة السلم اليه .

وما زاده البائع بعد العقد يكون له حصة من الثمن ، فان عقد البيع يعتبر حينئذ كأنه وقع على المبيع مع الزيادة المذكورة حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض لزم تنزيل ما يصيبها من الثمن ، والحاصل ان الزيادة تلحق بأصل المبيع فلو باع احد من ارضه الف ذراع بالف درهم ثم زاد بعد العقد مائة ذراع وقبل المشتري في مجلس الزيادة ، كان للشفيع تملك الألف والمائة المذكورة بالف درهم ، واذا اشترى مائة وزنة من الخنطة بخمسين ديناراً ثم زاد البائع بعد العقد عشرون زناً مثلاً ، وقبل المشتري ، كان قد اشترى مائة وعشر وزناً بخمسين ديناراً فإذا هلكت الوزنات

العشر التي زادها البائع قبل القبض لزم تنزيل ما يصيبها من الثمن .
 واما الخط من المبيع بعد العقد فغير معتبر ولو قبل المشتري الخط في
 مجلس الخط ، وذلك لان الخط اسقاط ، والاعيان ذوات قائمة لا تقبل
 الاسقاط الذي هو اعتباري ، وانما تقبها الديون لانها اوصاف اعتبارية
 في الذمة فتقبل الاسقاط الذي هو اعتباري ايضاً . ولهذا صح الخط من
 المسلم فيه لانه دين في الذمة ، وان كان مبيعاً ، وصح الخط من الثمن
 مطلقاً لانه دين . [٢٥٤م و ٢٥٧م و ٢٥٨م] ^(١) .

(١) [٢٥٤م] للبائع ان يزيد مقدار المبيع بعد العقد فالمشتري إذا قبل في
 مجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة . ولا تفيد ندامة البائع . وأما اذا
 لم يقبل في مجلس الزيادة وقبل بعد فلا عبرة بقبوله مثلاً لو اشترى عشرين بطيخة
 بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع أعطيتك خمساً آخر ايضاً فان قبل المشتري
 هذه الزيادة في المجلس أخذ خمساً وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً وأما لو لم يقبل في
 ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر البائع على اعطاء تلك الزيادة .

[٢٥٧م] زيادة البائع في المبيع والمشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن بعد
 العقد تلحق باصل العقد يعني يصير كأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والخط .
 [٢٥٨م] ما زاد البائع في المبيع بعد العقد يكون له حصة من الثمن المسمى
 مثلاً لو باع ثمانى بطيخات بعشرة قروش ثم بعد العقد زاد البائع في المبيع بطيختين
 فصارت عشراً وقبل المشتري في المجلس يصير كأنه باع عشر بطيخات بعشرة
 قروش حتى انه لو تلقت البطيختان الزيدتان قبل القبض لزم تنزيل ثمنهما قرشين
 من أصل ثمن البطيخ فليس للبائع أن يطلب حينئذ من المشتري سوى ثمن ثمانى =

حكم المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر

المقبوض على سوم الشراء هو ما يقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن حقيقة او حكماً من قبل الطرفين ، فاذا قال البائع ان ثمن هذه السيارة مائة دينار خذها فان اعجبتيك اشتريها ، فقال مريد الشراء اذا اعجبتي اشتريتها بمائة دينار وأخذها كانت السيارة المقبوضة على سوم الشراء ، والثن قد سماه الطرفان حقيقة . واذا سمي احد الطرفين الثمن ولم يقل الثاني شيئاً بل اخذه على ان يشتريه ان اعجبه ، كان المقبوض مقبوضاً على سوم الشراء والثن سماه الطرفان حكماً لان سكوت الطرف الثاني واخذه المساوم عليه ، يعد رضاه منه بالثن الذي ذكره مريد البيع .

وحكم هذا المقبوض انه اذا هلك بيد القابض هلك مضموناً عليه بمثله ان كان مثلياً وبقيمته مهما بلغت ان كان قيمياً . والضمان لازم وان اشترط القابض عدم الضمان ، او كان القابض وكيل المشتري ، الا ان الموكل اذا لم يكن قد امر وكيله بالقبض على سوم الشراء فان الضمان

= بطيخات . كذلك لو باع من أرضه الف ذراع بعشرة آلاف قرش ثم بعد العقد زاد البائع مائة ذراع وقبل المشتري في المجلس فتملك رجل الأرض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع أخذ جميع الألف والمائة ذراع المبيعة والمزيدة بعشرة آلاف قرش .

يكون على الوكيل .

وان استهلكه القابض اي هلك بفعله ، فان كان ذلك بعد رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع ، فكذلك الحكم . وان كان صاحب المال لم يرجع وقد استهلك مريد الشراء المال المقبوض لزمه الثمن المسمى لأن فعله هذا يعد رضا وتنفيذاً للشراء فالمقبوض على سوم الشراء كأنه بيع موقوف على اجازة المشتري او كأنه بيع بخيار شرط .

والمقبوض بسوم النظر هو المقبوض لأجل ان ينظره القابض أو ان يريه لآخر سواء بين له ثمن أو لم يبين . أي الذي لم يقبض بقصد شراء .

وحكم هذا المقبوض انه أمانة بيد القابض فاذا هلك بيده بلا تعد منه أو تقصير لاضمان عليه . وان كان بتعد منه أو تقصير ضمن المثل ان كان مثلياً والقيمة مهما بلغت ان كان قيمياً ، وكذلك الأمر في المقبوض على سوم الشراء اذا لم يسم الطرفان للمقبوض ثمناً .

والخاص ان المقبوض على سوم الشراء اذا سمي له أحد الطرفين ثمناً وقبل الآخر حقيقة أو حكماً بذلك الثمن فانه يكون مضموناً على القابض اذا هلك واذا لم يسم له الطرفان ثمناً أو سمي له أحدهما ولم يرض به الآخر ، ثم اتفقا على ان يأخذه مريد الشراء فان اعجبه اشتراه فلا

يكون مضموناً على القابض بل أمانة ، لأن هذا النوع في الحقيقة يعد بحكم المقبوض على سوم النظر [م ٢٩٨ و ٢٩٩] ^(١).

الثمن والاعطام المتعلقة به

الثمن هو ما جعل بدلاً للمبيع بتراضي المتعاقدين ، سواء كان مساوياً لقيمته الحقيقية أو أكثر منها أو أقل . أما القيمة فهي ما تكون للشيء بمنزلة المعيار ، ويرجع في تقديرها إلى أهل الخبرة .

(١) [م ٢٩٨] ما قبضه المشتري على سوم الشراء وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن فذلك أو ضاع في يده فإن كان من القيمات لزم عليه قيمته وإن كان من المثلثات لزمه أداء مثله للبائع وأما إذا أخذه بدون أن يبين ويسمي له ثمناً كان ذلك المال أمانة في يد المشتري فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد . مثلاً لو قال البائع للمشتري عن هذه الدابة ألف قرش إذ ذهب بها فإن أعجبتك اشتريها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزمه أداء قيمتها للبائع وأما إذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فإن أعجبتك تشتريها وأخذها المشتري على أنه إذ عجبته يقاوله على الثمن ويشتريها فهذه الصورة إذا هلك في يد المشتري بلا تعد لا يضمن (انظر المادة ٥٣) .

[م ٢٩٩] ما يقبض على سوم النظر وهو أن يقبض مالاً لينظر إليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أو لا فيكون ذلك المال أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد (انظر المادة ٩١) .

شروط الثمن

يشترط في الثمن لانعقاد البيع أن يكون مالا ، فإن لم يكن مالا بطل البيع لانعدام ركنه لأن البيع مبادلة مال بمال . مثال ذلك أن يكون مثليا واعتراه الفساد حتى صار لا ينتفع به مطلقاً .

ويشترط في الثمن لصحة البيع :

١ - أن يكون المال متقوماً . فإن لم يكن كذلك كالحجر فسد البيع ومن هذا يعلم ان التقوم في الثمن شرط صحة ، وفي المبيع شرط انعقاد . ووجه الفرق ان المبيع هو المقصود بالذات في البيع فاذا كان غير منتفع به ، يفوت الغرض من المبيع فيكون باطلا ، أما الثمن فهو وسيلة الوصول الى المبيع فاذا كان غير منتفع بذاته يذهب الى عوضه ، ولما كان العوض مجهولا وقت العقد كان البيع فاسداً .

٢ - أن يكون مسمى وقت العقد ، فلو باع بدون تسمية الثمن كان البيع فاسداً [م ٢٣٧]^(١) لجہاتہ جہالۃ فاحشۃ . وان كان ينفي الثمن كان البيع باطلا ، لانعدام ركنه ، إذ لا مبادلة حينئذ .

(١) [م ٢٣٧] تسمية الثمن حين البيع لازمة فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً .

٣- أن يكون معلوماً لكل من المتعاقدين علماً تاماً نافياً للجهالة الفاحشة [٢٣٨م]^(١). وطريقة عامه تختلف . فان كان حاضراً في مجلس العقد فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه ، كأن تقول اشتريت دارك بهذه الدراهم ، أو بهذه الخنطة .

وان كان غائباً يحصل ببيان نوعه وقدره وأوصافه المميزة له عن غيره تميزاً تاماً [٢٣٩م]^(٢) كما تقول بعثك هذه الدار بعشرين ياونا ذهباً ، أو بخمسين وزنة من الخنطة المعجبية الجيدة . واذا جرى البيع بثمن هو نقود فان كانت نوعاً واحداً يكفي للعلم بالثمن بيان قدره ، وذلك كالدينار عندنا ، فاذا قال بعثك هذه الدار بمائة دينار ، كفي ذكر القدر للعلم بالثمن . وان كانت النقود متعددة كما لو فرضنا ان في العراق ديناراً عراقياً وديناراً هندياً وديناراً ايرانياً ، فاذا اختلفت مالية ورواجاً أو اتحدت مالية واختلفت رواجاً ، يكفي بيان قدره للعلم به ، وينصرف إلى الأروج . وان اتحدت مالية ورواجاً يكفي ايضاً بيان القدر والمشتري بخير في الدفع من أي جنس . وان اختلفت مالية واتحدت رواجاً فلا بد من بيان النوع

(١) [٢٣٨م] يلزم أن يكون الثمن معلوماً .

(٢) [٢٣٩م] إذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه وإذا كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه .

والقدر ، وإلا فسد البيع .

وإذا جرى البيع على الوحدات وأجزاء النقود كالفلس والدرهم ، كان للمشتري أن يؤدي من أي نوع شاء من النقود الرأبجة غير الممنوع تداوله ، كالدرهم والريال وربع الدينار ، وليس للبائع أن يطلب نوعاً مخصوصاً [م ٢٤١] ^(١) .

كما أنه إذا جرى العقد على نوع من النقود كالدينار مثلاً يجوز أن يعطي الثمن من أجزائه ، التي هي مساوية له في المالمية والرواج .
ولكن هذا إذا جرى العرف بذلك ، فإن لم يجر عرف التجار في في بلدة على ذلك ، فلمشتري ألا يقبل إلا من نوع ما وقع عليه العقد .
كالدينار ولا يقبل الأجزاء [م ٢٤٤] ^(٢) .

(١) [م ٢٤١] إذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان للمشتري أن يؤدي الثمن من أي نوع شاء من النقود الرأبجة غير الممنوع تداولها وليس للبائع أن يطلب نوعاً مخصوصاً منها .

(٢) [م ٢٤٤] النقود التي لها أجزاء إذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري أن يعطي الثمن من أجزاء ذلك النوع لكن يتبع في هذا الأمر عرف البلدة والعادة الجارية . مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري أن يعطي من أجزائه النصف والربع لكن نظراً لعرف الجاري في دار الخلافة اسلامبول ليس للمشتري أن يعطي بدل الريال المجيدي من أجزائه الصغيرة العشر ونصفه .

كما انه إذا بين في العقد وصف الثمن ، كأن يقال مائة دينار عراقي ، أو مائة دينار فلسطيني ، لزم على المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها . وليس له أن يجبر البائع على قبول ما يعادل ذلك من النقود الأخرى [٢٤٢م] ^(١) .

تعيين الثمن

الاثمان النقدية الراجعة لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة ، ولا عند فسخ هذه العقود [٢٤٣م] ^(٢) لأن الاثمان النقدية انما اوجدت وسائل لتسهيل المبادلة والحصول على الاعيان المقصودة . فالاثمان واجبة في الذمة ، فتعينها بالتعيين يخالف وضعها والاصل المعتبر فيها . أما في غير المعاوضات كالامانات والوكالة ، والشركة والمضاربة ، والغصب ، فانها تتعين بالتعيين خلو ذلك من معنى المبادلة فلم تكن الاثمان

(١) [٢٤٢م] إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها . مثلاً لو عقد البيع على ذهب مجيدي وانكليزي أو فرنساوي أو ريال مجيدي أو عمودي لزم المشتري أن يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه ويبنه من هذه الأنواع .

(٢) [٢٤٣م] لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد مثلاً لو أرى المشتري البائع ذهباً مجيدياً في يده ثم اشترى بذلك الذهب شيئاً لا يجبر على أداء ذلك الذهب بعينه بل له أن يعطي البائع ذهباً مجيدياً من ذلك النوع غير الذي أراه إياه .

فيها وسائل لغيرها ، بل تكون مقصودة بالذات فاذا هلك رأس مال احد الشريكين قبل الشراء وقبل الخلط تنفسخ الشركة ، وإذا وكل احد شخصاً بشراء سيارة ودفع اليه مائة دينار ثمنها ، فهلك الثمن المذكور في يده ، أو استهلكه انزل عن الوكالة .

اما اذا كانت الاثمان في المعاولات من غير النقود ، او كانت من النقود الكاسدة فانها تتعين بالتعيين حينئذ ، لأن غير النقود من الاثمان اذا عينت تكون مبيعة من وجه ، ومقصودة بالذات ، كما لو قال له بعني هذه الدار بهذه الكومة من الحنطة فقال بعث .

أقسام الثمن

الثن اما حال واما مؤجل ، واما مقسط . [م ٢٤٥] ^(١) .

فالثن الحال هو ما يجب ادائه عقب العقد . والاصل في الثمن ان يكون حالاً ولهذا اذا اطلق العقد اي اذا لم يقيد بشرط تعجيل الثمن او تأجيله يكون الثمن حالاً ، إلا إذا كان العرف يقضي بخلاف ذلك فيتبع العرف [م ٢٥١] ^(٢) .

(١) [م ٢٤٥] البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح .

(٢) [م ٢٥١] البيع المطلق ينقصد معجلاً أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى =

والثمن المؤجل ، ما يتأخر وجوب ادائه زمنًا معينًا . والتأجيل خلاف الاصل ، ولهذا لا يتأجل الثمن إلا بالنص عليه في العقد او بمده ، او إذا كان العرف يقضي بالتأجيل .

والثمن المقسط هو ما اشترط ادائه اجزاء معلومة في اوقات محدودة وإذا اشترط البائع انه إذا تأخر المشتري عن دفع اي قسط فان الاقساط الاخرى تحل ، صح الشرط ووجب العمل به . واذا لم يشترط ذلك وتأخر المشتري عن اداء قسط في موعده لا تحل بقية الاقساط . ويشترط لصحة التأجيل والتقسيط :

١ - ان يكون الثمن من نوع الديون . فلا يصح اذا كان مثليًا معينًا في العقد بالاشارة اليه ، لأنه اذا كان متعينًا ، كان مقايضة ، فكان مبيعًا . والمبيع لا يتأجل .

٢ - ألا يكون بدل صرف ولا ثمن مسلم فيه ، لأنه يشترط فيهما قبض الثمن في المجلس ، فلا يمكن التأجيل .

= ذلك الأجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزمه أداء الثمن في الحال . أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد اسبوع أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك (انظر المادة ٣٦) .

ويشترط لصحة العقد بالاجل او التقسيط :

١ - ان تكون مدة التأجيل معلومة . واذا وقع البيع مؤجلاً بدون ذكر مدة فقد اعتبر القانون « المجلة » ان المدة تنصرف الى شهر واحد ، فمدة التأجيل بهذه الصورة معلومة ، اما اذا ذكر للاجل مدة مجهولة فالبيع فاسد [م ٢٤٩^(١)] . ومجمل القول في هذا الباب ، هو ان الاجل اما ان يكون معلوماً او مجهولاً . والجهالة في الاجل اما ان تكون يسيرة مقارنة ، او فاحشة متفاوتة ، والمقاربة هي التي يكون وجود الاجل فيها معلوماً ولكن تعيين حلوله فيها مجهول ، وبعبارة اخرى ان لا يمكن حصول الاجل في اي زمن بعد العقد بل له وقت محدود معلوم كالتأجيل الى الحصاد ، فان حصول الحصاد لا يكون في كل وقت بل في مدة من الزمن محدودة يتردد وقوعه بين اولها وآخرها . والمتفاوتة ، هي التي يكون وجود الاجل فيها مجهولاً ، وبعبارة أخرى هو ما يمكن حصوله في كل وقت بعد العقد ، كالتأجيل بهبوب الريح ، فانه ليس لهبوب الريح وقت محدود بل ويمكن ان تهب الريح في كل وقت بعد العقد .

(١) [م ٢٤٩] إذا باع نسيئة بدون بيان مدة تنصرف المدة الى شهر واحد

والجهالة اليسيرة لا تفسد العقد ، بخلاف الفاحشة فإنها تفسده ، الا اذا النى التأجيل بها في مجلس العقد قبل الافتراق بالابدان .

وذهب البعض الى ان الجهالة سواء كانت فاحشة أو يسيرة فإنها مفسدة للعقد إذا ذكرت في صلب العقد . إلا ان الجهالة إذا كانت يسيرة فان العقد ينقلب صحيحاً إذا النى التأجيل قبل حلول المدة وفي الجهالة الفاحشة لا ينقلب صحيحاً ، إلا اذا النى التأجيل في مجلس العقد قبل الافتراق . واذا كان التأجيل وقع بعد العقد فان كانت جهالة يسيرة فلا يضر ، ويعتبر ، وان كانت فاحشة ، لا يعتبر التأجيل ولا يخل العقد . والظاهر من اطلاق المجلة ، الجري على هذا الرأي [م ٢٤٨] ^(١) .

وصرة الاجل تبتيء من وقت تسليم المبيع ان كانت منكورة أي ليس لمبدئها أو نهايتها تاريخ معين ، كان يقول الى شهر أو سنة ، ليحصل للمشتري فائدة التأجيل وهو الاتتفاع بالمبيع في مدة الأجل ، فان تأخر البائع عن التسليم طول المدة المذكورة لسبب ما فلمشتري اجل مدة غيرها بعد التسليم . اما اذا كان عدم التسليم لسبب امتناع المشتري من التسليم احتسبت المدة من وقت الامتناع دفعاً للضرر ، وان كانت المدة

(١) [م ٢٤٨] تأجيل الثمن الى مدة غير معينة كامطار السماء يكون مفسداً

معرفة أي لمبديها أو لنهايتها تاريخ معلوم ، كأن يقول بعثك حصاني بمائة دينار الى شهر يتبدىء من كذا أو ينتهي بيوم كذا أو الى عيد الفطر المقبل أو نحو ذلك فمتى حل الأجل وجب اداء الثمن ، سواء قبض المشتري المبيع اولاً ، وسواء كان المسبب في عدم القبض هو البائع أو هو المشتري ، لأن المدة متى تعينت فليس له غيرها .

ومحل الاجل بأحد شيئين :

١ - بانتهاء المدة على الوجه الذي مر .

٢ - بموت المشتري .

حكم الزيادة في الثمن والخط منه

للمشتري ان يزيد في الثمن بعد العقد ، فاذا قبل البائع ذلك في مجلس الزيادة لزمت الزيادة فللبائع حق المطالبة بها ، كما ان للبائع الخط من الثمن فاذا لم يرد المشتري ذلك الخط في المجلس سقط عنه من الثمن المقدار الذي خطه البائع . لكن يشترط لزيادة الثمن قيام المبيع وقت الزيادة بيد المشتري وملكيته ، فاذا كان هالكاً لا تصح الزيادة ، وكذلك اذا كان المشتري قد باعه قبل الزيادة .

والخط كما يصح من البائع يصح من وكيله بالخط . واما وكيله

بالبيع فيعتبر حظه نظراً الى المشتري ، لأن الحط من حقوق العقد وهي
تعود للعقد ، ولا يعتبر نظراً للبائع فيضمن الوكيل مقدار الحط للبائع
[م ٢٥٥ و ٢٥٦] ^(١).

ثم ان الزيادة في الثمن والحط منه يلتحقان بأصل العقد أي يصير
كان العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة أو الحط . وفائدة هذا الالتحاق
تظهر في المراجعة ، والتولية ، والوضيعة . والاستحقاق ، وهلاك المبيع ،
وحبس المبيع ، والشفعة ، فاذا حط البائع شيئاً من الثمن ، تكون مراجعة
المشتري اذا اراد بيع ما اشتراه مراجعة مثلاً ، على الباقي بعد الحط ،
وكان للشفيع ان يملك المبيع اذا كان عقاراً ، بالباقي بعد الحط . غير ان

(١) [م ٢٥٥] للمشتري ان يزيد في الثمن بعد العقد فاذا قبل البائع تلك
الزيادة في ذلك المجلس كان له حق المطالبة بها ولا تفيد ندامة المشتري . واما لو
قبل بعد ذلك المجلس فلا يعتبر قبوله حينئذ . مثلاً لو بيع حيوان بالف قرش ثم
بعد العقد قال المشتري للبائع زدتك مائتي قرش وقبل البائع في ذلك المجلس اخذ
المشتري الحيوان المبيع بالف ومائتي قرش . واما لو لم يقبل البائع في ذلك المجلس
بل قبل بعده فلا يجبر المشتري على دفع المائتي قرش التي زادها .

[م ٢٥٦] حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر مثلاً
لو بيع مال بمائة قرش ثم قال البائع بعد العقد حطت من الثمن عشرين قرشاً كان
للبائع ان يأخذ مقابل ذلك المال ثمانين قرشاً فقط .

الزيادة لا تلتحق بأصل العقد بالنظر للشفيع دفعاً للضرر عنه [م ٢٥٧ و ٢٦٠] ^(١).

وللبائع ان يحط كل الثمن قبل القبض وبعده ، ولكن لا يتحقق هذا الحط بأصل العقد ، فالشفيع اذا طالب بالشفعة لزمه ان يملك المشفوع بكل الثمن ، ثم اذا وقع الحط بلفظ حطت أو وهبت أو أبرأت ابراء اسقاط لا يلزم المشتري بشيء من الثمن ، حتى انه اذا كان قد دفع شيئاً من الثمن الى البائع يسترجعه منه .

اما لو قال أبرأته ابراء استيفاء يكون اقراراً بالقبض ، فاذا كان قد دفع اليه الثمن لا يرجع عليه بشيء ، واذا اطلق الابراء فهنا قولان ارجحهما انه ينصرف الى ابراء الاسقاط . وعلى كل صورة لا يستفيد الشفيع من حط الكل إذ لو استفاد للزم ان يملك الشيء مجاناً جبراً على

(١) [م ٢٥٧] زيادة البائع في المبيع والمشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن بعد العقد تلتحق بأصل العقد يعني يصير كأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط .

[م ٢٦٠] اذا حط البائع من ثمن المبيع مقداراً كان جميع المبيع مقابلاً للباقى من الثمن بعد التنزيل والحط . مثلاً لو بيع عقار بعشرة آلاف قرش ثم حط البائع من الثمن الف قرش كان ذلك العقار مقابلاً للتسعة آلاف قرش الباقية وبناء عليه لو ظهر شفيع للعقار المذكور اخذه بتسعة آلاف قرش فقط .

مالكه ، وهذا لا نظير له في الشرع ولا في القانون ، بل انه ينافي العدالة . لكن لو حصل حط كل الثمن تدريجياً فان الشفيع يستفيد من الحطوط سوى الحط الاخير ، كما لو باع أحد داره بالف ، ثم حط من الثمن مائتين ثم حط مائتين آخرين ثم حط مائتين ايضاً ثم حط مائتين ايضاً ثم حط المائتين الباقيتين ، فان الشفيع يستفيد من هذه الحطوط سوى الحط الأخير وله ان يملك الدار بمائتين [م ٢٦١] ^(١).

التصرف بالثمن قبل قبضه

يجوز للبائع ان يتصرف في الثمن قبل قبضه ، سواء كان الثمن من النقود أو من المقدرات « المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة » ولو كانت معينة بالإشارة اليها وقت العقد فانها في هذه الصورة وان كانت تعتبر مبيعة إلا انها من وجه آخر تعتبر ثمنًا . فاذا باع ، أحد فرسه لآخر بخمسين وزنة من الحنطة مشاراً اليها وقت العقد ، جاز للبائع ان يبيع تلك الحنطة قبل قبضها ، وكذلك له هبتها والوصية بها

(١) [م ٢٦١] للبائع ان يحط جميع الثمن قبل القبض لكن لا يلحق هذا الحط باصل العقد مثلاً لو باع عقاراً بعشرة آلاف قرش ثم قبل القبض ابرأ البائع المشتري من جميع الثمن كان للشفيع ان يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف قرش وليس له ان يأخذه بدون ثمن اصلاً .

وكذلك للبائع ان يهب الثمن قبل قبضه للمشتري وان يتصدق به عليه .
ولكن ليس له ان يهبه لغير المشتري لأن تملك الدين لغير من عليه
الدين لا يجوز .

الخيارات

الخيارات التي بحثت فيها المجلة هي : خيار الشرط ، خيار الوصف ،
خيار النقد ، خيار التعيين ، خيار الرؤية ، خيار الغبن والتغريب ،
خيار العيب .

خيار الشرط

هو ان يشترط البائع أو المشتري أو كلاهما ان له أو لشخص
اجنبى خيار فسخ البيع أو اجازته خلال مدة معينة يتفقان عليها .
فالفسخ أو الاجازة يجوز ان يشترط للبائع وحده ، أو للمشتري
وحده ، أو لهما معاً ويجوز ان يشترط ايضاً لشخص اجنبى خارج عن
العقد ، كما لو قال البائع مثلاً بمتك هذه السيارة بكذا ديناراً اذا رضى
فلان خلال خمسة ايام فقبل المشتري بذلك ، فان الخيار يكون قد
اشترط لفلان الاجنبى عن العقد ، فان أجاز فلان خلال المدة المذكورة
لزم البيع ، وان لم يجز انفسخ البيع .

وإذا استرط أحد العاقدين الخيار للاجنبي فانه يثبت له ولذلك الاجنبي لأن هذا الاجنبي يعتبر نائباً ووكيلاً عنه في الخيار ، والموكل ، له أن يقوم بالأمر الذي قد وكل به أحداً . وفي هذه الصورة اذا أجازا أحدهما وفسخ الآخر ينظر الى السابق منهما فان كان فسخ الاجنبي هو السابق ، فلا عبرة باجازة الاصيل بعد ذلك . وان كان فسخ الاصيل هو السابق فلا عبرة باجازة الاجنبي ، وان كانت اجازة أحدهما هي السابقة فالعبرة لها ، ولا عبرة بالفسخ اللاحق ، وان أجاز أحدهما وفسخ الآخر في زمن واحد ، يرجح جانب الفسخ [م ٣٠٠] ^(١).

وكما يصح اشتراط الخيار لمدة معلومة في اثناء العقد ، يجوز اشتراطه كذلك بعد العقد ولو بعد مرور ايام اذا كان المبيع قائماً .

وكما يجوز اشتراط الخيار في كل المبيع يجوز اشتراطه ايضاً في بعض المبيع ، الا انه اذا كان المبيع اشياء متعددة من القيميات فانه يشترط لاعتبار الخيار في بعضها ان يفصل ثمن كل واحد وان يعين البعض الذي شرط فيه الخيار . فاذا باع أحد لآخر سيارة بكذا على ان له الخيار في نصفها صح ، فاذا فسخ البائع البيع في النصف خلال المدة

(١) [م ٣٠٠] يجوز ان يشترط الخيار بفسخ المبيع او اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري او لاحدهما دون الآخر .

صح ، وكانت السيارة مشتركة ، وليس للمشتري حق الفسخ بتفريق الصفقة لانه قد رضي بذلك حسب الشرط . وكذلك الحكم لو باعه خمسين كيلة من الخنطة المشار اليها على ان له الخيار في نصفها . اما لو باعه فرسين مثلاً صفقة واحدة على ان له الخيار في أحدهما فانه لا يصح ما لم يبين في العقد ثمن كل واحدة منهما ، والواحدة التي يتعلق بها الخيار . وذلك لثلا يفضي الأمر الى المنازعة . فاذا باع في هذه الصورة بلا تفصيل فسد البيع كما يفسد البيع ايضاً لو شرط الخيار مؤبداً ، او شرط له مدة مجهولة .

وكل من شرط له الخيار ، يصير مخيراً بفسخ البيع أو اجازته في المدة المعينة ، فاذا فسخ في المدة انفسخ العقد .

وبشرط لصحة الفسخ ما يأتي :

١ - لحقوق علم الطرف الثاني اذا كان الفسخ بالقول . اما اذا كان الفسخ بالفعل فلا يشترط لحقوق علم الطرف الثاني ، كما لو باع محمد سيارته لزيد على ان للبائع الخيار ، ثم انه باعها في مدة الخيار لخالد ، فان البيع الاول يكون قد انفسخ بالبيع الثاني من دون توقف على لحقوق علم زيد بذلك . اما لو قال البائع في مدة الخيار : فسخت البيع ، فان البيع لا يعتبر منفسخاً ما لم يلحق علم زيد بذلك في المدة . وفي هذه الصورة

أي في الفسخ القولي اذا اختفى الطرف الثاني أو كان غائباً فلم يستطع من له خيار ايصال خبر الفسخ اليه ، فان كان له وكيل عام بلغ الوكيل بالفسخ وان لم يكن له وكيل فله ان يراجع الحاكم فينصب الحاكم عنه وكيلاً فيفسخ من له الخيار امام الوكيل ، ويسلم اليه المبيع ان كان من له الخيار هو المشتري وكان المبيع بيده .

٢ - عدم هلاك المبيع كله أو بعضه ، اذا كان الخيار للمشتري .

٣ - عدم زيادة المبيع زيادة متصلة متولدة أو غير متولدة كما اذا

سمت الدابة المبيعة ، وكما لو غرس المشتري في الارض المبيعة .

٤ - ألا يكون المبيع زاد زيادة منفصلة متولدة كما اذا ولدت

الدابة . اما غير المتولدة كالاجرة ، فلا تمنع الفسخ ، بل قيل انها تكون بعد

الفسخ للبائع ، وقيل للمشتري لانها حصلت بعقد منه والاجرة للعاقد .

وبشرط لصمة الاجازة عدم تحقق الموانع الآتية :

١ - هلاك المبيع كله أو بعضه اذا كان الخيار للبائع ، وكذلك

استحقاق المبيع كلاً أو بعضاً .

٢ - زيادة ثمن المبيع في مدة الخيار ، اذا كان الخيار للبائع وكان

البائع وصياً والمبيع مال من تحت وصايته ، لأن الوصي ليس له ان

يتصرف تصرفاً مضرّاً بمن تحت وصايته ، والاجازة هنا تكون مضرّة .

الخيار الذي قد بطل ، فكان المبيع لازماً بالضرورة [م ٣٠٥] ^(١) .
 وخيار الشرط لا يورث ، لانه محض ارادة ورأي ، والرأي يخص صاحبه فلا يورث ، والجنون كالموت ، فاذا مات من له الخيار لزم البيع ، فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع ، واذا كان للمشتري فمات ملكه وارثه بلا خيار . وكذلك لو جن من له الخيار طول مدته سقط خياره ولزم العقد . فلزوم البيع بخيار الشرط يتحقق باحد الأمور الآتية :

١ — بالاجازة في المدة .

٢ — بمرور المدة بلا اجازة او فسخ .

٣ — بموت من له الخيار ، او جنونه طول المدة [م ٣٠٦] ^(٢) .

واذا كان شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فايهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع ، فلا عبرة باجازة الآخر حينئذ سواء كان فسخ أحدهما قبل اجازة الآخر أو بالعكس . وإذا أجاز أحدهما سقط خياره

(١) [م ٣٠٥] اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ او لم يحجز من له الخيار لزم البيع وتم .

(٢) [م ٣٠٦] خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع واذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار .

وبقي خيار الثاني الى انتهاء المدة فان أجاز لزم البيع وان فسخ بطل البيع [٣٠٧ م]^(١).

والمبيع لا يخرج من ملك البائع إذا كان الخيار له وحده، أو لهما معاً، كما ان الثمن ايضاً لا يخرج من ملك المشتري بهذه الصورة لان خيار البائع . يمنع ثبوت البيع بالنظر اليه، لأن اشتراطه الخيار لنفسه دليل على عدم رضائه بخروج المبيع من ملكه، والبيع لا يتم إلا برضاء الطرفين ولهذا كان تصرف البائع في المبيع نافذاً ولو كان بيد المشتري، وكان تصرف المشتري به غير نافذ وان كان قد قبضه باذن البائع .

ويترب على هذا ان المبيع اذا هلك بيد المشتري بعد قبضه ولم يزل الخيار قائماً، لا يلزم الثمن المسمى بل يلزمه أداء مثله ان كان من المثليات، أو أداء قيمته إذا كان من القيميات . وانما كان كذلك، لأن تمام البيع يكون أما بالاجازة أو بمرور المدة أو بموت من له الخيار على ما سبق ذكره، فاذا هلك قبل ذلك انفسخ البيع، وبما ان المبيع لم يقبضه المشتري بصورة الأمانة بل قبضه بسوم الشراء على أقل تقدير، فهو يكون مضموناً بالمثل أو القيمة . أما لو هلك بعد مرور المدة لزمه الثمن المسمى،

(١) [٣٠٧ م] اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فايها فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع وايها اجاز سقط خيار المحيز فقط وبقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة

لأن البيع صار لازماً قبل الهلاك . ولو استهلكه المشتري كان البائع مخيراً بين أن يحجز البيع ويأخذ الثمن المسمى ، وبين أن يفسخ ، ويضمن المشتري المثل أو القيمة على ما مر ، وكذلك لو استهلكه أجنبي ، فإن للبائع أن يحجز ويأخذ الثمن المسمى من المشتري والمشتري حينئذ أن يضمن الأجنبي ، وله أن يفسخ البيع ويلاحق الأجنبي فيضمنه مثله ان كان مثلياً ، أو قيمته يوم الاتلاف ان كان قيمياً [م ٣٠٨] ^(١) .

وإذا كان شرط الخيار للمشتري وحده أو لأجنبي جعل المشتري الخيار له ، فإن المبيع يخرج من ملك البائع ويدخل في ملك المشتري . ويترب على هذا ان المبيع إذا هلك بيد المشتري بعد قبضه ، يلزمه أداء ثمنه أما لو هلك قبل القبض ، فإن البيع يبطل ، وإذا تعيب المبيع بيد المشتري عيباً لا يزول في مدة الخيار لزم البيع وعلى المشتري الثمن المسمى ، إلا ان التعيب إذا كان بفعل البائع نفسه ، يرجع المشتري عليه بنقصان القيمة [م ٣٠٩] ^(٢) .

(١) [م ٣٠٨] اذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه بل يبقى معدوداً من جملة امواله فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه فلا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبائع يوم قبضه .

(٢) [م ٣٠٩] اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع =

وخيار الشرط يجري في العقود والمعاملات اللازمة القابلة للفسخ ، كالبيع ، والاجارة ، والقسمة ، والحوالة ، والكفالة بالنسبة للكفيل ، والرهن بالنسبة للراهن ، بخلاف غير لازم كالوكالة ، وبخلاف اللازم غير القابل للفسخ كالنكاح والطلاق .

خيار الوصف

إذا اشترى أحد مالا بوصف مرغوب فيه فظهر خالياً من الوصف كان له الخيار ، فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن ، كما لو اشترى كلباً على أنه صياد ، أو داراً على أنها تحتوي على كذا غرفة ، أو عرساً على أنها الف ذراع ، أو بقرة على أنها حلوب ، فظهر المبيع خالياً من الوصف المذكور . أما لو اشتراه بوصف غير مرغوب فيه فظهر خالياً منه ، فلا خيار . كما لو اشترى دابة على أنها عرجاء ، فظهرت سالمة ، وكما لو اشترى داراً على أنها ذات طابق واحد فظهرت ذات طابقين ، وكما لو اشترى عرساً على أنها الف ذراع فظهرت ألفاً ومائة . أما لو اشتراه بوصف مرغوب فظهر متصفاً بوصف أفضل وأعلى من الوصف المشروط = وصار ملصكاً للمشتري فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع (انظر المادة ٥٣)

ينظر فإن لم يكن بين الوصفين تفاوت من حيث الغرض والقصد فلا خيار؛ وإلا فلامشتري الخيار .

والوصف المرغوب فيه أما أن يكون مشروطاً في العقد وأما أن يكون معروفاً عرفاً؛ فخيار الوصف يثبت بالشرط أو بالعرف . والأول ظاهر ، والثاني كما لو اشترى أحد الناس بقرة وكان المعروف بينهم أنها إنما تشتري للحليب فإذا ظهرت غير حالبة كان للمشتري الخيار [٣١٠ م] ^(١) . وليس للمشتري ، إذا ظهر المبيع خالياً من الوصف المرغوب فيه أن يمسك المبيع وينقص من الثمن بل أما أن يقبله بكل الثمن أو أن يفسخ البيع ، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن ، لأن الوصف تابع والتابع لا حصة له من الثمن ولا ينفرد بالحكم . إلا أنه إذا امتنع الفسخ بتعذر رد المبيع بأن هلك أو تعيب بيد المشتري بدون تعد قبل الرضاء ، فإن المشتري يمسك المبيع ويرجع بنقصان الثمن بسبب فوات الوصف المرغوب ، إذ لا وجه لدفع الضرر عنه إلا بهذا الوجه . وكيفية تقدير نقصان الثمن هي

(١) [٣١٠ م] إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ البيع وأن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري (انظر المادة ٦٥)

أن يقوم المبيع مع الوصف ، ويقوم بدون الوصف ومقدار التفاوت ينسب الى مبلغ تقويم المبيع مع الوصف ، وبذلك النسبة ينقص من الثمن ، مثلاً إذا باع بقرة على انها حلوب بمائة درهم فظهرت غير حلوب ، وامتنع ردها بسبب العيب ، فتقوم باعتبارها حلوباً ، ولنفرض ان قيمتها حينئذ مائة وخمسون درهماً ، وتقوم باعتبارها غير حلوب ، ولنفرض قيمتها حينئذ مائة درهم فالفرق بين القيمتين هو خمسون ، وإذا نسبنا الخمسين تكون النسبة بالثلث ، وعليه فان المشتري يرجع بثلث الثمن على البائع .

وخيار الوصف يورث فينتقل الى الوارث لأن الوصف اثرأ في المبيع . فكما ان المبيع ينتقل الى الوارث فكذلك ما له علاقة بنفس المبيع . وبعبارة اخرى ان المبيع ينتقل الى الوارث موصوفاً بالوصف المرغوب فيه ، فاذا ظهر خالياً من الوصف كان للوارث الخيار [م ٣١١] ^(١) .

ولا يبطل خيار الوصف إلا بتصرف المشتري به تصرف الملاك . فلا يشترط في الفسخ لمن له الخيار ان يسارع اليه بعد اطلاعه على فوات الوصف المرغوب فيه ، بل يجوز له الفسخ ولو بعد مدة من اطلاعه على فوات الوصف اي ما لم يتصرف به تصرف الملاك . ولا يخفى ما في هذا

(١) [م ٣١١] خيار الوصف يورث . مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ .

من احتمال ضرر بالبائع ، فكان الأجدر ان تضرب لذلك مدة . واذا مات من له الخيار وتصرف به بعض الورثة دون بعض ، فلا يكون البيع نافذاً في حصة المتصرف إلا برضاء البائع ، لعيب الشركة . وكذلك الحكم لو كان المشترون متعددين وتصرف بعضهم بالمبيع تصرف الملاك [م ٣١٢] ^(١).

مباراة النقر

هو ان يتبايعا على ان يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما ، فاذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة فسد البيع . أو ان يتبايعا ويسلم المشتري الثمن للبائع ، على ان البائع اذا رد الثمن الى وقت كذا فلا بيع بينهما ، فاذا رد البائع الثمن في المدة المعينة انفسخ البيع ، فالخيار في هذه الصورة للبائع ، حتى انه لو باع المال لآخر في المدة ، أو تصرف به تصرف الملاك انفسخ البيع واذا كان المشتري قد قبض المبيع فانه يكون مضموناً عليه بالقيمة طول المدة . فخير النقد يكون للمشتري كالصورة الاولى ، ويكون البائع كالصورة الثانية ، ولكن البائع يستفيد في صورتين فان الخيار في الصورة الاولى يصون

(١) [م ٣١٢] المشتري الذي له خيار الوصف اذا تصرف في المبيع تصرف

البائع من مMAPلة المشتري ، وفي الصورة الثانية يكون لزوم البيع أو
فسخه بيد البائع وحده .

ولابد في خيار النقد من تعيين مدة ، فلو اشترط الخيار بلا مدة
معينة معلومة فسد البيع ، وذلك كما لو تبايعا على انه ان لم يؤد المشتري
التمن فلا يبيع بينهما من دون ان تضرب لذلك مدة معلومة .

واذا كان الخيار للمشتري فان المبيع يدخل في ملكه ، لأن هذا
الخيار بحكم خيار الشرط ، بناء عليه لو تصرف المشتري بالمبيع قبل نقد
التمن تصرف الملاك ، او انه هلك بيد المشتري ، لزم البيع ووجب على
المشتري أداء التمن . واذا كان المبيع قد تعيب بيد المشتري في مدة الخيار
بلا تعد منه أو تقصير ولم يؤد المشتري التمن ، كان البائع مخيراً بين
استرداد المبيع بلا شيء عوض العيب وبين ان يترك المبيع للمشتري
ويستوفي منه التمن . واذا لم ينقد المشتري التمن في المدة المعينة صار البيع
فاسداً ، فاذا كان قد قبض المبيع ، يصير مضموناً عليه بالقيمة ، واذا
تعلق به حق الغير ، بان باعه المشتري لاحد او وهبه وسامه للموهوب له
نقد تصرفه هذا ، لان المبيع فاسداً يملك بالقبض فينفذ فيه تصرف
المشتري بعد القبض - وكان عليه اداء القيمة الى البائع على ان لا تريد

على الثمن المسمى [م ٣١٤] ^(١).

وخيار النقد لا يورث ، لانه من الحقوق المجردة ، اذ هو مجرد ارادة وليس منبعثاً عن امر معلوم قائم في المبيع كما في خيار الوصف مثلاً . فاذا كان الخيار للمشتري ومات في المدة بطل البيع ؛ فليس لوارثه ان يؤدي الثمن ويأخذ المبيع [م ٣١٥] ^(٢) . واذا كان الخيار للبائع بطل الخيار ولزم البيع .

خيار التعيين

هو ان يعقد البيع على واحد من اثنين او واحد من ثلاثة اشياء او اثنين من ثلاثة اشياء ، من القيميات بعد بيان ثمن كل واحد منها على حدة ، على ان يكون المشتري مخيراً في تعيين ما يأخذه من ذلك ، خلال مدة معلومة ، او ان يكون البائع مخيراً في تعيين ما يعطيه للمشتري من ذلك خلال مدة معلومة . فهو ثابت للبائع والمشتري ، مثال ذلك لو بين البائع ثمن كل واحدة من ثلاثة دور معلومة وقال للمشتري بعتك واحدة منها على ان لك ان تعين ماتختاره الى خمسة ايام ، او على ان لي ان اعين

(١) [م ٣١٤] اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً .

(٢) [م ٣١٥] اذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع .

ما أختار اعطاه لك الى خمسة أيام ، وقبل المشتري بذلك ، فان البيع
ينعقد مع الخيار للمشتري في الصورة الاولى والخيار للبائع في الصورة
الثانية .

وهذا الخيار قد ثبت على خلاف القياس استحساناً ، لأن المبيع هنا
مجهول وقت العقد ، ويبيع المجهول غير صحيح قياساً ، ووجه الاستحسان
هو الحاجة فان المشتري قد لا يعتمد على نفسه في تعيين ما يختاره للشراء
ويحتاج لان يسترشد بغيره ، وقد يكون البائع قد قبض اموالاً قيمة
ولم يتوثق بعد من قيمة كل واحد منها ، فيضع لكل واحد ثمناً تخمينياً
وبعد ان يتوثق في المدة من صحة تخمينه ، يختار ما يناسبه اعطاه منها .

ولا يجري خيار التعيين في اكثر من ثلاثة ، لان الشيء لا يخلو اما
ان يكون من الاعلى في جنسه أو الادنى أو الاوسط . وخيار التعيين
قد جاز للحاجة ، والحاجة تقدر بقدرها كالضرورة ، فلا يتعدى الثلاثة .

ولا يجري خيار التعيين في المثليات لأن التفاوت بينها قليل
[م ٣١٦ و ٣١٧]^(١) . وأرى ان يجوز خيار التعيين في اكثر من ثلاثة ،

(١) [م ٣١٦] لو بين البائع اثنان شيئين او اشياء من القيمات كلاً على
حدة على ان المشتري يأخذ أيها شاء بالثمن الذي بينه له او البائع يعطي أيها أراد
كذلك صح البيع وهذا يقال له خيار التعيين .

[م ٣١٧] يلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً .

لان الدرجات في العلو والدنو قد تريد على الثلاث . وان يجوز في
المثلثات أيضاً لان التفاوت بين افرادها قد يدعو الى هذا الخيار كما
نشاهد ذلك في اجناس الجوبات .

ويترب في خيار التعيين من الاحكام اذا كان الخيار للمشتري ما يأتي :

١ — يلزم على المشتري ان يعين المبيع بعد مرور المدة المضروبة
وليس له ان يفسخ البيع ، لأن هذا الخيار للتعين لا للفسخ .

٢ — لو هلك قبل القبض واحد من الاشياء المتعددة المخير فيها ،
لا يبطل البيع حتى ولو كان الباقي واحداً ، وذلك لوجود محل للتعين ،
لكن يكون المشتري مخيراً حينئذ فان شاء عين من الباقي واخذه بشمته ،
وان شاء ترك البيع ، لفوات مقصد المشتري ، لأنه قد اشترى على ان
ينتخب واحداً من اثنين أو من ثلاثة ، وبهلاك واحد منها فات المقصد .

٣ — لو هلك الكل قبل القبض بطل البيع .

٤ — لو تعيب قبل القبض واحد من المخير فيها ، كان المشتري
مخيراً بين أخذه غير المعيب وبين تركه البيع ، لما مر ذكره في الفقرة « ٢ » .

٥ — اذا هلك أحدها أو تعيب في يد المشتري ، تعين كونه هو

المبيع فيلزمه اداء ثمنه المسمى . واذا هلك أو تعيب في يده اثنان من
الثلاثة فان علم السابق في الهلاك أو التعيب تعين كونه هو المبيع ولزم

ثمنه ، وليس عليه شيء آخر لأن الباقي امانة ؛ وان لم يعلم السابق يضمن نصف ثمن كل واحد من الهالكين أو المتعيين . وكذلك الحكم لو كان الخير فيه ثلاثة اشياء وهلكت او تعيت ولم يعلم السابق ، فان المشتري يضمن ثلث ثمن كل واحد منها ؛ لأن المضمون لم يتميز عن الامانة ، والثلث مضمون قطعاً . اما لو علم السابق فانه يتعين كونه مبيعاً فيلزم المشتري أداء ثمنه ولا شيء عليه عن الهالكين أو المتعيين الآخرين لأنهما حينئذ امانة بيده والامين لا يضمن بغير التعدي والتقصير .

٦ - لو تصرف المشتري في أحد من الخير فيه تصرف الملاك تعين كونه مبيعاً .

ويترب في خيار التعيين من الاحكام اذا كان الخيار للبائع ما يأتي :

١ - يلزم على البائع ان يعين المبيع بعد مرور المدة وليس له فسخ البيع .

٢ - لو هلك بعض الخير فيه او بعضه لا يبطل البيع بل على البائع ان يدفع الى المشتري من الباقي . وكذلك لو تعيب بعضها ، لكن في صورة التعيب اذا دفع البائع للمشتري صحيحاً مما بقي فليس للمشتري كلام ، بل عليه اداء الثمن ، وان دفع اليه مبيعاً فلمشتري الخيار ، فان شاء اخذه بثمنه المسمى ، وان شاء رده بخيار العيب .

٣ - لو هلك كل المخير فيه بطل البيع . ولو تعيب كله لا يبطل البيع ولا يفسخ . لكن المشتري يكون مخيراً فان شاء قبل ما يدفعه اليه البائع بضمنه المسمى ، وان شاء رده بخيار العيب .

٤ - اذا كان البائع قد سلم المبيعات المخير فيها الى المشتري وهلك في يده ، فان كان هلاكها متعاقباً كان الهالك الاخير فقط مضموناً على المشتري بالقيمة لأنه هو المتعين للضمان ، ولا ضمان عليه عن السابق في الهلاك لانه امانة ، وان كان هلاك الجميع مرة واحدة يضمن نصف قيمة كل واحد اذا كان المبيع احد اثنين . وثلثه ان كان احد ثلاثة . وهكذا .

٥ - اذا تعيب كل المبيعات في يد المشتري او تعيب بعضها فلا يسقط خيار البائع ، وله ان يلزم المشتري بواحد ولو كان معيباً ، لان التعيب قد وقع في يد المشتري ، فليس له فسخ البيع بخيار العيب . بخلاف ما اذا كان قد تعيب قبل قبض المشتري اياه كما مر ذكره .

وخيار التعيين ينتقل الى الوارث ، لأن بعض الاشياء المخير فيها هو ملك المورث ، وقد انتقل الى وارثه مخلوطاً بمال الغير برضائه ، فكما ان المورث كان مالكاً لتمييز ماله المخلوط وتعيينه من بين مال الغير ، كذلك وارثه الذي انتقل اليه المال المذكور يكون مالكاً لهذا الحق .

مثلاً لو احضر البائع ثلاثة اثواب : اعلی ، وادنى ، واوسط ، من جنس واحد وبين لكل منها ثمناً على حدة وباع احدها لا على التعيين ، على ان المشتري في مدة اربعة ايام يأخذ ايها شاء بالثمن الذي تعين له ، وقبل المشتري على هذا المنوال ، انعقد البيع ، وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدها ودفع ثمنه ولو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبوراً على تعيين احدها ودفع ثمنه من تركه مورثه [م ٣١٩] ^(١).

خيار الرؤية

يثبت خيار الرؤية للمشتري فقط ، ولا يثبت للبائع . فمن اشترى ما لم يره فله ان يفسخ البيع قبل الرؤية كما له ان يفسخه بعد الرؤية ما لم يتحقق سبب من الاسباب المسقطه للخيار التي سنذكرها .

واذا باع أحد ماله الذي لم يكن قد رآه فليس له حق فسخ البيع ، فلو باع أحد مالاً دخل في ملكه بالارث وكان لم يره ، انعقد البيع بلا خيار للبائع .

(١) [م ٣١٩] خيار التعيين ينتقل الى الوارث . مثلاً لو احضر البائع ثلاثة اثواب أعلى وأوسط وأدنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمناً على حدة وباع أحدها لا على التعيين على أن المشتري في مدة ثلاثة اواربعة ايام يأخذ أيها شاء بالثمن الذي تعين له وقبل المشتري على هذا المنوال انعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدها ودفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبوراً على تعيين احدها ودفع ثمنه .

لكن إذا كان البيع مقايضة ، فإن لكل من المتعاقدين الفسخ بخيار
الرؤية باعتبار كل منهما مشترياً . لأن كلا من المتعاقدين في بيع المقايضة
بائع من وجه ومشتري من وجه [م ٣٢٠ و ٣٢٢] ^(١) .

ولا ينتقل خيار الرؤية الى الوارث ، لأنه عبارة عن ارادة ومشئنة
فهو وصف مجرد لا يتصور انتقاله الى الوارث [م ٣٢١] ^(٢) .

ويشترط لاعتبار فسخ المشتري لحوق علم البائع بذلك فاذا فسخ
المشتري البيع لا بحضور البائع ولم يخبره بذلك ، فلا عبرة بفسخه ، حتى
ان له الاجازة ، بعد ذلك ، وانه اذا صدر منه ما يدل على الرضاء بعد
هذا الفسخ يلزم البيع .

والمراد من الرؤية هنا الوقوف على الحال الذي يعرف به المقصود
الاصلي من المبيع ، لا مجرد النظر ، فالسك مثلاً يعرف حاله بالشم .
والدبس مثلاً يعرف حاله بالذوق ، واسطوانات الحاكي يعرف حالها

(١) [م ٣٢٠] من المشتري شيئاً ولم يره كان له الخيار الى ان يراه فاذا
راه ان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية .

[م ٣٢٢] لا خيار للبائع ولو كان لم ير المبيع مثلاً لو باع رجل مالا دخل في
ملكه بالآرث وكان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع .

(٢) [م ٣٢١] خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل أن
يرى المبيع لم يلزم البيع ولا خيار لوارثه .

بالسماع ، فمجرد رؤية هذه الاشياء ونحوها عند العقد لا يمنع ثبوت الخيار للمشتري اذا لم يكن عند العقد قد اطلع على حالها بالوجه المذكور . والشاة المشتراة للتناسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاة المأخوذة لأجل اللحم يلزم جس ظهرها وأليتها ، والمشروبات والمأكولات يلزم ان يذاق طعمها . لأن الوقوف على حال هذه الاشياء ونحوها ، انما يكون بالصور المذكورة ، فالمشتري اذا عرف هذه الاموال بالصور المذكورة ثم اشتراها ، ليس له الخيار [م ٣٢٣] ^(١) .

وما يباع على النموذج تكفي رؤية النموذج منه ، أي يكفي الوقوف على حال النموذج ، ورؤيته كرؤية المبيع كله ، لأن المقصود معرفة صفة المبيع ، وهذا الغرض حاصل برؤية النموذج . فمن اشترى شيئاً بعد ان رأى نموذجاً فليس له خيار رؤية . غير انه اذا ظهر المبيع دون النموذج ، كان للمشتري الخيار في قبوله بكل الثمن أو رده بخيار العيب أو خيار

(١) [م ٣٢٣] المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الاصلي من المبيع مثلاً الكرباس والقماش الذي يكون ظاهره وباطنه متساويين تكفي رؤية ظاهره والقماش المنقوش والمدرّب تلزم رؤية نقشه ودروبه والشاة المشتراة لأجل التناسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاة المأخوذة لأجل اللحم يقتضي جس ظهرها وأليتها والمأكولات والمشروبات يلزم ان يذاق طعمها فالمشتري اذا عرف هذه الاموال على الصور المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية .

الوصف فالحنطة والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من المصنوعات اذا رأى المشتري نموذجها ثم اشتراها على مقتضاه فظهرت أدنى من النموذج يكون المشتري مخيراً في القبول والفسخ [م ٣٢٤ و ٣٢٥] ^(١).

وفي شراء الدار والخان ونحوهما من العقار يلزم رؤية كل بيت منها إلا اذا كانت ييوته مصنوعة على نسق واحد ، فتكفي رؤية واحد منها . وفي بيع البستان يلزم رؤية باطنها وظاهرها وانواع ثمارها أي الوقوف على انواعها . وفي شراء مجموعة اشياء متفاوتة . صفقة واحدة يلزم رؤية كل واحد منها على حدة . فمن اشترى الثمار على اشجارها وقد رأى ثمرة بعض تلك الاشجار دون بعض فله خيار الرؤية عند رؤية ما لم يكن قد رآه [م ٣٢٧] ^(٢).

(١) [م ٣٢٤] الاشياء التي تباع على مقتضى النموذج تكفي رؤية النموذج منها فقط .

[م ٣٢٥] ما بيع على مقتضى النموذج اذا ظهر دون النموذج يكون المشتري مخيراً ان شاء قبله وان شاء رده . مثلاً الحنطة والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من الكرباس والجوخ واشباهها اذا رأى المشتري النموذج ثم اشتراها على مقتضاها فظهرت ادنى من النموذج بخير المشتري حينئذ .

(٢) [م ٣٢٧] اذا اشترى اشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحدة منها على حدة .

وخيار الرؤية لا يقبل التجزئة لا بالنظر إلى المبيع ، ولا بالنظر إلى المشتري فمن اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان قد رأى بعضها ولم ير الباقي فإذا رأى ذلك الباقي فإن شاء أخذ جميع الأشياء المبيعة ، وإن شاء رد جميعها ، وليس له أن يفرق الصفقة فيأخذ ما رآه ويترك الباقي . وإذا اشترى شخصان مالاً وبعد الرؤية رضى أحدهما به دون الآخر فلهما رد المبيع بخيار الرؤية ، وكذلك الأمر إذا كان أحدهما قد رأى المبيع قبل الشراء ولم يره الآخر [٣٢٨] ^(١) .

وخيار الرؤية يثبت للأعْمى ، فيما إذا اشترى شيئاً لم يكن قد وقف على حاله فإذا وقف على حاله بعد الشراء كان له القبول أو النسخ . أما إذا كان عند الشراء واقفاً على حال ما اشتراه فلا خيار له . ووقوف الأعْمى على حالة المبيع على ثلاثة أقسام :

الأول : يتحقق بمجرد التوصيف والتعريف ، وذلك كما إذا كان المبيع عقاراً أو دابة أو اشجاراً . وقال بعض الفقهاء لا بد في العقار من حضور الأعْمى في العقار وتوصيفه إليه ، وفي الدابة والأشجار لا بد من

(١) [٣٢٨] إذا اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان المشتري رأى بعضها ولم ير الباقي فبقي رأى ذلك الباقي إن شاء أخذ جميع الأشياء المبيعة وإن شاء رد جميعها وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

جسه إياها وتوصيفها .

الثاني : ما يتحقق بمجرد الشم أو اللمس أو السمع أو الذوق ، وذلك فيما يعرف حاله بمجرد ذلك من المشمومات والملموسات والمسموعات والمذوقات .

الثالث : مالا يتحقق إلا بانضمام الشم أو الذوق أو اللمس أو السمع الى التوصيف والتعريف ، وذلك فيما لا يعرف حاله بمجرد التوصيف أو بمجرد الشم ونحوه من الحواس ، كما لو اشترى الأعمى قاشاً ، فانه لا يعتبر واقعاً على حاله إلا بعد توصيفه اليه ولمسه له ، وكذلك لو اشترى حنطة فلا بد من التوصيف واللمس ، فاذا كان الأعمى عند الشراء مطلعاً على المبيع وواقعاً على حاله بالوجوه المذكورة فليس له خيار رؤية ، وإلا فله الخيار [م ٣٢٩ و ٣٣٠ و ٣٣١] ^(١) .

(١) [م ٣٢٩] بيع الأعمى وشراؤه صحيح الا انه يخير في المال الذي يشتريه بدون ان يعلم وصفه . مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فتي علم وصفها ان شاء اخذها وان شاء ردها .

[م ٣٣٠] اذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه فلا يكون مخيراً .

[م ٣٣١] الأعمى يسقط خياره بالمشاء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات يعني انه اذا لمس وشم وذاق هذه الاشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً .

ما يسقط خيار الرؤية :

ما يسقط خيار الرؤية على نوعين : نوع يسقط خيار الرؤية قبل الرؤية وبعدها . ونوع يسقطه بعد الرؤية لا قبلها . فالأول هي :

١ — إذا سبق ان المشتري كان قد رأى المبيع ، بقصد الشراء . أي انه كان قد اطلع على حاله وهو قاصد شراؤه . أما إذا سبق مجرد الرؤية بدون قصد الشراء فلا يسقط الخيار ، لأن الرؤية على قصد الشراء تكون ابلغ من مطلق الرؤية فلا تقوم مطلق الرؤية مقامها . لكن إذا سبق ان المشتري كان قد رأى المبيع ، على قصد الشراء ولكن حالت مدة بين الرؤية المذكورة وبين الشراء الواقع ، ووجد ان المبيع قد تغير عن حاله السابق ، كان المشتري مخيراً بخيار الرؤية ، لأن المال المبيع في هذه الصورة يعد كأنه صار شيئاً آخر وقت البيع . وإذا اختلف الطرفان في كونه قد تغير أم لا ، فإن كانت المدة الفاصلة قصيرة فالقول قول البائع ، وعلى المشتري البينة ، وان كانت المدة طويلة فالقول قول المشتري .

٢ — بوفاة المشتري .

٣ — تعيب المبيع بيد المشتري .

٤ — تعذر رد المبيع بسبب تلف بعضه أو نحو ذلك .

٥ - تصرف المشتري فيه تصرفاً غير قابل للفسخ .

٦ - تصرف المشتري فيه تصرفاً يوجب تعلق حق الغير به ، كما

لو باعه ، أو رهنه ، أو وهبه وسلمه إلى الموهب له [م ٣٣٥] ^(١) .

٧ - إذا كان الوكيل بالشراء ، أو الوكيل بالقبض ، أو الوكيل

بالرؤية قدر رأى المبيع ، فإن رؤية الوكيل كروية الأصيل [م ٣٣٣] ^(٢) . أما

رؤية رسول المشتري فلا تسقط خيار المشتري ، لأن الرسول لا يقوم

مقام المرسل بل هو سفيره فلا تقوم رؤيته مقام المرسل [م ٣٣٤] ^(٣) .

والنوع الثاني :

١ - الرضاء القولي .

٢ - الهبة بلا تسليم ونحوها من التصرفات التي لا توجب تعلق

حق الغير ، كالأعارة والإيداع . فإن هذه التصرفات لا تبطل خيار

الرؤية إذا صدرت قبل رؤية المشتري ، فله استعمال حق الخيار بعد

(١) [م ٣٣٥] تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك يسقط خيار رؤيته .

(٢) [م ٣٣٣] الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون رؤيته لذلك

الشيء كروية الأصيل (انظر المادة ٥٤)

(٣) [م ٣٣٤] الرسول يعني من أرسل من طرف المشتري لاختد المبيع

وارساله فقط لا تسقط رؤيته خيار المشتري .

الرؤية . وان كانت هذه التصرفات قد صدرت بعد الرؤية فإنها تعد رضا من المشتري فيسقط خياره .

خيار العيب

اذا ظهر عيب قديم في المبيع كان للمشتري الخيار في قبوله المبيع بكل الثمن أو فسخه وليس له ان يمسك المبيع ويرجع على البائع بنقصان الثمن الا في بعض حالات سيأتي ذكرها . ويسمى هذا الخيار خيار العيب لأن سببه هو العيب [م ٣٣٦]^(١) . وهو يثبت للمشتري ولو لم يشترط في صلب العقد [م ٣٣٧]^(٢) وينتقل الى وارثه ان لم يكن قد بطل خيار المورث .

وليس لهذا الخيار مدة محددة فالمشتري بعد اطلاعه على العيب لا يسقط خياره ولو مرت عليه مدة ، ما لم يصدر ما يوجب بطلان

(١) [م ٣٣٦] البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني ان يبيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر انه معيب او سالم يقتضي ان يكون المبيع سالماً خالياً من العيب .

(٢) [م ٣٣٧] ما يبيع بيعاً مطلقاً اذا ظهر به عيب قديم يكون المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى وليس له ان يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب وهذا يقال له خيار العيب .

الخيار من الامور التي سيأتي ذكرها . وذهب بعض المجتهدين الى انه فوري أي ان استعماله انما يعتبر عند الاطلاع على العيب ؛ فاذا تأخر المشتري عن ذلك يسقط خياره ، وهذا الرأي أخرى بالقول ، وان لم تأخذ به المجلة .

ويثبت خيار العيب للمتعاقدين اذا كان البيع مقايضة ، لان كلا منهما يعتبر مشترياً من وجه ، كما انه قد يثبت خيار العيب في الثمن للبائع وذلك فيما اذا باع شخص ماله لاحد مؤجلاً على ان يعطيه رهناً او كفيلًا بالثمن . فاذا لم يعط المشتري رهناً او كفيلًا كان للبائع ان يفسخ البيع بسبب تعيب الثمن من حيث انه قد فقد التوثق .

واذا اطلع المشتري على العيب قبل القبض فله ان يفسخ العقد ، سواء رضي البائع أم لا ، ولا يتوقف ذلك على حكم الحاكم ولكن يشترط ان يكون الفسخ بحضور البائع أو أن يخبر بالفسخ . اما بعد القبض فلا بد للفسخ من حكم الحاكم .

ويشترط لثبوت خيار العيب :

- ١ - ألا يكون المشتري قد اطلع العيب عند العقد او عند القبض إلا اذا كان قد اطلع عليه ولم يكن يعلم انه يعد عيباً بنظر التجار .
- ٢ - ألا يشترط في العقد البراءة من العيب .

✓ ٣ - أن يكون العيب قديماً ، سواء كان فاحشاً أو يسيراً .

✓ ٤ - ألا يمكن ازالة العيب بلا مشقة .

٥ - ألا يزول العيب قبل الفسخ .

٦ - ألا يصدر من المشتري بعد اطلاعه على العيب ما يدل على رضائه من قول او فعل .

٧ - ان يكون العيب عارضاً ، لا من مقتضى الخلقة الاصلية في الشيء ، فمن اشترى حنطة مثلاً ليس له ان يردها بخيار العيب لانها رديئة ، لان الجودة والرداءة من مقتضى الخلقة . ومن اشترى حلة ليس له ان يردها بخيار العيب لمجرد كونها رديئة لان الشيء يصنع اما جيداً واما رديئاً ، فالرداءة موجوده في اصل الصنعة والخلقة .

والعيب هو ما ينقص قيمة المبيع عند اهل الخبرة ، من التجار المتعاملين بنوعه ، والصناع المشتغلين بمثله ، او الاشخاص المختصين بامثاله . فاذا كان المبيع نحاساً راجع في امر العيب المدعي به النحاسون واذا كان كتاباً راجع به الوراقون او العلماء ، واذا كان حلياً راجع به الصاغة ، واذا كان قهوة او سكرًا راجع فيه تجار القهوة او السكر وهكذا [م ٣٣٨]^(١) .

(١) [م ٣٣٨] العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة .

والمنظور اليه في النقص هو نقص القيمة لا نقص الثمن المسمى اذ قد يباع الشيء بثمن بخس ويظهر فيه عيب قديم لا يقلل ثمن مثله عن مقدار الثمن المسمى ، ومع ذلك فان الخيار ثابت للمشتري اذا كان هذا العيب يورث المبيع نقصاً عن قيمته الأصلية .

والعيب القديم ، هو العيب الذي يكون موجوداً في المبيع قبل قبضه بزمان طويل او قصير ، وبعبارة اخرى هو ما كان موجوداً في المبيع وهو يد البائع .

اما العيب الذي يحصل فيه بعد قبض المشتري اياه فهو العيب الحادث وهو لا يثبت خياراً للمشتري ، لانه قد حدث على ملكه [م ٣٣٩ و ٣٤٠] ^(١) .

ثم اذا كان العيب ظاهراً وقت الدعوى أو أقر به البائع ، فالخصومة تتوجه الى البائع ، فينظر في كونه قديماً او حادثاً . واذا كان العيب خفياً ولم يقر به البائع فلا تتوجه الخصومة ، الا بعد ثبوت وجود العيب ، ويكفي لذلك خبر واحد من اهل الخبرة كالطبيب فيما يتعلق

(١) [م ٣٣٩] العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع

[م ٣٤٠] العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل

القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد .

امره بالطب ، واثنان أحوط . وبعد ثبوت وجود العيب ، ينظر في
الخصومة في كونه قديماً أو حديثاً .

ما يبطل به خيار العيب :

يبطل خيار العيب بتعذر رد المبيع على بائعه . وللتعذر اسباب ، منها
ما لا يثبت معه للمشتري حق الرجوع على بائعه بنقصان الثمن بسبب
العيب ، ومنها ما يثبت له حق الرجوع على البائع بنقصان الثمن .
فلا سبب التي لا يثبت معها للمشتري حق الرجوع بنقصان الثمن هي :
١ - اذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا وقبل
المشتري ، فليس له الخيار بسبب ذلك العيب . لكن اذا ظهر في المبيع
عيب قديم آخر فله الخيار لسبب هذا العيب [م ٣٤١] ^(١) .

٢ - اذا كان قد رأى المشتري العيب وقت الشراء واشترى
المبيع وهو عالم ان فيه عيباً ، اما لو كان قد رأى ولم يكن يعلم انه عيب فان
كان ذلك العيب من الامور الظاهرة التي يعرف كل احد انها عيب
فلا عبرة بعدم علمه . وان كان من الامور التي يخفي كونها عيباً على كثير
من الناس ، فلا يسقط خياره . كما لو رأى في الدابة جرحاً بسيطاً ، او

(١) [م ٣٤١] اذا ذكر البائع ان في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري
مع علمه بالعيب فلا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب .

دملة عادية فاشتراها ، ثم تبين له ان هذا الجرح من الجروح التي تؤدي الى نقص في القيمة .

٣ — اذا باع أحد ماله على انه بريء من كل عيب يظهر فيه ، أو اشترى أحد مالا بجميع العيوب ، كما لو قال قبلته مكسراً محطماً اعرج معيباً ، مما يفهم منه القبول على كل عيب [م ٣٤٢ و ٣٤٣]^(١) .

٤ — اذا تصرف في المبيع تصرفاً يخرج عنه ملكه بيع أو هبة ، أو نحوهما . اما اذا كان التصرف لا يخرج عنه ملكه ، بأن أجره أو رهنه قبل علمه بالعيب فلا يبطل خياره ، بل له حق فسخ الاجارة — لأنها تنفسخ بالأعذار — ورد المبيع ، أو فك الرهن ورد المبيع [م ٣٤٤]^(٢) .

(١) [م ٢٤٢] اذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب .

[م ٣٤٣] من اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك . مثلاً لو اشترى حيواناً بجميع العيوب وقال قبلته مكسراً محطماً اعرج معيباً فلا صلاحية له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم فيه .

(٢) [م ٣٤٤] بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع اذا تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره . مثلاً لو عرض المشتري للمبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضى بالعيب فلا يردده بعد ذلك .

٥ -- اذا احدث المشتري في المبيع عيباً جديداً بعد علمه بالعيب القديم .

٦ -- اذا استهلك المبيع بعد علمه بالعيب .

والاسباب التي تبطل الخيار ويثبت معها للمشتري حق الرجوع بنقصان الثمن يسبب العيب هي :

١ -- اذا حدث في المبيع عيب عند المشتري قبل رضائه بالعيب القديم بأن تعيب بأفة سماوية أو بفعل اجنبي ثم ظهر فيه عيب ، أو ظهر فيه عيب قديم وقبل ان يصدر منه ما يدل على الرضاء به تعيب بأفة سماوية أو بفعل اجنبي ، ففي هاتين الصورتين له الرجوع بالنقصان [م ٣٤٥] ^(١) . لكن اذا رضى به البائع مع العيب الحادث كان له ذلك وليس للمشتري حينئذ التمسك به والرجوع بالنقصان ، بل عليه اما ان يقبله بكل الثمن أو ان يرده الى البائع . حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد اطلاعه على العيب القديم لا يبقى له حق الرجوع بنقصان الثمن .

(١) [م ٣٤٥] لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري ان يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط . مثلاً لو اشترى ثوب قاش ثم بعد ان قطعه وفصله بروداً اطلع على عيب قديم فيه فبما ان قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له رده على البائع بالعيب القديم بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط (انظر المادتين ٢٥ و ٣١) .

مثلاً لو ان المشتري قطع الثوب وفصله قيصاً ثم وجد به عيباً قديماً وبعد ذلك باعه ، فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع ، لأن البائع له ان يقول كنت اقبله بالعيب الحادث ، فيما ان المشتري قد باعه فكأنه قد امسكه وحبسه عن البائع [م ٣٤٨] ^(١).

ويلاحظ ان العيب الحادث المبطل للرد بسبب العيب القديم ، اذا زال فان الخيار يرجع للمشتري فله الرد بخيار العيب حينئذ . واذا كان المشتري قد رجع بنقصان الثمن على البائع ثم زال العيب الحادث وأراد رد المبيع الى البائع فله ذلك ، وحينئذ يحتسب ما قبضه من البائع بالنقصان من مجموع الثمن الذي يستحقه بعد رد المبيع [م ٣٤٧] ^(٢).

(١) [م ٣٤٨] اذا رضي البائع ان يأخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم بعد ان حدث به عيب عند المشتري وكان لم يوجد مانع للرد فلا تبقى للمشتري صلاحية الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع الى البائع أو قبوله حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم فلا يبق له حق في ان يدعي بنقصان الثمن. مثلاً لو ان المشتري قطع الثوب الذي اشتراه وفصله قيصاً ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له ان يقول كنت اقبله بالعيب الحادث فيما ان المشتري باعه كأن قد امسكه وحبسه عن البائع .

(٢) [م ٣٤٧] اذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد على البائع . مثلاً لو اشترى حيواناً فرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم فيه =

٢ - اذا هلك المبيع قبل رضاء المشتري به ، سواء هلك بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل اجنبي . اما لو استهلكه المشتري فلا رجوع له بشيء .

٣ - اذا احدث المشتري في المبيع قبل علمه بالعيب القديم زيادة متصلة كالبناء والغرس والصبغ ، أو حدث في المبيع زيادة متفصلة متولدة كالنتاج بعد القبض ، فاذا حدث مثل هذه الزيادات في المبيع كان له الرجوع بنقصان الثمن ، وليس للبائع ان يسترد المبيع راضياً بما جرى فيه لأن ذلك يستلزم تملك مال الغير بلا عوض بلا رضاء مالكة . فالبائع مجبور على اعطاء نقصان الثمن حتى انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على العيب القديم فيه كان له ايضاً ان يطلب نقصان الثمن [م ٣٥٠] ^(١) . ولا يمنع تصرفه هذا من حق رجوعه بنقصان الثمن ، لأن

= ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع بل يرجع عليه بنقصان الثمن . لكن اذا زال ذلك المرض كان للمشتري ان يرد الحيوان للبائع للعيب الذي ظهر فيه (انظر المادة ٢٤) .

(١) [م ٣٥٠] اذا وجد مانع للرد فليس للبائع ان يسترد المبيع ولو رضى بالمعيب الحادث بل يصير مجبوراً على اعطاء نقصان الثمن حتى انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البائع ويأخذه منه . مثلاً ان مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً وخطه ثم اطلع =

حق رجوعه بنقصان الثمن قد تأكد له قبل تصرفه بالبيع . اذ انه من قبل تصرفه فيه بالبيع لم يكن مستطيعاً للرد لوجود المانع وهو الزيادة ، فكان مالاً لحق الرجوع بالنقصان . اما الزيادة المنفصلة غير المتولدة كالأجرة ، والزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والثمار فلا تمنع من الرد مطلقاً سواء حصلت قبل القبض أو بعده . وكذلك الزيادة المنفصلة المتولدة قبل القبض لا تمنع من الرد [م ٣٢٩] ^(١) .

كيفية تقرير نقصانه الثمن :

نقصان الثمن يصير معلوماً بتقدير عدلين خالين من الغرض من اهل الخبرة فيقوم المبيع سالماً يوم البيع ، ثم يقوم معيباً يوم البيع ، وبنسبة التفاوت بين القيمتين يرجع المشتري على البائع في الثمن المسمى ، فان

= على عيب قديم فيه ليس للبائع ان يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يجبر على اعطاء نقصان الثمن للمشتري ولو باع المشتري هذا الثوب ايضاً لا يكون يبعه مانعاً له من طلب نقصان الثمن . وذلك لانه حيث صار ضم الخيط الذي هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد وليس للبائع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيطاً فلا يكون يبع المشتري حينئذ حبساً وامساكاً للمبيع .

(١) [م ٣٤٩] الزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته الى المبيع تكون مانعاً من الرد . مثلاً ضم الخيط والصبغ الى الثوب بالخياطة والصبغة وغرس الشجر في الارض من جانب المشتري مانع للرد .

كانت نسبة التفاوت الربع رجع بالربع ، وان كانت الثلث رجع بالثلث وهكذا . مثلاً لو اشترى احد قماشاً بستين درهماً وبعد ان فصله اطلع على عيب قديم فيه ، فقوم اهل الخبرة القماش سالماً يوم البيع بثمانين درهماً وقوموه معيباً يوم البيع بسبعين درهماً ، فما ان التفاوت بين القيمتين هو عشرة دراهم وهي ثمن الثمن ، كان للمشتري ان يطالب بثمان الستين درهماً وهو سبعة دراهم ونصف درهم . واذا قوموه سالماً يوم البيع بستين درهماً ايضاً وقوموه معيباً يوم البيع بخمسين درهماً ، فما ان التفاوت عشرة وهي سدس الستين رجع على البائع بعشرة دراهم [م ٣٤٦] ^(١) .

(١) [م ٣٤٦] نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار اهل الخبرة الخالين عن الغرض . وذلك بأن يقوم ذلك الثوب سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان . مثلاً لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً وبعد ان قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه فقوم اهل الخبرة ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً ايضاً ومعيباً بالعيب القديم بخمسة واربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً فيرجع بها المشتري على البائع ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً ومعيباً ستون قرشاً فما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرون قرشاً وهي ربع الثمانين قرشاً فللمشتري ان يطالب بخمسة عشر قرشاً التي هي ربع الثمن المسمى ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً ومعيباً اربعون قرشاً فما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهي خمس الخمسين قرشاً يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر قرشاً .

وبعد حفظ ان المبيع إذا كان أشياء متعددة بيعت صفقة واحدة ، وقبل أن يقبضها كلها - بأن لم يقبضها أو قبض بعضها فقط - ظهر بعضها معيباً ، كان المشتري مخيراً فان شاء رد الجميع ، وان شاء قبل الجميع بكل الثمن ، وليس له أن يرد الميعب وحده ويمسك الباقي ، لأن ذلك يستلزم تفريق الصفقة قبل اتمامها ، فان تمام الصفقة انما يكون بالقبض . ولكن لو كان قد قبض البعض الميعب بعد اطلاعه على عيبه ولم يكن قد قبض الباقي فليس له خيار ، بل يصبح البيع لازماً ، لأنه صار راضياً بالميعب . وان كان المشتري قد قبضها كلها ثم ظهر ان البعض معيب فان لم يكن في التفريق بينها ضرر ، بأن كان يمكن الانتفاع بأحدها منفكاً عن الآخر ، كان له أن يرد الميعب بحقه من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع ، لأن الصفقة قد تمت بالقبض ، فلزم بقاء البيع في السالم بحصته لازماً ، فان الأصل في البيع اللزوم وتفريق الصفقة انما يؤثر قبل القبض . وان كان في التفريق بينها ضرر بان لا يمكن الانتفاع بأحدها منفكاً عن الآخر ، كان له أن يرد الجميع أو يقبل الجميع بكل الثمن وليس له أن يرد الميعب ويمسك السالم ، لأن الأشياء متعددة اذا لم يمكن التفريق بينها كانت بحكم الشيء الواحد والشيء الواحد اذا ظهر بعضه معيباً ، كان المشتري مخيراً بين قبوله كله بكل الثمن أو رده كله ، وليس له تجزئته ،

دفعاً للضرر عن الطرفين قدر الامكان . مثلاً لو اشترى فرسين احدهما حمراء والاخرى سوداء صفقة واحدة بألف ومائتي درهم ، ثم بعد القبض ظهرت السوداء معيبة ، كان للمشتري أن يردّها بحصتها من الثمن وليس له رد الفرسين . ومعرفة حصتها من الثمن هو أن يقوم كل واحدة من الفرسين سالمة وقت العقد ، وينظر الى النسبة بين قيمة كل واحدة ومجموع القيمتين ، وتلك النسبة يقسم الثمن المسمى عليهما ، فما يصيب كل واحدة هو حصتها من الثمن ، فلو كانت قيمة السوداء سالمة الف درهم ، وقيمة الحمراء خمسمائة درهم ، فمجموع القيمة الف وخمسمائة درهم ، وبما ان قيمة السوداء تساوي ثلثي مجموع القيمة فحصة من الثمن المسمى ثلاثا وهو ثمانمائة درهم . ولو اشترى احد زوجي خف ثم بعد القبض ظهر أحدهما معيباً كان له ردها معاً لانها بحكم شيء واحد [م ٣٥١] ^(١).

(١) [م ٣٥١] ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فان كان قبل القبض كان المشتري مخيراً ان شاء رد مجموعه وان شاء قبله بجميع الثمن وليس له ان يرد المعيب وحده ويمسك الباقي وان كان بعد القبض فاذا لم يكن في التفريق ضرر كان له ان يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً وليس له ان يرد الجميع حيفئذ ما لم يرض البائع واما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن مثلاً لو اشترى قلسوتين باربعين قرشاً فظهرت احدها معيبة قبل القبض يردّها معاً وان كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانية =

ومثل الاشياء المتعددة التي يضرها التفريق ، المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ؛ اذا كانت من جنس واحد ؛ فاذا بيع مجموع منها من جنس واحد ، ثم بعد القبض وجد بعضها معيباً ؛ كان للمشتري ان يقبل الجميع بكل الثمن او يرد الجميع . وليس له ان يمسك السالم ويرد المعيب . والسبب في هذا الحكم هو ان المجموع من جنس واحد يحكم الشيء الواحد ، لأن كل جزء من المجموع المذكور محتاج الى الجزء الآخر نظراً للاتفاق ، فان كل حبة من الحنطة لا يمكن الاتفاف بها وحدها . اما لو بيع مجموعان من جنسين من المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ؛ ثم ظهر بعد القبض ان احد الجنسين معيب ، كان للمشتري ان يرد الجنس المعيب وحده بحصته من الثمن ، وليس له ان يرد الجنسين . وذلك كما لو اشترى كيلة حنطة وكيلة شعير ، فظهر بعد القبض ان الحنطة معيبة ، فان له ان يرد الحنطة وحدها بحصتها من الثمن ، على ما مر ذكره آنفاً في مسألة الفرسين لأن المبيع بهذه الصورة ليس بحكم الشيء الواحد لاختلاف الجنس . وكذلك إذا كان المبيع من جنس واحد من المكيلات أو الموزونات أو العدييات المتقاربة الا انه كان

= بما بقى من الثمن اما لو اشترى زوجي خف فظهر احدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع واخذ ثمنهما منه .

موضوعاً في اوعية متعددة وظهر بعضه معيباً ، فان للمشتري ان يرد ما في الوعاء المعيب فقط بحصته من الثمن ، لأن المبيع في هذه الصورة ايضاً ليس في حكم الشيء الواحد [م ٣٥٢] ^(١) .

ووجود التراب في الحنطة والشعير ونحوهما ، اذا كان قليلاً في عرف الناس لا يعد عيباً ، وان كان كثيراً في العرف ، فانه يعد عيباً موجباً للخيار ، غير انه اذا كان قد تعورف بين التجار ، ان ينزل شيء من الثمن في مثل ذلك ، بدلاً عن التراب الكثير أو المواد الاجنبية الاخرى ، كان للمشتري ان يرد الجميع ، أو ان ينزل من الثمن المقدار المتعارف [م ٣٥٣] ^(٢) . وكذلك العدديات المتقاربة كالبيض والجوز اذا ظهر بعضها فاسداً ، فان كان الفاسد مما لا يستكثره الناس كائنين أو ثلاثة في المائة ، لا يعد ذلك عيباً ، وان كان مما يستكثر عادة ، كان ذلك عيباً

(١) [م ٣٥٢] اذا اشترى شخص مقداراً معيناً من جنس واحد من المسكيلات والموزونات وقبضه ثم وجد بعضه معيباً كان مخيراً ان شاء قبله جميعاً وان شاء رده جميعاً .

(٢) [م ٣٥٣] اذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وامثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فان كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف صح البيع وان كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً (انظر المادة ٣٦)

موجباً للخيار [م ٣٥٤]^(١) ، اما لو ظهر كله فاسداً كان البيع باطلاً ، كما لو كان المبيع صندوق بيض فظهر كله فاسداً ، وعلى هذا التقدير فان كان المبيع بيد المشتري رده للبائع ، وان كان هالكاً ، فلا شيء عليه ، لأنه ليس بمال [م ٣٥٥]^(٢) . اما اذا كان المبيع منتفعاً به في الجملة فلا يكون البيع باطلاً ، بل للمشتري ان يردده أو يقبله على ما مر تفصيله في هذا الفصل .

فبار الغبن والتفريط

ذكرت المادة [١٦٥] معنى الغبن ، ومر في نظرية العقد معنى التفريط . وهو نوعان : قولي وفعلي ، فالقولي ان يذكر الغار اشياء غير صحيحة بخصوص المبيع ترغيباً للطرف الثاني على القبول ، والفعلي هو ان يفعل الغار في المبيع شيئاً يظهره على غير حقيقته ترغيباً للطرف

(١) [م ٣٥٤] البيض والجوز وما شاكلهما اذا ظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العادة والعرف كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً . وان كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان المشتري رد جميعه للبائع واسترداد ثمنه منه كاملاً (انظر المادة ٣٦)

(٢) [م ٣٥٥] اذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به اصلاً كان البيع باطلاً والمشتري استرداد جميع الثمن من البائع . مثلاً لو اشترى جوزاً او بيضاً فظهر جميعه فاسداً لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملاً من البائع .

الثاني ، كما لو شد البائع اخلاف البقرة ليظهر ثديها كبيراً فيظن المشتري انها حلوب .

فاذا اجتمع الغبن الفاحش مع التفرير ، كان المغرور مخيراً ، فان شاء فسخ البيع ، وان شاء ابقاه ودفع الثمن المسمى ؛ وليس له التمسك بالمبيع والرجوع بمقدار الغبن [م ٣٥٧] ^(١) .

اما الغبن وحده فلا يثبت للمغبون خياراً الا اذا كان الغبن يمس اليتيم أو الوقف أو بيت المال أو المجنون أو المعتوه . فاذا باع الولي أو الوصي مال الصغير بغبن فاحش كان البيع باطلاً حتى ان الصغير لو بلغ فأجاز البيع الواقع لا تعتبر اجازته ، لأن الباطل لا تلحقه الاجازة . ولو أقام الوصي الثاني البيئنة على ان البيع الذي اجراه الوصي الاول كان بغبن فاحش ، تسمع بيئته ويحكم ببطالان البيع . اما لو اشترى الولي أو الوصي لليتيم بغبن فاحش فلا يعتبر في حق اليتيم ، ولكنه ينفذ على الولي أو الوصي [م ٣٥٦] ^(٢) . واما التفرير الفعلي وحده فعند أبي يوسف موجب

(١) [م ٣٥٧] اذا غر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فلمغرور ان يفسخ البيع حينئذ .

(٢) [م ٣٥٦] اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تفرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم .

للخيار ، وعند أبي حنيفة لا يوجب الخيار غير ان البائع المغرور يرجع بنقصان الثمن . ولا يتصور التغيرير الفعلي من غير البائع .

ويثبت هذا الخيار للبائع كما يثبت للمشتري ، فلو غر المشتري البائع فاشترى منه المال بغبن فاحش ، كان للبائع فسخ البيع .

وهذا الخيار لا يورث لأنه حق مجرد ، والحقوق المجردة لا تورث . فلو مات المغرور لا يكون لوارثه حق الفسخ ، اما لو مات الغار فالمغرور يبقى على خياره فله دعوى الرد بالخيار على الورثة [م ٣٥٨] ^(١) .

ما يبطل به خيار الغبن والتغيرير :

يبطل خيار الغبن والتغيرير بالوجوه الآتية :

١ - اذا كان الخيار للمشتري وقد تصرف في المبيع تصرف الملاك بعد اطلاعه على الغبن الفاحش [م ٣٥٩] ^(٢) .

٢ - اذا أبرأ أحد الطرفين الآخر بعد البيع أبرأ عاماً أو أبرأ بخصوص البيع الواقع ، فليس للمغرور المبريء دعوى الفسخ .

(١) [م ٣٥٨] اذا مات من اغر بغبن فاحش فلا تنتقل دعوى التغيرير الى وارثه .

(٢) [م ٣٥٩] المشتري الذي حصل له تغيرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه .

٣ - اذا هلك كل المبيع أو استهلك ، اما لو هلك بعض المبيع أو استهلك المشتري بعضه ثم اطلع على الغبن والتفكير ، فلا يسقط الخيار . بل للمشتري المغبون ان يرد الباقي عيناً ويرد مثل ما هلك أو استهلك ان كان المبيع مثلياً ، وان كان قيمياً رد الباقي بحصته من الثمن ، الا اذا كان مما يضره التبعض كالثوب الواحد فليس له خيار الرد .

٤ - اذا حدث في المبيع عيب .

٥ - اذا حصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة كما اذا بنى مشتري العرصة عليها بناء [م ٣٦٠]^(١) .

واذا بطل الخيار بوجه من الوجوه فليس للمغرور الرجوع بشيء على الغار مطلقاً . وأرى ان قواعد الفقه لا تأبى اعطاء حق الرجوع بمقدار الغبن على الغار ، في الفقرات (٣ ، ٤ ، ٥) وهو الموافق للمعدل .

الافاق

للمتبايعين ان يتقايلا العقد برضاها في كل المبيع ، أو في بعضه فلو اشترى أحد من آخر خمسين قنطاراً حنطة بمائتي دينار ثم تقايلا على كلها

(١) [م ٣٦٠] اذا هلك أو استهلك المبيع الذي صار في يده غبن فاحش وغرر أو حدث فيه عيب أو بنى مشتري العرصة عليها بناء فلا يكون للمغبون حق في ان يفسخ البيع .

أو على بعضها صح [م ١٩٠] ^(١).

وتنقذ الاقالة :

اولاً — بالايجاب والقبول كما لو قال أحد العاقلين أقلت البيع أو فسخته وقال الآخر قبلت ، أو قال أحدهما للآخر اقلني البيع فقال الآخر فعلت . ويتضح من المثالين ان الايجاب والقبول كما يكونان بلفظ الماضي يجوز ان يكون أحدهما بلفظ الماضي والآخر بلفظ الأمر . ويشترط في اعتبار الايجاب ألا يبطل قبل ارتباط القبول به . وقد مر الكلام على مبطلات الايجاب في الكلام على عقد البيع .

والقبول يكون اما بالقول كما ذكر آنفاً ، واما بالفعل والدلالة ، كما لو قال المشتري بعد قبضه المبيع : أقلت البيع فقبض البائع المبيع في المجلس فان قبضه هذا قبول دلالة [م ١٩١] ^(٢).

ثانياً — بالرسالة ، فلو ارسل أحد الطرفين الى الآخر رسولاً يبلغه اقالته البيع فاذا قبل المرسل اليه في المجلس من قبل ان يصدر منه ما

(١) [م ١٩٠] للعاقلين ان يتقايلا البيع برضاها بعد انعقاده .

(٢) [م ١٩١] الاقالة كالبيع تكون بالايجاب والقبول . مثلاً لو قال احد العاقلين اقلت البيع او فسخته . وقال الآخر قبلت أو قال أحدهما للآخر اقلني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت الاقالة وينفسخ البيع .

يدل على الاعراض صحت الاقالة .

ثالثاً - بالكتابة بين غير الحاضرين .

رابعاً - بالتعاطي ، كما لو رد المشتري المبيع الى البائع فأخذه ،
وكما لو أراد المشتري الاقالة وطالب البائع بالتمن فكتب له صكاً بالتمن
واعطاه اياه ، فرد المشتري المبيع اليه . وكما لو اشترى أحد من آخر مالا
وبعد قبضه قال المشتري للبائع قد بعثني هذا المال غالياً فدفع اليه البائع
التمن كله أو بعضه فقبضه المشتري ، كان ذلك اقالة في السك أو البعض
[م ١٩٢] ^(١) .

خامساً - بإشارة الاخرس .

وبشرط في الاقالة اتحاد مجلس الايجاب والقبول سواء كانا بالقول
أو بالكتابة أو بالرسالة أو بالإشارة ، أو ما يقوم مقامه وهو التعاطي ،
فيشترط اتحاد مجلس التعاطي . فالاقالة كالبيع في خصوص اتحاد المجلس ،
فاذا اشترى أحد من آخر سيارة ثم أراد اقالة البيع فلما جاء بها الى محل
البائع لم يجده فتركها في محله ولما جاء البائع ابقاها عنده واستعملها ، فان
ذلك لا يعتبر اقالة ؛ لأن فعل البائع يعد قبولا ولم يتحد مجلس القبول

(١) [م ١٩٢] الاقالة بالتعاطي القائم مقام الايجاب والقبول صحيحة .

والايجاب في هذه الصورة [م ١٩٣] ^(١).

موانع الاقالة

يمنع الاقالة أحد أمور أربعة :

١ - هلاك المبيع حقيقة او شكاً : كما لو كان المبيع دابة وقد فرت بحيث اصبحت غير مقدورة التسليم للبائع ، فيجب اذاً لاعتبار الاقالة قيام المبيع في يد البائع وقت الاقالة ، فلو كان المبيع هالكاً أو في حكم الهالك لا تصح الاقالة [م ١٩٤] ^(٢). لسكن لو هلك بعض المبيع صحت الاقالة في الباقي فلو باع أحد ارضاً مع زرعها ، وبعد ان حصد المشتري الزرع تقايلا البيع ، صحت الاقالة في الارض بحصتها من الثمن ، وعليه ان كان قد فصل وقت العقد ثمن كل واحد من الزرع والارض يكون حصة الارض من الثمن معلومة ، وان لم يفصل لخصتها من الثمن تتعين

(١) [م ١٩٣] يلزم اتحاد المجلس في الاقالة كالبيع يعني انه يلزم ان يوجد القبول في مجلس الايجاب واما اذا قال احد العاقلين اقلت البيع وقبل ان يقبل الآخر انقض المجلس أو صدر من احدهما فعل او قول يدل على الاعراض ثم قبل الآخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذ .

(٢) [م ١٩٤] يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الاقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الاقالة .

بالنسبة . فلو كان الثمن المسمى للارض مع الزرع مائة وخمسين ديناراً وبعد ان حصد الزرع اذا قومت قيمته مع قيمة الارض بثلاثمائة دينار مثلاً ، وقيمة الارض وحدها بمائتين ، فما ان مجموع الثمن المسمى يساوي نصف مجموع القيمة ، فحصة الارض من الثمن المسمى يساوي نصف حصتها من قيمتها وهو مائة دينار .

ويلاحظ ان البيع اذا كان مقايضة وهلك أحد البديلين ، تصح الاقالة في الثاني ، لان كلاً من العوضين في المقايضة يعتبر مبيعاً فبالنظر اليه يعتبر ان المبيع قائم في يد المشتري . وحينئذ على الطرف الثاني ان يرد مثل العوض الهالك اذا كان مثلياً ، وقيمته ان كان قيمياً [م ١٩٥] ^(١) .

٢ - زيادة المبيع بعد قبضه زيادة متصلة غير متولدة ، كما لو كان المبيع ثياباً فصبغها المشتري ، أو ارضاً فبنى عليها ، إذ لا يمكن رد المبيع مع وجود هذه الزيادة .

٣ - زيادة المبيع بعد القبض زيادة منفصلة متولدة ، كما لو كان

(١) [١٩٥] لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي . مثلاً لو باع ارضه التي ملكها مع الزرع وبعد ان حصد المشتري الزرع تقايلا البيع صحت الاقالة في حق الارض بقدر حصتها من الثمن المسمى .

المبيع فرساً فولدت لأن الرد ممتنع لحق الشرع والقانون ، فإن الاقالة هي الرجوع الى الحال السابق وهذه الزيادة قد ولدت على ملك المشتري ، فابقاؤها للمشتري أو ارجاعها مع الأصل الى البائع ، اخلال بالحال السابق ، فلا يمكن رجوع الحال السابق على كل وجه ، فتمنع الاقالة . اما لو حصلت الزيادة قبل القبض فلا تمنع الاقالة .

٤ — تبدل اسم المبيع ، كما لو اشترى أحد حنطة فطحنها ، أو عنباً فصار زبيباً ، أو بسرّاً فصار تمرّاً .

واما الزيادة المتصلة المتولدة أو المنفصلة غير المتولدة كالاجرة فلا تمنع صحة الاقالة . كما ان هلاك الثمن ايضاً لا يمنع صحة الاقالة [١٩٦م]^(١) .

حكم الاقالة

للاقالة ثلاثة احكام :

الأول — انها بالنظر للعاقدين فسخ فيما هو من موجبات عقد البيع أي في الاشياء التي تثبت بنفس العقد من دون شرط . فيرجع كل واحد من الطرفين الى الحال السابق . فبعد الاقالة يلزم على البائع ان يرد

(١) [١٩٦م] هلاك الثمن أي تلفه . لا يكون مانعاً من صحة الاقالة .

مثل الثمن ومقداره من غير زيادة أو نقص ، حتى لو شرطاً تنزيل شيء من الثمن ، أو زيادة شيء عليه صحت الاقالة وبطل الشرط ، وعلى المشتري ان يرد ما وقعت عليه الاقالة بذاته من دون تبديل أو تغيير . لكن لو تعيب المبيع في يد المشتري ثم اتفقا على الاقالة على شرط ان ينزل من الثمن مقدار ما أورثه العيب من النقصان ، صح التنزيل . فهذا التنزيل ليس لأجل الاقالة بل لأجل العيب ، حتى لو لم يخصص هذا التنزيل لأجل العيب ، وأجريا الاقالة على شرط التنزيل مطلقاً ، تصح الاقالة ولا يلزم الشرط ويأخذ البائع المبيع معيباً ، ويرد كل الثمن .

الثاني — انها بالنظر الى العاقدين بحكم بيع جديد بخصوص الأمور التي ليست من موجبات العقد ، أي الأمور التي لم تثبت في العقد من غير شرط ، كما لو كان لأحد دين مؤجل في ذمة شخص فاشتري منه مالا بهذا الدين المؤجل ، فاذا تقايلا البيع ، لزم على البائع أداء الثمن الى المشتري حالاً ، ولا يعتبر الأجل الذي كان ثابتاً للمدين البائع قبل بيعه ، لأن الاقالة تعتبر هنا بيعاً جديداً ، وفي البيع المطلق يلزم الثمن حالاً .

الثالث — ان الاقالة اذا جرت بعد قبض المشتري للمبيع ، فانها تعتبر بيعاً جديداً ، بالنظر لغير العاقدين . فاذا كان المبيع الذي جرت عليه الاقالة عقاراً ، كان لمن له حق الشفعة ان يملكه بالشفعة . واذا

وهب أحد الآخر مالا ، فباعه الموهوب له لأحد ثم تقايلا ، فليس
للواهب الرجوع عن هبته بدعوى انه اذا زال المانع عاد الممنوع ؛ لأن
هذه الاقالة تعتبر بيعاً جديداً بين الطرفين نظراً للواهب ؛ فكان البائع
قد تملك المبيع بالشراء ، فلا يبقى للواهب حق بالموهوب . وقس على
هذه الامثلة .

❧ انتهى ❧

343.56

K113A

v.4