International Islamic Univ.
المكتبة
LIBRARY
Islamabad
الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد

الجامعة الإسلامية اسلام آباد

كلية الشريعة

DATA ENTERED

قانون بيع المنقول

دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي

اشراف : د/ عبد اللطيف عامر

إعداد

محمد شريف السيالوي

١٤٠٣هـ

١٩٨٣م

Accession No. T-292

20/7/2010

DATA ENTERED

LL.M

٢٩٧٫١٤

س ى ق

١- اسلام - فقه

٢- عنوان

DATA ENTERED

07/01/14

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

عنوان البحث : قانون بيع المنقول - دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي

يتضمن هذا البحث مقدمة وأربعة أبواب بالإضافة الى الخاتمة التي تشتمل على نتائج البحث .

أما المقدمة فتتضمن أهمية البيع بين العقود و شرح المقصود من البحث وهو المقارنة بين الفقه والقانون مع ذكر مواضع الخلاف والإتفاق بينهما ، ثم يلي ذلك بيان توضيح إتجاهين فيما يتعلق بالقوانين الوضعية أحدهما أخذ به أكثر القضاة والمحامين ويرى أن الفقه الإسلامي لا يخالف المنطق والعقل و أن القانون الوضعي المعمول به في المحاكم قد بني على قواعد العقل في سلسلة من الأصل الإرتقاء والتطور بالفكر إنسان في فقيهما إتفاق وقلما يقع اختلاف فيمكنه تطبيقه بتعديلات بسيطة

وثاني الإتجاهين ذهب اليه علماء المسلمين الذين لصروه على ضرورة الغاء القوانين الوضعية كلها طالما أن المسلمين ملتزمون بأحكام الشريعة الإسلامية و لأن مشرعي القانون لم يلتزموا

لقواعد الاستنباط من المصادر الأصلية ،

وقد اشرت في المقدمة الى قضية مهمة وهي هل يجوز اتخاذ القوانين الوضعية وتنفيذها باعتبارها احكاما شرعية ؛ خاصة اذا اعتمدت على قاعدة المصالح في المواضع التي لا توجد فيها نصوص من القرآن او السنة ولم ينعقد بشأنها إجماع بعينها

أما الباب الأول فيشتمل على فصلين - الفصل الأول درست فيه تعريف البيع وشرحت مميزاته وانواعه مقارنا بينه وما جاء في الفقه الإسلامي وما جاء في القانون ؛ وفي الفصل الثاني تحدثت عن اركان البيع وهي الصيغة والعاقدان ثم الشروط

وخصصت الباب الثاني لبحث نقل الملكية وما يتعلق به من بيع الفضولي وبيع الشريك وبيع القاصر بعقد فاسد في الفصل الأول ، أما الثاني فقد تناول دراسة عن نقل المبيع وعلاقة نقل المبيع بنقل الضمان وما يترتب على هلاك المبيع على أساس نقل الضمان

وقد جرى الباب الثالث كذلك على فصلين ، الأول منها خصصته لدراسة التزامات البائع بينما خصصت الثاني للحقوقه وقد بحثت فيها تسليم المبيع وطرقه وحق حبس

المبيع للبائع وما يترتب على ذلك

وفي الباب الرابع بحثت الدعوى وأقسامها فيما يتصل بالبيع والجزاء عليها قضاء وبينت مواضع الخلاف والاتفاق بينه الفقه والقانونه في هذا الصدد

ثم ذكرت النتائج التي وصل اليها البحث وما خلصه منه مقارنة ومنه ابرز هذه النتائج ما يلي :-

١ - المواد التي حادت في القانونه في رأيي منه مواضع الاجتهاد بالمفهوم الفقهي وفيها تختلف اراء الفقهاء المسلمين

٢ - المواد التي تخالف بعض الشرعي هي المادة في جزءها الاخير حيث جاء نصه

"..... delivery or payment or both shall be postponed."

لأنه النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"

والمادة رقم ٦ في جزئها الثاني حيث تقول في محل البيع

"(2) There may be a contract for the sale of goods the acquisition of which by the seller depends upon a contingency which may or may not happen."

وهذا التعريف يجوز بيع الغرر الذي نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه

والمادة رقم ٦١ التي توجب فائدة (Interest) على التأخير في الوفاء بالثمن وهي بهذا مخالفة لبعض القوانين.

٢- الأحكام الثابتة بالسنة في باب البيع سكت القانون عن ذكرها وكان يجب أن يذكرها وهي:

أ)- اتحاد المجلس وخيار المجلس في مبحث الإيجاب والقبول

ب)- البيوع المنهي عنها نحو تلقي الجلب والمساومة

ج)- اشتراط قبض المنقول واشتراط التقابض في الصرف

د)- ذكر الشروط المعتبرة في السلم. . .

٤- تجيز المادة رقم ١٠ تولية طرف ثالث ليقوم بمهمة تقدير الثمن في حالة عدم تسمية الثمن عند العقد، هذه المادة من القانون تخالف رأي عامة الفقهاء

٥- المادة رقم ٥٦، ٥٧ توجب التعويض عن الربح المتوقع وعن الخسارة المحتملة من ضرر حدث بسبب الإخلال من التسليم أو التسلم وهذه المادة كذلك تخالف رأي عامة الفقهاء.

بناء على هذه النتائج يجب العناية والمواد التي تخالف النصوص الشرعية وإدخال أحكام البيع المنصوص عليها في السنة كما يجب إعادة النظر في الترتيب والتبويب وكذلك يجب أن يفصل السلم عن البيع المطلق

والله الموفق وبه نستعين

محتويات البحث

		صفحه
مقدمه		١
الباب الاول		٥ — ٢٩
تكوين العقد		
الفصل الأول	عقد البيع	٥
المبحث الاول	تعريف البيع	٧
المبحث الثاني	ميزات البيع	٩
الفصل الثاني	اركان البيع	
المبحث الاول	صيغة	١١
المطلب الاول	بيع بالاشارة	١٤
المطلب الثاني	بيع بالتعاطي	١٥
المطلب الثالث	مجلس العقد	١٧
المبحث الثاني	عاقداه	٢٠
المبحث الثالث	محل العقد	٢٢
المبحث الرابع	الثمن	٢٠
المبحث الخامس	الشروط والضمانات	٢٤
المطلب الاول	تقسيمات الشروط	
المطلب الثاني	الشروط في المحل والثمن	
المطلب الثالث	الشروط المقترنة بالعقد	

		صفحة
الباب الثاني		٤٠ — ٦٦
آثار العقد		
الفصل الأول	نقل الملكية	٤١
المبحث الأول	قدرة نقل الملكية	٤٥
المبحث الثاني	متى ينتقل الملكية	٤٨
المطلب الأول	بيع الفضولي	٥٠
المطلب الثاني	بيع العامل التجاري	٥١
المطلب الثالث	بيع الشريك	٥١
المطلب الرابع	بيع الغاصب بعقد فاسد	٥٢
الفصل الثاني	نقل المبيع	٥٦
المبحث الأول	نقل المبيع والضمان	
المبحث الثاني	علاقة نقل الضمان بقبض المبيع	٦٢
المبحث الثالث	علاقة نقل الضمان بهلاك المبيع	٦٤
الباب الثالث		٦٧ — ٩٢
التزامات البائع وحقوقه		
الفصل الأول	التزامات البائع	٦٨
المبحث الأول	تسليم المبيع وطرقه	
المطلب الأول	تسليم المبيع بالناقل	٧٢
المطلب الثاني	تسليم المبيع بالاقساط	٧٤
المبحث الثاني	مكان التسليم وزمانه	٧٧

المبحث الثالث الغلط في القدر عند التسليم ٧٩
المبحث الرابع مصاريف تسليم المبيع ٨٠
الفصل الثاني حقوق البائع ٨١
المبحث الأول مفهوم البائع،
المبحث الثاني جواز حبس المبيع ٨٣
المبحث الثالث طريقة نقل المبيع ٩١
المبحث الرابع اسقاطات حق حبس المبيع ٩٢
المبحث الخامس أثر حبس المبيع ٩٢
الباب الرابع ٩٤ - ١٠٦
الدعاوى في البيع
الفصل الأول الدعوى وعلاقتها بالحق ٩٥
المبحث الأول فيما تقام الدعوى ٩٧
المبحث الثاني اقسام الجزاء في الدعاوى ٩٨
المطلب الأول نظرية الفسخ
المطلب الثاني علاقة الضرر بالتعويض ٩٩
الفصل الثاني الدعاوى وجزاؤها ١٠٣
المبحث الأول الدعوى للثمن

		صفحة
المبحث الثاني	تعويضه على الإخلال في التسلم	١٠٢
المبحث الثالث	تعويضه على الإخلال في التسليم	١٠٤
المبحث الرابع	تضمين العقد	١٠٥
المبحث الخامس	نقصه شرط	١٠٦
~~خلاصة~~ نتائج البحث		١٠٨
المراجع		١١١

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي خلق الإنسان، أحل البيع وجعل المال له قياما، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء الذي قاد البشرية كلها وعلى آله وصحبه الكرماء وعلماء أمته الذين استنبطوا الأحكام من مصادرها الأصلية وطبقوها في حياتهم العملية بكل إخلاص

وبعد: فإن هذا البحث أقدمه لحضرتكم يتناول موضوع دراسة "قانون بيع المنقول" دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي لتبيين مواضع الاتفاق والخلاف بينهما.

وكنا بحاجة إلى دراسة هذا القانون لأن البيع من أهم العقود وله أهمية في قيام معاش الإنسان وحياته، ولأن الدين الإسلامي قد رسم له أحكاما لصلاحه في معاشه بإرساء القواعد المتينة للتجارة منها التراضي بين الطرفين لقوله سبحانه وتعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض)[1] والنهي عن الربا والغرر وتحريم أمور ليس فيها صلاح للإنسان عاجلا أو آجلا.

وليست هذه المقارنة من حيث بيان المميزات لكل من الفقه والقانون في التطبيق العملي إذ ليس للمسلم أن يتصور أن القانون الوضعي له ميزة حتى إن يوضع في كفة الشريعة الإسلامية ولكنه هذه المحاولة مجرد لفهم الخلافات كما هي لصرف النظر عن بيان وجوه ترجيح احدهما على الآخر وكيف يصح الترجيح وقد قال الله سبحانه وتعالى (ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم)[2]

---

(١) سورة النساء آية ٢٩

(٢) سورة الأحزاب آية ٣٦

و لأننا مكلفون بامتثال احكام الشريعة الإسلامية و الانحراف عنها طريق باطل

(ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون)
(ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون)
(ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون)"[1]

باكستان دولة أنشئت باسم الإسلام و عزم مسلمو شبه القارة الهندية على استقلالهم عن سيطرة الاجانب، افكارهم و نظمهم الوضعية، و لما تحرر الشعب من قيود الاستعمار كان من واجبهم الديني تطبيق الشريعة بنظرها جميعا و اوضاعها كلها في سائر ميادين الحياة، و لكنه — اسفا — لم يتم حتى الآن بعد مضي ثلاثين سنة في مرحلة الكفاح، و لما بدأت حركة تطبيق الشريعة الإسلامية من جديد و خاصة في قيام نظام القضاء على أساس العدالة كنا بحاجة الى النظر في القضاء و القوانين من جديد

و قد يوجد هناك إتجاهان في هذا الخصوص

الإتجاه الأول أخذ به اكثر القضاة و المحامين يرون أن الفقه الإسلامي لا يخالف المنقول و العقل و انه القانون الوضعي المعمول به في المحاكم قد بني على قواعد العقل و هو سلسلة من السلاسل الإرتقاء و التطور في الفكر الإنساني إذ ان بينهما اتفاقا و قلما يقع الخلاف و في رأيهم لتعديل بعضه لمراد أسهل من إلغائها باسرها.

و الإتجاه الثاني الذي ذهب اليه العلماء من الحلقات الدينية هم يصرون على الغاء القوانين الوضعية كلها بدليل انه المسلمين ملزمون باحكام الشريعة الإسلامية و لأننا أمرنا بها بقوله سبحانه و تعالى

(إن الحكم إلا لله)[2] و القانون الوضعي غاية امره انه يلبي حاجات الناس و يشبع اغراضهم و لكنه في الإسلام ليست "المصلحة" مصدرا وحيدا

---

(١) سورة المائدة آية رقم ٤٤، ٤٥، ٤٧

(٢) سورة يوسف آية رقم ٤٠

من مصادر التشريع مع أنه وضعي (٢) هذا القانون ليس له أهل بالاجتهاد إذ لم تتوافر فيهم شروط ممارسة الاجتهاد كما أنه معروف بأن القانون الروماني والأعراف هي مصادر للقانون الوضعي،

هناك قضية مهمة لابد من الإشارة إليها وهي هل يجوز اتخاذ القوانين الوضعية وتنفيذها باعتبارها أحكاما شرعية إذا كانت تقنينا على قواعد المصالح خاصة في مواضع لا توجد فيها النصوص من القرآن والسنة والإجماع؟

ومن الواضح أنه مشرعي القانون لم يكونوا ملتزمين بقواعد الاستنباط للأحكام وطرق الدلالات من المصادر الأصلية التي ينبني عليها التشريع الإسلامي ـــــ وكذلك وجدت في أن هذه القوانين الوضعية (القانون المدني) نتيجة لتفاعلات القانون الإنجليزي بالفقه الإسلامي خاصة الفقه الحنفي الذي ترجم إلى الإنكليزية وطبق في الشبه القارة

هذا السؤال الذي أثير هنا لأنه على فرضه الإجابة عنه في الإثبات لا توجد أية مشكلة لتطبيق "قانون البيع" بعد تعديلات بسيطة ولكنه في الفرضية الثانية نحن بحاجة إلى تدوين أحكام البيع من جديد مصحوبة بالأدلة الشرعية

هذا البحث محاولة في تحليل مواد القانون بيع المنقول في ضوء أحكام الشريعة وآراء الفقهاء لتيسير فهم أحكام البيع على ترتيب قانون وضعي لسهولة تناولها وتطبيقها،

والبحث مرتب على ترتيب القانون تبويبا ويضم لمحة الإجابة أبواب كل منها مشتمل على فصول ومباحث.

والتزمت بدراسة القانون مادة مادة مع استقصاء الأحكام من الفقه الإسلامي حتى إذا اختلف علماء المذاهب المشهورة في مسألة ذكرت رأيهم في ذلك ولم أقم بالترجيح بينه آرائهم إلا قليلا إذ المقصود هنا هو بيان مواضع الخلاف والاتفاق بين القانون والفقه،

ونتوكل على الله وهو الموفق

محمد الشريف السعالوي

الباب الاول

تكوين العقد

الفصل الاول : عقد البيع

المبحث الاول ـــ تعريف البيع

المبحث الثاني ـــ مميزات عقد البيع

المبحث الثالث ـــ انواع البيع

الفصل الثاني : اركان البيع

المبحث الاول ـــ صيغة

المطلب الاول ـــ بيع بالاشارة وبارسال الرسول

المطلب الثاني ـــ بيع التعاطي

المطلب الثالث ـــ مجلس العقد

المبحث الثاني ـــ عاقداه

المطلب الاول ـــ أهلية العاقدين

المطلب الثاني ـــ رضا العاقدين

المبحث الثالث ـــ محل العقد

المبحث الرابع ـــ الثمن

المبحث الخامس ـــ الشروط والضمانات

المطلب الاول ـــ تقسيمات الشروط

المطلب الثاني ـــ الشروط في المحل والثمن

الباب الاول
تكوين العقد

الفصل الاول : عقد البيع

هذا الفصل يشتمل على مباحث في تعريف البيع وخصائصه وانواعه

المبحث الاول في اركان عقد البيع

قانون بيع المنقول جزء من قانون العقد اذ المواد من رقم ٧١ الى ١٣٢ تسمى قانون بيع المنقول والمواد الأخرى من قانون العقد تحكم قانون بيع المنقول ومعروف أن البيع نوع من العقود بينما العقد ليعرفه القانون بكل إتفاقية لقرها القانون[١] والفقه قد يتفق مع القانون في تعريف العقد وقد تعرض العلماء لهذا الموضوع وكتبوا كثيرا على نظرية العقد[٢] أما عقد بيع المنقول فقد جاء في نص القانون

" A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for the price."[٣]

(هو عقد ينقل البائع بمقتضاه الى المشتري مقابل الثمن او الاجل وعدا على ان ينقلها الى المشتري)

---

(١) "An agreement enforceable by law is a contract." Contract Act Sec. 2(h)

(٢) مثلا يدخل تحت فضيلة الاستاذ/ حسين حامد حسان، ويدخل للزرقا و السلامي مذكور

(٣) قانون بيع المنقول مادة ٤ فقرة ١

القانون يفرق بين عقد البيع والوعد بالبيع ان الاول يوجب نقل الشيء من شخص الى شخص وذلك في الثاني نقل الشيء واقع في المستقبل او معلق على شرط وهذا الوعد او التعهد يصير بيعا بمضي مدة او باستيفاء شرط[1]

والبيع في الفقه الاسلامي لا يقتصر على مبادلة السلعة بالنقد ولا بالمنقول بل عرفه الفقهاء "انه نقل الملك في العين بعقد المعاوضة"[2] او "هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم"[3] او انه مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا"[4] وقال ابن عرفه "البيع هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة"[5] وقد يستعمل لفظ البيع في معناه الخاص وهو بيع السلعة بنقود[6] والقانون ينص عليه وذلك عقد البيع في الفقه بمعناه المشهور اعم مما هو في القانون لأنه لا يشتمل على بيع العقار وهناك قانون خاص في بيع العقار المسمى بقانون انتقال الممتلكات (Transfer of Property Act) ويختلف عنه قانون بيع المنقول اذ فيه بعض من الاجراءات كالتوثيق والاشهاد والتسجيل التي لا يعنى بها قانون بيع المنقول مقابل العقار.

وبالاضافة الى ذلك فان الفقه جاء خاليا في تعريف البيع عن الاشارة الى اشخاص عقد البيع وما يترتب عليه من آثار من التزام المشتري بدفع مبلغ من النقود ونقل المبيع، تجعل البيع بمفهومه الفقهي اعم من البيع في القانون

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٤ فقرة ٢، ٤ (٢) حاشية الدسوقي : ٢٥٧/١
(٣) شرح المجلة : ص ١٦٦ (٤) المغني : ٥٥٩/٣
(٥) حاشية الدسوقي : ٢/٢ (٦) شرح المجلة : مادة ١٢ ص ١٧٥

لأنه [illegible] المقايضة (بيع العين بالعين) والصرف (بيع النقد بالنقد) وبيع السلم (بيع العين بالنقد) أما السلم فيأتي تحت تعريف الوعد بالبيع او التعهد بالبيع وهذا البيع بمعناه الفقهي يتضمن البيوع الموقوفة على خيار والسلم هو تعجيل الثمن وتأجيل السلعة والقانون يتناول البيوع التي فيها خيار الرؤية او العيب او الشرط ومنه ينبغي بيع السلم ولكن الفقه قد تناول موضوع السلم بكل دقة وتفصيل لأنه يفرد احكاما مستقلة وقواعد تحكم السلم والصرف اذهما موضع احتياط من الربا وهذا من سمات الفقه الإسلامي خاصة لأنه يحرص في احكام البيع في الإسلام أن تكون المعاملات خالية من الربا وانه لا يكون فيها غرر او جهالة مما قد يؤدي الى النزاع بين المتعاقدين ومن هنا نستطيع تعريف عقد البيع في الفقه والقانون بما يستخلص أن عقد البيع ناقل للملكية اذ هو دال على نقل المالك من الى آخر لعوض معلوم [1].

المبحث الثاني في مميزات عقد البيع

تستخلص المميزات التالية من تعريف البيع في الفقه والقانون

١- عقد البيع من العقود الناقلة للملكية حيث يترتب على انعقاده نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري

٢- عقد البيع هو من عقود المعاوضات لأن المشتري يدفع الثمن مقابل أخذ المبيع ويعطي البائع المبيع مقابل الثمن فلفظ "المبادلة" في تعريف عقد البيع

---

(١) شرائع الإسلام : ٢/١٢

يخرج عقود التبرع لأنه أحد الطرفين ليعطى الآخر دون أن يأخذ مقابلا

٢- ويختلف عقد البيع عن عقد المقايضة حسب التعريف القانوني لا الفقهي فلا يخرج عقد المقايضة عن مدلول البيع وفق تعريف البيع الفقهي لأنه لا يقيد بأنه يكون أحد بدليه ثمنا

٤- كذلك يخرج الصرف من عقد البيع في التعريف القانوني فقط

٥- يتميز البيع عن عقد الإجارة إذ يقصد بالإجارة الانتفاع بالشيء دون نقل العين تمليكا.

٦- ويختلف عقد البيع عن عقد الوكالة وعقد الوديعة لأنه كلا من عقد الوكالة والوديعة يرد على العمل وليس هناك مبادلة مال بمال فيهما بل يوجد هناك التزام بعمل معين

٧- وعقد الرهن يخرج عن عقد البيع بقيد نقل ملكية الشيء من شخص الى شخص.

قد يسبق أن تعريف عقد البيع لدى القانونيين يقصد به على البيوع الموقوفة على الخيار في الفقه الإسلامي لأنه الخيار إذا ما اقترن بالعقد يمنعه من اللزوم ويجعل العقد موقوفا والفرق بينه وبين البيع في القانون هو نفس الفرق الذي يجمع بين العقد النافذ والعقد الموقوف في الفقه.

المبحث الثالث في انواع البيع

اذا راجعنا الى المواد ٤ و ٥ من القانون امكننا على انه نستخلص منها انواع البيع المسموحة قانونا على النحو التالي

١- البيع المطلق (دفع الثمن وتسليم المبيع حالا)

٢- السلم (تقديم الثمن وتأجيل المثمن)

٣- بيع النسيئة (تقديم المبيع وتأجيل الثمن)

٤- بيع الدين بالدين (تأجيل المبيع وتأجيل الثمن او بيع الكالئ بالكالئ)

٥- البيع بالاقساط

٦- الوعد بالبيع / المعلق بشرط

٧- البيع الموقوف على خيار وبيع الفضولي[1]

وبالاضافة الى هذه الاشكال ، القانون ينص على انواع اخرى وهي

١- البيع بالصفة[2] ٢- البيع بالانموذج[3] ٣- بيع المزاد[4]

اما الفقه الاسلامي فقد اجاز البيع المطلق وكذا السلم ولكنه بشروط معينة بينما القانون قد ادمج احكام البيع المطلق والسلم ولم يفرد احكام السلم المختصة به كما فعل الفقهاء المسلمون

اجاز القانون بيع الدين بالدين المسمى ببيع الكالئ بالكالئ في الفقه الاسلامي والوعد بالبيع شبيه به الى حد كبير ولكنه الفقه الاسلامي لم يجزه

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٢٧ (٢) السابق مادة ١٥

(٢) السابق مادة ١٧ (٤) السابق مادة ٦٤ بدائع ٥/٢٢٢

لما جاء في حديث الرسول عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ[1] والشرط في البيع بالنسيئة انه لا يصير بيع العينة والبيع بالاقساط يجوز في الجملة لشرط انه لا يلزم به بيع الكالئ بالكالئ والبيع لمعلوم على شرط فيه كلام لفقهاء والبيوع الأخرى التي ذكرت في القانون اعلاه مختلفة بين الفقهاء في جوازها وعدم جوازها، والبيع بالخيار جائز في القانون والفقه.

---

(١) نيل الاوطار: ٥/٥٤

الفصل الثاني: أركان البيع

عقد البيع شأنه شأن بقية العقود في توافر أركانه الثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب وهي نفسها في الفقه الإسلامي ولكنه بألفاظ أخرى وهي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه، ونترك المقارنة بينهما هنا ضافة الى الكلام از هو موضوع مستقل ونكتفي بالاشارة الى أن قانون بيع المنقول يخضع لأحكام قانون العقد بالنسبة الى الايجاب والقبول وأهلية العاقدين والشروط المعقود عليه العامة.

المبحث الاول في صيغة العقد

قد نص القانون على جواز ها كتابة، شفويا او بعمل ما يدل على البيع ونصه

"..... a contract of sale may be made in writing or by word of mouth, or partly in writing and partly by word of mouth or may be implied from the conduct of the parties"[1]

إن القانون قد جوز عقد البيع بالكتابة وبالشفه وبعمل العاقدين الدال على تراضيهما بينما لم يحدد القانون صيغة العقد اللفظية ما دام اللفظ يدل على التراضي ولكن الفقه الإسلامي قد تناول موضوع الصيغ اللفظية وتكلم الفقهاء حولها مه حيث كونها مطرح للارادة الباطنة فلذلك وقفوا بهذا المظهر الخارجي اذ الأصل هو اللفظ وهو مقدم على الكتابة والإشارة

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٥ (٢)

والأصل لدى الفقهاء بالنسبة الى الايجاب والقبول انه يكونا لفظا واجازوهما بالكتابة عند الحاجة وبالاشارة عند العذر واختلفوا في جواز البيع بالتعاطي جاء في الهداية "ينعقد البيع بالايجاب والقبول"(١) وفي المهذب " و لاينعقد إلا بالايجاب والقبول .... المعاطاة فلا ينعقد بها البيع أما الكتابة .. ففيها وجهان احدهما ينعقد للبيع لأنه موضع الضرورة والثاني لاينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره"(٢) .

" البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كان بلفظ الماضي مثل ان يقول أحدهما بعت وبالآخر اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف وإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي"(٣)

" قال اصحابنا - رحمهم الله - كل لفظين ينبئان عن تمليك وتملك على صيغة الماضي او الحال ينعقد بهما البيع .... فارسية كانت او عربية او بهما هكذا في التتارخانية وينعقد بالماضي بلا نية وبالمضارع بها على الاصح .... او كان احدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع نية الايجاب للحال فانه ينعقد وإن لم ينو لا ينعقد واذا تحصص للحال كما يبعد لأنه فلا يحتاج اليه وأما ما تحصص للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف او بالامر فلا ينعقد به إلا اذا دل الأمر على المعنى المذكور .... والصيغة لاستفهام"(٤)

(١) الهداية : ٣/٢١ (٢) الهداية : ٣/٢١
(٣) المهذب : ١/٢٥٧ (٤) الفتاوى الهندية : ٣/٤

أما مذهب الإمام مالك فهو يتفق مع المذهب الحنفي إلا في صيغة الأمر" لأنه صيغة الأمر إذا تحصنه للحال انعقد به العقد دون البحث في النية ويحلف منه أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد به الإيجاب والقاعدة عنده أنه منه يأتي بصيغة تحتمل الحال والاستقبال كصيغة المضارع يكون القول قوله بيمينه فإنه أنكر أنه نوى الإيجاب وحلف اليمين على ذلك لم يلزمه العقد وإن نكل عن اليمين فإنه العقد يلزمه "(١)

وكذلك رأي الشافعي وأحمد في صيغة الأمر لقول الشيرازي فإنه قال الشرف بعني فقال البائع بعتك انعقد البيع لأنه ذلك يضمن الإيجاب والقبول "(٢)

لأحمد قوله إما أنه تقدم بلفظ الاستفهام لم يصح مجال نص أحمد وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عنه عنهم خلافهم أن ليس بقبول ولا استدعاء "(٣)

نص من هذه النصوص أن الفقه الإسلامي يعتني بالتعرف على الإطلاع وقد يكون بالألفاظ الصريحة كلفظ الماضي وكذلك كل لفظ تتحصنه للحال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد أما في الألفاظ التي تحتمل الحال والاستقبال فيؤخذ فيها بالإرادة الباطنة حسب القرائن، أما الألفاظ التي تتحصنه للاستقبال ولا غير فلا ينعقد بها البيع. قد أشرنا سلفا قبل إلى اختلاف الفقهاء في جواز انعقاد البيع بالإشارة وبالمعاطاة فيلي تفصيله

(١) المدونة الكبرى : ١/٥١ (٢) المهذب : ١/٢٥٧
(٣) المغني : ٤/٣، ٤

المطلب الأول: في اراء المذاهب واتجاه جواز انعقاد البيع بالاشارة وبارسال الرسول

أما راي المذهب الحنفي في هذا الصدد فقد صرح به شارح المجلة ان الايجاب والقبول كما يكون بالكلام يكون بأمور اخرى فيكون

"(١) بالكتابة لشرط ان يكون كل من العاقدين بحيث اذا كتب الآخر ... لا يستطيع الكلام معه

(٢) بواسطة الرسول من احد المتعاقدين .... ويشترط القبول من المرسل اليه عند الايصال.

(٣) بالاشارة المفهمة" واشار اليه صاحب الهداية بقوله " والكتاب كالخطاب وكذا الارسال"(٢)

وجاء تفسير حاشية الطحطاوية في فتح القدير " صورة الكتاب ان يكتب أما بعد : فقد بعت عبدي منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد ، والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل له إن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي من فلان من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره ، فقبل ، وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل المرسل لفظه بلفظه الموجب حكما"(٣) ولذهب المالكي في هذا واضح جدا اذ اعتبر الايجاب والقبول "لكل ما يدل على الرضا - من قول او كتابة او اشارة منهما او من احدهما"(٤)

---

(١) شرح المجلة : ص ١٧٣ (٢) فتح القدير : ٥/١٣٨

(٣) الهداية : ٣/٢١ (٤) شرح الدسوقي : ٣/٣

أما مذهب الإمام الشافعي في هذا الموضوع فهو أنه الأصل هو النطق، أما الكتابة والإشارة فإنما تجوزان عند الضرورة كما جاء في المهذب

" وإن كتب رجل الى رجل يبيع سلعة ففيه وجهان : أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع لغيره، وقول القائل إنه موضع ضرورة لا يصح، لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول "[1] ولم يوجد منه قول الشافعي تتفق مع مقتضيات التعامل بين الناس وهو رأي أكثر الفقهاء

أما الإشارة فاوسع المذاهب فيها مذهب مالك ثم المذهب الحنفي اذ اعتبرها موضع الضرورة، بشرط ان تكون مفهومة كما في البدائع

" وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء .... فيجوز بيع الأخرس وشراؤه اذا كانت الإشارة معهودة في ذلك لأنه اذا كانت مفهومة في ذلك قامت مقام عبارته "[2] وكذا جاء في المذهب الحنبلي

" وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه "[3]

فالمذهب الشافعي هو الضيق نطاقا في هذا الباب اذ ظاهر المذهب لا يجيز الكتابة عنده بابا اولى لا يجيز الإشارة منه غير الأخرس .

المطلب الثاني في البيع بالتعاطي : المعاطاة موضع خلاف بين الفقهاء ينص احمد على جوازها مطلقا وكذلك يقول مالك بجواز البيع بكل ما يدل على الرضا وانه بالمعاطاة[4]

---

(١) المهذب : ١/ ٢٥٧ (٢) المغني : ٣/ ٥٦٦

(٣) بدائع : ٥/ ١٣٥ (٤) حاشية الدسوقي : ٣/ ٣ :

وقد ساق ابن قدامه كلامه في المعاطاة واستدل على جوازها بقول سبحانه وتعالى (أحل الله البيع وحرم الربا) لم يبين كيفيته اذ به وجب الرجوع الى العرف .... ولم ينقل عنه النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة مع كثرة وقوع البيع بينهم، ولأن الناس يتبايعون في اسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكار قبل حتى مخالفينا فكان إجماعا ولو كان (عدم التعاطي) شرطا لشاع ذلك ولكانت اكثر عقود المسلمين فاسدة واكثر اموالهم محرمة "(١)

واختلف فقهاء الاحناف في جواز البيع بالتعاطي فذهب القدوري والكرخي الى انه ينعقد بالتعاطي يجوز في الاشياء الخسيسة كالبقل ونحوه لعادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها ولابد حضروه قالوا الجواز دون التفرقة بين الخسيس والنفيس(٢)

أما الشافعي فلا يجيز التعاقد بالمعاطاة وجاء في مذهبه " إنه لا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأنه اسم لبيع لا يقع عليها فالمعاطاة لا تكفي أصلا "(٣)

ويستنتج من هذا البحث أنه ينعقد جائز بالرسالة والكتابة وبالاشارة والتعاطي اذ تدل على التراضي وكذلك باتخاذ اي طريقه اخر اذا ما دل على التراضي عند اكثر الفقهاء المسلمين(٤) اذ به يتفق الفقه والقانون تماما

---

(١) المغني : ٣/٥٦٢ (٢) المهذب : ١/٢٥٧

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/٩ فتح القدير : ٥/٧٧ (٤) ملخص احكام المعاملات الشرعية : ١٥٥، ١٥٦ نظرية الملكية لابي زهرة : ٢٠٥، ٢٠٦

وبهذا يكون قياس الهاتف والبريد على الكتابة والكلام وجدير بنا أن نذكر هنا أن القانون قدم الكتابة على النطق بينما أنه الفقه قدم الكلام على الكتابة

وأخيرا أقول إن القانون لم يعرف أيضا فكرة "مجلس العقد" كشرط لارتباط الإيجاب بالقبول كما لم يقم لفكرة "خيار المجلس"

وقال الفقهاء إن مجلس العقد عند الرسالة والكتابة هو الكان الذي يصل فيه العلم بالإيجاب إلى أحد المتعاقدين فلا بد له من قبوله وقت علمه بالإيجاب لأنه من شرط انعقاد العقد اتصال الإيجاب بالقبول في مجلس العقد إن وقع بين متعاقدين حاضرين فإن كان أحدهما غائبا وتم التعاقد بطريق الرسالة أو الرسول كان مجلس العقد هو مجلس العلم فإذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين فقبله الآخر في مجلس العقد اعتبر الاتصال واقعا وإن فصل بينهما فاصل زمني يبطل الإيجاب فلا يتم العقد[1]

المطلب الثالث في مجلس العقد: اتحاد المجلس شرط في الانعقاد ولزوم البيع ويدخل في ذلك ما قول الرسول صلى الله عليه وسلم عن حكيم بن حزام "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو قال حتى يفترقا فإن صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"[2]

---

(١) ملخص المدخل للأستاذ / حسين حامد حسان ص ٢٥٠

(٢) نيل الأوطار : ٥ / ٢٩٠

عن ابن عمر " ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا او يقول أحدهما لصاحبه اختر" وفي لفظ " اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا، وكانا جميعا او يخير احدهما الآخر فان خير أحدهما بعد فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع " وفي لفظ " كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار " متفق عليه [1]

فلذلك اشترط جميع الفقهاء اتحاد المجلس وتكلموا حول خيار المجلس الذي يترتب على مجلس العقد وهناك خلاف بسيط بينهم في مدة خيار المجلس إلا أنني عند مجلس العقد فاليك بعضه لبعض النصوص الفقهية

" وأما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بأن كان الايجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو اوجب احدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، او اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل لا ينعقد " [2]

" وإذا تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه اذا اجاب في المجلس بما يقتضي الايجاب والقبول من غير فاصل لزم البيع إتفاقا وكذا لو حصل فاصل يقتضي الاعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع ..... ولا يشترط الا يحصل بينه الايجاب والقبول فصل الكلام اجنبي عن العقد ولو كان يسيرا كما يقول الشافعية [3]

---

(١) نيل الاوطار : ٥/٢٩٠ (٢) الخطاب : ٤/٢٤٠ ماخوذ من مصادر الجزء : ٩/٥

(٣) بدائع الصنائع : ٥/١٣٦

" وإنه تراخى القبول عنه بالإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ، وإلا فلا لأنه حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه فإنه لو تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لأنه العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعدهما عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ لا يتم الكلام إلا به "(١)

وفي الإنصاف

"(ولكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما) أنهما إذا تفرقا بأبدانهما لزم البيع وبطل خيارهما وهو الصحيح "(٢)

هذا النص الذي أوردناه لأنه ينبئ عن خلاف الفقهاء في فهم الحديث فرأى البعض أن التفرق الذي أريد في هذا الحديث هو تفرق الأبدان والآخرون قالوا إن المقصود من هذا التفرق هو تفرق الأقوال(٣)

فكرة اتحاد المجلس لها أهمية في الفقه إذ يترتب عليه خيار القبول ، خيار الرجوع وخيار المجلس وفيه تفصيل لا يسعه هذا البحث ، وكما قلنا سالفا أن هذه الفكرة بالضبط لا توجد في القانون ولكنه قد نجد لها محلا في القانون خاصة عند البيع بين الغائبين وإرسال السلعة على شرط خيار القبول والرد .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع : ٤/٤ ومصادر الحد : ٢/١٠

(٢) الإنصاف : ٤/٣٧٢

(٣) نيل الأوطار : ٥/ ٢٩١

المبحث الثاني في عاقدي العقد

وله اركانه العقد الثلاثة ، العاقدان وهناك بعض الشروط التي رجع اليهما ويبنى عليها صحة عقد البيع بالنسبة إلى أهلية المتعاقدين وحقوق الزراعي ، فهناك يلتقي القانون والفقه والخلاف الذي وقع بينهما هو خلاف بسيط نحو تحديد سن البلوغ وقد تختلف آراء الفقهاء بعضها عن بعض بالنظر الى عارضه من عوارض الأهلية

المطلب الأول في أهلية العاقدين :- القاعدة العامة بالنسبة الى أهلية العاقدين هي ما بحث عنها قانون العقد في الباب الثاني وتخضع قانون بيع المنقول في هذا الموضوع لاحكام قانون العقد وينص على اشتراط البلوغ والعقل (التمييز) لأهلية المتعاقدين كما انه لا يكون الحجر على هذا الشخص قانونا ولم يعرضه على أهليته عارضه نص عليه القانون

"Every person is a competent to contract who is of the age of majority according to the law to which he is subject, and who is of sound mind, and is not disqualified from contracting by any law to which he is subject."(1)

اذن فقانون مثل الفقه يرى أن البلوغ والتمييز شرطان لأهلية العاقد سواء كان بائعا او مشتريا سواء يبرم العقد لنفسه او يبرم لحساب غيره

(1) قانون العقد مادة ١١

أساسا او اذنا ، فقد التعاقد كالوكيل مثلاً فنجب انه تكون لديه سلطة او ولاية ابرام هذا العقد ، أما بيع الفضولي فسنتكلم عنه فيما بعد إن شاء الله .

كما ينص القانون على شروط الأهلية من الرشد والبلوغ ، كذلك يذكر عوارض الأهلية والعدام الأهلية ثلاثة أمور ١) الصبا ٢) الجنون ٣) الحجر اما الصبي المميز فكما وقع الخلاف بينه الفقهاء كذلك نجد الخلاف بينه القانونيين (١) وكذلك نجد الخلاف في تحديد سن البلوغ (٢)

المطلب الثاني في رضا المتعاقدين :- قضية رضا المتعاقدين لها صلة بأهلية المتعاقدين لانه هناك بعض العوارض التي تعتري ورضا المتعاقد الجزء الاكراه والسكر فانه القانون والفقه يرتبان عليها بعض الاحكام من ناحية صحة العقد وفساده وموضع بياننا هو تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان

أما هنا فنكتفي بهذه القواعد العامة التي تحكم أهلية المتعاقدين في عقد البيع والجدير بالذكر ان موضع البحث عند أهلية المتعاقدين هو قانون العقد وكما أشرنا انه هناك مواضع إتفاق كثيرة بين الفقه والقانون فلذلك نترك البحث عنها لعدم ارتباطها أساسا بموضوعنا

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة : ٣/١٦٠

(٢) شرح بيع المنقول للمنجمه : ص ٥٣ ، ٥٤

(٣) شرح قانون العقد : ص ٩٤

المبحث الثالث : محل العقد

وللتعرف على الشروط في المبيع ينبغي لنا الرجوع لنص المادة ٦ فقرة ١، ٢ من قانون بيع المنقول مع مادة رقم ٢٢، ٢٣، ٢٩ من قانون العقد

"6. Existing or future goods — (1) The goods which form the subject of a contract of sale may be either existing goods, owned or possessed by seller, or future goods.

(2) There may be a contract for the sale of goods the acquisition of which by the seller depends upon a contingency which may or may not happen."

"23. The consideration and object of an agreement is lawful, unless it is forbidden by law; or is of such a nature, if permitted, it would defeat the provision of any law; or involves or implies injury to the person or property of another; or the court regards it as immoral, or opposed to public policy.

In each of these cases, the consideration or object of an agreement is said to be unlawful. Every agreement of which the object or consideration is unlawful is void."

"24. If any part of a single consideration for one or more objects, or any one or any part of any one of several considerations for a single object is unlawful, the agreement is void."

"29. Agreements, the meanings of which is not certain or capable of being made certain, are void."

أما الفقه الإسلامي فقد اشترط في المبيع

أولا : أن يكون محل قابلا للتعامل مشروعاً

ثانيا : أن يكون موجودا عند التعاقد

ثالثا : أن يكون مما يمكن تسليمه

رابعا : أن يكون معلوما للعاقدين

خامسا : أن يكون معلوما للمتبايعين او للوكل[1]

وتستخلص الباحثة من المقارنة بين النصوص القانونية والقواعد الفقهية

إن المبيع يجوز التعاقد عليه في القانون اذا كان موجود او غير موجود ويشترط القانون الا يكون محرما بالقانون او مخالفا للآداب بنظام العام او الاخلاق اذ لها اعتبار لدى القاضي ، ومواضع الخلاف بين الفقه والقانون هي في المبيع غير الموجود ، الممكن الوجود او المحتمل وجوده وكذا المحمول ، اذ يصلح ان يكون محلا لعقد البيع في القانون دون الفقه

---

(١) ملخص لفقه على المذاهب الاربعة : ٣/١٦٣ - ١٦٨ المدخل : ص ٣٧٨

كما انه الفقه ينفرد بدقة التعبير عند شروط المبيع حيث لنقول في المبيع "ان يكون ماله متقوما منتفعا به منفعة معتبرة شرعا"(١)

اما شرط وجود المحل فله أهمية كبرى في الفقه الاسلامي لأن المبيع اذا كان معدوما او محتملا وجوده وعدمه لصار العقد باطلا والفقهاء صرحوا ببطلان العقد اذا كان محله معدوما او على خطر العدم لقول قدري باشا "لا يصلح ان يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلا لعقد المعاوضة إلا في السلم بشرائطه"(٢) وجاء في المجلة "بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا"(٣) ولقول الشيرازي "لا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق برواية الحديث"(٤) والكاساني يذكر شروط المبيع ويقول "منها ان يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانها معدومة ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن لأنه بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون وكذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون"(٥) وابن الهمام يحكي الإجماع على "أنه لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر"(٦)

---

(١) شرح المجلة: من ١٨٠ حاشية البرسوقي: ٣/١١ بدائع الصنائع: ٥/١٤٠

(٢) مرشد الحيران: مادة ٤٠٣ (٣) المجلة: مادة ٢٠٥

(٤) المهذب: ٢/٢٦٣ (٥) بدائع الصنائع: ٥/١٣٨

(٦) بداية المجتهد: ٢/١٢٤

وابن رشد يؤكد هذا الإجماع قائلا

" بيع الثمار قبل أن تخلق مجمع العلماء مطبقون على منعه ذلك لأنه من باب النهي عن بيع سالم بخلقه "(١)

ورغم تنصيص الفقهاء على عدم جواز البيع بالمعدوم فقد ورد فيه إستثناء بشأن السلم والإستصناع ولكن الفقه يفرض شروطا معينة فيهما كما نجدها في القانون وكذلك لم يجز الفقه الحنفي والفقه المالكي بيع الأشياء المستقبلة باستثناء بيع السلم عند الحنفية وباستثناء البزوع والثمر قبل نضوجها عند المالكية ولكن الفقه الجديد قد اجاز بيع الأشياء المستقبلة حيث لا يشترط عندهم وجود المعقود عليه وقت العقد(٢)

اما السلم - وهو إستثناء من هذه القاعدة فقد نصت المجلة وسائر كتب التراث في الفقه على شروط صحته بالتفصيل فلذلك يأتي الفقه الإسلامي أنه تدرج احكام البيع المطلق بالسلم

ومن هذا يظهر أن القاعدة العامة في القانون هي جواز التعاقد على الأشياء المستقبلة بعكس الحال في الفقه الإسلامي بوجه ما لأنه يشترط في محل التعاقد انه يكون محققا لوجود عند العقد ويحكم ببطلان التعاقد على الأشياء المستقبلة ولم يخالفه إلا الحنابلة(٣)

---

(١) بداية المجتهد : ٢/ ١٢٤

(٢) المدخل : ص ٣٠٤

(٣) حاشية الدسوقي : ٣/ ١١، ١٢

(٤٦)

كما عرفنا من قبل أنه من شروط المبيع ان يكون مملوكا فلذلك لا يجوز في الفقه بيع مال الغير لغير اذنه ورضاه ويترتب على هذا بطلان بيع المغصوب[1] وكذلك يشترط الفقه أن يكون المبيع غير مستحق كما عبر عنه الشيرازي بقوله " لا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه "[2] والقانون يتفق مع الفقه اذ ينص

"14. Implied undertaking as to title, etc.—

a) an implied condition on the part of the seller that, in the case of a sale, he has a right to sell the goods, and that in case of an agreement to sell, he will have a right to sell the goods at the time when the property is to pass;

b) an implied warranty that the buyer shall have and enjoy quiet possession of the goods;

c) an implied warranty that the goods shall be free from any charge or encumbrence in favour of any third party not declared or known to the buyer before or at the time when the contract is made."[3]

---

(١) حاشية الدسوقي : ٣/١١، ١٢

(٢) المهذب : ١/٢٦٢

(٣) قانون بيع المنقول مادة ١٤

وتتضافر النصوص الفقهية في هذا المعنى كما جاء في شرح المجلة

" ومن شروط انعقاد البيع ان يكون المبيع .... محلوكا للبائع اذا باعه عن نفسه او ان يكون للبائع له هو التصرف فيما يبيعه كأن يكون مالكا له او وكيلا عنه او وليا او وصيا عليه "(١)

ومن شروط المبيع معلومية المحل إما ان تكون بالرؤية او بالوصف وهذا الشرط موضع إتفاق بين الفقه والقانون كما جاء في مادة ١٨ من قانون بيع المنقول من عدم ترتب اثار البيع (نقل الملكية) اذا كانت الاشياء غير المعينة القابلة للتعيين بمعنى أنه العقد يصح ولكنه لا يترتب عليه أثر قبل تعيين المبيع وكذلك الاشياء المستقبلة الموصوفة(٢) ويفهم بمفهوم المخالفة من أن الاشياء غير القابلة للتعيين او الاشياء المستقبلة المجهولة الصفة لا تصلح أن تكون محلا للعقد قانونا ، والفقه يشدد اكثر على وجوب محل العقد أن يكون معينا وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلا وتعيين المحل يكون بالعلم به علما يمنع الجهالة الفاحشة التي تفضي الى المنازعة وهذا العلم يمكن حصوله بطريقين اولا ، رؤية المحل وثانيا وصف المحل(٣) وكذلك يجوز بيع الغائب بشرط خيار الرؤية إلا عند الامام الشافعي لأنه يشترط الرؤية دائما ولا فرق اذا كان محل العقد حاضرا في المجلس او

---

(١) شرح المجلة : ص ١٨٠ ، ١٨٩ شرائع الاسلام : ٢/١٧

(٢) قانون بيع المنقول مادة ٢٢

(٣) المدخل : ص ٣١١ ، ٣١٢

كما سبق عنه فالرؤية عندهم هي الوسيلة الوحيدة للعلم بالمبيع الذي هو شرط صحة العقد"(١)

أما شرط كون المبيع مقدور التسليم وقت العقد فلم يصرح به "قانون بيع المنقول" ولا "قانون العقد" إلا أنه هناك بعض النصوص في "قانون العقد" تجيز العقود الاحتمالية رغم ما قد تنطوي على غرر أما الفقه فيشدد كثيرا على ان يكون المبيع مقدور التسليم وإلا يقع البيع باطلا، جاء تفصيله في البدائع

" ومنها (شرائط الانعقاد) ان يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنه لا ينعقد وإن كان مملوكا له كبيع الآبق، في جواب ظاهر الرواية، حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول، إلا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطي، فان لم يتراضيا، وامتنع البائع من التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض، لا يجبر على القبض .... فاشبه بيع الآبق بيع الطير الذي هو في الهواء"(٢)

وفي "الزوائد" "وان يكون مقدورا على تسليمه فلا يصح بيع آبق وشارد او طير في هواء ونحوه في ماء ولا مغصوب من غير غاصبه او قادر على أخذه"(٣)

---

(١) نهاية المحتاج : ٣/٣٤

(٢) بدائع الصنائع : ٥/١٤٧

(٣) الزوائد : ص ٣٦٨

ولقول الشيرازي

" ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء او السمك في الماء والجمل الشارد والفرس الهارب .... قال ابن مسعود لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر ولأنه لقصد بالبيع تمليك التصرف وذلك لا يمكنه فيما لا يقدر على تسليمه "(١)

والأصل في هذه الشروط للمبيع هو ما جاء في حديث الرسول عليه السلام بأن يكون معلوما ، مملوكا ومقدورا تسليمه

أما معلومية المبيع فثابت بنهي الرسول عليه السلام عن بيع الغرر

" عن ابي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر "

" عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمثنيا إلا أن تعلم "

أما شرط كونه مملوكا فثابت لقول الرسول عليه الصلاة والسلام

" عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما ابيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك " رواه الخمسة

والأصل في الشرط الثالث المذكور اعلاه ما روى عن ابي سعيد أن النبي نهى عن شراء ما في بطون الدواب حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه احمد(٢)

(١) المهذب : ٢٦٢/١ (٢) نيل الاوطار : ٢٤٢/٥ ، ٢٥٣

المبحث الرابع في الثمن (٣٠)

الثمن من عناصر عقد البيع وعرفه القانون بأنه يكون نقدا مقابل المبيع (١) ولكن الفقه اعتبر الثمنية لكل ما يصلح ان يكون دينا في الذمة ويحصل بدلا للمبيع برا ضى الطرفين ولعل قولنا " ما يصلح ان يكون دينا في الذمة " اوسع نطاقا من تعريف القانونيين للثمن لانهم اقتصروا على النقود في الثمنية بينما الفقه ليقول إن كل ما يصلح ان يكون مسلما فيه يصلح ان يكون ثمنا كما جاء في شرح المجلة

" كل ما يتعين بالتعيين يسمى مبيعا خلاف الثمن وهو ما يصلح ان يكون دينا في الذمة " (٢) وكذلك الكاساني يقول " الثمن في اللغة اسم لما في الذمة (٣) والثمن إما حال او مؤجل او مقسط ولكن الأصل هو ان يكون حالا ولما أجيل خلافه فلا يثبت أجل الثمن إلا بالنص عليه في العقد وفي الثمن المقسط اشتراط ادائه اجزاء معلومة في اوقات معلومة (٤) ويشترط في الثمن لصحة العقد عند فقهاء الاسلام ان يكون مسمى وقت العقد خلو بائع دون تسمية الثمن كما في البيع فاسد لجهالة فاحشة وإن كما في بيع الثمن كما في البيع باطلا لانعدام ركنه وان يكون معلوما لكل من المتعاقدين علما تاما نافيا للجهالة الفاحشة (٥)

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٢ (١)
(٢) شرح المجلة من ٢٢٠، ٢٢١
(٣) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٢٢
(٤) شرح المجلة : ٢٤٥، ٢٤٦
(٥) — ايضا — : من ٢٧٦

جاء في حاشية الدسوقي

" لا بد من كون الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري وإلا فسد البيع وجهل أحدهما كجهلهما على المذهب سواء "(١)

والجزيري يقول "ويشترط في المعقود ثمنا كان او مثمنا شروط ... ومنها ان يكون المبيع معلوما والثمن معلوما علما يمنع من المنازعة ، فبيع المجهول جهالة تفضي الى المنازعة غير صحيح كما اذا قال المشتري : اشتريت منك قطيع الغنم التي املكها او اشتري هذا الشيء بقيمته او اشتري من هذه السلعة بالثمن الذي يحكم به فلان فان البيع في كل هذا لا يصح "(٢)

وعلى هذا الاصل جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تفضي الى المنازعة(٣)

ومثاله كما جاء في الهداية " قال (من باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة وكذلك من باع ثوبا من ذراعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذراعات وكذا المعدود متفاوت ، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما بينا غير أنه بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت و بيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة و تفضي اليها في الأول فوضح الفرق "(٤)

---

(١) حاشية الدسوقي : ٣/ ١٥
(٢) الفقه على المذاهب الاربعة : ٤/ ١٦٩
(٣) بدائع الصنائع : ٣/ ٢٢
(٤) الهداية : ٢/ ٢٦

وكذلك اذا كان الثمن مؤجلا فلا بد من ان تكون المدة معينة بحيث لا يتطرق اليها احتمال الزيادة والنقصان و"لو اشترط تأجيل الثمن ولم يعين أجلا او عين أجلا مجهولا كقدوم الحاج كان البيع باطلا"(١)

أما القانون فلا يرى اشتراط تسمية الثمن وقت العقد لأنه الثمن ليس من اركان العقد وغاية الأمر أن يكون الثمن مقدرا او قابلا للتقدير، إذ قد هناك ثلاثة طرق في باب الثمن اولا: أن يحدد الطرفان الثمن فعلا في العقد

ثانيا: ان تذكر في النص التي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها فيما بعد

ثالثا: ان يتفقا على تعيين شخص ثالث يتولى تحديد الثمن، او ان يعتمدا على سعر السوق او السعر المتداول في التجارة والغرض القانون كما تلي

"9. (1) The price in a contract of sale may be fixed by the contract or may be left to be fixed in manner thereby agreed or may be determined by the course of dealing between the parties.

(2) Whereby the price is not determined in accordance with the foregoing provisions, the buyer, shall pay the seller a reasonable price, what is reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case." (٢)

---

(١) شرائع الإسلام: ٢/٢٦

(٢) قانون بيع المنقول مادة ٩ فقرة ١، ٢

"10. Agreement to sell at valuation — (1) Where there is an agreement to sell goods on the term that the price is to be fixed by the valuation of a third party and such third cannot or does not make such valuation, the agreement is thereby avoided:

Provided that, if the goods or any part thereof have been delivered to, and appropriated by, the buyer, he shall pay a reasonable price."(2)

نلاحظ هنا مقارنة النصوص الفقهية والقانونية أنها تتفق هنا في انه يكون الثمن إما حالا او مؤجلا او مقسطا ولكنه موضع لخلاف هو تسمية الثمن عند العقد والتحديد وما دام الفقه يرى ويتمتم الكثير على انه يكون الثمن معلوما فلذلك كل عقد مجهول ثمنه فيه فاسد ابتداً بينما القانون يجوز انه يقدر شخص ثالث الثمن بعد العقد وكذلك البيع على "سعر السوق" لا يخلو من الغرر والجهالة والغرر من شأنه الإفضاء الى النزاع ممنوع لقول الرسول عليه السلام سواء هذه الجهالة وجدت في قدر الثمن او في وصف الثمن لقول البوتاكم نحن ابن "انه يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف فلا يباع بحكم احدهما ينعقد"(3)

---

(1) قانون بيع البضائع مادة ١٠ فقرة ١

(2) شرائع الإسلام : ٢/١١٧ فتح القدير : ٥/٨٣

المبحث الخامس في الشروط والضمانات

إن الشروط والضمانات هي القيود التي ترد على العقد او على اركان العقد على حدة وقد تكون بحاجة الى ذكر في العقد وقد تكون في غنى ان تذكر لدلالة طبع العقد على وجوب اعتبارها. إن القانون والفقه قد تناول هذا الموضوع ولكنه بأسلوب لغوي اتخذه الفقه اكثر من الاسلوب القانوني. ورغم الخلاف في تناول هذا الموضوع بينهما اتفاق تام.

المطلب الأول في تقسيمات الشروط: هذه القيود التي ذكرنا آنفا قسمها القانون الى نوعين، الاول منها هو ما يعتبر اخلالها في اركان العقد ونفاذ العقد مؤثرا في عدم القيام بالتزامات العقد من قبل أحد المتعاقدين[1] وارتباطها لغرض العقد ثابت بحيث تغيرها يستلزم فسخ العقد وتسمى هذه القيود شروطا (Conditions)[2] النوع الثاني من تلك القيود هو ما تكون دون الشروط اذ يصح العقد باخلالها ولكنه يضر والنقصان يجبر[3] وتسمى في لسان القانون ضمانات (Warranties)

هناك تقسيم اخر لهذه القيود ١) ما لابد من اعتبارها ذكرت عند العقد ام لم تذكر ٢) ما يفتقر الى التصريح في العقد

وكل نوع من القيود من التقسيم الأول والثاني يرجع الى الصيغة والمتعاقدين والمحل والثمن والعقد نفسه وقد ذكرنا بعض الشروط التي يجب توافرها

---

(١) شرح بيع المنقول ص ١٤

(٢) قانون بيع المنقول مادة ١٢ (٣)

(٣) — ايضا — مادة ١٢ (٢)

فى الصيغة والعاقدين والمعقود عليه، المبيع والثمن

أما الفقه الإسلامى فقد قام بتقسيم الشروط من ناحية الصحة والبطلان - الصحيح، الفاسد، الباطل - ولعنوا بها الشروط المقترنة بالعقد من حيث تأثيرها العقد وتعليقه واضافته بينما تكلموا عن الشروط التى يجب توافرها لصحة العقد او تؤدى الى فساد البيع، فى الصيغة والعاقدين والمعقود عليه وقد بحثنا عن تلك الشروط فى مواضعها ونذكر لبعضها مرة ثانية ليتحقق غرضنا المقارنة بين الفقه والقانون ثم نبحث عن الشروط المقترنة بالعقد مع بيان لموقف الفقه ورأى القانونيين.

المطلب الثانى فى الشروط فى المبيع والثمن: كما اشرنا سابقا ان الفقه قد يقصد بالشرط إضافة بمفهومها القانونى وقد يراد بالشرط شرطا فى المعنى القانونى كذلك قد يقصد من الشرط بمفهومه الفقهى على إضافة، وقد اشرنا من قبل فى البحث عن المبيع بأن من شروطه ان يكون مملوكا فى نفسه للبائع اذا باعه عن نفسه او وكيلا عن مالكه او وليا او وصيا عليه[1] وان يكون عند البائع لما جاء فى الحديث " لا تبع ما ليس عندك " وان يكون غير مستثنى والقانون كذلك يعتبرها من الشروط الضمنية التى لا تحتاج الى التصريح حيث العقد[2] وكذلك فى البيع بالصفة ينص القانون على اشتراط المبيع بالصفة

---

(١) شرح المجلة: ١٨٠، ١٨٩

(٢) قانون بيع المنقول مادة ١٤

(٢) — ايضا — مادة ١٥

بالصفة المنشورة هيه التسليم

"15. Sale by description – where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods shall correspond with the description; and if the sale is by sample as well as by description, it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not correspond with the description." (١)

وكذلك في البيع بالانموذج شرط على ان يكون المبيع مجموعه وفق الأنموذج في الصفة ويترتب على إخلاله حق رد المبيع وفسخ العقد بنص القانون

"17- Sale by sample –

(2) In case of a contract for sale by sample there is an implied condition –

a) that the bulk shall correspond with sample in quality." (٢)

ويشترط القانون توافق المبيع مع الصفات والاغراض المذكورة في العقد والمنشورة عنه مع أن إشارة التجارة (T. MARK) تغني عن بيان الصفات

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ١٥

(٢) – ايضا – مادة ١٧ (٢ ÷ ٢)

ويكفيه بالتفاوت الفقهاء وإنما لو تشبيه الشراء صلاحية المبيع لغرضه خاص وسلامته من العيوب التي يخل بهذا الغرض لا اعتبارها إلا إذا بينه المشتري (١)

ونأتي لبعض النصوص الفقهية لتوضيح فكرة الإتفاق وبيانها في هذا الخصوص جاء في حاشية الدسوقي" وجاز برؤية بعضه المثلي وعلى البرنامج (الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة فإن وجد على الصفة لزم والا خير المشتري وحلف مدع بسبب برنامج أنه موافقته للمكتوب وعدم دفع ردي أو ناقص ولقاء الصفة إن شك (٣)

ويقول أبو القاسم في كتابه شرائع الإسلام

" ويجب أن يذكر كل وصف يثبت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه ويبطل العقد مع الإخلال .... فإن كان المبيع على ما ذكر فالبيع لازم وإلا كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين الترامي" (٢)

وجاء في فتاوى كبرى فقهية في الفقه الشافعي

" سئل عن جمل ببيع بشرط أن يحمل حنطة صافية مثلا، فعجز عن الحمل - الجواب - كل وصف مقصود منضبط فيه ماليته لاختلاف القيم لوجوده وعدمه يصح الشرط في البيع وتخير المشتري لفواته" وبتفاوت الأغراض يثبت خيار الرؤية في باطنه ذلك الشيء" (٤)

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ١٦

(٢) حاشية الدسوقي : ٣/٢٥ شرح الزرقاني : ٣/٣٢ المدونة الكبرى : ٤/٢١٢

(٣) شرائع الإسلام : ٢/٢٥

(٤) فتاوى كبرى فقهية : ص ١٣٩ ، ١٤٠

أما شرط نقد الثمن على وقت معين بانه اذا لم يدفع يكون العقد فسخا اجازه القانون[1] وكذلك الفقه اذ جاء في مرشد الحيران

" اذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري اذا لم يؤد الثمن الى ثلاثة ايام صح البيع والشرط فاذا أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع واذا لم يؤد في المدة المعينة او مات في اثنائها قبل اداء الثمن فسد البيع "

المطلب الثالث في الشروط المقترنة بالعقد :- هناك ثلاثة اقسام من الشروط التي تقترن بالعقد - الصحيح ، الفاسد ، الباطل

واذ الفقهاء تكلموا فيها وعرفوا تلك الشروط كما أن القانون تكلم عن الشروط والتعهدات ولكن الفقه اوفى من القانون لتعبيرا عن تلك الشروط

اما الشرط الصحيح فهو ما يقتضيه العقد فلا يوجب الفساد وهو ليس بمخالف مقتضاه من نقل الملكية جاء في البدائع

" واما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب الفساد كما اذا اشترى بشرط ان يتملك المبيع او باع بشرط ان يتملك الثمن ، او باع بشرط ان يحبس المبيع ، او اشترى على ان يسلم المبيع .... ونحو ذلك فالبيع جائز لان البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد "[2]

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ١١

(٢) بدائع الصنائع : ٥/١٧١

وليقول الشيرازي

" اذا شرط في البيع شرطا نظرت فان كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما اشبههما، لم يبطل العقد، لأن هذا شرط ذكر بناء على ما يقتضيه العقد، فلم يبطله "(١)

أما الشرط الفاسد ففي مذهب الاحناف على نوعين - ١ - الذي يفسد العقد و) الذي يلغو ويعد انه يفسد، وهو ما لا يقتضيه العقد ليقول الكاساني

" ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع او للمشتري او للمبيع ان كان من بني آدم كالرقيق وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا على ان يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها اليه او ارضا على ان يزرعها سنة الخ "(٢)

أما الشرط الباطل فهو ما يخالف العقد تماما،

بهذا فالفرق بين الفاسد والباطل اذ في الاول يكون العقد صحيحا أصلا دون وصف بينما بالشرط الباطل لا ينعقد العقد أصلا ولا وصفا.

---

(١) المهذب : ١/ ٢٦٨

(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ١٦٩

الباب الثاني
آثار العقد

الفصل الأول ـــــــــ نقل الملكية

المبحث الأول ـــــ فكرة نقل الملكية

المبحث الثاني ـــــ متى ينتقل الملكية في البيع

المطلب الأول ـــــ بيع الفضولي

المطلب الثاني ـــــ بيع العامل التجاري

المطلب الثالث ـــــ بيع الشريك

المطلب الرابع ـــــ بقابلية العقد فاسد

الفصل الثاني ـــــــــ نقل المبيع

المبحث الأول ـــــ نقل الضمان مع نقل المبيع

المبحث الثاني ـــــ علاقة نقل الضمان بقبض المبيع

المبحث الثالث ـــــ علاقة نقل الضمان بهلاك المبيع

الباب الثاني

آثار العقد

وسنذكر أهم الآثار التي تترتب على عقد البيع، نقل الملكية ونقل المبيع كما تترتب عليه التزامات وحقوق للبائع والمشتري

هذا الباب يشتمل على فصلين - فصل في نقل الملكية وفصل في نقل المبيع

الفصل الأول - نقل الملكية

قضية نقل المبيع يمكن النظر فيها من ناحيتين، الناحية الأولى منهما هي دراسة الموضوع من نفس المبيع حسب طبيعته من العقد، أما الناحية الثانية فيدور البحث فيها من جهة من يقوم بعملية العقد

المبحث الأول في فكرة نقل الملكية:

حكم البيع الناقذ هو نقل الملكية أي صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن[1] هذا هو الحكم العام للبيع المنعقد بأنواعه أي انتقال ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع لأن البيع قد شرع لإثبات هذا الحق فنقول إن الحكم الأصلي هو ثبوت ملك المشتري في المبيع وثبوت ملك البائع في الثمن ثبوتا لا يقبل الفسخ من جانب واحد ولو لم يحصل تسلم ويقوم ورثة كل من المتعاقدين مقامه في قبض المبيع وتوابعه[2]

---

(١) المجلة مادة ٣٦٩

(٢) شرائع الإسلام: ٥/٢٣٣

وجدير بنا أن نذكر ثلاث حالات للعقد يترتب عليها حكم الملكية

أولا : حالة العقد المطلق

ثانيا : حالة العقد الموقوف على خيار

ثالثا : حالة العقد الفاسد

كما عرفنا سابقا أن الحكم الأصلي من البيع هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع الثمن للحال في الحالة الأولى [1]

أما الحالة الثانية ففيها رأيان لأن بعض الفقهاء ويقولون إن الملكية لا تنتقل في العقد الموقوف على خيار بإستثناء خيار للبائع وكذلك في عقد الفضولي قبل اجازة المالك هذا مذهب جمهور الفقهاء وهو الراجح ورأي آخر ذهب اليه قلة من الفقهاء وهو أن الملكية تنتقل بمجرد العقد بصرف النظر عن كون الخيار لهما او لأحدهما

أما الحالة الثالثة وهي حالة العقد الفاسد، فتنتقل الملكية فيها بقبض المبيع عند فقهاء الأحناف

أما العقد الباطل فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يفيد نقل الملكية على الاطلاق والنصوص الفقهية فيه كثيرة منها كما يأتي

" إن هذا الانتقال (الملك) يكون في الحال اذا كان البيع نافذا وبعد الاجازة اذا كان موقوفا وبعد القبض اذا كان فاسدا "[2]

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٣٣

(٢) شرح المجلة : ص ١٩٠

" اذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدودا من جملة امواله ، واذا شرط الخيار للمشترى فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكا للمشترى "(١)

جاء فى الشرح الصغير

" و[الملك] للمبيع بالخيار فى زمنه - سواء كان له أحد طرفيه او لاجنبي [للبائع والغلة من الغلة وارش الجناية] على المبيع بالخيار [له] اى البائع "(٢)

وابن رشد يرى

" المبيع بالخيار فى أحد الخيارات على ملك البائع كان الخيار له او للمبتاع او لهما "(٣)

وهناك راى آخر كما جاء فى شرائع الاسلام

" والمبيع يملك بالعقد وقيل به وبانقضاء الخيار وهو الاول اظهر فلو تجدد له نماء كان للمشترى وفسخ العقد رجع البائع بالثمن ولم يرجع البائع بالنماء "(٤)

ويرى ابن قدامة ان المذهب تنتقل بمجرد العقد وهو ظاهر المذهب فى الفقه الحنبلى

" ينتقل الملك الى المشترى فى بيع الخيار بنفس العقد فى ظاهر المذهب ولا فرق بينه كون الخيار لهما او لاحدهما ايهما كان وهذا احد اقوال الشافعى "(٥)

---

(١) المجلة مادة ٣٠٨ ، ٣٠٩

(٢) الشرح الصغير : ٣/١٤٣

(٣) مقدمات ابن رشد : ٢/٢٣٧

(٤) شرائع الاسلام : ٢/٢٢

(٥) المغنى : ٣/٥٧١

والكاساني يلخص

" .... الثانية الحلول وهو ثبوت المال في البدلين للحال لأنه تمليك بتمليك وهذا إيجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فإنه يثبت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكا عند "[1]

تستخلص من النصوص المذكورة

١- إن العقد ينقل الملك بعوضه أو بغير عوضه هبة — أي العقد ذاته ينقل الملك

٢- إن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد فلا يتأخر انتقاله الى وقت التسليم سواء في المنقول وذلك عالم تكن البدلين من جنس واحد فلا ينتقل بعضه لفوات شرط

٣- ويترتب على هذا أن زوائد العين التي تحصل بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون ملكا للمشتري انتقل له ملك العين

٤- ما دام المشتري قد أصبح مالكا للمبيع حتى قبل القبض فله التصرف فيه إن كان عقارا فإنه كان منقولا فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض

٥- المانع من انتقال الملكية هو الخيار حسب خلاف الفقهاء كما مر

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٤٣

المبحث الثاني — من ينقل الملكية

قد بحثنا سابقا عن أهلية العاقدين والرضى بينهما وقلنا إن الإنسان له أهلية الإيجاد ولكنه قد يعتريه عارض يختل به رضاه فيؤثر في التعاقد، وبالإضافة الى النتائج التي ذكرناها في المبحث الأول لابد من مراعاة القاعدة العامة هنا وهي أن التمليك وظيفة من يملك هو التصرف في الملكية لا يملكه لنقله ما لم يكن الناقل مالكا للمبيع لأنه ليس لأحد أن يتصرف فيما لا يملك ولا يتصرف في ملك الغير باطل إلا باذنه او باقامة وكيل او نائب له مقامه ونفس القاعدة يقررها القانون اذ يقول

" nemo dat quod non habet- i-e no one can transfer better title than he himself possesses."

فلذلك سنخصص فرعا لكل من الفضولي والوكيل والشريك في المبيع والقابض بالبيع الفاسد ومن له خيار والمبيع عنده، نبحث فيه عن تصرفات هؤلاء بالاشتراص وما يترتب عليها من الأحكام من حيث نقل الملكية

المطلب الأول في بيع الفضولي:- الفضالة في الفقه الإسلامي عبارة عن قيام الشخص بتصرف او إبرام عقد على حساب غيره دون ان تكون له ولاية القيام بهذا التصرف او إبرام العقد وذلك كمن يبيع مال غيره او يشتري له شيئا دون ان تكون له ولاية شرعية او وكالة عن الغير في إبرام هذا التصرف[1]

---

(١) المدخل: ٣٩٣

وهناك رأيان في حكم تصرفات الفضولي - الأول هو بطلان تصرفاته والثاني - القول بوقف تصرفاته . أخذ الحنابلة والشافعية برأي الأول وذهب المالكية والحنفية الى الرأي الثاني واليك نصوص بعضهم الفقهاء جاء في المجموع " وفي مذاهب العلماء في تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه قد ذكرنا أنه مذهبنا المشهور بطلانه والوقف على إجازة المالك وبه قال منصور البهوتي

" إذا تقرر أنه لابد للملك ولوليه من شرط (فلو باع ملك غيره بغير إذنه ولو بحضرته وسكوته) لم يصح البيع ولو أجازه المالك بعد لفوات شرط وحديث عروة بن الجعد أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى به شاتين فباع أحدهما بدينار ثم عاد بالدينار وشاة ودعاه بالبركة في بيعه ، محمول على أنه وكيل مطلق بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك والوكيل المطلق بما تقدم ذكره في الشرح والمبدع (أو اشترى له) اي لغيره (بعينه ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح) الشراء ولو أجيز بعد لما تقدم (أو اشترى له) لغيره شيئاً (في ذمته بغير إذنه صح (إن لم يسمه) اي لم يسم المشتري منه المشتري له (في العقد سواء نقد الثمن من مال الغير أو لا)"(٢)

---

(١) المجموع : ٩ / ٢٦١

(٢) كشاف القناع : ٤ /

أما المذهب الحنفي فهو كما جاء في حاشية ابن عابدين

" (كل تصرف صدر عنه) تمليكا كالبيع والتزويج او إسقاطا كالطلاق والعتاق (وله تجيز) اى لهذا التصرف من يقدر على إجازته (حال وقوعه العقد موقوفا) وما لا تجيز له حالة العقد لا ينعقد أصلا بيانه صبي باع ثم بلغ قبل اجازة وليه فاجازه نفسه جاز "(١)

وقال الزرقاني عند رأي مالك في تصرفات الفضولي ما معناه أنه لم يفرق بينه ما اذا اضاف الفضولي العقد لنفسه او اضافه لغيره فالعقد يصبح موقوفا على إجازة صاحب الشأن(٢)

عرضنا رأي المالكية والاحناف في جواز تصرفات الفضولي في مال الغير ويشترط ان يجيزه المالك بعد فالبيع ينعقد صحيحا موقوفا على اجازة المالك وهناك إختلاف بين محمد بن الحسن وجمهور الاحناف في وقت ترتب حكم الملك هل بعد العقد مباشرة وقبل تسليم الاجازة او ينتقل الملك بعد الإجازة ويرجع الاستاذ الدكتور حسين حامد حسان الخلاف وقال

" فسر محمد بن الحسن عند الاحناف توقف البيع بما يفيد أنه لا ينتج الحكم وهو الملك، فالبيع موجود لكنه لا ينقل الملك، وفسر الجمهور عند الاحناف بما يفيد أنه ينقل الملك ولكنه هذا الانتقال يتوقف حتى يجيز المالك العقد وعلى ذلك فاذا باع الفضولي عبدا فاعتقه المشتري قبل إجازة المالك، فإن هذا العتق

---

(١) حاشية ابن عابدين (ملتقى) : ٤/ ١٥٢

(٢) الزرقاني : ٥/ ١٨

يقع باطلا عند محمد بن الحسن وإذا اجاز مالك العبد البيع بعد ذلك تأسيسا على أن العقد الموقوف يفيد الملك عنده والملك شرط صحة العتق لقوله عليه السلام: لا عتق فيما لا يملك ابن آدم"

أما على رأي جمهور الأحناف فإن العتق يقع صحيحا اذا اجاز مالك العبد البيع لان العقد الموقوف يفيد الملك غاية الأمر أن هذا الملك قد توقف نفاذه في حق المالك حتى يجيزه دفعا للضرر عنه والشرط في جواز العتق وجود الملك لا نفاذه"[1]

والقانون كذلك يرى أن الملك في الشيء لا ينتقل إلا بتصرف مالكه أو من له سلطة منه قبل المالك من وكالة أو ولاية أو هو مأذون، أما الذي ليس مالكا ولا مأذونا فتصرف هذا الشخص في بيع مال الغير لا ينتج أثرا ولو حسن المشتري حاله وتعاقد مع هذا الفضولي ظنا أنه مالك الشيء ولكنه القانون يجيز هذا التصرف لشرط أن يكون المالك على صفة لم يكن له معها انكار سلطة المتصرف لسبب القانون ونص القانون كما يلي

"27. Where goods are sold by a person who is not the owner thereof and who does not sell them under the authority or with consent of the owner, the buyer acquires no better title

---

(١) المدخل: ص ٢٩٩

to the goods than seller has, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.

Provided that, where a mercantile agent is, with the consent of the owner, in possession of the goods, or a document of title to the goods, any sale made by him, when acting in the ordinary course of business of a mercantile agent, shall be as valid as if he were expressly authorised by the owner of the goods to make the same;

Provided that the buyer acts in good faith and has not at the time of the contract of the sale notice that the seller has not authority to sell." (1)

فاذا لم يكن هناك قانون كما نرى فى هذه الحالة وطبقا لما بعدها رقم ٥٨، ٥٩ لا يجيز الفضالة كقاعدة عامة ويجيز الوكالة فى البيع والعقود (٢) ويستثنى

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٢٧

(٢) قانون العقد : الباب العاشر

منها حالات معينة ١) العامل التجاري الموصوف بشروط معينة
٢) بيع أحد الشركاء ٣) تصرفه بالبيع الفاسد ٤) بيع البائع إذا عاد المبيع عنده بعد البيع الصحيح ٥) أو بعد البيع الفاسد قبل الفسخ.

ويأتي البحث عند كل من هؤلاء الأشخاص الذين يعطيهم القانون امتيازا بأن المشتري ينقل اليه ملك المبيع حين التعاقد معهم بغير علم المالك إذ ان القانون يتفق مع رأي الحنابلة والشافعية من وجه ويتفق مع رأي الأحناف والمالكية من وجه

المطلب الثاني في بيع العامل التجاري :- كما ذكرنا آنفا أن القانون يرتب حكم البيع على العقد الذي قام به العامل التجاري وهو غير مالك للسلعة بشروط معينة وهي

١- أن يقوم بالتصرف برضا المالك بأن تكون السلعة في حيازته
٢- وأن كان العقد قد وقع في عملية التجارة كوكيل تجاري
٣- وأن يتعاقد المشتري معه وليس عنده علم بأن العامل التجاري لا يتمتع بسلطة البيع (الذي يقع بينهما)

والحاصل من هذه الشروط أن وضع السلعة في حيازته يدل على رضاه (البائع الحقيقي) وكذلك مهنة العامل التجاري ووقوع العقد كلها يفسح مجال اعتبار نقل المبيع.

أما الفقه فيرى جواز الوكالة بتوافر الشروط المعينة في

في أركانها ويرتب أحكاما على تصرفات الوكيل وهذه جائزة في البيع والشراء ثابتة بالقرآن والسنة وعرفها الفقهاء « بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فيما يملكه من التصرفات » والفقه تناول هذا الموضوع بكل جوانبه لفرضه الإيجاب والقبول الذي قد تنبني عنه التصرفات الفعلية مثل القبض والإقباض وهناك شروط في عقد الوكالة منها ترجع الى العاقدين ومنها الى الموضوع ولكنه نكتفي هنالك بقولنا إنه الوكالة في البيع والشراء تجوز بدون لفرد بيته الوكيل التجاري وغيره والتصرفات من لم يدخل في عقد الوكالة باطلة عند الحنفية والحنابلة وموقوفة على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية ولا تفرد بيته كونه الفضولي عاملا تجاريا أو سمسارا، يتصرف اثناء الأعمال التجارية في السوق او في غير محلها.

المطلب الثالث في بيع الشريك: هناك صورتان إما انه يبيع الشريك نصيب غيره من الشركاء باذنه او بغير اذنه اذا كان المبيع كله تحت وضعه لقول صاحب الزوائد

« باع مشاعا بينه وبين غيره بغير اذن شريكه كعبد مشترك بينهما صح في نصيبه بقسطه والمشتري الخيار اذا لم يكن عالما وهذا قول الأكثر منهم مالك وابو حنيفة واحمد وقولي الشافعي ... وما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء صح في نصيبه بقسطه »[1]

---

(١) الزوائد : ٣٧١/١

وفي الإنصاف

" الشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن " ولكنه محل الخلاف " إذا كان المبيع من المنقولات مما ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كالثياب ونحوها "(١)

ولكنه إذا باع نصيب غيره مع نصيبه بغير إذن الشريك فيما ينقسم فحكمه حكم الفضولي بالنسبة الى نصيب غيره يجوز عند البعض ونقل الملك موقوف على اجازة الشريك والبيع باطل عند الآخرين إذ ليه لا يرون جواز بيع الفضولي .

والقانون يصح بيع الشريك ويرتب عليه حكم نقل الملك بدلالة رضا الآخرين من الشركاء بوضع المبيع عنده وفق القانون كما يلي

"28. Sale by one of joint owner- If one of several joint- owners of goods has the sole possession of them by permission of the co-owners, the property in goods is transferred to any person who buys them of such joint owner in good faith and has not at the time of the contract of sale notice that the seller has no authority to sell."(٢)

---

(١) الإنصاف : ٤/٤٤١

(٢) قانون بيع المنقول مادة ٢٩

الراجح

المطلب في بيع القابض بعقد فاسد: إن القانون يرى أن القابض بعقد فاسد ينقل حوز الكلية رغم أن نقل الملك لم يتم في حقه فيشبه تصرفه في البيع كتصرف الفضولي فالقانون يعتبر تصرف القابض للمبيع بعقد فاسد إستثناء من القاعدة العامة، والعقود الفاسدة (القابلة للانفساخ) وفق نظر القانون هي ما اختل فيها الرضا بالإكراه أو التغرير أو التدليس أو الإجبار[1] فإن المشتري يتنقل الملك إليه من هذا القابض بشرط أن المشتري كان لا يعلم أنه قابض بعقد فاسد قابل للانفساخ

"29. Sale by person in possession under voidable contract-

Where the seller of goods has obtained possession thereof under a contract voidable under Section 19 or Section 19-A of the Contract Act, 1932, but the contract has not been rescinded at the time of the sale, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of the sellers defect of title."[2]

بصرف النظر عن العقود الواقعة تحت الإكراه والتدليس والإجبار كونها فاسدة أو باطلة حسب الرأي المعتمد، إن القانون يتفق مع رأي الحنفية

---

(١) قانون العقد مادة ١٩، ١٩-م

(٢) قانون بيع المنقول مادة ٢٩

فى حكم عقد فاسد (قبل الانفساخ فى لسانه لقانونه) وهو أنه المبيع فى عقد فاسد يفيد الملك بعد القبض فاذا سلم البائع ما باعه بعقد فاسد الى مشتريه فانه المشترى يصير مالكا له، وله جميع سلطات المالك قضاء بمعنى أنه اذا تصرف المشترى فى الشيء الذى اشتراه بعقد فاسد بالبيع او الهبة او العتق فانه هذا التصرف يمضى لانه وقع من مالك وترتب على صحة هذا التصرف بطلانه هو البائع فى الفسخ، لانه الملك قد انتقل الى المشترى الثانى فلا يملك البائع الاول نزع المبيع من يده وفى هذه الحالة يرجع البائع على المشترى بالعقد الفاسد بمثل الشيء المبيع إن كان مثليا او بقيمته إن كان قيميا ولا يرجع عليه بالثمن"(١)

وابن رشد يقول فى حكم البيوع الفاسدة

" اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها او بناء او نقصان او حوالة اسواق أن حكمها الرد ... واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق او هبة او بيع او رهن او غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة، وكذلك اذا نمت او نقصت فقال الشافعى: ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة لملك فى البيع الفاسد وإنه واجب الرد وقال مالك: كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب فى الربا أنه ليس بفوت ومثل ذلك قال ابو حنيفة"(٢)

---

(١) المدخل: ص ٢٣٥

(٢) بداية المجتهد: ٢/١٤٥

وفي المجموع

"اذا اشترى شيئا فاسدا فباعه لآخر فهو كالغاصب يبيع المغصوب فاذا حصل في يد الثاني وعلم الحال لزم رده الى المالك ولا يجوز رده الى المشتري الأول"[1]

(١) المجموع : ٩/ ٣٧٢

الفصل الثانى - نقل المبيع والضمان وطرقه

نقل المبيع هو من اثار عقد البيع وهذا يستتبع الملك ونقل المبيع كحكم العقد مهم جدا اذ تبنى عليه فكرة الضمان عند هلاك المبيع ، فنبحث هنا قضية نقل المبيع بحيث ينتقل الضمان معه وهذا ما يقف القانون فيه مع الفقه كما جاء فى مادة ٩٦

" Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk untill the property there in is transferred to the buyer, but when the property therein is transferred to the buyer, the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not."(1)

المبحث الاول فى نقل الضمان والمبيع

كما ذكرنا آنفا أن هناك ارتباطا قويا بين فكرة نقل المبيع كحكم من العقد ونقل الضمان وعلى هذا يمكننا تحديد مسئولية البائع عند الهلاك ونرى أن الفقهاء يستخدمون كلمة نقل الضمان بدل نقل المبيع وبالعكس مثلا قولهم ان الضمان فى هلاك المبيع على من انتقل اليه هذا المبيع وسنفرد فرعا فى هلاك المبيع أما هنا فنأتى بنصوص فقهية

---

(1) قانون بيع المنقول مادة ٢٦

تصرح بنقل المبيع والضمان حسب اختلاف طبيعة المبيع ووجه نقله اذا كان عينا او مثليا او جزافا او سلما في المدة واذا ما كان بيد البائع او المشتري والخيار لاحدهما او لكليهما .

يقول ابن قدامة

« المبيع بصفة او رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري لأنه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون .... يعني ما عدا المكيل والموزون والمعدود فانه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه قال ابو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري لان التسليم واجب على البائع لأنه في يده فاذا تعذر تبلغه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود » ثم يؤكد على المذهب الحنبلي بقوله « لنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » هذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث »[1] ويتكلم عن المبيع يتعلق به خيار احد المتعاقدين ويقول

« إن تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل المبيع كالبيع والهبة او يشغله كالرهن جاز والتزويج والكتابة ونحوها »[2]

---

(١) المغني : ٤/١١١

(٢) - الضا - : ٤/٥٧٤

notice thereof is given to the buyer.

Rule No. 4 a) In case of unascertained or future goods sold by description property passes only when goods according to description are unconditionally appropriated to the contract.

b) Delivery to a carrier (the seller not reserving right of disposal) amounts to an unconditional appropriation to the contract.

Rule No. 5. In case of goods delivered to the buyer on approval or 'on sale or return' property passes when he signifies his approval or acceptance, or if he retains the goods without giving notice of rejection of property, passes when the time agreed for returning the goods expires or after reasonable time has expired." (1)

---

(1) شرح قانون بيع المنقول ص ٦٦ مواد ٢٠ الى ٢٥

المبحث الثانى فى علاقة قبضه المبيع بنقله

كما اتضح مما قبل أن الفقهاء الكرام ذهبوا الى أن قبضه المبيع فى المنقول شرط فى الحكم بنقل الملك من البائع الى المشترى إذ له أهمية قصوى فى الفقه خلاف القانون لأنه لا يعطيه حقه من البحث والعناية

يقول الشيرازى

" ولا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه كبيع الاعيان المحركة والاجارة والصداق وما اشبهها من المعاوضات قبل القبض لما روى أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله إنى ابيع بيوعا كثيرة فما يحل لى منها وما يحرم قال لا تبع مالم تقبضه ولأنه ملكه غير مستقر لأنه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز .... فأما ما ملكه لغير معاوضة كالميراث والوصية او عاد اليه بفسخ عقد فإنه بيعه وعتقه قبل القبض "(١)

والكاسانى يعزو بيعه بيع المبيع ولم يشبهه فى حكم القبض

" لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع ويجوز التصرف فى ثمنه "(٢) وقال البغدادى فى شرح المجلة

" إن القبض شرط للعقد وإنه لانعقاد حاصل بدونه لأن هذا لا أثر له فى العمل لان اثار العقد فى هذا لا تظهر الا بعد القبض فمجرد ارتباط الايجاب والقبول فيها لا يثبت اثرا بل لابد من انضمام القبض اليهما ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار القبض فيها ركنا للعقد "(٣)

---

(١) المهذب : ١/٢٦٣
(٢) بدائع : ٥/٢٣٤
(٣) شرح المجلة : ص ١٣

وبالأصل في هذا هو حديث الرسول عليه السلام

" عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه ، رواه احمد ومسلم "

" عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله إني اشترى بيوعا كثيرة فما يحل لي منها وما يحرم علي قال اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه احمد "

" عن ابي هريرة أنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم المشترى الطعام ثم يباع حتى يستوفى " رواه احمد ومسلم

" عن زيد بن ثابت ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم "

" عن ابن عمر قال كانوا يبتاعون الطعام جزافا على السوق فنهاهم رسول الله ان يبيعوه حتى ينقلوه " (١)

---

(١) نيل الاوطار : ٥/٢٥٦

المبحث الثالث في علاقة هلاك المبيع بنقله

قضية هلاك المبيع مرتبط بحكم نقل الضمان وقد استعرضنا بعض النصوص الفقهية لتوضيح فكرة نقل الضمان على المبيع وصور وعلى هذا يترتب حكم المسؤولية على هلاكه، والقانون لم يختلف عن الفقه في هذا الباب وها هذا نصه "

"7. Where there is a contract for the sale of specific goods, the contract is void if the goods without the knowledge of the seller have, at the time when the contract was made, perished or become so damaged as no longer to answer to their description in the contract.

8. Where there is an agreement to sell specific goods, and subsequently the goods without any fault on the part of seller or buyer perish or become so damaged as no longer to answer to their description in the agreement before the risk passes to the buyer, the agreement is thereby avoided."(1)

---

(1) قانون بيع المنقول مادة ٧، ٨

وتفصيل هذه الرواية هو أنه في الصورة الأولى، هلاك العين التي لها قد عليها الطرفان بغير علم المشتري او اصابها ضرر بحيث أنها لا تلبي غرضه قبل العقد، لم يفسخ بها ضمان المشتري لأن العين لم تنتقل الى المشتري لأنها لم تكن موجودة وقت العقد رغم القاعدة العامة بأن المبيع اذا كان عينا ينتقل الى المشتري بمجرد العقد اذا كان العقد مطلقا، وفي الصورة الثانية اذا كان المبيع عينا في العقد الموقوف على الخيار مثلاً، فان المبيع لا ينتقل بمجرد العقد فلا ينتقل الضمان الى المشتري، وهناك نصوص فقهية تؤكد هذه الفكرة أساسا على أن البيانات ينتقل الضمان فيها بالقبض من قبل المشتري وفي العين المعينة بمجرد العقد اذا لم يكن فيها خيار لقول ابن قدامة

" اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع وكذا اذا نقصت قيمته بحدث منه كان للمشتري رد وفي الجميع تردد وإن تلف المبيع من فعل قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن "(١)

ويقول الكاساني " إن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع ـ وسقط الثمن عن المشتري وكذا اذا هلك بفعل البائع وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن "(٢)

---

(١) المغني : ٤/١٠٩

(٢) البدائع : ٥/٢٢٦

وفي شرائع الإسلام

« اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه وإن تلف بعد قبضه وبعد انقضاء الخيار فهو من مال المشتري وإن كان في زمن الخيار من غير تفريط وكان الخيار للبائع فالتلف من المشتري وإن كان الخيار للمشتري فالتلف من البائع »[1]

وجاء في المجلة

« المبيع اذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري ، واذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع »[2]

فكل هذا مبني على فكرة انتقال الضمان وأخذ بها أغلبية من الفقهاء

---

(١) شرائع الإسلام : ٢/ ٢٤

(٢) المجلة

الباب الثالث

التزامات البائع وحقوقه

الفصل الأول ـــــ التزامات البائع

المبحث الأول ـــ تسليم المبيع وطرقه

المطلب الأول ـ تسليم المبيع بالناقل

المطلب الثاني ـ تسليم المبيع بالاقساط

المبحث الثاني ـــ مكان التسليم وزمانه

المبحث الثالث ـــ الغلط في المقدر عند التسليم

المبحث الرابع ـــ مصاريف تسليم المبيع

الفصل الثاني ـــــ حقوق البائع

المبحث الأول ـــ مفهوم البائع غير المدفوع الثمن

المبحث الثاني ـــ جواز حبس المبيع

المبحث الثالث ـــ طريقة نقل المبيع

المبحث الرابع ـــ اسقاطات حق حبس المبيع

المبحث الخامس ـــ أثر حق الحبس

الباب الثالث

التزامات البائع وحقوقه

قدمضى الكلام حول تعريف البيع بأنه عقد معاوضة اى يطلق على المعاملة المتقابلة لاعواضه اذ تترتب عليه التزامات فى ذمة البائع منها ١) تسليم المبيع و ٢) نقل الملكية

الفصل الاول - التزامات البائع

المبحث الأول فى تسليم المبيع وطرقه

الفقه الاسلامى يؤكد فكرة تلازم المبيع ورفع الثمنه لانه اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن فانه امتنع العاقد اجبرا، وانه امتنع احدهما اجبر الممتنع" (١) وانه تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه (٢) لقول السنهورى

" التزام البائع بنقل المبيع وتسليمه التزام تحقيق غاية فما لم يقبضه المشترى المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه مهما كانت الاسباب التى حالت دون القبض فاذا هلك المبيع ولو بسبب أجنبي امتنع على البائع ان يسلم المبيع اعتبر مخلا بالتزامه والفسخ البيع ويتحمل البائع تبعة هلاك المبيع" (٣)

---

(١) مشرائع الاسلام : ٢/٥٩ (٢) المغنى : ٤/١٩٨ (٣) مصادر الحق : ٦/١٢٩

والقانون لا يختلف عن موقف الفقه في هذا الصدد

"It is the duty of the seller to deliver the goods and of the buyer to accept and pay for them, in accordance with the terms of the contract of sale."

"Unless otherwise agreed, delivery of goods and payment of price are concurrent conditions, that is to say, the seller shall be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price, and buyer shall be ready and willing to pay the price in exchange of goods."(١)

أما تسليم المبيع ونقل المبيع فيختلفان في موضع وقد يجتمعان مثلاً اذا سلم البائع المبيع الى المشتري وله (المشتري) خيار فان المبيع لا ينتقل اليه رغم تسليم المبيع فلذلك بحثنا عن قضية نقل المبيع مستقلا فلابد من النظر الى هذا التفريق

تسليم المبيع يحصل بطرق قد تذكر في العقد بين الطرفين

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣١، ٣٢

تتحديد نوع وحدد لا، تذكر قانونه وحددت طريقة معينة في العقد بالنسبة
الى تسليم المبيع فالواجب في التسليم العمل بها والا فاعتبار
حسب الظروف ونأتي هنا ببعض مواد المجلة توضح تسليم المبيع وطرقه

" تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشتري
بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشتري اياه"

وتختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع مثلا

" الحيوان يسلم برأسه او أذنه او رسنه الذي في رأسه فيسلم
وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه بدون
كلفة فاراه البائع اياه او أذن له بقبضه كان ذلك تسليما ايضا"

" كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في
الظروف التي هيأه لها يكون تسليما"

" تسليم العروض يكون باعطائها لليد المشتري او لوضعها عنده
او باعطاء مفاتيحها اذا كانت له بالقبض وبارائتها له"

" عدم منع البائع فيما يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون اذنا من
البائع بالقبض "(١)

---

(١) مجلة الاحكام : مواد ٢٦٢، ٢٦٥، ٢٧٣، ٢٧٢، ٢٧٤، ٢٧٦

وتجد ان قانون بيوع فقد الفقه في هذا الباب الى حد كبير

"Delivery of goods sold may be made by doing any thing which the parties agree, shall be treated as delivery or which has the effect of putting the goods in the possession of the buyer or of any person authorised to hold them on his behalf."(١)

ويستخلص من هذه العرض أن التسليم نوعان

النوع الأول : اذا وجد شرط بالنسبة الى تسليم المبيع بطريقة معينة في نفس العقد لزم العمل به في تسليم المبيع بدليل قول الرسول عليه السلام "المسلمون عند شروطهم" وأن مثل هذه الشروط لا تخالف مقتضى العقد وأن الشريعة لم تحدد طريقة التسليم، فحينما لا يوجد شرط يحدد طريقة التسليم في العقد

فينظر الى المبيع الى طبيعته والظروف المحيطة به للحكم بوقوع التسليم وطريقته والقاعدة العامة في هذا أن كل فعل يفيد وضع المبيع في ملك المشتري يتحقق به تسليم المبيع

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣٣

أما القانون فيقرر نوعي التسليم - التسليم الحقيقي والتسليم الحكمي[1]
أما الأول فيعني به تسليم عين الشيء المبيع الى المشتري ماديا ملموسا
ولكنه في الغالب لا يحصل الى المشتري شيئا ماديا بذاته بل ينقل
ملكه الى المشتري بالكتابة في الدفتر مثلاً باع زيد فحمة ارطال
من قطعه الى عمرو وهي في حيازة خالد فالبائع يأمر خالدا
بنقل السلعة الى عمرو وهذا الثالث اي خالد يكتب القطعه
في حساب عمرو،

من ناحية الفقه الاسلامي هذا العقد يتضمن امورا

١- عدم رؤية السلعة بالنسبة الى المشتري وهو عمرو
٢- عدم تمكين المشتري من السلعة وعدم التخلية
٣- عدم التعيين للسلعة
٤- عدم نقل المبيع (تحويل) مع كونه منقولا قابلا للتحويل
٥- قد يلزم فيه البيع قبل القبض
٦- الشخص الثالث اي خالد في المثال الذي ضربناه ليس بينه و
بين المشتري عقد الوكالة او النيابة في تسلم المبيع من قبل
٧- كما يلزم القبض وإن قباضه من شخص واحد وهو ممنوع كما في المجموع
" انه لا يكون القابض و المقبض واحدا فلا يجوز انه يوكل البائع
رجلا في الاقباض و يوكله المشتري في القبض"[2]

---

(١) شرح قانون بيع المنقول ص ٣ (٢) المجموع : ٩/٣٨٠

فبالنظر الى شروط البيع لصحة العقد في الفقه الاسلامي هذا النوع من التسليم لا يصح ، أما ما تعارف عليه التجار في هذه الايام من المعاملات التجارية في البرصة (Commodities Exchange) لا تسمح بها الشريعة الاسلامية والحكمة في ذلك منع الاختلال في السوق والنظام الاقتصادي وسد باب التضخيم والعلة في منع هذه المعاملات هو الاحتراز عن دخول عنصر الغرر الفاحش في العقود وهذا صل فيها هو ما ورد النهي عن بيوع الغرر في احاديث الرسول عليه السلام.

الغرر في طلب التسليم : اذا كان المبيع غائبا فللمسلم فيه او في استصناع فاما ان يكون في العقد بيانه وقاد المبيع في وقت معينه ، وهذا هو شرط في السلم عند جميع الفقهاء وعلى اساس ان يسلم المبيع الى المشتري حينه يحل موعده ، وان لم يوجد هذا التصريح في العقد فعلى هذه الحالة يقول القانون انه يجب على المشتري طلب التسليم بعد مضي مدة معقولة[1] وحينئذ للبائع ان يسلم المبيع .

المطلب الاول في تسليم المبيع بواسطة الناقل او ناظر الرصيف : قد اشرنا في بدء هذا الفصل الى بعض صور تسليم المبيع وقلنا انه قد تتفق الطرفان في عقد البيع على تسليم المبيع بطريقة معينة فحينئذ يجب

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣٥

العمل به وهذا الاتفاق صحيح وإذا سلم البائع السلعة الى الناقل او الى محافظ المستودع ما دام قد اذن للمشتري للبائع بذلك وطلب منه (البائع) فيعتبر في مثل هذا الطريق أنه المشتري قد تسلم السلعة وتبرأ به ذمة البائع وكذلك اذا كانت طبيعة السلعة مقتضية بانه ترسل الى المشتري على الفور فعلى البائع ان يتعاقد مع الناقل او مدير المستودع سلفا قبل المشتري، فاذا أهمل البائع في إرسال السلعة وهلكت عند الناقل او في طريق الايصال فهلاكه على البائع لأنه التسليم لم يتم، ففي مثل هذه الحالات لابد من النظر الى الاعراف التجارية العامة والقواعد المتبعة فيها والفقه لغير الحكم بالعرف في هذه الحالات.

المطلب في تسليم المبيع بالاقساط: قد يتفق تسليم بدفع السلعة كلها دفعة واحدة وقد تكون بالاقساط والأصل في العقد ان تسليم المبيع كله دفعة واحدة أما في تسليم المبيع بالاقساط فينشأ السؤال متى يعتبر تمام التسليم أبمجرد القسط الاول او بالقسط الأخير، بمعنى هل يعتبر تسليم بعضه كتسليم المبيع كله كما ملاحظ موقف القانون هو "ان تسليم بعضه كتسليم المبيع اثناء تسليمه كله حكمه بالنسبة الى نقل المال كحكم تسليم المبيع كله وكذلك تسليم بعضه كتسليم المبيع بارادة تسليمه بعضا لا يعتبر في بقية المبيع تسليما" (قانون بيع المنقول مادة ٣٨)

وشرط التقسيط في العقد خلاف الأصل ولكنه اعتبار في حالة
اذا بيه في العقد فلذلك يلزم المشتري القبول للسلعة بالاقساط
اذا وجد شرط التقسيط واذا لم يوجد فلا يلزم عليه قبولها بالاقساط (١)

أما الفقه فلا يرى بأسا في دفع الثمن بالاقساط لأنه لما أجيز
التأجيل في كله فجائز في بعضه كما أشرنا وليه في البحث عند الثمن
وكذلك في المبيع يصح تأخيره كلا فيصح جزءا كما في البيع بالنسيئة والسلم
ولكنه بالنسبة الى البيع بالاقساط للقول بجوازه يحتاج الى بحث
دقيق لأنه هذا البيع يشبه البيع بالنسيئة من وجه وبالسلم من وجه
بمفهومه الفقهي فلا بد من مراعاة القواعد التي تحكم البيع بالنسيئة
والسلم لأنه يتفاعل هذه البيوعيه في البيع المقسط ولا يستلزم
بيع الدين بالدين وهو ما سمي ببيع الكالئ بالكالئ وهو ممنوع
بالحديث، وهناك قاعدة في السلم وهي أنه يقبضه الثمن تاما
شرط فيه وفيه لغرض فقهية نحو ما جاء في الزوائد

" (السادس) انه يقبضه الثمن تاما معلوما قدره ووصفه قبل التفرق
وإنه قبضه البعض ثم افترقا بطل فيما عداه وان اسلم في جنس
الى أجليه او عكسه صح إن بين كل جنس وثمنه وقسط كل اجل" (٢)

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣٨

(٢) الزوائد :

مع أنه الموضع المناسب لهذا البحث كما مر الفصل الذي تكلمنا فيه عند الثمن ولكننا ذكرناه هناك لفهم قضية البيع بالاقساط هنا النظر الى ما ذكرنا سابقا نتصور هذا البيع على صور متعددة

١- أن يحدد كل قسط من المبيع مقابل قسط معين من الثمن بأجل معين ويقدم دفع قسط من الثمن على تسليم قسط من المبيع والعكس

٢- أن يدفع الثمن تاما على شرط تسليم المبيع بالاقساط حسب المواعيد

٣- أن يسلم المبيع كلا بشرط دفع الثمن بالاقساط

ففي الصورة الاولى اذا دفع قسط من الثمن وسلم قسط من المبيع مقابله وفي الصورة الثانية اذا سلم المبيع أو خرج المبيع عن تعريف السلم ويلزم بوجه ما بيع الكالئ بالكالئ لان قبض الثمن تاما شرط من شروط السلم نص عليه جميع الفقهاء.

المبحث الثالث في مكان التسليم وزمانه

قد يتفق الطرفان في عقد البيع على مكان معين يتم فيه تسليم المبيع وكذلك قد يتفقان على وقت معين فيلزم على البائع ان يسلم المبيع الى المشتري عند حلول الأجل في وقت معين وهذا اذا تقابلا صحيح يلزم الأخذ به بدليل قول الرسول " المسلمون على شروطهم " وعامة العقود شريعة المتعاقدين واذا لم يوجد هذا التصريح في نفس العقد فحينئذ يتعين مكان العقد او المحل كان المبيع موجودا وقت العقد والقانون كذلك عند عدم التصريح يقول بمكان العقد وبالنسبة الى التسليم اذا كان ثابتا المكان الذي يتجر فيه"(١) وجاء في المجلة " مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود حينئذ"(٢) واذا كان المشتري لا يعلم ان المبيع في اي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيرا ان شاء فسخ العقد وان شاء امضاه وقبضه المبيع حيث كان موجودا "(٣)

ولقد زيد تؤكد هذا ويقول " ولا يلزم) المسلم اليه (دفعه) المسلم فيه للمسلم (ولا) يلزم المسلم (قبوله) ولو دفعه له المسلم اليه (لغير محله) اي في غير المحل الذي اشترطوا التسليم فيه او محل العقد اذا لم يشترطا (فلا ولو خف حمله) كجوهر وثوب لطيف "(٤)

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣٠٦ فقرة (١) (٢) الشرح الصغير ٣/٦٦٠ (٣) المجلة مادة ٢٧٦

وفي البحر الرائق

" (فكالة بالإيفاء فيما له حمل ومؤونة بالاستيفاء) اي وشرط صيرورة مكالة بالإيفاء في المسلم فيه اذا كان حمل ومؤونة اي اذا كان لحمله يحتاج الى أجرة قال في البناية لتعينه به ماله ثقل يحتاج لمن حمله الى ظهر واجرة عمال ومؤونة وما لا لا يحتاج الى تعيينه وليسلمه في موضع العقد لانه (١) مكانه مكالة بالإلزام فيتعينه لايفاء ما التزمه في ذمته "

أما بالنسبة الى زمان التسليم فقد رأى القانون أنه لو لم يتفق في تسليم المبيع هو وقت مناسب وما هو الوقت المناسب؟ فيقول القانون انه تحديد يمكنه إما بالنظر الى طبيعة المبيع او بالظروف المحيطة (٢) كما نلاحظ أن القانون يسمح بتأجيل البيع الى أجل غير معين ولم القانون لا يفرد بيع المطلق والسلم فيفهم منه جواز عدم تحديد وقت التسليم بينما الفقه يشترط في السلم ان يحدد الأجل في العقد بدليل قول الرسول عليه السلام " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم " رواه الجماعة وهذا هو مذهب الجمهور (٣)

---

(١) البحر الرائق : ٥/ ١٦٦

(٢) شرح القانون - بنجس ص ٦٩١

(٣) سيل الجرار : ٥/ ٢٤٣

المبحث الثالث : الغلط في القدر عند التسليم

الفقه الإسلامي تناول هذا الموضوع بكل وضوح جاء في المجلة

" لو باع مجموعا عد الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبينه قدرا وذكر ثمنه مجموعه وعينه وزنه وتسليمه ظهر ناقصا عد القدر الذي بينه ، فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى وإن وجد زايدا عد القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع "

" وإذا بيع مجموع عد الموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر مع بيانه مقدارها وبيانه أثمانه أقسامه وأجزاءه فإذا ظهر وقت التسليم زايدا أو ناقصا عد القدر الذي بينه فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المجموع بحساب الثمن الذي بينه وفصله لأجزاءه وأقسامه "

" إذا بيع مجموع عد العدديات المتفاوتة وبينه مقدار ثمنه ذلك المجموع فقط فإنه ظهر عند التسليم تاما صح البيع ولزم وإن ظهر ناقصا أو زائدا كان البيع فاسدا "(١)

ونصوص الفقهية تدل على دقة الفقهاء بينما القانون لا يفرق بين هذه الحالات المختلفة (٢)

---

(١) المجلة مواد ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٧

(٢) قانون بيع طبقول مادة ٣٧ فقرة ٢٠١

المبحث الرابع : مصاريف تسليم المبيع

اذا وجد شرط بالنسبة الى مصاريف وأجرة في تسليم المبيع في نفس العقد العمل به واجب ولكنه في حالة عدم ذكرها تقول القانونه أن المصاريف في وضع السلعة واعدادها للتسليم الى المشترى على البائع [1] بينما الفقه يفرضه المصاريف المتعلقة بالثمن على المشترى وتكاليف تسليم المبيع يتحملها البائع ، وما يباع محدود فرسومه يحكم فيها العرف والعادة ، أما أجرة كتابة السندات فهي على المشترى [2]

جاء في الشرح الصغير

" (وأجرة) اى أجرة الكيل او الوزن او العد (عليه) اى على البائع " [3]

وفي المجموع

" مؤونة الكيل الذي يقتضيه القبض تلزمه على البائع كمؤونة احضار المبيع عالما على البائع أما مؤونة وزن الثمن فعلى المشترى لتوقف التسليم ومؤونة نقد الثمن هل هي على البائع او المشترى فيه وجهان قلت اصحهما على البائع أما مؤونة نقل المبيع بعد القبض الى دار المشترى فعلى المشترى " [4]

(١) قانون بيع المنقول مادة ٣٦ فقرة ٥ (٢) الشرح الصغير : ٣/ ١٩٨

(٣) المجلة : مواد ٢٨٨ الى ٢٩٢ (٤) المجموع : ٩/ ٢٧٩

الفصل الثاني : حقوق البائع

لقد اتضح فيما تقدم من اثار العقد ومنها نقل المبيع من البائع الى المشتري وما دام المبيع من العقود ذات العوض المتقابلة فيستحق البائع المتفق عليها من الثمن مقابل تسليم المبيع الى المشتري واذا استوفى البائع الثمن خرج المبيع من ملكه كاملا بمعنى أنه يجب عليه دفع السلعة حسب الاتفاق وانه اذا لم يستوف الثمن فله امتياز بالسلعة وله إستعمال هذا الحق في استيفاء الثمن إما بحبس المبيع كله او بحبس ما بقي عنده من المبيع او بجز المبيع في طريق النقل او باسترداد العين حسب الظروف اذا سوف نقسمه الى مباحث في بيانه هذه القضايا المذكورة .

المبحث الاول في مفهوم البائع عن الدفوع الثمن

كل بائع لم يدفع اليه الثمن كله او بعضه - والثمن هذا قد يكون نقدا (MONEY) وقد يكون كمبيالا او السند القابل للتداول بشرط انه لا يكون مؤجلا او مؤخرا معلقا ، وانه يكون مقبولا ومادام كمبيالا والسندات الأخرى من الصكوك مثلا التي قد جرى التعامل بها مثل النقود في الثمن (١)

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٤٥

وهذا التعريف يصدق على وكيل البائع والمأذون له قبله لقبول وثيقة الشحنة او مرسل لبضاعة نيابة عن البائع ووارثه بعد موته يتمتع بنفس الامتياز اذ يدخل هؤلاء تحت مفهوم البائع غير المدفوع الثمن .

كما عرفنا ان هذا التعريف انما ينبغي ان يدخل في مفهوم البائع غير المدفوع الثمن هو انه لم يؤد الثمن لا بالنقود ولا بالسندات والصكوك ولكنه اذا اداه المشتري الثمن في صورة الصكوك او السندات فالاداء يعتبر اذا كانت مقبولة ولم تشرفها .

المبحث الثاني : حق حبس المبيع

ان المشرع في الثمن انه يؤدي حالا في البيع الباطل ويجب اداؤها عند حلول الاجل في البيع المؤجل وان شأن الثمن أنه اذا لم يؤد حالا يثبت في الذمة فيصير دينا على المشتري ان قبل البائع ويبقى هذا الحق حتى استيفاءه او ابرائه وهذا الحق للبائع مقابل تسليم المبيع الى المشتري والقاعدة العامة في المبيع أنه يدخل في ملك المشتري بعد ما ينفذ العقد كما عرفنا سابقا أنه ان آثار العقد نقل المبيع من البائع الى المشتري وما دام المبيع من العقود ذات الالتزامات المتقابلة فيعطى الفقه للبائع حق حبس المبيع كله او بعضه الى استيفاء الثمن كله او بعضه وجاز المبيع في الطريق بعد نقل

لنقل المبيع (اى لنقل ملكية المبيع) ولكنه قبل تسليمه الى المشترى
اى انه كان المبيع فى يد البائع.

فالحبس جائز بشرط انه كان الأجل قد حل فى المؤجل او كان حالا
ابتداً ولكنه اذا كان الثمن مؤجلا فلا يصح الحبس حياء فى الإضافة
" وكان الثمن مؤجلا فانه يصح منه المذهب انه المبيع لا يحبس عند
المشترى بعض عليه وقدمه فى الفروع "(١)

وهذا الوجه يتفق فيه القانون مع الفقه اذ يشترط القانون مضى المدة
فى البيع المؤجل، والوجه الثالث يستحق فيه حبس المبيع عند
تفليس المشترى.

أما الصورة الاولى - البيع المطلق - والصورة الثانية اى البيع المؤجل
الذى حل موعده والصورة الثالثة وهى تفليس المشترى موضع
اتفاق بين الفقه والقانون والفقه

"47. Seller's lien - (1) Subject to provisions of this Act the unpaid seller of goods who is in possession of them is entitled to retain possession of them until payment or tender of price in the following cases:-
a) where the goods have been sold without any stipulation to credit;
b) where the goods have been sold on credit but the term of credit has expired;
c) where the buyer becomes insolvent." (٢)

---

(١) الإنصاف: ٤/٤٦٠ (٢) قانون بيع البضائع ص ٤٧

يقول ابن عابدين

" للبائع حبس المبيع الى قبضه الثمن ولو بقي من الدراهم ولو المبيع شيئين لصفقة واحدة وسمى لكل ثمنا فله حبسهما الى إستيفاء الكل "(١)

ويحكي ابن قدامة رأي مالك وأبي حنيفة

" قال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن أولا للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومتى استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء وكالمرتهن "(٥)

وجاء في الإقناع توسعة نطاق حبس المبيع

" وكل من له قبض مبيع حبس عوضه حتى يقبضه مقابله إن خاف فوته بمهر أو غيره .... فللبائع الفسخ بالفلس ... أما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع به لرضاه بتأخيره ولو حل قبل التسليم فله حبس المبيع أيضا "(٢)

وكذلك إذا مات المشتري فللبائع حبس المبيع ليصرح به ابن عابدين

" ان للبائع حبس المبيع اذا مات المشتري ولم يقبض الثمن لظاهر أنه احق بحبسه عند حتى يستوفي الثمن من مال الميت .... لانه كما له حبس المبيع الى قبضه الثمن في حياة المشتري فكذا بعد مماته "(٤)

---

(١) رد المحتار : ٤/٤٨

(٢) المغني : ٤/١٩٨

(٣) الإقناع : ١/٣٥٨

(٤) رد المحتار : ٤/٤٩

وقد امتاز بعضهم الفقهاء في قولهم أن المبيع فيه هو للبائع عن الدفع بثمنه وله امتياز في رد العين اذا كانت باقية في حالة إفلاس المشتري

جاء في الروض المربع

« (ومن باعه اذا قرضه شيئا) قبل الحجر ووجده باقيا بحاله ولم يأخذ شيئا من ثمنه فهو أحق به لقوله عليه السلام " ومن ادرك متاعه عند إنسان قد افلس فهو أحق به " متفق عليه وكذا لو اقرضه او باعه شيئا (بعده) قبل الحجر عليه (رجع فيه) اذا وجده بعينه (لانه جهل الحجر) لأنه معذور بجهل حاله "[1]

وهناك بعض الفقهاء يرى أن في افلاس المشتري وهو يبقى للبائع امتياز في رد العين لا يستطيع ثمنها على سبيل الأولوية حتى بعد تمام التسليم ولعل المذهب الشافعي يمتاز عن بقائه في هذه النقطة لأنه يقاوم ليسقط حق الحبس بعد تمام التسليم فكيف يجيز رده!

ولكن الجمهور من الفقهاء ذهبوا الى أنه بافلاس المشتري تتعلق حقوق الغرماء كلهم بكل ما عنده حتى العين التي لم يدفع ثمنها فليس للبائع الا يستحق إلا بقدر ما يأخذ مع الغرماء في المحاصة ولا ينفرد برد العين

وابن رشد تكلم في هذا الموضوع وبين اختلاف الفقهاء

---

(١) الروض المربع : ١/ ٢٠٢

فقال ابن رشد

" اختلف في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال، الأول أنه صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها و هذا مختار المحاملي وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور، والقول الثاني: ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس، فإن كانت قيمتها أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذ أو يحاص الغرماء وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث يقوم السلعة يوم التفليس، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعني للبائع، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويحاصر في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر والقول الرابع أنه أسوة للغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة "[1]

أما إذا استوفى البائع بعض الثمن وقبضه فاختلف الفقهاء الى ثلاثة مذاهب

الأول منها أن البائع بالخيار بين رد الثمن المقبوض وأخذ السلعة، ومحاصة الغرماء فيما بقي من سلعته ذهب اليه مالك

والثاني هو رأي الشافعي يرى بأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن

---

(١) بداية المجتهد: ٢/٢١٦

والمذهب الثالث فيه أن البائع أسوة للغرماء على كل حال.

وهناك اختلاف بين مالك والشافعي في اعتبار الفلس كالموت في ترتب الأحكام بالنسبة الى ديون الغرماء فقال مالك إن البائع في موت المشتري إفلاس أسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي الأمر في ذلك واحد.

والقانون حسب القاعدة العامة يرى التسليم يعيد للبيع ولا يمنع هذا الحق ونص

"48. Part delivery — where an unpaid seller has part part delivery of the goods, he may exercise his right of lien on the remainder, unless such part delivery has been made under such circumstances as to show an agreement to waive the lien." (1)

ونستخلص من هذه النصوص السابقة والقانون أن حق البائع في حبس المبيع يبقى قبل تمام التسليم بالإتفاق والخلاف في المشتري الذي أفلس ومات او أفلس فعند البعض له رد العين اذا كانت باقية وعند البعض هو أسوة الغرماء

---

(1) قانون بيع انجليزي مادة ٤٨

لقول عبد الرزاق السنهوري

" ويكون له ايضا تبعا لذلك ان يحبس العين المبيعة حتى يستوفي الثمن اذا كانت العين لا تزال باقية في تركة ولم تسلم الى المشتري بل وله ان يفسخ البيع ويسترد العين اذا لم يقم المشتري بوفاء الزائد"(١)

جاء في الاضاف

" ان عبد وجد عند عينا باعها اياه فهو احق بها بشرط ان يكون المفلس حيا ولم ينقد منه ثمنها شيئا والسلعة بحالها لم تتلف بعضها ولم يتغير صفتها تغايرا يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق ولم يتعلق بها حق كالشفعة او جناية اعور عبده ونحوه ولم تزد زيادة متصلة .... فلو مات كان صاحبها احق الغرماء"(٢)

من هذا النص نلاحظ أن بعض الفقهاء فرقوا بين المفلس الحي والمفلس الميت وذهب الحنفي هو ما قاله ابن عابدين

" (اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل قبضه الثمن فالبائع احق الغرماء) وعند الشافعي هو احق به كما (لو لم يقبضه) للمشتري (فالبائع اسوة الغرماء) اتفاقا ولنا قول الرسول عليه السلام" اذا مات المشتري مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو احق للغرماء"(٣)

---

(١) مصادر الحق : ٥/١١

(٢) الاضاف : ٥/٢٨٦

(٣) رد المحتار

والأصل في هذا هو ما جاء في حديث الرسول عليه السلام

" عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به" رواه أحمد

" عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"

" عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء رواه مالك في الموطأ"(1)

ومثل هذا الحديث لكن من لقوم مقام البائع كالوكيل والضامن ويعرف به القانون

"(2) The seller may exercise his right of lien notwithstanding that he is in possession of the goods as agent or bailee for the buyer."(2)

فمتى إن للبائع غير المرهون الثمن ان يحبس المبيع اذا لم يقبضه المشتري او بعبارة أخرى أنه للمشتري لم يتسلم المبيع فله فرع المبيع من البائع ولكنه لم يتسلمه المشتري اي لم يصله فالمبيع بيد فرعه

---

(1) سبل السلام ٥/٦ ٣٦٣

(2) قانون بيع المنقول مادة ٤٧ فقرة ٢

من البائع وقبل وصوله الى المشتري ويسمى طريقة نقل البيع وما دام البيع لم يتسلمه المشتري فللبائع ان يحجز المبيع ويمنعه من نقله الى المشتري الا باستيفاء الثمن وتفتض الشروط التي ذكرناها في جواز حبس المبيع تراضي في حجزه في الطريق ، وبالقانون كذلك يسمح للبائع ان يحجز المبيع في الطريق واذا كان المبيع عند الناقل او الصانع فعليه ان يخبره قبل ان يصل المبيع الى المشتري

تقول مادة ٤٦ من القانون

"46. (a) a lien on the goods for the price while he is in possession of them;

(b) in case of the insolvency of the buyer a right of stopping the goods in transit after he has parted with the possesson of them;

(2) Where the property in goods has not passed to the buyer, the unpaid seller has, in addition to his other remedies, a right of withholding delivery similar to and co-extensive with his rights of lien and stoppage in transit where the property has passed to the buyer."

وعلى هذا يرتب القانون حكما اخر وهو ان للبائع ان يبيع السلعة نتيجة حق لها في حبسها وحجزها في النقل[1]

---

[1] قانون بيع المنقول مادة ٤٦ ، ٤٩

المبحث الثالث : طريقة نقل المبيع

قدمنا أنه هو الحبس والحجز يبقى للبائع مادام لم يتم التسليم مع تمام حكم النقل وذكرنا الصور التي يعتبر فيها حكم تمام التسليم الى المشتري ويتبرأ فيها ذمة البائع، والعمدة في اعتبار التسليم وعدمه هي الظروف والاعراف والعادات التي جرت بين التجار

ولسنا بحاجة الى بيان موقف الفقه الاسلامي بالتفصيل اذ هذه القضايا كلها تخضع لقواعد الوكالة والضمان والايداع وخيار البائع التي اشرنا اليها في مواضعها من قبل والقانون قد لخص بعض القواعد لتحديد القضية وهي هل المبيع في الطريق ام لا حتى يترتب عليه حكم الحبس والحجز ملخصها كما يلي

١- اذا سلم البائع السلعة الى الناقل او الضامن فالمبيع في الطريق حتى يتسلمه المشتري او وكيله

٢- اذا ارسل المشتري السلعة الى الناقل او الضامن فهي في الطريق

٣- لا يحل بعض المبيع فيه حق الحبس الا اذا وجد شرط يعتبر بعضه تسليما لكل التسليم حكما[1]

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٥١

المبحث الرابع ، اسقاطات حق الحبس

ويسقط الحق في حبس المبيع لوجوه

اولا : بتسليم البائع المبيع قبل نقد الثمن

ثانيا : بتسلم المشتري المبيع او ما ينوب عنه كوكيل او اجنبي

ثالثا : التأجيل في نقد الثمن من قبل البائع وقبضه المشتري المبيع

رابعا : تنازله عن حقه

خامسا : تسليمه المبيع الى الناقل او اجنبي بدون اشتراط حبسه

هذه المادة والقانون[1] تتفقان في هذا الخصوص

وقد ساعد ابن عابدين كلامه في هذا الموضوع وقال :

" لا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل ولا بابراءه عن نقد الثمن حتى يستوفي الباقي

ويسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقا وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند ابي يوسف و عند محمد روايتان وبتأجيل الثمن بعد البيع وبتسليم المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعد رد اليه بخلاف ما اذا قبضه المشتري بلا اذنه او اذا اذا راه ولم يمنعه عن قبضه فهو اذن "[2]

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٤٩

(٢) رد المحتار : ٤/ ٤٨

المبحث الخامس : أثر حبس المبيع

محل المبيع ينفسخ باستعمال حق الحبس حتى يصح للبائع أن يتصرف في العين بالبيع أو برهنه ؛ فإذا قلنا في هذا يرى أنه مجرد حق حبس العين ليس بفسخ فلذلك متى أراد بيع هذه السلعة فعليه أن يطالب الثمن من المشتري فإذا امتنع من الأداء فله بيع هذه العين[1]

أما الفقهاء فمنهم الذين يرون فسخ العقد وهم جمهور قالوا (بأن للبائع) إن البائع بالخيار ، ابن نجيم تكلم عن آراء الفقهاء في هذا الباب وقال

" قال الإمام الشافعي للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض ولو بعد ما أفلس لما أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة ولأن المشتري قد عجز عن تسليم أحد البدلين للعقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة والحنفية يرون خلاف ذلك بدليل قوله تعالى

(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) فاستحق النظرة إلى الميسرة فليس له المطالبة قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن ويحكى السنهري رأي الحنابلة بقوله " إن البائع الذي لم يقبض الثمن وأفلس المشتري منه بالخيار إن شاء رجع في السلعة وفسخ البيع فاسترد ها بعينها وإن شاء لم يرجع وكان أسوة للغرماء ... لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم "[2]

---

(١) البحر الرائق : ٨/٨٤ (٢) مصادر الحق ٥/١٣٥ / القانون مادة ٥٢

الباب الرابع

الدعاوى في البيع

الفصل الاول ـــــــ الدعوى وعدالتها بالحق

المبحث الاول ـــ فيما تقام الدعوى

المبحث الثاني ـــ اقسام الجزاء في الدعاوى

المطلب الاول ـــ نظرية الفسخ

المطلب الثاني ـــ علاقة الضرر بالتعويض

الفصل الثاني ـــــــ الدعاوى في البيع وجزاءها

المبحث الاول ـــ الدعوى في الثمن

المبحث الثاني ـــ الدعوى في التعويض في التسليم

المبحث الثالث ـــ الدعوى للتعويض في التسليم

المبحث الرابع ـــ تصحيح العقد

المبحث الخامس ـــ الدعوى على نقصة شرط

الباب الرابع

الدعاوى فى البيع

تكلمنا من قبل عن حقوق البائع والمزايا له وهنا نبحث عن بعض حقوق العاقدين فى رفع الدعوى وما دامت الدعوى رهنت بالحق اذ بينهما علاقة وثيقة فلذلك نتكلم فى هذا الباب عن معنى الحق ، وما هو المقصود من الدعوى وما هى العلاقة التى تربط الدعوى بالحق ونظرية فسخ العقد والفساخ فى الفقه الاسلامى بايجاز و الحديث لضرر الحادث فى العقد ، تحريك الدعوى من قبل البائع او المشترى وفكرة التعويض مقارنا بين الفقه والقانون.

الفصل الأول : الدعوى وعلاقتها بالحق

الدعوى عبارة عن مطالبة الحق وعرفها الفقهاء بالفاظ مختلفة ولكنه لا تختلف هذه التعريفات كثيرا عن بعض الخلافات نشأت باختلاف النظر الى الدعوى من حيث الموضوع او من حيث ثبتت او عدم من يملك رفعها ومن التعريفات « مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته »[1]

---

(١) العناية على الهداية : ٦/١٣٧ ،

" طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم "(١)

" طلب معين أو مافي ذمة معينه اوما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا لاتكذب لها العادة "(٢)

" هي إخبار عنه وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به "(٣)

" إضافة الإنسان الى نفسه إستحقاقه شيئ في يد غيره او في ذمته "(٤)

ويستخلص من هذه التعريفات أن الدعوى تثبت لمن ثبت له حق من الحقوق على أنها وسيلة من وسائل حماية الحق لأنه الهدف منها لتقرير الحق وحمايته وقد ذكرنا من قبل أن للبائع حقا في الثمن وللمشتري حق في المبيع لأن لتعريف الحق ينطبق عليها كما عرف الفقهاء الحق بأنه حكم ثابت باقرار الشارع واضفى عليه حمايته(٥)

فالتمس من هذا البحث علاقة الدعوى بالحق بمعنى أنها تعرف انها حماها الشرع لكل فرد من أجل تحصيل حقه

---

(١) المجلة : مادة ١٦١٣

(٢) الزرقا : ٤ / ٧٣

(٣) تحفة المحتاج : ١١ / ٢٨٥

(٤) المغني : ٩ / ٢٧١ كشاف القناع : ٤ / ٢٢٧

(٥) النظرية الملكية : ص ٣

المبحث الاول : فيما تقام الدعوى

قد سبق ذكر علاقة الدعوى بالحق وقلنا إنه ما دام وجد حق يستساغ له أن يرفع الدعوى لتحصيل ذلك الحق ، فاستناداً الى حقوقه العقدية والتزاماتهما في عقد البيع لأي من أحد المتعاقدين هو مقابل التزام صاحبه وقد مر تفصيلها فلننظر اليها نظرة عابرة

١- التزام البائع

أ) نقل ملك المبيع

ب) تسليم المبيع

ج) ضمانه لاستحقاقه والعيب لأنه على البائع أن يسلم المبيع سليماً ملكاً تاماً الى المشتري

٢- التزام المشتري

أ) دفع الثمن حسب الاتفاق

ب) قبول المبيع (تسلمه)

اذن يجوز للمشتري ان يرفع الدعوى على البائع

أ) عند إخلال البائع بالتزام تسليم المبيع

ب) عند وجود المبيع معيباً

ج) عند الاستحقاق

د) عند نقصه بشرط ضمانه

ويجوز للبائع ان يرفع الدعوى

٣) عند إخلال المشترى بتسلم المبيع

ب) عند امتناعه عند دفع الثمن

المبحث الثانى : اقسام الجزاء فى الدعوى

هناك خمسة اقسام من الجزاء فى دعاوى تترتب على فقه عقد البيع وهى

١- الفسخ ٢- التعويض ٢- وضع الثمن

٤- تصحيح العقد ٥- تنفيذ العقد الجبرى

إن الفقه الإسلامى يعرف هذه الأقسام من الجزاء قضاء ولكنه مجال "الفسخ" أضيق مما وجد فى القانون كما الفقه يختلف عن القانون فى فكرة التعويض مقابل الضرر فى الامور

فنبحث هناك عن نظرية الفسخ قليلا ثم عن الضرر الموجب لضمان التعويض من الناحية الفقهية .

المطلب الاول فى نظرية الفسخ : إن الأصل فى عقد البيع هو نفاذه لأنه عقد لازم ورغم كونه عقد معاوضة ليس للدائن

المطالبة بالفسخ ولو أخل المدين بالتزامه فاذا لم يقم المدين بالتزامه لم يستطع الدائن ان يفسخ العقد ليتحلل هو ايضا من التزامه لمقابل بل كل ما يستطيع بعد انعقاد العقد صحيحا لازما هو ان يطالب المدين بتنفيذ التزامه على ان للمدين هو من جانبه بتنفيذ ما في ذمته من التزام وهناك استثناءات لهذا الاصل عند التعذر فأجاز الفقه الفسخ في مواضع معينة، منها اذا تعذر على أحد المتعاقدين القيام بالتزامه مثلا بهلاك المبيع او لفوات المنفعة المقصود منها القانون اعتبارا للبيع عقد اذا التزامات متقابلة يجيز الفسخ حيث إخلال احدهما يوسع لصاحبه مجال فسخ العقد لعدم الالتزام لمقابل[1]

المطلب الثاني في علاقة الضرر بالتعويض: الضرر في العقد ينشأ إما من عدم الوفاء بالتعهد كله او بعضه او من تأخير عنه بالرغم من المعلوم، فالذي يجبره يسمى تعويضا إذ من هذا التعويض على نوعين

١- تعويض عدم الوفاء ب) تعويض التأخير

---

(١) قانون عقد البيع مواد ١٥١ الى ٥٥

ولأنه حصول الضرر للدائنة أحسن عليه التعويض فلذلك على المدينة أنه يلتزم وجه الضرر وأنه لقيم عليه البرهان ويجب في القانون أنه التعويض لقدر ما لحق ملتزمه له من الخسارة او ما فاته من الربح بالاضافة الى الضرر المادي الواقع في محل التعهد (١) وقد يشترط هذا التعويض في العقد نفسه

والخلاف بين الفقه والقانون هو أنه القانون يرى التعويض عن كل ضرر مادي وادبي حتى ما يحمله المدينة من خسارة او فوات ربح متوقع بينما الفقه اشترط في التعويض عن الضرر الواقع بانه كان للمضرور مالا متقوما في ذاته وبأنه وجدت المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه، اذ انه لا تعويض عن خسارة تحملها المدينة او عن ربح فاته واذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على المدينة فيأخذ من المدين مثله او قيمته

وهناك استثناء في هذه القاعدة العامة وهو أنه الربح يعوض اذا كان المال معدا للاستغلال مثل الحمام ودار الكراء

---

(١) قانون بيع المنقول مواد ٥١ الى ٥٥

وقد ذكر عبد الرزاق السنهوري ما جاء في مجمع الضمانات ص ٤٤١

" لو اشترى طاحونة في يده مرة ثم استحقها رجل، فليس له ان يطالب المشتري بغلات الطاحونة لأنه ليس منه اجراء البيع بل كسبه وفعله. سئل حافظ الدين البزازي عن رجل اشترى كرما فقبضه وتصرف المشتري فيه ثلاث سنين او اكثر او اقل ثم استحق الكرم المذكور رجل اخر فاقام بينة واخذه القضاء القاضي، ثم طلب المستحق من المشتري الغلة التي تصرف فيها المشتري، هل يجب على المشتري رد الغلة أم لا؟ ولو كان الكرم خرابا حتى اشتراه، وعمر المشتري وانفق في عمارته من قطع الكرم وبناء الحيطان وغرسه فازدادت قيمة الكرم وصار يساوي ضعف الثمن او اضعافه، هل يوضع من الغلة مقدار ما انفق أم لا؟ فاجاب: ان كانت الغلة قائمة في يد المقضي عليه وقت القضاء وعلم القاضي بها رد عينا الى المقضي له وهو متبرع بما انفق ولو هالكة وخارجة عن ملكه وقت القضاء به فلا"[1]

هذا النص يوضح موقف الفقهاء بالنسبة الى البقولصيه و هو انه يكونه مقابل ضرر واقع ممكنه تحديده

---

(١) مصادر الحق : ٦ / ١٧٣

الفصل الثانى : الدعاوى فى البيع وجزاؤها

ليس هناك فرق كبير بين الفقه والقانون فى الجزاء المترتب على الدعاوى فى البيع إلا أن القانون يفرض الربح المتوقع والخسارة التى تفوت لأجل التأخير كما يفرض فائدة (interest) وهذا ما منه التعويض لا يسمح بهما الفقه الإسلامى ومن ثم لا جزاء عليهما فالدعوى للحصول على الربح المتوقع والخسارة بهذا المعنى الخاص والفائدة المترتبة على التأخير فى أداء الثمن لا تصح اذ ليس هناك حق يرفع الدعوى لتحصيله.

المبحث الاول فى الدعوى للثمن

الالتزام المشترى بدفع الثمن هو من أهم الالتزامات التى تترتب بذمته بمجرد إبرام عقد البيع وفى العقد الموقوف على خيار المشترى او اذا كان الثمن مؤجلا فيلزم أداء الثمن على اجازته فى الخيار وبتصرفه الذى يقوم مقام الاجازة واذا انقضى الأجل فللبائع ان يرفع الدعوى لوفاء الثمن وينظر فيه هل نقل المبيع الى المشترى ام لا سواء تم التسليم او لم يتم، فالدعوى لا ترفع قبل نقل المبيع الى المشترى كما لا تصح رفعها قبل حلول الأجل وهناك حق حبس المبيع للبائع قبل تسليمه السلعة الى المشترى عند امتناعه عند وفاء الثمن

والقانون سيفقد مع الفقه اذ تنص مادة رقم ٥٥

" where under a contract of sale the property in goods has passed to the buyer and buyer wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may sue him for the price of the goods.

(2) Where under a contract of sale price is payable on a day certain irrespective of delivery and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay such price, the seller may sue him for the price although property in goods has not passed and the goods have not been appropriated to the contract." (١)

المبحث الثاني في دعوى التعويض للاخلال في التسليم

ويجب على المشتري تسلم المبيع [redacted] حيث لا يستطيع البائع تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه بالتسليم طالما لم يكيد المشتري ملزما

بالتسلم والفقه الإسلامي كذلك يسمح للبائع بحبس المبيع إذا كان البائع قد شرط في العقد أي إذا كان في موعد معين ومكان معين ولكن الفقه يختلف عن القانون في فرضه التعويض على الضرر وغاية ما فيه أن الفقه يعتبر المبيع أمانة في يد البائع إذا برأ البائع من ذمة تسليم المبيع، والقانون يجيز رفع الدعوى في هذا الصدد وينص "Where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may sue him for damages for non-acceptance."(١)

المبحث الثالث في دعوى التعويض للاخلال في التسليم

إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشتري وأخل بالتزام تسليمه في المكان او الوقت المعين حسب الإتفاق فللمشتري ان يرفع الدعوى ويجبر على تسليم المبيع اجاز الفقه ولكن بالنسبة الى الدعوى لحصول التعويض عن الضرر — ربح او خسارة يتوقعها - يختلف الفقه عن القانون

---

(١) قانون بيع المنقول مادة ٥٧

ونص القانون

" Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may sue the seller for damages for non delivery."(1)

المبحث الرابع فى دعوى تصحيح العقد

هناك سلطة تخييرية للمحكمة فى تصحيح بعض العقود فى بعض الحالات اذا رفع اليها دعوى امام القاضى منها حالة هلاك المبيع(2) ويتعذر الفسخ ولفقه كذلك يرى فى بعض الحالات خيار للمشترى فى الفسخ والابقاء كما هناك بعض الحالات لا يجوز الفسخ فيها وسند تلك البعض لفقهية حواد مرشد الحيران

" اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل ان يسلمه للمشترى جاز للمشترى فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد والرجوع على البائع بالثمن اذا كان البائع قد قبضه، واذا كان الهلاك بفعل أجنبي فالمشترى بالخيار بين فسخ البيع والرجوع بالثمن"(7)

---

(1) قانون بيع منقول مادة ٥٧ / Specific Relief Act Sec. 25 / قانون بيع منقول مادة ٥٨

(2)

(7) مرشد الحيران مادة ٤٦٠، ٤٦٣، ٤٦٥

" وقد يتعذر فسخ البيع ، كما اذا حدث في المبيع زيادة ما لغة عند الرد كصبغ الثوب والبناء والغرس في الارض المبيعة ، وكما اذا تصرف المشتري في المبيع ببيع او هبة ، وكما اذا هلك المبيع في يد المشتري ، وكما اذا حدث بالمبيع عيب جديد عند المشتري ففي جميع هذه الاحوال يتعذر الفسخ ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن ويقدر النقصان بالثمن يأخذ يوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا ويحسب النسبة بين القيمتين ثم ينسب الى الثمن المسمى ، وبمقتضى هذه النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان "(١)

المبحث الخامس في دعوى على نقصه شرط ولفائدة

ان القانون يجيز الدعوى سواء قبل البائع او المشتري لأخذ الفائدة التي تترتب على الثمن عند تأخير الوفاء او التأخير في رده(٢)

وفقه احكام الشريعة الاسلامية لا يجوز فرض الفائدة على هذه المبالغ ، اما في الدعوى على نقصه شرط من شروط العقد فالقاعدة في الفقه التحديد الضرر هو كما ذكرنا سابقا قبل وفي وجود العيب القديم في المبيع يجيز الفقه الفسخ منه اذا لم يكن مطابقا لغرض المشتري فيفرضه ابقاء العقد يعوضه بوضع الثمن والرفع بحصته وقد ذكرنا النصوص سابقا . وعلى ضوء القاعدة الفقه تختلف في دعوى البطلان في العقد الذي الفسخ قبل حلول الموعد للنفاذ ؟

(١) مصادر الحق : ٦/٢٢٧ (٢) قانون بيع المنقول مادة ٦١ ، ٥٩ ، ٦٠

نتائج البحث

نتائج البحث

حيث فرغنا من مقارنة شريعة بين الفقه والقانون (بيع المنقول) وصلنا الى نتيجة على النحو التالي

المواد التي جاءت في القانون اكثرها بين مواضع الاجتهاد بالمفهوم الفقهي اذ فيها اختلاف آراء الفقهاء المسلمين وقلما يخرج القانون عن جملة اراء الفقهاء

ولكن من الناحية التحليلية تستخلص النقاط التالية

١) لم يأخذ القانون بما يخالف الأحكام المنصوص بالقرآن والسنة او الإجماع إلا في مواضع قليلة

ب) سكت القانون عن بعض أحكام العقد التي نصت عليها السنة

ج) القانون لا يوافق رأي الفقهاء على الإطلاق في بعض الأحكام

أما المواد التي تخالف النص الشرعي فهي مادة ٥ - جزؤها الأخير - إذ تقول :-

"... delivery or payment or both shall be postponed."

لأن النبي صلى الله عليه وسلم" نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"

المادة رقم ٦ (٢) تقول في محل البيع

"(2) There may be a contract for the sale of goods the acquisition of which by the seller depends upon a contingency which may or may not happen."

لأنها تصريح في جواز جميع الغرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه

المادة رقم ٦١ التي تفرضه الفائدة (الربا) على التأخير في وفاء الثمن لأنها مخالفة لنص القرآن (أحل الله البيع وحرم الربا)

أما الأحكام المنصوصة بالسنة في باب البيع التي كان ذكرها واجبا في البيع هي

أ) اتحاد المجلس وخيار المجلس ضمن الإيجاب والقبول

ب) البيوع المنهي عنها نحو تلقي الجلب والمساومة

ج) اشتراط قبض المبيع المنقول واشتراط التقابض في الصرف

د) ذكر الشروط المعتبرة في السلم

3-10-83

أما الأحكام التي يخالف فيها القانون رأي عامة الفقهاء وهي

٢) المادة رقم ١٠ التي تجيز تولي الرجل الثالث على تقدير الثمن وعدم تسمية الثمن عند العقد لأنها تدخل في مفهوم الغرر

٥) المادة رقم ٧٥ التي فيها استثناء على أن العامل التجاري ينقل ملكية المبيع بدون الإذن من مالكه بشروط

٥) المادة رقم ٥٦ و ٥٧ لفرضه التعويض على ضرر حادث من الإخلال في التسليم والتسلم وترى أن الربح المتوقع أو الخسارة التي فاتت

٥) إن القانون لم يهتم باستقلال موضوع السلم بينما الفقهاء افردوا بابا للسلم لاختلاف احكامه عن البيع المطلق في الشروط

ولكي يتحقق لنا غرضه تطبيق الشريعة الإسلامية يجب علينا اعادة النظر في جميع القوانين الوضعية، فبناء على هذه المقارنة الشريعة بين الفقه و قانون البيع الوضعي إننا بحاجة الى

١- الغاء المواد التي تخالف النصوص الشرعية

٢- ادخال احكام البيع المنصوصة بالسنة في مجموعة مواد القانون

٣- لتعديل المواد المخالفة مع عامة الفقهاء

٤- اعادة النظر في الترتيب والتبويب وتفصيل السلم والصرف عن البيع المطلق

والله الموفق

المراجع

القرآن الكريم

السنة

الشوكاني	محمد بن علي	سيل الأوطار	دار الجليل - لبنان
منير القاضي	منير	شرح مجلة الأحكام العدلية	مطبع لبناني سنة ١٩٢٩م
ابن قدامة	أبو محمد عبد الله	المغني	دار المنار ١٣٦٨هـ
ابن حجر المكي	أحمد شهاب الدين	الفتاوى الكبرى الفقهية	عبد الحميد أحمد - مصر
الدسوقي	محمد عرفة	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير	مطبع عيسى البابي مصر
أبو القاسم نجم الدين	جعفر بن الحسن	شرائع الإسلام	النجف ١٩٦٩م
الزرقاني	محمد	شرح الزرقاني على الموطأ	دار الفكر ١٩٢٦م
التنوخي	سحنون بن سعيد	المدونة الكبرى	مطبع السعادة ١٣٢٣هـ
الكاساني	علاء الدين بن أبي بكر	بدائع الصنائع	سعيد يحيى ١٤٠٠هـ
الشربيني	محمد	مغني المحتاج	
الدردير	أبو البركات أحمد بن محمد	الشرح الصغير بهامشه للصاوي	دار المعارف مصر ١٣٩٢هـ
النووي	محي الدين بن شرف	المجموع شرح المهذب	مصر
الشامي	ابن عابدين	رد المحتار على الدر المختار	مكتبة حامدية - كوئته باكستان
الشيرازي	أبو إسحاق إبراهيم بن علي	المهذب	عيسى الحلبي. مصر

Accession No.....

السنهوري	عبد الرزاق	مصادر الحق	مصر ١٩٥٤م
آل حسين	محمد عبد الله	الزوائد	دار البيارق
البهوتي	منصور بن يونس	كشاف القناع	مكتبة النصر الحديثة - الرياض
الأستاذ دكتور حسين حامد حسان		المدخل	شركة الطوبجي - القاهرة
المرغيناني	ابو الحسن علي بن ابي بكر	الهداية	المكتبة الإسلامية
ابن رشد	ابو الوليد محمد بن احمد	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	المكتبة العلمية - لاهور
الجزيري	عبد الرحمن	الفقه على المذاهب الأربعة	المكتبة التجارية الكبرى - مصر
ابن الهمام	كمال الدين محمد بن عبد الواحد	فتح القدير	دار صادر - بيروت
ابن نجيم	زين الدين	البحر الرائق	المكتبة الماجدية - باكستان
المرداوي	علاء الدين ابو الحسن	الإنصاف	دار احياء التراث العربي - بيروت
قدري باشا		مرشد الحيران	
الرملي	ابو العباس احمد بن حمزة	نهاية المحتاج	المكتبة الإسلامية

Acts

1) SALE OF GOODS ACT
2) CONTRACT ACT
3) SPECIFIC RELIEF ACT

Chaudhury : A.M Commentry on Sale of Goods Act.

BENJAMIN : JUDAH PHILIP A TREATISE ON THE LAW OF SALE OF PERSONAL PROPERTY Ed. 8 - Sweet & Maxwell Ltd.