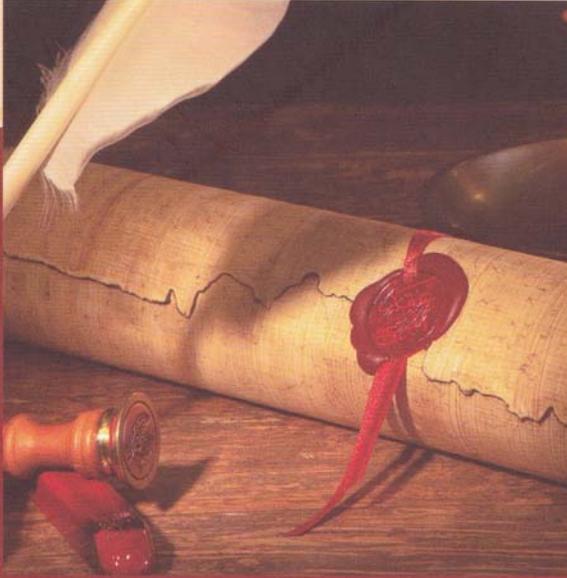


عقد البيع



مصطفى أحمد الزرقا

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

عقد البيع

أسسها:
محمد علي وولته
سنة ١٩٦٧م

دار القلم
دمشق

الطبعة الثانية
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م

حقوق الطبع محفوظة

تطلب جميع كتبنا من:

دار القلم - دمشق

هاتف: ٢٢٢٩١٧٧ فاكس: ٢٢٥٥٧٣٨ ص.ب: ٤٥٢٣

www.alkalam-sy.com

الدار الشامية - بيروت

هاتف: ٨٥٧٢٢٢ (٠١) فاكس: ٨٥٧٤٤٤ (٠١)

ص.ب: ١١٣/٦٥٠١

توزع جميع كتبنا في السعودية عن طريق:

دار البشير - جدة

٢١٤٦١ ص.ب: ٢٨٩٥ هاتف: ٦٦٥٧٦٢١ فاكس: ٦٦٠٨٩٠٤



العقود المسقاة في الفقه الإسلامي

عقد البيع

تأليف

مصطفى أحمد الزرقا

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني
في كلية الشريعة وفي كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً

الرموز والاصطلاحات

- ١ - حرف الراء بين قوسين (ر) هو فعل أمر من الرؤية، بمعنى انظر.
- ٢ - الحرفان (مج) في الإحالات يراد بهما مجلة الأحكام العدلية.
- ٣ - حرف الميم (م) متلو برقم بعد كتاب مرتب بالمواد كمرشد الحيران والقوانين معناه المادة ذات الرقم المذكور.
- ٤ - حرف الفاء (ف) معناه الفقرة من الكتاب أو الجزء المذكور.
- ٥ - جميع الإحالات للجزء الأول والثاني من سلسلة (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) هي للمدخل الفقهي العام ج ١ وج ٢ بإخراجه الجديد عام ١٤١٨هـ/١٩٩٧م. والإحالات للجزء الثالث من السلسلة هي للمدخل للنظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي، بالإخراج الجديد عام ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- ٦ - الإحالات للموسوعة: هي للموسوعة الفقهية الكويتية التي تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت.

مقدمة

لِکتاب (عَقْدُ الْبَيْعِ)
وَهُوَ مِنْ سَلْسَلَةِ (الفِئَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي ثَوْبِهِ الْجَدِيدِ)
فِي هَذَا الْإِخْرَاجِ الْجَدِيدِ لِلْسَلْسَلَةِ

إنَّ عقد البيع هو أبو العقود جميعاً، وهو أسبقها. ولذا يذكره فقهاؤنا في أول العقود، ويذكرون بمناسبةه معظم المبادئ التعاقدية في شرحهم إياه.

وقد كتب هذا الجزء (عقد البيع) من السلسلة الفقهية (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) قبل خمسين عاماً، وكان المدخل الفقهي العام الذي هو أول السلسلة جزءاً واحداً.

ثم بتعاقب طبعات السلسلة مع التنقيح والتوسيع أصبح المدخل الفقهي جزءين، يليه جزء ثالث من السلسلة هو المدخل إلى النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي، وأصبح عقد البيع هذا جزءاً رابعاً.

وإذ كان عقد البيع هو أهم العقود وأكثرها تداولاً في كل مجتمع، ويأتي موقعه أول العقود المسماة التي تقع على الملكية، لذلك اخترت أن نجعله هو النموذج التطبيقي الذي نعرضه في هذه السلسلة الفقهية، بعد الأجزاء السابقة التي عرضت فيها المبادئ والنظريات والأحكام العامة. فيكون نموذجاً تطبيقياً للترتيب الموضوعي الذي يجب أن يتبع في عرض العقود المسماة.

والأحكام المعروضة فيه كلها معروضة على أساس المذهب الحنفي ومجلة الأحكام العدلية المصوغة من هذا المذهب فقط، وقليلة هي المناسبات التي أتعرض فيها لبيان بعض الأحكام في مذاهب أخرى غير الحنفي.

ولكن في هذا الإخراج، واستكمالاً للفائدة عمدت إلى عرض ما في المذاهب الأخرى من آراء تخالف المذهب الحنفي، وذلك في كثير من المناسبات، وجعلت معظم ذلك في الحواشي - لا في متن الكتاب - كيلا يزيغ فكر الطالب بين اختلاف المذاهب، لأن هذه السلسلة الفقهية كلها عرضها في الدرجة الأولى تعليمي لطلاب الجامعات.

وقد أعانني أخيراً في تحرير اختلاف المذاهب في المواطن التي أضفناها على ما كان في الطبعة السابقة لهذا الجزء، الأستاذ الجليل الدكتور الشيخ علي أحمد الندوي، جزاه الله خيراً وأدام نفعه، كما أذكر بالحمد الكثير الأخ الشيخ مشهور حسن حمود من الأردن - ومن متخرجي قسم الماجستير بالجامعة الأردنية - حيث نسخ بخطه هذا الكتاب كله مع الإضافات الكثيرة التي كنت أضفتها على الأصل القديم خلال تدريسي له.

والحمد لله تعالى أولاً وآخراً، فله الفضل في الأولى والآخرة، وبنعمته تتم الصالحات. وصلى الله تعالى على سيدنا ومولانا محمد عبده ورسوله وعلى آله وصحبه نجوم الهدى، وسلم تسليمًا كثيراً.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَبِهِ نَسْتَعِينُ

العقود المسماة

تمهيد

١ - إن العقود أنواع شتى تختلف موضوعاتها وغاياتها، وتختلف القواعد والأحكام الأساسية المعتبرة في كل منها باختلاف تلك الموضوعات والغايات.

ففي البيع مثلاً قد قبل الفقهاء بيع الحصاة الشائعة لأن موضوعه الأساسي وغايته اكتساب الملكية بالمبادلة عليها، وهذا لا يضره الشيوع لأن ملكية الجزء الشائع لا مانع من أن تنتقل من حوزة إلى حوزة فيحل مالك جديد محل مالك قديم بحقوقه وصلاحياته نفسها.

وفي الرهن لم يقبلوا هذا الشيوع في المال المرهون بل أوجبوا أن يكون متميزاً^(١)، لأن الرهن موضوعه احتباس المرهون عند المرتهن، وغايته توثيق الاستيفاء منه توثيقاً مادياً، وهذا يستلزم أن يقبض المرتهن المال المرهون ليحتبسه في دينه؛ فلو صح رهن الحصاة الشائعة لكان لصاحب الحصاة الأخرى في العين أن يتناوب مع المرتهن في حيازة العين وحفظها لينتفع بحصته فيها فيفوت الحبس المستمر في الرهن وينتفي بفواته غرض التوثيق المادي^(٢).

(١) هذا في المذهب الحنفي. أما في المذاهب الثلاثة الأخرى فيصح رهن المشاع، من عقار وحيوان، كما يصح بيعه وهبته ووقفه، سواء كان الباقي للراهن أو لغيره، إذ لا ضرر على الشريك؛ لأنه يتعامل مع المرتهن كما كان يتعامل مع الراهن، وقبضه بقبض الجميع، فيكون بالتخلية في غير المنقول وبالنقل في المنقول. (حاشية الدسوقي ٣/٢٣٥، روضة الطالبين ٤/٣٨ - ٣٩، كشاف القناع ٣/٣٢٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦/٢٩٠ - ٢٩١).

(٢) يلحظ هنا أن الأحكام القانونية تجعل رهن العقار تاماً بمجرد تسجيل إشارة الرهن في =

وعقد الإجارة لا بد لصحته من التوقيت بينما عقد البيع لا يقبل التوقيت لأن موضوعه نقل ملكية العين ببدل، وأن ملكية العين لا تثبت مؤقتة، كما تقدم في بحث خصائص الملكية من الجزء الأول من المدخل الفقهي العام (ر: ج ١ ف/٤٢٥). ومن ثم نجد العقود قد فصل الفقهاء الأحكام لكل منها حسب ما يقتضيه موضوعه وغايته.

٢ - والعقود جميعاً إنما عرف البشر أنواعها وتعارفوها بالتعامل تبعاً بحسب الحاجات المتجددة، ولم توجد كل أنواعها بينهم جملة في وقت واحد^(١).

وجميع العقود ذات الطرفين إنما هي في جوهرها العام اتفاقات. فكلما احتيج إلى نوع جديد من هذه الاتفاقات في موضوع ما فإنه يولد عادة بين الناس بلا اسم خاص، بل يبقى تحت رفر ف هذا العنوان العام (الاتفاق) حتى يحتاج إلى تمييزه باسم خاص يفهم منه موضوعه بمجرد ذكره، فيسميه الناس أو التشريع أو الفقهاء بالاسم الذي يختار له بحسب موضوعه.

وهكذا وجدت زمرة العقود المسماة، كالبيع، والإجارة، والرهن، والإعارة، والوديعة، والصلح، إلخ...

والمهم المنظور إليه في العقود المسماة ليس هو مجرد التسمية، بل أن يتولى الشرع القائم تنظيم الأحكام الخاصة بكل منها، لأن من أحكام هذه العقود ما هو تطبيق للقواعد العامة في العقد، ومنها ما هو استثناء من هذه

= صحيفة العقار المرهون من السجل العقاري، دون حاجة إلى قبض، لأن تسجيل الرهن كذلك كاف في منع التصرف بالعقار. وهذا حكم خاص برهن العقار بعد إنشاء السجل العقاري، أما رهن المنقولات فباقي على حكمه الشرعي في اشتراط القبض.

(١) يقول الإمام السرخسي الحنفي في المبسوط: «حاجة الناس أصل في شرع العقود، فيشرع العقد على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقاً لأصول الشرع» المبسوط ١٥/٧٥.

ويقول الإمام الجويني الشافعي: «إن أصل البيع مستنده الضرورة أو الحاجة النازلة منزلة الضرورة» (شرح القواعد الفقهية للوالد الشيخ أحمد الزرقاء ص ٤٠٩).

القواعد وفقاً لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته؛ فيعمل في هذه العقود المسماة بأحكامها الخاصة ولو خالفت القواعد العامة؛ ولذا كان من العادة في تأليف الشرائع وصياغتها القانونية إفراد العقود المسماة بفصول خاصة بعد القواعد العامة في التعاقد والالتزامات، وذلك لتفصيل الأحكام الخاصة بكل عقد.

وقد استوعب الفقه الإسلامي بالتسمية جميع أنواع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه، وهي الأنواع الأساسية؛ ثم تدارك الفقهاء الأسماء لأنواع أخرى فرعية بعد ذلك؛ كبيع الوفاء، والمرابحة، والتولية، والوضيعة، وشركة التقبل، وشركة الوجوه، إلخ...

ثم حدث في عصرنا أنواع من التعامل العقدي: فمنها ما قد سمي كالالتزام الأعمال والأموال من نحو تعبيد الطرق، وتقديم اللحوم والأغذية للجيش، ونقل الأشياء مما يسمى اليوم «تعهداً» وملتزموه «متعهدين»؛ ومنها طائفة لم تميز بأسماء خاصة وهي تنتظر أسماء لها، كنزول الفنادق بالطعام والشراب، وكالاستئجار الذي يلتزم فيه الأجير وضع مادة من عنده كإعطاء الجوخ للخياط على أن يضع له البطانة وسائر اللوازم فإنه عقد مركب من إجارة وبيع.

وإذا كانت العقود جميعاً إنما هي اتفاقات بين طرفين كما أشرنا إليه، فما بقي منها غير مسمى باسم خاص فإنه يحمل هذا الاسم العام فيسمى «اتفاقاً»، وإذا ربط بصك سمي صكه «اتفاقية».

٣ - والعقود المسماة التي سجلها فقهاؤنا أحصينا منها خمسة وعشرين عقداً أساسياً بعضها تابع لنظام الأسرة والأحوال الشخصية كعقد النكاح والوصية، قد ذكرت المجلة خمسة عشر عقداً وهي بحسب ترتيب المجلة لها، كما يلي:

البيع - الإجارة - الكفالة - الحوالة - الرهن - الوديعة - العارية - الهبة - الشركة - القسمة - المضاربة - المزارعة - المساقاة - الوكالة - الصلح. ويتفرع من البيع: البيع المطلق والسلم، والاستصناع وبيع الوفاء.

وقد أهملت المجلة ذكر عقدي القرض والمخارجة مع أنهما من العقود المدنية المحض، وكان الواجب أن تبحث عنهما.

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

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

٤ - وهذه الطريقة في ترتيب العقود إنما تقوم على أساس المناسبات الفردية بين تلك العقود.

فقد ابتدئ بالبيع لأنه أهمها وأعمها؛ وتلته الإجارة لأنها أقرب العقود إلى البيع إذ هي في الحقيقة بيع المنافع؛ وأعقبتهما الكفالة لحاجة البيع والإجارة إلى توثيق الثمن أو الأجرة إذا كانا نسيئة؛ وهكذا تلمس المناسبات الفردية بين عقد وعقد أو بين زمرة وزمرة من العقود.

وهذه الطريقة ليست هي الطريقة العلمية المثلى في الترتيب، وإنما الطريقة المثلى التي اتجه إليها النظر الحقوقي الحديث في صياغة القوانين المدنية إنما هي الطريقة التي تقوم على التصنيف الموضوعي في العقود لا على المناسبات الفردية. وهذا ما سنجري عليه مخالفين طريقة المجلة وبقية الكتب الفقهية في ترتيب العقود المسماة.

٥ - فالعقود، بهذا النظر الموضوعي، تصنف إلى ست زمر وترتب كما يلي:

الزمرة الأولى: العقود التي تقع على ملكية العين، وهي:

١ - البيع وتفاريعه.

٢ - الهبة.

٣ - القرض.

٤ - الشركة.

٥ - المضاربة.

٦ - المزارعة .

٧ - المساقاة .

الزمرة الثانية: العقود الواردة على منافع الأشياء وهي:

١ - إجارة الأشياء والحيوان .

٢ - الإعارة .

الزمرة الثالثة: العقود الواردة على العمل وهي:

١ - عقد العمل أو الخدمة (إجارة الإنسان) .

٢ - الوكالة .

٣ - الإيداع .

ويمكن أن يعتبر من هذه الزمرة عقد الاستصناع لأن فيه مبيعاً وعملاً،

ولكن الأفضل إدخاله في البيع كما سنرى .

الزمرة الرابعة: عقود المصالحة، وفيها عقدان:

١ - الصلح .

٢ - المخارجة .

الزمرة الخامسة: العقود الاحتمالية، وهي:

١ - العمرى والرقبى^(١) .

(١) العمرى: (وزان: حُبلَى) هي أن يهب إنسان إنساناً آخر شيئاً مدى عمره أي على أنه إذا مات

الموهوب له عاد الشيء إلى الواهب . - أعرتك إياه أو أعطيتكه عمري أو نحوه - «من أعمار عمرى

فهي للمعمر له ولورثته من بعده» حديث شريف . المدخل الفقهي العام - ج ١ ف/ ٤٢٥ .

الرقبى: هي أن يقول رجل لآخر: أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك إن

مت قبلي عادت إليّ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك . فكأنه يقول: هي لآخرنا موتاً .

وسميت بهذا الاسم لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه .

والعمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام

ذلك عند من اعتبره .

عقد الموالاة: عقد بين شخصين أحدهما ليس له وارث نسبي، فيقول لآخر: أنت

مولاي، أو أنت وليّتي، ترثني إذا مت، وتُعقل عني إذا جنيت .

ومعنى تعقل عني: تدفع عني الدية الشرعية إذا وقع مني جناية خطأ من قتل فما دونه .

المدخل الفقهي ج ١ ف/ ٤٦/ ٢٣ .

٢ - عقد المولاة.

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

٤ - عقد الجعالة.

الزمرة السادسة: عقود التوثيق، وفيها عقدان:

١ - الكفالة.

٢ - الزهن.

أما الحوالة والإقالة فإن الأولى نقل للحق أو للدين، والثانية رفع لعقد سابق؛ وهما من المباحث والأحوال العامة للالتزام والعقد، فمحلها القسم الأول من نظرية الالتزامات العامة في الجزء الثالث من سلسلة الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.

عَقْدُ الْبَيْعِ

يتضمن لمحة تاريخية وسبعة فصول:

الفصل الأول: في تعريف البيع وقوامه وشروطه

الفصل الثاني: في المبيع وأحواله

الفصل الثالث: في الثمن وأحواله

الفصل الرابع: فيما يشترك في حكمه المبيع والثمن

الفصل الخامس: في حكم البيع والالتزامات الناشئة عنه

الفصل السادس: في بعض أنواع من البيع

الفصل السابع: في الوعد بالبيع

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

لمحة تاريخية وتقسيم

٦ - تقوم فكرة البيع على رغبة الإنسان أن يكتسب شيئاً ليس لديه، في مقابل شيء في يديه وحوزته.

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

تموت مع المرء حاجاته وحاجة من عاش لا تنقضي
ولولا البيع لما استطاع الإنسان أن ينال حاجاته إلا غلبة وغصباً (ر: فتح
القدير). هذا وقد تعورف في البيع صور وطرائق مختلفة في الموضوع
والغرض، وتكونت بها منه أنواع خاصة متميزة في الخصائص والأحكام ضمن
مفهوم البيع العام.

وهذه الأنواع من البيع لم تنشأ كلها معاً لأنها لا تستند في الأصل إلى
تشريع قد رسم مناهجها جملة عن سابق تفكير وترتيب وإنما نشأت وتعرفت
بحسب أطوار تلك الحاجة الحيوية إلى الاكتساب فبذلك كان بعض أنواع
البيع، بحكم الواقع، أقدم وأصل من بعض.

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

٧ - المقايضة:

كان الإنسان في مرحلته الأولى يعيش عيشة ابتدائية بسيطة فيكتسب سداد حاجته مما يجده أمامه في أحضان الطبيعة، ويقع على العشب والثمر، ويصطاد الحيوان، ويدخر ما يخشى نفاذه.

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

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

فأصبح الإنسان على التماذي يحتاج إلى أشياء 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 الأعيان بالأعيان: فيحمل المرء من موجوداته ما هو أقل حاجة إليه، ويفتش عن حاجته عند غيره ممن لا يحتاج إليها، فيتبادلان الأشياء نتيجة لاحتياج كل منهما إلى ما عند الآخر. فالمقايضة تعد أقدم صور البيع بين البشر.

٨ - البيع المطلق:

غير أن هذه الطريقة وإن أراحت الإنسان من بعض عناء كبير وأغنته عن إنتاج جميع حاجاته بنفسه، هي ذاتها تنطوي على مشقة تجعلها غير كفيلة بحل المشكلة، لأن وصول الإنسان إلى ما يريد بطريق المقايضة يتوقف على أمرين عسيرين:

- أن يكون لديه شيء يبذله لغيره في المقايضة.

- وأن يجد شخصاً آخر لديه مطلوبه وكل منهما أحوج إلى ما عند الآخر.

وليس ذلك بالأمر الهين، وقد يوجد ذلك الشخص ولا يهتدي إليه الطالب الأول.

فلذا لجأ البشر إلى ابتكار طريقة ثانية تضاف إلى الأولى، فاخترعوا النقد الذي تعتبر له ثمنية صالحة لأن توضع في مقابل سائر الحاجات. فأصبح الإنسان يستطيع أن يبادل بنقوده على كل ما يتطلب، دون أن تضطره المبادلة إلى التنازل عن شيء قد يحتاج إلى عينه. وقابض النقد كذلك يجد فيه المزية نفسها متى أراد.

فاتسع بذلك طريق الاكتساب، وعرفت بواسطة النقد الطريقة التي سميت فيما بعد: «البيع المطلق» الذي أصبح هو الطريقة العادية الخالدة في التعامل. ومعنى كونه مطلقاً أنه غير مقيد باسم آخر سوى «البيع».

٩ - الصرف:

ولما شاع استعمال النقد وكان من الضرورة أن يجعل منه قطع كبار وأخرى صغار بقيم متفاوتة يستطيع الإنسان أن يحصر اكتسابه ومعاوضته بقدر حاجته، استلزم ذلك أن يلجأ الناس إلى وسيلة جديدة للوصول إلى أنواع القطع المطلوبة من النقد عند الحاجة منها إلى أصغر أو أكبر؛ فنشأت مبادلة النقد بالنقد وهي الطريقة التي سميت فيما بعد «صرفاً». فالصرف أسلوب في المعاوضة مبني على فكرة مركبة متأخرة عن المقايضة وعن البيع المطلق؛ لأن المبادلة في الصرف ليست غائية، بل هي وسيلة إلى مبادلة أخرى.

١٠ - السلم:

ثم لما كثرت حاجات الناس وتشعبت مدنيتهم وأعمالهم وقوي الاعتماد على الزراعة والصناعة والتجارة، وحسنت وسائلها، أصبح الإنسان يشعر بحاجة إلى نوع آخر من المعاوضة.

فكثيراً ما يحتاج إلى رأس مال غير موجود عنده ليتقوى به على إنتاج مال آخر متوافرة وسائله لديه؛ كالزارع يحتاج إلى مال يشتري به البذر ويحرث به الأرض لينتج محصولاً؛ وكالصانع يحتاج إلى مال يعينه على العمل في إخراج مصنوعاته إلى الأسواق؛ وكالتاجر يحتاج إلى مال ليسافر ويجلب بخبرته

البضائع المرغوبة من أماكنها ومواسمها، فيفيد نفعاً ويستفيد ريعاً.

فمن ثم نشأت المعاملة التي سميت بعد في اصطلاح الفقه الإسلامي «سَلَمًا» و «سَلْفًا» - بفتحيتين فيهما -، وهو بيع شيء مؤجل بمعجل (م/١٢٣) وذلك بأن يبيع الإنسان مالا غير موجود لديه إلى أجل ويستسلف ثمنه عاجلاً ليستعين به على إيجاده. وهذه التسمية مشتقة من التسليم المسلف في الثمن.

والمبيع في هذه الحال يكون ديناً في الذمة مؤجلاً.

فبما تقدم تتضح العوامل المدنية والحاجات العامة التي ولدت بين الناس شتى أنواع المبيعات، وترتيب أقدميتها، وأن المقايضة هي أقدم أشكال المعاوضة.

١١ - الأنواع الناشئة عن تحديد الثمن في البيع المطلق:

ثم إن البيع المطلق نشأت فيه أنواع متعددة متفرقة عن طريق تحديد الثمن فيه.

وذلك أن الباعة تارة يبنون عقود بيعهم على أساس الإخبار 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 الأساسي في تموج حركات الأسعار ومستواها جزراً ومداً.

ففي حالة البيع بربح محدد يسمى البيع: «مراوحة».

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

وفي حالة البيع بخسارة معينة يسمى البيع «وضيعة»، لأن البائع في هذه الحالة يضع أي يحط شيئاً من رأس ماله بدلاً من أن يربح.

وتارة لا يقبل البائع أن يظهر رأس ماله، بل يرغب كتمانها والبيع بما يتراضى عليه؛ وهذه الحالة تسمى: «بيع المساومة».

هذا، وبالنظر إلى سير الحركات التجارية يظهر أن حالة بناء البيع على أساس كشف رأس مال البائع هي الحالة الفطرية الابتدائية التي سبقت بيع المساومة.

لكن طريقة المساومة قد أصبحت ولن تزال الطريقة الأصلية العامة التي تتجه إليها أساليب التجارة إذ يعتبر رأس مال البضاعة وربح التاجر منها سراً من أسرار العمل. أما كشف رأس المال في البيع فقد أصبح هو الطريقة الاستثنائية التي إنما يلجأ إليها في المبيعات في ظروف الكساد، بغية ترغيب المشتريين الذين يميلون دائماً إلى معرفة رأس مال البائع ليطمئنوا إلى السعر الذي يشترون به.

وبناء على ما تقدم يقسم الفقهاء البيع تقسيمين باعتبارين، يخرج من كل منهما أربعة أنواع، دون نظر إلى منشأ هذه الأنواع وترتيبها التاريخي، فيقولون:

١ - إن البيع، بالنظر إلى المبيع، أي من جهة أنه عين أو دين، ينقسم إلى أربعة أنواع:

البيع - أي المطلق -، والصرف، والمقايضة، والسلم (م/١٢٠).

٢ - وبالنظر إلى الثمن من حيث بناؤه على رأس المال أو عدم بنائه ينقسم أيضاً إلى أربعة أنواع:

المرابحة، والتولية، والوضيعة، وبيع المساومة (ر: الدرر شرح الغرر، أول كتاب البيوع).

وباعتبار تعدد هذه الأنواع الأساسية في البيع نرى الفقهاء، والمجلة أيضاً، يترجمون لعقد البيع بعنوان: «كتاب البيوع» بصيغة الجمع.

وهناك أنواع فرعية تحمل أسماء غير ما ذكر، لكنها لا تخرج عن نطاق هذه الأنواع الأساسية؛ مثل «الاستصناع» المعروف من القديم، وهو بيع ما سيصنع قبل صنعه؛ ومثل «الضمان» الذي يطلقه الناس اليوم على بيع الثمار وهي على أشجارها.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

في تعريف البيع وقوامه وشرائطه

الفرع الأول

تعريف البيع وقوامه^(١)

١٢ - تعريف البيع:

البيع في نظر الفقهاء واصطلاحهم هو: «مبادلة مال بمال» (م/١٠٥) وبعض الفقهاء يقول: «مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب» ليخرج به تبادل الهبات، أي مقابلة الهبة بالهبة؛ فإن في ذلك مبادلة مالية لكنها على سبيل التبرع لا بقصد الاكتساب (الدرج ٢ ص/١٤٢).

ويخرج أيضاً بقيد المالية في الجانبين مبادلة المال بالمنفعة فإنها إجارة لا بيع. وعملية البيع تتضمن في وقت واحد خروج السلعة المباعة من ملك، ودخولها في ملك آخر.

لكن هذه العملية بالنظر إلى جانب الخروج تسمى بيعاً، وبالنظر إلى جانب الدخول تسمى شراءً، وشري، بالمد والقصر^(٢).

(١) قوام الشيء (بالفتح والكسر) عماده الذي يقوم به ويتظم (المصباح).

(٢) في أصل اللغة يستعمل كل من البيع والشراء، بمعنى الآخر، نظراً إلى أن كلا من الطرفين متماثلان في معنى المعاوضة؛ وكل منهما بائع من وجه مشتر من وجه فكلاهما في اللغة من أسماء الأضداد، يقال: باع البضاعة، إذا أخرجها من ملكه بعوض، وباعها =

١٣ - قوام البيع :

يقوم عقد البيع بمقومات وعناصر لا يمكن أن يتحقق أو يتصور معناه الكامل إلا بها. ويمكن تلخيصها في ثلاثة أمور هي بالإجمال: ركن، وعاقدان، ومحل.

وهي بالتفصيل كما يلي:

١ - إيجاب وقبول مستوفيان شرائطهما المعروفة في مباحث العقد العامة، من حيث الصيغة الجازمة وما إليها، وهما ركن العقد (ر: ج ١ ف/٢٩ - ١/٣٠ - ٥/٣٠).

ويمكن أن يقوم مقامهما المبادلة الفعلية بالتعاطي لأنه يصلح أن يؤدي وظيفتهما في الدلالة على تبادل الإرادتين، على ما سبق بيانه (ر: ج ١ ف/٣٠ - ١٠/٣٠).

والألفاظ التي يمكن أن يصاغ منها الإيجاب والقبول في البيع هي كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة (م/١٦٨)، أي كل ما يدل على معنى المبادلة المالية، صريحاً أو كناية حقيقة أو مجازاً.

فالعبرة إنما هي لدلالة اللفظ على إنشاء التمليك بحسب عرف التخاطب.

فلو قال شخص لآخر: بعتك هذه الساعة بكذا، أو قال: ملكتك، أو أعطيتك إياها بكذا، صح هذا إيجاباً (م/١٦٩)؛ حتى لو عبر بالهبة تعبيراً يفيد

= أيضاً، إذا اقتناها. ومثله ما لو قيل: شراها؛ ففي القرآن حكاية عن يوسف عليه السلام: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ أي باعوه.

لكن لفظي «الابتياح والاشتراء» لا يستعملان إلا بمعنى اقتناء الشيء دون إخراجه من الملك، وإن عرف الناس والفقهاء على تخصيص البيع بجانب باذل السلعة وتخصيص الشراء بجانب باذل الثمن.

ولفظ «البيع» يتعدى بنفسه إلى المفعولين فيقال: بعتك الشيء، كما يتعدى إلى المشتري بحرف «من» فيقال: بعته منك. وربما دخلت اللام مكان «من» فيقال: بعته لك. ولكن الأكثر في الفصح أن تفيد اللام معنى النيابة، فيقال: بعث كذا لفلان، إذا كان المال له وقد بعته نيابة عنه.

وقد يتعدى بحرف (على) يفيد معنى الإيجاب، فيقال: باع عليه القاضي ماله، إذا باعه جبراً عنه بلا رضاه (ر: المصباح).

معنى البيع كان بيعاً كما لو قال: وهبتك هذا الثوب بكذا ديناراً، فقال الآخر قبلت، فإنه ينعقد البيع، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني.

٢ - أن يكون المبيع مذكوراً في صلب العقد صراحة أو تقديرأً. كما لو قال شخص لغيره بعني فرسك الفلانية بكذا ديناراً، فقال الآخر: بعتك، فقبل الأول، فإن البيع ينعقد؛ لأن هذا في قوة قوله: بعتك فرسي التي طلبتها، وفقاً للقاعدة القائلة: السؤال معاد في الجواب (م/٦٦). وهذا المبيع هو المحل المقصود الذي يرد عليه البيع.

٣ - أن يكون في مقابل المبيع ثمن مذكور أو ملحوظ.

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

أما البيع الذي ينفي فيه الثمن نفياً صريحاً فباطل غير منعقد؛ كما لو قال: بعتك هذا الشيء بلا ثمن؛ وذلك لانتهاء معنى المعاوضة منه.

ولا ينعقد حينئذ هبة على الرأي الراجح في المذهب. والرأي الثاني أنه يعتبر هبة^(١)؛ ولعله أوجه فيما نرى، لأن ركن البيع إذا عدم فيه فركن الهبة متوافر. وكما صح انعقاد البيع بلفظ الهبة كما تقدم، على سبيل الاستعارة والمجاز، فينبغي أن يصح انعقاد الهبة بلفظ البيع؛ إذ المقصود الأصلي في لفظهما إنما هو الدلالة على التملك كما بينا، أما العوضية في البيع، وعدمها في الهبة، فيستفادان من القرائن والقيود. ولذا انعقد البيع بلفظ الهبة مع الثمن، وإنما العبرة في العقود للمقاصد والمعاني.

(١) وهذا ما يتجه إليه المذهب الشافعي في أحد الوجهين المأثورين من أئمة المذهب. قال ابن خطيب الدهشة في «مختصر قواعد العلائي وكلام الإنسي» ١/٢٥٣:

- «إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في آخر هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟ فيه صور كثيرة، منها: إذا قال بعتك بلا ثمن، لم ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، وهل ينعقد هبة نظراً إلى المعنى؟ فيه وجهان: اختلف في الراجح منهما».

الفرع الثاني

شروط عقد البيع^(١)

١٤ - يعتبر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط التي يجب أن تتوافر فيه لكي تترتب عليه سائر أحكامه وآثاره فور انعقاده وهي:

- شروط الانعقاد.

- شروط الصحة.

- شروط النفاذ.

- شروط اللزوم.

والمراد بشروط الانعقاد ما يشترط تحققه لكي يعتبر العقد منعقداً شرعاً؛ فإذا فات بعض هذه الشروط كان العقد باطلاً كأنما لم يوجد، فلا يترتب عليه حكمه والتزاماته^(٢).

(١) لمعرفة الفرق بين الشروط والأركان انظر ما تقدم (ج ١ ف/ ٢٨ - ١ - ٥) وهنا نعيد إلى الذاكرة ما كنا نبهنا عليه في الجزء الأول: إننا قد اصطَلَحنا في هذا الكتاب على تخصيص لفظ «الشروط» (جمع شريطة) بما يشترطه الشرع لاعتبار التصرفات؛ وتخصيص لفظ «الشروط» (جمع شرط) بما يشترطه العاقد لنفسه أو عليها من التزامات، تمييزاً بين الموضوعين، وإن كان في الاصطلاح الفقهي لا فرق بين اللفظين، بل يستعمل كل منهما في كل من الموضوعين.

(٢) قد يتوهم أن البيع الباطل قد يترتب عليه التزام وهو استحقاق التراد في العوضين إذا كان العقد قد جرى تنفيذه بالتسليم والتسلم. والجواب إن 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 من فعل مجرد لا عن عقد.

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

والفارق الجوهرى بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فى المبنى النظرى هو أن شروط الانعقاد إنما هى النواحي الأساسية التى يكون العقد بفواتها غير سليم البنية الأصلية.

أما شروط الصحة فهى النواحي الفرعية التى وراء البنية الأصلية على ما سبق إيضاحه فى بحث البطلان والفساد من نظرية المؤيدات فى الجزء الثانى من المدخل الفقهي العام.

فكون المبيع مثلاً مالاً متقوماً هو من شروط الانعقاد؛ أما كونه بعد ذلك معلوماً لا جهالة فيه نوعاً ولا مقداراً فمن شروط الصحة، لأن المالية أساس، ففواتها يخل بحقيقة البيع الذى هو مبادلة مال بمال؛ أما المعلومية فوصف (ر): م/٣٦٣، ٣٦٤).

وسترى إيضاح هذه الشروط بأنواعها فى المباحث التالية.

المبحث الأول شروط الانعقاد

١٥ - تتعلق شروط الانعقاد بجميع مقومات البيع من ركن وعاقدين ومحل فلكل من صيغة العقد التي هي ركنه، ومن المتبايعين، والعوضين، شروط يتوقف عليها انعقاد البيع؛ وتتعلق أيضاً بما سوى هذه المقومات من بعض النواحي الأخرى كما سنرى:

١٦ - (أ) شروط الصيغة:

يشترط في صيغة عقد البيع جميع الشروط العامة المطلوبة في كل إيجاب وقبول والمتقدمة في الجزء الأول^(١)، ومن جملتها أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي أو المضارع المراد به الحال إذا عقد بطريق اللفظ لا بالمبادلة الفعلية وهي التعاطي (م/١٦٩ و ١٧٠).

وإن للمتعلق منها بالصيغة اللفظية في التعبير إذا كان بالكلام ثلاث شروط:

- دلالة الإيجاب والقبول على نوع العقد المقصود.
- دلالة الإيجاب والقبول على جزم الإرادة.
- دلالة الإيجاب والقبول على الإنشاء للحال، وذلك بأن يكونا بصيغة الماضي أو المضارع المقصود به الحال.

(١) خلاصتها أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي أو بما يفيد الحال، وتوافقهما، واتحاد المجلس، وعدم رجوع الموجب أو وفاته قبل القبول، وعدم الهزل في أحدهما، وعدم هلاك المعقود عليه أو تحوله إلى مسمى آخر قبل القبول. كما لو صار العصير خلأً والحديدة سيفاً.

وتعرف حالة المضارع بأن يقرن بلفظ «الآن» أو ما في معناها عرفاً، أو بأن يقصد المتكلم بالمضارع معنى الحال، أو بأن يكون العرف جارياً على استعمال المضارع بمعنى الحال.

فلا ينعقد بالاستفهام نحو: هل بعثني؛ ولا بحروف الاستقبال نحو: سأبيعك، أو سوف أبيعك، لأنه مجرد وعد لا عقد؛ ولا بصيغة الأمر نحو: بعني، فلو قال المأمور بعدها: بعثك، يعتبر إيجاباً ويحتاج إلى قبول الأمر.

على أن صيغة الأمر قد تقبل لعقد البيع في بعض الألفاظ باعتبار دلالتها على إيجاب أو قبول مقدر؛ كما لو قال إنسان لآخر: خذ هذا الكتاب بكذا، فقال: أخذته، فإن الأمر بالأخذ يدل على إيجاب مقدر اقتضاء لكي يصح الأمر بالأخذ شرعاً؛ فكانما قال: بعثك فخذ، والبيع ينعقد بالتعاطي، فهذا أولى (ر: ج ١ ف/٣٠/١٠).

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

١٧ - (ب) شرائط العاقد في البيع:

يشترط فيمن يمارس عقد البيع شريطتان:

الأولى: الأهلية، وهي في البيع أن يكون كل من المتبايعين عاقلاً مميزاً (م/٣٦١).

ولا يشترط البلوغ، فينعقد بيع الصغير المميز وشراؤه موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه لأنه مما يحتمل النفع والضرر، كما تقدم في نظرية الأهليات من الجزء الأول (ر: ج ١ ف/٤٠١) وهذا إذا باشر العقد لنفسه. أما إذا كان الصغير وكيلاً عن غيره بالبيع أو الشراء فعقده نافذ على الموكل، إذ لا علاقة له بمال الصغير العاقد وحقوقه حتى يتوقف (البحر الرائق لابن نجيم، بحث شرائط البيع).

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

الثانية: أن يكون العاقد طرفين متقابلين، فيصدر الإيجاب من أحدهما والمقبول من الآخر. ويمكن أن يكون كل من الطرفين فرداً أو متعدداً.

فلا يجوز أن يتولى طرفي العقد شخص واحد فيكون بائعاً ومشترياً معاً. على أنه يجوز ذلك استثناءً في حالات معينة:

١ - إذا باع القاضي مال يتيم من يتيم آخر بحكم ولايته.

والظاهر أن هذا لانتفاء التهمة، إذ لا غرض للقاضي في ترجيح مصلحة أحدهما على الآخر.

٢ - إذا باع الأب ماله من طفله، أو اشترى مال طفله لنفسه، أو باع مال أحد طفليه من الآخر بحكم ولايته بلا غبن فاحش.

٣ - إذا باع وصي الأب مال نفسه من اليتيم، أو اشترى لنفسه من مال اليتيم بشرط تحقق الخيرية لليتيم. وهي - أي الخيرية - في الشراء أن يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وفي البيع أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة.

ففي هذه الحالات يتولى القاضي والأب ووصيه طرفي عقد البيع بعبارة واحدة، إذ تقوم عبارته مقام عبارتين أيضاً، أي أنه بمجرد قوله بعث مال ابني هذا من ابني هذا بكذا انبرم العقد دون حاجة إلى أن يقول: وقبلت البيع عن ابني هذا.

أما لو كان الشخص وكيلاً عن الجانبين: عن أحدهما في البيع وعن الآخر في الشراء، فلا يجوز عقده، لأنه في حالة الوكالة تكون مسؤولية تنفيذ العقد وحقوقه التبعية كتسليم المبيع والمطالبة بالثمن ورد المبيع إذا وجد موجب للرد من عيب ونحوه إنما تعود إلى الوكيل لا إلى الموكل، كما سئرى في الوكالة، عملاً بالقاعدة المشهورة: إن حقوق العقد تعود إلى العاقد. فلو صح لأحد أن يتولى طرفي البيع بحكم الوكالة لاجتماع في شخصه وجائب والتزامات متناقضة إذ يكون طالباً ومطلوباً في وقت واحد. (ر: رد المحتار، ج ٤ ص/٥ و ١٨).

١٨ - (ج) شرائط المعقود عليه، أي المبيع:

يشترط في المبيع لأجل انعقاد البيع الشرائط التالية:

١ - أن يكون المبيع موجوداً:

فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده كالثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجر (م/٢٠٥)؛ وما ستحمل به إناث الحيوان^(١)، ولا بيع ما هو ملحق بالمعدوم كالحمل الحاضر في بطن الدابة الحامل، وكاللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف، لأنه غرر؛ ولا ما فيه غلط في الجنس كبيع ياقوتة فإذا هي زجاج (م/٢٠٨)، لأن المعقود عليه عندئذ معدوم، بخلاف غلط الوصف فإنه يورث الخيار فقط للمشتري إذا كان غير مشاهد مدرك، كما تقدم إيضاحه في الجزء الأول (ج/١ ف/٣٦/٤ (ب)).

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 أن المبيع فيها معدوم عند العقد (م/٢٠٧).

٢ - أن يكون مالاً متقوماً:

وقد مر معنى المالية والتقوم في الجزء الثالث (ف/١٢/٣ و ١/١٣) فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالجيفة والإنسان الحر (م/٢١٠ و ٢١١) وحفنة من تراب، ولا بيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير إذا كان أحد العاقدين مسلماً.

٣ - أن يكون مملوكاً في ذاته ولو لغير البائع:

فلا ينعقد بيع المباحات كالسمك والكأ وحطب البوادي قبل الإحراز الصحيح.

(١) في الحديث أن النبي عليه السلام نهى عن بيع حبل الحبلّة - بالتحريك فيهما - وذلك بأن تكون النوق حوامل فيباع ما ستحمل به تلك الأجنة التي في بطونها على تقدير أنوثتها؛ فهو بيع نتاج النتاج. وكان معتاداً في الجاهلية فمنعه النبي ﷺ لأنه غرر (النهاية لابن الأثير، مادة: حبل) كما نهى عن بيع الغرر بوجه عام وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، وهو غرر الوجود، أما غرر الوصف فمفسد للبيع لا مبطل كما سيأتي في شرائط الصحة (ف/٢٩).

على أنه إذا بيعت كميات من هذه الأموال المباحة غير معينة تعييناً شخصياً في الخارج بل ملتزمة في ذمة البائع كالديون إلى أجل، 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، إلا إذا بيع على سبيل الاستبدال بشرائطه الخاصة: المقررة في كتاب الوقف.

أما كون المبيع مملوكاً للبائع خاصة فليس من شرائط الانعقاد، بل من شرائط النفاذ كما سيأتي، لجواز عقد الفضولي^(١).

٤ - أن يكون مقدور التسليم:

وإلا كان تنفيذ العقد ممتنعاً، فلا ينعقد بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر صاحبه على إعادته إلى يده، ولا بيع الطائر بعد إطلاقه إلا إذا كانت عادته أن يعود إلى صاحبه، ولا بيع سفينة غارقة في البحر لا يمكن إخراجها أو تعويمها ولا استخراج شيء منها (م/٢٠٩).

١٩ - أثر المادة/٦٤ من الأصول الحقوقية في هذه الشرائط:

هذا، ويجب أن يلحظ هنا أثر المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية^(٢) لدينا في تعديل هذه الشرائط الانعقادية المتعلقة بالمال المبيع، فإن كل ما تعورف تداوله بين الناس قد اعتبرته المادة المذكورة مالاً متقوماً ومحللاً صالحاً لجميع العقود، سواء أكان من الأعيان أو المنافع أو الحقوق المجردة،

(١) مذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القديم وفي رواية عن أحمد أن عقد الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك. وهو مذهب إسحاق بن راهويه أيضاً.
وذهب الحنابلة والشافعية في الجديد إلى أنه باطل، وإن أجازته المالك بعد ذلك.
(انظر: بدائع الصنائع ١٤٩/٥، والشرح الصغير للدردير ٢٦/٣، والمجموع ٢٨١/٩، وشرح المحلّي على المنهاج ١٦٠/٢، وكشاف القناع ١٥٧/٣، وقواعد ابن رجب ص ٤١٧).

(٢) هذا القانون صادر في العهد العثماني، وكان لا يزال نافذاً في البلاد العربية التي انفصلت عن الدولة العثمانية بنتيجة الحرب العالمية الأولى.

وسواء أكان متقوماً في نظر الفقهاء أو غير متقوم، وسواء أكان موجوداً عند العقد أو معدوماً سوف يوجد (ر: ج ٣ ف/١٣/٣).

فقد أصبحت معظم شرائط المال المبيع منسوخة بهذه المادة.

أما قدرة التسليم فنرى أنها شريطة لا تزال معتبرة لأنها ليست من فروع معنى المالية والتقوم مما استهدفت المادة تعديله بعرف التداول، وإنما تستند إلى مبدأ عام آخر اتفقت عليه الأنظار الفقهية والقانونية، وهو إمكان تنفيذ العقد^(١).

٢٠ - (د) شرائط الثمن:

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

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

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

وأما كون الثمن مذكوراً أو ملحوظاً - غير منفي صراحة في العقد - فهو من مقومات العقد لا شرط فيه كما تقدم (ف/١٣).

٢١ - (هـ) شريطة الولاية الشرعية:

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

١ - أن يكون البيع صادراً في وقت يوجد فيه من له حق مباشرته أو إجازته.

(١) يلحظ أن القانون المدني السوري الذي حل محل مجلة الأحكام العدلية في سورية عام ١٩٤٩م قد اشتمل على مضمون المادة /٦٤/ المذكورة كله، وأدخله في موقعه الطبيعي من نظرية العقد العامة، فأصبح من جملة قواعدها القانونية.

وعلى هذا الأساس لا ينعقد بيع مال القاصر من صغير أو مجنون بغبن فاحش^(١)، لأنه ضرر محض سواء أكان البائع هو الصغير المميز أو الولي أو الوصي أو القاضي بحكم الولاية العامة عند عدم الولي الخاص. وذلك لأنه لا يجوز شرعاً لأحد أن يباشر تصرفاً مضراً بمال القاصر، كما لا يلي أحد شرعاً حق إجازته لو باشره القاصر نفسه لأنه كالتيبرع من مال القاصر لا يملكه ولا يلي إجازته أحد. ومن القواعد المقررة فقهاً:

أن كل عقد لا مجيز له شرعاً عند صدوره باطل.

وثمرة اعتبار هذا البيع باطلاً غير موقوف أنه لو بلغ الصغير أو صحا المجنون فأجازاه لا يجاز بل يجب تجديده، لأن الإجازة لا تلحق الباطل إذ هو في حكم المعدوم، وإنما تلحق المنعقد الموقوف. (ر: البدائع، ج ٥ ص ١٤٩ - ١٥٠).

٢ - أن لا يكون البيع ممنوعاً بنص خاص: وذلك مثل البيوع الممنوعة اليوم بنصوص قانونية كالتعاقد بالنقود الذهبية الممنوع في بلادنا السورية تحت طائلة البطلان بقانون خاص، وكبيع المخدرات المحظورة لأجل الاستعمال المحرم.

فهذه البيوع تعتبر باطلة، لأن النص القانوني الذي منعها قد سلب ولاية عقدها عن كل الناس، فتلحق بالعقد الذي لا مجيز له شرعاً. وهذا المنع تابع لأمر ولي الأمر بحسب المصلحة التي يراها، فقد يمنع الجائز ويباح الممنوع، فيعتبر حكم المنع مدة قيام الأمر القانوني^(٢).

(١) لمعرفة الغبن الفاحش انظر ما تقدم (ج ١ ف/٣٥/٣ ح).

(٢) إن الفقهاء قد اعتبروا أوامر السلطان ولي الأمر مرعية نافذة شرعاً ولو كانت تتضمن تقييد مطلق أو منع جائز في الأصل أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ما دامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولي الأمر تقديرها بحسب قاعدة المصالح المرسله، ولا تصادم نصاً خاصاً في أصل الشريعة.

فقد نقل صاحب الدر المختار عن معروضات المولى أبي السعود مفتي الروم - وهو المفتي العام للسلطنة العثمانية في عهد السلطانين سليمان وسليم وقاضي القسطنطينية =

٢٢ - هذا ومما يجب أن يلحظ هنا أن الفقهاء يذكرون شريطة الولاية أيضاً في معرض شرائط النفاذ. ولكنهم إنما يريدون هناك بالولاية الولاية الشخصية أي ولاية مباشر العقد، فإن العاقد إذا لم يكن مالكاً أو ذا ولاية شخصية كوكيل أو وصي يكون بيعه موقوفاً غير نافذ لأن العقد عندئذ يكون فيه حق للغير كما سيأتي بيانه في مبحث شرائط النفاذ.

أما الولاية التي عدناها هنا من شرائط الانعقاد فهي، كما بينا، أن يكون عند صدور البيع يوجد من له حق في عقده سواء أكان هو العاقد أو غيره. فيجب التمييز بين الولاية الشرعية والولاية الشخصية.

فالولاية الشرعية: هي أن يكون العقد في ذاته مأذوناً به شرعاً بقطع النظر عن العاقد - وهي المعتبرة من شرائط الانعقاد.

أما الثانية: - الشخصية - وهي أن يكون للعاقد سلطة وصلاحية فهي من شرائط النفاذ.

وهذا نظير ما تقدم في شرائط المبيع، أن كونه مملوكاً مطلقاً ولو لغير البائع هو من شرائط الانعقاد، أما كونه مملوكاً للبائع خاصة فمن شرائط النفاذ، (ر: ف/١٨).

٢٣ - (و) الشرائط الشكلية:

إذا كان في بعض أصناف البيوع مراسم وقيود شكلية في طريقة عقده

= الذي انتهت إليه في عهده رئاسة المذهب الحنفي (٨٩٦ - ٩٨٢هـ) - إنه صدر الأمر السلطاني بمنع بيع عبيد العسكرية الأبقين إذا قبض عليهم، قال صاحب الدر: «وحينئذ لا يصح بيعهم» بينما كان بيعهم في أصل الفقه صحيحاً نافذاً بإذن القاضي كما أوضحه قبله.

وكذلك نقل عن المعروضات أنه «صدر الأمر السلطاني بمنع القضاة عن الحكم بوقف المديون بدين مستغرق إذا وقف ماله هرباً من الدائنين ولو لم يكن محجوراً عليه. قال في رد المحتار: «إن القاضي إذا منعه السلطان عن الحكم به كان الوقف باطلاً لأن القاضي وكيل عنه وقد نهاه الموكل صيانة لأموال الناس» مع أن وقفه في أصل المذهب جائز نافذ لأن الديون متعلقة بذمته لا بعين ماله. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، ج ٣ كتاب الأبق ص ٣٢٥ / وكتاب الوقف ص/٣٩٦).

أوجبها الشرع أو الأمر القانوني من ولي الأمر تحت طائلة البطلان فإن البيع لا يكون عندئذ منعقدًا إلا إذا توافرت فيه الشرائط الشكلية.

إن الفقه لم يوجب شيئاً من الشرائط الشكلية في شيء من البيوع إلا ما يوجهه من إذن القاضي في بعض الحالات كما في بيع عقار الصغير إذا وجدت مسوغات بيعه، فيجب أن يقترن بإذن القاضي. وكذا استبدال المال الموقوف إذا كان الاستبدال غير مستند إلى شرط واقف بل إلى الحاجة، فإنه يجب أن يقترن بإذن القاضي.

على أن هذه الحالات التي أوجب فيها الفقهاء إذن القاضي في البيع نرى الأشبه بالفقه أن إذن القاضي فيها شرط لنفاذ البيع لا لانعقاده، فلو وقع البيع بلا إذنه كان منعقدًا موقوفاً كبيع الفضولي، فإذا أجازته القاضي جاز، لأن الإذن عمل من أعمال القضاء الإدارية.

وأن النظر الفقهي على أن القضاء يجري فيه الفضول. فلو قضى فضولي عن القاضي^(١) فأجازته القاضي جاز (ر: البحر الرائق، كتاب القضاء، والدر المختار ورد المختار، ج ٤ ص/٣٢٤).

٢٤ - أما الأحكام القانونية لدينا فقد أوجبت شرائط شكلية في بعض أنواع البيوع تحت طائلة البطلان:

فمن ذلك لزوم تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري. فإن لم يسجل كان باطلاً. (المادة/١١ من القرار ذي الرقم ١٨٨ والمادة/٢٠٤ من قانون الملكية العقارية).

(١) هذا ممكن بالنسبة للعهود الفقهية سابقاً حيث لم يكن قضاء القاضي مقيداً بالنظم الشكلية التي وضعت من قبل السلطات تحت اسم (قوانين الأصول، أو أصول المحاكمات). أما في زمننا حيث قيد القضاء بقوانين الأصول، وهي قوانين مقبولة شرعاً باعتبار أنها تنظيم للقضاء وطريقته، فإن قضاء الفضولي يعتبر باطلاً إذ لا يجري الفضول في القضاء في ظل هذه القوانين. فلا ينفذ لو لحقته إجازة القاضي الرسمي، لأن الباطل لا يقبل الإجازة، بل يجب على القاضي الرسمي أن يجدد القضاء بنفسه.

وكذا تسجيل بيع بعض الأموال المنقولة كبيع السيارات فإنه لا يعتبر إلا إذا كان مسجلاً في السجل المخصوص بالدائرة المختصة.

وهذا التسجيل في بيع بعض الأموال المنقولة إنما هو أوامر زمنية عرضة للتعديل والتبديل بسبب الأهداف الإدارية في الحكومة وليس مستنداً إلى نظرية قانونية ثابتة كما في تسجيل العقود العقارية.

المبحث الثاني شرائط الصحة

- ٢٥ - إن شرائط الصحة في عقد البيع نوعان:
- شرائط عامة في جميع أنواع البيع.
- وشرائط خاصة ببعض أنواعه دون بعض.

أولاً: الشرائط العامة لصحة البيع

فالشرائط العامة التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً هي إجمالاً أن يخلو عقد البيع من الشوائب الست:
الجهالة - والإكراه - والتوقيت - والغرر - والضرر - والشرط المفسد.
وقد تقدم إيضاح هذه الشوائب الست المفسدة في نظرية المؤيدات من الجزء الثاني، ونعيد منها إلى الذاكرة هنا الملاحظات التالية:

٢٦ - (أ) فالجهالة إنما يراد بها الجهالة الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع مشكل أي يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة، كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطع غنم، فالبائع قد يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين، والمشتري يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضاً^(١).

(١) أما الجهالة التي لا تفضي إلى نزاع مشكل فلا تضر بالعقد، وسنرى في طريقة بيع المبيعات أن فقهاء الحنفية صححوا بيع ما في صندوق مغلق دون معرفة ما فيه، لأنه متعين محدود في الواقع وذلك حجة ملزمة لكلا المتبايعين قاطعة للنزاع إن حصل. وانظر ما سيأتي أيضاً نقلاً عن الدرر في بحث خيار التعيين، بشأن الجهالة المفضية إلى النزاع. (ف ٤٣/الحاشية).

وهذه الجهالة المفسدة ترجع غالباً إلى أربع جهات:

- ١ - جهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدرأً بالنسبة إلى المشتري (م/١٠٠).
- ٢ - جهالة الثمن كذلك، فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله، أو بما سيستقر عليه السعر.
- ٣ - جهالة الآجال، كما في الثمن المؤجل، أو في خيار الشرط، فيجب أن تكون المدة معلومة، وإلا فسد العقد.
- ٤ - الجهالة في وسائل التوثيق، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد البيع.
- ٢٧ - (ب) وأما الإكراه فسواء أكان ملجئاً أو غير ملجئ^(١) يؤثر في التصرفات القولية كالبيع.

وقد اختلف الاجتهاد في أثره، فذهب أبو حنيفة ومعظم أصحابه إلى أنه مفسد للبيع، لكن الفساد يرتفع إذا أجازته المكروه - بالفتح - بعد زوال الإكراه. وذهب زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة إلى أنه إنما يمنع النفاذ فقط فالبيع معه موقوف لا فاسد. والمجلة ساكتة، لكننا أوضحنا في الجزء الأول أن المادة /١٠٠٦/ منها إنما تتمشى على رأي زفر فتدل على أنها جنحت إلى ترجيحه، فيكون الرضى أي عدم الإكراه عندئذ من شرائط النفاذ في البيع ونحوه لا من شرائط الصحة.

٢٨ - (ج) وأما التوقيت فكما لو قال بعثك هذا الشيء شهراً أو سنة، فهو مفسد للبيع لأن ملكية العين لا تقبل التوقيت كما تقدم في خصائص الملكية (ج ١ ف/١٢/١).

٢٩ - (د) وأما الغرر فالمراد به غرر الوصف، كما لو باع بقرة على شرط أنها تحلب كذا رطلاً لأنه موهوم التحقق فقد ينقص، بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار، فإنه شرط صحيح. وبخلاف غرر الوجود، فإنه مبطل كما تقدم (ف/١٨ حاشية).

(١) لمعرفة الإكراه الملجئ وغير الملجئ انظر: (ج ١ ف/١٦/٨).

٣٠ - (هـ) وأما الضرر فالمراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع فيما سوى المبيع من ماله، كما لو باع جذعاً معيناً في سقف مبني، أو ذراعاً من ثوب يضره التبعض، فإن التنفيذ يقتضي هدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب.

وبما أن الفساد هنا إنما هو صيانة لحق شخص لا لحق الشرع قرر الفقهاء أن البائع لو نفذ الضرر على نفسه بأن قلع الجذع أو قطع الثوب وسلم، انقلب البيع صحيحاً.

٣١ - (و) وأما الشرط المفسد فالمراد به كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين إذا لم يكن الشرط قد ورد به الشرع، أو جرى به العرف، أو يقتضيه العقد، أو يلائمه.

ولإيضاح ذلك نقول:

الشرط في المبيعات ثلاثة أنواع:

أ - الشرط الصحيح: أي المعتبر الملزم للمتعاقدين، وهو أربعة أقسام:

١ - ما يقتضيه العقد كالبيع على شرط أن يحبس البائع المبيع حتى تأدية جميع الثمن، فإن هذا الحق يثبت للبائع وإن لم يشترطه فهو بيان لمقتضى العقد (م/١٨٦).

٢ - ما يلائم العقد كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين، فإنه استيثاق بالثمن فيلائم البيع ويؤيد التسليم (م/١٨٧).

٣ - ما ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار لأحد المتبايعين في إمضاء البيع أو رده خلال مدة معينة وهو المسمى: خيار الشرط.

٤ - ما جرى العرف به ك شراء القبقاب بشرط أن يركب البائع له السير، أو القفل بشرط أن يسمره في الباب (م/١٨٨)، وكشراء الساعة أو المذياع بشرط أن يصلحهما البائع إلى سنة مثلاً إذا أصابهما خلل.

ب - الشرط المفسد: وهو ما خرج عن هذه الأقسام الأربعة وفيه نفع

لأحد 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 لأحد المتبايعين، كبيع الدابة بشرط أن لا يخرجها المشتري عن ملكه (م/١٨٩).

٣٢ - هذا، وبما أن عرف الناس - كما رأيت - مصحح للشروط التي يتعارفونها في نظر الفقهاء الحنفية، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه. وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد.

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

والمجلة لم تبحث عن الشرط المفسد وإنما ذكرت الشرطين الصحيح واللغو في المواد/١٨٦ - ١٨٩/ وعللت الجمعية ذلك في التقرير الذي قدمتها به بأن الشرط المفسد قد أصبح بحسب قواعد الحنفية نادراً بسبب نظرية العرف، فلم يعد يستوجب العناية به والبحث عنه.

ثانياً: الشرائط الخاصة لصحة البيع

٣٣ - وأما شرائط الصحة التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض، فهي

كما يلي:

- ١ - إذا كان المبيع من المنقولات وأراد المشتري أن يبيعه فيشترط أن يكون قد قبضه من بائعه الأول أما إذا كان عقاراً فيجوز أن يبيعه قبل قبضه (م/٢٥٣) وذلك لأن المنقول يكثر هلاكه، فيكون في تصرف المشتري به قبل قبضه غرراً؛ يجعل سائر التصرفات اللاحقة فيه عرضة للانتقاص واستحالة التنفيذ إذا هلك أو فقد في يد بائعه الأول. بخلاف العقار فإن هلاكه نادر، فلا مانع من صحة تصرف مشتريه فيه قبل قبضه من بائعه.
- ٢ - إذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو إشراكاً تشترط معلومية الثمن الأصلي.
- ٣ - إذا كان البيع صرفاً يشترط التقابض في البدلين قبل الافتراق، أي في مجلس العقد نفسه.
- ٤ - إذا كان البيع سلباً يشترط أن تتوافر فيه الشروط الواردة في المادة ٣٨٦/ من المجلة^(١).
- ٥ - إذا كان المال ربوياً يشترط خلو العقد من 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 - أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من البائع ولا للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه.
- ٣٤ - أثر المادة /٦٤/ من الأصول الحقوقية لدينا:

(١) ومما جاء في المجلة، م/٣٨٦ بصدد ذكر الشروط التي يجب توافرها في عقد السلم ما يلي:

- يشترط لصحة السلم: بيان جنس المبيع، مثلاً: إنه حنطة أو أرز أو تمر.
- وبيان نوعه ككونه يسقى من ماء المطر أو بماء النهر والعين وغيرهما.
- وصفته من حيث الجودة والرداءة.
- وبيان مقدار الثمن والمبيع.
- وتحديد زمان تسليمه ومكانه.

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

فالشرائط الخاصة لصحة البيع قد أصبحت في جملتها ملغاة بحكم الفقرة الأولى من المادة / ٦٤ / المذكورة.

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 أسلفنا بيانه.

- أما الإكراه فلم تتعرض له ولكن الأشبه بهدفها وروحها أن يعتبر الرضا أي عدم الإكراه شرط لزوم لأن علماء القانون يعدون الإكراه من عيوب الرضا وهي إنما تسلب لزوم العقد لا شرط صحة، ولا سيما أن المادة / ١٠٠٦ / من المجلة نفسها تفيد ذلك كما تقدم بيانه (ف/ ٢٧).

- وأما الجهالة فقد أفادت الفقرة الثالثة من المادة / ٦٤ / أنها لا تضر إلا إذا كانت في ناحية أساسية من العقد. فلو اتفق الطرفان على النقاط الأساسية يعتبر العقد تاماً، والمحكمة عند الاختلاف تتولى هي تحديد النقاط الفرعية المجهولة بمعرفة الخبراء فلو اتفق المتبايعان مثلاً على أن الثمن هو سعر السوق فإن العقد صحيح والمحكمة تحدد السعر الذي كان وقت البيع بمعرفة الخبراء.

ومقتضى ذلك أن جهالة النقاط الأساسية في البيع بقيت مفسدة بحكم المادة / ٦٤ / نفسها كما لو قال إنسان لآخر: بعتك شيئاً بعشرة دنانير أو بعتك هذا الشيء بثمن، فقبل الآخر، فإن المبيع مجهول جهالة فاحشة وهو ناحية أساسية، فيكون العقد فاسداً، على خلاف ما يظنه رجال القانون اليوم أن الفساد قد نسخ نسخاً كلياً بالمادة / ٦٤ / المذكورة فإن هذه المادة لم تنص على نسخ الفساد بوجه عام وتصحح جميع العقود التي تعتبرها القواعد الفقهية فاسدة، وإنما نصت على صحة واعتبار نواحي سمتها، فما خرج عنها كالمثال

الذي أوردناه يجب أن يعتبر على حكم الفساد الفقهي. على أنه قد يجاب بأن هذه الجهالة الفاحشة في المبيع نفسه تجعل البيع باطلاً بحكم قواعد القانون نفسه، لأن القانون لم يستثن إلا الجهالة في النواحي الفرعية وأن المبيع من المقومات الأساسية لعقد البيع وكذلك الثمن بالنظر القانوني لأنهما كليهما محل للعقد.

المبحث الثالث

شرائط النفاذ

٣٥ - يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع ذا ولاية شخصية في إجراء العقد.

وهذه الولاية الشخصية إنما تكون في ثلاث حالات:

- أن يكون البائع مالكا للمبيع وأهلا للتصرف.

- أو يكون ذا نيابة شخصية، وهو الوكيل.

- أو يكون ذا نيابة شرعية، وهو ولي القاصر أو وصيه أو القاضي (ر):
البدائع ج ٥ ص/١٥٢).

والغرض الشرعي من شريطة الولاية الشخصية هذه إنما هو صيانة حق الغير فإن وجوده مانع من نفاذ العقد (م/١١٣).

فحق الغير الذي يمنع النفاذ يتعلق بناحيتين:

- إما أن يكون في المبيع؛ كما في بيع الفضولي، فإنه يمس حقا ثابتا في عين المبيع لغير البائع.

- وإما أن يكون في التصرف؛ كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائطهما، لأن ولاية التصرف في أموالهما هي لغيرهما شرعا من ولي أو وصي أو قاض.

فبيع هؤلاء جميعا غير نافذ بل يتوقف في الفضولي على إجازة المالك، وفي الصغير والمعتوه على إجازة من له الولاية عليهما فإن أجازوه مضى وإن رده ارتد.

٣٦ - وإذا كان حق الغير ليس ناشئاً عن ملك أو ولاية تصرف فالراجح أنه 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 أن الراهن أو المؤجر إذا باع المرهون أو المأجور فالرأي الراجح فقهاً أنه لا يكون المبيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وإن كانا أصحاب حق في المبيع، إذ الإجازة لا تكون شرعاً إلا للمالك أو ذي ولاية، بل البيع نافذ ولكن لا يسلم المبيع إلى المشتري دون رضی المرتهن أو المستأجر صيانة لحقهما، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر إلى فكاك الرهن أو إلى انقضاء مدة الإجازة ليستلم المبيع. (ر: م/٥٩٠ و ٧٤٧، ورد المختار كتاب الإجازة ج ٥ ص ٥١ / وكتاب الرهن ص/٣٢٧).

وأما المريض مرض الموت فإنه إذا باع شيئاً من أحد ورثته كان بيعه موقوفاً على إجازة باقي الورثة بعد موته، سواء أكان يبيعه بضمن المثل أو بأقل منه، فإن لم يجيزوه بعد موته بطل البيع.

وأما إذا باع شيئاً من أجنبي غير وارث بضمن المثل فإن يبيعه صحيح نافذ. أما إذا باع من أجنبي بأقل من ثمن المثل، فإن فرق الثمن يعتبر محاباة، فيكون للورثة حق فسخ البيع إن لم يقبل المشتري بتكميل الثمن.

وفي هذه الحال إذا كان البائع المريض مديوناً ودينه مستغرق لتركته يكون للدائنين حق فسخ بيعه ما لم يرض المشتري بتكميل الثمن. (ر: المجلة م/ ٣٩٣ - ٣٩٥).

ذلك لأن حقوق الورثة في الإرث وحقوق الدائنين في التركة المستغرقة في مرض الموت يصبح لها تعلق بالتركة عيناً، علاوة على تعلقها بذمة المريض، صيانة لحقوقهم كيلا يستطيع المريض تهريب أمواله من بين أيديهم بهذا التصرف.

المبحث الرابع شروط اللزوم

٣٧ - يشترط للزوم البيع خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين 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 أخرى أسلفنا ذكرها في نظرية العقود من الجزء الأول (ف/٤٠/٦ - ١١).

وسياتي بيان هذه الخيارات وأسبابها وأحكامها في البيع موزعة على مناسباتها كي يكون فهم كل منها له غير متوقف على معلومات آتية.

فإذا وُجد في المبيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله، إلا أن يحدث ما يمنع هذا الفسخ ويجعل العقد مبرماً مما هو موضح في مباحث هذه الخيارات ومسقطاتها من كتب الفقه، وفي المواد التي أشرنا إليها من المجلة.

٣٨ - هذا إجمال شرائط البيع في أنواعها الأربعة: فإذا 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 أن الانعقاد يقابله البطلان، والصحة يقابلها الفساد، والنفاذ يقابله التوقف، واللزوم يقابله عدم اللزوم أي التخيير، ولا يجوز استعمال هذه الألفاظ في غير موقعها، أو مقابلتها بغير ما يقابلها.

وُترتب هي ومقابلاتها بالترتيب التالي بحسب العموم والخصوص إيجاباً وسلباً:

- ففي الصورة الإيجابية ترتب هكذا: منعقد، صحيح، نافذ، لازم.
- وفي الصورة السلبية ترتب هكذا: باطل، فاسد، موقوف، غير لازم أو مخير.

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

هذا ولينظر في إجمال هذه الشرائط بأنواعها الأربعة في نظر الفقهاء كتاب البحر الرائق لابن نجيم أول البيوع، ورد المختار (ج ٤ ص ٥ - ٦).

٣٩ - إن خيار الشرط يتعلق بأصل العقد، فهو كما يمنع اللزوم يمنع ابتداء حكم البيع وهو انتقال الملكية كما سئرى.

أما بقية الخيارات فمنها ما يتعلق بالمبيع كخيار الوصف والرؤية؛ ومنها ما يتعلق بالثمن كخيار النقد؛ فسنبحث عنها بمناسبةاتها في فصول المبيع والثمن، والتزامات البائع والمشتري. (ر. ف/٩٣ و ١٠٤).

أما خيار الشرط، فلتعلقه بأصل العقد، سنبحث عنه هنا فيما يلي:

٤٠ - خيار الشرط:

يجوز أن يشترط المتبايعان في عقد البيع لكليهما أو لأحدهما أو لغيرهما حق فسخ البيع أو إجازته خلال مدة معلومة^(١)، وهذا الحق يسمى: خيار الشرط.

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من تقييد خيار الشرط بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان. ثم اختلفوا في تحديد الحد الأقصى للمدة الجائزة على النحو الآتي:

- الاتجاه الأول: التحديد بثلاثة أيام بلياليها، مهما كان المعقود عليه، مع المنع من مجاوزتها. وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه زفر، والشافعي في الوجه المشهور عنه.
- الاتجاه الثاني: التفويض للمتعاقدين مطلقاً؛ ومقتضى ذلك جواز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط على أي مدة مهما طال. وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن وأبي =

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

أما إذا كان الخيار مشروطاً للمشتري فقط فإن ملكية المبيع تنتقل إليه، فلو تلف في يده خلال مدة الخيار يكون مضموناً عليه بالثمن المسمى لا بالقيمة.

وحكمه أن من له الخيار من بائع أو مشتر أو أجنبي يحق له فسخ البيع وإجازته خلال المدة المضروبة. فإذا انقضت المدة دون فسخ انبرم البيع ولزم.

وإذا كان مشروطاً لكلا المتبايعين معاً - يفسخ البيع بفسخ أحدهما ولا ينبرم بإجازة أحدهما بل يبقى الخيار للآخر إلى انتهاء المدة.

الإجازة والفسخ يكونان قوليين بكل لفظ يفيد ذلك، نحو: أجزت البيع ورضيته، أو فسخته وتركته.

= يوسف من الحنفية، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري وغيرهم.
- الاتجاه الثالث: التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد. وهذا مذهب مالك وحده، فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظراً لاختلاف المبيعات. وبناء على ذلك ذكر المالكية تقديرات محددة بحسب الأشياء المعقود عليها، فعلى سبيل المثال حدّدوا في العقار أقصى حد الخيار مدة شهر، وما ألحق به هو ستة أيام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (٣٦) يوماً... (انظر: «الموسوعة الفقهية» ٨٢/٢٠ - ٨٤، خيار الشرط).

(١) مقتضى ذلك أن زوائد المبيع من ولد وثمره تكون للبائع مدة خياره إذا كان الخيار له. ولم أر من صرح به من فقهاء المذهب الحنفي. وهذا يتفق مع رأي بعض المذاهب الأخرى. ويبدو أن المسألة خلافية فقد نص المالكية على أن غلة المبيع الحاصلة في زمن الخيار للبائع. وقال الشافعية في الأظهر عندهم: إن كان الخيار المشروط للبائع فملك المبيع وتوابعه كلبن وثمر وكسب له وإن كان الخيار للبائع والمشتري معاً فالملك موقوف. والراجح في المذهب الحنبلي أن الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان. (انظر: حاشية الدسوقي ١٠٣/٣، ومغني المحتاج ٤٨/٢، والمغني ٥٧١/٣).

ويكونان فعليين أيضاً، فلو أن المشتري المخير تصرف في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية أو يفيد الرضى، كما لو رهن المبيع أو آجره أو عرضه للبيع، فإن ذلك يعتبر إجازة. ولو أن البائع المخير فعل ذلك كان فسخاً أي أن الإجازة والفسخ يكونان صريحين أو ضمنيين.

وخيار الشرط لا يورث لأنه محض مشيئة شخصية، فلو كان الخيار للبائع فمات في المدة ملك المشتري المبيع. ولو كان الخيار للمشتري فمات فيها ملكه ورثته بلا خيار (ر: م/٣٠٠ - ٣٠٩)^(١).

(١) في الاجتهادين المالكي والشافعي خيار الشرط يورث.

وعندئذ إذا اختلف ورثة المشتري بخيار الشرط بعد وفاته خلال مدة الخيار، فبعضهم أجاز الشراء وبعضهم رده ولم يقبل البائع تجزئة المبيع، فمقتضى القياس أن يبطل البيع في حق الكل، ولكن المالكية استحسنا إمضاء العقد على البائع إذا أراد المجيز من الورثة أن يأخذ حصة من رفض، وذلك رعاية لمصلحة الوارث دون أن يتضرر البائع لانقضاء التجزئة.

وهذا الاستحسان لا يجري في الاجتهاد الحنفي لأن خيار الشرط فيه لا يورث، فبموت المشتري بالخيار ينبرم البيع وتنتقل ملكية المبيع إلى ورثته ملكاً باتاً لا خيار فيه فلا يتصور اختلافهم هذا في إجازة البيع ورفضه، (وكتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم ٢).

وذكر أبو الخطاب الكلوذاني من الحنابلة وجهاً بإرث خيار الشرط مطلقاً. أما جمهور فقهاء المذهب الحنبلي فقد ذهبوا إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه في الخيار، بطل الخيار ولم يورث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه. فالأصل عندهم أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشتري. (المجموع للنووي ٢٢٢/٩، وحاشية الدسوقي ١٠٢/٣، والقواعد لابن رجب ص ٣١٦، والمغني ٥١٨/٣، ومنتهى الإرادات ٣٥٩/١، وكشاف القناع ٢١٠/٤ و ٢٢٥، الموسوعة الفقهية ٢٠/١١١ - ١١٠).

الفصل الثاني في المبيع وأحواله

٤١ - الأحوال التي يبحث عنها في المبيع هي الأحوال التالية:

- معلومية المبيع، وطريقة بيعه.

- شمول المبيع.

- حضور المبيع وغيابه.

- ظهور زيادة أو نقصان فيه.

الفرع الأول

في معلومية المبيع، وطريقة بيعه

٤٢ - معلومية المبيع:

من المقرر فقهاً أنه يجب لصحة البيع أن يكون المبيع معلوماً علماً كافياً للمشتري، كما سبقت الإشارة إليه في مبحث شرائط صحة البيع من الفصل السابق (ر: ف/٢٦). أما بالنسبة للبائع فلا يشترط أن يكون ما يبيعه معلوماً له (كما في المادة /٢٠٣/ من المجلة وشروحها، وكما في رد المحتار والدر المختار عند الكلام على شرط كون المبيع معلوماً من كتاب البيع) ويعلل العلامة علي حيدر ذلك بأن عدم معرفة البائع لما يبيع لا تضره، أما عدم معرفة المشتري للمبيع فتضره.

أقول: ولعل علة العلة في ذلك أن ملكية البائع في حالة سقوط وانتقال،

فلا تهمه معرفة ما يتخلى عنه، بخلاف المشتري فإنه يهيمه معرفة ما يدخل في ملكيته ويلتزم بعوضه. ويلحظ أن اشتراط علم المشتري بالمبيع دون علم البائع هو مما اتفق فيه النظر الفقهي الشرعي والنظر القانوني في القوانين المدنية الوضعية.

ثم أن معلومية المبيع لدى المشتري تكون كافية بإحدى صورتين:

أ - إما بأن يكون المبيع المقصود معيناً بذاته في صلب العقد، كما لو أشير إليه فقيل مثلاً بعتك هذا الكرسي، أو هذا الجوالق من السكر بكذا، أو وصف بوصف أو أضيف إضافة تقطعان عنه كل اشتراك أو اختلاط بسواه من أمثاله بحيث يتميز عن كل ما سواه في الوجود الخارجي كما لو قيل بعتك سيارتي وليس له سواها، أو بعتك السجادة التي في الغرفة الفلانية وليس في تلك الغرفة سواها. وفي حالة التعيين بالذات هذه لا يشترط معرفة المقدار.

ب - وإما بأن يعين في العقد نوع المبيع فقط دون تعيين ذاته. وحينئذ لا بد من بيان مقداره أيضاً ووصفه الذي يقطع بيانه المنازعة ويمكن تنفيذ العقد. والمراد بالوصف صنفه، أي درجته بين المراتب الثلاث: الجودة والرداءة والوسطية. ذلك لأن بيان نوع المبيع فقط: كالقمح أو الرز أو السكر، لا يكفي لنفي الجهالة الفاحشة عنه، إذ يبقى مع ذلك مجهول المقدار والصفة فيشمل الكثير والقليل، والجيد والرديء من ذلك النوع المبين.

فلا بد لنفي الجهالة الفاحشة وصحة البيع حينئذ من بيان المقدار والوصف الأساسي مع بيان النوع. وقد صرح صاحب رد المحتار في المكان الآنف الذكر أن الجهالة اليسيرة لا تمنع صحة البيع، كما لو اشترى أحد ما في صندوق معين من أشياء دون بيانها، لأن تحديدها بما في الصندوق يكفي لقطع المنازعة إن حصلت بين الطرفين، ويثبت خيار الرؤية للمشتري، فلا إشكال.

هذا، وإن المبيع يتعين إذا عين بذاته في العقد، سواء أكان حاضراً في مجلس البيع أو غائباً عنه. فلو قال البائع بعتك هذا الكيس من السكر بكذا وأشار إلى كيس موجود في المجلس، وقبل المشتري لزم البائع تسليم الكيس

بعينه، وليس له أن يعطي سواه ولو مماثلاً له (م/٢٠٤). وكذلك لو باع أكياس الرز الموجودة في مخزنه ببلد آخر فليس له أن يعطي سواها من أمثالها، لتعينها بذاتها.

أما إذا كان المبيع غير معين بذاته في العقد فإنه لا يتعين حق المشتري في شيء معين منه إلا بالإفراز والتسليم إليه، سواء أكان كمية من شيء حاضر مشار إليه، أو من غائب موصوف، كما لو باع كذا طناً من صبرة حطب حاضرة، أو باع مائة رطل من السمن العربي، أو كذا مقداراً من الحنطة الحورانية (م/٢٠١).

ومما يكون فيه المبيع غير متعين بيع الحصة الشائعة، فإن الحصة الشائعة هي جزء من الشيء منتشر فيه كله، فهي غير معينة، وهي قابلة للبيع، سواء أكانت حصة من منقول أو غير منقول، وسواء أكان أصلها يقبل القسمة أو لا يقبلها.

ففرق بين معلومية المبيع وبين تعيينه بذاته، فقد يكون معلوماً في العقد علماً كافياً لصحة العقد - كالموصوف وصفاً وافياً -، ولكنه غير معين بالذات في الوجود الخارجي، بل ينطبق وصفه على غيره من أمثاله.

٤٣ - خيار التعيين:

والأصل أنه متى كان المبيع عيناً متميزةً في الوجود الخارجي يجب أن تعين في عقد البيع وإلا كان المبيع مجهولاً فلا يصح البيع.

غير أنه يجوز اتفاق المتبايعين على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين إلى أجل على أن يكون حق تعيينه لأحدهما بائعاً كان أو مشترياً. وهذا ما يسمى: خيار التعيين^(١).

(١) القياس الظاهر يقتضي عدم صحة اشتراط خيار التعيين لما فيه من جهالة المبيع عند العقد، وهو الاجتهاد الشافعي، لكن الاجتهاد الحنفي جوزه استحساناً بطريق قياس آخر على خيار الشرط، فإن خيار الشرط إنما شرع للحاجة إلى التأمل لاختيار الأرفق والأوفق مع أنه في الأصل مخالف لمقتضى العقد، وهو اللزوم، فكذا في موضوع التعيين يحتاج إلى التأمل والمشورة في الاختيار فجوز البيع مع خيار التعيين دفعاً للحاجة =

وصورته أن يبيع إنسان شيئاً من عدة أشياء على أن يكون له أو للمشتري حق اختيار أحدها ورد الباقي.

وهو كثير الوقوع لكثرة الاحتياج إليه، فقد يكون الإنسان في حاجة إلى التروي والمشورة في الاختيار. ومحلّه في الأموال القيمة لا المثلية لعدم التفاوت بين أفراد المثلّيات.

وخيار التعيين يجب فيه أمران:

- تعيين مدة الاختيار.

- وتعيين ثمن كل واحد من الأشياء القيمة التي سيجري بينها الاختيار.

وصاحب الخيار ملزم بأن يبت في تعيين المبيع منها خلال المدة المضروبة.

فلو لم يبت حتى انقضت يجبر قضاءً، وإذا مات خلال المدة يجبر وارثه في نهايتها لأن خيار التعيين يورث، أي ينتقل فيه الحق إلى الوارث، ويجب تمييز ملك المشتري فيما سيصرف العقد إليه عن ملك البائع فيما سيصرف العقد عنه، وذلك يتوقف على التعيين فيجبر عليه.

وليس لمدة الخيار حد على رأي الصاحبين ولكن رأي أبي حنيفة أن حدها الأعلى ثلاثة أيام فلا يصح جعلها أكثر.

أما عدد الأشياء التي يجوز أن يجعل بينها الخيار فقد استقر الاجتهاد الحنفي على أن حدها الأعلى ثلاثة فلا يصح الخيار في أكثر منها على تقدير أن الحاجة تندفع بهذا المقدار لأن أصناف كل شيء ثلاثة: جيد، ووسط، ووردي، فيكفي التخير بينها.

= استحساناً. والجهالة لا توجب الفساد إلا إذا كانت مفضية إلى نزاع مشكل، فإذا شرط الخيار لأحد المتبايعين لا تفضي جهالة المبيع إلى النزاع لأن الأمر صار مفوضاً إليه فيختار أيّاً شاء ويرد الآخر. (الدرر شرح الغرر كتاب البيوع، ج ٢ ص/ ١٥٤ بتصرف يسير).

لكن المادتين /٣١٦ و٣١٧/ من المجلة قد أطلقت فيهما المدة والعدد، ويشعر نصها فيهما بجواز شرط خيار التعيين بين أكثر من ثلاثة أشياء ولأي مدة يتفق عليها. وفي هذا مصلحة ولا سيما بعد أن أصبحت في هذا الزمن فنون الصناعة تخرج من الصنف الواحد درجات في الجودة والألوان أكثر من أن تحصى.

٤٤ - طريقة بيع المبيعات:

ليس في بيع المبيعات طريقة مخصوصة لتمييزها وتحديدها، فكل طريقة تؤدي إلى معرفة المبيع وتمييز حقيقته ومقداره إن كان غير معين، وإلى تمييز عينه إن كان معيناً هي طريقة مقبولة فقهاً، ويصح بها العقد. فالمبيع الحاضر في مجلس العقد إذا أشير إليه كما لو قال البائع بعثك هذا الكتاب صح البيع وأغنت الإشارة عن كل تعريف وتحديد لأنها أبلغ طرق التعريف (ر: م/٢٠٢).

حتى لو اشترى ما في هذا الصندوق أو هذا الجوالق أو هذا البيت وهو لا يعلم ما فيه صح البيع (رد المحتار ج ٤ ص/٢١). والمبيع الغائب تبين أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره مع بيان مقداره (م/٢٠١).

وفي بيع الأرض يجب بيان حدودها أيضاً 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 وإن لم تكن وحداته القياسية معلومة.

فالمقدرات جميعاً من مكيلات وموزونات ومزروعات ومعدودات يصح بيعها جزافاً^(١) كما يصح بالمقياس.

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

فلو باع مثلاً صبرة معينة من حنطة، أو كوماً معيناً من تبين، أو حملاً معيناً من نسيج صح البيع (م/٢١٧).

وتعتبر المجازفة ولو توقف تحديد الثمن على قياس المبيع. فلو باع شاحنة من الفحم الحجري، أو سفينة من الدقيق، أو قطع غنم، أو قطعة من الجوخ، على أن كل طن من الفحم أو قنطار من الدقيق أو رأس من الغنم أو متر من الجوخ بكذا، صح البيع في جملتها جميعاً مهما بلغ مقدارها، ويحدد مجموع الثمن بعد قياسها بالمقياس المسمى^(١).

٤٦ - والمقياس يرجع إلى اختيار العاقدين، فلا يجب أن يكون هو المقياس المعتاد في نوع البيع.

فكما يصح أن تباع المكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات المتقاربة بمقياسها المعهود أي كيلاً في الكيليات، ووزناً في الموزونات إلخ... يجوز أيضاً أن تباع بغير مقياسها المعهود؛ فتباع المكيلات والمزروعات وزناً وتباع الموزونات كيلاً، وهكذا.

ويصح أن يتفق المتبايعان على مقياس خاص غير المقياس المتعارف، كما لو باع الحنطة على أن يكيلها بوعاء أو يزنها بحجر معينين وإن لم يعلم مقدار الوعاء وثقل الحجر (م/٢١٨).

على أنه يشترط عندئذ أن يكون المقياس ليس مما يتسع ويضيق بالكبس وعدمه؛ فلا يصح مثلاً أن يكون المقياس اليوم كياساً من المطاط.

واستثنوا من ذلك بيع الماء بالقرّب فجوزوه استحساناً لتعارف الناس مع أن القرّب تتمدد وتنقبض (رد المحتار ج ٤ ص/٢٧).

(١) هذا رأي صاحبي أبي حنيفة، محمد وأبي يوسف، وبه أخذت المجلة في المادة /٢٢٠/ وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع إنما صح فيما يعادل وحدة قياسية واحدة فقط أي طن واحد من الفحم وقنطار واحد من الدقيق إلخ... لجهالة المجموع عند العقد. والمجلة لم تتعرض للزوم هذا البيع أو عدمه، لكن المنقول في كتب الفقه أن المشتري مخير بعد معرفة المقدار عند الصاحبين. وهذا الخيار يسمى خيار الت كشف، أي انكشاف الحال (رد المحتار ج ٤ ص/٢٨).

الفرع الثاني في شمول المبيع

٤٧ - من الأمور المهمة في البيع معرفة ما يدخل في المبيع وما لا يدخل.

فقد يختلف المتبايعان في بعض الأشياء التي لها صلة بالمبيع أنها داخلة في العقد لأن المبيع يشملها فتكون للمشتري، أو غير داخلة لأنه لا يشملها فتكون باقية على ملك البائع فيحتاج الأمر إلى قواعد شرعية تفصل في ذلك.

وأنواع المبيعات لا تحصى فيجب الرجوع بها إلى قواعد وأصول عامة.

وقد عالج الفقهاء هذا الموضوع ووصفوا فيه قواعد ضابطة كفيلة بحسم هذا النزاع في كل مبيع مهما كان نوعه، وجرت عليه المجلة في المواد / ٢٣٠ - ٢٣٦.

وسنرى فيما يلي هذه القواعد والأصول التي يتميز بها ما يشمله المبيع فيدخل في البيع وإن لم يصرح به، وما لا يشملها فلا بد من التصريح به.

٤٨ - فيعتبر من المبيع المسمى ويدخل في البيع تبعاً دون تصريح به جميع ما يكون من الزمر الخمس التالية، وهي:

أولاً: كل ما يتناوله اسم المبيع بحيث يعد جزءاً حقيقياً منه بحسب مدلول اسمه (م/ ٢٣١).

ففي بيع الدار يدخل المطبخ والغرف والأدراج التي فيها والسطح والجدران إلخ... وفي بيع الغنمة يدخل صوفها الذي على بدنها.

وفي بيع حديقة زيتون أو ليمون مثلاً تدخل الأشجار التي تتكون منها

والسياج المحيط بها شجراً كان أو بناءً، إذ لا تسمى الأرض الخالية حديقة زيتون أو ليمون (ر: م/ ٢٣٠).

وفي بيع السيارة اليوم تدخل أداة التدوير - مفتاح اليد - ودواليب المطاط.

ولو اشترى حيواناً فوجد فيه شيئاً آخر، فإن كان مما يتولد منه أو كان من علفه فهو للمشتري، كما لو اشترى سمكة فوجد في جوفها سمكة أخرى أو لؤلؤة لأن السمك يأكل السمك والصدف.

وكذا لو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري، لأنها تتولد من الصدفة كما تتولد البيضة من الدجاجة، فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة.

وهذا بخلاف ما لو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة، فإنها لا تدخل في البيع بل تكون للبائع، لأن اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها.

وهكذا كل شيء يوجد في حوصلة الطير، فإن كان مما تأكله الطير فهو للمشتري لأنه بمنزلة العلف له، وإن كان مما لا تأكله الطير فهو للبائع (البدائع ج ٥ ص/ ١٦٧).

ثانياً: كل ما كان كالجزم من المبيع، أو كان مما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض الاشتراء (م/ ٢٣١).

وعلى هذا الأساس ففي بيع الدابة الحامل يدخل حملها، وفي بيع القفل يدخل مفتاحه في البيع وإن لم يذكره المتبايعان.

وفي بيع القبقاب يدخل سيره.

وفي بيع البقرة الحلوب التي تشتري لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع، بخلاف ولد الأتان فإنه لا يدخل في بيع أمه بلا ذكر ولو رضيعاً.

أما إذا أحضر مهر الفرس أو ولد الأتان أو عجل البقرة أو حَمَل الشاة معها إلى محل البيع فتدخل هذه الأولاد كلها مع أمهاتها في البيع دون تفصيل للعرف (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص/ ٢٣٠).

والمبنى الفقهي في ذلك أن الانتفاع المقصود من المبيع بعقد البيع يتوقف تحققه على هذه الأشياء وإن كانت مستقلة عنه في الوجود، فيكون عدم ذكرها اعتماداً على أن دخولها مفهوم كما يستغني بذكر الكل عن ذكر الأجزاء التي يتألف منها.

ثالثاً: كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار.

هذه القاعدة ميدانها الأساسي في التطبيق إنما هو العقارات من المباني والأراضي.

وضابط اتصال القرار أن يكون الشيء موضوعاً على وجه الدوام لا ليرفع ويحول.

وعلى هذا تدخل في بيع الدار الأقفال المسمورة ومفاتيحها، والخزائن المثبتة، والرفوف والسلالم الخشبية المثبتة، والأبواب، وبكرة البئر.

بخلاف الحبل والدلو، والأقفال غير المسمرة، والخزائن والسلالم المنقولة، ونحو ذلك كأحواض الأزهار المنقولة فإنها لا تدخل مع المبيع في البيع دون تصريح بها^(١).

أما المرايا فإذا كانت منقولة معلقة تعليقاً فلا تدخل وإذا كانت مثبتة في أصل البناء أو التجارة فإنها تدخل.

وفي هذا العصر تدخل، بمقتضى هذا الأصل، تجهيز حمامات الدور من المواقد ومستودعات الماء وأنابيب الدخان والأحواض - المسماة (بانيو) -

(١) أما ما يظهر في الدور المبيعة تحت جدرانها إذا تهدمت أو تحت بلاطها إذا قلع من رصاص، أو ساج، أو خشب، أو أحجار مرمرية، ونحو ذلك مما يقع كثيراً، فإذا كان من جملة البناء فهو للمشتري؛ وإذا كان مدفوناً في الأرض للحفاظ فهو للبائع.

وإذا قال البائع ليس لي، فحكمه حكم اللقطة. (رد المحتار ج ٤ ص/٣٣).

أقول: إذا كانت علائمه تدل على أنه من الأشياء القديمة الأثرية فهو عندئذ من قبيل ما يطلق عليه فقهاً اسم (الركاز) وله في الشريعة الإسلامية حكم فقهي معروف في باب الركاز؛ وله في بلادنا اليوم أحكام قانونية خاصة تجعل جانباً من قيمته للمكتشف وباقيه يعتبر من الأموال العامة للدولة.

والأجران وإن كانت كلها غير مثبتة في البناء لأنها إنما توضع على أنها مرافق أساسية مستقرة من توابع الدار.

وكذلك أنابيب تمديدات المياه الداخلية والصنابير - الحنفيات - وتمديدات الكهرباء بأسلاكها وأنابيبها ومفاتيحها، لأنها موضوعة لتبقى لا لترفع.

بخلاف المصابيح الكهربائية والقناديل بمختلف أنواعها، فإنها لا تدخل.

وفي بيع الأراضي يدخل الشجر الحتي المغروس للاستقرار من ثمر أو غير ثمر.

بخلاف الشجر اليابس والمغروس لأجل النقل والتحويل بالغراس التي تسمى اليوم (نضباً) أو المغروس لأجل القطع كالحور والصفصاف.

وكذلك الزرع لا يدخل في بيع الأرض. وكذا الثمر المدرك لا يدخل في بيع الشجرة لأنه عرضة للقطع فهو غير مستقر.

رابعاً: كل ما جرى العرف والعادة ببيعه مع المبيع تبعاً له، وإن لم يكن من الزمر السابقة (م/٢٣٠).

فلجام دابة الركوب، وخطام البعير، ومفتاح الدار تدخل كلها في بيع الدابة والبعير والدار بمقتضى العرف.

خامساً: كل ما كان من توابع المبيع التي يعبر عنها بالألفاظ العامة كالحقوق والمرافق، إذا ذكرت هذه الألفاظ العامة في العقد (م/٢٣٥).

فإذا باع داراً أو أرضاً بجميع حقوقها ومرافقها دخل حق الشرب الذي لها وحق المسيل والمرور، وكل ما ليس وجوده ضرورياً ولكنه من مرافق العقار وإن لم يصرح به خاصة^(١).

(١) استظهر المرحوم ابن عابدين أنه في دمشق اليوم يدخل في بيع الدور حق شربها وإن لم يصرح بالحقوق والمرافق بحكم العرف في هذه البلاد. (ر: رد المحتار ج ٤ ص/٣٤، ورسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، من مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص/١٣٤ - ١٣٥).

٤٩ - أما ما ليس من هذه الزمر الخمس ولا تشمله الأصول المتقدمة فإنه لا يدخل في البيع إلا إذا صرح بذكره. (م/٢٣٣).

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 محافظتها إلا إذا تعورف دخولها. وكذا يقال مثلاً في محفظة الناظور المقرب للبعيد (درين) إذا بيع.

ومن هذا القبيل سائر الأمثلة التي تقدم ذكرها على سبيل المخالفة لفروع الأصول السابقة.

وعلى هذا الأساس يفرع ويقاس.

(ولينظر في هذا شرح المواد / ٢٣٠ - ٢٣٦ / من المجلة للعلامة علي حيدر أفندي، والدر المختار وحاشيته رد المحتار، فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل).

٥٠ - هذا وكما أن ما لا يلحق بالمبيع تبعاً لا يدخل في البيع إلا بذكر صريح، يرى أن ما يلحق بالمبيع تبعاً بحسب الأصول المتقدمة لا ينفصل عن الدخول في حكم البيع تبعاً إلا باستثناء صريح.

ومن القواعد المقررة في أمر الاستثناء من شمول المبيع أن:

كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثناءه من المبيع.

فإذا باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً، أو باع حديقة واستثنى منها بقعة معينة، أو باع السيارة واستثنى دواليب المطاط التي عليها، فكل ذلك وأمثاله جائز لازم (ر: م/٢١١).

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

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

وليس المراد بذلك أنه لا وزن له في المعاوضة فوجوده كعدمه، وإنما المراد أنه يعتبر بالنسبة إلى أصل المبيع بمنزلة الوصف من الموصوف.

فهلاكه مثلاً بعد العقد قبل القبض، كما لو سرق خظام البعير المبيع قبل استلامه، لا يسوغ للمشتري أن يسقط من الثمن المسمى شيئاً في مقابله، وإنما يتخير بين أخذ المبيع بكل الثمن المسمى أو فسخ العقد، كما يفسخ بفوات الوصف المرغوب (ر: م/٢٣٤).

وذلك بخلاف هلاك شيء من أصل المبيع مما يعتبر هلاك قدر لا وصف، إذ يحط ما يقابله من الثمن على ما سيأتي تفصيله في بحث التسليم من التزامات البائع (ف/١١٢)، 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 أحكام هذه المسائل بحسب منشئها، وهو حضور المبيع وغيابه.

أولاً: حضور المبيع

٥٣ - إذا كان المبيع حاضراً مشاركاً إليه في مجلس العقد بحيث يراه المشتري ويدركه يتعين، ويقع البيع فيه لازماً من حيث الأوصاف^(١).

فلا يستطيع المشتري أن يفسخ العقد دون رضی البائع بحجة أنه لم يلائم حاجته، ولو أن البائع وصفه بغير أوصافه الحقيقية الظاهرة؛ كما لو قال بعتك هذه الفرس الشقراء وكانت سوداء أو بيضاء مثلاً، أو قال بعتك هذه الياقوتة الحمراء وكانت بيضاء.

وذلك لأن الإشارة متى وجدت كانت أبلغ من الوصف في التعريف فلا عبرة للوصف فكأنه لم يوجد وبقيت الإشارة وحدها. ومن القواعد المقررة: أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م/٦٥).

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

٥٤ - أما لو سمي البائع المبيع بغير اسم جنسه، كما لو قال بعثك هذه الفرس وأشار إلى كرسي مثلاً، أو قال بعثك هذه الياقوتة وكانت زجاجاً، فالبيع لا ينعقد لأن المبيع معدوم، كما تقدم؛ فإن غلط الوصف مغتفر في المشار إليه لا غلط الجنس (ف/١٨).

وأما في الأوصاف غير الظاهرة، والمراد به ما لا يدركه المشتري لخفائه أو لتوقفه على خبرة خاصة، فإن البائع إذا وصف المبيع بوصف مرغوب فوصفه معتبر لازم، حاضراً كان المبيع أو غائباً؛ لأن حضوره عندئذ كغيابه بالنسبة إلى المشتري ما دام لا يمكنه الإطلاع بنفسه على حقيقة الوصف، وإنما يعتمد فيه على بيان البائع.

وذلك كما لو باعه هذه الجوخة على أنها إنجليزية وكانت إفرنسية مثلاً، أو باعه هذه البقرة على أنها حلوب فتبين أنها غير حلوب، أو باعه هذه الفرس على أنها من سلالة فحل معين وكانت من خلافه.

وكذا لو كان الوصف المخالف من الأوصاف الظاهرة ولكن كان المشتري أعمى أو كان الشراء واقعاً في الليل بحيث يخفى.

وحكم البيع في هذه الأحوال عند خفاء الوصف المخالف على المشتري في المبيع الحاضر كحكمه في المبيع الغائب في أنه يوجب خيار الوصف الآتي بيانه إذا ظهر مخالفاً.

ثانياً: غياب المبيع

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

(١) الوصف المخالف وخياره:

إذا باع أحد شيئاً غائباً عن مجلس العقد ووصفه بوصف مرغوب، كالأوصاف السالفة الأمثلة في بحث حضور المبيع، ثم يتبين خلافه فالمشتري مخير بين أن يقبل بكل الثمن المسمى وأن يفسخ البيع، وهذا يسمى: خيار الوصف.

خيار الوصف:

إن خيار الوصف يثبت للمشتري في المبيع إذا كان غائباً عن مجلس العقد أو في حكم الغائب مما يكون وصفه خفياً على المشتري سواء أكان الوصف الفائت أعلى من الحاضر أو أدنى لأن المشتري إنما اشترط الفائت، وقد يكون غرضه متعلقاً به.

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

فإذا أسقط من له الخيار خياره أو تصرف بالمبيع تصرف الملاك كما لو باعه أو استهلكه أو حوله من شكل إلى شكل سقط خياره ولزم البيع (م/٣١٠ - ٣١٢).

ويتضح من ذلك أنه ليس لخيار الوصف في نظر الفقهاء أجل محدود فيستطيع أن 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 معقول بحسب قاعدة المصالح المرسله. وأراه ثلاثة أيام.

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

وينبغي أن يقال إن الوارث المجيز لو أراد أن يدفع إلى الوارث غير المجيز حصته من ثمن المبيع ويأخذه المجيز كله لحسابه يحق له ذلك لعدم ضرر البائع.

وهذا ما قرره الاجتهاد المالكي استحساناً في حالة خيار الشرط كما تقدم (ف/٤٠ هامش).

وإنما كان المانع من جريان هذا الاستحسان عند الحنفية في حالة خيار الشرط أن خيار الشرط في الاجتهاد الحنفي لا يورث، فلا يتصور فيه اختلاف الورثة إجازة ورفضاً، كما سبق إيضاحه هناك.

أما خيار الوصف فيورث اتفاقاً فينبغي الاتفاق فيه على هذا الحكم الاستحسانى عند اختلاف الورثة في الإجازة والرفض فيمنح الوارث المميز للشراء حق أخذ المبيع كله لحسابه.

ولو اختلف المتبايعان في اشتراط الوصف المرغوب فيه فادعى المشتري اشتراطه وأنكر البائع فالقول للبائع مع يمينه، لأنه منكر حق الفسخ، والبينة على المشتري.

وكذا لو اختلفا فادعى المشتري أنه إنما اشترى الثوب على أن عرضه ذراعان وطوله تسعة، وقال البائع إنه إنما اشترط أن يكون العرض ذراعاً والطول سبعة فالقول للبائع مع يمينه (علي حيدر عن رد المحتار).

٥٦ - ملاحظة:

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

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

(ب) الرؤية وخيارها:

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

خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية للمشتري في المبيع المعين بالذات الذي لم يره سواء أكان المبيع غائباً عن مجلس العقد حقيقة أو كان حاضراً مستوراً أي في حكم الغائب، لأنه في حكم الغائب، فإنما العبرة للرؤية وعدمها.

ولا يثبت خيار رؤية لمشتري المثليات الغائبة، وليست حاضرة معاينة، لأن المثليات في الذمة إنما تقضى بأمثالها. فلو ثبت خيار رؤية المشتري فيما يستوفيه عنها، لأعادها البائع إليه هي أو مثلها كوفاء جديد، فلا يكون الخيار مفيداً شيئاً للمشتري، بل كان عبثاً، ولا عبث في التشريع كما يصرح به الإمام الشاطبي في موافقاته^(١).

وهذا الخيار يختص بالمشتري فلا خيار للبائع في ما باعه دون أن يراه. والنظرية الشرعية 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 فيتضرر بالزامه به. وقد ثبت هذا الخيار بالحديث النبوي: من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى.

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

والرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة وإنما تكون في كل شيء بحسبه وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه.

فشم المشمومات وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها، وجس الضرع في شاة اللبن، كل ذلك يعد رؤية كافية في هذه الأشياء وإن لم تشترك العين فيها؛ حتى أنها لو نظرت بالعين فقط لما كان ذلك رؤية كافية.

ومن ثم كان اطلاع الأعمى على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر يعد رؤية كافية كاطلاع البصير.

(١) عند الإمام مالك لا يثبت خيار رؤية لمشتري الشيء الغائب، ولو كان معيناً بالذات، إلا إذا اشترطه المشتري على البائع (ر: كتاب «الكافي» في فقه أهل المدينة لابن عبد البر النمري القرطبي، ص/٣٢٩ - ٣٣٠ ط دار الكتب العلمية بيروت).

أما ما يعرف بالنظر فوصفه للأعمى يقوم مقام نظره.

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

النظر إلى ما يحصل به العلم بالمقصود الأصلي من المبيع.

ففي النسيج الذي يكون ظاهره كباطنه تكفي رؤية ظاهره؛ وإذا كان

مخططاً أو منقوشاً تجب رؤية خطوطه أو نقوشه مع ملمس قماشه، وهكذا.

وعن هذا إذا كان للشيء المراد بيعه نموذج يتفق معه تكفي رؤية

النموذج ليعتبر المشتري مطلعاً على المبيع فلا يثبت له خيار الرؤية. فإن ظهر

دون النموذج المرثي أو مختلفاً عنه في الصفة يكون المشتري مخيراً بخيار

الوصف - لا بخيار الرؤية -، فإن شاء قبله بكل الثمن المسمى وإن شاء رده

بفسخ البيع.

ومن هذا يتضح أن المبيع إذا كان أشياء متعددة متفاوتة وبيعت صفقة

واحدة تجب رؤية كل منها على حدة كيلا يثبت الخيار.

وفي شراء الدور تجب رؤية جميع الغرف إذا كانت متفاوتة. فلو كانت

على صفة واحدة تكفي رؤية بعضها (م/٣٢٦).

وعلى هذا فالدور التي تبنى في عصرنا هذا طوابق بعضها فوق بعض إذا

كان كل طابق مماثلاً للآخر في هندسته ومشملاته ومواقعها وصفاتها فالظاهر

أنه تكفي رؤية طابق واحد منها.

والرؤية السابقة للعقد كالرؤية عند العقد تمنع ثبوت الخيار إلا إذا مضت

مدة يتغير فيها الشيء المبيع عن حاله التي كان رؤي عليها.

٥٩ - والنظر في خيار الرؤية يقبل النيابة.

فرؤية وكيل الشراء ووكيل القبض إذا قبض المبيع وهو يراه ورضي به

تعتبر كرؤية الأصل الموكل فلا خيار له بعدها.

لكن رؤية الرسول المرسل لأخذ المبيع لا تسقط خيار المشتري المرسل.

وخيار الرؤية لا يورث، فلو مات المشتري قبل أن يرى المبيع فليس

لوارثه خيار عند رؤيته لأنه محض مشيئة كانت ثابتة لشخص المورث فلا يدري

كيف يكون رأيه لو رأى، والمبيع سليم لم يفت منه شيء عليه حتى ينتقل به إلى 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 لا قبلها بكل ما يفيد الرضى بالمبيع ولو دلالة كقرض المبيع على البيع، وهبته بلا تسليم (رد المحتار ج ٤ ص/٦٥).

فإذا لم يوجد مسقطه يبقى الخيار بعد الرؤية مدة مرور الزمان إذ ليس له أجل محدود على الرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي.

وفي هذا من الإشكال ما قد بيناه في آخر بحث خيار الوصف، لأن فيه ضرراً على البائع بنقض البيع بعد مضي زمن طويل فينبغي تحديده فقهاً وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة.

على أن الحديث النبوي الأنف الذكر وهو الذي ثبت به حكم خيار الرؤية قد يشعر بمعنى الفورية فيه، فإن قول النبي عليه السلام: «فله الخيار إذا رأى» قد يفهم منه أن الخيار إنما يثبت عند الرؤية لا بعدها، ويستثنى الزمن الذي يحتاج فيه إلى التروي عادة، وهو الأجل الذي كان ينبغي أن يحدده الاجتهاد فيلحق بالعندية لا بالبعدية؛ وهو رأي آخر في الاجتهاد الحنفي يرى أصحابه توقيت خيار الرؤية بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، فلو تمكن المشتري منه ولم يفسخ سقط خياره.

لكن ينقص هذا الرأي تحديد الإمكان بوقت مناسب عادة، وهو ما كان ينبغي أن تتداركه المجلة. وأرى تحديده هنا أيضاً بثلاثة أيام كما اقترحت في خيار الوصف.

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 أن يكون جزافاً أو مقدراً بمقدار. وإذا كان مقدراً فإما أن يظهر تاماً أو ناقصاً أو زائداً.

وعلى كل إما أن يذكر في عقد المبيع مجموع الثمن فقط في مقابل مجموع المبيع المقدر، كما لو بيع قطعة جوخ بمائة دينار على أنها مائة متر؛ وإما أن يصرح في العقد بتفصيل أجزاء الثمن على وحدات المبيع كما لو بيعت قطعة الجوخ على أنها مائة متر بمائة دينار كل متر بدينار.

فإذا كان المبيع جزافاً أو كان مقدراً فظهر تاماً كان البيع صحيحاً لازماً بكل الثمن المسمى من حيث المقدار، وإن أمكن أن يكون غير لازم من جهات أخرى كما لو وجد فيه أحد الخيارات المتقدمة الذكر.

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

فالبيع المقدر بمقدار إما أن يكون مكيبلاً أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً.

والموزون والمذروع إما أن يكونا مما يضره التبعض أي التجزئة والتقسيم، أو مما لا يضره ذلك.

والمعدود إما أن يكون متقارب الآحاد، أو متفاوتاً.

ومما يلاحظ هنا أن المكيل والمعدود دائماً لا يضرهما التبعض.

ولأجل تسهيل جمع الأحكام وترتيبها نرتب هذه الأصناف من المبيعات كما يلي:

١ - الصنف الأول:

أ - المكيلات بمختلف أنواعها كالقمح والشعير والتبن، إذا بيعت بالكيل، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبتروال والبنزين، وكل ما اصطلاح على كيله.

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

ج - العدديات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكووس وصحون الخزف أو البلور ونحوها.

والصفة المشتركة الجامعة بين زمر هذا الصنف أنها لا يضرها التبعيض ومتساوية الوحدات.

٢ - الصنف الثاني:

الموزونات والمذروعات اللذان يضرهما التبعيض، فالموزونات كحبة لؤلؤ أو الماس. والمذروعات كالأراضي وكقطعة شال أو سجادة أو قطعة جوخ تكفي ثوباً واحداً.

٣ - الصنف الثالث:

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

٦٢ - فما كان من الصنف الأول - على اختلاف زمره - إذا بيع شيء منها وبين مجموع مقداره فإن ظهر أزيد فالزيادة للبائع يأخذها عيناً لأن فصلها من المجموع لا يضره، والعقد لازم في حق الطرفين. وإن ظهر أنقص فالنقص

على عهدة البائع، فتطرح من الثمن حصة القدر الناقص، ويكون البيع غير لازم في حق المشتري لتفرق الصفقة عليه فيخير بين أن يأخذ المبيع على نقصه بحصته من الثمن، وبين أن يفسخ البيع.

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

٦٣ - وما كان من الصنف الثاني - وهو ما يضره التبعض من موزون أو مذروع - إذا بيع شيء منه، وبينت مجموع وحداته وزناً أو ذرعاً ومجموع ثمنه، فظهر المبيع أزيد أو أنقص فالحكم يختلف بين إجمال الثمن وتفصيله.

أ - فإذا كان قد اكتفى في العقد بإجمال الثمن دون تفصيل، ينظر:

- ففي حال زيادة المبيع يكون العقد لازماً بحق الطرفين بالثمن المسمى، والزيادة للمشتري، لأن المنظور إليه حينئذ في العقد من حيث تقابل العوضين إنما هو المجموع دون الأجزاء. والمبيع لا يقبل التبعض فالزيادة لا تقبل الفصل، فتكون كوصف في المبيع فلا يقابله شيء من الثمن كما لو اشترى شيئاً فظهر أجود مما وصف في العقد. فالزيادة في مصلحة المشتري ولا خيار لأحد.

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

ب - وأما إذا كان قد فصل الثمن على وحدات المبيع، بأن قيل مثلاً بعد بيان المجموعين - أي مجموع المبيع والثمن - كل رطل أو ذراع بكذا، فالزيادة والنقص يكونان عندئذ بحسابهما من الثمن، فيستحق البائع ثمن الزائد، ويطرح المشتري ثمن الناقص، لكن العقد، في حالتي الزيادة والنقصان يكون غير لازم في حق المشتري فيخير بين القبول والفسخ، لأنه 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 الأول المتقدم أنه هناك تفصل الزيادة وترد إلى البائع عيناً إن لم يتفقا على بقائها أما هنا فلا تفصل لأن المبيع لا يقبل التبعض وإنما يحاسب على حصتها من الثمن.

وأيضاً هناك لا يخير المشتري في حال الزيادة وهنا بخير، لأنه هنا سيلتزم بثمنها لعدم إمكان فصلها.

٦٤ - وما كان من الصنف الثالث - وهو العدييات المتفاوتة - كما لو اشترى إنسان قطيع غنم على أنه مائة رأس بكذا فظهر أزيد أو أنقص، فحكمه في الأصل، من حيث استحقاق الزيادة والنقص، كالحكم في الصنف الأول لأن مثله لا يضره التبعض ولكن يختلف الحكم في هذا الصنف بين حالي إجمال الثمن وتفصيله من حيث صحة عقد البيع وفساده بسبب التفاوت في آحاد المبيع:

أ - ففي حال إجمال الثمن يفسد البيع بظهور الزيادة أو النقص على السواء، لأن المبيع يقبل التبعض فتكون الزيادة للبائع والنقص بحسابه من الثمن كما في الصنف الأول، فتقع الجهالة فيما يجب رده من المبيع وفيما يجب طرحه من الثمن لتفاوت آحاد المبيع في القيمة، إذ تتعارض مصلحة البائع والمشتري في رد الأجود أو الأردأ وفي طرح قيمته، فتكون جهالة مفضية إلى نزاع مشكل، فتفسد العقد.

ب - وأما في حال تفصيل الثمن على أجزاء المبيع بأن قيل مع بيان مجموعيهما:

كل رأس بكذا، فإنه إذا ظهر المبيع أزيد كان البيع فاسداً للحاجة إلى رد الزائد عيناً فتقع الجهالة والنزاع فيما يلزم رده كما تقدم.

وأما إذا ظهر أنقص فالببيع صحيح غير لازم، لأن الواجب عندئذ أن تطرح من الثمن حصة الناقص، وبما أنه قد بين ثمن كل واحد من المجموع بعضه مع بعض أصبح ما سيطرح من الثمن معلوماً.

لكن يخير المشتري لتفرق الصفقة عليه^(١).

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

٦٥ - خلاصة:

ومما تقدم بيانه يتضح أن المبدأ الفقهي العام في أن الزيادة والنقص في المبيع يعتبران لمصلحة البائع أو على حسابه إنما يستند إلى أحد أمرين:
كل واحد منهما يكفي إذا وجد لإثبات هذا الحكم.

١ - كون المبيع مما لا يضره التبعض، سواء أكان الثمن مجملاً أم مفصلاً.

٢ - وتفصيل أجزاء الثمن على وحدات المبيع، سواء أكان يضره التبعض أم لا.

فمتى كان المبيع مما لا يضره التبعض كانت الزيادة لمصلحة البائع والنقص على عهدته وحسابه، دون نظر إلى تفصيل الثمن أو إجماله.

ومتى فصل الثمن فكذلك تكون الزيادة لمصلحة البائع والنقص على حسابه دون نظر إلى كون المبيع مما لا يضره التبعض.

ومتى انتفى كلا الأمرين بأن كان المبيع مما يضره التبعض والثمن غير مفصل كانت الزيادة للمشتري بلا مقابل والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

(١) يلاحظ هنا بالنسبة إلى حكم الفساد، اثر المادة /٦٤/ من أصول المحاكمات الحقوقية لدينا. فإن هذه الجهالة فيما يجب رد عينه أو طرح ثمنه في حالتي الزيادة والنقص المفسدتين إنما هي جهالة في نقطة فرعية لا أساسية إذ أن أسس المعوضة قد بينت ببيان مجموع المبيع والثمن فلا تكون هذه الجهالة مفسدة بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة، بل تكمل المحكمة هذا النقص الفرعي فتعين هي بمعرفة الخبراء ما يجب رده أو طرح ثمنه بنسبة وسطية. (ر: ف/٣٤).

ويلاحظ على كل حال ثبوت الخيار للمشتري متى كان بمقتضى ظهور الزيادة أو النقص سيلزم بأكثر مما اشترى، أو ستفرق عليه الصفقة. والنظر الفقهي في ذلك أن المقادير فيما لا يضره التبعض تعتبر كأجزاء، وفيما يضره التبعض تعتبر كأوصاف. والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، بمعنى أنها لا يقسم عليها وإنما يوجب فواتها الخيار^(١).

٦٦ - إن هذا الفصل من المواطن الفقهية المضطربة العرض في مصادرها من كتب الفقه، وقد رتبته المجلة أحكامه بعض الترتيب في المواد / ٢٢٣ - ٢٢٩ / منها. وقد حرصنا على بذل جهد فقهي جديد فيه، للمزيد في تأصيله وتمهيده، وترتيبه وتقعيده مع العلل والمبادئ المعتمدة فيه تسهياً لفهمه وحفظه. (ولتنظر مصادره في المواد المذكورة في المجلة وشروحها، وفي رد المحتار ج ٤ / ص / ٣٠ - ٣٣ والدرر ج ٢ ص / ١٤٧ - ١٤٩).

هذا ويلحظ أيضاً أن فساد البيع بسبب ظهور زيادة أو نقصان في مقدار المبيع محصور في الصنف الثالث من الأشياء في صورتها الزيادة والنقصان على السواء إذا ذكر الثمن مجملاً دون تفصيل، وكذا في صورة الزيادة - دون النقصان - إذا جرى تفصيل الثمن على وحدات المبيع، وذلك للسبب الذي يبيانه من موجبات الفساد.

(١) قال في رد المحتار نقلاً عن الدر المنتقى: وقالوا: ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك أصل، وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن، اهـ. ومعنى التشقيص التجزئة والتبعض، فهو جعل الشيء أشقاصاً أي أقساماً جمع «شقص» كقسم وزناً ومعنى.

الفصل الثالث في الثمن وأحواله

- ٦٧ - إن الأحوال التي يتناولها البحث عن الثمن مباشرة^(١) هي:
- مباحث عامة في الثمن.
 - تحديد الثمن وطرائقه.

الفرع الأول مباحث عامة في الثمن

- فكرة الثمنية - الفرق بين الثمن والقيمة والسعر - الفرق بين الثمن والدين - ما يصلح للثمنية - التقدان وتعين الأثمان - التمييز بين المبيع والثمن، ونتائجه الفقهية.

٦٨ - (أ) فكرة الثمنية:

الثمن هو المال الذي يقابل المبيع (ر: م/١٥٢) وهو إنما يكون من جانب المشتري.

وفكرة الثمنية، في النظرين العرفي والفقهي، تقوم على معنى الوسيلة المالية التي يتوصل بها اتفاقاً إلى الحصول على المبيع المقصود.

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

فالثمن، في الأصل، أداة المبادلة وأما المقصود فيها فهو المبيع. وذلك لأن المبيع تتحقق المنفعة بذاته للإنسان فهو محط حاجته؛ وأما الثمن فليس في الغالب إلا مطية لمبادلة أخرى. وهكذا يصبح الثمن دواراً متداولاً، والمبيع مستهلكاً.

هذا شأن المبيع والثمن، في البيع المطلق وهو البيع بالنقد، وإن كان من الناس من يشتري وليس المبيع مقصوده لذاته، وإنما يبغى به التجارة والربح بيعه ثانية.

فالمبيع في الأغلب هو محل الحاجات، فعلى كلٍ هو في ذاته غاية، والثمن وسيلة.

وعن هذا يعتبر الفقهاء للمبيع في العقد شأناً في الأحكام أهم من شأن الثمن.

فيشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً أي يجب أن يكون محلاً صالحاً للتملك، وإلا كان البيع باطلاً.

أما الثمن فلا يشترط تقومه لانعقاد البيع، بل لصحته فقط، كما تقدم (ر: ف/٢٠/ ورد المحتار، باب البيع الفاسد ج٤ ص/١٠٤).

وكذلك هلاك المبيع قبل التسليم يبطل البيع؛ أما هلاك الثمن فلا يبطله بل يجب بدل عنه.

٦٩ - (ب) الثمن والقيمة والسعر:

ومن كون الثمن هو الوسيلة المالية الاتفاقية في المبادلة يتضح أن معنى الثمنية لا يتحقق إلا في عقد.

ومن ثم كان الفرق بين الثمن والقيمة.

فقيمة الشيء هي ما يساويه بين الناس.

أما الثمن فهو ما يتراضى عليه المتبايعان؛ فقد يكون أكثر من القيمة، أو

أقل، أو مساوياً (م/١٥٣ و ١٥٤/، ورد المحتار باب خيار الشرط ج ٤ ص/٥١).

ففكرة التوازن بين العوض والمعوض، هي في الثمن اعتبارية وفي القيمة حقيقية. ولذا لو أتلف المشتري المبيع وهو في يد البائع فإنما يلزمه الثمن المسمى، أما لو أتلفه أجنبي ثالث فتلزمه القيمة لو قيمياً والمثل لو مثلياً لأنه مكلف بالتزام عوض معادل (ر: ف/١١١/).

وقد تسمى القيمة: «ثمن المثل» في مقابل قولهم: «الثمن المسمى» أي المتفق عليه في البيع.

ولكن لا ينبغي أن يقال: «قيمة المثل» لأن لفظ القيمة وحده ينبي عنه.

وأما السعر فهو قيمة أو ثمن الواحد القياسي من الشيء، مكياً كان أو موزوناً، أو مذروعاً، أو معدوداً. فإذا قيل: اشترى فلان مائة متر من هذا النسيج بسعر دينار، فمعناه أن كل متر بدينار فمجموع الثمن مائة دينار.

٧٠ - (ج) الثمن والدين:

ومن جهة أخرى يفرق بين الثمن والدين بأن الثمن هو ما تراضى عليه المتبايعان مقابلًا للمبيع.

أما الدين فهو كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام، كالإتلاف والغصب والكفالة والقرض إلخ... ومن جملة هذه الأسباب البيع.

فالدين أعم من الثمن سبباً، لأن الثمن لا يكون إلا في البيع خاصة.

ولكن الثمن أعم من الدين نوعاً، لأن الدين لا يكون إلا من النقود أو المثليات الأخرى القابلة للثبوت في الذمة؛ أما الثمن فقد يكون كذلك وقد يكون عيناً قيمة.

فبينهما من النسبة ما يسمى بالعموم والخصوص الوجهي، لأن كلاً منهما أعم من وجه، وأخص من وجه آخر (ر: رد المحتار ج ٤ ص/١٦٦).

٧١ - (د) ما يصلح للثمنية:

الأصل كما يظهر من تتبع النصوص، أن كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً ولا عكس، لما رأينا أن المال غير المتقوم شرعاً ينعقد معه البيع لو كان ثمناً، ولا ينعقد لو كان مبيعاً^(١).

وعن هذا، فالثمن يمكن أن يكون ديناً في الذمة وهو الأغلب، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين، كالقمح والزيت وغيرهما من كل كيلبي أو وزني أو ذرعي أو عددي متقارب.

ويمكن أيضاً أن يكون الثمن أحياناً قيمياً من حيوان أو ثياب أو نحوهما؛ كما لو بيعت كمية من السكر إلى أجل بشيء من القيميات، فالسكر مبيع والعين القيمة ثمن؛ ويكون البيع حينئذٍ سليماً لأنه بيع مؤجل بمعجل ولا يشترط فيه أن يكون الثمن نقوداً أو مالاً مثلياً.

وكذلك بيع المقايضة وهو بيع العين بالعين، فإن كلاً من العوضين يعتبر مبيعاً من وجه وثنماً من وجه.

٧٢ - وبذلك يتضح أن الثمن لا يجب دائماً أن يكون ثابتاً في الذمة، كما لا يجب أيضاً أن يكون مما يقبل الثبوت في الذم وهو المثليات، بل قد يكون قيمياً كما رأينا؛ وقد يكون مثلياً متعيناً كتعيين المبيع، كما لو بيع شيء معين بمقدار من القمح حاضر مشار إليه في مجلس العقد. فكل المبيع والثمن متعينان في الوجود الخارجي ليس أحدهما بملتزم في الذمة (ر: الدر المختار ورد المحتار فصل التصرف بالمبيع والثمن ج ٤ ص ١٦٥).

فما يعبر به أحياناً بعض الفقهاء: أن الثمن هو ما يثبت ديناً في الذمة، وما في المادة /١٥٢/ من المجلة أن «الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق

(١) يلاحظ هنا أن المادة /٦٤/ من أصول المحاكمات الحقوقية لدينا قد أزلت هذه التفرقة الفقهية بين المال المتقوم وغير المتقوم. فيمكن بمقتضى الفقرتين الأولى والثانية منها أن يقال: كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً، وبالعكس. (انظر عن المادة /٦٤/ المذكورة ما تقدم في شرائط الانعقاد والصحة ف/١٩ و ٣٤).

بالذمة» ليس صحيحاً على إطلاقه، بل هو محمول على الحالة الغالبة من أن الثمن يكون عادة من النقود الملتزمة ديناً في الذمة.

وقد أخذ مشروع القانون العراقي في المادة /٥٢٦/ منه مادة المجلة المذكورة بنصها في تعريف الثمن فوق أيضاً تحت هذه الملاحظة.

وقد كان المناسب حذف جملة «ويتعلق بالذمة» والاقتصار في التعريف على أن: «الثمن ما يكون بدلاً للمبيع».

٧٣ - (هـ) النقدان وتعيين الأثمان:

على أن الأصل في الثمنية في نظر الفقهاء النقدان، أي الذهب والفضة، ولو غير مسكوكين، ويصرحون بأنها أثمان بالخلقة (ر: الدر المختار وغيره أول الصرف) ومعنى ذلك أن الغاية الأصلية العامة من اقتنائهما وتداولهما إنما هي الثمنية. ويبني الفقهاء على هذا أن مبادلتهمما بجنسهما، ولو غير مسكوكين، تطبق فيها أحكام وشرائط الصرف الذي هو بيع النقود بالنقود.

وقد الحقوا بهما الفلوس النافقة، وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثمنيتها، فهي أثمان بالاصطلاح؛ فإذا كسدت أصبحت من السلع كما لو كانت غير مسكوكة.

٧٤ - وقد قرر الفقهاء أن النقود المسكوكة عامة من ذهب أو فضة أو فلوس معدنية لا تتعين في عقد المعاوضة ولو عينها العاقدان.

فلو قال: اشتريت منك كذا بهذا الدينار وأشار إليه فإن له بعد تمام العقد أن يبدله فيدفع سواه من نوعه؛ ولا يحق للبائع أن يطلب أخذ ما وقع العقد به وأشير إليه، لأن الثمن متى كان من النقود فمحلله الذمة حتماً، وما في الذمة لا ينحصر ببعض أفراده الخارجية فللملتزم أن يدفع ما شاء من الأفراد الصالحة لوفاء التزامه، فبطل التعيين لعدم فائدته. ومثل ذلك يقال في الأوراق النقدية اليوم^(١).

(١) القاعدة المتبعة الشائعة في المذهب الحنفي أن «الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في =

فإذا لم يكن الثمن من المسكوكات، فإنه عندئذ كسائر السلع يقبل التعيين ولو كان ذهباً وفضة، فلو اشترى بسبيكة ذهبية مشار إليها فليس له أن يدفع ما يماثلها معياراً ومقداراً، وقد تقدم إيضاح ذلك في الجزء الثالث (ر: ج ٣ ف/ ١٤ - ١٣).

وقد ورد في المادة /٢٤٣/ من المجلة أنه «لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد».

وإنما المراد بها الثمن من المسكوكات النقدية بدليل مثالها الذي أوردته وهو الموافق لنصوص الفقهاء الإجماعية.

والمجلة لم تستعمل لفظ الثمن إلا مريدة به النقود، ولم تمثل له بمثال من غير النقود، جرياً على الغالب الشائع من تعامل الناس.

٧٥ - (و) التمييز بين الثمن والمبيع:

هذا، وبناءً على ما رأينا من أن كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً، وأن الثمن ربما لا يكون متعلقاً بالذمة بل قد يتعين في الوجود الخارجي كما يتعين المبيع، أصبح من الواجب معرفة ما يميز به الثمن عن المبيع في المبيعات حيث لهذا نتائج في الأحكام.

= عقود المعاوضة». ويتفق معه مذهب المالكية فيما عدا الصرف والكراء، ورواية في المذهب الحنبلي أيضاً تعتمد هذا الأصل. وذهب الشافعية، والحنابلة - في المشهور الراجح عندهم - إلى أنها تتعين بالتعيين. (انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٦٨/٥، والفروق للقرافي ٢٥٥/٣، والمنتقى للبايجي المالكي ٢٦٨/٤، وكشاف القناع ٢٧٠/٣ وقواعد ابن رجب ص/٤١٤، والأشباه والنظائر للسبكي ٢٧٠/٢).

وواقع أن القول بتعيين النقود في المبادلات المالية غير وجيه، إذ لا يخفى ما في اعتبار هذا الأصل - عدم التعيين - من دفع الحرج في التعامل وتسهيل مهمة النقد، ومن المعلوم أن التعيين غير مقصود بذاته. يقول الإمام السرخسي في المبسوط ٣٩/١٥: «الدرهم والدنانير أثمان محضة ولا مقصود في عينها، إنما المقصود الثمنية».

وقد أيد هذا الرأي أيضاً الإمام ابن تيمية أيضاً في فتاويه، ورجح عدم تعيين النقود بالتعيين في المعاوضات لأنها تثبت في الذمة أولاً ثم تقضى بأمثالها (ر: الفتاوى ج/٢٩ ص ٢٤٢ - ٢٤٣).

وقد عالج الفقهاء ذلك وقرروا فيه المبادئ التالية، باعتبار أن الأموال في المعاملات ثلاثه أنواع: النقود، والأعيان القيمية، والمثليات:

١ - أن 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 بدينار، أو دخل على مقابلها، نحو: بعتك ديناراً بهذا.

٢ - إن الأعيان القيمية إذا قوبلت بالأموال المثلية المعينة تعتبر تلك الأعيان القيمية هي المبيع والمثلي هو الثمن، مطلقاً أيضاً دون نظر إلى اقتران حرف الباء لأن المثلي أليق بالثمنية من حيث قابليته للثبوت في الذمم كالنقود.

٣ - الأعيان القيمية إذا قوبلت بالأموال المثلية غير المعينة، أي الملتزمة في الذمم، فالعبرة في الثمنية لمقارنة حرف الباء: فما دخل عليه كان ثمناً، والآخر مبيعاً. فلو قال بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر، فالسكر هو الثمن.

ولو قال: بعتك قنطاراً من السكر بهذا المتاع كان السكر مبيعاً، والمتاع ثمناً، ويكون العقد حينئذٍ من قبيل بيع السلم الذي هو بيع شيء مؤجل ملتزم في الذمة بثمن معجل (ر: ف/١٠).

٤ - الأموال المثلية إذا قوبل بعضها ببعض في عقد المعاوضة فكان كل من العوضين مثلياً، كما لو بيع قمح بزيت أو جوز ببيض الخ... فالعبرة لحرف الباء: فعلى أي العوضين دخل في العقد اعتبر ثمناً، والآخر مبيعاً.

٥ - في مقايضة الأعيان القيمية بالقيمىة يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه وثنماً من وجه.

هذا ما يستخلص في هذا المقام من نصوص الفقهاء.

(ر: الدر المختار ورد المحتار في آخر الصرف، وفتح القدير أيضاً، والشربلية في فصل التصرف بالمبيع).

(١) يلحق بها اليوم الأوراق النقدية كالورق السوري والمصري كما أشرنا إليه.

٧٦ - نتائج هذا التمييز:

ولهذا التمييز بين المبيع والثمن النتائج التالية:

- ١ - يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً.
- أما كون الثمن متقوماً فإنما هو شريطة لصحة البيع لا لانعقاده، كما سلف بيانه (ر: ف/٦٨ أ).
- ٢ - يشترط لنهاذ البيع أن يكون المبيع المعين موجوداً في ملك البائع، ولا يشترط ذلك في ثمنه، بل يكون البيع نافذاً ولو لم يكن المشتري مالكاً لشيء لأن الثمن إنما يثبت ديناً في ذمته وهي صالحة للالتزام مطلقاً دون تقيد بما يملك. على أنه عندما يكون الثمن عيناً معينة يشترط عندئذٍ لنهاذ البيع أن يكون الثمن أيضاً موجوداً في ملك المشتري، كما في حال المقايضة بالسلع.
- ٣ - هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع لا هلاك الثمن.
- ٤ - هلاك المبيع بعد التقابض يمنع إقالة البيع، لا هلاك الثمن.
- ٥ - استحقاق المبيع المعين من يد المشتري يفسخ البيع لا استحقاق الثمن من يد البائع (ر: ف/١١٦)^(١).
- ٦ - لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ويجب تأجيل المبيع.
- ٧ - على المشتري تسليم الثمن أولاً ليحق له استلام المبيع إلا أن يرضى البائع بتسليم المبيع أولاً.
- ٨ - مؤونة تسليم الثمن، أي كلفته على المشتري؛ ومؤونة تسليم المبيع على البائع.
- ٩ - البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد، أما مع عدم تسمية المبيع، نحو: بعثك بعشرة دنانير، فباطل غير منعقد.

(١) معنى الاستحقاق أن يدعي شخص ملكية المبيع ويثبت دعواه، ويأخذ المبيع من مشتريه (ر: ف/١١٤).

١٠ - إذا كان المبيع من الأموال المنقولة لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع ونحوه قبل قبضه، ويصح تصرف البائع في الثمن (ر: ف/٣٣).

وهذا الحكم معدل بمقتضى المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية لدينا، فإنها تقتضي صحة التصرف قبل القبض مطلقاً.

وهذه النتائج ترى منثورة في مناسباتها المختلفة من أبواب البيوع في المجلة وكتب الفقه، جمعناها هنا.

الفرع الثاني تحديد الثمن وطرائقه

٧٧ - يجب في عقد البيع أن يكون الثمن محدداً تحديداً كافياً لقطع النزاع.

فإن لم يكن محدداً كذلك كان مجهولاً فيفسد البيع؛ سواء أكان مسكوتاً عنه بالمرّة، كما لو قال: اشتريت منك هذا الشيء، فقال البائع: بعته، دون أن يتعرضاً للثمن؛ أو اتفقا على أن يحدد الثمن في المستقبل، أو كانت أسس تحديده مذكورة في العقد، كما لو اتفق المتبايعان على أن يكون الثمن سعر السوق يوم البيع.

لكن مقتضى المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية لدينا يعتبر البيع في الحالة الأخيرة المتفق فيها على الأسس صحيحاً، والمحكمة تتولى تامة العقد فتحدد سعر السوق عند الاختلاف بمعرفة الخبراء.

أما في حالة السكوت عن أصل الثمن أو عن بيان أسسه فإن المادة /٦٤/ المذكورة لا تقتضي تصحيحه، بل هو باق على حكم الفساد الشرعي، لأن الفقرة الأخيرة منها لم تصحح من وجوه الفساد بسبب الجهالة إلا ما اتفق فيه العاقدان على النقاط الأساسية وكانت الجهالة في النقاط الفرعية منه فقط، خلافاً لما يتوهمه الكثيرون من رجال القانون اليوم من أن المادة /٦٤/ المذكورة قد ألغت الفساد بجميع أسبابه، وصححت العقود الفاسدة في كل صورها، كما سبق إيضاحه (ر: ف/٣٤).

٧٨ - ولتحديد الثمن طرائق:

فهو إما أن يكون حاضراً في مجلس العقد أو غائباً.

فإذا كان حاضراً فإنه يعلم ويتحدد بمشاهدته والإشارة إليه (م/٢٣٩).
ويكتفي بذلك سواء بين مقداره أو لم يبين؛ وعندئذ؛ أي إن لم يبين
مقداره، ويكون جزافاً، فإن الجزاف يجري في الثمن كما يجري في المبيع
(ر: ف/٤٥).

فلو باع فرساً بصره من الدنانير، أو بصرة من القمح مشار إليهما فالبيع
صحيح تام وإن لم يعرف مبلغ الدنانير ولا مقدار القمح.
وإذا كان الثمن غائباً عن مجلس البيع فإن المجازفة عندئذ لا تجري فيه،
بل يجب أن يكون موصوفاً مقدراً، وذلك ببيان نوعه ووصفه ومقداره (م/٢٣٩
و ٢٤٠).

وهذا التحديد بالنوع والوصف والقدر يتحقق بإحدى طريقتين:

- إما أن يكون ثمن البيع غير مبني على ثمن الشراء، أي غير منظور فيه
إلى رأس مال البائع، وهذا يسمى: بيع المساومة.
- وإما أن يكون مبنياً على ثمن الشراء بزيادة ربح محدود، أو بلا ربح،
أو بخسارة محدودة.

وهذا يتفرع منه أربع حالات:

المرابحة، والتولية، والإشراك، والوضيعة:

المبحث الأول

تحديد الثمن في بيع المساومة

٧٩ - بما أن طريقة المساومة لا ارتباط فيها للثمن الجديد بالثمن الذي
كان اشترى به البائع تكون العبرة للنوع الذي يعينه العاقدان، فمتى ذكرا نوعاً
ووصفاً لزم المشتري أداء المقدار المتفق عليه من النوع والوصف المبيينين.
فلو عقد البيع مثلاً على دنانير عثمانية، أو إنكليزية، أو إفرنسية، وجبت
التأدية من هذه الأنواع.

وإذا أطلق الدينار في العقد فلم يبين له نوع، فإن كان في بلدة العقد دنائير متنوعة مختلفة في القيم متساوية في الرواج، أي في شيوع تداولها بين الناس، يفسد العقد لتأديته في النتيجة إلى جهالة مقدار الثمن بسبب تفاوت قيم الدنائير.

على أنه بمقتضى المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية يمكن أن تعتبر هذه الجهالة في ناحية فرعية (ر: ف/٧٧) فيكون العقد صحيحاً، وتتم المحكمة عند الاختلاف نواقصه، فتعين من الدنائير النوع المناسب لقيمة المبيع بمعرفة الخبراء.

وإذا كان بعض أنواع الدنائير أروج من بعض في التعامل صح العقد وانصرف الثمن إلى أروجها.

فلو بيع في بلادنا اليوم شيء بالليرات الذهبية دون بيان نوعها انصرف إلى العثمانية لأنها لدينا لا تزال أروج.

ولو بيع كذلك في الحجاز مثلاً انصرف إلى الدنائير الإنكليزية، لأنها هناك اليوم أروج.

ومثل ذلك تماماً يقال في الأوراق النقدية اليوم فلو بيع لدينا بكذا ليرة ورقاً انصرف إلى الورق السوري، ولو في مصر انصرف إلى الورق المصري، وفي فلسطين إلى الفلسطيني، وفي العراق إلى العراقي، وإن كان كل من هذه الأوراق النقدية مستعملاً في كل من هذه الممالك، وذلك لأن كل نوع في بلاده أروج^(١).

(١) كان ذلك في الأربعينيات من هذا القرن العشرين الميلادي أما اليوم وقت إخراج هذه الطبعة الجديدة بعد خمسين عاماً فقد أصبح غالب البلدان تسود فيها عملة واحدة وطنية ورقية، بل قد يمنع القانون تداول الدنائير الذهبية في المعاملات كما في سورية. لكن هذا لم يكن مطرداً في التاريخ، بل كانت بلاد كثيرة تتداول فيها أنواع متعددة من النقود في آن واحد وكان هذا هو الواقع في بلاد الشام والحجاز بعيد الحرب العالمية الثانية.

٨٠ - وإذا بين نوع النقود لا وصفها وتفاوتت القيم بتفاوت الأوصاف، فالظاهر أنه كذلك ينصرف إلى الأرواح، كما لو بيع شيء لدينا بالليرات العثمانية ولم يبين أنها جديدة أو عتيقة فإنه ينصرف إلى العتيقة لأنها أكثر تداولاً. وإذا استوى الرواج فالظاهر أن العقد لا يفسد بل للمشتري أن يدفع أيها شاء ولو أدناها قيمة، كما لو بيع شيء لدينا بالدنانير الإنكليزية ولم يبين أنه مما يحمل صورة الملك أو الملكة فإن للمشتري أن يدفع مما يحمل صورة الملكة؛ وذلك لأن تعيين النوع يكفي شرعاً؛ وجميع أفراد هذه الأوصاف المختلفة يصدق عليها النوع المبين وهو الدنانير الإنكليزية؛ فصار كحق المشتري في أن يدفع من أجزاء النقود المعقود بها.

أما في الحجاز اليوم مثلاً فإن الدنانير الإنكليزية إذا أطلقت في التعامل تنصرف إلى ما يحمل صورة الملك، لأنها الأكثر رواجاً.

وإذا كان للنقود المتنوعة أجزاء تقديرية مشتركة بينها، فوقع البيع بهذه الأجزاء، كالقروش اليوم أو الفلوس، فللمشتري أن يؤدي ما يعادل القروش أو الفلوس المعقود بها من أي نوع من أنواع النقود الرائجة التي تقدر بها (م/٢٤١).

وإذا كان لكل نوع أجزاء خاصة كأجزاء الليرة السورية أو المصرية من الورق النقدي اليوم، وأجزاء الريالات الفضية في الحجاز مثلاً، وجرى العقد على نوع تلك الليرات أو الريالات، فإن للمشتري أن يدفع من الأجزاء المتداولة من نصف وربع وعشر، إلا إذا كان العرف يمنع دفع الأجزاء الصغرى كالعشر عوضاً عن الأصل (م/٢٤٤).

المبحث الثاني

في المرابحة وأحوالها

٨١ - المراد بأحوالها التولية والإشراك والوضيعة.

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

أ - فالمرابحة بيع ما ملكه الإنسان برأس ماله مع ربح محدود. ولا فرق بين أن يكون الربح حصة نسبية من رأس المال كعشرة في المائة مثلاً، أو مبلغاً مقطوعاً، أو عيناً معينة في حوزة المشتري.

ب - وأما التولية فهي بيع ما ملكه الإنسان بما قام عليه دون فضل.

ج - وأما الإشارك فهو تولية بعض المبيع بحصة من رأس المال.

د - وأما الوضعية فهي عكس المرابحة أي أنها بيع الشيء بأنقص من رأس ماله، فهي تنطوي على خسارة.

ويلحظ من هذه التعاريف أنه لا يشترط أن يكون المبيع بالمرابحة وأخواتها قد ملكه البائع بالشراء، بل لو غصب الإنسان شيئاً فضاع منه حتى حكم عليه بضمان قيمته ثم وجده يمكنه أن يبيعه مرابحة بما قام عليه، لأنه ملكه بتضمينه قيمته.

فلذا قيل في التعريف: بيع ما ملكه، ولم يقل بيع ما اشتراه.

ويعتبر من رأس المال في المرابحة وأخواتها جميع التكاليف التي جرى العرف بأن تعتبر من رأس المال. فأجرة صبغ المبيع أو غسله أو تطريزه أو حملة، وأجرة السمسار، كل ذلك يضاف إلى الثمن الأصلي فيعتبر الجميع رأس المال، بخلاف علف الدابة مثلاً فإنه لا يحسب من رأس المال لأنه في مقابل منافعتها.

وقد اختلف الفقهاء في ضابط ما يدخل في رأس المال وما لا يدخل.

فبعضهم يرى أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يدخل وما لا فلا.

ومنهم من يرى أن العبرة لعرف التجار فيما يعتبر من المصاريف داخلاً في رأس مال الشيء أو غير داخل. وهذا هو الرأي المعول عليه.

فأجرة مخزن البيع لا تضم على رأس مال البضاعة في المرابحة، بخلاف أجرة بيت الحفظ فإنها تضم عليه في عرف اليوم.

وكذا لا تضم أجرة الطبيب لو كان المبيع دابة مريضة فطيها، ولا أجرة

عمل نفسه لو عمل البائع في المبيع عملاً مفيداً، بل كل ذلك يمكنه تداركه في مقدار الربح المطلوب.

أما نفقات سفره لو سافر وجلب المبيع من بلد آخر فيتبع كذلك العرف فيما يعتبر منها ضرورياً من لوازم السفر فيضم، أو من غير لوازمه فلا يضم. فأجرة المنزل مثلاً تضم، وأجرة الطبيب لو مرض في السفر فتطلب لا تضم.

٨٢ - يتضح مما تقدم أنه في المرابحة وأخواتها يجب أن يكون رأس المال الذي تبنى عليه معلوماً لدى المشتري حين عقدها ليتمكن بذلك معرفة الثمن الجديد فيها، فإن لم يكن معلوماً فسدت. ولو علمه في مجلس عقدها قبل انفضاضه انقلبت إلى الصحة ولكن يكون العقد غير لازم في حق المشتري فيتخير فيه بين الإمضاء والفسخ.

على أن المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية تقتضي صحة المرابحة وأخواتها ولو كان رأس مال المبيع مجهولاً عند عقدها لأن أسس تحديد الثمن متفق عليها فتكون النقاط الأساسية في العقد مستوفاة (ر: ف/٣٤).

٨٣ - الخيانة في المرابحة وأخواتها.

المرابحة وأخواتها تعتمد صدق البائع في الإخبار عن رأس ماله، وفي الكشف عن كل ما له صلة بكلفة المبيع عليه عادة.

فلو كذب في الإخبار عن رأس ماله أو كتم أمراً له تأثير في السعر عرفاً كان خائناً، وأصبح ملتزماً شرعاً تجاه المشتري تارة بحق الفسخ وتارة برد الفرق كما سنرى، لأن هذه الخيانة تخل بإرادة المشتري، وتضر بحقوقه، فتكون بالنسبة إليه معدودة من شوائب الإرادة، أو عيوب الرضى كما تقدم في الجزء الأول (ر: ج ١ ف/٣٥/٢ أولاً).

وخيانة البائع في المرابحة وأخواتها يمكن تلخيصها في أربع صور:

١ - أن يخبر عن رأس ماله بأكثر من الواقع.

٢ - أن يضم إلى رأس ماله من النفقات التبعية ما لا يجوز ضمه عرفاً ويخبر عن المجموع أنه رأس ماله دون توضيح.

٣ - أن يكتم الأجل لو كان قد اشترى بثمان مؤجل ويريد أن يبيع مرابحة بثمان حال، لأن للأجل حساباً في السعر عادة.

٤ - أن يكتم عيباً قد حدث في المبيع وهو عنده، أي دون بيان أنه اشتراه سليماً ثم تعيب.

٨٤ - فالخيانة من الصورتين الأوليين إذا ثبتت توجب في الأصل الخيار للمشتري أن يفسخ البيع أو يقبل بكل الثمن المنطوي على الخيانة، ولا يحق له أن يتمسك بالمبيع ويطرح من الثمن قدر الخيانة، لأن البائع لم يرض بأقل مما عقد به، ويكفي لدفع ضرر المشتري خياره، وهذا يسمى: خيار الخيانة.

إلا أنه إذا ترتب على الخيانة انقلاب اسم العقد حق للمشتري أن يطرح قدر الخيانة من الثمن لتمكن المحافظة على صفة العقد.

وذلك كما لو كان البيع تولية فإن الخيانة في الإخبار عن رأس المال تقلبه دائماً إلى مرابحة. فلذا يحق للمشتري في التولية أن يطرح قدر الخيانة.

وبعكس ذلك الخيانة في المرابحة فإنها لا يمكن أن يترتب عليها انقلاب اسم العقد، لأن الخيانة فيها دائماً إنما تؤدي إلى زيادة ربح البائع فيبقى العقد فيها مرابحة.

أما الوضعية فتارة لا تؤدي فيها الخيانة إلى الانقلاب، كما لو قال البائع أن رأس ماله عشرة وباعه وضعية بسبعة. وحقيقة رأس ماله ثمانية، وحينئذ فليس للمشتري إلا الفسخ أو القبول لأن النتيجة بقيت وضعية.

وتارة تورث انقلاباً كما لو كان رأس مال البائع في المثال المذكور ستة أو سبعة فإن العقد يصبح حينئذ مرابحة أو تولية، فيحق للمشتري طرح قدر الخيانة.

٨٥ - وخيار الخيانة المتقدم يسقط بهلاك المبيع بعد قبض المشتري،

وباستهلاكه له، وبإخراجه عن ملكه، لأن حقه إنما هو في الرد وقد امتنع، فيلزم المشتري بكل الثمن.

وكذا لو مات المشتري لا ينتقل خياره إلى وارثه.

أما لو استحق المشتري أن يحط قدر الخيانة في الحالات السابقة الذكر فالظاهر من النصوص أنه لا يسقط حقه بمسقطات الخيار، وينتقل إلى وارثه لو مات، لأنه قد ثبت حقه في الحط فلا يتأثر بما حدث بعده.

٨٦ - وأما الخيانة في صورتها كتمان الأجل وكتمان حدوث العيب إذا ظهرت فموجبها تخير المشتري في الفسخ أو القبول بكل الثمن دون تفصيل، فليس للمشتري إمساك المبيع وحط شيء من الثمن لقاء الأجل أو العيب الحادث.

ويسقط هذا الخيار أيضاً بالمسقطات الآنفه الذكر في الفقرة السابقة ولا يورث^(١).

هذا وإن المجلة لم تبحث عن المراجعة وأخواتها، فلتنظر مصادر أحكامها التي لخصناها ورتبناها في كتاب البيوع من الدرر، ورد المحتار، والهداية وشروحها، وغيرها من كتب الفقه.

ملاحظة حول «بيع المراجعة للأمر بالشراء»:

قلنا في مقدمة هذا الجزء - عقد البيع - من السلسلة الفقهية (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) أنه كُتِبَ قبل خمسين عاماً من هذا التاريخ الذي نجد فيه طبعه ضمن هذا الإخراج الجديد للسلسلة.

وخلال ذلك حدثت أحداث تشريعية وتعديلية وتطبيقية، واستجدت أنواع من المعاملات والنشاط الاقتصادي، وقام في البلاد العربية ما سمي بالمصارف

(١) يجب التنبيه إلى أن هذا فيما لو أطلع البائع المشتري على أصل العيب وإنما كتم حدوثه عنده. فلو كتم عنه أصل العيب فإن للمشتري، علاوة على خيار الخيانة خيار العيب وهذا يورث عنه.

- أو البنوك - الإسلامية التي تلتزم بالتعامل وفق الشريعة الإسلامية، وتجتنب التعامل بنظام الفائدة الربوية الذي تتعامل به المصارف التقليدية .

وفي هذا النطاق برزت للمصارف الإسلامية أهمية كبرى ومزية لعقد المربحة الذي أوضحناه بين بيوع الأمانة، وتطور هذا العقد في معاملات هذه المصارف حتى استحوذ على الجانب الأكبر من نشاطها، وأصبح قوام عملياتها الاقتصادية إلى جانب خدماتها الأخرى المصرفية التي تؤديها. فوجب لكي تتلاقى دراسة الفقه الإسلامي مع الواقع العملي أن نعطي إيضاحاً جديداً لعملية المربحة هذه في هذه الطبعة الجديدة بما يمكن من الإيجاز فيما يلي:

المربحة في الأصل عملية بيع بسيطة يكشف فيها البائع رأس مال السلعة التي يطلبها مرید الشراء، تطميناً له وترغيباً له في شرائها، كما سبق إيضاحه في محله، ويمكن أن يكون الثمن المطلوب فيها نقدياً (معجلاً)، أو نسيئاً (مؤجلاً أو مقسطاً).

وقد نصّ الفقهاء فيها على جواز أن يأتي شخص إلى تاجر فيقول له: إني محتاج إلى السلعة الفلانية عند فلان، وليس لدى ثمنها نقداً، فاشترها أنت منه لنفسك، وأنا عندئذٍ أشتريها منك بـ ١٠ جنيه مؤجل إلى كذا أو مقسط بـ ١٠ جنيه كذا. فإذا رضي التاجر واشتراها، ثم باعها إلى الطالب كما ذكر، فذلك جائز. وكلاهما غير ملزم قضاء بتنفيذ ما ذكر، فلو أن التاجر بعدما رضي أبي أن يشتري السلعة المطلوبة لا يلزم به، ولو أنه بعدما اشتراها لنفسه أبي الطالب أن يشتريها منه كما ذكر لا يجبر على شرائها، فتبقى حينئذٍ للتاجر مع بضائعه. هذا ما نصّ عليه الفقهاء، وسمي ذلك في الكتابات المعاصرة: بيع المربحة للأمر بالشراء.

ففي هذه الصورة نرى أنّ التاجر لم يشتر السلعة إلا بناءً على طلب الأمر. ولهذا مزيتان:

١ - أنه شبه متأكد بأنه سيبيعها من فور شرائها لها فلا تمكث في وجهه بانتظار من يشتريها.

٢ - أنه لا يحتاج إلى تخزينها وإيجاد حيز لها في متجره تشغله مدة

مكثها عنده، لأنها لن تمكث فمتى اشتراها وقبضها سيبيعها من فوره إلى الأمر الذي طلبها وهو محتاج إليها. وقد تكون السلعة المطلوبة ذات حجم يحتاج إلى حيز كبير أو مستودع لو أراد شراءها من تلقاء نفسه لتجارته دون طلب أحد لها.

فلما لحظت المصارف الإسلامية هذه المزايا في طريقة بيع المرابحة للأمر بالشراء جعلت منها العمود الفقري لنشاطها الاقتصادي ووسعت نطاق استعمالها وتطبيقها.

فالمرابحة في أصلها الذي يذكره الفقهاء تنصب على شيء موجود في السوق المحلية، فأصبحت على أيدي المصارف تمتد إلى استيراد البضائع من الخارج لتجار يطلبون من المصرف الإسلامي أن يستورد لنفسه بضاعة محددة يريدونها من مصدرها المحدد أيضاً، ثم يبيعها بعد وصولها للتاجر الذي طلبها بثمن مقسط إلى أقساط يتفق عليها، وبيع محدد أيضاً يتفق عليه مسبقاً إما بنسبة مئوية من رأس المال، أو ببيع مقطوع.

وبهذا التوسيع لنطاق المرابحة في الممارسة العملية حتى دخلت فيه عملية الاستيراد، أصبح بيع المرابحة للأمر بالشراء يغني التاجر عن التعامل مع البنوك الربوية في الاستيراد بطريقة الاعتماد المستندي المعروفة في معاملات تلك البنوك، والتي سهلت على التاجر في الاستيراد أن يوسع نطاق تجارته واستيراده بطريق المرابحة إلى أكثر مما تحمله قدرة رأس ماله.

فطريقة المرابحة للأمر بالشراء في معاملات الاستيراد التجاري من الخارج احتلت المركز الأول في نشاطات البنوك الإسلامية، بل إنها أصبحت تؤلف أكثر من تسعين في المائة من نشاطاتهم دون أن يحتاجوا إلى نطح الأسواق واختيار البضائع المرغوبة وتخزينها في مستودعات وعرضها على الناس لشرائها بشيء من الربح كما يفعل كل تاجر.

لكن يتضح مما بيناه أن المرابحة للأمر بالشراء لا بد فيها من عقدين منفصلين على مرحلتين - سوى الوعد المتقابل بين الأمر والمأمور بالشراء ثم البيع -:

أ - فيجب أولاً أن يشتري المأمور بال شراء السلعة لنفسه، ويقبضها فتدخل في حيازته وضمانه لكل ما يطرأ عليها من هلاك أو تعيب.

ب - ثم يبيعه من الأمر - كما تواعدا - بالريح المتفاهم عليه نسيئة بئمن مؤجل أو مقسط.

ولا يجوز بحال أن يبيع المأمور السلعة المطلوبة للأمر قبل أن يشتريها المأمور أولاً لنفسه، لأنه عندئذ يبيع ما لا يملك، كما لا يجوز أن يشتريها ثم يبيعه للأمر قبل أن يقبضها لنفسه وتدخل في عهده وضمانه، لأنه لا يجوز شرعاً بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه إياه ودخوله في عهده وضمانه، فقد ثبت نهي الرسول ﷺ عن ذلك، لما فيه من الغرر إذا هلك المبيع عند بائعه قبل التسليم^(١).

هذه خلاصة عن بيع المرابحة وتطوره إلى صيغته الجديدة وما أصبح له من أهمية منذ قيام البنوك الإسلامية، بعد صيغته البسيطة الأولى التي يذكرها فقهاؤنا الأولون في كتاب البيع.

ويتبين من ذلك ما يلي:

١ - إن بيع المرابحة اليوم في ممارسات المصارف الإسلامية لا يكاد يجري إلا بطريقة المرابحة للأمر بالشراء، وبطريق المداينة أو التمويل للمشتري من المصرف، أي بئمن مؤجل أو مقسط يدخل فيه الربح. والأغلب أن يكون مقسطاً ومحزراً بأقساطه سندات مكتوبة (كميالات).

(١) من الثابت عند علماء الحديث النبوي أن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيع ما ليس عند البائع في ملكه، واستثنى من هذا النهي بيع السلم للحاجة إليه - كما تقدم -، ونهى أيضاً عن ربح ما لم يضمن، أي أن يربح الإنسان من شيء لم يدخل في ضمانه. ومعنى ضمانه أنه متكفل بسلامته ومسؤول عن هلاكه.

وقد بيتنا في محله فيما سبق أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه إياه وحيازته له، أما قبل ذلك فالمبيع على ضمان البائع، فإذا هلك عنده قبل التسليم يهلك على عهده ومسؤوليته، ويرد الثمن إن كان مقبوضاً.

٢ - إن المصرف الإسلامي في هذه العملية ليس ممولاً محضاً للعميل بطريق الإقراض، وإنما المصرف مشتر بناءً على الطلب، ثم بائع، ككل تاجر يشتري بضاعته ثم يبيعها بربح بثمن نقدي عاجل، أو مؤجل أو مقسط، ويتحمل تجاه عميله المشتري جميع التزامات البائع تجاه من يشتري منه.

ومن ذلك إن المصرف الإسلامي مسؤول بوصفه بائعاً، عما قد يظهر في السلعة من نقص أو مخالفة للأوصاف المشروطة في العقد، وكذلك عما قد يظهر فيها من عيوب خفية. بخلاف بنك ربوي يمول شراء أو استيراد سلعة ما.

فالبank أو المصرف الإسلامي تاجر مصرفي يشتري ويبيع بطريق المداينة، بينما المصارف الربوية تنحصر مهمتها بمقتضى القوانين التجارية في تمويل التجار بالإقراض والاقتراض، فتقترض من المودعين لديها بفائدة أدنى، وتقرض بفائدة أعلى، وتربح الفرق، وممنوع عليها مزاحمة التجار بشراء البضائع وبيعها، والتعرض للربح والخسارة فيها.

٣ - ثم هناك فرق أساسي آخر بين بيع المرابحة والتمويل الربوي المحض عن طريق أخذ قرض من مصرف عادي ربوي لقاء فائدة هو أن المقترض من البنك الربوي إذا تأخر في سداد القرض عن موعد استحقاقه يتحمل معه فوائد ربوية عن مدة التأخر أيضاً.

أما في المرابحة للأمر بالشراء إذا تخلف الأمر بعد شرائه من المصرف الإسلامي، عن أداء الثمن في ميعاده أو مواعيد أقساطه لا يتقاضى المصرف منه شيئاً زيادة عن أصل الدين لأنه يكون رباً محرماً.

ملاحظة مهمة:

وهنا يجب أن نسجل بكل أسف أن بعض المصارف الإسلامية تحاول في المرابحة للأمر بالشراء أن تقفز فوق الحواجز والحدود الشرعية، لتختصر بعض المراحل التي أوضحناها. فبدلاً من أن يشتري المصرف السلعة أو البضاعة التي يطلبها العميل الأمر بالشراء ويقبضها المصرف لنفسه أولاً، ثم يبيعها للعميل الأمر إلخ... ويتحمل تجاهه مسؤولية كل بائع والتزاماته تجاه

المشتري، يلجأ المصرف إلى توكيل العميل بأن يشتري بنفسه للمصرف ما يريده هو أي العميل، ثم يتسلم العميل ما اشتراه للمصرف، ويأتي بقائمة الثمن إلى المصرف فيتولى هذا دفعها للبائع، ويسجل على العميل الثمن والربح المتفق عليه. وبذلك يحمل العميل صفتين متناقضتين: صفة بائع ومشتري، ومسلم ومتسلم، وطالب ومطلوب، أو ملتزم وملتزم له في موضوع واحد، وتجعل هذه الاختصاصات عملية الشراء ثم البيع صورية وبعيدة عن الطريقة الفقهية الشرعية الأصلية، وأشبه بالاحتيال للتمويل الربوي.

بل بلغني أن بعض المصارف الإسلامية لا يحصل في عقود المرابحة التي يمارسها عقدان منفصلان: شراء لنفسه أولاً ثم بيع للعميل، بل يقول المصرف للعميل: اذهب واشتر ما تريد وخذها وائتني بقائمة الثمن، فيدفعها المصرف للبائع ويسجل الثمن والربح مقسماً على العميل، ويأخذ منه كمبيالات محررة بالأقساط. أي أن العميل يشتري لنفسه رأساً لا للمصرف، وبذلك تصبح العملية كسائر التمويلات من البنوك الربوية.

وقد كثرت الانتقادات على المصارف الإسلامية في هذا الانحراف والقفز فوق الحواجز الشرعية وبعضهم قام ببعض التعديل. فعلى هيئات المراقبة الشرعية فيها الانتباه لذلك، فإن هذا تشويه للحكم الشرعي يجعل منه مهزلة حين يقال: هذا حلال وهذا حرام!!

الفصل الرابع

فيما يشترك في حكمه المبيع والثلث

٨٧ - يقتصر هذا الموضوع على مسائل الزيادة والحط في المبيع والثلث من قبل البائع والمشتري.

قد يرى أحد المتبايعين بعد العقد أن الآخر مغبون في الصفقة أو يحب تعديلها لمصلحة الآخر لسبب ما عن طريق الزيادة أو الحط في أحد العوضين كما تعدل كفتا الميزان بالرفع من إحداهما أو الوضع في الأخرى.

وهذا بالنسبة إلى العاقدين، محض تصرف في خالص حقهما فيقبل فقهاً. فيجوز للمشتري بعد العقد أن يزيد البائع في الثلث، وللبائع أن يزيد المشتري في المبيع، كما يجوز للبائع أن يحط عن المشتري بعض الثلث، وللمشتري أن يحط عن البائع بعض المبيع إذا توافرت الشروط التالية:

١ - في كل من صور الزيادة والحط في الثلث والمبيع يجب قبول الطرف الثاني في المجلس الذي توجب الزيادة والحط فيه وإلا لم يعتبر، فمتى تمّ القبول فيه لزم، ولا عبرة للندم بعد القبول، ولا للقبول بعد المجلس، فهما كتجديد للعقد يحتاج إلى تراض جديد.

٢ - في زيادة المشتري في الثلث يشترط أن يكون المبيع قائماً غير هالك. وفي حكم الهلاك إخراج المشتري له عن ملكه لأن الزيادة لا يمكن أن تقابل بمعدوم أو بما هو في حكم المعدوم. بخلاف الحط من الثلث فإنه لا يشترط له قيام المبيع لأن الحط إسقاط، فلا يجب أن يكون في مقابله شيء.

٣ - في حط المشتري من المبيع يشترط أن يكون المبيع ديناً ملتزماً في

الذمة، فلو كان المبيع عيناً معينة لا يصح الحط منه لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبله الديون (ر: ج ١ ف/١٢/١).

ولا فرق بعد ذلك بين أن تكون الزيادة أو الحط في الثمن أو المبيع حاصلين بعد تنفيذ البيع بالتقابض في العوضين أو قبله، كما أنه لا فرق بين كون الزيادة من جنس المبيع أو الثمن وكونهما من غير جنسهما.

نظرية الحط والزيادة في المبيع والثمن:

٨٨ - والنظر الفقهي في الزيادة والحط أنهما باعتبار كونهما مضافين إلى مبيع وثمن، إنما يعتبران تعديلاً للصفحة السابقة لا هبة أو إبراء مستقلين، ولذا لم يتوقف اللزوم فيهما على التنفيذ أي التسليم المشروط لتمام الهبة، حتى لو كان المبيع مقبوضاً فزاد البائع فيه استحق المشتري استلام الزيادة كما لو كان لم يستلم إلا بعض المبيع، ولو حط المشتري من المبيع بعد قبضه استحق البائع استرداد الزيادة كما لو كان التسليم قد وقع على أكثر من المبيع. وكذا لو حط البائع من الثمن بعد قبضه استحق المشتري استرداد المحطوط (الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص/١٦٧ و ١٦٨).

وعلى أساس هذه النظرية قرر الفقهاء أن الزيادة والحط في المبيع والثمن يلتحقان بأصل العقد السابق بطريق الاستناد - أي التأثير الرجعي - ما لم يمنع من هذا الالتحاق مانع.

فبمقتضى نظرية الالتحاق هذه يثبت للزيادة في المبيع حصة من الثمن المسمى في أصل العقد فيعتبر الثمن منقسماً على الأصل والزيادة، ويثبت أيضاً للزيادة في الثمن مقابل في المبيع، وسنرى قريباً ثمرة ذلك في الأحكام.

والمانع من اعتبار الالتحاق قد انحصر في حالين:

١ - إذا كان اعتبار الالتحاق يمس حقوقاً ثابتة بالعقد السابق لشخص ثالث، فحينئذ يقتصر حكم الالتحاق على المتبايعين فيعدل التزاماتهما، ولا يؤثر في حق الغير منعاً للتواطؤ على إبطال حقوقه.

٢ - إذا كان اعتبار الالتحاق يترتب عليه بطلان البيع كما لو حط البائع عن المشتري جميع الثمن فإن هذا الحط عندئذ يعتبر كإبراء مستقل منفصل عن

العقد السابق لأنه لو التحق به لخلا البيع عن التمن فيبطل لانتفاء معنى المبادلة كما تقدم (ف/١٣).

فالانفصال، أي عدم الالتحاق، هو في هذه الحالة انفصال مطلق، وفي الأولى نسبي أو سنرى الأمثلة للالتحاق وموانعه هذه مفصلة فيما يلي:

٨٩ - نتائج النظرية:

وقد نتج عن هذه النظرية النتائج الآتية في تفرع الأحكام:

أ - نتائج الالتحاق:

١ - في المرابحة وأخواتها: فإذا باع المشتري المبيع بطريق المرابحة وأخواتها من بعد زيادة أو حط في التمن يعتبر رأس ماله الذي يصدق إخباره عنه هو الحاصل بعد الزيادة أو الحط لا أصل التمن المسمى. ومثل ذلك يعتبر بالنسبة إلى الزيادة أو الحط في المبيع.

٢ - في هلاك المبيع: فالزيادة التي زادها البائع في المبيع إذا هلكت قبل التسليم أو هلك الأصل وبقيت الزيادة تسقط حصة الهالك من التمن لانقسام التمن على الأصل والزيادة كما تقدم. وهذا بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من التمن بهلاكها قبل القبض.

٣ - في حبس المبيع بالتمن: فلو زاد المشتري في تمن المبيع بعد العقد فللبائع حبس جميع المبيع حتى يقبض الزيادة كما يحبس لقبض الأصل.

٤ - في الشفعة: فلو كان المبيع عقاراً فحط البائع عن المشتري شيئاً من ثمنه فإن الشفيع يأخذه بالباقي. وكذا لو زاد البائع شيئاً في المبيع فإن الشفيع يأخذ العقار المبيع الأصلي بحصته من التمن.

٥ - في الاستحقاق: فلو ظهر للمبيع مستحق أثبت ملكيته فيه بالبينة وقضى له به رجوع المشتري على البائع بأصل التمن والزيادة التي زادها.

٦ - في الرد بالعيب: فكذلك يرجع المشتري بأصل التمن والزيادة.

ب - نتائج موانع الالتحاق:

١ - إذا زاد المشتري البائع في الثمن بعد العقد تلتحق الزيادة بأصل العقد في حقهما وتترتب على التحاقها نتائجها الآتية الذكر، لكن لا يعتبر لها التحاق بالنسبة إلى الشفيع. فلو كان المبيع عقاراً يأخذه الشفيع بالثمن المسمى في الأصل دون الزيادة لأن عقد البيع قد أنشأ له حق الأخذ بالثمن المسمى فيه، فلا يملك المتبايعان بعد ذلك إلزامه بأكثر منه لما فيه من تهمة التواطؤ والتأمر عليه، وهذا فرع عن المانع الأول^(١). بخلاف الحط من الثمن والزيادة في المبيع فإنهما يلتحقان في حق الشفيع كما تقدم لموافقتهما لمصلحته وانتفاء التهمة.

٢ - ولو أن بائع العقار حط كل الثمن عن المشتري فإن الشفيع عندئذٍ إنما يأخذ العقار شفعة بكل الثمن المسمى لأن الحط عندئذٍ لما اعتبر منفصلاً انفصلاً مطلقاً كان كإبراء مستقل من كل وجه بالنسبة إلى جميع ذوي العلاقة، فالثمن وإن سقط عن المشتري بهذا الحط، يبقى المبيع في الأصل مقابلاً بجميع الثمن، فيأخذه الشفيع كذلك إن أراد. وهذا فرع عن المانع الثاني.

هذا، ولتنظر مصادر ما أوضحناه في هذا الفصل في المواد / ٢٥٤ - ٢٦١ / من المجلة، وفي الدر المختار وشرح الكنز للزيلعي وغيرهما من كتب الفقه في فصل التصرف في المبيع والثمن.

(١) مقتضى هذا المبدأ أن الوكيل بالشراء، أو أحد الشريكين لو اشترى لموكله أو لطابق الشركة ثم زاد البائع في الثمن يلزم هو بالزيادة ولا تلتحق بأصل العقد في حق الموكل أو الشريك الآخر، ولم أجد فيه نصاً فقهياً.

الفصل الخامس

في حكم البيع والالتزامات الناشئة بعقده

- ٩٠ - إن عقد البيع ينشئ بحسب غايته المشروعة نوعين من الأحكام:
- الحكم المباشر الأصلي لعقد البيع.
 - والواجب التبعية التي يقتضيها تنفيذ العقد بين المتبايعين:
- وهذه الواجب التبعية أيضاً قسمان:
- التزامات المشتري، والتزامات البائع.
- ومن ثم يتفرع هذا الفصل ثلاثة فروع:

الفرع الأول

في حكم البيع ونتائجه

- ٩١ - الحكم المباشر الأصلي لعقد البيع هو تبادل الملكية في المبيع والتمن، فيملك المشتري المبيع، والبائع الثمن (م/٣٦٩).
- وهذا الحكم يثبت نتيجة فورية مباشرة لعقد البيع، ولا يتوقف تمام هذا الحكم على تنفيذ العقد بالتقابض، وإن كان للتقابض أثر هام في تغير الوضع الحقوقي بين المتبايعين إذ ينقل ضمان العوض المقبوض من عهدة الدافع إلى عهدة القابض على ما سنرى.

والأصل الفقهي هنا أن التنفيذ لا يتوقف عليه تمام حكم العقد إلا في العقود العينية وهي ما كانت من قبيل التبرع المحض كالهبة، أو مما في بدايتها

معنى التبرع كالقرض (ر: ج ١ ف/٣٠/١٣)^(١).

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

وينعقد نافذاً تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه ببيع وهبة ونحوهما، وتصرف البائع في الثمن كذلك بإحالة على المشتري ونحوها.

لكن إذا كان المبيع من المنقولات يكون تصرف المشتري فيه قبل قبضه فاسداً للغرر لا لعدم الملكية (ر: ف/٣٣). على أن هذا معدل بالمادة /٦٤/ من الأصول الحقوقية كما تقدم (ف/٧٦ عاشراً).

ولو قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع اعتبر المبيع في يده أمانة فكان المشتري أحق به من سائر الغرماء (م/٢٩٧).

حتى أن المتبايعين إذا اشترطا في العقد أن يبقى البائع محتفظاً بملكية المبيع إلى حين أداء الثمن المؤجل أو إلى زمن آخر معين فلا عبرة لهذا الشرط^(٢).

فحكم البيع لا يقبل التأخير، وإنما يمكن أن يشترط البائع حق فسخ العقد عند الإخلال بالتزام دفع الثمن في موعده كما سنرى في التزامات المشتري.

هذا، وقد اتضح في الفصول السابقة أن كلاً من المبيع والثمن قد يكون عيناً معينة، وقد يكون مالاً مثلياً ملتزماً في الذمة، كما أنه قد يكون متميزاً وقد يكون حصة شائعة.

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

(٢) مقتضى الفقرة الأولى من المادة /٦٤/ من الأصول الحقوقية جواز مثل هذا الشرط واعتباره. وبهذا أخذ مشروع القانون المدني العراقي في المادة /٥٣٤/ لكنه سوغ هذا الاحتفاظ بالملكية للبائع في حالة كون الثمن مؤجلاً ولو مع تسليم المبيع.

ولا يخفى أن هذا بالنسبة إلى العقار ظاهر، أما بالنسبة إلى المنقول فمشكل، لأن التسليم يسلط المشتري على استهلاك المبيع، فما معنى احتفاظ البائع بالملكية مع صحة البيع واستهلاك المبيع؟!

٩٢ - فتبادل الملكيات هو الحكم الفوري الذي يثبت بالعقد دائماً دون ما حاجة إلى تقابض، سواء ذلك في المبيع والضمن، ولو كان المبيع أو الثمن ديناً ملتزماً في الذمة، لأن الديون في الذمم تعتبر في نظر الفقهاء ملكاً يقع تحت التملك والتملك، وإن لم تكن مالاً عينياً، فقد فرقوا بين المال والملك (ر: ج ١ ف/٢٤/٥).

أما تعيين ملكية المشتري في المبيع وملكية البائع في الثمن فهو أمر آخر غير أصل انتقال الملكية.

فهذا التعيين لا يثبت كالملكية بمجرد العقد دائماً بل قد يرافق الملكية، وذلك في العوض المعين من مبيع أو ثمن، فإن الملكية المنتقلة بالمبيع تثبت فيه متعينة ابتداءً، ولكن قد يتوقف هذا التعيين على التسليم، وذلك في العوض غير المعين كما لو باع إنسان كذا طناً من القمح الحوراني (ر: م/٢٠١)، أو كذا رطلاً من زيت حاضر مشار إليه.

فالملكية قد تثبت بمجرد البيع في مقدار محدود من قمح معلوم الوصف غير معين في الوجود الخارجي. وفي حصة مقدرة غير متميزة من كمية زيت معين.

أما تعيين وتمييز هذه الملكيات التي انتقلت بالعقد وإنما يكون بالتسليم أي بتنفيذ العقد.

فمتى استلم المشتري مقدار ما ملكه إياه العقد تعينت ملكيته فيه.

ومثل ذلك يقال في الثمن في حالتي كونه مالاً معيناً أو ديناً ملتزماً في الذمة.

الفرع الثاني التزامات المشتري

٩٣ - إن البحث في التزامات المشتري يتناول أموراً ثلاثة:

- دفع الثمن وما إليه .

- استلام المبيع وما إليه .

- المصاريف التي تلزم المشتري .

والمراد بقولنا: وما إليه، الأمور التي تتصل بدفع الثمن واستلام المبيع أو تتفرع عنهما كالتعجيل والتأجيل والتقسيط وخيار النقد في الثمن، وكمكان الاستلام وغياب المشتري بعد العقد في المبيع، ونحو ذلك من الشؤون والمباحث .

المبحث الأول

أداء الثمن وما إليه

٩٤ - يجوز أن يكون الثمن في البيع معجلاً كله، ومؤجلاً كله، ومنجماً نجوماً أي مقسطاً أقساطاً (م/٢٤٥). والمعجل قد يكون عيناً معينة أو ديناً ملتزماً في الذمة .

أ - ففي البيع المطلق إذا كان الثمن معجلاً وملتزماً في الذمة يلزم أن يبدأ المشتري أولاً بأدائه جميعاً إلى البائع ليحق له استلام المبيع (م/٢٦٢) .

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

فالمشتري قد تعينت ملكيته في مبيع معين، أما البائع فحقه بعد العقد في ذمة المشتري، والملك المتعين أقوى^(١).

فلكي يتحقق التوازن بين الطرفين يجب أن يبدأ المشتري بتسليم الثمن^(٢) حتى تصبح ملكية البائع متعينة فيه بالقبض. فلو فرض العكس بأن وجب على البائع تسليم المبيع أولاً لوقع البائع بسبب عدم تعين ملكيته تحت خطر إفلاس المشتري، فضلاً عن المماثلة المحتملة.

على أن المشتري لا يكون مكلفاً بتسليم الثمن إلا إذا أحضر البائع السلعة المباعة واستعد لتسليمها (ر: الهداية وشرحها فتح القدير، للكمال بن الهمام ج ٥ ص/٤٩٦).

ويلحظ هنا أن دفع بعض الثمن لا يسوغ المشتري حق استلام ما يعادله من المبيع لأن حق البائع أن يستلم جميع الثمن المعجل أولاً.

ولا فرق في هذا بين أن يكون المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة إذا كانت قد بيعت صفقة واحدة، سواء بين لكل منها ثمناً على حدته أو لم يبين (م/٢٧٨ و ٢٧٩).

ب - وإذا كان الثمن معيناً أيضاً، أو كان البيع صرفاً لا يلزم أحد الطرفين بالبدء بالتسليم، بل عند الاختلاف يجب التسليم والتسلم معاً في

(١) من نتائج ذلك ما تقدم، وسيأتي (ف ٩٥ و ٩٦) أن البائع إذا أفلس أو مات مفلساً والمبيع عنده فالمشتري أولى من سائر الغرماء بأخذه. وأما لو مات المشتري مفلساً وقد استلم المبيع فالبائع أسوة للغرماء في استيفاء الثمن من التركة ولا يكون أولى باسترداد مبيعه.

(٢) اختلف الفقهاء في البدء بتسليم أحد البديلين، ففي حالة كون أحدهما معيناً والآخر ديناً في الذمة: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول: إلى أنه يطالب المشتري بالتسليم أولاً.

وذهب الشافعية في قول آخر في المذهب والحنابلة إلى أنه يجبر البائع على التسليم أولاً، لأن قبض المبيع من تمام البيع، واستحقاق الثمن مرتب على تمام البيع، ولجريان العادة بذلك. (ر: حاشية ابن عابدين ٤/٤٩، والصاوي على الدردير ٢/٧١ - ٧٢، ومغني المحتاج ٢/٧٤، والمغني ٤/٢١٩ - ٢٢٠).

العوضين لتوازن الملكيتين المتبادلتين بالعقد من حيث التعيين في الأول وعدم التعيين في الثاني.

ج - وإذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً فإن المشتري يتسلم المبيع ولا يكون ملزماً بدفع الثمن إلا عند حلول الأجل أو الأقساط.

ومثل ذلك ما لو باع بئمن حال ثم أجله بعد العقد، (م/٢٨٣ و ٢٨٤).

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

٩٥ - حق حبس المبيع:

ينتج مما تقدم أن للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله، كل الثمن كان أو بعضه.

وإعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق حبس المبيع عنه.

لكن إذا أحال البائع إنساناً بئمن المبيع وقبل المشتري الحوالة يسقط حق الحبس ويلزم البائع تسليم المبيع إلى المشتري (م/٢٨٠ و ٢٨٢) لأنه عندئذ في حكم المستوفي ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال.

فإذا سلم البائع المبيع برضاه قبل أن يقبض الثمن يسقط حقه في حبسه فليس له أن يسترده فيحبسه، وإنما له المطالبة بالثمن فقط.

وإذا سلم بعضه سقط حق الحبس فيما سلمه (م/٢٨١).

وسكوت البائع أي عدم منعه إذا قبض المشتري المبيع تحت مشاهدته يعد إذناً منه بالاستلام دلالة (م/٢٧٦).

أما إذا استلمه المشتري بلا إذن من البائع صراحة أو دلالة قبل نقد الثمن المعجل، فإن قبضه يكون غير معتبر لأنه عدوان فيحق للبائع استرداده منه وحبسه عنه حتى يؤدي الثمن.

غير أنه إذا هلك المبيع عندئذٍ أو تعيب في يد المشتري انقلب القبض معتبراً وترتب عليه حكمه صيانة لحق البائع (م/٢٧٧).

أثر القبض:

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

فالمبيع قبل القبض ولو محبوساً بحق عند البائع لأجل استيفاء الثمن يكون على ضمان البائع وعهده، فإذا هلك ولو بأفة سماوية انتقض البيع وسقط الثمن عن المشتري كما سيأتي في بحث التزامات البائع.

أما بعد القبض فإنه يصبح على ضمان المشتري وعهده فيكون هلاكه أو تعيبه على حسابه (م/٢٩٣ و ٢٩٤).

٩٦ - وإذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وقبل دفع الثمن فللبائع الاستمرار في حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، فيباع المبيع بأمر الحاكم ويوفى حق البائع بتمامه، فإن بيع بأقل من الثمن فإن البائع يكون فيما يبقى له كسائر الغرماء، وإن بيع بأزيد فالزائد للغرماء.

وأما إذا مات المشتري مفلساً بعد استلام المبيع استلاماً صحيحاً بإذن البائع فليس للبائع استرداد المبيع، ولا امتياز له في استيفاء الثمن من قيمته بل هو أسوة بالغرماء، لأن حقه عندئذٍ شخصي محض في ذمة المشتري وقد انقطعت علاقته من المبيع بالتسليم (م/٢٩٥ و ٢٩٦).

٩٧ - متى يثبت التعجيل والتأجيل:

إن تعجيل الثمن لا يحتاج إلى شرط. فمطلق البيع يثبت به الثمن معجلاً (م/٢٥١).

أما التأجيل والتقسيط فإنهما لا يثبتان إلا بشرط أو بعرف، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. (م/٤٣).

وفي التأجيل والتقسيت يجب أن تكون المدة معلومة ويجوز أن يكون الأجل زمناً كسنة أو شهر مثلاً كما يجوز أن يكون موسماً معلوم الموقع كالصوم والفطر.

أما التأجيل إلى ميعاد غير معلوم كإمطار السماء وقدم المسافر فلا يصح (ر: م/٢٤٨).

على أنه إذا تبايعا نسيئة أي بضمن مؤجل ولم يذكر مدة أصلاً تنصرف المدة إلى شهر واحد فقط في الاجتهاد أخذاً من المؤلف. (ر: م/٢٤٩).

والأجل في الثمن المؤجل إنما يبتدئ من تاريخ تسليم المبيع، فلو باع نسيئة إلى سنة فتأخر البائع في تسليم المبيع حتى انقضت السنة فإن للمشتري سنة سواها من يوم استلامه المبيع، وليس للبائع مطالبته بالثمن قبلها (م/٢٥٠).

٩٨ - إخلال المشتري بدفع الثمن:

إذا لم يدفع المشتري الثمن في حينه بحسب كونه معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً فإن له أن يطالبه ويقاضيه بتنفيذ العقد وأداء الثمن مع أن له أن يحبس المبيع عنه فلا يسلمه إياه إذا كان الثمن كله أو بعضه معجلاً. وليس للبائع فسخ البيع ولو كان المبيع قائماً غير مستهلك، لأن القوة القضائية كفيلة بإيصال الحقوق الثابتة إلى أربابها. والبائع بعد البيع قد أصبح مجرد دائن، وليس للدائن إلا طلب حقه^(١).

وإذا كان الثمن مقسطاً فلم يدفع المشتري أحد الأقساط في حينه فليس للبائع أن يطالب بغير القسط الحال. لكن يجوز أن يشترط في التقسيت أن المشتري إذا تأخر عن دفع قسط في ميعاده تصبح جميع الأقساط حالة مستحقة الأداء فيلزم الشرط ويعمل به (الدر المختار ج ٤ ص/٢٤).

(١) إن مشروع القانون المدني العراقي في المادة /٥٧٩/ منه قد خير البائع في هذه الحالة بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، وبذلك جاء أيضاً القانون المدني السوري، وهذا وجيه معقول من حيث المصلحة وإن كان استمرار لزوم العقد أقوى مستنداً من الوجهة النظرية.

على أنه إذا اكتشف المشتري في المبيع عيباً قديماً فادعى بفسخ البيع بسببه، أو إذا ظهر من يدعي على المشتري بملكية المبيع واستحقاقه من يده، فإن له عندئذٍ أن يؤخر أداء الثمن إلى نتيجة دعواه بالعيب أو الدعوى عليه بالاستحقاق، لأن البيع السابق قد أصبح عندئذٍ عرضة للنقض على تقدير ثبوت الدعوى قضاءً، فانتظار النتيجة أولى من الدفع ثم النقض إذا ثبتت الدعوى^(١) (ر: رد المحتار ج ٤ ص/٨٧).

٩٩ - خيار النقد:

ويجوز أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين فلا يبيع بينهما، وهذا يسمى: خيار النقد.

وهذا النوع من الشرط لم يرد به نص في أصل الشريعة وإنما خرجته الفقهاء تخريجاً بطريق القياس على خيار الشرط الثابت بالسنة، استجابة للحاجة إلى فسخ البيع عند مماطلة المشتري في أداء الثمن (ر: الدرر ج ٢ ص/١٥٢).

فإذا لم يدفع المشتري الثمن حتى انقضى الأجل المضروب فهل يفسخ البيع من تلقاء نفسه أو لا يفسخ؟

اختلف الفقهاء في ذلك والرأي الراجح في المذهب أنه لا يفسخ وإنما يفسد البيع عندئذٍ فساداً إذا كان المبيع باقياً على حاله؛ وهذا ما أخذت به المجلة في المادة /٣١٤/.

فيسوغ عندئذٍ فسخه بحكم الفساد لكن المبيع قبل الفسخ يبقى على ملك المشتري فينفذ تصرفه فيه بالبيع ونحوه، وعليه الثمن (رد المحتار ج ٤ ص/٤٩).

غير أن النظر في غرض البائع الشارط وتعبير العاقدین بأنه إن لم ينقد المشتري الثمن خلال مدة معينة فلا يبيع بينهما يقضي بترجيح القول بانفساخ

(١) هذا الحكم في الفقه الإسلامي هو من قبيل ما يسمى في لغة القانون الحديث بالقضية المستأخرة في المسائل الحقوقية، حيث توقف دفع الثمن المستحق على نتيجة دعوى طارئة تؤثر فيه إذا ثبتت. وهي في القضايا الجزائية كثيرة الوقوع.

البيع من نفسه عند عدم النقد وهذا الذي كان ينبغي أن تأخذ به المجلة^(١) فإن الفساد إنما شرع ضامناً لعدم إخلال العاقدين بشرائط العقد الشرعية لا لعدم إخلالهما بالتنفيذ.

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

١٠٠ - هذا، ومما يتصل بالتزام المشتري بالثمن قضية القبض على سوم الشراء وهو أن يأخذ الإنسان شيئاً بإذن صاحبه بعد بيان ثمنه على أنه إذا أعجبه اشتراه. فيكون عندئذ ملتزماً بضمانه إذا هلك في يده على تفصيل مبسوط في المادتين /٢٩٨ و ٢٩٩/ من المجلة.

وقد رجحنا أن نبحث عنه في موضوع هلاك المبيع من مبحث التزامات البائع جمعاً لمسائل تبعة الهلاك، فليُنظر هناك (ف/١١٣).

المبحث الثاني

استلام المبيع وما إليه

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

وإن لم يعين في العقد محل للتسليم اعتبر حينئذٍ المحل الذي فيه المبيع.

فإذا كان المبيع موجوداً في غير محل العقد والمشتري لا يعلم بذلك حين العقد ثم علم كان بعد علمه مخيراً، فإن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث هو موجود (م/٢٨٥ - ٢٨٧).

(١) وبهذا أخذ مشروع القانون المدني العراقي في المادة /٥٨٠/ لكنه اشترط للانفساخ إعدار البائع للمشتري بعد انقضاء الأجل المحدود إلا أن ينص في العقد على أن الانفساخ يكون بلا إعدار. وبهذا أيضاً جاء أخيراً القانون المدني السوري.

على أنه إذا ادعى المشتري أن المبيع معيب أو أنه مغاير للأوصاف المشروطة توقف الزامه بالاستلام على نتيجة دعواه، كما يتوقف أيضاً الزامه بدفع الثمن على نتيجة الدعوى كما تقدم في المبحث السابق (ف/٩٨).

١٠٢ - غياب المشتري:

وإذا غاب المشتري بعد العقد قبل التقابض، ولم يعلم مكانه، ولم يكن مشروطاً في البيع خيار النقد المتقدم (ر: ف/٩٩) فقد أقر الفقهاء للبائع لأجل ضمان حقه في استلام الثمن والخروج من عهدة بقاء المبيع لديه، أن يراجع الحاكم ويقيم البيئة لديه على البيع وعدم قبض الثمن، والحاكم عندئذ يأمر ببيع المبيع على حساب المشتري الغائب ويؤدي إلى البائع ثمنه^(١).

فلو كان المشتري الغائب معلوم المكان لا يباع المبيع عليه لإمكان الادعاء عليه وإجباره على تأدية الثمن واستلام المبيع (ر: ف/٩٨).

(١) هذا تدبير خاص أقره الفقهاء صيانة لحق البائع على خلاف القواعد العامة. فإن من القواعد أنه لا تسمع بينة على النفي، ولا يُقضى على غائب إلا في مواطن معينة ليس هذا منها. والبائع من جهة أخرى في موقفه هذا، هو مقر على نفسه بالبيع ومدع على الغائب بعدم تسليم الثمن. فبحسب قاعدة تجزؤ الإقرار لدينا، وفصل عنصر الدعوى فيه عن عنصر الاعتراف، كان يجب أن يمنع عن التصرف بالمبيع، ولا يسلم إليه ثمن ما لم يدع ويقض له أمام خصم حاضر أو نائب عنه.

ولكن الفقهاء سوغوا سماع البيئة هنا على النفي لاستئناس الحاكم بها وقالوا إنها تُقبل لأجل نفي التهمة وانكشاف الحال، والقاضي بعد هذا الانكشاف يأمر ببيع المبيع وأداء الثمن كتدبير إداري عملاً بإقرار البائع ودلالة الشهادة، ولذا لم يشترط لسماعها حضور الخصم. وإنما قبل إقرار البائع لأجل هذا التدبير مع ما فيه من عنصر الدعوى لأن ملك المشتري لم يظهر إلا بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه، فإذا تعذر وفاؤه يعتبر كالمراهن إذا مات مفلساً إذ يبيع القاضي الرهن ويؤدي الدين. وعلى كل لا يعتبر الغائب مقضياً عليه في هذه الحال. فإذا حضر وادعى تأدية الثمن تسمع دعواه (ر: الدرر وحاشية الشرنبلالي أوائل شتى البيوع ج ٢ ص/١٩٨، والهداية وفتح القدير ج ٦ ص/٢٥٢ - ٢٥٤).

أقول: وهذا يدل على أن فقهاءنا قد اعتبروا في الإقرار نظرية عدم التجزؤ عندما تتوقف عليه صيانة الحق.

وإذا كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللمحاضر أن يدفع جميع الثمن ويتسلم المبيع. وعندئذٍ له أن يحل محل البائع في حبس المبيع على رقيقه حتى ينقده حصته من الثمن، وأن يلزمه قضاء بالدفع والاستلام ولا يعتبر الدافع متبرعاً عن رقيقه بالدفع عنه بلا أمره، لأنه إنما دفع مضطراً إذ لا يمكنه الوصول إلى الانتفاع بحصته من المبيع إلا بأداء جميع الثمن إلى البائع ما دام البيع صفقة واحدة، فيكون في القياس كوكيل الشراء إذا دفع من ماله ثمن ما اشترى لموكله إذ لا يعتبر متبرعاً بل له أن يحبس عن موكله ما اشتراه له حتى يؤدي إليه الثمن الذي دفعه عنه، لأنه مضطر إلى الدفع إذ هو الملتزم المسؤول بالثمن شرعاً تجاه البائع. وهذا من تفاريع نظرية الإثراء بلا سبب من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي كما تقدم في الجزء الثالث من هذا الكتاب.

المبحث الثالث

المصاريف التي تلزم المشتري

١٠٣ - المصاريف التي تنشأ من عقد البيع لأجل عقده أو تنفيذه منها ما يلزم المشتري ومنها ما يلزم البائع. والعبرة في ذلك قبل كل شيء لاتفاق المتبايعين فإذا اتفقا على شيء في التزام أحدهما بها أو توزيعها بينهما فالعبرة لاتفاقهما. وهذا ما تقتضيه المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية لدينا.

فإذا لم يوجد بينهما اتفاق بهذا الشأن فعندئذٍ تعتبر القواعد التالية ما لم يوجد عرف وتعامل على خلافها، وهي:

أ - يلزم المشتري وحده الأمور التالية:

١ - جميع المصاريف التي تتعلق بتسليم الثمن كأجرة عد النقود ووزنها وما أشبه ذلك (م/٢٨٨). وكذا لو كان الثمن مما يحتاج إلى حمل ومؤونة فإن أجرة ذلك على المشتري. بخلاف المصاريف التي تتعلق بتسليم المبيع كأجرة الكيال والوزان وإخراج البضاعة من مستودعاتها فإنها على البائع.

٢ - أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات (م/٢٩٢).

وكذلك رسوم التسجيل في البيوع العقارية اليوم، وأجور تسيير معاملاتها فإنها جميعاً على المشتري.

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

٣ - تكاليف استلام المبيع إذا بيع جزافاً، كما لو بيعت ثمرة كرم أو أنبار حنطة مجازفة، فإن أجرة قطع تلك الثمرة وجمعها وإخراج الحنطة ونقلها من الأنبار يلتزم بها المشتري (م/٢٩٠). أما لو بيعت كيلاً أو وزناً مثلاً فإن الأجرة عندئذٍ على البائع لأن الكيل والوزن من لوازم تسليم المبيع.

ب - أما ما يباع من الأشياء محمولاً إلى البيوت كالحطب والفحم فإن أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري يتبع فيها عرف مكان البيع في التزام البائع أو المشتري بها (م/٢٩١) وكذلك أجرة السمسار يتبع فيها العرف، بخلاف أجرة الدلال^(١) فإنها على البائع لأنه مكلف من قبله.

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

الفرع الثالث التزامات البائع

- ١٠٤ - إن الالتزامات التي تقع على عهدة البائع باعتبار أنها من مقتضيات عقد البيع دون ما حاجة إلى شرط صريح يوجبها، هي نوعان: الأول:
- تسليم المبيع.
 - وضمان سلامة المبيع.
- والثاني - أي ضمان سلامة المبيع - يتشعب إلى شعبتين:
- ضمان سلامة المبيع من حقوق الغير، وهو المسمى في اصطلاح الفقهاء: ضمان الدرك.
 - وضمان سلامته من العيوب.

المبحث الأول

تسليم المبيع

- ١٠٥ - على البائع تسليم المبيع وتوابعه خالياً من الشواغل إلى المشتري عند نقده ما وجب تعجيله من الثمن (ر: م/٢٦٢ و ٢٦٧ و ٢٦٨) وبالتسليم ينتقل ضمان المبيع من عهده إلى عهدة المشتري. فإن كان الثمن كله مؤجلاً وجب تسليم المبيع أولاً، وعلى البائع عندئذ انتظار حلول الثمن وليس له حبس المبيع عن المشتري على ما تقدم تفصيله (ف/٩٤ و ٩٥).
- وتوابع البيع هي ما يدخل معه في عقد البيع بلا ذكر بحسب القواعد المتقدمة في بحث شمول المبيع (ف/٤٨).

فإذا كان المبيع مشغولاً بمال البائع اعتبر الشاغل مانعاً من صحة استلامه. فلو بيعت أشجار فوقها ثمار، أو بيعت أرض مشغولة بالزرع، أو دار مشغولة بأمتعة البائع، يجبر على تفريغ الشجر والأرض والدار من الثمر والزرع والمتاع، وتسليمها خالية ليصح القبض ويثبت حكمه (م/٢٦٧ - ٢٦٩ ورد المختار أيضاً).

وكذا لو كان المبيع مشغولاً بحق الغير كما لو باع المؤجر المأجور ورضي المشتري أن ينتظر إلى انتهاء مدة الإجارة، فإن حق المستأجر مانع من التسليم، فليس للمشتري أن يطالب بالتسليم ولو أدى الثمن، ولا للبائع أن يطالب بالثمن إن لم يكن مدفوعاً حتى تنتهي الإجارة ويهيأ المبيع للتسليم (جامع الفصولين، الفصل /٣٢) ولينظر ما سيأتي (ف/١٠٩ ج).

أما كونه شاغلاً فليس بمانع، فلو بيعت ثمار على أشجار، أو حنطة في جوالق يكون إذن البائع للمشتري بأخذها تسليمياً.

١٠٦ - كيفية التسليم:

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

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

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

ففي تسليم العقار من أرض أو بناية إذا وقف المشتري في داخله أو قريباً منه بحيث يرى جانب الأرض أو يقدر على إغلاق باب البناية فوراً يكون إذن البائع له باستلامه كافياً لتحقيق التسليم، فإن لم يكن بهذه المثابة من القرب يشترط أن يمضي وقت كافٍ لذهاب المشتري ودخوله فيه، وإن لم يذهب

فعلاً. فبمضي هذا الوقت بعد إذن البائع له بالاستلام يعد مستلماً (م/٢٦٧ و ٢٧٠).

وإعطاء مفتاح العقار يعد تسليمياً (م/٢٧١) إلا إذا كان العقار بعيداً فيشترط أن يمضي وقت يتمكن فيه المشتري من الوصول إليه.

والأصل في هذا أن المبيع إذا كان قريباً بحيث يتصور فيه القبض الحقيقي حالاً، تقوم التخلية بين المشتري والمبيع مقام القبض، وإلا فلا بل لا بد من مضي مدة يمكن فيها الوصول إليه والدخول فيه. أي أن 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: فإن كان يمكن إمساكه بلا مشقة أو معين كالغنمة فبمجرد إراءته والإذن باستلامه يكون تسليمياً. وإن كان كبيراً لا يستولى عليه بلا زمام كالبعير والفرس، فإنه يسلم بزمامه (ر: م/٢٧٢).

وأما تسليم العروض والأمتعة المبيعة فيكون بإعطائها للمشتري بيده، أو بوضعها عنده، أو بإراءته إياها وإذنه بقبضها (م/٢٧٤).

وإذا كان المبيع في صندوق أو أنبار ونحوه من المستودعات المقفلة فأعطاء المفتاح مع الإذن بالقبض تسليم (م/٢٧٥) إذا كان يمكن فتحه بلا كلفة (رد المحتار أيضاً).

وإذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً مثلاً فدفع المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله ويضعه فيه كان وضعه فيه تسليمياً (م/٢٧٣).

وإذا كان المبيع حيواناً في اصطبل أو طائراً في قفص وأمر البائع المشتري باستلامه من مكانه ففتح الباب ففر الحيوان فإن كان يمكنه أخذه بلا عون يكون تسليمياً، والضمان على المشتري وإلا فعلى البائع (رد المحتار أيضاً).

١٠٧ - القبض السابق:

إذا كان المبيع في يد المشتري بقبض سابق ثم اشتراه فهل يعتبر مستلماً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليعتبر وقوع التسليم؟ إن 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 أثره إلى قسمين:

قبض الضمان، وقبض الأمانة.

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

وأما قبض الأمانة فهو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع أو المستعير أو المستأجر أو الشريك. وقد اعتبروا قبض الضمان أقوى وأعلى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب.

والمبدأ الفقهي العام أن القبض السابق ينوب عن القبض الواجب إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه أو كان السابق أقوى لا إذا كان أضعف. فقبض الضمان ينوب عن قبض الضمان وعن قبض الأمانة. أما قبض الأمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى، إنما ينوب عن قبض الأمانة أو ما يساويها كقبض الموهوب.

فلو قال المغصوب منه للغاصب جعلته عندك وديعة فإنه يعتبر وديعة مقبوضة ويخرج عن حكم ضمان الغصب. وكذا لو كان الشيء عارية أو وديعة عنده فوهبه منه المالك، فإن الهبة تتم ويصبح الموهوب له مالاً للكأ للعين الموهوبة بمجرد عقد الهبة إذ يعتبر التسليم حاصلًا (م/٨٤٦).

١٠٨ - فعلى هذا الأساس لو كان الشيء المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع، فإن كان مقبوضاً قبض ضمان كما لو اشترى الغاصب المغصوب من مالكة يعتبر البائع بريئاً من وجبة التسليم بمجرد عقد البيع.

وأما إن كان في يد المشتري أمانة كعارية أو ودیعة فاشتره من مالكه فإنه لا يعتبر مستلماً له إلا بقبض جديد، وعندئذ يكفي لاعتباره قابضاً أن يمضي وقت كاف للوصول إلى محله والتمكن من قبضه على نحو ما تقدم^(١) (ر: رد المحتر، كتاب الهبة ج ٤ ص/٥١٢).

التسجيل العقاري: هل يعتبر تسليمًا كافيًا شرعاً وقانوناً؟

١٠٩ - ومما يجب التنبيه إليه اليوم في موضوع تسليم العقار المبيع أنه في البلاد التي فيها سجل عقاري كبلادنا يجب أن يعتبر تسليمًا كافيًا فراغ البائع عن العقار المبيع إلى المشتري فراغاً رسمياً، أي 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 تحكيم المبادئ الفقهية العامة وروح القانون بالرجوع إلى حكمة التشريع ومقاصده.

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

وعملية الفراغ والتسجيل تتحقق فيها هذه النتائج في حكم القانون، فمتى تم تسجيل العقار المبيع على اسم المشتري انقطع عنه كل حق للبائع ولم يعد يقبل أو يسجل تصرف فيه لأحد ما سوى المالك الجديد الذي يعتبر العقار في

(١) في المادة/٥٣٨/ من مشروع القانون المدني العراقي اعتبر وجود المبيع في يد المشتري بأي صفة كانت ولو أمانة يكفي لاعتبار المشتري مستلماً بمجرد العقد نظراً إلى المقصود.

وهذا وجيه أيضاً لما فيه من التسهيل وقطع المشكلات. وتفریق الحنفية في ذلك بين كون القبض السابق قبض ضمان أو قبض أمانة هو تفریق نظري لا تدعو إليه مصلحة عملية، ولا ينبغي أن يبنى عليه اختلاف في الحكم.

حوزته من كل وجه بنظر القانون، واليد المشروعة يده، وكل يد أخرى على العقار تعتبر يبدأ غير مشروعة إلا أن تكون يبدأ مستأجرة موقوتة.

فإن قيل إن البائع لو لم يسلم العقار فعلاً إلى المشتري بعد التسجيل يحتاج المشتري إلى إقامة الدعوى عليه ليجبره على الإخلاء والتسليم، وهذا دليل على أن الفراغ لم يعتبر تسليمياً فعلياً، فالجواب أن الدعوى عندئذ ليست دعوى تسليم مبيع لم يسلم وإنما هي دعوى نزع يد غير مشروعة كما لو غصب العقار غاصب فأقام المالك عليه دعوى نزع اليد.

والدليل على ذلك:

أ - أنه بعد تسجيل العقار على اسم المشتري يستطيع المشتري قانوناً أن يقيم هذه الدعوى لنزع يد البائع على العقار ولو لم يكن بعد قد نقده الثمن فعلاً، وتنزع يد البائع قضاءً باعتبار أنه ليس له علاقة بالعقار بحسب قيود السجل التي هي المستند في كل حق عيني عقاري. فلو لم يكن التسجيل تسليمياً للعقار المبيع في نظر القانون لساغ للبائع أن يحبس العقار المبيع عن المشتري ولو بعد الفراغ والتسجيل ما لم يدفع الثمن. وهذا لم يقل به أحد، فالقضاء مكلف أن ينزع كل يد لا يثبت لها السجل العقاري حقاً، إذ العبرة لقيوده محضاً. أما دفع الثمن فإنه إذا تأخر إلى ما بعد التسجيل يكون حقاً شخصياً يدعى به على حدة.

ب - إن الرهن العقاري يتم قانوناً بمجرد تسجيله في السجل العقاري وتترتب عليه جميع نتائج وحقوق الارتهان ولو ظل العقار باقياً في يد الراهن فإنه يعتبر محبوساً بحكم الرهن ضماناً لحق المرتهن، مع أن الرهن لا يتم ولا يترتب عليه حكم قبل التسليم.

وليس معنى هذا أن القانون العقاري استغنى عن وجوب تسليم المرهون بل معناه أنه اعتبر التسجيل تسليمياً كافياً بدليل أن القوانين لم تستغن عن شرط تسليم المرهون المنقول لتمام عقد الرهن لأن التسليم شريطة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها في عقد الرهن إذ لا يعقل حبس المرهون بلا تسليمه.

ج - إنه يمكن قانوناً بيع المالك المؤجر للعقار المأجور، وبمجرد تسجيل العقار على اسم المشتري يحل المشتري تجاه المستأجر محل البائع في جميع حقوق الإيجار. وعند انتهاء مدة الإيجار يحق للمشتري - كما كان يحق للبائع لو لم يبع - أن يخلي المستأجر من المأجور إذا لم يكن قانون الإيجارات يمنحه حق التمديد، أي أن التسجيل قد قطع كل علاقة للبائع بالعقار تجاه المستأجر وحصر كل السلطات المتفرعة عن الملك بالمشتري الجديد. وقد تطول مدة الإيجار سنين وقد يتعاقب البيع والشراء على العقار، وكل مشتر جديد يحل محل بائعه فيما ذكر قانوناً. وليس من المعهود ولا من المقبول قضاء عند استحقاق التخلية على المستأجر أن يلاحق المشتري البائع بطلب تخليته وتسليمه إليه. بحجة أنه لم يستلم العقار فعلاً بعد التسجيل، بل لو أراد البائع أن يطلب هو تخلية المستأجر لما قبلت منه قضاء لأنه غير خصم بعد الفراغ عن ملكية العقار وتسجيله على اسم المشتري، بينما قد رأينا فيما سبق أن الفقهاء، قبل أن يوجد نظام التسجيل العقاري، قد اعتبروا أن كون المبيع مأجوراً يمنع من صحة التسليم ولو سلمه فعلاً إلى المشتري، بل يبقى المبيع المأجور على عهدة البائع لأن حق المستأجر يعتبر شاغلاً مانعاً إذ التسليم لم يكن قبل نظام التسجيل العقاري إلا عملاً حسيماً أو تمكناً فعلياً من وضع اليد (ر: ف/١٠٥).

فالأحكام القانونية التي تقطع كل علاقة لبائع العقار بعد التسجيل، وتحل المشتري محل البائع تجاه المستأجر من كل وجه، تدل على أن العقار بعد التسجيل قد أصبح في حوزة المشتري من كل وجه، ولم يبق للبائع علاقة ولا عليه عهدة، وإن كل يد غير مشروعة ولو يد البائع تزال إزالة بدعوى نزع اليد.

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

وقد أطلنا في هذا الموضوع لأنه كان محل مناقشة واختلاف بين الحكام اليوم في بعض القضايا أمام القضاء، ومنهم من يرى أن تسجيل العقار على اسم المشتري أو الموهوب له لا يعتبر تسليمًا كافيًا فلا تتم به الهبة ولا ينتقل به ضمان المبيع إلى عهدة المشتري المفروغ له فلا بد بعده من التسليم بالصورة التي ذكرتها المجلة والفقهاء في قبض الأراضي والعقارات لتترتب عليها الأحكام المقررة للقبض فقهاً.

والصواب ما بيناه لأن الطريقة الفعلية التي نص عليها الفقهاء في تسليم العقار إنما كانت قبل تأسيس نظام التسجيل العقاري الذي يهدف القانون إلى اعتباره تنفيذاً كاملاً في العقود التي تقتضي تسليمًا، وهو موافق أيضاً للغرض الفقهي من التسليم في نظر الفقهاء كما أوضحناه.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز السورية بقرارها ذي الرقم /٧٨/ الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٤٦م حيث اعتبرت تسجيل الحصة الموهوبة من عقار على اسم الموهوب له تسليمًا كافيًا تتم به الهبة دون حاجة إلى قبض فعلي.

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

المبحث الثاني

هلاك المبيع قبل تسليمه

١١٠ - من لوازم كون تسليم المبيع وجيبة التزامية على البائع ثابتة بمقتضى العقد أن يكون البائع هو المسؤول مالياً عن هلاك المبيع قبل تسليمه. وذلك لأنه إذا وقع الهلاك فقد حصل إخلال بتنفيذ العقد من جانب البائع يلتزم هو بتبعته تجاه المشتري ولو كان الهلاك بأفة سماوية، لأن المشتري لا يلتزم بالثمن إلا على أساس إحراز المبيع. فكل خطر يَحِقُّ بالمبيع قبل التسليم إنما يكون على ضمان البائع.

- وعلى هذا إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم فيما أن يكون هلاكه بأفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي عنهما.
- وعلى كل إما أن يقع التلف على كل المبيع أو على بعضه.

١١١ - أولاً: هلاك كل المبيع قبل القبض:

أ - فإذا هلك المبيع قبل التسليم بأفة سماوية انفسخ البيع لاستحالة تنفيذ العقد عندئذٍ (م/٢٩٣)^(١) لما تقرر في خصائص الحق العيني، ومنه الملكية، أنه إذا كان ناشئاً عن عقد فهلك الشيء محل الحق قبل التنفيذ بطل العقد (ر: ج ٢ ف/٦ رابعاً).

ويعتبر من الهلاك بأفة سماوية ما لو أتلّف المبيع نفسه كما لو كان حيواناً فقتل نفسه.

ب - وإذا هلك المبيع باستهلاك البائع فحكمه كما لو هلك بأفة سماوية فينفسخ البيع ويسقط الثمن^(٢).

ج - وإذا هلك بفعل المشتري اعتبر مستلماً فيثبت البيع ويلزمه الثمن المسمى.

د - وإذا هلك بفعل شخص ثالث فالمشتري بالخيار إن شاء اختار تثبيت البيع أي إجازته فيلاحق الأجنبي المتلف بقيمة البيع لو قيمياً أو بمثله لو مثلياً

(١) إن هذه المادة من المجلة فيها شيء من الغموض في هذا الموضوع لأنها اقتصررت على بيان أن المبيع عندئذٍ يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري، ولم تتعرض لبطلان البيع وعدمه. غير أن كتب الفقه صريحة ببطلان البيع في هذه الحالة (ر: مرآة المجلة) ولذا يسقط الثمن عن المشتري إن كان لم يدفعه، ويسترده إن كان دفعه. ولو اعتبر البيع غير منفسخ لوجب أن يلتزم المشتري بالثمن المسمى ويلتزم البائع بقيمة المبيع الهالك.

(٢) إن المادة /٥٤٦/ من مشروع القانون المدني العراقي قد ألزمت البائع بالتعويض على المشتري في هذه الحالة. وهذا وجيه والمصلحة تقتضيه لأن استهلاك البائع للمبيع هو عدوان على ملكية المشتري بعد ثبوتها فمن الحكمة إذا كان المبيع قد غلت قيمته ما بين البيع والاستهلاك، أن يلزم بالتعويض على المشتري كالمستبب بالضرر.

ويؤدي هو الثمن إلى بائعه، وإن شاء اختار الفسخ لاستحالة التسليم فيسقط عنه الثمن ويكون للبائع حق ملاحقة المتلف (رد المحتار ج ٤ ص ٤٢).

١١٢ - ثانياً: هلاك بعض المبيع قبل القبض:

بهلاك بعض المبيع فقط تصبح القضية مركبة بالنسبة إلى هلاك كله لأن البيع عندئذ يصبح تنفيذه مستحيلًا بالنسبة إلى البعض، ويمكنًا بالنسبة إلى الباقي. فإن ألزم المشتري بالباقي قد يتضرر لعدم كفايته، وإن ألزم بالفسخ قد يتضرر أيضاً إذ قد تكون مصلحته وحاجته في أخذه. ويجب من جهة أخرى أن ينظر في تأثير ذلك في الثمن من حيث أن ما فات من المبيع يعتبر له حصة من الثمن أو لا يعتبر. فبناءً على هذا قرر الفقهاء:

أ - إذا هلك بعض المبيع قبل تسليمه بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه يفصل بين حالتين:

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

٢ - وإن ترتب على هلاك البعض نقصان وصف فقط في المبيع كما لو كان المبيع ثوباً فاحترق جانبه، أو دابة فتلفت يدها أو قلعت عين نفسها، أو داراً فانهدم بيت منها، لا يسقط شيء من الثمن وإنما يخير المشتري فقط بين أن يأخذ المبيع بكل الثمن أو يفسخ البيع لما طرأ على المبيع قبل التسليم. وليس له أن يختار أخذه وإلزام البائع بطرح شيء من لقاء ما حدث بالمبيع، لأن من المقرر عند الفقهاء أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا في حال العدوان، ولكن يدخل بفواتها ضرر يوجب الخيار للمشتري^(١).

(١) المادة /٥٤٦/ من مشروع القانون العراقي أثبتت للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو إجازته مع إنقاص الثمن في مقابل ما نقص من قيمة المبيع بتلف بعضه مطلقاً، بلا تفریق بين نقصان القدر والوصف. وهذا بناءً على اعتبار الأوصاف كالمقادير، وهو وجه.

والضابط في التمييز بين القدر والوصف أن كل ما يدخل في المبيع بلا ذكر (ر: ف/٤٨) يعتبر وصفاً فيه كأطراف الحيوان والبناء والشجر المستقرين في الأرض، ورسن الدابة، أما ما لا يدخل في المبيع إلا بذكر صريح فيعتبر قدراً منه، ومن ثم كانت القاعدة أن ما يدخل في المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن بالمعنى الذي سلف شرحه (ف/٥١) وإنما يتخير المشتري بفواته، كما لو سرق خظام البعير المبيع قبل التسليم (م/٢٣٤) إلا إذا فصل الثمن وذكرت له منه حصة معينة في صلب العقد فعندئذ يسقط بهلاكه ما خصص له من الثمن (البحر الرائق ورد المحتار ج ٤ ص/٣٦).

ب - وإذا هلك بعض المبيع قبل التسليم بفعل البائع، سقط ما يعادله من الثمن سواء ترتب عليه نقصان قدر أو وصف لأنه عدوان. ويخير المشتري بين أخذ الباقي وتركه لتفوق الصفقة عليه.

ج - وإذا هلك بفعل أجنبي أي شخص ثالث فالحكم فيه كما لو هلك بفعله كل المبيع، أي فيخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو أن يجيزه ويلاحق هو المتلف بضمان قيمة ما أتلف من المبيع قدراً كان أو وصفاً (ر: مرآة المجلة م/٢٩٣، ورد المحتار أول خيار الشرط ج ٤ ص/٤٦)^(١).

(١) هذا، وأما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري، فلا يبطل البيع ولا خيار له لحصوله بفعله، ولا يسقط عنه شيء من الثمن، لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض، ولا يتمكن من إتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل، وصار قابضاً قدر المتلف بالإتلاف والباقي بالتعيب فتقرر عليه كل الثمن.

هذا هو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة. وفرق المالكية بين أن يكون الخيار للبائع أو المشتري، وبين التلف العمد والخطأ، فإن كان الخيار للمشتري وكان إتلافه للمبيع عمداً فيعتبر ذلك رضاً منه بالبيع ولا رجوع فيه.

وإن كان خطأ فللمشتري ردّه وما نقص، وله التمسك به ولا شيء له، فإن ردّه وكان عيباً مفسداً، ضمن الثمن كله.

أما إن كان الخيار للبائع، فالبائع بالخيار بين رد البيع وأخذ أرش الجناية - أي مقدار نقصه بها - أو الإمضاء وأخذ الثمن، سواء أكان التلف عمداً أم خطأ... (بدائع الصنائع ٥/٢٤٠، وحاشية الدسوقي ٣/١٠٥، ومواهب الجليل ٤/٤٢٣، ومغني المحتاج ٢/٦٨، والمغني ٤/١٢٣، «الموسوعة الفقهية» ١٣/٢٧٥ - ٢٧٦).

١١٣ - قبض السوم:

هذا، وبمناسبة تسليم المبيع وتبعة هلاكه نبحت عن تبعة الهلاك في قبض السوم، وهو أن يقبض الإنسان شيئاً لينظره أو ليشتريه إن أعجبه، فعلى من يكون ضمانه إذا هلك؟

إن قبض السوم نوعان:

- قبض على سَوم النظر، وهو أن يأخذ الإنسان شيئاً بإذن صاحبه لينظره أو يريه غيره دون أن يصرح بأنه يريد شراءه.

- وقبض على سوم الشراء، وذلك بأن يقول مثلاً أعطنيه لأنظره فإن

أعجبني اشتريته.

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

وأما في القبض على سوم الشراء فإن لم يبين للمقبوض ثمناً عند القبض كان أمانة أيضاً غير مضمونة، كما في سوم النظر. وإن بين له ثمناً كما لو قال البائع: ثمن هذه الدابة كذا ديناراً، خذها فإن أعجبتك اشتراها، كان المقبوض مضموناً على القابض لأن بيان الثمن مع التصريح بالشراء يفيد أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس الضمان كالمبيع، بخلاف سوم النظر فإن بيان الثمن فيه مع عدم التصريح بقصد الشراء يحمل على غرض الترغيب ببيان المعلومات التي يحتاج إلى معرفتها عن المبيع.

وعندئذ إذا هلك المقبوض على سوم الشراء في يد القابض فإنما يضمن قيمته لو قيمياً أو مثله لو مثلياً، ولا يضمن الثمن المبين لأن الثمن لا يثبت إلا 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 أو

يدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد. وهذا الضمان يلتزم به البائع بمقتضى عقد البيع دون حاجة إلى 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 يثرتب عليه من تبعة مالية إذا ظهر للمبيع مستحق آخر، ويسمى كفيلاً بالدرك، فيصبح هذا مسؤولاً بمقتضى كفالته بمثل مسؤولية البائع وضمانه، وهذا إضافة إلى ضمان البائع فلا يعفيه منه، بل هو توثيق لسلامة المبيع يطلب به المشتري أحياناً إشراك غير البائع معه في ضمانها والمسؤولية عنها، كما يطلب البائع أحياناً من المشتري كفيلاً بالثمن المؤجل مع بقاء المشتري ملتزماً أصيلاً به، لما هو مقرر أن الكفالة لا تنقل الالتزام وإنما هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة.

ويكثر بين الناس التجاء المشتريين إلى توثيق سلامة المبيع من الحقوق بكفالة الدرك عندما 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 أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع، ويسمى هذا: استحقاق المبيع. ومن هذا القبيل ما لو ظهر أن المبيع وقف، باعتبار أن المال الموقوف هو ملك الجهة الخيرية الموقوف عليها حالاً أو مآلاً.

- حق الاحتباس كما لو ظهر أنه مرهون.

- حق الارتفاق، وهذا حق عقاري محض، كما لو ظهر مثلاً أن على العقار المبيع حق مرور أو مسيل لأحد.

لكن حق الارتفاق أولى به بحث 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).

أولاً: استحقاق ملكية المبيع^(٢):

١١٦ - استحقاق المبيع تحته حالتان: استحقاق كله، واستحقاق بعضه.

(١) إن الفقهاء يبحثون عن ظهور المبيع غير مملوك للبائع تحت عنوان: «الاستحقاق» بمناسبة البيع، ويقصرون البحث فيه على ظهور المبيع مملوكاً لغير البائع وظهور العبد المبيع حراً، ولا يبحثون فيه عن ظهوره مرهوناً، بل يذكرون هذا في مناسبات أخرى. ويبحثون عن ضمان الشخص الخارجي الثالث لتبعية استحقاق المبيع تحت عنوان «كفالة الدرك» في كتاب الكفالة. لكن في القوانين المدنية الحديثة يبحثون عن هذا الالتزام من البائع تحت عنوان «ضمان التعرض والاستحقاق» ولا يبحثون فيه عن ظهور حق الاحتباس، مع أن هذا هنا محله اللائق، بل يبحثون فيه عن ظهور حق الارتفاق كما فعل مشروع القانون العراقي مع أنه ليس هذا محله كما أوضحنا لأنه من قبيل العيب. وقد آثرنا لفظ «ضمان الدرك» للدلالة على التزام البائع بسلامة المبيع من كل حق للغير، سواء أكان استحقاق ملكية أو استحقاق احتباس، لأنه أوسع لفظ اصطلاحياً يمكن أن يتناول جميع هذه النواحي؛ إذ يفيد كل ما يدرك المبيع من حقوق عينية فيه للغير، ثم يتشعب إلى التقسيم الذي أوضحناه.

ثم إن الفقهاء يقسمون في بحثهم الاستحقاق إلى نوعين:

الأول: الاستحقاق المبطل الذي يبطل ملكية المشتري للمبيع، وهو ظهور الرقيق المبيع حراً أو مديراً أو مكاتباً أو أم ولد، لأن هؤلاء ليسوا محلاً للبيع.

والثاني: الاستحقاق الناقل لملكية المبيع وهو ظهور كونه مملوكاً لغير البائع. ولكل من النوعين أحكام تختلف عن الآخر. لكننا لا نبحث هنا إلا عن النوع الثاني الناقل لأن قضايا الرق لا شأن لنا اليوم معها بعد زواله.

هذا، وإن المجلة لم تبحث عن استحقاق المبيع أصلاً فاستدرك بحثه بعض شراحها.

(٢) مما ينبغي أن يلحظ من ناحية أصول المحاكمة أن دعوى استحقاق المبيع إذا وقعت بعد استلام المشتري له، فالخصم فيها تجاه المستحق هو المشتري ولا يشترط حضور البائع، لكن يحق للمشتري طلب إدخاله في المحاكمة بصفة شخص ثالث لما له من علاقة بحق الرجوع عليه لكي يعتبر محكوماً عليه. وأما إذا وقعت قبل تسليم المبيع فالخصم فيها كل من البائع والمشتري جميعاً مشتركين: المشتري لأنه المالك، والبائع لأنه ذو اليد، فلا يصح الإدعاء عندئذ بالاستحقاق على أحدهما دون الآخر (ر: الدر المختار ج ٤ ص/١٩٨).

أ - استحقاق المبيع كله:

إذا ظهر بعد البيع مستحق للمبيع يدعي ملكيته وأثبت دعواه وقضى له بملكيته وانتزاعه من يد المشتري، فلما أن يكون قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري له أو بنكوله عن حلف اليمين، أو بالبينة.

١ - فإن كان المستحق قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري أو بنكوله عن اليمين عند عجز مدعي الاستحقاق عن البينة وطلبه تحليفه، فإن المشتري يخسر المبيع من حسابه ولا يحق له الرجوع على البائع بشيء. لأن مستند الاستحقاق عندئذ إنما هو إقراره، والإقرار حجة قاصرة على المقر (م/٧٨) فلا يكون سواه ملزماً بإقراره. ونكول المشتري عن اليمين إذا طلب منه الحلف هو في حكم الإقرار لمدعي الاستحقاق بملكيته للمبيع.

ويجب أن يلحظ أن المشتري إنما يكلف بالحلف هنا على عدم العلم ولا يسوغ تحليفه على البتات والجزم، أي إنما يطلب منه أن يحلف أنه لا يعلم كون المدعي مالكا للمبيع، لا أن يحلف أن المدعي ليس بمالك له، لأن هذا إخراج له، فإن ملكية غير البائع خفاء بالنسبة إليه: فإن تهور بالحلف جزماً قد يكون حائثاً آثماً، وإن تورع فنكل يحكم عليه دون أن يكون له حق الرجوع على البائع. فلذا نص الفقهاء أنه إنما يحلف على عدم العلم.

وبعد أن يقضى على المشتري بإقراره أو بنكوله لو أراد أن يثبت على البائع ملكية المستحق لكي يرجع بالثمن لا يقبل منه الإثبات لأنه ليس له أن يقوم مقام المالك في إثبات ملكيته، فليس بخصم شرعي، لكن له الحق في أن يدعي على البائع ويطلب تحليفه اليمين فقط على عدم ملكية المستحق للمبيع. وهذه اليمين يكلف البائع حلفها على البتات والجزم لا على عدم العلم. فإن نكل عن اليمين يحكم عليه برد الثمن إلى المشتري.

٢ - أما إن أثبت المستحق ملكيته بالبينة فقضى له بالمبيع لا يفسخ البيع السابق، بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق: فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري، ويأخذ المستحق الثمن من البائع، ويعتبر البائع عندئذ كوكيل عنه بالمبيع، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وإن لم يجز المستحق البيع، بل اختار أخذ المبيع، يفسخ البيع السابق

ويكون البائع ملتزماً تجاه المشتري برد الثمن .

لكن إذا كان البيع مقايضة، أي مبادلة بين أعيان، كبيع سيارة بثلاجة مثلاً، فاستحق أحد العوضين، تبطل المقايضة، كما في الدر المختار وحاشيته رد المختار آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع (٤/٢٠٢).

وتعليه الفقهي، فيما يبدو لي، أن العوضين في المقايضة كل منهما مبيع وثمان، وهما معينان ليسا ثابتين في الذمة، فاستحقاق أحدهما يجعل الآخر مبيعاً بلا ثمن، والبيع بلا ثمن باطل كما تقدم (ف/١٣) وليكون استحقاق أحد العوضين في المقايضة (ولو بعد التسليم مبطلاً لها، وللمقايض الذي استحققت العين من يده أن يسترد من صاحبه السلعة المقابلة التي أعطاه إياها.

وهذا يدل على أن هلاك أحد العوضين في المقايضة قبل التسليم مبطل لها أيضاً، قياساً على استحقاقها، لأن كلاً من العوضين في المقايضة مبيع، ومن المقرر أن هلاك المبيع قبل التسليم بأفة سماوية مبطل للبيع.

على أنه إذا كان الاستحقاق لجانب وقف كما لو ظهر أن المبيع مال موقوف ادعى به المتولي وأثبت وقفه فإن البيع يفسخ حتماً، إذ ليس لأحد أن يجيز بيع الوقف. وحينئذ يكون هذا مهر قبيل الاستحقاق المبطل كما سبقت الإشارة إليه في الفقرة السابقة بالحاشية.

١١٧ - شرائط الرجوع بالثمن:

ويشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع من يده شرائط أربع:

١ - أن يكون المستحق إنما أثبت ملكيته بالبينة على نحو ما تقدم بيانه في الفقرة السابقة.

٢ - أن يكون الاستحقاق سابقاً لملك البائع. وذلك بأن يكون المستحق إنما يدعي ملكاً مطلقاً أو مؤرخاً بتاريخ أقدم من تاريخ الشراء. فلو ادعى المستحق أن المبيع ملكه منذ شهر وكان شراء المشتري من سنة مثلاً فلا رجوع له على بائعه، لأن سبب الاستحقاق يعتبر عندئذ حادثاً على ملك المشتري لا على ملك البائع.

٣ - أن لا يحصل بعد الحكم بالاستحقاق صلح بين المشتري والمستحق على أن يدفع المستحق إلى المشتري بعض الثمن ويأخذ المبيع، لأن المشتري

عندئذ يكون بهذا الصلح على الثمن مع المستحق قد أبطل حق رجوعه على البائع .
أما إذا كان الصلح على أن يترك المستحق المبيع للمشتري لقاء شيء
يدفعه إليه المشتري، فإنه لا ينقطع بذلك حق رجوعه بالثمن على البائع، كما
لو اشترى المبيع من المستحق شراءً جديداً.

٤ - أن لا يكون البائع قد أبرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق. فلو
كان قد أبرأه عنه فلا رجوع للمشتري عليه بشيء لأنه لا ثمن له.
هذا، ولا يشترط لرجوع المشتري أن يكون حسن النية، أي جاهلاً
لسبب الاستحقاق عند الشراء. فلو اشترى وهو عالم أن المبيع ملك الغير فله
الرجوع بالثمن متى استحقه صاحبه بالبينه، لأن سوء نية المشتري تجاه
المستحق لا يسوغ البائع أكل الثمن بلا مقابل.

(مرشد الحيران م/٤٠٠ والدر المختار، أو خرباب الاستحقاق من كتاب البيوع).

١١٨ - تعدي القضاء بالاستحقاق: إن القضاء على المشتري باستحقاق

المبيع من يده إذا كان مستنداً إلى البينة لا يقتصر حكمه عليه فقط، بل عند
وجود باعة متعددين متسلسلين يتعدى القضاء إلى سلسلة الباعة الذين تنقل
المبيع على أيديهم حتى وصل إلى المشتري الأخير، فيعتبر كل منهم مقضياً
عليه باستحقاق المبيع. وهذا على خلاف الأصل في القضاء، لأن الأصل فيه
أنه يقتصر حكمه على المقضي عليه فلا يعتبر غيره ممن لم يدخل في
الخصومة مقضياً عليه أيضاً إلا في حالات استثنائية منها هذا.

ونتيجة تعدي القضاء بالاستحقاق إلى سلسلة الباعة أمران:

١ - أن المشتري عندما يرجع على البائع بالثمن بمقتضى التزام البائع بضمان
الدرك لا يحتاج إلى إثبات جديد عليه وإعادة البينة لإثبات الاستحقاق بمواجهته بل
يقضى عليه بإعادة الثمن إلى المشتري لأنه مقضي عليه سابقاً بملكية المستحق.

وللبائع أن يرجع على بائعه بالثمن الذي اشترى به منه وليس بقيمة
المبيع، وكذلك يرجع بائعه على بائعه وهكذا.

ولكن لا يرجع أحد من سلسلة الباعة السابقين على بائعه أو على كفيل
البائع بالدرك إن كان له كفيل ما لم يرجع عليه المشتري منه.

٢ - عندما يرجع كل واحد بالتسلسل على بائعه بالثمن لا يقبل من البائع

أن يدفع دعوى الرجوع عليه بأن المبيع ملكه لا ملك المستحق، لأنه قد اعتبر مقضياً عليه فيكون دفعه هذا من قبيل طلب تجديد الدعوى بعد فصلها، وهو غير سائغ فقهاً في أصول القضاء إلا في حالات خاصة عند ظهور موجب لإعادة المحاكمة.

على أنهم استثنوا من ذلك حالتين:

الأولى: أن يدفع البائع دعوى الرجوع عليه بإدعائه النتاج، أي أن يدعي أن المبيع منتج عنده أو عند بائعه فهو ملكه من الأصل، كما لو كان دابة فادعى أنها مولودة عنده وأثبت ذلك فعندئذ ينقض القضاء السابق للمستحق بالملكية ويترجع إثبات البائع ملكيته بالنتاج ولا يشترط حضور المستحق في إثبات هذا الدفع.

الثانية: أن يدفع البائع دعوى الرجوع عليه بإدعائه أنه هو أو بائعه إنما كان تلقى ملكية المبيع من المستحق نفسه مباشرة أو بواسطة آخر بشراء أو هبة أو أي سبب من أسباب التملك.

فإذا أثبت ذلك أيضاً انتقض القضاء بملكية المستحق.

ب - استحقاق بعض المبيع:

١١٩ - وإذا ظهر مستحق لبعض المبيع فقط فإن جميع ما تقدم ذكره من الأحكام والشرائط في استحقاق كل المبيع، يجري أيضاً في حالة استحقاق بعضه بلا فرق. لكن انفساخ البيع إذا لم يجزه المستحق ينحصر بالجزء بالمستحق فقط، لأنه هو الذي سلب الاستحقاق ملكية البائع عنه دون باقي المبيع. وعندئذ يكون البائع ملتزماً تجاه المشتري بإعادة حصة الجزء المستحق من الثمن.

والفرق الوحيد بين حالة استحقاق البعض واستحقاق الكل هو أنه في حالة استحقاق البعض تفرق الصفقة على المشتري الأخير، فيثبت للمشتري علاوة على ما تقدم خيار تفرق الصفقة: فإن شاء احتفظ بالباقي من المبيع، وإن شاء فسخ العقد فيه أيضاً ورده ورجع بكل الثمن، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع، وكان المبيع لا تضره التجزئة

ولا تعييه، فعندئذ لا يثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن، وذلك كما لو كان المبيع كمية من المثليات من مكيل أو موزون كالقمح والزيت، أو كان شيئين لا ارتباط لأحدهما بالآخر كغنميتين إذا استحققت إحداهما بعد قبض الاثنتين جميعاً.

والنظرية الفقهية في هذا الموضوع أن تفرق الصفقة قبل قبض جميع المبيع يوجب الخيار مطلقاً بلا تفصيل، سواء أكان الاستحقاق قد وقع على الجزء المقبوض أو على غير المقبوض. وأما تفرق الصفقة بعد قبض جميع المبيع فإنما يوجب الخيار إذا كان المبيع مما تضره التجزئة أو تعييه.

هذا تلخيص مسائل ضمان الدرك على البائع عند استحقاق ملكية المبيع، وتخليص مبادئه، وترتيب أحكامه المهمة.

ولتنظر مصادرها في (باب الاستحقاق من كتاب البيوع في الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص/ ٢٩١ - ٣٠٢، والدرر بحاشية الشرنبلالي ج ٢ ص/ ١٨٩ - ١٩٤، وشرح المجلة للأستاذ الباز آخر البيوع).

ثانياً: استحقاق احتباس المبيع:

١٢٠ - وإذا ظهر بعد البيع أن المبيع مستحق الاحتباس في يد غير البائع كما لو ظهر أنه مرهون أو مأجور في يد مرتهن أو مستأجر، وثبت ذلك بالبينة فإنه يؤثر في شريطة لزوم البيع في حق المشتري ويجري فيه التفصيل التالي:

أ - فإن لم يجز المستأجر أو المرتهن البيع ليس له فسخه بل يبقى المبيع في يده ويتخير المشتري بين أن ينتظر انتهاء مدة الإجارة وفكالك الرهن، أو يفسخ البيع ويسترد الثمن لو كان مدفوعاً.

وإن أجاز المستأجر أو المرتهن البيع تنفسخ الإجارة أو الرهن. وفي صورة الرهن يصبح ثمن المبيع رهناً مكان المبيع، وللمرتهن حبس المرهون المبيع حتى يؤدي إليه الثمن عوضاً عنه. وفي صورة الإجارة يحق للمستأجر

أيضاً حبس المبيع حتى تعاد إليه الأجرة عن المدة الباقية من الإجارة 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 أن يتوفر في معنى العيب عنصران نوضحهما فيما يلي:

١٢٢ - العنصر الأول: خلو الفطرة السليمة عنه عادة:

المراد من الفطرة السليمة الحالة الأصلية المعتادة في الشيء. فما لا يخلو عنه الشيء عادة لا يُعد عيباً كالحصى والتراب اليسير في القمح، وكالفساد في بعض أفراد الجوز. بخلاف ما لو كثر ذلك وفحش بحيث يكون أغلب الأحوال خلافه فإنه عيب عندئذ.

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

١٢٣ - ومن المهم هنا وجوب التمييز بين الرداءة والعيب: فالأشياء التي

توجد في أصل فطرتها السليمة على وجوه مختلفة عادة بين أدنى وأعلى يعتبر اختلاف حالاتها المعتادة من قبيل الجودة والرداءة، لا من قبيل السلامة والتعيب.

(١) والظاهر عندئذ أن المشتري لو كان دافعاً الثمن إلى البائع، يحق له فسخ البيع إذا لم يسلم البائع الثمن إلى المرتهن وبقيّة الأجرة إلى المستأجر لتخليص المبيع من حقهما في احتباسه.

فالرداءة ليست عيباً بالمعنى الفقهي وإنما هي مجرد وصف، وإن كان سعر الرديء دون الجيد بين الناس، إذ القيم تختلف أيضاً باختلاف الأوصاف. وذلك كما لو كان القمح خفيف الوزن أو حمرأوي اللون، أو كما لو كانت الفرس مسنة أو صغيرة الحوافر، أو كان الحمار بطيء السير، أو كان البطيخ والجوز غليظ القشر. فكل ذلك ليس من قبيل العيب بل من قبيل الرداءة؛ إلا إذا كان ذلك شديداً إلى درجة نادرة غير معتادة فيعد عندئذ عيباً.

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، أو يوجد تارة هكذا وتارة بخلافها، فتكون رداءة. فالسوس والدود في القمح والدقيق، والمرض في الحيوان، والفساد في الجوز والبيض إلخ... هي عيوب. بخلاف غلظ القشر في الجوز، وبطء سير الدابة ونحو ذلك مما تقدم ذكره فإنه رداءة.

ومثل هذا الاعتبار يجري في المصنوعات. فالكسر في الكرسي مثلاً عيب، أما سوء صنعه وعدم متانته وضعف خشبه فرداءة.

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

١٢٤ - وثمرة التمييز بين الرداءة والعيب أن الرداءة تطبق فيها أحكام خيار الرؤية وخيار فوات الوصف المرغوب على تقدير كون المبيع حاضراً مشاركاً إليه عند البيع أو غائباً، مما تقدم إيضاحه في الفرع الثالث من الفصل الثاني، ولا يجري فيها حكم خيار العيب الآتي بيانه.

فلو اشترى الإنسان حماراً مثلاً فظهر بطيء السير، أو اشترى البطيخ أو الجوز الحاضر المشار إليه مثلاً فظهر بالكسر أنه غليظ القشر يكون البيع لازماً ولا يحق للمشتري فسخه لهذه الأسباب إلا إذا كان قد اشترط السرعة في

الحمار، ورقة القشر في البطيخ والجوز. بخلاف ما لو ظهر الحمار مريضاً والجوز فاسداً والبطيخ حامضاً مما يُعد عيباً، فإن البيع يكون غير لازم في حق المشتري ويكون البائع ملتزماً تجاهه بموجب خيار العيب الذي هو موضوع بحثنا.

١٢٥ - العنصر الثاني: أن تنقص قيمة الشيء به:

والأمر الذي تخلو عنه الفطرة السليمة بالمعنى المتقدم إذا كان وجوده في الشيء لا ينقص من قيمته بين التجار لا يكون عيباً بالمعنى الفقهي المقصود. وذلك كخرق يسير في جانب قطعة جوخ، وكخط بسيط في هامش كتاب، أو خدش خفيف في جلده.

ومن ثم وجب أن يكون العيب مما لا يمكن إزالته بلا مشقة وإلا لم يكن عيباً، كالنجاسة أو الوسخ في ثوب لا يضره الغسل (ر: رد المحتار أول خيار العيب ج ٤ ص/٧١ - ٧٢).

١٢٦ - شريطة القدم:

ويشترط في العيب لكي يلزم البائع بضمانه أن يكون قديماً.

والمراد بقدمه أن يكون موجوداً في المبيع عند البائع، سواء أكان موجوداً قبل العقد أو حادثاً بعده قبل التسليم، لأن كل ما يصيب المبيع قبل التسليم هو على مسؤولية البائع.

فأما العيب الذي يحدث في المبيع بعد التسليم عند المشتري فهو على ضمان المشتري ومسؤوليته وليس للبائع به علاقة، ويسمى: العيب الحادث.

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 إلى شرط، كذلك أيضاً يعتبر ضامناً لسلامة المبيع من العيوب، دفعاً

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 التعاقد. فلذا يجوز الاتفاق في العقد على إسقاطه كما لو باع شيئاً بشرط براءته من ضمان كل عيب، فيسقط عندئذٍ عنه التزام ضمان العيوب تجاه المشتري الذي رضي بذلك. ومهما ظهر عندئذٍ من العيوب في المبيع لا يكون البائع مسؤولاً عنه.

وأما إذا تبرأ في العقد من كل عيب موجود في المبيع فإنما يبرأ من ضمان العيب الموجود قبل البيع لا الحادث بعده قبل القبض.

وللناس تعابير مختلفة في اشتراط عدم ضمان العيوب بوجه عام في المبيع كبيع الشيء على أنه حاضر حلال، أو على أنه مكسر محطم، أو مجموعة عيوب، أو كوم تراب، أو لا يصلح لشيء، أو لأجل الطرح، وكقولهم في بيع الدابة: على أنها لحم، أي أنها لا ينتفع من حياتها بعمل؛ فكل هذه التعابير العامة وأمثالها - 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: أن الشرط المسقط لضمان العيب عن عهدة البائع يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب، وهذا بناءً على اعتبار أن هذا الإخفاء المتعمد هو تغرير بالمشتري لقبول الشرط فيكون البائع سعيماً النية فيه، وهو قيد وجيه معقول، وبهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه (ر: بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص/١٥٣ - ١٥٤).

وهذا هو رأي مالك أيضاً؛ وقد حكى مالك في الموطأ إجماع أهل المدينة عليه، فقال في: حكم البيع مع اشتراط البراءة من كل العيوب ما نصه:

والأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبداً أو وليدة أو حيواناً بالبراءة... فقد برئ من كل عيب فيما باع، إلا أن يكون علم في ذلك عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه تبرئته، وكان ما باع مردوداً عليه. (ر: الموطأ بشرح الزرقاني ج ٣ ص/٩٨ كتاب البيوع، العيب في الرقيق).

وبهذا أيضاً جاءت المادة ٤٢١/ من قانوننا المدني السوري الذي صدر أخيراً عام ١٩٤٩ وحل محل مجلة الأحكام العدلية.

وإذا تبرأ البائع في العقد من الالتزام بضمان عيب أو عيوب مخصوصة فإنه 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 المبيع وهو عالم بعيبه سواء أكان 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 يشتبه على الناس كونه عيباً، إذ يعتبر المشتري عندئذ عالماً بالعيب عند العقد كالغدة البارزة في عنق الدابة وكالبقعة الظاهرة في الثوب المنشور، إلا إذا كان المشتري في حالة مانعة من الاطلاع كالأعمى مثلاً.

فإذا كان العيب الظاهر في المبيع مما يشتبه على الناس كونه عيباً والمشتري لا يعرف أنه عيب، فإن البائع يكون ملتزماً بضمانه تجاه المشتري، كما لو رأى في الدابة قرحة بسيطة لا يعلم أنها تعد عيباً فاشتراها ثم علم أنها 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:

إذا ظهر في المبيع عيب قديم بالمعنى المتقدم لا يعلمه المشتري عند العقد ولم يتبرأ البائع منه فإن له موجباً أصلياً وموجباً خلفياً يعتبر البائع ملتزماً بهما على التعاقب:

أ - الموجب الأصلي:

فالموجب الأصلي لظهور العيب في المبيع هو أن المشتري يتخير بين أمرين: إن شاء فسخ البيع ورد المبيع، وإن شاء أمسكه بكل الثمن، وليس له أن يمسكه وي طرح من الثمن شيئاً لقاء العيب دون رضی البائع، لأن البائع لم يقبل البيع إلا بالثمن المسمى، والمشتري يتضرر بعيب المبيع فيصان حق كل

منهما ضمن حدود إرادته في العقد، وذلك بمنح المشتري هذا الخيار بين الإمضاء والفسخ، وهذا معنى قول الفقهاء: إن خيار العيب يمنع لزوم البيع في حق المشتري.

وإذا ظهر العيب القديم في بعض المبيع فقط. فإن كان ذلك قبل قبضه أجمع فللمشتري أن يرده كله أي المعيب وغير المعيب سواء أكان لم يقبض منه شيئاً أو قبض بعضه دون بعض، وسواء أكان المعيب هو البعض المقبوض أو غير المقبوض لأن الإلزام برد المعيب وحده يوجب تفريق الصفقة على البائع وعلى المشتري قبل تمامها بالقبض الكامل. فليس للمشتري أن يلزم البائع بقبول المعيب فقط، ولا للبائع أن يلزم المشتري برده وحده فقط إلا أن يتراضيا.

وإن كان ظهور العيب في البعض بعد قبض المبيع أجمع فإما أن يكون المبيع واحداً كدار وكرم وأرض وثوب ودابة ومال مثلي من مكيل أو موزون في وعاء واحد، وإما أن يكون متعدداً كدارين وثوبين ودابتين ومال مثلي في وعائين.

ففي حال كون المبيع واحداً يكون للمشتري حق رد الكل أو أخذ الكل دون رد القسم المعيب فقط. ومثله لو كان المبيع شيئين في حكم الشيء الواحد كزوجي خف ومصراعي باب ودابتين أليفتين كثورين لا يشتغل أحدهما بدون الآخر.

وفي حالة كون المبيع متعدداً فالحكم بالعكس أي إنما يحق للمشتري ردّ البعض المعيب فقط بحصته من الثمن وليس له رد الكل إلا بالتراضي، لأن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض سائغ إلا إذا ترتب على التجزئة ضرر أو تعيب، (رد المحتار ج ٤ ص/٩٣) وذلك نظير ما تقدم في استحقاق بعض المبيع (ف/١١٩).

١٢٩/٢ - هذا ويجب التنبه في هذا المقام إلى أن قبض بعض المبيع واستهلاكه يعد قبض الكل من حيث حكم تفرق الصفقة فقد جاء في الفصل

الرابع عشر في العيوب من كتاب البيع من الذخيرة البرهانية نقلاً عن المنتقى ما نصه: إذا اشترى جراب هروي^(١) وأخذ ثوباً منه وقطعه وخاطه أو باعه، ثم وجد بثوب من الجراب عيباً فللمشتري أن يأخذ ما بقي من الثياب ويرد الذي به العيب خاصة، لأنه حين استهلك ثوباً فكأنه قبض كله. ولو قال البائع: لا أسلم لك إلا أن ترد الجراب كله فليس له ذلك إلا أن يشاء المشتري أ.هـ.

فهذا كما ترى صريح في أن المشتري إذا قبض بعض المبيع فباعه ثم ظهر عيب فيما لم يقبض فله فسخ البيع فيه، أي في غير المقبوض، وهذا نص مهم جداً، وتعليقه ذلك بأن استهلاك البعض المقبوض يعتبر كقبض الباقي هو تعليل هام أيضاً، لأنه يقيد الحكم المطلق المذكور في الكتب المتداولة من أن قبض بعض المبيع هو كعدم القبض أصلاً من حيث عدم جواز تفريق الصفقة دون رضی الطرف الآخر، فقد أفاد هذا التعليل المنقول في الذخيرة إن ذلك فيما إذا كان المقبوض باقياً، فلو كان مستهلكاً جاز رد غير المقبوض، لأن استهلاك البعض كقبض الكل فيكون تفريقاً للصفقة بعد القبض لا قبله.

ب - الموجب الخلفي:

وإذا منع من رد المبيع المعيب مانع فإنه ينتقل حق المشتري من الرد إلى الرجوع على البائع بنسبة نقصان العيب من الثمن إذا كان المانع مما لا يعتبر معه المشتري في حكم الممسك للمبيع عن البائع كما سنوضحه قريباً في بيان أنواع موانع الرد، وهذا هو الموجب الخلفي (ر: ف/١٣١).

ونسبة النقصان تعرف بتقويم المبيع سليماً تارة ومعيباً بالعيب تارة أخرى 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

(١) لعله جراب ثياب هروية فإن الذخيرة من الذخائر غير المطبوعة، والنسخة التي نقل عنها سقيمة الخط كثيرة الغلط.

فإن فرق القيمتين وهو ثلاثون يعادل ربع قيمته سليماً فيرجع بربع الثمن أي بخمسة وعشرين. وكذا لو قوم سليماً بثمانين ومعيباً بستين فإنه يرجع أيضاً بربع الثمن.

١٣٠ - وإذا حصل مانع للرد مما يعتبر معه المشتري في حكم الممسك للمبيع عن البائع لا يحق للمشتري أن يرجع على البائع بشيء لقاء العيب ما لم يرتفع المانع ويعد المبيع إلى حالته الأصلية في يد المشتري، فعندئذ يعود إليه حق الرد عملاً بالقاعدة القائلة: إذا زال المانع عاد الممنوع. وإليك تفصيل أنواع الموانع واختلاف أحكامها.

١٣١ - أنواع موانع الرد:

الموانع التي تمنع فسخ البيع ورد المبيع بالعيب خمسة أنواع:

أ - المانع الطبيعي: وهو هلاك المبيع بأفة سماوية أو باستعمال المشتري إياه كما لو كان طعاماً فأكله. وفي هذه الحال يستحيل رد المبيع لهلاكه فيثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب.

ب - المانع الشرعي: وهو أن يحصل في المبيع عند المشتري زيادة منفصلة متولدة، أو متصلة غير متولدة. فالأولى كالولد والثمر، والثانية كما لو صبغ المشتري الثوب المبيع أو خاطه أو غرس أو بنى في الأرض المبيعة ثم اطلع على عيب قديم فيها.

وفي هذا يمتنع الفسخ والتراد لحق الشرع، لأن الزيادة المنفصلة عندئذ تبقى للمشتري بلا مقابل وهو ممنوع شرعاً، والمتصلة وهي ملك المشتري يأخذها البائع عندئذ بلا مقابل وهو ممنوع شرعاً، فلذا يمتنع الرد ويتعين الرجوع بنقصان العيب.

أما الزيادة المتصلة المتولدة كما لو سمت الدابة المبيعة، وكذا المنفصلة غير المتولدة كأجرة المبيع لو أجره المشتري فإنهما لا تمنعان الفسخ والرد بالعيب فيبقى حكم العيب معهما على موجه الأصلي.

ج - المانع لحق البائع: وذلك بأن يحدث في المبيع المعيب بالعيب القديم عيب جديد عند المشتري بعد ما قبضه، كما لو انكسرت يد الدابة المبيعة وهي عند المشتري وظهر فيها مرض قديم منذ أن كانت عند البائع.

وفي هذا ليس للمشتري أن يرد المبيع على البائع بالعيب القديم لتضرر البائع بعودته إليه معيباً بعيب حادث، وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان، إلا أن يشاء البائع أخذ المبيع بعيبه الحادث ورد الثمن. وذلك لأن امتناع الموجب الأصلي وهو الرد إنما كان نظراً لمصلحته منعاً للضرر عنه، فإذا شاء هو فلا مانع.

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

د - المانع لحق الغير: وذلك كما لو أخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التمليك كبيع أو هبة أو صلح، ثم اطلع على أنه كان معيباً بعيب قديم. وفي هذا لا يمكن المشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد أنشأه المشتري نفسه، ولا يحق له أن يستفيد من الموجب الخلفي فيرجع بنقصان العيب لأنه يعتبر المشتري هو الحابس للمبيع عن بائعه بما أنشأه عليه من حق للغير، إذ للبائع أن يحتج باستعادته لاسترداد المبيع وإعادة الثمن^(١).

لكن لو رد المبيع المشتري الثاني على المشتري الأول بالعيب رداً قضائياً بأن خاصمه وقضى عليه بالرد ساغ عندئذ للمشتري الأول أن يرده على البائع بالعيب المذكور، لأن القضاء بالرد فسخ للبيع الثاني فيصبح كأن لم يكن،

(١) يلحظ هنا أنه إذا كان قد امتنع الرد بمانع شرعي قبل إخراج المشتري المبيع عن ملكه، كما لو ولدت الدابة المبيعة عند المشتري ثم باعها ثم اطلع على العيب القديم فيها فإن له أن يرجع على بائعه بنقصان العيب، لأن الرد قد امتنع واستقر حق الرجوع بالنقصان قبل أن ينشئ المشتري حقاً للغير في المبيع، فلا يكون لهذا الإنشاء تأثير بالنسبة إلى البائع بعد أن استقر عليه الالتزام بنقصان العيب.

ويعود المبيع إلى حاله الأولى في يد المشتري. وبزوال المانع عندئذٍ، وهو حق الغير، يعود الممنوع، وهو الرد بالعيب.

ولا فرق بين أن يكون القضاء على البائع الثاني بالرد مستنداً إلى ثبوت العيب القديم بالبينة أو بإقراره أو بنكوله عن اليمين، لأن القضاء في كل ذلك فسخ للعقد الجديد.

أما لو رده المشتري الثاني، ولو بسبب العيب، على المشتري الأول بالتراضي، أو تقايلاً البيع إقالة فليس للمشتري الأول رده على بائعه لأنه في حكم ما لو اشتراه من مشتريه شراءً جديداً، وفي هذه الحال يكون شراؤه كشراء أجنبي يطهر العين من الحق السابق، إذ من القواعد المقررة فقهاً: إن تبدل سبب الملك كتبدل الذات (م/٩٨) فلما عاد المبيع إلى ملك المشتري الأول بسبب جديد غير السبب الذي ملكه به من بائعه فكأنما هو عين أخرى غير المبيع الأول. بخلاف ما لو قضي عليه بالرد قضاءً فإنه فسخ للبيع الثاني فيعود المبيع إلى ملكه الأول لا بسبب جديد فيعود معه حقه في الرد الذي كان ثابتاً له فيه.

هـ - إتلاف المشتري: كما لو كان المبيع دابة فقتلها أو ثوباً فمزقه ونحو ذلك، ثم علم بوجود العيب القديم فيه.

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

والإتلاف احتراز عما لو استهلك المشتري المبيع بالاستعمال والانتفاع المشروع فإنه يعتبر عندئذٍ كالمانع الطبيعي الأول، كما لو كان طعاماً فأكله، أو ثوباً فلبسه حتى تخرق أو بلي ثم اطلع على العيب القديم فيه فإن له الرجوع حيثئذٍ بنقصان الثمن. ولو أكل بعضه فله رد ما بقي والرجوع بنقصان ثمن ما أكل. وهذا رأي الصحابين الراجح (رد المحتار ج ٤ ص/٨٣).

١٣٢ - كيف يمارس المشتري حق الفسخ بخيار العيب:

أ - إذا ظهر للمشتري في المبيع عيب يوجب له الخيار فإن كان ذلك قبل

قبضه جميع المبيع فإنه يستقل بفسخ البيع ورد المبيع وإن لم يرض البائع دون حاجة إلى قضاء قاض. على أن البائع بعد فسخ المشتري إذا أنكر البائع وجود العيب لا بدّ للمشتري من الالتجاء إلى القضاء لأجل إثبات وجود العيب، فبعد إثباته يقر القاضي نفاذ الفسخ ويعتبر البيع منفسخاً من تاريخ فسخ المشتري.

ب - وأما إذا كان ظهور العيب بعد قبض المبيع فلا بدّ لنفاذ الفسخ من رضى البائع فإن لم يرض فليس للمشتري أن يفسخ وإنما عليه أن يلجأ إلى القضاء فيثبت العيب، والقاضي بعدئذٍ هو الذي يقضي بالفسخ بناءً على طلب المشتري. والفسخ من المشتري قبل ذلك غير معتبر فيبقى المبيع على ملك المشتري حتى يقضي القاضي بالفسخ.

ويحتاج المشتري أمام القضاء أن يثبت أمرين: وجود عيب في المبيع، وهذا يثبت برأي أهل الخبرة؛ ثم كون العيب قديماً، أي قائماً فيه منذ أن كان عند البائع قبل استلامه إن 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 بالعيب، ما لم يوجد مسقطه الآتي بيانه، وهنالك رأي آخر في المذهب الحنفي يشترط فيه الفورية فلو أمسك المشتري المبيع بعد اطلاعه على العيب مع قدرته على الرد كان راضياً وسقط خياره^(١) (رد المحتار ج ٤ ص/٩٠).

(١) اختلف الفقهاء في توقيت حق المشتري في خيار العيب على ثلاثة آراء:

١ - أنه على التراخي، فلا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا. وهو المعتمد في المذهب الحنفي وفي المذهب الحنبلي على الرواية الراجحة.

٢ - أنه على الفور. فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط. والمراد من الفورية: الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة. فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه، ولا يرجع بأرش العيب. وهذا مذهب الشافعية ورواية في مذهب أحمد ورأي لدى الحنفية.

٣ - توقيته بيوم أو يومين: وهو مذهب المالكية. ويفترق الحكم بالرد، فإن حصل في يوم فأقل: لم يحتج لرده إلى اليمين، بعدم حصول رضاه، وإن تأخر إلى يومين: رده مع اليمين بأنه ما رضي بالمعقود عليه. (انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/١٢٧ - ١٢٩).

على أن هذا الاطلاق عن التحديد بمدة مشكل من جهة أنه يجعل البائع غير مطمئن على مصير المبيع فلا يستطيع استعادته إلى ملكه و صرفه إلى حاجته أو تصريفه في الوقت المناسب، ولا يستطيع أن يعتبره مبتوتاً في أمره ومفروغاً منه. وقد كان يحسن أن تجنح المجلة إلى تحديده بمدة تلجئ المشتري إلى ممارسة حقه خلالها فلا تسمع دعواه بالعيب بعدها، أو تأخذ بالرأي الذي يشترط الفورية^(١).

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

١٣٥ - ما يُسقط ضمان العيب^(٢) :

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

فأما بعد أن يعتبر البائع ملتزماً بهذا الضمان، ويعتبر المشتري مخيراً فيه ذلك الخيار الذي تترتب فيه الموجبات والأحكام السالفة البيان فإن التزام البائع أو حق المشتري قابل للسقوط بعد الثبوت.

(١) إن المادة /٥٨٨/ من مشروع القانون المدني العراقي أوجبت على المشتري أن يفحص حالة المبيع بمجرد تمكنه من ذلك، وأن يبادر، عند اكتشافه فيه عيباً، إلى إخبار البائع به وإلاً اعتبر قابلاً للمبيع بعينه. كما أن المادة /٥٦٨/ منه منعت سماع الدعوى بضمن العيب بعد مرور سنة على البيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بضمن العيب لمدة أطول.

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

ولعل الأفضل أن يعبر بسقوط ضمان العيب لأن خيار المشتري فرع عن التزام البائع بهذا الضمان.

والنظر الفقهي في ذلك أن خيار العيب يسقط إجمالاً 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 إلى صور شتى لا تنحصر. فيعتبر رضى بالعيب بعد اطلاع المشتري عليه ما لو باع المبيع، أو آجره، أو رهنه، أو وهبه ولو بلا تسليم، أو عرضه كله أو بعضه للبيع أو أمر غيره بعرضه، أو داواه من العيب نفسه لو كان مرضاً، أو داوى بالمبيع لو كان دواءً، أو استعمله بأي وجه كان كما لو لبس الثوب أو ركب الدابة أو حملها - إلا إذا ركبها لأجل ردها بالعيب أو لأجل سقيها، أو حملها علفها - أو سقى الأرض المبيعة، أو زرعها، أو كسح الكرم، أو جمع غلات الضيعة. فكل هذه التصرفات وأشباهاها من المشتري بعد علمه بالعيب تسقط ضمان البائع لدالاتها على رضى المشتري بالعيب.

وكذلك لو علم بعيب المبيع قبل القبض فقبضه كله أو بعضه، أو كان لم ينقد الثمن فنقده، فإنه يعتبر أيضاً رضى بالعيب مسقطاً لخياره (البحر الرائق، ورد المختار ج ٤ ص/٩٠ - ٩١).

١٣٦ - أما لو وجدت هذه التصرفات وأشباهاها من المشتري قبل اطلاعه على عيب المبيع فإنها لا تسقط التزام البائع لعدم دالاتها على رضى المشتري بالعيب.

لكن بعض هذه التصرفات لو حصل قبل اطلاع المشتري على العيب قد يكون مانعاً يمنع فسخ البيع ورد المبيع بالعيب إذا كان من نوع أحد الموانع الخمسة المتقدمة الذكر (ر: ف/١٣١)، كما لو كان المبيع طعاماً فأكله المشتري، أو ثوباً فصبغه أو فصله أو خاطه أو باعه من آخر أو أتلفه، ثم اطلع بعد ذلك على العيب القديم فيه فيأخذ عندئذ الحكم المقرر للمانع الذي هو

من نوعه، بحسب التفصيل السابق^(١).

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

هذا ولتنظر مصادر أحكام ضمان العيب التي أوردناها 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) فإذا كان التصرف من نوع الموانع الثلاثة الأولى - أي المانع الطبيعي والمانع لحق الشرع والمانع لحق البائع - كما لو أكل المشتري المبيع، أو أحدث فيه زيادة متصلة من ماله كالصبغ والخياطة، أو أحدث فيه عيباً جديداً، ففي هذه الأحوال يمتنع الموجب الأصلي لظهور العيب وهو الرد ويثبت الموجب الخلفي أي حق الرجوع بنقصان الثمن. وإذا كان من النوعين الرابع والخامس - أي المانع لحق الغير والإنلاف - فإنه يمنع كلا الموجبين.

ويلحظ أن تفصيل الثوب يعتبر عيباً حادثاً، أما خياطته فزيادة.

الفصل السادس في بعض أنواع من البيع

الفرع الأول بيع السلم

١٣٧ - النظرية الشرعية فيه :

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

فالسلم وليد حاجة للمنتج والجالب المستورد إلى رأس المال ليستعين به على إنتاجه أو استيراده وجلبه المأمول، ورغبة من المشتري في تحصيل بضاعة يشتريها على أساس التسليم المستقبل بسعر أرخص عادة بسبب تسليف ثمنها. ففي السلم عون كبير على مصلحة الإنتاج الزراعي والصناعي والتجاري ومنفعة مشتركة متبادلة بين جانبيه. وهو في عرف الاقتصاد من قبيل تمويل المشتري للبائع.

والفقه الإسلامي الذي أقر مبدئياً قاعدة عدم جواز بيع المعدوم قد استثنى السلم باتفاق الاجتهادات، لما فيه من مصلحة اقتصادية عامة. وبه فسرت آية المدائنة التي هي أطول آية في القرآن. وورد في السنة أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وقال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» (الهداية وشروحها ج ٦ ص/٢٠٥)^(١).

(١) وقال أيضاً في الهداية «إن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس» (ج ٦ ص/٢١٧) =

والسلم في اللغة معناه السلف - بفتحيتين فيهما - وهو ما يستسلف أي يؤخذ مقدماً. يقال أسلمت إليه كذا وأسلفت بمعنى واحد (المصباح).

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

والمشتري يسمى: رب السلم، والبائع: مسلماً إليه، والمبيع: مسلماً فيه، والضمن: رأس مال السلم.

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

١٣٨ - أسس السلم وأحكامه الخاصة:

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

١ - يشترط أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة وهي المثليات من مكيل أو موزون أو مذروع أو معدود متقارب، والذي يمكن تعيينه بالقدر والوصف بدلاً من تعيينه في الوجود الخارجي بالإشارة ونحوها (ر: م/٣٨١) فلا يصح في أفراد الحيوان ونحوه من القيميات^(١).

= وقال الكمال بن الهمام في شرحها: «إن سبب شرعية بيع ما ليس عنده هي الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي، فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالآجل» (ج ٢ ص/٢٠٧) والمقل الراجي هو من لا يملك رأس المال ويرجو القدرة على الإنتاج لو ملكه.

(١) اختلف الفقهاء في السلم في أفراد الحيوان. فيرى الحنفية والحنابلة أيضاً في رواية: أنه لا يجوز السلم بالحيوان، خشية المنازعة في ضبط صفاته الظاهرة والباطنة.

وذهب المالكية والشافعية، والحنابلة في القول الراجح، إلى صحة السلم في الحيوان. (انظر: فتح القدير ٧/٧٦، والإنصاف للمرداوي ٥/٨٥، مقدمات ابن رشد ٢/٢٢، شرح الجلال على المنهاج مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٢٥٢، والمغني ٤/٣٠٧ - ٣٠٨).

ووجهة نظر هذا الرأي أن الحيوان يمكن ثبوته في الذمة إذا حددت مميزاته جنساً ونوعاً وسناً وصفة، فيبقى التفاوت في أفرادها سبيراً مفتقراً (ر: الهداية وفتح القدير ج ٦ ص/ ٢٠٩). وهو وجهه وفيه سعة. على أنه، فيما نرى، ينبغي الجزم اليوم بصحة السلم =

٢ - إن خيار الرؤية لا يثبت حكمه في المبيع سلماً، لأن هذا الخيار لا يجري فيما يملكه الإنسان ديناً في الذمة (رد المحتار ج ٤ ص/٢٠٨) وذلك لعدم فائدته فيه، لأن ثمرته في الأصل هو رد المبيع الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب المشتري، وإن المبيع المسلم فيه ليس عيناً معينة بل دين في الذمة يُقضى بأمثاله، فعند وفاته إذا ساغ رده بخيار الرؤية يعود ديناً ويجب أداء مثل آخر فيمكن رده أيضاً بالخيار، وهكذا فيتسلسل. فلذا يكتفى بوصف المبيع اللازم بيانه لصحة السلم فيقوم مقام المعاينة (ر: فتح القدير ج ٦ ص/٢٢٨).

أما الثمن في السلم فيجري فيه خيار الرؤية إذا كان عيناً معينة قيمة أو مثلية.

١٣٩ - (ب) بما أن بيع السلم مبني على فكرة استلاف رأس المال للتعوي به على التحصيل والإنتاج، فلذلك:

١ - يشترط في المبيع أن يكون مؤجلاً إلى أجل معلوم (ر: م/٣٨٦) وإلا لم يكن سلماً. وأن يبين محل تسليمه إن كان لحمله كلفة أو مؤونة. فإن لم يكن له مؤونة لا يشترط بيان محل الإيفاء، بل يتعين مكان العقد للتسليم (الهداية).

٢ - ويشترط في الثمن أن يكون معجلاً وأن يقبض فعلاً في مجلس العقد.

فلو تبايعا سلماً بثمن مؤجل فسد، ولو أخر دفع الثمن بشرط أو بلا شرط فافترقا دون قبضه انفسخ العقد (م/٣٨٧) لأنه يختل عندئذ فيه الغرض المقصود من السلم وهو الاستعانة على الإنتاج والتحصيل بل يصبح من قبيل

= اتفاقاً من الوجهة الفقهية في حيوان اللحم الذي تعورف بيعه بالوزن وهو حي كالبقر والغنم والدجاج كما يحصل في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيش والحكومات والمؤسسات، لأنها بالوزن تصبح مثلية، بخلاف حيوان الركوب والاستعمال لأن أفراده قيمة متفاوتة، ولينظر في تمييز المثلي والقيمي بحسب نظريته الفقهية ما تقدم في الباب الثالث عن الأموال من الجزء الثالث (ف/١٤/١ وما بعدها).

بيع الدين بالدين وهو غير جائز فقهاً^(١).

ويتفرع عن ذلك أن السلم لا يصح فيه اشتراط خيار الشرط (ر: ف/ ٤٠) لأنه يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد إذ يجعل العقد غير مبتوت فيه ويؤخر ثبوت حكمه (الهداية وفتح القدير ج/ ٦ ص/ ٢٢٧) ومقتضى ذلك أنه لا يجوز فيه أيضاً خيار النقد (ر: ف/ ٩٩) لأنه يقتضي تأخير دفع الثمن إلى الأجل المضروب فيه.

١٤٠ - (ج) إن غاية السلم الوصول إلى تنفيذ عيني باستلام المبيع المؤجل عند حلول أجله، لذلك يشترط في المبيع، لأجل ضمان التنفيذ فيه أن يكون مما يوجد في الأسواق عند المحل^(٢) باتفاق الاجتهادات.

أما استمرار وجود نوعه منذ العقد إلى حين المحل فهو شرط أيضاً في الاجتهاد الحنفي دون الاجتهاد المالكي والشافعي والحنبلي^(٣) ليتمكن تسليم المبيع إذا توفي البائع المسلم إليه بعد العقد، لأنه دين في ذمته، ووفاة المدين تحل ديونه المؤجلة. فلا يصح السلم في الأموال الموسمية التي تفقد من الأسواق في غير موسمها إلا إذا كان كل من العقد وميعاد التسليم واقعين في بحر موسمها.

فإذا حل أجل التسليم وانقطع وجود المبيع بحيث يتعذر تسليمه كان المشتري مخيراً بين أن ينتظر وجوده أو يفسخ البيع ويسترد الثمن (الدر المختار ج ٤ ص/ ٢٠٥ والهداية وشروحها ج ٦ ص/ ٢١٤) واستناداً إلى مبدأ ضمان

(١) في الاجتهاد المالكي يجوز تأخير دفع الثمن في السلم إلى أجل غير بعيد كيومين أو ثلاثة بشرط أو بلا شرط (ر: بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص/ ١٦٩). ووجهة نظرهم فيه أن هذا التأخير اليسير لا يخرج عرفاً عن الفورية وهذا وجيه وفيه تيسير على المتعاملين.

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

(٣) الاجتهادات التي لا تشترط وجود المبيع المسلم فيه إلا عند المحل هي أوجه وأوسع فإذا مات البائع وحل الأجل والمبيع منقطع الوجود فإن خيار الفسخ الآتي بيانه للمشتري يزول الإشكال.

التنفيذ هذا لا يصح السلم على ثمر أشجار معينة أو محصول قرية معينة لاحتمال أن لا يحصل منها شيء ففتوت القدرة على التنفيذ. أما تخصيص الإقليم فجائز لأن حرمان محصولة بعيد الاحتمال (الدر المختار).

١٤١ - هذا إجمال الشرائط والأحكام التي تخص بيع السلم ويتميز بها عن البيع المطلق في النظرية الشرعية^(١).

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

١٤٢ - التعديل القانوني في أحكام السلم:

إن المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية لدينا، بتصحيحها كل ما يتفق عليه العاقدان إلا ما استثنته، يقتضي عمومها تعديل معظم الشرائط والأحكام الخاصة بالسلم، فتسيع للمتبايعين أن يتفقا على خلافها، كتعيين المبيع المسلم فيه، وهذا يوافق الاجتهاد الشافعي وهو أيضاً مقتضى المادة /٢٠١/ من المجلة (ر: ف/٤٢)، وكتأجيل ثمن السلم، وجواز خيار الشرط في عقده، وهذا يوافق الاجتهاد المالكي في الأجل اليسير

(١) بهذه الشرائط المتقدمة المستمدة من غاية عقد السلم الشرعي افترق هذا العقد عن الصفقات الاحتمالية التي يطلق عليها اليوم اسم (البورصة) إذ يعقدون صفقات كبرى على أنواع البضائع والأموال إلى آجال معينة لا بقصد استلام المبيع فيها عند حلول أجل تسليمه بل بقصد أخذ فرق السعر إذا أصبحت قيمتها عند المحل أزيد أو أنقص منها عند العقد، فإن غلت أخذ المشتري الفرق من البائع ربحاً، وإن رخصت دفع إليه الفرق خسارة. وعلى هذا الأساس قد تعقد صفقات (البورصة) على مقادير جسيمة لا يتصور وجودها في الأسواق أو إنتاجها أو جلبها لأن القصد منها ليس إلى التنفيذ العيني بدفع ثمن واستلام مبيع بل إلى التحاسب على فرق السعر عند المحل.

صفقات (البورصة) هذه ليست من قبيل السلم الشرعي الذي هو من خير أساليب التعامل الاقتصادي في خدمة الانتاج والإعانة عليه في شتى ميادينه التجارية والصناعية والزراعية، وإنما هي مضاربات ومغامرات لا تمت إلى الجهد الإنتاجي والاقتصادي بأي صلة ويتلاعب فيها أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة بالأسواق والأسعار، فتتبلبل وتضطرب وتتوالى فيها حوادث الإفلاس المبالغت، وأصح اسم لها أنها: قمار تجاري.

كما تقدم، وتقتضي جواز السلم دون تقييد بكون المبيع مما يوجد عند المجل مما يعود إلى ضمان التنفيذ.

فلم يبق في ظل المادة /٦٤/ هذه من فرق في الحكم بين السلم والبيع المطلق إلا من جهة أن المبيع في السلم يجب أن يكون مالاً مثلياً ليتمكن التزامه في الذمة، وأن خيار الرؤية لا يجري فيه.

الفرع الثاني الاستصناع^(١)

١٤٣ - الاستصناع عقد مع ذي صنعة على عمل شيء معين (م/١٢٤) أي شراء ما سيصنع وأهم الفوارق بين الاستصناع والإجارة أن المواد التي سيصنع منها الشيء في الاستصناع يصنعها البائع الصانع من عنده أما في استئجار الأشخاص فيقدمها المستأجر.

ويقال للمشتري: مستصنع، وللبائع: صانع، وللشيء: مصنوع. وذلك كاستصناع الإنسان أحذية أو آنية أو ثياباً، ونحو ذلك. ويشترط فيه وصف المصنوع في العقد بما يقطع الجهالة.

وهو عقد يشبه بيع السلم من جهة أنه بيع المعدوم، وأن المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن (م/٣٩١) ولا بيان مدة للصنع والتسليم، ولا يكون المصنوع مما يوجد في الأسواق. ويشبه الإجارة أيضاً لكنه يفترق عنها من حيث أن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله.

وقد اختلف الفقهاء في تخريجه: أنه بيع، أو وعد بالبيع، أو إجارة.

وعلى كونه بيعاً هل هو بيع للعين أو للعمل؟ والراجح في الاجتهاد الحنفي أنه بيع للعين الموصى بصنعها لا لعمل الصانع. فيحق للصانع أن يأتي للمستصنع بما لم يصنعه هو مما يوافق الأوصاف المشروطة.

(١) قد رجحنا ذكر الاستصناع هنا مع أنواع البيع لأن حقيقة بيع المصنوع المطلوب قبل صنعه فهو نوع من البيع مطلوب فيه عمل من البائع. فعقد البيع أليق مناسبة له من عقود العمل.

١٤٤ - والراجع في الاجتهاد الحنفي أنه عقد غير لازم قبل الصنع وبعد الصنع والإحضار، فللمستصنع الفسخ والعدول عنه ولو جاء المصنوع موافقاً للطلب والشروط، إلا على رأي أبي يوسف إذ يرى أنه لازم في هذه الحالة الأخيرة، وليس للمستصنع فيها خيار الرؤية لضرره بالصانع لأنه إنما صنعه على حسب طلب المستصنع فلعله لا يوافق سواه إن لم يأخذه.

والمجلة أخذت بقول أبي يوسف - كما أوضحته جمعيتها في لائحة أسبابها الموجبة - وتوسعت فيه، فقررت في المادة /٣٩٢/ منها أن عقد الاستصناع ينعقد لازماً ليس لأحد الطرفين فيه الرجوع ولو قبل الصنع، إلا أنه إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة يتخير المستصنع بفوات الوصف. وهذا أيضاً مقتضى المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية لدينا. وانظر ما قدمناه في الجزء الأول (ف/٨٦ سادساً).

١٤٥ - وإذا حددت مدة لتقديم المصنوع فانقضت دون أن يفرغ الصانع منه ويسلمه - وهذا كثيراً ما يحدث والمجلة فيه ساكتة - فالظاهر أن يتخير المستصنع بين الانتظار والفسخ، قياساً على ما قدمناه في السلم (ف/١٤٠). فلو لم يفسخ حتى قدم الصانع المصنوع، هل يبقى له الخيار أو يصبح ملزماً؟ في القضية نظر، ولعل الأوجه أن يعتبر الخيار باقياً إلا أن يكون المستصنع قد استحث الصانع بعد الأجل على الإنجاز.

الفرع الثالث

بيع الوفاء^(١)

١٤٦ - تعريفه ومنشؤه:

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

وقد حدث تعامل الناس به ببخارى وبلخ حول منتصف القرن الخامس الهجري^(٢).

- (١) هذا الاسم أشهر أسمائه، ويسميه فقهاء الشافعية: الرهن المعاد، وكان يسمى في مصر: بيع الأمانة، وفي الشام: بيع الإطاعة (الدر المختار) ويسمى اليوم في دمشق بين العامة: قعيعة. وكثيراً ما يطلق عليه فقهاء الحنفية اسم: البيع الجائز. لكن المجلة في تعريفها إياه في المادة /١١٨/ منها استعملت اسم البيع الجائز بمعنى البيع العادي الصحيح. ويظهر بعد النظر أن هذا العقد معروف لدى فقهاء المذاهب الثلاثة بأسماء أخرى إذ يسميه المالكية «بيع الثنيا»، والشافعية «بيع العهدة» و «بيع الناس»، والحنابلة «بيع الأمانة»، وجنحوا إلى عدم جوازه، اللهم إلا الشافعية فإنهم أجازوه بشرط أن يكون الاتفاق بين العاقدين مسبقاً غير مقترن بمجلس العقد وحينئذ يترتب عليه سائر أحكامه حيث خلا عن شرط فاسد في صلب العقد ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على ما لو وقع في العقد لأفسده. ويوجد تفصيل المسألة والنزاع القائم فيها في «الفتاوى الكبرى» لابن حجر الهيتمي ١٥٨/٢، ٢٢٩ - ٢٣٠. ولا سيما في «قلائد الخرائد» لعبد الله باقشير الحضرمي ٣١٧/١ - ٣١٩، وانظر لمعرفة مذهبي المالكية والحنابلة «منح الجليل» للحطاب ٣٧٣/٤، و«كشاف القناع» ١٤٩/٣ - ١٥٠.
- وقد ذكره مالك في الموطأ ومنعه مما يدل على أنه كان معروفاً منذ القرن الثاني الهجري. لكن لعل انتشاره كان بعد ذلك في القرن الخامس.
- (٢) انظر الدليل على تحديد هذا التاريخ في حاشية الفقرة /١٤٨/ الآتية.

وقد كان الباعث، فيما يظهر للباحث، على لجوء الناس إلى ابتكار هذا الأسلوب من البيع أن أصحاب رؤوس الأموال النقدية أصبحوا لا يطمثون ولا يرتاحون إلى القرض الحسن الخالي عن المنفعة، وفي الوقت نفسه يتحرج الناس من الربا لحرمة شرعاً، فالتمسوا المخرج الفقهي في طريقة استثمارية تكون بعيدة عن صورة الربا ومحققة لمنفعة متبادلة ترغب المشتري في الإقراض، وتيسر على المحتاج الاستقراض. فابتكروا في ذلك طريقة البيع بشرط التراد أي رد المبيع عند رد الثمن، ثم شاعت وسميت: بيع الوفاء، لأن فيه التزاماً تعهد المشتري بالوفاء به وهو ذلك الرد عند وفاء الثمن المعتمد كدين على البائع. ثم أصبح يُستغنى باسم العقد (بيع الوفاء) عن ذكر الشرط لأنه يقوم على أساسه عرفاً.

والثمن عادة يكون فيه أقل من القيمة كما في الرهن إذ تكون قيمة المرهون عادة أكثر من مبلغ القرض احتياطاً.

- فمن جهة أنه في صورة بيع يملك المشتري منافع المبيع استعمالاً واستغلالاً كما في البيع المطلق البات.

- ومن جهة أنه قائم على أساس لزوم رد المبيع على البائع متى تمكن من إعادة الثمن يكون المشتري ملتزماً بحفظ عين المبيع وعدم إخراجه عن ملكه لتمكين إعادته عند الطلب ووفاء الثمن كما في الرهن والدين.

ومن حيث أن شرط الإعادة مطلق في الأصل عن المدة، ولا يعقل أن يبقى ملك المشتري معلقاً لا إلى نهاية كان العرف أن للمشتري أيضاً أن يفسخ العقد ويطالب هو البائع بإعادة الثمن واسترداد المبيع.

وقد وجد الناس في هذه الطريقة دفع حاجة مشتركة. فإن المشتري يجد بها منفعة أفضل من تجميد نقوده الفاضلة عن حاجته، والبائع لا يضطر إلى بيع عقاره الحريص عليه بيعاً باتاً عند حاجته إلى النقد. لا سيما عند أملة في الاستغناء والوفاء.

١٤٧ - ميزته عن الرهن:

إن معنى الرهن في هذا العقد هو الغالب حتى أن الناس من أول تعاملهم

به كانوا إذا باع أحدهم عقار ووفاء يقول: رهنته^(١) لما هو مستقر في الأذهان من تقارب العقدين.

لكن الناس لم يجدوا في الرهن ما يغنيهم عن إحداث بيع الوفاء لأن الغرض من إحداثه ليس هو توثيق الدين فقط لكي يغني عن الرهن، بل هو تملك منفعة للمقرض في مقابل القرض بصورة مشروعة، وهذا لا يحققه عقد الرهن لأنه توثيقي محض لا يوجب تملك المرتهن منافع المرهون. فلذا ابتكرت طريقة بيع الوفاء الذي هو بيع على أساس التراد ليكون المشتري مالكا لمنافع المبيع بمقتضى أن العقد بيع، ويكون العقد من جهة أخرى في معنى الرهن من حيث الالتزام بالتراد.

وهذا هو الفارق الأساسي بين بيع الوفاء والرهن، والباعث على ابتكاره وبدء التعامل به.

١٤٨ - موقف الفقهاء منه:

اختلفت فتاوى الفقهاء في الحكم على بيع الوفاء عصر ظهور طريقته: فمنهم من نظر إلى ظاهر اسمه فاعتبره بيعاً صحيحاً فيملك المشتري منافع المبيع، واعتبر ذكر الرد وعداً ملزماً لأن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/٨٤). ومنهم من رأى أن الشرط من قبيل المفسد فاعتبره بيعاً فاسداً. ومنهم من نظر إلى المعنى الغالب البارز في غاية هذا العقد ونتيجته فاعتبره رهناً من كل وجه^(٢).

(١) انظر ما سيأتي في حاشية الفقرة /١٤٨/ عن فتاوى النسفي.

(٢) قال في الفصل /١٨/ من جامع الفصولين نقلاً عن فتاوى الإمام نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي:

«البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه، ولا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، لأن المتعاقدين وإن سمياه بيعاً لكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين إذ العاقد - البائع - يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنت ملكي فلاناً، والمشتري يقول: ارتهنت ملك فلان، =

ولما عمم التعامل به وشاعت طريقته بسرعة في الأقطار لاضطرار الناس إليه استقر رأي المتأخرين من الفقهاء على إقرار حكم نهائي له على حسب غايته المقصودة مراعى فيه ثلاثة مقاصد أساسية هي:

- تمليك المشتري منافع المبيع، وهو الهدف الباعث على ابتكار طريقته.
- وحق الفسخ والتراد، وهو الصورة الشرطية التي بني أصل العقد عليها.
- وضمان المشتري للمبيع.

= والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فإن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، وإن الكفالة بشرط البراءة حوالة، وهبة المرأة نفسها مع تسمية المهر وحصرة الشهود نكاح، ونظائره كثيرة. قال السيد الإمام: قلت للإمام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفتواك أنه رهن، وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس. فقال: المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله» ا.هـ. باختصار يسير وفي هذا النص دليل على التاريخ الذي حددناه لظهور طريقة بيع الوفاء حول منتصف القرن الخامس (ر: ف/١٤٦). فإن السيد الإمام هو أبو شجاع محمد بن أحمد بن حمزة وكان رفيقاً للإمام الحسن الماتريدي القاضي، ولعلي بن الحسين السغددي قاضي بخارى المتوفى سنة ٤٦١هـ. تلميذ شمس الأئمة السرخسي. وقد انتهت إلى هؤلاء الثلاثة رئاسة المذهب الحنفي ورجاله في عصرهم يرحل إليهم في النوازل والواقعات، وكان المعتبر في زمانهم في الفتاوى أن يجتمع خطهم وتوقيعهم عليها. ونجم الدين النسفي ولادته سنة ٤٦١هـ ووفاته سنة ٥٣٧هـ (ر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ترجمة السيد الإمام أبي شجاع محمد بن أحمد بن حمزة).

أقول: الإمام السغددي: علي بن الحسين بن محمد، صاحب «التف في الفتاوى» وأحد شراح «الجامع الكبير». قد روى عنه الإمام السرخسي «السير الكبير» للإمام محمد كما ذكر القرشي في «الجواهر المضية» (ج ٢ ص ٥٦٧). ويؤيد ذلك أن السرخسي نقل رأي السغددي في «شرح السير الكبير» عند بيان القول في مسألة من تعمد قتل نفسه بحديدة، فهو يقول ما نصه:

«وسمعت القاضي الإمام علياً السغددي يقول: الأصح عندي أنه لا يصلى عليه، لا لأنه لا توبة له، ولكن لأنه باغ على نفسه، ولا يصلى على الباغي». (شرح السير الكبير ١/ ١٠٣).

وهذا النص دليل على عدم صحة ما قاله العلامة اللكنوي في «الفوائد البهية» (ص ١٢١): «السغددي تفقه على شمس الأئمة السرخسي وروى عنه شرح السير الكبير»، بل هو من شيوخ السرخسي.

١٤٩ - وقد اعتبروا هذا البيع عقداً خاصاً جديداً مشروعاً للحاجة إليه وهو مركب يشبه بالنظر إلى صورته وغايته ثلاثة عقود:

البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن، لكنه إنما يشبه كل واحد من ناحية دون سواها، فاستعاروا له من كل عقد منها ما يتصل بوجه الشبه من أحكامه.

وقالوا: إن بيع الوفاء ليس برهن محض، وإن الثمن فيه ليس بدين محض في ذمة البائع، على خلاف رأي بعض المتقدمين في الحكم عليه عند ظهوره بأنه رهن من كل وجه (ر: جامع الفصولين آخر الفصل/١٨).

١٥٠ - وعلى هذا الأساس جعلوا له حكماً مركباً مستمداً من أحكام العقود الثلاثة:

أ - فأثبتوا له من أحكام البيع الصحيح البات أموراً أهمها ما يلي:

١ - ملك المشتري لمنافع المبيع وفاء بلا حاجة إلى شرط.

٢ - وأن المشتري يجوز له أن يؤجر المبيع وفاء من البائع نفسه ومن غيره ويستحق الأجرة، بينما لا يصح من المرتهن إيجار المرهون من الراهن ولا من غيره لأنه غير مالك للمنفعة، والرهن إنما هو للاحتباس لا للانتفاع.

٣ - وأنه إذا شرط في عقد بيع الوفاء أن يؤجره المشتري من البائع نفسه صح الشرط ويسمى البيع عندئذٍ بيع الاستغلال (م/١١٩).

٤ - وأنه لو كان لإنسان على آخر دين موثق بكفالة، فباعه به المدين عقاره بالوفاء تبطل الكفالة، ثم لا تعود لو تفاسخا بيع الوفاء، بينما لو أعطى المدين المكفول رهناً بدينه لا تبطل الكفالة (جامع الفصولين آخر الفصل/١٨).

ب - وأثبتوا له من أحكام البيع الفاسد، حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين. وهذا الحق يورث إذا مات أحدهما فيقوم وارثه مقامه (م/٣٩٦ و ٤٠٢).

ج - وأثبتوا له من أحكام الرهن الأمور التالية:

- ١ - عدم ملكية المشتري لعين المبيع .
 - ٢ - وعدم جواز تصرف كل من الطرفين في عين المبيع تصرف الملاك من بيع ورهن واستهلاك ونحوه بلا إذن الآخر (م/٣٩٧).
 - ٣ - وأن ضمان المبيع على المشتري كضمان المرهون على الدائن المرتهن، أي أنه يضمن منه ما يعادل الثمن الذي يعتبر ديناً، والزائد يكون أمانة في يد المشتري لا يضمنه إذا هلك إلا بتعديه عليه أو تقصيره في حفظه (م/٣٩٩ - ٤٠١).
 - ٤ - وأن 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 إذا أفلس أو مات وتركته مستغرقة بالديون (م/٤٠٣).
 - ٥ - وأن العقار المبيع لا يؤخذ من مشتريه بالشفعة .
 - ٦ - وأنه إذا احتاج إلى التعمير والترميم لأجل صيانته فعمارته على البائع (جامع الفصولين وحاشيته للخير الرملي أوائل الفصل/١٨).
- وقد سمي رأي الفقهاء المتأخرين هذا في بيع الوفاء بالقول الجامع، وعليه استقرت الفتيا وبه أخذت المجلة (ر: م/١١٨ ورد المحتار والدرر آخر البيوع، والفصل/١٨ من جامع الفصولين).
- وقد دل نظرهم فيه على تفكير فقهي خصيب واسع الأفق.
- ١٥١ - بينا أن المجلة أخذت في المادة /١١٨/ منها بالقول الجامع المفتى به في بيع الوفاء وقد صرحت فيها بأن وجه شبهه بالبيع الصحيح هو أن المشتري وفاء يملك منافع المبيع .
- ومعنى هذا أنه يملكها بلا شرط كما هو المقرر فقهاً في القول الجامع على ما أسلفنا بيانه، وهو الفارق الأساسي بين الرهن وبيع الوفاء، والباعث على ابتكار طريقة هذا البيع. ولولا هذا الحكم لم يبق من فرق بينه وبين الرهن لأن الرهن يمكن أن تباح للمرتهن منفعه بإذن الراهن.

غير أن المادة /٣٩٨/ منها نصت على أنه «إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري كما لو شرطاً أن تكون الغلة بينهما مناصفة مثلاً صح ذلك ولزم الإيفاء به».

وقد جرى شراحها على أنه عند 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 أن بيع الوفاء رهن محض، قبل أن يقر الفقهاء المتأخرون الغاية الأساسية الباعثة على إحداث هذا البيع ويثبتوا له الحكم المركب على اعتبار أنه عقد خاص من نوع جديد، كما سلف إيضاحه. فالصواب في فهم هذه المادة أنه إذا شرط قصر المشتري على ملك بعض منافع المبيع وفاة فقط صح ذلك ولزم، أما في حالة عدم اشتراط شيء من ذلك وهي الحالة التي سكتت عنها المجلة في هذه المادة فإن المنافع كلها تكون للمشتري لا للبائع، وهو الحكم المقرر في القول الجامع. وهذا الفهم هو تحقيق والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله في شرحه على قواعد المجلة.

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

١٥١ - موقف قانون الملكية العقارية الجديد لدينا:

إن قانون الملكية العقارية الجديد في البلاد السورية ذا الرقم /٣٣٣٩/ الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الانتداب سنة ١٩٣٠م قد أتى في فصل بيع الوفاء منه في المواد /٩١ - ١٠٠/ بأحكام لا تخرج عن الأحكام الفقهية السالفة البيان بل تتفق مع ما قرره المجلة في المواد /٣٩٦ - ٤٠٣/ منها إلا في ناحيتين:

١ - أنه قد جعل في المادتين /٩٤ و ٩٥/ منافع المبيع وفاء وغلته باقية بمقتضى العقد للبائع فلا يملكها المشتري بل هو مسؤول تجاه البائع عما يستوفيه منها ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك.

وقد جرى في هذا الحكم ظاهر المادة /٣٩٨/ من المجلة، فخلط بين بيع الوفاء والرهن. وهذا غفلة كبرى عن نقطة الفرق الأساسية بينهما في المنشأ والمبنى وهي أن يكون ملك المشتري للمنافع والغلة من موجبات العقد ونتائجه الأصلية بلا حاجة إلى شرط، أي أن يكون ذلك من مقتضى العقد.

على أن المادة المذكورة من المجلة إنما جاءت غامضة وقابلة للتأويل على وجه يتفق مع الفهم الصحيح في بيع الوفاء كما أسلفنا بيانه. أما قانون الملكية العقارية المذكور فقد صرح ببقاء المنافع على ملك البائع صراحة لا تقبل التأويل. وفي بقية الأحكام يتفق بيع الوفاء مع الرهن فيما أورده القانون في فصليهما من حيث المعنى فلم يعد يشعر بفرق بينهما إلا في الاسم دون الحكم. وأقل ما يقال في هذا الصنيع القانوني: إنه رجوع إلى الوراء! وهذا نتيجة جهل واضع القانون بالفرق الأساسي بينهما في المنشأ والمبنى، مما قد عينا بإيضاحه هنا.

وقد كان من الواجب، لو صيغ القانون بأيد عليمه، أن يستدرك غموض المجلة فيأتي بالحكم الصحيح المعقول صريحاً، وهذا ما فعله مشروع القانون المدني العراقي إذ صرح في المادة /٥٩٧/ منه بأن المبيع وفاءً يعتبر ملكاً للمشتري ملكية مقيدة بشرط الاسترداد، وتكون منافع المبيع للمشتري، ولو لم يشترط ذلك في العقد^(١).

(١) إن مشروع القانون العراقي المشار إليه قد جاء في بيع الوفاء بأحكام جديدة منها ما هو وجيه معقول تقتضيه المصلحة الزمنية، ومنها ما هو محل للنقد. وأهم ما ينقد منها أن المادتين /٥٩١/ و /٦٠١/ منه قد صرحتا بأنه «إذا لم يسترد البائع المبيع وفاءً من المشتري وفقاً للشروط المتفق عليها فإن ملكية المبيع تخلص بآية للمشتري ويسقط حق الاسترداد».

ففي هذا الحكم إجحاف كبير بحق البائع الدائن لأن ثمن المبيع وفاءً يكون دائماً بحسب العادة أقل بكثير من قيمته الحقيقية كما أشرنا إليه سابقاً، وهذا هو المرغَّب في عقد صفقات بيع الوفاء عند الحاجة إذ لو تمسك البائع بمثل القيمة لفضل المشتري الآ يشتري إلا باتاً عندما يحتاج. وعن هذا قرر فقهاؤنا أنه إذا اختلف المتبايعان بعد البيع فقال البائع بعت وفاءً وقال المشتري باتاً ينظر فإذا كان الثمن أقل من القيمة بما لا يتغابن =

٢ - إن قانون الملكية العقارية المذكور قد سوغ في المادة /٩١/ منه تحديد مدة معينة يتفق المتبايعان على عدم جواز الفسخ قبلها. وفي أصل الحكم الفقهي لم يكن لهذا التحديد تأثير الزامي ولكن المادة /٦٤/ من أصول المحاكمات الحقوقية تقضي بلزومه، وعلى أساسها جاء قانون الملكية العقارية المذكور.

١٥٣ - بيع الوفاء والمنقول:

اختلف الفقهاء في جريان بيع الوفاء في الأموال المنقولة التي ليست من توابع العقار، ولم يقع ترجيح لأحد الرأيين فيه^(١).

والمجلة لم تقيده بغير المنقول ولم تعمله على المنقول فإذا اعتبر موقفها هذا سكوتاً وجب الرجوع إلى الآراء الفقهية في مصادرها من كتب الفقه. وإذا اعتبر ذلك منها اطلاقاً لأنها عبرت في المادة /١١٩/ بقولها: «بيع المال وفاء» والمال يشمل القسمين وجب اعتبار أنها اختارت الرأي الفقهي القائل بجريانه في المنقولات.

غير أن المادة /٩١/ من قانون الملكية العقارية لدينا في سورية قد قصرته على العقار إذ عرفت بيع الوفاء بأنه: «بيع عقار على شريطة...» إلخ. فبذا زال حكم سكوت المجلة أو إطلاقها، وتعين اقتصاره على العقار لدينا.

= فيه الناس عادة فالقول للبائع بدلالة الظاهر، وإلا فللمشتري. فلا يعقل ملك المشتري للمبيع باتاً كغنيمة باردة بمجرد عجز البائع عن افتكاكه أو إهماله ذلك. بل يجب أن يكون شأنه في ذلك شأنه في الرهن فإذا عجز عن افتكاكه يباع على حساب المدين البائع لوفاء الثمن، وهو الحكم الفقهي ومقتضى العدل الذي يجب أن يُبنى عليه التشريع، وبه صرحنا المادة /١٠٠/ من قانون الملكية العقارية لدينا.

(١) قال والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله في شرحه للقاعدة الثانية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) من قواعد المجلة: «ومقتضى ما ذكره من أن تجوز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة إنما كان لضرورة الناس وتعارفهم، أنه إذا لم يتعارف الناس إجراءه في المنقولات التعارف المعبر، لا يجوز كما هو الواقع في زماننا» ا.هـ. أي لأن الناس إنما تعارفوه في العقار.

أما مشروع القانون المدني العراقي فظاهره إطلاق جريانه في العقار وفي المنقول، لأنه عبر في تعريفه بأنه: «بيع الشيء...» إلخ.

١٥٤ - وعلى هذا فبيع الوفاء لدينا خاضع مطلقاً للتسجيل في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية التي لا تعتبر عقودها إلا من تاريخ تسجيلها فيه وفقاً للمادة /٢٠٤/ من قانون الملكية العقارية، وللمادة /١١/ من القانون ذي الرقم /١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري.

هذا وقد توسعنا وأطلقنا في بحث بيع الوفاء لأنه من المعاملات الشائعة بين الناس، ولم يبحث بحثاً جديداً شافياً، يجلو فكرته، ويتبع سلسلته، فكثيرون من لا يدركون إلى اليوم فرقاً بينه وبين الرهن.

ملاحظة:

يتضح مما تقدم أن فقهاء الحنفية قد قاموا بتخريج بيع الوفاء على أساس أنه في جوهره بيع بشرط إعادة المبيع عند إعادة ثمنه - كما يشعر به اسمه - نظير بيع السلم وبيع الأمانة، وليس رهنأً أبيحت فيه منافع المرهون للمرتهن، ومن ثم كانت منافع المبيع وفاءً مستحقة للمشتري بمقتضى أنه بيع، فلا يحق للراهن منعه عنها. وقد اعتبروا هذا التخريج استجابة لحاجة عامة شعر بها الناس بعد فساد الزمان وامتناع من لديه وفر من السيولة التقدية عن إقراض من يحتاج إلى النقود قرضاً حسناً لفساد ذمم الناس، وقلة الرغبة في فعل الخير بإقراض المحتاج ولو مقابل رهن. فعندئذٍ قام الفقهاء الحنفية بهذا التخريج لبيع الوفاء على أساس القول الجامع الذي أوضحناه، واستقر وضعه في الفقه، ونظمت المجلة أحكامه. وشاعت تطبيقاته العملية بين الناس في بلاد الشام والعراق ومصر وغيرها بلا نكير، منذ القرن السادس الهجري، لما رأوا أنه قد سد حاجة لهم.

ولكن أخيراً في العصر الحاضر، وبعد قيام المنجم الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وقيام المصارف الإسلامية، والاتجاه إلى كتابة البحوث المستجدة في كثير من القضايا المسماة قضايا الساعة، بحث المنجم الفقهي

المذكور في بيع الوفاء في دورته السابعة المنعقدة في مدينة جدة وقرر (القرار رقم ٦٦/١٤١٢هـ / ١٩٩٢م) أن بيع الوفاء غير جائز شرعاً «لأن حقيقة هذا البيع (قرض جرّ نفعاً)، فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء». فنظروا إليه من زاوية أنه في معنى الرهن في مقابل قرض شرطت فيه منافع العقار المرهون للمرتهن ما دام الدين قائماً في ذمة الراهن - أي البائع في بيع الوفاء -، ولم يقبلوا النظر إليه من الزاوية التي لحظها الفقهاء السابقون، وهي أنه بيع بشرط الإعادة عند إعادة الثمن.

الفرع الرابع المزايدة والمناقصة

١٥٥ - من طرائق البيع وأنواعه بيع المزايدة والمناقصة.

فالمزايدة أن يعرض راغب البيع ما عنده لا على مشتر مخصوص يفاوضه، بل على جماعة يتزاحمون على شرائه ويزيد بعضهم على بعض في الثمن حتى يصل الثمن إلى حد يكفون عن الزيادة عليه فيستقر البيع ويسلم المبيع للشخص الذي زاد آخر زيادة.

والمناقصة عكسها فهي أن يعلن راغب الشراء طلبه ليتزاحم كل من الباعة على البيع بثمن أنقص من غيره.

والمزايدة قد وردت في السنة عن النبي ﷺ^(١) وأشار إليها الفقهاء ولم يذكروا لها أحكاماً خاصة (ر: الدر المختار وحاشيته ج ٤ ص/١٣٢ - ١٣٣).

(١) روى ابن ماجه في «بيع من يزيد» وكذا غيره من أصحاب السنن: «أن رجلاً من الأنصار جاء إلى النبي ﷺ يسأله - أي يطلب صدقة - فقال له النبي عليه السلام: أما لك في بيتك شيء؟ قال: بلى، جُلس نلبس بعضه ونيسط بعضه، وقدح نشرب فيه الماء. قال: اثنتي بهما. فاتاه بهما فأخذهما رسول الله ﷺ بيده ثم قال: من يشتري هذين؟ فقال رجل أنا أخذهما بدرهم، قال: من يزيد على درهم؟ مرتين أو ثلاثاً، قال رجل أنا أخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري، وقال له: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلِكَ، واشتر بالآخر قدوماً فأتني به. ففعل فأخذه ﷺ فشد فيه عوداً بيده - أي جعله نصاباً للقدوم - وقال اذهب فاحتطب ولا أراك خمسة عشر يوماً، فجعل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فقال له: اشتر ببعضها طعاماً وبعضها ثوباً، ثم قال: هذا خير لك من أن تجيء والمسألة نكتة - أي طلب الصدقة كبقعة - في وجهك يوم القيامة. إن المسألة لا تصلح إلا لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو دم موجه» ا.هـ. وهذا من روائع التوجيه النبوي.

فالمبيع الذي ينقصد بطريقة المزايدة أو المناقصة لا تفرق أحكامه بعد انعقاده عن البيع المطلق العادي في شيء. ولكن الذي تتميز به المزايدة والمناقصة عن البيع العادي مستمد من عرف الناس في عملية العقد نفسها:

١٥٦ - ففي المزايدة تعتبر الزيادة التي يزيد بها أحد المتزاحمين على الشراء إيجاباً يتوقف تمام العقد به على قبول البائع. وهذا لا شبهة فيه.

ولكن محل النظر هو أنه هل تعتبر كل زيادة من واحد مبطللة لزيادة من قبله فلا يتمكن البائع من أن يقبل إحدى الزيادات السابقة فيلزم صاحبها سوى الزيادة الأخيرة إلا من بعد إيجاب جديد، أو تعتبر مجموع الزيادات كإيجابيات متعددة قائمة في مجلس العقد من أناس متعددين فللبائع أن يقبل زيادة الأخير وهو العادة لأنها أكثر، أو يقبل زيادة سواه، وأياً قبل زيادته التزم بالعقد فليس له أن يرفض لأن إيجابه قائم يصح أن يبني عليه البائع قبولاً؟ ومثل هذا النظر والتساؤل يجري في المناقصة.

الذي يظهر في الجواب التفصيل بين حالين:

فإذا كانت المزايدة جارية بطريق المزاد العلني الذي تقع فيه الزيادات متعاقبة إذ يزيد الواحد زيادة يطلع عليها سواه ويزيد عليه، فإن كل زيادة تقع تبطل ما قبلها وتكون هي الإيجاب المنفرد الذي يصح أن يبني عليه قبول ملزم، لأنه العرف ولأن انتظار البائع وتطلعه إلى زيادة جديدة إلى أن تقع هو إعراض عن الإيجاب الواقع بسابقتها والإيجاب يبطل بالإعراض.

وبهذا الحكم تتميز المزايدة عن بيع المساومة العادي بأن الإيجاب فيها يبطل بعمل شخص ثالث مزاحم غير المتبايعين. ومثل ذلك يقال في المناقصة.

وأما إذا كانت المزايدة أو المناقصة جارية بطريق الظرف المختوم بأن يرسل المتزاحمون معروضاتهم في الأسعار دون أن يعلم أحدهم بما قدم الآخر، ثم تفتح هذه المعروضات فإنها تعتبر بحكم إيجابيات متعددة فيصح للطرف الآخر - أي البائع في حال المزايدة والمشتري في حال المناقصة - أن يبني قبوله على ما شاء منها فيلزم صاحبه، ولو كان ما قد قبله هو الأقل في حال المزايدة أو الأكثر في حال المناقصة.

على أن هذا الاختيار لا يصح في المزايدات أو المناقصات التي تجربها الدوائر الرسمية من فروع الحكومة فيما تحتاج إلى بيعه وشرائه، لأنها لا يجوز لها أن تختار من الأسعار المعروضة إلا ما هو أوفق لمصلحة بيت المال العام، وهو السعر الأكثر في حال المزايدة والأقل في حال المناقصة.

ويسمى قبولها النهائي في اصطلاح القانون: الإحالة القطعية.

وطريق المزايدة أو المناقصة توجبه القوانين اليوم في بعض المبيعات كبيع أموال القاصرين في تصفية الشركات التي تقوم بها مجالس الأيتام، وكبيع أموال المدينين المحجوزة الذي تقوم به دوائر التنفيذ وكبيع شيء من أملاك الدولة عند الاستغناء عنه فإن كل ذلك لا يجوز في بلادنا عقده قانوناً بصفقات فردية بل بطريق المزايدة وكذلك شراء لوازم الدوائر الحكومية الذي تقوم به دوائر ماليتها في الصفقات الكبرى بحد معين قانوناً فإنه إنما يجري بالمناقصة.

وطريق المزايدة أو المناقصة لا يختص بعقد البيع بل تجري عليه دوائر الحكومة أيضاً والجمعيات والشركات في عقود الإيجار وتعهدات الأعمال.

١٥٧ - والمزايدات والمناقصات الرسمية تجري ضمن شروط تحددها الأنظمة والقرارات الحكومية منها أن لا يقبل للدخول في المزايدة أو المناقصة إلا من يسلف مبلغاً معيناً يسمى تأميناً كياً ينكل إذا توجهت الإحالة القطعية إليه فإن نكل جددت المزايدة أو المناقصة على حسابه وفرق السعر يؤخذ من مبلغ تأميناته.

ومنها أن لا تقبل الزيادة أو النقص إلا في خلال مدة معينة وبنسبة مئوية معينة في السعر.

فكل الشروط التي تكون معينة بنظام أو باتفاق لإجراء المزايدة أو المناقصة على أساسها في إحدى الدوائر الحكومية أو غيرها هي معتبرة وحكمة في الموضوع بمقتضى المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية.

١٥٨ - وإن بيع أموال المدينين الموثقة ديونهم بتأمينات عقارية قد سماه قانون الملكية العقارية لدينا بنزع الملكية الجبري وأوجب فيه طريقة المزايدة

العلني وأتى فيها بأحكام وشرائط خاصة في الإعلان والمهل والنسبة المئوية للزيادة وفي الإحالة القطعية، ترى في المواد /١٥٨ - ١٧٣/ منه المعدلة بالقرار /١٠١/ ل. ر الصادر في ١٢ تموز سنة ١٩٣٣م، وهي تختلف عما جاء به قانون الإجراء في المواد /٥٩ - ٦٧/ والمواد /٩٩ - ١١٦/ من الأحكام العامة للمزايدة الواجبة في بيع أموال المدينين المنقولة وغير المنقولة.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السابع

في الوعد بالبيع

١٥٩ - الوعد المجرد بالبيع أو بغيره من العقود أو الاعمال، كوعد الإنسان لمدين بأن يؤدي عنه دينه، لم يُقم له الفقهاء وزناً من الوجهة القضائية، أي أنه لا يلزم صاحبه بالوفاء إلا من الناحية الدينية الأخلاقية، أما القضاء فلا يجبره على الوفاء بوعده (ر: م/١٥١١).

والمراد من الوعد المجرد ما لا يشتمل على إيجاب وقبول قطعيين، كما لو قال الإنسان لآخر: سأبيعك، أو أعدك بأن أبيعك المال الفلاني بكذا^(١) فهذا من قبيل الوعد المجرد.

على أن قانون الملكية العقارية لدينا ذا الرقم /٣٣٣٩/ الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الاحتلال قد اعتبر الوعد ببيع العقار ملزماً للوعد

(١) إن فقهاء الحنفية قد استثنوا من عدم حكم الإلزام بالوعد ما لو كان الوعد مصوغاً في صورة تعليق، كما لو قال البائع بعد البيع للمشتري: إن رددت إليّ الثمن رددت إليك المبيع، فقد اعتبروا هذا ملزماً، عملاً بالقاعدة الفقهية: إن المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة (م/٨٤). وكذلك قالوا: لو باع عقاره بغير فاحش، فوعده المشتري أنه إن رد إليه الثمن رد له المبيع لزمه ذلك وصار بيع الوفاء عملاً بالقاعدة المذكورة نظراً إلى حاجة الناس (الدر المختار آخر البيوع). ولو قال إنسان لآخر: إن لم يعطك مدينتك ما لك عليه فأنا أعطيكه، فإنه يصبح كفيلاً كفالة مشروطة بأن يطالبه فلا يدفع له، وذلك لدلالة التعليق على الكفالة عرفاً (ر: م/٦٢٣). ولم يذكروا لهذه القاعدة غير هذه الأمثلة.

وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني العتيد اعتبر الوعد بالبيع والوعد بالشراء عقداً ملزماً كالبيع الكامل ورتبت عليه أحكام مفصلة في المواد /٤٩٣ - ٤٩٨/ منه استمداً من القانون الفرنسي. لكن الوعد في القانون ليس وعداً مجرداً، بل هو عقد بين طرفين في صورة تعهد من أحدهما للآخر.

أخذاً من القانون الفرنسي، وخصص الباب الثامن منه لأحكام هذا الوعد التي فصلها في المواد / ٢٢٠ - ٢٢٧ / وخلصتها ما يلي:

١٦٠ - إن الوعد بالبيع هو اتفاق يتعهد فيه شخص ببيع شيء من شخص آخر عندما يختار شراءه خلال مدة معينة^(١).

ويشترط لصحته أن يشتمل الاتفاق نفسه على تعيين الشيء والضمن والمهلة التي للموعد أن يختار فيها الشراء؛ ولا يجوز أن تتجاوز خمس عشرة سنة، فإن تجاوزتها ردت إليها.

ويجوز أن يكون الوعد بالبيع لشخص معين ويجوز أن يكون أيضاً لأمره، وعندئذ يكون سند الوعد قابلاً للحوالة منه إلى غيره كأسناد الديون التجارية المحررة للأمر. وعندئذ يحل المحول إليه محل الشخص الموعد في استحقاق الشراء على المالك الواعد. ويشترط أن يكون التحويل مؤرخاً بالحروف لا بالأرقام، وأن يكون مصدقاً من الكاتب بالعدل.

فهذا الوعد بهذه الشرائط إذا كان وارداً على بيع عقار يكون الواعد ملزماً بتنفيذه إن شاء الموعد المخير، فيتولد عنه للموعد حق عيني في العقار يخضع لجميع أحكام الحقوق العينية العقارية: فيجب تسجيله في السجل العقاري، ولا يسري حكمه على الأشخاص الآخرين إلا من تاريخ تسجيله ويمتنع عندئذ على الواعد أن يبيع العقار الموعد ببيعه أو ينشئ عليه حقاً عينياً لأحد خلال المهلة المعينة سوى حق التأمين.

وفي هذه الحالة إذا اختار الموعد الشراء ينتقل حق الدائنين أصحاب التأمين إلى الثمن الذي يجب على الشاري تسليمه إلى الكاتب بالعدل، فيحل لهم محل العقار في تأمين ديونهم.

وإذا اختار الموعد الشراء خلال المهلة فرفض الواعد تنجيز البيع له، وجب على الموعد أن يبلغ الواعد ورئيس المكتب العقاري خطياً رغبته في الشراء، ثم يدعي خلال خمسة عشر يوماً بطلب الحكم بالفراغ النهائي، وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية يجري رئيس المكتب العقاري فراغ العقار على اسم الموعد بناءً على طلبه.

(١) يتضح من هذا التعريف أن الوعد الذي اعتبره هذا القانون ملزماً ليس وعداً مجرداً، بل هو في صورة تعهد، كما أنه مقصور على الوعد بالبيع دون الوعد بالشراء.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٥
تمهيد	٧
لمحة تاريخية	١٥
المقايضة	١٦
البيع المطلق	١٦
الصرف	١٧
السلم	١٧
الأنواع الناشئة عن تحديد الثمن في البيع المطلق	١٨
الفصل الأول: في تعريف البيع وقوامه وشروطه	٢١
الفرع الأول: تعريف البيع وقوامه	٢١
الفرع الثاني: شروط عقد البيع	٢٤
المبحث الأول: شروط الانعقاد	٢٦
(أ) شروط الصيغة	٢٦
(ب) شروط العاقد في البيع	٢٧
(ج) شروط المعقود عليه	٢٩
- أثر المادة /٦٤/ من الأصول الحقوقية في هذه الشروط	٣٠
(د) شروط الثمن	٣١
(هـ) شريطة الولاية الشرعية	٣١
(و) الشروط الشكلية	٣٣
المبحث الثاني: شروط الصحة	٣٦
أولاً: الشروط العامة	٣٦
ثانياً: الشروط الخاصة	٣٩
- أثر المادة /٦٤/ من الأصول الحقوقية في شروط الصحة	٤٠

٤٣	المبحث الثالث: شرائط النفاذ
٤٥	المبحث الرابع: شرائط اللزوم
٣٦	- خيار الشرط
٤٩	الفصل الثاني: في المبيع وأحواله
٤٩	الفرع الأول: في معلومية المبيع وطريقة بيعه
٤٩	- معلومية المبيع
٥١	- خيار التعيين
٥٣	- طريقة بيع المبيعات
٥٥	الفرع الثاني: في شمول المبيع
٦١	الفرع الثالث: في حضور المبيع وغيابه
٦١	أولاً: حضور المبيع
٦٢	ثانياً: غياب المبيع
٦٢	(أ) الوصف المخالف وخياره
٦٤	(ب) الرؤية وخيارها
٦٨	الفرع الرابع: في ظهور الزيادة والنقص في المبيع
٧٢	- خلاصة مهمة في هذا الموضوع
٧٥	الفصل الثالث: في الثمن وأحواله
٧٥	الفرع الأول: مباحث عامة في الثمن
٧٥	(أ) فكرة الثمنية
٧٦	(ب) الثمن والقيمة والسعر
٧٧	(ج) الثمن والدين
٧٨	(د) ما يصلح للثمنية
٧٩	(هـ) التقدان وتعيين الأثمان
٨٠	(و) التمييز بين الثمن والمبيع
٨٢	- نتائج هذا التمييز
٨٤	الفرع الثاني: تحديد الثمن وطرائقه
٨٥	المبحث الأول: تحديد الثمن في بيع المساومة
٨٧	المبحث الثاني: في المرابحة والتولية والإشراك والوضعية
٨٩	- الخيانة في المرابحة وأخواتها
٩١	- ملاحظة حول المرابحة للأمر بالشراء

٩٧ الفصل الرابع: فيما يشترك في حكمه المبيع والتمن
٩٨ - نظرية الحط والزيادة في المبيع والتمن
٩٩ - نتائج النظرية
٩٩ أ - نتائج الالتحاق
١٠٠ ب - نتائج موانع الالتحاق
١٠١ الفصل الخامس: في حكم البيع والالتزامات الناشئة بعقده
١٠١ الفرع الأول: في حكم البيع ونتائجه
١٠٤ الفرع الثاني: التزامات المشتري
١٠٤ المبحث الأول: أداء التمن وما إليه
١٠٦ - حق حبس المبيع
١٠٧ - أثر القبض
١٠٧ - متى يثبت التعجيل والتأجيل
١٠٨ - إخلال المشتري بدفع التمن
١٠٩ - خيار النقد
١١٠ المبحث الثاني: استلام المبيع وما إليه
١١١ - غياب المشتري
١١٢ المبحث الثالث: المصاريف التي تلزم المشتري
١١٤ الفرع الثالث: التزامات البائع
١١٤ المبحث الأول: تسليم المبيع
١١٥ - كيفية التسليم
١١٧ - القبض السابق
١١٨ - التسجيل العقاري هل يعتبر تسليمًا كافيًا؟
١٢١ المبحث الثاني: هلاك المبيع قبل تسليمه
١٢٢ أولاً: هلاك كل المبيع قبل القبض
١٢٣ ثانياً: هلاك بعض المبيع قبل القبض
١٢٥ - قبض السوم
١٢٥ المبحث الثالث: ضمان الدرك
١٢٧ أولاً: استحقاق ملكية المبيع
١٢٨ أ - استحقاق المبيع كله
١٢٩ - شرائط الرجوع بالتمن

١٣١	ب - استحقاق بعض المبيع	١٣١
١٣٢	ثانياً: استحقاق احتباس المبيع	١٣٢
١٣٣	المبحث الرابع: ضمان العيوب الخفية	١٣٣
١٣٣	- تعريف العيب وعناصر اعتباره	١٣٣
١٣٥	- شريطة القدم	١٣٥
١٣٥	- متى يتوجه هذا الالتزام على البائع	١٣٥
١٣٧	- موجب الالتزام بضمان العيب	١٣٧
١٣٧	أ - الموجب الأصلي	١٣٧
١٣٩	ب - الموجب الخلفي	١٣٩
١٤٠	- أنواع موانع الرد	١٤٠
١٤٢	- كيف يمارس المشتري حق الفسخ بخيار العيب	١٤٢
١٤٤	- ما يُسقط ضمان العيب	١٤٤
١٤٧	الفصل السادس: في بعض أنواع من البيع	١٤٧
١٤٧	الفرع الأول: بيع السلم	١٤٧
١٥٣	الفرع الثاني: الاستصناع	١٥٣
١٥٥	الفرع الثالث: بيع الوفاء	١٥٥
١٥٥	- تعريف ومنشؤه	١٥٥
١٥٦	- ميزته عن الرهن	١٥٦
١٥٧	- موقف الفقهاء منه	١٥٧
١٦١	- موقف قانون الملكية العقارية الجديد	١٦١
١٦٣	- بيع الوفاء والمنقول	١٦٣
١٦٤	- ملاحظة حول بيع الوفاء	١٦٤
١٦٦	الفرع الرابع: المزايدة والمناقصة	١٦٦
١٧١	الفصل السابع: في الوعد بالبيع	١٧١
١٧٣	الفهرست	١٧٣

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com



تطلب جميع كتبنا من:

دار القلم - دمشق

هاتف: ٢٢٢٩١٧٧ فاكس: ٢٢٥٥٧٣٨ ص.ب: ٤٥٢٣

www.alkalam-sy.com

الدار الشامية - بيروت

هاتف: ٨٥٧٢٢٢ (٠١) فاكس: ٨٥٧٤٤٤ (٠١)

ص.ب: ١١٣/٦٥٠١

توزع جميع كتبنا في السعودية عن طريق:

دار البشير - جدة

ص.ب: ٢١٤٦١ / ٢٨٩٥ هاتف: ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١

ISBN 978-9933-475-47-5



9 789933 475475