

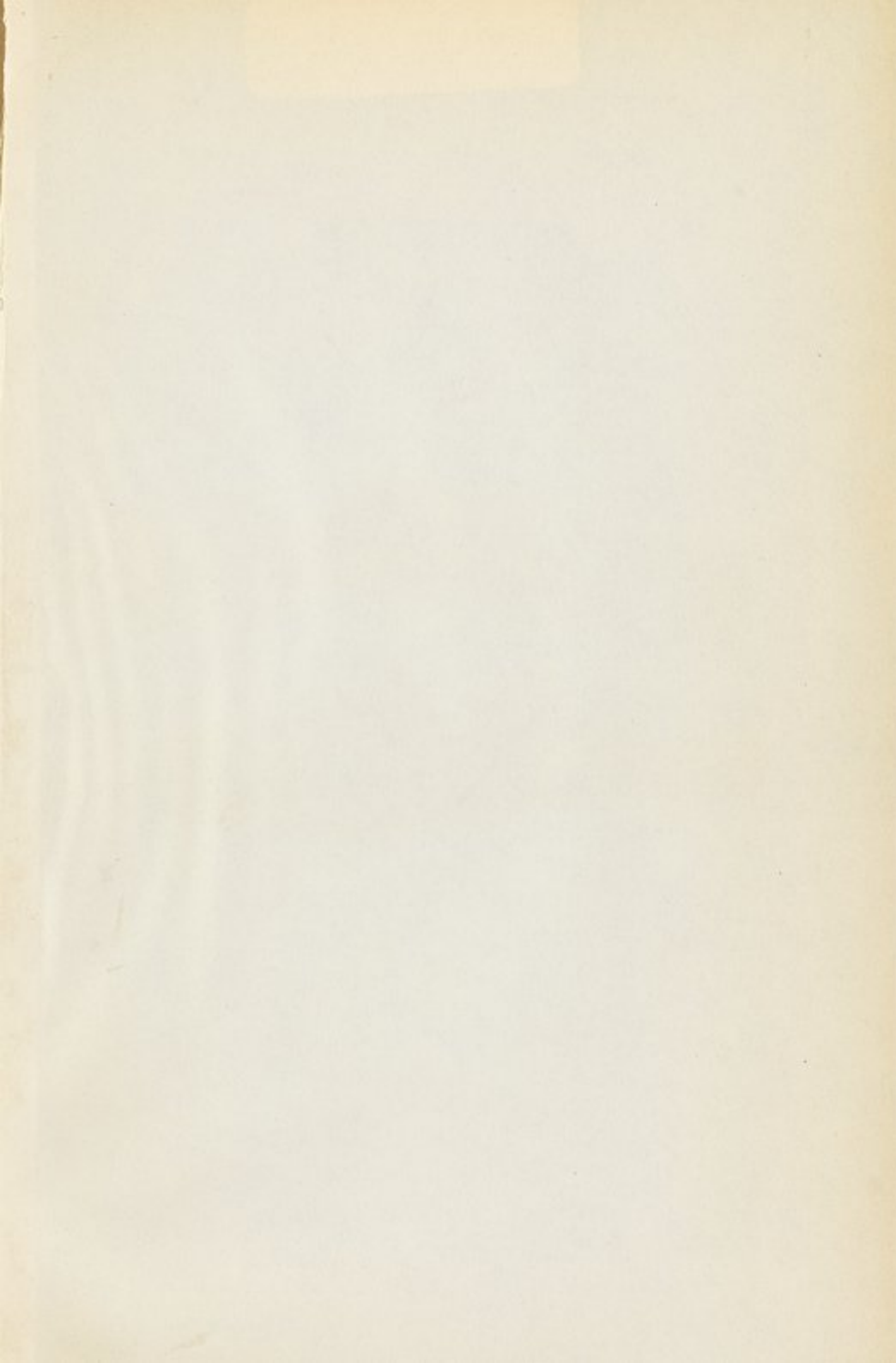
AL-ZARQA

AL-'UQUD
AL-MUSAMMAH
V.1

Princeton University Library



32101 071969933



الفقه الاسلامي في نونه الجليل

الجزء الرابع

الحقوق والمسئآت

في الفقه الاسلامي

عقد البيع

بقلم

مُصطفى أحمد النعناعي

استاذ الحقوق المدنية وأحكام الاوقاف في كلية الحقوق بدمشق

مطبعة الجامعة السورية

سنة ١٣٦٧ هـ = ١٩٤٨ م

al-Zargā', Mustafā Ahmad

الفقه الإسلامي في توبه الجدير

المجلد الرابع
al-Uḡūd al-musammah

الحقوق والمسئآت

في الفقه الإسلامي

عقد البيع

بقلم

مُصطَفَى أَحْمَد الزَّرْغَاوِي

استاذ الحقوق المدنية وأحكام الأوقاف في كلية الحقوق بدمشق

سنة ١٣٦٧ هـ = ١٩٤٨ م

مطبعة الجامعة السورية

الرموز والاصطلاحات

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

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

مثال : (ف / ١٥)

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

مثال : (ر : م / ٣٢١)

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

٤ — حينما عزونا الى الدر المختار او حاشيته رد المختار 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 /

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

العقود المسماة

محمدي

١ - ان العقود انواع شتى تختلف موضوعاتها وغاياتها ، وتختلف القواعد والاحكام الاساسية المعتبرة في كل منها باختلاف تلك الموضوعات والغايات .
في البيع مثلاً قد قبل الفقهاء بيع الحصة الشائعة لان موضوعه الاساسي وغايته اكتساب الملكية بالمبادلة عليها ، وهذا لا يضره الشيوع لان ملكية الجزء الشائع لا مانع 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 اوجبوا ان يكون متميزاً ، لان الرهن موضوعه احتباس المرهون عند المرتهن ، وغايته توثيق الاستيفاء منه توثيقاً مادياً ، وهذا يستلزم ان 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 بمحصته 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 ، - لان 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 لا بد لصحته من التوقيت بينما عقد البيع لا يقبل التوقيت لأن موضوعه نقل ملكية العين بيدل ، وإن ملكية العين لا تثبت موقته ، كما تقدم في بحث خصائص الملكية من الجزء الاول المدخل الفقهي العام ، (ر : ج ١ ف / ١٢١) .
ومن ثم نجد العقود قد فصل الفقهاء الاحكام لكل منها على حسب ما يقتضيه 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 رفر ف 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 أفراد 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 ، والمراجعة ، والتولية ، والوضعية ، وشركة التقبل ، وشركة الوجه الخ ...

ثم حدث في عصرنا انواع من التعامل العقدي : فمنها ما قد سمي كال التزام 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 كمعقد 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 اُهملت المجلة ذكر عقدي القرض والمخارجة مع انها 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 ، والرba ، والمقايضة ، والمرا بحة ، والتولية ، والوضعية 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 ابتدئ بالبيع لانه اهمها واعمها ؛ وتلتها الاجارة لانها أقرب العقود الى البيع اذ هي في الحقيقة بيع المنافع ؛ واعقبها الكفالة لحاجة البيع والاجارة الى توثيق الثمن او الاجرة اذا كانا نسيئة ؛ وهكذا تلتحس 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 وبقيّة الكتب الفقهية في ترتيب العقود المسماة .

٥ — فالعقود ، بهذا النظر الموضوعي ، تصنف الى ست زمرو ترتب كمايلي :

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

١ — البيع وتقاريعه

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 — الإيداع .

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

الزمرة الرابعة : — عقود المصالحة ، وفيها عقدان :

١ — الصلح

٢ — المخرجة

الزمرة الخامسة : — العقود الاحتمالية ، وهي :

١ — المعمرى والرقتي

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 ؛ فمحلها القسم الاول من نظرية الالتزامات العامة في الجزء الثالث من سلسلة هذا الكتاب .

الكتاب الأول

عقود الملكية

الباب الأول في البيع

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 الاغلبية 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 ، لانها لا تستند في الاصل الى تشريع

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

والرجوع بالفكر الى سلسلة تاريخية مستوحاة من دلائل سنة النشوء والارتقاء ، ومباحث علماء الاقتصاد السياسي ، ينبيء 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 .

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

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

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

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

فالمقايضة تعد اقدم صور البيع بين البشر .

٨ — (ب) -- البيع المطلق :

غير ان هذه الطريقة ، وان اراحت الانسان من بعض عناء كبير واغنته عن

انتاج جميع حاجاته بنفسه ، هي ذاتها تنطوي على مشقة تجعلها غير كفيلة بحل المشكلة ، لان وصول الانسان الى ما يريد 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 ما يتطلب ، 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 فيما بعد : « البيع المطلق » ، الذي اصبح هو الطريقة العادية الخالدة في التعامل .
ومعنى كونه مطلقاً أنه 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 غاية ، بل هي وسيلة الى مبادلة اخرى .

١٠ - (د) - السلم :

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

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

فكثيراً ما يحتاج الى رأس مال غير موجود عنده ليتقوى به على انتاج مال آخر متوافرة وسائله لديه ؛ كالزرايع يحتاج الى مال يشتري به البذر ويحرق به الارض لينتج محصولاً ؛ وكالصانع يحتاج الى مال يعينه على العمل في اخراج مصنوعاته الى الاسواق ؛ وكالتاجر يحتاج الى مال ليسافر ويحلب بخبرته البضائع المرغوبة من من اما كنها ومواسمها ، فيفيد نفعاً ويستفيد ربحاً .

فمن ثم نشأت المعاملة التي سميت بعد في اصطلاح الفقه الاسلامي : « سَلَمًا » ، و « سَلَفًا » (بفتح السين) فيها ، وهو بيع شيء مؤجل بمعجل (م / ١٢٣) وذلك بان يبيع الانسان مالاً غير موجود لديه الى اجل ، ويستسلم ثمنه عاجلاً ليستعين به على ايجاده . وهذه التسمية مشتقة من التسليم المسلف في الثمن . والمبيع في هذه الحال يكون ديناً في الذمة مؤجلاً :

فما تقدم تتضح العوامل المدنية ، والحاجات العامة التي ولدت بين الناس شتى انواع المبيعات ، وترتيب أقدميتها ، وأن المقايضة هي أقدم اشكال المعاوضة .

١١ - الانواع الناشئة عن تحريك 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 .

وفي حالة البيع بربح معين يسمى البيع : « مراجعة » .

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 هذه

الحالة يضع اي يحط شيئاً من رأس ماله بدلاً من ان يربح .
وتارة لايقبل البائع ان يظهر رأس ماله ، بل يرغب كتمانها والبيع بما يتراضى
عليه ؛ وهذه الحال تسمى : « بيع المساومة » .

١١ / ٢ - 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 وان تزال الطريقة الاصلية العامة التي تتجه
اليها اساليب التجارة ، اذ يعتبر رأس مال البضاعة وربح التاجر منها سرّاً من اسرار
العمل . اما كشف رأس المال في البيع فقد اصبحت هو الطريقة الاستثنائية التي انما
يلجأ اليها في المبايعات في ظروف الكساد ، بغية ترغيب المشتريين 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 منها
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 بناءه ينقسم
ايضاً الى اربعة انواع :

المرابحة ، والتولية ، والوضعية ، وبيع المساومة (ر : الدرر ، اول كتاب البيوع) .
وباعتبار تعدد هذه الانواع الاساسية في البيع يرى الفقهاء ، والمجلة ايضاً ،
يترجمون اهـ قد البيع بعنوان : « كتاب البيوع » بصيغة الجمع .
وهناك انواع فرعية تحمل اسماء غير ماذكر ، لكنها لا تخرج 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 الأول

تعريف البيع ، وقوامه (١)

١٢ - (أ) - تعريف البيع

البيع في نظر الفقهاء واصطلاحهم هو : مبادنة 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 لا بقصد الاكتساب (الدرر ، ج ٢ ص / ١٤٢) .
ويخرج ايضاً بقيد المالية في الجانبين مبادلة المال بالمنفعة فانها اجارة لا بيع .
وعملية البيع تتضمن في وقت واحد خروج السلعة المباعة من ملك ، ودخولها في ملك آخر .

لكن هذه العملية بالنظر الى جانب الخروج تسمى بيعاً ، وبالنظر الى جانب الدخول تسمى شراء وشرى ، بالمد والقصر (١) .

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 مشتري من وجه .

فكلاهما في اللغة من اسماء الازداد ، 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 لانه يصلح ان يؤدي وظيفتها في الدلالة على تبادل الارادتين ، على ما سبق بيانه (ر: ج ١ ف/ ١٦٠) والالفاظ التي يمكن ان يصاغ منها الايجاب والقبول في البيع هي كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة (م / ١٦٨) ، اي كل ما يدل على معنى المبادلة المالية ، صريحاً كان او كناية ، حقيقة او مجازاً .

فالعبارة 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 ايجاباً (م / ١٦٩) ؛ حتى لو عبر بالهبة تعبيراً يفيد معنى البيع كان بيعاً ؛ كما لو قال : وهبتك هذا الثوب بكذا ديناراً ، فقال الآخر قبلت ، فانه يتعقد البيع .

٣ — ان يكون المبيع المذكوراً في صلب العقد صراحة او تقديرأ .

= بموض؛ وباعها ايضاً، اذا اقتناها. ومثله ما لوقيل : شراها ؛ ففي القرآن حكاية عن يوسف عليه السلام . « وشروه بثمن بخس » اي باعوه .

لكن لفظي « الابتاع ، والاشتراء » لا يستعملان 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 المشتري بحرف « من » فيقال : بعتك منك . وربما دخلت اللام مكان « من » فيقال بعتك لك ، ولكن الاكثر في الفصحى ان تفيد اللام معنى النيابة ، فيقال : بعت كذا فلان ، اذا كان المال له وقد بعتك 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 ممن 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 لجہالته (م / ٢٣٧) .

اما البيع الذي ينفي فيه الثمن نفياً 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 ركن الهبة متوافر . وكما
صح انعقاد البيع بلفظ الهبة كما تقدم ، على سبيل الاستعارة والمجاز ، ينبغي ان يصح
انعقاد الهبة بلفظ البيع ؛ اذ المقصود الاصيل في لفظها انما هو الدلالة على التملك
كما بينا ، اما العوضية في البيع ، وعدمها في الهبة ، فيستفادان من القرائن والقيود .
ولذا انعقد البيع بلفظ الهبة مع الثمن ، وانما العبرة في العقود بالمعاصد والمعاني .

الفرع الثاني

شروط عقد البيع (١)

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

— شروط الانعقاد ،

— وشروط الصحة ،

— وشروط النفاذ ،

— وشروط لزوم .

والمراد بشروط الانعقاد ما يشترط تحققه لكي يعتبر العقد منعقداً شرعاً ؛ فاذا

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

والمراد بشرائط الصحة ما يشترط تحققه لكي يعتبر العقد سليماً من الشوائب التي تمنع وجوب تنفيذه وتوجب فسخه ، فإذا فات بعض شرائط الصحة كان العقد فاسداً .

والفارق الجوهرى بين شرائط الانعقاد وشرائط الصحة في المبنى النظري هو أن شرائط الانعقاد إنما هي النواحي الأساسية التي يكون العقد بفواتها غير سليم البنية الأصلية .

أما شرائط الصحة فهي النواحي الفرعية التي وراء البنية الأصلية على ما سبق إيضاحه في بحث البطلان والفساد من « نظرية المؤيدات » في الجزء الأول (ر : ف / ٣٦٢-٣٦٦) . فكون المبيع مثلاً مالا متقوماً هو من شرائط الانعقاد ، أما كونه بعد ذلك معلوماً لأجهالة فيه نوعاً ولا مقدراً فمن شرائط الصحة ، لأن المالية أساس ، ففواتها يخل بحقيقة البيع الذي هو مبادلة مال بمال ؛ أما المعلومات فوصف (ر : م / ٣٦٣ ، ٣٦٤)

وسنرى إيضاح هذه الشرائط بأنواعها في المباحث التالية :

(١) — لمعرفة الفرق بين الشرائط والأركان انظر ما تقدم (ج ١ / ف / ١٣٧-١٤١)

وهنا نعيد إلى الذاكرة ما كنا نبهنا عليه في الجزء الأول : أننا قد اصطللحنا في هذا الكتاب على تخصيص لفظ « الشرائط » (جمع شريطة) بما يشترطه الشرع لاعتبار التصرفات ؛ وتخصيص لفظ « الشروط » (جمع شرط) بما يشترطه التعاقد لنفسه أو عليها من التزامات ، تمييزاً بين الموضوعين ، وإن كان في الاصطلاح الفقهي لافرق بين اللفظين ، بل يستعمل كل منهما في كل من الموضوعين .

(١) — قد يتوهم أن البيع الباطل قد يترتب عليه التزام وهو استحقاق التراد في الموضين إذا كان العقد قد جرى تنفيذه بالتسليم والتسليم . والجواب أن التزام التراد بين الطرفين لم ينشأ عن العقد الباطل ، وإنما نشأ عن التنفيذ غير المعتبر لأنه مبني على سبب غير معتبر . فالالتزام في هذه الحالة إنما نشأ عن فعل مجرد لا عن عقد .

المبحث الاول

شروط الانعقاد

١٥ - تتعلق شروط الانعقاد بجميع أركان البيع ، فلكل من صيغة عقد البيع ، والمتبايعين ، والعوضيين ، 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 الشروط العامة المطلوبة في كل ايجاب وقبول والمتقدمة في الجزئين الاول والثاني^(١) ومن جملة ما أن يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي او المضارع المراد به الحال (م / ١٦٩ و ١٧٠) .
وتعرف حالته بان يقرن بلفظ « الآن » او ما في معناها عرفاً ، او بأن يقصد المتكلم بالمضارع معنى الحال ، او بأن يكون العرف جارياً على استعمال المضارع بمعنى الحال .

فلا ينعقد بالاستفهام نحو : هل بعتي ؟ ولا بحروف الامتناع 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 الأمر .

(١) خلاصتها ان يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي او بما يفيد الحال ، وتوافقهما ، واتحاد المجلس ، وعدم رجوع الموجب او 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 إيجاب او قبول مقدر ، كما لو قال انسان لآخر : خذ هذا الكتاب بكذا ، فقال : اخذته ، فان الأمر بالاخذ يدل على إيجاب مقدر اقتضاء لكي يصح الامر بالاخذ شرعاً ، فكأنما قال بعتك نخذه ، والبيع ينعقد بالتعاطي ، فهذا اولى (ر : ج ١ ، 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 عاقلًا مميزًا (م / ٣٦١) .

ولا يشترط البلوغ ، فينعقد بيع الصغير المميز وشراؤه موقوفًا على اجازة وليه او وصيه لانه مما يحتمل النفع والضرر ، كما تقدم في نظرية الاهليات من الجزء الاول . وهذا اذا باشر انعقد لنفسه ، اما اذا كان الصغير وكيلًا 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 لقنري باشا ، م / ٤٧٤) .

الثانية — ان يكون العاقد طرفين متقابلين ، فيصدر الإيجاب 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 يتيمن من يتيمن آخر بحكم ولايته .

٢ — اذا باع الاب ماله من طفله ، او اشترى مال طفله لنفسه ، او باع 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 — اي الخيرية — في الشراء ان يشتري 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 بعث 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 ١٨٥) .

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

يشترط في المبيع لاجل انعقاد البيع الشرائط التالية :

١ — أن يكون المبيع موجوداً

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

(١) في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن بيع جبل الحبلية (بالتحريك فيها) فالجبل الاول ما في بطن النوق من الحمل ، والثاني ما يستحيل به تلك الاجنة =

كالجمل الحاضر ، والابن في الضرع واللؤلؤ في الصدف ، لأنه غرر ؛ ولا ما فيه غلط في الجنس كببيع باقوتة 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 مالا 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 العاقلين مسلماً .

٣ — ان يكون مملوكاً في ذاته ولو لغير البائع .

فلا ينعقد بيع المباحات كالسمك والكلاء وخطب 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 اذا بيع على سبيل الاستبدال بشرائطه

== على تقدير انوثتها ، فهو بيع نتاج النتاج . وكان معتاداً في الجاهلية فمنعه النبي لأنه غرور (النهاية لابن الاثير ، مادة : جبل) 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 يبطل 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 — اثر المادة / ٦٤ / من اصول المفوضية 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 ومحلاً صالحاً لجميع العقود ، سواء أكان من الاعيان او المنافع او الحقوق المجردة ، وسواء أكان متقوماً في نظر الفقهاء او غير متقوم ، وسواء أكان موجوداً عند العقد او معدوماً سوف يوجد (ر : ج ٢ ف / ٣٩ و 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 الحجر مثلاً في حق المسلم باطلاً . اما الشراء بها اذا جعلت هي ثمناً فمتعقد 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 بغيب 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 مضرراً 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 يجوز له شرعاً عند صدوره باطل .

وثمرة اعتبار هذا البيع باطلاً غير موقوف انه لو بلغ الصغير او صبا 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 بالنقد الذهبية الممنوع في بلادنا السورية 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 يجوز له شرعاً .

(١) لمعرفة الغيب الفاحش انظر ما تقدم (ج ١ ف / ٨١ ، التغير) .

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

٢٢ — هذا وما يجب ان يلحظ هنا ان الفقهاء لا يذكرون 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 الاصل او ترجيح رأي فقهي مرجوح مادامت 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 المختار « ان القاضي اذا منعه السلطان عن الحكم به كان الوقف باطلاً لان القاضي وكيل عنه وقد نهاه الموكل صيانة لاموال الناس » مع ان وقعه في اصل المذهب جائز نافذ لان الديون متعلقة بذمته لا بعين ماله (ر : الدر المختار وحاشيته رد المختار، ج ٣ كتاب الآبق ص / ٣٢٥ / وكتاب الوقف ص / ٣٩٦)

اما الولاية التي عدناها 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 اوجبا الشرع او الأمر القانوني من ولي الأمر تحت طائلة البطلان فان البيع لا يكون عندئذ منعقدًا الا اذا توفرت فيه الشرائط الشكلية .

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

على ان هذه الحالات التي اوجب فيها الفقهاء اذن القاضي في البيع نرى الاشبه بالفقه أن اذن القاضي فيها شرط لنفاذ البيع لا لانعقاده ، فلو وقع البيع بلا اذنه كان منعقدًا موقوفًا كبيع الفضولي ، فاذا اجازه القاضي جاز ، لأن اذن عمل من اعمال القضاء الادارية . وان النظر الفقهي على ان القضاء يجري فيه الفضول . فلو قضى فضولي عن القاضي فاجزه القاضي جاز (ر : البحر الرائق ، كتاب القضاء . والدر المختار ورد المختار ، 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 لا يعتبر الا اذا كان مسجلاً في السجل المخصوص بدائرة الاشغال العامة ، وبيع المذياع (الراديو) فانه لا يعتبر الا اذا سجل في سجله المخصوص بدائرة البريد والهاتف ، 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 تتحقق في كل انواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً هي اجمالاً أن يخلو عقد البيع من الشوائب الست :

الجهالة ، والاكره ، 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 ، كالمو باع انسان شاة معينة من قطع غنم ، فالبائع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعمين ، والمشتري يريد الجيدة بحجة عدم التعمين ايضاً .

وهذه الجهالة المفسدة ترجع غالباً الى اربع جهات :

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

٢ — جهالة الثمن كذلك ، فلا يصح بيع شيء 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 الاكره فسواء أكان ملجئاً او غير ملجئ^(١) يؤثر في التصرفات القولية كالبيع .

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

(١) لمعرفة الاكره الملجئ وغير الملجئ انظر : (ج ١ ف / ٧٩)

لافسد . والمجلة ساكتة ، لكننا اوضحنا في الجزء الاول ان المادة / ١٠٠٦ / منها انما تمتشى 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 لو قال بعتك هذا الشيء شهرا او سنة ، فهو مفسد للبيع لأن ملكية العين لا تقبل 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 انها 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 لا يمكن الا بادخال ضرر على البائع فيما سوى المبيع من ماله ، كما لو باع جذعا معيناً في سقف مبني ، او ذراعاً من ثوب يضره التبويض ، فان التنفيذ يقتضي هدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب . وبما ان الفساد هنا انما هو صيانة لحق شخص لالحق الشرع قرر الفقهاء ان البائع لو نفذ الضرر على نفسه بان قلع الجذع او قطع الثوب وسلم انقلب البيع صحيحاً .

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

- أ - الشرط الصحيح أي المعتبر المألوم 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 - ما يلائم العقد كالبيع بثمن مؤجل على شرط ان يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين ، فانه امسئثاق 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 كشرء القبقاب بشرط ان يركب البائع له السير ، أو القفل بشرط ان يسمره في الباب (م / ١٨٨) ، وكشرء 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 يستبقه عنده مدة يستعمله فيها ، أو اشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال .

ج — الشرط اللغو ، وهو ما ليس فيه نفع لاحد المتبايعين ، كبيع الذابة بشرط ان لا يخرجها 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 مانعاً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه . وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبق معه شرط فاسد .

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

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

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

٣٣ - (ثانياً) - شرائط 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 ضيعة أو اشراكاً تشترط معلومية
الثمن الاصيل .

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

٤ - إذا كان البيع سلعاً 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 لا يصح 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 المحفوفة 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 أصبحت في جملتها ملغاة بحكم الفقرة الأولى منها .

والشرائط العامة قد زال معظمها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة منها :

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

— اما الاكراه فلم يتعرض له ولكن الاشبه بهدفها وروحها ان يعتبر الرضى شرط نفاذ لاشراط 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 لا تضر 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 : بعثك شيئاً بعشرة دنانير فقبل الآخر ، فان المبيع مجهول جهالة فاحشة وهو ناحية اساسية ، فيكون العقد فاسداً ، على خلاف ما يظنه 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 اوردها يجب ان يعتبر باقياً على حكم الفساد الفقهي .

المبحث الثالث

شروط 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 شرائها ، لان ولاية التصرف في اموالها هي لغيرها 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 رده 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 لملك أو ذي ولاية ، بل البيع نافذ ولكن لا يسلم المبيع الى المشتري دون رضى المرتهن أو المستأجر صيانة لحقها ، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر الى فكك الرهن أو الى انقضاء مدة الاجارة ليستلم المبيع (ر : م / ٥٩٠ و ٧٤٧ ، ورد المختار كتاب الرهن) .

المبحث الرابع

شرائط اللزوم

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

وهذه الخيارات منها السبعة المشهورة التي ذكرتها المجلة وهي : خيار الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن مع التغيرير (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 ما يمنع 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 ، أو من شرائط الصحة فسد ، أو من 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 . ولا يجوز استعمال أحد هذه الالفاظ في غير موقعها أو مقابلتها بغير ما يقابلها .

وترتب في مقابلاتها بهذا الترتيب بحسب العموم والخصوص ايجاباً وسلباً :

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

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

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 المختار (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 بخيار الوصف والرؤية ومنها ما يتعلق بالثمن بخيار النقد ، فسنبحث عنها بمناسبةاتها في فصول المبيع والثمن ، والتزامات البائع والمشتري .

٤٠ — خيار الشرط

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

فاذا كان مشروطاً للمتبايعين مماً 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 ، ولو 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 يفسخ البيع بفسخ احدهما ولا ينبرم باجازه 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 الخير تصرف في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية كما لو رهن المبيع او آجره او عرضه للبيع كان ذلك اجازة ، ولو ان البائع الخير فعل ذلك كان فسخاً .

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

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

الفصل الثاني

في المبيع واحواله

٤١ — الاحوال التي نبحث عنها في البيع 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 يتميز حقيقة ، 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 تلتقي بها الجلالة عنه انما هي معرفة حقيقة ومقداره وان كان غير متميز به في الوجود الخارجي .

تعيين المبيع

فالمبيع يتعين اذا كان معيّناً في العقد سواء كان حاضراً في مجلس البيع او غائباً عنه .

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

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

اما اذا كان المبيع غير معين في العقد فانه لا يتعين الا بالتسليم ، سواء اكان 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 مدماً 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 لا يقبلها .

٤٣ - خيار التعيين

والاصل انه متى كان المبيع عيناً متميزة في الوجود الخارجي يجب ان تعين في عقد البيع والا كان المبيع مجهولاً فلا يصح البيع .
غير انه يجوز اتفاق المتبايعين على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين الى اجل على ان يكون حق تعيينه لاحدهما بائناً كان او مشترياً . وهذا ما يسمى : 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 . ومحلّه في الاموال القيمة لا المثلية لعدم التفاوت بين افراد المثليات . ويجب فيه امران :

— تعيين مدة للاختيار

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

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

يبت حتى انقضت يحجر قضاء ، واذا مات خلال المدة يحجر 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 صاحبين 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 وودي ، فيكفي التخيير بينها لكن المادتين / ٣١٦ و ٣١٧ / من المجلة قد اطلقت فيها المدة والعدد ، ويشعر نصها فيها بجواز شرط خيار التعيين بين اكثر من ثلاثة اشياء ولا يمدد بتفق عليها . وفي هذا مصلحة ولا سيما 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 وتحديدتها ، فكل طريقة تؤدي الى معرفة المبيع وتمييز حقيقته ومقداره ان كان غير معين ، والى تمييز عينه ان كان معيناً هي طريقة مقبولة فقهاً ، ويصح بها العقد .

فالبيع الحاضر في مجلس العقد اذا اشير اليه كما لو قال البائع بعثك هذا الكتاب صح البيع واغنت الاشارة عن كل تعريف وتحديد لأنها ابلغ طرق التعريف (ر : م / ٢٠٢) حتى لو اشترى ماني هذا الصندوق او هذا الجوالق او هذا البيت وهو لا يعلم ما فيه صح البيع (رد المختار 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
جزأفاً (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 توقفت لتحديد الثمن على قياس المبيع . فلو باع شاحنة من الفخم
الحجري ، أو مسق سفينة من الدقيق ، أو قطيع غنم ، أو قطعة من الجوخ ، على ان كل
طن من الفخم 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 العاقلين ، فلا يجب ان يكون هو المقياس

- (١) الجزاف والمجازفة بيع بمجموع بلا تقدير (م/ ١٤١) .
(٢) هذا رأي صاحبي ابي حنيفة ، محمد وابي يوسف ، وبه اخذت المجلة في
المادة / ٢٢٠ / وذهب ابو حنيفة الى ان البيع انما يصح فيما يعادل وحدة قياسية واحدة
فقط أي طن واحد من الفخم وقنطار واحد من الدقيق الخ ... لجهالة المجموع عند العقد .
والمجلة لم تتعرض للزوم هذا البيع أو عدمه ، لكن المنقول في كتب الفقه ان
المشتري يخير بعد معرفة المقدار عند الصاحين ، وهذا الخيار يسمى خيار التكشف ،
أي انكشاف الحال (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٨) .

المعتاد في نوع المبيع . فكما يصح ان تباع المكيالات والموزونات والمذروعات والعديدات المتقاربة بمقياسها المعهود أي كيلا في الكيليات ، ووزناً في الموزونات الخ . . . يجوز ايضاً أن تباع بغير مقياسها المعهود . فتباع المكيالات 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 ينهها 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 وتتقبض (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٧) .

الفرع الثاني

في شمول المبيع

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

وانواع المبيعات لا تحصى ، فيجب الرجوع بها الى قواعد واصول عامة . وقد عالج الفقهاء هذا الموضوع ووضعوا فيه قواعد ضابطة كفيلة بحسم هذا النزاع في كل مبيع مما كان نوعه، وجرت عليها المحلة في المواد / ٢٣٠-٢٣٦/ وسنرى فيما يلي هذه القواعد والاصول التي تتميز بها ما يشمله المبيع فيدخل في البيع وان لم يصرح به . وما لا يشمله فلا بد من التصريح به .

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

اولاً - كل ما يتناول له 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 مثلاً تدخل الاشجار التي تتكون منها والسياس المحيط بها شجراً كان أو بناء ، إذ لا تسمى 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 تشتري لاجل اللبن يدخل فلوها الرضيع ، بخلاف ولد الاثان فانه لا يدخل 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 السكل عن ذكر الاجزاء التي يتألف منها .

ثالثاً - كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار .

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

الازهار المنقولة فانها لا تدخل مع المبيع في البيع^(١).
اما المراكب فاذا كانت منقولة معلقة تعلية فلا تدخل واذا كانت مثبتة في اصل
البناء أو التجارة فانها تدخل .

وفي هذا العصر تدخل ، بمقتضى هذا الاصل ، تجهيزات حمامات الدور من
المواقد ومستودعات الماء وانابيب الدخان والمستحجات المسماة (بانير) والاجراب
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 بأسلاكها وانابيبها ومفاتيحها ، لانها موضوعة لتبقى لا ترتفع . بخلاف
المصابيح الكهربائية والقناديل بمختلف انواعها فانها لا تدخل .

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

(١) أما ما يظهر في الدور المبيعة تحت جدرانها إذا تهدمت أو تحت بلاطها
إذا قلع من رصاص أو ساج أو خشب أو احجار مرمرية ونحو ذلك مما يقع
كثيراً فاذا كان من جملة البناء فهو للمشتري واذا كان مدفوناً في الارض للحفاظ فهو
للبيع . واذا قال البائع ليس لي حكمه حكم اللقطة . (رد المحتار ج ٤ ص ٣٣٣)
اقول اذا كانت علامته تدل على انه من الاشياء القديمة الاثرية فهو عندئذ من
قبيل ما يطلق عليه فقها اسم « الركن » وله في بلادنا اليوم احكام قانونية خاصة
تجعل جانباً من قيمته المكتشف وباقية يعثر من الاموال العامة للدولة .

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

فلجام دابة الركوب ، وخطام البعير ، ومفتاح الدار بدخلان 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 المختار فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل) .

٥٠ — هذا ، وكما ان ما يلحق بالمبيع تبعاً لا يدخل في البيع الا بكراً صريح ، يرى ان ما يلحق بالمبيع 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 استثناءه من المبيع . فاذا باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً ، او باع حديقة واستثنى منها بقعة معينة ، او باع السيارة واستثنى دواليب المطاط التي عليها ، فكل ذلك وامثاله جائز لازم (ر : م / ٢١٩) .

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

٥١ — وما يجب ان يلحظ في هذا المقام ان الفقهاء قد قرروا ان كل ما يدخل في المبيع تبعاً لا حصه 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 ، وإنما 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 يحظر ما يقابله من الثمن على ما سيأتي تفصيله في بحث التسليم من التزامات البائع فليُنظر 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 أشاراً 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 بعثك هذه الفرس الشقراء وكانت سوداء او بيضاء مثلاً ، او قال بعثك 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 سمي البائع المبيع الحاضر بغير اسم جنسه ، كما لو قال بعثك هذه الفرس وأشار الى كرسي مثلاً او قال بعثك هذه الياقوتة وكانت زجاجاً ، فالبيع لا يتعقد لأن المبيع معدوم كما تقدم ، فان غلط الوصف معتقر في المشار اليه لا غلط الجنس (ف / ١٨) .

واما في الاوصاف غير الظاهرة ، والمراد بها ما لا يدركه المشتري خلفائه او توقعه على خبرة خاصة فان البائع اذا وصف المبيع بوصف مرغوب فوصفه معتبر لازم ، حاضراً كان المبيع او غائباً ، لان حضوره كفايته 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 حكان 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 المالك 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 المحيز ما لم يرض البائع لزوم 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 الملزمة 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 ملزماً بأن يؤدي الثمن من النوع او الوصف
 المشروط ما دام ممكناً ، لأن أصل الثمن غير معين بل ملتزم في الذمة .

٥٧ - (ب) - الرؤية :

إذا اشترى أحد شيئاً لم يره ، كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ، وهذا يسمى : خيار الرؤية .

ولا فرق بين أن يكون المبيع غائباً عن مجلس العقد حقيقة وإن يكون حاضراً مستوراً ، لأنه في حكم الغائب ، فالما العبرة للرؤية وعدمها .

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

والنظرية الفقهية في ثبوت خيار الرؤية تقوم على اعتبار أن المبيع غير المشاهد ، وإن كان غير مختلف عما وصف به ، قد يجده المشتري عند النظر إليه غير متفق مع مقصوده ولا ملائم لحاجته فيضطرر بالزامه به . وقد ثبت هذا الخيار بالحديث النبوي : « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رأى » .

والمبدأ الفقهي العام الذي تتفرع عنه مسائل ثبوت الخيار وعدمه في الاجتهاد إنما هو اطلاع المشتري عند البيع اطلاعاً كافياً على المقصود الأصلي من البيع أو عدم اطلاعه .

والرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة وإنما تكون في كل شيء بحسبه وبالخاصة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه . فشم المشمومات وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها ، وجس الضرع في شاة اللبن ، يعد رؤية كافية في هذه الاشياء وإن 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 . أما فيما يعرف بالنظر فوصفه للاعمى يقوم مقام نظره .

٥٨ - وفيما يعرف بالنظر لا يجب أن ينظر كله ليعتبر مرئياً بل يكفي النظر

الى ما يحصل به العلم بالمقصود الاصلي من المبيع في النسيج الذي يكون ظاهره كباطنه تكفي رؤية ظاهره ، و اذا كان مخططاً او منقوشاً يجب 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 يجب رؤية كل منها على حدة كيلا يثبت الخيار .

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

وعلى هذا فالدور التي تبني في عصرنا هذا طوابق بعضها فوق بعض اذا كان كل طابق مماثلاً للآخر في هندسته ومشمولاته 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 لا يورث . فرؤية وكيل الشراء ووكيل القبض اذا قبض المبيع وهو يراه ورضي به تعتبر كرؤية الاصيل الموكل فلا خيار له بعدها . لكن رؤية الرسول المرسل لاختذ المبيع لاتسقط خيار المشتري المرسل .

اما لو مات المشتري قبل ان يرى المبيع فليس لوارثه خيار عند رؤيته ، لانه محض مشيئة كانت ثابتة اشخص 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 ما يفيد الرضى بالمبيع ولو دلالة كعرض المبيع على البيع ، وهبته بلا تسليم (رد المحتار ج ٤ ص / ٦٥).

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

وفي هذا من الاشكال ما قد يبناه في آخر بحث خيار الوصف ، لأن فيه ضرراً على البائع بنقض البيع بعد مضي زمن طويل فيبني 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 بالعدية ، 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 المجلة ، 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 مقدراً فلما 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 العقدي 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 .

فالبيع المقدر بمقدار اما ان يكون مكيلاً او موزوناً او مذكوراً او معدوداً . والموزون والمذكور 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 ترتب هذه الاصناف من المبيعات كما يلي :

(١) — الصنف الاول :

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

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

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

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

(٢) — الصنف الثاني :

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

(٣) — الصنف الثالث :

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

٦٢ — فما كان من الصنف الاول على اختلاف زمره — اذا بيع شي منها وبين مجموع مقداره فان ظهر ازيد 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 بمحضته 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 - وهو ما يضره التبعض من موزون أو مذروع - اذا بيع شيء منه وبينت مجموع وحداته وزناً أو ذراعاً ومجموع ثمنه ، فظهر المبيع أزيد أو أنقص فالمحكم يختلف بين اجمال الثمن وتفصيله :

(أ) - فاذا كان قد اكتفي في العقد باجمال الثمن دون تفصيل ، ينظر :
في 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 التبعض 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 ، بأن قيل مثلاً بعد بيان المجموعين - أي مجموع المبيع والثمن - : كل رطل او ذراع بكذا فالزيادة والنقص تكونان عندئذ بحسابهما 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 تفرق الصفقة عليه (ر : م / ٢٢٤ - 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 - وهو العدديات المتفاوتة - كما لو اشترى انسان قطيع غنم على انه مائة رأس بكذا فظهر أزيد او انقص ، فكذلك يختلف الحكم في حالي اجمال الثمن وتفصيله :

أ - في 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 تعارض مصلحة البائع والمشتري في رد الاجود او الاردا وفي طرح قيمته ، فتكون جهالة مفضية الى نزاع مشكل تفسد 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 الزائدتين 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 رده عينية او طرح ثمنه في حالي الزيادة والنقص المفسدتين انما هي جهالة في نقطة فرعية لا اساسية اذ أن اساس المساوضة 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 - ملاحظة :

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 منها يكفي اذا وجد لاثبات هذا الحكم .

— كون المبيع مما لا يضره التبعض .

— او تفصيل اجزاء الثمن على وحدات المبيع .

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

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

ومضى اتفق فلا الامرين بأن كان المبيع مما يضره التبعض والثمن غير مفصل كانت الزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن مع ملاحظة ثبوت الخيار للمشتري متى كان بمقتضى ظهور الزيادة والنقص سيانم بأكثر مما اشترى او مستغرق عليه الصفقة .

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

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

٦٦ — ان هذا الفصل من الماوطن الفقهية المضطربة العرض في مصادرها
من كتب الفقه ، وقد رتب المجلة احكامه بعض الترتيب في المواد / ٢٢٣ - ٢٢٩ /
منها . وقد حرصنا على زيادة تميمه وترتيبه مع العلل والمبادئ المتبعة فيه . ولتنظر
مصادره في المواد المذكورة من المجلة وشروحها ، وفي رد المحتار ج ٤ ص / ٣٠ - ٣٣ /
والدرج ٢ ص / ١٤٧ - ١٤٩ .



== المبيع لا يقابله شيء من الثمن « اه . ومعنى التشقيص التجزئة والتبعض ، فهو
جعل الشيء اشخاصاً 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

البحث الاول

في فكرة الثمنية ، والفرق بين الثمن والقيمة والدين

٦٨ — (١) — 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 والفقهى ، تقوم على معنى الوسيلة المالية التي يتوصل بها اتفاقاً الى الحصول على البيع المقصود . فالثمن ، في الاصل ، اداة المبادلة واما المقصود فيها فهو البيع . وذلك لأن البيع يتحقق المنفعة بذاته الانسان فهو محط حاجته ، واما الثمن فليس في الغالب الامطية لمبادلة اخرى . وهكذا يصبح الثمن دواراً متداولاً ، والبيع مستهلكاً . هذا شأن البيع والثن ، في البيع المطلق وهو البيع بالنقد ، وان كان من الناس من يشتري وليس البيع مقصوده لذاته ، وانما يعني به التجارة والربح . فالبيع في الاغلب هو محل الحاجات ، فعلى كل هو في ذاته غايه ، والثن وسيلة .

وعن هذا يعتبر الفقهاء للبيع في العقد شأناً في الاحكام اعم من شأن الثمن فيشترط لانعقاد البيع ان يكون البيع مالا متقوماً اي يجب ان يكون محلاً صالحاً للتملك . اما الثمن فلا يشترط تقومه لانعقاد البيع بل لصحته فقط كما تقدم (ر: ف/ ٢٠ / ورد المختار ، باب البيع الفاسد ج ٤ ص / ١٠٤) . وكذلك هلاك البيع 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 الثمنية لا يتحقق 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 او مساوياً (م / ١٥٣ و ١٥٤ / ، ورد المختار باب خيار الشرط ج ٤ ص / ٥١)

ففكرة التوازن بين العوض والم عوض هي في الثمن اعتبارية ، وفي القيمة حقيقة . وقد تسمى القيمة « ثمن المثل » في مقابل قولهم : « الثمن المسمى » اي المتفق عليه في البيع . ولكن لا ينبغي ان يقال « قيمة المثل » لان لفظ القيمة وحده يني عنه .

٧٠ - (ج) - التهمة والدين

ومن جهة أخرى يفرق بين الثمن والدين بأن الثمن هو ما تراضى عليه المتبايعان مقابل المبيع . أما الدين فهو كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي 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 لأن الدين لا يكون الا من النقود او المثلثات الأخرى القابلة للثبوت في الذمة ، أما الثمن فقد يكون كذلك وقد يكون عيناً قيمة . فبينها من النسبة ما يسمى بالعموم والخصوص الوجهي لان كلاهما اعم من وجه واخص من وجه آخر (ر : رد المحتار ج ٤ ص / ١٦٦) .

المبحث الثاني

فما يصلح للثمنية ، وحالات تعين الاثان ، والتمييز بين المبيع والثمن

٧١ - (أ) - ما يصلح للثمنية

الاصل ، كما يظهر من تتبع النصوص ، ان كل ما امكن ان يكون مبيعاً 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 ازلت هذه التفرقة الفقهية بين المال المتقوم وغير المتقوم . فيمكن بمقتضى الفقرة الأولى 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 مثالية ملتزمة بلا تعيين كالقمح والزيت وغيرها من كل كيليل 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 سليماً لانه 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 لا يجب دائماً ان يكون ثابتاً في الذمة ، كما لا يجب ايضاً ان يكون مما يقبل الثبوت في الذم 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 . فكل المبيع والثمن متعينان في الوجود الخارجي ليس احدهما ملتزم في الذمة (ر : الدر المختار ورد المختار فصل التصرف بالمبيع والثمن ج ٤ ص / ١٦٥) .

فما يعبر به احياناً بعض الفقهاء : ان الثمن هو ما يثبت ديناً في الذمة ، وما في المادة / ١٥٢ / من المجلة ان « الثمن ما يكون بدلاً 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 فوق ايضاً تحت هذه الملاحظة . وقد كان المناسب حذف جملة « ويتعلق بالذمة » والاقصاء في التعريف على ان الثمن ما يكون بدلاً للمبيع .

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

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

وقد اختلفوا 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 لا تعين في العقد ولو عينها العاقدان . فلو قال اشترت منك كذا بهذا
الدينار و اشار اليه فان له بعد تمام العقد ان يبدله فيدفع سواء من نوعه ولا يحق
للبيع ان يطلب اخذ ما وقع العقد به و اشير اليه ، لأن الثمن متى كان من النقود
فحلله الذمة حتماً ، وما في الذمة لا ينحصر 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 فايس له ان يدفع ما يماثلها
معياراً ومقداراً .

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

٧٥ - (ب) - التمييز بين الثمن والمبيع

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

ثمناً ، وان الثمن ربما لا يكون متعلقاً بالذمة بل قد يتعين في الوجود الخارجي كما يتعين المبيع اصبح من الواجب معرفة ما يميز به الثمن عن المبيع في المبيعات لان لهذا نتائج في الاحكام وقد عالج الفقهاء ذلك وقرروا فيه المبادئ التالية ، باعتبار ان الاموال في المعاضات ثلاثة انواع : النقود ، والاعيان القيمة ، والمثلثات :

١ — ان النقود عامة من ذهب أو فضة 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 دينار ، أو دخل على مقابلها ، نحو : بعتك ديناراً بهذا .

٢ — ان الاعيان القيمة اذا قبولت بالاموال المثلثة المعينة تعتبر هي المبيع والمثلي هو الثمن ، مطلقاً ايضاً دون نظر الى اقتران حرف الباء لأن المثلي اليق بالثمنية من حيث قابليته للشبوت في الذمم كالنقود .

واما اذا قبولت بالاموال المثلثة غير المعينة ، أي الملتزمة في الذمم فالعبرة في الثمنية لمقارنته 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 المثلثة اذا قبولت بعضها ببعض في عقد المعاوضة فكانت 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 القيمة بالقيمة يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه وثنماً 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 .

المختار 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 التقايض يمنع اقالة البيع لاهلاك الثمن .
- ٥ - لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ويجب تأجيل المبيع .
- ٦ - على المشتري تسليم الثمن اولاً ايحق 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 : بعثك بعشرة دنائير ، فباطل غير منعقد .

٩ - لا يصح 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 متشورة 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 : بعثتك ، 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 تمة 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 لم 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 ويتحدد 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 البيع (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 لا تجري فيه ، بل يجب ان يكون موصوفاً مقدراً ، وذلك ببيان نوعه ووصفه ومقداره (م / ٢٣٩ و 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 .

ولما ان يكون مبنياً على ثمن الشراء بزيادة ربح محدود أو بلامرغ أو بخسارة محدودة ، وهذا يتفرع منه اربع حالات : المراجعة، والتولية، والاشراك، والوضيمة :

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 . فتي ذكرنا 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 وتم 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 الفاسطيني

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 أو عتيقة فانه ينصرف الى العتيقة لانها اكثر تداولاً . واذا استوى الرواج فالظاهر ان العقد لا يفسد 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 ما يحمل 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 ما يحمل صورة الملك لانها الأكثر رواجاً .

واذا كان للنقود المتنوعة اجزاء تقديرية مشتركة بينها فوقع البيع على هذه الاجزاء كالقروش اليوم أو الفلوس فالمشتري ان يؤدي ما يعادل القروش أو الفلوس 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 او الريالات 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 المراجعة واخواتها

٨١ — المراد باخواتها التولية والاشراك والوضعية .

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

أ) — فالمرابحة بيع ملكة الانسان برأس ماله مع ربح محدود ولا فرق بين ان يكون الربح حصة نسبية من رأس المال كعشرة في المائة مثلاً ، أو مبلغاً مقطوعاً أو 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 وجدته 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 حملته ، واجرة السمسار ، كل ذلك يضاف الى الثمن الاصيل 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 الموعول 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 فطيها ، 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 فتطلب لا تضم .

- (ب) — وأما التولية فهي بيع ما ملكه الانسان بما قام عليه دون فضل .
 (ج) — وأما الاشراف فهو تولية بعض المبيع بحصة من رأس المال .
 (د) — وأما الوضعية فهي عكس المراجعة اي انها بيع الشيء بأقل من رأس ماله ، فهي تنطوي على خسارة .

٨٢ — في المراجعة واخواتها يجب ان يكون رأس المال الذي تبنى عليه معلوماً لدى المشتري حين عقدها ليتمكن بذلك معرفة الثمن الجديد فيها ، فان لم يكن معلوماً فسدت ، ولو علمه في مجلس عقدها قبل انقضاؤه 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 المراجعة واخواتها ولو كان رأس مال المبيع مجهولاً عند عقدها لان اساس تحديد الثمن متفق عليها فتكون النقاط الاساسية في العقد مستوفاة . (ر : ف / ٣٤)

٨٣ — الجبائنة في المراجعة واخواتها :

المراجعة 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 بتجاه المشتري تارة بحق الفسخ وتارة برد الفرق كما سنرى .

وخيانة البائع في المراجعة 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 بئمن مؤجل ويريد ان يبيع مرابحة بئمن حال ، لان للأجل حساباً في السعر عادة .

٤ — ان يكتم عيياً قد حدث في البيع وهو عنده ، اي دون بيان انه اشتراه سليماً 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 بالبيع 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 المحافظة 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 الوضعية فتارة لا تؤدي فيها الخيانة الى الانقلاب ، كما لو قال البائع ان رأس ماله عشرة وباعه وضعية بسبعة وحقيقة رأس ماله ثمانية ، وحينئذ فليس للمشتري الا الفسخ او القبول . وتارة تورث انقلاباً 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 البيع بعد قبض المشتري ، وباستهلاكه له ، وبأخراجه عن ملكه ؛ لان حقه انما هو في الرد وقد امتنع ، فيازم 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 صورتى كتمان الاجل وكتمان حدوث العيب اذا ظهرت فوجبا 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 الآتية الذكر في الفقرة السابقة ولا يورث (١) هذا ، وان المجلة لم تبحث عن المراجعة واخواتها ، فلتنظر مصادر احكامها التي لخصناها وربناها في كتاب البيوع من الدرر ، ورد المحتار ، والهداية وشروحها ، وغيرها من كتب الفقه .



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

الفصل الرابع

فيما يشترك في حكمه المبيع الثمن

٨٧ — يقتصر هذا الموضوع على مسائل الزيادة والخط 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 الخط في احد العوضين كما تعدل كفتا الميزان بالرفع من احدهما او الوضع في الأخرى

وهذا ، بالنسبة إلى العاقلين ، محض تصرف في خالص حقها 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 والخط في الثمن والمبيع يجب قبول الطرف الثاني في المجلس الذي توجب الزيادة والخط فيه ، والا لم يعتبر ، فتي تم القبول فيه لزما ولا عبرة للندم بمد القبول ، ولا للقبول بعد المجلس . فيها 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 لا يمكن ان تقابل بمعدوم او بما هو في حكم المعدوم . بخلاف الخط من الثمن فانه لا يشترط له

قيام المبيع لأن الخط اسقاط ، 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 لا يصح الخط منه لأن الاعيان لا تقبل الاسقاط . وانما
تقبله النون (ر : ج ١ ف / ٥٣)

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

٨٩ — والنظر الفقهي في الزيادة والخط انها ، باعتبار كونها مضافين الى
مبيع وثمن ، انما يعتبران تعديلاً للصفقة السابقة لاهية او ابراء مستقلين ، ولذا
لم يتوقف لزوم فيها على التنفيذ اي التسليم المشروط لتام الهبة ، حتى لو كان المبيع
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 المخطوط (الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص / ١٦٧ و ١٦٨)

وعلى اساس هذه النظرية قرر الفقهاء ان الزيادة والخط في المبيع والثمن يلتحقان
باصل العقد السابق بطريق الاستناد — اي التأثير الرجعي — ما لم يمنع من هذا
الالتحاق مانع .

فبمقتضى نظرية الالتحاق هذه يثبت للزيادة في المبيع حصة من الثمن المسمى
في اصل العقد فيعتبر الثمن منقسماً على الاصل والزيادة ، ويثبت ايضاً 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 يس بحقوق ثابتة بالعقد السابق لشخص ثالث ،
فحينئذ يقتصر حكم الالتحاق على المتبايعين فيعدل التزاماتها ، 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 هذا الحط عندئذ يعتبر كإبراء مستقل منفصل عن العقد السابق لانه لو التحق به خلا البيع عن الثمن فيبطل لانتهاء معنى المبادلة .
فالانفصال، أي عدم الالتحاق، هو في هذه الحالة انفصال مطلق، وفي الأولى نسبي.

٩٠ - نتائج النظرية

وقد نتج عن هذه النظرية النتائج الآتية في تفريع الاحكام :

أ) - نتائج الالتحاق :

١ — في المراجعة واخواتها : فاذا باع المشتري المبيع بطريق المراجعة واخواتها من بعد زيادة او حط في الثمن يعتبر رأس ماله الذي يصدق اخباره عنه هو الحاصل بعد الزيادة او الحط لاصل 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 لاتقسام الثمن على الاصل والزيادة كما تقدم . وهذا بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط 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 يحبس لقبض الاصل .

٤ — في الشفعة : فلو كان المبيع عقاراً لحط البائع عن المشتري شيئاً من ثمنه فان الشفيع يأخذه بالباقي . وكذا لو زاد البائع شيئاً في المبيع فان الشفيع يأخذ العقار المبيع الاصيلي 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 العقد في حقها وتترتب على التحاقها نتائج الآنفه الذكر ، لكن لا يعتبر لها التحاق بالنسبة الى الشفيع . فلو كان المبيع عقاراً يأخذه الشفيع بالثمن المسمى في الاصل دون الزيادة لائن عقداً لم يبق له حق الاخذ بالثمن المسمى فيه ، فلا يملك المتبايعان بعد ذلك الزامه باكثر منه لما فيه من تهمة التواطؤ والتآمر عليه ، وهذا فرع عن المانع الاول (١) . بخلاف الحط من الثمن والزيادة في المبيع فانها يلتحقان في حق الشفيع كما تقدم لموافقتها لمصلحته وانتفاء التهمة .

٢ — ولو ان بائع العقار حط كل الثمن عن المشتري فان الشفيع عندئذ انما يأخذ العقار شفعة بكل الثمن المسمى لان الحط عندئذ لا اعتبر منفصلاً انفصلاً مطلقاً كان كبراء مستقل من كل وجه بالنسبة الى جميع ذوي العلاقة . فالثمن ، وان سقط عن المشتري بهذا الحط ، يبقى المبيع في الاصل مقابلاً لجميع الثمن . فيأخذه الشفيع كذلك ان اراد . وهذا فرع عن المانع الثاني .

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

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

الفصل الخامس

في الالتزامات الناشئة بعقد البيع

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

— الحكم المباشر الاصيل لعقد البيع

— والواجب التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد بين المتبايعين .

(أ) — فاما الحكم المباشر الاصيل 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 التقابض 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 والتساج ملك للمشتري . وينعقد نافذا تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه بيع وهبة ونحوها ، 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 قديكون عيناً معينة
وقديكون مالاً مثلياً ملتزماً في الذمة ، كما انه قد يكون متميزاً وقديكون 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
والتحريك ، وان لم تكن مالا عينياً ، فقد فرقوا بين المال والملك (ر : ج ٢ / ف ٣٦ و ٣٧)
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 بالمبيع 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 التعيين على التسليم، وذلك في العوض غير المعين كما لو باع انسان كذا طناً من القمح الحوراني (ر : م / ٢٠١) ، او كذا رطلاً من زيت حاصر 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 فتمت استلم المشتري مقدار ما ملكه إياه العقد تعينت ملكيته فيه . ومثل ذلك يقال في الثمن في حالتي كونه مالا معيناً او ديناً ملتزماً في الذمة .

هذا ما يتعلق بالحكم الاصيلي لعقد البيع .

ب) — اما الواجب التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد فهي تنفرع 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 تازم 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 ممجلاً وملتمزاً في الذمة يلزم ان يبدأ المشتري أولاً 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^(١) ، فلكي يتحقق 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 الماطلة المحتملة .

على ان المشتري لا يكون مكلفاً بتسليم الثمن الا اذا احضر البائع السلعة المباعة واستعد لتسليمها (ر : الهداية وشرحا 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 او لم 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/٩٦ و ٩٧) 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 مبيعته (ر : ج ٢ ف/ ٨ و ٩) .

ج) — وإذا كان الثمن مؤجلاً او مقسطاً فإن المشتري لا يكون ملزماً بدفع الثمن الا عند حلول الاجل او الاقساط . وعلى البائع تسليم المبيع اولاً قبل حلولها على ان يقبض الثمن وقت الحلول . ومثل ذلك مالو باع بئناً حال ثم أجله بعد العقد (م / ٢٨٣ و ٢٨٤) .

وإذا كان بعض الثمن معجلاً وبعضه مؤجلاً لا يحق للمشتري استلام المبيع دون رضى البائع ، الا اذا دفع القسم المعجل .

٩٥ - من 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 كفيلاً بالثمن لا يسقط حق حبس المبيع عنه . لكن اذا احال البائع انساناً بئناً المبيع وقبل المشتري الحوالة يسقط حق الحبس . ويلزم البائع تسليم المبيع الى المشتري (م / ٢٨٢ و ٢٨٠) لانه عندئذ في حكم المستوفي ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن ويختصر حق المطالبة بالشخص الحال .

فاذا سلم البائع المبيع برصاه قبل ان يقبض الثمن يسقط حقه في حبسه ، فليس له ان يسترده فيجبها ، 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 اذناً منه بالاستلام دلالة (م / ٢٧٦) .

اما اذا استلمه المشتري بلا اذن من البائع صراحة او دلالة قبل نقد الثمن المعجل فإن 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 محسوساً بحق عند البائع لاجل استيفاء الثمن يكون على ضمان البائع فاذا هلك ولو بأفة سماوية انتقض البيع وسقط الثمن عن المشتري كما سيأتي في بحث التزامات البائع . اما بعد القبض فانه يصبح على ضمان المشتري فيكون هلاكه او تعييه على حسابه (م / ٢٩٣ و ٢٩٤) .

٩٦ — واذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وقبل دفع الثمن فللبائع الاستمرار في حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركه المشتري ، فيباع المبيع بامر الحاكم ويوفي 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 مفلساً بعد استلام المبيع استلاماً صحيحاً باذن البائع فليس للبائع استرداد المبيع ، ولا امتياز له في استيفاء الثمن من قيمته بل هو اسوة للغرماء لأن حقه عنده شخصي محض في ذمة المشتري وقد انقطعت علاقته من المبيع بالتسليم (م / ٢٩٥ و ٢٩٦) .

٩٧ — متى يثبت التأجيل والتأجيل :

ان تأجيل الثمن لا يحتاج الى شرط . فمطلق البيع يثبت به الثمن معجلاً (م / ٢٥١) .

اما التأجيل والتقسيط فانها لا يشتان الا بشرط او بعرف ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م / ٤٣) .

وفي التأجيل والتقسيط يجب ان تكون المدة معلومة ويجوز ان يكون الاجل زمناً كسنة او شهر مثلاً كما يجوز ان يكون موسماً معلوم الموقع كالصوم والقطر . اما التأجيل الى ميعاد غير معلوم كالمطار السماء وقدم المسافر فلا يصح (ر : م / ٢٤٨) .

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

شهر واحد فقط في الاجتهاد أخذاً من المؤلف (ر : م / ٢٤٩) .
والاجل في الثمن المؤجل انما يتبدى من تاريخ تسليم المبيع ، فلو باع نسيئة الى
الى سنة فتأخر البائع في تسليم المبيع حتى انقضت السنة فان للمشتري سنة سواها من
يوم اسلامه المبيع وليس للبائع مطالبة بالثمن قبلها (م / ٢٥٠)

٩٨ - امداد المشتري برفع الثمن :

اذا لم يدفع المشتري الثمن في حينه بحسب كونه معجلاً أو مؤجلاً 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 التسيط ان المشتري اذا تأخر
عن دفع قسط في ميعاده تصبح جميع الاقساط حالة مستحقة الاداء فيلزم الشرط ويمثل
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 ما يسمى 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 بينها ، وهذا يسمى : خيار النقد .

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

فازا لم يدفع المشتري الثمن حتى انقضى الاجل المضروب فهل يفسخ البيع من نفسه او لا يفسخ ؟ اختلف الفقهاء في ذلك والرأي الراجح في المذهب انه لا يفسخ 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 المختار ج ٤ ص / ٤٩) .

غير ان النظر في غرض البائع الشارط وتعبير العاقدين بانه ان لم ينقد المشتري الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينها 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 اخلالها بالتنفيذ .

وعلى كل اذا مات المشتري الخير 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 لانفساخ اعذار البائع للمشتري بعد انقضاء الاجل المحدود الا ان ينص في العقد على ان الانفساخ يكون بلا اعذار .

♦ ♦ — 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 ، فليُنظر هناك (ف / ١١٣)

المبحث الثاني

تسلم المبيع وما اليه

١ ♦ ١ — 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 لا يعلم 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 التزامه بالاستلام على نتيجة دعواه ، كما يتوقف ايضاً التزامه بدفع الثمن على نتيجة الدعوى كما تقدم في المبحث السابق (ف / ٩٨) .

١٠٢ - غياب المشتري

واذا غاب المشتري بعد العقد قبل التقايبض ، 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 لا يباع المبيع عليه لامكان الادعاء عليه واجباره على تأدية الثمن واستلام المبيع (ر : ف / ٩٨) .

واذا كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللمحاضر ان يدفع جميع الثمن ويتسلم المبيع . وعندئذ له 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 لا تسمع 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 . فيحسب 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 عملاً باقرار البائع ودلالة الشهادة ، ولذا لم يشترط لسماعها حضور الخصم . وانما قبل اقرار البائع لاجل هذا التدبير مع ما فيه من عنصر الدعوى لأن ملك المشتري لم يظهر الا باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولاً بحقه ، فاذا تعذر وفاؤه يعتبر كالمراهن اذا مات مفلساً اذ يبيع القاضي الرهن ويؤدي الدين . وعلى كل لا يعتبر الغائب مقضياً عليه في هذه الحال ، فاذا حضر وادعى تأدية الثمن تدفع دعواه (ر : الدرر وحاشية الثرنبلالي اوائل شتى البيوع ج ٢ 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 فادا اتفقا على شيء في التزام احدهما بها او توزيعها بينهما فالعبرة لاتفاقهما . وهذا ما تقتضيه 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 المبيعات (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 اداؤها تسجيل بيعه في المكتب العقاري ، فانها على البائع ولا علاقة للمشتري بها لانها ليست ناشئة عن عقد الشراء .

٣ — 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 وزناً مثلاً فان الاجرة عندئذ على البائع لأن الكيل والوزن من لوازم تسليم المبيع .

ب) — اما ما يباع من الاشياء محمولاً الى البيوت كالخطب 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 — ان الالتزامات التي تقع على عهدة البائع باعتبار انها من مقتضيات عقد البيع دون حاجة الى شرط صريح يوجبها هي نوعان :

— تسليم المبيع

— 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 عهده 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 ، يحير على تفرغ الشجر والارض والدار من الثمر والزرع والمتاع ، وتسليمها خالية ليصح القبض ويثبت حكمه (م / ٢٦٧ - ٢٦٩ ورد المختار ايضاً) .

وكذا لو كان المبيع مشغولاً بحق الغير كما لو يبيع 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 باخذها تسليماً .

١٠٦ - كيفية التسليم

وايس للتسليم صورة معينة لاختلاف الأشياء في كيفية وضع اليد عليها .
والمعنى العام الجامع لكل صورته هو ان يصبح المشتري متمكناً من البيع بناء على
تخلي البائع له عنه ، واذنه له باستلامه (م / ٢٦٣) .

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

ففي تسليم العقار من ارض او بناء اذا وقف المشتري في داخله او قريباً منه
بحيث يرى جانب الأرض او يقدر على اغلاق باب البناء فوراً يكون اذن البائع له
باستلامه كافياً لتحقيق 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 مستملاً (م / ٢٦٧ و ٢٧٠) .

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

والاصل في هذا ان البيع 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 أيضاً بحسب حاله : فان كان يمكن امساكه بلا مشقة او معين كالغنمة فمجرد 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 براءته 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 (ردالمحتار ايضاً) .
واذا كان المبيع مكيفاً او موزوناً مثلاً فدفعت المشتري الى البائع ظرفاً وامره ان يكيله ويضعه فيه كان وضعه فيه تسليماً (م / ٢٧٣) .
واذا كان المبيع حيواناً في اصطبل او طائر في قفص وامر البائع المشتري باستلامه من مكانه ففتح الباب ففر الحيوان فان كان يمكنه اخذه بلا عون يكون تسليماً ، والضمان على المشتري والافعلى 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 تفصيلاً وهي فرع من مبدأ فقهي عام في نيابة قبض سابق عن قبض واجب .
لقد قسم الفقهاء القبض من حيث القوة والضعف في اثره الى قسمين :
قبض الضمان ، وقبض الامانة .

قبض الضمان هو ما كان فيه ان قابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير فيضمنه لو هلك عنده ولو باقاة سماوية كالمغسوب 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 أقوى 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 المقتبض 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 تم ويصبح الموهوب له مالاً 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 المقتبض من مالكة
يعتبر البائع بريئاً من وجبة التسليم بمجرد عقد البيع .

واما ان كان في يد المشتري امانة كعارية او وديعة فاشترى من مالكة فانه لا
يعتبر مستملاً له الا بقبض جديد ، وعندئذ يكفي لاعتباره قابضاً ان يمضي وقت كاف
للوصول الى محله والتمكن من قبضه على نحو ما تقدم (١) (ر : رد المختار 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 مستملاً بمجرد العقد
نظراً الى المقصود . وهذا وجيه أيضاً لما فيه من التسهيل وقطع المشكلات .

التسجيل العقاري

١٠٩ — ونما 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 . ففي مثل هذه القضايا الحادثة كنظام تسجيل العقود العقارية يجب عند فقدان النص تحكم المبادئ 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 ، فتي تم تسجيل العقار المبيع على اسم المشتري انقطع عنه كل حق للبائع ولم يعد يقبل او يسجل تصرف فيه لا حذماً 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 ما لم يدفع الثمن . وهذا لم يقل به احد ، فالقضاء مكلف ان ينزع كل يد لا يثبت لها السجل العقاري حقاً ، إذ العبرة لقيوده محضاً . اما دفع الثمن فانه اذا تأخر الى ما بعد 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 لا يتم 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 لا يمكن الاستغناء عنها في عقد الرهن اذ لا يعقل حبس المرهون 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 مشتري جديد يحل محل بائنه فيما ذكر قانوناً . وليس من المعهود ولا من المقبول قضاء عند استحقاق التخلي 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 لانه 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 الاعمالاً حسيماً أو تمكناً فعلياً من وضع اليد (ر : ف / ١٠٥) فلاحكام 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 اصبحت 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 شرعاً 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 لانه كان محل مناقشة واختلاف بين المحكام اليوم في بعض القضايا امام القضاء ، ومنهم من يرى ان تسجيل العقار على اسم المشتري او الموهوب له لا يعتبر 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 ما بيناه 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 للفرض الفقهي من التسليم في نظر الفقهاء كما اوضحناه .

وهذا ما ذهب 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 او المرهون مقصورة على البلاد التي لم يؤسس فيها نظام التسجيل العقاري .

المبحث الثاني

هلاك المبيع قبل تسليمه

١١٠ - من لوازم كون تسليم المبيع وجبة 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 لا يلتزم 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 فلما 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 =

إذا 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) - وإذا هلك المبيع باستهلاك البائع فحكمه كما لو هلك بآفة سماوية فينفسخ البيع ويسقط الثمن^(١) .

ج) - وإذا هلك بفعل المشتري اعتبر مستألفاً ثبت البيع ويلزمه الثمن المسمى .
د) - وإذا هلك بفعل شخص ثالث فالمشتري بالخيار ان شاء اختار تثبيت البيع اي اجازته فيلاحق الاجنبي المتلف بقيمة المبيع لو قيمياً او بمثله لو مثلياً 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

= اقتضرت على بيان ان المبيع عندئذ « يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري » ولم تتعرض لبطالان البيع وعدمه . غير ان كتب الفقه صريحة ببطالان 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 ألزمت 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 كالتسبب 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 بأفة سماوية او بفعل المبيع نفسه يفصل بين حالتين :

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

٢ — وان ترتب على هلاك البعض نقصان وصف فقط في المبيع كما لو كان المبيع ثوباً فاحترق جانبه ، أو دابة فتلفت يدها او قلعت عين نفسها ، او داراً فانهدم بيت منها ، لا يسقط 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 ما حدث بالمبيع ، لان من المقرر عند الفقهاء ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا في حال العدوان ، ولكن يدخل بفواتها ضرر يوجب الخيار للمشتري (١) .

والضابط في التمييز بين القدر والوصف ان كل ما يدخل 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 في مقابل ما نقص من قيمة المبيع بتلف بعضه مطلقاً بلا تقريب بين نقصان القدر والوصف . وهذا بناء على اعتبار الاوصاف كالمقادير ، وهو وجيه .

الارض ، ورسن الدابة ، اما ما لا يدخل في المبيع الا بذكر صريح فيعتبر قدرا منه .
ومن ثم كانت القاعدة ان ما يدخل في المبيع تبعاً لاحصاة 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 ما خصص له من الثمن (البحر الرائق ، ورد المختار
ج ٤ ص / ٣٦) .

(ب) — واذا هلك بعض المبيع قبل التسليم بفعل البائع ، سقط ما يصادله من
الثمن سواء ترتب عليه نقصان قدر او وصف لانه عدوان . ويتخير المشتري بين
اخذ الباقي وتركه لتفريق الصفقة عليه .

(ج) — واذا هلك بفعل اجني اي شخص ثالث فالحكم فيه كما لو هلك بفعله
كل المبيع ، اي فيتخير المشتري بين ان يفسخ البيع او ان يحجزه ويلاحق المثلث بضمان
قيمة ما اتلف من المبيع قدر ما كان او وصفاً (ر : مرآة المجله م / ٢٩٣ ، ورد المختار
اول خيار الشرط ج ٤ ص / ٤٦) (١)

١١٣ -- قبض السوم

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

(١) لم ار حكم ما لو كان تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري واستهلاكه
والظاهر عندئذ انه يعتبر مستأماً لما اتلفه فيضمن حصته من الثمن سواء كان قدراً او
وصفاً كما في اتلافه للكل ، ويتخير بعد ذلك في الباقي بين اخذه بباقي الثمن او تركه
لتفريق الصفقة . واذا قيل بالزامه بجميع المبيع فله وجه لانه لا يفرق الصفقة
انما جاء من قبله .

— قبض على سوم النظر ، وهو ان يأخذ الانسان شيئاً باذن صاحبه لينظره
أو يريه دون ان يصرح بأنه يريد شراؤه .
— وقبض على سوم الشراء ، وذلك بان يقول مثلاً اعطني لينظره فان
أعجبني اشتريته .

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

واما في القبض على سوم الشراء فان لم يبين للمقبوض ثمن عند القبض كان
امانة ايضاً غير مضمونة كما في سوم النظر . وان يبين له ثمن كما لو قال البائع : ثمن
هذه الدابة كذا ديناراً ، خذها فان أعجبكك اشتراها ، كان المقبوض مضموناً على
القابض لأن بيان الثمن مع التصريح بالشراء يفيد ان صاحبه لم يسلمه الا على اساس
الضمان كالبيع ، بخلاف سوم النظر فان بيان الثمن فيه مع عدم التصريح بقصد
الشراء يجعل 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 قيمياً او مثله او مثلياً ، ولا يضمن الثمن المبين لأن الثمن لا يثبت 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 أساس سلامة المبيع من كل علاقة للغير به ، وعلى هذا يتوقف تحقق معنى المبادلة التي هي موضوع البيع . ويمكن أن يلتزم به أيضاً 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 لإشراك غير البائع معه في ضمانها والمسؤولية عنها ، كما يطلب البائع أحياناً من المشتري كفيلاً بالثمن المؤجل مع بقاء المشتري ملتزماً أصيلاً به ، لما هو مقرر ان الكفالة لا تنقل الالتزام وانما هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة .
ويكثر بين الناس التجاء المشتري 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 أن 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 العيب المبيع حراً ولا يبحثون فيه عن ظهوره مرهوناً بل يذكرون هذا في مناسبات اخرى . ويبحثون عن ضمان الشخص الخارجي الثالث لوجب 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 استحقاقاً ملكية او استحقاق احتباس لانه اوسع لفظاً اصطلاحياً يمكن ان يتناول جميع هذه النواحي اذ يفيد كل ما يدرك المبيع من حقوق عينية فيه للغير ، ثم يتشعب الى التقسيم الذي اوضحناه .

ثم ان الفقهاء يسمون في بحثهم الاستحقاق الى نوعين : الاول الاستحقاق المبطل للملكية المبيع ، وهو ظهور الرقيق المبيع حراً او مدبراً او مكاتباً او ام ولد ، لأن هؤلاء ليسوا محلاً للمبيع . والثاني الاستحقاق الناقل للملكية المبيع ، وهو ظهور كونه =

اولا - استحقاق ملكية المبيع^(١)

١١٦ - استحقاق المبيع تحت حالتان : استحقاق كله ، واستحقاق بمضه.

أ - استحقاق المبيع كله

اذا ظهر بعد البيع مستحق للمبيع يدعي ملكيته واثبت دعواه وقضي له بملكيته واقتزاعه من يد المشتري ، فلما 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 سواء ملازما باقراره . والنكول عن اليمين في حكم الاقرار .

= مملوكاً لغير البائع . ولكل من النوعين احكام تختلف عن الآخر . لكننا لانبث 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 لئلا يخل من علاقة بحق الرجوع عليه . واما اذا وقعت قبل تسليم المبيع فالخصم فيها كل من البائع والمشتري جميعاً مشتركين : المشتري لانه المالك ، والبائع لانه 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 بالخلف 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 بالخلف جزما قد يكون حائثاً آثماً ، وان تورع فنكل يحكم عليه دون ان يكون له حق الرجوع على البائع . فلذا نص الفقهاء انه انما يحلف على عدم العلم .

وبعد ان 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 بحصم 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 بالبينه ففضي له بالمبيع لاينفسخ البيع السابق بل يصبح متوقفاً على اجازة المستحق : فان اجاز البيع بقي المبيع للمشتري وبأخذ المستحق الثمن من البائع ويعتبر البائع عندئذ كوكيل عنه بالمبيع ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

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

على انه اذا كان الاستحقاق لجانب وقف كما لو ظهر ان المبيع مال موقوف ادعى به المتولي واثبت وقفيته فان البيع ينفسخ حتماً اذ ليس لاحد ان يحيز 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 ملكاً مطلقاً او مؤرخاً 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 حادثاً على ملك المشتري لا على ملك البائع .

٢- ان لا يحصل 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 ابطال حق رجوعه على البائع .

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

٣- ان لا يكون البائع قد ابرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق . فلو كان قد ابرأه عنه فلا رجوع للمشتري عليه بشيء لانه لا ثمن 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 بالينة ، لان سوء نية المشتري تجاه المستحق لا يسوغ البائع اكل الثمن بلا مقابل .

١١٨ - تعدي القضاء بالاستحقاق : ان القضاء على المشتري باستحقاق المبيع من يده اذا كان مستنداً الى البينة لا يقتصر 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 المستحق باستحقاق المبيع . وهذا على خلاف الأصل في القضاء لان الأصل 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 اليه لاثبات الاستحقاق بمواجهته بل يقضى عليه باعادة الثمن الى المشتري لانه مقضي عليه سابقاً بملكية المستحق .

وللبائع ايضاً 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 النتائج ، 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 بملكته 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 يحجزه 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 المشتري 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 ياتزم بالباقي بحصته من الثمن . وذلك كما لو كان المبيع كمية من
المثليات من مكيل او موزون كالقمح والزيت ، او كان شيئاً لا ارتباط لاحدهما
بالآخر كغنمتين اذا استحققت احدهما 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 او على
غير المقبوض . واما تفرق الصفقة بعد قبض جميع المبيع فائماً 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
اليبوع في الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ٢٩١ - ٢٠٢ / والدرج ٢ ص ١٨٩ -
١٩٤ / وشرح المجلة للاستاذ الباز آخر اليبوع)

مأناً — 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 بالبينه فانه يؤثر في شريطة لزوم البيع في
حق المشتري ويجري فيه التفصيل التالي :

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

وان اجاز المستأجر او المرتهن البيع تنفسخ الاجارة والرهن . وفي صورة الرهن يصح ثمن المبيع رهنأ مكان المبيع ، والمرتهن حبسه حتى يؤدي اليه الثمن عوضاً عنه . وفي صورة الاجارة يحق للمستأجر ايضاً حبس المبيع حتى تعاد اليه الاجرة عن المدة الباقية من الاجارة لو كانت مدفوعة^(١) (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 كالخصى 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 وبقيّة الاجرة الى المستأجر لتخليص المبيع من حقها في احتباسه .

بمخلاف ما لو كثر ذلك وخش بحيث يكون اغلب الاحوال عدمه فانه عيب .
وحقوق الارتفاق على العقار كالمر والمسيل القديم تعتبر عيباً فيه لأنها تقيد
حرية المالك .

١٢٣ — ومن المهم هنا وجوب التمييز بين الرداءة والعيب . فالاُشياء 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 الرديء
دون الجيدين الناس ، إذ القيم تختلف ايضاً باختلاف الاوصاف . وذلك كما لو كان
القمح خفيف الوزن او حمراوي اللون ، وكما لو كانت الفرس مسنة او صغيرة
الخوافر ، او كان الحمار بطيئ السير ، او كان البطيخ والجوز غليظ القشر . فكل
ذلك ليس من قبيل العيب بل من قبيل الرداءة .

فمناطق الفرق بين الرداءة والعيب هو كون الشيء في الحالات الطبيعية المعتادة
فيه المعبر عنها بالفطرة السليمة — ولو كان من المصنوعات — يوجد خالياً من الصفة
المكروهة التي فيه فتكون عندئذ عيباً ، 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 مثلاً 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 ، وكالمراة 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 مشاراً اليه

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

فلو اشترى الانسان حماراً مثلاً فظهر بطني السير ، او اشترى البطيخ والجوز الحاضر المشار اليه مثلاً فظهر بالكسر انه غليظ القشر يكون البيع لازماً ولا يحق المشتري 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 ملتزماً بتجاذه 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 لا ينقص من قيمته بين التجار لا يكون عيباً بالمعنى الفقهي المقصود . وذلك تحرق يسير في جانب قطعة جوخ ، وتخط بسيط في هامش كتاب ، او خدش خفيف في جلده .

ومن ثم وجب ان يكون العيب مما لا يمكن ازالته بلا مشقة والا لم يكن عيباً ، كالنجاسة او الوسخ في ثوب لا يضره الغسل (ر : رد المحتار اول خيار العيب ج ٤ ص / ٧١ - ٧٢) .

١٢٦ - شرط العيب

ويشترط في العيب لكي يلزم البائع بضمانه ان يكون قديماً . والمراد بقدمه ان يكون موجوداً في المبيع عند البائع سواء كان موجوداً قبل العقد او حادثاً بعده قبل التسليم ، لأن كل ما يصيب 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 لا يقتضيه العقد ، عملاً بالحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » . 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 عنده عن التزام ضمان العيوب تجاه المشتري الذي رضي بذلك . ومهما ظهر عندئذ من العيوب في المبيع لا يكون البائع مسؤولاً 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 عبارات 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 ^(١) (ر : م / ٣٤٢) .

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

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

١٢٨ - ويعتبر في حكم تبري البائع صراحة من ضمان العيب ما لو اشترى المشتري المبيع وهو عالم بعيبه سواء أ كان علمه سابقاً على العقد أو أخبره البائع به عند العقد ، فإن البائع عندئذ لا يكون ملتزماً بضمانه .

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

فاذا كان العيب الظاهر في المبيع مما يشبهه على الناس كونه عيباً والمشتري لا يعرف انه عيب فان البائع يكون ملتزماً بضمانه تجاه المشتري ، كما لو رأى في الدابة قرحة بسيطة لا يعلم انها تعد عيباً 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 لا يعلمه المشتري عند العقد ولم يتبرأ البائع منه فان له موجبا اصلياً وموجبا خلفياً يعتبر البائع ملتزماً بها على التعاقب :

(أ) - الموجب الاصيلي :

فالموجب الاصيلي لظهور العيب في المبيع هو ان المشتري يخير بين امرين : ان

= وهذا بناء على اعتبار ان هذا الاخفاء المعمود هو تغيير 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 أمسكه بكل الثمن . وليس له ان يمسكه وي طرح من الثمن شيئاً لقاء العيب دون رضى البائع ، لان البائع لم يقبل البيع الا بالثمن المسمى ، والمشتري يتضرر بعيب المبيع فيصان حق كل منها 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 فالمشتري ان يرده كله اي الميعب وغير الميعب سواء أكان لم يقبض منه شيئاً او قبض بعضه دون بعض ، وسواء أكان الميعب هو البعض المقبوض او غير المقبوض لأن الاضرار برد الميعب وحده يوجب تفريق الصفقة على البائع وعلى المشتري قبل تمامها بالقبض الكامل . فليس للمشتري ان يلزم البائع بقبول الميعب فقط ، وللابائع 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 وناء 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 الميعب فقط . ومثله لو كان المبيع شيئين في حكم الشيء الواحد كزوجي خف ومصراعي باب ودابتين اليفتين كثورين لا يشتغل احدهما بدون الآخر .

وفي حالة كون المبيع متعدداً فالحكم بالعكس اي انما يحق للمشتري رد البعض الميعب 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 المختار ج ٤ ص / ٩٣) وذلك نظير ما تقدم في استحقاق بعض المبيع (ف / ١١٩) .

(ب) - الموجب الخلفي :

واذا منع من رد المبيع مانع فإنه ينتقل حق المشتري من الرد الى الرجوع على البائع بنسبة نقصان العيب من الثمن اذا كان المانع مما لا يعتبر 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 سليماً تارة ومعيباً 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 مثلاً فقوم المبيع سليماً بمائة وعشرين ومعيباً بتسعين فإن فرق القيمتين وهو ثلاثون يعادل ربع قيمته سليماً فيرجع ربع الثمن أي بخمسة وعشرين. وكذا لو قوم سليماً بثمانين ومعيباً بستين فإنه يرجع أيضاً ربع الثمن .

١٣٠ - واذا حصل مانع للرد مما يعتبر معه المشتري في حكم الممسك للمبيع عن البائع لا يحق للمشتري ان يرجع على البائع بشيء لقاء العيب ما لم يرتفع المانع وبعد المبيع الى حالته الاصلية في يد المشتري، فعندئذ يعود اليه حق الرد عملاً بالقاعدة القائلة: اذا زال المانع عاد المانع . 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 او باستعمال المشتري اياه كالماء كان طعاماً فأكله . وفي هذه الحال يستحيل رد المبيع لهلاكه فيثبت للمشتري الرجوع على البائع بنقصان العيب .

(ب) - المانع الشرعي ، وهو ان يحصل في البيع عند المشتري زيادة منفصلة متولدة ، او متصلة غير متولدة . فالاولى كالولد والثمر ، والثانية كما لو صبح المشتري الثوب المبيع او خاطه او غرس او بنى في الارض المبيعة ثم اطلع على عيب قديم فيها . وفي هذا يمتنع الفسخ والتراذ لحق الشرع ، لان الزيادة المنفصلة عندئذ تبقى للمشتري بلا مقابل وهو ممنوع شرعا ، والمتصلة وهي ملك المشتري يأخذها البائع عندئذ بلا مقابل وهو ممنوع شرعا ، فلذا يمتنع الرد ويتعين الرجوع بنقصان العيب .

اما الزيادة المتصلة المتولدة كما لو سمت الدابة المبيعة ، وكذا المنفصلة غير المتولدة كأجرة البيع لو آجره المشتري فانها لا تمنعان الفسخ والرد بالعيب فيبقى حكم العيب معها على موجه الاصيل .

(ج) - المانع لحق البائع ، وذلك بان يحدث في البيع المبيع بالعيب القديم عيب جديد عند المشتري بعد ما قبضه ، كما لو انكسرت يد الدابة المبيعة وهي عند المشتري 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 عيب حادث ، وانما يكون للمشتري ان يرجع على بائعه بالنقصان ، الا ان يشاء البائع اخذ المبيع بعيبه الحادث ورد الثمن . وذلك لان امتناع الموجب الاصيل وهو الرد انما كان نظراً لحقه منعا للاضرار عنه ، فاذا شاء هو فلا مانع . ولو زال العيب الحادث كما لو شفت الدابة المريضة ، عاد الموجب الاصيل وهو حق الرد حتما .

(د) - 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 هذا لا يمكن للمشتري الاول ان يفسخ البيع بينه وبين بائعه لانه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد انشاء المشتري نفسه ، ولا يحق له ايضا ان يستفيد من الموجب الخلفي فيرجع بنقصان العيب لانه يعتبر هو الخابس 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 قضائياً بان خاصه وقضي عليه بالرد ساغ عندئذ للمشتري الاول ان يردّه 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 او باقراره او بنكوله عن اليمين ، لان القضاء في كل ذلك فسخ للعقد الجديد . اما لو رده المشتري الثاني ، ولو بسبب العيب ، على المشتري الاول بالتراضي ، او تقايلاً البيع اقالة فليس للمشتري الاول رده على بائعه لانه في حكم ما لو اشتراه منه شراءً جديداً ، وفي هذه الحال يكون شراؤه كشراء اجنبي يطهر العين من الحق السابق ، لاذ من القواعد المقررة فقهاً : 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 ما لو قضي عليه بالرد قضاءً فانه فسخ للبيع الثاني فيعود المبيع الى ملكه الاول . لا بسبب جديد فيعود معه حقه في الرد الذي كان ثابتاً له فيه .

هـ - اتلاف المشتري ، كما لو كان المبيع دابة فقتلها او ثوباً 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 فانه 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 .

في هذا أيضاً 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 تحرق او يبل 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 المختار ج ٤ ص ٨٣)

١٣٢ - كيف يمارس المشتري من 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 بفسخ البيع 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 ، أى 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 بالبائع ، ما لم يوجد

مسططه الآتي بيانه . وهناك 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 غير 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 تمنح المجلة الى تحديده بمدة تلجئ المشتري الى ممارسة 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 ضمانه 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 قابلاً للمبيع بعينه . كما ان المادة / ٥٦٨ / منه منعت سماع الدعوى بضمن العيب بعد مرور سنة على البيع ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بضمن 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 الثمن ، وبذلك عبرت المجلة ايضاً في المادة / ٣٤٤ / .

فأما بعد ان يعتبر البائع ملتزماً بهذا الضمان ويستبر المشتري بخيراً 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 المالك بعد اطلاعه على عيبه كما لو عرضه للبيع مثلاً (م / ٣٤٤)

ويتنوع المسقط تحت هذا المبدأ العام الى صور شتى لا تنحصر . فيعتبر رضى بالعيب بعد اطلاع المشتري عليه ما لو باع المبيع ، او آجره ، 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 ، او حملها 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 لدلائها 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 لغيره (البحر الرائق ، ورد المختار 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 اوردها (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 الإشارة في المصححة 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 وشرحها 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 (بفتحين فيها) 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 وأهمها 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 ، ويمكن 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 مميزات جنساً ونوعاً ورسناً 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 كالبقرة والغنم والدجاج كما يحصل =

٢ — ان خيار الرؤية لا يثبت حكمه في المبيع سلماً ، لأن هذا الخيار لا يجري فيما يملكه الانسان ديناً في الذمة (رد المحتار ج ٤ ص / ٢٠٨) وذلك لعدم قائلته 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 ، فعند وفائه اذا ما غا رده بخيار الرؤية يعود ديناً ويجب أداء مثل آخر فيمكن رده ايضاً بالخيار ، 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 عيناً 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 مؤجلاً الى اجل معلوم (ر : م / ٣٨٦) والالم يكن سلماً ، وان يبين محل تسليمه ان كان لحمله كلفة ومؤونة . فان لم يكن له مؤونة لا يشترط بيان محل الايفاء ، بل يتعين مكان العقد للتسليم (الهداية) .
- ٢ — ويشترط في الثمن ان يكون معجلاً وان يقبض فعلاً في مجلس العقد . فلو تبايعا سلماً بثن مؤجل فسد ، ولو آخر دفع الثمن بشرط او بلا شرط فافترقا دون قبضه انفسخ العقد (م / ٣٨٧) لأنه يحتل عندئذ فيه الغرض المقصود من السلم وهو الاستعانة على الانتاج والتحصيل بل يصبح من قبيل يسع الدين بالدين وهو غير جائز فقهاً (١)

— في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيش والحكومات والمؤسسات العامة ، لأنها بالوزن تصبح مثلية ، بخلاف حيوان الركب والاستعمال لأن افراده قيمية متفاوتة . ولينظر في تمييز المثلي والقيمي بحسب نظريته الفقهية ما تقدم 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)

ويتفرغ عن ذلك ان السلم لا يصح 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 لا يجوز
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) ليعتبر 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 وشروحات ج ٦ ص / ٢١٤) واستناداً الى مبدأ ضمان التنفيذ هذا لا يصح
السلم على ثمر اشجار معينة او محصول قرية معينة لاحتمال ان لا يحصل منها شيء
فتفوت القدرة على التنفيذ . اما تخصيص الاقليم فغائر لأن حرمان محصوله بعيد
الاحتمال . (الدر المختار) .

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

(٣) الاجتهادات التي لا تشترط وجود المبيع السلم فيه الا عند المحل هي اوجه
واوسع فاذا مات البائع وحل الاجل والمبيع منقطع الوجود فان خيار الفسخ الآتي
ببانه للمشتري يزول الاشكال .

١٤١ — هذا اجمال الشرائط والاحكام التي تخص بيع السلم وتميز بها
عن البيع المطلق في النظرية الشرعية (١)
وفيما سوى ذلك تجري فيه الشرائط والاحكام التي ثبتت في البيع بوجه عام مما
سلف بيانه .

١٤٢ — التعديل القانوني في اعظم السلم

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

(١) بهذه الشرائط المقدمة 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 لا يتصور 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 لامت الى الجهد الانتاجي
والاقتصادي باي صلة ويتلاعب فيها اصحاب رؤوس الاموال الكبيرة بالاسواق والاسعار ،
فتبلبل وتضطرب وتتوالى فيها حوادث الافلاس المبالغت . واصح اسم لها انها :
قمار تجاري .

بالسلم ، فتسيع للمتبايعين ان يتفقا على خلافها ، كتعجيل البيع المسلم فيه ، وهذا يوافق الاجتهاد الشافعي وهو ايضا 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 ، وتقضي جواز السلم دون قيد بكون البيع 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 البيع في السلم يجب ان يكون مالا مثليا ليتمكن التزامه في الذمة ، وان خيار الرؤية لا يجري 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 ثيابا ، ونحو ذلك . ويشترط فيه وصف المصنوع في العقد بما يقطع الجحالة .

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 ايضا لكنه يفترق عنها من حيث ان الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

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

(١) خلافا لما رسمناه في ترتيب العقود (ف / ٥) قد رجحنا ذكر الاستصناع

هنا لان حقيقته بيع .

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

١٤٤ - والراجع في الاجتهاد الحنفى انه عقد غير لازم قبل الصنع ولا بعد الصنع والاحضار ، فلمستصنع 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 جميعتها في لائحة اسبابها الموجبة - وتوسعت فيه ، فقررت في المادة / ٣٩٢ / منها ان عقد الاستصناع ينقذ لازماً فليس لاحد الطرفين الرجوع ولو قبل الصنع ، الا انه اذا جاء المصنوع مغايراً للاوصاف المشروطة يتخير 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 يتخير 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 وبلغ 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 لا يطمئنون ولا يرتاحون الى القرض الحسن الخالي عن المنفعة ، وفي الوقت نفسه يخرج الناس من الربا حرمة شرعاً ، فالتمسوا المخرج الفقهي في طريقة تكون بعيدة عن صورة الربا ومحقة لمنفعة متبادلة ترغب المثيري 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 استعمالاً 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 اتممكن 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 ما يطلق 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 المشتري 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 لا يضطر الى بيع عقاره الحريص عليه بيعاً باتاً عند حاجته الى النقد ، لاسيما عند امله في الاستغناء والوفاء .

١٤٧ - ميزته عن الرهن

إن معنى الرهن في هذا العقد هو الغالب حتى ان الناس من اول تعاملهم به كانوا اذا باع احدهم عقاره وفاء يقول : رهنته^(١) لما هو مستقر في الازهان من تقارب العقدين .

لكن الناس لم يجدوا في الرهن ما يفنيهم عن احداث بيع الوفاء لأن الغرض من احداثه ليس هو توثيق الدين فقط لكي يفني عنه الرهن ، بل هو تمليك منفعة للمقرض في مقابل القرض بصورة مشروعة ، وهذا لا يحققه 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 ، والبائع 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 البيع ، 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 رهناً من كل وجه (١) .

(١) قال في الفصل / ١٨ / من جامع الفصولين نقلاً 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 لا يملكه المشتري ولا ينتفع به الا باذن مالكة ، وهو ضامن لما أكل من ثمره وتلف من شجره ، ويسقط الدين بهلاكه لافرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام ، لان المتعاقدين وان سمياه بيعاً لكن عرفها الرهن والاستيثاق بالدين اذ العاقد يقول لكل احد بعد هذا العقد : رهنتم ملكي فلانا ، والمشتري يقول : ارهنتم ملك فلان ، والعبرة في التصرفات المقاصد 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 ، ونظائر كثيرة .

قال السيد الامام : قلت للامام الحسن الماتريدي : قد فشا هذا البيع بين الناس ، وفتواك انه رهن ، وانا ايضاً على ذلك . فالصواب ان نجتمع الائمة ونتفق على هذا ونظيره 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 السفدي قاضي بخاري المتوفى سنة ٤٦١ هـ تلميذ شمس الائمة السرخسي . وقد انتهت الى هؤلاء الثلاثة رئاسة المذهب الحنفي ورجاله في عصرهم . ير حل 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 :

- تملك 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 ما يتصل 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 حكماً مركباً مستمداً من احكام العقود الثلاثة :

- أ) — فاقبثوا 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 لا يصح من المرتهن ايجار المرهون من الراهن ولا من غيره لانه غير مالك للعنفعة ، والرهن انما هو للاحتباس لا للانتفاع .

= والواقعات ، وكان المعتبر في زمانهم في الفتاوي ان يجتمع خطهم وتوقيعهم عليها . ونجم الدين النسفي ولادته سنة ٤٦١ هـ ووفاته سنة ٥٣٧ هـ (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 عندئذ 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 والتراذ لكل من الطرفين . وهذا الحق يورث اذا مات احدهما فيقوم وارثه مقامه (م/٣٩٦ و٤٠٢) .
- (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 المالك 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 بتعديده 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 — وأنه اذا احتاج الى التعمير والترميم لاجل صيانتة فمآثرته على البائع (جامع الفصولين وحاشيته للخير الرمي اوائل الفصل /١٨) .
- وقد سمي رأي الفقهاء المتأخرين هذا في بيع الوفاء بالقول الجامع ، وعليه استقرت الفتيا وبه اخذت المجلة (ر : م / ١١٨) ورد المختار والدرر آخر البيوع . والفصل / ١٨ / من جامع الفصولين) وقد دل نظرم 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 بملك منافع المبيع.

ومعنى هذا انه يملكها بلا شرط كما هو المقرر فقهاً في القول الجامع على ما سلفنا 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 لائن الرهن يمكن ان تباح للمرتهن منافعها باذن الراهن .

غير ان المادة / ٣٩٨ / منها نصت على انه « اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من منافع المبيع للمشتري كما لو شرط ان تكون الغلة بينها مناصفة مثلاً 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 ومتخرجاً على الرأي القديم ان بيع الوفاء رهن محض ، قبل ان يقر الفقهاء المتأخرون الغاية الاساسية الباعثة على احدث 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 سكت عنها المجلة في هذه المادة فان المنافع كلها تكون للمشتري لا للبائع ، وهو الحكم المقرر في القول الجامع .

وهذا الفهم هو تحقيق والذي الشيخ احمد الزرقا رحمه الله في شرحه المخطوط على قواعد المجلة .

وهذا الفهم لا ياباه نص المادة / ٣٩٨ / المذكورة وان كان خلاف الظاهر من سياقها ، وهو متعين للتوفيق بينها وبين المادة / ١١٨ / التي اختارت القول الجامع .

١٥١ - موقف قانونه 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 لا تخرج عن الاحكام الفقهية السالفة البيان، بل تتفق مع ماقدرته المجلة في المواد / ٣٩٦-٤٠٣ / منها الا في ناحيتين :

١ - انه قد جعل في المادتين / ٩٥٩٤ / 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 جرى في هذا الحكم ظاهر المادة / ٣٩٨ / من المجلة ، غلط بين بيع الوفاء والرهن. وهذا غفلة كبرى عن نقطة الفرق الاساسية بينها في المنشأ والمبنى وهي ان يكون ملك المشتري للمنافع والغلة موجبا 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 فصلها من حيث المعنى فلم يعد يستشعر بفرق بينها الا في الاسم دون الحكم . واول ما يقال في هذا الصنيع القانوني : انه رجوع الى الوراء ! وهذا نتيجة جهل واضع القانون بالفرق الاساسي بينها في المنشأ والمبنى ، مما قد عتينا بايضاحه هنا .

وقد كان من الواجب ، لو صيغ القانون بايد عليمة ، ان يستدرك غموض المجلة فيأتي بالحكم الصحيح المعقول صريحاً ، وهذا ما فعله مشروع القانون المدني العراقي اذ صرح في المادة / ٥٩٧ / منه بان المبيع وفاء يعتبر ملكا للمشتري ملكية

مقيدة بشرط الاسترداد ، وتكون منافع البيع 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 ما هو وجيه معقول تقتضيه المصلحة الزمنية ومنها ما هو محل للنقد . وأهم ما ينقد منها ان المادتين /٥٩٦ و ٦٠١/ منه قد صرحتا بأنه « اذا لم يسترد البائع البيع وفاء من المشتري وفقاً للشروط المتفق عليها فان ملكية البيع تخلص بآية 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 اثبتنا اليه سابقاً ، وهذا هو المرغب في عقد صفقات بيع الوفاء عند الحاجة اذ لو تمسك البائع بمثل القيمة لفضل المشتري ان لا يشتري الا بآناً عندما يحتاج . وعن هذا قرر فقهاؤنا انه اذا اختلف المتبايعان بعد البيع فقال البائع بت وفاء وقال المشتري بآناً ينظر فاذا كان الثمن اقل من القيمة بما لا يتغابن فيه الناس عادة فالقول للبائع بدلالة الظاهر ، وإلا فالمشتري . فلا يعقل ملك المشتري للمبيع بآناً 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) .
والجمله لم تقيد بغير المنقول ولم تعممه على المنقول فاذا اعتبر موقفها هذا سكوتاً وجب الرجوع الى الآراء الفقهية في مصادرها من كتب الفقه . واذا اعتبر ذلك منها اطلاقاً 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 فظااهره اطلاق جريانه في العقار وفي المنقول ، لانه عبر في تعريفه بانه « بيع الشيء » 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 لانه من المعاملات الشائعة بين الناس ، ولم يبحث بحثاً جديداً شافياً يجلو فكرته ، ويتبع سلسلته ، فكثيرون من لا يدركون الى اليوم فرقاً بينه وبين الرهن .

(١) قال والدي الشيخ احمد الزرقار رحمه الله في شرحه للقاعدة الثانية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) من قواعد المجلة : « ومقتضى ما ذكره من ان تجوز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة انما كان لضرورة الناس وتعارفهم ، أنه اذا لم يتعارف الناس اجراءه في المنقولات التعارف المعتبر لا يجوز كما هو الواقع في زماننا » اهـ

الفرع الرابع

المزايدة والمناقصة

١٥٤ — من طرائق البيع وأنواعه بيع المزايدة والمناقصة .

فالمزايدة أن يعرض راغب البيع ما عنده لا على مشترٍ مخصوص بفأوضه 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 بثمان اقصى من غيره .

والمزايدة قد وردت في السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) وأشار اليها الفقهاء، ولم يذكرها احكاماً خاصة (ر: الدوا المختار وحاشيته ج ٤ ص 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 تلبس بعضه ونيسط بعضه ، وقدح نشرب فيه الماء . قال : أمّتي بها . فأثناه بها فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ثم قال : من يشتري هذين ؟ فقال رجل : أنا آخذها بدرهم ، قال : من يزيد على درهم ؟ مرتين او ثلاثاً ، قال رجل أنا آخذها بدرهمين ، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري ، وقال له : اشتر باحدهما طعاماً فانبذه الى اهالك ، واشتر بالآخر قدوماً فأنتي به . ففعل فأخذها صلى الله عليه وسلم فشد فيه عوداً بيده — اي جعله نصاباً للقدوم — وقال : انهب فاحطب ولا اراك خمسة عشر يوماً . فجعل يحطب ويبيع ، فجاء وقد اصاب عشرة دراهم ، فقال له : =

فالباع الذي ينقذ بطريقة المزايدة او المناقصة لا تفترق احكامه بعد انعقاده عن البيع المطلق العادي في شيء . ولكن الذي يتميز به المزايدة والمناقصة عن البيع العادي مستمد من عرف الناس في عملية العقد نفسها :

١٥٥ — في 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 مبطللة 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 سواء ، 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 المزااد العلني الذي تقع فيه الزيادات متعاقبة لاذ يزيد الواحد زيادة يطالع عليها سواء ويزيد عليه ، فان كل زيادة تقع تبطل ما قبلها وتكون هي الايجاب المنفرد الذي يصح ان يبني 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 وبعضها ثوباً ، ثم قال : هذا خير لك من ان تحبب المسألة
نكتة - اي طلب الصدقة كبقعة - في وجهك يوم القيامة . ان المسألة لاتصلح الا الذي
فقر مدقع ، أو الذي غرم مفلطح ، أو دم موجه اهـ . وهذا من روايات التوجيه النبوي .

وأما اذا كانت الزيادة او المناقصة جارية بطريق الظرف المحتوم بان 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 الزيادة والمشتري في حال المناقصة — ان يبني قوله على ما شاء منها فيلزم صاحبه ، ولو كان ما قد قبله هو الاقل في حال الزيادة او الاكثر في حال المناقصة .

على ان هذا الاختيار لا يصح في الزيادات او المناقصات التي تجربها 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 الزيادة والاقل في حال المناقصة . ويسمى قبولها النهائي في اصطلاح القانون: الاحالة القطعية .

وطريق الزيادة او المناقصة توجه القوانين اليوم في بعض المبيعات كبيع اموال القاصرين في تصفية التركات التي تقوم بها مجالس الايتام ، وكبيع اموال المدينين المحجوزة الذي تقوم به دوائر التنفيذ ، وكبيع شي من املاك الدولة عند الاستغناء عنه فان كل ذلك لا يجوز في بلادنا عقده قانوناً بصفقات فردية بل بطريق الزيادة . وكذلك شراء لوازم الدوائر الحكومية الذي تقوم به دوائر مالياتها في الصفقات الكبرى بحمد معين قانوناً فانه انما يجري بالمناقصة .

وطريق الزيادة او المناقصة لا يختص بعقد البيع بل تجري عليه دوائر الحكومة ايضاً والجمعيات والشركات في عقود الاجار وتعهيدات الاعمال .

١٥٦ — والزيادات والمناقصات الرسمية تجري ضمن شروط تحددها الانظمة والقرارات الحكومية منها ان لا يقبل للدخول في الزيادة او المناقصة الا من يسلف مبلغاً معيناً يسمى تأميناً كيلا ينكل اذا توجهت الاحالة القطعية اليه فان نكل جددت الزيادة او المناقصة على حسابه وفرق السعر يؤخذ من مبلغ تأميناته . ومنها ان لا تقبل الزيادة او النقص الا خلال مدة معينة ونسبة مئوية معينة في السعر .

فكل الشروط التي تكون معينة بنظام او باتفاق لاجراء المزايدة او المناقصة على اساسها في احدى الدوائر الحكومية او غيرها هي معتبرة وحكمة 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 ووجب فيه طريقة المزايدة العلنية وأتى فيه باحكام وشرائط خاصة في الاعلان والمهل والنسبة المئوية للزيادة وفي الاحالة القطعية ، ترى في المواد / ١٥٨ - ١٧٣ / منه المعدلة بالقرار / ١٠١ / ل.د.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 يحم له الفقهاء وزنا من الوجهة القضائية، اي انه لا يلزم صاحبه بالوفاء الا من الناحية الدينية الاخلاقية، اما القضاء فلا يجبره على الوفاء بوعد (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 الازام بالوعد ما لو كان الوعد مصوغاً في صورة تعليق، كما لو قال البائع بعد البيع للمشتري: ان رددت الي الثمن رددت اليك المبيع، فقد اعتبروا هذا ملزماً، عملاً بالقاعدة الفقهية: ان المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/ ٨٤). وكذلك قالوا: لو باع عقاره بغين فاحش، فوعده المشتري انه ان رد اليه الثمن رد له المبيع لزمه ذلك وصار بيع الوفاء عملاً بالقاعدة المذكورة نظراً الى حاجة الناس (الدراختار آخر البيوع)

ولو قال انسان لآخر: لن يعمطك مدينتك مالاك عليه فانا اعطيكه، فانه يصبح كفيلاً بكفالة مشروطة بان يطالبه فلا يدفع له، وذلك لدلالة التعليق على الكفالة عرفاً (ر: م/ ٦٢٣)

ولم يذكرها 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 ذا الرقم / ٣٣٣٩ الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الاحتلال قد اعتبر الوعد ببيع العقار ملزماً 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 والتمن والمهلة التي للموعد ان يختار فيها الشراء ؛ ولا يجوز ان تتجاوز خمس عشرة سنة ، فان تجاوزتها ردت اليها .

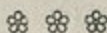
ويجوز ان يكون الوعد بالبيع لشخص معين ويجوز ان يكون ايضاً لأمره ، وعندئذ يكون سند الوعد قابلاً للحالة منه الى غيره كأسناد الدين التجارية المحررة للأمر . وعندئذ يحل المحول اليه محل الشخص الموعد في استحقاق الشراء على المالك الواعد . ويشترط ان يكون التحويل مؤرخاً بالحروف لا بالارقام ، وان يكون مصدقاً من الكاتب بالعدل .

فهذا الوعد بهذه الشروط اذا كان وارداً على بيع عقار يكون الواعد ملزماً بتنفيذه ان شاء الموعد الخير ، فيتولد عنه للموعد 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 الموعد ببيعه او ينشئ عليه حقاً عينياً لا حـد خلال المهلة المعينة سوى حق التأمين .

(١) — يتضح من هذا التعريف ان الوعد الذي اعتبره هذا القانون ملزماً 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 السكاتب 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 تمديد بحث عن انواع العقود ، والعقود المسماة ، وترتيبها .
٨	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

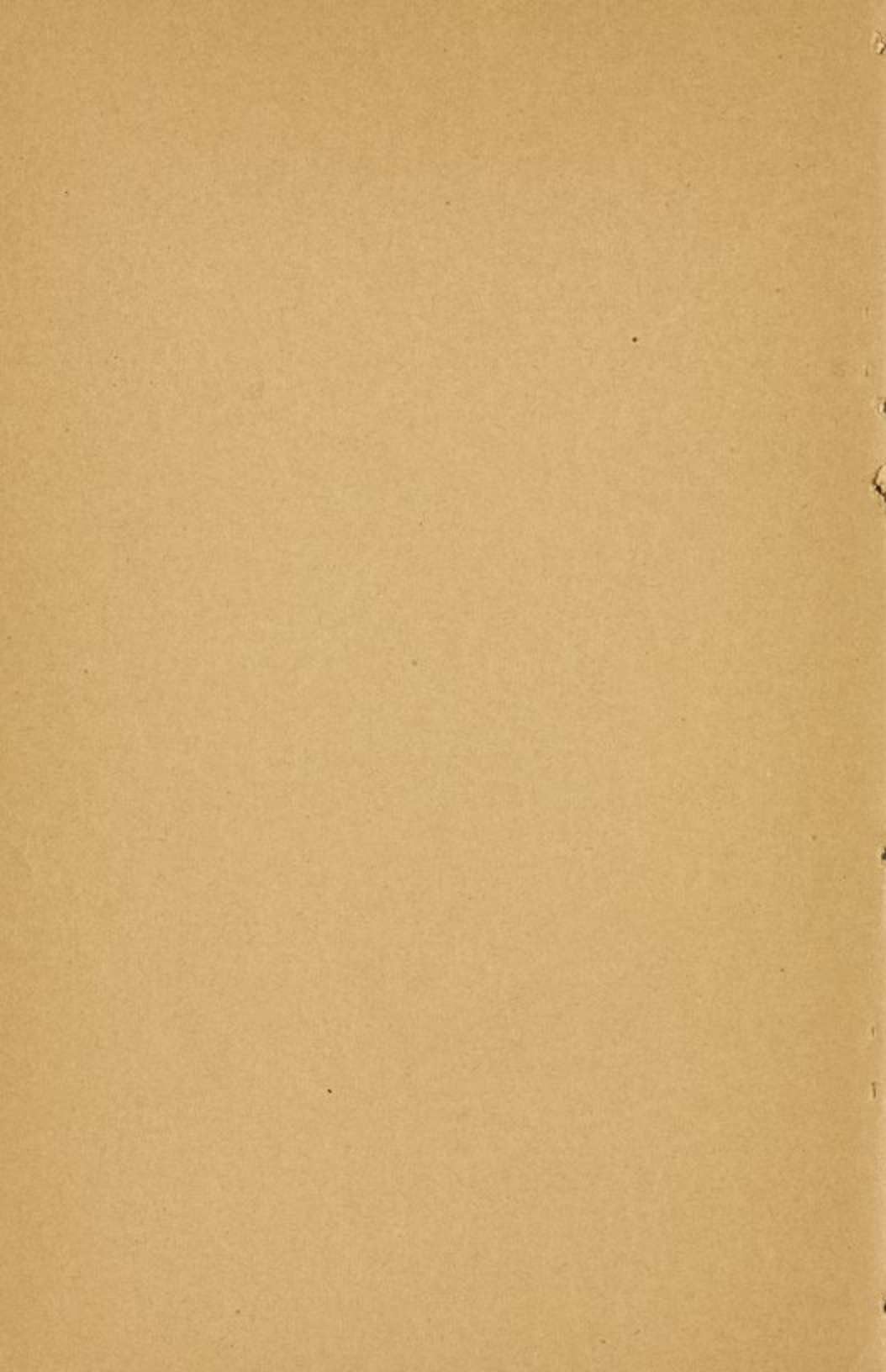
الصفحة	الفقرة
٢١	(د) — شرائط الثمن
٢٢	(هـ) — شريطة الولاية الشرعية
٢٤	(و) — الشرائط الشكلية الشرعية والقانونية
٢٥	(المبحث الثاني) : شرائط الصحة العامة والخاصة
٢٩	اثر المادة ٦٤ / من الاصول الحقوقية في شرائط الصحة
٣١	(المبحث الثالث) : شرائط النفاذ
٣٢	(المبحث الرابع) : شرائط اللزوم
٣٣	خيار الشرط
٣٤	<u>الفصل الثاني : في المبيع وأحواله</u>
٣٤	<u>الفرع الاول : في تعيين المبيع وطريقة بيعه</u>
	(أ) — تعيين المبيع
٣٥	خيار التمين
٣٦	(ب) — طريقة بيع المبيعات
٣٨	<u>الفرع الثاني : في شمول المبيع</u>
٣٩	القواعد الحاكمة فيما يدخل في المبيع دون تصريح به وما لا يدخل .
٤٣	<u>الفرع الثالث : في حضور المبيع وغيابه</u>
٤٣	(اولاً) — حضور المبيع
٤٤	(ثانياً) — غياب المبيع
	(أ) — الوصف المخالف وخياره
٤٦	(ب) — الرؤية وخيارها
٤٩	<u>الفرع الرابع : في ظهور الزيادة والنقص في المبيع</u>

الصفحة	الفقرة
٥٣	٦٥ خلاصة مهمة في هذا الموضوع
٥٥	٦٧ الفصل الثالث : في الثمن واحواله
	<u>الفرع الاول : مباحث عامة في الثمن</u>
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 <u>الفرع الثاني : تحديد الثمن وطرائقه</u>
٦٣	٧٩ (المبحث الاول) : تحديد الثمن في بيع المساومة وفيه حكم مالو اطلق نوع النقد في العقد وكانت افرادة مختلفة او متساوية رواجاً أو قيمة
٦٤	٨١ (المبحث الثاني) : في المراجعة ، والتولية ، والاشراك ، والوضيعة
٦٦	٨٣ الخيانة في المراجعة واخواتها
٦٩	٨٧ الفصل الرابع : فيما يشترك في حكمه المبيع والثمن .
٦٦	٨٣ الزيادة والخط في المبيع او الثمن . نظرية الالتحاق ونتائجها
٧٣	٩٠ الفصل الخامس : الحكم الاصلي للبيع ، والالتزامات الناشئة بعقده
٧٥	٩٣ <u>الفرع الاول : التزامات المشتري</u>
٧٥	٩٤ (المبحث الاول) : أداء الثمن وما اليه
٧٧	٩٥ حق حبس المبيع حتى أداء الثمن
٧٨	٩٧ متى يثبت التعجيل والتأجيل
٧٩	٩٨ لإخلال المشتري بدفع الثمن

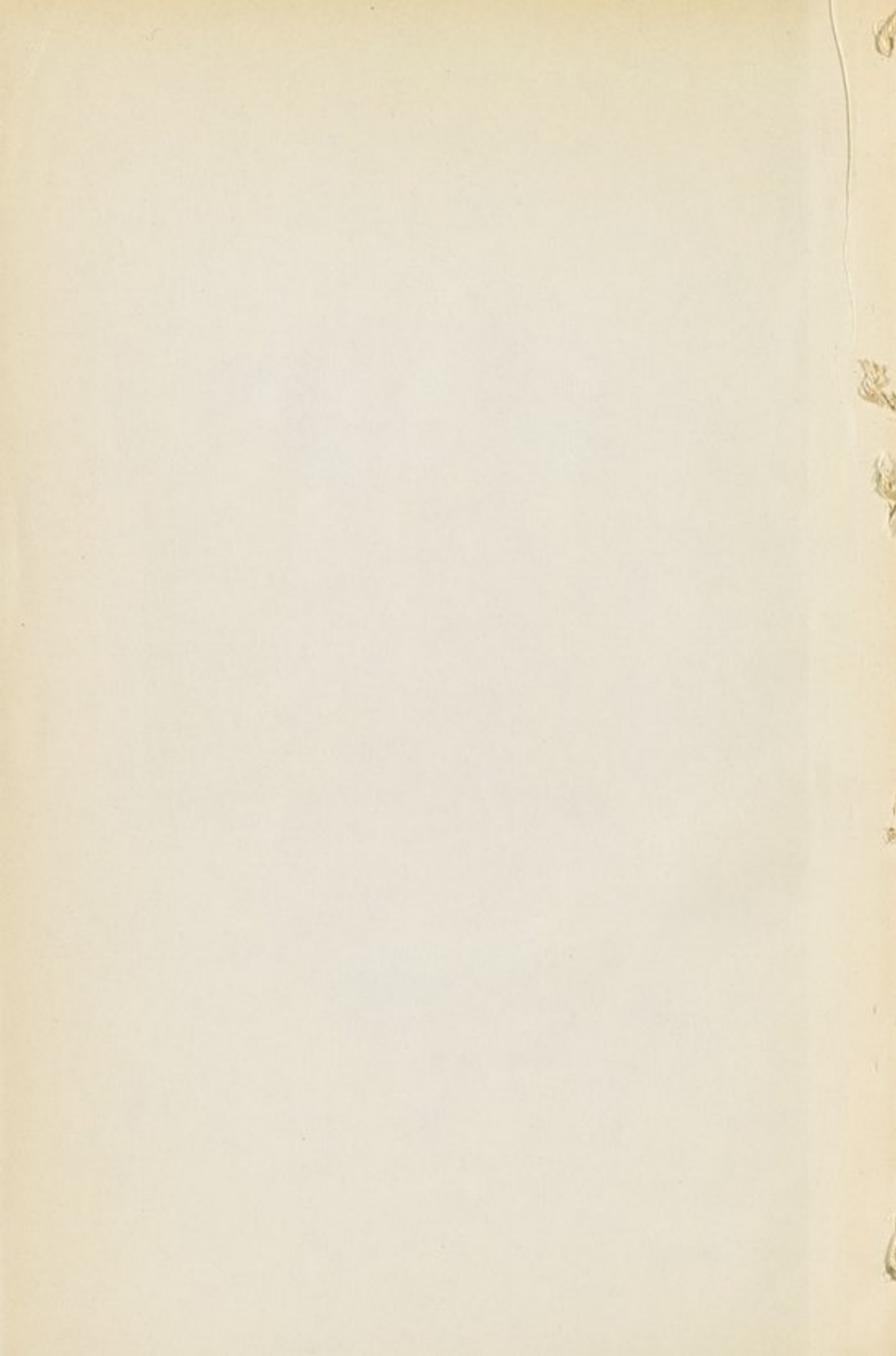
الصفحة	الفقرة
٨٠	٩٩ خيار النقد
٨١	١٠١ (المبحث الثاني) : استلام المبيع ومال إليه
٨١	١٠٢ غياب المشتري
٨٣	١٠٣ (المبحث الثالث) : المصاريف التي تنزم المشتري
٨٤	١٠٤ الفرع الثاني : التزامات البائع
٨٥	١٠٥ (المبحث الاول) : تسليم المبيع ، وكيفيته ، وحكم القبض السابق
٨٩	١٠٩ التسجيل العقاري : هل يعتبر تسليماً كافياً شرعاً وقانوناً ؟
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	كيف يمارس المشتري حق الفسخ بخيار العيب
١١٤	مسقطات ضمان العيب
١١٧	<u>الفصل السادس : في بعض أنواع من البيع</u> <u>الفرع الأول : بيع السلم (النظرة الشرعية فيه . أمسه</u> <u>وأحكامه الخاصة . أثر التعديل القانوني في أحكامه .</u>
١٢٢	<u>الفرع الثاني : الاستصناع</u>
١٢٣	<u>الفرع الثالث : بيع الوفاء (تعريفه ومنشؤه . ميزته عن</u> <u>الرهن . موقف الفقهاء منه وما استقر عليه الرأي . موقف</u> <u>قانون الملكية العقارية لدينا . بيع الوفاء والمنقول) .</u>
١٣٣	<u>الفرع الرابع : المزايدة والمناقصة</u>
١٣٧	<u>الفصل السابع : في الوعد بالبيع ، وحكمه شرعا وقانونا</u>









LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 071969933