AL-ZARQA

AL-ʿUQUD
AL-MUSAMMAH
V.1

2276
.9915
.392
V.1

2276.9915.392 v.1
al-Zarqā'
al-'Uqūd al-musammāh

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE

Princeton University Library
32101 071969933

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

* * *

الجزء الرابع

العقود المسماة

في الفقه الاسلامي

— ١ —

عقد البيع

بقلم

مصطفى احمد الزرقاء

استاذ الحقوق المدنية وأحكام الاوقاف في كلية الحقوق بدمشق

مطبعة الجامعة السورية

سنة ١٣٦٧ هـ = ١٩٤٨م

al-Zarqā', Muṣṭafā Aḥmad

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

* * *

الجزء الرابع

al-ʿUqūd al-musammah

العقود المسماة

في الفقه الاسلامي

-١-

عقد البيع

بقلم

مصطفى احمد الزرقاء

استاذ الحقوق المدنية وأحكام الاوقاف في كلية الحقوق بدمشق

مطبعة الجامعة السورية

سنة ١٦٣٧ هـ = ١٩٤٨م

2276
.9915
.392

v. 1

الرموز والاصطلاحات

١ ــ حرف الراء المجردة المتلو بنقطتين عموديتين (ر :) هو فعل أمر من الرؤية بمعنى : انظر .

٢ ــ حرف الفاء المتلو برقم يراد به الفقرة ذات الرقم المذكور

مثال : (ف/١٥)

٣ ــ حرف الميم غير المسبوق باسم كتاب ، والمتلو برقم هو رمز لمجلة الاحكام الشرعية ، والرقم للمادة المقصودة منها .

مثال : (ر : م / ٣٢١)

واذا كان حرف الميم مسبوقاً باسم قانون او كتاب مرتب بالمواد المتسلسلة كمرشد الحيران لقدري باشا المصري فالمراد به عندئذ الرمز الى المادة ذات الرقم المقرون بها من ذلك الكتاب .

٤ ــ حيثما عزونا الى الدر المختار او حاشيته رد المحتار وذكرنا الجزء والصفحة دون تعيين الطبعة ، فالمراد الطبعة الاولى الاميرية ذات القطع الكبير .

واذا عزونا الى تنقيح الفتاوى الحامدية فالمراد الطبعة الكاستلية سنة / ١٢٨٠ هـ .

❀❀❀

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

العقود المسماة

تمهيد

١ — ان العقود انواع شتى تختلف موضوعاتها وغاياتها ، وتختلف القواعد والاحكام الأساسية المعتبرة في كل منها باختلاف تلك الموضوعات والغايات .

فني البيع مثلاً قد قبل الفقهاء بيع الحصة الشائعة لان موضوعه الاساسي وغايته اكتساب الملكية بالمبادلة عليها ، وهذا لايضره الشيوع لأن ملكية الجزء الشائع لامانع من ان تنتقل من حوزة الى حوزة ، فيحل مالك جديد محل مالك قديم بحقوقه وصلاحياته نفسها .

وفي الرهن لم يقبلوا هذا الشيوع في المال المرهون بل أوجبوا ان يكون متميزاً ، لان الرهن موضوعه احتباس المرهون عند المرتهن ، وغايته توثيق الاستيفاء منه توثيقاً مادياً ، وهذا يستلزم أن يقبض المرتهن المال المرهون ليحتبسه في دينه ؛ فلو صح رهن الحصة الشائعة لكان لصاحب الحصة الاخرى في العين ان يتناوب مع المرتهن في حيازة العين وحفظها لينتفع بحصته فيها ، فيفوت الحبس المستمر في الرهن وينتفي بفواته غرض التوثيق المادي . (١)

---

(١) — يلحظ هنا ان الاحكام القانونية تجعل رهن العقار تاماً بمجرد تسجيل اشارة الرهن في صحيفة العقار المرهون من السجل العقاري ، دون حاجة الى قبض ، — لأن تسجيل الرهن كذلك كاف في منع التصرف بالعقار . وهذا حكم خاص برهن العقار بعد انشاء السجل العقاري ، أما رهن المنقولات فباق على حكمه الشرعي في اشتراط القبض .

و عقد الاجارة لابد لصحته من التوقيت بينما عقد البيع لايقبل التوقيت لأن موضوعه نقل ملكية العين ببدل ، وإن ملكية العين لاتثبت موقتة ، كما تقدم في بحث خصائص الملكية من الجزء الاول المدخل الفقهي العام ، (ر : ج١ ف /١٢١) .

ومن ثم نجد العقود قد فصل الفقهاء الاحكام لكل منها على حسب مايقتضيه موضوعه وغايته .

٢ — والعقود جميعاً انما عرف البشر انواعها وتعارفوها بالتعامل تباعاً بحسب الحاجات المتجددة ، ولم توجد كل انواعها بينهم جملة في وقت واحد .

وجميع العقود ذات الطرفين انما هي في جوهرها العام اتفاقات .

فكلما احتيج الى نوع جديد من هذه الاتفاقات في موضوع ما فانه يولد عادة بين الناس بلا اسم خاص ، بل يبقى تحت رفرف هذا العنوان العام « الاتفاق » حتى يحتاج الى تمييزه باسم خاص يفهم منه موضوعه بمجرد ذكره ، فيسميه الناس او التشريع او الفقهاء بالاسم الذي يختار له بحسب موضوعه .

وهكذا وجدت زمرة **العقود المسماة** ، كالبيع ، والاجارة ، والرهن ، والاعارة ، والوديعة والصلح ، الخ ...

والمهم المنظور اليه في العقود المسماة ليس هو مجرد التسمية ، بل أن يتولى الشرع القائم تنظيم الاحكام الخاصة بكل منها ؛ لأن من احكام هذه العقود ماهو تطبيق للقواعد العامة في العقد ، ومنها ماهو استثناء من هذه القواعد وفقاً لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته ؛ فيعمل في هذه العقود المسماة باحكامها الخاصة ولو خالفت القواعد العامة ؛ ولذا كان من العادة في تأليف الشرائع وصياغتها القانونية إفراد العقود المسماة بفصول خاصة بعد القواعد العامة في التعاقد والالتزامات ، وذلك لتفصيل الاحكام الخاصة بكل عقد .

وقد استوعب الفقه الاسلامي بالتسمية جميع انواع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه ، وهي الانواع الاساسية ؛ ثم تدارك الفقهاء الاسماء لأنواع اخرى فرعية بعد ذلك ؛ كبيع الوفاء ، والمرابحة ، والتولية ، والوضيعة ، وشركة التقبل ، وشركة الوجوه إلخ ...

ثم حدث في عصرنا انواع من التعامل العقدي : فمنها ماقد سمي كالتزام الاعمال والاموال من نحو تعبيد الطرق ، وتقديم اللحوم والاغذية للجيوش ، ونقل الاشياء مما يسمى اليوم «تعهداً» وملتزموه «متعهدين» ؛ ومنها طائفة لم تميز باسماء خاصة وهي تنتظر اسماء لها ، كنزول الفنادق بالطعام والشراب ، وكالاستئجار الذي يلتزم فيه الاجير وضع مادة من عنده كاعطاء الجوخ للخياط على ان يضع له البطانة وسائر اللوازم ، فانه عقد مركب من اجارة وبيع .

واذا كانت العقود جميعاً انما هي اتفاقات بين طرفين كما اشرنا اليه ، فما بقي منها غير مسمى باسم خاص فانه يحمل هذا الاسم العام ، فيسمى « **اتفاقاً** » ، واذا ربط بصك سمي صكه « **اتفاقية** » .

٣ — والعقود المسماة التي سجلها فقهاؤنا احصينا منها في الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) اثنين وعشرين عقداً أساسياً بعضها تابع لنظام الاسرة والاحوال الشخصية كعقد النكاح والوصية . وقد ذكرت المجلة منها خمسة عشر عقداً ،وهي ، بحسب ترتيب المجلة لها ، كما يلي :

البيع — الاجارة — الكفالة — الحوالة — الرهن

الوديعة — العارية — الهبة — الشركة — القسمة —

المضاربة — المزارعة — المساقاة — الوكالة — الصلح .

وقد أهملت المجلة ذكر عقدي القرض والمخارجة مع انهما من العقود المدنية المحض ، وكان من الواجب ان تبحث عنها .

والمجلة قد سارت الكتب الفقهية في طريقة ترتيب هذه العقود وتبويبها وان كانت قد خالفت تلك الكتب في التقديم والتأخير بين تلك العقود في الذكر .

وبعض هذه العقود الاساسية يتفرع عنه عقود فرعية عديدة ، كالبيع مثلاً فانه يتفرع عنه الصرف ، والسلم ، والربا ، والمقايضة ، والمرابحة ، والتولية ، والوضيعة والاستصناع ، وبيع الوفاء ، والاقالة ، ولذا يترجم له الفقهاء بعنوان : « كتاب البيوع » ، بصيغة الجمع .

٤ — وهذه الطريقة في ترتيب العقود انما تقوم على أساس المناسبات الفردية بين تلك العقود .

فقد ابتدىء بالبيع لانه اهمها واعمها ؛ وتلته الاجارة لانها أقرب العقود الى البيع اذ هي في الحقيقة بيع المنافع ؛ واعقبتها الكفالة لحاجة البيع والاجارة الى توثيق الثمن او الاجرة اذا كانا نسيئة ؛ وهكذا تلتمس المناسبات الفردية بين عقد وعقد او بين زمرة وزمرة من العقود .

وهذه الطريقة ليست هي الطريقة العلمية المثلى في الترتيب ، وانما الطريقة المثلى التي اتجه اليها النظر الحقوقي الحديث في صياغة القوانين المدنية انما هي الطريقة التي تقوم على التصنيف الموضوعي في العقود لا على المناسبات الفردية .

وهذا ما سنجري عليه مخالفين طريقة المجلة وبقية الكتب الفقهية في ترتيب العقود المسماة .

٥ — فالعقود ، بهذا النظر الموضوعي ، تصنف الى ست زمر وترتب كما يلي :

الزمرة الاولى : — العقود التي تقع على ملكية العين ، وهي :

١ — البيع وتفاريعه
٢ — الهبة
٣ — القرض
٤ — الشركة
٥ — المضاربة
٦ — المزارعة
٧ — المساقاة

الزمرة الثانية : — العقود الواردة على منافع الاشياء ، وهي :

١ — اجارة الاشياء والحيوان
٢ — الاعارة

الزمرة الثالثة : — العقود الواردة على العمل ، وهي :

١ — عقد العمل أو الخدمة (اجارة الانسان)

٢ — الوكالة

٣ — الايداع .

ويمكن ان يعتبر من هذه الزمرة عقد الاستصناع ، ولكن الافضل ادخاله في البيع كما سنرى .

الزمرة الرابعة : — عقود المصالحة ، وفيها عقدان :

١ — الصلح

٢ — المخارجة

الزمرة الخامسة : — العقود الاحتمالية ، وهي :

١ — العُمْرى والرُّقْبى

٢ — عقد الموالاة

٣ — عقد التأمين ، وهو عقد قانوني جديد لم يرد في المجلة وقد بحث عنه بعض متأخري الفقهاء لما تعارفه الناس .

الزمرة السادسة : عقود التوثيق ، وفيها عقدان :

١ — الكفالة

٢ — الرهن

أما الحوالة والاقالة فان الاولى نقل للحق او للدين ، والثانية رفع لعقد سابق؛ وهما من المباحث والاحوال العامة للالتزام والعقد ؛ فمحلهما القسم الاول من نظرية الالتزامات العامة في الجزء الثالث من سلسلة هذا الكتاب .

الكتاب الأول

عقود الملكية

الباب الأول

في البيع

لمحة تاريخية وتقسيم

٦ — تقوم فكرة البيع على رغبة الانسان ان يكتسب شيئاً ليس لديه ، في مقابل شيء في يديه وحوزته .

وهذا الاكتساب هو حاجة دافعة ، بل ضرورة ملحة ، ألجأت الانسان من قديم عهده الى طريقة البيع والشراء تجاه حاجات الحياة التي تجاذبه من كل جانب دون انقطاع كما قيل :

تموت مع المرء حاجاته وحاجة من عاش لا تنقضي

ولولا البيع لما استطاع الانسان ان ينال حاجاته الاغلبة وغصباً (ر : فتح القدير).

هذا وقد تعورف في البيع صور وطرائق مختلفة في الموضوع والغرض، وتكونت بها منه انواع خاصة متميزة في الخصائص والاحكام ضمن مفهوم البيع العام .

وهذه الانواع من البيع لم تنشأ كلها معاً ، لأنها لا تستند في الاصل الى تشريع

قد رسم مناهجها جملة عن سابق تفكير وترتيب ؛ وانما نشأت وتعورفت بحسب اطوار تلك الحاجة الحيوية الى الاكتساب . فبذلك كان بعض انواع البيع ، بحكم الواقع ، اقدم وآصل من بعض .

والرجوع بالفكر الى سلسلة تاريخية مستوحاة من دلائل سنة النشوء والارتقاء ، ومباحث علماء الاقتصاد السياسي ، ينبىء بان انواع عقد البيع ، بالنظر الى المبيع ، وبالنظر الى طريقة تحديد العوض المقابل ، قد سارت في نشوئها بالتطور والترتيب التاليين :

٧ — (أ) -- المقايضة

كان الانسان في مرحلته الاولى يعيش عيشة ابتدائية بسيطة فيكتسب سداد حاجته مما يجده امامه في احضان الطبيعة ، ويقع على العشب والثمر ، ويصطاد الحيوان ، ويدخر ما يخشى نفاده .

وبتدرجه في طريق المدنية كانت حاجاته تكثر ، وتنتقل شيئاً فشيئاً من البسيط الى المركب .

وكلما ابتكر تركيب شيء ليسد حاجة لاتسدها الموجودات الطبيعية البسيطة لم يعد يستغني عنه .

فاصبح الانسان على التمادي يحتاج الى اشياء ليست لديه ، ولا يسهل على كل فرد تحصيلها بنفسه ، ويوجد لدى كل فرد ماليس عند الآخر .

فنشأ قبل كل شيء من صور البيع ذلك النوع الذي سمي فيما بعد « مقايضة » ، وهي مبادلة الاعيان بالاعيان : فيحمل المرء من موجوداته ماهو اقل حاجة اليه ، ويفتش عن حاجته عند غيره ممن لايحتاج اليها ، فيتبادلان الاشياء بنتيجة تبادل الاحتياج الى ماعند كل منهما .

فالمقايضة تعد اقدم صور البيع بين البشر .

٨ — (ب) — البيع المطلق :

غير ان هذه الطريقة ، وان أراحت الإنسان من بعض عناء كبير واغنته عن

انتاج جميع حاجاته بنفسه ، هي ذاتها تنطوي على مشقة تجعلها غير كفيلة بحل المشكلة ، لان وصول الانسان الى مايريد بطريق المقايضة يتوقف على امرين عسيرين :

— ان يكون لديه شيء يبذله لغيره في المقايضة .

— وان يجد شخصاً آخر لديه مطلوبه وكل منهما احوج الى ما عند الآخر .

وليس ذلك بالامر الهين ، وقد يوجد ذلك الشخص ولا يهتدي اليه الطالب الاول .

فلذا لجأ البشر الى ابتكار طريقة ثانية تضاف الى الاولى ، فاخترعوا النقد الذي تعتبر له ثمنية صالحة لأن توضع في مقابل سائر الحاجات .

فاصبح الانسان يستطيع ان يبادل بنقوده على كل مايتطلب ، دون ان تضطره المبادلة الى التنازل عن شيء قد يحتاج الى عينه . وقابض النقد كذلك يجد فيه المزية نفسها متى اراد .

فاتسع بذلك طريق الاكتساب ، وعرفت بواسطة النقد الطريقة التي سميت فيمابعد : « البيع المطلق » ، الذي اصبح هو الطريقة العادية الخالدة في التعامل .

ومعنى كونه مطلقاً انه غير مقيد باسم آخر سوى « البيع » .

٩ — (ج) — الصرف :

ولما شاع استعمال النقد ، وكان من الضرورة ان يجعل منه قطع كبار واخرى صغار بقيم متفاوتة ليستطيع الانسان ان يحصر اكتسابه ومعاوضته بقدر حاجته ، استلزم ذلك ان يلجأ الناس الى وسيلة جديدة للوصول الى انواع القطع المطلوبة من النقد عند الحاجة منها الى اصغر أو أكبر ؛ فنشأت مبادلة النقد بالنقد ، وهي الطريقة التي سميت فيما بعد : « صرفاً » .

فالصرف اسلوب في المعاوضة مبني على فكرة مركبة متأخرة عن المقايضة وعن البيع المطلق ؛ لان المبادلة في الصرف ليست غائية ، بل هي وسيلة الى مبادلة اخرى .

١٠ — (د) — السلم :

ثم لما كثرت حاجات الناس وتشعبت مدنيتهم واعمالهم وقوي الاعتماد على الزراعة

والصناعة والتجارة ، وحسنت وسائلها ، اصبح الانسان يشعر بحاجة الى نوع آخر من المعاوضة .

فكثيراً مايحتاج الى رأس مال غير موجود عنده ليتقوى به على انتاج مال آخر متوافرة وسائله لديه ؛ كالزراع يحتـــاج الى مال يشتري به البذر ويحرث به الارض لينتج محصولا ؛ وكالصانع يحتـاج الى مال يعينه على العمل في اخراج مصنوعاته الى الاسواق ؛ وكالتاجر يحتاج الى مال ليسافر ويجلب بخبرته البضائع المرغوبة من من اماكنها ومواسمها ، فيفيد نفعاً ويستفيد ريعاً .

فمن ثم نشأت المعاملة التي سميت بعد في اصطلاح الفقه الاسلامي : « سَلَماً » ، و «سَلَفاً» (بفتحتين) فيها ، وهو بيع شيء مؤجل بمعجل (م / ١٢٣) وذلك بان يبيع الانسان مالاً غير موجود لديه الى اجل ، ويستسلف ثمنه عاجلاً ليستعين به على ايجاده . وهذه التسمية مشتقة من التسليم المسلف في الثمن .

والمبيع في هذه الحال يكون ديناً في الذمة مؤجلاً :

فبما تقدم تتضح العوامل المدنية ، والحاجات العامة الـتي ولدت بين الناس شتى انواع المبايعات ، وترتيب أقدميتها ، وأن المقايضة هي أقدم اشكال المعاوضة .

١١ — الانواع الناشئة عن تحديد الثمن في البيع المطلق :

ثم ان البيع المطلق نشأت فيه انواع متعددة متفرعة عن طريقة تحديد الثمن فيه .

وذلك ان الباعة تارة يبنون عقود بيعهم على أساس الاخبار برأس مال بضاعتهم وكلفتها عليهم ، مع طلب ربح معين ، أو بلا ربح ، أو بخسارة ، وذلك على حسب السعر الحاضر ومقياس العرض والطلب الذي هو العامل الاقتصادي الاساسي في تموج حركات الاسعار ومستواها جزراً ومداً .

ففي حالة البيع بربح معين يسمى البيع : « مرابحة » .

وفي حالة البيع برأس المال يسمى البيع : « تولية » ، وملحظ هذه التسمية ان البائع في هذه الحال كأنما جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع .

وفي حالة البيع بخسارة معينة يسمى البيع : « وضيعة » . لأن البائع في هـذه

الحالة يضع اي يحط شيئاً من رأس ماله بدلاً من ان يربح .

وتارة لايقبل البائع ان يظهر رأس ماله ، بل يرغب كتمانه والبيع بما يتراضى عليه ؛ وهذه الحال تسمى : « بيع المساومة » .

١١/٢ ـ هذا ، وبالنظر الى سير الحركات التجارية يظهر ان حالة بناء البيع على اساس كشف رأس مال البائع هي الحالة الفطرية الابتدائية التي سبقت بيع المساومة.

لكن طريقة المساومة قد اصبحت ولن تزال الطريقة الاصلية العامة التي تتجه اليها اساليب التجارة ، اذ يعتبر رأس مال البضاعة وربح التاجر منها سراً من اسرار العمل . اما كشف رأس المال في البيع فقد اصبح هو الطريقة الاستثنائية التي انما يلجأ اليها في المبايعات في ظروف الكساد ، بغية ترغيب المشترين الذين يميلون دائماً الى معرفة رأس مال البائع ، ليطمئنوا الى السعر الذي يشترون به .

وبناء على ما تقدم يقسم الفقهاء البيع تقسيمين باعتبارين ، يخرج من كل منهما اربعة انواع ، دون نظر الى منشأ هذه الانواع وترتيبها التاريخي ، فيقولون :

١) — ان البيع ، بالنظر الى المبيع ، اي من جهة انه عين او دين ، ينقسم الى اربعة انواع :

البيع — اي المطلق — ، والصرف ، والمقايضة ، والسلم (م / ١٢٠) .

٢) — وبالنظر الى الثمن من حيث بناؤه على رأس المال او عدم بنائه ينقسم ايضاً الى اربعة انواع :

المرابحة ، والتولية ، والوضيعة ، وبيع المساومة (ر : الدرر ، اول كتاب البيوع).

وباعتبار تعدد هذه الانواع الاساسية في البيع نرى الفقهاء ، والمجلة ايضا ، يترجمون لعقد البيع بعنوان : « كتاب البيوع » بصيغة الجمع .

وهناك انواع فرعية تحمل اسماء غير ماذكر ، لكنها لاتخرج عن نطاق هذه الانواع الاساسية ؛ مثل « **الاستصناع** » المعروف من القديم ، وهو بيع ماسيصنع قبل صنعه ؛ ومثل « **الضمان** » الذي يطلقه الناس اليوم على بيع الثمار وهي على أشجارها .

الفصل الأول

في تعريف البيع وقوامه وشرائطه

الفرع الاول

تعريف البيع ، وقوامه[1]

١٢ - (أ) - تعريف البيع

البيع في نظر الفقهاء واصطلاحهم هو : **مبادلة مال بمال** (م / ١٠٥)

وبعض الفقهاء يقول : « مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب » ، ليخرج به تبادل الهبات ، اي مقابلة الهبة بالهبة ؛ فان في ذلك مبادلة مالية لكنها على سبيل التبرع لابقصد الاكتساب (الدرر ، ج ٢ ص /١٤٢) .

ويخرج ايضاً بقيد المالية في الجانبين مبادلة المال بالمنفعة فانها اجارة لابيع .

وعملية البيع تتضمن في وقت واحد خروج السلعة المبيعة من ملك ، ودخولها في ملك آخر .

لكن هذه العملية بالنظر الى جانب الخروج تسمى بيعا ، وبالنظر الى جانب الدخول تسمى شراء وشرى ، بالمد والقصر [1] .

١٣ - قوام البيع :

يقوم عقد البيع بمقومات وعناصر لا يمكن ان يتحقق او يتصور معناه الكامل الا بها ، ويمكن تلخيصها في ثلاثة امور :

---

(١) - قوام الشيء (بالفتح والكسر) عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح)

(٢) - في اصل اللغة يستعمل كل من البيع والشراء بمعنى الآخر ، نظراً الى ان كلا من الطرفين متماثلان في معنى المعاوضة ، وكل منهما بائع من وجه مشترٍ من وجه . فكلاهما في اللغة من اسماء الاضداد ، يقال : باع البضاعة ، اذا اخرجها من ملكه =

١ — ايجاب وقبول مستوفيان شرائطها المعروفة في مباحث العقد العامة ، من حيث الصيغة الجازمة وما اليها ، وهما ركن العقد (ر: ج ١ ف/١٤٥ - ١٥٥)

ويمكن ان يقوم مقامها المبادلة الفعلية بالتعاطي لأنه يصلح ان يؤدي وظيفتها في الدلالة على تبادل الارادتين ، على ماسبق بيانه ر:ج١ف/١٦٠)

والالفاظ التي يمكن ان يصاغ منها الايجاب والقبول في البيع هي كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة (م / ١٦٨) ، اي كل مايدل على معنى المبادلة المالية ، صريحاً كان او كناية ، حقيقة او مجازاً .

فالعبرة انما هي لدلالة اللفظ على انشاء التمليك بحسب عرف التخاطب .

فلو قال شخص لآخر : بعتك هذه الساعة بكذا ، او قال : ملكتك ، او اعطيتك اياها بكذا ، صح هذا ايجابا (م/١٦٩) ؛ حتى لو عبر بالهبة تعبيراً يفيد معنى البيع كان بيعاً ؛ كما لو قال : وهبتك هذا الثوب بكذا ديناراً ، فقال الآخر قبلت ، فانه ينعقد البيع .

٢ — ان يكون المبيع مذكورا في صلب العقد صراحة او تقديراً .

= بعوض ؛ وباعها ايضا ، اذا اقتناها . ومثله مالو قيل : شراها ؛ في القرآن حكاية عن يوسف عليه السلام . « وشروه بثمن بخس » اي باعوه .

لكن لفظي « الابتياع ، والاشتراء » لايستعملان الا بمعنى اقتناء الشيء دون اخراجه من الملك .

وان عرف الناس والفقهاء على تخصيص البيع بجانب باذل السلعة وتخصيص الشراء بجانب باذل الثمن .

ولفظ « البيع » يتعدى بنفسه الى المفعولين فيقال : بعتك الشيء ، كما يتعدى الى المشترى بحرف «من» فيقال : بعته منك . وربما دخلت اللام مكان « من » فيقال بعته لك ، ولكن الاكثر في الفصيح ان تفيد اللام معنى النيابة ، فيقال : بعت كذا لفلان ، اذا كان المال له وقد بعته نيابة عنه .

وقد يتعدى بحرف «على» فيفيد معنى الاجبار ، فيقال : باع عليه القاضي ماله ، اذا باعه جبراً عنه بلا رضاه (ر : المصباح)

كما قال شخص لغيره بعني فرسك الفلانية بكذا ديناراً ، فقال الآخر : بعتك، فقبل الأول ، فان البيع ينعقد ؛ لأن هذا في قوة قوله : بعتك فرسي التي طلبتها ، وفقاً للقاعدة القائلة : « السؤال معاد في الجواب » (م/٦٦)

٣ — ان يكون في مقابل المبيع ثمن مذكور أو ملحوظ .

فالبيع المسكوت فيه عن الثمن منعقد ، كما لو قال : بعتك هذا الشيء ، فاجابه الآخر : قبلت ؛ لأن الثمن يعتبر ملحوظاً بمقتضى معنى البيع ، وان لم يصرح به ، لكنه مجهول فينعقد العقد فاسداً لجهالته (م / ٢٣٧) .

اما البيع الذي ينفى فيه الثمن نفيا صريحاً فباطل غير منعقد ؛ كما لو قال: بعتك هذا الشيء بلا ثمن ؛ وذلك لانتفاء معنى المعاوضة منه .

ولا ينعقد حينئذ هبة على الرأي الراجح في المذهب . والرأي الثاني انه يعتبر هبة ؛ ولعله اوجه فيما نرى ، لان ركن البيع اذا عدم فيه فركن الهبة متوافر . وكما صح انعقاد البيع بلفظ الهبة كما تقدم ، على سبيل الاستعارة والمجاز ، ينبغي ان يصح انعقاد الهبة بلفظ البيع ؛ اذ المقصود الاصلي في لفظها انما هو الدلالة على التمليك كما بينا ، اما العوضية في البيع ، وعدمها في الهبة ،فيستفادان من القرائن والقيود . ولذا انعقد البيع بلفظ الهبة مع الثمن ، وانما العبرة في العقود للمقاصد والمعاني .

الفرع الثاني

شرائط عقد البيع (١)

١٤ — يعتبر في عقد البيع اربعة انواع من الشرائط التي يجب ان تتوافر فيه لكي تترتب عليه سائر أحكامه وآثاره فور انعقاده ، وهي :

— شرائط الانعقاد ،

— وشرائط الصحة ،

— وشرائط النفاذ ،

— وشرائط اللزوم .

والمراد بشرائط الانعقاد مايشترط تحققه لكي يعتبر العقد منعقداً شرعاً ؛ فاذا

فات بعض هذه الشرائط كان العقد باطلاً كانما لم يوجد ، فلا يترتب عليه حكمه والتزاماته . (١)

والمراد بشرائط الصحة مايشترط تحققه لكي يعتبر العقد سليما من الشوائب التي تمنع وجوب تنفيذه وتوجب فسخه ، فاذا فات بعض شرائط الصحة كان العقد فاسداً .

والفارق الجوهري بين شرائط الانعقاد وشرائط الصحة في المبنى النظري هو أن شرائط الانعقاد انما هي النواحي الاساسية التي يكون العقد بفواتها غير سليم البنية الاصلية .

اما شرائط الصحة فهي النواحي الفرعية التي وراء البنية الاصلية على ماسبق ايضاحه في بحث البطلان والفساد من «نظرية المؤيدات» في الجزء الاول (ر : ف/٣٦٢-٣٦٦).

فكون المبيع مثلا مالا متقوما هو من شرائط الانعقاد ، اما كونه بعد ذلك معلوماً لاجهالة فيه نوعا ولا مقدراً فمن شرائط الصحة ، لأن المالية أساس ، ففواتها يخل بحقيقة البيع الذي هو مبادلة مال بمال ؛ اما المعلومية فوصف (ر : م / ٣٦٣ ، ٣٦٤)

وسنرى ايضاح هذه الشرائط بانواعها في المباحث التالية :

---

(١) — لمعرفة الفرق بين الشرائط والاركان انظر ماتقدم (ج١ ف/١٣٧-١٤١) وهنا نعيد الى الذاكرة ما كنا نبهنا عليه في الجزء الاول : اننا قد اصطلحنا في هذا الكتاب على تخصيص لفظ « الشرائط » (جمع شريطة) بما يشترطه الشرع لاعتبار التصرفات ؛ وتخصيص لفظ « الشروط » (جمع شرط) بما يشترطه العاقد لنفسه او عليها من التزامات ، تمييزاً بين الموضوعين ، وان كان في الاصطلاح الفقهي لافرق بين اللفظين ، بل يستعمل كل منها في كل من الموضوعين .

(١) — قد يتوهم ان البيع الباطل قد يترتب عليه التزام وهو استحقاق التراد في العوضين اذا كان العقد قد جرى تنفيذه بالتسليم والتسلم . والجواب ان التزام التراد بين الطرفين لم ينشأ عن العقد الباطل ، وانما نشأ عن التنفيذ غير المعتبر لانه مبني على سبب غير معتبر . فالالتزام في هذه الحالة انما نشأ عن فعل مجرد لا عن عقد .

المبحث الاول

شرائط الانعقاد

١٥ — تتعلق شرائط الانعقاد بجميع أركان البيع ، فلكل من صيغة عقد البيع ،والمتبايعين،والعوضين،شرائط يتوقف عليها انعقاد البيع؛ وتتعلق ايضاً بما سوى الاركان من بعض النواحي الاخرى كما سنرى :

١٦ — (أ) - شرائط الصيغة

يشترط في صيغة عقد البيع جميع الشرائط العامة المطلوبة في كل ايجاب وقبول والمتقدمة في الجزءين الاول والثاني[١]ومن جملتها أن يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي او المضارع المراد به الحال (م / ١٦٩ و ١٧٠) .

وتعرف حاليته بان يقرن بلفظ « الآن » او ما في معناها عرفا ، او بأن يقصد المتكلم بالمضارع معنى الحال ، او بأن يكون العرف جارياً على استعمال المضارع بمعنى الحال .

فلا ينعقد بالاستفهام نحو : هل بعتني ؛ ولا بحروف الاستقبال نحو : سأبيعك، او سوف ابيعك ، لانه مجرد وعد لا عقد ؛ ولا بصيغة الأمر نحو : بعني ، فلو قال المأمور بعدها : بعتك ، يعتبر ايجاباً ويحتاج الى قبول الآمر .

---

(١) خلاصتها ان يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي او بما يفيد الحال ، وتوافقهما ، واتحاد المجلس ، وعدم رجوع الموجب أو وفاته قبل القبول ، وعدم الهزل في احدهما ، وعدم هلاك المعقود عليه او تحوله الى مسمى آخر قبل القبول . كما لو صار العصير خلاً والحديدة سيفاً .

على ان صيغة الأمر قد تقبل لعقد البيع في بعض الألفاظ باعتبار دلالتها على ايجاب او قبول مقدر ، كما لو قال انسان لآخر : خذ هذا الكتاب بكذا ، فقال : اخذته ، فان الأمر بالاخذ يدل على ايجاب مقدر اقتضاءً لكي يصح الامر بالأخذ شرعاً ، فكأنما قال بعتك فخذه، والبيع ينعقد بالتعاطي ، فهذا اولى (ر: ج١، ف/ ٧٠)

وكذا لو قال المشتري: أخذت هذا بكذا ، فقال البائع : الله يبارك لك ، او نحو ذلك، لانه في معنى قوله : قبلت فليبارك لك الله (م / ١٧٢).

١٧ - (ب) - شرائط العاقد في البيع :

يشترط فيمن يمارس عقد البيع شريطتان :

الاولى — الاهلية ، وهي في البيع ان يكون كل من المتبايعين عاقلاً مميزاً (م / ٣٦١) .

ولا يشترط البلوغ ، فينعقد بيع الصغير المميز وشراؤه موقوفاً على اجازة وليه او وصيه لانه مما يحتمل النفع والضرر ، كما تقدم في نظرية الاهليات من الجزء الاول. وهذا اذا باشر العقد لنفسه ، اما اذا كان الصغير وكيلاً عن غيره بالبيع او الشراء فعقده نافذ على الموكل ، اذ لا علاقة به لمال الصغير العاقد وحقوقه حتى يتوقف (البحر ، بحث شرائط البيع) .

والتمييز مقدر بتمام السابعة من العمر في الحالة الطبيعية (الاحوال الشخصية لقدري باشا، م / ٤٧٤) .

الثانية — ان يكون العاقد طرفين متقابلين ، فيصدر الايجاب من احدهما والقبول من الآخر . ويمكن ان يكون كل من الطرفين فرداً او متعدداً .

فلا يجوز ان يتولى طرفي العقد شخص واحد فيكون بائعاً ومشترياً معاً .

على انه يجوز ذلك استثناء في حالات معينة :

١— اذا باع القاضي مال يتيم من يتيم آخر بحكم ولايته .

٢ — اذا باع الاب ماله من طفله ، او اشترى مال طفله لنفسه،اوباع مال احد طفليه من الآخر بحكم ولايته بلا غبن فاحش .

٣ — اذا باع وصي الأب مال نفسه من اليتيم، او اشترى لنفسه من مال اليتيم بشرط تحقق الخيرية لليتيم . وهي ـ اي الخيرية ـ في الشراء ان يشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر ، وفي البيع ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة .

ففي هذه الحالات يتولى القاضي والأب ووصيه طرفي عقد البيع بعبارة واحدة إذ تقوم عبارته مقام عبارتين ايضاً ، اي انه بمجرد قوله بعت مال ابني هذا من ابني هذا بكذا انبرم العقد دون حاجة الى ان يقول : وقبلت البيع عن ابني هذا .

أما لو كان الشخص وكيلاً عن الجانبين : عن احدهما في البيع وعن الآخر في الشراء ، فلا يجوز عقده، لانه في حالة الوكالة تكون مسؤولية تنفيذ العقد وحقوقه التبعية كتسليم المبيع والمطالبة بالثمن ورد المبيع اذا وجد موجب للرد من عيب ونحوه انما تعود الى الوكيل لا الى الموكل ، كما سنرى في الوكالة ، عملاً بالقاعدة المشهورة: ان حقوق العقد تعود الى العاقد . فلو صح لأحد ان يتولى طرفي البيع بحكم الوكالة لاجتمع في شخصه وجائب والتزامات متناقضة اذ يكون طالباً ومطلوباً في وقت واحد . (ر : رد المحتار ، ج ٤ ص / ٥ و ١٨) .

١٨ — (ج) — شرائط المعقود عليه ، أي المبيع

يشترط في المبيع لاجل انعقاد البيع الشرائط التالية :

١ — أن يكون المبيع موجوداً

فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده كالثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجر (م/٢٠٥) ؛ وما ستحمل به اناث الحيوان(١) ؛ ولا بيع ما هو ملحق بالمعدوم

---

(١) في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن بيع حبل الحبلة (بالتحريك فيهما)فالحبل الاول ما في بطن النوق من الحمل،والثاني ما ستحمل به تلك الاجنة =

كالحمل الحاضر ، واللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف ، لأنه غرر ؛ ولا ما فيه غلط في الجنس كبيع ياقوتة فاذا هي زجاج (م/٢٠٨) ، لأن المعقود عليه عندئذ معدوم ، بخلاف غلط الوصف فانه يورث الخيار فقط للمشتري اذا كان غير مشاهد مدرك ، كما تقدم ايضاحه (ج ١ ف/٨١ ، الغلط).

ويستثنى من شريطة الوجود هذه بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه فيجعل المتلاحق تبعاً للموجود . فالبيع في هذه المستثنيات منعقد جائز مع ان المبيع فيها معدوم عند العقد (م/٢٠٧).

٢ — ان يكون مالاً متقوماً .

وقد مر معنى المالية والتقوم في الجزء الثاني (ف/٣٧ و ٤٢) فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالجيفة والانسان الحر (م/٢١٠ و ٢١١) وحفنة من تراب ، ولا بيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير اذا كان احد العاقدين مسلماً .

٣ — ان يكون مملوكاً في ذاته ولو لغير البائع .

فلا ينعقد بيع المباحات كالسمك والكلأ وحطب البوادي قبل الاحراز الصحيح.

على انه اذا بيعت كميات من هذه الاموال المباحة غير معينة تعييناً شخصياً في الخارج بل ملتزمة في ذمة البائع كالديون الى اجل ، على طريقة بيع السلم بشرائطه المبينة في محلها ، فذلك جائز ويكون البائع مكلفاً بتحصيل القدر المعقود عليه منها وتسليمه .

وكذا لا ينعقد بيع المال الموقوف ، الا إذا بيع على سبيل الاستبدال بشرائطه

= على تقدير انوثتها ، فهو بيع نتاج النتاج . وكان معتاداً في الجاهلية فمنعه النبي لأنه غرور (النهاية لابن الاثير ، مادة : حبل) كما نهى عن بيع الغرر بوجه عام وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم ، وهو غرر الوجود ، اما غرر الوصف فمفسد للبيع لا مبطل كما سيأتي في شرائط الصحة (ف/٢٩).

الخاصة . اما كون المبيع مملوكاً للبائع خاصة فليس من شرائط الانعقاد ، بل من شرائط النفاذ كما سيأتي ، لجواز عقد الفضولي .

٤ — ان يكون مقدور التسليم .

وإلا كان تنفيذ العقد ممتنعاً . فلا ينعقد بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر صاحبه على اعادته الى يده ، ولا بيع الطائر بعد اطلاقه الا اذا كانت عادته ان يعود الى صاحبه ، ولا بيع سفينة غارقة في البحر لا يمكن إخراجها (م / ٢٠٩)

١٩ — أثر المادة /٦٤/ من الاصول الحقوقية في هذه الشرائط

هذا ، ويجب ان يلحظ هنا اثر المادة/ ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا في تعديل هذه الشرائط الانعقادية المتعلقة بالمال المبيع ، فان كل ما تعورف تداوله بين الناس قد اعتبرته المادة المذكورة مالاً متقوماً ومحلا صالحاً لجميع العقود ، سواء أكان من الأعيان او المنافع او الحقوق المجردة ، وسواء أكان متقوما في نظر الفقهاء او غير متقوم ، وسواء أكان موجوداً عند العقد او معدوماً سوف يوجد (ر : ج ٢ ف /٣٩و ٤٤) . فقد اصبحت معظم شرائط المال المبيع منسوخة بهذه المادة .

اما قدرة التسليم فنرى انها شريطة لا تزال معتبرة لانها ليست من فروع معنى المالية والتقوم مما استهدفت المادة تعديله بعرف التداول ، وانما تستند الى مبدأ عام آخر اتفقت عليه الانظار الفقهية والقانونية ، وهو امكان تنفيذ العقد .

٢٠ — (د) — شرائط الثمن

لا يشترط في الثمن لانعقاد البيع سوى شرط واحد هو ان يكون مالاً بالمعنى الشرعي .

أما التقوم فليس في الثمن شرط انعقاد بل شرط صحة للعقد في النظر الفقهي .

ومن هنا كان بيع الخمر مثلاً في حق المسلم باطلاً . اما الشراء بها اذا جعلت هي ثمناً فمنعقد فاسد (م / ٢١٢) .

واما كون الثمن مذكوراً او ملحوظاً غير منفي صراحة في العقد فهو ركن لا شرط كما تقدم (ف / ١٣)

٢١ - (هـ) - شريطة الولاية :

ونعني بالولاية المكنة الشرعية، فيشترط لانعقاد البيع من حيث الولاية شريطتان:

١ — ان يكون البيع صادراً في وقت يوجد فيه من له حق مباشرته او اجازته.

وعلى هذا الاساس لا ينعقد بيع مال القاصر من صغير او مجنون بغبن فاحش(١)، لانه ضرر محض سواء أكان البائع هو الصغير المميز او الولي او الوصي او القاضي بحكم الولاية العامة عند عدم الولي الخاص . وذلك لانه لا يجوز شرعاً لاحد ان يباشر تصرفاً مضراً بمال القاصر ، كما لا يلي احد شرعاً حق اجازته لو باشره القاصر نفسه لانه كالتبرع من مال القاصر لا يملكه ولا يلي اجازته احد. ومن القواعد المقررة فقهاً : أن كل عقد لا مجيز له شرعاً عند صدوره باطل .

وثمرة اعتبار هذا البيع باطلاً غير موقوف انه لو بلغ الصغير او صحا المجنون فاجازاه لا يجاز بل يجب تجديده ، لأن الاجازة لا تلحق الباطل اذ هو في حكم المعدوم ، وانما تلحق المنعقد الموقوف .

٢ — ان لا يكون البيع ممنوعاً بنص خاص : وذلك مثل البيوع الممنوعة اليوم بنصوص قانونية كالتعاقد بالنقود الذهبية الممنوع في بلادنا السوريه تحت طائلة البطلان بقانون خاص ، وكبيع المخدرات المحظورة لاجل الاستعمال المحرم . فهذه البيوع تعتبر باطلة ، لان النص القانوني الذي منعها قد سلب ولاية عقدها عن كل الناس ، فتلحق بالعقد الذي لا مجيز له شرعاً .

---

(١) لمعرفة الغبن الفاحش انظر ما تقدم (ج ١ ف / ٨١ ، التغرير) .

وهذا المنع تابع لأمر ولي الامر بحسب المصلحة التي يراها ، فقد يمنع الجائز ويباح الممنوع ، فيعتبر حكم المنع مدة قيام الامر القانوني (١)

٢٢ — هذا ومما يجب ان يلحظ هنا ان الفقهاء لايذكرون شريطة الولاية هذه في جملة شرائط انعقاد البيع كما فعلنا وانما يذكرون الولاية في معرض شرائط النفاذ . ولكنهم انما يريدون هناك بالولاية ولاية مباشر العقد فان العاقد اذا لم يكن مالكا او ذا ولاية شرعية كوكيل او وصي يكون بيعه موقوفا غير نافذ لأن العقد عندئذ يكون فيه حق للغير كما سيأتي بيانه في مبحث شرائط النفاذ .

---

(١) ان الفقهاء قد اعتبروا اوامر السلطان ولي الامر مرعية نافذة شرعاً ولو كانت تتضمن تقييد مطلق او منع جائز في الأصل او ترجيح رأي فقهي مرجوح ما دامت تستند الى مصلحة يرجع الى ولي الامر تقديرها بحسب قاعدة المصالح المرسلة ، ولا تصادم نصاً خاصاً في اصل الشريعة .

فقد نقل صاحب الدر المختار عن معروضات المولى ابي السعود مفتي الروم — وهو المفتي العام للسلطنة العثمانية في عهد السلطانين سليمان وسليم وقاضي القسطنطينية الذي انتهت اليه في عهده رئاسة المذهب الحنفي (٨٩٦ — ٩٨٢ هـ) انه صدر الامر السلطاني بمنع بيع عبيد العسكرية الآبقين اذا قبض عليهم ، قال صاحب الدر : « وحينئذ لا يصح بيعهم » بينما كان بيعهم في اصل الفقه صحيحاً نافذاً باذن القاضي كما اوضحه قبله . وكذلك نقل عن المعروضات انه « صدر الامر السلطاني بمنع القضاة عن الحكم بوقف المديون بدين مستغرق اذا وقف ماله هرباً من الديون ولو لم يكن محجوراً عليه » قال في رد المحتار « ان القاضي اذا منعه السلطان عن الحكم به كان الوقف باطلاً لان القاضي وكيل عنه وقد نهاه الموكل صيانة لاموال الناس » مع ان وقفه في اصل المذهب جائز نافذ لان الديون متعلقة بذمته لا بعين ماله (ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، ج ٣ كتاب الآبق ص / ٣٢٥ / وكتاب الوقف ص / ٣٩٦)

اما الولاية التي عددناها هنا من شرائط الانعقاد فهي ، كما بينا ، ان يكون عند صدور البيع يوجد من له حق في عقده سواء أكان هو العاقد او غيره . فمطلق الولاية شريطة انعقاد ، اما ولاية العاقد خاصة فشريطة نفاذ .

وهذا نظير ما تقدم في شرائط المبيع ، ان كونه مملوكا مطلقا ولو لغير البائع هو من شرائط الانعقاد ، اما كونه مملوكا للبائع خاصة فمن شرائط النفاذ (ر : ف / ١٨) .

٢٣ — (و) — الشرائط الشكلية

اذا كان في بعض اصناف البيوع مراسم وقيود شكلية في طريقة عقده اوجبها الشرع او الأمر القانوني من ولي الأمر تحت طائلة البطلان فان البيع لايكون عندئذ منعقداً الا اذا توفرت فيه الشرائط الشكلية .

ان الفقه لم يوجب شيئاً من الشرائط الشكلية في شيء من البيوع الا مايوجبه من اذن القاضي في بعض الحالات كما في بيع عقار الصغير اذا وجدت مسوغات بيعه ،فيجب ان يقترن باذن القاضي . وكذا استبدال المال الموقوف اذا كان الاستبدال غير مستند الى شرط واقف بل الى الحاجة ، فانه يجب ان يقترن باذن القاضي .

على ان هذه الحالات التي اوجب فيها الفقهاء اذن القاضي في البيع نرى الاشبه بالفقه أن اذن القاضي فيها شرط لنفاذ البيع لالانعقاده ، فلو وقع البيع بلا اذنه كان منعقداً موقوفاً كبيع الفضولي ، فاذا اجازه القاضي جاز ، لأن الاذن عمل من اعمال القضاء الادارية . وان النظر الفقهي على ان القضاء يجري فيه الفضول . فلو قضى فضولي عن القاضي فاجازه القاضي جاز (ر : البحر الرائق ، كتاب القضاء . والدر المختار ورد المحتار ، ج ٤ ص / ٣٢٤) .

٢٤ — اما الاحكام القانونية لدينا فقد اوجبت شرائط شكلية في بعض انواع البيوع تحت طائلة البطلان :

فمن ذلك لزوم تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري . فان لم يسجل كان باطلا .

وكذا تسجيل بيع بعض الاموال المنقولة كبيع السيارات فانه لايعتبر الا اذا كان مسجلاً في السجل المخصوص بدائرة الاشغال العامة ، وكبيع المذياع (الراديو) فانه لايعتبر الا اذا سجل في سجله المخصوص بدائرة البريد والبرق ، وذلك بغية استيفاء ضريبة على عقود بيعها ، ولبعض مقاصد ادارية اخرى .

وهذا التسجيل في بيع بعض الاموال المنقولة انما هو اوامر زمنية عرضة للتعديل والتبديل بحسب الاهداف الادارية في الحكومة وليس مستنداً الى نظرية قانونية ثابتة كما في تسجيل العقود العقارية .

المبحث الثاني

شرائط الصحة

٢٥ — ان شرائط الصحة في عقد البيع نوعان :

— شرائط عامة في جميع انواع البيع .

— وشرائط خاصة ببعض انواعه دون بعض .

(اولا) — الشرائط العامة لصحة البيع :

فالشرائط العامة التي يجب ان تحقق في كل انواع البيع لتعتبر صحيحة شرعا هي اجمالاً أن يخلو عقد البيع من الشوائب الست :

الجهالة ، والاكراه ، والتوقيت ، والغرر ، والضرر ، والشرط المفسد

وقد تقدم ايضاح هذه الشوائب الست المفسدة في نظرية البطلان والفساد من الجزء الاول ، ونعيد منها الى الذاكرة هنا الملاحظات التالية :

٢٦ — (أ) — فالجهالة انما يراد بها الجهالة الفاحشة او التي تفضي الى نزاع يتعذر حله وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد الى الجهالة ، كما لو باع انسان شاة معينة من قطيع غنم ، فالبائع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين ، والمشتري يريد الجيدة بحجة عدم التعيين ايضاً .

وهذه الجهالة المفسدة ترجع غالباً الى اربع جهات :

١ — جهالة المبيع جنساً او نوعاً او قدراً بالنسبة الى المشتري (م / ٢٠٠) .

٢ — جهالة الثمن كذلك ، فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله ، او بما سيستقر عليه السعر .

٣ — جهالة الآجال ، كما في الثمن المؤجل ، او في خيار الشرط ، فيجب ان تكون المدة معلومة والا فسد العقد .

٤ — الجهالة في وسائل التوثيق ، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل او رهن بالثمن المؤجل ، فيجب ان يكونا معينين والا فسد البيع .

٢٧ — (ب) — واما الاكراه فسواء أكان ملجئاً او غير ملجىء (١) يؤثر في التصرفات القولية كالبيع .

وقد اختلف الاجتهاد في أثره ، فذهب ابو حنيفة ومعظم اصحابه الى انه مفسد للبيع ، لكن الفساد يرتفع اذا اجازه المكره (بالفتح) بعد زوال الاكراه . وذهب زفر بن الهذيل من اصحاب ابي حنيفة الى انه انما يمنع النفاذ فقط فالبيع معه موقوف

---

(١) لمعرفة الاكراه الملجىء وغير الملجىء انظر : (ج ١ ف / ٧٩)

لافاسد . والمجلة ساكتة ، لكننا اوضحنا في الجزء الاول ان المادة / ١٠٠٦ / منها انما تمشى على رأي زفر فتدل على انها جنحت الى ترجيحه ، فيكون الرضى او عدم الاكراه عندئذ من شرائط النفاذ في البيع ونحوه لامن شرائط الصحة .

٢٨ — (ج) — واما التوقيت فكما لوقال بعتك هذا الشيء شهرا او سنة، فهو مفسد للبيع لأن ملكية العين لاتقبل التوقيت كما تقدم في خصائص الملكية (ج ١ ف / ٥٣)

٢٩ — (د) — واما الغرر فالمراد به غرر الوصف ، كما لو باع بقرة على شرط انها تحلب كذا رطلا لأنه موهوم التحقق فقد ينقص ، بخلاف مالوباعها على انهـا حلوب دون تحديد مقدار ، فانه شرط صحيح . وبخلاف غرر الوجود ، فانه مبطل كما تقدم (ف / ١٨ ، حاشية) .

٣٠ — (هـ) — واما الضرر فالمراد به ما اذا كان تسليم المبيع لايمكن الا بادخال ضرر على البائع فيما سوى المبيع من ماله ، كما لوباع جذعا معينـا في سقف مبني ، او ذراعا من ثوب يضره التبعيض ، فان التنفيذ يقتضي هدم ماحول الجذع وتعطيل الثوب . وبما ان الفساد هنا انما هو صيانة لحق شخص لالحق الشرع قرر الفقهاء ان البائع لونفذ الضرر على نفسه بان قلع الجذع او قطع الثوب وسلم انقلب البيع صحيحاً .

٣١ — (و) — واما الشرط المفسد فالمراد به كل شرط فيه نفع لاحـد المتبايعين اذا لم يكن الشرط قد ورد به الشرع ، او جرى به العرف ، او يقتضيه العقد ،او يلائمه .ولايضاح ذلك نقول :

الشرط في المبايعات ثلاثة انواع :

أ) — الشرط الصحيح أي المعتبر الملزم للمتعاقدين ، وهو اربعة اقسام:

١ — ما يقتضيه العقد كالبيع على شرط ان يحبس البائع المبيع حتى تأدية جميع الثمن ، فان هذا الحق يثبت للبائع وان لم يشترطه فهو بيان لمقتضى العقد (م/١٨٦).

٢ — مايلائم العقد كالبيع بثمن مؤجل على شرط ان يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين ، فانه استيثاق بالثمن فيلائم البيع ويؤيد التسليم (م / ١٨٧) .

٣ — ماورد الشرع بجوازه كشرط الخيار لأحد المتبايعين في امضاء البيع أو رده خلال مدة معينة وهو المسمى : خيار الشرط .

٤ — ماجرى العرف به كشراء القبقاب بشرط ان يركب البائع له السير ، أو القفل بشرط ان يسمره في الباب (م / ١٨٨) ، وكشراء الساعة أو المذياع اليوم بشرط ان يصلحها البائع الى سنة مثلاً إذا اصابها خلل .

ب) — الشرط المفسد ، وهو ما خرج عن هذه الاقسام الاربعة وفيه نفع لاحد المتبايعين ، وذلك كما لو باع متاعاً واشترط في صلب العقد أن يستبقيه عنده مدة يستعمله فيها ، أو اشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال .

ج — الشرط اللغو ، وهو ماليس فيه نفع لاحد المتبايعين ، كبيع الدابة بشرط ان لايخرجها المشتري عن ملكه (م / ١٨٩) .

٣٢ — هذا ، وبما ان عرف الناس — كما رأيت — مصحح للشروط في نظر الفقهاء ، فكل شرط فاسد في الاصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه . وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد .

على انه اذا قيل ، استناداً لهذا المبدأ ، بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط بوجه عام في المبايعات معتبر صحيح كتعارفهم على صور مخصوصة من الشروط في بعض المبايعات نستطيع عندئذ القول بأن الشرط الفاسد قد زال فقهياً من معاملات الناس بمفعول الزمن ، واصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه ، لان الناس قد ألفوا بناء مبايعاتهم وسائر عقودهم على الشروط بوجه عام بسبب اشتباك مصالحهم وتنوع معاملاتهم وفنون التجارة بينهم ولاسيما بعد أن اوجب الحكم القانوني (المادة / ٦٤ / من الاصول الحقوقية) في المملكة العثمانية احترام الشروط مطلقاً ، فقلما يخلو بعدها لدينا عقد من شروط .

والمجلة لم تبحث عن الشرط المفسد وانما ذكرت الشرطين الصحيح واللغو في

المواد / ١٨٦ - ١٨٩ / وعللت الجمعية ذلك في التقرير الذي قدمتها به بأن الشرط المفسد قد اصبح بحسب قواعد الحنفية نادراً بسبب نظرية العرف هذه فلم يعد يستوجب العناية به والبحث عنه .

٣٣ — (ثانياً) — الشرائط الخاصة لصحة البيع

واما شرائط الصحة التي تخص بعض انواع البيع دون بعض ، فهي كما يلي :

١ — إذا كان المبيع من المنقولات واراد المشتري ان يبيعه فيشترط ان يكون قد قبضه من بائعه الاول أما إذا كان عقاراً فيجوز ان يبيعه قبل قبضه (م/٢٥٣) وذلك لان المنقول يكثر هلاكه ، فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر .

٢ — اذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو اشراكاً تشترط معلومية الثمن الاصلي .

٣ — إذا كان البيع صرفاً يشترط التقابض في البدلين قبل الافتراق .

٤ — إذا كان البيع سلماً فيشترط أن تتوفر فيه الشروط الواردة في المادة / ٣٨٦ / من المجلة .

٥ — إذا كان المال ربوياً يشترط خلو العقد عن الربا وشبهته .

٦ — الديون التي في الذمم لايصح بيعها من غير من هي عليه إلا بعد قبضها ، فلا يصح لرب السلم (المشتري في السلم) ان يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من البائع ولا للدائن ان يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه .

٣٤ — أثر المادة / ٦٤ / من الاصول الحقوقية لدينا

هذا ، ومما تجب ملاحظته في موضوع الصحة والفساد في البيع وغيره من المعاملات ان المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا كما عدلت بعض شرائط الانعقاد التي سلفت في المبحث الاول ، قد نسفت معظم احكام الفساد الفقهية نسفاً .

فالشرائط الخاصة لصحة البيع قد اصبحت في جملتها ملغاة بحكم الفقرة الاولى منها .

والشرائط العامة قد زال معظمها بمقتضى الفقرتين الاولى والثالثة منها :

— فالشرط المفسد قد انقلب بها صحيحاً بمقتضى الفقرة الاولى منها . وهذا موافق للنظر الفقهي فيه اليوم من جهة العرف كما اسلفنا بيانه .

— اما الاكراه فلم تتعرض له ولكن الاشبه بهدفها وروحها ان يعتبر الرضى شرط نفاذ لاشرط صحة ، ولا سيما ان المادة / ١٠٠٦ / من المجلة نفسها تفيد ذلك كما تقدم بيانه (ف / ٢٧) .

— واما الجهالة فقد افادت الفقرة الثالثة من المادة / ٦٤ / انها لاتضر الا اذا كانت في ناحية اساسية من العقد . فلو اتفق الطرفان على النقاط الاساسية يعتبر العقد تاماً والمحكمة عند الاختلاف تتولى هي تحديد النقاط الفرعية .

فلو اتفق المتبايعان مثلاً على ان الثمن هو سعر السوق فان العقد صحيح والمحكمة تحدد السعر الذي كان وقت البيع بمعرفة الخبراء .

ومقتضى ذلك ان جهالة النقاط الاساسية في البيع بقيت مفسدة بحكم المادة / ٦٤ / نفسها كما لو قال انسان لآخر : بعتك شيئاً بعشرة دنانير فقبل الآخر ، فان المبيع مجهول جهالة فاحشة وهو ناحية اساسية ، فيكون العقد فاسداً ، على خلاف مايظنه رجال القانون اليوم ان الفساد قد نسخ نسخاً كلياً بالمادة / ٦٤ / المذكورة فان هذه المادة لم تنص على نسخ الفساد بوجه عام وتصحح جميع العقود التي تعتبرها القواعد الفقهية فاسدة ، وانما نصت على صحة واعتبار نواحي سمتها ، فما خرج عنها كالمثال الذي اوردناه يجب ان يعتبر باقياً على حكم الفساد الفقهي .

المبحث الثالث

شرائط النفاذ

٣٥ — يشترط لنفاذ البيع خلوه عن حق الغير (م / ١١٣) وحق الغير الذي يمنع النفاذ يتعلق بناحيتين :

— إما ان يكون في المبيع كما في بيع الفضولي .

— وإما ان يكون في التصرف كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائهما ، لان ولاية التصرف في اموالهما هي لغيرهما شرعاً من ولي أو وصي أو قاض .

فبيع هؤلاء جميعاً غير نافذ بل يتوقف في الفضولي على اجازة المالك ؛ وفي الصغير والمعتوه على اجازة من له الولاية عليهما فان اجازوه مضى وان ردوه ارتد .

٣٦ — واذا كان حق الغير ليس ناشئاً عن ملك أو ولاية تصرف فالراجح انه لا يورث في البيع توقفاً بل يكون للبيع معه نفاذ دون تنفيذ ما دام الحق باقياً ، رعاية لحق ذلك الغير في عدم التنفيذ ، ولحق المشتري في النفاذ .

وعن هذا قرر الفقهاء ان الراهن أو المؤجر اذا باع المرهون أو المأجور فالرأي الراجح فقهاً انه لا يكون البيع موقوفاً على اجازة المرتهن أو المستأجر وان كانا اصحاب حق في المبيع إذ الاجازة لا تكون شرعاً الا لمالك أو ذي ولاية ، بل البيع نافذ ولكن لا يسلم المبيع الى المشتري دون رضى المرتهن أو المستأجر صيانة لحقهما ، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر الى فكاك الرهن أو الى انقضاء مدة الاجارة ليستلم المبيع (ر : م / ٥٩٠ و ٧٤٧ ، ورد المحتار كتاب الرهن) .

المبحث الرابع

شرائط اللزوم

٣٧ — يشترط للزوم البيع خلوه من احد الخيارات التي تسوغ لاحد العاقدين فسخه (م/ ١١٤)

وهذه الخيارات منها السبعة المشهورة التي ذكرتها المجلة وهي : خيار الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن مع التغرير (م ٣٠٠/ ٣٦٠) ومنها خيارات اخرى اسلفنا ذكرها في نظرية العقود من الجزء الاول (ف/ ٨١)

فاذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار فكان له ان يفسخ البيع أو ان يقبله ، إلا ان يحدث مايمنع هذا الفسخ ويجعل العقد مبرماً مما هو موضح في مباحث هذه الخيارات ومسقطاتها من كتب الفقه ، وفي المواد التي اشرنا اليها من المجلة .

٣٨ — هذا اجمال شرائط البيع في انواعها الاربعة : فاذا فقد شيء من شرائط الانعقاد بطل البيع ، أومن شرائط الصحة فسد ، أومن شرائط النفاذ توقف ، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخه .

ويلاحظ في الاصطلاح ان الانعقاد يقابله البطلان ، والصحة يقابلها الفساد ، والنفاذ يقابله التوقف ، واللزوم يقابله عدم اللزوم أي التخيير . ولايجوز استعمال أحد هذه الالفاظ في غير موقعها أومقابلتها بغير ما يقابلها .

وترتب هي ومقابلاتها بهذا الترتيب بحسب العموم والخصوص ايجاباً وسلباً :

— ففي الصورة الايجابية ترتب هكذا : منعقد ، صحيح ، نافذ ، لازم .

— وفي الصورة السلبية ترتب هكذا : باطل ، فاسد ، موقوف ، غير لازم أومخير .

فالمنعقد يكون صحيحاً وفاسداً ، والصحيح يكون نافذاً وموقوفاً ، والنافذ يكون لازماً وغير لازم .

هذا ولينظر في اجمال هذه الشرائط بانواعها الاربعة في نظر الفقهاء كتاب البحر الرائق لابن نجيم اول البيوع ، ورد المحتار (ج ٤ ص/ ٥ — ٦) .

٣٩ — ان خيار الشرط يتعلق باصل العقد ، فهو كما يمنع اللزوم يمنع ابتداء حكم البيع وهو انتقال الملكية كما سنرى فلذا نبحث عنه هنا . اما بقية الخيارات فمنها ما يتعلق بالمبيع كخيار الوصف والرؤية ومنها ما يتعلق بالثمن كخيار النقد ، فسنبحث عنها بمناسباتها في فصول المبيع والثمن ، والتزامات البائع والمشتري .

٤٠ — خيار الشرط

يجوز ان يشترط المتبايعان في عقد البيع لكليهما او لاحدهما او لغيرهما حق فسخ البيع او اجازته خلال مدة معلومة ، وهذا الحق يسمى : خيار الشرط .

فاذا كان مشروطاً للمتبايعين معاً او للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملك البائع ما دام خياره قائماً(١) ، فلا يجوز للمشتري ان يتصرف بالمبيع خلال ذلك . ولو تلف المبيع في يد المشتري لا يكون مضموناً عليه بالثمن المسمى في العقد بل بقيمته يوم قبضه .

اما اذا كان الخيار مشروطاً للمشتري فقط فان ملكية المبيع تنتقل اليه ، فلو تلف في يده خلال مدة الخيار يكون مضموناً عليه بالثمن المسمى لا بالقيمة .

وحكمه ان من له الخيار من بائع او مشتر او اجنبي يحق له فسخ البيع واجازته خلال المدة المضروبة . فاذا انقضت المدة دون فسخ انبرم البيع ولزم .

واذا كان مشروطاً لكلا المتبايعين معاً ينفسخ البيع بفسخ احدهما ولا ينبرم باجازة احدهما بل يبقى الخيار للآخر الى انتهاء المدة .

والاجازة والفسخ يكونان قوليين بكل لفظ يفيد ذلك ، نحو : اجزت البيع ورضيته ، او فسخته وتركته . ويكونان فعليين ايضاً ، فلو ان المشتري المخير تصرف في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية كما لو رهن المبيع او آجره او عرضه للبيع كان ذلك اجازة ، ولو ان البائع المخير فعل ذلك كان فسخاً .

وخيار الشرط لا يورث لانه محض مشيئة شخصية ، فلو كان الخيار للبائع فمات في المدة ملك المشترى المبيع ، ولو كان للمشتري فمات فيها ملكه ورثته بلا خيار (ر : م/ ٣٠٠—٣٠٩) .

---

(١) مقتضى ذلك ان زوائد المبيع من ولد وثمرة تكون للبائع مدة خياره ولم أر من صرح به .

الفصل الثاني

في المبيع واحواله

٤١ — الاحوال التي نبحث عنها في المبيع هي الاحوال التالية :(١)

— تعيينه وطريقة بيعه

— شموله

— حضوره وغيابه

— ظهور الزيادة او النقصان فيه

الفرع الاول

في تعيين المبيع وطريقة بيعه

٤٢ — رأينا في الفصل السابق انه يجب ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري. وهذه المعرفة تتناول جنسه ونوعه لكي تميز حقيقته ، كما تتناول مقداره .

ومعرفة المبيع قد يكون معها متعيناً او غير متعين ، والمراد بالمتعين ان يكون متميزاً عن سواه في الوجود الخارجي . وهذا غير اصل المعرفة بالمبيع ، فان المعرفة التي تنتفي بها الجهالة عنه انما هي معرفة حقيقته ومقداره وان كان غير متميز بعد في الوجود الخارجي .

تعيين المبيع

فالمبيع يتعين اذا كان معيناً في العقد سواء أكان حاضراً في مجلس البيع اوغائباً عنه.

---

(١) للمبيع احوال اخرى ليست ذاتية ، بل التزامية كتسليمه وتعيبه فترى في التزامات البائع .

فلو قال البائع بعتك هـذا الكيس من السكر ، واشار الى كيس موجود في المجلس وقبل المشتري لزم البائع تسليم الكيس بعينه ، وليس له ان يعطي سواه من جنسه . (م / ٢٠٤) . وكذلك لو باع اكيـاس السكر الموجودة في مخزنه ببلد آخر فليس له ان يعطي سواها لتعينها .

اما اذا كان المبيع غير معين في العقد فانه لايتعين الا بالتسليم ، سواء أكان كمية من شيء حاضر مشار اليه او من غائب موصوف ، كما لو باع الانسان كذا طناً من صبرة حطب حاضر ، او باع مائة رطل من السمن الحديدي ، او كذا مـداً من الحنطة الحورانية (م / ٢٠١) .

ومما يكون فيه المبيع غير متعين بيع الحصة الشائعة ، فان الحصة الشائعة هي جزء من الشيء منتشر في كله ، فهي غير معينة وهي محل قابل للبيع سواء اكانت حصة من منقول او غير منقول ، وسواء اكان اصلها يقبل القسمة او لايقبلها .

٤٣ — خيار التعيين

والاصل انه متى كان المبيع عينـاً متميزة في الوجود الخارجي يجب ان تعين في في عقد البيع والا كان المبيع مجهولا فلا يصح البيع .

غير انه يجوز اتفاق المتبايعين على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين الى اجل على ان يكون حق تعيينه لاحدهما بائعاً كان او مشترياً . وهذا مايسمى : خيار التعيين

وصورته ان يبيع انسان شيئاً من عدة اشياء على ان يكون له او للمشتري حق اختيار احدها ورد الباقي . وهو كثير الوقوع لكثرة الاحتياج اليه ، فقد يكون الانسان في حاجة الى التروي والمشورة في الاختيار . ومحله في الاموال القيمية لا المثلية لعدم التفاوت بين افراد المثليات . ويجب فيه امران :

— تعيين مدة للاختيار

— وتعيين ثمن كل من الاشياء القيمية التي سيجري بينها الاختيار .

وصاحب الخيار ملزم بان يبت في تعيين المبيع منها خلال المدة المضروبة ، فلو لم

يبت حتى انقضت يجبر قضاء ، واذا مات خلال المدة يجبر وارثه في نهايتها لأن خيار التعيين يورث اي ينتقل فيه الحق الى الوارث ، ويجب تمييز ملك المشتري فيما سيصرف العقد اليه عن ملك البائع فيما سيصرف العقد عنه ، وذلك يتوقف على التعيين فيجبر عليه .

وليس لمدة الخيار حد على رأي الصاحبين ولكن رأي ابي حنيفة ان حدها الاعلى ثلاثة ايام فلا يصح جعلها اكثر .

اما عدد الاشياء التي يجوز ان يجعل بينها الخيار فقد استقر الاجتهاد الحنفي على ان حدها الاعلى ثلاثة فلا يصح الخيار في اكثر منها على تقدير ان الحاجة تندفع بهذا المقدار لأن اصناف كل شيء ثلاثة : جيد ووسط ورديء ، فيكفي التخيير بينها لكن المادتين / ٣١٦ و ٣١٧ / من المجلة قد اطلقت فيها المدة والعدد ، ويشعر نصها فيهما بجواز شرط خيار التعيين بين اكثر من ثلاثة اشياء ولأي مدة يتفق عليها .

وفي هذا مصلحة ولاسيما بعد ان اصبحت في هذا الزمن فنون الصناعة تخرج من الصنف الواحد درجات في الجودة والالوان اكثر من ان تحصى .

طريقة بيع المبيعات

٤٤ — ليس في بيع المبيعات طريقة مخصوصة لتمييزها وتحديدها ، فكل طريقة تؤدي الى معرفة المبيع وتميز حقيقته ومقداره ان كان غير معين ، والى تمييز عينه ان كان معينا هي طريقة مقبولة فقهاً ، ويصح بها العقد .

فالمبيع الحاضر في مجلس العقد اذا اشير اليه كما لو قال البائع بعتك هذا الكتاب صح البيع واغنت الاشارة عن كل تعريف وتحديد لأنها ابلغ طرق التعريف (ر : م / ٢٠٢) حتى لو اشترى مافي هذا الصندوق او هذا الجوالق او هذا البيت وهو لايعلم مافيه صح البيع (رد المحتار ج ٤ ص / ٢١)

والمبيع الغائب تبين احواله وصفاته التي تميزه عن غيره مع بيان مقداره (م/٢٠١) .

وفي بيع الارض يجب بيان حدودها ايضاً كي يعرف موقعها لاختلافها باختلاف المواقع.

وفي هذا الزمن ، في البلاد التي فيها سجل عقاري كبلادنا، يكفي بيان رقم محضر العقار ومنطقته .

٤٥ - والمهم في مقدار المبيع أن يكون محدوداً في جملته وان لم تكن وحداته القياسية معلومة .

فالمقدرات جميعاً من مكيلات وموزونات ومذروعات ومعدودات يصح بيعها جزافاً (١) كما يصح بالمقياس . فلو باع مثلاً صبرة معينة من حنطة ، أو كوماً معيناً من تبن ، أو حملاً معيناً من نسيج صح البيع (م / ٢١٧) .

وتعتبر المجازفة ولو توقف تحديد الثمن على قياس المبيع . فلو باع شاحنة من الفحم الحجري ، أو وسق سفينة من الدقيق ، أو قطيع غنم ، أو قطعة من الجوخ، على ان كل طن من الفحم أو قنطار من الدقيق أو رأس من الغنم أو متر من الجوخ بكذا، صح البيع في جملتها جميعاً مهما بلغ مقدارها ، ويحدد مجموع الثمن بعد قياسها بالمقياس المسمى(٢).

٤٦ - والمقياس يرجع الى اختيار العاقدين ، فلا يجب ان يكون هو المقياس

---

(١) الجزاف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير (م / ١٤١) .

(٢) هذا رأي صاحبي ابي حنيفة ، محمد وابي يوسف ، وبه اخذت المجلة في المادة / ٢٢٠/ وذهب ابو حنيفة إلى ان البيع انما يصح فيما يعادل وحدة قياسية واحدة فقط أي طن واحد من الفحم وقنطار واحد من الدقيق الخ ... لجهالة المجموع عند العقد.

والمجلة لم تتعرض للزوم هذا البيع أو عدمه ، لكن المنقول في كتب الفقه ان المشتري مخير بعد معرفة المقدار عند الصاحبين، وهذا الخيار يسمى خيار التكشف، أي انكشاف الحال (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٨) .

المعتاد في نوع المبيع . فكما يصح ان تباع المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة بمقياسها المعهود أي كيلا في الكيليات ، ووزناً في الموزونات الخ . . . يجوز ايضاً أن تباع بغير مقياسها المعهود . فتباع المكيلات أو المذروعات وزناً ، وتباع الموزونات كيلا ، وهكذا .

ويصح ان يتفق المتبايعان على مقياس خاص غير المقياس المتعارف ، كما لو باع الحنطة على ان يكيلها بوعاء أو يزنها بحجر معينين وان لم يعلم مقدار الوعاء وثقل الحجر (م/٢١٨) . على انه يشترط عندئذ أن يكون المقياس ليس مما يتسع ويضيق بالكبس وعدمه . فلا يصح مثلاً أن يكون المكيال اليوم كيساً من المطاط . واستثنوا من ذلك بيع الماء بالقرب فجوزوه استحساناً لتعارف الناس مع ان القرب تتمدد وتنقبض (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٧) .

الفرع الثاني

في شمول المبيع

٤٧ — من الامور المهمة في البيع معرفة مايدخل في المبيع وما لايدخل ، فقد يختلف المتبايعان في بعض الاشياء التي لها صلة بالمبيع انها داخلة في العقد لان المبيع يشملها فتكون للمشتري ، أو غير داخلة لأنه لا يشملها فتكون باقية على ملك البائع

وانواع المبيعات لاتحصى ، فيجب الرجوع بها الى قواعد واصول عامة .

وقد عالج الفقهاء هذا الموضوع ووضعوا فيه قواعد ضابطة كفيلة بحسم هذا النزاع في كل مبيع مهما كان نوعه ، وجرت عليها المجلة في المواد / ٢٣٠-٢٣٦ / وسنرى فيما يلي هذه القواعد والاصول التي يتميز بها مايشمله المبيع فيدخل في البيع وان لم يصرح به . وما لايشمله فلا بد من التصريح به .

٤٨ - فيعتبر من المبيع المسمى ويدخل في البيع دون تصريح به :

اولا — كل مايتناوله اسم المبيع بحيث يعد جزءاً حقيقياً منه بحسب مدلول اسمه .

ففي بيع الدار يدخل المطبخ والغرف والأدراج التي فيها والسطح والجدران الخ... وفي بيع حديقة زيتون أو ليمون مثلا تدخل الاشجار التي تتكون منها والسياج المحيط بها شجراً كان أو بناء ، إذ لاتسمى الارض الخالية حديقة زيتون أو ليمون. وفي بيع السيارة اليوم تدخل اداة التدوير (اليد) ، ودواليب المطاط .

ثانياً — كل ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً الى غرض الاشتراء لانه في حكم جزء من المبيع .

وعلى هذا ففي بيع القفل يدخل مفتاحه في البيع وان لم يذكره المتبايعان . وفي بيع القبقاب يدخل سيره . وفي بيع البقرة الحلوب التي تشترى لاجل اللبن يدخل فلوها الرضيع ، بخلاف ولد الاتان فانه لايدخل في بيع امه بلا ذكر ولو رضيعاً .

والمبنى الفقهي في ذلك ان الانتفاع المقصود من المبيع بعقد البيع يتوقف تحققه على هذه الاشياء وان كانت مستقلة عنه في الوجود ، فيكون عدم ذكرها اعتماداً على ان دخولها مفهوم كما يستغنى بذكر الكل عن ذكر الاجزاء التي يتألف منها .

ثالثاً — كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار .

وضابط اتصال القرار ان يكون الشيء موضوعاً على وجه الدوام لاليرفع ويحول. وعلى هذا تدخل في بيع الدار الاقفال المسمورة ومفاتيحها ، والخزائن المثبتة ، والرفوف والسلالم الخشبية المثبتة، والابواب ، وبكرة البئر . بخلاف الحبل والدلو ، والاقفال غير المسمرة ، والخزائن والسلالم المنقولة ، ونحو ذلك كأحواض

الازهار المنقولة فانها لا تدخل مع المبيع في البيع(١) .

اما المرايا فاذا كانت منقولة معلقة تعليقاً فلا تدخل واذا كانت مثبتة في اصل البناء أو النجارة فانها تدخل .

وفي هذا العصر تدخل ، بمقتضى هذا الاصل ، تجهيزات حمامات الدور من المواقد ومستودعات الماء وانابيب الدخان والمستحمات المسماة (بانيو) والاجران وان كانت كلها غير مثبتة في البناء لانها انما توضع على انها مرافق اساسية مستقرة من توابع الدار .

وكذلك انابيب تمديدات المياه الداخلية والصنابير (الحنفيات) وتمديدات الكهرباء باسلاكها وانابيبها ومفاتيحها ، لأنها موضوعة لتبقى لا لترفع . بخلاف المصابيح الكهربائية والقناديل بمختلف انواعها فانها لاتدخل .

وفي بيع الاراضي يدخل الشجر الحي المغروس للاستقرار من مثمر أو غير مثمر . بخلاف الشجر اليابس والمغروس لاجل النقل والتحويل كالغراس التي تسمى اليوم « نصباً » ، أو المغروس لاجل القطع كالحور والصفصاف . وكذلك الزرع لايدخل في بيع الارض . وكذا الثمر المدرك لايدخل في بيع الشجرة لانه عرضة للقطع فهو غير مستقر .

---

(١) أما مايظهر في الدور المبيعة تحت جدرانها إذا انهدمت أو تحت بلاطها اذا قلع من رصاص أو ساج أو خشب او احجار مرمرية ونحو ذلك مما يقع كثيراً فاذا كان من جملة البناء فهو للمشتري واذا كان مدفوناً في الارض للحفظ فهو للبائع . واذا قال البائع ليس لي فحكمه حكم اللقطة . (رد المحتار ج ٤ ص/٣٣)

اقول اذا كانت علائمه تدل على انه من الاشياء القديمة الاثرية فهو عندئذ من قبيل ما يطلق عليه فقها اسم « الركاز » وله في بلادنا اليوم احكام قانونية خاصة تجعل جانبا من قيمته للمكتشف وباقيه يعتبر من الاموال العامة للدولة .

رابعاً — كل ماجرى العرف والعادة ببيعه مع المبيع تبعاً له ، وان لم يكن من الزمر السابقة

فلجام دابة الركوب ، وخطام البعير ، ومفتاح الدار يدخلان في بيع الدابة والبعير بمقتضى العرف .

خامساً — كل ما كان من توابع المبيع التي يعبر عنها بالالفاظ العامة كالحقوق والمرافق اذا ذكرت هذه الالفاظ العامة في العقد .

فاذا باع داراً او ارضاً بجميع حقوقها ومرافقها دخل حق الشرب الذي لها وحق المسيل والمرور، وكل ما ليس وجوده ضروريا ولكنه من مرافق العقار وان لم يصرح به خاصة (١) .

٤٩ — أما ما ليس من هذه الزمر الخمس ولا تشمله الاصول المتقدمة فانه لا يدخل في البيع الا اذا صرح بذكره .

ففي بيع الفرس مثلاً لا يدخل سرجها وركابها ، وفي بيع الدار لا تدخل الكراسي والصناديق والتخوت المنفصلات ، وفي بيع المنضدة لا يدخل كساؤها ، وفي بيع النظارات اليوم لا تدخل محفظتها . ومن هذا القبيل سائر الامثلة التي تقدم ذكرها على سبيل المخالفة لفروع الاصول السابقة . وعلى هذا الاساس يفرع ويقاس . ولينظر في هذا الموضوع شرح المواد / ٢٣٠ — ٢٣٦ / من المجلة للعلامة

---

(١) استظهر المرحوم ابن عابدين انه في دمشق اليوم يدخل في بيع الدور حق شربها وان لم يصرح بالحقوق والمرافق بحكم العرف في هذه البلاد (ر : ردالمحتار ج ٤ ص / ٣٤ / ورسالة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف له ايضاً) .

على حيدر افندي ، والدر المختار وحاشيته رد المحتـار فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل) .

٥٠ — هذا ،وكما انمالا يلحق بالمبيع تبعاً لا يدخل في البيع الا بذكر صريح، يرى ان ما يلحق بالمبيـع تبعاً بحسب الاصول المتقدمة لا ينفصل عن الدخول في حكم البيع الا باستثناء صريح .

ومن القواعد المقررة في امر الاستثناء من شمول المبيع ان : كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثناؤه من المبيع . فاذا باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً ، او باع حديقة واستثنى منها بقعة معينة ، او باع السيـارة واستثنى دواليب المطاط التي عليها ، فكل ذلك وامثاله جائز لازم (ر : م / ٢١٩) .

أما ما لا يجوز بيعه منفرداً فلا يجوز استثنـاؤه من البيع ، فكما لا يجوز بيع الحمل في بطن الدابة وحده (ر : ف / ١٨) لا يجوز استثناؤه من بيع الدابة .

٥١ — ومما يجب ان يلحظ في هذا المقام ان الفقهاء قد قرروا ان كل ما يدخل في المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن (م / ٢٣٤) .

وليس المراد بذلك انه لا وزن له في المعاوضة فوجوده كعدمه ، وإنما المراد انه يعتبر بالنسبة الى اصل المبيع بمنزلة الوصف من الموصوف . فهلاكه مثلاً بعد العقد قبل القبض ، كما لو سرق خطام البعير المبيع قبل استلامه ، لا يسوغ المشتري ان يسقط من الثمن المسمى شيئاً في مقابله ، وانما يتخير بين اخذ المبيع بكل الثمن المسمى او فسخ العقد كما يفسخ بفوات الوصف المرغوب .

وذلك بخلاف هلاك شيء من اصل المبيع مما يعتبر هلاك قدر لا وصف ، اذ يحط ما يقابله من الثمن على ما سيأتي تفصيـله في بحث التسليم من التزامات البائع فلينظر هناك لصلته بما هنا .

الفرع الثالث

في حضور المبيع وغيابه

٥٢ — المسائل والاعتبارات التي تتفرع عن حضور المبيع في مجلس البيع وغيابه عنه هي :

— لزوم الوصف وعدمه في المبيع .

— خيار الوصف والرؤية فيه .

وسنعالج احكام هذه المسائل بحسب منشئها ، وهو حضور المبيع وغيابه .

(اولا) — حضور المبيع

٥٣ — اذا كان المبيع حاضراً مشاراً اليه في مجلس العقد بحيث يراه المشتري ويدركه يتعين ويقع البيع فيه لازماً من حيث الاوصاف (١) فلا يستطيع المشتري ان يفسخ العقد دون رضى البائع بحجة انه لم يلائم حاجته ولو ان البائع وصفه بغير اوصافه الحقيقية الظاهرة ، كما لو قال بعتك هذه الفرس الشقراء وكانت سوداء او بيضاء مثلاً ، او قال بعتك هذه الياقوتة الحمراء وكانت بيضاء . وذلك لان الاشارة متى وجدت كانت ابلغ من الوصف في التعريف فلا عبرة للوصف فكأنه لم يوجد وبقيت الاشارة وحدها . ومن القواعد المقررة ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م / ٦٥)

---

(١) أما من غير ناحية الاوصاف فقد يكون غير لازم كما لو كان في البيع خيار شرط او ظهر في المبيع عيب .

٥٤ — اما لو سمى البائع المبيع الحاضر بغير اسم جنسه ، كما لو قال بعتك هذه الفرس واشار الى كرسي مثلاً او قال بعتك هذه الياقوتة وكانت زجاجاً ، فالبيع لا ينعقد لأن المبيع معدوم كما تقدم ، فان غلط الوصف مغتفر في المشار اليه لا غلط الجنس (ف / ١٨) .

واما في الاوصاف غير الظاهرة ، والمراد بها ما لا يدركه المشتري لخفائه اولتوقفه على خبرة خاصة فان البائع اذا وصف المبيع بوصف مرغوب فوصفه معتبر لازم ، حاضراً كان المبيع او غائباً ، لان حضوره كغيابه بالنسبة الى المشتري ما دام لا يمكنه الاطلاع بنفسه على حقيقة الوصف وانما يعتمد فيه على بيان البائع ، كما لو باعه هذه الجوخة على انها انكليزية وكانت افرنسية مثلاً ، او باعه هذه البقرة على انها حلوب فتبين انها غير حلوب ، او باعه هذه الفرس على انها من سلالة فحل معين وكانت من خلافه . وكذا لو كان الوصف المخالف من الاوصاف الظاهرة ولكن كان المشتري اعمى ، او كان الشراء واقعاً في الليل بحيث يخفى .

وحكم البيع في هذه الاحوال عند خفاء الوصف المخالف على المشتري في المبيع الحاضر كحكمه في المبيع الغائب في انه يوجب خيار الوصف الآتي بيانه .

(ثانياً) — غياب المبيع

٥٥ — ينشأ عن غياب المبيع عن مجلس العقد حكمان من ناحيتين : ناحية الوصف المخالف ، وناحية الرؤية .

(أ) — الوصف المخالف

اذا باع احد شيئاً غائباً عن مجلس العقد ووصفه بوصف مرغوب ، كالأوصاف السالفة الامثلة في بحث حضور المبيع ، ثم تبين خلافه فالمشتري مخير بين ان يقبل بكل الثمن المسمى وان يفسخ البيع ، وهذا يسمى خيار الوصف .

وهذا الخيار يورث ، فلو مات المشتري انتقل حق الفسخ الى الوارث .

فاذا اسقط من له الخيار خياره او تصرف بالمبيع تصرف الملاك كما لو باعه او استهلكه او حوله من شكل الى شكل سقط خياره ولزم البيع (م / ٣١٠— ٣١٢)

ويتضح من ذلك انه ليس لخيار الوصف في نظر الفقهاء اجل محدود فيستطيع ان يستعمل المشتري خياره بعد اطلاعه على اختلاف الوصف المشروط ما دام لم يرض ولم يتصرف حتى غاية مرور الزمان . وهذا مشكل ومضر بالبائع . فينبغي فيه التحديد بأجل .

ولو مات من له الخيار فاجاز بعض ورثته البيع وفسخ بعضهم ، فالظاهر ان البيع لا ينفذ في حصة الوارث المجيز ما لم يرض البائع للزوم الشركة في المال المبيع وهي ضرر في حق البائع (علي حيدر م/٣١١) .

ولو اختلف المتبايعان في اشتراط الوصف المرغوب فيه فادعى المشتري اشتراطه وانكر البائع فالقول للبائع مع يمينه لانه منكر حق الفسخ ، والبينة على المشتري . وكذا لو اختلفا فادعى المشتري انه انما اشترى الثوب على ان عرضه ذراعان وطوله تسعة ، وقال البائع انه انما اشترط ان يكون العرض ذراعاً والطول سبعة فالقول للبائع مع يمينه (ايضاً علي حيدر عن رد المحتار) .

٥٦ — ملاحظة :

في بيع المقايضة يثبت خيار الوصف للبائع في الثمن المعين كما يثبت للمشتري في المبيع ، اذ كل من العوضين مبيع من وجه ثمن من وجه .

أما في البيع بثمن من المثليات الملتزمة ديناً في الذمة كما لو كان الثمن مثلاً كمية محدودة من السمن الحديدي غير معينة ، فسلم المشتري سمناً من صنف آخر فلا موجب للخيار بل يكون المشتري ملزما بأن يؤدي الثمن من النوع او الوصف المشروط ما دام ممكناً ، لأن أصل الثمن غير معين بل ملتزم في الذمة .

٥٧ — (ب) — الرؤية :

اذا اشترى أحد شيئاً لم يره ، كان له الخيار حين يراه ، فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ، وهذا يسمى : خيار الرؤية .

ولا فرق بين ان يكون المبيع غائباً عن مجلس العقد حقيقة وان يكون حاضراً مستوراً ، لأنه في حكم الغائب ، فانما العبرة للرؤية وعدمها .

وهذا الخيار يختص بالمشتري فلا خيار للبائع فيما باعه دون ان يراه .

والنظرية الفقهية في ثبوت خيار الرؤية تقوم على اعتبار ان المبيع غير المشاهد ، وان كان غير مختلف عما وصف به ، قد يجده المشتري عند النظر اليه غير متفق مع مقصوده ولا ملائم لحاجته فيتضرر بالزامه به . وقد ثبت هذا الخيار بالحديث النبوي: « من اشترى ما لم ير فله الخيار اذا رأى » .

والمبدأ الفقهي العام الذي تتفرع عنه مسائل ثبوت الخيار وعدمه في الاجتهاد انما هو اطلاع المشتري عند البيع اطلاعاً كافياً على المقصود الاصلي من المبيع او عدم اطلاعه .

والرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة وانما تكون في كل شيء بحسبه وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه . فشم المشمومات وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وان لم ينظر لونها ، وجس الضرع في شاة اللبن ، يعد رؤية كافية في هذه الاشياء وان لم تشترك العين فيها ، ولو نظرت بالعين فقط لما كان ذلك رؤية كافية .

ومن ثم كان اطلاع الاعمى على هذه الاشياء التي تعرف بغير حاسة النظر يعد رؤية كافية كاطلاع البصير . اما فيما يعرف بالنظر فوصفه للاعمى يقوم مقام نظره .

٥٨ — وفيما يعرف بالنظر لا يجب ان ينظر كله ليعتبر مرئياً بل يكفي النظر

الى مايحصل به العلم بالمقصود الاصلي من المبيع. ففي النسيج الذي يكون ظاهره كباطنه تكفي رؤية ظاهره ، واذا كان مخططاً او منقوشاً تجب رؤية خطوطه او نقوشه مع ملمس قماشه ، وهكذا .

وعن هذا اذا كان للشيء المراد بيعه نموذج يتفق معه تكفي رؤية النموذج ليعتبر المشتري مطلعاً على المبيع فلا يثبت له خيار الرؤية . فان ظهر دون النموذج المرئي ، او مختلفاً عنه في الصفة يكون المشتري مخيراً ، فان شاء قبله بكل الثمن المسمى وان شاء رده بفسخ البيع .

ومن هذا يتضح ان المبيع اذا كان اشياء متعددة متفاوتة وبيعت صفقة واحدة تجب رؤية كل منها على حدة كيلا يثبت الخيار .

وفي شراء الدور تجب رؤية جميع الغرف اذا كانت متفاوتة . فلو كانت على صفة واحدة تكفي رؤية بعضها (م / ٣٢٦) .

وعلى هذا فالدور التي تبنى في عصرنا هذا طوابق بعضها فوق بعض اذا كان كل طابق مماثلاً للآخر في هندسته ومشتملاته ومواقعها وصفاتها فالظاهر أنه تكفي رؤية طابق واحد منها

والرؤية السابقة للعقد كالرؤية عند العقد تمنع ثبوت الخيار الا اذا مضت مدة يتغير فيها الشيء المبيع عن حاله التي كان رؤي عليها .

٥٩— والنظر في خيار الرؤية يقبل النيابة ولكنه لايورث . فرؤية وكيل الشراء ووكيل القبض اذا قبض المبيع وهو يراه ورضي به تعتبر كرؤية الاصيل الموكل فلا خيار له بعدها . لكن رؤية الرسول المرسل لاخذ المبيع لاتسقط خيار المشتري المرسل .

اما لو مات المشتري قبل ان يرى المبيع فليس لوارثه خيار عند رؤيته ، لأنه محض مشيئة كانت ثابتة لشخص المورث فلا يدرى كيف يكون رأيه لو رأى ، والمبيع سليم لم يفت منه شيء عليه حتى ينتقل به الى الوارث حق .

٦٠ — ويسقط خيار الرؤية بعد الرؤية وقبلها بكل تصرف في المبيع يعتمد الملكية كبيع المشتري المبيع وهبته مع التسليم (م / ٣٣٥) ويسقط بعد الرؤية لاقبلها بكل مايفيد الرضى بالمبيع ولو دلالة كعرض المبيع على البيع ، وهبته بلا تسليم (رد المحتار ج ٤ ص / ٦٥).

فاذا لم يوجد مسقطه يبقى الخيار بعد الرؤية مدة مرور الزمان اذ ليس له اجل محدود على الرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي .

وفي هذا من الاشكال ماقد بيناه في آخر بحث خيار الوصف ، لأن فيه ضرراً على البائع بنقض البيع بعد مضي زمن طويل فينبغي تحديده .

على ان الحديث النبوي الآنف الذكر وهو الذي ثبت به حكم خيار الرؤية قد يشعر بمعنى الفورية فيه ، فان قول النبي عليه السلام « فله الخيار اذا رأى » قد يفهم منه ان الخيار انما يثبت عند الرؤية لابعدها ويستثنى الزمن الذي يحتاج فيه الى التروي عادة ، وهو الاجل الذي كان ينبغي ان يحدده الاجتهاد فايحق بالعندية لا بالبعدية ، وهو رأي آخر في الاجتهاد الحنفي يرى اصحابه توقيت خيار الرؤية بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية ، فلو تمكن المشتري منه ولم يفسخ سقط خياره . لكن ينقص هذا الرأي تحديد الامكان بوقت مناسب عادة ، وهو ما كان ينبغي ان تتداركه المجلة .

هذا ، ولتنظر في موضوع خيار الرؤية المواد / ٣٢٠ — ٣٣٥ / من المجله ، وباب خيار الرؤية من كتاب البيوع في رد المحتار .

❀❀❀

الفرع الرابع

في ظهور الزيادة والنقص في المبيع

٦١ — المبيع إما ان يباع جزافاً او مقدراً بمقدار . واذا كان مقدرا فاما ان يظهر تاماً او ناقصاً او زائداً .

وعلى كل اما ان يذكر في عقد البيع مجموع الثمن فقط في مقابل مجموع المبيع المقدر ، كما لو بيع قطعة جوخ بمائة دينار على انها مائة متر ؛ واما ان يصرح في العقد بتفصيل اجزاء الثمن على وحدات المبيع كما لو بيعت قطعة الجوخ على انها مائة متر بمائة دينار كل متر بدينار .

فاذا كان المبيع جزافاً او كان مقدراً فظهر تاماً كان البيع صحيحاً لازماً بكل الثمن المسمى من حيث المقدار ، وان امكن ان يكون غير لازم من جهات اخرى كما لو وجد فيه ما يوجب احد الخيارات المتقدمة الذكر .

واذا ظهر زائداً او ناقصاً فحكم العقد يختلف باختلاف اصناف المبيعات وصفاتها من حيث لزوم العقد او عدم لزومه ، ومن حيث مقدار الثمن الواجب في حالتي الزيادة والنقص ، ومن حيث صحة البيع وفساده .

فالمبيع المقدر بمقدار اما ان يكون مكيلاً او موزوناً او مذروعاً او معدوداً.

والموزون والمذروع اما ان يكونا مما يضره التبعيض اي التجزئة والتقسيم ، او مما لا يضره ذلك .

والمعدود اما ان يكون متقارب الآحاد ، او متفاوتاً .

ومما يلاحظ هنا ان المكيل والمعدود دائماً لا يضرهما التبعيض .

ولاجل تسهيل جمع الاحكام وترتيبها نرتب هذه الاصناف من المبيعات كما يلي:

١) — الصنف الاول :

أ — المكيلات بمختلف انواعها كالقمح والشعير والتبن ، اذا بيعت بالكيل ، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبترول والبنزين ، وكل ما اصطلح على كيله .

ب — الموزونات والمذروعات اللذان لا يضرهما التبعيض . فالموزونات كالقمح والشعير اذا بيعا وزناً ، وكالسمن والزيت والحطب والسكر ونحوها ؛ والمذروعات كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية او القطنية او الحريرية مما يعرض ليباع منه بالذراع ونحوه .

ج — العدديات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها الا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز ، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف او البلور ونحوها .

والصفة المشتركة الجامعة بين زمر هذا الصنف انها لا يضرها التبعيض .

٢) — الصنف الثاني :

الموزونات والمذروعات اللذان يضرهما التبعيض ، فالموزونات كحبة لؤلؤ او الماس . والمذروعات كالاراضي وكقطعة شال او سجادة او قطعة جوخ تكفي ثوباً .

٣) — الصنف الثالث :

العدديات المتفاوتة كالغنم وسائر الدواب وكالبطيخ اذا بيع بالعدد لا بالوزن .

٦٢ — فما كان من الصنف الاول على اختلاف زمره — اذا بيع شيء منها وبين مجموع مقداره فان ظهر أزيد فالزيادة للبائع ، والعقد لازم في حق الطرفين . وان

ظهر أنقص كان البيع غير لازم في حق المشتري لتفرق الصفقة عليه ، فيخير بين أن يأخذ المبيع على نقصه بحصته من الثمن ، وبين أن يفسخ البيع .

ولا فرق في ذلك بين اجمال الثمن فقط كما لو باعه على انه مائة بمائة درهم ، او تفصيله كما لو باعه على انه مائة بمائة كل واحد بدرهم (ر : م /٢٢٣ و ٢٢٦) .

٦٣ — وما كان من الصنف الثاني ـ وهو ما يضره التبعيض من موزون أو مذروع ـ اذا بيع شيء منه وبينت مجموع وحداته وزناً او ذرعاً ومجموع ثمنه ، فظهر المبيع أزيد او أنقص فالحكم يختلف بين اجمال الثمن وتفصيله :

أ) — فاذا كان قد اكتفي في العقد باجمال الثمن دون تفصيل ، ينظر :

ففي حال زيادة المبيع يكون العقد لازماً بحق الطرفين بالثمن المسمى ، والزيادة للمشتري ، لان المنظور اليه حينئذ في العقد من حيث تقابل العوضين انما هو المجموع دون الاجزاء .

والمبيع لا يقبل التبعيض فالزيادة لا تقبل الفصل ، فتكون كوصف في المبيع فلا يقابله شيء من الثمن كما لو اشترى شيئاً فظهر اجود مما كان يظن . فالزيادة في مصلحة المشتري ولا خيار لاحد .

وفي حال نقصان المبيع يكون النقص على المشتري فلا يطرح شيء من الثمن المسمى لقاء النقصان ، لكن يخير المشتري بين القبول والفسخ كما لو فات وصف مشروط في المبيع .

ب) — وأما اذا كان قد فصل الثمن على وحدات المبيع ، بان قيل مثلاً بعد بيان المجموعين ـ أي مجموع المبيع والثمن ـ : كل رطل او ذراع بكذا فالزيادة والنقص تكونان عندئذ بحسابها من الثمن ، فيستحق البائع ثمن الزائد ، ويطرح المشتري ثمن الناقص ، لكن العقد يكون غير لازم في حق المشتري فيخير بين القبول والفسخ ، لانه في صورة الزيادة سيلزم بأكثر مما اشترى ، وفي صورة النقص تتفرق الصفقة عليه (ر : م / ٢٢٤ ـ ٢٢٦) .

والفرق بين حكم هذه الحالة وحكم الزيادة والنقص في زمرة الصنف الاول المتقدم انه هناك تفصل الزيادة وترد الى البائع ان لم يتفقا على بقائها اما هنا فلا تفصل لان المبيع لا يقبل التبعيض وانما يحاسب على حصتها من الثمن؛ وايضاً هناك لا يخير المشتري في حال الزيادة وهنا يخير .

٦٤ — وما كان من الصنف الثالث ـ وهو العدديات المتفاوتة ـ كما لو اشترى انسان قطيع غنم على انه مائة رأس بكذا فظهر أزيد او انقص ، فكذلك يختلف الحكم في حالي اجمال الثمن وتفصيله :

أ) — ففي حال اجمال الثمن يفسد البيع بظهور الزيادة او النقص على السواء لان المبيع يقبل التبعيض فتكون الزيادة للبائع والنقص بحسابه من الثمن كما في الصنف الاول فتقع الجهالة فيما يجب رده من المبيع وفيما يجب طرحه من الثمن لتفاوت آحاد المبيع في القيمة ، إذ تتعارض مصلحة البائع والمشتري في رد الاجود او الاردأ وفي طرح قيمته ، فتكون جهالة مفضية الى نزاع مشكل فتفسد العقد .

ب) — واما في حال تفصيل الثمن على اجزاء المبيع بأن قيل مع بيان مجموعها: كل رأس بكذا، فانه اذا ظهر المبيع ازيد كان البيع فاسداً للحاجة الى رد الزائد عيناً فتقع الجهالة السالفة البيان؛ واما اذا ظهر انقص فالبيع صحيح غير لازم لان الواجب عندئذ ان يطرح من الثمن حصة الناقص، وبما انه قد بين ثمن كل واحد من المجموع مع بعضه اصبح ما سيطرح معلوماً . لكن يخير المشتري لتفرق الصفقة عليه (١)

---

(١) يلاحظ هنا بالنسبة الى حكم الفساد ، اثر المادة /٦٤/ من اصول المحاكمات الحقوقية . فان هذه الجهالة فيما يجب رد عينه او طرح ثمنه في حالتي الزيادة والنقص المفسدتين انما هي جهالة في نقطة فرعية لا اساسية اذ أن اسس المعاوضة قد بينت ببيان مجموع المبيع والثمن فلا تكون هذه الجهالة مفسدة بمقتضى الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة، بل تكمل المحكمة هذا النقص الفرعي فتعين هي بمعرفة الخبراء ما يجب رده او طرح ثمنه بنسبة وسطية (ر : ف / ٣٤)

ويجب ان يلحظ انه في كل صورة يتخير فيها المشتري من المسائل السالفة اذا قبض فيها المبيع مع علمه بنقصه سقط خياره ولزم العقد (م / ٢٢٩) .

٦٥ — خلاصة :

ومما تقدم بيانه يتضح ان المبدأ الفقهي العام في ان الزيادة والنقص في المبيع يعتبران لمصلحة البائع وحسابه انما يستند الى احد امرين : كل واحد منهما يكفي اذا وجد لاثبات هذا الحكم .

— كون المبيع مما لا يضره التبعيض .

— او تفصيل اجزاء الثمن على وحدات المبيع .

فمتى كان المبيع مما لا يضره التبعيض كانت الزيادة لمصلحة البائع والنقص على حسابه دون نظر الى تفصيل الثمن .

ومتى فصل الثمن فكذلك تكون الزيادة لمصلحة البائع والنقص على حسابه ، دون نظر الى كون المبيع مما لا يضره التبعيض .

ومتى انتفى كلا الامرين بأن كان المبيع مما يضره التبعيض والثمن غير مفصل كانت الزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن مع ملاحظة ثبوت الخيار للمشتري متى كان بمقتضى ظهور الزيادة والنقص سيلزم بأكثر مما اشترى او ستتفرق عليه الصفقة .

والنظر الفقهي في ذلك ان المقادير فيما لا يضره التبعيض تعتبر كأجزاء ، وفيما يضره التبعيض تعتبر كأوصاف . والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، بمعنى انها لا يقسم عليها وانما يوجب فواتها الخيار (١) .

---

(١) قال في رد المحتار نقلاً عن الدر المنتقى : « وقالوا : ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف ، وما ليس كذلك اصل ، وكل ما هو وصف في =

٦٦ — ان هذا الفصل من المواطن الفقهية المضطربة العرض في مصادرها من كتب الفقه ، وقد رتبت المجلة احكامه بعض الترتيب في المواد / ٢٢٣ - ٢٢٩/ منها . وقد حرصنا على زيادة تمهيده وترتيبه مع العلل والمبادئ المعتبرة فيه . ولتنظر مصادره في المواد المذكورة من المجلة وشروحها ، وفي ردالمحتار ج٤ص /٣٠-٣٣/ والدرر ج ٢ ص / ١٤٧ - ١٤٩/ .

= المبيع لا يقابله شيء من الثمن » اه . ومعنى التشقيص التجزئة والتبعيض ، فهو جعل الشيء اشقاصاً اي اقساماً جمع « شقص » كقسم وزنا ومعنى .

الفصل الثالث

في الثمن واحواله

٦٧ — ان الاحوال التي يتناولها البحث عن الثمن مباشرة[١] هي :
— مباحث عامة في الثمن .
— تحديد الثمن وطرائقه .

الفرع الاول

مباحث عامة

المبحث الاول

في فكرة الثمنية ، والفرق بين الثمن والقيمة والدين

٦٨ — (أ) — **فكرة الثمنية**
الثمن هو المال الذي يقابل المبيع (ر :م /١٥٢) وهو انما يكون من جانب المشتري.

---

(١) وهناك احوال للثمن ليست من مباحثه الذاتية المباشرة بل فيها معنى الالتزام كتعجيل الثمن وتأجيله وتقسيطه فيبحث عنها بمناسبتها في التزامات المشتري.

وفكرة الثمنية ، في النظرين العرفي والفقهي ،تقوم على معنى الوسيلة المالية التي يتوصل بها اتفاقاً الى الحصول على المبيع المقصود . فالثمن ، في الاصل ، اداة المبادلة واما المقصود فيها فهو المبيع . وذلك لأن المبيع تحقق المنفعة بذاته للانسان فهو محط حاجته ، واما الثمن فليس في الغالب الا مطية لمبادلة اخرى . وهكذا يصبح الثمن دواراً متداولاً ، والمبيع مستهلكاً . هذا شأن المبيع والثمن ، في البيع المطلق وهو البيع بالنقد، وان كان من الناس من يشتري وليس المبيع مقصوده لذاته، وانما يبغي به التجارة والربح . فالمبيع في الاغلب هو محل الحاجات ، فعلى كلٍ هو في ذاته غاية ، والثمن وسيلة .

وعن هذا يعتبر الفقهاء للمبيع في العقد شأناً في الاحكام اهم من شأن الثمن فيشترط لانعقاد البيع ان يكون المبيع مالا متقوما اي يجب ان يكون محلاً صالحاً للتمليك. اما الثمن فلا يشترط تقومه لانعقاد البيع بل لصحته فقط كما تقدم (ر:ف/ ٢٠ / ورد المحتار ، باب البيع الفاسد ج ٤ ص / ١٠٤) . وكذلك هلاك المبيع قبل التسليم يبطل البيع اما هلاك الثمن فلا يبطله بل يجب بدل عنه .

٦٩ – (ب) – الثمن والقيمة

ومن كون الثمن هو الوسيلة المالية الاتفاقية في المبادلة يتضح ان معنى الثمينة لايتحقق الا في عقد .

ومن ثم كان الفرق بين الثمن والقيمة . فقيمة الشيء هي مايساويه بين الناس . اما الثمن فهو مايتراضى عليه المتبايعان فقد يكون اكثر من القيمة او اقل اومساوياً (م / ١٥٣ و ١٥٤ / ، ورد المحتار باب خيار الشرط ج ٤ ص / ٥١)

ففكرة التوازن بين العوض والمعوض هي في الثمن اعتبارية ، وفي القيمة حقيقية.

وقد تسمى القيمة « ثمن المثل» في مقابل قولهم: «الثمن المسمى » اي المتفق عليه في البيع . ولكن لاينبغي ان يقال « قيمة المثل » لان لفظ القيمة وحده ينبئ عنه .

٧٠ — (ج) — الثمن والدين

ومن جهة اخرى يفرق بين الثمن والدين بأن الثمن هو ماتراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع . اما الدين فهو كل ماثبت في الذمة من الاموال القابلة للثبوت فيها باي سبب من اسباب الالتزام ، كالاتلاف والغصب والكفالة والقرض الخ ... ومن جملة هذه الاسباب البيع .

فالدين اعم من الثمن سبباً لأن الثمن لا يكون الا في البيع خاصة . ولكن الثمن اعم من الدين نوعاً لان الدين لايكون الا من النقود او المثليات الأخرى القابلة للثبوت في الذمة ، اما الثمن فقد يكون كذلك وقد يكون عيناً قيمية . فبينهما من النسبة مايسمى بالعموم والخصوص الوجهي لان كلاً منهما اعم من وجه واخص من وجه آخر (ر : رد المحتار ج ٤ ص/ ١٦٦).

المبحث الثاني

فيما يصلح للثمنية ، وحالات تعين الأثمان ، والتمييز بين المبيع والثمن

٧١ — (أ) — مايصلح للثمنية

الاصل ، كما يظهر من تتبع النصوص ، ان كل ما امكن ان يكون مبيعا امكن ان يكون ثمناً . ولا عكس ، لما رأينا ان المال غير المتقوم شرعاً ينعقد معه البيع لو كان ثمناً ولا ينعقد لو كان مبيعاً(١)

---

(١) يلاحظ هنا ان المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا قد ازالت هذه التفرقة الفقهية بين المال المتقوم وغير المتقوم . فيمكن بمقتضى الفقرتين الاولى والثانية منها ان يقال: كل ما امكن ان يكون مبيعاً امكن ان يكون ثمناً وبالعكس.

وعن هذا ، فالثمن يمكن ان يكون ديناً في الذمة وهو الاغلب ، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً او اموالاً اخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين كالقمح والزيت وغيرهما من كل كيلي او وزني او ذرعي او عددي متقارب . ويمكن ايضاً ان يكون اعياناً قيمية من حيوان او ثياب او نحوها ، كما لو بيعت كمية من السكر الى اجل بشيء من القيميات ، فالسكر مبيع والعين القيمة ثمن ، ويكون البيع سلماً لأنه بيع مؤجل بمعجل ، ولا يشترط فيه ان يكون الثمن نقوداً او مالا مثلياً .

وكذلك بيع المقايضة وهو بيع العين بالعين فان كلا من العوضين يعتبر مبيعاً من وجه وثمناً من وجه .

٧٢ — وبذلك يتضح ان الثمن لايجب دائماً ان يكون ثابتاً في الذمة ، كما لايجب ايضاً ان يكون مما يقبل الثبوت في الذمم وهو المثليات . بل قد يكون قيمياً كما رأينا ، وقد يكون مثلياً متعيناً كتعين المبيع ، كما لو بيع شيء معين بمقدار من القمح حاضر مشار اليه في مجلس العقد . فكلا المبيع والثمن متعينان في الوجود الخارجي ليس احدهما بملتزم في الذمة (ر : الدر المختار ورد المحتار فصل التصرف بالمبيع والثمن ج ٤ ص / ١٦٥) .

فما يعبر به احياناً بعض الفقهاء : ان الثمن هو مايثبت ديناً في الذمة ، ومافي المادة / ١٥٢ / من المجلة ان « الثمن مايكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة » ليس صحيحاً على اطلاقه ، بل محمول على الحالة الغالبة من ان الثمن يكون عادة من النقود الملتزمة ديناً في الذمة .

وقد اخذ مشروع القانون العراقي في المادة / ٥٢٦ / منه مادة المجلة المذكورة بنصها في تعريف الثمن فوقع ايضاً تحت هذه الملاحظة . وقد كان المناسب حذف جملة « ويتعلق بالذمة » والاقتصار في التعريف على ان الثمن مايكون بدلا للمبيع .

٧٣ — على ان الاصل في الثمنية في نظر الفقهاء النقدان ، اي الذهب والفضة ، ولو غير مسكوكين ، ويصرحون بانهما اثمان بالخلقة (الدر المختار وغيره

اول الصرف) اي ان الغاية الاصلية العامة من اقتنائها وتداولها انما هي الثمنية . ويبني الفقهاء على هذا ان مبادلتها بجنسها ولو غير مسكوكين تطبق فيها احكام وشرائط الصرف الذي هو بيع ثمن بثمن .

وقد الحقوا بها الفلوس النافقة ، وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثمنيتها ، فهي اثمان بالاصطلاح ، فاذا كسدت اصبحت من السلع كما لو كانت غير مسكوكة .

٧٤ — وقد قرر الفقهاء ان النقود المسكوكة عامة من ذهب او فضة او فلوس معدنية لاتتعين في العقد ولو عينها العاقدان . فلو قال اشتريت منك كذا بهذا الدينار واشار اليه فان له بعد تمام العقد ان يبدله فيدفع سواه من نوعه ولا يحق للبائع ان يطلب اخذ ماوقع العقد به واشير اليه ، لأن الثمن متى كان من النقود فمحله الذمة حتما ، وما في الذمة لاينحصر ببعض افراده الخارجية فللملتزم ان يدفع ماشاء من الافراد الصالحة لوفاء التزامه ، فبطل التعيين ، لعدم فائدته . ومثل ذلك اليوم الاوراق النقدية .

فاذا لم يكن الثمن من المسكوكات ، فانه عندئذ كسائر السلع يقبل التعيين ولو كان ذهباً وفضة فلو اشترى بسبيكة ذهبية مشار اليها فليس له ان يدفع مايماثلها معياراً ومقداراً .

وقد ورد في المادة / ٢٤٣ / من المجلة انه « لايتعين الثمن بالتعيين في العقد » وانما المراد بها الثمن من المسكوكات النقدية بدليل مثالها الذي اوردته وهو الموافق لنصوص الفقهاء الاجماعية . والمجلة لم تستعمل لفظ الثمن الا مريدة به النقود ، ولم تمثل له بمثال من غير النقود ، جريا على الغالب الشائع من تعامل الناس .

٧٥ — (ب) — التمييز بين الثمن والمبيع

هذا ، وبناء على ما رأينا من ان كل ما امكن ان يكون مبيعاً امكن ان يكون

ثمناً ، وان الثمن ربما لايكون متعلقاً بالذمة بل قد يتعين في الوجود الخارجي كما يتعين المبيع اصبح من الواجب معرفة مايتميز به الثمن عن المبيع في المبايعات لان لهذا نتائج في الاحكام وقد عالج الفقهاء ذلك وقرروا فيه المبادئ التالية، باعتبار ان الاموال في المعاوضات ثلاثة انواع : النقود ، والاعيان القيمية، والمثليات :

١ — ان النقود عامة من ذهب أوفضة أو فلوس رائجة(١) إذا كانت هي أحد العوضين في البيع تعتبر هي الثمن ومقابلها المبيع مطلقاً أي مهما كان نوع مقابلها ، وسواء دخل حرف الباء عليها نحو بعتك هذا بدينار ، أو دخل على مقابلها ، نحو: بعتك ديناراً بهذا .

٢ — ان الاعيان القيمية اذا قوبلت بالاموال المثلية المعينة تعتبر هي المبيع والمثلي هو الثمن ، مطلقاً ايضاً دون نظر الى اقتران حرف الباء لأن المثلي اليق بالثمينة من حيث قابليته للثبوت في الذمم كالنقود .

واما اذا قوبلت بالاموال المثلية غير المعينة ، أي الملتزمة في الذمم فالعبرة في الثمينة لمقارنة حرف الباء فما دخل عليه كان ثمناً والآخر مبيعاً . فلو قال : بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر فالسكر هو الثمن . ولو قال بعتك قنطاراً من السكر بهذا المتاع كان السكر مبيعاً والمتاع ثمناً. ويكون العقد من قبيل بيع السلم الذي هو بيع مؤجل بمعجل (ر : ف / ١٠) .

٣ — الاموال المثلية اذا قوبل بعضها ببعض في عقد المعاوضة فكان كل من العوضين مثلياً كما لو بيع قمح بزيت أو جوز ببيض الخ .. فالعبرة لحرف الباء ، فعلى أي العوضين دخل في العقد اعتبر ثمناً والآخر مبيعاً .

٤ — في مقايضة الاعيان القيمية بالقيمية يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه وثمناً من وجه .

هذا ما يستخلص في هذا المقام من نصوص الفقهاء . (ر : الدر المختار ورد

---

(١) يلحق بها اليوم الاوراق النقدية كالورق السوري والمصري كما اشرنا اليه .

المحتار آخر الصرف ، وفتح القدير ايضاً ، والشرنبلالية فصل التصرف بالمبيع) .

٧٦ — نتائج هذا التمييز

ولهذا التمييز بين المبيع والثمن النتائج التالية :

١ — يشترط لانعقاد البيع ان يكون المبيع مالاً متقوماً لا الثمن .

٢ — يشترط لنفاذ البيع ان يكون المبيع موجوداً في ملك البائع لا الثمن .

٣ — هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع لاهلاك الثمن .

٤ — هلاك المبيع بعد التقابض يمنع اقالة البيع لاهلاك الثمن .

٥ — لايجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ويجب تأجيل المبيع .

٦ — على المشتري تسليم الثمن اولاً ليحق له استلام المبيع مالم يرض البائع .

٧ — مؤونة تسليم الثمن أي كلفته على المشتري ، ومؤونة تسليم المبيع على البائع .

٨ — البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد ، أما مع عدم تسمية المبيع ، نحو : بعتك بعشرة دنانير ، فباطل غير منعقد .

٩ — لايصح تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه ببيع ونحوه ، ويصح تصرف البائع في الثمن . وهذا الحكم معدل بمقتضى المادة /٦٤/ من الاصول الحقوقية لدينا فانها تقتضي صحة التصرف قبل القبض مطلقاً .

وهذه النتائج ترى منثورة في مناسباتها المختلفة من ابواب البيوع في المجلة وكتب الفقه .

الفرع الثاني

تحديد الثمن وطرائقه

٧٧ — يجب في عقد البيع ان يكون الثمن محدداً تحديداً كافياً لقطع النزاع . فان لم يكن محدداً كذلك كان مجهولاً فيفسد البيع سواء أكان مسكوتاً عنه

بالمرة ، كما لو قال : اشتريت منك هذا الشيء ، فقال البائع : بعتكه ، دون ان يتعرضا للثمن ، أو اتفقا على ان يحدد الثمن في المستقبل ، أو كانت أسس تحديده مذكورة في العقد ، كما لو اتفق المتبايعان على ان يكون الثمن سعر السوق يوم البيع .

لكن بمقتضى المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا يعتبر البيع في الحالة الاخيرة المتفق فيها على الاسس صحيحاً ، والمحكمة تتولى تتمة العقد فتحدد سعر السوق عند الاختلاف بمعرفة الخبراء .

أما في حالة السكوت عن اصل الثمن أو عن بيان اسسه فان المادة / ٦٤ / المذكورة لا تقتضي تصحيحه ، بل هو باق على حكم الفساد الشرعي لان الفقرة الاخيرة منها مالم تصحح من صور الفساد بسبب الجهالة الا ما اتفق فيه العاقدان على النقاط الاساسية وكانت الجهالة في النقاط الفرعية فقط خلافاً لما يتوهمه الكثيرون من رجال القانون اليوم (ر : ف / ٣٤) .

٧٨ — ولتحديد الثمن طرائق :

فهو إما ان يكون حاضراً في مجلس العقد أو غائباً .

فاذا كان حاضراً فانه يعلم ويحدد بمشاهدته والاشارة اليه (م/٢٣٩) ويكتفى بذلك سواء بين مقداره أو لم يبين ، وعندئذ أي ان لم يبين مقداره يكون جزافاً ، فان الجزاف يجري في الثمن كما يجري في المبيع (ر : ف /٤٥) فلو باع فرساً بصرة من الدنانير أو بصبرة من القمح مشار اليها فالبيع صحيح تام وان لم يعرف مبلغ الدنانير ولا مقدار القمح .

واذا كان الثمن غائباً عن مجلس البيع فان المجازفة عندئذ لاتجري فيه ، بل يجب ان يكون موصوفاً مقدراً ، وذلك ببيان نوعه ووصفه ومقداره (م/٢٣٩و ٢٤٠) وذلك يكون باحدى طريقتين :

إما ان يكون ثمن البيع غير مبني على ثمن الشراء ، أي غير منظور فيه الى رأس مال البائع ، وهذا يسمى : بيع المساومة .

وإما ان يكون مبنياً على ثمن الشراء بزيادة ربح محدود أو بلا ربح أو بخسارة محدودة ، وهذا يتفرع منه اربع حالات : المرابحة،والتولية،والاشراك، والوضيعة :

المبحث الاول

تحديد الثمن في بيع المساومة

٧٩ — بما ان طريقة المساومة لا ارتباط فيها للثمن الجديد بالثمن الذي كان اشترى به البائع تكون العبرة للنوع الذي يعينه العاقدان . فمتى ذكرا نوعاً ووصفاً لزم المشتري اداء المقدار المتفق عليه من النوع والوصف المبينين . فلو عقد البيع على دنانير عثمانية أو انكليزية أو افرنسية وجبت التأدية من هذه الانواع .

واذا اطلق الدينار فلم يبين له نوع ، فان كان في بلدة العقد دنانير متنوعة مختلفة في القيم متساوية في الرواج أي في شيوع تداولها بين الناس يفسد العقد لتأديته في النتيجة الى جهالة مقدار الثمن بسبب تفاوت قيم الدنانير .

وبمقتضى المادة /٦٤/ من اصول المحاكمات الحقوقية يمكن ان تعتبر هذه الجهالة في ناحية فرعية فيكون العقد صحيحاً وتتم المحكمة عند الاختلاف نواقصه فتعين من الدنانير النوع المناسب لقيمة المبيع بمعرفة الخبراء .

واذا كان بعض انواع الدنانير اروج من بعض في التعامل صح العقد وانصرف الثمن الى اروجها فلو بيع في بلادنا اليوم شيء بالليرات الذهبية دون بيان نوعها انصرف الى العثمانية لانها لدينا لاتزال اروج . ولو بيع كذلك في الحجاز مثلاً انصرف الى الدنانير الانكليزية ، لانها هناك اليوم اروج .

ومثل ذلك تماماً يقال في الاوراق النقدية اليوم فلو بيع لدينا بكذا ليرة ورقاً انصرف الى الورق السوري،ولو في مصر انصرف الى الورق المصري،وفي فلسطين الى الفلسطيني

وفي العراق الى العراقي ، وان كان كل من هذه الاوراق مستعملاً في كل من هذه الممالك ، لان كل نوع في بلاده اروج .

٨٠ — واذا بين نوع النقود لا وصفها وتفاوتت القيم بتفاوت الاوصاف، فالظاهر انه كذلك ينصرف الى الاروج ، كما لو بيع شيء لدينا بالليرات العثمانية ولم يبين انها جديدة أوعتيقة فانه ينصرف الى العتيقة لأنها اكثر تداولاً . واذا استوى الرواج فالظاهر ان العقد لايفسد بل ينصرف الثمن الى الادنى قيمة فيلزم به المشتري ، كما لو بيع شيء لدينا بالدنانير الانكليزية ولم يبين انه مما يحمل صورة الملك أو الملكة ، فانه ينصرف الى مايحمل صورة الملكة ، لان جميع افراد هذه الاوصاف المختلفة يصدق عليها النوع المبين وهو الدنانير الانكليزية .

أما في الحجاز اليوم مثلاً فان الدنانير الانكليزية اذا اطلقت في التعامل تنصرف الى مايحمل صورة الملك لانها الأكثر رواجاً .

واذا كان للنقود المتنوعة اجزاء تقديرية مشتركة بينها فوقع البيع على هذه الاجزاء كالقروش اليوم أو الفلوس فللمشتري ان يؤدي مايعادل القروش أوالفلوس المعقود عليها من اي نوع من انواع النقود الرائجة التي تقدر بها (م / ٢٤١) .

واذا كان لكل نوع اجزاء خاصة كاجزاء الليرة السورية أو المصرية من الورق النقدي اليوم ، واجزاء الريالات الفضية في الحجاز مثلاً وجرى العقد على نوع تلك الليرات اوالريالات فان للمشتري ان يدفع من الاجزاء المتداولة من نصف وربع وعشر ، الا اذا كان العرف يمنع دفع الاجزاء الصغرى كالعشر عوضاً عن الاصل . (م / ٢٤٤) .

المبحث الثاني

في المرابحة واخواتها

٨١ — المراد باخواتها التولية والاشراك والوضيعة .

ففي هذه البيوع يبنى الثمن على ما قام به المبيع على البائع .

أ)— فالمرابحة بيع ملكه الانسان برأس ماله مع ربح محدود ولا فرق بين ان يكون الربح حصة نسبية من رأس المال كعشرة في المائة مثلاً ، أو مبلغاً مقطوعاً او عيناً معينة في حوزة المشتري .

ويلحظ من هذا التعريف انه لا يشترط ان يكون المبيع مرابحة قد ملكه البائع بالشراء ، بل لو غصب الانسان شيئاً فضاع منه حتى حكم عليه بضمان قيمته ثم وجده فانه يمكن ان يبيعه مرابحة بما قام عليه . فلذا قيل : بيع ما ملكه ، ولم يقل : بيع ما اشتراه .

ويعتبر من رأس المال جميع التكاليف التي جرى العرف بأن تعتبر من رأس المال.

فاجرة صبغ المبيع او غسله او تطريزه او حمله ، واجرة السمسار ، كل ذلك يضاف الى الثمن الاصلي فيعتبر الجميع رأس المال ، بخلاف علف الدابة مثلاً فانه لا يحسب من رأس المال لانه في مقابل منافعها .

وقد اختلف الفقهاء في ضابط ما يدخل في رأس المال وما لا يدخل : فبعضهم يرى ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يدخل وما لا فلا . ومنهم من يرى ان العبرة لعرف التجار فيما يعتبر من المصاريف داخلاً في رأس مال الشيء او غير داخل وهو الرأي المعول عليه .

فاجرة مخزن البيع لا تضم على رأس مال البضاعة في المرابحة ، بخلاف اجرة بيت الحفظ فانها تضم عليه في عرف اليوم .

وكذا لا تضم اجرة الطبيب لو كان المبيع دابة مريضة فطببها ، ولا اجرة عمل نفسه لو عمل البائع في المبيع عملاً مفيداً ، بل كل ذلك يمكنه تداركه في مقدار الربح المطلوب .

اما نفقات سفره لو سافر وجلب المبيع من بلد آخر فيتبع كذلك العرف فيما يعتبر منها ضرورياً من لوازم السفر فيضم ، او من غير لوازمه فلا يضم .

فاجرة النزل مثلاً تضم ، واجرة الطبيب لو مرض في السفر فتطبب لا تضم .

ب) — وأما التولية فهي بيع ما ملكه الانسان بما قام عليه دون فضل .

ج) — وأما الاشراك فهو تولية بعض المبيع بحصة من رأس المال .

د) — وأما الوضيعة فهي عكس المرابحة اي انها بيع الشيء بأنقص من رأس ماله ، فهي تنطوي على خسار .

٨٢ — ففي المرابحة واخواتها يجب ان يكون رأس المال الذي تبنى عليه معلوماً لدى المشتري حين عقدها ليمكن بذلك معرفة الثمن الجديد فيها ، فان لم يكن معلوماً فسدت ، ولو علمه في مجلس عقدها قبل انفضاضه انقلبت الى الصحة ولكن يكون العقد غير لازم في حق المشتري فيتخير فيه بين الامضاء والفسخ .

على ان المادة / ٦٤ / من الاصول الحقوقية تقتضي صحة المرابحة واخواتها ولو كان رأس مال المبيع مجهولاً عند عقدها لان اسس تحديد الثمن متفق عليها فتكون النقاط الاساسية في العقد مستوفاة . (ر : ف / ٣٤)

٨٣ — الخيانة في المرابحة واخواتها :

المرابحة واخواتها تعتمد صدق البائع في الاخبار عن رأس ماله ، وفي الكشف عن كل ماله صلة بكلفة المبيع عليه عادة .

فلو كذب في الاخبار عن رأس ماله أو كتم أمراً له تأثير في السعر عرفاً كان خائناً ، واصبح ملتزماً شرعاً تجاه المشتري تارة بحق الفسخ وتارة برد الفرق كما سنرى .

وخيانة البائع في المرابحة يمكن تلخيصها في أربع صور :

١ — ان يخبر عن رأس ماله بأكثر من الواقع .

٢ — ان يضم الى رأس ماله من النفقات التبعية مالا يجوز ضمه عرفاً ويخبر عن المجموع انه رأس ماله دون توضيح .

٣ — ان يكتم الاجل لو كان قد اشترى بثمن مؤجل ويريد ان يبيع مرابحة بثمن حال ، لان للأجل حساباً في السعر عادة .

٤ — ان يكتم عيباً قد حدث في المبيع وهو عنده ، اي دون بيان انه اشتراه سليما ثم تعيب .

٨٤ — فالخيانة من الصورتين الاوليين اذا ثبتت توجب ، في الاصل ، الخيار للمشتري ان يفسخ البيع او يقبل بكل الثمن المنطوي على الخيانة ، ولا يحق له ان يتمسك بالمبيع ويطرح من الثمن قدر الخيانة ، لان البائع لم يرض بأقل مما عقد به ، ويكفي لدفع ضرر المشتري خياره ، وهذا يسمى : خيار الخيانة .

الا انه اذا ترتب على الخيانة انقلاب اسم العقد حق للمشتري ان يطرح قدر الخيانة من الثمن لتمكن الحافظة على صفة العقد . وذلك كما لو كان البيع تولية فان الخيانة في الاخبار عن رأس المال تقلبه دائماً الى مرابحة . فلذا يحق للمشتري في التولية ان يطرح قدر الخيانة .

وبعكس ذلك الخيانة في المرابحة فانها لا يمكن ان يترتب عليها انقلاب اسم العقد ، لان الخيانة فيها دائماً انما تؤدي الى زيادة ربح البائع فيبقى العقد معها مرابحة.

اما الوضيعة فتارة لا تؤدي فيها الخيانة الى الانقلاب ، كما لو قال البائع ان رأس ماله عشرة وباعه وضيعة بسبعة وحقيقة رأس ماله ثمانية ، وحينئذ فليس للمشتري الا الفسخ او القبول . وتارة تورث انقلابا كما لو كان رأس مال البائع في المثال المذكور ستة او سبعة فان العقد يصبح حينئذ مرابحة او تولية ، فيحق للمشتري طرح قدر الخيانة .

٨٥ — وخيار الخيانة المتقدم يسقط بهلاك المبيع بعد قبض المشتري ، وباستهلاكه له ، وباخراجه عن ملكه ؛ لان حقه انما هو في الرد وقد امتنع ، فيلزم المشتري بكل الثمن .

وكذا لو مات المشتري لا ينتقل خياره الى وارثه . اما لو استحق المشتري حط

قدر الخيانة في الحالات السابقة الذكر فالظاهر من النصوص انه لا يسقط حقه بمسقطات الخيار ، وينتقل الى وارثه لو مات .

٨٦ — واما الخيانة في صورتي كتمان الاجل وكتمان حدوث العيب اذا ظهرت فموجبها تخيير المشتري في الفسخ او القبول بكل الثمن دون تفصيل ، فليس للمشتري امساك المبيع وحط شيء من الثمن لقاء الاجل او العيب الحادث .

ويسقط هذا الخيار ايضاً بالمسقطات الآنفة الذكر في الفقرة السابقة ولا يورث(١)

هذا ، وان المجلة لم تبحث عن المرابحة واخواتها ، فلتنظر مصادر احكامها التي لخصناها ورتبناها في كتاب البيوع من الدرر ، ورد المحتار ، والهداية وشروحها ، وغيرها من كتب الفقه .

---

(١) يجب التنبه الى ان هذا فيما لو أطلع البائع المشتري على اصل العيب وانما كتم حدوثه عنده . فلو كتم عنه اصل العيب فان للمشتري ، علاوة على خيار الخيانة ، خيار العيب وهذا يورث عنه .

الفصل الرّابع

فيما يشترك في حكمه المبيع الثمن

٨٧ — يقتصر هذا الموضوع على مسائل الزيادة والحط في المبيع والثمن من قبل البائع والمشتري .

قد يرى أحد المتبايعين بعد العقد ان الآخر مغبون في الصفقة او يحب تعديلها لمصلحة الآخر لسبب ما عن طريق الزيادة او الحط في احد العوضين كما تعدل كفتا الميزان بالرفع من احداهما او الوضع في الأخرى

وهذا ، بالنسبة إلى العاقدين ، محض تصرف في خالص حقهما فيقبل فقها .

٨٨ — فيجوز للمشتري بعد القصد ان يزيد البائع في الثمن وللبائع ان يزيد المشتري في المبيع ، كما يجوز للبائع ان يحط عن المشتري بعض الثمن ، وللمشتري ان يحط عن البائع بعض المبيع اذا توفرت الشروط التالية :

١ — في كل من صور الزيادة والحط في الثمن والمبيع يجب قبول الطرف الثاني في المجلس الذي توجب الزيادة والحط فيه ، والا لم يعتبرا ، فمتى تم القبول فيه لزما ولا عبرة للندم بعد القبول ، ولا للقبول بعد المجلس . فهما كتجديد للعقد يحتاج الى تراض جديد .

٢ — في زيادة المشتري في الثمن يشترط ان يكون المبيع قائماً غير هالك . وفي حكم الهلاك اخراج المشتري له عن ملكه لأن الزيادة لايمكن ان تقابل بمعدوم او بما هو في حكم المعدوم . بخلاف الحط من الثمن فانه لايشترط له

قيام المبيع لأن الحط اسقـاط ، فلا يجب ان يكون في مقابله شيء .

٣ — في حط المشتري من المبيع يشترط ان يكون المبيع ديناً ملتزماً في الذمة فلو كان المبيع عيناً معينة لايصح الحط منه لأن الاعيان لاتقبل الاسقاط . وانما تقبله الديون (ر : ج ١ ف / ٥٣)

ولا فرق بعد ذلك بين ان تكون الزيادة او الحط في الثمن او المبيع حاصلين بعد تنفيذ البيع بالتقابض في العوضين او قبله ، كما انه لافرق بين كون الزيادة من جنس المبيع او الثمن ، وكونها من غير جنسها .

٨٩ — والنظر الفقهي في الزيادة والحط انهما ، باعتبار كونهما مضافين الى مبيع وثمن ، انمـا يعتبران تعديلاً للصفقة السابقة لاهبة او ابراء مستقلين ، ولذا لم يتوقف اللزوم فيهما على التنفيذ اي التسليم المشروط لتمام الهبة ، حتى لو كان المبيـع مقبوضاً فزاد البائع فيه استحق المشتري استلام الزيادة كما لو كان لم يستلم الا بعض المبيع ، ولو حط المشتري من المبيع بعد قبضه استحق البائع استرداد الزيادة كما لو كان التسليم قد وقع على اكثر من المبيع . وكذا لو حط البائع من الثمن بعد قبضه استحق المشتري استرداد المحطوط (الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص / ١٦٧ و ١٦٨)

وعلى اساس هذه النظرية قرر الفقهاء ان الزيادة والحط في المبيع والثمن يلتحقان باصل العقد السابق بطريق الاستناد — اي التأثير الرجعي — مالم يمنع من هـذا الالتحاق مانع .

فبمقتضى نظرية الالتحاق هـذه يثبت للزيادة في المبيع حصة من الثمن المسمى في اصل العقد فيعتبر الثمن منقسما على الاصل والزيادة ، ويثبت ايضـاً للزيادة في الثمن مقابل في المبيع ، وسنرى قريباً ثمرة ذلك في الاحكام .

والمانع من اعتبار الالتحاق قد انحصر في حالين :

١) — اذا كان اعتبار الالتحاق يمس بحقوق ثابتة بالعقد السابق لشخص ثالث ، فحينئذ يقتصر حكم الالتحاق على المتبايعين فيعدل التزاماتهما ، ولا يؤثر في حق الغير منعاً للتواطؤ على حقوقه .

٢) —اذا كان اعتبار الالتحاق يترتب عليه بطلان البيع كما لو حط البائع عن المشتري جميع الثمن فان هـذا الحط عندئذ يعتبر كابراء مستقل منفصل عن العقد السابق لانه لو التحق به لخلا البيع عن الثمن فيبطل لانتفاء معنى المبادلة .
فالانفصال، اي عدم الالتحاق ،هو في هذه الحالة انفصال مطلق ، وفي الاولى نسبي.

٩٠ — نتائج النظرية

وقد نتج عن هذه النظرية النتائج الآتية في تفريع الاحكام :

أ) — نتائج الالتحاق :

١ — في المرابحة واخواتها : فاذا باع المشتري المبيع بطريق المرابحة واخواتها من بعد زيادة او حط في الثمن يعتبر رأس ماله الذي يصدق اخباره عنه هو الحاصل بعد الزيادة او الحط لا اصل الثمن المسمى . ومثل ذلك يعتبر بالنسبة الى الزيادة او الحط في المبيع .
٢ —في هلاك المبيع :فالزيادة التي زادها البائع في المبيع اذا هلكت قبل التسليم او هلك الاصل وبقيت الزيادة تسقط حصة الهالك من الثمن لانقسام الثمن على الاصل والزيادة كما تقدم . وهـذا بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض
٣ — في حبس المبيع بالثمن : فلو زاد المشتري في ثمن المبيع بعد العقد فللبائع حبس جميع المبيع حتى يقبض الزيادة كما يحبسه لقبض الاصل .
٤ — في الشفعة : فلو كان المبيع عقاراً فحط البائع عن المشتري شيئاً من ثمنه فان الشفيع يأخذه بالباقي . وكذا لو زاد البائع شيئاً في المبيع فان الشفيع يأخذ العقـار المبيع الاصلي بحصته من الثمن .
٥ — في الاستحقاق : فلو ظهر للمبيع مستحق اثبت ملكيته فيه بالبينة

وقضي له به رجع المشتري على البائع باصل الثمن والزيادة التي زادها .

٦ — في الرد بالعيب : فكذلك يرجع المشتري باصل الثمن والزيادة .

ب) — نتائج موانع الالتحاق :

١ — اذا زاد المشتري البائع في الثمن بعد العقد تلتحق الزيادة باصل العقدفي حقهما وتترتب على التحاقها نتائجه الآنفة الذكر ، لكن لايعتبر لهـا التحاق بالنسبة الى الشفيع . فلو كان المبيع عقاراً يأخذه الشفيع بالثمن المسمى في الاصل دون الزيادة لأن عقدالبيع قد أنشأ له حق الأخذ بالثمن المسمى فيه ، فلا يملك المتبايعان بعد ذلك الزامه باكثر منه لما فيه من تهمة التواطؤ والتآمر عليه ، وهذا فرع عن المانع الاول (١) . بخـلاف الحط من الثمن والزيادة في المبيع فانهما يلتحقان في حق الشفيع كما تقدم لموافقتها لمصلحته وانتفاء التهمة .

٢ — ولو ان بائع العقار حط كل الثمن عن المشتري فان الشفيع عندئذ انمـا يأخذ العقارشفعة بكل الثمن المسمى لان الحط عندئذ لما اعتبر منفصلا انفصالا مطلقا كان كابراء مستقل من كل وجه بالنسبة الى جميع ذوي العلاقة . فالثمن ، وان سقط عن المشتري بهذا الحط ، يبقى المبيع في الاصل مقابلا بجميع الثمن . فيأخـذه الشفيع كذلك ان اراد .وهذا فرع عن المانع الثاني .

هذا ، ولتنظر مصادر ما اوضحناه في هذا الفصل في المواد / ٢٥٤—٢٦١ / من المجلة ، وفي الدر المختار وشرح الكنزللزيلعي وغيرهما من كتب الفقه ،في فصل التصرف في المبيع والثمن .

---

(١) مقتضى هـذا المبدأ ان الوكيل بالشراء ، او احد الشريكين لو اشترى لموكله او لطابق الشركة ثم زاد البـائع في الثمن يلزم هو بالزيادة ولا تلتحق باصل العقدفي حق الموكل او الشريك الآخر ، ولم اجد فيه نصاً فقهياً .

الفصل الخامس

في الالتزامات الناشئة بعقد البيع

٩١ — ان عقد البيع ينشئ التزامات خاصة متبادلة بين البائع والمشتري بحسب غايته المشروعة . وهذه الالتزامات نوعان :

— الحكم المباشر الاصلي لعقد البيع

— والوجائب التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد بين المتبايعين .

أ) — فاما الحكم المباشر الاصلي لعقد البيع فهو تبادل الملكية في المبيع والثمن، فيملك المشتري المبيع ، والبائع الثمن (م / ٣٦٩) .

وهذا الحكم يثبت كنتيجة فورية مباشرة لعقد البيع ، ولا يتوقف تمام هذا الحكم على تنفيذ العقد بالتقابض، وان كان للتقابض أثر هام في تغير الوضع الحقوقي بين المتبايعين اذ ينقل ضمان العوض المقبوض من عهدة الدافع الى عهدة القابض على ما سنرى .

والاصل الفقهي هنا ان التنفيذ لا يتوقف عليه تمام حكم العقد الا في العقود العينية وهي ما كانت من قبيل التبرع المحض كالهبة او مما في بدايتها معنى التبرع كالقرض (ر : ج ١ ف / ٧٣) (١)

فالزيادة المتولدة من المبيع بعد البيع وقبل القبض كالثمرة والنتاج ملك للمشتري .

وينعقد نافذا تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه ببيع وهبة ونحوهما ، وتصرف البائع في الثمن كذلك باحالة على المشتري ونحوها . لكن اذا كان المبيع من المنقولات يكون تصرف المشتري فيه قبل قبضه فاسداً للغرر لا لعدم الملكية (ر : ف / ٣٣)

---

(١) يستثنى من ذلك البيع الفاسد فانه لا يثبت حكمه في نظر الفقهاء الا بالتنفيذ فلا يملك المشتري المبيع الا بعد القبض (ر : م / ٣٧١)

على ان هذا معدل بالمادة /٦٤/ من الاصول الحقوقية كما تقدم (ف / ٧٦ تاسعاً)

ولو قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع اعتبر المبيع في يده امانة وكان المشتري احق به من سائر الغرماء (م / ٢٩٧)

حتى ان المتبايعين اذا اشترطا في العقد ان يبقى البائع محتفظاً بملكية المبيع الى حين اداء الثمن المؤجل او الى زمن آخر معين فلا عبرة لهذا الشرط (١) . فحكم البيع لا يقبل التأخير ، وانما يمكن ان يشترط البائع حق فسخ العقد عند الاخلال بالتزام دفع الثمن في موعده كما سنرى في التزامات المشتري .

هذا ، وقد اتضح في الفصول السابقة ان كلا من المبيع والثمن قد يكون عيناً معينة وقد يكون مالاً مثلياً ملتزماً في الذمة ، كما انه قد يكون متميزاً وقد يكون حصة شائعة .

٩٢ — فتبادل الملكيات هو الحكم الفوري الذي يثبت بالعقد دائماً دون ما حاجة الى تقابض ، سواء ذلك في المبيع والثمن ، ولو كان المبيع او الثمن ديناً ملتزماً في الذمة ، لان الديون في الذمم تعتبر في نظر الفقهاء ملكاً يقع تحت التملك والتمليك ، وان لم تكن مالاً عينياً ، فقد فرقوا بين المال والملك (ر : ج ٢ ف/٣٦و٣٧)

اما تعيين ملكية المشتري في المبيع وملكية البائع في الثمن فهو امر آخر غير اصل انتقال الملكية .

فهذا التعيين لا يثبت كالملكية بمجرد العقد دائماً بل قد يرافق الملكية ، وذلك في العوض المعين من مبيع او ثمن ، فان الملكية المنتقلة بالبيع تثبت فيه متعينة ابتداءً ؛

---

(١) مقتضى الفقرة الاولى من المادة /٦٤/ من الاصول الحقوقية جواز مثل هذا الشرط واعتباره . وبهذا اخذ مشروع القانون المدني العراقي في المادة/ ٥٣٤ / لكنه سوغ هذا الاحتفاظ بالملكية للبائع في حالة كون الثمن مؤجلاً ولو مع تسليم المبيع . ولا يخفى ان هذا بالنسبة الى العقار ظاهر ، اما بالنسبة الى المنقول فمشكل ، لان التسليم يسلط المشتري على استهلاك المبيع ، فما معنى احتفاظ البائع بالملكية مع صحة البيع واستهلاك المبيع ؟ !

وقد يتوقف هذا التعين على التسليم، وذلك في العوض غير المعين كما لو باع انسان كذا طناً من القمح الحوراني (ر : م/٢٠١) ، او كذا رطلاً من زيت حاضر مشار اليه.

فالملكية قد ثبتت بمجرد البيع في مقدار محدود من قمح معلوم الوصف غير معين في الوجود الخارجي ، وفي حصة مقدرة غير متميزة من كمية زيت معين . اما تعيين وتمييز هذه الملكيات التي انتقلت بالعقد فانما يكون بالتسليم اي بتنفيذ العقد فمتى استلم المشتري مقدار ما ملكه إياه العقد تعينت ملكيته فيه . ومثل ذلك يقال في الثمن في حالتي كونه مالاً معيناً او ديناً ملتزماً في الذمة .

هذا ما يتعلق بالحكم الاصلي لعقد البيع .

ب) — اما الوجائب التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد فهي تتفرع الى فرعين :

— التزامات المشتري .

— والتزامات البائع .

الفرع الاول

التزامات المشتري

٩٣ — إن البحث في التزامات المشتري يتناول اموراً ثلاثة :

— دفع الثمن وما اليه .

— استلام المبيع وما اليه .

— المصاريف التي تلزم المشتري .

المبحث الاول

أداء الثمن وما اليه

٩٤ — يجوز ان يكون الثمن في البيع معجلاً كله ، ومؤجلاً كله ، ومنجماً نجوماً اي مقسطاً اقساطاً (م/٢٤٥) والمعجل قد يكون عيناً معينة او ديناً ملتزماً في الذمة.

أ) — في البيع المطلق اذا كان الثمن معجلاً وملتزماً في الذمة يلزم ان يبدأ المشتري اولاً بأدائه جميعاً الى البائع ليحق له استلام المبيع (م/٢٦٢) .

والنظر الفقهي في ذلك يستند الى فكرة التوازن التي لها سيادة مطلقة في شتى نواحي فقه المعاملات في التشريع الاسلامي .

فالمشتري قد تعينت ملكيته في مبيع معين ، اما البائع فحقه بعد العقد في ذمة المشتري . والملك المتعين اقوى[1] ، فلكي تحقق التوازن بين الطرفين يجب ان يبدأ المشتري بتسليم الثمن حتى تصبح ملكية البائع متعينة فيه بالقبض . فلو فرض العكس بأن وجب على البائع تسليم المبيع اولاً لوقع البائع بسبب عدم تعين ملكيته تحت خطر افلاس المشتري ، فضلاً عن المماطلة المحتملة .

على ان المشتري لا يكون مكلفاً بتسليم الثمن الا اذا احضر البائع السلعة المبيعة واستعد لتسليمها (ر : الهداية وشرحها فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص/٤٩٦) .

ويلحظ هنا ان دفع بعض الثمن لا يسوغ المشتري حق استلام ما يعادله من المبيع لأن حق البائع ان يستلم جميع الثمن المعجل اولاً . ولا فرق بين ان يكون المبيع شيئاً واحداً أو اشياء متعددة اذا كانت قد بيعت صفقة واحدة ، سواء بين لكل منها ثمن على حدته اولم يبين (م / ٢٧٨ و ٢٧٩) .

ب) — واذا كان الثمن معيناً ايضاً ، او كان البيع صرفاً لا يلزم احد الطرفين بالبدء بالتسليم ، بل عند الاختلاف يجب التسليم والتسلم معاً في العوضين لتوازن الملكيتين المتبادلتين بالعقد من حيث التعين في الاول ، وعدم التعين في الثاني .

---

(١) من نتائج ذلك ما تقدم وسيأتي (ف/٩٢و٩٦) ان البائع اذا افلس او مات مفلساً والمبيع عنده فالمشتري اولى من سائر الغرماء بأخذه . واما لو مات المشتري مفلساً وقد استلم المبيع فالبائع اسوة للغرماء في استيفاء الثمن من التركة ولا يكون اولى باسترداد مبيعه (ر : ج ٢ ف/٦ و ٨) .

ج) — واذا كان الثمن مؤجلا او مقسطا فان المشتري لايكون ملزما بدفع الثمن الا عند حلول الاجل او الاقساط . وعلى البائع تسليم المبيع اولا قبل حلولها على ان يقبض الثمن وقت الحلول . ومثل ذلك مالو باع بثمن حال ثم أجله بعد العقد (م / ٢٨٣ و ٢٨٤) .

واذا كان بعض الثمن معجلا وبعضه مؤجلا لايحق للمشتري استلام المبيع دون رضى البائع ، الا اذا دفع القسم المعجل .

٩٥ — حق حبس المبيع

ينتج مما تقدم ان للبائع حق حبس المبيع عن المشتري الى ان يستوفي ماوجب تعجيله ، كل الثمن كان او بعضه .

واعطاء المشتري رهناً او كفيلا بالثمن لايسقط حق حبس المبيع عنه .

لكن اذا احال البائع انسانا بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة يسقط حق الحبس ويلزم البائع تسليم المبيع الى المشتري (م / ٢٨٠و٢٨٢)لانه عندئذ في حكم المستوفي ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال .

فاذا سلم البائع المبيع برضاه قبل ان يقبض الثمن يسقط حقه في حبسه ، فليس له ان يسترده فيحبسه ، وانما له المطالبة بالثمن فقط . واذا سلم بعضه سقط حق الحبس فيما سلمه (م / ٢٨١) وسكوت البائع اي عدم منعه اذا قبض المشتري المبيع تحت مشاهدته يعد اذنا منه بالاستلام دلالة (م / ٢٧٦) .

اما اذا استلمه المشتري بلا اذن من البائع صراحة او دلالة قبل نقد الثمن المعجل فان قبضه يكون غير معتبر لانه عدوان ،فيحق للبائع استرداده منه وحبسه عنه حتى يؤدي الثمن. غير انه اذا هلك المبيع عندئذ او تعيب في يد المشتري انقلب القبض معتبراً وترتب عليه حكمه (م / ٢٧٧) .

والحكم الذي يترتب على قبض المبيع هو أن ضمان المبيع ينتقل بالقبض من عهدة البائع الى عهدة المشتري .

فالمبيع قبل القبض ولو محبوساً بحق عند البائع لاجل استيفاء الثمن يكون على ضمان البائع فاذا هلك ولو بآفة سماوية انتقض البيع وسقط الثمن عن المشتري كما سيأتي في بحث التزامات البائع . اما بعد القبض فانه يصبح على ضمان المشتري فيكون هلاكه او تعيبه على حسابه (م / ٢٩٣ و ٢٩٤) .

٩٦ — واذا مات المشتري مفلسا قبل قبض المبيع وقبل دفع الثمن فللبائع الاستمرار في حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركة المشتري ، فيباع المبيع بامر الحاكم ويوفى حق البائع بتمامه ، فان بيع باقل من الثمن فان البائع يكون فيما يبقى له كسائر الغرماء ، وان بيع بازيد فالزائد للغرماء .

واما اذا مات المشتري مفلسا بعد استلام المبيع استلاما صحيحا باذن البائع فليس للبائع استرداد المبيع ، ولا امتياز له في استيفاء الثمن من قيمته بل هو اسوة للغرماء لأن حقه عندئذ شخصي محض في ذمة المشتري وقد انقطعت علاقته من المبيع بالتسليم (م / ٢٩٥ و ٢٩٦) .

٩٧ — متى يثبت التعجيل والتأجيل :

ان تعجيل الثمن لايحتاج الى شرط . فمطلق البيع يثبت به الثمن معجلاً (م / ٢٥١) .

اما التأجيل والتقسيط فانهما لا يثبتان الا بشرط او بعرف ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م / ٤٣) .

وفي التأجيل والتقسيط يجب ان تكون المدة معلومة ويجوز ان يكون الاجل زمناً كسنة او شهر مثلا كما يجوز ان يكون موسماً معلوم الموقع كالصوم والفطر .

اما التأجيل الى ميعاد غير معلوم كامطار السماء وقدوم المسافر فلا يصح (ر : م / ٢٤٨) .

على انه اذا تبايعا نسيئة أي بثمن مؤجل ولم يذكر امدة اصلاً تنصرف المدة الى

شهر واحد فقط في الاجتهاد أخذاً من المألوف (ر : م/ ٢٤٩) .

والاجل في الثمن المؤجل انما يبتدىء من تاريخ تسليم المبيع ، فلو باع نسيئة الى الى سنة فتأخر البائع في تسليم المبيع حتى انقضت السنة فان للمشتري سنة سواها من يوم استلامه المبيع وليس للبائع مطالبته بالثمن قبلها (م / ٢٥٠)

٩٨ — اخلال المشتري بدفع الثمن :

اذا لم يدفع المشتري الثمن في حينه بحسب كونه معجلاً أو مؤجلا أو مقسطاً فان له ان يطالبه ويقاضيه بتنفيذ العقد واداء الثمن مع ان له ان يحبس المبيع عنه فلا يسلمه اياه اذا كان الثمن كله أو بعضه معجلاً . وليس للبائع فسخ البيع لان القوة القضائية كفيلة بايصال الحقوق الثابتة الى اربابها . والبائع بعد البيع قد اصبح مجرد دائن ، وليس للدائن الا طلب حقه(١) .

واذا كان الثمن مقسطاً فلم يدفع المشتري احد الاقساط في حينه فليس للبائع ان يطالب بغير القسط الحال . لكن يجوز ان يشترط في التقسيط ان المشتري اذا تأخر عن دفع قسط في ميعاده تصبح جميع الاقساط حالة مستحقة الاداء فيلزم الشرط ويعمل به (الدر المختار ج ٤ ص / ٢٤) .

على انه اذا اكتشف المشتري في المبيع عيباً قديماً فادعى بفسخ البيع بسببه ، أو اذا ظهر من يدعي على المشتري بملكية المبيع واستحقاقه من يده ، فان له عندئذ ان يؤخر اداء الثمن الى نتيجة دعواه بالعيب او الدعوى عليه بالاستحقاق ، لان البيع السابق قد اصبح عندئذ عرضة للنقض على تقدير ثبوت الدعوى قضاء ، فانتظار النتيجة اولى من الدفع ثم النقض اذا ثبتت الدعوى(٢) .

---

(١) ان مشروع القانون المدني العراقي في المادة / ٥٧٩ / منه قد خير البائع في هذه الحالة بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ ، وهذا وجيه معقول .

(٢) هذا الحكم في الفقه الاسلامي هو من قبيل مايسمى في لغة القانون =

٩٩ — خيار النقد

ويجوز ان يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة ان المشتري اذا لم يدفع الثمن في الاجل المعين فلا بيع بينهما ، وهذا يسمى : خيار النقد .

وهذا النوع من الشرط لم يرد به نص في اصل الشريعة وانما خرجه الفقهاء تخريجاً بطريق القياس على خيار الشرط الثابت بالسنة، استجابة للحاجة الى فسخ البيع عند مماطلة المشتري في اداء الثمن (ر : الدرر ج ٢ ص / ١٥٢) .

فاذا لم يدفع المشتري الثمن حتى انقضى الاجل المضروب فهل ينفسخ البيع من نفسه اولا ينفسخ ؟ اختلف الفقهاء في ذلك والرأي الراجح في المذهب انه لا ينفسخ وانما يفسد البيع عندئذ فساداً اذا كان المبيع باقياً على حاله ، وهذا ما اخذت به المجلة في المادة /٣١٤/ فيسوغ عندئذ فسخه بحكم الفساد لكن المبيع قبل الفسخ يبقى على ملك المشتري فينفذ تصرفه فيه بالبيع ونحوه ، وعليه الثمن (رد المحتار ج ٤ ص / ٤٩) .

غير ان النظر في غرض البائع الشارط وتعبير العاقدين بانه ان لم ينقد المشتري الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما يقضي بترجيح القول بانفساخ البيع من نفسه عند عدم النقد وهذا الذي كان ينبغي ان تأخذ به المجلة(١) فان الفساد انما شرع ضامناً لعدم اخلال العاقدين بشرائط العقد شرعاً لا لعدم اخلالهما بالتنفيذ .

وعلى كل اذا مات المشتري المخير بخيار النقد خلال مدة الخيار دون ان ينقد الثمن بطل البيع (م/٣١٥) .

= الحديث بالقضية المستأخرة في المسائل الحقوقية ، حيث توقف دفع الثمن المستحق على نتيجة دعوى طارئة تؤثر فيه اذا ثبتت . وهي في القضايا الجزائية كثيرة الوقوع .

(١) وبهذا اخذ مشروع القانون المدني العراقي في المادة /٥٨٠/ لكنه اشترط للانفساخ اعذار البائع للمشتري بعد انقضاء الاجل المحدود الا ان ينص في العقد على ان الانفساخ يكون بلا اعذار .

١٠٠ — هذا ، ومما يتصل بالتزام المشتري بالثمن قضية القبض على سوم الشراء وهو أن يأخذ الانسان شيئاً باذن صاحبه بعد بيان ثمنه على انه اذا اعجبه اشتراه . فيكون عندئذ ملتزماً بضمانه اذا هلك في يده على تفصيل مبسوط في المادتين / ٢٩٨ / و ٢٩٩ / من المجلة . وقد رجحنا ان نبحث عنه في موضوع هلاك المبيع من مبحث التزامات البائع جمعا لمسائل تبعة الهلاك، فلينظر هناك (ف /١١٣)

المبحث الثاني

تسلم المبيع وما اليه

١٠١ — يلزم المشتري بان يستلم المبيع من البائع في المحل المشروط تسليمه فيه . فلو اشترط التسليم في بلد غير بلد العقد وجب عليه استلامه هناك .

وان لم يعين في العقد محل للتسليم اعتبر حينئذ المحل الذي فيه المبيع .

فاذا كان المبيع موجوداً في غير محل العقد والمشتري لايعلم بذلك حين العقد ثم علم كان بعد علمه مخيراً ، فان شاء فسخ البيع ،وان شاء امضاه وقبض المبيع حيث هو موجود (م/٢٨٥ — ٢٨٧) .

على انه اذا ادعى المشتري ان المبيع معيب او انه مغاير للاوصاف المشروطة توقف الزامه بالاستلام على نتيجة دعواه ، كما يتوقف ايضاً الزامه بدفع الثمن على نتيجة الدعوى كما تقدم في المبحث السابق (ف / ٩٨).

١٠٢ — غياب المشتري

واذا غاب المشتري بعد العقد قبل التقابض ، ولم يعلم مكانه ، ولم يكن مشروطاً في البيع خيار النقد المتقدم (ر : ف / ٩٩) فقد اقر الفقهاء للبائع ، لاجل ضمان حقه في استلام الثمن والخروج من عهدة بقاء المبيع لديه ، ان يراجع الحاكم ويقيم

البينة لديه على البيع وعدم قبض الثمن ، والحاكم عندئذ يأمر ببيع المبيع على حساب المشتري الغائب ويؤدي الى البائع ثمنه(١)

فلو كان المشتري الغائب معلوم المكان لايباع المبيع عليه لامكان الادعاء عليه واجباره على تأدية الثمن واستلام المبيع (ر : ف / ٩٨) .

واذا كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع جميع الثمن ويتسلم المبيع . وعندئذ له ان ان يحل محل البائع في حبس المبيع عن رفيقه حتى ينقده

---

(١) هذا تدبير خاص اقره الفقهاء صيانة لحق البائع على خلاف القواعد العامة. فان من القواعد انه لاتسمع بينة على النفي ، ولا يقضى على غائب الا في مواطن معينة ليس لهذا منها . والبائع ، من جهة اخرى ، في موقفه هذا ، هو مقر على نفسه بالبيع ومدع على الغائب بعدم تسليم الثمن . فبحسب قاعدة تجزؤ الاقرار لدينا وفصل عنصر الدعوى فيه عن عنصر الاعتراف ، كان يجب أن يمنع عن التصرف بالمبيع ، ولا يسلم اليه ثمن مالم يدع ويقض له امام خصم حاضر او نائب عنه .

ولكن الفقهاء سوغوا سماع البينة هنا على النفي لاستئناس الحاكم بها وقالوا انها تقبل لاجل نفي التهمة وانكشاف الحال ، والقاضي بعد هذا الانكشاف يأمر ببيع المبيع واداء الثمن كتدبير اداري عملا باقرار البائع ودلالة الشهادة ، ولذا لم يشترط لسماعها حضور الخصم . وانما قبل اقرار البائع لاجل هذا التدبير مع مافيه من عنصر الدعوى لأن ملك المشتري لم يظهر الا باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولاً بحقه ، فاذا تعذر وفاؤه يعتبر كالراهن اذا مات مفلساً اذ يبيع القاضي الرهن ويؤدي الدين . وعلى كل لايعتبر الغائب مقضياً عليه في هذه الحال ، فاذا حضر وادعى تأدية الثمن تسمع دعواه (ر : الدرر وحاشية الشرنبلالي اوائل شتى البيوع ج٢ ص/ ١٩٨) .

اقول : وهذا يدل على ان فقهاءنا قد اعتبروا في الاقرار نظرية عدم التجزؤ عندما تتوقف عليها صيانة الحق .

حصته من الثمن ، وأن يلزمه قضاء بالدفع والاستلام ولا يعتبر الدافع متبرعا عن رفيقه بالدفع عنه بلا امره ، لأنه انما دفع مضطراً اذ لا يمكنه الوصول الى الانتفاع بحصته من المبيع الا باداء جميع الثمن الى البائع مادام البيع صفقة واحدة ، فيكون في القياس كوكيل الشراء اذا دفع من ماله ثمن ما اشترى لموكله اذ لا يعتبر متبرعا بل له ان يحبس عن موكله ما اشتراه له حتى يؤدي اليه الثمن الذي دفعه عنه ، لأنه مضطر الى الدفع اذ هو الملتزم المسؤول بالثمن شرعا تجاه البائع . وهذا من تفاريع نظرية الاثراء بلا سبب من مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي كما تقدم في الجزء الثاني من هذا الكتاب.

المبحث الثالث

المصاريف التي تلزم المشتري

١٠٣ — المصاريف التي تنشأ عن عقد البيع لاجل عقده او تنفيذه منها ما يلزم المشتري ومنها ما يلزم البائع .والعبرة في ذلك قبل كل شيء لاتفاق المتبايعين فاذا اتفقا على شيء في التزام احدهما بها او توزيعها بينهما فالعبرة لاتفاقهما . وهذا ماتقتضيه المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا .

فاذا لم يوجد بينهما اتفاق بهذا الشأن فعندئذ تعتبر القواعد التالية مالم يوجد عرف وتعامل على خلافها . وهي :

أ) — يلزم المشتري وحده :

١ — جميع المصاريف التي تتعلق بتسليم الثمن كاجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك (م / ٢٨٨) . وكذا لو كان الثمن مما يحتاج الى حمل ومؤونة فان اجرة ذلك على المشتري . بخلاف المصاريف التي تتعلق بتسليم المبيع كاجرة الكيال والوزان واخراج البضاعة من مستودعاتها فانها على البائع .

٢ — اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات (م / ٢٩٢) .

وكذلك رسوم التسجيل في البيوع العقارية اليوم ، واجور تسيير معاملاتها فانها جميعاً على المشتري .

بخلاف الضرائب المستحقة على العقار قبل البيع ،والتي يتوقف على ادائها تسجيل بيعه في المكتب العقاري ، فانها على البائع ولا علاقة للمشتري بها لأنها ليست ناشئة عن عقد الشراء .

٣ــ تكاليف استلام المبيع اذا بيع جزافاً، كما لو بيعت ثمرة كرم او انبار حنطة مجازفة ، فان اجرة قطع تلك الثمرة وجمعها واخراج الحنطة ونقلها من الانبار يلتزم بها المشتري (م / ٢٩٠) اما لو بيعت كيلا او وزنا مثلا فان الاجرة عندئذ على البائع لأن الكيل والوزن من لوازم تسليم المبيع .

ب) ــ اما مايباع من الاشياء محمولا الى البيوت كالحطب والفحم فان اجرة نقله وايصاله الى بيت المشتري يتبع عرف مكان البيع في التزام البائع او المشتري بها (م / ٢٩١) وكذلك اجرة السمسار يتبع فيها العرف ، بخلاف اجرة الدلال (١) فانها على البائع لأنه مكلف من قبله .

الفرع الثاني

التزامات البائع

١٠٤ ــ ان الالتزامات التي تقع على عهدة البائع باعتبار انها من مقتضيات عقد البيع دون ماحاجة الى شرط صريح يوجبها هي نوعان :

ــ تسليم المبيع

ــ وضمان سلامة المبيع

والثاني ،اي ضمان سلامة المبيع ،يتشعب الى شعبتين:

---

(١) الدلال هو من يرافق السلعة او ينادي عليها لاجل بيعها ، والسمسار هو من يتوسط بين البائع والمشتري لعقد الصفقة .

— ضمان سلامة المبيع من حقوق الغير ، وهو المسمى في اصطلاح الفقهاء : ضمان الدرك .

— وضمان سلامته من العيوب

المبحث الاول

تسليم المبيع

١٠٥ — على البائع تسليم المبيع وتوابعه خالياً من الشواغل الى المشتري عند نقده ما وجب تعجيله من الثمن (ر : م / ٢٦٢ و ٢٦٧ و ٢٦٨) وبالتسليم ينتقل ضمان المبيع من عهدته الى عهدة المشتري . فان كان الثمن كله مؤجلاً وجب تسليم المبيع اولاً وعلى البائع عندئذ انتظار حلول الثمن وليس له حبس المبيع عن المشتري على ما تقدم تفصيله (ف / ٩٤ و ٩٥) .

وتوابع المبيع هي ما يدخل معه في عقد البيع بلا ذكر بحسب القواعد المتقدمة في بحث شمول المبيع (ف / ٤٨) .

فاذا كان المبيع مشغولاً بمال البائع اعتبر الشاغل مانعاً من صحة استلامه . فلو بيعت اشجار فوقها ثمار ، او بيعت ارض مشغولة بالزرع ، أو دار مشغولة بأمتعة البائع ، يجبر على تفريغ الشجر والارض والدار من الثمر والزرع والمتاع ، وتسليمها خالية ليصح القبض ويثبت حكمه (م / ٢٦٧ - ٢٦٩ ورد المحتار ايضاً) .

وكذا لو كان المبيع مشغولا بحق الغير كما لو بيع المأجور ورضي المشتري ان ينتظر الى انتهاء مدة الاجارة فان حق المستأجر مانع من التسليم ، فليس للمشتري ان يطالب بالتسليم ولو ادى الثمن ، ولا للبائع ان يطالب بالثمن ان لم يكن مدفوعاً حتى حتى تنتهي الاجارة ويهيأ المبيع للتسليم (جامع الفصولين ، الفصل / ٣٢) ولينظر ما سيأتي (ف / ١٠٩ ج) .

اما كونه شاغلاً فليس بمانع ، فلو بيعت ثمار على اشجار او حنطة في جوالق يكون اذن البائع للمشتري بأخذها تسليماً .

١٠٦ - كيفية التسليم

وليس للتسليم صورة معينة لاختلاف الأشياء في كيفية وضع اليد عليها .

والمعنى العام الجامع لكل صوره هو ان يصبح المشتري متمكناً من المبيع بناء على تخلي البائع له عنه ، واذنه له باستلامه (م / ٢٦٣) .

وعن هذا كان المقرر فقهاً ان التسليم تختلف كيفيته باختلاف المبيعات (م / ٢٦٥) فيكون في كل شيء بحسب طبيعته وما يمكن فيه . ولا يشترط لتمامه ان يمسك المشتري المبيع بيده فعلاً او ينقله من مكانه ، ولو كان من المنقولات .

ففي تسليم العقار من ارض او بناية اذا وقف المشتري في داخله او قريباً منه بحيث يرى جانب الأرض او يقدر على اغلاق باب البناية فوراً يكون اذن البائع له باستلامه كافياً لتحقق التسليم . فان لم يكن بهذه المثابة من القرب يشترط ان يمضي وقت كاف لذهاب المشتري ودخوله فيه ، وان لم يذهب فعلاً . فبمضي هذا الوقت بعد اذن البائع له بالاستلام يعد مستلماً (م / ٢٦٧ و ٢٧٠) .

واعطاء مفتاح العقار يعد تسليما (م / ٢٧١) الا اذا كان العقار بعيداً فيشترط ان يمضي وقت يتمكن فيه المشترى من الوصول اليه .

والاصل في هذا ان المبيع اذا كان قريباً بحيث يتصور فيه القبض الحقيقي حالا تقوم التخلية بين المشتري والمبيع مقام القبض، والا فلا بل لا بد من مضي مدة يمكن فيها الوصول اليه والدخول فيه . اي ان التخلية بينهما هي قبض حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة مع ملاحظة اختلاف القدرة بحسب حال المبيع (ر : رد المحتار ج ٤ ص / ٤٢) .

وتسليم الحيوان يختلف ايضاً بحسب حاله : فان كان يمكن امساكه بلا مشقة او معين كالغنمة فبمجرد اراءته والاذن باستلامه يكون تسليماً . وان كان كبيراً لا يستولى عليه بلا زمام كالبعير والفرس ، فانه يسلم بزمامه (ر : م / ٢٧٢)

واما تسليم العروض والامتعة المبيعة فيكون باعطائها للمشتري بيده ، او بوضعها عنده ، او باراءته اياها واذنه بقبضها (م / ٢٧٤) .

واذا كان المبيع في صندوق او انبار ونحوه من المستودعات المقفلة فاعطاء المفتاح مع الاذن بالقبض تسليم (م / ٢٧٥) اذا كان يمكن فتحه بلا كلفة (رد المحتار ايضاً).

واذا كان المبيع مكيلاً او موزوناً مثلاً فدفع المشتري الى البائع ظرفاً وامره ان يكيله ويضعه فيه كان وضعه فيه تسليماً (م / ٢٧٣) .

واذا كان المبيع حيواناً في اصطبل او طائراً في قفص وامر البائع المشتري باستلامه من مكانه ففتح الباب ففر الحيوان فان كان يمكنه اخذه بلا عون يكون تسليماً ،والضمان على المشتري والا فعلى البائع (رد المحتار ايضاً) .

١٠٧ — القبض السابق

اذا كان المبيع في يد المشتري بقبض سابق ثم اشتراه فهل يعتبر مستلماً بمجرد الشراء او لا بد من تجديد القبض ليعتبر وقوع التسليم ؟ ان في القضية تفصيلا وهي فرع من مبدأ فقهي عام في نيابة قبض سابق عن قبض واجب .

لقد قسم الفقهاء القبض من حيث القوة والضعف في أثره الى قسمين : قبض الضمان ، وقبض الامانة.

فقبض الضمان هو ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير فيضمنه لو هلك عنده ولو بآفة سماوية كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري .

وأما قبض الامانة فهو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي او التقصير في الحفظ ، كالوديعة او العارية او المأجور او مال الشركة في يد الوديع او المستعير او المستأجر او الشريك .

وقد اعتبروا قبض الضمان اقوى وأعلى من قبض الامانة بسبب الضمان المترتب .

والمبدأ الفقهي العام ان القبض السابق ينوب عن القبض الواجب اذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه او كان السابق أقوى لا اذا كان اضعف . فقبض الضمان ينوب عن قبض الضمان وعن قبض الامانة . اما قبض الامانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، لان الأدنى لا يغني عن الأعلى ، وإنما ينوب عن قبض الامانة او ما يساويها كقبض الموهوب .

فلو قال المغصوب منه للغاصب جعلته عندك وديعة فانه يعتبر وديعة مقبوضة ويخرج عن حكم ضمان الغصب . وكذا لو كان الشيء عارية او وديعة عنده فوهبه منه المالك ، فان الهبة تتم ويصبح الموهوب له مالكاً للعين الموهوبة بمجرد عقد الهبة اذ يعتبر التسليم حاصلاً (م / ٨٤٦) ،

١٠٨ — فعلى هذا الاساس لو كان الشيء المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع ، فان كان مقبوضاً قبض ضمان كما لو اشترى الغاصب المغصوب من مالكه يعتبر البائع بريئاً من وجيبة التسليم بمجرد عقد البيع .

واما ان كان في يد المشتري امانة كعارية او وديعة فاشتراه من مالكه فانه لا يعتبر مستلماً له الا بقبض جديد ، وعندئذ يكفي لاعتباره قابضاً ان يمضي وقت كاف للوصول الى محله والتمكن من قبضه على نحو ما تقدم [1] (ر : رد المحتار كتاب الهبة ج ٤ ص / ٥١٢).

---

(١) في المادة / ٥٣٨ / من مشروع القانون المدني العراقي اعتبر وجود المبيع في يد المشتري بأي صفة كانت ولو امانة يكفي لاعتبار المشتري مستلماً بمجرد العقد نظراً الى المقصود . وهذا وجيه ايضاً لما فيه من التسهيل وقطع المشكلات .

التسجيل العقاري

١٠٩ — ومما يجب التنبه اليه اليوم في موضوع تسليم المبيع انه في البلاد التي فيها سجل عقاري كبلادنا يجب ان يعتبر تسليماً كافياً فراغ البائع عن العقار المبيع الى المشتري فراغاً رسمياً ، اي تسجيله على اسم المشتري في السجل العقاري .

والقضية ليس فيها نص قانوني لدينا ولكن هذا ما يقضي به النظر الفقهي والقانوني معاً . في مثل هذه القضايا الحادثة كنظام تسجيل العقود العقارية يجب عند فقدان النص تحكيم المبادىء الفقهية العامة وروح القانون بالرجوع الى حكمة التشريع ومقاصده.

فالغرض الفقهي من وجوب تسليم المبيع انما هو تنفيذ العقد بحيث يصير المبيع تحت سلطة المشتري ليصبح هو المتصرف فيه فلا يتمكن البائع من ان يتصرف فيه ثانية ويسلمه الى غيره .

وعملية الفراغ والتسجيل تحقق فيها هذه النتائج في حكم القانون ، فمتى تم تسجيل العقار المبيع على اسم المشتري انقطع عنه كل حق للبائع ولم يعد يقبل او يسجل تصرف فيه لأحد ما سوى المالك الجديد الذي يعتبر العقار في حوزته من كل وجه بنظر القانون، واليد المشروعة يده وكل يد اخرى على العقار تعتبر يداً غير مشروعة الا أن تكون يد مستأجر موقوتة .

فان قيل ان البائع لو لم يسلم العقار فعلاً الى المشتري بعد التسجيل يحتاج المشتري الى اقامة الدعوى عليه ليجبره على الاخلاء والتسليم، وهذا دليل على ان الفراغ لم يعتبر تسليماً فعلياً، فالجواب ان الدعوى عندئذ ليست دعوى تسليم مبيع لم يسلم وانما هي دعوى نزع يد غير مشروعة كما لو غصب العقار غاصب فأقام المالك عليه دعوى نزع اليد .

والدليل على ذلك :

أ) — انه بعد تسجيل العقار على اسم المشتري يستطيع المشتري قانوناً ان يقيم هذه الدعوى لنزع يد البائع عن العقار ولو لم يكن بعد قد نقده الثمن فعلاً ،

وتنزع يد البائع قضاء باعتبار انه ليس له علاقة بالعقار بحسب قيود السجل التي هي المستند في كل حق عيني عقاري . فلو لم يكن التسجيل تسليماً للعقار المبيع في نظر القانون لساغ للبائع ان يحبس العقار المبيع عن المشتري ولو بعد الفراغ والتسجيل مالم يدفع الثمن . وهذا لم يقل به احد ، فالقضاء مكلف ان ينزع كل يد لايثبت لها السجل العقاري حقاً ، إذ العبرة لقيوده محضاً . اما دفع الثمن فانه اذا تأخر الى مابعد التسجيل يكون حقاً شخصياً يدعى به على حدة .

ب) — ان الرهن العقاري يتم قانوناً بمجرد تسجيله في السجل العقاري وتترتب عليه جميع نتائج وحقوق الارتهان ولو ظل العقار باقياً في يد الراهن فانه يعتبر محبوساً بحق المرتهن مع ان الرهن لايتم ولا يترتب عليه حكم قبل التسليم . وليس معنى هذا ان القانون العقاري استغنى عن وجوب تسليم المرهون بل معناه انه اعتبر التسجيل تسليماً كافياً بدليل ان القوانين لم تستغن عن شرط تسليم المرهون المنقول لتمام عقد الرهن لان التسليم شريطة ضرورية لايمكن الاستغناء عنها في عقد الرهن اذ لايعقل حبس للمرهون بلا تسليمه .

ج) — انه يمكن قانوناً بيع العقار المأجور ، وبمجرد التسجيل على اسم المشتري يحل المشتري تجاه المستأجر محل البائع في جميع حقوق الايجار . وعند انتهاء مدة الايجار يحق للمشتري — كما كان يحق للبائع لو لم يبع — ان يخلي المستأجر من المأجور اذا لم يكن قانون الايجارات يمنحه حق التمديد ، أي ان التسجيل قد قطع كل علاقة للبائع بالعقار تجاه المستأجر وحصر كل السلطات المتفرعة عن الملك بالمشتري الجديد. وقد تطول مدة الايجار سنين وقد يتعاقب البيع والشراء على العقار، وكل مشتر جديد. يحل محل بائعه فيما ذكر قانوناً. وليس من المعهود ولا من المقبول قضاء عند استحقاق التخلية على المستأجر ان يلاحق المشتري البائع بطلب تخليته وتسليمه اليه بحجة انه لم يستلم العقار فعلاً بعد التسجيل ، بل لو اراد البائع ان يطلب هو تخلية المستأجر لما قبلت منه قضاء لأنه غير خصم بعد الفراغ عن ملكية العقار وتسجيله

على اسم المشتري . بينما قد رأينا فيما سبق ان الفقهاء ، قبل ان يوجد نظام التسجيل العقاري ، قد اعتبروا ان كون المبيع مأجوراً يمنع من صحة التسليم ولو سلمه فعلاً الى المشتري ، بل يبقى المبيع المأجور على عهدة البائع لان حق المستأجر يعتبر شاغلاً مانعاً إذ التسليم لم يكن قبل نظام التسجيل العقاري الاعملاً حسياً أو تمكناً فعلياً من وضع اليد (ر : ف /١٠٥) فالاحكام القانونية التي تقطع كل علاقة لبائع العقار بعد التسجيل وتحل المشتري محل البائع تجاه المستأجر من كل وجه تدل على ان العقار بعد التسجيل قد اصبح في حوزة المشتري من كل وجه ولم يبق للبائع علاقة ولا عليه عهدة ، وان كل يد غير مشروعة ولو يد البائع تزال ازالة بدعوى نزع اليد .

ومثل ذلك يقال في العقود التي يتوقف تمامها شرعا على التسليم كالهبة . فيجب القول انه بمجرد فراغ الواهب عن العقار الموهوب وتسجيله على اسم الموهوب له تتم الهبة ويعتبر مستلماً ويحل محل المالك السابق الواهب في جميع حقوق الملكية .

وقد اطلنا في هذا الموضوع لأنه كان محل مناقشة واختلاف بين الحكام اليوم في بعض القضايا امام القضاء ، ومنهم من يرى ان تسجيل العقار على اسم المشتري او الموهوب له لايعتبر تسليماً كافياً فلا تتم به الهبة ولا ينتقل به ضمان المبيع الى عهدة المشتري المفروغ له، ولا بد بعده من التسليم بالصورة التي ذكرتها المجلة والفقهاء في قبض الاراضي والعقارات لتترتب عليه الاحكام المقررة للقبض فقهاً .

والصواب مابيناه لان الطريقة الفعلية التي نص عنها الفقهاء في تسليم العقار انما كانت قبل تأسيس نظام التسجيل العقاري الذي يهدف القانون الى اعتباره تنفيذاً كاملاً في العقود التي تقتضي تسليماً ، وهو موافق ايضاً للغرض الفقهي من التسليم في نظر الفقهاء كما اوضحناه .

وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز السورية اخيراً بقرارها ذي الرقم / ٧٨ /

الصادر في ١٩ مايس سنة ١٩٤٦ م حيث اعتبرت تسجيل الحصة الموهوبة من عقار على اسم الموهوب له تسليماً كافياً تتم به الهبة دون حاجة الى قبض فعلي .

فتبقى الطريقة الاصلية التي بينها الفقهاء في تسليم العقار المبيع او الموهوب أو المرهون مقصورة على البلاد التي لم يؤسس فيها نظام التسجيل العقاري .

المبحث الثاني

هلاك المبيع قبل تسليمه

١١٠ — من لوازم كون تسليم المبيع وجيبة التزامية على البائع ثابتة بمقتضى العقد ان يكون البائع هو المسئول مالياً عن هلاك المبيع قبل تسليمه . وذلك لأنه اذا وقع الهلاك فقد حصل اخلال بتنفيذ العقد من جانب البائع يلتزم هو بتبعته تجاه المشتري ولو كان الهلاك بآفة سماوية ، لان المشتري لايلتزم بالثمن الا على اساس احراز المبيع . فكل خطر يحيق بالمبيع قبل التسليم انما يكون على ضمان البائع .

وعلى هذا اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم فاما ان يكون هلاكه بآفة سماوية او بفعل البائع او بفعل المشتري او بفعل اجنبي عنهما .

وعلى كل اما ان يقع التلف على كل المبيع او على بعضه .

١١١ — اولاً — هلاك كل المبيع قبل القبض

أ) — فاذا هلك المبيع قبل التسليم بآفة سماوية انفسخ البيع لاستحالة تنفيذ العقد . عندئذ (م / ٢٩٣)(١) لما تقرر في خصائص الحق العيني ، ومنه الملكية ، انه

---

(١) ان هذه المادة من المجلة فيها شيء من الغموض في هذا الموضوع لانها =

اذا كان ناشئاً عن عقد فهلك الشيء موضوع الحق قبل التنفيذ بطل العقد (ر : ج ٢ ف / ٦ رابعاً) .

ويعتبر من الهلاك بآفة سماوية ما لو اتلف المبيع نفسه كما لو كان حيواناً فقتل نفسه .

ب) ـ واذا هلك المبيع باستهلاك البائع فحكمه كما لو هلك بآفة سماوية فينفسخ البيع ويسقط الثمن(١).

ج) ـ واذا هلك بفعل المشتري اعتبر مستلماً فيتثبت البيع ويلزمه الثمن المسمى.

د) ـ واذا هلك بفعل شخص ثالث فالمشتري بالخيار ان شاء اختار تثبيت البيع اي اجازته فيلاحق الاجنبي المتلف بقيمة المبيع لو قيميا او بمثله لو مثليا ويؤدي هو الثمن الى بائعه ، وان شاء اختار الفسخ لاستحالة التسليم فيسقط عنه الثمن ويكون للبائع حق ملاحقة المتلف .

١١٢ — ثانياً — هلاك بعض المبيع قبل القبض

بهلاك بعض المبيع فقط تصبح القضية مركبة بالنسبة الى هلاك كله لان البيع

= اقتصرت على بيان ان المبيع عندئذ « يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري » ولم تتعرض لبطلان البيع وعدمه . غير ان كتب الفقه صريحة ببطلان البيع في هذه الحالة (ر : مرآة المجلة) ولذا يسقط الثمن عن المشتري ان كان لم يدفعه ، ويسترده ان كان دفعه . ولو اعتبر البيع غير منفسخ لوجب ان يلتزم المشتري بالثمن المسمى ويلتزم البائع بقيمة المبيع الهالك .

(١) ان المادة / ٥٤٦ / من مشروع القانون المدني العراقي قد الزمت البائع بالتعويض على المشتري في هذه الحالة . وهذا وجيه والمصلحة تقتضيه لان استهلاك البائع للمبيع هو عدوان على ملكية المشتري بعد ثبوتها فمن الحكمة اذا كان المبيع قد غلت قيمته ما بين البيع والاستهلاك ان يلزم بالتعويض على المشتري كالمتسبب بالضرر .

عندئذ يصبح تنفيذه مستحيلاً بالنسبة الى البعض ، وممكناً بالنسبة الى الباقي . فان الزم المشتري بالباقي قد يتضرر لعدم كفايته ، وان الزم بالفسخ قد يتضرر ايضا اذ قد تكون مصلحته وحاجته في اخذه . ويجب من جهة اخرى ان ينظر في تأثير ذلك في الثمن من حيث ان مافات من المبيع يعتبر له حصة من الثمن او لا يعتبر . فبناء على هذا قرر الفقهاء :

أ) — اذا هلك بعض المبيع قبل تسليمه بآفة سماوية او بفعل المبيع نفسه يفصل بين حالتين :

١ — فان ترتب على هلاك البعض نقصان قدر في المبيع كما لو اشترى غنمتين فتلفت احداهما ، اوكمية من القمح فتلف بعضها يسقط من الثمن حصة القدر الذي هلك ويخير المشتري في الباقي بين ان يأخذه بحصته من الثمن أو يفسخ البيع كليا لتفرق الصفقة عليه . وهذا يسمى : خيار تفرق الصفقة .

٢ — وان ترتب على هلاك البعض نقصان وصف فقط في المبيع كما لو كان المبيع ثوبا فاحترق جانبه، أو دابة فتلفت يدها او قلعت عين نفسها،او داراً فانهدم بيت منها ، لايسقط شيء من الثمن وانما يخير المشتري فقط بين ان يأخذ المبيع بكل الثمن أو يفسخ البيع لما طرأ على المبيع قبل التسليم . وليس له ان يختار اخذه والزام البائع بطرح شيء من الثمن لقاء ماحدث بالمبيع ، لان من المقرر عند الفقهاء ان الاوصاف لايقابلها شيء من الثمن الا في حال العدوان ، ولكن يدخل بفواتها ضرر يوجب الخيار للمشتري(١) .

والضابط في التمييز بين القدر والوصف أن كل مايدخل في المبيع بلا ذكر (ر : ف / ٤٨) يعتبر وصفاً فيه كاطراف الحيوان ، والبناء والشجر المستقرين في

---

(١) المادة / ٥٤٦ / من مشروع القانون العراقي اثبتت للمشتري الخيار بين فسخ البيع او اجازته مع انقاص الثمن فى مقابل مانقص من قيمة المبيع بتلف بعضه مطلقا بلا تفريق بين نقصان القدر والوصف. وهذا بناء على اعتبار الاوصاف كالمقادير، وهو وجيه .

الارض ، ورسن الدابة ، اما مالايدخل في المبيع الا بذكر صريح فيعتبر قدرا منه . ومن ثم كانت القاعدة ان مايدخل في المبيع تبعاً لاحصة له من الثمن بالمعنى الذي سلف شرحه (ف / ٥١)وانما يتخير المشتري بفواته، كما لو سرق خطام البعير المبيع قبل التسليم (م / ٢٣٤) الا اذا فصل الثمن وذكرت له منه حصة معينة في صلب العقد فعندئذ يسقط بهلاكه ماخصص له من الثمن (البحر الرائق ، ورد المحتار ج ٤ ص / ٣٦) .

ب) — واذا هلك بعض المبيع قبل التسليم بفعل البائع ، سقط مايعادله من الثمن سواء ترتب عليه نقصان قدر او وصف لأنه عدوان . ويخير المشتري بين اخذ الباقي وتركه لتفرق الصفقة عليه .

ج) — واذا هلك بفعل اجنبي اي شخص ثالث فالحكم فيه كما لو هلك بفعله كل المبيع ، اي فيتخير المشتري بين ان يفسخ البيع اوان يجيزه ويلاحق المتلف بضمان قيمة ما اتلف من المبيع قدراً كان او وصفاً (ر : مرآة المجله م /٢٩٣ ، ورد المحتار اول خيار الشرط ج٤ ص/ ٤٦) (١)

١١٣ — قبض السوم

هذا ، وبمناسبة تسليم المبيع وتبعة هلاكه نبحث عن تبعة الهلاك في قبض السوم، وهو ان يقبض الانسان شيئاً لينظره او ليشتريه ، فعلى من يكون ضمانه اذا هلك ؟ ان قبض السوم نوعان :

---

(١) لم ار حكم مالو كان تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري واستهلاكه والظاهر عندئذ انه يعتبر مستلما لما اتلفه فيضمن حصته من الثمن سواء أكان قدراً او وصفاً كما في اتلافه للكل ، ويخير بعد ذلك في الباقي بين اخذه بباقي الثمن او تركه لتفرق الصفقة . واذا قيل بالزامه بجميع المبيع فله وجه لأن تفرق الصفقة انما جاء من قبله .

— قبض على سوم النظر ، وهو ان يأخذ الانسان شيئاً باذن صاحبه لينظره أو يريه دون ان يصرح بانه يريد شراءه .

— وقبض على سوم الشراء ، وذلك بان يقول مثلا اعطنيه لانظره فان أعجبني اشتريته .

ففي القبض على سوم النظر يكون المقبوض امانة في يد القابض مطلقاً سواء بين صاحبه له ثمناً عند التسليم او لم يبين ، فان هلك في يد القابض بلا تعد او تقصير في حفظه يهلك من حساب صاحبه لاقابضه .

واما في القبض على سوم الشراء فان لم يبين للمقبوض ثمن عند القبض كان امانة ايضاً غير مضمونة كما في سوم النظر . وان بين له ثمن كما لو قال البائع : ثمن هذه الدابة كذا ديناراً ، خذها فان اعجبتك اشترها ، كان المقبوض مضموناً على القابض لأن بيان الثمن مع التصريح بالشراء يفيد ان صاحبه لم يسلمه الا على اساس الضمان كالمبيع ، بخلاف سوم النظر فان بيان الثمن فيه مع عدم التصريح بقصد الشراء يحمل على غرض الترغيب ببيان المعلومات التي يحتاج الى معرفتها عن المبيع .

وعندئذ اذا هلك المقبوض على سوم الشراء في يد القابض فانما يضمن قيمته لو قيميا او مثله او مثليا ، ولا يضمن الثمن المبين لأن الثمن لايثبت الا بعقد ولا عقد في قبض السوم . (ر : م / ٢٩٨ و ٢٩٩) .

المبحث الثالث

ضمان الدرك

١١٤ — ضمان الدرك هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه ، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد .

وهذا الضمان يلتزم به البائع بمقتضى عقد البيع دون حاجة الى اشتراط صريح عليه ، لأن المفروض في البيع أن المشتري لم يلتزم الثمن إلا على اساس سلامة المبيع من كل علاقة للغير به ، وعلى هذا يتوقف تحقق معنى المبادلة التي هي موضوع البيع.

ويمكن ان يلتزم به ايضاً غير البائع بالشرط الصريح فيتكفل للمشتري عن البائع بما يترتب عليه من تبعة مالية اذا ظهر للمبيع مستحق آخر ، ويسمى كفيلاً بالدرك ، فيصبح هذا مسؤولاً بمقتضى كفالته بمثل مسؤولية البائع وضمانه ، وهذا اضافة الى ضمان البائع فلا يعفيه منه ، بل هو توثيق لسلامة المبيع يطلب به المشتري أحياناً إشراك غير البائع معه في ضمانها والمسؤولية عنها ، كما يطلب البائع احياناً من المشتري كفيلاً بالثمن المؤجل مع بقاء المشترى ملتزماً أصيلاً به ، لما هو مقرر ان الكفالة لا تنقل الالتزام وانما هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة .

ويكثر بين الناس التجاء المشترين الى توثيق سلامة المبيع من الحقوق بكفالة الدرك عند ما يكون البائع مجهولاً ، ولا سيما في بيع المصوغات ، خوفاً من أن تكون مسروقة فيظهر صاحبها ويستحقها .

١١٥ — وحق الغير المحتمل الظهور في المبيع هو حق عيني يتعلق بعين المبيع فيشمل الحقوق التالية :

— حق الملكية كما لو ظهر ان المبيع مملوك كله او بعضه لغير البائع ، ويسمى هذا : استحقاق المبيع . ومن هذا القبيل ما لو ظهر أن المبيع وقف ، باعتبار ان المال الموقوف هو ملك الجهة الخيرية الموقوف عليها حالاً او مآلاً .

— حق الاحتباس كما لو ظهر انه مرهون .

— حق الارتفاق ، وهذا حق عقاري محض ، كما لو ظهر مثلاً ان على العقار المبيع حق مرور او مسيل لأحد .

لكن حق الارتفاق اولى به مبحث ضمان العيوب الخفية لأن وجوده على العقار يعد عيباً فيه ولا يقتضي نزع المبيع من يد المشتري ، فلو رضي به بهذه الحالة فله ذلك. فلذا سنبحث عنه هناك . فيبقى بحث التزام البائع بضمان الدرك مقصوراً على حالتي استحقاق ملكية المبيع ، واستحقاق احتباسه(١)

---

(١) ان الفقهاء يبحثون عن ظهور المبيع غير مملوك للبائع تحت عنوان «الاستحقاق» ويقصرون البحث فيه على ظهور المبيع مملوكاً لغير البائع وظهور العبد المبيع حراً ولا يبحثون فيه عن ظهوره مرهوناً بل يذكرون هذا في مناسبات اخرى . ويبحثون عن ضمان الشخص الخارجي الثالث لموجب استحقاق المبيع تحت عنوان « كفالة الدرك » في كتاب الكفالة . وفي القوانين الحديثة يبحثون عن هذا الالتزام من البائع تحت عنوان « ضمان التعرض والاستحقاق » ولا يبحثون فيه عن ظهور حق الاحتباس ، مع ان هذا محله اللائق ، بل يبحثون فيه عن ظهور حق الارتفاق كما فعل مشروع القانون العراقي مع انه ليس هذا محله كما اوضحنا لأنه من قبيل العيب .

وقد آثرنا لفظ «ضمان الدرك» للدلالة على التزام البائع بسلامة المبيع من كل حق للغير سواء أكان استحقاق ملكية او استحقاق احتباس لانه اوسع لفظ اصطلاحي يمكن ان يتناول جميع هذه النواحي اذ يفيد كل مايدرك المبيع من حقوق عينية فيه للغير ، ثم يتشعب الى التقسيم الذي اوضحناه .

ثم ان الفقهاء يقسمون في بحثهم الاستحقاق الى نوعين : الاول الاستحقاق المبطل لملكية المبيع ، وهو ظهور الرقيق المبيع حراً او مدبراً او مكاتباً او ام ولد ، لأن هؤلاء ليسوا محلا للبيع . والثاني الاستحقاق الناقل لملكية المبيع ، وهو ظهور كونه =

اولا — استحقاق ملكية المبيع (١)

١١٦ — استحقاق المبيع تحت حالتان : استحقاق كله ، واستحقاق بعضه.

أ) — استحقاق المبيع كله

اذا ظهر بعد البيع مستحق للمبيع يدعي ملكيته واثبت دعواه وقضي له بملكيته وانتزاعه من يد المشتري ، فاما ان يكون قد اثبت ملكيته باقرار المشتري له او بنكوله عن حلف اليمين ، او بالبينة .

١ — فان كان المستحق قد اثبت ملكيته باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين عند عجز مدعي الاستحقاق عن البينة وطلبه تحليفه ، فان المشتري يخسر المبيع من حسابه ولا يحق له الرجوع على البائع بشيء ،لأن مستند الاستحقاق عندئذ انما هو اقراره ، والاقرار حجة قاصرة على المقر (م / ٧٨) فلا يكون سواه ملزما باقراره . والنكول عن اليمين في حكم الاقرار .

= مملوكاً لغير البائع . ولكل من النوعين احكام تختلف عن الآخر . لكننا لانبحث هنا الاعن النوع الثاني الناقل لأن قضايا الرق لاشأن لنا اليوم معها بعدزواله.

هذا، وان المجلة لم تبحث عن استحقاق المبيع اصلاً فاستدرك بحثه بعض شراحها .

(١) مما ينبغي ان يلحظ من ناحية اصول المحاكمة ان دعوى استحقاق المبيع اذا وقعت بعد استلام المشتري له فالخصم فيها تجاه المستحق هو المشتري ولا يشترط حضور البائع ، لكن يحق للمشتري طلب ادخاله في المحاكمة بصفة شخص ثالث لماله من علاقة بحق الرجوع عليه . واما اذا وقعت قبل تسليم المبيع فالخصم فيها كل من البائع والمشتري جميعاً مشتركين : المشتري لانه المالك ، والبائع لأنه ذو اليد ، فلا يصح الادعاء عندئذ بالاستحقاق على احدهما دون الآخر (ر : الدر المختار ج ٤ ص / ١٩٨) .

ويجب ان يلحظ ان المشتري انما يكلف بالحلف هنا على عدم العلم ولايسوغ تحليفه على البتات والجزم ، اي انما يطلب منه ان يحلف انه لايعلم كون المدعي مالكا للمبيع ، لا ان يحلف انه ليس بمالك ، لأن هذا احراج له ، فان ملكية غير البائع خفاء بالنسبة اليه : فان تهور بالحلف جزما قد يكون حانثاً آثماً ، وان تورع فنكل يحكم عليه دون ان يكون له حق الرجوع على البائع . فلذا نص الفقهاء انه انما يحلف على عدم العلم .

وبعدان يقضى على المشتري باقراره او بنكوله لو اراد ان يثبت على البائع ملكية المستحق لكي يرجع بالثمن لايقبل منه الاثبات لأنه ليس له ان يقوم مقام المالك في اثبات ملكيته ، فليس بخصم شرعي ، لكن له الحق في ان يدعي على البائع ويطلب تحليفه اليمين فقط على عدم ملكية المستحق للمبيع . وهذه اليمين يكلف البائع حلفها على البتات والجزم لاعلى عدم العلم . فان نكل عن اليمين يحكم عليه برد الثمن الى المشتري .

٢ — وان اثبت المستحق ملكيته بالبينة فقضي له بالمبيع لاينفسخ البيع السابق بل يصبح متوقفاً على اجازة المستحق : فان اجاز البيع بقي المبيع للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع ويعتبر البائع عندئذ كوكيل عنه بالبيع ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

وان لم يجز المستحق البيع بل اختار اخذ المبيع ينفسخ البيع السابق ويكون البائع ملتزما تجاه المشتري برد الثمن

على انه اذا كان الاستحقاق لجانب وقف كما لوظهر ان المبيع مال موقوف ادعى به المتولي واثبت وقفيته فان البيع ينفسخ حتماً اذ ليس لاحد ان يجيز بيع الوقف .

١١٧ — شرائط الرجوع بالثمن :

ويشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع شرائط ثلاث :

١ — ان يكون الاستحقاق سالباً لملك البائع. وذلك بان يكون المستحق انما يدعي ملكا مطلقا او مؤرخا بتاريخ اقدم من تاريخ الشراء . فلو ادعى المستحق ان المبيع ملكه منذ شهر وكان شراء المشتري من سنة مثلاً فلا رجوع له على بائعه ، لان سبب الاستحقاق يعتبر عندئذ حادثا على ملك المشتري لاعلى ملك البائع .

٢ — ان لايحصل بعد الحكم بالاستحقاق صلح بين المشتري والمستحق على ان يدفع المستحق الى المشتري بعض الثمن ويأخذ المبيع ، لان المشتري عندئذ يكون بهذا الصلح على الثمن مع المستحق قد ابطل حق رجوعه على البائع .

اما اذا كان الصلح على ان يترك المستحق المبيع للمشتري لقاء شيء يدفعه اليه المشتري ، فانه لاينقطع بذلك حق رجوعه بالثمن على البائع ، كما لو اشترى المبيع من المستحق شراء جديداً .

٣ — ان لايكون البائع قد ابرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق . فلو كان قد ابرأه عنه فلارجوع للمشتري عليه بشيء لانه لاثمن له .

هذا ، ولا يشترط لرجوع المشتري ان يكون حسن النية، اي جاهلاً لسبب الاستحقاق عند الشراء .فلو اشترى وهو عالم ان المبيع ملك الغير فله الرجوع بالثمن متى استحقه صاحبه بالبينة ، لان سوء نية المشتري تجاه المستحق لايسوغ البائع اكل الثمن بلا مقابل .

١١٨ — تعدي القضاء بالاستحقاق : ان القضاء على المشتري باستحقاق المبيع من يده اذا كان مستنداً الى البينة لايقتصر حكمه عليه فقط ، بل عند وجود باعة متعددين متسلسلين يتعدى القضاء الى سلسلة الباعة الذين تنقل المبيع على ايديهم حتى وصل الى المشتري الأخير ، فيعتبر كل منهم مقضياً عليه للمستحق باستحقاق المبيع . وهذا على خلاف الأصل في القضاء لان الاصل فيه انه يقتصر حكمه على المقضي عليه فلا يعتبر غيره ممن لم يدخل

في الخصومة مقضياً عليه ايضاً الا في حالات استثنائية منها هذا .

ونتيجة تعدي القضاء بالاستحقاق الى سلسلة الباعة امران :

١ — ان المشتري عندما يرجع على البائع بالثمن بمقتضى التزام البائع بضمان الدرك لا يحتاج الى اثبات جديد عليه واعادة البينة لاثبات الاستحقاق بمواجهته بل يقضى عليه باعادة الثمن الى المشتري لانه مقضي عليه سابقاً بملكية المستحق .

وللبائع أيضاً ان يرجع على بائعه بالثمن الذي اشترى به منه، وبائعه على بائعه وهكذا.

ولكن لا يرجع احد من سلسلة الباعة السابقين على بائعه او على كفيل البائع بالدرك ان كان له كفيل ما لم يرجع عليه المشتري منه .

٢ — عندما يرجع كل واحد بالتسلسل على بائعه بالثمن لا يقبل من البائع ان يدفع دعوى الرجوع عليه بأن المبيع ملكه لا ملك المستحق ، لانه قد اعتبر مقضياً عليه فيكون دفعه هذا من قبيل طلب تجديد الدعوى بعد فصلها وهو غير سائغ فقهاً في اصول القضاء الا في حالات خاصة عند ظهور موجب .

على انهم استثنوا من ذلك حالتين :

الاولى — ان يدفع البائع دعوى الرجوع عليه بادعائه النتاج، اي بأن يدعي ان المبيع منتوج عنده او عند بائعه فهو ملكه من الاصل، كما لو كان دابة فادعى انها مولودة عنده واثبت ذلك فعندئذ ينقض القضاء السابق للمستحق بالملكية ويترجح اثبات البائع ملكيته بالنتاج . ولا يشترط حضور المستحق في اثبات هذا الدفع .

الثانية — ان يدفع البائع دعوى الرجوع عليه بادعائه انه هو او بائعه انما كان تلقى ملكية المبيع من المستحق نفسه مباشرة او بواسطة آخر بشراء او هبة او اي سبب من اسباب التملك . فاذا اثبت ذلك ايضاً انتقض القضاء بملكية المستحق .

ب) — استحقاق بعض المبيع

١١٩ — واذا ظهر مستحق لبعض المبيع فقط فان جميع ما تقدم ذكره من الاحكام والشرائط في استحقاق كل المبيع يجري ايضاً في حالة استحقاق بعضه

بلا فرق . لكن انفساخ البيع اذا لم يجزه المستحق ينحصر بالجزء المستحق فقط لانه هو الذي سلب الاستحقاق ملكية البائع عنه دون باقي المبيع . وعندئذ يكون البائع ملتزماً تجاه المشتري بأعادة حصة الجزء المستحق من الثمن .

والفرق الوحيد بين حالة استحقاق البعض واستحقاق الكل هو انه في حالة استحقاق البعض تتفرق الصفقة على المشتري الاخير، فيثبت للمشتري علاوة على ما تقدم خيار تفرق الصفقة: فان شاء احتفظ بالباقي من المبيع، وان شاء فسخ العقد فيه ايضاً ورده ، الا اذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع ، وكان المبيع لا تضره التجزئة ولا تعيبه، فعندئذ لا يثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن . وذلك كما لو كان المبيع كمية من المثليات من مكيل او موزون كالقمح والزيت ، او كان شيئين لا ارتباط لاحدهما بالآخر كغنمتين اذا استحقت احداهما بعد قبض الاثنتين جميعاً .

والنظرية الفقهية في هذا الموضوع ان تفرق الصفقة قبل قبض جميع المبيع يوجب الخيار مطلقاً بلا تفصيل ، سواء أكان الاستحقاق قد وقع على الجزء المقبوض اوعلى غير المقبوض . واما تفرق الصفقة بعد قبض جميع المبيع فانما يوجب الخيار اذا كان المبيع مما تضره التجزئة او تعيبه .

هذا تلخيص مسائل ضمان الدرك على البائع عند استحقاق ملكية المبيع، وتخليص مبادئه، وترتيب احكامه المهمة . ولتنظر مصادرها في (باب الاستحقاق من كتاب البيوع في الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص/٢٩١ - ٢٠٢ / والدرر ج ٢ ص/١٨٩ - ١٩٤ / وشرح المجلة للاستاذ الباز آخر البيوع)

ثانياً — استحقاق احتباس المبيع

١٢٠ — واذا ظهر بعد البيع ان المبيع مستحق الاحتباس في يد غير البائع كما لو ظهر انه مرهون او مأجور وثبت ذلك بالبينة فانه يؤثر في شريطة لزوم البيع في حق المشتري ويجري فيه التفصيل التالي :

أ) — فان لم يجز المستأجر او المرتهن البيع ليس له فسخه بل يبقى المبيع في يده ويخير المشتري بين ان ينتظر انتهاء مدة الاجارة وفكاك الرهن، او يفسخ البيع ويسترد الثمن لو كان مدفوعاً.

وان اجاز المستأجر او المرتهن البيع تنفسخ الاجارة والرهن. وفي صورة الرهن يصبح ثمن المبيع رهناً مكان المبيع، والمرتهن حبسه حتى يؤدى اليه الثمن عوضاً عنه. وفي صورة الاجارة يحق للمستأجر ايضاً حبس المبيع حتى تعاد اليه الاجرة عن المدة الباقية من الاجارة لو كانت مدفوعة[1] (ر : م / ٥٩٠ و ٧٤٩)

المبحث الرابع
ضمان العيوب الخفية

١٢١ — تعريف العيب المقصود

العيب بالمعنى الفقهي المقصود في هذا المقام هو :

ما تخلو عنه الفطرة السليمة عادة وينقص القيمة عند التجار .

فيجب ان يتوفر في معنى العيب عنصران نوضحهما فيما يلي :

١٢٢ — (أ) — العنصر الاول : خلو الفطرة السليمة عنه عادة

المراد من الفطرة السليمة الحالة الاصلية المعتادة في الشيء . فما لا يخلو عنه الشيء عادة لا يعد عيباً كالحصى والتراب اليسير في القمح ، وكالفساد في بعض افراد الجوز

---

(١) والظاهر عندئذ ان المشتري لو كان دافعاً الثمن الى البائع يحق له فسخ البيع اذا لم يسلم البائع الثمن الى المرتهن وبقية الاجرة الى المستأجر لتخليص المبيع من حقهما في احتباسه .

بخلاف ما لو كثر ذلك وفحش بحيث يكون اغلب الاحوال عدمه فانه عيب .

وحقوق الارتفاق على العقار كالممر والمسيل القديم تعتبر عيباً فيه لأنها تقيد حرية المالك .

١٢٣ — ومن المهم هنا وجوب التمييز بين الرداءة والعيب . فالأشياء التي توجد في اصل فطرتها السليمة على وجوه مختلفة عادة بين أدنى وأعلى يعتبر اختلاف حالاتها المعتادة من قبيل الجودة والرداءة لا من قبيل السلامة والتعيب .

فالرداءة ليست عيباً بالمعنى الفقهي وانما هي مجرد وصف، وان كان سعر الردئ دون الجيد بين الناس، إذ القيم تختلف ايضاً باختلاف الأوصاف . وذلك كما لو كان القمح خفيف الوزن او حمراوي اللون، وكما لو كانت الفرس مسنة او صغيرة الحوافر، او كان الحمار بطيء السير، او كان البطيخ والجوز غليظ القشر . فكل ذلك ليس من قبيل العيب بل من قبيل الرداءة .

فمناط الفرق بين الرداءة والعيب هو كون الشيء في الحالات الطبيعية المعتادة فيه المعبر عنها بالفطرة السليمة ـ ولو كان من المصنوعات ـ يوجد خاليا من الصفة المكروهة التي فيه فتكون عندئذ عيبا، او يوجد تارة هكذا وتارة بخلافها فتكون رداءة . فالسوس والدود في القمح وفي الدقيق، والمرض في الحيوان، والفساد في الجوز والبيض الخ ... هي عيوب. بخلاف غلظ القشر في الجوز، وبطء سير الدابة ونحو ذلك مما تقدم ذكره فانه رداءة .

ومثل هذا الاعتبار يجري في المصنوعات فالكسر في الكرسي مثلا عيب، واما سوء صنعته وعدم متانته وضعف خشبه فرداءة .

وليس من الواجب في معنى العيب ان يكون عارضاً على الشيء بعد سبق سلامته منه، كالكسر والتحرق والتخرق والدود الخ ... بل يمكن بالمعنى المشروح ان يكون خلقياً كالصمم في الدابة، وكالمرارة في طعم الخيار ونحوه من الخضراوات .

١٢٤ — وثمرة التمييز بين الرداءة والعيب ان الرداءة تطبق فيها احكام خيار الرؤية وخيار فوات الوصف المرغوب على تقدير كون المبيع حاضراً مشارا اليه

عند البيع او غائباً ، مما تقدم ايضاحه في الفرع الثالث من الفصل الثاني ، ولا يجرى فيها حكم خيار العيب الآتي بيانه .

فلو اشترى الانسان حماراً مثلاً فظهر بطيء السير ، او اشترى البطيخ او الجوز الحاضر المشار اليه مثلا فظهر بالكسر انه غليظ القشر يكون البيع لازما ولا يحق للمشتري فسخه لهذه الأسباب الا اذا كان قد اشترط السرعة في الحمار ، ورقة القشر في البطيخ والجوز. بخلاف ما لو ظهر الحمار مريضاً والجوز فاسداً والبطيخ حامضاً مما يعد عيباً، فان البيع يكون غير لازم في حق المشتري ويكون البائع ملتزما تجاهه بموجب خيار العيب الذي هو موضوع بحثنا .

١٢٥ – (ب)– العنصر الثاني: ان تنقص قيمة الشيء به

والامر الذي تخلو عنه الفطرة السليمة بالمعنى المتقدم اذا كان وجوده في الشيء لاينقص من قيمته بين التجار لايكون عيباً بالمعنى الفقهي المقصود . وذلك تخرق يسير في جانب قطعة جوخ ، وتخط بسيط في هامش كتاب، او خدش خفيف في جلده .

ومن ثم وجب ان يكون العيب مما لاتمكن ازالته بلا مشقة والا لم يكن عيباً، كالنجاسة او الوسخ في ثوب لايضره الغسل (ر : رد المحتار اول خيار العيب ج٤ ص / ٧١ – ٧٢) .

١٢٦ – شرط القدم

ويشترط في العيب لكي يلزم البائع بضمانه ان يكون قديماً .

والمراد بقدمه ان يكون موجوداً في المبيع عند البائع سواء أكان موجوداً قبل العقد او حادثا بعده قبل التسليم ، لأن كل مايصيب المبيع قبل التسليم هو على مسؤولية البائع .

فاما العيب الذي يحدث في المبيع بعد التسليم عند المشتري فهو على ضمان المشتري ومسؤوليته وليس للبائع به علاقة .

١٢٧ — متى يتوجه هذا الالتزام على البائع

عقد البيع بذاته يقتضي سلامة المبيع من العيوب (م / ٣٣٦) فكما يكون البائع ملتزماً سلامة المبيع من حقوق الغير كما تقدم في ضمان الدرك دون حاجة الى شرط، كذلك ايضاً يعتبر ضامناً لسلامة المبيع من العيوب ، دفعا لضرر العيب عن المشتري لأنه ضرر لايقتضيه العقد ، عملا بالحديث الشريف : « لاضرر ولاضرار». فهذا الضمان حق للمشتري وليس من حقوق الشرع المتعلقة بنظام العقود . فلذا يجوز الاتفاق في العقد على اسقاطه كما لو باع شيئاً بشرط براءته من ضمان كل عيب، فيسقط عندئذ عنه التزام ضمان العيوب تجاه المشتري الذي رضي بذلك . ومهما ظهر عندئذ من العيوب في المبيع لايكون البائع مسؤولا عنه .

واما اذا تبرأ في العقد من كل عيب موجود في المبيع فانما يبرأ من ضمان العيب الموجود قبل البيع لا الحادث بعده قبل القبض .

وللناس عبائر مختلفة في اشتراط عدم ضمان العيوب بوجه عام في المبيع كبيع الشيء على انه حاضر حلال ، او على انه مكسر محطم ، او مجموعة عيوب ،او كوم تراب،او لا يصلح لشيء ، او لاجل الطرح ، وكقولهم في بيع الدابة : على انها لحم، اي انها لا ينتفع من حياتها بعمل ، فكل هذه التعابير العامة وامثالها مما يتعارف به معنى براءة البائع من كل عيب يظهر في المبيع يعتبر شرطاً مانعاً لهذا الضمان عن البائع فلا يكون ملتزماً به من الأصل [1] (ر : م / ٣٤٢) .

---

(١) المادة / ٥٦٦/ من مشروع القانون العراقي اعتبرت « ان الشرط المسقط لضمان العيب عن عهدة البائع يقع باطلاً اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب»=

واذا تبرأ البائع في العقد من الالتزام بضمان عيب اوعيوب مخصوصة فانه لايكون ملتزماً بها بل بما يظهر في المبيع من عيوب سواها فقط (ر : م / ٣٤١) .

١٢٨ - ويعتبر في حكم تبري البائع صراحة من ضمان العيب مالو اشترى المشتري المبيع وهو عالم بعيبه سواء أكان علمه سابقاً على العقد أواخبره البائع به عند العقد ، فان البائع عندئذ لايكون ملتزماً بضمانه .

ومثل ذلك مالو كان العيب ظاهراً للعيان ولا يشتبه على الناس كونه عيباً ، إذ يعتبر المشتري عندئذ عالماً بالعيب عند العقد ، كالغدة البارزة في عنق الدابة وكالبقعة الظاهرة في الثوب المنشور ، الا اذا كان المشتري في حالة مانعة من الاطلاع كالاعمى مثلا .

فاذا كان العيب الظاهر في المبيع مما يشتبه على الناس كونه عيباً والمشتري لايعرف انه عيب فان البائع يكون ملتزما بضمانه تجاه المشتري، كما لو رأى في الدابة قرحة بسيطة لا يعلم انها تعد عيبا فاشتراها ثم علم انها عيب (ر : رد المحتار ج ٤ ص / ٧٢ و ٩٠) .

وعن هذا كان التزام البائع بضمان العيوب مقيداً بالعيوب الخفية .

١٢٩ - موجب الالتزام بضمان العيب

اذا ظهر في المبيع عيب قديم بالمعنى المتقدم لايعلمه المشتري عند العقد ولم يتبرأ البائع منه فان له موجبا اصليا وموجبا خلفيا يعتبر البائع ملتزما بهما على التعاقب :

أ) - الموجب الاصلي :

فالموجب الاصلي لظهور العيب في المبيع هو ان المشتري يتخير بين امرين : ان

= وهذا بناء على اعتبار ان هذا الاخفاء المعمود هو تغرير بالمشتري لقبول الشرط فيكون البائع سيء النية فيه ، وهو قيد وجيه معقول . وبهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه (ر : بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص / ١٥٣ - ١٥٤) .

شاء فسخ البيع ورد المبيع ، وان شاء امسكه بكل الثمن . وليس له ان يمسكه ويطرح من الثمن شيئاً لقاء العيب دون رضى البائع ، لان البائع لم يقبل البيع الا بالثمن المسمى ، والمشتري يتضرر بعيب المبيع فيصان حق كل منهما ضمن حدود ارادته في العقد بمنح المشتري هذا الخيار بين الامضاء والفسخ ، وهذا معنى قول الفقهاء : ان خيار العيب يمنع لزوم البيع في حق المشتري .

واذا ظهر العيب القديم في بعض المبيع فقط . فان كان ذلك قبل قبضه اجمع فللمشتري ان يرده كله اي المعيب وغير المعيب سواء أكان لم يقبض منه شيئا او قبض بعضه دون بعض ، وسواء أكان المعيب هو البعض المقبوض او غير المقبوض لأن الالزام برد المعيب وحده يوجب تفريق الصفقة على البائع وعلى المشتري قبل تمامها بالقبض الكامل . فليس للمشتري ان يلزم البائع بقبول المعيب فقط ، ولا للبائع ان يلزم المشتري برده وحده فقط الا ان يتراضيا .

وان كان ظهور العيب بعد قبض المبيع اجمع فاما ان يكون المبيع واحداً كدار وكرم وارض وثوب ودابة ومال مثلي من مكيل او موزون في وعاء واحد ، واما ان يكون متعدداً كدارين وثوبين ودابتين ومال مثلي في وعاءين .

ففي حال كون المبيع واحداً يكون للمشتري حق رد الكل او اخذ الكل دون رد القسم المعيب فقط . ومثله لو كان المبيع شيئين في حكم الشيء الواحد كزوجي خف ومصراعي باب ودابتين اليفتين كثورين لايشتغل احدهما بدون الآخر .

وفي حالة كون المبيع متعدداً فالحكم بالعكس اي انما يحق للمشتري رد البعض المعيب فقط بحصته من الثمن وليس له رد الكل الا بالتراضي ، لان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض سائغ الا اذا ترتب على التجزئة ضرر او تعيب ، (رد المحتار ج ٤ ص / ٩٣) وذلك نظير ماتقدم في استحقاق بعض المبيع (ف / ١١٩) .

ب) – الموجب الخلفي :

واذا منع من رد المبيع مانع فانه ينتقل حق المشتري من الرد الى الرجوع على البائع بنسبة نقصان العيب من الثمن اذا كان المانع مما لايعتبر معه المشتري في حكم الممسك للمبيع عن البائع كما سنوضحه قريباً في بيان انواع موانع الرد ، وهذا هو الموجب الخلفي (ر : ف / ١٣١) .

ونسبة النقصان تعرف بان يقوم المبيع سليما تارة ومعيبا بالعيب تارة اخرى فما يكون من الفرق بين القيمتين يرجع المشتري بنسبته من الثمن المسمى ولو كان المبيع على عيبه يساوي الثمن المسمى .

فلو كان الثمن مائة مثلا فقوم المبيع سليما بمائة وعشرين ومعيبا بتسعين فان فرق القيمتين وهو ثلاثون يعادل ربع قيمته سليما فيرجع بربع الثمن أي بخمسة وعشرين. وكذا لو قوم سليما بثمانين ومعيبا بستين فانه يرجع ايضاً بربع الثمن .

١٣٠ — واذا حصل مانع للرد مما يعتبر معه المشتري في حكم الممسك للمبيع عن البائع لايحق للمشتري ان يرجع على البائع بشيء لقاء العيب مالم يرتفع المانع ويعد المبيع الى حالته الاصلية في يد المشتري، فعندئذ يعود اليه حق الرد عملا بالقاعدة القائلة: اذا زال المانع عاد الممنوع . واليك تفصيل انواع الموانع واختلاف احكامها .

١٣١ - انواع موانع الرد :

الموانع التي تمنع فسخ البيع ورد المبيع بالعيب خمسة انواع :

أ) – المانع الطبيعي وهو هلاك المبيع بآفة سماوية اوباستعمال المشتري اياه كما لو كان طعاما فأكله . وفي هذه الحال يستحيل رد المبيع لهلاكه فيثبت للمشتري الرجوع على البائع بنقصان العيب .

ب) ـ المانع الشرعي ، وهو ان يحصل في المبيع عند المشتري زيادة منفصلة متولدة ، اومتصلة غير متولدة . فالاولى كالولد والثمر ، والثانية كما لوصبغ المشتري الثوب المبيع اوخاطه او غرس او بنى في الارض المبيعة ثم اطلع على عيب قديم فيها .

وفي هـذا يمتنع الفسخ والتراد لحق الشرع ، لان الزيادة المنفصلة عندئذ تبقى للمشتري بلا مقابل وهو ممنوع شرعا ، والمتصلة وهي ملك المشتري يأخذهـا البائع عندئذ بلا مقـابل وهو ممنوع شرعا ، فلذا يمتنع الرد ويتعين الرجوع بنقصان العيب .

اما الزيادة المتصلة المتولدة كما لو سمنت الدابة المبيعة ، وكذا المنفصلة غير المتولدة كأجرة المبيع لو آجره المشتري فانهما لاتمنعان الفسخ والرد بالعيب فيبقى حكم العيب معهما على موجبه الاصلي .

ج) ـ المانع لحق البائع ، وذلك بان يحدث في المبيع المعيب بالعيب القديم عيب جديد عند المشتري بعد ما قبضه ، كما لو انكسرت يد الدابة المبيعة وهي عندالمشتري وظهر فيها مرض قديم منذ ان كانت عند البائع .

وفي هذا ليس للمشتري ان يرد المبيع على البائع بالعيب القديم لتضرر البائع بعودته اليه معيبا بعيب حادث ، وانما يكون للمشتري ان يرجع على بائعه بالنقصان ، الا ان يشاء البائع اخذ المبيع بعيبه الحادث ورد الثمن . وذلك لان امتناع الموجب الاصلي وهو الرد انما كان نظراً لحقه منعا للضرر عنه ، فاذا شاء هو فلا مانع .

ولو زال العيب الحادث كما لو شفيت الدابة المريضة ، عاد الموجب الاصلى وهو حق الرد حتما .

د) ـ المانع لحق الغير ، وذلك كما لو اخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التمليك كبيع او هبة او صلح ، ثم اطلع على انه كان معيبا بعيب قديم . وفي هـذا لايمكن المشتري الاول ان يفسخ البيع بينه وبين بائعه لانه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد انشأه المشتري نفسه ، ولا يحق له ايضا ان يستفيد من الموجب الخلفي فيرجع بنقصان العيب لانه يعتبر هو الحابس للبيع عن بائعه بما انشأه عليه من حق للغير ،

اذ للبائع ان يحتج باستعداده لاسترداد المبيع واعادة الثمن (١).

لكن لو رد المبيع المشتري الثاني على المشتري الاول بالعيب رداً قضائيا بان خاصمه وقضي عليه بالرد ساغ عندئذ للمشتري الاول ان يرده على بائعه بالعيب المذكور ، لان القضاء بالرد فسخ للبيع الثاني فيصبح كأن لم يكن ،ويعود المبيع الى حاله الاولى في يد المشتري. وبزوال المانع عندئذ، وهو حق الغير، يعود الممنوع،وهو الرد بالعيب .

ولا فرق بين ان يكون القضاء على البائع الثاني بالرد مستنداً الى ثبوت العيب القديم بالبينة اوباقراره اوبنكوله عن اليمين،لان القضاء في كل ذلك فسخ للعقد الجديد.

اما لو رده المشتري الثاني،ولو بسبب العيب ، على المشتري الاول بالتراضي ، او تقايلا البيع اقالة فليس للمشتري الاول رده على بائعه لأنه في حكم ما لو اشتراه منه شراء جديداً ، وفي هذه الحال يكون شراؤه كشراء اجنبي يطهر العين من الحق السابق ، إذ من القواعد المقررة فقها : ان تبدل سبب الملك كتبدل الذات (م/٩٨) فلما عاد المبيع الى ملك المشتري الاول بسبب جديد غير السبب الذي ملكه به من بائعه فكأنما هو عين اخرى غير المبيع الاول . بخلاف مالو قضي عليه بالرد قضاء فانه فسخ للبيع الثاني فيعود المبيع الى ملكه الاول. لا بسبب جديد فيعود معه حقه في الرد الذي كان ثابتاً له فيه .

هـ) ـ اتلاف المشتري ،كما لو كان المبيع دابة فقتلها او ثوبا فمزقه ونحو ذلك ،ثم علم بوجود العيب القديم فيه .

---

(١) يلحظ هنا انه اذا كان قد امتنع الرد بمانع شرعي قبل اخراج المشتري المبيع عن ملكه ، كما لو ولدت الدابة المبيعة عند المشتري ثم باعها ثم اطلع على العيب القديم فيها فانله ان يرجع على بائعه بنقصان العيب ، لان الرد قد امتنع واستقر حق الرجوع بالنقصان قبل أن ينشئ المشتري حقاً للغير في المبيع،فلا يكون بهذا الانشاء تأثير بالنسبة الى البائع بعد ان استقر عليه الالتزام بنقصان العيب .

ففي هذا ايضاً يعتبر المشتري كالحابس للمبيع عن البائع ، ويستقر عليه الثمن المسمى نهائياً دون رجوع بنقصان العيب . والفرق بين هذا المانع والمانع لحق الغير انه هناك يحتمل زوال المانع فيعود حق الرد ، وهنا لا .

والاتلاف احتراز عما لو استهلك المشتري المبيع بالاستعمال والانتفاع المشروع فانه يعتبر عندئذ كالمانع الطبيعي الاول ، كما لو كان طعاماً فأكله ، او ثوباً فلبسه حتى تخرق او بلي ثم اطلع على العيب القديم فيه فان له الرجوع حينئذ بنقصان الثمن . ولو اكل بعضه فله رد ما بقي والرجوع بنقصان ثمن ما اكل . وهذا رأي الصاحبين الراجح (رد المحتار ج ٤ ص / ٨٣)

١٣٢ — كيف يمارس المشتري حق الفسخ بخيار العيب

اذا ظهر للمشتري في المبيع عيب يوجب له الخيار فان كان ذلك قبل قبضه جميع المبيع فانه يستقل بفسخ البيع ورد المبيع وان لم يرض البائع دون حاجة الى قضاء قاض . على ان البائع بعد فسخ المشتري اذا انكر وجود العيب لا بد من الالتجاء الى القضاء لاجل اثبات وجود العيب. فبعد اثباته يقر القاضي نفاذ الفسخ ويعتبر البيع منفسخاً من تاريخ فسخ المشتري .

واما اذا كان ظهور العيب بعد قبض المبيع فلا بد لنفاذ الفسخ من رضى البائع فان لم يرض فليس للمشتري ان يفسخ وانما عليه ان يلجأ الى القضاء فيثبت العيب ، والقاضي بعدئذ هو الذي يقضي بالفسخ بناء على طلب المشتري . والفسخ من المشتري قبل ذلك غير معتبر ، فيبقى المبيع على ملك المشتري حتى يقضي القاضي بالفسخ .

ويحتاج المشتري امام القضاء ان يثبت امرين: وجود عيب في المبيع، وهذا يثبت برأي اهل الخبرة؛ ثم كون العيب قديماً ، أي قائماً فيه منذ ان كان عند البائع قبل استلامه ان كان البائع ينكر ذلك .

١٣٣ — وحق المشتري في خيار العيب غير مقيد بمدة على الراجح في الاجتهاد الحنفي ، بل يبقى ثابتاً له مدة مرور الزمان ، ولو علم بالبيع ، ما لم يوجد

مسقطه الآتي بيانه . وهنـاك رأي آخر في المذهب الحنفي يشترط فيه الفورية فلو امسك المشتري المبيع بعد اطلاعه على العيب مع قدرته على الرد كان راضياً وسقط خياره (رد المحتار ج ٤ ص / ٩٠) .

على ان هذا الاطلاق عن التحديد بمدة مشكل من جهة انه يجعل البائع غـير مطمئن على مصير المبيع فلا يستطيع استعادته الى ملكه وصرفه الى حاجته او تصريفه في الوقت المناسب ، ولا يستطيع ان يعتبره مبتوتاً في امره ومفروغاً منه . وقد كان يحسن ان تجنح المجلة الى تحديده بمدة تلجىء المشتري الى ممـارسة حقه خلالها فلا تسمع دعواه بالعيب بعدها ، او تأخذ بالرأي الذي يشترط الفورية (١)

١٣٤ — وخيار العيب يورث . فاذا مات المشتري وله حق الخيار انتقل ذلك الى وارثه ، ويكون البائع ملتزماً تجاهه بمثل ما كان ملتزماً به تجاه المورث من ضمان العيب، ولو كان العيب قبل وفاة المورث غير مكتشف وانما اكتشفه الوارث.

١٣٥ — ما يسقط ضمان العيب (٢)

تقدم البحث فيما سلف (ف / ١٢٧ / عن الحالات التي لا يتوجه فيها من الابتداء التزام ضمان العيوب على البائع فلا يكون فيها للمشتري خيار العيب .

---

(١) ان المادة / ٥٥٨ / من مشروع القانون المدني العراقي اوجبت على المشتري ان يفحص حالة المبيع بمجرد تمكنه من ذلك، وان يبادر ، عند اكتشافه فيه عيباً ، الى اخبار البائع به والا اعتبر قابلا للمبيع بعيبه . كما ان المادة / ٥٦٨ / منه منعت سماع الدعوى بضمان العيب بعد مرور سنة على البيع ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بضمان العيب لمدة اطول .

(٢) يعبر الفقهاء بسقوط خيار العيب عن معنى سقوط حق المشتري نهائياً فيما يوجبه له العيب على البائع من رد المبيع او الرجوع بنقصان الثمـن ، وبذلك عبرت المجلة ايضاً في المادة / ٣٤٤ / .

=

فأما بعد ان يعتبر البائع ملتزماً بهذا الضمان ويعتبر المشتري مخيراً فيه ذلك الخيار الذى تترتب فيه الموجبات والاحكام السالفة البيان فان التزام البائع او حق المشتري قابل للسقوط بعد الثبوت .

والنظر الفقهي في ذلك ان خيار العيب يسقط اجمالاً بكل ما يفيد رضى المشتري بالعيب (الدر المختار ج ٤ ص / ٩٠) .

وقد عبرت المجلة عن ذلك بأن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك بعد اطلاعه على عيبه كما لو عرضه للبيع مثلاً (م / ٣٤٤)

ويتنوع المسقط تحت هذا المبدأ العام الى صور شتى لا تحصر . فيعتبر رضى بالعيب بعد اطلاع المشتري عليه ما لو باع المبيع ، اوآجره ، او رهنه ، او وهبه ولو بلا تسليم ، او عرضه كله او بعضه للبيع او امر غيره بعرضه ، او داواه من العيب نفسه لو كان مرضاً ، او داوى بالمبيع لو كان دواء،او استعمله بأي وجه كان كما لو لبس الثوب او ركب الدابة او حملها — الا اذا ركبها لاجل ردها بالعيب او لاجل سقيها ، اوحملها علفها — او سقى الأرض المبيعة، او زرعها،او كسح الكرم، او جمع غلات الضيعة . فكل هذه التصرفات واشباهها من المشتري بعد علمه بالعيب تسقط ضمان البائع لدلالتها على رضى المشتري بالعيب .

وكذا لو علم بعيب المبيع قبل القبض فقبضه كله او بعضه ، او كان لم ينقد الثمن فنقده ، فانه يعتبر ايضاً رضى بالعيب مسقطاً لخياره (البحر الرائق ، ورد المحتار ج ٤ ص / ٩٠ — ٩١) .

١٣٦ — اما لو وجدت هذه التصرفات واشباهها من المشتري قبل اطلاعه على عيب المبيع فانها لا تسقط التزام البائع لعدم دلالتها على رضى المشتري بالعيب .

لكن بعض هذه التصرفات لو حصل قبل اطلاع المشتري على العيب قد يكون

= ولعل الافضل ان يعبر بسقوط ضمان العيب لان خيار المشتري فرع عن التزام البائع بهذا الضمان .

مانعاً يمنع فسخ البيع ورد المبيع بالعيب اذا كان من نوع احد الموانع الخمسة المتقدمة الذكر (ر: ف / ١٣١) ، كما لو كان المبيع طعاماً فأكله المشتري ، او ثوباً فصبغه او فصله او خاطه او باعه من آخر او اتلفه ، ثم اطلع بعد ذلك على العيب القديم فيه فيأخذ عندئذ الحكم المقرر للمانع الذي هو من نوعه ، بحسب التفصيل السابق (١)

فتلك الموانع انما تكون موانع من الفسخ والرد ولو وجدت من المشتري قبل اطلاعه على العيب ، كما تكون مسقطات لالتزام البائع بضمان العيب لو وجدت بعد اطلاع المشتري ، لانها لا تخرج عن كونها تصرفات منه كسائر التصرفات الاخرى التي تدل على رضاه بالعيب اذا وقعت منه بعد علمه به .

هذا ولتنظر مصادر احكام ضمان العيب التي اوردناها (في المواد / ٣٣٦ — ٣٥٥ / من المجلة ومرآتها ، وفي الهداية وشرحها فتح القدير (ج ٦ ص/١ — ٤٠، والدر المختار وحاشيته رد المحتار ج ٤ ص / ٧١ — ٩٩) .

***

---

(١) فاذا كان التصرف من نوع الموانع الثلاثة الاول — اي المانع الطبيعي والمانع لحق الشرع والمانع لحق البائع — كما لو اكل المشتري المبيع، او احدث فيه زيادة متصلة من ماله كالصبغ والخياطة، او احدث فيه عيباً جديداً، ففي هذه الاحوال يمتنع الموجب الاصلي لظهور العيب وهو الرد ويثبت الموجب الخلفي اي حق الرجوع بنقصان الثمن. واذا كان من النوعين الرابع والخامس — اي المانع لحق الغير والاتلاف — فانه يمنع كلا الموجبين .

ويلحظ ان تفصيل الثوب يعتبر عيباً حادثاً، اما خياطته فزيادة .

الفصل السادس

في بعض أنواع من البيع

الفرع الاول

بيع السلم

١٣٧ - النظرية الشرعية فيه

سلفت الاشارة في اللمحة التاريخية (ف / ١٠) الى منشأ بيع السلم والحاجة العامة التي ولدته .

فالسلم وليد حاجة من المنتج والجالب الى رأس المال ليستعين به على انتاجه او جلبه المأمول ، ورغبة من المشتري في تحصيل بضاعة يشتريها على اساس التسليم المستقبل بسعر ارخص عادة بسبب تسليف ثمنها . ففي السلم عون كبير على مصلحة الانتاج الزراعي والصناعي والتجاري ومنفعة مشتركة متبادلة بين جانبيه .

والفقه الاسلامي الذي اقر مبدئياً قاعدة عدم جواز بيع المعدوم قد استثنى السلم باتفاق الاجتهادات لما فيه من مصلحة اقتصادية عامة . وبه فسرت آية المداينة التي هي اطول آية في القرآن . وورد في السنة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ، وقال : «من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » (الهداية وشروحها ج ٦ ص / ٢٠٥) (١) .

---

(١) وقال ايضاً في الهداية : « ان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس » (ج ٦ ص/٢١٧) وقال الكمال ابن الهمام في شرحها : « ان سبب شرعية بيع ما=

والسلم في اللغة معناه السلف (بفتحتين فيهما) وهو ما يستسلف اي يؤخذ مقدماً ، يقال اسلمت اليه كذا واسلفت بمعنى واحد (المصباح)

وفي اصطلاح الفقه هو بيع شيء مؤجل بمعجل (م / ١٢٣).

والمشتري يسمى: رب السلم ، والبائع: مسلماً اليه ، والمبيع: مسلماً فيه ، والثمن: رأس مال السلم .

والنظرية الشرعية في السلم تنطوي على اعتبارات خاصة به تميزه عن البيع المطلق في بعض الاسس والاحكام نجملها فيما يلي :

١٣٨ — اسس السلم وأحكامه الخاصة

(أ) — ان المبيع المسلم فيه ليس عيناً معينة بل هو ملتزم في الذمة. ومن ثم يوصف بأنه دين . وعن هذا يتفرع ما يلي :

١ — يشترط ان يكون المبيع من الاموال التي تقبل الثبوت في الذمة وهي المثليات من مكيل او موزون او مذروع او معدود متقارب، وليمكن تعيينه بالقدر والوصف بدلا من تعيينه في الوجود الخارجي بالاشارة ونحوها (ر : م / ٣٨١) فلا يصح السلم في افراد الحيوان ونحوه من القيميات(١)

=ليس عنده هي الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي ، فانيط بمظنة ذلك من الاقدام على اخذ العاجل بالآجل » (ج ٢ ص / ٢٠٧) والمقل الراجي هو من لا يملك رأس المال ويرجو القدرة على الانتاج لو ملكه .

(١) الاجتهاد الشافعي على صحة السلم في افراد الحيوان لأنه يرى امكان ثبوته في الذمة اذا حددت مميزاته جنساً ونوعاً وسناً وصفة ، فيبقى التفاوت في افراده يسيراً مغتفراً (ر : الهداية وفتح القدير ج ٦ ص / ٢٠٩) وهو وجيه وفيه سعة .

على انه ، فيما نرى ، ينبغي الجزم اليوم بصحة السلم اتفاقاً من الوجهة الفقهية في حيوان اللحم الذي تعورف بيعه بالوزن وهو حي كالبقر والغنم والدجاج كما يحصل=

٢ — ان خيار الرؤية لايثبت حكمه في المبيع سلما ، لأن هذا الخيار لايجري فيما يملكه الانسان ديناً في الذمة (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٠٨) وذلك لعدم فائدته فيه ، لأن ثمرته في الاصل هو رد المبيع الغائب عند رؤيته اذا لم يعجب المشتري ، وان المبيع المسلم فيه ليس عيناً معينة بل دين في الذمة يقضى بأمثاله، فعندوفائه اذاساغ رده بخيار الرؤية يعود دينا ويجب أداء مثل آخر فيمكن رده ايضاًبالخيار ،وهكذا فيتسلسل . فلذا يكتفى بوصف المبيع اللازم بيانه لصحة السلم فيقوم مقام المعاينة (ر : فتح القدير ج ٦ ص / ٢٢٨) .

اما الثمن في السلم فيجري فيه خيار الرؤية اذا كان عينا قيمية او مثلية .

١٣٩ — (ب) — ان بيع السلم مبني على فكرة استسلاف رأس المال للتقوي به على التحصيل والانتاج ، فلذلك :

١ — يشترط في المبيع ان يكون مؤجلا الى اجل معلوم (ر : م / ٣٨٦) والالم يكن سلما ، وان يبين محل تسليمه ان كان لحمله كلفة ومؤونة . فان لم يكن له مؤونة لايشترط بيان محل الايفاء ، بل يتعين مكان العقد للتسليم (الهداية) .

٢ — ويشترط في الثمن ان يكون معجلا وان يقبض فعلا في مجلس العقد . فلو تبايعا سلماً بثمن مؤجل فسد ،ولو أخر دفع الثمن بشرط او بلا شرط فافترقا دون قبضه انفسخ العقد (م / ٣٨٧) لأنه يختل عندئذ فيه الغرض المقصود من السلم وهو الاستعانة على الانتاج والتحصيل بل يصبح من قبيل بيع الدين بالدين وهو غير جائز فقهاً (١)

=في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيوش والحكومات والمؤسسات العامة ، لأنها بالوزن تصبح مثلية ، بخلاف حيوان الركب والاستعمال لأن افراده قيمية متفاوتة. ولينظر في تمييز المثلي والقيمي بحسب نظريته الفقهية ماتقدم في فصل الاموال من الجزء الثاني (ف / ٤٥ — ٤٩) .

(١) في الاجتهاد المالكي يجوز تأخير دفع الثمن في السلم الى اجل غير بعيد كيومين او ثلاثة بشرط او بلا شرط (ر : بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص /١٦٩)

ويتفرع عن ذلك ان السلم لايصح فيه اشتراط خيار الشرط (ر : ف / ٤٠) لأنه يؤدي الى عدم دفع الثمن في مجلس العقد اذ يجعل العقد غير مبتوت فيه ويؤخر ثبوت حكمه (الهداية وفتح القدير ج ٦ ص / ٢٢٧) ومقتضى ذلك انه لايجوز فيه ايضاً خيار النقد (ر : ف / ٩٩) لأنه يقتضي تأخير دفع الثمن الى الاجل المضروب فيه .

١٤٠ — (ج) — ان غاية السلم الوصول الى تنفيذ عيني باستلام المبيع المؤجل عند حلول اجله . لذلك يشترط في المبيع ، لاجل ضمان التنفيذ فيه ان يكون مما يوجد في الاسواق عند المحل[٢] باتفاق الاجتهادات .

اما استمرار وجود نوعه منذ العقد الى حين المحل فهو شرط ايضاً في الاجتهاد الحنفي دون الاجتهاد المالكي والشافعي والحنبلي[٣] ليمكن تسليم المبيع اذا توفي البائع المسلم اليه بعد العقد ، لأنه دين في ذمته ، ووفاة المدين تحل ديونه المؤجلة . فلا يصح السلم في الاموال الموسمية التي تفقد من الاسواق في غير موسمها الا اذا كان كل من العقد وميعاد التسليم واقعين في بحر موسمها .

فاذا حل اجل التسليم وانقطع وجود المبيع بحيث يتعذر تسليمه كان المشتري مخيراً بين ان ينتظر وجوده او يفسخ البيع ويسترد الثمن (الدر المختار ج ٤ ص/ ٢٠٥ ، والهداية وشروحها ج ٦ ص / ٢١٤) واستناداً الى مبدأ ضمان التنفيذ هذا لايصح السلم على ثمر اشجار معينة او محصول قرية معينة لاحتمال ان لا يحصل منها شيء فتفوت القدرة على التنفيذ . اما تخصيص الاقليم فجائز لأن حرمان محصوله بعيد الاحتمال .(الدر المختار) .

---

(٢) المحل بفتح فكسر هو وقت حلول الشيء المؤجل من دين ونحوه (المصباح).

(٣) الاجتهادات التي لاتشترط وجود المبيع المسلم فيه الا عند المحل هي اوجه واوسع فاذا مات البائع وحل الاجل والمبيع منقطع الوجود فان خيار الفسخ الآتي بيانه للمشتري يزيل الاشكال .

١٤١ — هذا اجمال الشرائط والاحكام التي تخص بيع السلم ويتميز بها عن البيع المطلق في النظرية الشرعية (١)

وفيما سوى ذلك تجري فيه الشرائط والاحكام التي تثبت في البيع بوجه عام مما سلف بيانه .

١٤٢ — التعديل القانوني في احكام السلم

ان المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية لدينا ، بتصحيحها كل مايتفق عليه العاقدان الا ما استثنته ، يقتضي عمومها تعديل معظم الشرائط والاحكام الخاصة

---

(١) بهذه الشرائط المتقدمة المستمدة من غاية عقد السلم الشرعي افترق هذا العقد عن الصفقات الاحتمالية التي يطلق عليها اليوم اسم « البورص » اذ يعقدون صفقات كبرى على انواع البضائع والاموال الى آجال معينة لابقصد استلام المبيع فيها عند حلول اجل تسليمه بل بقصد اخذ فرق السعر اذا اصبحت قيمتها عند المحل ازيد او انقص منها عند العقد ، فان غلت اخذ المشتري الفرق من البائع ربحاً ، وان رخصت دفع اليه الفرق خسارة . وعلى هذا الاساس قد تعقد صفقات « البورص » على مقادير جسيمة لايتصور وجودها في الاسواق او انتاجها او جلبها لأن القصد منها ليس الى التنفيذ العيني بدفع ثمن واستلام مبيع ، بل الى التحاسب على فرق السعر عند المحل .

فصفقات « البورص » هذه ليست من قبيل السلم الشرعي الذي هو من خير اساليب التعامل الاقتصادي في خدمة الانتاج والاعانة عليه في شتى ميادينه التجارية والصناعية والزراعية ، وانما هي مضاربات ومغامرات لاتمت الى الجهد الانتاجي والاقتصادي باي صلة ويتلاعب فيها اصحاب رؤوس الاموال الكبيرة بالاسواق والاسعار ، فتتبلبل وتضطرب وتتوالى فيها حوادث الافلاس المباغت . واصح اسم لها انها : قمار تجاري .

بالسلم ،فتسيغ للمتبايعين ان يتفقا على خلافها ، كتعجيل المبيع المسلم فيه ، وهذا يوافق الاجتهاد الشافعي وهو ايضاً مقتضى المادة / ٢٠١ / من المجلة (ر : ف / ٤٢) ، وكتأجيل ثمن السلم ، وجواز خيار الشرط في عقده ، وهذا يوافق الاجتهاد المالكي في الاجل اليسير كما تقدم ، وتقتضي جواز السلم دون تقيد بكون المبيع مما يوجد عند المحل مما يعود الى ضمان التنفيذ .

فلم يبق في ظل المادة / ٦٤ / من فرق في الحكم بين السلم والبيع المطلق الا من جهة ان المبيع في السلم يجب ان يكون مالاً مثلياً ليمكن التزامه في الذمة ، وان خيار الرؤية لايجري فيه .

الفرع الثاني

الاستصناع (١)

١٤٣ — الاستصناع عقد مع ذي صنعة على عمل شيء معين (م / ١٢٤) اي شراء ما سيصنع . ويقال للمشتري: مستصنع ، وللبائع :صانع، وللشيء :مصنوع. وذلك كاستصناع الانسان احذية او آنية او ثياباً ، ونحو ذلك. ويشترط فيه وصف المصنوع في العقد بما يقطع الجهالة .

وهو عقد يشبه بيع السلم من جهة انه بيع المعدوم ، وأن المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع ، ولكنه يفترق عنه من حيث انه لا يجب فيه تعجيل الثمن (م / ٣٩١) ولا بيان مدة للصنع والتسليم ، ولا كون المصنوع مما يوجد في الاسواق . ويشبه الاجارة ايضاً لكنه يفترق عنها من حيث ان الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

وقد اختلف الفقهاء في تخريجه : انه بيع ، او وعد بالبيع ، او اجارة ، وعلى

---

(١) خلافاً لما رسمناه في ترتيب العقود (ف / ٥) قد رجحنا ذكر الاستصناع هنا لان حقيقته بيع .

كونه بيعاً هل هو بيع للعين او للعمل ؟ والراجح في الاجتهاد الحنفي انه بيع للعين الموصى بصنعها لا لعمل الصانع . فيحق للصانع ان يأتي للمستصنع بما لم يصنعه هو مما يوافق الاوصاف المشروطة .

١٤٤ — والراجح في الاجتهاد الحنفي انه عقد غير لازم قبل الصنع ولا بعد الصنع والاحضار، فللمستصنع الفسخ والعدول عنه ولو جاء المصنوع موافقاً للطلب والشروط ، الا على رأي ابي يوسف اذ يرى انه لازم في هذه الحالة الاخيرة ، وليس للمستصنع فيها خيار رؤية لضرره بالصانع لانه انما صنعه على حسب طلب المستصنع فلعله لا يوافق سواه ان لم يأخذه

والمجلة اخذت بقول ابي يوسف — كما اوضحته جمعيتها في لائحة اسبابها الموجبة — وتوسعت فيه ، فقررت في المادة / ٣٩٢ / منها ان عقد الاستصناع ينعقد لازماً فليس لاحد الطرفين الرجوع ولو قبل الصنع، الا انه اذا جاء المصنوع مغايراً للاوصاف المشروطة تخير المستصنع بفوات الوصف . وهذا ايضاً مقتضى المادة / ٦٤ / من قانون الاصول الحقوقية لدينا. وانظر ما قدمناه في الجزء الاول (ف / ٨٦ / سادساً)

١٤٥ — واذا حددت مدة لتقديم المصنوع فانقضت دون ان يفرغ الصانع منه ويسلمه — وهذا كثيراً ما يحدث والمجلة فيه ساكتة — فالظاهر ان تخير المستصنع بين الانتظار والفسخ، قياساً على ما قدمناه في السلم (ف/ ١٤٠). فلو لم يفسخ حتى قدم الصانع المصنوع ، هل يبقى له الخيار او يصبح ملزماً ؟ في القضية نظر . ولعل الاوجه ان يعتبر الخيار باقياً إلا أن يكون المستصنع قد استحث الصانع بعد الاجل على الانجاز .

الفرع الثالث

بيع الوفاء(١)

١٤٦ — تعريفه ومنشؤه

بيع الوفاء هو أن يبيع المحتاج الى النقد عقاراً على انه متى رد الثمن استرد العقار المبيع.

---

(١) هذا الاسم اشهر اسمائه ، ويسميه فقهاء الشافعية : الرهن المعاد ، وكان=

وقد حدث تعامل الناس به بخارى وبلخ حول منتصف القرن الخامس الهجري(١)

وقد كان الباعث ، فيما يظهر للباحث ، على لجوء الناس الى ابتكار هذا الاسلوب من البيع ان اصحاب رؤوس الاموال النقدية اصبحوا لايطمئنون ولا يرتاحون الى القرض الحسن الخالي عن المنفعة ، وفي الوقت نفسه يحرج الناس من الربا لحرمته شرعاً ،فالتمسوا المخرج الفقهي في طريقة تكون بعيدة عن صورة الربا ومحققة لمنفعة متبادلة ترغب المثري في الاقراض ،وتيسر على المحتاج الاستقراض.فابتكروا في ذلك طريقة البيع بشرط التراد اي رد المبيع عند رد الثمن ، ثم شاعت وسميت : بيع الوفاء، لأن فيه التزاماً تعهد المشتري بالوفاء به وهو ذلك الرد عند وفاء الثمن المعتبر كدين على البائع . ثم اصبح يستغنى باسم العقد عن ذكر الشرط لأنه يقوم على اساسه . والثمن عادة يكون فيه اقل من القيمة ، كما في الرهن اذ تكون قيمة المرهون عادة اقل من مبلغ القرض احتياطاً .

فمن جهة انه في صورة بيع يملك المشتري منافع المبيع استعمالا واستغلالاً كما في البيع المطلق البات .

ومن جهة أنه قائم على اساس لزوم رد المبيع على البائع متى تمكن من اعادة الثمن يكون المشتري ملتزماً بحفظ عين المبيع وعدم اخراجه عن ملكه لتمكن اعادته عند الطلب ووفاء الثمن كما في الرهن والدين .

ومن حيث ان شرط الاعادة مطلق في الاصل عن المدة ، ولا يعقل ان يبقى

= يسمى في مصر : بيع الامانة ، وفي الشام : بيع الاطاعة (الدر المختار) ويسمى اليوم في دمشق بين العامة : قعيدة . وكثيراً مايطلق عليه فقهاء الحنفية اسم : البيع الجائز . لكن المجلة في تعريفها اياه في المادة / ١١٨ / منها استعملت اسم البيع الجائز بمعنى البيع العادي الصحيح .

(١) انظر الدليل على تحديد هذا التاريخ في حاشية الفقرة / ١٤٨ / الآتية .

ملك المشتري معلقاً لا الى نهاية كان العرف على ان للمشتري ايضاً ان يفسخ العقد ويطالب هو البائع باعادة الثمن واسترداد المبيع .

وقد وجد الناس في هذه الطريقة دفع حاجة مشتركة . فان المشتري يجد بها منفعة افضل من تجميد نقوده الفاضلة عن حاجته ، والبائع لايضطر الى بيع عقاره الحريص عليه بيعاً باتا عند حاجته الى النقد ، لاسيما عند امله في الاستغناء والوفاء .

١٤٧ — ميزته عن الرهن

إن معنى الرهن في هـذا العقد هو الغالب حتى ان الناس من اول تعاملهم به كانوا اذا باع احدهم عقاره وفاء يقول : رهنته(١) لما هو مستقر في الاذهان من تقارب العقدين .

لكن الناس لم يجدوا في الرهن مايغنيهم عن احداث بيع الوفاء لأن الغرض من احداثه ليس هو توثيق الدين فقط لكي يغني عنه الرهن ، بل هو تمليك منفعة للمقرض في مقابل القرض بصورة مشروعة ، وهذا لايحققه عقد الرهن لأنه توثيقي محض لا يوجب تمليك المرتهن منافع المرهون . فلذا ابتكرت طريقة بيع الوفاء الذي هو بيع على اساس التراد ليكون المشتري مالكا لمنافع المبيع بمقتضى ان العقد بيع ، ويكون العقد من جهة اخرى في معنى الرهن من حيث الالتزام بالتراد .

وهذا هو الفارق الاساسي بين بيع الوفاء والرهن ، والباعث على ابتكاره وبدء التعامل به .

١٤٨ — موقف الفقهاء منه

اختلفت فتاوي الفقهاء في الحكم على بيع الوفاء عصر ظهور طريقته : فمنهم من

---

(١) انظر ما سيأتي في حاشية الفقرة /١٤٨/ عن فتاوي النسفي .

نظر الى ظاهر اسمه فاعتبره بيعاً صحيحاً فيملك المشتري منافع المبيع ، واعتبر ذكر الرد وعداً ملزماً لأن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م / ٨٤) . ومنهم من رأى ان الشرط من قبيل المفسد فاعتبره بيعاً فاسداً . ومنهم من نظر الى المعنى الغالب البارز في غاية هذا العقد ونتيجته فاعتبره رهنا من كل وجه(١) .

---

(١) قال في الفصل / ١٨ / من جامع الفصولين نقلا عن فتاوي الامام نجم الدين ابي حفص عمر بن محمد النسفي : « البيع الذي تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لايملكه المشتري ولا ينتفع به الا باذن مالكه ، وهو ضامن لما أكل من ثمره واتلف من شجره ، ويسقط الدين بهلاكه لافرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام ، لان المتعاقدين وان سمياه بيعاً لكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين اذ العاقد يقول لكل احد بعد هذا العقد : رهنت ملكي فلانا ، والمشتري يقول : ارتهنت ملك فلان ، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ، فان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ، وان الكفالة بشرط البراءة حوالة ، وهبة المرأة نفسها مع تسمية المهر وحضرة الشهود نكاح ، ونظائره كثيرة .

قال السيد الامام : قلت للامام الحسن الماتريدي : قد فشا هذا البيع بين الناس ، وفتواك انه رهن ، وانا ايضاً على ذلك . فالصواب ان نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس . فقال : المعتبر اليوم فتوانا ، وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله » اه باختصار يسير .

اقول : وفي هذا النص دليل على التاريخ الذي حددناه لظهور طريقة بيع الوفاء حول منتصف القرن الخامس (ر : ف/١٤٣) . فان السيد الامام هو ابو شجاع محمد ابن احمد بن حمزة وكان رفيقاً للامام الحسن الماتريدي القاضي ، ولعلي بن الحسين السغدي قاضي بخارى المتوفى سنة ٤٦١ هـ تلميذ شمس الأئمة السرخسي . وقد انتهت الى هؤلاء الثلاثة رئاسة المذهب الحنفي ورجاله في عصرهم يرحل اليهم في النوازل =

ولما عم التعامل به وشاعت طريقته بسرعة في الاقطار لاضطرار الناس اليه استقر رأي المتأخرين من الفقهاء على اقرار حكم نهائي له على حسب غايته المقصودة مراعى فيه ثلاثة مقاصد اساسية ، هي :

— تمليك المشتري منافع المبيع ، وهو الهدف الباعث على ابتكار طريقته .

— وحق الفسخ والتراد ، وهو الصورة الشرطية التي بني اصل العقد عليها .

— وضمان المشتري للمبيع .

١٤٩ — وقد اعتبروا هذا البيع عقداً خاصاً جديداً مشروعا للحاجة اليه ، وهو مركب يشبه بالنظر الى صورته وغايته ثلاثة عقود : البيع الصحيح ، والبيع الفاسد ، والرهن . لكنه انما يشبه كل واحد من ناحية دون سواها ، فاستعاروا له من كل عقد منها مايتصل بوجه الشبه من احكامه .

وقالوا : ان بيع الوفاء ليس برهن محض ، وان الثمن فيه ليس بدين محض في ذمة البائع ، على خلاف رأي بعض المتقدمين في الحكم عليه عند ظهوره انه رهن من كل وجه . (ر : جامع الفصولين آخر الفصل / ١٨) .

١٥٠ — وعلى هذا الاساس جعلوا له حكما مركباً مستمداً من احكام العقود الثلاثة :

أ) — فاثبتوا له من احكام البيع الصحيح البات اموراً اهمها مايلي :

١ — ملك المشتري لمنافع المبيع وفاء بلا حاجة الى شرط .

٢ — وأن المشتري يجوز له ان يؤجر المبيع وفاء من البائع نفسه ومن غيره ويستحق الاجرة ، بينما لايصح من المرتهن ايجار المرهون من الراهن ولا من غيره لأنه غير مالك للمنفعة ، والرهن انما هو للاحتباس لا للانتفاع .

= والواقعات ، وكان المعتبر في زمانهم في الفتاوي ان يجتمع خطهم وتوقيعهم عليها . ونجم الدين النسفي ولادته سنة ٤٦١ ووفاته سنة ٥٣٧هـ (ر : الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، ترجمة السيد الامام ابي شجاع محمد بن احمد بن حمزة) .

٣ — وأنه اذا شرط في عقد بيع الوفاء ان يؤجره المشتري من البائع نفسه صح الشرط وسمي البيع عندئذٍ بيع الاستغلال (م/١١٩) .

٤ — وأنه لو كان لانسان على آخر دين موثق بكفالة ، فباعه به المدين عقاره بالوفاء تبطل الكفالة ، ثم لا تعود لو تفاسخا بيع الوفاء ، بينما لو اعطى المدين المكفول رهناً بدينه لا تبطل الكفالة ، (جامع الفصولين ، آخر الفصل /١٨) .

ب) — واثبتوا له من احكام البيع الفاسد حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين . وهذا الحق يورث اذا مات احدهما فيقوم وارثه مقامه (م/٣٩٦و٤٠٢).

ج) — واثبتوا له من احكام الرهن الامور التالية :

١ — عدم ملكية المشتري لعين المبيع .

٢ — وعدم جواز تصرف كل من الطرفين في عين المبيع تصرف الملاك من بيع ورهن واستهلاك ونحوه بلا اذن الآخر (م/٣٩٧).

٣ — وان ضمان المبيع على المشتري كضمان المرهون على الدائن المرتهن ، اي انه يضمن منه ما يعادل الثمن الذي يعتبر ديناً ، والزائد يكون امانة في يد المشتري لا يضمنه اذا هلك الا بتعديه عليه او تقصيره في حفظه (م/٣٩٩ — ٤٠١) .

٤ — وان للمشتري الحق في احتباس المبيع — كحق المرتهن في حبس الرهن — حتى استيفاء الثمن ، وهو حق عيني يكون له فيه امتياز ورجحان على سائر غرماء البائع المدين اذا افلس او مات وتركته مستغرقه بالديون (م/٤٠٣) .

٥ — وان العقار المبيع لا يؤخذ من مشتريه بالشفعة .

٦ — وانه اذا احتاج الى التعمير والترميم لاجل صيانته فعمارته على البائع (جامع الفصولين وحاشيته للخير الرملي اوائل الفصل /١٨) .

وقد سمى رأي الفقهاء المتأخرين هذا في بيع الوفاء بالقول الجامع ، وعليه استقرت الفتيا وبه اخذت المجلة (ر : م / ١١٨) ورد المحتار والدرر آخر البيوع ، والفصل /١٨/ من جامع الفصولين) وقد دل نظرهم فيه على تفكير فقهي خصيب واسع الافق .

١٥١ — بينا ان المجلة اخذت في المادة /١١٨/ منها بالقول الجامع المفتى به في بيع الوفاء وقد صرحت فيها بان وجه شبهه بالبيع الصحيح هو ان المشتري وفاء يملك منافع المبيع.

ومعنى هذا انه يملكها بلا شرط كما هو المقرر فقهاً في القول الجامع على ما اسلفنا بيانه ، وهو الفارق الاساسي بين الرهن وبيع الوفاء والباعث على ابتكار طريقة هذا البيع . ولو لا هذا الحكم لم يبق من فرق بينه وبين الرهن لأن الرهن يمكن ان تباح للمرتهن منافعه باذن الراهن .

غير ان المادة /٣٩٨/ منها نصت على انه « اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من منافع المبيع للمشتري كما لو شرطا ان تكون الغلة بينهما مناصفة مثلا صح ذلك ولزم الايفاء به » .

وقد جرى شراحها على انه عندم عدم مثل هذا الشرط تكون المنافع كلها للبائع المدين كما يشعر به ظاهرها . لكن عندئذ يكون هذا متناقضاً مع القول الجامع الذي اختارته المجلة نفسها ومتخرجا على الرأي القديم ان بيع الوفاء رهن محض ، قبل ان يقر الفقهاء المتأخرون الغاية الاساسية الباعثة على احداث هذا البيع ويثبتوا له الحكم المركب على اعتبار انه عقد خاص من نوع جديد ، كما سلف ايضاحه . فالصواب في فهم هذه المادة انه اذا شرط قصر المشتري على ملك بعض منافع المبيع وفاء فقط صح ذلك ولزم ، اما في حالة عدم اشتراط شيء من ذلك وهي الحالة التي سكتت عنها المجلة في هذه المادة فان المنافع كلها تكون للمشتري لا للبائع ، وهو الحكم المقرر في القول الجامع .

وهذا الفهم هو تحقيق والدي الشيخ احمد الزرقا رحمه الله في شرحه المخطوط على قواعد المجلة .

وهذا الفهم لا يأباه نص المادة /٣٩٨/ المذكورة وان كان خلاف الظاهر من سياقها ، وهو متعين للتوفيق بينها وبين المادة /١١٨/ التي اختارت القول الجامع .

١٥١ — موقف قانون الملكية العقارية الجديد لدينا

ان قانون الملكية العقارية الجديد في البلاد السورية ذا الرقم/ ٣٣٣٩/ الصادر عن المفوض السامي الفرنسي في عهد الانتداب سنة ١٩٣٠ م قد أتى في فصل بيع الوفاء منه في المواد /٩١-١٠٠/ بأحكام لاتخرج عن الاحكام الفقهية السالفة البيان، بل تتفق مع ماقررته المجلة في المواد / ٣٩٦-٤٠٣ / منها الا في ناحيتين :

١ - انه قد جعل في المادتين / ٩٤و٩٥ / منافع المبيع وفاء وغلته باقية بمقتضى العقد للبائع فلا يملكها المشتري بل هو مسئول تجاه البائع عما يستوفيه منها ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

وقد جارى في هذا الحكم ظاهر المادة /٣٩٨/ من المجلة ، فخلط بين بيع الوفاء والرهن. وهذا غفلة كبرى عن نقطة الفرق الاساسية بينهما في المنشأ والمبنى وهي ان يكون ملك المشتري للمنافع والغلة موجباً اصلياً للعقد .

على ان المادة المذكورة من المجلة انما جاءت غامضة وقابلة للتأويل على وجه يتفق مع الفهم الصحيح في بيع الوفاء كما اسلفنا بيانه . أما قانون الملكية العقارية المذكور فقد صرح ببقاء المنافع على ملك البائع صراحة لاتقبل التأويل . وفي بقية الاحكام يتفق بيع الوفاء مع الرهن فيما أورده القانون في فصليهما من حيث المعنى فلم يعد يستشعر بفرق بينهما الا في الاسم دون الحكم . واقل مايقال في هذا الصنيع القانوني : انه رجوع الى الوراء ! وهذا نتيجة جهل واضع القانون بالفرق الاساسي بينهما في المنشأ والمبنى ، مما قد عنينا بايضاحه هنا .

وقد كان من الواجب ، لو صيغ القانون بايد عليمة ، ان يستدرك غموض المجلة فيأتي بالحكم الصحيح المعقول صريحاً ، وهذا مافعله مشروع القانون المدني العراقي اذ صرح في المادة / ٥٩٧ / منه بان المبيع وفاء يعتبر ملكا للمشتري ملكية

مقيدة بشرط الاسترداد ، وتكون منافع المبيع للمشتري ،ولو لم يشترط ذلك في العقد(١) .

٢ — ان قانون الملكية العقارية المذكور قد سوغ في المادة /٩١/ منه تحديد مدة معينة يتفق المتبايعان على عدم جواز الفسخ قبلها . وفي اصل الحكم الفقهي لم يكن لهذا التحديد تأثير الزامي ، ولكن المادة /٦٤/ من اصول المحاكمات الحقوقية تقضي بلزومه ، وعلى اساسها جاء قانون الملكية العقارية .

---

(١) ان مشروع القانون العراقي المشار اليه قد جاء في بيع الوفاء باحكام جديدة منها ماهو وجيه معقول تقتضيه المصلحة الزمنية ومنها ماهو محل للنقد . وأهم ما ينقد منها ان المادتين /٥٩٦ و ٦٠١/ منه قد صرحتا بانه « اذا لم يسترد البائع المبيع وفاء من المشتري وفقاً للشروط المتفق عليها فان ملكية المبيع تخلص باتة للمشتري ويسقط حق الاسترداد » .

ففي هذا الحكم اجحاف كبير بحق البائع الدائن لأن ثمن المبيع وفاء يكون دائماً بحسب العادة اقل بكثير من قيمته الحقيقية كما اشرنا اليه سابقاً ، وهذا هو المرغب في عقد صفقات بيع الوفاء عند الحاجة اذ لو تمسك البائع بمثل القيمة لفضل المشتري ان لا يشتري الا باتا عندما يحتاج . وعن هذا قرر فقهاؤنا انه اذا اختلف المتبايعان بعد البيع فقال البائع بعت وفاء وقال المشتري باتا ينظر فاذا كان الثمن اقل من القيمة بما لا يتغابن فيه الناس عادة فالقول للبائع بدلالة الظاهر ، وإلا فللمشتري . فلا يعقل ملك المشتري للمبيع باتا كغنيمة باردة بمجرد عجز البائع عن افتكاكه أو اهماله ذلك . بل يجب ان يكون شأنه في ذلك شأنه في الرهن فاذا عجز عن افتكاكه يباع على حساب المدين البائع لوفاء الثمن ، وهو الحكم الفقهي ومقتضى العدل الذي يجب ان يبنى عليه التشريع ، وبه صرحت المادة /١٠٠/ من قانون الملكية العقارية لدينا .

١٥٢ — بيع الوفاء والمنقول

اختلف الفقهاء في جريان بيع الوفاء في الاموال المنقولة التي ليست من توابع العقار ، ولم يقع ترجيح لاحد الرأيين فيه (١) .

والمجلة لم تقيده بغير المنقول ولم تعممه على المنقول فاذا اعتبر موقفها هذا سكوتا وجب الرجوع الى الآراء الفقهية في مصادرها من كتب الفقه . واذا اعتبر ذلك منها اطلاقا لانها عبرت في المادة /١١٩/ بقولها : « بيع المال وفاء » والمال يشمل القسمين وجب اعتبار انها اختارت الرأي الفقهي القائل بجريانه في المنقولات .

غير ان المادة /٩١/ من قانون الملكية العقارية لدينا قد قصرته على العقار اذ عرفت بيع الوفاء بانه : « بيع عقار على شريطة » الخ . . . فبذا زال حكم سكوت المجلة أو اطلاقها ، وتعين اقتصاره على العقار لدينا .

اما مشروع القانون المدني العراقي فظاهره اطلاق جريانه في العقار وفي المنقول ، لأنه عبر في تعريفه بانه « بيع الشي » الخ . . .

١٥٣ — وعلى هذا فبيع الوفاء لدينا خاضع مطلقاً للتسجيل في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية التي لا تعتبر عقودها الا من تاريخ تسجيلها فيه وفقاً للمادة /٢٠٤/ من قانون الملكية العقارية ، وللمادة /١١/ من القرار ذي الرقم /١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري .

هذا ، وقد توسعنا واطلنا في بحث بيع الوفاء لأنه من المعاملات الشائعة بين الناس ، ولم يبحث بحثاً جديداً شافياً يجلو فكرته ، ويتبع سلسلته ، فكثيرون من لا يدركون الى اليوم فرقا بينه وبين الرهن .

---

(١) قال والدي الشيخ احمد الزرقا رحمه الله في شرحه للقاعدة الثانية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) من قواعد المجلة : « ومقتضى ماذكروه من ان تجويز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة انما كان لضرورة الناس وتعارفهم ، أنه اذا لم يتعارف الناس اجراءه في المنقولات التعارف المعتبر لايجوز كما هو الواقع في زماننا » اه

الفرع الرابع

المزايدة والمناقصة

١٥٤ — من طرائق البيع وأنواعه بيع المزايدة والمناقصة.

فالمزايدة أن يعرض راغب البيع ماعنده لا على مشتر مخصوص يفاوضه بل على جماعة يتزاحمون على شرائه ويزيد بعضهم على بعض في الثمن حتى يصل الثمن الى حد يكفون عن الزيادة عليه فيستقر البيع ويسلم المبيع للشخص الذي زاد آخر زيادة.

والمناقصة عكسها فهي ان يعلن راغب الشراء طلبه ليتزاحم كل من الباعة على البيع بثمن انقص من غيره.

والمزايدة قد وردت في السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم (١) واشار اليها الفقهاء، ولم يذكروا لها احكاماً خاصة (ر: الدر المختار وحاشيته ج٤ص/١٣٢-١٣٣)

---

(١) روى ابن ماجه في «بيع من يزيد» وكذا غيره من اصحاب السنن: «ان رجلاً من الانصار جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله — اي صدقة — فقال له النبي عليه السلام: اما لك في بيتك شيء؟ قال: بلى، حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقدح نشرب فيه الماء. قال: ائتني بهما. فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ثم قال: من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: من يزيد على درهم؟ مرتين او ثلاثاً، قال رجل أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فاعطاهما الأنصاري، وقال له: اشتر باحدهما طعاماً فانبذه الى اهلك، واشتر بالآخر قدوماً فائتني به. ففعل فأخذه صلى الله عليه وسلم فشد فيه عوداً بيده — اي جعله نصاباً للقدوم — وقال: اذهب فاحتطب ولا اراك خمسة عشر يوماً. فجعل يحتطب ويبيع، فجاء وقد اصاب عشرة دراهم، فقال له: =

فالبيع الذي ينعقد بطريقة المزايدة او المناقصة لا تفترق احكامه بعد انعقاده عن البيع المطلق العادي في شيء . ولكن الذي تميز به المزايدة والمناقصة عن البيع العادي مستمد من عرف الناس في عملية العقد نفسها :

١٥٥ — ففي المزايدة تعتبر الزيادة التي يزيدها احد المتزاحمين على الشراء ايجاباً يتوقف تمام العقد به على قبول البائع . وهذا لا شبهة فيه .

ولكن محل النظر هو انه هل تعتبر كل زيادة من واحد مبطلة لزيادة من قبله فلا يتمكن البائع من ان يقبل احدى الزيادات السابقة فيلزم صاحبها سوى الزيادة الاخيرة الا من بعد ايجاب جديد ، او تعتبر مجموع الزيادات كايجابات متعددة قائمة في مجلس العقد من اناس متعددين فللبائع ان يقبل زيادة الاخير وهو العادة لانها اكثر ، او يقبل زيادة سواه ، وأياً قبل زيادته التزم بالعقد فليس له ان يرفض لان ايجابه قائم يصح ان يبني عليه البائع قبولاً ؟ ومثل هذا النظر والتساؤل يجري في المناقصة .

الذي يظهر في الجواب التفصيل بين حالين :

فاذا كانت المزايدة جارية بطريق المزاد العلني الذي تقع فيه الزيادات متعاقبة إذ يزيد الواحد زيادة يطلع عليها سواه ويزيد عليه ، فان كل زيادة تقع تبطل ما قبلها وتكون هي الايجاب المنفرد الذي يصح ان يبنى عليه قبول ملزم ، لانه العرف ولان انتظار البائع وتطلعه الى زيادة جديدة الى ان تقع هو اعراض عن الايجاب الواقع بسابقتها ، والايجاب يبطل بالاعراض .

وبهذا الحكم تتميز المزايدة عن بيع المساومة العادي بأن الايجاب فيها يبطل بعمل شخص ثالث مزاحم غير المتبايعين ، ومثل ذلك يقال في المناقصة .

= اشتر ببعضها طعاماً وببعضها ثوباً ، ثم قال : هذا خير لك من ان تجيء والمسألة نكتة — اي طلب الصدقة كبقعة — في وجهك يوم القيامة . ان المسألة لا تصلح الا لذي فقر مدقع ، أو لذي غرم مفظع ، أو دم موجع » اهـ . وهذا من روائع التوجيه النبوي .

وأما اذا كانت الزيادة او المناقصة جارية بطريق الظرف المختوم بأن يرسل المتزاحمون معروضاتهم في الاسعار دون ان يعلم احدهم بما قدم الآخر ، ثم تفتح هذه المعروضات فانها تعتبر بحكم ايجابات متعددة فيصح للطرف الآخر — اي البائع في حال المزايدة والمشتري في حال المناقصة — ان يبني قبوله على ما شاء منها فيلزم صاحبه، ولو كان ما قد قبله هو الاقل في حال المزايدة او الاكثر في حال المناقصة .

على ان هذا الاختيار لا يصح في المزايدات او المناقصات التي تجريها الدوائر الرسمية من فروع الحكومة فيما تحتاج الى بيعه وشرائه ، لانها لا يجوز لها ان تختار من الاسعار المعروضة الا ما هو اوفق لمصلحة بيت المال العام ، وهو السعر الاكثر في حال المزايدة والاقل في حال المناقصة . ويسمى قبولها النهائي في اصطلاح القانون: الاحالة القطعية .

وطريق المزايدة او المناقصة توجبه القوانين اليوم في بعض المبايعات كبيع اموال القاصرين في تصفية التركات التي تقوم بها مجالس الايتام ، وكبيع اموال المدينين المحجوزة الذي تقوم به دوائر التنفيذ ، وكبيع شيء من املاك الدولة عند الاستغناء عنه فان كل ذلك لا يجوز في بلادنا عقده قانوناً بصفقات فردية بل بطريق المزايدة. وكذلك شراء لوازم الدوائر الحكومية الذي تقوم به دوائر ماليتها في الصفقات الكبرى بحد معين قانوناً فانه انما يجري بالمناقصة .

وطريق المزايدة او المناقصة لا يختص بعقد البيع بل تجري عليه دوائر الحكومة ايضاً والجمعيات والشركات في عقود الايجار وتعهدات الاعمال .

١٥٦ — والمزايدات والمناقصات الرسمية تجري ضمن شروط تحددها الانظمة والقرارات الحكومية منها ان لا يقبل للدخول في المزايدة او المناقصة الا من يسلف مبلغاً معيناً يسمى تأمينا كيلا ينكل اذا توجهت الاحالة القطعية اليه فان نكل جددت المزايدة او المناقصة على حسابه وفرق السعر يؤخذ من مبلغ تأميناته .

ومنها ان لا تقبل الزيادة او النقص الا خلال مدة معينة وبنسبة مئوية معينة في السعر .

فكل الشروط التي تكون معينة بنظام او باتفاق لاجراء المزايدة او المناقصة على اساسها في احدى الدوائر الحكومية اوغيرها هي معتبرة وحاكمة في الموضوع بمقتضى المادة / ٦٤ / من اصول المحاكمات الحقوقية .

١٥٧ — وان بيع اموال المدينين الموثقة ديونهم بتأمينات عقارية قد سماه قانون الملكية العقارية لدينا بنزع الملكية الجبري واوجب فيه طريقة المزاد العلني وأتى فيه باحكام وشرائط خاصة في الاعلان والمهل والنسبة المئوية للزيادة وفي الاحالة القطعية ، ترى في المواد/١٥٨ — ١٧٣ / منه المعدلة بالقرار / ١٠١ / ل.ر الصادر في ١٢ تموز سنة ١٩٣٣م،وهي تختلف عما جاء به قانون الاجراء في المواد /٥٩— ٦٧ / والمواد / ٩٩ — ١١٦ / من الاحكام العامة للمزايدة الواجبة في بيع اموال المدينين المنقولة وغير المنقولة .

* * *

الفصل السابع

في الوعد بالبيع

١٥٨ — الوعد المجرد بالبيع او بغيره من العقود او الاعمال، كوعد الانسان لمدين بان يؤدي عنه دينه، لم يقم له الفقهاء وزنا من الوجهة القضائية ، اي انه لايلزم صاحبه بالوفاء الا من الناحية الدينية الاخلاقية ، اما القضاء فلا يجبره على الوفاء بوعده (ر : م /١٥١١)

والمراد من الوعد المجرد مالا يشتمل على ايجاب وقبول قطعيين ، كما لو قال الانسان لآخر: سأبيعك ، او اعدك بان ابيعك المال الفلاني بكذا (١) .

---

(١) — ان الفقهاء قد استثنوا من عدم حكم الالزام بالوعد ما لو كان الوعد مصوغا في صورة تعليق ، كما لو قال البائع بعد البيع للمشتري: ان رددت الي الثمن رددت اليك المبيع، فقد اعتبروا هذا ملزماً ، عملا بالقاعدة الفقهية: ان المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م / ٨٤) . وكذلك قالوا: لو باع عقاره بغبن فاحش ، فوعده المشتري انه ان رد اليه الثمن رد له المبيع لزمه ذلك وصار بيع الوفاء عملا بالقاعدة المذكورة نظراً الى حاجة الناس (الدر المختار آخر البيوع)

ولو قال انسان لآخر: ان لم يعطك مدينك مالك عليه فانا اعطيكه، فانه يصبح كفيلا كفالة مشروطة بان يطالبه فلا يدفع له، وذلك لدلالة التعليق على الكفالة عرفا (ر : م/٦٢٣)

ولم يذكروا لهذه القاعدة غير هذه الأمثلة .

وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني العتيد اعتبر الوعد بالبيع والوعد بالشراء عقداً ملزماً كالبيع الكامل ورتبت عليه احكام مفصلة في المواد /٤٩٣ — ٤٩٨/ منه استمداداً من القانون الفرنسي .

على أن قانون الملكية العقارية لدينا ذالرقم /٣٣٣٩/ الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الاحتلال قد اعتبر الوعد ببيع العقار ملزما للواعد أخذاً من القانون الفرنسي ، وخصص الباب الثامن منه لاحكام هذا الوعد التي فصلها في المواد /٢٢٠— ٢٢٧ / وخلاصتها مايلي :

١٥٩ — ان الوعد بالبيع هو اتفاق يتعهد فيه شخص ببيع شيء من آخر عندما يختار شراءه خلال مدة معينة (١) .

ويشترط لصحته ان يشتمل الاتفاق نفسه على تعيين الشيء والثمن والمهلة التي للموعود ان يختار فيها الشراء ؛ ولا يجوز ان تتجاوز خمس عشرة سنة ، فان تجاوزتها ردت اليها .

ويجوز ان يكون الوعد بالبيع لشخص معين ويجوز ان يكون ايضاً لأمره ، وعندئذ يكون سند الوعد قابلا للحوالة منه الى غيره كأسناد الدين التجارية المحررة للأمر . وعندئذ يحل المحول اليه محل الشخص الموعود في استحقاق الشراء على المالك الواعد . ويشترط ان يكون التحويل مؤرخا بالحروف لا بالارقام، وان يكون مصدقا من الكاتب بالعدل .

فهذا الوعد بهذه الشرائط اذا كان وارداً على بيع عقار يكون الواعد ملزما بتنفيذه ان شاء الموعود المخير ، فيتولد عنه للموعود حق عيني في العقار يخضع لجميع احكام الحقوق العينية العقارية : فيجب تسجيله في السجل العقاري، ولا يسري حكمه على الاشخاص الآخرين الا من تاريخ تسجيله ، ويمتنع عندئذ على الواعد ان يبيع العقار الموعود ببيعه او ينشيء عليه حقاً عينيا لاحد خلال المهلة المعينة سوى حق التأمين .

---

(١) — يتضح من هذا التعريف ان الوعد الذي اعتبره هذا القانون ملزما ليس وعداً مجرداً، بل هو في صورة تعهد ، كما انه مقصور على الوعد بالبيع دون الوعد بالشراء .

وفي هذه الحالة اذا اختار الموعود الشراء ينتقل حق الدائنين اصحاب التأمين الى الثمن الذي يجب على الشاري تسليمه الى الكاتب بالعدل، فيحل لهم محل العقار في تأمين ديونهم .

واذا اختار الموعود الشراء خلال المهلة فرفض الواعد تنجيز البيع له وجب على الموعود ان يبلغ الواعد ورئيس المكتب العقاري خطيا رغبته في الشراء ، ثم يدعي خلال خمسة عشر يوما بطلب الحكم بالفراغ النهائي ، وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية يجري رئيس المكتب العقاري فراغ العقار على اسم الموعود بناء على طلبه .

❀ ❀ ❀

الفهرست

الصفحة	الفقرة	
٣	١	تمهيد يبحث عن انواع العقود ، والعقود المسماة ، وترتيبها .
٨		— الكتاب الاول — عقود الملكية
٨	٦	**الباب الاول** في البيع — لمحة تاريخية في منشأ انواع البيع
٩	٧	(أ) — المقايضة
١٠	٨	(ب) — البيع المطلق
١٠	٩	(ج) — الصرف
١١	١٠	(د) — السلم
١١	١١	الانواع الناشئة عن تحديد الثمن في البيع المطلق
		الفصل الاول : في تعريف البيع واركانه وشرائطه
١٣	١٢	الفرع الاول : تعريف البيع واركانه
١٥	١٤	الفرع الثاني : شرائط عقد البيع
١٧	١٥	(المبحث الاول) : شرائط الانعقاد
١٧	١٦	(أ) — شرائط الصيغة
١٨	١٧	(ب) — شرائط المتبايعين
١٩	١٨	(ج) — شرائط المبيع
٢١	١٩	أثر المادة / ٦٤/ من الأصول الحقوقية في شرائط الانعقاد

الصفحة	الفقرة	
٢١	٢٠	(د) — شرائط الثمن
٢٢	٢١	(هـ) — شريطة الولاية الشرعية
٢٤	٢٣	(و) — الشرائط الشكلية الشرعية والقانونية
٢٥	٢٥	(المبحث الثاني) : شرائط الصحة العامة والخاصة
٢٩	٣٤	اثر المادة / ٦٤/من الاصول الحقوقية في شرائط الصحة
٣١	٣٥	(المبحث الثالث) : شرائط النفاذ
٣٢	٣٧	(المبحث الرابع) : شرائط اللزوم
٣٣	٤٠	خيار الشرط
٣٤	٤١	**الفصل الثاني** : في المبيع وأحواله
٣٤	٤٢	الفرع الاول : في تعيين المبيع وطريقة بيعه
		(أ)— تعيين المبيع
٣٥	٤٣	خيار التعيين
٣٦	٤٤	(ب) — طريقة بيع المبيعات
٣٨	٤٧	الفرع الثاني : في شمول المبيع
٣٩	٤٨	القواعد الحاكمة فيما يدخل في المبيع دون تصريح به وما لا يدخل .
٤٣	٥٢	الفرع الثالث : في حضور المبيع وغيابه
٤٣	٥٣	(اولاً) — حضور المبيع
٤٤	٥٥	(ثانياً) — غياب المبيع
		(أ) — الوصف المخالف وخياره
٤٦	٥٧	(ب) — الرؤية وخيارها
٤٩	٦١	الفرع الرابع : في ظهور الزيادة والنقص في المبيع

الصفحة	الفقرة	
٥٣	٦٥	خلاصة مهمة في هذا الموضوع
٥٥	٦٧	**الفصل الثالث** : في الثمن واحواله
		الفرع الاول : مباحث عامة في الثمن
٥٥	٦٨	(المبحث الاول) : في فكرة الثمنية ، والفرق بين الثمن والقيمة والدين .
٥٧	٧١	(المبحث الثاني) : فيما يصلح للثمنية ، وحالات تعين الاثمان، وقواعد التمييز بين المبيع والثمن ، ونتائج هذا التمييز .
٦١	٧٧	الفرع الثاني : تحديد الثمن وطرائقه
٦٣	٧٩	(المبحث الاول) : تحديد الثمن في بيع المساومة وفيه حكم مالو اطلق نوع النقد في العقد وكانت افراده مختلفة او متساوية رواجاً أو قيمة
٦٤	٨١	(المبحث الثاني):في المرابحة،والتولية،والاشراك، والوضيعة
٦٦	٨٣	الخيانة في المرابحة واخواتها
٦٩	٨٧	**الفصل الرابع** : فيما يشترك في حكمه المبيع والثمن .
٦٦	٨٣	الزيادة والحط في المبيع او الثمن. نظرية الالتحاق ونتائجها
٧٣	٩٠	**الفصل الخامس** : الحكم الاصلي للبيع ، والالتزامات الناشئة بعقده
٧٥	٩٣	الفرع الاول : التزامات المشتري
٧٥	٩٤	(المبحث الاول) : أداء الثمن وما اليه
٧٧	٩٥	حق حبس المبيع حتى أداء الثمن
٧٨	٩٧	متى يثبت التعجيل والتأجيل
٧٩	٩٨	إخلال المشتري بدفع الثمن

الصفحة	الفقرة	
٨٠	٩٩	خيار النقد
٨١	١٠١	(المبحث الثاني) : استلام المبيع وماإليه
٨١	١٠٢	غياب المشتري
٨٣	١٠٣	(المبحث الثالث) : المصاريف التي تلزم المشتري
٨٤	١٠٤	الفرع الثاني : التزامات البائع
٨٥	١٠٥	(المبحث الاول) : تسليم المبيع ، وكيفيته ، وحكم القبض السابق
٨٩	١٠٩	التسجيل العقاري : هل يعتبر تسليما كافياً شرعا وقانونا ؟
٩٢	١١٠	(المبحث الثاني) : أحوال هلاك المبيع كله او بعضه قبل تسليمه
٩٥	١١٣	قبض السوم
٩٧	١١٤	(المبحث الثالث) : ضمان الدرك
٩٩	١١٦	أولاً — استحقاق ملكية المبيع كله
١٠٠	١١٧	شرائط الرجوع بالثمن في هذه الحال
١٠١	١١٨	تعدي القضاء بالاستحقاق ونتائجه
١٠٢	١١٩	استحقاق بعض المبيع
١٠٣	١٢٠	ثانياً — استحقاق احتباس المبيع
١٠٤	١٢١	(المبحث الرابع) : ضمان العيوب الخفية
١٠٨	١٢٩	موجب الالتزام بضمان العيب
〃	〃	(أ) — الموجب الاصلي
١١٠	〃	(ب) — الموجب الخلفي
〃	١٣١	انواع موانع الرد بالعيب وأحكامها (المانع الطبيعي ، والمانع الشرعي ، والمانع لحق البائع ، والمانع لحق الغير)

الصفحة	الفقرة	
١١٣	١٣٢	كيف يمارس المشتري حق الفسخ بخيار العيب
١١٤	١٣٥	مسقطات ضمان العيب
		الفصل السادس : في بعض أنواع من البيع
١١٧	١٣٧	الفرع الأول : بيع السلم (النظرة الشرعية فيه . أسسه وأحكامه الخاصة . أثر التعديل القانوني في أحكامه .
١٢٢	١٤٣	الفرع الثاني : الاستصناع
١٢٣	١٤٦	الفرع الثالث : بيع الوفاء (تعريفه ومنشؤه . ميزته عن الرهن . موقف الفقهاء منه وما استقر عليه الرأي. موقف قانون الملكية العقارية لدينا . بيع الوفاء والمنقول).
١٣٣	١٥٤	الفرع الرابع : المزايدة والمناقصة
١٣٧	١٥٨	**الفصل السابع** : في الوعد بالبيع ، وحكمه شرعا وقانونا

❀❀❀

LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library
32101 071969933