العقود المسماة

البيع * المقايضة * الإيجار

في الفقه الإسلامي والقانون المدني
دراسة مقارنة

الدكتور

محمد الزحيلي

أستاذ الفقه الإسلامي والدراسات العليا

عضو وخبير المجامع الفقهية

دار الفكر

دار العصماء

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

1439 هـ 2019 م

يمنع طبع هذا الكتاب أو أي جزء منه بكل طرق
الطبع والتصوير والنقل والترجمة والتسجيل الحاسوبي.. وغيرها
إلا بإذن خطي من دار العصماء





فـــرع أول : سورية - دمشق - برامكة - جانب دار الفكر

قبل دار التوليد - دخلة الحلبوني

هاتـــف: 2224279 -11-00963 - تلفاكس : 2257554 -11-00963

فرع ثاني : دمشـق - ركن الدين -الســوق التجــاري

جانب مجمع الشيخ أحمد كفتارو

هاتـــف: 2770433 -11-00963 تلفاكس : 2752882 -11-00963

ص.ب : 36267 - موبايل : 944/349434 -00963

E-mail:daralasma@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

إن الحمد لله ، نحمد ونستغفره ، ونستعين به ونتوكل عليه ، ونسأله الهداية والتوفيق والسداد في القول والعمل ، وندعوه سبحانه أن يعلمنا ماينفعنا ، وأن ينفعنا بما يعلمنا ، وأن يأخذ بيدنا إلى ما فيه الخير والفلاح في الدنيا والآخرة .

والصلاة والسلام على رسول الله ، إمام الهدى ، ونبي الرحمة ، ورضي الله تبارك وتعالى على أصحابه الغر الميامين ، وعلى التابعين والأئمة المجتهدين ، والفقهاء المخلصين ، والعلماء العاملين ، الذين يدعون لكل خير ، ويعملون به ، فكانوا كالمنارات والمصابيح على مر الأيام .

وبعد :

فإن أحكام المعاملات التي تتم بين الناس في سورية ينظمها القانون المدني الذي صدر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٨/٥/١٨ ، وهو مأخوذ من القانون المدني المصري مع تعديلات طفيفة جدا ، والقانونان المصري والسوري يرجعان في أصلهما إلى القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون ، وعندما فكر الحكام في مصر بتبني القانون الفرنسي قامت عدة لجان ومجالس تشريعية في مجلس الشيوخ ومجلس النواب بترجمته ودراسته ومناقشته وتعديله جزئيا عن أصله الفرنسي لإكسائه باللباس العربي ، وإسباغ الصبغة العربية عليه ، ليتم إقراره وتنفيذه ، واعتمدت هذه اللجان في أثناء عملها على الشريعة الإسلامية لتأخذ من معينها بعض النظريات الفريدة

فيها ، وبعض الأحكام والتفصيلات التي تقتضيها الحاجة والظروف والبيئة والتعامل ، فكانت الشريعة الإسلامية أحد مصادر القانون من جهة ، وهي المصدر الاحتياطي للقانون عند فقد النص من جهة ثانية ، وهي المرجع التاريخي في التطبيق والتعامل من جهة ثالثة .

والطالب في كلية الشريعة درس عدة مواد قانونية ، ودرس في السنة الثانية المدخل للعلوم القانونية ، ثم درس في السنة الثالثة نظرية الالتزام بمصادره وأحكامه، كما أنه درس عدة مواد شرعية في السنوات الثلاث الأولى ، وفي السنة الرابعة يدرس القانون المدني المقارن مع الفقه ، كما يدرس المواد الفقهية المتعددة ، ومنها الفقه المقارن .

وندرس في مادة القانون المدني المقارن مع الفقه بعض أحكام العقود المسماة التي نص عليها المقرر ، وهي : عقد البيع وعقد المقايضة وعقد الايجار، وما يتفرع عنها من عقود فرعية ، سواء ما أقره القانون أو نظمه وقيده ، أو منعه وألغى استعماله وتطبيقه ، وذلك بالمقارنة بين أحكام القانون المدني وأحكام الفقه الإسلامي .

منهج البحث :

لذلك سوف نسير في البحث على أسلوب المقارنة بين القانون والفقه ، وسوف نعتمد في الجانب القانوني بشكل رئيسي على مايلي:

١ ــ القانون المدني بنصه وحرفه ، ليكون أساس البحث ، فنعرض أحكامه بحسب ترتيبها غالبا في القانون ، ونبين المقصود منها،ونشرح الأسس التي قامت عليها.

٢ ــ المذكرة الإيضاحية التي وضعت في مقدمة القانون المصري .

٣ ــ المناقشات التحضيرية التي رافقت وضع القانون في مصر ، وأصدرتها وزارة العدل المصرية باسم « مجموعة الأعمال التحضيرية » ، و « التقنين المدني المصري » الذي أصدره الدكتور جمال الدين العطيفي عام ١٩٤٩ بالقاهرة .

٤ ــ الكتب القانونية التي وضعها شراح القانون في سورية ومصر وبعض البلاد العربية التي سارت في ركب هذا القانون .

٥ ــ قرارات محكمة النقض السورية والمصرية لتحديد الاجتهاد القضائي للنص القانــوني •

أما في الجانب الفقهي فسوف يكون اعتمادنا على :

١ ــ الفقه الحنفي من كتبه ومراجعه المعتمدة في المذهب •
٢ ــ المذاهب الفقهية الأخرى : المالكية ، الشافعية، الحنابلة، من كتبهم المعتمدة•
٣ ــ مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها الدولة العثمانية في المعاملات المدنية ، اعتمادا على المذهب الحنفي، ونستأنس في هذا الخصوص بكتاب « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان » الذي وضعه العلامة محمــد قــدري باشا من المذهب الحنفي أيضا •
٤ ــ القانون المدني الأردني ومذكرته الإيضاحية ، وهذا أحدث قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة ، مستفيدا مــن الترتيب القانونــي الحديث، والتنظيم القانوني السائد في البلاد العربية والقوانين الأجنبية، ثم نقل مع تعديلات طفيفة إلى قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني السوداني والقانون المدني اليمني، ويتفق تقريباً مع القانون المدني الكويتي.

٥- الكتب الفقهية التي صدرت حديثاً للعلماء وأساتذة الشريعة في الجامعات العربية والإسلامية.

خطة البحث: وقد قسمت البحث في هذا الموضوع كما يلي:

الباب التمهيدي : أحكام عامة في المقارنة ، وأحكام العقود،والعقود المسماة•
الباب الأول : البيع بشكل عام •
الباب الثاني : بعض أنواع البيوع •
الباب الثالث : عقد المقايضة •
الباب الرابع : الإيجار بشكل عام •
الباب الخامس : بعض أنواع الإيجار •

وسوف نقسم الأبواب إلى فصول ومباحث بحسب ما تقتضيه طبيعة البحث، وسوف نضع الفقرات في عناوين جانبية ، مع مراعاة التقسيم المنطقي ، والتسلسل السليم في عرض الأفكار تسهيلا على الطالب في دراسة الموضوع ، ومساعدته على فهمه ، والأخذ بيده على حفظه واستيعابه والاستفادة منه .

نسأل الله تعالى أن يوفقنا لما يحب ويرضاه ، وأن يلهمنا السداد والرشاد ، وأن يمنحنا الإخلاص ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

محمد الزحيلي

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الجديدة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه، وبعد:

فإن المال شقيق الروح، وإن المال عصب الحياة، وإن المال أحد الضروريات الخمس التي حرص الإسلام على حفظها، وهي: الدّين، والنفس، والعقل، والنسل أو النسب أو العرض، والمال.

ولذلك كان التعامل بالمال ضروري في الحياة، فابتكر الناس العقود والوسائل المختلفة لتداوله، والمعاملة به فيما بينهم، وأهم هذه العقود البيع وأنواعه، والإجارة وأنواعها.

وجاء التشريع الإسلامي بأحكام مفصلة للبيع والإجارة، وكانت متميزة على سائر الشرائع والأنظمة والقوانين، بربط المعاملات فيها بالعقيدة والإيمان، والأخلاق والسلوك، وفكرة الحلال والحرام، والالتزام الديانى والقضائي.

واعتمدت القوانين المدنية في العصر الحاضر على الفقه الإسلامي، واستمدت منه الأحكام والتفاصيل، والأسس والقواعد، وراعت تطور الزمان والمستجدات المعاصرة، فكانت متميزة على غيرها من قوانين العالم، وخاصة القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون الكويتي، والقانون السوداني، والقانون اليمني، وسبق جميع ذلك مجلة الأحكام العدلية.

واعتمد القانون المدني المصري السوري على القانون المدني الفرنسي مع صياغة عربية، وتعديلات جذرية ليتفق مع الفقه الإسلامي والبلاد العربية، ولذلك تلتقي غالباً مع القوانين المستمدة كلياً من الفقه الإسلامي الزاخر الذي يعدّ ثروة عظيمة لأمتنا.

وكانت العقود أهم أركان هذه القوانين، وسميت بالعقود المسماة لأهميتها وتنظيم أحكامها واستقلال كل منها باسم معين، وتضمنت أحكام الالتزام عامة، ثم الأحكام التفصيلية لكل عقد، مع عرضها في مصادر الالتزام، ليأتي العقد أول مصدر.

ويتبوأ عقد البيع وعقد الإجارة مكانة القمة لأهميتهما، وكثرة تطبيقهما في الحياة العملية، وحاجة الناس لتنظيم أحكامهما التي قد يقع فيها الاختلاف والمنازعة، فيرفع الأمر للقضاء والمحاكم للفصل في ذلك، مما اقتضى التوسع في تنظيم المبادئ العامة، والأحكام التفصيلية.

وعرضت في هذا الكتاب أحكام البيع والإجارة التفصيلية في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، مع المقارنة الكاملة مع ما ورد في القانون المدني، وبيان أنواع البيع، وبعض أنواع الإجارة، لوضعها بين يدي الطلبة والباحثين والعلماء، ويستفيد منها القضاة والمحامون وسائر الناس والمتعاملين.

واعتمد البحث على منهج الاستقراء والتتبع لما جاء عن أحكام البيع والإجارة، ومنهج الوصف والتحليل للنصوص، ومنهج المقارنة بين المذاهب الفقهية من جهة، ثم الاتجاهات القانونية من جهة ثانية، وتم عرض مراحل تنفيذ المنهج في التقديم التالي، للتذكر، والمذاكرة، وتسهيل عرض المعلومات بعناوين جانبية، مع التقسيم لفقرات متتالية لمساعدة القارئ على الإحاطة والحفظ وجاء الكتاب حسب الخطة الآتية:

التقديم.

الباب التمهيدي: أحكام عامة، عن المقارنة بين الشريعة والقانون، وبيان العقود المسماة.

الباب الأول: البيع بشكل عام في ثلاثة فصول عن أهمية البيع وتعريفه وخصائصه، وأركان البيع، وآثار البيع.

الباب الثاني: بعض أنواع البيوع، في ستة فصول، وهي بيع الوفاء، وبيع ملك الغير، وبيع الحقوق المتنازع عليها، وبيع التركة أو المخارجة، والبيع في مرض الموت، وبيع النائب لنفسه.

الباب الثالث: عقد المقايضة، وهو نوع من البيوع، لكنه أسبقها تاريخياً، فاستقل عنها.

الباب الرابع: الإيجار في أربعة فصول، عن تعريفه وأهميته وخصائصه، وأركان الإيجار، وآثار الإيجار، وانتقال الإيجار وانتهائه.

الباب الخامس: بعض أنواع الإيجار، في ثلاثة فصول، في إيجار الأراضي الزراعية، والمزارعة، وإيجار الوقف.

ثم الخاتمة وثبت المراجع وفهرس المحتويات.

تمّ طبع هذا الكتاب منذ أكثر من ثلاثين سنة، وتكرر تصويره عدة مرات، وبقي حبيساً بين جدران الجامعة، ثم رأيت طباعته طبعة جديدة لإعادته إلى الحياة، وليتم النفع العام به.

ونسأل الله التوفيق والسداد، والمساهمة في خدمة الطلبة والباحثين والأمة، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

الباب التمهيدي

أحكام عامة

يتضمن هذا الباب أحكاما عامة تمهد بين يدي البحث ، وتعطي المقدمات اللازمة له ، كما تقيم جسراً للربط بين هذه الدراسة والدراسات السابقة القانونية والشرعية.

وينقسم الكلام في هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : المقارنة بين الشريعة والقانون .

الفصل الثاني : العقود المسماة في القانون المدني .

الفصل الأول

المقارنة بين الشريعة والقانون

تقوم هذه المادة على المقارنة بين القانون المدني السوري المطبق حاليا في سورية وبين الشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة في سورية وبقية الوطن العربي والعالم الإسلامي طوال ثلاثة عشر قرناً .

ولا ينكر أحد فائدة الدراسة المقارنة وأهميتها بالنسبة للطالب والباحث والعالم والقاضي والمحامي ، فإنها تفتّح الذهن ، وتنمي الملكة العقلية ، وتفتق ينابيع المعرفة، وتضع اليد على الآراء المتنوعة ، والبحوث المختلفة ، والأدلة المتباينة ، والحجج المتعارضة ، وتفرض على الباحث والقارىء التأني والهدوء وسعة الصدر والروية في إبداء الرأي وحب الاطلاع والمعرفة، ثم تمنحه أخيرا السلاح القوي، والحجة المقنعة، والسند الرصين في الاقتناع ، والوقوف على الحق ، والتمسك به ، وعدم الحياد عنه، دون أن يخشى فيه لومة لائم .

وهذه الفوائد هي بعينها الباعث على طلب الشورى في الإسلام ووجوب الاستشارة في جميع الأمور ، « فانه لا خير في أمر أبرم من غير شورى » ، « ولا يخيب من استشار » . وهذه الفوائد هي الباعث على التوسع في الدراسات المقارنة ، وتخصيص مادة مستقلة لها ، والتوصية بالسير على نهجها في بقية المواد .

ولهذا أوصت ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة في الجامعات العربية المنعقدة في جامعة بغداد في شهر آذار (١٤ ــ ٢٠) لعام ١٩٧٤ ، أوصت بوجوب الاهتمام بالدراسات المقارنة ، سواء بين القوانين العربية،أو بينها وبين الفقه الإسلامي،

باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني في البلاد العربية[1] .

والمقارنة بين القانون والشريعة تحقق هذه الفوائد والمنافع ، ولكن لابد من إبداء بعض الملاحظات مسبقا على هذه المقارنة ، لتكون بين يدي القارىء وأمام عينيه قبل الخوض في المقارنات الجزئية .

اولا : الأصل والمصدر :

إن الفقه الإسلامي ذو أصل سماوي ، ويرجع إلى المشرع الأصلي وهو الله سبحانه وتعالى ، ، القائل : « إن الحكم إلا لله » الأنعام/٥٧ ، وإن الأحكام الشرعية في الفقه مستمدة من القرآن الكريم والسنة الشريفة والإجماع والقياس وبقية مصادر التشريع الأخرى المحددة في علم أصول الفقه .

أما القانون المدني فهو تشريع وضعي ، اختاره بعض الناس ، ووضعه فئة من البشر ، فالقانون السوري مأخوذ من القانون المدني المصري[2] ، والقانون المصري مستمد من القانون الفرنسي ، والقانون الفرنسي يرجع في أصوله إلى القانون الروماني « قانون جوستنيان » .

وهذا يعني أنه لا مجال للمقارنة بين تشريع سماوي ، وضعه رب العالمين ، وخالق البشر ، ومنظم الكون ، وأنزله على يدي أنبيائه ورسله ، وبين تشريع وضعي، وضعه جماعة من الناس بحسب ماتمليه عليهم عقولهم ، وتجارب من سلفهم ، متأثرين بالعواطف والميول والنزعات القومية والوطنية والطائفية والطبقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدولية والمحلية ، وهي أمور تحتمل الصواب

---

(١) انظر : النظرية العامة للالتزام ، الدكتور محمد وحيد الدين سوار ١/ب .

(٢) انظر مواطن الخلاف بين القانون المدني السوري وأصله المصري في (النظرية العامة للالتزام ، الدكتور سوار ١/٧ وما بعدها ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٧ وما بعدها) .

والخطأ ، وتقبل التغيير والتبديل ، وتخضع للمؤثرات ، وكثيرا ما يضل العقل أو يخطىء ، أو يزيغ أو ينحرف ، أو يتأثر باتجاه معين أو فكر خاص ، فإن تبدلت المؤثرات أصبح القانون خطأ في ذاته ، وعبئا على غيره ، وعرضة للتبديل والتغيير باستمرار .

ولذلك فإن المقارنة بين الشريعة والقانون لاتصح إلا على سبيل التنزل من جهة، وأن هذه المقارنة ستكشف للطالب والباحث نطاق الاتفاق والاختلاف بينهما ، وأن البواعث والأسباب لوجود نقاط الاتفاق كثيرة ، كما أن جوانب الاختلاف بينهما واضحة ومكشوفة ، وتدل على نتائج متعددة ، وتؤكد استقلال كل منهما عن الآخر في مصادره وأحكامه وأهدافه ، كما يستفيد الطالب والباحث القناعة الكافية لسعة الشريعة الغراء ، وصلاحها لكل زمان ومكان ، وأسبقيتها للتشريعات العالمية التي لم تصل في رقيها في كثير من الجوانب إلا بعد نزول الشريعة وكمالها بعدة قرون .

ثانيا : مرحلة التطبيق :

عاش القانون المدني في سورية حوالي ٣٤ سنة في مجال التطبيق والتجربة العملية، وتولاه القضاة والمحامون والشراح ولجان التشريع بالرعاية والعناية والتهذيب والتنقيح والشرح والتعديل وحسن الصياغة للوصول إلى الأفضل طوال هذه الفترة ، وترفده الخبرة المماثلة في مصر في مثل هذه الفترة ، ويرنو بالاقتباس والاستئناس والتأثر بالخبرة الفرنسية طوال مائتي سنة أيضا .

أما الفقه الإسلامي فإنه عاش في سورية منذ أربعة عشر قرنا ، وعمل به في مجال الممارسة والتطبيق والتجربة العملية طوال هذه المدة ، وتولى رعايته العلماء والفقهاء والأئمة المجتهدون والقضاة طوال هذه الفترة ، ويرفده ، بل يقوم ويعتمد على مثل هذه الرعاية والخبرة والتطبيق في جميع أنحاء العالم الاسلامي في القارات الثلاث ، ونهض العلماء من مختلف المذاهب ، ومن شتى الأمم والشعوب بتدوينه ، وسقي غراسه ، وصياغة أحكامه ، والتأليف فيه ، وتنقيح عباراته ، ووضع قواعده وتعريفاته ، حتى تم صقله وبناؤه ، وأضحى أعظم ثروة فقهية تشريعية في العالم .

ثالثاً : أثر العقيدة والأخلاق :

يعتمد الفقه الإسلامي في جميع جوانبه على العقيدة الإسلامية التي تسبق وجوده ، وتواكب سيره ، وتحدد هدفه ، وتصون تطبيقه ، وتحفظ مبادئه ، وتدفع الرعاة والرعية إلى محبته وتعلمه وتطبيقه والالتزام به ديانة ، وابتغاء مرضاة الله تعالى في الدنيا والآخرة ، وهذا أعظم حماية وضمانة وكفيل لسد الثغرات ومنع التحايل على النصوص والأحكام .

كما تحوطه الأخلاق الإسلامية الفاضلة بسياج عظيم لتسمو به إلى الدرجات العليا فهما وتطبيقا وممارسة ، حتى تكاد أن تمتزج الأخلاق الفاضلة مع الأحكام الفقهية العملية في كل جزئية منه ، لأن الإسلام ـ بعقيدته وعباداته وأخلاقه وأحكامه ـ كلٌ لايتجزأ نظريا وعمليا .

أما القانون المدني فلا صلة له بالعقيدة والديانة ، ولا مساس له بالأخلاق الفاضلة إلا في أضيق الحدود وأقل الدرجات ، وهذا يكشف سبب الانفصال بين القانون وطبيعة الشعب والناس والأفراد ، وأنهم لايهتمون بوجوده ،ولا يتحسسون فائدته ومنفعته إلا إذا اضطروا إليه ، أو رأوا فيه المصلحة الشخصية ، أو الفائدة المادية ، بينما يتنكبون جانبه ، ويعرضون عنه ، ويتهربون من تطبيقه وتنفيذه ، ويتحايلون على قواعده وأحكامه ما أمكنهم ذلك ، وبمختلف الأساليب والسبل .

رابعا : تحقيق المصالح :

إن نقطة الالتقاء الأساسية بين القانون المدني والفقه الإسلامي ترتكز على تحقيق مصالح الناس ، فالأحكام الفقهية تهدف إلى تطبيق مقاصد الشريعة في تحقيق مصالح الناس ، وذلك بجلب المنافع لهم ، ودرء المفاسد عنهم ، وأن الأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد في الدنيا والآخرة ، وكذلك القانون المدني ، فإن الباعث الأصلي لوضعه ، والمنطلق الأساسي لاختيار نصوصه ، هو تحقيق مصالح الناس وإقامة التوازن والعدالة والاستقرار بينهم .

ولكن يظهر هنا اختلاف جوهري بين الشريعة والقانون ، وهو الاختلاف في معنى المصلحة وشروطها وحدودها ، بل نجد بونا شاسعا واختلافا عريضاً وتباينا عظيما في معنى المصلحة عند نفس واضعي القوانين القديمة والحديثة ، الشرقية والغربية ، الجماعية والفردية ، الاشتراكية والرأسمالية ، ويأتي واضع القانون ومشرعه ليصوغ أحكامه بما يحقق المصالح الخاصة التي ترمي إليها ، وهو ماسنراه مفصلا في عقد الإجارة في هذا الكتاب .

خامسا : تحقيق القصد والهدف :

إن الفقه الإسلامي طوال هذه الفترة ـ وتحت ظل العقيدة والأخلاق التي تحوط المجتمع عامة ، والتشريع خاصة ، والمعاملات المالية بشكل أخص ـ قد حقق أغراضه وأهدافه ، فتحققت مصالح الناس ، وتم جلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم، وكان الفرد يرعى الأحكام من تلقاء نفسه ، فيعرف حقه فيقف عنده ، ويدرك واجبه فيلتزم به ويقوم بأدائه ، وكانت التربية الدينية ، وتوفر الوازع الديني ، وقيام فكرة الحلال والحرام ، تدفع الفرد إلى تحري الحق تلقائيا ليمسك به ، فإن زاده التوجيه الديني أو التذكير الأخروي أو التحذير من القاضي رأيته تخلى عن بعض حقه لصاحبه وخصمه ، ورضي بالأقل من المطلوب ليظفر بأسمى منه عند رب العالمين ، وهو أجر المسامحة وحسن القضاء وحسن الاقتضاء وحسن الطلب والإحسان إلى غيره ... ، والأمثلة القديمة والحديثة أكثر من أن تحصى .

أما تطبيق القانون المدني الوضعي اليوم ـ مع بعده عن الدين والعقيدة ، وفصله بين الدين والدنيا ، واهتمامه بالجانب المادي فقط ـ فإنه يدفع المواطن بطريق غير مباشر إلى زيادة الحرص والأنانية ، والتمسك الشديد بالنصوص التي يستفيد منها ، والطمع المادي في الحصول على أكبر قدر ممكن من المال المتنازع عليه ، ولو كان على حساب خصمه ، أو كان على حساب الحق والعدل ، بل تجد كثيراً من الناس إذا أحسوا أن الحق يجانبهم ، وأن الخسران حليفهم ، تجدهم يهرعون إلى المحامين لتأمين أكبر قدر ممكن من التحايل على القانون ، والبحث عن ثغراته ،

والتهرب من أحكامه ،والعبث بمبادئه ، والحصول على أية وسيلة توفر لصاحبها الكيد من الخصم ، والنيل من حقه ، أو على الأقل لتضييع الوقت عليه ، وتأخير وصول الحق إليه ، وإثارته نفسيا ، ومضايقته ذاتيا ، وإن دور القضاء وأجهزة المحاكم خير دليل على ذلك ، وإن كثرة الدعاوى وإجراءات السير فيها، وتأخير البت بها ، خيرشاهد على ما نقول •

والسر في الأمر أن الشريعة الإسلامية نزلت من رب العالمين الذي خلق الانسان والبشر ويعلم مايصلحهم وما يفسدهم ، ويعرف طبائعهم وغرائزهم ، فأنزل عليهم الأحكام التي تصلح نفوسهم ، وتهذب قلوبهم ، وتهدي عقولهم ، وتحقق لهم الفوز والصلاح والسعادة للفرد والمجتمع ، في الدنيا والآخرة ، قال الله عز وجل : « لقَدْ أرسَلْنا رسُلنا بالبيِّناتِ وأنزَلْنَا معهُمُ الكِتابَ والميزانَ ليقومَ النَّاسُ بالقسطِ » الحديد/٢٥ •

وهذا مايحدو بنا إلى العودة إلى الشريعة الإسلامية عقيدة وأخلاقا وتشريعا ، ويرنو بأبصارنا إلى ظلالها الوارفة ، ويدفعنا للتمسك بها ، حتى يعود خلف هذه الأمة إلى ما كان عليه سلفها ، وحتى نلقى الله تعالى وهو عنا راض ، وما ذلك على الله بعزيز •

* * *

الفصل الثاني

العقود المسماة

تمهيد : محتوى القانون المدني :

تناول القانون المدني السوري أهم المعاملات المالية بين الأشخاص ، وقسمها إلى باب تمهيدي وقسمين ، وذلك في ١١٣٠ مادة .

ففي الباب التمهيدي ذكر القانون أحكاماعامة عن القانون وتطبيقه ،والأشخاص وأنواعهم ، والأشياء والأموال التي تكون محلا له (المواد ١ ــ ٩١) ، وهذا مايدرسه الطالب في مقرر « المدخل للعلوم القانونية » .

وفي القسم الأول عرض الالتزامات والحقوق الشخصية ، وضمنه الكتابين الأول والثاني .

استهل الكتاب الأول بالالتزامات بوجه عام ، فبين مصادر الالتزام الأساسية الخمسة،وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وحدد آثار الالتزام كالتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض وما يكفل حقوق الدائنين ، وذكر الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام كالشرط والأجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام ، ثم بين انتقال الالتزام بحوالة الحق وحوالة الدين ، وختم الكتاب الأول بانقضاء الالتزام بالوفاء وانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، وانقضاء الالتزام دون الوفاء به ، (المواد ٩٢ ــ ٣٨٥) وهذا مايدرسه الطالب في « النظرية العامة للالتزام » .

أما الكتاب الثاني من القسم الأول فقد خصصه القانون المدني للعقود المسماة (المواد ٣٨٦ ــ ٧٦٧)، وهي التي ستكون محل البحث في هذا المقرر ، فنعرض

هيكلها العام بإيجاز ، ثم تقوم بشرح ثلاثة عقود منهـا ، وهي عقـد البيع ، وعقـد المقايضة ، وعقد الايجار •

أما القسم الثاني في القانون فهو في الحقوق العينيـة ، وضمنه الكتابين الثالث والرابع •

ففي الكتاب الثالث ذكر القانون المدني فيه الحقوق العينية الأصلية ، كحـق الملكية ، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، كحق الانتفاع وحقـوق الارتفاق وحق السطحية والوقف والإجارتين والإجارة الطويلة (المواد ٧٦٨ — ١٠٢٧)

وفي الكتاب الرابع عرض القانون المدني فيه الحقوق العينية التبعية ، كالرهن بنوعيه : رهن المنقول والرهن العقـاري ، والتأمين العقاري وحقـوق الامتياز[1] ، (المواد ١٠٢٨ ــ ١١٣٠) •

وهذه الموضوعات تمثل جانبا من الفقه الإسلامي العام الذي عرض الأحكـام الشرعية التي تتعلق بمختلف شؤون الحياة : للفرد والمجتمع والدولة ، في الجوانب الدولية والسياسية والإدارية والقضائية والماليـة والأحـوال الشخصية ،وتحتـل المعاملات المالية قسطا كبيرا من الفقـه الإسلامي ، ويعرض الفقهـاء غالبا الأحكـام الشرعية في المعاملات المالية بابا بابا ، مثل باب البيع ، باب السلم ، باب الإجـارة ، باب العارية ••• ، وذلك حسب المذهب الواحد ، أو بالمقارنة مع بقية المذاهب •

وظهر في القرون الأخيرة كتب القواعد الفقهية، مثل كتاب : « القواعد » لابن رجب ، و « قواعد الأحكام في مصالح الأنام » للعـز بن عبد السلام ، و « الأشباه والنظائر » للسيوطي ، و « الأشباه والنظائر » لابن نجيم ، و « الفروق » للقرافي ، وبرزت في العصر الحديث النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، مثل نظريـة العقد ، ونظرية الالتزام العامة ، ونظرية التعسف في استعمال الحـق ، ونظريـة الضرورة ، ونظرية الضمان ، ونظرية الدعوى ••• ، وغيرها ، وهذا يساعد الباحث على الدراسة

---

(١) انظر : الوجيز في الحقوق المدنية ، القوتلي ٩٨/١ •

المقارنة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية .

وسوف يقتصر بحثنا هنا عن أحكام العقود في القانون المدني والفقه الإسلامي.

أحكام العقود في القانون المدني :

اهتم القانون المدني اهتماما كثيرا بالعقود ،وجعل العقد أول مصادر الالتزام، لأنه أهم مصادر الالتزام،وأكثر مصادر الالتزام شيوعا وانتشارا واستعمالا،وقد أولاه القانون أهمية كافية ، ورعاية كثيرة ، فأفرد للعقد قسطا وافرا في الالتزامات ، وبين النظرية العامة للعقد كأول مصدر من مصادر الالتزام ، ثم عرض أركانه وشروطه ، وحدد الجزاء المترتب على عدم توفر الأركان أو عدم استيفائها لشروطها ، وبحث آثار العقد في نظرية العقد ، ثم أكمل القانون آثار العقد في آثار الالتزام عامة ، والواقع أن أكثر أحكام الالتزامات تنطبق على العقد دون غيره من مصادر الالتزام، كالشرط والأجل وانعقاد الالتزام والوفاء به ، مما درسه الطالب في نظرية الالتزام العامة .

ويعرف علماء القانون العقد بأنه « اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه » وبعبارة مختصرة فالعقد هو « اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني »[1] .

ويعرف علماء الفقه الاسلامي العقد بأنه « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله »[2] .

فالتعريف القانوني يشمل العقد المنعقد والعقد الباطل ، أما التعريف الفقهي فلا يشمل إلا العقد المنعقد ، ولكن الآثار العملية للتعريفين واحدة ، كما سبق في نظرية العقد[3] .

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ص ٩٤ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٤٢/١ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية ، المادة ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٣) انظر المقارنة بين التعريفين ، مع بيان الفروق بينهما في (نظرية الالتزام العامة، الزرقا ص ٩٧ وما بعدها) .

وتجلت أهمية العقود في القانون بإفراد الكتاب الثاني من القانون المدني للعقود المسماة التي نص على أحكامها ، وبين أوصافها وشروطها وخصائصها ، وحدد آثارها التي تترتب عليها بشكل خاص، بالإضافة إلى الأحكام العامة للعقود في نظرية العقد.

طبيعة أحكام العقود :

تنقسم الأحكام القانونية من حيث طبيعتها وصفتها ودرجة الإلزام فيها إلى قسمين :

١ ــ أحكام آمرة : وهي الاحكام التي تتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة ، وتهدف إلى رعاية الأسس المهمة في المجتمع، وتحقيق أمن الدولة وكيانها واستقرارها، ولذلك ينص القانون على الالتزام فيها، وعدم الخروج عنها، وأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، لأنها ذات طابع يسمو على كل اتفاق أو مصلحة خاصة ، وتسمى الحقوق العامة ، أو أحكام النظام العام، أو حقوق المجتمع .

٢ ــ أحكام مكملة أو مفسرة : وهي الأحكام التي تتعلق بالمصالح الخاصة ، ولا يلزم الناس بالتقيد بها إلا اختياراً ورضاء ، صراحة أو ضمناً ، وتهدف إلى تأمين مصالح الأفراد ومنافعهم، ولكنها تعتمد على إرادة الأفراد واتفاقهم ، فهي تكمل إرادة الأطراف عند النص على قبولها ، أو عند مجرد السكوت ، ويحق للأطراف الاتفاق على خلافها[1] .

وإن أحكام العقود عامة تتصف بعدة صفات ، ولها طبيعة خاصة ، سبق بيانها في نظرية العقد العامة في مصادر الالتزام ، ويهمنا من هذه الصفات ــ في هذا البحث ــ أمران يتعلقان بالعقود المسماة خاصة ، وهما :

الأولى : أحكام العقود مفسرة :

إن أحكام العقود في القانون المدني هي أحكام تفسيرية غالبا ، أي أنها ليست

---

(١) انظر : الوجيز في الحقوق المدنية ، القوتلي ١/١٦٩ .

من النظام العام ، وأنه يجوز للأفراد مخالفتها ، ولهم الخيار في الالتزام بها وتطبيقها، أو الخروج عنها والاتفاق على غيرها ، ومتى أفصح المتعاقدان ــ صراحة أو ضمنا أو من القرائن المحيطة بالعقد ــ على أحكام تغاير الأحكام القانونية للعقود في القانون فلا يجوز تطبيقها على العقد ، ويلتزم الطرفان بما اتفقا عليه .

والسبب في ذلك أن الأصل في القانون أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن الأطراف يجوز لهم عند العقد وبيان الالتزامات المترتبة عليه أن يتفقوا على ما يحقق مصالحهم الخاصة ، وأن يعدلوا آثار العقد العامة ، وأن يحددوا نتائجه وما يترتب عليه بحسب ما يتفق مع إرادتهم ، وكل مايتم الاتفاق عليه بينهما عند العقد يصبح واجب التنفيذ والتطبيق ، لأن القانون فتح باب الحرية الكاملة لإرادة المتعاقدين في المعاملات إلا ما نص القانون على كونه أحكاما آمرة لايجوز مخالفتها أو الخروج عنها .

فإن تم العقد بين المتعاقدين بدون تقييد فيه ، وبدون أوصاف خاصة والتزامات معينة ، فهنا ينصرف العقد باسمه وشروطه وقيوده وآثاره إلى العقد المسمى في القانون ، وتكون أحكام القانون تفسيراً لإرادتهما ، فيلتزم الطرفان ــ والحالة هذه ــ بقواعده ، وإن اختلفا رجعا إلى أحكامه ، أو فصل القضاء بينهما بمقتضى النصوص المقررة في القانون [1] .

أما في الشريعة الإسلامية فالأصل في الأحكام الشرعية في العقود وغيرها أنها ملزمة للطرفين ، ولا يجوز للأفراد الخروج على أحكامها ، ويجب عليهم الالتزام بأحكام الشرع في المعاملات .

وأما حرية المتعاقدين في تعديل آثار العقد بالشروط الخاصة فإنها تصح بشرطين:

١ ــ أن لا يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد وطبيعته الأساسية وموضوعه الأصلي .

٢ ــ أن لا يخالف حكما شرعيا ثابتا بالنص .

---

(١) انظر : العقود الشائعة أو المسماة، حكيم ص ١٠ .

وتوسع في هذا المجال المذهب الحنبلي فأجاز الاشتراط في العقد ، وأعطى المتعاقدين الحرية في تعديل الآثار والالتزامات بما لا يتعارض مع النص، وقرروا أن كل شرط جائز إلا إذا ورد في الشرع مايخالفه ، بينما تشدد المذهب الحنفي في الشروط الخاصة المعدلة لآثار الالتزام ، وقرروا أنه لايجوز الشرط الزائد على العقد إلا اذا ورد به الشرع ، تطبيقا لمبدئهم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وتوسط المالكية والشافعية بين الاتجاهين السابقين[1] .

والسبب في تقييد حرية المتعاقدين في الشريعة يرجع إلى كون الأحكام الفقهية من أصل سماوي ، وأن الله تعالى شرع أحكام المعاملات بما يحقق للناس مصالحهم الكاملة ، ولم يفتح الباب على مصراعيه في حرية التعاقد احترازاً من استغلال أحد الطرفين خبرته أو ذكاءه أو جشعه أو ظروفه الخاصة على الطرف الآخر ، فيجور عليه أو يرهقه في الشروط أو يظلمه في التعامل ، أو يحيف عليه ، لأن الشرع يقصد إقامة العدالة والتوازن بين الطرفين ، وإن أحكام الشرع تحقق المصلحة الحقيقية والكاملة للطرفين ، وإن كل تغيير أو تبديل سيكون لحساب أحدهما على مصلحة الآخر ، ولايجوز لهما ذلك إلا بالشرطين السابقين .

وإن اتجاه الفقه الإسلامي في اعتبار أحكام العقود إلزامية في الأصل هو ما يتفق مع الاتجاه الجماعي ، والأنظمة الموجهة التي تحاول تحديد العقود بأوصافها وشروطها وشكلياتها ، وتلزم الناس بها ، وتمنعهم من الخروج عليها ، أو الاتفاق على مايخالفها .

فالقصد والهدف في الفقه الإسلامي تحقيق العدالة بين الناس ، وإقامة التوازن والمساواة بينهم في التعامل ، ولا ترضى الشريعة بالغبن والظلم والجور ، وإن رضي به صاحبه ، أما القصد والهدف في القانون فهو أن تكون الالتزامات قد نشأت عن

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/ ٤٦٩ وما بعدها ، المدخل للفقه الإسلامي ، مدكور ص ٦٦٠ ، الملكية ونظرية العقد ، أبو زهرة ص ٢١٦ ، ٢٣٦ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ٣/ ١٥٠ .

إرادة حرة ، وأن يتم الاتفاق بين الطرفين على العقد وآثاره ، دون نظر أو اهتمام لتحقيق العدالة أو التوازن بينهما إلا استثناء [1] .

ثانياً : أحكام العقود كلية وتطبيقية :

رأينا سابقا أن القانون المدني قسم أحكام العقود إلى قسمين : الأول قواعد كلية وأحكام عامة تظمها في مصادر الالتزام ، وتشكل هذه الأحكام نظرية العقد العامة ، وتشمل جميع العقود والاتفاقات التي تقع بين الناس ، والقسم الثاني : العقود المسماة التي تظمها القانون المدني في الكتاب الثاني منه فعرض الأحكام الخاصة لكل عقد على حدة .

وإن الأحكام الخاصة بالعقود المسماة هي تطبيق للقواعد العامة والمبادىء الكلية التي تظمها القانون في الكتاب الأول في الالتزامات ونظرية العقد .

ففي الكتاب الأول بين القواعد العامة للالتزامات ثم ذكر مصادر الالتزام ، وبدأ بأهم مصادر الالتزام وهو العقد ، فحدد أركانه ومبادئه العامة ، وبين آثاره ، وذكر انتهاءه وانحلاله .

وتأتي أحكام العقود المسماة ـ في الكتاب الثاني ـ تطبيقا لتلك القواعد العامة ، وتفصيلا لها في كل عقد من العقود بما يتفق مع طبيعته وموضوعه وآثاره ، وبالتالي يجب التوفيق والانسجام بين قواعد العقد العامة والأحكام التفصيلية والتطبيقية لكل عقد من العقود المسماة ، ويضاف لكل عقد أحكامه الخاصة به ، والتي تميزه عن غيره ، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك [2] .

مثال ذلك أن القانون أقر مدة التقادم العادي في الالتزامات وحددها بخمسة عشر

---

(١) انظر : الملكية ونظرية العقد ، أبو زهرة ص ٢١٦ ، والمراجع السابقة .

(٢) انظر : الوسيط ، للسنهوري ١/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٧، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢ ، العقود المسماة، بدراوي ص ٣ ، ٧ ، العقود الشائعة حكيم ص ١٠ .

عاما ، أما في العقود المسماة فقد أنقص القانون هذه المدة في بعض الأحكام إلى سنة أو ستة أشهر ، كما سنرى ذلك في ضمان العيب وغيره .

أما في الفقه الإسلامي فلا وجود لهذا التقسيم ، وإنما ذكر الفقهاء أحكام العقود المسماة مباشرة ، جملة وتفصيلا في آن واحد ، وهو ماسارت عليه مجلة الأحكام العدلية [1] .

وفي العصر الحاضر قام علماء الشريعة بتدوين وكتابة نظرية العقد العامة ، كمرحلة متطورة عن كتب القواعد الفقهية ، واقتباسا وتأثرا بالاتجاهات القانونية المعاصرة [2] ، وجاء القانون المدني الأردني فتوج هذا العمل ، وصاغ الأحكام الشرعية على الطريقة العصرية ، فنص على أحكام العقد العامة في نظرية كاملة في مصادر الالتزام ، (المواد ٨٧ ــ ٢٤٩) ، ثم نص على العقود المسماة تفصيلا ، كل عقد على حدة ، في الكتاب الثاني منه (المواد ٤٦٥ ــ ١٠٧١) .

ولكن أحكام العقود في الفقه الإسلامي ، وإن لم تقسم إلى أحكام عامة ، وأحكام خاصة ، تخضع إلى ترتيب آخر ، وتحوطها مظلة من نوع آخر ، ويجب أن يتحقق التوافق والانسجام بينها وبين أحكام العقود، وهذه المظلة هي أحكام العقيدة ومبادىء الأخلاق ومنهج العبادات، وأن المسلم يسير في حياته تحت هذه المظلة ، ويجب عليه شرعا أن تكون معاملاته انعكاسا صحيحا وسليما وصادقا مع عقيدته الصافية، وأخلاقه السامية، وعباداته اليومية، دون أن يقع بينهما تناقض أو نشاز أو تعارض ، لتصفو المعاملات بين الأفراد ، وتحتل مركزها الصحيح ، وهو أنها وسيلة في الحياة وليست غاية بذاتها ، فترتفع عن أدران المادة والطمع والجشع ، ويقل فيها الاستغلال والغش والتلاعب ، وتكاد المعاملات أن تصبح مثالية ، ويكاد الاختلاف أن يصبح معدوما، بمقدار التوافق والتطابق بين التعامل وآثار العقيدة وتمثل الأخلاق وصدق العبادات .

---

(١) كانت هذه الناحية أحد المآخذ على المجلة ، واعتبرتها المذكرة الايضاحية للقانون السوري أحد المسوغات لإلغاء المجلة (القانون المدني ص ٦) .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد للمرحوم محمد أبو زهرة ، المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ، وسائر كتب المدخل للفقه الاسلامي التي صدرت في العصر الحاضر .

معنى العقود المسماة :

نشأت هذه التسمية قديما عند الرومان ، وكان لها مفهوم خاص يختلف تماما عن مفهومها في العصر الحاضر •

فالعقود المسماة عند الرومان هي العقود التي يسمح لاطرافها عند الاختلاف فيها أن يرفعوا الدعوى المدنية فيها لدى المحاكم ، لتنظر فيها وتنفذ العقد بالقوة والاجبار على الممتنع •

أما العقود غير المسماة عند الرومان فلا يحق لأطرافها رفع الدعوى المدنية فيها لدى المحاكم ، وانما يلتزم كل طرف أن ينفذ العقد بارادته المحضة ، فان حصل التنفيذ الفعلي برضى الطرفين واختيارهم فقد تم العقد ، وإلا فلا ، وبعبارة مختصرة فان العقد المسمى عند الرومان يتمتع بحماية الدولة والمحاكم له ، خلافا للعقد غير المسمى[1] •

أما في القوانين المدنية المعاصرة فالمفهوم يختلف عن ذلك ، وقد أطلق اسم العقود المسماة على عدد من العقود التي شاعت واقتشرت بين الناس لحاجتهم اليها ، وممارستهم لها ، واستعمالها بشكل مطرد ، وصار لها أحكام خاصة ، وشروط معينة ، وآثار محددة ، بحيث اذا أطلق الاسم فهم المراد من موضوعه وآثاره ، ثم قامت القوانين بتنظيم أحكام هذه العقود وبيانها وحصرها ، ليرجع الناس اليها عند الاطلاق، ولتكون أحكام القانون تفسيراً لإرادة الطرفين عند الاتفاق على ذلك والإحالة إليه ، أو عند السكوت ، فجاءت وظيفة القانون ــ مبدئيا ــ لمجرد تنظيم أحكام العقود الشائعة والمنتشرة والمشهورة بين الناس ، ويؤدي القانون ــ بعد ذلك ــ وظيفة احتياطية لتحديد نوع العقد الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين، وبيان آثاره ، وتحديد نتائجه إذا سكت الأطراف عنها عند العقد ، ثم اختلفوا فيها عند التنفيذ ، فان أفصح

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص٤، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣ .

المتعاقدان عن أحكام تغاير الأحكام القانونية للعقود المسماة ، فإنهما يلتزمان بما اتفقا عليه ، ويجب على المحاكم تنفيذ الاتفاق المبرم بين الطرفين ، ولا يجوز تطبيق الاحكام القانونية عليهما • وتسمى هذه العقود : العقود المسماة ، أو العقود المعينة ، أو العقود الشائعة ، والاسم الاول هو الأكثر استعمالا في القوانين وشروح القوانين •

فالعقود المسماة هي العقود التي عرفت بأسماء معينة ، واحتواها القانون في مواده ، وبين أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود ، ولذا فلا بد للعقد المسمى في اصطلاح اليوم من توافر أمرين فيه ١ ــ أن يكون له اسم خاص ٢ ــ أن ينظم القانون أحكامه الخاصة به •

ويجدر التنبيه الى أن هذه العقود المسماة تختلف من زمن الى زمن ومن مكان الى مكان ، كما تتطور حسب حاجة الناس وما يألفونه من معاملات ، وما يتعارفون عليه من عقود ، وما يحتاجونه من اتفاقات ، وقد تظهر مع الزمن عقود جديدة في الحياة ، وقد تختفي عقود أخرى ، ويبدو هذا واضحا للعيان في العصر الحاضر . فقد ظهر فيه عقود جديدة كثيرة في العمل ووسائل الانتاج المختلفة والتطور التقني الحديث، وتأتي الأنظمة الخاصة لترعى هذه العقود،وتنظمها وتضمها إلى قائمة العقود المسماة ، ولذا تتعدد الانظمة والقوانين التي تنظم العقود المسماة ، كالقانون المدني والتجاري وقانون العمل والقوانين الخاصة بالمؤسسات والإدارات وغيرها[1]، ويقتصر بحثنا هنا على العقود المسماة الواردة في القانون المدني السوري •

وإن شيوع العقود المسماة في التعامل ، وتنظيمها في القوانين ، لايعني الحصر والتقييد ، ولا يفهم منه الحجر على حرية التعاقد ، بل يبقى للناس حرية الاتفاق والتعاقد وراء هذه العقود بحسب رضائهم واتفاقهم على ما شاؤوامن العقود والاتفاقات الخاصة التي تؤمن مصالحهم ، وتحقق حاجاتهم ، دون أن يحجر القانون عليهم في ذلك ، أو يمنعهم منها ، فان اتفقوا على عقد ما ، زيادة عن العقود المسماة ، فان اتفاقهم صحيح،وعندئذ تسمى هذه الاتفاقات بالعقود غير المسماة •

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٤ .

والقانون لم يتخل عن رعاية العقود غير المسماة ، ولم يسقط حمايته عنها ، بل أجاز للطرفين أن يرفعا الامر ــ عند الاختلاف ــ الى المحاكم ، وأوجب على القاضي أن يفصل بينهم ، وأن يطبق عليهم الأحكام العامة للعقود بما يتفق مع قصد المتعاقدين أو القرائن المحيطة بالعقد،أو بما يتفق مع الهدف العام من التعامل والتعاقد، وبما يحقق التوازن والعدالة بين الطرفين ، ولذلك جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (المادة ١٢٧) مايلي :

١ ــ تسري على العقود المسماة وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل .

٢ ــ أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها .

ثم حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة اليه[1] .

أما العقود المسماة في الفقه الإسلامي فهي متفقة مع المعنى القانوني الحديث في النتيجة ، ولكنها تختلف عنه في المبدأ .

ويتجلى الاتفاق في النتيجة أن جميع كتب الفقه الاسلامي قد دونت العقود المسماة ، وقام الأئمة والعلماء والفقهاء بعرض جميع العقود الشائعة والمنتشرة بين المسلمين ، وسجلوا هذه الاحكام تفصيلا في الكتب الفقهية ، وخصصوا لكل عقد باباً مستقلاً ، وبحثوا هذه العقود ــ في الغالب ــ بالتتابع : باب البيع ، باب السلم ، باب القرض، باب الإجارة ، باب الرهن ، باب الصلح ، باب الضمان ، باب الشركة ، باب الوكالة ... ، وعرضوا هذه العقود عقب العبادات مباشرة .

أما الاختلاف في المبدأ فيظهر في المصدر الذي استقى منه كل من القانون والفقه لأحكام العقود ، فالقانون نظم العقود التي شاعت وانتشرت بين الناس ، وتعارفوا

---

(١) انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ٢/١١ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٩ .

عليها ، واستخدموها في معاملاتهم ، فكان عمل القانـون رصد التعامل بين الأفراد ، وتتبع مجريات الأمور ، وتدوين الأحكام المتداولة بين الناس .

أما الفقه الاسلامي فقد بادر ـ وبشكل مباشر ـ لبيان معظم أحكام المعاملات التي تحقق أهداف الشريعة ومقاصدها العامة في تأمين مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع المضار عنهم .

فنزلت أحكام الشريعة الغراء من رب العالمين على نبيـه محمد ﷺ ، وقام رسول الله ﷺ فبين هذه الاحكام بالسنة القولية والفعلية والتقريرية ، وأرشد الناس الـى تأمين مصالحهم الضرورية والحاجية والتحسينية ، بكل مايضمن وجودها وحمايتهـا ورعاية شؤونها ، فلم يترك مصلحة حقيقيـة إلا أرشدهم إليها ، ولم يدع مفسدة إلا حذرهم منها ، ونصت الشريعة الغراء مباشرة على أغلب العقود النافعة المفيدة التـي تحقق هذه المصالح ، ونهت عن جميع العقود الفاسدة والباطلة التي تفسد على الناس مصالحهم ، وتلحق بهم الضرر والأذى للفرد والمجتمع ، في العاجل والآجل ، في الدنيا والآخرة ، كما بينت الشريعة الغراء المصادر التشريعية التي تفتح المجال لقبول العقود والاتفاقات التي تتفق مع مقاصد الشريعة ، ولم يرد فيها نص في الكتاب والسنة ، وبذلك أخذت بيد الناس مباشرة إلى ممارسة العقود الصحيحة ، ولم تترك الأمـر للضياع والتجارب للوصول إلى الصواب ، تحقيقاً لقوله تعالى (★ إنَّ هذا القرآنَ يَهْدي للَّتي هي أقْوَمُ) الإسراء/٩ ، وقوله تعالى : (★ كتابٌ أنْزَلْنَاه إليكَ لتخرج الناسَ منَ الظلماتِ إلى النورِ بإذنِ ربِّهم ، إلى صراطِ العزيزِ الحميدِ) إبراهيم / ٢ .

الحكمة من تنظيم العقود المسماة :

تظهر الحكمة واضحه من تنظيم العقود المسماة في قوانين رسمية نافذة ، لبيان الأحكام العامة لها في نظرية العقد ، ثم بيان الأحكام التفصيلية لها في العقود المسماة ، وتحت الاسم الخاص بها ، ويهدف المشرع من ذلك تحقيق عدة أهداف ، منها :

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، للهلالي وزكي ص ١٣ .

١ ــ رعاية القانون للاتفاقات المهمة والعقود الشائعة المنتشرة بين الناس ، وهي التي يتكرر استعمالها كل يوم ، بل في كل ساعة ولحظة آلاف المرات ، بخلاف العقود الثانوية الأخرى التي يندر استعمالها ، ويقل اللجوء اليها من جهة ، ولعدم حصرها وضبطها من جهة ثانية ، ولعدم الحجر على إرادة الناس في الاتفاق والتعاقد على إبرام ماشاؤوا من العقود التي يرونها مناسبة لأغراضهم وأهدافهم ومصالحهم من جهة ثالثة ، فيترك للأفراد حرية التعاقد بحسب إرادتهم المستقلة ، ويجعل من اتفاقهم شريعة لهم يلزمهم بها عند الاختلاف[1] .

٢ ــ إن شيوع العقود المسماة وكثرة استعمالها يدل على استقرارها في المجتمع، وظهور أحكامها في الغالب لجميع الناس ، فساهم المشرع بتنظيم هذه الأحكام لتسهيل الأمر على المتعاقدين في الاحالة اليها ، والاكتفاء في العقد على الاسم والعنوان ، مع تفويض تفاصيل العقد وآثاره إلى القانون الذي ذكر هذه الأحكام بشكل صحيح ، كما يسهل أعمال القضاة والمحاكم في تفسير العقد وفصل الاختلاف بين المتعاقدين بتحديد الالتزامات الواجبة على كل منهما بمقتضى النصوص القانونية التي تولت الأمر ، وحددت حقوق كل طرف والتزاماته .

ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه التفاصيل الى غل إرادة المتعاقدين في التعامل ، وإنما قصد مساعدتهما على الاختصار في العقد بالرجوع صراحة أو ضمنا إلى الأحكام المدونة ، فإن أراد المتعاقدان تغيير آثار العقد ، والاشتراط لأحدهما على الآخر التزاما معينا ، فلا ضير في ذلك ، وعليهم أن ينصوا صراحة عليه ، ويتفقوا في العقد على ذلك، ما لم يخالف اتفاقهم الأحكام الآمرة في العقود أو قواعد النظام العام .

أما العقود غير المسماة فلا بد للطرفين من تفصيل الأحكام والشروط والآثار بحسب الاتفاق بين المتعاقدين ، وبما يحقق مصالحهما المشتركة ، وإلا طبقت عليهم الأحكام العامة للعقود .

٣ ــ إن معظم الناس تباشر العقود ، ولكنها تجهل ــ في الغالب ــ التفاصيل الدقيقة والمشاكل المعقدة التي قد تظهر عند التنفيذ، وتؤدي بهم الى اختلافات واسعة،

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣ .

وتتعارض فيها المصالح ، وقد تختلف وجهات النظر بحيث يصعب أو يستحيل على الطرفين تنفيذ العقد ، وهنا يأتي القانون ليأخذ بيد هؤلاء ، فينقذهم من الورطات ، ويحل بينهم المشاكل والاختلافات ، وذلك بأن ينظم العقد بشكل نموذجي ، ويوضح الحلول الحاسمة لما يطرأ عند التنفيذ ، ويبين الحق والعدل فيها ، دون أن يترك مجالا للاجتهادات الخاصة ، أو يفتح طريقا للظلم والاستغلال ، أو يترك الحبل على غاربه في تجميد العقود وإيقاف تنفيذها وتعطيل المصالح بسببها ، وهو مافعله مثلا في أحكام ضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية في المبيع ، وتحمل التبعة عند الهلاك[1] ، كما سنراه تفصيلا .

٤ ــ وهناك بعض الحالات التي يجنح فيها الناس عن جادة الصواب والحق ، ويتجهون في معاملاتهم الى إيقاع ضرر محتم بالآخرين ، وذلك عن طريق الغش أو الاستغلال أو التدليس أو نقصان الأهلية أو الظروف الصعبة المحيطة ... الى غير ذلك ، فهنا يتدخل المشرع في تنظيم بعض العقود ، وفرض أحكامها على الجميع ليجعلها من النظام العام ، ويخلع عليها صفة النصوص الآمرة التي لايجوز للافراد أن يتفقوا على مايخالفها ، ويحدد لهم الطريق الواجب سلوكه عليهم ، ويعين شروطاً محددة وأوصافاً خاصة يجب اتباعها ، حفاظاً على المصلحة العامة ، وحماية لحقوق الآخرين الذين يتضررون من الاتفاقات والعقود المبرمة ، وقد يتدخل القانون ــ أحيانا ــ لحماية الجانب الضعيف في العقد ، فيمنع عنه الحيف ، ويرفع عنه الظلم ، ويفرض على الطرف الثاني مايقيم العدالة ــ ولو جزئيا ــ بينهما ، كما قد يتدخل القانون لحماية عناصر معينة يلحقها الضرر والأذى والظلم من العقد ، وذلك مثل بيع المريض مرض الموت ، وبيع ملك الغير ، وبيع التركة ، وبيع النائب لنفسه ، وبيع الحقوق المتنازعة عليها ، وبيع الوفاء وغير ذلك من أنواع العقود التي سندرسها تفصيلاً فيما بعد ، ومثل أكثر أحكام عقد العمل ، والرجوع في الهبة ، والغلط في الصلح ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وغيره كثير[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨/٤ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٩/٤ .

٥ ــ إن الأصل في العقود المسماة أن تكون تنظيما للعقود الشائعة والمشهورة بين الناس ، وفي بعض الأحيان يرغب المشرع أن يقنن بعض العقود غير الشائعة ، أو يمنع بعضها الآخر ، تحقيقا للاهداف العامة في المجتمع والأمة والدولة ، ويريد توجيه الناس ، وتوجيه العقود ، لتتمشى مع هذه الاتجاهات المقصودة .

ويظهر هذا بشكل بارز في قوانين البلاد الاشتراكية وقوانين الدول ذات النهج الموجه ، فتنقل أكثر أحكام العقود من طبيعتها المكملة والمفسرة الى الصفة الآمرة[1] .

وإن هذه الأهداف والأغراض من تقنين العقود المسماة متوفرة ومقصودة في مشروعية العقود المسماة في الشريعة الاسلامية وتدوينها في كتب الفقه الاسلامي ، وخاصة الهدفين الأخيرين ، لأن الله تعالى أنزل الشريعة لتحقيق مصالح الناس ، وإقامة العدالة بينهم ، وجلب المنافع لهم ، ودفع المفاسد والأذى والضرر عنهم ، فشرع لهم مايحقق مصالحهم في البيع والإجارة والشركة والقرض والصلح والعارية والسلم وغيرها ، وحرم عليهم مايؤدي الى الخلاف والنزاع والظلم والضرر والفساد الفردي والاجتماعي ، واعتبر العقود فيها باطلة وفاسدة ، كالربا وبيع المعدوم والبيع على بيع الأول ، كما هو واضح ومفصل في مبحث مقاصد الشريعة ، وأحكام المعاملات الشرعية ، ثم جاء ذلك مبوباً ومقنناً ومرتباً في القانون المدني الأردني [2] .

٦ ــ وأخيرا فمن فوائد تقسيم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة أن القاضي يرجع في تفسير العقد المسمى الى أحكامه الخاصة في القانون ، فان لم يجد فيها نصا رجع الى القواعد العامة للعقود .

أما العقود غير المسماة فان القاضي يرجع في تفسيرها وفض النزاع فيها الى القواعد العامة مباشرة والى الشروط المتفق عليها بين الطرفين في العقد ، لعدم وجود

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٩/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩ .

(٢) انظر رسالة : نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الاسلامية، وموقف القوانين منها ، للدكتور الشيخ عبد السميع إمام.

أحكام خاصة بالعقود غير المسماة[1] .

ويقوم القاضي بهذا العمل بعد أن يدرس الاتفاق بين الطرفين ويبحث في طبيعته وصفاته ، ويضفي عليه الوصف المناسب باعتباره أحد العقود المسماة أو أنه ليس من العقود المسماة ، وهذا مايعرف بتكييف العقد الذي سنعرضه بعد قليل .

تعداد العقود المسماة :

الأصل أن العقود المسماة ليست محصورة العدد في القديم والحديث ، وإنما قد تزيد أحيانا ، كما إذا تعارف الناس على عقود جديدة ، وأحدثوا أحكاما خاصة لها ، وصارت هذه العقود والاحكام شائعة بين الناس ، وتردد اسمها على أذهانهم ، وارتبط معناها بمدلول معين ، فاذا أطلق مجرد الاسم بين الأطراف انصرفت عقولهم إليها ، وأدرك كل منهم مغزاها ، وعرف كل منهم صورة العقد وطبيعته ، وموضوعه الذي وجد من أجله ، وآثاره والتزاماته التي تترتب عليه ، ثم يأتي الشارع لينظم هذه الأحكام ، ويصوغها في تشريع ، ويضبط أحكامها لتكون مفسرة لارادة الأطراف عند الاتفاق على العقد والسكوت عن أحكامه وشروطه وآثاره .

ولكن القوانين قد تقصر عن مواكبة تقنين العقود الشائعة بين الناس ، وتتركها للاتفاق والعرف ، كما هو حاصل الآن في عدد من العقود الشائعة في المجتمع ، كعقد النشر بين المؤلف والمكتبة التي تتولى طباعة الكتاب ونشره ، وعقد المضايفة الذي يتم بين الضيف وبين صاحب الفندق في النزول عنده وتقديم الطعام والخدمة له ، والعقود بين المستشفيات وكليات الطب[2] .

وإن شيوع هذه العقود وانتشارها وتعارف الناس عليها لايجعلها في عداد

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩ ، ١٢ .

(٢) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١ ، الوسيط السنهوري ٤/٤، العقود المسماة ، الزرقا ص ٧ .

العقود المسماة قانونا ، لأنها تفقد الركن الثاني منها ، وهو التنظيم الرسمي والقانوني لها .

وقد تنقص العقود المسماة عن عددها المقرر قانونا ، وذلك بأن يلغي المشرع بعض العقود المسماة ، ويمنع الناس من ممارستها واللجوء اليها ، ويعتبر العقد باطلا ، وهذا مافعله القانون المدني السوري الذي ألغى بعض العقود التي كانت مقننة في التشريع السابق كبيع الوفاء ، وحق الشفعة .

وان عملية الزيادة والنقصان في العقود المسماة لاتنحصر في قانون معين ، وكثيرا ما تظهر تشريعا تخاصة وقوانين جديدة لتنظيم العقود المسماة في أنظمة مستقلة ، كتنظيم أعمال الفنادق اليوم ، واصدار التعليمات المفصلة في تعاملها مع النزلاء ، ومثل قانون التجارة البحرية ، وقانون الايجارات ، وقانون العمل ، وقانون العمل الزراعي وغير ذلك ، ويهمنا معرفة العقود المسماة في القانون المدني فقط .

نظم القانون المدني السوري عددا قليلا من العقود ، وأدخل تحت كل منها أنواعا معينة ، وقد يفصل بعض الانواع عن العقد الاساسي ، ويجعلها مستقلة عن غيرها ، كالمقايضة وهي نوع من البيوع التي فصلها القانون عن البيع وجعلها عقدا مستقلا .

والعقود التي ورد النص عليها في القانون المدني السوري هي : البيع ، المقايضة، الهبة ، الشركة ، القرض ، الدخل الدائم مدى الحياة ، الصلح ، الايجار ، العارية المقاولة ، التزام المرافق العامة ، عقد العمل ، الوكالة ، الوديعة ، الحراسة ، المقامرة ، الرهان ، المرتب مدى الحياة ، التأمين ، الكفالة ، الرهن ، الحوالة .

أما في الفقه الاسلامي فان العلماء حصروا العقود في خمسة وعشرين عقدا ، عشرون منها في المعاملات المالية ، وهي : البيع ، الاجارة ، الكفالة ، الحوالة ، الرهن ، بيع الوفاء، الايداع ، الإعارة، الهبة ، القسمة ، الشركة ، المضاربة ، المزارعة ، المساقاة، الوكالة ، الصلح ، التحكيم ، المخارجة ، القرض ، الإقالة .

وخمسة منها في الاحوال الشخصية ، وهي : الموالاة ، العمرى ، الزواج، الوصية الايصاء .

وذكرت مجلة الاحكام العدلية ثمانية عشر عقدا في المعاملات ، وأهملت المخارجة والقرض[1] .

وإن حصر العقود المسماة في القانون والفقه بهذه الاعداد أمر اجتهادي ، وقد يكون الاختلاف أحيانا لفظيا وشكليا ، فان القانون أفرد بعض أنواع العقد الواحد بالذكر ، وأعطاه اسما مستقلا كالمقايضة ، وهي نوع من البيع ، بينما أدخل القانون عددا من العقود الاخرى تحت اسم عام يشملها ، كالمزارعة وايجار الارض الزراعية اللتين أدخلهما القانون في عقد الاجارة .

وهذا حاصل تماما عند الفقهاء ، فقد أفردوا بعض أنواع البيوع باسم معين كعقد الوفاء ، وهو بيع ، والمضاربة ، وهي أحد أنواع الشركة ، كما ضموا بعض العقود إلى بعضها لتأخذ اسما واحدا كالمقايضة التي اعتبروها نوعا من أنواع البيوع ، ولم يفردوها بباب مستقل .

والفرق الاساسي بين القانون والفقه هو في وجود بعض العقود المسماة عند أحدهما دون الآخر ، فالفقهاء ذكروا العقود التي وردت في مصادر الشريعة الاصلية ، كما ذكروا العقود التي تعارفها الناس فيما بعد ، ودعت اليها الحاجة ، وتتفق مع الاصول الشرعية كعقد الاستصناع وعقد الوفاء ، والقانون نص على العقود الشائعة بين الناس زمن صدوره ، ثم قنن العقود التي حدثت مع التطور والتقدم في المعلاملات، كالتأمين والمرتب مدى الحياة ، بينما ألغى بعض العقود التي لم يقتنع بها ، أو تتنافى مع اتجاهاته الخاصة ، كبيع الوفاء الذي منعه القانون مع كونه شائعا ومعروفا بين الناس[2] .

---

(١) انظر :المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥٤٥ .

(٢) قارن مانقلهالاستاذ احمد نجيب الهلالي والدكتور حامد زكي عن جمهورالشراح

والواقع أن هذا اختلاف عصر وزمان ، وأن عدد العقود المسماة في تغير مستمر ، زيادة ونقصا ، فقد ينظم القانون عقودا جديدا شائعة في التعامل ، فتنتقل من عقود غير مسماة الى عقود مسماة ، وقد يلغي عقودا مسماة من القانون ويمنع التعامل بها لظروف طارئة وأهداف معينة .

تقسيم العقود المسماة :

وردت العقود المسماة في القانون المدني المصري القديم بشكل عشوائي ، وذكر بعضها بجانب بعض ، مما أثار الانتقادات الكثيرة التي حملت اللجان ـ التي شكلت فيما بعد ـ على ترتيب العقود في القانون المدني المصري الجديد ترتيبا حسنا .

وأخذ القانون المدني السوري ترتيب العقود وتقسيمها كما جاءت في القانون المصري الجديد تماما ، وجاء ترتيب العقود فيه منطلقا من محل العقد ، فرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا متسقا ، وجمع بين العقود المتشابهة في المحل ، وقسم العقود المسماة الى خمسة أقسام ، وهي :

١ ـ العقود التي تقع على الملكية ، وتشمل : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح (المواد ٣٨٦ ـ ٥٢٥)

ويجمع العقود الواردة على الملكية بعض الخصائص المشتركة التي وحدت بينها في عنوان واحد ، كالتزام أحد المتعاقدين ، أو كلاهما ، بنقل ملكية شيء الى آخر ، والتزامه بتسليم محل الملكية ، وضمان عدم التعرض له ، وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية في المحل ، والتزام المتعاقد الآخر ـ غالبا ـ بدفع المقابل .

بأن العقود غير المعينة لاتتناهى ، بينما قال الاستاذ بلانيول الفرنسي ان هذا مجرد توهم ، وأن العقود غير المعينة محصورة ومحددة ، وذكر ادلة هذا القول ، وذهب الى ترجيحه والاخذ به (شرح القانون المدني ص ١٣) .

وانظر : الوسيط ، السنهوري ٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٥ .

ثم ينفرد كل منها عن غيره بخصائصه الذاتية التي تتفق مع موضوعه وهدفه وما يتميز به عن غيره، فالبيع نقل الملكية بعوض، بخلاف الهبة فهي نقل الملكية بدون عوض ، والعوض في البيع هو الثمن النقدي ، أما العوض في المقايضة فهو عين، والشركة تختلف عن الصلح والقرض وهكذا[1] .

ولكل عقد أحكامه الخاصة التي منحته الاستقلال عن غيره ، وأعطته الاسم المعين .

٢ ــ العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، وتشمل عقد الايجار بما فيه المزارعة وايجار الوقف وعقد العارية (المواد ٥٢٦ ــ ٦١١) .

وتشترك العقود الواردة على المنفعة فيما بينها بأن الهدف منها منصب على المنفعة مع وجوب الحفاظ على العين وعدم مساسها بتغيير أو تبديل ، ويتجه القصد في هذه العقود الى استعمال المنافع من أحد أطراف العقد ، أو استغلال المنفعة من أجنبي عن العقد ، وذلك لقاء عوض في أكثر الاحوال ، وبدون عوض في العارية .

وتختلف العقود الواردة على المنفعة عن العقود الواردة على الملكية بأن محل العقد في الأولى هو المنفعة التي تنتقل من جهة الى أخرى مع بقاء العين على حالتها السابقة ، أما محل العقد في الثانية فهو العين نفسها التي يقع عليها العقد والالتزام والتنفيذ ، وتنتقل من جهة الى أخرى .

ويعتبر عقد البيع وعقد الإجارة أهم العقود المسماة على الاطلاق وأكثرها استعمالا بين الناس ، وهذا مادفع بعض الشراح الى اعتبار ماعداهما باسم « العقود الصغيرة » [2] .

٣ ــ العقود الواردة على العمل ، وتشمل عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة (المواد ٦١٢ ــ ٧٠٤) .

---

(١) انظر : الوسيط السنهوري ٤/١٥ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧ .

٤ ــ عقود الغرر ، وتشمل المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، (المواد ٧٠٥ ــ ٧٣٧)،وهذه العقود احتمالية،وقد يتحقق المحل فيها وقد لا يتحقق.

٥ ــ الكفالة (المواد ٧٣٨ ــ ٧٦٧) .

وقد أفرد القانون عقد الكفالة بنوع مستقل ، وجعله في آخر العقود المسماة ،لأنه عقد ضمان شخصي ، فلا يدخل في العقود الاخرى ، وفرق بينه وبين الرهن والتأمين التي اعتبرها القانون تأمينات عينية[1] .

ويضاف إلى هذه الأقسام الخمسة أمران :

١ ــ عقد الحوالة ، ويشمل حوالة الحق وحوالة الدين ، وقد وضعه القانون في الكتاب الاول الذي خصصه لبحث الالتزامات بشكل عام ، واعتبر الحوالة أهم صورة لانتقال الالتزام فنص عليها في الباب الرابع : انتقال الالتزام (المواد ٣٠٣ ــ ٣٢١) .

٢ ــ عقد الرهن الذي وضعه القانون في الكتاب الرابع في الحقوق العينية التبعية (المواد ١٠٢٨ ــ ١٠٧١) ، ويشمل الرهن بنوعيه : رهن المنقول ورهن العقار ، والباعث على ذلك أن عقد الرهن عقد ضمان عيني ، فوضعه القانون في الحقوق العينية التبعية .

ونصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري على الحكمة من هذا الترتيب والتبويب للعقود المسماة فقالت :

« أما المشرع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذي

---

(١) عرض القانون المدني السوري العقود المسماة في الكتاب الثاني منه وقسمه الى خمسة أبواب ، فالباب الاول عرض العقود التي تقع على الملكية ، والباب الثاني بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، والباب الثالث تناول العقود الواردة على العمل ، والباب الرابع ذكر عقود الغرر ، والباب الخامس ختم الكلام عن العقود المسماة بالحديث عن الكفالة .

يرد عليه العقد ، فهناك عقود ترد على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الايجار والعارية ، وعقود ترد على عمل الانسان ، وهذه هي عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هي المقامرة والرهان وعقد الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير، لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى »[1] .

وإن ترتيب العقود في القانون المدني لم يخل من بعض العيوب ، منها أنه فصل عقد الرهن عن العقود المسماة ، وضمه الى الحقوق العينية التبعية ، وكان المفروض أن يضم الى الكفالة ، ليضمهما عنوان واحد ، وهو عقود التوثيق فالكفالة توثيق شخصي للحق ، والرهن توثيق عيني له ، وأما الاحتجاج بكونه ينشىء حقا عينيا فأدرج في الحقوق العينية فمنقوض بما فعله القانون في البيع والمقايضة والشركة والقرض والهبة والصلح فإنها تنشىء حقا عينيا أصليا ، ومحلها حق عيني أصلي،وهو الملكية، ومع ذلك وضعها القانون في العقود المسماة ، ولم يدرجها فيالحقوق العينية الاصلية ، وهي الملكية ، ونفس الكلام والاحتجاج يقال على الحوالة ، ويوجه الى القانون نفس المآخذ فيها .

وبما أن القانون اتجه الى إفراد العقود المسماة في كتاب مستقل فكان الواجب أن يضم شمل جميع هذه العقود في مكان واحد ، ثم يشير إلى متعلقاتها وآثارها فيما تصلح له .

كما أغفل القانون ذكر الاقالة في العقود المسماة ، والاقالة عقد يتفق فيه المتعاقدان على إلغاء العقد السابق بينهما، ولم يبين القانون أحكام الإقالة ، وبذلك أخرجها من العقود المسماة ، كما كان شأنها في الفقه الاسلامي ، وبقيت في حيز العقود

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٧ .

غير المسماة التي تطبق عليها أحكام العقود العامة في نظرية الالتزام[1] .

وأما ترتيب العقود في الفقه الاسلامي فكان ترتيبا كيفيا في كتب الفقه ، ويتحدد بحسب رغبة المصنف لها ، ويكاد الفقهاء يجمعون على البدء بعقد البيع نظرا لأهميته، وكثرة استعماله ، وشيوع انتشاره ، ومزيد الحاجة إليه ، ثم يتبعونه بعقد السلم وغيره ، ولا ضير عليهم في ذلك ، لأن عمل المؤلفين فردي وشخصي .

وقد سارت مجلة الاحكام العدلية على منهج الفقهاء تقريبا في ترتيب العقود ، وآثرت البقاء عليه لشيوعه وانتشاره في أرجاء الخلافة العثمانية ، فبدأت بعقد البيع فالاجارة فالكفالة فالحوالة فعقود الأمانات وهي الوديعة والعارية ، فالهبة ، ثم عرضت الشركات والقسمة والوكالة والصلح ، وهكذا .

أما القانون المدني الأردني المستمد من الفقه الاسلامي فقد جارى القانون المدني المصري والسوري في الصياغة والترتيب ، وجاء بنظرية عامة عن العقود في الباب الاول المخصص للحديث عن مصادر الحقوق الشخصية ، ثم أفرد للعقود المسماة كتابا خاصا وقسم العقود إلى خمسة أقسام ، وهي :

١ ــ عقود التمليك ، وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح (المواد ٤٦٥ ــ ٦٥٧) .

٢ ــ عقود المنفعة ، وهي الإجارة والإعارة (المواد ٦٥٨ ــ ٧٧٩) .

٣ ــ عقود العمل ، وهي عقد المقاولة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الايداع، وعقد الحراسة (المواد ٧٨٠ ــ ٩٠٨) .

٤ ــ عقود الغرر ، وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة وعقود التأمين ، (المواد ٩٠٩ ــ ٩٤٩) .

٥ ــ عقود التوثيقات الشخصية ، وهي الكفالة والحوالة (المواد ٩٥٠ ــ ١٠١٧).

ثم ذكر القانون الأردني عقد الرهن في الحقوق العينية التبعية،وبحث فيه الرهن التأميني والرهن الحيازي (المواد ١٣٢٢ ــ ١٤٢٣)

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥ .

وهكذا سار القانون المدني الأردني على منوال القوانين الحديثة ، واستدرك عليها بعض العيوب والمآخذ ، فوضع عقد الحوالة في العقود المسماة تحت عنوان عقود التوثيق ، لكنه وقع من جهة أخرى في نفس الخطأ عندما نزع عقد الرهن من العقود المسماة ، وذكره في الحقوق العينية التبعية ، وكنا نتمنى أن يتدارك القانون الأردني هذا العيب الذي وقع فيه القانونان المصري والسوري ، ليذكر عقد الرهن مع العقود المسماة ، ويبين أركانه وشروطه وأنواعه ، ثم يشير إليه بالتفصيل في الحقوق العينية التبعية .

وأما تقسيم العقود وترتيبها وتصنيفها في الفقه الاسلامي فان العلماء المعاصرين قاموا بذلك ، وصنفوا العقود عدة تصنيفات باعتبارات مختلفة ، مثل تقسيم العقود بحسب ماهيتها وقابليتها للشروط الى معاوضات مالية ونكاح وتبرعات وإطلاقات وتقييدات وتوثيق وإسقاطات محضة ، وقسموها من حيث التسمية إلى عقود مسماة ، وعقود غير مسماة، وقسموها من حيث المشروعية وعدمها ، ومن حيث العقد وعدمه، ومن حيث الغاية من العقد...إلى غير ذلك مما هو مبين في نظرية العقد في الفقه الإسلامي[1].

تكييف العقد :

تكييف العقد هو إعطاء الوصف القانوني للعقد ، لمعرفة الطبيعة القانونية له ، وتصنيفه في أحد أصناف العقود :المسماة أو غير المسماة ، وإذا كان من العقود المسماة فيجب تمييزه عن غيره لاعطائه الوصف الذي يتفق مع طبيعته وشروطه وأوصافه وآثاره ، لتطبيق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له .

وتكييف العقد أمر مهم وأساسي ، ويعتبر أول نقطة يجب بحثها ، وهو المرحلة الأولى الواجبة على القاضي لدراسة العقد ، وتحديد طبيعته ، وبيان انتمائه إلى

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥١٦ ، ٥٧٨ وما بعدها ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٠ ، المعاملات الشرعية ، الخفيف ٣٦٨ ، المدخل للفقه الاسلامي ص ٥٩٣ ، النظريات الفقهية ، الدريني ص ٢٤٨ .

إحدى الزمر لتصنيف العقود ليبت في كونه من العقود المسماة أم لا ، وهل هو من العقود الواردة على الملكية أو من العقود الواردة على الانتفاع أو العمل أو من العقود الاحتمالية ، وهل هو عقد معاوضة أو عقد تبرع ، وذلك لتحديد القواعد القانونية التي يجب تطبيقها عليه ؟

مثال ذلك أن القاضي لا يطبق الأحكام الخاصة لعقد البيع في القانون على العقد الجاري بين الطرفين ، ما لم يتوفر بالعقد الخصائص المميزة لعقد البيع ، فان وجدت قرر القاضي وصف العقد المعروض عليه بأنه عقد بيع .

وقد يكون تكييف العقد أمراً بسيطا وسهلا ، كما إذا اكتفى الطرفان بتسمية العقد الجاري بينهما بدون إضافة شروط والتزامات معينة ، وتعتبر هذه الصورة إحالة ضمنية من الطرفين لتطبيق أحكام القانون لهذا العقد المسمى .

وقد يكون التكييف عويصا وصعبا ، ويشكل مشكلة مهمة أمام القاضي لتحديد طبيعة العقد ، لأن الأصل في القانون ــ كما سبق ــ إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في التعاقد ، وعندئذ تظهر الاحتمالات الكثيرة في الوقائع ، فقد يصف الطرفان العقد بوصف معين ، ويكون هذا الوصف موافقا لشروط العقد ، وقد لا يكون الوصف موافقا للشروط ، وقد يلجأ الطرفان قصدا إلى إخفاء العقد الحقيقي تحت ستار عقد آخر ، للتهرب من الآثار القانونية للعقد الاول ، وقد يقعان في هذا الأمر بدون قصد .

وقد يجمع الطرفان بين عقدين مسميين ، وهو ما يسمى بالعقد المختلط ، وقد يبتدعان عقدا جديدا لا نظير له في القانون ، وقد يجمع الطرفان بين عناصر عقد مسمى مع عناصر عقد غير مسمى . ونذكر بعض الأمثلة لذلك ، منها : عقد الإقامة في الفندق الذي تمتزج فيه عناصر عقد الايجار بالنسبة للغرفة مع عناصر عقد المقاولة بالنسبة للخدمة ، مع عناصر عقد الوديعة بالنسبة لأمتعة النزيل ، مع عناصر عقد البيع بالنسبة للطعام ، ومثله الإقامة في المستشفى التي تضم عناصر العقود السابقة مع عنصر إضافي وجوهري وهو المعالجة ، ومثل عقد استئجار الصناديق الحديدية في المصارف الذي يختلط فيه عناصر عقد الايجار بعناصر عقد الوديعة ، ناهيك عن الاتفاقات والعقود التي قد يبتدعها الطرفان على غير سابق اسم أو وصف لها .

إن تكييف العقد من عمل القاضي ووظيفته ، ويجب عليه أن يبدأ بها في أول مرحلة ، وذلك بدراسة العقد لمعرفة العناصر الأساسية له ، ثم يتجه الى إرادة الطرفين، فيبحث عن النية الحقيقية لهما في التعاقد ، ويتحرى الظروف والقرائن التي أحاطت بالعقد ، ولا يصح له أن يقف عند مجرد الاسم الذي أطلقه الطرفان ، بل يتجنب الوقوف على العقد الظاهر ، ويتجاوز المعنى الحرفي للألفاظ ، ويتحرى حقيقة العقد والاتفاق ، لأن العبرة في المعاملات للمعاني ، لا للألفاظ والمباني •

فالقاضي يبحث في شروط العقد وأوصافه التي اقترنت بالعقد ، ويدقق النظر في الآثار والالتزامات التي اتفق عليها الطرفان ، ويستنبط الغاية التي قصدها المتعاقدان ، وينظر إلى الجهة التي اتجهت إليها إرادتهما ، وبعد ذلك يصدر القاضي رأيه في تكييف العقد ، وتحديد الوصف المناسب له •

فإن وجد القاضي أن العقد يدخل في العقود المسماة طبق عليه الأحكام الخاصة به ، وإن كان من العقود غير المسماة طبق عليه المبادىء العامة في نظرية العقد في الالتزامات ، وإن كان عقداً مختلطا ، ولكن يغلب عليه عناصر أحد العقود المسماة فيرجح القاضي هذا الجانب ، ويطبق عليه أحكام العقد المسمى التابع له،وإن كان العقد المختلط عبارة عن ربط بين عقدين يمكن فصلهما عن بعضهما ، فيفصل القاضي بين العقدين ، ويطبق الأحكام الخاصة لكل منهما عليه ، مثل عقد الاجارة المرتبط بوعد من المؤجر ببيع العين المؤجرة ، وارتباط عقد العمل بعقد ايجار ، بأن يقدم رب العمل مسكنا للعامل يقيم فيه بمقابل معين •

وقد يتم الاختلاط بمزج العقد مع عنصر من عقد آخر ، وهذا العنصر الجديد مجرد عنصر ثانوي في التعاقد ، مثل التعاقد مع مؤسسة البرق والبريد والهاتف بالهاتف ، فهو عقد مقاولة تقوم المؤسسة فيه بتأمين المرفق والأعمال اللازمة لاتصال المنتفع بمن يريد الاتصال به ، مع تقديم آلة الهاتف للانتفاع بها لقاء تأمين يدفعه المنتفع للمؤسسة ، وهذا عنصر ثانوي ، فيرجح القاضي جانب المقاولة ، ويطبق عليه الأحكام الخاصة بعقد المقاولة •

ومثل العقد مع مؤسسة الفيجة لتأمين المياه إلى البيت ، فهو بيع لمقدار معين من الماء (نصف متر مكعب مثلا) مع عقد مقاولة لتأمين وصول المياه ، وصيانة الشبكة وغيرها .

وقد تجتمع غايتان في عقد واحد ، إحداهما مباشرة ، والأخرى غير مباشرة ، كمن يهب إلى آخر شيئاً ويشترط عليه أن تبقى العين مع الانتفاع له طوال الحياة ، فالقسم الأول يهدف إلى نقل الملكية بدون عوض حال الحياة ، ولكن الشرط الإضافي بالانتفاع حال الحياة يتجه إلى عقد الوصية ، وأنه نقل المنفعة بدون عوض بعد الوفاة[1] .

وقاضي الموضوع هو المكلف والمسؤول عن تكييف العقد وبيان طبيعته وإضفاء الوصف القانوني عليه ، ويتمتع بالحرية المطلقة في ذلك ، ولا يقيده شيء ، ولا يخضع لغيره، والقاضي لا يلتزم نهائيا بالوصف الذي أطلقه المتعاقدان، وإنما العبرة للوصف الحقيقي للعقد بحسب ماتجهت إليه إرادتهما .

كما أن تكييف العقد يعتبر مسألة قانونية موضوعية ، وليست مسألة واقعية ، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض [2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ١٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤ .

(٢) اتجهت محكمة النقض المصرية في السابق في تقسيم عملية التكييف إلى قسمين ، الأول تفسير العقد بحسب أركانه وشروطه وآثاره وظروف العقد والقرائن المحيطة به ، وهذا القسم يرجع إلى القاضي ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، والقسم الثاني اعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح ، بتطبيق القواعد القانونية عليه ، وهذا الجانب يخضع فيه إلى رقابة محكمة النقض ، ثم اعتبرت محكمة النقض أن التكييف بقسميه لايخضع لرقابتها ، وانه يدخل في سلطة القاضي ، ولا معقب عليه في ذلك . (انظر : العقود المسماة بدراوي ص ٢٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣١).

وسوف نشير إلى الخصائص والميزات للعقـود المسماة ، والتي يستعين بهـا القاضي في تكييف العقد واعطائه الوصف القانوني الصحيح .

أما تكييف العقود في الفقه الإسلامي فلم يظهر بشكل مباشر ومقصود ، ذلك أن العقود في الفقه الإسلامي كلها عقـود مسماة ومنصوص عليهـا غالباً في مصادر التشريع ، ثم قام الفقهاء في كل مذهب بصياغتها وبيان أحكامها المفصلة ، ولكن هذا لا يعني منع العقود غير المسماة ، ولذا كان الفقهاء يصوغون العقود الجديدة التي تشتهر بين الناس ويتعارفون عليها ، ويستخدمونها في تحقيـق مصالحهم وحاجاتهم، وهنا كانت عملية التكييف تفرض نفسها ، ويجهد الأئمة والفقهاء أنفسهم في تكييفهـا وذلك من ناحيتين :

الأولى : من حيث مشروعيتها وجواز استعمالها شرعاً بأن تتفق مـع مقاصـد الشريعة ، وتقبلها قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية ، وقد تتفق وجهات النظر في مشروعية العقد الجديد ، وقد تختلف فيه ، فيجيزه فريق ، ويحرمه فريـق آخر ، كاختلافهم في عقد الوفاء الذي أجازه الحنفية ، ومنعه الشافعية ، ومثل اختلاف علماء العصر اليوم في عقد التأمين بين مجيز ومانع ومفصل .

الناحية الثانية : من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد ، وهل يدخل في أحد العقود المسماة أم لايدخل فيها ، مثل عقد الاستصناع الذي تردد وصفه بين البيـع والوعد والاستئجار ، إلى إن أخذ اسماً معيناً مستقلاً ، وكذلـك اختلف اجتهـاد الحنفية في أول الأمر في وصف عقد الوفاء بأنه بيع أو رهن ، ثم استقر رأيهم علـى أنه عقد خاص ومستقل عن البيع والرهن مع مافيه من أحكام تشبه كلا منهما ، وقد اعتبره القانون المدني العراقي رهنا حيازيا وأقره ، بينما اعتبره القانـون المـدني المصري والسوري بأنه يخفي الربا والاستغلال فألغياه ومنعا التعاقد فيه [1] .

هذا من الناحية الفقهية ، أما من الناحية القضائيـة ، فإن تكييف العقد يفرض

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥٥١ وما بعدها ، ٥٨١ .

نفسه على القاضي قطعاً لتفسير إرادة المتعاقدين ، وبيان مدى مشروعية العقد والاتفاق والتصرف أو عدم مشروعيته ، ثم لإضفاء الوصف الحقيقي عليه لتطبيق الأحكام الشرعية المقررة له ، ولذلك وضع الفقهاء للقاضي القاعدة الفقهية المشهورة في ذلك وهي « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » ، فإذا باع إنسان عيناً بدون عوض اعتبر القاضي تصرفه هبة وطبق عليه أحكام الهبة في القبول والرد،وإن وهب رجل مالاً لآخر واشترط عليه عوضاً معيناً اعتبر عقده بيعاً ،وطبق عليه أحكام البيع ، وكذلك الحوالة تنقلب إلى كفالة إذا اشترط الدائن على المحيل أن يطالب كلاً من المدين المحيل ، والشخص المحال عليه ، وبالعكس تنقل الكفالة إلى حوالة إذا اشترط المدين عدم مطالبته بالدين [1] .

ومن باع ملكه ، وعلق العقد على الوفاة ، كان تصرفه وصية ، ويطبق عليه القاضي أحكام الوصية ،ومن هذا الجانب اعتبر الحنفية وغيرهم تصرفات مرض الموت ، وطلاق الفرار ، وهو ماورد أيضا في الميراث فإن قتل الوارث مورثه حرم من الميراث ، وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في باب ثبوت الشفعة بالبيع بعوض ، وسقوطها بالهبة والتصرف بدون عوض [2] .

* * *

---

(١) المرجع السابق ٢/٩٦٠ .

(٢) انظر : أدب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٣١٤ ، ٤٧٥ ، ٥٢٧ ، ٦٠٤ .

الباب الأول

البيع بشكل عام

البيع أهم العقود على الاطلاق ، وهو أول العقود المسماة في القانون ، كما أنه أول عقد يبحثه الفقهاء ، والبيع أول العقود المطلوبة في هـذا المقرر ، ونظراً لأهميته فإنه يدخل تحته عدة أنواع من البيوع ، فنبدأ بالكلام عن البيع بشكل عام في هذا الباب ، وتتناول دراسته وبحثه في الفصول الآتية :

الفصل الأول : اهمية البيع وتعريفه .

الفصل الثاني : أركان البيع

الفصل الثالث : آثار البيع

الفصل الأول

أهمية البيع وتعريفه

نريد أن نعطي في هذا الفصل فكرة عن نشوء البيع وتطوره وأهميته في الحياة الاجتماعية والمعاملات المالية ، ثم نذكر تعريف عقد البيع وخصائصه ، لنعقد بعد ذلك مقارنة بينه وبين بقية العقود ، لتمييز البيع عن غيره • وذلك في مبحثين •

المبحث الأول

أهمية عقد البيع وتطوره

عقد البيع من أهم العقود المسماة على الإطلاق في القديم والحديث ، وهو أكثر العقود انتشاراً واستعمالاً ، وهو أشهر العقود ، ولذلك تذكره معظم القوانين في طليعة العقود المسماة ، كما أن فقهاء الشريعة يبدؤون به ، ويتوسعون بشرح أحكامه وقواعده ، ويعتبرونه أصلاً في عقود المعاوضات المالية ، ويقيسون عليه غيره من العقود ، ويذكرون فيه القواعد العامة في التعاقد كأهلية المتعاقدين وحقيقة المال والأعيان التي يصح التعاقد عليها ، والأموال النقدية التي تصح للثمينة •

وعقد البيع من أقدم العقود في التعامل ، ويقترن بوجود الحياة الاجتماعية للناس ، ليسهل لهم وسيلة التعاون فيما بينهم في تبادل المنافع وتبادل الأموال ، ليقدم كل واحد إلى غيره مايزيد عن حاجته من المال ، في سبيل الحصول على مايحتاجه من مال غيره ، فيقوم بمبادلة مالٍ بمال •

وهذه المبادلة بين المال والمال تطورت أشكالها وأنواعها مع تطور الحياة وتوفر

الحاجيات فيها ، فبدأ البيع في الغالب عن طريق المقايضة ، وهي مبادلة عين بعين ، وسلعة بسلعة ، لعدم وجود النقد في المراحل الأولى من الحياة الاجتماعية ، لذا يقوم الشخص بتقديم سلعته إلى آخر ، ويأخذ منه مقابلها سلعة أخرى بهدف تحقيق المصالح المشتركة ، وتأمين حاجة كل من الطرفين فيما أخذه .

ولكن هذه الطريقة لاتخلو من متاعب ومصاعب ، لأن صاحب السلعة لايتنازل عن سلعته إلا إذا كانت رائدة عن حاجته ، ويضطر للبحث عمن يرغب بها ويحتاج إليها ، وبشرط أن تتوفر عند الثاني السلعة التي يحتاجها الأول ، وتزيد عن حاجة الثاني ، وعنده استعداد للتنازل عنها .

وهذه المصاعب والمتاعب والمشاق في تأمين الحاجيات دفعت البشرية إلى اختراع النقد ، ليقوم بدور الوساطة في التعامل ، ويسهل على الناس مايلاقونه من أعباء في المقايضة .

وشاع النقد وانتشر ، وصار له قيمة يستطيع صاحبه أن يحصل به على مايريد من الحاجيات والأعيان والسلع ، ولمس الناس فائدة هذا التعامل وشعروا بسهولته فلجؤوا إليه ، وصار التعامل بينهم يتم بمبادلة شيء بنقد ، وشاع هذا الأسلوب وانتشر ، وعرف باسم البيع ، وقد يسمى باسم البيع المطلق ، تمييزاً له عن غيره من البيوع ، وإذا أطلق « البيع » انصرف إلى هذا النوع من التعامل الذي انتشر في جميع مجالات الحياة ، وحل محل المقايضة ، واحتل المرتبة الأولى بين العقود .

ولم يقف التعامل عند هذا الحد ، وإنما تطور البيع بعد ذلك ، ووجدت أنواع أخرى له .

منها : عقد الصرف : وهو بيع النقد بالنقد ، لتأمين القطع النقدية المتفاوتة من كبيرة وصغيرة ، لسد الحاجة في شراء السلع الكبيرة والصغيرة عن طريق النقد .

ومنها : عقد السلم : وهو بيع الدَّين بالعين بشروط معينة في المبيع والثمن والأجل وغيرها [1] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠ وما بعدها ، درر الحكام ١٤٢/٢ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٠ .

وتطور البيع أيضاً تطوراً كبيراً ، وتفرع عنه عقود كثيرة بحسب المبيع أو الثمن، وأخذ كل نوع منها اسماً معيناً ، واستقل بعضها عن البيع وصار من العقود المسماة في الفقه والقانون ، كالمخارجة ، وهي بيع التركة ، وعقد الوفاء ، وهو بيع بشرط خاص .

كما تفرع عن عقد البيع أنواع أخرى بالنظر إلى تحديد الثمن ، فإن كان الثمن مبنيا على تقدير كلفة المبيع كان البيع **أمانة** ،وإن لم ينظر إلى هـذا التقدير ولـم يبحث عن رأس المال الأصلي ، بل حدد الثمن بالمساومـة بين الطرفين كـان البيـع **مساومة** .

وتنقسم بيوع الأمانة أيضاً إلى عدة أنواع ، فإن كان البيع بربـح معين يضاف إلى رأس المال ، كان البيع **مرابحة** ، وإن كان بمقـدار رأس المال ، وبدون زيـادة ولا نقصان ، فهو **تولية** ، وإن كان بخسارة عن كلفة المبيع ورأس المال كان البيـع **وضيعة** ، وإن كان البيع في المرابحة والتولية والوضيعة لجزء من المبيع كان البيـع **إشراكا** ، ولكل نوع شروطه الخاصة ، وأحكامه المعينة ، وتترتب عليه آثار والتزامات على كلا الطرفين [1] .

وباختصار فإن عقد البيع أول العقود التي ترد على الملكية ، فتنقلها من جهة إلى أخرى مقابل عوض معين ، وهو أهم العقـود جميعاً على الإطلاق ، وإن شيوعه وانتشاره، وأهميته بين الناس يغني عن التوسع فيه، وهو واضح في الأذهان لا يحتاج إلى مزيد تفصيل، وأنه سيبقى في هذه المكانة مهما تغيرت الظروف والأحوال ، وفي جميع الأنظمة والاتجاهات ، ولذلك اهتم به القانون ، ومنحه المركز الأول عند تقنين العقود المسماة ، وسبقه إلى ذلك الفقه الإسلامي بإقرار مشروعية عقد البيع وتدوينه وتصنيفه والتوسع في أحكامه والبدء به في التأليف، ووضعه في مطلع المعاملات المالية، وبعد العبادات مباشرة ، وجاءت مجلة الأحكام العدلية فبدأت به ، كما سار على هذا النهج القانون المدني الأردني وغيره .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧ ، الوسيط ، السنهوري ٣٤/٤ ، درر الحكام ١٣٥/٢ ، فتح القدير ٧٣/٥ .

ويجدر التنبيه إلى أن تقنين عقد البيع لم ينحصر في القانون المدني فحسب ، بل وردت أحكامه في مجالات مختلفة ، وصدرت فيه تقنينات متعددة ، وأهم هذه التقنينات : قانون السجل العقاري أو الشهر العقاري، والقانون التجاري وغيرهما[1] .

المبحث الثاني

تعريف البيع وخصائصه

تعريف عقد البيع :

عرف القانون المدني السوري عقد البيع فقال :

«البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » [2] .

ويظهر من التعريف أن البائع يلتزم في عقد البيع أن ينقل للمشتري ملكية شيء من الأشياء ، أو ينقل له حقاً مالياً آخر ، على أن يحصل على ثمن نقدي في مقابل ذلك .

ويمكن تقسيم التعريف إلى ثلاثة عناصر أساسية ، وهي :

اولاً : نقل الملكية :

إن عقد البيع من العقود الواردة على الملكية ، وأنه ينقل ملكية الأشياء والحقوق المالية من شخص إلى آخر ، والملكية مقصودة لذاتها ، وتمنح صاحبها حق الاستئثار بالمملوك وحرية التصرف فيه والقدرة على الانتفاع منه واستغلاله بما يمكن للإنسان أن يستفيده منه ويحصل على ثماره وغلته .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ٣٣ .

(٢) المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٨١٤ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٠٧ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٣٧٢ من التقنين اللبناني .

والأصل في البيع أن تنتقل فيه الملكية بذاتها ، لأن البيع شرع ووجد ووضع أصلاً لنقل الملكية ، وأن الغاية والحكمة والهدف منه هو نقل الملكية ، وما على البائع والمشتري إلا أن يبديا رغبتهما في عقد البيع ، وتظهر إرادتهما في هذا التبادل بين المبيع والثمن ، ويصرحا بالايجاب والقبول ، ليتم نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ونقل ملكية الثمن إلى البائع .

ولكن القانون اتجه وجهة أخرى ، وجعل نقل الملكية التزاماً على البائع ، ويجب عليه أن يقوم بنفسه بعد العقد بنقل الملكية إلى المشتري ، وأنها لا تنتقل بشكل فوري وتلقائي بمجرد العقد .

واحتج شراح القانون لذلك بعدة أمور ، وهي :

١ ــ إن نقل الملكية في بيع العقار لا يتم إلا بعد القيام بإجراءات التسجيل في السجل العقاري ، مما يدل على أن الملكية لا تتم عند العقد ، وإنما تنتقل من البائع إلى المشتري عند التسجيل ، وهو أداء لالتزام إضافي عن الايجاب والقبول .

٢ ــ إن الاتجاه القانوني الحديث يبيح للطرفين الاتفاق على تأجيل نقل الملكية إلى وقت لاحق عن العقد ، كالاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أن يكتسب البائع ملكية الشيء المبيع ، أو إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن المؤجل أو المقسط ، فانتقال الملكية في هذه الحالات يتأخر عن العقد بالاتفاق ، مما يدل على أن مجرد الايجاب والقبول لا ينقل الملكية مباشرة وتلقائيا .

٣ ــ إذا تم البيع على شيء معين بنوعه كالسكر أو القمح ، فإن ملكية المبيع لا تنتقل في القانون إلى المشتري إلا بعد إفراز المبيع وتعيينه ، فكان نقل الملكية متوقفا على التزام البائع بذلك ، ولا تنتقل ملكية المشتري للمبيع بمجرد العقد.

لهذه الاعتبارات اتجه القانون إلى اعتبار نقل الملكية التزاماً على البائع يقوم به بعد البيع .

والواقع أن السبب الحقيقي لهذا الاتجاه هو ما تسرب إليه من القانون الروماني والقانون الفرنسي ومن سار في ركبهما بجعل آثار العقود كلها من قبيل الالتزامات،

ومنها نقل الملكية[1] ، وأن هذه الأمثلة التي اعتمد عليها رجال القانون ليست إلا قيودا شكلية في البيع العقاري لتحقيق مصالح عامة ، أو أنها استثناء من المبدأ العام في الاتفاق على تأجيل نقل الملكية في حالات ، وأن هذه الاستثناءات والقيود لا تقلب الاستثناء إلى أصل ، وأن فرز المبيع المعين هو وسيلة لتنفيذ الالتزام بالتسليم ، وأن الملكية تنتقل في البيع حكما وإن لم ينصا عليها ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وقد أثار الاتجاه القانوني الانتقادات الكثيرة على القانون في الغرب والشرق، وأن الحجج السابقة لا تقوى على قلب الأمور رأسا على عقب ، وقد أدت انتقادات العلماء والشراح لهذا التعريف إلى اقتناع اللجان التشريعية لتعديله ورد الأمر إلى نصابه ، لتجنب المآخذ على التعريف السابق ، وانتهت لجنة مراجعة القانون المدني المصري إلى اقتراح تعريف آخر ، وهو :

« البيع عقد يقصد به نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي » .

واستندت لجنة التعديل إلى أن تعريف العقد ينبغي أن يكون بحسب الغاية التي يحققها ، وأن الملكية تنتقل بمقتضى العقد في أغلب الأحوال ، وإن وجدت بعض صور العقد التي تجعل عقد البيع منشئا لالتزام نقل الملكية[2] .

---

(١) عرف القانون المدني الفرنسي البيع في المادة ١٥٨٢ بأنه « اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بتسليم شيء ، ويتعهد الطرف الآخر بدفع ثمنه » فجعل البيع مجرد تعهد ، وجاء القانون المدني المصري القديم فاستدرك ذلك ، لكنه حافظ على اعتبار نقل الملكية التزاما فعرف البيع في المادة ٢٣٥ بأنه : « عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » ، وسار قانون الموجبات والعقود اللبناني على نفس المنوال ، متأثراً بالقانون الفرنسي ، فعرف البيع بأنه : « عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء ، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه » .

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٤١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٨١ وما بعدها) .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٤٠ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٣٥ ، العقود المسماة الزرقاص ٣٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٨٣ .

وهذا التعديل يتفق مع الاتجاه الصحيح الذي سلكه الفقه الإسلامي في تعريف البيع بأنه : « مبادلة مالٍ بمال » [1] وقال قدري باشا : « عقد البيع : هو تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع »[2] ، وعرفه الشافعية بأنه « مقابلة مالٍ بمال تمليكاً »[3] .

أي أن البيع لنقل ملكية المبيع للمشتري ، ونقل ملكية الثمن للبائع ، وأن المقصود الاصلي من عقد البيع هو تمليك المبيع ، أما امتلاك الثمن فهو وسيلة إليه ، ولذا نقل النووي في « المجموع » عن الغزالي في « الوسيط » أنه قال : « أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك » [4] .

وجاء القانون المدني الأردني فسار على النهج السليم ، واقتفى أثر الفقه الإسلامي في تعريف البيع ، واعتبار الملكية هدفاً وموضوعاً ، وأنها تنتقل في العقد حكما ، وليست التزاماً أو أثراً للعقد ، فعرف عقد البيع فقال : « البيع تمليك مال أو حقٍ مالي لقاء عوض » [5] .

ثانياً : المبيع :

المبيع هو المحل الذي يرد عليه عقد البيع ، ويلاحظ أن التعريف أراد أن يتوسع في محل عقد البيع ، وأن لا يقصره على الأعيان أو الأشياء المادية فقط ، بل جعله

---

(١) المادة ١٠٥ من مجلة الأحكام العدلية ، ويقابلها المادة ٥٠٧ من القانون المدني العراقي ، وانظر : كشاف القناع ١٣٥/٣ ، بلغة السالك ٢/٢ ، مغني المحتاج ٢/٢ ، درر الحكام ١٤٢/٢ .

(٢) المادة ٣٢٢ من مرشد الحيران .

(٣) انظر : مغني المحتاج ، للخطيب الشربيني ٢/٢ ، المجموع شرح المهذب، للنووي ٩ / ١٥٩ .

(٤) انظر : المجموع شرح المهذب ، للنووي ٩ / ١٥٩ .

(٢) المادة ٤٦٥ من القانون المدني الأردني .

يشمل نقل ملكية الأعيان المادية ، ويشمل نقل ملكية سائر الحقوق المالية ، وإن لم تكن عيناً ، مثل الدين في الذمة ، وحقوق الارتفاق العقاري كبيع العلو والسفل وحق المرور والمسيل ، ويشمل نقل الملكية الأدبية كالحق الأدبي في التأليف والترجمة والنشر ، وحق الملكية الصناعية في اختراع أو علامة صناعية أو تجارية « الماركة »، ويشمل بيع حق الامتياز في استثمار المرافق ، وغير ذلك من الحقوق المالية التي يصح أن تكون محلاً لعقد البيع في القانون ، ويجوز التعاقد عليها ، وتنتقل ملكيتها من طرف إلى آخر .

وهذا الاتجاه القانوني في توسيع محل البيع ليشمل الأعيان والحقوق يتفق مع رأي جمهور الفقهاء في أكثر المذاهب الفقهية التي تجعل محل البيع مالا ، سواء كان عيناً أم ديناً أم حقاً مجرداً ، وتعتبر الحقوق المجردة أموالاً في النظر الشرعي ، وبالتالي يجوز أن تكون محلاً لعقد البيع .

وخالف في هذا الاجتهاد الحنفي الذي يشترط في محل البيع أن يكون عيناً ، وأنه لا يجيز العقد على الحقوق المجردة ، لأنه لا يعتبرها مالا أصلا [1] .

وجاء القانون المدني الأردني وتبنى قول جمهور الفقهاء ، واتفق رأيه مع القانون المدني السوري ، واعتبر البيع شاملاً للمال والحق المالي ، ولذلك عرف البيع بقوله : « البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض » [2] .

ثالثا : الثمن :

نص تعريف البيع في القانون على أن نقل الملكية يتم في مقابل ثمن نقدي ، وذلك لتمييز البيع عن المقايضة التي تكون المبادلة فيها بين عين وعين ، أو بين حق

---

(١) يشترط الحنفية في محل البيع أن يكون مالا ، والمال عندهم يرادف العين، ويعرفونه بما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره إلى وقت الحاجة ، انظر: العقود المسماة ، الزرقا ص ٤٢ ، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، الزرقا ص ١٣٣ ـ ١٣٤ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٦ .

(٢) المادة ٤٦٥ من القانون المدني الأردني .

مالي وعين أو بالعكس ، ولذلك فصل القانون المدني عقد المقايضة عن البيع وجعله عقداً خاصاً ومستقلاً ، ضمن العقود المسماة ، كما يخرج من تعريف البيع في القانون عقد الصرف وهو بيع النقد بالنقد ، ويعبر عنه أيضاً بعقد الصرافة ، ولم يتعرض له القانون المدني ، لأن الصرافة تدخل في إطار القانون التجاري .

ويشترط في الثمن الذي يصح به البيع في القانون المدني شرطان، هما:

١ ــ أن يكون الثمن حقيقيا ، لأن البيع عقد معاوضة ، وهو مبادلة مال بمال، ولذلك لا بد أن يقابل المبيع بمال نقدي حقيقة ، ليأخذه البائع في مقابل المبيع الذي سيخرج عن ملكه ، فيقدم المشتري الثمن عوضاً عن المبيع الذي سيحصل عليه . فإن فقد الثمن في عقد البيع اختل كيانه ، وفقد وجوده ، وصار لاغياً ولا قيمة له ، لأن البيع يقوم على وجود المبادلة والمعاوضة .

وفقدان الثمن الحقيقي في البيع يشمل التصريح بعدم الثمن في العقد ، ويكون العقد في حقيقته هبة ، وهي تمليك مال لآخر حال الحياة بدون عوض ، والهبة من عقود التبرعات، وأما البيع فهو من عقود المعاوضات ، ولا ينقلب البيع بدون عوض إلى الهبة إلا إذا توفرت أركانها وشروطها الخاصة قانوناً .

ويشمل فقدان الثمن الحقيقي في البيع حالة الثمن الصوري ، وذلك بأن يذكر في العقد ثمن ضئيل جداً ، لا يعتبر في الحقيقة عوضاً ومقابلا للمبيع ، أو أن يذكر في العقد ثمن كبير صحيح ، ويكون ذكره لمجرد استكمال الناحية الشكلية في العقد ، دون أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى استيفائه أو أخذه حقيقة ، وبذلك ينعدم قوام البيع ، ويعتبر العقد لاغيا [1] .

وهذا الشرط يتفق فيه الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي ، لذلك يعتبر جمهور الفقهاء أن الثمن ركن في البيع ، فإن فقد الركن اختل العقد وكان باطلا

---

(١) انظر : العقود المسماة الزرقا ص ٤٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٤٤ .

ومعدوما ، بينما يعتبر الحنفية الثمن أحد مقومات العقد ، لأنه الوسيلة والمعيار لتمييز عقد البيع عن الهبة [1] .

أما انقلاب البيع في هذه الحالة إلى هبة فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى فريقين، فذهب فريق إلى جوازه ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولأن الأصل أن إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن ، وقال فريق آخر بعدم انقلاب البيع إلى هبة ، لأن العقد الأصلي باطل ومعدوم ، والباطل لا ينتج أثرا، والمعدوم لا قيمة له [2] .

والثمن الحقيقي هو أن يتم الاتفاق عليه في العقد بشكل جدي بين الطرفين، بأن تتجه إرادة المتعاقدين على إلزام المشتري بدفع مقابل للمبيع ، ولا يشترط في هذا الثمن أن يكون معادلا لقيمة المبيع في الواقع ولا أن يتناسب معها غالباً ، كما لا يشترط أن يكون مساوياً لسعره في السوق والتعامل ، لاحترام إرادة المتعاقدين ، وتحقيق سلطان الإرادة العقدية من جهة ، ولأن القانون لا يهتم بإقامة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين من جهة ثانية ، فيصح البيع سواء كان الثمن أقل أو أكثر من القيمة الحقيقية للبيع [3] ، وسواء كان الثمن مساويا لسعر السوق أو أقل منه أو أكثر .

أما إذا قل الثمن إلى حد جسيم يبلغ درجة التفاهة ، فهنا يختل البيع ويضطرب كيانه ، ولا يعد بيعاً في الحقيقة ، بل يعتبر هبة إذا توفرت فيه أركان الهبة وشروطها ، وتعتبر الهبة في هذه الحالة صريحة ، لا هبة مستترة ، لأن نية التبرع ظاهرة فيه ، وإن لم تتحقق شروط الهبة اعتبر باطلا ولاغياً .

---

(١) مرشد الحيران المادة ٣٤٢ ، ٤١٣ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر : المدخل الفقهي العام ، للزرقا ٢/٦٦٨ .

(٣) يقول قدري باشا : القيمة هي ماقوّم به الشيء ، بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان ، (مرشد الحيران ، المادة ٤١٣) ، وانظر بحثاً مسهباً عن القيمة في في كتاب « أدب القضاء » لابن ابي الدم الحموي ص ٤٢٦ .

وإن كان الثمن بخساً ، وهو أن يكون أقل بكثير من قيمة المبيع ، فلا يضر في عقد البيع ، لأن الثمن البخس له أهمية حقيقية في نظر البائع ، وقد يكون بحاجة إليه ، ولأن القانون لايمنع بخس الثمن ، ولا يهدف إلى إقامة التوازن الحقيقي بين المتعاقدين ، وإنما يهدف أن يقيم توازنا قانونيا بينهما ، ولا يعتدّ القانون بالثمن البخس إلا في حالتين : حالة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح ، وحالة الغبن في بيع عقار القاصر كما سنرى .

٢ ــ أن يكون الثمن نقدياً ، وهو عبارة عن الذهب والفضة المسكوكة ومايقوم مقامها من المعادن المضروبة أو الأوراق الرسمية التي تصدرها الدول للتعامل فيها[١]، فيشترط في البيع أن يكون الثمن من النقود ولا يقبل أن يكون العوض أعيانا من عقار أو منقول أو منافع أو حقوق مجردة ، وهذا ما يميز عقد البيع عن المقايضة التي يكون فيها التبادل بين عين وعين ، أو عين ومنفعة ، أو عين وحق وبالعكس .

ويرى بعض شراح القانون أن المقابل إذا كان أوراقاً مالية أو معادن أو بضائع يسهل تقدير قيمتها بالنقد حسب أسعار « البورصة » أو كشف التسعيرة ، فيكون العقد بيعاً لا مقايضة ، وخالف أغلبية الشراح هذا الرأي ، واعتبروا هذه الحالات مقايضة ، لأنها تتوقف ــ ولو إلى أمد قصير ــ على تقدير البدل وتقويمه بالنقد[٢].

وهذا الشرط يؤكد الاتجاه القانوني الحديث الذي يفصل المقايضة عن البيع، ويعتبر عقد المقايضة مستقلا عن عقد البيع ، ويمنحه اسماً معيناً في العقود المسماة.

بينما يرى علماء الفقه الإسلامي أن المقايضة نوع من البيع ، وهذا يتفق مع تعريفهم لعقد البيع بأنه مبادلة مال بمال ، وهو تعريف عام للبيع ، ويدخل تحته أنواع كثيرة كالمقايضة والصرف والسلم وغيرها ، وهذا ما فعلته مجلة الأحكام

---

(١) المادة ١٣٠ من مجلة الاحكام العدلية ، : وانظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٤٨ ، الوسيط ٤ / ٣٦٤ ، ٣٨٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٤٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٤٩ .

العدلية (المادة ٣٧٩) وسار على منوالها القانون المدني الأردني الذي ذكر المقايضة في أنواع البيوع (المادة ٥٥٢) .

خصائص عقد البيع :

لكل عقد من العقود خصائص تميزه عن غيره ، وتساعد القاضي في تكييف العقد، لترتيب آثاره الخاصة عليه ، حتى لا يختلط بغيره .

وبعد تعريف عقد البيع وشرح التعريف يمكننا أن نستخلص الخصائص العامة له التي تميزه عن بقية العقود ، وهذه الخصائص هي :

١ ـ البيع من العقود المسماة :

إن البيع أول العقود المسماة في القانون والفقه ، وهو أهم العقود المسماة على الإطلاق من الناحية النظرية والعلمية ، ومن الناحية التطبيقية والعملية في الحياة ، ومن الناحية القضائية عند فصل المنازعات في عقود البيع ، وجاءت القوانين والتشريعات بتنظيم أحكام البيع ، وبيان أحكامه ، وتفصيل قواعده ومبادئه العامة، وتنقسم هذه الأحكام إلى قسمين : أحكام آمرة وملزمة للطرفين ، ولا يحق لهما الاتفاق على مخالفتها أو الخروج عنها ، وأحكام مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين عند سكوتهما عنها، وللأطراف الحق في الاتفاق على مخالفتها ، واشتراط غيرها بحسب رغبتهم ومصلحتهم .

ونظم الفقه الإسلامي عقد البيع في أول مباحث العقود والمعاملات المالية ، ثم جاءت أحكام البيع مفصلة تفصيلا كاملا في مجلة الأحكام العدلية ، ونظمه القانون المدني الأردني في مطلع العقود المسماة .

٢ ـ البيع عقد ناقل للملكية :

ولذا ورد تصنيفه في القانون في زمرة العقود الواردة على الملكية ، وأنه ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، كما ينقل ملكية الثمن إلى البائع ، سواء كان انتقال الملكية تلقائيا وفورا بعد العقد ، أم كان التزاما على البائع ، بأن ينقل ملكية المبيع

إلى المشتري ، وفي الحالتين يتم نقل الملكية من طرف إلى آخر [1] .

وذكر علماء الفقه الإسلامي بأن البيع ناقل للملكية ، وصرح بعضهم في تعريف البيع أنه تمليك أو نقل ملك ، ونقل النووي عن الغزالي قوله : « أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك » [2] .

٣ ـ البيع من العقود الملزمة لجانبين :

لأن البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ويلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، كما يلتزم بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وغير ذلك ، ويلتزم المشتري بنقل ملكية الثمن إلى البائع وتسليمه له ، كما يلتزم باستلام المبيع ودفع النفقات الواجبة للاستلام والنفقات اللازمة للعقد ، ويصبح كل من البائع والمشتري دائنا ومديناً في وقت واحد ، ويكون المبيع محلاً لالتزامات البائع ، ويكون الثمن محلاً لالتزامات المشتري ، وهذا ما فصله القانون المدني تحت عنوان : التزامات البائع ، والتزامات المشتري ، كما سيأتي تفصيله فيما بعد إن شاء الله تعالى .

وينتج عن كون البيع من العقود الملزمة للجانبين ارتباط بين المتعاقدين ،، يجعل من كل منهما سبباً لالتزامات الآخر ، ويحق لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه ، ويجوز لكل طرف أن يطلب فسخ العقد إذا تأخر الطرف الثاني عن تنفيذ التزامه مع طلب التعويض ، وإذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه فيزول هذا الالتزام ، ويزول معه الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بينهما تلقائيا ، ويتحمل صاحب الالتزام الأول تبعة هذه الاستحالة ، كما جاء في نظرية الالتزام العامة ، بعنوان « انحلال العقد » [3] .

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣ وما بعدها ، العقود المسماة، بدراوي ص ٣٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢ .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب للنووي ١٥٦/٩ ، مغني المحتاج ، للخطيب الشربيني ٢/٢ .

(٣) المواد ١٥٨ ، ١٦٠ ، ١٦١ من القانون المدني السوري .

وانظر : العقود المسماة ، بدراوي ٤١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٤٣/١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢ .

٤ ـ البيـع من عقود المعاوضات :

وهذا ما يميزه عن عقود التبرعات ، وذلك أن كل طرف في عقد البيع يحصل على مقابل وعوض بدلاً عما يتنازل عنه أو يلتزم به ، فالمشتري يحصل على المبيع ويدفع عوضاً عنه الثمن ، والبائع يحصل على الثمن في مقابل تنازله عن ملكية المبيع، وهذه الصفة جعلت عقد البيع من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ، فيشترط فيه أن يكون كل من المتعاقدين كامل الأهلية ، فإن كان ناقص الأهلية صار العقد قابلا للإبطال حماية لمصلحته ، خلافا للهبة فإنها عقـد تبرع ، ويشترط في الواهب فقط أن يكون كامل الأهلية ، ولا تقبل الهبة من ناقص الأهلية ، وتقع باطلة ولا تقبل الإجازة ، أما الموهوب له فلا يشترط فيه أهلية الأداء نهائيا ، فيصح قبول الهبة من كامل الأهلية وناقص الأهلية وعديم الأهلية [1] .

وهذا المعنى متوفر تماماً في الفقه الإسلامي ، واتفق الفقهاء على اعتبار البيع من عقود المعاوضات ،أو عقود المبادلات ، وأنه من التصرفات التي تحتمـل النفـع والضرر ، وأنه يصح من كامل الأهلية ، فإن صدر من ناقص الأهلية كالصبي المميز والسفيه والمعتوه فيعتبر العقد موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي عند جمهـور الفقهاء ، وذهب الشافعية إلى أن تصرفات الصبي المميـز ، الناقص الأهلية ، باطلة نهائياً ، ومنها عقد البيع [2] .

٥ ـ البيـع من العقود الرضائية :

بمعنى أنه ينعقد باتفاق الطرفين ، ويتم بالإيجاب والقبول من البائع والمشتري، ولا يتوقف انعقاده في الأصل على شكليات معينة ، كالإشهاد والتسجيل الرسمي، ولا يتوقف البيع على تسليم المبيع أو الثمن ، فالبيـع ليس عقدا شكليا ولا عقدا عينيا ، هذا هو الأصل في عقد البيع ، ولكن المشرع القانوني الحديث بدأ يستثني

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ٤٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢ .

(٢) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٥٤٧/١ ، المدخل للفقـه الإسلامي ، مدكور ص ٥٩٥، الفقه الاسلامي ، وهبة الزحيلي ١٦٩/١ .

مـن هذا المبدأ عدداً من عقود البيـع ، ويجعل البيـع فيها شكليا ومتوقفا عـلى التسجيل ، كالبيع العقاري الذي تتوقف آثاره على التسجيل في السجل العقاري ، ومثل بيع السيارات التي يتوقف نقل الملكية فيها على استخراج براءة الذمّـة من المواصلات ، وإتمام الفراغ وتسجيله في نقابة السيارات ، ومثل وجوب تسجيل عقد بيع العقارات اليوم في قسم الشرطة [1] .

وكان للفقـه الإسلامي قصب السبق في تحرير البيع خاصة والعقود عامة من الشكليات التي كانت ترزخ تحتها في ظل القانون الروماني ، واعتبرت الشريعة الغراء الأصل في العقود الرضائية ، وهذا ما جاء صريحاً في القرآن الكريم ، فقال تعالى : (يا أيّها الذينَ آمنوا لا تأكلُوا أموالَكم بينكمْ بالباطلِ إلاّ أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم) النساء / ٢٩ ، كما أن الفقه الإسلامي لم يشترط تسليم العين لانعقاد البيع تمييزا له عن الهبة التي لا تلزم إلا بالتسليم [2] .

التمييز بين البيـع وبقيـة العقـود :

إن الخصائص السابقة التي ذكرناها لعقد البيع بمجموعها هي التي تميز عقد

---

(١) يرى فريق من شراح القانون وقضاة المحاكم في مصر أن قانون التسجيل العقاري لا يغير الصفة الرضائية لعقد بيع العقار ، ولا يجعل البيع العقاري عقداً شكلياً ، وإنما عدل القانون آثار العقار ، وأرجأها إلى حين حصول التسجيل ، أما انعقاد العقد فيتم بمجرد الإيجاب والقبول .

انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٤٨٥ ، العقـود المسماة ، بدراوي ص ٤٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢ .

(٢) انظر: الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي١/١٥٩، المدخل الفقهي العام ١/٣٢٧، ٤١٠ ، ٤٦٣ ، ٤٦٧ .

ويضيف بعض شراح القانون إلى خصائص البيع وأوصافه أنـه عقـد محدد، يعني أن المبيع محدد عند العقد والثمن محدد عند العقد ، خلافاً للعقود الإحتمالية ، وأرى أن هذه الصفة تدخل في كونه من عقود المعاوضات ، لأن كل طرف يتنازل عـن ملكه بعوض معلوم محدد في العقد . (انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢)

البيع عن غيره من العقود ، ولكن هذه الصفات لا يستقل بها عقد البيع ، ولا ينفرد فيها عن بقية العقود ، بل يشاركه كثير من العقود في صفة منها أو أكثر ، وهنا يحصل الاشتباه بين البيع وغيره ، ويثور الالتباس في تكييف العقد ، وتختلف الآراء في تمييز البيع عن غيره .

ومن جهة ثانية فقد يتم الاتفاق بين الطرفين على عقد مختلط من البيع وغيره، أو يضاف إلى عقد البيع شرط أو صفة من عقد آخر ، ويمكن أن يقلب العقد من اسم إلى آخر ، وكثيراً ما يختلف الرأي والاجتهاد في هذه الحالات لتكييف العقود المختلطة وإضفاء الصفة الحقيقية لها .

ولهذا عقدنا هذه المقارنة بين البيع وبقية العقود لبيان الصفات المتفقة بينها ، وإظهار الصفات المختلفة بين البيع وغيره .

أولا : التمييز بين البيع وبين بقية العقود الناقلة للملكية :

إن عقد البيع عقد ناقل للملكية ، وهذه الصفة يشترك فيها مع غيره من العقود ، ولذلك صنف القانون العقود الناقلة للملكية مع بعضها ، وقد يختلط البيع بها أحياناً ، وخاصة مع المقايضة والهبة والوصية .

١ ـ التمييز بين البيع والمقايضة :

يتفق البيع مع المقايضة في جميع خصائص البيع السابقة ، فهما من العقود المسماة ، وهما من العقود الناقلة للملكية ، ومن العقود الرضائية ، ومن عقود المعاوضات ، ومن العقود الملزمة للطرفين ، ويتفقان في حكم العقد وموضوعه والهدف الأساسي منه .

ويختلفان في أمر واحد ، وهو محل أحد العوضين ، أو المقابل في العقد ، ففي البيع مبادلة عين أو حق مالي بثمن نقدي، أما المقايضة فهي مبادلة عين أو حق مالي

بعين أخرى أو حق مالي آخر ، ولا يدخل الثمن النقدي في المقايضة ، وهذا الفارق الوحيد بين العقدين هو الباعث لجعل المقايضة نوعاً من البيع في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني .

وهذا الفارق بين العقدين واضح وكاف للتمييز بينهما وعدم خلط أحدهما بالآخر ، ولترتيب الأحكام الخاصة بالبيع على عقد البيع ، والأحكام الخاصة بالمقايضة على عقد المقايضة .

ومع ذلك فقد يصعب التمييز بينهما في حالات كثيرة ، ويختلط أحدهما بالآخر، مما يحير القضاة والمختصين في التفريق بينهما ، ومحاولة وضع الضوابط والقواعد والمعايير لذلك .

فمن ذلك أن يكون المقابل في العقد أوراقا مالية كالأسهم أو السبائك الذهبية، فهل يعتبر هذا المقابل نقداً ، ويكون العقد بيعاً ؟ أم لا يعتبر نقداً ، ويكون العقد مقايضة ؟

اختلف رجال القانون في هذه الحالة ، وذهب بعضهم إلى اعتبار العقد بيعا لسهولة تقييم الأوراق المالية والسبائك الذهبية في « البورصة » ، بينما ذهب الأكثر ، وهو الراجح عند علماء القانون ، أن العقد هنا مقايضة ، وأن الأوراق المالية والسبائك الذهبية ليست نقداً ، وأن العبرة لاعتبار الثمن نقداً أم لا لتحديد طبيعة العقد هو وقت إبرام العقد .

ومن ذلك أن يكون المقابل في العقد مزيجا من النقد مع عين مالية أو حق مالي، فهل يعتبر العقد بيعاً أم مقايضة ؟ وماهو الراجح ؟

اتجه علماء القانون إلى ترجيح العنصر الغالب أو الأساسي في العقد ، فإن كان النقد هو العنصر الغالب في القيمة كان العقد بيعاً ، كبيع سيارة بسيارة مع مبلغ نقدي كبير كخمسين ألف ليرة سورية ، وإن كان العكس بأن يكون العنصر الغالب في القيمة هو العين ، والنقد لمجرد التعادل والتوازن ، كبيع سيارة بسيارة على أن

يدفع أحدهما للآخر خمسة آلاف ليرة سورية ، فالعقد مقايضة .

وإن كانت القيمة محددة بالنقد ، وهو مائة ألف ليرة سورية مثلا ، على أن يدفع منها سبعين ألفاً نقداً ، وأن يقدم عيناً مالية بقيمة ثلاثين ألفا ، كان العقد بيعا.

وإن كان المقابل سيارة أو مقداراً معيناً من الانتاج الزراعي أو الصناعي إن توفر ، وإلا قدم مقابله نقداً ، كان العقد مقايضة .

ومن ذلك إذا كان المقابل إيراداً مدى الحياة ، فهل يعتبر المقابل حقاً في المرتب، وهو مقايضة ، أم أنه مبلغ نقدي على وجه احتمالي ، ويكون بيعاً ؟ فيه اختلاف وأقوال [1].

ويترتب على الفرق بين البيع والمقايضة نتائج في الآثار والالتزامات سندرسها فيما بعد ، منها أن نفقات العقد والاستلام في البيع تكون على المشتري ما لم يتفقا على خلاف ذلك ، أما نفقات العقد والاستلام في المقايضة فتقع على الطرفين مناصفة مالم يتفقا على خلافه ، ومنهاضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فإنها في البيع على البائع فقط ، وفي المقايضة على كلا الطرفين .

٢ ـ التمييز بين البيع والهبة :

الهبة تمليك المال حال الحياة لآخر بدون عوض[2] ، وتتفق مع البيع أن كلا منهما من العقود المسماة ، ومن العقود الواردة على الملكية ، ومن العقود الناقلة للملكية ، وأن كلا منهما عقد رضائي يتم بالايجاب والقبول في الفقه

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣/٤ ، ٢٩ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٧٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٩ .

(٢) انظر في تعريف عقد الهبة وأركانه وشروطه وأحكامه (القانون المدني السوري المواد ٤٥٤ ـ ٤٦٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٨٣٣ ، بدائع الصنائع ٨ / ٣٦٦٩ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٣ ، المغني ٤١/٦ ، حاشية الدسوقي ٩٧/٤ ، المهذب ٤٥٣/١ ، المجموع ٣/١٧ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٨/٢ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٥٥٧ وما بعدها .

الإسلامي ، أما في القانون المدني السوري فالهبة عقد شكلي فلا تنعقد إلا بسند رسمي وإلا وقعت باطلة ، ويجوز في المنقول أن تتم بالقبض دون حاجة إلى سند رسمي (١) .

ويختلف البيع عن الهبة من جوانب أخرى ، فالبيع عقد ملزم للطرفين لأنه عقد معاوضة ، أما الهبة فليست ملزمة إلا لجانب واحد وهو الواهب ، مالم يشترط غير ذلك ، لأن الهبة عقد تبرع ، وهذا أهم ما يميز بين العقدين ، فالبيع نقل للملكية بعوض ، والهبة نقل للملكية تبرعاً وبدون مقابل ، ولذلك يشترط في الواهب أن يكون كامل الأهلية ، لأن الهبة ضرر مالي محض فيحتاج إلى كمال الأهلية ليتحمل هذه المسؤولية ، فإن وهب شخص ناقص الأهلية كان تصرفه غير صحيح .

وهذا المعيار للتمييز بين العقدين في غاية الوضوح، مهما اختلفت الألفاظ في صيغة العقد ، فإن وجد المقابل في نقل الملكية كان العقد بيعاً ، وإن نقلت الملكية بدون مقابل كان التصرف هبة ، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني .

ولكن يبدأ الأمر بالاشتباه والاختلاط في حالات كثيرة ، حتى يصعب التمييز بينهما ، ويظهر الاختلاف في الاجتهاد ، ويحتاج القاضي إلى ضوابط ومعايير للترجيح .

فمن ذلك أن تتم الهبة بمقابل زهيد ، فهل يعتبر العقد بيعاً بثمن بخس ؟ أم أنه بيع مستور بالهبة ؟ أم أنه هبة حقيقية ، ولا يضر ذكر هذا العوض فيه ؟ علماً بأن القانون أجاز الهبة بعوض ، وأن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين ؟ (المادة ٤٥٤ فقرة ٢ من القانون المدني السوري) .

يرى رجال القانون أن الضابط المميز لذلك هو توفر نية التبرع عند الواهب

---

(١) المادة ٤٥٦ من القانون المدني السوري .

وعدم توفرها ، فإن وجدت هذه النية كان العقد هبة ، ولو كان بعوض أو بمقابل ، وإن فقدت نيـة التبرع كان العقد بيعاً ، ولو كان الثمـن زهيداً ، وهذا ما يقدره القاضي عند تكييف العقد ، ودراسة القرائن والظروف التي أحاطت به ، ولا يخضع القاضي في تقديره لرقابة محكمة النقض [1] .

فإن تم العقد بيعاً بعوض نقدي ، ثم وهب البائع الثمن للمشتري فهذا البيع ستار للهبة ، وهو هبة مكشوفة ، أما إن باعه بعوض ، وأقر أنه قبض الثمن ، وتبين أنه وهبه الثمن ، ولم يقبض منه شيئا ، فالعقد هبة مستورة في هذه الحالة [2] .

ويترتب على الفرق بين البيع والهبة نتائج كثيرة ، منها ضمان العيب في المبيع، وعدم ضمان العيب في الهبة ، ومنها أن البائع له حق حبس المبيع حتى يستلم الثمن خلافا للهبة ...

٣ ـ البيع والوصية :

الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، وهي تشبه الهبة تماماً مع اختلاف بينهما في جانب واحد ، وهو زمن انتقال الملكية ، ففي الهبة تنتقل الملكية فور العقد وفي حال حياة الواهب ، أما في الوصية فتنتقل الملكية بعد وفاة الموصي ، وتنتج عن هذا الفارق أن الهبة لا حدّ لمقدارها، لأن الواهب تتصرف بماله كما يشاء،أما الوصية فمحصورة في ثلث التركة حسب النصوص الشرعية ، لأن الموصي يتصرف بمال الورثة الذي ينتقل إليهم فور الوفاة مباشرة ، وإنما أجيزت الوصية لأن أصل التركة من كسب الموصي من جهة ، وترغيباً بالبر والخير وعمل المعروف والإحسان من جهة أخرى ، وينتج عن ذلك أيضاً أن الهبة تعتبر من العقود المسماة في القانون المدني ، أما الوصية فتدخل في قانون الأحوال الشخصية .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٤/٤ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٤٨، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٧ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٨/٤ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٤٨ .

وتتفق الوصية مع البيع في نقل الملكية، لكن نقل الملكية في البيع يقع حال الحياة وبمقابل، أما الوصية فتنتقل فيها الملكية بعد الوفاة، وبدون مقابل.

وقد يحاول بعض الناس التهرب من أحكام الوصية وشروطها، فيلجؤون إلى إبرام عقد البيع صورة للتحايل على الوصية، كأن يبيع شخص عقاراً بمقابل، ويشترط البائع أن ينتفع بالمبيع طوال حياته، ويكون الثمن زهيداً أو صوريا، وبالتالي يكون التصرف وصية لما بعد الموت، وقد تزيد القيمة عن ثلث التركة مما يضر بورثة البائع.

وينتج بالإضافة لاختلاف الأحكام بين العقدين، ينتج حكم جديد، وهو تعيين المحكمة المختصة فإذا رفع عقد البيع إلى محكمة الصلح أو البداية، ورأى القاضي أن العقد وصية فيجب أن يحيل القضية إلى القاضي الشرعي في محكمة الاحوال الشخصية.

والمعيار لتمييز الوصية عن البيع هو النظر إلى وقت سريان العقد ونفاذ آثاره، فإن كانت الآثار فورية أو مضافة إلى المستقبل حال الحياة كان العقد بيعاً، وإن كان مضافا إلى مابعد الموت كان التصرف وصية.

واعتبر القانون مرض الموت قرينة قاطعة لاعتبار التصرف وصية، اتباعاً للمذهب الحنفي في ذلك، لأن الناس قد يلجؤون إلى تغطية الوصية بالبيع إضراراً بالورثة، أو تحيزاً وتمييزاً لبعض الورثة على بعض، أو إضراراً بالدائنين، وقد يمارسون هذه التصرفات في مرض الموت بهذا القصد، كالبيع لأحد الورثة في مرض الموت أو قبله بثمن بخس، فهو وصية من جهة، ومحاولة للتهرب والتحايل على نظام الإرث الشرعي وتفضيل أحد الورثة من جهة ثانية[1]، ولذلك حذر القرآن الكريم من هذه الأعمال ومنع الإضرار أو قصد الإضرار في الوصية، فقال تعالى: (مِنْ بعد وصيَّةٍ يُوصى

---

(١) انظر: الوسيط السنهوري ٢٤/٤، العقود المسماة، بدراوي ص ٥٧، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٢٠، عقد البيع، عامر ص ١٦.

بها أو دَيْنٍ ، غَيْرَ مُضارٍّ) النساء/ ١٢، وطلب القرآن الكريم ممن يحضر مجلس الوصية أن يرشد صاحبها إلى الخير والعدل فيها، فقال تعالى: (فمنْ خافَ منْ مُوصٍ جَنَفاً أوْ إثْماً فأصلحَ بينهم فلا إثمَ عليه إنَّ اللهَ غفورٌ رحيم) البقرة / ١٨٢ ، وهدد القرآن الكريم من يغير ويبدل في الوصية الصحيحة، فقال تعالى : (فَمَنْ بَدَّلَهُ بعدَ ماسَمِعَه فإنَّما إثمُهُ على الذين يُبَدِّلونه إنَّ اللهَ سميعٌ عليمٌ) البقرة / ١٨١ ، وبين الرسول صلى الله عليه وسلم وجوب التسوية بين الأولاد في أحاديث كثيرة ، كما هدد القرآن الكريم في آيات المواريث من يتلاعب بها ويغير في أحكامها .

ثانياً : التمييز بين البيع والعقود غير الناقلة للملكية :

العقود المسماة بعضها يرد على الملكية بالنقل والشيوع ، وبعضها يقع على حق الانتفاع أو يقع على العمل أو يكون لمجرد التوثيق، كما سبق ، ومع ذلك فقد يظهر التشابه بين البيع وبين هذه العقود ، وقد يدق التفريق بينها ، ويصعب التمييز ، وتختلف فيه الاجتهادات ، ولذلك نريد دراسة أهم العقود التي قد تشتبه مع البيع من العقود غير الناقلة للملكية .

١ ـ البيع والإجارة :

يتفق البيع والإيجار في الأركان ، ويظهر الاتفاق كثيراً في المحل ، فكل من البيع والإيجار يقع على عين مالية أو حق مالي آخر ، ولكنهما يختلفان في الغاية والهدف والموضوع ، فالبيع يقع على ذات العين أو الحق المالي ، وينقل ملكية العين أو الحق المالي من شخص إلى آخر ، أما الإيجار فيقع على المنفعة المقصودة من العين أو الحق المالي ، ويلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، لأنه تملك المنفعة، كما يختلف البيع عن الإيجار من جهة مهمة أخرى ، وهي أن البيع مؤبد وغير مؤقت، والإيجار لا بد فيه من التوقيت قطعاً، ولذلك يدخل في زمرة العقود الزمنية ، ويكون

الزمن عنصراً أساسياً فيها [1] .

وقد يختلط العقد بين البيع والإجارة في حالات كثيرة، نذكر منها بعض الصور.

فمن ذلك التعاقد على ما تنتجه الأرض من حاصلات أو ثمار لقاء عوض محدد، فالعقد هنا ليس على الأرض ، وإنما هو على منفعتها وثمرتها ، فهل يكون العقد بيعاً للمحصول ، أم ايجاراً للأرض للانتفاع بثمراتها ؟

يفرق رجال القانون في هذه الحالة بين الثمرات التي تتجدد بشكل دوري ، دون انتقاص للأصل كثمار الأشجار ، وبين المنتجات غير الدورية وغير المتجددة ، وهي التي تنتقص من أصل الشيء كانتاج الفحم أو الحديد أو الرمل أو الحجارة من الأرض، فإن العقد في القسم الأول يقع على الثمار فهو إجارة للأرض، والعقد في الحالة الثانية بيع للانتاج .

ولكن قد يقع العقد على الثمار المتجددة ، ولا يعتبر ذلك إجارة ، كما لو باع المالك الثمار دون أن يخرج من الأرض ، فهو بيع للمحصول في هذه الحالة ، وليس إيجاراً للأرض ، حتى لو سلم الأرض لجني الثمار فالعقد بيع لا إجارة ، والعبرة في ذلك هو النية الحقيقية للمتعاقدين، وعلى القاضي أن يستخلص هذه النية من ظروف العقد وشروطه ، كما لو كان المقابل قد سلم دفعة واحدة فهو بيع ، وإن كان مقسطاً ، أو على فترات دورية فهو إجارة ، وإن كانت المصروفات والنفقات على صاحب الأرض فهو بيع للمحصول ، وإن كان على الطرف الثاني فهو إجارة .

ومن ذلك البيع الايجاري ، وهو أن يتعاقد اثنان على عقد إجارة ، ويدفع الأجرة أقساطاً ، لكنه إن واظب على دفع الأجرة لمدة معينة ، أو لعدد من الأقساط في

---

(١) انظر في أحكام الإجارة (القانون المدني السوري ، المواد ٥٢٦ ــ ٦٠١ ، مرشد الحيران ، المواد ٥٦٢ ــ ٦٨١ ، القانون المدني الأردني ، المواد ٦٥٨ ــ ٧٥٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٠٤ ــ ٦١١، المدخل الفقهي العام ١/٥٤٨ ، ٥٩٦ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٥٤٣ وما بعدها) وسوف ندرسها بالتفصيل في هذا الكتاب إن شاء الله تعالى .

مواعيدها ، تحول العقد إلى بيع ، وتنتقل ملكيـة الدار مثلا إلى المستأجر ، وهـذا ما يحدث كثيراً في العقد على البيوت ، وعلى السيارات وغيرها .

وتظهر النتيجة والثمرة مـن تكييف العقد بأنه بيـع أو إجـارة عنـد إفلاس المشتري ، وقد دفع عدة أقساط ، أوعند هلاك المبيع ، أو إذا تصرف المشتري بالمبيع لآخر بحسن نية ، واحتج الثاني بالحيازة في المنقول بحسن نية وبسند صحيح، وغير ذلك من المشاكل التي أثارت الاختلاف بين رجال القانـون والقضاء عنـد التكييف القانوني لمثل هذه التصرفات .

ذهب بعض الشراح إلى أنه بيع ، وقال آخرون إنه إجارة ، وقال فريق ثالـث إن العقـد بيع وإجارة معا ، فهو بيع معلق على شرط واقف ، وإيجار معلق عـلى شرط فاسخ ، وذهب أغلب رجال القانون إلى أن العقد بيع علق فيه انتقال الملكيـة على شرط واقف هو الوفـاء بالأقساط جميعاً ، وهو ما يتفـق مع القصد الحقيقي للمتعاقدين ، كما أنه يتفق مع مضمون المادة ٣٩٨ فقرة ١ من القانون المدني السوري التي تنص : « إذا كان البيع مؤجل الأداء جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على أدائه الثمن ولو تمّ تسليم المبيع »[1] .

٢ ـ البيـع والوكالـة :

الوكالة عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل[2]، والفرق واضح بين الوكالة والبيع ، والتمييز بينهما سهل ، ولكن قد يختلط الأمـر

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ٢٥ ، ١٧٧ ، العقـود المسماة ، بدراوي ص ٨٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ١١ .

(٢) انظر أحكام الوكالة في (القانون المدني السوري ، المواد ٦٦٥ ـ ٦٨٣ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٤٤٩ ـ ١٥٣٠ ، القانون المدني الأردني ، المواد ٨٣٣ ـ ٨٦٧ مرشد الحيران ، المواد ٨٩١ ـ ٩٤٥) .

في عقد التوزيع مثلا ، هل هو بيع أم وكالة ؟ كما لو سلّم شخص لآخر شيئاً يملكه على أن يقوم الأخير بتوزيعه مقابل جعل معين يؤديه لمالك الشيء أو منتجه ، فإن وصف العقد هنا بأنه وكالة فيعتبر الوكيل أميناً ، فإن فقدت الأشياء عنده مع التقصير منه فيكون مسؤولا عنها وضامناً لها ، وتوقع عليه عقوبة خيانة الأمانة ، وإن وصف العقد بأنه بيع ، فيكون هلاك الأشياء وفقدها على حسابه ، سواء كان ذلك بتقصير منه أو تعدٍ أم لم يكن، ولا يكون مسؤولاً أمام الطرف الثاني .

والعبرة في التمييز بينهما هو نية المتعاقدين ، وما تنصرف إليه إرادتهما ، والقاضي يفصل في ذلك ، ويبحث عن النية والشروط المقترنة بالعقد ، ليقوم بتكييف العقد ، ويستعين بالقرائن والظروف المحيطة بالمتعاقدين ، فإن كان التوزيع مثلا مقابل نسبة مئوية معينة مما يتم بيعه ، ويرد الباقي إلى المالك كان التصرف وكالة ، وإن كان المقابل مبلغاً محدداً استلمه المالك فوراً، كان العقد بيعاً، ويجب على القاضي أن يبحث عن المعنى الحقيقي للتصرف، والنية الأصلية للمتعاقدين، دون أن يقف على مجرد وصف المتعاقدين للعقد [1] .

٣ ـ البيع والمقاولة :

« المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » [2] .

فالمقاولة ترد على العمل ، أما البيع فإنه عقد ناقل للملكية ويرد على العين ، كما أنه عقد معاوضة يلتزم فيه كل من المتعاقدين بالتزامات معينة .

والفرق واضح بين البيع والمقاولة في أكثر الأحيان ، ولكنه يخفى في بعض

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٠٥ ، عقد البيع ، عامر ص ١٥ .

(٢) المادة ٦١٢ من القانون المدني السوري ، وانظر التزامات المقاول ورب العمل والأحكام المترتبة عليهما في المواد اللاحقة ٦١٣ ـ ٦٥٠ ، القانون المدني الأردني ، المواد ٧٨٠ ـ ٨٠٤ .

الأحيان ، ويدق التمييز بينهما ، وتختلف الأنظار فيه .

فمن ذلك صانع الأثاث الذي يلتزم بتقديم المواد الأولية اللازمة لصنع الشيء وإتمامه ، ومثل حائك الثياب الذي يقدم قطعة النسيج اللازمة مع العمل الضروري لإتمام الثوب الذي تعهد به ، وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة في الحياة العملية .

فكل من صانع الأثاث والحائك بائع للمواد الأولية من جهة ، ومتعهد للعمل مقابل أجر من جهة ثانية ، فهل العقد مقاولة أم بيع ؟

اختلف علماء القانون في التكييف القانوني لهذا التصرف بين البيع والمقاولة، أو أنه عقد مختلط منهما ، لكن أكثر رجال القانون نفوا الصفة المختلطة للعقد ، وقرروا ترجيح أحد الجانبين بمقارنة قيمة المواد مع بدل العمل ، فإن كانت قيمة المواد أكثر من العمل كان التصرف بيعاً ، كمن يتعهد بتوريد المصنوعات إلى العميل، أو توريد آلاتٍ أو أجهزة أو سيارات إلى آخر ، فهذا عقد بيع في المستقبل ، وإن كانت المواد الأولية أقل قيمة من العمل كان العقد مقاولة ، كالرسام الذي يقدم القماش أو الورق والألوان ، والخياط الذي يقدم الخيطان والأزرار ، ومجلد الكتب ...، لأن قيمة هذه الأشياء أقل من العمل ، وإن تساوى الأمران كالخياط الذي يقدم القماش ويقوم بالخياطة معاً،وهما متقاربان، فيكون العقد مزيجا من البيع والمقاولة ، وأرى وجوب الترجيح لأحدهما بحسب النية ، فمن يتجه إلى خياط على أن يشتري منه القماش ، فالقصد والهدف هو الخياطة فيكون العقد مقاولة ، ومن يذهب إلى تاجر أقمشة ليشتري منه القماش ، على أن يقوم بالخياطة ، فالعقد بيع .

ويميز الشراح من ناحية أخرى بين المقاولة والبيع بقرائن معينة ، فإن تعهد المقاول بإقامة بناء على أرض، وكانت الأرض ملكاً للمقاول، فالعقد بيع للأرض مع ما فيها من بناء، وإن كانت الأرض ملكاً لرب العمل ، كان العقد مقاولة [1] .

---

(١) انظر : الوسيط، السنهوري ٤/٣٠؛ شرح أحكام عقد البيع، عمران ص٢٧؛ العقود المسماة ، بدراوي ص ١٠٢ ؛ العقود الشائعة ، حكيم ص ١١٥ .

٤ ـ البيـع والوديعـة :

الوديعة في القانون هي « عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر عـلى أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً »[1] .

والوديعة من العقود الواردة على العمـل ، وهي من عقود الأمانـة ، ويتسلم الوديع المنقول أو العقار ـ كما يتسلم المشتري المبيع ـ ليحفظه لصاحبه ، ويرده بذاته وعينه إليه .

ويظهر من هذا الفرق الشاسع بين البيع والوديعة في الهدف والغاية والموضوع والآثار ، ومع ذلك قد يشتبه البيـع والوديعة إما في العقـد المختلط ، وإما في بعض الآثـار .

مثال ذلك أن يسلم شخص لآخر شيئا ، ويفوضه في بيعه بمبلغ معين على أن يأخذ الوديع مقداراً معيناً أجراً له ، كالمؤلف الذي يودع نسخاً من كتابه عند صاحب مكتبة ليبيعها في مكتبته ، وكتاجر الجملة الذي يضـع المجوهرات مثلا عند بائـع التجزئة ليبيعها مع جزء معين من الربح ، وأن ترد البضاعة غير المباعة إلى صاحبها .

فهذه الحالات تشبه الوديعة لوجوب رد غير المباع إلى صاحبه ، وتشبه البيع بنقل ملكية النسخ إلى المكتبـة وملكية المجوهرات إلى التاجـر مع حفظ حقهما في العدول إذا لم يتمكنا من البيع .

واختلفت المحاكم في تكييف العقد في هذه الصور، فرأى بعض القضاة ترجيح صفة البيع ، لأنه يشترط في الوديعة أن يلتزم الوديع برد الشيء بعينه ، أما إذا كان

---

(١) المادة ٦٨٤ من القانون المدني السوري ، وانظر التزامات الوديـع والمودع وأنواع الودائع والأحكام الخاصة بالوديعة في (القانون المدني السوري ، المواد ٦٨٥ ـ ٦٩٤ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٧٧٣ ـ ٨٠٣ ، مرشـد الحيران ، المواد ٧٩٢ ـ ٨٢٠ ، القانون المدني الأردني المواد ٨٦٨ ـ ٨٩٣) .

ملتزما برد الشيء أو ثمنه ، فالعقد بيع ، وليس وديعـة ، وهو ما رجحه بعض رجال القانون [1] .

وكما لو سلم شخص عيناً إلى آخر ، وقد جرى بينهما تعامل سابق في البيـع والوديعة ، فهذا التسليم قد يكون بيعاً ، وقد يكون إيداعاً .

والعبرة في كل ذلك إلى نيـة المتعاقدين التي يجب عـلى قاضي الموضوع أن يستخرجها من ظروف الواقعة ، ليصل إلى تكييف العقـد وإعطائه الوصف المناسب له ، ويرتب عليه الأحكام والآثار المقررة قانوناً وشرعاً .

وإلى هنا ننتهـي من هذه النبذة في تمييـز البيـع عـن غـيره ، بتطبيـق خصائصه وميزاته ، ولتنفيذ آثاره ، وللتحقق من شروطه الواردة في تعريفه قانونا ، ونكتفي بهذا القدر من الموازنة بين البيع وبقية العقود ، لأنها أكثر العقـود التصاقاً واشتباهاً واختلاطاً بالبيع ، ويقاس عليها غيرها ، وننتقل إلى أركان البيع .

* * *

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣١/٤ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٠٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٧/٢ .

الفصل الثاني

أركان البيع

إن كل تصرف من التصرفات الشرعية أو القانونية لابدّ له من عناصر جوهرية يتوقف وجوده عليها ، وتحدد ماهيته وطبيعته ، وتميزه عن غيره ، وتبين موضوعه وحكمته ، وتكون مناطاً للحكم على وجوده وصحته ، أو على انعدامه وفساده ، وتسمى هذه العناصر الأساسية أركاناً .

والبيع له أركان يقوم عليها ، وتكون معياراً أساسياً في وجوده وتكوينه ، أو في فقدانه وفساده ، أو بطلانه ، وترتب آثاره عليه أو انعدامها .

والمذاهب الفقهية اختلفت في تحديد أركان البيع ، فذهب الحنفية إلى تحديد أركانه بالصيغة فقط ، وهي الايجاب والقبول ، لأنهما جزءان من ماهية البيع ، ويتحقق معناه بوجودهما ، وأن بقية جوانب العقد ، كالبائع والمشتري والمبيع والثمن ، هي مقومات للعقد ، لأن العقد يستلزم وجودها ، ولكنها لا تعتبر أركاناً ، لأنها لا تدخل في ماهية العقد ، وإن كان العقد يتوقف عليها .

وذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الثلاثة إلى التوسع في أركان البيع ، وأنها ستة أركان ، وهي : الايجاب والقبول ، والبائع والمشتري ، والمحل والثمن ، وقالوا : كل مالا يتصور وجود العقد إلا بوجوده ، أو يتوقف وجود العقد على وجوده ، فهو ركن [1] .

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٢٨٤ ، ٢٩٨ ، الملكية ونظرية العقد ،

أما القانون المدني فقد ذكر أركان البيع بشكل عشوائي ، دون تمييز لمعناها ، أو دقة في بيانها ، أو معيار لتحديدها ، ولم يبين معنى الركن ، ولم يحدد أركان البيع حقيقة ، وإنما وضع هذاالعنوان بشكل كيفي ، وذكر تحته عدة أمور ، وهي :

١ ــ تعريف البيع (المادة ٣٨٦) .
٢ ــ العلم بالمبيع (المادتان ٣٨٧ ــ ٣٨٨) .
٣ ــ البيع بشرط التجربة أو المذاق ، كوسيلتين لمعلومية المبيع (المادتان ٣٨٩ ــ ٣٩٠) .
٤ ــ العلم بالثمن (المادتان ٣٩١ــ ٣٩٢) .
٥ ــ حكم الغبن في بيع عقار القاصر (المواد ٣٩٣ ــ ٣٩٥) .

فهذه الأمور الخمسة هي التي ذكرها القانون تحت عنوان «أركان البيع»،وهي في الحقيقة ليست أركانا في المنظار الدقيق ، والبحث العلمي ، وإنما هي بعض شروط للبيع في العاقدين أو المبيع أو الثمن .

ويحاول شراح القانون أن يستخلصوا أركان البيع من هذه العناصر ، وذهبوا إلى أن أركان البيع ثلاثة ، وهي الإرادة ، والمحل ، والسبب ، ويبحث شراح القانون في الإرادة ، وأنها تتمثل في الرضا في عقد البيع ، وأنها تنقسم إلى إرادة البائع ، وإرادة المشتري ، ، ثم يبحثون في المحل ، وأنه يشمل المبيع والثمن ، ويصلون إلى السبب، ولكنهم يقتصرون القول فيه : « إن السبب في البيع لا جديد يقال فيه ، يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام » [1] ، بينما يحاول بعضهم التوسع فيه ، ليذكر بمعنى نظرية السبب في القانون ، وأن لها معنيين :

الأول : المعنى القريب أو المباشر للسبب ، ويسمى السبب الفني ، وأنه واحد

ابو زهرة ص ١٧٣ المدخل للفقه الإسلامي ، مدكور ص ٥١٢ ، بلغة السالك ٣/٢ ، مغني المحتاج ٣/٢ ، كشاف القناع ١٣٥/٣ ، درر الحكام ١٤٢/٢ ، فتح القدير ٧٤/٥ ، بدائع الصنائع ٣٩٨٣/٦ .

(١) الوسيط ، السنهوري ٤٠/٤ .

غير متغير في النوع الواحد من التصرفات ، ويكمن في الالتزامات المتقابلة في العقد، أو تنفيذ المتعاقدين للعقد والالتزامات •

الثانـي : المعنى الغائي أو غير المباشر للسبب ، وهو الباعث للعقد ، وهذا الباعث شخصي ، ويختلف من شخص إلى آخر ، بل يختلف في الشخص الواحد من عقد إلى آخر •

ويتبيه الشراح في كلام نظـري وفلسفي وجدلي في هذا الخصوص ، دون أن يحققوا فائدة عملية أو نتيجة وثمرة في عقد البيع [1] ، وهذا ما يدفعنا للإعراض عن التعرض لركن السبب في البيع ، والاكتفاء بما درسه الطالب عن السبب في نظريـة العقد العامة في الالتزامات [2] •

وسوف نخصص دراستنا في بقية الأركان ، وهي الرضا ، والمبيع ، والثمن ، ونفرد كلاً منها في مبحث مستقل •

* * *

(١) انظر : الوسيط السنهوري ٤/٤٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص٣١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٧٠ ، عقد البيع ، عامر ص ١٩ .

(٢) انظر بحث السبب في القانون بإسهاب وتفصيل في : النظرية العامة للالتزام، سوار ١/١٣٨ ، نظرية الالتزامة العامة ، الزرقا ١/٢٣٠ ، الموجـز في النظرية العامـة للالتزامات ، السنهوري ص ١٥٩ .

المبحث الأول

الرضا في البيع

البيع من العقود الرضائية التي تنعقد بتراضي البائع والمشتري ، والرضا أمر ذاتي داخلي للإنسان ، ويدل عليه التعبير عن الإرادة ، ويعبر عن رضا الطرفين بالايجاب والقبول ، وينعقد البيع بمجرد تبادل الايجاب والقبول ، إلا ما استثناه القانون أحيانا لاعتبارات إجتماعية واقتصادية ، ولا يشترط في البيع الإشهاد أو الكتابة بتحرير سند رسمي أو عادي إلا استثناء .

ولم يفرد القانون المدني السوري بحثاً عن الايجاب والقبول في البيع ، وليس للتراضي بالايجاب والقبول في البيع ما يميزه عن غيره من العقود الرضائية ، ولذلك اكتفى القانون بما عرضه عن التراضي عامة في النظرية العامة للالتزامات في بحث العقد .

ويأتي البيع تطبيقاً كاملاً لما ورد هناك ، مع بعض الشروط الخاصة الواردة في عقد البيع ، ويتجه شراح القانون إلى التوسع في بحث الرضا في البيع ، ويضطرون لتكرار نفس المعلومات والمواد التي سبق بحثها في القواعد العامة لنظرية الالتزام ، وتجنبا لهذا التكرار سنشير باختصار شديد إلى بحث التراضي في البيع تطبيقا للقواعد العامة ، ثم نتوسع بالشروط الخاصة بالتراضي التي أفردها القانون بالنص عليها في العقود المسماة عن البيع .

اولا : التراضي في البيع :

الرضا عنصر أساسي في البيع تطبيقاً للمبدأ العام في التراضي في العقود ، وهو

ما نص عليه القانـون « يتم العقد بمجـرد أن يتبادل الطرفان التعبـير عن إرادتين متطابقتين،مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »[1].

ويتم الرضا بالايجاب والقبول الظاهرين ، تعبيراً عن الإرادة الضمنية لكـل منهما، وهذا التعبير عن الإرادة يصح أن يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً ، ويصح أن يكون باتخاذ موقف معين ، تدل ظروف الحال عـلى دلالته عـلى المقصود بالايجاب والقبول [2] ، كعرض البضاعة مع تحديد سعرها ، أو الإعلان عن السلعة وثمنها في الصحف أو التلفاز أو النشرات ، أو أن يكون بين شخصين تعامل سابق ، ويصدر من أحدهما ايجاب ولا يرفضه الآخر ، فيكون قبولا [3] .

ويجوز أن يتم التعبير عـن الإرادة ضمناً إلا إذا نص القانـون عـلى وجوب التعبير الصريح أحياناً ، أو اتفق الطرفان على أن يكون الايجاب والقبول صريحا[4].

ويشترط في الايجاب والقبول أن يكون كل منهما جازماً ، وهذا ما يميز العقد عن مجرد المفاوضة والمساومة ، وأن يكون القبول مطابقاً للايجاب في كافـة العناصر الأساسية للعقد، ويعبر عنه في الفقه الإسلامي بموافقة القبول للايجاب في المبيع والثمن والشروط ، وأن يقترن الايجاب بالقبول ، وهو ما يحدد في زمان العقد ومكانه[5] .

ولا يشترط أن يكون الايجاب من البائع والقبول من المشتري أو العكس ، بل يصح أن يكون الايجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، ويعتبر الكلام الأول من

---

(١) المادة ٩٢ من القانون المدني السوري .

(٢) المادة ٩٣ فقرة ١ من القانون المدني السوري .

(٣) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سـوار ١/٦٣ وما بعدها ، ٦٧ ، نظريـة الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٢٤ ومابعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص٤٦ .

(٤) المادة ٩٣ فقرة ٢ من القانون المدني السوري .

(٥) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/٧٣ ، نظرية الالتزام العامـة ، الزرقا ١/١٣٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٩ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٣ .

أحد المتعاقدين ايجاباً، والكلام الثاني قبولا[1] ، والايجاب لا يلزم صاحبه إلا إذا اتصل به القبول ،ويحق لصاحب الايجاب العدول عنه قبل صدور القبول من الآخر ، إلا إذا حدد الأول ميعاداً للقبول ، فإنه يلتزم بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد [2] ، ويمكن أن يتم التعاقد بين الغائبين بالمراسلة ، كما يتم بين الحاضرين بالمشافهة .

ويجب أن يتفق الطرفان على طبيعة العقد وتحديده بأنه بيع ، فلو قال صاحب الدار مثلاً لآخر : خذ هذه الدار وأعطني مائة ألف ، وقصد بذلك أن يرهنها بهذا المبلغ ، فقبل الآخر بالايجاب ، واعتقد أن صاحب الدار يبيعها له بهذا المبلغ فلا ينعقد البيع ولا الرهن ، لعدم الاتفاق على طبيعة العقد .

كما يجب أن يتفق البائع والمشتري على المبيع ، فلو كان لشخص داران أو سيارتان ، فعرض بيع دار منهما أو بيع سيارة ، وقصد إحداهما ، فقبل الثاني الشراء، وأنه يريد الثانية ، فلا ينعقد البيع ، كما يجب أن يتم الاتفاق بينهما على الثمن ، فلو عرض الأول المبيع بألف ، فقبل الثاني الشراء بخمسمائة فلا يتم البيع .

ومتى تم الاتفاق على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن فهذا كاف لانعقاد البيع، ولا يتوقف العقد على الاتفاق الكامل على الجزئيات والتفاصيل ، لأن القانون اكتفى لاتمام العقد بالاتفاق على العناصر الأساسية أو الجوهرية فيه ، وهو ما نص عليه القانون « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تمّ ... »[3] ، فلو سكت المتبايعان على تحديد وقت التسليم أو

---

(١) وهذا مانصت عليه مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٠١ ، المادة ١٠٢ .

(٢) المادة ٤٣٩ من القانون المدني السوري ، وانظر : النظرية العامة للالتزام : ١ / ٧٢ .

(٣) المادة ٩٦ من القانون المدني السوري ، وانظر : نظرية العقد العامة ، الزرقا ١٣٧/١ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١ / ٧٦ .

مكانه ، أو تحديد وقت دفع الثمن أو مكانه ، فلا يضر بالعقد ، ويجب تسليم المبيع فوراً في مكان العقد ، كما يجب دفع الثمن حالاً بدون تأجيل أو تقسيط وفي مكان تسليم العقد ، « فإن قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » [1] .

والرضا في البيع من الدعائم في الفقه الإسلامي، وأن البيع لا بدّ فيه من تراضي الطرفين ، بأن يصدر الايجاب والقبول للتعبير عن الإرادة ، ويصح الايجاب باللفظ والكتابة بين الغائبين، والإشارة من الأخرس ، وتشدد بعض الفقهاء مبدئياً باشتراط الصراحة في الايجاب والقبول ، وعدم جواز البيع بالتعاطي مثلاً ، وأباحه فريق آخر من الفقهاء مطلقا ، وتوسط فريق ثالث فأباحه في الأشياء البسيطة ، ومنعه في الأشياء المهمة أو الثمينة ، واستقر الرأي الفقهي أخيراً بين جميع الفقهاء على جواز البيع بالتعاطي .

ويجوز تقديم لفظ المشتري في البيع ، كما يصح البيع بالألفاظ الصريحة للبيع ، وينعقد بالكناية ، ويشترط ألا يطول الفصل بين اللفظين في العقد بين الحاضرين ، كما يشترط أن يكون القبول على وفق الايجاب ، إلى غير ذلك من الأحكام التفصيلية التي بينها الفقهاء بدقة وإسهاب في عقد البيع ، كما عرضها العلماء المعاصرون في نظرية العقد ، ودرسها الطالب في مقررات الفقه ، وفي نظرية الالتزام العامة في القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي ، وهي في جملتها تتفق مع القواعد القانونية العامة[2] .

---

(١) المادة ٩٦ من القانون المدني السوري وانظر : الوسيط للسنهوري ٤٢/٤ ومابعدها ، المراجع السابقة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣/٢ وما بعدها ، المجموع ١٧٠/٩ وما بعدها ، كشاف القناع ١٣٦/٣ ، المغني ٤٨٠/٣ ، درر الحكام ١٤٤/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٨٣/٦ ، فتح القدير ٧٣/٥ ، حاشية الدسوقي ٢/٣ ، بلغة السالك ٣/٢ ، الفقه الإسلامي في اسلوبه الجديد ١٥١/١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٦٧ ـ ١٧٦ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٤٣ وما بعدها ، والمادة ٢٨٤ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام ٢٨٢/١ ، ٣٠٤ وما بعدها .

ويختلف انعقاد البيع في الفقه الإسلامي عن انعقاده في القانون باشتراط الاتفاق في العقد على جوانب البيع المختلفة الكاملة ، بما لايدع مجالاً للاختلاف بين المتعاقدين في المستقبل ، خلافا للقانون الذي اكتفى بالاتفاق على العناصر الأساسية أو الجوهرية للعقـد .

وهناك صور خاصة للتراضي نص عليها القانون ، واعتبرها استثناء من الأصل والقاعدة العامة ، منها حالة عدم الاتفاق على الأمور الفرعية ، كما سبق ، ومنهـا : التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة ، ومنها عقود الإذعان ، ومنها الوعد بالعقد ، ومنها البيع بالعربون ، وسنشير إلى بعضها فيما بعد[1] .

ثانياً : سلامة الرضا :

إن الكلام السابق ينحصر في وجود الرضا في العقد ، فإن فقد كان العقد باطلاً وغير منعقدٍ أصلاً ، ولا تترتب عليه آثار البيـع ، ولكن وجود الرضا في البيـع لا يكفـي لأن الايجـاب والقبول يعبـران عـن الإرادة الظاهريـة ، والأصل أن تكـون متفقـة مـع الإرادة الباطنيـة والرضا الحقيقي الذاتـي للمتعاقـد ، ولكـن قـد يحدث أحياناً عـدم تطابق أو اختلاف أو نشـاز بين الإرادتـين ، وإن القانون المدني السوري اعتبر كلا الإرادتين ، فاعتبر الإرادة الظاهرة في الايجاب والقبول، واعتبر الإرادة الداخلية باشتراط سلامة الرضا، وأن وجود الرضا لا ينتج أثره الكامل إلا إذا تحققنا من سلامة الرضا ، فيجب أن تكون إرادة كل من الطرفين حرة وسليمة من الآفات والعيوب ، ويترتب على عدم سلامة الرضا أن يختل العقد ، وتضطرب أحكامه ، ويصبح قابلا للإبطال .

والعوامل التي تؤثر في سلامة الرضا وكمال اعتباره في القانون أربعة ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن الاستغلالي ، فإن وجد أحد هذه العوامل أو أكثر

---

(١) انظر :النظرية العامة للالتزام ، سوار ١ / ٧٦ ومابعدها ، نظريـة الالتزام العامة ، الزرقا ١٣٧/١ وما بعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٦٧ .

عند انعقاد العقد ، فإنها تخل بسلامة الرضا ، وتعيب الإرادة ، وتهدد العقد بقابلية الإبطال .

وعرف الأستاذ الزرقا الغلط بأنه : « توهم يصور للعاقد غير الواقع واقعاً . ويحمله على التعاقد » [1] .

وحددت المادة ١٢١ من القانون المدني السوري الغلط الذي يعيب العقد ، وبينت شروطه ، وحددت الأثر المترتب على وجود الغلط بأن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، فقالت : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » ، وحددت المادة ١٢٢ منه بعض حالات الغلط ، كالغلط في صفة جوهرية للشيء ، كشراء قطعة على أنها أثرية فتبين خلاف ذلك ، والغلط في ذات الشخص المتعاقد أو في صفة من صفاته، والغلط في مادة الشيء أنها من صوف فكانت من قطن مثلا، والغلط الجوهري هو الغلط الذي يكون جسيماً بالنسبة للعاقد بحيث لو كان يعلم به قبل العقد لما أقدم على التعاقد [2] .

أما التدليس في الاصطلاح القانوني فهو خديعة توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد [3]، فالعاقد في هذه الحالة يقع فريسة التضليل والايهام من صاحبه فيندفع إلى التعاقد ، ولولا هذا التدليس لكان له موقف آخر ، ولما أقدم على العقد، فيعتبر القانون هذا التدليس جسيماً ، ويخول صاحبه أن يطلب إبطال العقد [4] .

والإكراه هو إلجاء الشخص بالقوة لحمله على عمل معين ، وهذا يدل على أن إرادة العاقد مشوبة ومعيبة ، وأن رضاه الظاهري في التعاقد لا يتفق مع رضاه

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٧١ .

(٢) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٨١ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/٨٨ وما بعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٩٠ .

(٣) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٨٥ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/١٠١ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٢ .

(٤) المادة ١٢٦ من القانون المدني السوري .

الحقيقي ، ولا ينبع منه، وهذا اختلال في الرضا وعيب في الايجاب أو القبول، ولذلك تدخل القانون لحماية هذا الشخص المكره ، ومنحه الحق في طلب إبطال العقد بعد زوال الإكراه عنه، ، كما يحق للمكره أن يطلب التعويض من الطرف الثاني على الأضرار التي لحقته من ذلك [1] .

أما الغبن الاستغلالي فهو أن يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بينا أو هوى جامحاً في أمر من الأمور فيستغله لمصلحته ، ويحمل صاحبه على العقد أولا ثم إلى إيقاع الغبن فيه بشكل لا تتوازن معه الالتزامات بين الطرفين ، وهذه الحالة تدل على عدم سلامة الرضا في العقد ، وأنها مشوبة بالعيب، لذلك تدخل القانون المدني في المادة ١٣٠ منه ، وأجاز للعاقد المغبون أن يطلب من القاضي إبطال العقد أو انقاص الالتزام المترتب عليه [2] .

أما الغبن المجرد عن الاستغلال فلا يعيب العقد في القانون إلا استثناء في بعض الحالات كالغبن في بيع عقار القاصر ، كما سنبين ذلك .

وإن سلامة الرضا في العقود عامة تطبق بحذافيرها على عقد البيع ، وتمنح البائع أو المشتري الذي تعيبت إرادته في العقد حقاً في إبطال البيع ، سواء كان العيب غلطاً أو تدليسا أو إكراها أو غبنا استغلاليا ، كما نص القانون المدني السوري على إضافة بعض العيوب الأخرى الخاصة بالبيع كالغبن في بيع عقار القاصر .

ثالثا : أهلية البائع والمشتري :

يشترط لوجود التراضي في العقد ، وتوفر سلامته ، أن يصدر من أهله ، ولذلك يشترط في البيع أن يكون كل من البائع والمشتري متمتعاً بالأهلية الكافية لابرام العقد ، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان للقيام

---

(١) انظر المواد ١٢٨ ـ ١٢٩ من القانون المدني السوري ، المراجع السابقة.

(٢) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/١١٢ ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/٢٠٦ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ١٢٥ .

بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد بها ، وتعتمد على البلوغ والعقل ، واعتبر القانون المدني والفقه الإسلامي الأصل في الأشخاص الأهلية إلا إذا ثبت العكس ، فنصت المادة ١١٠ « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بقانون » .

ومناط أهلية الأداء في القانون هو الرشد ، أي بلوغ الشخص ثماني عشرة سنة ، فجاء في المادة ٤٦ من القانون المدني ف ١ : « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » ، ونصت الفقرة الثانية على ما يلي : « وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية » [1] ، وأجاز القانون المدني للصبي المميز الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره أن يقوم بالبيع أو الشراء بإذن الولي أو المحكمة [2] ، ثم جاء قانون الأحوال الشخصية السوري بعد القانون المدني ، وأذن للقاصر إذا بلغ ثلاث عشرة سنة أن يتولى إدارة أمواله التي كسبها من عمله الخاص [3] .

---

(١) نصت المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ، وهي ثماني عشرة سنة كاملة .

(٢) تنص المادة ١١٣ من القانون المدني : « إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم امواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » .

ونصت المادة ١٦٤ من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي : ١ ــ ليس للقاصر أن يتسلم امواله قبل بلوغه سن الرشد ٢ ــ للقاضي أن يأذن بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها » .

(٣) المادة ١٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

ويرى بعض شراح القانون أن مناط الأهلية في القانون هي التمييز ، وليس البلوغ أو الرشد ، يقول السنهوري : « فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية »، وهذا الرأي يجانبه الصواب ، ولا يتفق مع النصوص القانونية التي اعتبرت عقد الصبي المميز قابلا للإبطال ، واعتبره القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية ناقص الأهلية مع كونه مميزاً، (انظر : الوسيط للسنهوري٤/١٠٨، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٤٤).

والسبب في اعتبار أهلية الأداء لممارسة البيع هو أن البيع من العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتشترط فيه الأهلية الكاملة ، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة ، فإن عقد الصبي المميز البيع فينعقد بيعه ، لكنه يكون قابلا للإبطال، ويزول حق الإبطال بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد،أو إذا أجاز الولي أو المحكمة العقد (١) .

أما الصبي غير المميز ، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره (٢) ، فلا ينعقد بيعه ، ويكون تصرفه باطلا ، وكذلك المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه فإن المحكمة تحجر عليهم، وكل عقد يقع من المجنون والمعتوه بعد شهر قرار الحجر يقع باطلا ، أما إذا صدر العقد قبل شهر قرار الحجر فيقع العقد باطلا إذا كان الجنون أو العته شائعاً عند التعاقد ، أو كان الطرف الثاني على بينة منه ، وإن صدر التصرف من سفيه أو ذي غفلة قبل شهر قرار الحجر فلا يكون العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ،وإن صدر البيع من السفيه أو ذي الغفلة بعد شهر قرار الحجر فيكون بيعه وشراؤه موقوفا على إجازة المحكمة أو من تعينه وصيا ، ويكون العقد قابلا للإبطال كالبيع الصادر من الصبي المميز (٣) .

وقد يرد في القانون ما يمنع كامل الأهلية من البيع والشراء في بعض الحالات الاستثنائية ، كمنع الأجانب من غير العرب، أو من غير السوريين، من شراء العقارات، ومنع عقود الغرر وغيرها من التصرفات التي يراها القانون من النظام العام ولا يجوز

---

(١) المادتان ١١٢ ــ ١١٣ من القانون المدني السوري .

ويلاحظ أن القانون المدني المصري والليبي وغيرهما حددوا السن للأهلية الكاملة بإحدى وعشرين سنة ، وأجازوا لمن يبلغ الثامنة عشرة بالتصرف بالإذن ، علماً بأن القانون المصري يعتبر أن من بلغ الثامنة عشرة من عمره أهلا لممارسة الحقوق السياسية كالانتخاب وغيره ، وهذا من المتناقضات العجيبة .

(٢) المادة ٤٧ من القانون المدني السوري .

(٣) المواد ١١٤ ــ ١١٦ من القانون المدني السوري .

التعاقد عليها ولا الاتفاق على مخالفتها [1] .

وأحكام الأهلية للبائع والمشتري تتفق مع ما ورد عن جمهور الفقهاء في تقسيم أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام : كامل الأهلية ، وناقص الأهلية ، وعديم الأهلية، ولكن يختلف القانون مع جمهور الفقهاء في تحديد السن لكل قسم ، فأهلية الأداء الكاملة تتحقق شرعاً بالبلوغ الطبيعي الذي يتم غالبا في الرابعة عشرة من العمر ، فمن بلغ عاقلا في هذه السنة أصبح كامل أهلية الأداء في جميع التصرفات ، أما أهلية الأداء الناقصة فتتحقق بالتمييز وهو في السنة السابعة من العمر ، أما قبل السابعة فيعتبر الإنسان فاقد التمييز ، وفاقد أهلية الأداء [2] .

ويرى الشافعية أن أهلية الأداء عند الإنسان تمر بمرحلتين فقط ، مرحلة ما قبل البلوغ ، ويكون الشخص فيها فاقداً لأهلية الأداء نهائيا ، ومرحلة ما بعد البلوغ ، ويتمتع الشخص بأهلية الأداء الكاملة [3] .

رابعاً : النيابة في البيع :

يتفرع على موضوع أهلية البائع والمشتري بحث النيابة عن الغير ، وذلك بأن يقوم شخص بالبيع أو الشراء نيابة عن غيره .

وعرف علماء القانون النيابة أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في

---

(١) انظر : الوسيط، السنهوري ١٠٨/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٤٤ وما بعدها ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١٢٢/١ ، نظرية الالتزام العامة، الزرقا ١٤٧/١ .

(٢) المادة ٤٧ من القانون المدني السوري . وجاء قانون الأحوال الشخصية بعد ذلك وحدد الأهلية الكاملة بثماني عشرة سنة (المادة ١٦٢) ، وانظر : بلغة السالك ٤/٢ .

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب ، للنووي ١٦٤/٩ وما بعدها .

إنشاء تصرف قانوني مع انصراف آثاره إلى الأصيل [1] .

وعرف علماء الفقه الإسلامي النيابة بأنها قيام شخص مقام غيره في التصرف عنه بتفويض مشروع [2] .

وتشمل النيابة في القانون عدة حالات ، وهي : الولي والوصي والحارس القضائي ووكيل التفليسة والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه والوكيل .

وتقع النيابة في جميع التصرفات القانونية كالبيع والشراء والوصية وبقية العقود وتصرف الإرادة المنفردة ، سواء أكان الحق مالياً أم غير مالي ، إلا ما استثني بنص كالحلف في اليمين ، وللنيابة فوائد كثيرة لا مجال لعرضها هنا .

وتنقسم النيابة بالنظر إلى مصدرها إلى ثلاثة أقسام :

١ ــ نيابة قانونية : وهي التي يكون مصدرها القانون الذي يخول النائب القيام بالتصرف عن الأصيل ، وتشمل الولي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه .

٢ ــ نيابة قضائية : وهي التي يكون مصدرها القاضي كالوصي والقيم والحارس القضائي ووكيل التفليسة .

٣ ــ نيابة اتفاقية : وهي التي يكون مصدرها الاتفاق بين النائب والأصيل للقيام بعمل ما ، وتعرف بعقد الوكالة [3] .

---

(١) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/٢٥٢ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٥٥ .

(٢) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٥٦ .

(٣) إن تنظيم أحكام النيابة وأقسامها لا ينحصر في القانون المدني فحسب ، وإنما ورد أيضاً في قانون الأحوال الشخصية ، والقانون التجاري ، فالقانون المدني ينظم بعض حالات النيابة كالفضولي (المادة ١٩٦) والدائن الذي يستعمل حق مدينه (المادة

ويفرق بين النائب والرسول بأن النائب يعبر عن إرادتـه ، وتنصرف الآثار مباشرة إلى المنوب عنه ، أما الرسول فإنه مجرد ناقل لإرادة المرسل ، ولذلك يعتبر التعاقد مع الرسول عقداً بين غائبين ، والتعاقد مع النائب عقداً بين حاضرين ، وأن العبرة لإرادة المرسل في عيوب الرضا ، أما في النيابة فالعبرة لإرادة النائب في عيوب الرضا ، وفي حسن النية وسوئها في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً معيناً على حسن النية أو سوء النية ، لأن إرادة النائب تحـل محل إرادة الأصيل في التعاقـد وحرية التقدير والمساومة وغيرها [1] .

والأثر الأساسي الذي يترتب على النيابة أن حكم العقد وآثاره ينصرف إلى الأصيل فوراً ومباشرة ، وتثبت له حقوق العقـد ، كما يكلف بجميـع الالتزامات وتنفيذها ، وكأنه هو الذي باشر العقد بنفسه وهو كامل الأهلية .

ويشترط في النائب أن يكون كامل الأهلية ، إلا في النيابـة الاتفاقية ، وهي الوكالة ، فيجـوز للأصيل أن يوكل صغيراً مميـزاً في التصرف ، كما يشترط في النائب قانوناً أن يصرح في العقد بأنه ينوب عن الأصيل [2] ، ونظرا لما يترتب على هذا الشرط من صعوبة ومضايقة وإشكال في التعاقد ، وأن الطرف الثاني في العقد لا يهمه أن يتعاقـد مع الأصيل أو النائب عنه ، ولعدم تطبيق ذلك في الغالب عملياً ، فإن شراح القانون فتحوا أبواب الاستثناءات الواسعة لهـذا المبدأ ، كما لو كان

---

٢٣٦) والحارس القضائي (المادة ٦٩٨) والوكيل (المادة ٦٦٥) ، والقانون التجاري ينظم حالة وكيل التفليسة (المادة ٢/٦٢٨ تجاري) ، وقانـون الأحـوال الشخصية ينظـم أكثر الحالات كالولـي (المادة ١٧٠ أحـوال) ، والوصي (المادة ١٧٧) والقيم (المادة ٢٠٠) ووكيل المفقود (المادة ٢٠٤) كما تنظم النيابة قوانين خاصة أخرى .

(١) انظر : نظرية الالتزام العامـة ، الزرقا ١/١٥٧ ، ١٦٣ ، النظريـة العامـة للالتزام ، سوار ١/٢٥٩ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٩٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٣٩ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٦٩ .

(٢) المادة ١٠٧ من القانون المدني السوري .

المتعاقد مع النائب يعلم بنيابته أو كان من المفروض أن يعلم بذلك من دلائل الظروف والقرائن كالتعاقد مع الخادم أو السمسار ، وكما لو استوى الأمر في التعاقد مع النائب أو الأصيل في العقد كبيع قطعة قماش ، وبذلك تصحح معظم عقود النائب ، إلا في بعض الحالات التي يجب عليه التصريح في العقد بنيابته ، وهذا ما قرره سابقاً الفقه الإسلامي فلا يشترط التصريح بالنيابة إلا استثناء كالنكاح ، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني [1] .

كما يشترط في النائب ألا يتجاوز حدود نيابته التي يقررها القانون أو القاضي أو الأصيل [2] ، فإن تجاوز حدوده كان التصرف إما باطلا كالتبرع من مال القاصر، وإما أن يكون موقوفاً على إجازة الأصيل ، كما لو حدد الأصيل مقدار الثمن فاشترى الوكيل بأكثر من ذلك، أو باع بأقل منه، فتكون الزيادة أو النقص موقوفة على إجازة الأصيل ، فإن أجازها نفذ ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وهذا ما يقرره الفقه الإسلامي [3] .

وإن تصرف النائب بعد انقضاء نيابته أو عزله ، فإن لم يكن عالماً بذلك قبل التصرف ، ولم يكن المتعاقد معه يعلم ذلك ، فالتصرف صحيح وينفذ على الأصيل وعلى خلفائه من بعده كالورثة ، وإن كان النائب يعلم ذلك أو كان المتعاقد معه يعلم بانقضاء النيابة فلا يسرى العقد على الأصيل ولا على خلفائه [4] .

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٦٠ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/٢٦٣ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٩٣ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٨٤٥ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٧٠ .

(٢) المادة ١٠٦ من القانون المدني السوري .

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام ٢/١٠٧٦ ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٦٢، النظرية العامة للالتزام، سوار ١/٢٦٥، العقود المسماة، بدراوي ص ١٧٥، القانون المدني السوري ، المادة ٦٦٩ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٨٤٠ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٧١ .

(٤) المراجع السابقة.

هذه هي الأحكام السابقة عن النيابة بشكل عام ، في القانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية ، وتطبق على جميع العقود ، ومنها البيع ، لكن القانون المدني السوري بحث نقطة خاصة تتعلق بالبيع ، وهي بيع النائب لنفسه ، ورتب لها أحكاماً معينة ، وسوف نفردها بالدراسة في أنواع البيوع .

خامساً : المراحل التمهيدية للبيع :

بينا أن البيع ينعقد بالتراضي، وبارتباط الايجاب بالقبول، ويكون البيع نهائياً، وتترتب عليه الآثار والالتزامات المقررة شرعاً أو قانوناً ، وقد يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية لعقد البيع قبل أن ينعقد بشكل نهائي ، وتتجه الإرادة في هذه الحالة إلى جزء من العقد أو التمهيد له ، أو تعليقه على شرط ، دون أن يحصل التراضي على كامل العقد ، أو إبرامه في الحال ، وتسمى هذه الحالة : التمهيد للبيع ، وتأخذ هذه المرحلة التمهيدية صوراً متعددة ، ، وقد تؤدي حتماً إلى انعقاد البيع النهائي ، وقد لا تؤدي لذلك ، ولذلك تعتبر صوراً خاصة للتراضي ، وأهم حالاتها هي :

١ ـ الوعد بالبيع :

وهو أن يتم الاتفاق بين شخصين على أن يلتزم أحد الطرفين ، أو كل منهما ، بابرام عقد البيع في المستقبل إذا أبدى الطرف الثاني رغبته في الموعد المحدد بينهما، ونظم القانون المدني أحكام الوعد بالعقد (المادة ١٠٢) ، وقرر في المادة ١٠٣ حكم هذا الوعد وقوته الملزمة بأن يطلب الموعود له من القاضي الحكم له بذلك ، ويقوم حكم القاضي مقام العقد الموعود ، والوعد بالعقد يشمل المنقول والعقار ، ولذلك أكد القانون ذلك في الوعد بالبيع العقاري (المواد ٨٩٩ ـ ٩٠٦) .

وينقسم الوعد بالبيع إلى وعد بالبيع من جانب البائع ، ووعد بالشراء من جانب المشتري ، ووعد بالبيع والشراء من الجانبين [١] .

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٤٤ ، النظرية العامة للالتزام ، =

٢ ـ البيـــع الابتدائـــي :

وهو الاتفاق على مشروع كامل لعقد البيع دون الالتزام به فوراً ، وإنما يتم الاتفاق على وعد بالبيع والشراء وملزم للجانبين مع تحديد كاف للبيع ، على أن يتم الانعقاد في وقت محدد لاحق ، وقد يتم الاتفاق في البيع الابتدائي أن يكون ملزماً لجانب واحد ، أو أن يكون ملزماً للجانبين ، أو غير ملزم للجانبين ، وينعقد البيـــع الابتدائي بنفس الأركان والشروط التي ينعقد بها البيع النهائي ، وتترتب عليه نفس آثار البيع النهائي ، مع فارق أساسي وهو أن الالتزامات لا تترتب عـــلى العقد إلا بعد ابرام العقد النهائي ، فيما عدا الالتزام بابرام العقد في الوقت المتفق عليه[1] .

٣ ـ البيـــع بالعربـــون :

وهو أن يتم البيع الابتدائي ويقترن بدفع أحد العاقدين ـ وغالباً المشتري ـ مبلغا من المال إلى البائع ، ليكون محسوباً من الثمن ، ويكون لكل من العاقدين في هذه الحالة حق العدول عن العقد قبل تنفيذه تحت طائلة الخسارة للعربون[2]، وقد يقصد الطرفان من دفع العربون بدء التنفيذ الحقيقي لبيع نهائي ، وذلك بالتصريح

= سوار ٨٣/١ ، الوسيط للسنهوري ٥٥/٤ وما بعدها ، شرح أحكام عقـــد البيـــع ، عمران ص ٥٩ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٢٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٥، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٤ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٥٨ ، النظريات الفقهية ، الدريني ص٢٦٨ .

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٠/٤ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧١ .

(٢) نصت المادة ١٠٤ من القانون المدني السوري على ما يلي :

١ـ دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ ـ فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه ، ردّ ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

لذلك ، أو فهمه من القرائن والظروف المحيطة بالعقد ، والقاضي يبحث في ذلك لتكييف العقد عند الاختلاف، وترتيب الآثار المترتبة عليه، علما بأن العربون لا يعتبر شرطاً جزائياً فلا يخضع لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، وإنما يستحقه الطرف الثاني لمجرد العدول ، سواء حصل له ضرر أم لا [1] .

وهذه الحالات الثلاثة لم يتعرض لها القانون في باب البيع، وإنما ذكرها في النظرية العامة للالتزامات ، وبين ما يترتب عليها من نتائج ، وأكثر ما تنطبق أحكامها على البيع خاصة ، لذلك يقوم شراح القانون باستعراض القواعد العامة لتطبيقها في العقود المسماة على البيع وغيره ، ونحن ألمحنا لها بايجاز تذكيراً ، وتركنا التفصيل ، تجنباً للتكرار مع ما درسه الطالب في نظرية العقد والالتزامات العامة .

سادساً : الأوصاف المعدلة للبيع :

الأصل في العقود أن يكون التراضي فيها منصباً على العقد المنجز الكامل ، ولكن قد تتجه إرادة أحد المتعاقدين لتقييد البيع بقيد ما ، كأن يكون البيع معلقاً على شرط ، فيتوقف الانعقاد على حصول الشرط ، أو تتوقف آثار العقد على وقوع أمر في المستقبل ، غير محقق الوقوع ، أو أن يكون العقد مضافاً إلى أجل معين ، فيصبح نفاذ العقد مترتباً على الزمن المستقبل ، وهو محقق الوقوع [2] ، وبذلك يكون تعليق البيع على شرط أو أجل أهم الأوصاف التي تعدل في آثار العقد .

ويتنوع الشرط الذي يتعلق عليه العقد إلى نوعين :

الأول : الشرط الواقف : وهو الذي يترتب عليه وقف وجود الالتزام إلى أن

---

(١) انظر : الوسيط للسنهوري ٨٦/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٦ ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ٣٣١/١ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٨٦/١، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٥٨ ،العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٣ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ١٥٩ .

(٢) انظر المادتين ٢٦٥ ، ٢٧١ ف ١ من القانون المدني السوري .

تتحقق الواقعة المشروطة ،كمن قال : إن جاء والدي من السفر فإني أبيع هذه السيارة .

الثاني : الشرط الفاسخ : وهو ما يربط به زوال العقد ، كمن يشتري بضاعة بشرط أن لا يرهن المبيع لحين أداء الثمن ، ومثل أن يشتري شيئاً ويشترط البائع عليه أن لا يبيعه أو يتنازل عنه أو يرتب عليه حقاً عينيا حتى يدفع جميع الأقساط ، ويترتب عليه نفاذ العقد أثناء فترة التعليق ، فإن تحقق الشرط الفاسخ زال حق الدائن وسقط واعتبر كأن لم يكن ، وإن تخلف الشرط الفاسخ تأكد حق الدائن واستقر ، فالعقد المعلق على شرط فاسخ منعقد ولكنه مهدد بالزوال ، فإن تمّ البيع مثلا بشرط فاسخ ، فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري ، لكن إن حصل الشرط الفاسخ زالت الملكية بأثر رجعي، ويجب على المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وإن انتهت مدة التعليق وتخلف الشرط الفاسخ فإن الملكية تستقر للمشتري ، ويتأكد حقه نهائيا في المبيع ، ويعتبر مالكا له ابرام العقد[1].

والفرق بين النوعين أن العقد في الشرط الواقف معدوم ، ولكنه يحتمل الوجود ، وفي الشرط الفاسخ يكون العقد موجوداً ، ولكنه يحتمل الزوال [2] .

وكذلك يتنوع الأجل المضاف إلى المستقبل إلى نوعين :

الأول : الأجل الواقف: وهو الذي يترتب عليه وقف نفاذ الالتزام ، مادام الأجل لم يحل بعد ، فإن انتهى الأجل الواقف أصبح الالتزام نافذاً ، ويحق للدائن المطالبة به .

الثاني : الأجل الفاسخ : ويسمى الأجل المنهي ، وهو الذي يقتصر على مجرد وضع حدٍ زمني ينتهي به العقد ، ويكون العقد نافذاً قبل انتهاء الأجل ، وينتهي عند

---

(١) المادتان ٢٦٨ ، ٢٧٠ فقرة أولى من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٨٣/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٢ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٣٦١/١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٢٥ .

حلول الأجل الفاسخ دون أن يكون له أثر رجعي [1] .

والفرق بين التعليق على شرط ، وبين التعليق على الأجل أن الشرط غير محقق الوقوع في المستقبل ، أما الأجل فإنه محقق الوقوع ، كما يجب التفريق بين إضافة العقد إلى أجل ، وبين إضافة آثار العقد إلى أجل ، ففي الحالة الأولى لا تترتب الآثار على العقد إلا بعد حصول الأجل ، أما في الحالة الثانية فيكون العقد باتا وتترتب عليه الآثار ، لكن المدين لا يلتزم بالأداء والتنفيذ إلا في الوقت المحدد كالبيع بثمن مؤجل [2] .

وهذه الأحكام السابقة عرضها القانون المدني السوري في الالتزامات العامة، وتنطبق على البيع وعلى غيره من العقود المسماة ، ولذلك عرضناها بشكل مختصر.

لكن القانون المدني السوري عرض بعض الأوصاف المعدلة للبيع بشكل خاص ، واعتبر بعضها ممنوعا وباطلا كبيع الوفاء ، وهو أن يتفق البائع والمشتري على العقد مع حق البائع بالعدول عن البيع وإعادة المبيع إليه خلال مدة معنية على أن يعيد الثمن إلى المشتري [3] ، ونص القانون المدني السوري على إلغائه ، وسوف نخصص له بحثا مستقلا في أنواع البيع .

كما أن القانون المدني السوري أقر بعض الأوصاف المعدلة للبيع واعتبرها صحيحة ، كالبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق ، وسوف ندرسه تفصيلا في حالات معلومية المبيع .

---

(١) المادة ٢٧٤ من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧١٣ وما بعدها .

(٣) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ٤٧ .

المبحث الثاني

المبيع

المبيع ركن من أركان البيع ، وسوف ندرسه بالتفصيل في ثلاثة فروع .

الفرع الأول

تعريف المبيع وشروطه

اولا : تعريف المبيع :

المبيع هو محل البيع ، وهو المعقود عليه فيعقد البيع [1] ، ومحل البيع هو

---

(١) يرى علماء القانون أن البيع له محلان ، لأن المحل عندهم في الواقع هو ركن في الالتزام لا في العقد ، وبما أن البيع عقد ملزم للجانبين فإنه ينشىء التزامات متقابلة على كل من البائع والمشتري ، ويكون محل التزام البائع هو المبيع ، ومحل التزام المشتري هو الثمن ، فالبيع له محلان : المبيع والثمن .

ويرى علماء الشريعة أن المبيع هو محل البيع فقط ، لأن العقد يرد عليه مباشرة، وهو المقصود من البيع ، وأن الثمن عوض عن المبيع وليس مقصودا لذاته في البَيع ، وإنما هو وسيلة لتسهيل التبادل .

وهذا المعنى هو الذي يتفق مع المنطق التشريعي والواقع العملي ، لذلك نرى معظم شراح القانون يقتصرون في محل البيع على المبيع فقط .

يقول الأستاذ الهلالي والدكتور زكي : « نعم إن محل العقد في الواقع القانوني هو محل التزام المتعاقدين اي محل التزام المشتري ومحل التزام البائع ، ولكن الشراح اعتادوا أن يقصروا كلامهم على محل التزام البائع ، وأن يصفوا المبيع وحده بأنه محل البيع ، وذلك لأن محل التزام المشتري عبارة =

الذي يثبت فيه أثر البيع وحكمه [1] .

ولم يتعرض القانون المدني السوري للمبيع كمحل للبيع ، وإنما ذكر بعض الأحكام المتعلقة فيه ، لكنه عرض في الباب التمهيدي الأشياء والأموال التي تكون محلا للحقوق المالية ، فنص في المادة ٨٣ منه على ما يلي :

١ ــ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ ــ والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية .

كما تحدث القانون عن محل العقد عامة في المواد ١٣٢ ــ ١٣٦ منه ، وهي تنطبق تماما على عقد البيع ، ولذلك تتناول دراستها وشرحها لاستخراج شروط المبيع منها .

ثانياً : شروط المبيع :

يشترط في المبيع أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١ ــ أن يكون المبيع موجوداً :

يشترط في المبيع أن يكون موجوداً وقت انعقاد البيع ، أو أن يكون ممكن

= عن مبلغ من النقود ، والنقود دائماً من الأشياء المعينة الجائزة الممكنة فهي مستكملة بطبيعتها للشروط الواجبة في محل العقد فلم يروا داعياً للكلام عليها » (شرح القانون المدني ص ١١٦) .

وانظر : الوسيط ، السنهوري ١٩١/٤ ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٩٣ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٨٩ .

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١٩٩/١ ، المراجع السابقة ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٥٠ .

الوجود في المستقبل ، والعبرة بالوجود وقت تمام العقد [1] .

فإن لم يكن المبيع موجوداً عند العقد ، وغير قابل للوجود في المستقبل فلا يصح البيع ، ويكون العقد باطلاً ، كبيع الأسهم في الشركات الباطلة .

فإن كان المبيع موجوداً في الواقع ، لكنه هلك قبل العقد ، كما لو باعه منزلا موجوداً، ثم اتضح أنه احترق قبل المبايعة أو وقت حصولها ، ، أو تعيب عيباً يجعله غير صالح للاستعمال مطلقا ، فالبيع باطل ، أما إذا كان موجوداً قبل العقد وعند العقد ، ثم هلك بعد العقد وقبل التسليم ، فالبيع صحيح ، لكنه ينفسخ لاستحالة التنفيذ ، كما سنبين ذلك تفصيلاً في التزام البائع بالتسليم .

وأجاز القانون بيع الأشياء التي ستوجد في المستقبل ، ونص على ذلك صراحة في المادة ١٣٢ فقرة أولى : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » ، وذلك كبيع أسهم الشركة التي تكون قيد الإنشاء ، وبيع المحصولات قبل أن تنبت ، وبيع البيت قبل بنائه ، ولكنه محقق الوجود غالباً ، وأجاز القانون بيع الأشياء التي تحتمل الوجود في المستقبل ، كبيع نتاج ماشية ، ويكون البيع معلقاً على شرط واقف ، وهو وجود النتاج .

أما إذا قصد المتبايعان أن يقع العقد على شيء موجود فعلا ، وتبين أن المبيع غير موجود فعلا وقت البيع ، كان البيع باطلا ، ولو كان يمكن أن يوجد في المستقبل ، لأن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى التعاقد على محل موجود ، أما إذا قصد المتبايعان أن يتعاقدا على شيء سيوجد في المستقبل فيصح العقد .

والحكمة من بيع الأشياء التي ستوجد في المستقبل هي حاجة الناس إليها ، وهي كثيرة الوقوع في عصرنا الحاضر ، كبيع البيوت على الخارطة قبل البناء ، وبيع المصنوعات قبل إتمام صنعها ، وبيع المحصولات قبل زرعها ، وبيع المؤلف مؤلفه

---

(١) المادة ١٣٢ فقرة أولى من القانون المدني السوري .

قبل أن يتمه [1] .

ويستثني القانون بعض الحالات التي لا يجوز فيها بيع الأشياء التي ستوجد في المستقبل ، كبيع تركة إنسان ، وهو على قيد الحياة ، ولو كان برضاه ، ويقع البيع باطلاً ، لأسباب تتعلق بالنظام العام ، وارتباطه بالناحية الإنسانية ، وصلته بالعقيدة الدينية ، وهو ما سندرسه بالتفصيل في أنواع البيوع المنوعة .

وقد يفرض القانون قيوداً على البيع لشيء محتمل الوجود في المستقبل لاعتبارات خاصة، كبيع الحقوق المتنازع فيها، فهذه الحقوق قد توجد وقد لا توجد، ولكن القانون وضع قيداً على بيعها بمنع بعض الأشخاص من شرائها ، كما سندرسه تفصيلا في أنواع البيوع [2] .

وإن كان الشيء مستحيل الوجود في ذاته ، فلا يصح بيعه ، ويكون العقد باطلا ، وهو ما نص عليه القانون « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلا » [3] .

وفي الفقه الإسلامي يشترط في المبيع أن يكون موجوداً ، ولا يجوز بيع المعدوم ، كبيع نتاج النتاج، وبيع الثمر قبل انعقاده، وسواء كان المعدوم مستحيل الوجود ، أو محتمل الوجود كبيع الحمل ، أو بيع اللبن في الضرع ، أو كان محقق الوجود في المستقبل كالبناء على الخارطة ، لما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٩١/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص١١٦ ومابعدها ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص١١١ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٩٠ ،عقد البيع، عامر ص ٣١، القانون المدني السوري، الزرقا ص١٢٠.

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٩٣/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٢٠ ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١١٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٧ .

(٣) المادة ١٣٣ من القانون المدني السوري .

المعدوم ، « فنهى عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها »[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: « لا تبع ما ليس عندك »[2] ، ونهى عن بيع الغرر[3] .

واشترط الفقهاء أن يكون المبيع موجوداً ، فجاء في مرشد الحيران : « يشترط أن يكون المبيع موجوداً »[4] ، ونصت مجلة الأحكام العدلية في البيع : « يلزم أن يكون المبيع موجوداً »[5] ، وقال قدري باشا « بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ، ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل »[6] ، وكذلك ذكرت مجلة الأحكام العدلية « بيع المعدوم باطل ، فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً »[7] .

والحكمة من منع بيع المعدوم أنه عقد احتمالي وفيه غرر،وقد يحدث وقد لا يحدث،وإذا كان محقق الوجود،أو محتمل الوجود قد تتغير أوصافه مما يؤدي إلى التنازع والاختلاف الذي يؤدي في الغالب إلى تفكك المجتمع وكثرة الخلافات والمخاصمات والعداوات .

وإن بيع المعدوم باطل في الفقه الإسلامي ، وهو الأصل ، ويستثنى من ذلك السلم ، وهو بيع الانتاج المعدوم الآن ، والذي سيوجد في المستقبل ، بشروط خاصة كثيرة، أهمها أن يكون المسْلَم فيه مثليا ومعينا بالجنس والنوع والمقدار، لما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع المعدوم ورخص في السَّلم ، والسلم استثناء من الأصل، والاستثناء لا يتوسع فيه، وقد ثبت على خلاف القياس ، كما يقول الحنفية، فغيره عليه لا يقاس .

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي ، وأحمد عن ابن عمر. (انظر : نيل الأوطار ١٩٥/٤) .

(٢) رواه أصحاب السنن وأحمد . (انظر : نيل الأوطار ١٧٥/٤) .

(٣) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن . (انظر : نيل الأوطار ١٦٦/٤) .

(٤) المادة ٣٦٥ من مرشد الحيران ، وانظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٦٧/١ ، ٢٢٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ١٣/٣ .

(٥) المادة ١٩٧ من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) المادة ٣٨٢ من مرشد الحيران .

(٧) المادة ٢٠٥ من مجلة الأحكام العدلية .

ويستثنى أيضا من بيع المعدوم بيع الاستصناع ، وهو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص ، مادته من الصانع [1] ، كالأثاث والمفروشات ، فإنها معدومة عند العقد [2] .

وسار على هذه الأحكام القانون المدني الأردني في البيع والسلم ، ثم خطا خطوة جديدة فنص في المادة ١٦٠/١ على مايلي : « يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء في المستقبل إذا انتفى الغرر » فأجاز بيع المعدوم في الحال ، والذي سيوجد في المستقبل بشرط انتفاء الغرر ، وجاء في المذكرة الايضاحية له أنه تبنى في هذا رأي ابن قيم الجوزية الذي يجيز بيع المعدوم ، وأن العلة في منع البيع في الأحاديث الشريفة هو الغرر ، فإن انتفى الغرر جاز العقد ، والمقصود بالغرر هو عدم القدرة على التسليم [3] ، أما إذا كان المحل مستحيلا لذاته فالعقد باطل [4] .

٢ ـ أن يكون المبيع معيناً :

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع معيناً أو قابلا للتعيين حتى يقع العقد عليه ، وتترتب آثار البيع عليه من نقل الملكية والتسليم ، وحتى تنصب الإرادة على شيء محدد تتجه إليه في التعاقد .

وتعيين المبيع إما أن يتم بالعقد مباشرة ، وإما إن يتضمن العقد بياناً بالأسس التي يتم بها تعيين المبيع في المستقبل .

---

(١) المادة ٥٥٤ من مرشد الحيران.

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٣٨٨ وما بعدها ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣١/٣ .

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني ١٥٢/١ عن إعلام الموقعين ٣٥٧/١ ـ ٣٦١ .

(٤) المادة ١٥٩ من القانون المدني الأردني .

ويختلف تعيين المبيع بحسب كونه من الأشياء القيمية أو المثلية .

فإذا كان المبيع قيمياً أو معيناً بذاته ، سواء كان منقولا أو عقاراً ، وجب أن يوصف وصفاً دقيقاً يميزه عن غيره ، ويمنع الجهالة الفاحشة عنه ، وذلك بأن تحدد معالمه ، وتبين حدوده ، وتذكر أوصافه الأساسية ، كما لو كان المبيع أرضاً فتعين بحدودها وموقعها ومساحتها ، ولو كان المبيع آلة ، فيعين نوعها وأوصافها المميزة.

أما إذا كان المبيع مثلياً وغير معين بالذات ، فيعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره ، كما لو كان مقداراً من القمح أو القطن أو النسيج .

فإن لم يتم تعيين المبيع بالعقد ، ولم تذكر الأسس التي يتم بها تعيينه في المستقبل كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً [1] .

وإذا عين نوع المبيع ومقداره وجنسه في العقد ، وكانت له درجات متفاوتة ، ولم يذكر في العقد تحديد الجودة ودرجتها فيجب على البائع أن يسلم المشتري صنفاً وسطاً ، فلا يكلف البائع بالجيد والممتاز حتى لا يقع الغبن عليه ، ولا يقبل منه أن يقدم الرديء حتى لا يقع الغبن بالمشتري [2] .

البيع بالتقدير والجزاف :

ويصح تعيين المبيع المعين بالنوع سواء تمّ تعيينه بالتقدير أم بالجزاف ، ويتم البيع بالتقدير إذا اتخذت الوحدة أساساً في البيع ، كوحدة الوزن أو الكيل أو المقياس أو العدد ، كمائة كيلو سكر ، أو عشرين ليتراً من المازوت أو ثلاثين متراً

---

(١) المادة ١٣٤ فقرة ١ من القانون المدني السوري .

وانظر : الوسيط ، السنهوري ٢٢٥/٤ . شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٣ ، عقد البيع ، عامر ص٤٢ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ١٢٢ .

(٢) المادة ١٣٤ فقرة ٢ من القانون المدني السوري .

وانظر : المراجع السابقة .

من القماش ، أو خمسين بيضة، كل واحدة منها بسعر معين ومحدد، ولذلك يتوقف تحديد المبيع ومعرفة الثمن على معرفة المقدار من الوزن أو الكيل أو القياس أو العدد، ويتم التقدير بالوزن أو الكيل أو المقياس أو العدد في الزمان والمكان الذي يتفق عليه الطرفان ، وإلا بحسب العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي زمان تسليمه ، ويجب أن يقع التقدير من البائع أو نائبه بمحضر من المشتري أو نائبه [1] .

أما بيع الجزاف فهو أن يتم البيع على شيء معين بنوعه ، وأن يقع العقد عليه جملة كما لو كان على معين بالذات، ويكون الثمن جملة على هذا المبيع ، كما لو باعه هذه الكمية من السكر بمائة ليرة سورية ، وهذه الصناديق من البندورة بألف ليرة سورية ، وهذه القطعة من القماش ، وهذا الكوم من البطيخ ، فهنا يحدد الثمن مباشرة مع تحديد المبيع ، ولا يتوقف معرفة الثمن على وزن المبيع أو كيله أو قياسه أو عدّه ، ويعتبر من بيع الجزاف أيضا أن يتم البيع على القمح أو السكر أو القماش الموجود في مخزن معين محدد معروف ، أو أن يتم البيع على نصف هذه الكمية أو ربعها ، ولا يغير من وصف البيع بالجزاف إذا ذكر المقدار مثلا ، كما لو باعه هذه الكمية من الفواكه بعشرة آلاف ليرة سورية ، وهي مائة صندوق ، وهذا الثوب من القماش بألف ليرة سورية، وأنه مائة متر ، وهكذا ، لأن العقد وقع على كل الكمية دفعة واحدة ، ولا يمكن للمشتري أن يبدأ بتقدير المبيع ليشتري حصة منه على أساس الوحدة ، لكن إن نقص المبيع في هذه الحالة عن المقدار المحدد فإن المشتري يعود على البائع بالضمان كما سيرد ذلك في تسليم المبيع .

وكذلك يعتبر البيع جزافاً إذا تم على جميع الكمية وبسعر الوحدة، كما لو باعه جميع الكمية من التفاح ، بسعر الكيلو خمس ليرات ، أو بسعر الصندوق مائة ليرة ، لأن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير ، فهو كل التفاح أو القماش أو السكر، ولكن

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ٢٢٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٣ .

يتوقف مقدار الثمن فقط على التقدير[1] .

ويرى بعض شراح القانون أن الحالة الأخيرة هي بيع بالتقدير ، لأن الثمن يحتاج في تحديده إلى تقدير المبيع ، وأنه قبل تحديد المبيع وتقديره لا يتعين الثمن ، وهو عنصر جوهري في البيع .

والصحيح هو القول الأول ، لأن الثمن مذكور في البيع ، وصحيح أنه لم يحدد ولم يقدر في العقد،ولكنه قابل للتعيين،وهذا ما اكتفى به القانون بأن يتم تعيين المبيع وكذلك الثمن إما في العقد صراحة ، وإما أن يتضمن العقد أسساً كافية لتعيينهما ، وهذا مانص عليه القانون المدني السوري صراحة : « ويكون البيع جزافاً ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع [2] » .

ويترتب على معلومية المبيع في بيع التقدير أو بيع الجزاف نتيجة مهمة من حيث انتقال الملكية ومن حيث تحمل تبعة الهلاك ، وسوف نذكره بالتفصيل في التزامات البائع ، كما أن هناك حالات خاصة لتعيين المبيع ليكون معلوماً عند المشتري كالبيع بالنموذج والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق وكيفية معلومية المبيع عند المشتري وسنتحدث عنها بعد قليل .

وفي الفقه الإسلامي يشترط في المبيع أن يكون معيناً تعييناً ينفي عنه الجهالة الفاحشة ، وهي التي تفضي غالباً إلى نزاع بين الطرفين ، ويكون تعيينه إما بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص ، أو ببيان أوصافه المميزة له ، وإن كان عقاراً يجب بيان حدوده وإن كان منقولا يجب ذكر أوصافه ، وإن كان مثليا فيجب تعيينه بالقدر والجنس والنوع ، كما يجب تعيين الصفة ، فإن كان المبيع مجهولاً في العقد كان

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/ ٢٢٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٤٨ .

(٢) المادة ٣٩٧ من القانون المدني السوري . وسوف نبحث عن حكم انتقال ملكية المبيع جزافاً في التزامات البائع فيما بعد . (وانظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ٢٢٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٦) .

البيع فاسداً في اصطلاح الحنفية ، وفاسداً وباطلاً عند الجمهور ، فلا يصح بيع شاة من قطيع ، ولا يصح شراء أحد هذه الأثواب الثلاثة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تضر العقد لتساهل الناس فيها ، والعبرة في تمييز الجهالة الفاحشة عن الجهالة اليسيرة هو العرف ، ومما اعتبر من الجهالة اليسيرة بيع الجزاف ، كبيع صبرة من قمح بكذا ، لزوال الغرر في ذلك[1]، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة[2] الذي كان شائعاً في الجاهلية ، وهو أن يقول : بعتك من هذه الأثواب ماوقعت عليه هذه الحصاة ويرمي الحصاة[3] .

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (المواد ٢٠٠ ــ ٢٠٢) ، ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران (المادتان ٣٦٥ ــ ٣٦٦) ، وجاء القانون المدني الأردني فسار على هذا المنوال ، ونص في المادة ١٦١ فقرة ١ على ما يلي : « يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد ، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة »، وبينت المذكرة الايضاحية له أن الجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل ، كأن يبيعه دابة من الدواب ، دون أن يبين جنسها ، أو يبيعه جميع ماله في هذه الدار من الدواب والثياب ... ولا يعلم مافيها، وكذا الناشئة عن التفاوت الفاحش بين قيم مايتناوله المبيع المجهول من الأفراد ، وأشارت إلى أن الجهالة اليسيرة لاتمنع صحة العقد ، وأن المدار في ذلك على العرف ، وعلى وقوع النزاع فيه أم لا[4] .

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١ / ٢٤٩ وما بعدها ، مرآة المجلة ١ / ٨٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ٣ / ٦٢ ، مغني المحتاج ٢/١٦ ، كشاف القناع ٣ /١٥٦ ، درر الحكام ٢ / ١٤٥ ، ١٤٧ ، المهذب ١ / ٢٧٣ .

(٢) رواه مسلم واحمد وأصحاب السنن عن أبي هريرة مرفوعاً . (انظر : نيل الأوطار ٥/ ١٦٦) .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٥/١٦٧ .

(٤) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١ / ١٥٧ .

٣ ـ أن يكون المبيع مشروعاً :

يشترط في المبيع أن يكون مشروعاً ، بأن يسمح القانون أن يتعامل به الناس وألا يكون خارجاً عن التعامل ، ليصح أن يكون محلا للحقوق المالية ، تطبيقا لنص القانون المدني « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العـام أو الآداب كان العقد باطـلاً »[١] .

ويكون المبيع غير مشروعٍ وخارجاً عن دائرة التعامل إما بسبب طبيعته ، وإما بحكم القانون ، ويكون البيع في الحالتين باطلا بطلاناً مطلقاً ، فلا يقبل الإجازة .

فالمبيع الخارج عن التعامل بسبب طبيعته وأنه لا يصح أن يقع العقد عليه ، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغيرها ، فإنها لاتصلح أن تكون محـلاً للبيع ويستحيل تملكها ، إلا إذا حاز إنسان شيئاً منها بظروف معينة فيجوز بيعها بعد ذلك [٢] .

وأما مايخرج عن التعامل بحكم القانون فأمور كثيرة ينص القانون على منع التعامل بها لأسباب مختلفة كمنع بيع بعض الأدوية والعلاجات والمواد المخدرة والحيوانات المريضة ، وذلك حماية للصحة العامة ، ومنع بيع المواد المتفجرة ومنع بيـع التعامل بالسلع التي استأثرت الدولة أو مؤسساتها بالمتاجرة فيها بهدف الحفاظ على المصالح الاقتصادية ، ومنع بيع المخطوطات والمكتشفات الأثرية والفنية لحفظ التراث ، ومنع بيع الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة [٣] ، ومنع بيع التركة المستقبلة ومنع بيع

---

(١) المادة ١٣٦ من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ٢٦٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٢ ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣٢ .

(٣) يرى بعض شراح القانون أن المنع في بيع الأموال العامـة يرجع إلى النوع الأول ، وأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها لأنها خصصت للأغراض العامة، وأخذا بظاهر الفقرة الثانية من المادة ٨٣ من القانون المدني السوري ، وأرى أن المنع يرجع لمنعها من

الإنسان أو أجزاء منه لأهداف إنسانية ، ومنع بيع الحقوق التقاعدية والمرتبات لمدى الحياة المخصصة لضحايا إصابات العمل والنفقة لدوافع إنسانية وأخلاقية والمحافظة على النظام العام أو الآداب العامة أو الأمن العام وغير ذلك [1] .

وهذا الباب واسع جداً ، ويتوسع باستمرار في العصر الحاضر ، كما يزداد توسعاً في الدول ذات الاقتصاد الموجه ، التي تتدخل في شؤون الحياة والتجارة ، وتنظم التعامل ، وتستأثر بالتجارة في المواد التي تراها مهمة وأساسية في الحياة والمجتمع ، وقد ينص القانون على منع التعامل بأموال معينة لأهداف خاصة يقدرها ، ويكون المنع إما عاماً على جميع الناس ، وإما على فئات معينة دون غيرها، وهو ما سندرسه في أنواع البيوع .

وفي الفقه الإسلامي يشترط في المبيع أن يكون مالا متقوماً ، أما الأشياء التي لا تعد مالا شرعاً [2] فلا يجوز بيعها والتعامل فيها كبيع الإنسان الحر وبيع الميتة والهواء والدم ، والنجاسات ، فإنها لا تعدّ مالا ، كما يشترط في المال أن يكون متقوماً ، وهو المال الذي يجوز الانتفاع به شرعا ، ويباح التعامل به ، أو المال الذي له قيمة في ذاته ، أو المال المحرز في اليد ، بحسب الاختلاف بين الحنفية والجمهور في ذلك ، فلا يجوز بيع الخمر والخنزير وآلات اللهو لأنه غير مباح

التعامل بالقانون الذي خصصها للمنفعة العامة ، وحدد الغاية منها ، وبالتالي يمكن للمشرع أن يغير رأيه فيها ويصدر قانونا بجواز بيعها والتعامل بها ، كبيع الشارع والحديقة العامة والأرض المستملكة للدولة وهكذا .

(١) انظر : القانون المدني ، عقد البيع ، الجراح ص ١٠٤ ، الوسيط ، السنهوري ٢٦٤/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ١٣٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٨ .

(٢) انظر تعريف المال شرعا مع اختلاف الفقهاء في بيانه في (الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٦٧/١ ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٧١٧/٢ ، ٢١٩/١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٦ ، ١٢٧ ، مرشد الحيران ، المادة ١ ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، الدكتور عبد السلام عبادي ١٧١/١ وما بعدها .

عند الحنفية ، كما لا يجوز بيع الطير في الهواء والسمك في الماء والحطب والكلأ وغيرها لأنها أموال غير محرزة ، وقال جمهور الفقهاء لا يجوز بيع الماء غير المحرز كمياه البحار والأنهار لأنها مباحة لجميع الناس، ولا يختص بها أحد دون غيرها ، أما الماء المحرز فيجوز بيعه ، كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع مال الوقف لأنه خارج عن التعامل ولأنه مخصص للمنفعة العامة ، وأن ملكيته انتقلت إلى الله تعالى ، أو إلى غير مالك ، أو إلى الموقوف عليهم مع منعهم من بيعه ، بحسب اختلاف الفقهاء في تكييف الوقف وتحديد ملكيته [1] .

وهذا الشرط عند الفقهاء يتفق مع شرط المشروعية عند علماء القانون ، كما أن اشتراط المبيع أن يكون مالا متقوماً هو شرط متفق عليه بين الفقهاء مع الاختلاف في جزئيات بسيطة ، ونصت مجلة الأحكام العدلية عليه في المادة ١٩٩ منها : « يلزم أن يكون المبيع مالا متقوماً » ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران بقوله « يجوز بيع كل ما كان مالا موجوداً متقوماً مملوكا في نفسه مقدور التسليم » ثم قال : « بيع مالا يعد مالا أصلا وما ليس مقدور التسليم وما كان غير محرز من المباحات ، ولو في أرض مملوكة للبائع باطل »[2] ، ويلاحظ من كلام قدري باشا التفسيرات الثلاثة للمال المتقوم بالإباحة شرعاً أو القدرة على التسليم والإحراز أو جواز الانتفاع به .

وجاء القانون المدني الأردني والتزم بهذا الشرط في المبيع ، ونص عليه في المادة ١٥٨ منه، فقال : « في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً » .

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٦٨/١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣٨ ، أصول البيوع الممنوعة ، إمام ص ٣٦ وما بعدها ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري ٩٣/٣ ، مغني المحتاج ١١/٢ ، ٢٧٦ ، كشاف القناع ٢٦٦/٤ ، المغني ٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ٣٣٧/٤ ، فتح القدير ٣٧/٥ ، حاشية الدسوقي ٧٥/٤ ، بلغة السالك ٢٧٤/٢ ، المهذب ٤٤٧/١ .

(٢) المادة ٣٨١ ، المادة ٣٨٥ من مرشد الحيران .

ومن هنا نلاحظ في الفقه الإسلامي تعداداً لبعض البيوع الممنوعة إما لكون المبيع غير صالح للتعامل ، وإما لكونه غير مشروع بالنصوص الشرعية .

٤ ـ أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وقابلا لانتقاله إلى المشتري :

يشترط في المبيع أن يكون مملوكا للبائع ، لأن البيع من العقود الناقلة للملكية ، ولأن البائع ملتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فإن لم يكن المبيع مملوكا له فلا تنتقل الملكية للمشتري ، ولا يستطيع البائع أن يؤدي التزامه بذلك ، وبالتالي فإن ملكية المبيع غير قابلة للانتقال إلى المشتري .

وهذا الشرط ليس من شروط انعقاد البيع، وإنما هو من شروط لزومه ونفاذه، فإن فقد كان العقد قابلا للإبطال .

ويدخل تحت هذا الشرط بيوع كثيرة نص القانون عليها صراحة وبشكل خاص ، وبين أحكامها كبيع ملك الغير، وبيع المريض مرض الموت ، وسوف ندرسها بالتفصيل في أنواع البيوع ، كما يشمل هذا الشرط بيع المحجور عليه والمعسر ، وبيع الوارث لعين التركة قبل سداد الديون ، وبيع المال الشائع بين الشركاء ، وبيع العقارات لغير السوريين أو لغير العرب ، وكذلك بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي ، وغير ذلك من البيوع التي لا يكون المبيع فيها قابلاً لانتقال الملكية إلى المشتري [١].

ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني في هذا الشرط ، ويشترط الفقهاء في المبيع أن يكون مملوكا للبائع ، وفرعوا عن ذلك شروطاً كثيرة ، كأن يكون المبيع مقدور التسليم من البائع، فإن لم يكن داخلاً في ملكه فلا يستطيع تسليمه وقد يكون مملوكا ، ولا يستطيع تسليمه [٢] . لكن الفقهاء اختلفوا في تكييف هذا

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٦٨/٤ ، القانون المدني ، عقد البيع الجراح ص ١٠٦ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٩٨ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٦٥، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٦٨/١ .

الشرط ، فيرى الحنفيـة أنه شرط نفـاذ ، وأن بيع ملك الغير ينعقـد ، ولكنـه موقوف على إجازة المالك ، بينما يرى الشافعية أنه شرط انعقاد وصحة ، وأن بيع الغير باطل أصلاً ، وسوف نعود لتفصيل هذا في أنواع البيوع .

٥ ـ أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري :

يشترط في المبيـع أن يكون معلوماً عند المشتري قبل العقد أو عند العقد ، وهذا الشرط نص عليه القانون المدني السوري في عقد البيع خاصة، ولذلك سوف نتناوله بالتفصيل فيما يلي .

ويقابله في الفقه الإسلامي وجوب رؤيـة المبيـع عند العقد أو قبله ، وإلا ثبت للمشتري خيار الرؤية ، لما جـاء في الحديث الشريف « من اشترى مالم يـر فله الخيار إذا رأى » ، كما سيأتي .

الفرع الثاني

معلوميـة المبيـع

أولاً : اشتراط معلومية المبيع :

نصت المادة ٣٨٧ الفقرة الأولى من القانون المدني السوري عـلى ما يلي : « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيـع علما كافيا » (١) .

هذا النص يتضمن شرطاً خاصا بعقد انبيـع ، استمده القانون المدني مـن خيار الرؤيـة المعروف في الفقـه الإسلامي عند الحنفية (٢) ، وأنه يختلف عـن

---

(١) يقابلها المادة ٤١٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٠٨ من القانـون الليبي ، وأخذ القانون العراقي بخيار الرؤية في الفقه الإسلامي في المواد ٥١٧ ـ ٥٢٣، ولا مقابل لذلك في التقنين اللبناني .

(٢) نصت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على ما يلي : « هذا النص

شرط تعيين المبيع الذي ذكره القانون في القواعد العامة ، وشرحناه سابقاً ، وأن أحدهما لا يغني عن الآخر ، لأن تعيين المبيع بالعقد لا يفيد أن المشتري قد علم به علماً صحيحا ، ولكن متى علم المشتري بالمبيع علما كافيا فيتضمن ذلك أن المبيع معين، فشرط التعيين أعم من وجه من شرط المعلومية، فمتى علم المشتري بالمبيع فيكون ذلك تعييناً للمبيع، ويختلف شرط التعيين عن شرط المعلومية من حيث الحقيقة والآثار.

فتعيين المبيع هو تحديده بالأوصاف والأسس والحدود والتقدير بالكيل أو الوزن أو القياس أو العدد ، وهو شرط في التراضي لانعقاد العقد ، وإذا كان المبيع غير معين في العقد كان البيع باطلا .

أما معلومية المبيع فتتم بالاطلاع عليه ومعرفة حقيقته ليتأكد المشتري من صلاحية المبيع له ، وأنه يحقق رغبته فيه ، وأنه صالح لما يقصده منه ، فإن لم يعلم المشتري بالمبيع فلا يبطل العقد لأن العقد موجود ، وينتج آثاره ، وتنتقل الملكية، ولكن يحق للمشتري طلب الإبطال ، ويسمى في الفقه الإسلامي « خيار الرؤية » .

والمثال يوضح ذلك : إذا كان العقد على شراء قطعة أرض زراعية ، فيشترط لانعقاد البيع أن يتم تعيين حدودها وموقعها ومساحتها ، ويشترط للزوم البيع أن يعلم المشتري بالأرض حقيقة فيعرف خصائصها ونوع التربة ، وما تصلح له من مزروعات أو أشجار وغيرها [1] .

=

يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحالي (السابق) على وجه توفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية ، وبين المبادىء العامة للقانون المدني ، وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا ، فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالما بالشيء المبيع علما كافيا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٨ وما بعدها).

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٥٥ ، ٥٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٧٤ وما بعدها ، الوسيط، السنهوري ٤/١١٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٥٧ .

ومعلومية المبيع أو خيار الرؤية شرط ممنوح للمشتري فقط دون البائع، فلا يشترط في البائع أن يعلم المبيع ، لا لصحة العقد ولا للزومه ، لأن القصد الأساسي من مشروعية البيع هو نقل ملكية المبيع للانتفاع به ، وهذا قصد للمشتري، لذلك منح حق الرؤية ، أما قصد البائع فهو الثمن ، كما أن المبيع في الغالب الشائع أن يكون تحت يد البائع وتصرفه ، فالأصل أن يكون مطلعاً عليه وعالما به ، فإن كان عنده وتحت يده ولم يطلع عليه فيكون مقصراً في حق نفسه ، ويتحمل هو نتيجة ذلك ، كما لو ورث تركة ثم باعها قبل أن يعلم ما فيها ، فلا خيار له ، ويقع البيع صحيحاً ولازما [1] .

ثانيا : المقصود بالعلم بالمبيع :

إن المراد من العلم بالمبيع هو معرفة أوصافه الأساسية التي يتوقف الرضاء الحقيقي في العقد عليها ، كما يتوقف عليها العلم بملاءمة المبيع للمشتري ، وأنه يحقق له الغرض المطلوب منه.

وإن العلم بالمبيع يختلف بحسب الأشياء ، فمنها ما يتم العلم بها بالرؤية كالكتاب ، ومنها ما يتم العلم بها بالشم كالعطور ، ومنها ما يتم العلم بها بالذوق كالزيت ، ومنها ما يتم العلم بها باللمس كجس شاة الذبح ، ومنها ما يتم العلم بها بالوصف كبيان أوصاف المبيع للأعمى ، وبيان أوصاف المعقود عليه في الاستصناع ، وذكر أوصاف المسلم فيه في عقد السلم ، وبيان الأوصاف للعين الغائبة .

كما يختلف العلم بالمبيع من جهة أخرى بحسب الأشياء ، فإن كانت مثلية فيكفي العلم بها بأخذ عينة لها لمعرفة أوصافها وجودتها وما يقصده المشتري منها ، وإن كانت من القيميات التي تختلف أفرادها، وتتفاوت جزئياتها ، فيجب العلم بكل

---

(١) نصت المادة ٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية على الخيار للمشتري فقط فقالت : « يلزم أن يكون المبيع معلوما عند المشتري » وهو ما ذكره قدري باشا في مرشد الحيران ، المادة ٣٧٢ . وانظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٥٤ .

منها ، وإن العلم ببعضها لا يكفي ولا يفيد العلم بالباقي ، كما لو رأى غرفة واحدة من دار مثلا، أو شاة واحدة من قطيع ، فلا يغني عن رؤية الباقي [1] .

وإن تعبير الفقهاء عن ذلك بخيار الرؤية لا يعني حصر العلم بالمبيع بالرؤية فقط ، وإنما عبروا عن أهم وسائل العلم وأكثرها شيوعها واستعمالا ، من عموم المجاز ، وهو استعمال اللفظ بمعنى أوسع من دلالته الحقيقية ، أو من قبيل التعبير بالخاص وإرادة العام ، أو إطلاق الجزء وإرادة الكل [2] .

وتختلف الأساليب والطرق والوسائل التي يعلم بها المشتري بالمبيع ، وبعض هذه الوسائل عامة ، وبعضها خاصة كالتجربة والمذاق وبيع النموذج ، وسوف نذكر الوسائل العامة لمعلومية المبيع أولا ، ثم نتبعها بدراسة الوسائل الخاصة .

ثالثا : الوسائل العامة لمعلومية المبيع :

نص القانون المدني السوري على ما يلي :

١ ــ يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

٢ ــ وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع [3] .

ويستفاد من النص أن المشتري يشترط أن يعلم بالمبيع علما كافيا ، وأن العلم الكافي بالمبيع يتم بأحد الوسائل الثلاثة التالية :

---

(١) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٤ ، الوسيط ١١٧/٤ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٦٥/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٥ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٧٨ .

(٣) المادة ٣٨٧ من القانون المدني السوري .

١ ــ أن يعلم المشتري بالمبيع عند العقد أو قبله ، وذلك برؤيته أو الإشارة إليه أو بشمه أو ذوقه أو جسه بحسب طبيعة المبيع ، سواء قام بهذه المعاينة المشتري نفسه ، أو قام بها من ينوب عنه فيها ، وهو ما كان منصوصاً عليه في القانون المدني المصري القديم ، وحذف من الجديد لأنه مفهوم من القواعد العامة، وسواء تمَّ البيع بالتقدير أم بالجزاف .

ومتى تمت المعاينة أو الشم أو التذوق أو الجس عند العقد اعتبر المشتري عالماً بحقيقة المبيع ، سواء أدت المعاينة إلى ذلك فعلا ، أم لم تؤدِ ، ويكون العقد لازماً ، ويسقط حق المشتري من خيار الرؤية ، أو حقه في طلب الإبطال [1] .

٢ ــ العلم بطريق الوصف :

ويعتبر علم المشتري بالمبيع علماً كافيا إذا تمَّ بيان المبيع وذكرت أوصافه الأساسية في عقد البيع بيانا يمكن من تعرفه وتعرف فوائده ومنافعه الأساسية التي يقصدها المشتري من المبيع ، بحيث إذا فقدت في المبيع عند العقد لما أقدم المشتري على العقد ، وذلك ببيان جنس المبيع ونوعه وقدره وأوصافه الأساسية التي تحدد منافعه وميزاته ، ويقوم الوصف في هذه الحالة مقام المعاينة الحقيقية للمبيع، سواء تمَّ البيع مشافهة وذكرت معه الأوصاف ، أم تمَّ كتابة في سند ، واشتمل السند على هذا البيان ، وسواء كان المبيع معيناً بذاته ، كسجادة معينة ، أو معيناً بنوعه كمائة كيس من السكر بوزن مائة كيلو غرام .

وتختلف الأوصاف الأساسية للمبيع بحسب طبيعته ، فإن كان المبيع سيارة يجب بيان أوصافها الأساسية بتحديد المصنع الذي أنتجها وتاريخ الصنع وعدد المقاعد والقوة من الأحصنة مما يذكر عادة في شهادة السيارة ، وإن كان المبيع منزلا فيجب بيان موقعه وحدوده ومساحته وعدد غرفه وما يتبع المنزل من ملحقات وغير

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٧ ، الوسيط ، السنهوري ١٢٣/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٧٨ .

ذلك مما يذكر عادة في الصحيفة العقارية له ، وهكذا القماش والقمح والأرض الزراعية وغيرها [1] .

ومتى ذكر المبيع في العقد وتحددت أوصافه الأساسية فيه اعتبر العقد لازماً في حق المشتري ، ولا يحق طلب الإبطال بحجة عدم علمه الكافي بالمبيع ، لكن يثبت له حق آخر ، وهو خيار الوصف لفوات أحد الأوصاف الأساسية التي ذكرت في العقد ، وعند رؤية المبيع لم تتحقق فيه هذه الصفة .

وإذا اختلف المتعاقدان بعد العقد في كفاية الأوصاف التي ذكرت في العقد للعلم بالمبيع أو عدم كفايتها ، فإن ذلك يعود إلى تقدير المحكمة ومعرفة أهل الخبرة في كفاية الأوصاف أو عدم كفايتها ، لأن هذه مسألة ظروف ووقائع تترك لتقدير القضاة [2] .

٣ ـ إقرار المشتري بمعلومية المبيع :

قد يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا به قبل البيع ، وبالتالي فإنه لم يعاينه قبل العقد ولا عند إبرام العقد ، ولا حاجة عندئذ لذكر المبيع وبيان أوصافه الأساسية في العقد ، ولكن القانون احتاط في هذه الحالة من إنكار المشتري لعلمه المسبق في المبيع فاشترط أن ينص في العقد على أن المشتري عالم بالمبيع ، وفي هذه الحالة يسقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، لأنه أقر بالعقد أنه يعلم بالشيء المشترى ، والمرء مؤاخذ بإقراره ، ويكون إقراره حجة عليه ، إلا إذا أثبت المشتري التدليس في حمله على ذكر ذلك في العقد ، أو أن البائع أضاف هذه

---

(١) يقول الإمام النووي : « وتعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به » (مغني المحتاج ٢/٢٠) .

وانظر: الوسيط ، السنهوري ٤/١٢٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٥٩ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٦٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٧٩ .

العبارة في العقد ، دون علم المشتري بها ، فإن أثبت تدليس البائع بذلك بقي حقه ثابتاً في طلب إبطال البيع لعدم علمه بالمبيع ، وهو ما نص عليه القانون في الفقرة الثانية منه .

وإقرار المشتري بعلمه بالمبيع قد يكون حقيقيا ، وأنه اطلع على المبيع فعلا مسبقاً ، وقد يكون غير ذلك ، وأنه لم يطلع فعلا على المبيع في الواقع ، ولكنه قصد من إقراره أنه لا يقيم أهمية بهذا العلم ، وأنه يتنازل عن حقه في الطعن في هذا العقد ، وأنه رضي بالمبيع على الصورة التي هو عليها ، وأن العقد لازم فيه [1] .

رابعاً : الجزاء القانوني عند عدم العلم بالمبيع :

اشترط القانون معلومية المبيع للمشتري ليقوم بالاطلاع عليه ومعرفة أوصافه الأساسية ومنافعه ، وليقدر صلاحية المبيع الكافية ، ومدى تحقيقه لمصالحه وأغراضه التي يبتغيها ، وهذه الأمور تحقق مصلحة خاصة بالمشتري ، لذلك رتب القانون جزاء متناسباً مع رعاية هذه المصلحة ، وذلك بأنه منح المشتري حق طلب إبطال البيع عند عدم علمه به، واعتبر العقد معقوداً وصحيحاً ونافذاً، ولكنه غير لازم من جهة المشتري فقط ، ولكنه لازم من جهة البائع .

وللمشتري أن يستخدم حقه في طلب إبطال البيع بعد العقد ، إذا لم يسبق له علم بالمبيع ولم تذكر في العقد الأوصاف الأساسية له ، وله الحق بطلب الإبطال سواء بعد اطلاعه ورؤيته للمبيع أم قبل ذلك [2] .

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٩ ، الوسيط ، السنهوري ١٢٣/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٦١/١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٦ .

(٢) انظر العقود المسماة ، الزرقا ٥٧/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص١٠٩، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢١ .

ولكن شراح القانون اختلفوا في تكييف هذا الجزاء ، فذهب بعضهم إلى أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في الغلط ، وأن النص على معلومية المبيع لاجديد فيه ، وإنما هو للتأكيد ، وأن المشتري يحق له طلب إبطال البيع لوقوعه في الغلط ،وذهب فريق آخر إلى هذا الرأي وأضافوا أن النص الخاص على معلومية المبيع يعتبر قرينة على وقوع المشتري في الغلط ، أما في حالات الغلط العامة فيجب على المشتري أن يثبت وقوعه في الغلط في صفة جوهرية من صفات الشيء ليحق له طلب إبطال العقد ، ولكن أكثر شراح القانون ذهبوا إلى أن النص على معلومية المبيع يفيد حقاً جديداً للمشتري ، وهو حق مأخوذ من الفقه الإسلامي من خيار الرؤية ، وأنه يختلف عن حق المشتري في طلب الإبطال بسبب الغلط ، لأن القانون يشترط في الغلط أن يقع بـه المشتري وأن يكون البائع قد وقع مثله فيهذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه ، كما سبق بيانه ، أما حق المشتري بطلب الإبطال لعدم علمه بالمبيع فهو حق مطلق ولو لم يقع في غلط ، وهو حق له فقط دون البائع ، وللمشتري التمسك بهذا الحق ولو كان المبيع على الصورة التي تصورها المشتري أو توقعها أو يريدها ولكنه لم يسبق له علم به فله الحق في طلب الإبطال [1] .

خامساً : سقوط حق المشتري بإبطال البيع :

إذا تمّ البيع دون أن يعلم المشتري بالمبيع فيكون العقد غير لازم ، ويحق له أن يطلب إبطال العقد لعدم معاينته المبيع أو ذكر أوصافه بالعقد ، ولكن هذا الحق بطلب الإبطال يسقط في حالات كثيرة ، ويصبح العقد لازماً ، فيسقط حق المشتري بالإبطال بالأسباب العامة ، وهي الإجازة والتقادم ، كما يسقط حقه بالإبطال بأسباب خاصة تتعلق بحالة عدم معلومية المبيع في العقد ، كالتصرف بالمبيع تصرفاً يوجب حقاً للغير

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٠ ، الوسيط للسنهوري ٤/١٢٥، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص١٧٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص٧٤، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٩ ، عقد البيع ، عامـر ص ٥٦ .

به ، أو إذا تعيب المبيع[1] ، أو بموت المشتري ، فهذه خمسة أسباب ، وهي :

١ ـ الإجـــازة :

إن القانون منح حق الإبطال للمشتري لعدم علمه بالمبيع حمايـة لـه ، وتحقيقاً لمصالحه ، وبالتالي فإن صاحب الحق يجوز له أن يتنازل عن حقه صراحة ، وأن يجيز العقد ليصبح لازما في حق الطرفين ، وتستقر آثاره وأحكامه بشكل نهائي ، ويسمى هذا التنازل بالإجازة،وهو تعبير عن الإرادة يصدر من العاقد الذي تقررت قابلية الإبطال لمصلحته ، وهذا مانصت عليه المادة ١٤٠ فقرة أولى من القانون المدني السوري «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية »، والإجازة الضمنية في هذه الحالة كأن يتصرف المشتري بالمبيع ، وهو ماسنذكره بعد قليل .

وتصح إجازة البيع من المشتري مع إسقاط حقه بطلب الإبطال سواء رأى المبيع وعلم به واطلع على حقيقته وأوصافه ومطابقته لرغبته وتحقيقه لمصالحه ، وهو الغالب الشائع ، أم كان ذلك قبل رؤية المبيع وقبل علمه به ، بدليل سقوط حقـه بالإبطال بمجرد بيان المبيع وذكر أوصافه في العقد، وبدليل سقوط حقه بالإبطال إذا أقر في العقد

---

(١) يتبادر من نص القانون المدني في المادة ٣٨٧ الفقرة الثانية « وإذا ذكر في عقـد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع » يتبادر من هذه المادة أن إقرار المشتري بعلمه بالمبيع في العقد أحد أسباب إسقاط الحق ، وهذا غير صحيح ، وهو خطأ في التعبير القانوني ، والصواب أن يقال « لايثبت للمشتري حق الإبطال » لأن العقد في هذه الحالة صحيح لازم ، وأن إقرار المشتري بعلمه بالمبيع إعتراف منه بعدم ثبوت الحق له ، وبما أن الحق غير ثابت أصلا ، فبالتالي لا يسقط ، وإن سوء التعبير القانوني حمل بعض شراح القانون إلى الوقوع في الخطأ بتقرير المخالفة بين القانون الذي يجيز لصاحب الخيار إبطال حقه قبل رؤية المبيع وبين الفقه الإسلامي الذي لايجيز ذلك.

انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٢٦٤/١ الوسيط ، السنهوري ١٢٤/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٣ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٢ وما بعدها ، أبحاث إضافية ، سوار ص ١٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٢ .

أنه عالم بالمبيع ، ولو لم يعلم به حقيقة وفعلا ، ويكون ذلك منه قبولاً بالمبيع على الحالة التي هو عليها، مع عدم تمسكه بحق الإبطال، وعدم اعتباره للرؤية وعدمها،لأن إجازته رضا بالمبيع ، والرضا يسقط الخيار[1] .

٢ ـ التقادم :

إن حق المشتري في طلب إبطال العقد لعدم علمه بالمبيع لايمكن أن يبقى على الدوام ، لأن العقد يبقى مهدداً بالزوال ، ويبقى البائع مهدداً أيضاً بطلب الإبطال . ويؤدي ذلك إلى اضطراب الأحوال وعدم استقرار المعاملات ، ولذلك تدخل القانون وحدد للمشتري مدة معينة لاستخدام هذا الحق بإجازة البيع أو طلب إبطاله خلال سنة واحدة ، فإن أهمل حقه ، أو سكت عنه ، ولم يجز العقد ، ولم يطلب إبطاله ، سقط حقه بطلب الإبطال ، وأصبح العقد لازماً ، سواء علم خلال هذه المدة بالمبيع أم لم يعلم به ، وهذا مانص عليه القانون المدني صراحة « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة »[2] ، وهو تقادم قصير لسقوط الحق[3] .

---

(١) يقول الدكتور محمد علي عمران : « ولاتصح الإجازة إلا بعد علم المشتري بالشيء المبيع » (شرح أحكام عقد البيع ، له ص ١١٣) ونسب بعض شراح القانون هذا الرأي للفقه الإسلامي في المذهب الحنفي ، وأنه لايجوز للمشتري التنازل عن خيار الرؤية إلا بعد الرؤية ، وهذا ما قاله الأستاذ الهلالي والدكتور زكي في (شرح القانون المدني ص ٨٣) وقاله الدكتور سلطان والدكتور العدوي في (العقود المسماة ص ١٧٣)، ورد عليهم الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا في كتابه (العقود المسماة الزرقا ١/٦٤) .

وانظر : العقود المسماة البدراوي ص ١٢٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٢٥،عقد البيع ، عامر ص ٥٣ .

(٢) المادة ١٤١ الفقرة أولى من القانون المدني السوري .

(٣) اختلفت مدة التقادم القصير هنا بين القانون المدني السوري وأصله القانون المدني المصري ومعه القانون المدني الليبي ، فالمدة في السوري سنة واحدة ، والمدة في المصري والليبي ثلاث سنوات ، ويظهر أن مدة السنة كافية وفيها عدالة بين البائع والمشتري وتحقق استقرار التعامل ، وقد انتقد بعض شراح القانون في مصر هذه المدة ، =

ولم يرد نص على تاريخ البدء بهذه السنة في حالة عدم العلم بالمبيع ، ولذلك اختلف شراح القانون في ذلك ، فقال بعضهم : تبدأ السنة من تاريخ انعقاد البيع ، قياساً على مدة السقوط التي ذكرها القانون في الغبن الاستغلالي ، وقال آخرون : تبدأ السنة من اليوم الذي يستطيع فيه المشتري العلم بالمبيع ، أي من تاريخ استلام المبيع ، قياساً على مدة التقادم القصير في نقص الأهلية وحالات عيوب الرضا بالغلط أو التدليس أو الإكراه ، فإن المدة تبدأ من تاريخ زوال السبب الموجب ، وقال فريق ثالث : تبدأ السنة من تاريخ العلم الكافي بالمبيع بعد البيع ، لأن التقادم حقيقة يبدأ بها[1] .

وأرى أن الراجح أن تبدأ السنة من تاريخ استلام المبيع ، رعاية لمصلحة كل من البائع والمشتري ، وهو أكثر عدالة في الموضوع ، ولذلك تبنته لجنة مراجعة القانون المدني المصري ، واقترحت إضافته في القانون .

لكن إذا حصل عارض لسقوط التقادم ، أو توقف التقادم أو غير ذلك فلا يجوز المطالبة بإبطال العقد على أية حال إذا انقضت خمسة عشر سنة من وقت تمام العقد[2] .

=
وطالبوا بتعديلها ، واقترحوا أن تكون سنة ، واستجابت لهم لجنة مراجعة القانون المدني على ذلك ، وأضافت فقرة ثالثة بعد اشتراط معلومية المبيع تنص على أنه « ويسقط حق المشتري في إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع بمضي سنة من وقت تسلم المبيع » .

انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/٢٤٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٤ .

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٦٨ ، أبحاث إضافية في عقدي البيع والمقايضة ، سوار ص ١٧ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٣ .

(٢) المادة ١٤١ الفقرة الثانية من القانون المدني السوري .

٣ ـ تصرف المشتري بالمبيع :

إذا تصرف المشتري بالمبيع بعد علمه به فإن تصرفه يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وكذلك إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل علمه به ، كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإجارة، لأن هذه التصرفات توجب حقاً للغير في المبيع ، وبالتالي يمتنع على المشتري حقيقة وفي الواقع أن يطلب إبطال البيع لتعلق حق الغير به ، وتعتبر الإجازة الضمنية صحيحة في الحالتين بشرط أن يكون المشتري يعلم بحقه فيها ، ثم يتصرف بهذه التصرفات ، فتعتبر إجازة ضمنية للبيع ، ويسقط حقه في طلب الإبطال[1] ، ويقيس شراح القانون هذه الحالة على ما نص عليه القانون بأن المشتري يسقط حقه في طلب الإبطال إذا أقر في عقد البيع بأنه على علم بالمبيع ، وكان في الواقع غير عالم به ، ولم يسبق له اطلاع ومعرفة به[2] .

٤ ـ تعيب المبيع في يد المشتري وهلاكه :

وإذا تعيب المبيع في يد المشتري بأن حصل فيه عيب جديد طارىء ينقص قيمته ، فإن ذلك يبطل حق المشتري في طلب الإبطال لهذا المانع ، وكذلك الحال إذا هلك المبيع عند المشتري ، أو تحول إلى شيء آخر ، فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال ، لأن إبطال العقد وبطلانه يوجبان أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ،

---

(١) يرى بعض شراح القانون عدم صحة الإجازة الضمنية قبل علم المشتري بالمبيع، لأنه يشترط في الإجازة الصريحة أو الضمنية أن يعلم صاحبها بها، وهذا خطأ، لأنه اشتبه عليهم علم صاحب الإجازة بحقه بالإجازة ثم يتنازل عليها صراحة أو ضمنا ، وبين علم المشتري بالمبيع، فالأولى شرط ، دون الثانية ، (انظر : أبحاث إضافية في عقد البيع والمقايضة ، سوار ص ١٩ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٦٩) .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٤، العقود المسماة ، الزرقا ١/٦٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص١٢٤، الوسيط ، السنهوري ٤/١٢٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٣ .

وعند تعيب المبيع أو هلاكه ، فإنه يستحيل العودة إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، لأن المبيع أصبح معيباً وقد تسلمه سالماً ، أو أنه تحول إلى شيء آخر[1] .

٥ ـ الموت :

إذا مات المشتري قبل أن يسقط حقه بطلب الإبطال فإن حقه يسقط في المذهب الحنفي ، لأن خيار الرؤية لا يورث باعتباره إرادة ومشيئة من جهة ، وأن الحقوق غير المالية لاتورث عند الحنفية من جهة ثانية ، وبما أن القانون المدني أخذ خيار الرؤية من المذهب الحنفي ، وسكت عن سقوطه بالموت ، فيرجع للمذهب الحنفي في ذلك ، وهذا ماأخذ به أكثر شراح القانون .

ولكن بعض الشراح يرون أن حق المشتري لايبطل بالموت ، لأن القاعدة القانونية أن حق إبطال العقد ينتقل إلى الورثة ولا يسقط بالموت .

وأرى ترجيح القول الثاني أخذاً بالقاعدة القانونية من جهة ، ولأن قانون الأحوال الشخصية في سورية خالف المذهب الحنفي،وأخذ برأي المذاهب الثلاثة بانتقال الحقوق إلى الورثة وعدم سقوطها بالموت ، فيدخل حق المشتري بطلب الإبطال فيها ، وبالتالي ينتقل إلى الورثة ، ولا يسقط بالموت ، وهو ماجرت عليه محكمة النقض المصرية في حق الشفعة ، ويقاس عليه خيار الرؤية[2] .

---

(١) انظر : شرح أحكام البيع ، عمران ص ١١٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٥ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٤ ، الوسيط ، السنهوري ١٢٥/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٧٠/١ ، الوسيط ، للسنهوري ١٢٥/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٤ عقد البيع، عامر ص ٥٣، فتح القدير ١٤٩/٥.

سادساً : خيار الرؤية في الفقه الإسلامي :

يثبت خيار الرؤية في المذهب الحنفي فقط والقول القديم عند الإمام الشافعي في عقد البيع ، ويثبت للمشتري فقط دون البائع ، وذلك إذا اشترى شيئاً معيناً بالذات ، ولم يكن قد رآه عند العقد أو قبله ، أخذاً بحديث الرسول ﷺ : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »[1] ، ويكون المشتري بالخيار بين إجازة العقد وبين فسخه ، ويكون العقد صحيحاً ونافذاً ولكنه غير لازم من جهة المشتري فقط ، ولازم في حق البائع ، ويسقط خيار الرؤية برؤية المبيع وبإجازة البيع صراحة وبالتصرف في المبيع تصرفاً يتعلق به حق الغير ، وبالموت لأن خيار الرؤية لايورث ، وبكل فعل أو تصرف يقع على المبيع يتعذر معه رد المبيع إلى البائع بحالته التي كان عليها ، ويثبت هذا الحق في خيار الرؤية للمشتري بحكم الشرع في الحديث السابق ، ولو لم يشترط ذلك في العقد ، ويثبت له هذا الحق بعد العقد ورؤية المبيع ، وليس المراد بالرؤية مجرد الإبصار والمعاينة فحسب بل يشمل كل وسيلة تفيد المشتري معلومية المبيع كالشم والذوق والجس والوصف بالنسبة إلى الأعمى ، وذلك بحسب اختلاف الأشياء ، وقال أكثر الحنفية بأن خيار الرؤية غير مؤقت ، ويثبت مطلقاً في جميع العمر مالم يسقط بأحد الأسباب السابقة ، وقال بعضهم : إنه مؤقت ، ويثبت خلال فترة إمكان الفسخ بعد الرؤية[2] .

---

(١) هذا الحديث رواه الدارقطني مسندا عن أبي هريرة ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني والبيهقي عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ ، واسناد الحديث فيه مقال وضعف .

(انظر : نصب الراية ٩/٤) .

(٢) انظر : فتح القدير ١٣٧/٥ ، حاشية ابن عابدين ٥٩٢/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٦٣/١ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٦٧ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الزحيلي ٣٥٥/١ وما بعدها ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٢٠٠ ـ ٢٠٣ ، مرشد الحيران ، المواد ٣٣٨ ـ ٣٤٠ ، ٣٦٥ ـ ٣٧٣ ، الوسيط ، السنهوري ١١٧/٤ ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢٠٨/١ .

كما قال الحنفية بصحة بيع العين الغائبة التي لم يرها المشتري إذا تمَّ في العقد وصفها بذكر الجنس والوصف ، ويكون العقد كالحالة السابقة صحيحاً وتاماً ولكنه غير لازم ، ويثبت للمشتري خيار الوصف[1] .

أما المذاهب الفقهية الأخرى فلم تأخذ بخيار الرؤية نهائياً ، واشترطت أن يكون المبيع موجوداً عند العقد لرؤيته أو الإشارة إليه ، أو أن يكون المشتري قد رأى المبيع وعلم به قبل العقد ، واحتجوا بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر[2] ، وعن بيع الإنسان ماليس عنده[3] ، والعين الغائبة فيها غرر وليست عند البائع في العقد ، وأنكروا حديث الرؤية السابق بأنه غير ثابت .

ولكن المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية في المذهب القديم والحنابلة قالوا ـ كما قال الحنفية ـ بجواز بيع العين الغائبة إذا ذكرت أوصافها في العقد ، ويكون العقد صحيحاً تاماً نافذاً ولكنه غير لازم ، ويثبت للمشتري الخيار لتحقق الصفات ، وله فسخ العقد إذا لم تتوفر الصفات المذكورة في المبيع ، ويسمى خيار فوات الوصف ، وقال الشافعي في المذهب الجديد لايجوز بيع الغائب نهائياً سواء وصف أم لا[4] .

ونلاحظ أن القانون المدني السوري قد أخذ خيار الرؤية من المذهب الحنفي ، كما أخذ بجواز البيع بناء على ذكر الصفات في العقد ، كما ذهب إليه الحنفية وجمهور

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٢٠٠ ـ ٢٠٣ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٦٨ وما بعدها .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن عن أبي هريرة مرفوعاً . (انظر : نيل الأوطار ١٦٦/٥ ، نصب الراية ٩/٣) .

(٣) رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن عن حكيم بن حزام مرفوعاً بلفظ : « لاتبع ما ليس عندك » . (انظر : نيل الأوطار ١٧٥/٥ ، نصب الراية ٩/٤) .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ٢٥/٣ ، مغني المحتاج ١٨/٢ ، المهذب للشيرازي ٢٦٣/١ ، المغني لابن قدامة ٤٦٥/٣ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢٠٨/١ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٥٥/١ ، الوسيط للسنهوري ١٢٠/٤ ، كشاف القناع ١٣/٣ .

الفقهاء ، ولكنه لم يكمل الشوط في هذا الجزء الثاني ، وإنما أجاز القانون العقد إذا ذكر فيه المبيع مع بيانه وتحديد أوصافه الأساسية ، ولكنه اعتبر العقد صحيحاً ولازماً، ولا يثبت للمشتري خيار الوصف ، ولا يحق له طلب إبطال العقد .

وجاء القانون المدني الأردني ، وتبنى النظرية الفقهية في الخيارات ، ونص عليها في القواعد العامة للعقد.(في لزوم العقد) ومنها خيار الرؤية ، فأخذ به بحسب المذهب الحنفي[1] ، وبين في المادة ١٨٤ منه على ثبوت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ ولو لم يشترط في العقد ، وذكر في المادة ١٨٥ أن خيار الرؤية يبقى حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد مايسقطه ، وحدد صفة العقد في المادة ١٨٦ بأن خيار الرؤية لايمنع نفاذ العقد ، وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار ، وبين في المادة ١٨٧ مسقطات الخيار برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة وبموت صاحبه وبهلاك المبيع كله أو بعضه وبتعيبه وبتصرف من له الخيار تصرفاً لايحتمل الفسخ أو تصرفاً يوجب حقاً للغير ، لكنه أخذ بالرأي الأشد لبعض الحنفية بأن خيار الرؤية لايسقط بالاسقاط قبل الرؤية ولا بعدها ، لأنه يرى أن حق الرؤية حق لله تعالى ، ولا يمكن للعبد إسقاطه ، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة في الحالات السابقة[2] ، وختم الكلام عن خيار الرؤية بتحديد كيفية الفسخ فيه في المادة ١٨٨ ، وأن الفسخ يتم بالقول أو بالفعل صراحة أو دلالة بشرط علم المتعاقد الآخر .

هذا ماعرضه القانون المدني الأردني بشكل خاص عن خيار الرؤية في لزوم العقد عامة ، وفي عقد البيع تمشى القانون المدني الأردني مع القانون السوري والفقه الإسلامي ، فنص في المادة ٤٦٦ منه على اشتراط معلومية المبيع عند المشتري علماً نافياً للجهالة ، وأن معلومية المشتري تتم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له ، وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه ، ثم بين في المادة ٤٦٧ منه أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع ، وهو النص الحرفي للقانون السوري .

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/٢٠٨ .

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/٢١١ .

الفرع الثالث

الوسائل الخاصة لمعلومية المبيع

إن معلومية المبيع شرط أساسي في البيع ، وتنقسم وسائل معلومية المبيع إلى وسائل عامة تنطبق على جميع البيوع كرؤية المبيع والإشارة إليه وبيانه في العقد مع ذكر أوصافه الأساسية وإقرار المشتري بعلمه السابق للمبيع ، وإلى وسائل خاصة يمكن للمشتري أن يقوم بها ويتعرف عن طريقها للمبيع ، كالنموذج أو العينة ، والتجربة ، والمذاق ، وهذه الوسائل الثلاث ذكرها القانون خاصة وبين أحكامها كوسائل لمعلومية المبيع من قبل المشتري لذلك نص عليها القانون بعد اشتراط معلومية المبيع مباشرة .

الوسيلة الأولى

البيع بالنموذج (العينة) [1]

أولا : تعريف وبيان :

يتم البيع بالنموذج عندما يكون المبيع مثليا وغائبا عن مجلس العقد ، وقد

---

(١) جاء التعبير في القانون المدني المصري والسوري عن هذا البيع باسم « العيّنة » وهو تعبير مصري عامي ، ويقابله في سورية تعبير عامي آخر ، وهو المسطرة ، أما اللفظ الصحيح فهو النموذج والانموذج ، « وهذا لفظ معرب عن الفارسية ، ويستعمل في كل مثال يدل على صفة غيره ولو كان جزءا مأخوذا منه ، كقطعة نسيج أو حفنة من القمح أو جزء من الزيت أو السمن » وهذا اللفظ هو المستعمل في الفقه الإسلامي وكتب اللغة ، وكان الواجب على واضعي القانون المصري أن يتجنبوا استعمال الألفاظ العامية ، وان يسموا بالقانون لتكون لغته سليمة

يتعذر نقله إلى مكان العقد لما يحتاج من تكاليف ، أو يصعب على المشتري أن يعاين المبيع كله وقت إبرام العقد ، فيقدم البائع نموذجا منه ليطلع عليه المشتري ، ويقوم النموذج مقام رؤية المبيع كله ، ويغني الاطلاع على النموذج عن تعيين المبيع وبيانه وتحديد أوصافه الأساسية ، ولذلك ذكر القانون البيع بالنموذج بعد اشتراط معلومية المبيع مباشرة[1] .

ويحقق البيع بالنموذج فائدتين :

الأولى : أن رؤية النموذج والاطلاع عليه يغني عن معاينة المبيع كلا، لعدم وجود المبيع وقت ابرام العقد ، أو تعذر إحضاره ، ويكون المشتري في حكم من رأى المبيع كله ، ويتحقق في هذه الحالة شرط معلومية المشتري للمبيع علما كافيا ، ويسقط حقه في خيار الرؤية أو طلب إبطال البيع لعدم علمه بالمبيع .

الثانية : أن النموذج الذي يقدمه البائع للمشتري غالبا ، ويتم التعاقد على أساسه ، يصبح وثيقة مادية مضبوطة بيد المشتري ، ليطالب البائع بتنفيذ العقد بما يطابقها ، وعند الاختلاف بينهما يكون النموذج هو المعيار والمرجع الذي تعتمد عليه المحكمة وأهل الخبرة في تسليم المبيع المطابق للنموذج ، ولذلك يجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ النموذج وعدم التفريط به أو إتلافه أو التخلي عنه[2] .

وعامة ، كما كان المفروض على واضعي القانون السوري أن يتنبهوا لذلك ، والا يكونوا مجرد مقلدين وناقلين ، ولكن القانون الأردني تنبه لذلك ، وسلك الطريق السليم .

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٧١ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٤٦٨) .

(١) جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري : « هذا النص جديد لا نظير له في التقنين السابق ... وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع ، واكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٢) .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٧٢ ، العقود المسماة البدراوي ص ١٦١، ١٦٢ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٢٣٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٥ .

وجاء النص على بيع النموذج في القانون المدني السوري في المادة ٣٨٨ ، وهي:
« ١ ــ إذا كان البيع « بالعينة » (النموذج) وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .
٢ ــ وإذا تلفت « العينة » (النموذج) أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » (١) .

وينقسم الكلام عن بيع النموذج إلى تحديد طبيعته وإلى حالة الاختلاف على النموذج وهلاكه .

ثانياً : طبيعة البيع بالنموذج :

يقوم هذا البيع على أساس مايقدمه البائع للمشتري من نموذج للمبيع ليتم التعاقد عليه ، والأصل أن يكون النموذج جزءاً من المبيع أو مماثلا له في صفاته، فيتعين المبيع في هذه الحالة ، ويصبح المشتري على علم كافٍ به ، ويترتب على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري بشكل مطابق للنموذج الذي تم الاتفاق عليه، وهذا ما قصدته الفقرة الأولى من القانون « إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها » ، ويجب على المشتري أن يتسلم المبيع المطابق للنموذج ، ولا يحق له أن يدعي عدم علمه بالمبيع ، ولا أن يطالب بحق إبطال البيع لعدم رؤية المبيع مسبقا ، كما لو تم البيع من صاحب مصنع إلى آخر على كمية من المصنوعات التي ينتجها مصنعه ، ويقدم صاحب المصنع نموذجا من انتاجه ، ويتفق الطرفان على أن يكون المبيع مطابقا في أوصافه لهذا النموذج ، ثم يسلم البائع المبيع للمشتري بصورة مطابقة للنموذج ، ومثله بيع القمح أو القطن أو الزيت أو السمن ، ومتى كان المبيع مطابقا للنموذج المتفق عليه فيجب على المشتري أن يقبل المبيع ، ولا يحق له رفضه ولو كان غير ملائم لحاجته ، وإن كان غير مطابق للنموذج يحق له أن يرفض المبيع كله أو يرفض الجزء الذي لا يتطابق مع النموذج.

---

(١) يقابلها المادة ٤٢٠ من القانون المصري ، والمادة ٤٠٩ من القانون الليبي ، والمادة ٥١٨ من القانون العراقي مع الاختلاف بالجزاء عند عدم المطابقة ، والمادة ٤٤٤ من التقنين اللبناني .

والأصل أن تكون المطابقة بين المبيع والنموذج مطابقة كاملة وتامة ، ولكن شراح القانون ورجال القضاء يتجهون إلى التخفيف من ذلك ، ويكتفون بأن تكون المطابقة في الصفات الجوهرية ، وإن لم تتوفر المطابقة الكاملة ، ويتساهلون بالفروق البسيطة أو التافهة التي لا تغير من صلاحية المبيع للغرض الذي توخاه المشتري في العقد ، وإن كان هذا الفرق يؤثر في الجودة وينقص من الثمن فيحق للمشتري أن يطلب إنقاص الثمن بما يعادل الفرق بين الحالتين .

والخلاصة أن البيع بالنموذج يعتبر العقد فيه صحيحا ونافذا ولازما ، وليس للمشتري الخيار أو الحق في طلب الإبطال ، وهذا ما يميزه عن حالة البيع بدون رؤية المبيع أو دون العلم به علما كافيا[1] .

البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عند اشتراط معلومية المبيع ورؤيته أن الأشياء المثلية يكفي فيها رؤية بعض المبيع دون سائره إذا كان المرئي يدل على غير المرئي دلالة كاملة .

وفرع جمهور الفقهاء على ذلك أن رؤية النموذج كرؤية المبيع نفسه ، وعندما يرى المشتري النموذج يعتبر كأنه رأى المبيع كاملا ، ويحصل له العلم الكافي فيه ، ويعتبر المبيع حاضرا ، وليس غائبا ، ولا يثبت للمشتري خيار الرؤية في فسخ العقد.

---

(١) ذهب بعض شراح القانون وبعض المحاكم في مصر إلى اعتبار البيع بالنموذج بيعا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ، وهو تحقق المطابقة ، فإن لم تتحقق المطابقة سقط البيع ، أو انفسخ ، وقال الأكثرون إنه بيع بات .

(انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣٧/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦١، عقد البيع ، عامر ص ٤٩، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨١، العقود الشائعة ، حكيم ص١٢٦) .

واعتبروا البيع في حالة بيع النموذج بيعا صحيحا وتاما ونافذا ، فإن سلّم البائع المبيع مطابقا للنموذج فقد أدى واجبه ، وصار العقد لازما للطرفين ، أما إذا جاء المبيع غير مطابق للنموذج فيكون العقد غير لازم من جهته ، ويثبت للمشتري خيار الوصف ، ويحق له فسخ العقد لفوات الوصف المرغوب المتفق عليه .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية [1] ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (المادتان ٣٢٤ ـ ٣٢٥) ، ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران (المادة ٣٧٤) ، وجاء القانون المدني الأردني وسار على منواله حرفياً ، (المادتان ٤٦٨ ـ ٤٦٩) .

وخالف الحنابلة والظاهرية ، وقالوا لا يجوز هذا البيع ، ولا يصح بيع النموذج، واشترط الحنابلة في البيع أن يكون المبيع معلوما للبائع والمشتري ، وأن يحصل العلم بالرؤية المقارنة للعقد ، وأن تتم الرؤية لجميع المبيع إن لم تدل بقيته عليه ، أو رؤية بعض المبيع إن دلت على بقيته ، ثم صرحوا وقالوا : « ولا يصح بيع الأنموذج »[2] .

ثالثا : جزاء عدم مطابقة المبيع للنموذج :

إذا جاء المبيع مطابقا للنموذج فقد حصل المقصود ، وتمّ التنفيذ من البائع وبرئت ذمته ، وأجبر المشتري على قبول المبيع وتسلمه .

أما إذا جاء المبيع غير مطابق للنموذج فيعتبر البائع غير منفذٍ لالتزامه سواء كان بإرادته ، أم لأمر خارجي، ويحق للمشتري أن يرفض الاستلام ويخير بأحد الأمور التالية :

---

(١) انظر : مغني المحتاج ١٩/٢ ، حاشية الدسوقي ٢٤/٣ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الزحيلي ٣٦٨/١ .

(٢) انظر : كشاف القناع ١٥٢/٣ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٦٩/١ .

١ ــ طلب التنفيذ العيني ، وذلك بأن يطلب من البائع تنفيذ التزامه بعينه ، وإجباره على تسليم شيء آخر مطابق للنموذج المتفق عليه بينهما ، فإن لم يفعل البائع ذلك جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته ، مطابق للنموذج ، على نفقة البائع ، وذلك بعد استئذان القاضي بذلك ، وفي حالة الاستعجال يجوز له أن يحصل على شيء مطابق للنموذج بدون إذن القاضي ، وذلك حسب القواعد العامة في التنفيذ العيني للالتزام [١] .

٢ ــ طلب فسخ البيع ، ويستطيع المشتري بدلا من طلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بتقديم شيء مطابق للنموذج ، وللمشتري الحق بالمطالبة بالتعويض أيضا ، وذلك لأن البائع هو المسؤول قانونا عن مطابقة المبيع للنموذج ، فإن أخل بهذه المسؤولية فيحق للمشتري أن يرفض تسلم المبيع ، وله أن يفسخ البيع ويطالب بالتعويض [٢] .

٣ ــ قبول المبيع غير المطابق للنموذج ، ويحق للمشتري أن يقبل المبيع غير المطابق للنموذج ، وذلك بمحض اختياره ، ودون إجبار عليه ، لأن القانون اشترط المطابقة لمصلحته، والبائع التزم بتسليم مبيع مطابق للنموذج ، فلا يستطيع أن يجبر المشتري على قبول شيء غير مطابق للنموذج وإن كان أحسن منه مثلا ، أو كان أقل منه وعرض البائع عليه إنقاص الثمن ، لأن إرادة المشتري ورضاه انصرفت إلى المطابق للنموذج ، وتم العقد عليه ، لكنه إن رضي بالمبيع غير المطابق باختياره ، فله أن ينقص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للنموذج ، أما إن كان النقص طفيفا وتافها فلا شيء للمشتري ، وهو ما قضت به المحاكم في مصر [٣] .

---

(١) انظر : المادة ٢٠٦ من القانون المدني السوري ، المطابقة للمادة ٢٠٥ للقانون المصري .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٢ .

(٣) انظر : عقد البيع ، عامر ص ٥١ ، الوسيط، السنهوري ٤/٢٣٧ ومابعدها، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص١١٦، العقود الشائعة، حكيم ص١٢٧، العقود المسماة الذنون ص ٧١ .

ويبقى حق المشتري في دعوى عدم مطابقة المبيع للنموذج طوال مدة التقادم القصير الذي نص عليه القانون المدني في المادة ٤١٧ في ضمان العيوب الخفية ، كما سنفصل ذلك في التزامات البائع .

وفي الفقه الإسلامي يخير المشتري في حالة عدم مطابقة المبيع للنموذج بين قبول المبيع الذي قدمه البائع بالثمن المسمى ، وبين رده وفسخ البيع،وهكذا يثبت للمشتري خيار في البيع ، وهو خيار الوصف ، ويحق له إبطال العقد لمخالفة المبيع للوصف المشترط[١] ، وهذا ماتبناه القانون المدني الأردني والتزم به ، ونص عليه في المادة ٤٦٨ الفقرة الثانية منه : « فإذا ظهر أنه غير مطابق له (للنموذج) فإن المشتري يكون مخيراً إن شاء قبله ، وإن شاء رده »[٢] .

رابعا ـ الاختلاف في النموذج ومطابقته وهلاكه :

تطبق الأحكام السابقة على البيع بالنموذج إذا كان النموذج المتفق عليه موجوداً ولا خلاف حوله ، وجاء المبيع مطابقاً أو غير مطابق للنموذج ، ولكن الأمر يختلف إذا حصل الاختلاف على النموذج ذاته ، أو حصل الاختلاف في مطابقة المبيع للنموذج أو عدم مطابقته ، أو هلك النموذج وتلف ، ولم يعد بالإمكان الاعتماد عليه كوثيقة مادية ، ونشأ الاختلاف بعد هلاكه أن المبيع مطابق له أم غير مطابق ؟

لقد اختلفت الآراء والاتجاهات في أحكام هذه الحالات ، وجاء القانون المدني فذكر أحكامها فنص على بعضها ، وأحال بعضها الآخر إلى القواعد العامة ، وسكت عن القسم الثالث .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٢٥ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٧٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٧٣ .

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني ٢/٤٩٦ ، وهو ماأخذ به القانون العراقي في المادة ١/٥١٨ .

الحالة الأولى : الاختلاف في مطابقة المبيع للنموذج القائم :

إذا كان النموذج قائما وموجودا ، والطرفان متفقان على ذاتيته ، ولكنهما اختلفا في مطابقة المبيع الذي قدمه البائع على النموذج ، فهذه الحالة لم ينص عليها القانون ، وتطبق عليها القواعد العامة ، ويقع عبء إثبات المطابقة على البائع ، لأنه يدعى المطابقة ، والمشتري ينكرها ، والقاعدة العامة في الإثبات أن البينة على المدعي، كما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع الموصوف بالمطابقة مع النموذج ، والقضاء هو الذي يفصل في ذلك ، ويعتمد البائع والمحكمة في ذلك غالباً على رأي الخبراء الذين يقارنون بين النموذج والمبيع ، والقاضي هو الذي يفصل في ذلك ، لأن رأي الخبير غير ملزم ، وأن تقدير القاضي وحكمه لا يدخل تحت تمحيص محكمة النقض [1] .

وهذا الحل يتفق عليه الفقه مع القانون ، لأن الأصل في الإثبات أن البينة على المدعي ، لكن القانون الأردني جعل الحكم عاما ، ولم يفرض عبء الإثبات على البائع ، فقال « إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج ، وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة »[2] .

الحالة الثانية : هلاك النموذج :

إذا هلك النموذج أو تلف ، فلا بد أن يكون إما بيد المشتري ، وهو الغالب، أو في يد البائع ، أو في يد ثالث ، وعرض القانون المدني السوري للصورة الأولى والثانية ، وسكت عن الثالثة ، ووضع حكما خاصاً في الإثبات ، وحمل عبء الإثبات على الطرف الذي يهلك النموذج في يده،ولو كان هلاكه وتلفه دون خطأ منه أوتقصير، واعتبر القانون عبء الإثبات كتبعة جزائية مدنية يرتبها على من يهلك النموذج في

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣٧/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٧ .

(٢) المادة ٤٦٩ ، الفقرة الأولىمن القانون المدني الأردني .

يده ، لأنه المؤتمن عليه والمسؤول عن حفظه ، فيصدق قول خصمه في المطابقة أو عدمها ، وعليه أن يثبت ما يقول .

فإن كان النموذج عند المشتري ـ وهو الغالب الشائع ـ فتلف في يده ، فيقبل قول البائع في المطابقة ، وعلى المشتري أن يثبت العكس بعدم مطابقة المبيع للنموذج ، فإن عجز عن ذلك خسر دعواه ، وحكم القاضي بالمطابقة ، وإن كان النموذج في يد البائع فتلف عنده ولو بدون خطأ أو تقصير ، وادعى المطابقة ، فيقبل قول المشتري في عدم المطابقة ، وعلى البائع أن يثبت المطابقة ، وإلا خسر دعواه ، وهذا ما نص عليه القانون السوري في المادة ٣٨٨ السابقة ، ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة والقرائن[1] .

أما إن كان النموذج عند ثالث فتلف أو هلك عنده فالقانون ساكت عن هذه الصورة ، ولا يمكن تطبيق المادة السابقة على الأجنبي ، لأنها اعتبرت عبء الإثبات تبعة جزائية على أحد المتعاقدين بالنص ، والأجنبي عن العقد لا يتحمل ذلك قطعاً ، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي أوجب القانون الرجوع إليها فيما سكت عنه .

وحكم هلاك النموذج في المذهب الحنفي يقوم على أساس آخر ، وهو اتفاق الطرفين على ذاتية المبيع أو اختلافهما فيه .

فإذا كان المتبايعان متفقين على ذاتية المبيع ، الذي تم العقد عليه ، كالإشارة إليه أو تعيينه بذاته ، أو لكونه مفروزاً عن غيره ، لكنهما اختلفا في مطابقته للنموذج الذي رآه المشتري ، وهلك ، فيقبل قول البائع ، لأن قوله يتفق مع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٧٤/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٢/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٧ .

الأصل والظاهر ، وأنه ملتزم بتسليم هذا المبيع ، وعلى المشتري الذي يطالب بمبيع آخر يطابق النموذج الهالك أن يثبت المغايرة ، ليثبت حقه في طلب الإبطال .

أما إذا كان المتبايعان غير متفقين على ذاتية المبيع ، لكون المشتري لم يره ، وأن المبيع لم يحدد بالعقد كالمعين بنوعه ووصفه ، فهنا يقبل قول المشتري في المغايرة ، وعلى البائع إثبات المطابقة ، لأن البائع يدعي صحة تسليم هذا المبيع ، والمشتري ينكر[1] .

وجاء القانون المدني الأردني فأخذ في الصورة الأولى والثانية بما سار عليه القانون السوري ، وأخذ في الصورة الثالثة فقط ، التي لم ينص عليها القانون السوري ، بحكم الشريعة الإسلامية نصاً ، فقال :

« وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر مالم يثبت خصمه العكس » .

« وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ، وكان المبيع معيناً بالذات ومتفقاً على أنه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس ، وإن كان المبيع معيناً بالنوع أو معيناً بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول قول المشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس »[2] .

الحالة الثالثة : الاختلاف على ذاتية النموذج :

إذا حصل اختلاف بين الطرفين على ذاتية النموذج الموجود القائم ، فادعى أحدهما أنه النموذج المتفق عليه في العقد وأنكر الآخر ذلك وادعى أنه نموذج آخر ، غير المتفق عليه ، فهذه الحالة سكت عنها القانون السوري وأصله المصري، وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري أن المشروع قد ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٧٧ .

(٢) المادة ٤٦٩ من المدني الأردني .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٣ .

ومقتضى القواعد العامة أنه إذا ثبت أن هذا النموذج الموجود المختلف فيه هو النموذج الأصلي المتفق عليه عند العقد كان ذلك ملزماً للبائع أن يقدم المبيع المطابق له ، وملزماً للمشتري بأن يستلم المبيع المطابق له ، وإن ثبت أن النموذج الموجود ليس هو النموذج الأصلي فيعتبر النموذج الأصلي هالكا ، وتطبق قاعدة الحالة الثانية ، بتحميل عبء الاثبات على من هلك النموذج عنده ، ويقبل قول الطرف الثاني حتى يثبت العكس .

ولكن تطبيق قاعدة الحالة الثانية على هذه الحالة غير صحيح ولا يتفق مع المنطق القانوني ، ويتعارض مع العلة والحكمة التي قامت عليها القاعدة القانونية السابقة التي جعلت عبء الإثبات في حالة الهلاك الحقيقي ذا طابع جزائي مدني ، وحملت من تلف النموذج عنده أو هلك مسؤولية ذلك ولو كان بدون خطأ منه أو تقصير ، وطلبت منه عبء الإثبات ، وهنا النموذج قائم وموجود ، ولم يتلف ، وإنما الخلاف على ذاتيته ، وهل غيّره من وُضع عنده أم حافظ عليه ؟ وأنه يدعي أن النموذج الموجود هو ذاته النموذج الأصلي ، فلا يصح أن نعتبره هالكا ونحمله مسؤولية الهلاك وجزاءه[1] ! ؟

ولذلك اختلف شراح القانون في هذه الحالة إلى قولين :

١ ــ ذهب أكثر شراح القانون إلى تصديق صاحب اليد الذي كان النموذج عنده ، ويعتبر مدعى عليه سواء كان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الثاني أن يثبت العكس[2] ، معتمدين على الإشارة التي وردت في المذكرة الايضاحية في حل المسألة في القانون السويسري ، فقالت : « ويعني القانون السويسري (م٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء كان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس،

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٧ .

وقد آثر المشرع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات »[1] .

٢ ــ وذهب فضيلة أستاذنا مصطفى الزرقا إلى وجوب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بقياس حالة الاختلاف في ذاتية النموذج على حالة هلاك النموذج في الحكم ، ويعتبر النموذج مفقوداً إلى أن يثبت ذاتيته من يدعيها ، وهذا يعني أنه يعتمد مبدئياً قول المشتري في المغايرة ، وعلى البائع أن يثبت المطابقة[2] .

وأرى أن تعليل فضيلة الزرقا بوجوب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية صحيح ومنطقي حسب المادة الأولى من القانون المدني ، ولكن لا أوافق على قياسه على حالة الهلاك في الشريعة ، لأنه يتنافى مع العلة القانونية في الحالة الثانية التي فصّلت حكم الهلاك ورتبت عليه تحميل التبعة الجزائية على من هلك النموذج عنده ، وهنا العكس تماماً فإن من يحتفظ بالنموذج يعتبر أمينا ، ويقبل قوله ، وعلى الطرف الثاني عبء الإثبات ، وهو ما قاله الشراح المصريون وذهب إليه القانون السويسري ، ولكن يجب تخريجه من الشريعة الغراء ، وقواعد الإثبات فيها ، وهي أن الطرف الذي وضع النموذج عنده يعتبر أمينا ، ويقبل قوله ، وعلى خصمه إثبات العكس ، وهذا يتفق مع روح القانون وحكمة الشريعة[3] .

الوسيلة الثانية

البيع بشرط التجربة

تعريفه وبيانه :

يتعلق البيع بشرط التجربة بالأوصاف المقترنة بالتراضي في العقد ، والتي

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٧٩ .

(٣) وقد سكت القانون الأردني عن هذه الحالة ، فيرجع فيها إلى حكم الشريعة الغراء كما شرحناه .

تعدل الالتزامات فيه ، لأن المشتري يشترط تجربة المبيع ، ويتم الاتفاق فيه على أن يكون للمشتري حق تجربة المبيع ، لتعيين صلاحيته للغرض الذي يقصد شراءه لأجله ، أو ليتأكد أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه ، ولولا هذا الشرط لكان البيع منجزاً ونافذاً ولازماً .

كما أن البيع بشرط التجربة يتصل بالمبيع ، وأن التجربة وسيلة للعلم به علماً كافيا ، ورجحنا دراسته في مبحث المبيع تبعاً لترتيب القانون من جهة ، ولأن البحث عنه يتعلق بالنصوص الخاصة عن المبيع ، وليس من القواعد العامة للعقد والتراضي .

وشرط التجربة لايثبت تلقائياً للمشتري بحكم القانون او حسب طبيعة المبيع ، ولا بد من اشتراطه في العقد ، والغالب أن يتم البيع بشرط التجربة بالاتفاق الصريح عليه ، وقد يستفاد بشكل ضمني في بعض الأحيان من القرائن أو العادات أو طبيعة المبيع ، كالتوصية على ملابس حسب مقاس الشخص ، وبيع خيل السباق ، وبيع بعض الآلات كالسيارة المستعملة والمذياع المستعمل مثلا [1] .

ويقوم المشتري عادة بتجربة المبيع ، مهما كان الغرض منها ، ومهما كان نوع هذا الشرط فيها ، وقد يستعين بمن يشاء من خبير أو صديق ، وقد يقوم بها بنفسه ، وقد يقتصر دوره على الإشراف ، ويتأكد قيام المشتري وإشرافه على التجربة إذا كان الغرض منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته[2] ، كما سنرى بعد قليل .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ١٦٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٣٠، عقد البيع ، عامر ص ٩٢، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٢ ، عقد البيع، عامر ص ٩٢ ، شرح أحكام عقدالبيع ، عمران ص ٧٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، شرح االقانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٢٩ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٣٤ .

ويعتمد البيـع بشرط التجربة على المشتري الذي يجرب المبيـع ليختار بعد ذلك تنفيذ العقـد وسريان آثاره ، أو تجميده وإنهاءه .

ويكون البيـع بشرط التجربة في الأموال المثليـة والقيميـة على السواء ، وغالباً ما يكون في المنقولات كالملابس والسيارات وأثاث البيت والخيل والكلاب ، ويمكن أن يكون في العقار وما يتبعه كتجربة المنزل والمصنع والأرض الزراعيـة ، ولا يكون البيع بشرط التجربة إلا في الأموال المفرزة ، وهي الأشياء المعينة بذاتها ، لأنها تسلم إلى المشتري ليتمكن من تجربتها ، ولا يقع البيع بشرط التجربة إلا في الأشياء الاستعمالية التي يمكن الانتفاع بها مـع بقاء عينهـا كالسيارة أو الثوب ، أما الأموال الاستهلاكية فلا يتم عليها البيع بشرط التجربة كالحلويات والفواكه[1] .

وتعود الفائدة من مشروعية البيـع بشرط التجربة إلى المشتري الذي يريـد التأكـد من صلاحية المبيـع قبل الارتباط نهائياً في العقـد .

والقانون المدني السوري ، وأصله المصري ، عرضا للبيـع بشرط التجربة ، وبينا مباشرة الآثار التي تترتب على الطرفين فيه ، ثم حددا طبيعته القانونية ، فنصت المادة ٣٨٩ من القانون السوري على ما يلي :

« ١ ـ في البيـع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيـع وجب أن يعلـن الرفض في المـدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق عـلى المـدة ففي مـدة معقولة يعينها البائع ، فإن انقضت هذه المـدة وسكت المشتري مع تمكنه مـن تجربة المبيـع اعتبر سكوته قبولاً .

٢ ـ ويعتبر البيـع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف ، هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيـع معلق على شرط فاسخ »[2] .

---

(١) انظر : عقد البيع ، عامر ، ص ٩٢ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٣١ .

(٢) يقابلها المادة ٤٢١ من القانون المصري ، والمادة ٤١٠ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٤ من القانون العراقي ، والمادة ٣٩١ من التقنين اللبناني .

وعند دراسة هذه المادة وتحليلها نبحث النقاط التالية :

١ ــ طبيعة هذا البيع ٢ ــ تبعة هلاك المبيع ٣ ــ التزامات البائع والمشتري فيه ٤ ــ الغرض من التجربة .

أولا : طبيعة البيــع بشرط التجربة :

بناء على حرية الطرفين في التعاقد فإنــه يجــوز لهما أن يعقدا البيــع بشرط التجربة ، وأن يتفقا على كون الشرط شرطا موقفا أو شرطا فاسخا ، إما بالاتفــاق الصريح ، وإما من القرائن والظروف المحيطة بهما .

فإن اتفقا على كون البيع بشرط التجربة معلقا على شرطٍ واقف ، بأن يكون انعقاد البيــع موقوفا على قبول المشتري خلال مدة معينة ، فإذا تحقق الشرط بقبول المشتري اعتبر البيع موجوداً من وقت التعاقد ، وتترتب عليه الآثار من نقل الملكية للمشتري وغيرها من ذلك التاريخ ، عملاً بالأثر الرجعي للشرط .

وإن اتفق الطرفان على كون البيــع معلقاً على شرط فاسخ ، أو تبين ذلــك من الظروف والقرائن المحيطة بالعقــد ، فإن البيــع ينعقد منذ البداية ، وتترتب عليه جميع الآثار في الحال وبعد العقد مباشرة ، فتنتقل الملكية إلى المشتري ، ويلتزم بدفع الثمن ، فإن تحقق الشرط ، وتبين بعد التجربة عدم ملاءمــة المبيــع ، وأعلن المشتري رفض المبيــع انفسخ العقد بإرادته المنفردة ، فتزول آثار البيــع مستندة بأثر رجعي إلى وقت العقد ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكأن شيئاً لم يكن[1] .

أما إذا تم البيــع بشرط التجربة، ولم يتفق الطرفان على نوع الشرط ووصفه

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٣٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالــي وزكي ص ٥٢٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨١ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٥ .

فيرجع في ذلك إلى القانون الذي اعتبر ـ في الفقرة الثانية من المادة السابقة عن البيع بشرط التجربة ـ أن هذا البيع معلق على شرط واقف على قبول المشتري للمبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو القرائن غير ذلك .

وبناء على ذلك فالأصل أن البيع بشرط التجربة ـ في القانون ـ ينعقد في الحال ، ولكن آثاره تبقى موقوفة ، ولاتترتب على العقد إلا بعد أن يعلن المشتري موافقته على المبيع ، وتبقى ملكية المبيع خلال هذه الفترة للبائع ، ومتى أعلن المشتري الموافقة ترتبت على العقد جميع الآثار القانونية ، مستندة بأثر رجعي إلى تاريخ انعقاد البيع[1] .

وينتقد بعض الشراح موقف القانون هذا في تكييف البيع بشرط التجربة وتحديد هذه الطبيعة له : بأنه معلق على شرطٍ واقف .

فذهب بعضهم إلى أن البيع بشرط التجربة في القانون المدني السوري هو مجرد وعد بالبيع من المشتري ، وهو الأصل الذي فرضه القانون ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه ، وأن الوصف القانوني له بأنه بيع معلق على شرط واقف مخالف للمبادىء الحقوقية ، وإلا كان المفروض على القانون أن يعتبر شرط التجربة مبنياً على ملاءمة المبيع الموضوعية لما أُعد له بطبيعته أو بتعامل الناس ، ليمكن اعتباره وصفاً من أوصاف الالتزام مستقلاً عن إرادة الطرفين ، وغير متوقف على فحص إرادة المدين ، لكن المشرع ترك مطلق الحرية للمشتري في قبول البيع أو العدول عنه ، فلا تختلف إرادة المشتري هذه عن رضاه بالعقد ، ويصبح قبوله به ركنا من أركان البيع لا وصفاً يتناول بيعاً مستكملاً أركانه ، وأن هذا الشرط يبطل البيع برمته ، ويجعل التزام المشتري بدفع الثمن متوقفاً على محض إرادته حسب المادة ١/٢٦٧ ، وهذا يؤكد أن البيع بشرط التجربة مجرد وعد بالبيع ، احتفظ فيه المشتري بخيار الشراء ، وجعل

---

(١) انظر : عقد البيع ، جراح ص ٣٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٥ ، والمراجع السابقة .

القانون لقبوله أثراً رجعياً من تاريخ الوعد[1] .

ويرى الأستاذ الزرقا أن الأولى أن يكون وصف البيع بشرط التجربة على العكس مما نص عليه القانون ، بأن يكون معلقا على شرط فاسخ إلا إذا اتفق الطرفان على خلافه ، لأن المذكرة الإيضاحية للقانون المصري قابلت بين البيع بشرط التجربة والبيع بشرط الخيار في مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي ، وأن البيع بشرط الخيار في الفقه الإسلامي هو بيع معلق على شرط فاسخ ، فالبيع منعقد وينتج آثاره فوراً ، لكنه غير لازم ، فيحق لصاحب الخيار أن يفسخه فيما بعد بإرادته المنفردة ، كما سنفصله بعد قليل[2] .

ولكن القانون المدني السوري قد أخذ بالرأي الأول ، وهو كون المبيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف مقتفياً أثر القانون المدني المصري الذي اقتفى بدوره أثر القانون المدني الفرنسي ، وهو ماأخذ به القانون اللبناني وعدد من القوانين الأجنبية ، وأن المقابلة التي عقدتها المذكرة الإيضاحية بين البيع بشرط التجربة في القانون ، وبين خيار الشرط في الفقه الإسلامي هي على سبيل المقابلة الإجمالية بينهما، وليست على سبيل التوافق والتطابق الكامل ، ولذلك لم تتبن تتمة أحكام خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، أو أن المقابلة لمجرد الإشارة إلى ماكان عليه العمل في مجلة الأحكام العدلية ، أو لمجرد الإشارة لما يقابل البيع بشرط التجربة في الفقه الإسلامي .

أما القانون المدني الأردني فقد سكت نهائياً عن تحديد طبيعة البيع بشرط التجربة ونص أنه يجوز البيع بشرط التجربة ، وفي هذه الحالة يرجع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر هذا العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وتطبق عليه أحكام خيار الشرط [3] .

---

(١) انظر : العقود الشائعة ، للدكتور جاك حكيم ص ٦٠ وما بعدها مع التصرف .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٨٤/١ .

(٣) القانون المدني الأردني ، المواد ٤٧٠ ــ ٤٧٢ ، والمذكرة الايضاحية له ٤٩٦/٢.

ويتفرع على تكييف البيع بشرط التجربة ووصفه بأنه معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ أو مجرد وعد بالبيع آثار مختلفة في حالات الحجز على أموال البائع ، وإعلان إفلاسه[1] ، وفي تبعة هلاك المبيع خلال فترة التجربة ، وسوف نفصل الحالة الأخيرة لأهميتها ودقتها .

ثانياً : تبعة هلاك المبيع بشرط التجربة :

إذا هلك المبيع بشرط التجربة قضاء وقدراً أثناء المدة المتفق عليها ، وقبل إعلان المشتري رأيه في القبول أو الرفض ، فعلى من تقع تبعة هلاكه ؟

إن القانون المدني السوري وأصله المصري سكتا عن جواب هذا السؤال ، واختلفت الأنظار فيه بناء على اختلافهم في وصف البيع بشرط التجربة أنه بيع معلق على شرط واقف أم على شرط فاسخ، وبناء على أن الهلاك يقع على المالك أم المستلم؟.

يرى معظم شراح القانون في مصر وسورية وليبيا ـ تبعاً لشراح القانون الفرنسي ـ أن تبعة هلاك المبيع في البيع بشرط التجربة تقع على البائع المالك ، دون المشتري المستلم ، لأن البيع معلق على شرط واقف ، وأن البائع هو المالك للمبيع ، وأن ملكية المبيع بشرط التجربة لازالت للبائع ، ولم ينقلها البيع عنه ، ولأن البائع هو الذي يقع عليه الالتزام بنقل ملكية المبيع بعد إعلان المشتري قبوله للمبيع[2] ، وأن البائع يلتزم بأن « يقوم بما هو ضروري لنقل حق المبيع إلى المشتري »[3] ، ولأن القواعد العامة في الالتزامات تنص على أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين[4] ، والبائع هنا هو المدين الملتزم بنقل الملكية ، فإذا هلك المبيع خلال مدة التجربة بسبب أجنبي عن البائع والمشتري فإن تبعة

---

(١) انظر : العقود المسماة، الزرقا ص ٨٥ ؛ العقود الشائعة، حكيم ص ٦٣ ؛ عقد البيع ، جراح ص ٤٠ .

(٢) المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري .

(٣) المادة ٣٩٦ من القانون المدني السوري .

(٤) المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري .

الهلاك تقع على البائع ، ويؤكدون أن البائع هو المدين فإنه ملتزم بتمكين المشتري من تجربة المبيع بحسب الاتفاق ، وبعد هلاك المبيع يستحيل على البائع تنفيذ التزامه بتمكين المشتري من التجربة ، فيتحمل تبعة الهلاك ، أما المشتري فإنه مدين بدفع الثمن بعد قبوله المبيع ونقل الملكية إليه ، فلما استحال نقل الملكية بعد الهلاك فلا يلتزم المشتري بشيء ، وينقضي التزامه تبعاً لانفساخ العقد بسبب الهلاك[1] .

ويرى الأستاذ الزرقا أن تبعة الهلاك يجب أن تكون على المشتري المستلم دون البائع المالك بحسب النصوص العامة في القانون المدني المصري والسوري التي أخذت في تبعة الهلاك بنظرية الفقه الإسلامي ، وهي أن ضمان المبيع تابع للالتزام بتسليمه لا لانتقال ملكيته ، وأن شرّاح القانون الفرنسي صرحوا بتبعية الهلاك على البائع تمشياً مع القانون المدني الفرنسي الذي صرح بأن هلاك الشيء تابع للمالك ، وليس للمستلم ، خلافا للقانون المدني المصري والسوري اللذين خالفا القانون الفرنسي في تبعة الهلاك، وتبنوا نظرية الفقه الإسلامي في ذلك ، فكان من الغريب ، والقياس مع الفارق ، أن يسير شراح القانون المدني المصري والسوري وراء الشراح الفرنسيين[2] .

والأستاذ الزرقا ــ حفظه الله ــ يناقش هذه المسألة الاجتهادية المعقدة في القانون على ضوء النظر الفقهي الواضح في هذه الحالة ، وأن البيع بشرط التجربة هو شرط فاسخ كخيار الشرط في الفقه الإسلامي ، وأن قواعد الفقه واضحة وصريحة أيضاً في تبعة الهلاك على المستلم ، وإن لم تنتقل الملكية كالبيع على سوم الشراء ، وأن من استلم شيئاً لمصلحته الخاصة فإن تبعة الهلاك تقع عليه كالرهن عند الحنفية ، والعارية عند جميع الفقهاء .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٣٥ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ٥٢٩ ، ٥٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨١ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢١ ، عقد البيع ، جراح ص ٤٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٦ وما بعدها .

وإن حكم هذه القضية غير صريح في القانون المدني ، واستنبطها الشراح بالرأي والاجتهاد ، ويرون أيضاً أن تبعة الهلاك تقع على المستلم في البيع المنجز ، أما المعلق فمسكوت عنه ، ويؤكد الدكتور سوار أن القانون المدني السوري يسعف في إيجاد الحل المبحوث عنه ، وأن قواعد القانون لم تأخذ بجميع جزئيات النظرية الفقهية في أن تبعة الهلاك على المستلم ، بل ربط القانون تبعة الهلاك على المالك في حالات ، كالمدين الذي يتحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين في المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري ، والبائع هو المدين بنقل الملكية[١] .

وأرى أن المسألة مسكوت عنها ، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بحسب النص القانوني ، وأنه لايجوز قياسها على الحالات العامة الأخرى التي اعتبر القانون فيها تبعة الهلاك على المالك المدين ، لأنه لااجتهاد في مورد النص ، فيتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع الذي يقع تحت يده وسلطانه ، وأنه استلمه لتجربته ومعرفة صلاحيته وملاءمته لمصلحته الشخصية فإن ذلك أكثر عدالة .

وجاء القانون المدني العراقي فحسم الأمر ، واستمد أحكام تبعة الهلاك من الفقه الإسلامي بشكل كامل وصريح ، وأن القابض على سوم الشراء يتحمل تبعة الهلاك صراحة ،وأن المشتري في البيع بشرط التجربة قد استلم المبيع لمصلحته الخاصة، فتكون تبعة الهلاك عليه ، حتى ولو كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ[٢] .

ثم جاء القانون المدني الأردني ونص صراحة على هذه المسألة ، وقطع سبيل الاجتهاد فيها ،وبين أن تبعة الهلاك بعد التسليم للتجربة تكون على حساب المشتري ، كما هو الحال في الفقه الإسلامي ، وهو ماجاء في المادة ٤٧٢ منه « إذ هلك المبيع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٦/٤ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ٨٨/١ .

(٢) انظر : الوسيط ، المرجع السابق ، أبحاث إضافية ، المرجع السابق ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٥ .

في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع ، وإذا هلك قبل التسليم بسبب لايد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع » وبذلك حدد تبعة الهلاك بوضع اليد والاستلام[1] .

وهذا الاختلاف بين شراح القانون المدني المصري والسوري إذا كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف بالاتفاق الصريح ، أو عند السكوت والرجوع إلى أحكام القانون المدني ، أما إذا اتفق الطرفان صراحة في البيع على كون التجربة معلقة على شرط فاسخ ، أو فهم ذلك ضمنا من الظروف وملابسات التعاقد ، وتسلم المشتري المبيع للتجربة فهلك في يده ، فيكون هلاكه على حساب المشتري باتفاق الآراء لأن البيع المعلق على شرط فاسخ يكون عقداً نافذاً بعد العقد مباشرة ، وتنتقل الملكية إلى المشتري ، فلا مجال لتحميل التبعة على البائع ، وإن تخلف الشرط باعلان المشتري قبوله للبيع ، أو صار الشرط بحكم المتخلف بأن يسكت المشتري عن القبول أو الرفض ، أصبح البيع نهائياً ولازماً ، وهذا مأخوذ من معنى الشرط الفاسخ في القانون المدني السوري والمصري ، ومن صراحة النص في القانون العراقي والقانون الأردني[2] .

ثالثاً : الالتزامات المتقابلة في البيع بشرط التجربة :

إذا انعقد البيع معلقاً على شرط التجربة فإنه يترتب على كل من الطرفين التزامات معينة ، حددها القانون صراحة ، فنص على كل من التزامات البائع ، والتزامات المشتري في المادة السابقة .

أما **البائع** فإنه يلتزم أن يمكن المشتري من تجربة الشيء المبيع ، ليختبر صلاحيته واتفاقه وملاءمته مع مصلحته من الشراء .

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٤٩٧ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٣٦ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٧٦ .

والحكمة من هذا النص أن البيع بشرط التجربة عقد على شرط واقف ، وأن الملكية لاتنتقل ، كما أن آثار العقد موقوفة ومتجمدة ، وقد يتبادر إلى الذهن حينئذ أنه لايجب على البائع تسليم المبيع ، فجاء النص صراحة على إلزامه بذلك لتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وتحقيق الهدف والغاية من اشتراط التجربة ، ولا يتم ذلك إلا بتسليم المبيع إلى المشتري ، وإلا كان البائع مخلا بالتزامه ، ويتعرض للمسؤولية حسب القواعد العامة للعقد ، فيقوم المشتري بإعذار البائع ، ويطالبه بتنفيذ الالتزام عينياً أو بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض في الحالتين ، بموجب المادة ١٥٨ من القانون المدني السوري[١] .

لكن إن كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ باتفاق الطرفين أو حسب الفقه الإسلامي ، فإن تسليم المبيع يصبح من التزامات البائع الأساسية في عقد البيع، كما سنبين ذلك تفصيلا ، وليس تنفيذاً لشرط التجربة ، لأن البيع المعلق على شرط فاسخ تام ونافذ ، وتنفذ فيه جميع الالتزامات المتقابلة المقررة في البيع أصلاً[٢] ، ومع أن المفهوم من القانون المدني الأردني أنه أخذ في البيع بشرط التجربة برأي الفقه الإسلامي ، وأن العقد معلق على شرط فاسخ ، فإنه صرح بالتزام البائع بتمكين المشتري من التجربة[٣] .

أما الالتزامات التي فرضها القانون على **المشتري** فتتحدد بأن يجرب المبيع ، وأن يعلن رفضه للبيع إذا رأى ذلك ، وأن يكون ذلك الجواب بالرفض في المدة المتفق عليها بينه وبين البائع ، فإذا مضت المدة المتفق عليها للتجربة دون أن يعلن المشتري رفض البيع ،وسكت عن الإعلان ، ولم يبلغ البائع ، اعتبر سكوته قبولاً ، وهو ما صرحت به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٩ السابقة، ويقوم هذا السكوت مقام القبول،

---

(١) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص١٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص٩٣ ، العقود الشائعة، حكيم ، ص ٦٢ ، القانون المدني ، عقد البيع ، جراح ص ٣٩ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٩ ، العقود المسماة ، القانون ص ٧٦ .

(٣) المادة ٤٧٠ فقرة ٢ من القانون المدني الأردني .

استثناء من القاعدة الأصولية التي يقررها الفقه الإسلامي : « لاينسب إلى ساكت قول » ويتفق مع مااستثناه الفقهاء من نفس القاعدة ، فقالوا : « ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان »[1] ، لكن إن تعذرت التجربة لسبب قاهر منع القيام بها خلال المدة المحددة فلا يعتبر السكوت قبولاً ، أخذاً من مفهوم المخالفة لنص المادة السابقة « وسكت المشتري **مع تمكنه** من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا » ، ولا يلزم البائع في هذه الحالة بإعطائه مهلة أخرى للتجربة ، ويكون في حل من البيع ، إلا أن يتنازل المشتري عن حقه بالتجربة ، ويقبل المبيع[2] ، كما لو اشترى شخص سيارة بشرط التجربة لمدة أسبوع ، فيلتزم المشتري بتجربة المبيع وإعلان رفضه للبيع خلال الأسبوع المتفق عليه ، فإن مضى الأسبوع ولم يعلن الرفض ، اعتبر سكوته قبولاً للبيع ، سواء قام بتجربة المبيع فعلا أم لم يقم ، ويسقط الشرط ، وينبرم العقد وتنفذ أحكامه ، إلا إذا منعه من التجربة عذر قاهر كمرض المشتري أو إصابته بحادث ، أو منع التجول بسبب الحرب مثلا[3] .

فإن تم البيع بشرط التجربة ، ولكن لم يتفق الطرفان على تعيين مدة التجربة في عقد البيع ، فالأصل أن يبق البيع معلقاً على تجربة المبيع فعلاً ، ولكن هذا الأصل قد يستغله المشتري بحسن نية بأن يقصر بإجراء التجربة وبيان الرأي ، أو بسوء نية بأن يؤخر تجربة المبيع عمداً ، وفي كلتا الحالتين يلحق بالبائع ضرر مؤكد ، ويبقى العقد معلقاً والمبيع مجمداً ، لذلك تدخل القانون ، وحل هذه المشكلة ، فمنح البائع الحق في تحديد مدة لإجراء التجربة ، ويجب على المشتري أن يلتزم بها ، وأن يجرب المبيع خلالها ، وأن يخطر البائع برفض المبيع ، وإلا اعتبر سكوته قبولاً .

---

(١) المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٩٠ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٩ ، عقد البيع ، جراح ص ٣٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص٧٦ .

لكن القانون خشي من جهة أخرى أن يستغل البائع هذا الحق ويتعسف في استعماله ، فيحدد وقتاً ضيقاً أو غير كاف أو غير ملائم لإجراء التجربة ، فاشترط القانون على البائع ، لإقامة التوازن بينه وبين المشتري ، أن تكون المدة معقولة ، بأن تكون كافية لإجراء التجربة عادة بحسب طبيعة المبيع من ثوب إلى سيارة إلى آلة معقدة إلى معمل ، وللمشتري أن يعترض على تقدير المدة من البائع ، ويرجع الفصل في الخلاف إلى المحكمة التي تقرر كفاية المدة لتجربة المبيع عادة ، أو عدم كفايتها[1] .

رابعاً : الغرض من التجربة :

يختلف الغرض من التجربة التي يتفق عليها الطرفان ، فقد يكون الغرض من التجربة أن يتأكد المشتري من صلاحية المبيع في ذاته لتحقيق الأغراض الأساسية المقصودة منه ، وقد يكون الغرض من التجربة التأكد من ملاءمة المبيع لحاجات المشتري وظروفه الشخصية ورغباته الخاصة .

ويترتب على كل من الغرضين السابقين من التجربة نتائج مختلفة ، وقد انقسمت الأنظار القانونية في تقرير أحدهما دون الآخر على رأيين أساسيين :

الرأي الأول : اعتبار المعيار الموضوعي للمبيع :

وذلك بأن يعتمد في التجربة على الغرض الأساسي للمبيع ، والتأكد من سلامته، والاطمئنان من صلاحيته في ذاته ، وأنه يؤدي المنفعة أو الفائدة التي وجد من أجلها عادة ، وتم البيع عليها .

ويصبح شرط التجربة بناء على هذا المعيار قريباً من اختبار المبيع لخلوه من العيوب الخفية التي تجعله عادة غير صالح للاستعمال ، أو غير محقق للقصد الذي يؤديه ، وهذا ماذهب إليه شراح القانون الفرنسي وشراح القانون المصري القديم ،

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٩١ ، العقود الشائعة ، حكيم ١/٦٢ .

لعدم النص على تحديد الغرض من التجربة في القانونين المذكورين .

ويترتب على هذاالرأي أن المشتري لايحق له نقض البيع ورفض المبيع إلا إذا كان المبيع فعلا لايصلح في ذاته لأداء الأغراض المقصودة منه عادة ، وأنه يحق للبائع أن يناقش المشتري في رأيه ، وأن يثبت صلاحية المبيع للغرض المعدّ له عادة ، وتفصل المحكمة بينهما بالاعتماد على أهل الخبرة في المبيع ، وإن ثبتت صلاحية المبيع ألزم المشتري به ، ولزم البيع ، إلا إذا تبين من القرائن والظروف المحيطة بالعقد أن الطرفين رضيا بإرادة المشتري المطلقة في القبول أو الرفض ، أو إعطائه الحق في تقدير المبيع لأغراضه الشخصية .

كما ينتج عن هذا الرأي أنه لايحق للمشتري أن يرفض المبيع قبل إجراء التجربة فعلا عليه ، لأنه يمنع تحقق الشرط ، ويكون متعسفاً في استعمال حقه ، ومسقطاً حق البائع في مناقشته في ملاءمة المبيع وعدمها ، أو صلاحيته للاستعمال وعدمها[1] .

الرأي الثاني : اعتبار المعيار الشخصي :

وذلك بأن يكون البيع معلقاً على شرط المشتري لتجربة المبيع ، للتأكد من ملاءمته وصلاحيته لحاجاته الشخصية ، وأغراضه الذاتية ، وهذه الحاجات الشخصية والأغراض الخاصة تختلف من إنسان إلى إنسان ، ومن زمان إلى آخر ، ومن مكان إلى غيره ، وتتبع الأذواق الفردية ، كمن يشتري سيارة بشرط التجربة للتأكد من دخولها إلى مرآبه أم لا ، ومن يشتري فرساً لغرض معين ، أو يشتري ثوباً لهدف خاص ، وفي هذه الحالة يكون القول الفصل في صلاحية المبيع بالتجربة يرجع إلى إرادة المشتري المطلقة ، فإن شاء قبل المبيع ،وإن شاء رفضه ، ونقض البيع ، مع أن

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣١/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص١٦٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ١ / ٩٣ .

المبيع قد يكون صالحاً في ذاته ، ولا عيب فيه ، ولكنه لا يلائم المشتري خاصة .

وهذا المعيار الشخصي هو ما نص عليه صراحة القانون المدني المصري الجديد ، والقانون المدني السوري ، فقالا : « في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه »[1]، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري «أن للمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة ، وقد جارى المشروع في ذلك التقنين الألماني والنمساوي والسويسري والبولوني ، والمفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية »[2] .

وينتج عن هذا المعيار الشخصي أن المشتري يقرر قبول المبيع بعد التجربة كما يقرر رفضه ، ولا يجوز لأحد أن يعقب عليه ، ولا يحق للبائع أن ينازعه أو يناقشه في صلاحية المبيع أو عدم صلاحيته ، ولا يمكن الاحتكام إلى محكمة أو خبراء ، لأن المشتري وحده يقرر مناسبة المبيع لأغراضه الشخصية أو عدم مناسبته، ولامناقشة في الأذواق .

كما ينتج عن المعيار الشخصي أن المشتري يحق له أن يرفض المبيع قبل إجراء التجربة عليه فعلا ، لأنه يتمتع بهذا الحق المطلق بعد التجربة ، فيمكنه أن يرفضه قبل التجربة أيضاً ، لأن إلزامه بالتجربة مع إعطائه الحرية المطلقة في القبول والرفض عبث وتضييع للجهد والوقت[3] .

---

(١) المادة ٣٨٩ فقرة أولى من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٤٢١ فقرة أولى من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٢٤ من القانون العراقي .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٦ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص٩٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص١٦٧ ، الوسيط السنهوري ٤/١٣٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٧٧ ، ٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٤ .

ولكن النص الصريح في القانونين المصري والسوري وغيرهما على هذا المعيار الشخصي ليس ملزماً ، ولا يمنع الطرفين من الاتفاق على خلافه ، لأن أحكام العقود ــ كما سبق ــ أحكام مكملة ومفسرة في الغالب ، ولا تمنع من الاتفاق على خلافها صراحة أو ضمنا بحسب الظروف والقرائن التي أحاطت بالمتعاقدين عند التعاقد ، وأن الأصل المعول عليه هو الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين وإرادتهما ونيتهما في إعطاءحرية التقدير إلى المعيار الشخصي أو الموضوعي ، فإن لم يتفقا صراحة أو ضمناً ، أخذنا برأي القانون في المعيار الشخصي[1] .

وجاء القانون المدني الأردني وتبنى أيضا المعيار الشخصي ونص عليه في المادة ٤٧١ فقرة أولى : « يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه، ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع » .

زيادات جيدة في القانون الأردني :

عرض القانون المدني الأردني للبيع بشرط التجربة بإسهاب أكثر من القانونين المصري والسوري ، فذكر في المواد ٤٧٠ ــ ٤٧٣ المسائل التي عرضها القانونان المصري والسوري مع جنوحه فيها للفقه الإسلامي واستمدادها منه ، فبين مشروعية البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة ، وإذا سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد حملت على المدة المعتادة ، وأن البائع يلتزم بتمكين المشتري من التجربة ، ويجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ، ولو لم يجرب المبيع ، بشرط إعلام البائع برفضه ، وإذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري ، مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولا ، ويلزم البيع ، وإذا هلك المبيع في يد المشتري يلزمه أداء الثمن المسمى للبائع ، ونص صراحة على أن حكم البيع بعد التجربة والرضا يجري من تاريخ البيع ،

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ .

وأعرض القانون الأردني عن تحديد طبيعة البيع بشرط التجربة ، وكأنه أحال ذلك للفقه الإسلامي .

ولم يقف القانون الأردني عند هذه الأحكام المشتركة مع القانونين المصري والسوري ، ولكنه تقدم بخطوات طيبة ، ونص على زيادة جيدة ، وأضاف ثلاث مواد أخرى تتعلق بالبيع بشرط التجربة (المواد ٤٧٤ ـ ٤٧٦) ، وتوسع في الشوط ، واستمد هذه المواد الجديدة غالبا من المذهب المالكي ، مخالفاً بذلك أحكام الفقه الحنفي فيها [١] ، وهذه الأحكام هي :

١ ـ إذا فقد المشتري أهليته قبل أن يجيز البيع ، فلا يسقط حقه في البيع والتجربة ، وإنما ينتقل إلى الولي أو الوصي أو القيم ، لاختيار ماهو في صالحه ، وهذا الحكم يمكن أن يؤخذ من القواعد العامة في القانونين المصري والسوري ، وقانون الأحوال الشخصية السوري ، وهذا يتفق أيضا مع أحكام المذهب الشافعي والحنبلي اللذين قالا : إذا فقدت أهلية صاحب الخيار بالجنون أو الاغماء أو السكر أو غيرها فينتقل الخيار إلى وليه من حاكم أو غيره ، خلافا للمذهب الحنفي الذي يضفي على خيار الشرط الصفة الشخصية للمشتري ، فلا ينتقل إلى غيره [٢] .

٢ ـ إذا مات المشتري خلال مدة التجربة وقبل اختيار المبيع أو رفضه ، وكان عليه دين مستغرق لماله ، بأن كان للمشتري دائن أو أكثر ، ويحيط الدين بكل ماله ـ انتقل حق الاختيار للدائن ، ليقرر ما يراه الأنسب لسداد دينه ، وإن لم يكن المشتري مدينا ، أو كان دينه غير مستغرق ، فينتقل حق الاختيار إلى الورثة، فإن اتفقوا على رأي واحد بإجازة البيع ، أو رده ، لزم البائع أن يقبل رأيهم ، ولكن إن أجاز بعضهم البيع ،ورده بعضهم الآخر ، فيلزم الفسخ ورد المبيع إلى البائع، خشية أن يتضرر بتفريق الصفقة .

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٤٩٧ .

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في اسلوبه الجديد ، الزحيلي ١/٣١٣ ، مغني المحتاج ٢/٤٥ ، كشاف القناع ٣/١٩٩ ، حاشية الدسوقي ٣/١٠١ .

وهذا رأي المالكية والشافعية ، خلافا للحنفية والحنابلة الذين قالوا : إن خيار الشرط يسقط بالموت ، ولا ينتقل إلى الورثة ، سواء كان للبائع أم للمشتري ، ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك بقولها : « خيار الشرط لا يورث ، فإذا كان للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع ، وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار »[1] ، وسبق القانون العراقي بذلك فقرر انتقال حق التجربة للورثة[2] .

٣ ــ حدد القانون الأردني طريقة استعمال المشتري للمبيع خلال التجربة ، وبين أنه لا يجوز أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه ،وبحسب المبيع ، فإن زاد المشتري في استعمال المبيع زيادة لا يقصد منها التجربة يلزم البيع ، وتعتبر زيادة الاستعمال بحكم الرضا بالمبيع ، وذلك لوضع حد لحق المشتري في تجربة المبيع ، وعدم التجاوز فيها ، أو التعسف في استعماله ، ودفعاً للضرر الذي يقع على البائع في هذه الحالة ، وهذا مما يقول به الحنفية أيضا ، فقالوا : إن استعمال المبيع لغير التجربة يعتبر اسقاطاً للخيار ، أما إذا كان للتجربة ، أو لمعرفة غرض جديد في المبيع فلا يسقط[3] .

ويتسم هذا الحكم بالعدالة والموضوعية ، ويحل مشكلة واقعية كثيرة الوقوع، ويختلف الناس فيها ، وقد سكت عنها القانونان السوري والمصري .

خيار الشرط وتجربة المبيع في الفقه الإسلامي :

إن البيع بشرط التجربة يمثل صورة من خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، وإن المذكرة الإيضاحية ألمحت في موضوع البيع بشرط التجربة إلى خيار الشرط في المجلة ، وكأنها تريد الربط بين الأمرين أو مجرد التنبيه إلى أن البيع بشرط

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٦ ، وانظر : كشاف القناع ١٩٠/٣ ، ١٩٩ ، مغني المحتاج ٤٥/٢ ، حاشية الدسوقي ١٠٢/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣١١/١ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ٧٧ .

(٣) انظر : الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٩/١ .

التجربة يقابل خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، لذا أردنا أن نعرض بايجاز إلى خيار الشرط .

إن خيار الشرط أحد الخيارات المقررة في الفقه الإسلامي ، وقد شرع لتحقيق مصالح الناس ، وتلبية حاجتهم إليه ، ولرفع الغبن عنهم ، وإعطاء المتعاقدين فرصة للتفكير والتروي وضبط النفس والمشاورة ، لما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال لحبان بن مُنقذ الذي كان يغبن في البيع والشراء : « إذا بايعتَ فقل : لا خِلابةَ ، ولي الخيارُ ثلاثةَ أيام »[1] ، واتفق الفقهاء على مشروعيته ، لكنه لايثبت إلا بالاشتراط في العقد أو بعد العقد .

واتفق الفقهاء على أن خيار الشرط محدد بمدة معينة ، فإن اشترط الخيار لمدة مطلقة أو مجهولة أو لمؤبدة كان العقد فاسداً أو باطلا ، ولكنهم اختلفوا في تقدير المدة ، فقال الإمام أبو حنيفة وزفر والإمام الشافعي : يشترط ألا تزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام للحديث السابق ، ولأن الحاجة تندفع بالثلاثة غالبا ، وهذا ما نص عليه قدري باشا في « مرشد الحيران » واكتفت المجلة بشرط المدة المعلومة، وقال الصاحبان من الحنفية والحنابلة يجوز أن تزيد عن الثلاث بحسب اتفاق المتعاقدين في مدة معلومة ، لأن المدة تابعة للعقد ، وللأطراف حرية الاشتراط في ذلك ، والمسلمون على شروطهم ، وقال المالكية: تحدد مدة الخيار في العقد بحسب ما تدعو إليه الحاجة في المبيع ، وتختلف باختلاف الأمور من يوم إلى أكثر من ثلاثة[2] .

وإن **الغرض** من خيار الشرط عامة ، وتجربة المبيع خاصة ، هو إعطاء الحرية المطلقة لصاحبه في تقدير ظروفه الخاصة في الخيار والتجربة ، وأن يتمتع بالحرية الكاملة في قبول العقد أو رفضه خلال المدة المعلومة ، وليكون الجواب نابعا

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر ، ورواه غيرهما عن أنس وابن عمر ومحمد ابن يحيى (انظر : نيل الأوطار ٥/٢٠٦) .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٠ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٢٨ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ١/٣٠٤ ، مغني المحتاج ٢/٤٧ ، حاشية الدسوقي ٣/٩١ ، فتح القدير ٥/١١٠ ، كشاف القناع ٣/١٩٠ .

من إرادته المستقلة في قبول المبيع أو رفضه بما يتناسب مع أحواله ومنافع المبيع وتحقيقه لرغباته وهواه الخاص،ولايحق للطرف الثاني أن يناقشه في رأيه،فخيار الشرط والتجربة هو مجرد إرادة ومشيئة لا تناقش ، ويحق لصاحبه إبداء القبول والرفض قبل التجربة وبعدها ، وسواء كان المبيع صالحا في ذاته ، ومحققا لأغراضه ومنافعه في العرف والعادة التي وجد من أجلها أم لا ، فالمعيار في الخيار والتجربة والمذاق معيار شخصي محض في الفقه الإسلامي إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك ، وهذا ما أخذت به معظم القوانين في العالم ، ومنها القانون المصري والسوري والعراقي والأردني كما سبق ، خلافا للقانون الفرنسي .

وإن **حكم البيع** المقترن بخيار الشرط عامة ، وشرط التجربة خاصة ، عقد صحيح ، ولكنه غير لازم بالنسبة لصاحب الشرط سواء كان بائعا أم مشتريا ، أم البائع والمشتري معاً ، ويجوز لصاحب الشرط أن يفسخ العقد أو يجيزه في المدة المعلومة ، فيكون البيع معلقا على شرط فاسخ [1] ، وفصل الفقهاء في ترتيب حكم العقد وتنفيذ آثاره ، فقال الحنفية والمالكية في المعتمد : إن حكم العقد كنقل الملكية تكون موقوفة بالنسبة لصاحب الخيار ، ولا تنتقل إلا عند سقوط الخيار بإجازة البيع أو فسخه ، فإن أجيز العقد ترتب حكمه وانتقلت الملكية بأثر مستند من تاريخ العقد إذا كان قابلا له ، وإن فسخ استمر الحكم على حالته السابقة ، وقال الشافعية ، وهو رأي المجلة، : إن كان الخيار للبائع فتبقى الملكية وتوابعها له ، وإن كان الخيار للمشتري كشرط التجربة فينفذ العقد وتنتقل الملكية له ، وإن كان الخيار لهما توقف الملك ، وقال الحنابلة فقط تنتقل الملكية إلى المشتري بنفس العقد ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما [2] .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، حاشية الدسوقي ١٠٣/٣، كشاف القناع ١٩٣/٣ ، فتح القدير ١١٥/٥، مغني المحتاج ٤٨/٢ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٢، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٢١٩/١ وما بعدها ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٦ .

ويسقط خيار الشرط وشرط التجربة بالإجازة الصريحة بالقول بلزوم البيع كأجزت ورضيت ، وبالفسخ القولي كفسخت وتركت ، كما يسقط بالاجازة الضمنية بالفعل ، وهو كل عمل يدل على الرضى ، كعرض المشتري المبيع للبيع أو الرهن أو القيام بتأجيره[1] . ويسقط الخيار والشرط بالتقادم ومضي مدة الخيار دون أن يفسخ صاحب الشرط العقد أو يجيزه ، فيلزم البيع ويتم العقد ، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ، وقال المالكية : إن مضي المدة لا يسقط الشرط ، ولا بد من اختيار الفسخ أو الإجازة[2] .

ويسقط خيار الشرط ، ومنه شرط التجربة ، بموت صاحب الشرط عند الحنفية والحنابلة ، ويصبح البيع لازما ، ولا ينتقل خيار الشرط إلى الخلف كالدائنين والورثة ، وقال المالكية والشافعية ينتقل خيار الشرط ، وشرط التجربة إلى الورثة ، وهو ما أخذ به القانون الأردني ، وكذا إن زالت الأهلية بالجنون أو الإغماء أو النوم أو السكر أو غيره يسقط خيار الشرط عند الحنفية ، ويلزم العقد ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة ينتقل حق الفسخ أو الإجازة إلى الولي أو الوصي أو القيم ، وهو ماأخذ به القانون الأردني أيضا كما سبق[3] .

ويسقط خيار الشرط والتجربة بهلاك المبيع ، ويلزم العقد ، وقال الحنفية والحنابلة : وعلى المشتري دفع الثمن ، وقال الشافعية : يضمن المشتري القيمة ، وقال المالكية : يضمن المشتري المبيع الذي يغيب عن الأنظار دون غيره كضمان

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، مغني المحتاج ٤٩/٢ ، كشاف القناع ١٩٦/٣ ، فتح القدير ١٢٠/٥ ، حاشية الدسوقي ٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٧/١ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٥ ، كشاف القناع ١٠٣/٣ ، حاشية الدسوقي ٩٥/٣ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٦ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٩/١ وما بعدها .

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٦ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٧ ، كشاف القناع ١٩٠/٣ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، فتح القدير ١٢٥/٥ ، حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ .

الرهن والعاريـة عندهم [1] ، أما إن كان الخيار للبائـع ، وهلك المبيـع في يـد المشتري بعد قبضه ، فيلزم البيـع ، ويدفـع المشتري قيمة المبيـع يـوم قبضـه ، وقال ابن أبي ليلى : لا يضمن المشتري شيئا لأن المبيع أمانة عنده[2] .

وإن تعيب المبيـع يسقط خيار الشرط والتجربة ، ويلزم العقد ، ويجب على المشتري دفع الثمن [3] .

أما كيفية الفسخ والإجازة فقد فرق الفقهاء في ذلك بين الفسخ والإجازة بطريق الضرورة، كمضي المـدة ، وهلاك المبيـع ونقصانه وتعيبه ، فإنه يصح من غـير وجود الطرف الثاني ، وبدون علمـه ، وبين الفسخ والإجازة بطريق القصد فقال الحنفية : إن كان الخيار للمشتري فتصح الإجازة بدون علم البائع ، أما الفسـخ فيشترط أن يكون بعلم البائع ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران والقانون المصري والسوري والأردني ، وقال أبو يوسف في رواية والمالكية والشافعية والحنابلة : لا يشترط علم الطرف الثاني مطلقا في الإجازة والفسخ ، لأن الخيار يفيد الإذن لصاحبه في الفسخ متى شاء ، والطرف الثاني يتوقع ذلك خـلال المدة فلا حاجة لإعلامه[4] .

وأخيراً جاء القانون المدني الأردني فقنن الخيارات كلها ومنها خيار الشرط ، واستمد أحكامه التفصيلية من الفقه الإسلامي ، دون أن يلتزم بالمذهب الحنفـي،

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية،المادة ٣٩٠، الفقه الإسلامي، الزحيلي ٣١٣/١، حاشية الدسوقي ١٠٤/٤ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٨ ، فتح القدير ١١٧/٥ ، الفقـه الإسلامي ، الزحيلي ٣١٤/١ .

(٣) انظر : فتح القدير ١٣٢/٥ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣١٧/١ ، كشاف القناع ١٩٥/٣ ، حاشية الدسوقي ٢٠٥/٣ .

(٤) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٣٣٤ ، مغني المحتاج ٤٨/٢ ، فتح القديـر ١٢٢/٥ ، كشاف القناع ١٩٣/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٢٥/١ وما بعدها .

وإنما اختار ما يراه مناسبا من فقه المذاهب الأربعة ، وعرض لأحكام خيار الشرط في المواد ١٧٧ ــ ١٨٣ ، وتولت المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني شرح هذه المواد، وبيان الآراء الفقهية والمذهبية في الموضوع ، والمصدر الذي استقى منه القانون الأحكام التي نص عليها بما لا يخرج عما ذكرناه آنفا[1] .

الوسيلة الثالثة

البيع بشرط المذاق

تعريفه وبيانه :

إن مذاق المبيع في الحقيقة هو نوع من التجربة التي تقع على نوع من المبيعات ، وهي المطعومات من المأكولات والمشروبات ، لاختبارها وبيان سلامتها وملاءمتها لذوق المشتري ، لاختلاف الناس في أذواقهم .

ولكن القانون المصري الجديد أفرد النص عن مذاق المبيع المطعوم لتمييزه بحكم خاص ، وتبعه القانون المدني السوري ، فالبيع بشرط المذاق يشبه البيع بشرط التجربة في بعض أحكامه ، ويفترق عنه بأحكام أخرى يختص بها ، وأن بعض القوانين الأخرى فرقت بين البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق كالقانون الفرنسي والايطالي واللبناني ، واتجهت بعض القوانين الأخرى إلى التسوية بينهما ، وعدم التفريق فيهما ، وأن المذاق وسيلة لتجربة المبيع ، كالقانون الأسباني والبرتغالي والهولندي والأرجنتيني ، وهو ما تبناه القانون المدني المصري القديم[2] .

وجاء النص على البيع بشرط المذاق في المادة ٣٩٠ من القانون المدني السوري ، وهي :

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/٢٠٠ وما بعدها .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٤ .

«إذا بيع شيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان »[1] .

ومن تحليل هذا النص نستخلص طبيعة البيع بشرط المذاق ، ثم نبين الالتزامات المترتبة فيه على الطرفين ، ثم نعقد مقارنة بينه وبين البيع بشرط التجربة.

اولا : طبيعة البيع بشرط المذاق :

يتصف البيع بشرط المذاق بعدة صفات تحدد طبيعته ، وهي :

١ ــ إن شرط المذاق في البيع لا يثبت إلا باتفاق الطرفين ، بأن يشترط المشتري على البائع أن لا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع وقبله ، ويجوز أن يكون الشرط صريحا باللفظ ، ويجوز أن يكون ضمنيا يفهم من الظروف والملابسات والقرائن المحيطة بالعقد وطبيعة المبيع ، كالمبيعات التي لا تدرك حقيقتها إلا بذوقها ، أو أنها لا تعرف بشكل صحيح إلا بعد ذوقها ، أو أن أذواق الناس تختلف فيها ، كالزيت والخل والزيتون والسمن والفواكه والحلويات التي تحدد رغبات الأشخاص على ذوقها في القبول أو الرفض ، لكن إن اتفق الطرفان على استبعاد شرط المذاق ، فلا يحق للمشتري بعدئذ أن يتمسك بهذا الشرط مهما كانت الدواعي والأسباب ، لأن أحكام البيع بشرط المذاق من النصوص المفسرة ، وليست الآمرة [2] .

٢ ــ إن البيع بشرط المذاق لا يعتبر بيعا حقيقة ، ولا يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ، كما هو الشأن في البيع بشرط التجربة ، ولكن

---

(١) يقابلها المادة ٤٢٢ من القانون المصري ، والمادة ٤١١ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٥ من القانون العراقي ، والمادة ٣٩٢ من التقنين اللبناني .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٤، عقد البيع ، عامر ص ٩٧ ، ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

البيـــع بشرط المذاق هو مجرد وعد بالبيـــع فقط ، وهذا الوعد ملزم لجانب واحد، والواعد فيه هو البائع ، والموعود له هو المشتري ، وهذا ما نصت عليه المذكـــرة الايضاحية للقانون المدني المصري بقولها : « يختلف بيـــع المذاق عن البيع بشـــرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو الرفض في مـــدة يحددها الاتفاق أو العرف ، فالاثنان حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيـــع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي ، فبيع المذاق قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد » [1].

وهذا نص صريح في أن البيع بشرط المذاق هو مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، ولا ينعقد البيـــع إلا إذا قبـــل المشتري البيـــع بعد تذوق المبيـــع ، وأن العقد لا يسري أثره إلا من تاريخ القبول ، وليس له أثر مستند إلى وقت الاتفاق والاشتراط عليه ، خلافا للبيع بشرط التجربة الذي يكون البيع فيه منعقداً ومعلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، وإذا قبل المشتري البيع بعد التجربة فإن العقد ينفذ من التاريخ السابق ، وتنتقل فيه الملكية وبقية الآثار بأثر رجعي من وقت الاتفاق[2] .

٣ ـ إذا مضت المدة المتفق عليها بين الطرفين ، أو المقررة لذلك عرفاً ، ولـــم يعلن المشتري عن قبوله للبيـــع والمبيـــع ، سواء قام بتذوقـــه أم لم يقـــم بذلك مع تمكنه منه ، فإن البيع لا ينعقد ، ويسقط الوعد بالبيع ، ويتحلل البائع الواعـــد من التزامه، ولا يعتبر السكوت قبولا للبيع ، وإنما هو اسقاط وتنازل عن الاستفادة من الوعد ، تطبيقاً لأصل القاعدة « لا ينسب إلى ساكت قول » ، وخلافا لسكوت المشتري في البيع بشرط التجربة ، فإن سكوته هنا يعتبـــر اسقاطا للشرط وقبولا للبيـــع [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٨/٤ ، وانظر : التقنين المدني المصري ١٤/٣ .

(٢) انظر : عقد البيع ، عامر ص ٩٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥، العقود المسماة، الذنون ص ٧٩ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٤٠/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ .

ثانيا : الالتزامات الناشئة عن البيع بشرط المذاق :

قلنـا في طبيعة البيـع بشرط المذاق : إنه مجرد وعد بالبيع ، وإنه ملزم لجانب واحد وهو البائع الذي لا يستطيع أن يرجع فيه ، ويكون ملتزما بالعقد متى قبـل المشتري البيع بعد تذوقه للمبيع ، ولكن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد لا تقف عند مجـرد إلزام البائـع فحسب ، بل أنشأ القانون التزامات أخرى على البائـع والمشتري .

فيجب على الموعود له ، وهو المشتري أن يعلن قبوله للمبيع ، وأن يعلن هذا القبول في المدة المتفق عليها بين الطرفين ، أو في المدة التي يقرها العرف لتذوق المبيع، إن لم يتم الاتفاق على مدة محددة بينهما .

وتقوم علاقة بين البائع الواعد ، وبين المشتري الموعود له بعد الوعد مباشرة، وخلال فترة تذوق الشيء المبيع ، وذلك بالتزام البائع أن يمكن المشتري من تذوق الشيء المبيع ، والتزام المشتري أيضا بالتذوق متى مكنه البائع من ذلك ، وإلا كان كل منهما مخلا بالتزامه ، ويمكن لكل منهما أن يطلب من المحكمة التنفيذ العيني ، وإلا طلب الفسخ مع التعويض ، كما هو مقرر قانوناً (١) .

وإن الرضا بالشراء يرجع إلى مشيئة المشتري الذي يقرر بحسب إرادته المحضة قبول المبيع ومناسبته إذا كان موافقاً له ، أو يقرر رفضه إذا لـم يوافقه ، ولا يحق لغيره أن يعقب عليه أو يناقشه في إرادته إلا إذا ورد في العقد اخضاع شرط المـذاق لرأي أهل الخبرة ، وهكذا يتفق البيع بشرط المذاق مع البيع بشرط التجربـة في القانونين المصري والسوري اللذين أخذا بالمعيار الشخصي في تجربة المبيع ، لكن شراح القانون ورجال القضاء يحاولون التخفيف من هذا المعيـار وتقديـر ظروف

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ١٤٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

العقد ، وتحديد شرط المذاق بحسب المشتري ، فالتاجر الذي يشتري السمن والزيت للتجارة ، يختلف عن الشخص الذي يشتري ذلك لاستعماله في البيت ، فالأول يخضع للذوق التجاري ، والثاني للذوق الشخصي [1] .

أما القوانين والأنظمة التي أخذت بالمعيار الموضوعي في تجربة المبيع فإن البيع بشرط المذاق يختلف عندها عن البيع بشرط التجربة التي يكون الغرض منها التأكد من صلاحية المبيع في ذاته بحسب العرف والعادة ، وبالتالي يحق للبائع مناقشة المشتري بنتيجة التجربة وصلاحية المبيع وعدم صلاحيته ، والمحكمة تبت في الأمر بعد الاعتماد على أهل الخبرة والاختصاص .

وإن تبعة الهلاك للشيء المبيع بشرط المذاق تقع على المالك وهو البائع ، قياساً على تبعة الهلاك للشيء المبيع بشرط التجربة ، وهو قياس أولوي لعدم انعقاد البيع أصلا في شرط المذاق .

ويكون قبول المشتري صريحاً بالقول كرضيت وقبلت ، ويكون ضمناً ، كما لو تسلم المبيع ، أو وضع ختمه عليه [2] .

ثالثاً : مقارنة بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة :

بعد بيان طبيعة البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة، وعرض الالتزامات المترتبة على كل منهما، نستطيع أن نقارن بينهما لمعرفة أوجه الشبه وأوجه الاختلاف.

أوجه الاتفاق : يتفق البيع بشرط التجربة مع البيع بشرط المذاق بما يلي :

١ ــ إن شرط التجربة أو شرط المذاق لا يثبت إلا بالاشتراط صراحة أو ضمنا.

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٢ ، القانون المدني ، عقد البيع ، جراح ص ٤٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، ٨٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٨٠ .

٢ ــ يجب على البائع في الحالتين تمكين المشتري من تجربة المبيع أو ذوقه .

٣ ــ يملك المشتري في الحالتين الحرية المطلقة في قبول المبيع أو رفضه ، دون أن يناقشه فيه البائع أو القاضي ، لأن المعيار شخصي في الحالتين في القانون المصري والسوري .

ويظهر الفرق في هذه النقطة بين البيعين في القوانين التي أخذت بالمعيار الموضوعي في البيع بشرط التجربة ، بينما أخذت بالمعيار الشخصي في البيع بشرط المذاق ، وهذا هو الدافع الأساسي للتفريق بينهما عندهم .

٤ ــ الغرض في البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة محصور بملاءمة المبيع لذوق المشتري وهواه الشخصي ، ولا مجال فيه لتقدير الخبراء ، ويقوم المشتري ذاته بالذوق والتجربة ، وقد يستأنس بآخر ، وهذا هو الأصل في القانون المصري والسوري .

لكن قد يتم الاتفاق في البيع بشرط التجربة على أن يكون المقصود هو الاستيثاق من صلاحية المبيع في ذاته بحسب العرف والعادة ، إما بالاتفاق صراحة ، وإما ضمنا ، وإما بحسب القانون الفرنسي .

٥ ــ إن تبعة الهلاك في البيع بشرط المذاق ، والبيع بشرط التجربة ، يقع على البائع بمقتضى القانون المدني السوري والمصري ، إلا إذا كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ باتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً فتقع تبعة الهلاك على المشتري .

وإن أوجه الشبه والاتفاق هي التي دفعت الكثيرين إلى التسوية بينهما وعدم الفصل في أحكامهما [1] .

أوجه الاختلاف : يختلف البيع بشرط المذاق عن البيع بشرط التجربة بمقتضى القانون المصري والسوري بما يلي :

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٨١ .

١ ــ البيع بشرط المذاق غير منعقد أصلا ، وهو مجرد وعد بالبيع ، أما البيع بشرط التجربة فهو بيع منعقد وكامل ، ولكنه معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ.

٢ ــ ويتفرع عن الفرق السابق أن المشتري إذا سكت في البيع بشرط المذاق خلال المدة فيعتبر سكوته إنهاءً للوعد واسقاطا له ، أما إذا سكت المشتري في البيع بشرط التجربة فإن سكوته يعتبر إسقاطا للشرط وقبولاً للبيع ورضاء بالمبيع .

٣ ــ يلتزم البائع في البيع بشرط التجربة بتسليم كامل المبيع لتجربته ، أما في البيع بشرط المذاق فلا يلتزم إلا بمجرد التمكين من المذاق ، وذلك بجزء من المبيع ، ولا يسلم المبيع إلا بعد القبول والرضى .

٤ ــ إذا وقع حجز على أموال البائع أو إفلاس أثناء مدة التجربة والمذاق فإن كان البيع بشرط التجربة فلا يؤثر ذلك على المشتري ، لأنه إن قبل فيسري البيع من تاريخ العقد بأثر رجعي ، وإن كان البيع بشرط المذاق فيقع الحجز على المبيع ، ويشمله الإفلاس ، ويتضرر المشتري بذلك .

٥ ــ وأخيراً فإن المبيع في شرط المذاق لا يكون إلا في الأموال الاستهلاكية التي يكون الانتفاع بها بزوال العين كالزيت والفاكهة ، أما البيع بشرط التجربة فلا يكون إلا في الأموال الاستعمالية التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، ومن هنا يجب أن يكون المذاق لمقدار معقول عادة وعرفا من المبيع ، بما يتم معه التذوق ، كما يشترط في استعمال المبيع بشرط التجربة أن يكون بمقدار معرفة المبيع [1] .

مقارنة مع الفقه الإسلامي :

أقر الفقه الإسلامي الحق في الاشتراط في البيع لكل من البائع والمشتري ،

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٤٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٩ ، ١٠٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٥ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

وأقر عدداً من الخيارات، بعضها بحكم الشرع وإن لم ينص عليها في العقد، وبعضها بالاتفاق بين الطرفين في العقد ، كما أقر الفقه الحنفي خاصة بعض الاتفاقات التي تعتبر تمهيداً للبيع ، ورتب لها أحكاماً خاصة ، ونصت عليها مجلة الأحكام العدلية، وجاء القانون المدني المصري والسوري وأشار إليها للمطابقة والمقارنة والمقابلة مع بعض الاتفاقات والعقود التي أقرها ، ومنها البيع بشرط المذاق الذي اعتبره القانون وعداً بالبيع ، والبيع بشرط التجربة الذي اعتبره بيعا بشرط واقف ، وأشارت المذكرة الايضاحية إلى ما ذكره الفقهاء عن « البيع على سوم النظر » وهو أن يقبض الشخص مالاً من آخر لينظر إليه أو يريه لآخر ، سواء بين ثمنه أو لا ، ويتضمن ذلك أنه إن أعجبه اشتراه ، ويكون ذلك المال أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع (١) ، كما أقر الفقه الحنفي « البيع على سوم الشراء » وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن ، فإن هلك أو ضاع في يده ، وكان من القيميات لزمت عليه القيمة ، وإن كان من المثليات لزم عليه أداء مثله للبائع ، وإن أخذه بدون أن يبين له ثمناً كان ذلك المال أمانة في يد المشتري ، فلا يضمن إذا ضاع أو هلك بلا تعدٍ (٢) .

وبالمقارنة بين الفقه والقانون نلاحظ التشابه إلى حد كبير بينهما في الشروط العامة والمبادىء الأساسية للعقود مع الاختلاف في بعض التفاصيل والفروع ، فالبيع على سوم النظر ، والبيع على سوم الشراء ليسا بيعين كاملين ، وأن البيع على سوم النظر أقرب إلى كونه مجرد إيجاب من البائع ، وأن البيع على سوم الشراء يشبه الوعد بالبيع أو البيع بشرط المذاق .

أما البيع بشرط الخيار فإن العقد فيه منعقد وتام أي نافذ ، وأن آثاره تترتب عليه بين البائع والمشتري، مع الحق لصاحب الخيار ، سواء كان بائعاً أو مشترياً أو هما معا ، أن يفسخ العقد خلال المدة المتفق عليها ، أو التي يقرها الشرع ، وإذا

---

(١) انظر المادة ٢٩٩ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر المادة ٢٩٨ من مجلة الأحكام العدلية .

مضت المدة بدون فسخ صار العقد لازماً ، واستقرت جميع الآثار عليه ، وهو ما يتفق تماماً مع البيع بشرط التجربة إذا كان الشرط فاسخا .

واستمد القانون المدني العراقي أكثر أحكامه من الفقه الإسلامي ، وسار على منهج الفقهاء في الخيارات ، وأضاف ما نصت عليه القوانين المستمدة من القانون الفرنسي ، فنص على خيار الشرط ، ثم على البيع بشرط التجربة ، والبيع بشرط المذاق [1] .

وسار القانون المدني الأردني على هذا المنوال وذكر الخيارات الفقهية ثم نص على البيع بشرط التجربة ، واعتبر البيع بشرط المذاق نوعا من البيع بشرط التجربة مع فارق واحد ، وهو عدم انتقال شرط المذاق إلى الورثة لأنه ذو طابع شخصي ومزاجي محض ، واقتصر في الحديث على شرط المذاق على مادة واحدة التي تنص على ما يلي : « تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يورث » [2] .

وأشارت المذكرة الايضاحية للقانون الأردني لهذه المواد مع مقارنة البيع بشرط التجربة مع سوم الشراء وسوم النظر وخيار الشرط في المجلة ، ومع المواد السابقة في القانون المدني السوري أيضاً [3] .

وبهذا ننتهي من الحديث عن المبيع ، وننتقل بالكلام عن الثمن .

---

(١) يرى الدكتور حسن الذنون أنه لا حاجة للنص على البيع بشرط المذاق في القانون العراقي ، وأن القواعد العامة فيه والنصوص الخاصة بخيار الرؤية التي أخذها من الفقه الاسلامي تغني عن بيع المذاق . (العقود المسماة ص ٨٢) .

(٢) المادة ٤٧٧ من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٤٩٧/٢ .

وانظر : مرآة المجلة ١٣٧/١ ، ١٣٩ ، الوسيط للسنهوري ١٤٣/٤ .

المبحث الثالث

الثمن

الثمن أحد أركان البيع ، وأحد العناصر الأساسية التي يتوقف عليها عقد البيع[1] ، والثمن هو العوض الذي يقدمه المشتري في مقابل المبيع ، لأن البيع من عقود المعاوضات ، وقد اكتشفت البشرية الثمن ليكون وسيلة لتسهيل البيوع والمعاملات ، ومع كونه غير مقصود لذاته ، ولكنه مهم وضروري ، لأن صاحب السلعة لا يتنازل عنها ، ولا يتخلى عن ملكيتها ، ولا يقدمها إلى المحتاج إليها إلا بعوض ومقابل ، فإذا انعدم الثمن لم ينعقد البيع ، وهذا يبين أهميته ومكانته في عقد البيع .

والمهم في الثمن الاتفاق عليه في البيع ، وتقديره ، وتوفر شروطه ، أما كيفية أداء الثمن فليست مهمة ، ويكون الثمن صحيحا مهما كانت الطريقة التي يتم بها وفاء الثمن بحسب اتفاق الطرفين ، سواء كان الوفاء حالا أو مؤجلا ، وسواء تمّ دفعه جملة أم على أقساط .

وسوف ندرس الثمن في هذا المبحث، ونقسم الحديث عنه إلى ثلاثة فروع :

- تعريف الثمن وشروطه .
- تحديد الثمن .
- الغبن في الثمن .

---

(١) يرى شراح القانون أن محل التزام المشتري في عقد البيع هو الالتزام بأداء الثمن ، ويختصرون ذلك للتسهيل ، ويقولون إن الثمن هو محل التزام المشتري ، ويرون ان للبيع محلين : المبيع والثمن ، وقد أشرنا لذلك سابقا .

انظر : شرح أحكام عقد البيع،عمران ص ١٤٠،العقود الشائعة ، حكيم ص١٣٩ .

الفـــرع الأول

تعريف الثمـــن وشـــروطه

تعريف الثمـــن :

يعرف شراح القانون الثمن بأنه : مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائـــه إلى البائع في مقابل المبيع [1].

وهذا التعريف مأخوذ من المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري التي عرفت عقد البيع وذكرت في آخره بأنه « في مقابل ثمن نقدي » .

والثمن هو المبلغ من النقد الذي يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري فـــي عقد البيـــع ، ويختلف عن قيمة المبيع ، وعن سعره ، فالقيمة هي المعيار المساوي للمبيع بين الناس عادة ، من غير زيادة ولا نقصان ، والسعر هو الثمن المقدر للسلعة في السوق بشكل عام ، والثمن هو المقدار المتفق عليه بين المتبايعين في العقد ، وقد يتفق الثمن مع السعر ، وقد يزيد عنه أو ينقص ، وقد يتفق الثمن مع القيمة ، وقد يزيد عنها ، وقد ينقص ، والأصل في تحقيـــق العدالـــة والتوازن الاقتصادي بين الأطراف أن يكون الثمن مساويا للسعر والقيمة ، ولكنه قد يختلف عنهما في الغالب، لاختلاف القواعد والأسس والبواعث والمعيار في تقدير كل منها [2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ١٩٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٩، عقد البيع ، جراح ص ١٠٧ .

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في اسلوبه الجديد ١٩٨/١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٥٢ ـ ١٥٤ ، حاشية ابن عابدين ٥٧٥/٤ .

حرية المتعاقدين في تقدير الثمن :

الأصل في الثمن أن يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري بمطلق الحرية، تطبيقا لحرية المتعاقدين في العقد ، وتنفيذاً لسلطان الإرادة العقدية بين الطرفين ، ولا تعقيب على الطرفين في تحديد الثمن في البيع بعد المناقشة الحرة بينهما[1] .

ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، وقد يتم تحديد الثمن بأن يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر ، أو أن يفرض عليهما معاً .

فقد يفرض المشتري الثمن في العقد ، وذلك في البيع بالمزاد العلني ، فإن المشتري يستقل في تحديد الثمن ، ويلزم البائع بابرام البيع بالثمن الذي يعلنه المزاود الأخير ، بشرط ألا يقل عن الحد الأدنى المحدد في بدء المزاودة[2] .

وقد يفرض البائع الثمن في البيع ، ويستقل في تحديده ، ليكون السعر محدداً للجميع ، وذلك كالمؤسسات التي تعرض انتاجها للبيع بسعر محدد ، ولا تقبل المساومة مع المشتري في زيادة الثمن أو نقصه ، ومثل البيوع التي تتم بعقود الإذعان التي تعرض فيها المبيعات بأثمان معينة ومقدرة مسبقاً ، وعلى المشتري أن يقبلها كما هي أو يتخلى عن الشراء نهائياً ، كما يتم تحديد الثمن من البائع في حالات البيع بالجملة ، فإن البائع يحدد ثمناً الزامياً لإعادة بيع المبيع ، ولا يجوز للمشتري أن يتجاوزه أو ينزل عنه ، بهدف المحافظة على ثمن موحد للبضاعة في جميع المحلات لترويج بيعها، وكسب الثقة بها[3] .

وقد يتم فرض الثمن قانوناً من قبل الدولة ، وهو مايعرف بالتسعير الجبري ، وذلك عندما تتدخل الدولة في المعاملات إما لحماية ضعاف المستهلكين ، وإما لتأمين

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ٢١٥ ، العقود المسماة ، سلطان وعدوي ص ٨٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ .

(٢) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤١ .

(٣) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ١٤١ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢١٥ .

العدالة بين الأطراف ، وإما لتوحيد الأنظمة في مختلف أنحاء البلاد ، وإما لتقديم العون والمساعدة للمواد الضرورية ، وإما بسبب ظروف معينة كالحرب والأزمات الاقتصادية ، وغالباً مايتم ذلك للسلع الرئيسية التي تتحمل الدولة فيها فارق القيمة بما تقدمه من دعم أو إعانات أو تخفيض الضرائب وغيرها لتأمين السلع إلى المواطنين بأسعار متهاودة، كالخبز والسكر والأرز وغيرها ، وقد تتدخل الدولة لتحديد الأسعار لجميع المواد .

ويتم التسعير الجبري في الغالب لتحديد الحد الأعلى للثمن الذي لايجوز تجاوزه ، ولكن يسمح بالنزول عنه ، وفي هذه الحالة تبقى حرية المتعاقدين مطلقة في تحديد الثمن بشرط ألا يتجاوز الحد القانوني الأعلى ، أما إذا حدد القانون الثمن ، ومنع الزيادة عليه أو النقص ، فهنا يحل القانون محل إرادة المتعاقدين في تحديد الثمن .

فإن تم البيع مخالفاً للتسعيرة الجبرية فإن القانون يحدد المؤيد لتنفيذه ، ويبين الجزاء المترتب على المخالف إما إبطال البيع بشكل كامل وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد ، وإما بانفاذ العقد مع العودة إلى الثمن المحدد قانوناً،وهذا هو الغالب ، مع مايرافق ذلك من عقوبات جزائية وإدارية كالحبس والغرامة ومنع مزاولة المهنة وإغلاق المحل[1] .

شروط الثمن :

يشترط في الثمن أن تتوفر فيه الشروط التالية :

١ ــ أن يكون الثمن نقوداً :

والنقود هي العملة التي تصدر عن الدولة ، وتتمتع بقدرة مالية معينة ، وكانت في السابق من مسكوكات الذهب أو الفضة أو المعادن المختلطة ، ثم اقترن معها

(١) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٤ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٢١٥ .

الأوراق المالية التي تمثل الذهب أو الفضة ، وأخيراً حصرت النقود بالعملة الورقية التي تصدرها الدولة ، وتمنحها الحماية والضمان في المعاملات ، وتكفل قيمتها المالية في التملك .

ويشترط في عقد البيع أن يكون في مقابل ثمن نقدي ، وهذا مايميزه عن المقايضة التي يتم فيها تبادل الأعيان والحقوق المالية بأعيان وحقوق مالية أخرى ، أما إذا كان المقابل في العقد أداء عمل أو امتناعاً عن العمل فلا يكون العقد بيعاً ولا مقايضة ، وإنمايدخل في أحد العقود المسماة الأخرى ، أو يخرج إلى دائرة العقود غير المسماة .

ويتناول وصف النقد مايطلق عليه ذلك قانوناً أو عرفاً ، سواء كان نقداً معدنياً ، أو ورقياً ، أو خطياً كالشيك والحوالات المصرفية .

ولا يصح الآن أن يكون النقد ذهباً أو فضة ، لأن المشرع في سورية حظر التعامل بالذهب بموجب قرار المفوض السامي رقم ١٨ ل.ر. تاريخ ١٩٤٠/١/٢٦، ولا يزال هذا القرار ساري المفعول حتى وقتنا الحاضر ، وقد قضى ببطلان الالتزامات والاتفاقات التي تتم بالنقد الذهبي[1] .

ويصح أن يكون الثمن ايراداً مؤبداً ، أو مرتباً مدى الحياة على أن يدفع بالنقد وبشرط أن يكون العقد في هذه الحالة مكتوباً خطياً[2] .

٢ ـ أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً :

وذلك بأن تتجه إرادة المتعاقد حقيقة إلى تكليف المشتري بأداء الثمن المتفق

---

(١) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٠ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٣٦٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٠ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٣٦٦، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٣ .

عليه إلى البائع بشكل جدي وثابت وصحيح ، فإن اتفقا في العقد على عدم دفع الثمن نهائياً فلا ينعقد البيع ، وكذلك إذا ذكرا ثمناً ، وصرحا بعدم دائه للبائع ، أو قام البائع بإعفاء المشتري منه أو هبته إليه أو ابرائه من أدائه ، ويكون الثمن في هذه الحالات صورياً ، ولا ينعقد البيع به ، ومثل ذلك إذا كان الثمن تافهاً لا يتناسب نهائياً مع المبيع ، أما إذا كان الثمن بخساً فلا يضر في العقد ، وينعقد البيع صحيحاً ، لأن الثمن البخس جدي وحقيقي ، ويكون البائع قد رضي به لحاجة ، أو جاهلا لقيمة المبيع أو لسبب آخر .

الفرق بين الثمن الصوري والتافه والبخس :

ولا بد هنا من التفريق بين هذه الحالات الثلاثة السابقة .

١ ـ الثمن الصوري : وهو أن يذكر في البيع ثمن معين ليتم البيع من الناحية الخارجية ، ولكن البائع لا يقصد أن يتقاضى الثمن من المشتري ، كأن يتفقا على عدم دفع الثمن ، أو بادر البائع لإعفاء المشتري منه أو هبته إياه ، ويكون العقد في هذه الحالة هبة مكشوفة .

أما إذا اتفق الطرفان على الثمن بشكل جدي وحقيقي ، ثم أبرأ المشتري البائع من الثمن أو وهبه إياه فيبقى البيع صحيحاً في هذه الحالة .

وإذا كان المقصود من صورية الثمن هو تحقيق مصلحة الطرفين بإخفاء الثمن الحقيقي بينهما ، كأن يذكرا ثمناً أدنى من الواقع ، ويتفقا على ثمن حقيقي للأداء فلا يؤثر ذلك على العقد، ويكون البيع صحيحاً ، وتكون الصورية هنا للتحايل على بعض أحكام القانون للتهرب من رسم الانتقال على العقار المبيع[1] .

لكن قد تنشأ مشاكل في هذه الحالة ، كما إذا اختلف المتبايعان فيما بعد في

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٨٤/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص٢١١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤١ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٥ ، ١٠٧ .

العقد ، فالأصل أن يلتزم المتعاقدان بالعقد الذي تمّ الاتفاق عليه فعلا[1]، وعلى من يدعي الصورية في العقد الظاهر مع وجود عقد خفي أن يتحمل عبء الإثبات، ويخير غير المتعاقدين بالتمسك بالعقد الظاهر الصوري أو العقد المستتر الخفي ، وعليهم إثبات الصورية ، وإن تباينت طلبات الدائنين أو الخلف الخاص فيقدم العقد الظاهر على العقد المستتر[2] .

وقال الشافعية يعتبر البيع الثاني الظاهر ، ولا أثر للاتفاق السابق[3] .

ب ـ الثمن التافه : وهو الثمن الذي يذكر في عقد البيع ، ولكنه قليل جداً ، ولا يتناسب نهائياً مع قيمة المبيع ، مما يدل على أن الاتفاق غير جدي على أداء ثمن حقيقي للمبيع ، كأن يتم بيع سيارة جديدة وصالحة للاستعمال بألف ليرة سورية ، أو يتم بيع شقة سكنية ممتازة بعشرة آلاف ليرة سورية ، فيقع العقد باطلاً ، كما في حالة الثمن الصوري .

والفرق بين الثمن الصوري والثمن التافه أن الثمن الصوري يكون في العادة متناسباً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه حقيقة ، أولا يقصد الحصول عليه حقيقة ، أما الثمن التافه فإنه قليل جداً ، ولا يتناسب مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلا[4] .

جـ ـ الثمن البخس : وهو الثمن الذي يذكر في عقد البيع ، ولكنه يقل عن

---

(١) المادة ٢٤٦ من القانون المدني السوري ، وانظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٨ .

(٢) المادة ٢٤٥ من القانون المدني السوري ، وانظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٨ .

(٣) انظر : المجموع ، للنووي ٣٦٧/٩ .

(٤) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٨٥/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٧١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٠٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٢ .

القيمة الحقيقية للمبيع ، ولا يتناسب في الواقع مع الشيء المبيع ، لوجود غبن فاحش فيه ، والثمن البخس لايمنع انعقاد البيع ، فينعقد صحيحاً بين الطرفين وينفذ حسب الاتفاق بينهما ، ويعتبر الثمن البخس غبناً في البيع ، ولا يضره ذلك ، لأن القانون لا يمنع الغبن في العقود، إلا في حالات استثنائية سنذكرها بعد قليل ، ومثال الثمن البخس أن يبيع شخص سيارة قيمتها مائة ألف بستين ألف ، أو أن يبيع داراً ، قيمتها خمسون ألف ،بثلاثين ألفٍ .

والفرق بين الثمن التافه والثمن البخس أن الأول قليل جداً ، ولا يتناسب نهائياً مع المبيع ، ويعتبر بمثابة العدم ، ويكون البيع باطلاً نهائيا ، أما الثاني فالثمن له وجود حقيقي ، ويتناسب مع جزء من المبيع ، لكنه لايتناسب مع كامل المبيع ، مما يوقع الغبن في البائع ، فإن كان البائع كامل الأهلية ورضي بالثمن البخس فلا معقب عليه،وقد يكون له هدف وحاجة من العقد ، أما إذا رافق الغبن حالات خاصة في البائع كالطيش أو الهوى أو نقص الأهلية فيكون الغبن سبباً للإبطال كما سنبين ذلك، فالفارق بين الثمن التافه والثمن البخس هو في درجة التناسب مع القيمة الحقيقية للمبيع ، كما أن الثمن البخس ثمن حقيقي ، ويقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري بشكل جدي ، خلافا للثمن الصوري[1] .

٣ ــ أن يكون الثمن معلوماً :

الثمن عنصر أساسي في عقد البيع ، وهو أحد مقوماته الرئيسية ، وركن من أركانه ، ولذلك يشترط أن يكون معلوماً عند العقد ، حتى تتحدد الالتزامات على الطرفين بدقة ، ويعرف كل طرف حدود التزامه ، ولأن البيع من عقود المعاوضات ، وأن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري لقاء ثمن نقدي ، ولذلك يشترط أن يكون الثمن معلوماً ، بأن يعرف مقداره وجنسه ونوعه ووصفه ، إن كانت النقود المتداولة

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٣٩٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٧١ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٠٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٨ .

قانوناً وعرفاً تختلف بالجنس والنوع والوصف.

ولكن هذا الشرط طرأ عليه تطور كبير ، واتجهت الأنظار القانونية الحديثة إلى التوسع في تقدير الثمن ومعلوميته عند العقد ، تسهيلاً على المتعاقدين ، وتنشيطاً للمبادلات والتبادل التجاري ، وتصحيحاً لأكبر قدر ممكن من البيوع القائمة بين الناس ، وقد سار القانون المدني المصري ثم السوري في هذا التيار ، واشترطا أن يكون الثمن معلوماً عند العقد ، ثم توسعا في وسائل معلومية الثمن أكبر قدر ممكن لتصحيح البيوع ، وذلك بتحديده في العقد أو الاتفاق صراحة أو ضمناً على وسيلة أخرى لتحديده فيما بعد ، وهو ماسندرسه بالتفصيل في الفرع الثاني ، فإن لم يتم تحديد الثمن وتقديره في العقد ، ولم يتفق الطرفان على وسائل أخرى لتحديده في المستقبل كان العقد باطلا ، ولا ينعقد البيع بين الطرفين ، لخلوه عن أحد العناصر الأساسية فيه[1] .

وهذا مانصت عليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي جاء فيها : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أوعلى جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركنا من أركانه »[2] .

شروط الثمن في الفقه الإسلامي :

يعتبر الثمن عند الحنفية أحد مقومات العقد الأساسية التي يتوقف عليها البيع، ولكنه خارج عن الماهية ، فلا يعتبر ركنا عندهم ، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الثمن ركن من أركانالبيع ، وإذا فقد الثمن في البيع كان العقد فاسداً عند الحنفية ،

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٨ ، الوسيط ، السنهوري ٣٨٢/٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٣/٤ .

وباطلاً غير منعقد عند الجمهور .

وعرف المرحوم قدري باشا الثمن بأنه « هو ماتراضى عليه العاقدان ، سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص ، والقيمة هي ماقوّم به الشيء بمنزلة المعيار ، من غير زيادة ولا نقصان »[1] ، ويعقد الفقهاء المسلمون بحثاً طويلاً للتفريق بين المبيع والثمن ، وأن المبيع في الأصل هو مايتعين بالتعيين ، وأما الثمن فلا يتعين بالتعيين ، وأن الثمن إما أن يكون نقداً أو مالاً مثلياً ، والنقود تشمل العملة المسكوكة من الذهب أو الفضة أو الفلوس المعدنية الرائجة[2] .

ويشترط الفقهاء في الثمن شرطاً واحداً وهو أن يكون معلوماً عند المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى الجهالة الفاحشة بينهما ، ولا يشترط أن يكون نقداً فيجوز أن يكون الثمن نقداً أو مالاً مثلياً آخر ، كما يجوز أن يكون عيناً قيميّة ، لأن البيع في الشريعة يشمل البيع المطلق ، والمقايضة ، فإن تم البيع على عين مقابل نقد ، كان النقد ثمناً ،وإن تم البيع على عين بعين ، فإن كانت إحداهما مثلية وهي المكيلات والموزونات والعدديات والذرعيات، والأخرى قيميّة ليست من ذوات الأمثال ، فإن العين المثلية هي الثمن ، وإن كان البيع بين عين قيمية وعين قيمية أخرى فإن كلا من العوضين يعتبر مبيعاً من وجه وثمناً من وجه آخر[3] ، وهذا التفريق بين المبيع والثمن لتطبيق الأحكام الخاصة بكل منهما عليه . وأما اشتراط كون الثمن جدياً وحقيقياً فهذا ركن في العقد وليس شرطاً .

وجاء القانون المدني الأردني واقتبس نص المجلة باشتراط معلومية الثمن ،

---

(١) المادة ٤١٣ من مرشد الحيران .

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٧/١ ومابعدها ، بدائع الصنائع ٣٢٢٤/٧ .

(٣) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٩/١ ، درر الحكام ١٤٥/٢ ، ادب القضاء ، ابن أبي الدم ص٤٧٨ ، المجموع ، للنووي ٣٦٥/٩ ، المادة ٤١٤ من مرشد الحيران ،المادة ٢٣٨ من مجلة الأحكام العدلية ، بدائع الصنائع ٣٢٢٣/٧ وما بعدها .

فقال : يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً[1]، وأما كيفية معلومية الثمن ووسائلها فنبحثه في الفرع التالي .

الفرع الثاني

تحديد الثمن

إن معلومية الثمن في البيع تقتضي أن يتم تحديده بين الطرفين ، وهذا التحديد إما أن يكون كاملاً وتاماً وصريحاً في العقد ، وهو الأصل الذي اقتصرت عليه التشريعات السابقة ومنها الفقه الإسلامي ، وإما أن يكون التحديد غير مباشر ، وذلك بالإحالة الصريحة أو الضمنية إلى أسس صالحة ومعينة يتم بمقتضاها تحديد الثمن فيما بعد ، وهذا ماتجهت إليه الأنظار القانونية الحديثة ، وذلك للتوسع في البيوع ، والتسهيل على المتبايعين ، وهو مانصت عليه المادتان ٣٩١ ، ٣٩٢ من القانون المدني السوري .

وتفيد هاتان المادتان على أن تحديد الثمن يتم بإحدى الوسائل التالية :

١ ــ الاتفاق الصريح الكامل بين المتعاقدين في عقد البيع .

٢ ــ الاتفاق بين الطرفين على بيان أسس صالحة لتحديد الثمن في المستقبل .

٣ ــ نية الاعتماد على أسس صالحة لتحديد الثمن ، وتؤخذ هذه النية من ظروف العقد واتجاه الطرفين لقبول هذه الأسس .

فإن تمَّ العقد دون تحديد الثمن بإحدى هذه الوسائل الثلاثة كان العقد باطلاً لخلوه عن أحد العناصر الأساسية فيه ، ويصبح الثمن في هذه الحالة مجهولا جهالة

---

(١) المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني .

فاحشة تؤدي إلى النزاع بين الطرفين ، وتمنع تنفيذ العقد [1]، وسوف نبحث كل وسيلة على حدة •

أولا : الاتفاق الصريح على تحديد الثمن في العقد :

كثيراً مايتفق البائع والمشتري على تحديد الثمن في العقد ، فيعينا مقداره وجنسه ونوعه ، بحيث يصبح معلوماً بشكل كامل ، ويقع البيع في هذه الحالة صحيحاً متى توفرت بقية الشروط الأخرى ، ويلتزم المشتري بالثمن المحدد ، ويجب عليه الوفاء به ، وتنفذ الالتزامات بين الطرفين بسهولة ويسر[2] •

ويتم الاتفاق على تحديد الثمن في العقد بالمساومة والمناقشة الحرة بين الطرفين، سواء حدداه جملة ، أو بسعر الوحدة في المثليات ، وسواء عرض أحد الطرفين ثمناً فرضيه الآخر ، أم ناقشه فيه ، والمهم حصول الرضا والاتفاق على تحديد الثمن في العقد •

ولم ينص القانون المدني على هذه الوسيلة لأنها تطبيق لسلطان الإرادة العقدية والقواعد العامة في العقود •

وفي هذه الحالة لايثير الأمر أية صعوبة في الغالب ، ولكن قد يصادف في بعض الأحيان بعض المشاكل ، كما لو كان للنقد المسمى عدة أنواع في مكان الاتفاق ، وكانت هذه الأنواع مختلفة القيمة ، كالدينار مثلا ، والليرة ، فما هو الواجب على المشتري ؟ هل يدفع الأعلى قيمة أم الأوسط أم الأدنى ؟

لم يتعرض القانون المدني لهذه المشكلة ، بينما عرضها الفقه الإسلامي وقرر أن يكون الثمن من النوع الأروج الذي يكثر تداوله والتعامل به ، فإن تساوى

---

(١) انظر : العقود المسماة، الزرقا ص ٩٨ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٥، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ •

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٦ •

الرواج في النوعين مع تفاوت القيمة بينهما فسد البيع لتحقق الجهالة الفاحشة في الثمن بين المتبايعين [1] .

وفي الفقه الإسلامي اشترط أن يكون الثمن معلوماً ، وأن معلومية الثمن تكون بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا ، أو ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً في مجلس العقد ، وهذا ما صرحت به واقتصرت عليه مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، ثم أخذ به القانون المدني الأردني ، وأضاف إليه حالة ثالثة تلتقي مع القانون المدني السوري وهي : أن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ [2] .

وإذا كان للنقد أجزاء متعددة كالليرة السورية ، ففيها ورقة ذات الخمسمائة ليرة ، وفيها أجزاء الليرة الواحدة حتى خمسة قروش ، وكلها ذات قيمة واحدة رسمياً ، ومع ذلك فإن المشتري يلتزم بدفع الأجزاء المتناسبة مع مقدار الثمن عرفاً ، فالثمن المقدر بالآلاف لا يقبل عرفاً أداؤه بالقروش والفئات الصغيرة، وبالعكس فالثمن المقدر بالقروش لا يمكن أداؤه بالفئات الكبيرة وهكذا .

وقد نص على هذا الحكم مجلة الأحكام العدلية في المادة ٢٤٤ ، ثم جاء القانون المدني الأردني وأخذ به، فنص في المادة ٤٨١ منه أنه « إذا حدد الثمن بنوع من

---

(١) نص على ذلك مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٤٠ ، ومرشد الحيران ، المادة ٤١٦ .

ويرى أستاذنا الزرقا أنه يمكن الأخذ بالنوع الأروج في ظل القانون ، وعند تساوي الرواج يكلف المشتري بدفع المتوسط ، أخذاً بالمادة ١٣٤ من القانون المدني السوري التي تقضي بتسليم الصنف المتوسط ، بينما يرى الأستاذ الدكتور سوار أن العقد يصبح باطلا في هذه الحالة لأننا لا نستطيع تعيين مقدار الثمن فيه . (انظر: العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠١ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢٤ ، المغني ١٤٨/٤، الروضة ، للنووي ٣٦٣/٣ ، المجموع للنووي ٣٦٣/٩ ، حاشية ابن عابدين ٥٣٦/٤، كشاف القناع ١٦٣/٣ ، درر الحكام ١٤٦/٢).

(٢) المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني ، وانظر : مرشد الحيران ، المادة٤١٥، مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٣٩ .

النقود ، وكان له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولا في مكان البيع »[1] .

ثانيا : الاتفاق الصريح في العقد على أسس صالحة لتحديد الثمن :

قد لا يتفق الطرفان على تحديد الثمن مباشرة في العقد ، وإنما يتفقان على بيان أحد الأسس التي تصلح لتحديد الثمن ، دون بيان نوعه وقدره ، ويكون تحديد الثمن قد تمّ في العقد بين المتبايعين ولكن بطريق غير مباشر ، وهذه الحالة ترجع للحالة السابقة ، ويكون الثمن محددا فعلا ، ومتفقاً عليه بين الطرفين وفي عقد البيع ، ويكون الثمن في حكم المعلوم ، لأن نتيجة الاتفاق توصل إليه بما لا يدع مجالاً للشك أو الاختلاف بين المتبايعين ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٩١ الفقرة الأولى من القانون المدني :

« يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد »[2] .

ولم يبين القانون هذه الأسس التي تصلح لتحديد الثمن ، وإنما اقتصر على ذكر حالة واحدة في الفقرة الثانية من نفس المادة ، وهي حالة الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق ، بينما توجد حالات أخرى ، وأشهرها ثلاث وهي :

١ ـ تحديد الثمن بسعر السوق :

وهذه الحالة أكثر الحالات شيوعاً في الحياة والتعامل ، وذلك بأن يسكت الطرفان عن تحديد الثمن في العقد ، ويتفقا على أن يتم البيع بسعر السوق، وبالتالي يكون الثمن محدداً بالسعر الذي تباع فيه السلعة في السوق ، ويقع البيع

---

(١) انظر : المجموع ، للنووي ٩/٣٦٢ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٣٦ .

(٢) يقابلها المادة ٤٢٣ من القانون المصري ، والمادة ٤١٢ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٧ من القانون العراقي ، والمادة ٣٨٦ من التقنين اللبناني .

صحيحاً، ويلتزم المشتري بأداء الثمن بحسب السعر التجاري[1] .

ولكن أسعار المبيعات تختلف من زمان إلى زمان ، كما تختلف من مكان إلى آخر ، لذا كان من المفروض على المتبايعين أن يحددا مكان السوق وزمانه اللذين يحدد على أساسهما سعرالمبيع ، فإن اتفقا على ذلك وجب السعر بحسب الزمان والمكان المتفق عليهما ، حسب إرادة المتعاقدين واتفاقهما، ولا يبقى مجال للاختلاف بينهما .

أما إذا اتفقا على تحديد الثمن بسعر السوق ، ولم يحددا الزمان والمكان المعتبرين لسعر السوق فإن الأنظار تختلف في هذه الحالة ، ولذلك تدخل المشرع، ووضع حكما مكملا لإرادة المتعاقدين ، وافترض أنهما يقصدان سعر السوق في المكان والزمان اللذين يتم فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩١ على ما يلي :

« وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » .

ويلاحظ على هذه المادة أنها صريحة في عدم كونها ملزمة للطرفين، وأنها حكم مفسر لإرادة المتعاقدين عند سكوتهما ، وعدم اتفاقهما على ما يخالفها ، كما أنها افترضت عدم وجود سوق في مكان التسليم كالقرى أو الجبال أو الأمكنة النائية، فأوجبت الرجوع إلى سعر السوق الذي يقضي العرف باعتماده والرجوع إليه، وأنه يجب الرجوع إلى عقد البيع لمعرفة الزمان والمكان المتفق عليهما لتسليم

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٣ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٣٧٥، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ .

المبيـــع إلى المشتري، فإن لم يتضمن العقـــد اتفاقاً على تحديد زمان تسليم المبيع ومكانه ، فيكون زمان التسليم فـــور انعقاد العقـــد ، ما لم يقض العرف بغـــير ذلك [1]، ويكون مكان التسليم هو المكان الموجود فيه المبيـــع وقـــت البيـــع إذا كان عيناً معينة بالذات أو موطن البائع إذا كان معيناً بالنوع فقط، وإن كان المبيع مصـدّراً إلى المشتري فيكون مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيـــع إلى المشتري [2] ، كما سنبين ذلك تفصيلاً في التزامات البيع .

وقد يتفاوت سعر السوق في اليوم الواحد ، ولذلك يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بسعر السوق عند الفتح ، أو عند الإقفال أو بمتوسط الأسعار ، كما يدخـــل في تحديد الثمـــن بسعر السوق الاتفاق على تحديد الثمـــن حسب جدول التسعيرة الجبريـــة عند التسليم [3] .

ولا بد من الوقوف عند اختيار القانون سعر المبيـــع في زمان تسليم المبيـــع ومكانه ، وهو ما استمده من القانونين الألماني والبولوني ، وقد وصفته المذكـــرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري بأنه « حل معقول »[4].

والواقع أن هذا الحل معقول بالنسبة لمكان التسليم ، أما بالنسبة لاعتبار زمان التسليم فهو أمر غريب ، ويتنافى مع العدالة والمبادىء القانونية العامـــة ، وخاصة إذا كان التسليم في زمان لاحق وبعيد عن زمان العقد ، لأن مراد المتعاقدين في الغالب يتجـــه إلى تحديد الثمـــن بسعر السوق في وقت العقد ، وأنه لا يمكن التنبأ عادة بسعر السوق في المستقبل ، وأنه ليس من المعتاد أن يتم البيـــع على سعر غير معروف المصير ، وأن الأصل القانوني في تحديد الالتزامات أن يتم عند إنشاء سببها لا عند تاريخ تنفيذها ، والثمـــن التزام على المشتري يلتزم به بموجب العقـــد ، فيجـــب

---

(١) المادة ٣٤٤ من القانون المدني السوري .
(٢) المادة ٣٤٥ ، المادة ٤٠٣ ، المادة ٤٠٤ من القانون المدني السوري .
(٣) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٨ .
(٤) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٢/٤ ، الوسيط ، للسنهوري ٣٦٨/٤.

تحديده عند العقد ، وهو اختيار الفقه الإسلامي[1] .

تحديد الثمن بسعر السوق في الفقه الإسلامي :

ذهب أكثر الفقهاء المسلمين إلى منع البيع إذا حدد الثمن بسعر السوق ، لأن الثمن مجهول عند العقد ، وقد يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين .

قال ابن عابدين : « وقال : خذه بسعر البلد ، والسعر لهما معلوم كان بيعاً ، وإن لم يعلماه ، فلا »[2] .

بينما ذهب بعض الحنابلة إلى جواز البيع مع تحديد الثمن بسعر السوق، وسميت هذه الطريقة باسم : « البيع بما ينقطع عليه السعر » وهو اتفاق بين الطرفين على أساس صالح لتحديد الثمن في المستقبل ،وليس عند العقد ، وأن هذا الاتفاق يؤول إلى تحديد الثمن ، ونفي الجهالة عنه ، وحسم النزاع بين الطرفين[3] .

وأجاز متأخرو الحنفية بيعاً شبيهاً بذلك ، وسموه « بيع الاستجرار » وهو أن يأخذ الإنسان حاجاته اليومية من اللحام أو البقال أو الخضري دون أن يسأله عن الثمن ، أو يدفعه له عند العقد ، وإنما يحاسبه كل مدة ، على أن يكون الثمن بينهما هو سعر المبيع في السوق في وقت البيع ، وهو الشائع اليوم كثيراً في التعامل[4] .

وجاء القانون المدني الأردني وتبنى قول الحنابلة ومتأخري الحنفية في تحديد

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٤ ، ونصت المادة ٤١٨ من مرشد الحيران على ما يلي : « يعتبر الثمن في مكان العقد وزمانه لا في زمن الايفاء » .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥١٥/٤ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٣ ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٤٩٤/١ اعلام الموقعين ، ابن قيم الجوزية ٨/٤ .

(٤) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٤٩٤/١ ، حاشية ابن عابدين ٥١٦/٤ .

ثمن المبيع بسعر السوق ، وتدارك الخطأ الذي وقع فيه القانونان السوري والمصري ، ونصّ على اعتبار سعر السوق في **زمان ومكان البيع** ، وليس في زمان ومكان تسليم المبيع[1] .

٢ ـ تحديد الثمن على أساس تكاليف البائع :

يكون تحديد الثمن كثيرا باتفاق الطرفين صراحة أو ضمنا على أساس تكاليف المبيع على البائع، وهذه التكاليف إما أن تتحدد بالثمن الذي اشترى به البائع وما يلحقه من نفقات لاحقة ، وإما أن تكون مجموع أثمان المواد الأولية التي وضعها البائع في المبيع .

ويتفق المتبايعان على أن يكون الثمن بمثل تكاليف المبيع أو بأكثر منه أو بأقل ، وقد تكون الزيادة أو النقصان بمقدار نسبي من رأس المال ، وقد تكون بمقدار مقطوع .

وتصبح تكاليف المبيع أمراً جوهرياً في العقد ، ولا بد من معرفتها في الحال أو الاستقبال ، ولا بد من التثبت منها حتى يستطيع المتبايعان تقدير الثمن على أساسها ، وعلى البائع أن يبين هذه التكاليف ، وإن حصل عليها اختلاف ، فيحق للمشتري أن يثبت الزيادة عن التكاليف الحقيقية بجميع طرق الإثبات ، لأنه إثبات واقعة مادية ، وتنطوي على إتهام البائع بالغش ، ويرجع المشتري على البائع بالزيادة[2] .

وهذه الطريقة لتحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع تتفق تماما مع ما جاء في الفقه الإسلامي ، وتسمى **بيوع الأمانة** ، وهي أن يحدد فيها الثمن على أساس رأس مال البائع ، وهي ثلاثة أنواع ١ ـ المرابحة ، وهي أن يتمّ البيع

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٤٨٠ ، المادة ٤٧٨ من القانون الأردني .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٣٧١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٥، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٧ .

بإضافة ربح محدد على رأس المال ، ٢ ــ التولية ، وهي أن يتم البيع على أساس رأس المال بدون ربح ولا خسارة ، ٣ ــ الوضيعة ، وهي أن يتم البيع بخسارة محددة من رأس المال ، وهذا إن أخذ المشتري كل المبيع ، فإن أخذ جزءً منه على طريق بيع الأمانة سمي البيع إشراكا[1] ، فإن زاد البائع في الثمن فيكون خيانة وغشاً ، ويمنح المشتري في هذه الحالة حق إبطال العقد عند الإمام محمد والمالكية وقول للشافعية وقول للحنابلة ، وقال الإمام أبو يوسف والشافعية في القول الصحيح والحنابلة يحط المشتري من الثمن بمقدار الزيادة مع مقدار نسبتها من الربح ، وفصل الإمام أبو حنيفة فقال يحط المشتري الزيادة في التولية ، وله خيار الفسخ في المرابحة[2] .

وأخذ القانون المدني العراقي بهذه البيوع من الفقه الإسلامي ، فنصّ في المادة ٥٣٠ منه على أنه « ١ ــ يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكا أو وضيعة ٢ ــ والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه ٣ ــ ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة » .

وجاء القانون المدني الأردني وأخذ بهذه البيوع من الفقه الإسلامي ، وتوسع

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٣٦٩/١ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ١٥٤/٢ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، وهبة الزحيلي ٥٠٦/١ .

(٢) انظر : فتح القدير ٢٥٣/٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ، ابن جزيء ص٢٨٩ ، المهذب ، للشيرازي ٢٩٥/١ ، المغني لابن قدامة ١٣٦/٤ ، مغني المحتاج ٧٦/٢ ، حاشية الدسوقي ١٥٩/٣ ، حاشية ابن عابدين ١٣٢/٥ ، الروضة ٥٢٥/٣ وما بعدها ، كشاف القناع ٢١٧/٣ ، بدائع الصنائع ٣١٩٣/٧ ، درر الحكام ١٨٠/٢ .

في أحكامها زيادة عن القانون العراقي ، وبين حكم ظهور الزيادة في الثمن الأول، وأنه يحق للمشتري أن يحط الزيادة ، كما أجاز البيع إذا لم يكن رأس المال معروفاً عند العقد ، ومتى عرفه المشتري فله حق فسخ العقد ، كما يحق للمشتري فسخ العقد إذا كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال [1] .

والفارق بين القانون المدني وبين الفقه الإسلامي أنه يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون رأس مال المبيع وتكاليفه معلومة عند العقد ليبنى الثمن عليه ، ويكون معلوماً عند العقد ، أما في القانون فلا يشترط ذلك ، ويكفى أن يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع ، ولا مانع من معرفة ذلك فيما بعد ، وقد يتفق القانون مع المذهب الحنبلي الذي أجاز البيع بما ينقطع عليه السعر ، فالثمن لم يحدد عند العقد ، وإنما يحدد فيما بعد[2] ، ولذلك نلاحظ أن القانون الأردني قد جمع بين الأمرين فاشترط معرفة رأس مال المبيع عند العقد (الفقرة الأولى من المادة ٤٨٠) ، ثم أشار إلى صحة البيع وإن لم يعرف رأس المال عند العقد، ومنح المشتري خياراً متى عرفه (الفقرة ٣ من المادة ٤٨٠)

٣ ـ تفويض تحديد الثمن إلى الغير :

الأصل أن يقوم المتبايعان بتحديد الثمن بمحض إرادتهما وحريتهما في العقد ، وقد يتفقان في العقد على تفويض شخص آخر أو أكثر بتحديد الثمن .

وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني السوري ، وأصله المصري ، وإنما تدخل تحت المبدأ العام الذي نصا عليه « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد » ، وفي هذه الحالة يقع البيع صحيحاً ، لأن الثمن ، وإن لم يقدره الطرفان في العقد ، يمكن تحديده ، لأنهما اتفقا على

---

(١) المادة ٤٨٠ من القانون المدني الأردني .

(٢) العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٥، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٧ وما بعدها .

أساس صالح للتقدير ، فيكون العقد ملزما لهما ، ومتى حدد الطرف الثالث ثمنا للمبيع أصبح ساريا عليهما بمقتضى القاعدة القانونية « العقد شريعة المتعاقدين »، وقد يتفق المتبايعان على تعيين القاضي لتحديد الثمن ، فيكون اتفاقهما صحيحا .

ولكن هذه الحالة نص عليها بالذات القانون المدني الفرنسي ، وبين تكييف العقد فيها ، وأن البيع يقع معلقاً على شرط واقف ، فإذا امتنع المفوض عن تحديد الثمن أو عجز عن تحديده ، أو اختلف المفوضان في الثمن، كان العقد باطلا.

ونتيجة للنص على صفة العقد والشرط في القانون الفرنسي ، وعدم النص عليه في القانونين المصري والسوري اختلف شراح القانونين اختلافا عريضا في هذه الحالة ، فذهب أكثرهم إلى تقليد القانون الفرنسي واستمداد أحكامه الخاصة لتكون تفسيراً للقانونين المصري والسوري ، وقال بعض الشراح بتطبيق القواعد العامة القانونية على هذه الحالة ، وفصلها نهائياً عن القانون الفرنسي [1] .

ولذلك يرى أكثر شراح القانون أن العقد في هذه الحالة يكون معلقاً على شرط واقف ، وأنه إذا امتنع المفوض عن تحديد الثمن أو عجز، أو تعارضت آراء المفوضين، أو اختلف المتبايعان في تعيين الخبراء ، فإن العقد باطل ، ولا يحق للطرفين الرجوع إلى القضاء لفض النزاع وتحديد الثمن أو لتعيين مفوض آخر لتحديد الثمن ، لأن مهمة القضاء إنهاء النزاع بين الأطراف وتفسير إرادة المتعاقدين وتطبيق العقود القائمة ،

---

(١) كما حصل اختلاف كبير بين شراح القانون الفرنسي في تحديد صفة المفوض ، هل هو وكيل عن الطرفين، أم هو محكم ، أم هو مجرد خبير ، وانتقلت هذه الآراء مع حججها وادلتها إلى شراح القانون المصري ، وأخذ كل واحد براي ، وتحمس للاستدلال به .

(انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٩/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٠١، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١١) .

وليس من مهمة القضاء إنشاء العقود والالتزامات بين الناس[1] .

ويرى بعض الشراح أن العقد صحيح ومنجز، لأن الطرفين اتفقا على النواحي الجوهرية في العقد ، وأن القانون المصري والسوري لم ينصا على كون العقد معلقاً على شرط واقف ، وأنه يجب الرجوع للقواعد العامة فيهما ، وأن الاتفاق على النواحي الجوهرية في العقد وتأخير البت في بعض التفصيلات الفرعية كاف لتمام العقد،وعند الاختلاف على تحديد التفصيلات يرجع إلى المحكمة لتحديدها والفصل فيها ، لأن المحكمة تختص بإنشاء النواحي الفرعية في العقود بتفويض من القانون ، بل إن القانون منح القاضي سلطة إنشائية لحسم النزاع في الأمور الفرعية ، ومنحه سلطة كبيرة في تعديل المشارطات العقدية لإقامة التوازن النسبي بين الطرفين[2]

وإذا قام المفوض بتحديد الثمن فقد اتفق الشراح على انعقاد البيع مستنداً من وقت الاتفاق السابق ، لا من وقت تقدير المفوض للثمن ، كما أن تحديد الثمن من المفوض ملزم للطرفين ، ويكون الثمن مقدراً في البيع ، كما لو قدراه بأنفسهما ، وليس لأحدهما أن يعترض على تحديد الثمن المقدر من المفوض مادام أنه التزم حدود المهمة الموكولة إليه، كما لا يحق للقاضي أن يعدل الثمن الذي عينه المفوض ، حتى ولو كان المفوض معيناً من نفس القاضي، بناء على اتفاق الطرفين بتفويض القاضي بتحديد ثالث لهذا الأمر[3] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٩/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٠٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٤ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٧ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٨/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٦ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٤ .

ويقبل الطعن في الثمن ــ استثناء ــ من أحد الطرفين عند تقدير الثمن من المفوض لأحد الأسباب التالية :

أ ــ إذا تواطأ المتعاقد الآخر مع المفوض في تحديد الثمن،لأن هذا التواطؤ عمل غير مشروع ، ويوجب إلزام فاعله بالتعويض ، ويعتبر غشاً مفسداً لعمل المفوض .

ب ــ إذا جاوز المفوض حدود مهمته ، كأن يفوض إليه تقدير ثمن المبيع في الحالة القائمة عليه ، وبالوقت الحاضر ، فيقدر ثمنه بالنظر إلى المستقبل ، وما قد يطرأ عليه من تغييرات .

جـ ــ إذا ارتكب المفوض خطأ جسيماً في تقدير الثمن لوقوعه بتدليس أو غلط في صفة جوهرية من صفات المبيع ، أو بنى تقديره على خطأ فاحش[1] .

ويصح تفويض تحديد الثمن إلى مفوض واحد أو إلى اثنين أو أكثر ، كما يصح أن يتفق الطرفان في العقد على تفويض شخص في المستقبل على تحديد الثمن، وحصل اختلاف بين الشراح في جواز تفويض تحديد الثمن إلى أحد المتبايعين ، فذهب بعض الشراح إلى عدم جواز توقف تحديد الثمن على إرادة أحد المتعاقدين اللاحقة، لأنه يضع الطرف الثاني تحت رحمة الطرف الأول ، ويكون تحديد الثمن متوقفاً على شرط إرادي محض،مما يجعل العقد عرضة للبطلان ولعدم اتفاق الطرفين على ركن من أركان العقد ، وقال أكثر الشراح بصحة تحديد الثمن من أحد الطرفين فيما بعد،إذا لم يكن التحديد متوقفاً على محض إرادته ، وأنه يستبعد أن يتحكم البائع أو المشتري تحكما مطلقاً في تحديده ، وإنما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تفويض أحدهما بتحديد الثمن في الحدود المعقولة ، كأن يقدر الثمن بما يعرضه شخص آخر على البائع ، أو بالثمن الذي يساويه عادة ، أو بالثمن الذي سيشتري به المشتري أمثال المبيع من آخرين ، وهكذا[2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٩ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١١ .

ثالثاً : نية الاعتماد في تحديد الثمن على أساس ملحوظ :

توسع القانون في كيفية تحديد الثمن ، وقطع خطوة أخرى ، وفتح بابا جديداً ، لاعتبار العقد صحيحاً ، واعتبار الثمن معلوماً فيه بما يدور حول العقد من الظروف والملابسات التي تدل على أن نية الطرفين اتجهت أثناء العقد إلى اعتبار أساس ما ، يجعل الثمن قابلا للتحديد ، فنص في المادة ٣٩٢ على مايلي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي يجرى عليه التعامل بينهما »[1] .

فهنا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، وكان المفروض أن يكون العقد باطلاً ، لانعدام ركن من أركانه ، ولكن القانون كلف القاضي أن يبحث عن نية المتعاقدين ، وأن يدرس ظروف التعاقد ، لعله يجد أساساً صالحاً لتحديد الثمن ، وأرشده القانون إلى مثالين .

الأول : أن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني بينهما، بحسب الظروف التي تحيط بالتعاقد بينهما ، وهو أن يكون تحديد الثمن بحسب السعر التجاري المتداول في الأسواق ، وهنا يكون الثمن قابلاً للتحديد ، وذلك بالرجوع إلى السعر المتداول بين التجار في الأسواق المحلية ، أو في البورصة ، سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية ، ويمكن للقاضي أن يستعين بخبير في معرفة السعر المتداول للسلعة في زمان ومكان العقد ، أو في زمان ومكان تسليم المبيع كما ذكرنا سابقاً .

الثاني : أن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ينطو يعلى اتفاق ضمني بينهما

---

(١) يقابلها المادة ٤٢٤ من القانون المصري ، والمادة ٤١٣ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٨ من القانون العراقي .

على اعتبار السعر الذي جرى عليه التعامل السابق بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر لتحديد الثمن ، ويجري هذا الأمر كثيراً بين التجار ، بأن يورّد أحدهما سلعة معينة بسعر معين ، أو بسعر السوق أو بأي ثمن متفق عليه ، ثم يطلب منه كمية من نفس السلعة ، ويفهم ضمناً أن يكون ثمنها بحسب السعر السابق الجاري بينهما ، وبالتالي تكون النية متجهة إلى اعتماد أساس ملحوظ لتحديد الثمن ، ولو لم يصرح الطرفان به [1] .

وهذان المثالان ليسا للحصر ، ويمكن للقاضي أن يستخلص من ظروف العقد نية المتعاقدين في اعتماد أساس مافي تحديد الثمن .

ونلاحظ أن القانون قد توسع كثيراً في وسائل تحديد الثمن ، وفتح الباب على مصراعيه لاعتماد أية وسيلة اتفق عليها الطرفان في العقد على تقدير الثمن ، تطبيقاً للقاعدة العامة التي سار عليها القانون وهي الاكتفاء بالاتفاق على الأمور الجوهرية في العقد ، وترك الاتفاق على الأمور التفصيلية والجزئية فيما بعد .

فإن لم يتفق الطرفان على تحديد الثمن في العقد ، ولم يتفقا على أسس صالحة لتحديده فيما بعد ، ولم يمكن استخلاص ذلك من نية الطرفين وظروف العقد ، فيعتبر الثمن مجهولاً ، ويقع البيع باطلاً .

---

(١) انظر : الوسيط : السنهوري ٣٧٦/٤ ؛ العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦ .

الفرع الثالث

الغبن في الثمن

على الرغم من أن الثمن ركن في البيع ، وأنه يمثل ناحية جوهرية فيه ، إلا أن القانون ترك للمتعاقدين الحرية الكاملة لتقديره ، ومتى اتفق المتبايعان على ثمن معين فلا معقب عليهما في ذلك، إذا توفرت فيه الشروط السابقة: الجدية والنقدية والمعلومية، ويقع البيع صحيحاً وتاماً ، سواء كان الثمن يساوي قيمة المبيع الحقيقية في السوق ويتناسب معها ، أم كان أكثر منها أو أقل ، وسواء كان النقص عن القيمة كبيراً أو صغيراً ، مادام البائع قد رضي به ليكون ثمناً للمبيع الذي يريد بيعه والحصول على مقابله ، ومادام المشتري قد رضي بدفع المبلغ المتفق عليه في سبيل الحصول على المبيع ، وقد يقنع البائع بثمن بخس لأهداف خاصة وشخصية ، وقد يكون المشتري مستعداً لدفع الثمن مهما غلا وارتفع في سبيل اقتناء المبيع لأهداف خاصة ، وقد يكون ارتفاع الثمن وانخفاضه ، أو غلاؤه وبخسه ، ناتجاً في الواقع عن جهل أحدهما بقيمة المبيع ، أو عدم خبرته في البيع والمساومة ، وقد يقوم أحدهما باستغلال الطرف الثاني فيزيد الثمن أو ينقصه ، ومع ذلك فلا يتدخل القانون بينهما ، ولا يتعرض البيع للبطلان أو قابلية الإبطال ، ولو كان الغبن في بخس الثمن أو زيادته فاحشاً ، ويزيد عن خمس القيمة أو ثلثها أو نصفها أو أكثر من ذلك .

ولكن القانون تدخل في الغبن في الثمن استثناء من القاعدة السابقة في حالتين فقط ، إحداهما نص عليها في القواعد العامة للعقد ، وهي حالة الغبن الاستغلالي ، والثانية نص عليها في عقد البيع في حالة خاصة محددة ، وهي الغبن في بيع عقار القاصر ، ووضع القانون لكل حالة شروطاً تختلف عن الأخرى ، كما رتب على كل حالة آثاراً تختلف عن آثار الثانية، وسوف نعرض كل حالة على حدة، ثم نعقد مقارنة بينهما .

الحالة الأولى : الغبن الاستغلالي :

اعتبر القانون المدني الغبن الاستغلالي عيباً من عيوب الرضا ، وأنه يقع في أكثر العقود ، فنص في نظرية الالتزام العامة في المادة ١٣٠ على مايلي :

« ١ ــ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر،وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد ، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ٢ ــ ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة ٣ ــ ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

شروط الغبن الاستغلالي :

وتفيد هذه المادة أنه يشترط في الغبن الاستغلالي مايلي :

١ ــ وجود الغبن الفاحش :

وهو العنصر المادي في الغبن الاستغلالي ، وذلك بوجود تفاوت كبير بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الآخر ، وعبر عنها القانون « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » ويعبر عن ذلك باختصار بالغبن الفاحش ، أما إذا كان الغبن يسيراً أو بسيطاً فلا يؤثر في العقد،ولا يتعرض البيع للابطال، ولم يحدد القانون في هذه الحالة حداً للغبن الفاحش ، وهل هو الخمس أم الثلث أم النصف ؟ وترك تقديره للقاضي مستعيناً فيه بأهل الخبرة مع مراعاة الظروف الخاصة للعقد وعرف الناس ، فإن رأى القاضي عدم التعادل في العقد أو في الالتزامات كان الغبن فاحشاً وجسيماً[1] .

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة، الزرقا ٢٠٨/١ ، ٢١١ ، النظرية العامة للالتزام، سوار ١١٥/١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٢ ، عقد البيع ، جراح ص ١٢١ .

٢ ـ وجود الطيش البين والهوى الجامع لدى المغبون :

يشترط في الغبن الاستغلالي وجود عنصر معنوي في العاقد ، وهذا العنصر المعنوي يمثل عيباً في إرادته ، ويدل على ضعف الإدراك ، والتجاوز للحدود ، والانقياد للميول والأهواء ، وعدم الدقة والاتزان والتعقل في تقدير الأمور ومعرفة الراجح منها ، وهو ما عبر عنه القانون بالطيش البين والهوى الجامح ، والطيش هو الخفة وقلة الاتزان في الأعمال والتصرفات ، ولابد أن يكون بيناً وظاهراً للناس ، ولا يكفي وجود الطيش الخفي والدفين في نفس صاحبه ، والهوى هو الميل النفسي الذي تتغلب فيه العاطفة على الإرادة والعقل في اختيار الأمور، ولا بد أن يكون جامحاً بحيث يدفع صاحبه إلى التصرف بموجبه ، كالشاب الطائش الذي ورث ثروة كبيرة، ويطمع لتحقيق حاجاته بين أيدي المرابين والمستغلين، والرجل المسن الذي يتزوج شابةً ، فتستغل حبه وهواه لابتزاز أمواله في عقود شكلية ، ولا يكفي وجود الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد ، بل لابد أن يكون هذا العنصر دافعاً له فعلاً للتعاقد، ولولاه لما أبرم العقد .

٣ ـ وجود الاستغلال من الغابن :

ولا يكفي توفر العنصر المعنوي في الغبن الاستغلالي ، ولا بد من مؤثر ومحرك ومستغل ، وهو الطرف الثاني في العقد الذي يقوم باستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح لدى صاحبه ويشتري منه المبيع بغبن فاحش ونقص جسيم ، بحيث لاتتعادل الالتزامات بينهما ، أما إذا كان العاقد الثاني لا يعلم بوجود الطيش البين أو الهوى الجامح فلا يؤثر ذلك على العقد ، وكذلك إذا علم بالطيش البين أو الهوى الجامح ولكن لم يحاول الاستفادة منه ، ولم يستغله ،وإنما كان الثمن معادلاً تقريباً أو كاملاً لقيمة المبيع، فلا أثر لمجرد وجود الطيش أو الهوى لدى العاقد الأول .

أما إن استغل المشتري مثلا وجود الطيش البين أو الهوى الجامح لدى البائع ودفع له ثمناً فيه غبن فاحش أو جسيم ، فهنا تنطبق المادة السابقة ، ويتعرض البيع للأثر والجزاء الذي رتبه القانون .

أثر الغبن الاستغلالي :

إذا وقع الغبن الاستغلالي في العقود ، وتوفرت شروطه السابقة فإن القانون منح المغبون الحق في طلب إبطال العقد ، لإزالة الاستغلال الذي لحق به ، ولمنع الالتزامات غير المتعادلة في العقد[1]، ويجب على مدعي الغبن أن يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد خلال سنة من تاريخ إبرام العقد ، ولو استمر وجود الطيش فيه أو الهوى الجامح خلال هذه المدة أو طوال هذه المدة ، فإن انقضت هذه المهلة سقط حقه في طلب إبطال العقد[2] .

ولكن القانون لم يحصر حق المغبون في طلب إبطال العقد ، وإنما منحه طرقا أخرى لحماية حقه، وإعادة التعادل في الالتزامات ، مع المحافظة على بقاء العقد واستمرار أحكامه وآثاره ، وذلك عن طريق إزالة التفاوت الكبير بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الآخر، وذلك بأن يبادر القاضي إلى نقص التزامات المتعاقد المغبون، أو أن يعرض الطرف الثاني مايرفع الغبن أو يقلل من التفاوت الكبير بينهما ، بحيث يقنع القاضي بذلك ، ويتحقق الحد المعقول في التعادل بالالتزامات ، ويترك للقاضي الحرية في اختيار الطريق المناسب ولا يلزم بطلب المغبون بإبطال العقد ، كما لا يلزم بما يعرضه الطرف الثاني من نقص الالتزامات أو زيادة الثمن ، ولكن يرجح غالباً المحافظة على العقد مع إزالة الغبن بانقاص الالتزامات إلى الحد المعقول على المغبون ، أو زيادة التزامات الغابن إلى الحد المعقول[3] .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) يختلف حكم التقادم هنا عن حكم التقادم في بقية عيوب الإرادة الأخرى كالاكراه والتدليس والغلط ، فإن التقادم فيها يبدأ من تاريخ زوال هذا العيب ، وليس من تاريخ ابرام العقد ، أما في الغبن الاستغلالي فيبدأ التقادم من تاريخ ابرام العقد ، ولذلك تسمى بمدة السقوط .

(٣) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/٢١٤ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/١١٩ ، عقد البيع ، جراح ص ١٢٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢١٨ .

الغبن الاستغلالي في الفقه الإسلامي :

يتفق القانون المدني السوري مع الفقه الإسلامي في عدم اعتبار الغبن المجرد في العقد عند جمهور الفقهاء إلا في حالات استثنائية كالغبن في حق القاصر أو الغبن في حق الوقف أو الغبن في حق بيت المال ، وأنه لابد أن يكون الغبن في هذه الحالات فاحشاً ، أما التغابن اليسير الذي تختلف فيه الأنظار ويدخل تحت تقويم المقومين ولا تخلو منه المعاملات فلا يضر[1] ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٥٦ ، وهي :

« إذا وجد غبن فاحش ، ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لايصح البيع ، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم »[2] .

أما إذا اقترن بالغبن الفاحش تغرير فيحق للمغبون إبطال العقد لدفع الضرر عنه ، والتغرير هو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لحمل الطرف الثاني على إبرام العقد ، ويقع التغرير القولي في الأسعار ، كالتناجش عند الأئمة الثلاثة خلافاً للحنفية ، وتلقي الركبان ، ويقع التغرير الفعلي في الأوصاف كحبس ماء الطاحون واللعب بعداد السيارة اليوم ، وتصرية الإبل والغنم ، وقرر جمهور الفقهاء أن التغرير الفعلي في الوصف يمنح صاحبه حق الخيار في إبطال العقد ولو لم يصحبه غبن في الثمن ، لأن الغبن هذا وقع في الوصف المقصود من العقد[3] .

ويرى الحنابلة أنه يكفي الغبن المجرد عن التغرير في بعض الحالات لاعتبار

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/٢٠٩ ؛ مرآة المجلة ١/١٧١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٥٣١ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ ، الروضة ٣/٤٧٠ ، بلغة السالك ٢/٦٣ .

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام ١/٣٧٠ ، ٣٧٢ وما بعدها ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٥٧ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٣٠ ، المغني ٤/١٥٩ ، ١٦٤ ، الروضة ٣/٤١٣ ، ٤١٤ ، المهذب ١/٢٩٩ .

العقد غير لازم ، ومنح المغبون الخيار والحق في إبطال العقد ، منهـا حالـة الشخص المسترسل وهو الذي يستسلم للمتعاقد الآخر ، مع جهله بالسعر، فإن غبنه فله الخيار في إبطال العقد ، وهو رأي المالكية أيضاً ، ومنها تلقى الركبان بأن يخرج شخص إلى ضاحية البلد ليتلقى القادمين بالبضاعة من البوادي والقرى ، فيشتري منهم مامعهم[1].

ولكني أرى أن أن تلقي الركبان بحد ذاته تغرير، بدليل مبادرة صاحبه إلى خارج البلد ، فإن اقترن بذلك غبن في السعر ، فيكون غبناً مع التغرير .

كما أرى أن هذه الصور لمجرد التمثيل ، وأنه يمكن القياس عليها ويمنح المغبون الحق في إبطال العقد متى اقترن التغرير مع الغبن، ولذلك قاس المالكية التناجش من المشتري، وهو التواطؤ مع زملائه بمنع الزيـادة في الثمن أثناء المزاد العلني ، علـى التناجش من البائع ، وأنه يحق للمغبون إبطال العقد في الحالتين[2] .

وفصلت مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران أحكام الغبـن والتغرير ، وأن التصرف بالمبيع بعـد الاطلاع عـلى الغبن الفاحش يسقط الحق في الفسخ ، وكذلك إذا هلك المبيـع أو استهلك أو تعيب عند المشتري فيسقط حقـه في الفسخ ، وإذا مات المغبون بغبن فاحش مع التغرير فيسقط حق الفسخ ولا ينتقل للوارث عنـد الحنفيـة[3] .

وجاء القانون المدني الأردني وأقر أحكام الغبن من الفقه الإسلامي ، وعرف الغبن الفاحش في العقار وغيره بأنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين (المادة ١٤٦) واعتبر أن الغبن الفاحش المجـرد عن التغرير لا يفسخ العقـد إلا في مال المحجور

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ١/٣٨٢، المغني، لابن قدامة ٣/٤٩٧، ١٦٠/٤، ١٦٤، ١٦٦ ، كشاف القناع ٣/١٩٩ ، ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٤ ، بلغة السالك ٢/٦٣ .

(٢) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٣٧٢ .

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية المواد ٣٥٨ ـ ٣٦٠ ، مرشـد الحيران ، المـواد ٥٣٢ ـ ٥٣٤ .

ومال الوقف وأموال الدولة ، (المادة ١٤٩) وإذا حصل الغبن الفاحش مع التغرير فيحق للمغرر به أن يفسخ العقد ، وكذلك إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين ، وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد (المادتان ١٤٥ ، ١٤٨)، كما اعتبر مجرد السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (المادة ١٤٤) .

واستثنى القانون المدني الأردني حالة واحدة باعتبار الغبن ولو كان يسيراً، وهي إذا وقع الغبن في مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت ، وكان دينهما مستغرقاً لمالهما ، ويقع العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل (المادة ١٤٧) .

وبين القانون الأردني أن حق الفسخ بسبب التغرير والغبن الفاحش يسقط بموت من له الحق بالفسخ ، وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة ، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته (المادة ١٥٠) [1] .

وإن بقي لنا من كلمة في ختام الكلام عن الغبن الاستغلالي فإننا نرى الاتفاق الكامل بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في القواعد العامة والمبادىء الرئيسية في الغبن والاستغلال والتغرير ، مع اختلاف في بعض الجزئيات والتفصيلات ، التي يعود تقديرها للقاضي ، مع ملاحظة أن دائرة الفقه الإسلامي في الغبن الاستغلالي أوسع منها في القانون المدني ، وأن الفقهاء ذكروا حالات أعم وأشمل مما ذكره القانون .

الحالة الثانية : الغبن في بيع عقار القاصر :

هذه حالة خاصة تدخل فيها القانون لحكمة خاصة وشروط معينة وأثر محدد .

أولا : حكمة تدخل المشرع في حالة الغبن :

قلنا إن التشريع في الشريعة والقانون لا يمنع الغبن في الثمن إذا كان مجردا

---

(١) انظر تفصيل هذه المواد مع مستندها ومراجعها في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/١٣٩ ومابعدها .

عن الاستغلال والتغرير ، لأن هدف التشريع إقامة التوازن القانوني بين الأطراف ، بأن يكون كل منهم متمتعاً بالأهلية الكاملة لممارسة التصرفات، ولا يسعى لإقامة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ، لأن توفر التوازن القانوني ووجود الأهلية الكاملة كافيان لحمل المتعاقدين للسعي وراء المصلحة الشخصية لكل منهم ، لأن البواعث الفطرية عند الإنسان تدفعه لتحقيق أسمى المنافع الذاتية ، بجلب النفع له ودفع الضرر والخسارة عنه .

أما إذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية فهنا يتدخل التشريع ، وتقف الشريعة والقانون لحماية ناقص الأهلية ، لتحقيق التوازن القانوني بينه وبين المتعاقد معه ، ولتأمين مصالح ناقص الأهلية بأكبر قدر ممكن ، ودفع الضرر اللاحق به بقدر المستطاع ، ولذلك تدخل القانون والفقه الإسلامي لحماية القاصر ، ومنع الغبن الفاحش عنه في تصرفاته والمعاملات المتعلقة به ، لأنه يمثل الجانب الضعيف في التعامل، وهذا يستدعي الوقوف معه ، وتقوية جانبه .

وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في هذه النظرة العامة في الغبن ، واتفقا في حماية القاصر ، ومنع الغبن الفاحش عنه ، ولكنهما اختلفا في محيط الدائرة التي يستحق القاصر فيها الحماية والتدخل ومنع الغبن عنه ، فتوسعت الشريعة الإسلامية في ذلك لاعتبارات مالية وأخلاقية واجتماعية ودينية ، بينما ضيق القانون من إطار تدخله ، وحصر حماية القاصر في حالة واحدة ، وهي الغبن في بيع عقار القاصر ، وسوف نعرض النصوص القانونية لبيان حكم القانون ، ثم نقارنه بأحكام الفقه الإسلامي في ذلك.

ثانياً : النص القانوني لمنع الغبن في بيع عقار القاصر :

نصت المادة ٣٩٣ من القانون المدني السوري على ما يلي :

« ١ ــ إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

٢ ــ ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يُقوَّمَ العقار بحسب قيمته وقت البيع »، وذكرت المادة ٣٩٤ مدة التقادم للدعوى ، وأن هذا الحق لا يلحق ضرراً بالغير حسن النية ، ثم ذكرت المادة ٣٩٥ عدم جواز الطعن بالغبن إذا تم البيع بالمزاد العلني [1] .

ومن دراسة هذه المواد وتحليل نصوصها نستخلص شروط الغبن في بيع عقار القاصر وبيان الأثر الذي رتبه القانون على وجود الغبن في بيع عقار القاصر، وهو الطعن في العقد ، واعتباره قابلا للفسخ .

ثالثا : شروط الغبن في بيع عقار القاصر :

يشترط في اعتبار الغبن في بيع عقار القاصر ، وقبوله للطعن فيه ، أربعة شروط ، وهي :

١ ــ أن يكون المبيع مملوكا لناقص الأهلية :

يشترط أن يكون المبيع مملوكا لناقص الأهلية ، ويشمل نقص الأهلية حالة النقص بسبب السن كالصغير ، أو نقص الأهلية للإصابة بمرض عقلي كالمجنون والمعتوه ، كما يشمل نقص الأهلية المحجور عليه لغفلة أو سفه .

والمراد بالأهلية هنا أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان لممارسة التصرفات الصحيحة منه ، وتبدأ هذه الأهلية ناقصة بالتمييز ، وتكمل بالبلوغ عاقلا لسن الثامنة عشرة، ولا عبرة هنا لأهلية الوجوب التي تثبت للإنسان كاملة منذ ولادته ،

---

(١) يقابلها المواد ٤٢٥ ــ ٤٢٧ من القانون المصري ، والمواد ٤١٤ ــ ٤١٦ من القانون الليبي ، والمادتان ٢١٣ ــ ٢١٤ من التقنين اللبناني مع فارق بعدم تحديد الغبن بالخمس ومزجه بين الغبن والاستغلال ، وقصر الغبن على القاصر ، وليس على ناقص الأهلية ، وأن الجزاء إبطال العقد لا تكملة الثمن ، ويقابلها المادة ١٢٤ من القانون العراقي مع فارق عن السوري بأن الجزاء في العراقي هو بطلان العقد أصلا .

واقتصر النص القانوني على منع الغبن في المبيع المملوك لناقص الأهليـة ، فيشمل المبيع المملوك لفاقد الأهلية بالأولى .

ويمنع الغبن في هذه الحالة سواء باشر البيعَ ناقصُ الأهلية نفسه كالصغير المميز والمعتوه والسفيه[1] ، أم باشره عنه نائبه القانوني أو ممثله الشرعي كالولـي والوصي والقيم .

لكن إن باشر ناقصُ الأهلية بيع عقاره ، فإن هذا العقد يتعرض للطعن بالإبطال بسبب نقص الأهلية ، ولو لم يكن فيه غبنا فاحشا ، إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو القيم أو أجازه ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته ، وإن كان فيـه غبـن فاحش فإنه يقبـل الطعن بالإبطال لنقص الأهليـة ، ويقبل الطعن بسبب الغبن ، فإن تمت إجازة العقـد ممن تصح إجازته بقي معرضاً للطعن بسبب الغبن .

ولا تشمل هذه المادة ناقص الأهلية المحجور عليه لعقوبة جنائية ، ولا مـن أقيم له مساعد قضائي لعاهة ، ولا المحجور عليه للغيبة [2] .

ولا ينطبق منع الغبن الفاحش للقاصر إلا إذا كان بائعا لعقاره ، لأن القانـون اعتبره مضطراً للحصول على المال ببيع عقاره ، أما في حالة الشراء ، فإن المشتري يتوفر لديه المال الكافي ، ويسعى لتملك أعيان أخرى ، فلم يعتبره القانون بحاجة

---

(١) إذا كان مالك العقار فاقد أهلية الأداء فلا ينعقد منه البيع أصلا ، ويكون بيعه باطلا لفقد الأهلية ، كما لا ينعقد بيع وليه أو وصيه أصلا إلا بإذن المحكمة ، لكنه ينعقد بيع عقار فاقد الأهلية من الوصي إذا أذنت له المحكمة بذلك ، كما ينعقد بيـع عقار فاقد الأهلية من الولي في الحدود التي لا يشترط فيها إذن المحكمة ، فإن وقـع غبن فاحش في هاتين الحالتين فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ السابقة .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩١/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٥ ، عقـد البيع ، عامـر ص ٧٤ ، العقـود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٢ ، العقـود المسماة ، الذنون ص ١٠٥ .

إلى نفس الحماية ، فلو اشترى ناقص الأهلية عقاراً بغبن فاحش في الثمن فلا يحق له أن يطلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد.

أما الفقه الإسلامي فقد شمل بحمايته ناقص الأهلية بشكل كامل سواء كان بائعاً أو مشترياً ، لأن نقص الأهلية بحد ذاته يعتبر ضعفاً في الشخص ، ويستحق صاحبه الحماية ، كما يستحق من التشريع عامة ، ومن جميع الناس ، رعاية شؤونه، والوقوف إلى جانبه ، وتحقيق مصالحه المالية وغيرها ، ولذلك اهتم الفقه الإسلامي برعاية ناقص الأهلية من جميع النواحي المالية والاجتماعية والانسانية والتربوية حتى يأخذ بيده للتي هي أقوم ، كما يمنع الفقه الإسلامي الغبن الفاحش عامة في البيع والشراء في مال الوقف وأموال بيت المال [1] .

٢ ـ أن يكون المبيع عقاراً :

اقتصر القانون على منع الغبن الفاحش لناقص الأهلية في بيع العقار فقط، أما إذا كان المبيع منقولا لناقص الأهلية فلا يمنع القانون الغبن الفاحش فيه ، ولا يتعرض العقد فيه للطعن ، ولو كانت قيمة المنقول أكثر من العقار بكثير.

ويستوي في الحكم أن يتم بيع كامل العقار أو بيع جزء منه أو بيع أي حق عيني عقاري آخر كالارتفاق وحق الانتفاع بدار .

وإذا وقع البيع على عقار ومنقول في صفقة واحدة بثمن واحد، فإن أمكن التجزئة بينهما جزىء العقد وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن في العقار فقط ، وإن لم يمكن الفصل بينهما جاز الطعن في البيع كله ، ولا يحسب بالغبن إلا قيمة العقار وحده بالنسبة إلى حصته من الثمن [2] .

ويرجع سبب التفرقة بين العقار والمنقول إلى الأزمان القديمة التي كانت تعتبر

---

(١) انظر : العقود المسماة، الزرقا ص ١١٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٣.

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٣/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٧ .

أن العقارات تمثل العنصر المهم في الثروة ، دون المنقولات التي تقل قيمتها عن ذلك بكثير ، كما يرجع سبب التفرقة في القانون إلى التقاليد الموروثة عن القانون الروماني الذي يعتبر ملكية العقار معيارا للثراء ، وفي وقتنا الحاضر فاقت قيمة بعض المنقولات على العقار ، وأصبحت أغلى ثمنا ، وأكثر ريعا وإيرادا كالأسهم والسندات والسيارات والطائرات والبواخر والعوامات والآلات الميكانيكية ، وهذا يكشف النقص في القانون ، مما دعا الكثيرين من رجال القانون إلى المطالبة بالعدول عن هذه التفرقة البالية ، ويطالبون بالمساواة في حكم الغبن بين المنقول والعقار[1] .

ولا يفرق الفقه الإسلامي بين المنقول والعقار ، ويمنع الغبن الفاحش في بيع القاصر ، سواء كان المبيع منقولا أو عقارا ، وبهذا تتحقق العدالة الكاملة ، والحماية الصحيحة لناقص الأهلية[2] .

٣ ـ أن يكون الغبن فاحشاً :

إذا بيع العقار المملوك لناقص الأهلية بنفس القيمة أو بثمن قريب منها ، وكان الغبن يسيرا فلا يطعن بالبيع ، فإن كان الغبن فاحشا أجاز القانون الطعن فيه .

وقد حدد القانون هنا مقدار الغبن الفاحش، وهو أن يزيد عن خمس

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٥ ، الوسيط ، السنهوري ٣٩٢/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٦ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٤ .

(٢) فرق الفقهاء بين المنقول والعقار في بعض الحالات ، مثل أحكام تعيين العقار وتعيين المنقول ، ومثل البدء ببيع منقولات القاصر للنفقة عليه قبل بيع عقاره ، ومثل تفريق الحنفية بين جواز التصرف بالعقار المبيع قبل قبضه، وعدم جوازه في المنقول، وهذا التفريق يرجع للاختلاف بينهما في الطبيعة التي لا تتغير بحسب الزمان والمكان ، ولا بتفاوت القيمة ، وأن المنقول معرض للتلف والهلاك أكثر من العقار ، فالمنقول معرض للأخطار مهما كانت قيمته كالطائرة أو السفينة أو الآلة الميكانيكية التي قد تتلف بلحظة واحدة .

قيمة العقار وقت إبرام العقد ، فإن كان الغبن خمس القيمة أو أقل من خمس القيمة فيعتبر يسيرا ، وإن كان أكثر من الخمس اعتبر فاحشا وجسيما ، وقد تابع القانون المدني المصري، ثم السوري، في ذلك مجلة الأحكام العدلية[1] ، وهذا معيار موضوعي يطبق على جميع الأشخاص والأحوال .

والعبرة في قيمة العقار وقت عقد البيع ، فإن زادت قيمته بعد العقد أو نقصت فلا يؤثر ذلك ، كما أنه لا عبرة لقيمة العقار وقت رفع الدعوى والطعن بالعقد والمطالبة بتكملة الثمن ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ من القانون المدني السوري ، وهذا معيار جيد وسليم ، ويضع حداً لاضطراب الأسعار وتفاوتها واختلاف قيمة العقارات هبوطاً وصعوداً من وقت إلى آخر ، ويمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في ذلك عند الحاجة [2] .

واشتراط الغبن الفاحش وتحديده بالخمس يعودان إلى الأصل الشرعي في الفقه الإسلامي ، وقدر الفقهاء قديما الغبن الفاحش بأنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، وهو ما اعتمده القانون المدني الأردني (المادة ١٤٦)، ولكن الفقهاء المتأخرين حددوا هذا المقدار في العقارات بأنه الخمس ، وهو ما نصت عليه المجلة (المادة ١٦٥) وتبناه القانون المدني المصري ثم السوري ، مع فارق طفيف ، وهو

---

(١) المادة ١٦٥ من مجلة الأحكام العدلية .

وحدد القانون الفرنسي الغبن الفاحش بما يزيد عن سبعة أجزاء من اثني عشر جزءً من القيمة الحقيقية للعقار ، وحدده المشروع الفرنسي الإيطالي بما يزيد عن النصف ، لكن القانونين أثبتا حق الإبطال في بيع العقارات عامة سواء كانت لناقص الأهلية أم لكامل الأهلية ، ولا يقتصر فيهما على مجرد طلب تكملة الثمن كما هو الشأن في القانونين المصري والسوري .

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٧).

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص١١٣ ، الوسيط ، السنهوري ٣٩٧/٤، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٣ ، العقود الشائعة حكيم ص ١٥٦ ، عقد البيع، الجراح ص ١١٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٧ .

أن الخمس غبن فاحش في الفقه ، ولكنه لا يعتبر كذلك في القانون ، وإنما يبدأ الغبن الفاحش فيه بما يزيد عن الخمس .

وقال المالكية يحدد الغبن بالثلث فأكثر ، وقيل لا حد له ، وإنما يرجع فيه للعوائد ، ويثبت الخيار كذلك للمغبون كالمسترسل والمستسلم[1] .

٤ ـ ألا يكون البيع قد تم في مزاد علني :

نصت المادة ٣٩٥ من القانون المدني السوري على أنه « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم وفقاً للقانون بطريق المزاد العلني » .

ولذلك يشترط في الطعن بالغبن في بيع عقار القاصر ألا يكون قد تم بطريق المزاد العلني ، وفقاً لأحكام القانون ، لأن القانون اعتبر أن البيع بالمزاد العلني يحقق أفضل وسيلة للبيع بأعلى ثمن ممكن وقت البيع ، لما يرافقه من إجراءات بموجب قانون أصول المحاكمات من النشر والاعلان وإعطاء حق المزاودة على الثمن لكل شخص يرغب بالمبيع ، وهذا يوفر الظروف الملائمة للثمن المناسب ، مما يمنع احتمال جهل البائع بالثمن ، أو عدم إلمامه بالتعامل ، أو تفريط الولي أو الوصي أو القيم وتقصيرهم في حق ناقص الأهلية ، أو التحايل في البيع ، أو سوء التصرف من نفس ناقص الأهلية ، ويعتبر الثمن الذي رسا عليه المزاد هو أحسن الأثمان ، ولا يوجد شخص آخر ـ غالبا ـ يشتري العقار بأكثر من هذا الثمن ، ولذلك فلا محل للطعن في المبيع بالغبن ، ولو وقع فيه الغبن فعلا ، ولو كان هذا الغبن يزيد عن خمس قيمة المبيع في الواقع .

ويهدف القانون من ذلك حماية المشتري في المزاد العلني من التعرض للطعن

---

(١) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٩٤ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٢ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/١٤٠ .

في شرائه ودعوى تكملة الثمن بسبب ادعاء الغبن ، مما يدفعه للإحجام عن الدخول في المزاد ، ويعطل الإجراءات القانونية التي يلجأ إليها القانون والقضاء لبيع أموال المدين بيعاً جبرياً لدى دائرة التنفيذ أو الدوائر المالية ، وبيع المال الشائع الذي يصعب قسمته عينا ، والبيع الإداري الجاري بالمزاد العلني[1] .

ولكن الواقع في الحياة العملية يثبت عكس ما قصده القانون ، وأن وسيلة الإعلان والإجراءات المعقدة في المزاد العلني جعلته محصوراً على بعض الناس، ويقتصر عملياً على عدد ضئيل منهم اتخذوا هذا الأمر مهنة وحرفة ، مع الاحتكار والتواطؤ فيما بينهم على تقدير الأسعار ، مما يقلب الهدف إلى عكسه ، وبالتالي تضيع الحماية التي وضعها القانون لمنع الغبن في بيع عقار القاصر ، مما يستدعي إلغاء هذا الشرط [2] .

ولذلك لم يشترط الفقهاء المسلمون هذا الشرط ، وبقيت الحماية الشرعية والقضائية تظلل القاصرين وناقصي الأهلية من الغبن الفاحش في بيوعهم وشرائهم .

رابعاً : الأثر المترتب على وقوع الغبن في بيع عقار القاصر :

إذا تمّ بيع عقار القاصر بغبن يزيد عن خمس قيمته فإن ذلك يكون سبباً للطعن بالبيع ، وذلك للمطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة ، ولا يعتبر هذا الغبن سبباً من أسباب إبطال العقد ، وإنما قصر القانون حق البائع بتكملة الثمن[3] ، ويلزم المشتري في هذه الحالة بدفع الزيادة والتزامه بالبيع وآثاره

---

(١) انظر :الوسيط ، السنهوري ٣٩٣/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٤، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٩، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٥ ، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص١٥٧ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٦ .

(٢) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٠ .

(٣) خلافا للقانون المدني الفرنسي الذي منح البائع مباشرة حق طلب إبطال =

الأخرى ، ولم يترك القانون للمشترين خياراً بقبول الزيادة أو فسخ العقد ورفضه، وهذا حجر على إرادة المشتري ، لأنه لم يقدم على شراء هذا العقار إلا بالثمن الذي وافق عليه سابقاً ، بحيث لو عرض عليه بالثمن مع الزيادة لما وافق على الشـراء ، وقد لا تتوفـر لديه الامكانيات على تسديد الزيادة ، وإذا لم يسدد المشتري الزيادة يحق للبائع التنفيذ الجبري على أموال المشتري لاستيفاء الزيادة .

لكن يحق للبائع فقط أن يطلب فسخ البيـع عند عدم تسديد المشتري لفارق الثمـن ، مع مطالبته بالتعويض لعدم الوفاء بالتزاماته ، ويعود المتعاقدان عندئـذ إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقـد ، بأن يسترد البائع عقاره مع ايراده ، ويسترد المشتري الثمن مع فوائده القانونية .

ويشترط في حق البائع بالمطالبة بتكملة الثمن أو فسخ البيع أن يتم خـلال ثلاث سنوات من وقت توافـر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار، وانتقال هذا الحق إلى ورثته ، ولا يتوقف هذا التقادم ولو كان بين الورثة قاصر ، فإن لم يمارس البائـع أو خلفه هذا الحق خلال هذه المدة سقط حقهم بالادعاء[٢] .

وبما أن هذا الوقت قد يطول لأنه سيبدأ من اليوم الذي سيزول فيه سبب نقص الأهلية أو الوفاة ، فقد قصره القانون على نفس المتعاقد الذي اشترى عقـار القاصر بغبن فاحش ، وألزمـه بتحمل بقاء العقد على خطـر الزيادة في الثمـن أو الفسخ والزوال ، أما إذا انتقل العقار لشخص ثالث انتقالا كاملا ، كنقل الملكيـة

=
البيع ، ما لم يعرض المشتري رد المبيـع إلى البائع واسترداد الثمن أو تكملة الثمن إلى الحد الأدنى للغبن كما سبق .

(انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣).

(١) المواد ١٥٨ ــ ١٦٢ من القانون المدني السوري .

(٢) نصت المادة ١/٣٩٤ مـن القانون المدني السوري على أنه : « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيـع » .

بالشراء أو الهبة ، أو اكتسب عليه حقاً عينياً كالرهن ، بشرط أن يكون حسن النية ، فلا يستطيع البائع أن يفسخ العقد ويسترد المبيع ، لأن ذلك يلحق به ضرراً .

وحسن النية هو أن يكون الغير لا يعلم بالغبن اللاحق بالبائع الأول ، أما إن كان يعلم ذلك ، فلا يمنع حقه في المبيع من تنفيذ الفسخ عليه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٩٤ من القانون المدني السوري : « ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع » .

ويرفع دعوى الغبن الفاحش صاحب العقار المبيع بعد بلوغه سن الرشد وإجازته للعقد إذا كان هو الذي باشره ، فإن مات قبل البلوغ ، أو مات بعد البلوغ وقبل تقادم دعوى الغبن فإن الدعوى يرفعها ورثته من بعده ، كما يحق للولي أو القيم أو الوصي أن يرفع هذه الدعوى نيابة عن ناقص الأهلية مادام قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره الولي بعد إذن المحكمة [1] .

أما الفقه الإسلامي فإنه يختلف عن القانون في الأثر الذي رتبه على وقوع الغبن الفاحش في بيع القاصر وشرائه ، في العقار والمنقول ، فقد اعتبر الفقهاء وجود الغبن الفاحش سبباً في إبطال العقد ، ومنحوا القاصر المغبون ـ بنفسه بعد بلوغه أو عن طريق نائبه الشرعي ـ أن يطلب فسخ العقد أو مطالبة المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة ، كما منحوا المشتري الخيار بين تكملة الثمن لرفع الغبن عن القاصر أو فسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه [2] .

وفي هذا تحقيق للعدالة بين البائع والمشتري ، واحترام لإرادة المشتري ،

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٦ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٨٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٨ ، مرآة المجلة ٩٨/١ وما بعدها.

وتقدير لظروفه وأحواله التي يقرر على أساسها إبقاء البيع مع دفع الزيادة أو فسخ العقد ، كما أن فيه رحمة وتوسعة للقاصر بمنحه حق الفسخ ، وعدم قصر حقه على المطالبة بتكملة الثمن .

خامساً: مقارنة بين الغبن الاستغلالي والغبن في بيع عقار قاصر:

يظهر من الدراسة السابقة أن الغبن الاستغلالي يختلف عن الغبن في بيع عقار القاصر من عدة نقاط ، وهي :

١ ـ مقدار الغبن :

لم يحدد القانون مقدار الغبن في الغبن الاستغلالي ، وإنما اكتفى فيه بمبدأ عام وهو عدم التناسب والتعادل البتة بين الالتزامات في العقد ، وترك تقدير ذلك للقاضي بحسب الظروف والأشخاص والأحوال .

أما الغبن في بيع عقار القاصر فقد حدد بدقة بما يزيد عن خمس قيمة العقار وقت العقد ، فمتى عرفت قيمة العقار وقت العقد ، وقورنت مع الثمن المتفق عليه تحقق القاضي حتماً من وجود الغبن أو عدمه ، دون اعتبار نهائي للأشخاص أو الظروف .

فيشترط في الحالتين وجود الغبن الفاحش ، والنقص الجسيم في الثمن ، لكنه في الحالة الأولى يقدره القاضي ، وفي الحالة الثانية قدره القانون بالنص .

٢ ـ وجود الاستغلال وعدمه :

يشترط في الغبن الاستغلالي وجود الاستغلال من أحد المتعاقدين للهوى الجامح أو الطيش البين عند المتعاقد الآخر ، فلو كانت القدرات العقلية والملكات الشخصية متوفرة في الشخص فلا مجال للطعن بالعقد ولو وجد فيه غبن فاحش، ولو وجد الطيش البين أو الهوى الجامح عند الشخص ولم يعلم به الطرف الثاني ، أو علم به ولم يستغله في إبرام العقد بالثمن البخس فلا مجال للطعن بالعقد

أيضاً ، حتى ولو وجد الغبن الجسيم في العقد .

أما الغبن في بيع عقار القاصر فلا يشترط فيه نهائياً وجود الاستغلال من طرف لآخر ، ويثبت حكم الغبن في بيع عقار القاصر ، ولو لم يتم فيه الاستغلال لهوى ناقص الأهلية أو طيشه البين .

فالمعيار موضوعي في غبن القاصر ،ولكنه شخصي في الغبن الاستغلالي [1] .

٣ ـ محل الغبن :

يقع الغبن الاستغلالي في مختلف العقود ، ولا ينحصر في البيع أو المعاوضات مثلا ، ولذلك نص القانون عليه في نظرية الالتزام العامة ، واعتبره من عيوب الإرادة في انعقاد العقد .

أما الغبن على القاصر فمحصور في البيع خاصة ، وفي عقار القاصر على شكل أخص ، ولذلك لا يشمل شراء القاصر ، ولا يشمل العقود الاحتمالية التي تحتمل الكسب والخسارة ، كبيع حصة القاصر من العقارات الموروثة له قبل أن تعرف نسبة الديون التي عليها ، وكذا بيع عقار القاصر بمقابل إيراد مرتب لمدى الحياة للبائع [2] .

٤ ـ الجزاء :

اعتبر القانون الغبن الاستغلالي عيباً من عيوب الرضا ، وجعله سبباً لإبطال العقد من قبل المغبون .

أما الغبن في بيع عقار القاصر فقد رتب القانون عليه منح البائع أو خلفه حق المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع وقت العقد ، ولم يمنح البائع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٧/٤ ، العقود المسماة ،الزرقا ص ١١٦ .
(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٠ .

حق طلب إبطال البيـــع ، لكن إن لم يدفع المشتري الزيادة جاز للبائع طلب فسخ البيع تطبيقاً للقواعد العامة في انحلال العقد[1] .

٥ ـ التقـــادم :

فرق القانون بين الغبن الاستغلالي والغبن في بيع عقار القاصر في مدة التقادم، وفي بدء سريانه .

ففي الغبن الاستغلالي يجب أن ترفـــع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريـــخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، (المادة ١٣٠/٢) .

أما التقادم في الغبن في بيـــع عقار القاصر فمدته ثلاث سنوات ، وتبدأ مـــن وقت توفر الأهلية لناقص الأهلية ، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع، (المادة ٣٩٤/ ١) .

وإلى هنا ننتهي من الحديث عن الغبن في الثمن ، كما ننتهي مـــن الكلام عـــن الثمـــن بشكل عام ، ونكون قد انتهينـــا من دراسة أركان البيـــع وهي الرضا في البيـــع ، والمبيـــع ، والثمـــن ، وننتقل لبحث آثار البيع في الفصل القادم .

* * *

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٦ .

الفصل الثالث

آثـار البيـع

ينتج عن العقود عامـة آثار تترتب عليها ، ومن هذه العقود البيـع ، فإنـه ينتج عنه عـدة آثار تترتب على انعقاده وتوفر شروطه ، وبما أن عقـد البيع من عقـود المعاوضة ، وأنه عقد ملزم للجانبـين ، فإن آثاره تتوزع بين المتعاقديـن : البائع والمشتري ، وتعرف هذه الآثار في القانون بالالتزامات ، ولذلك تنشأ عـن البيـع عدة التزامات متقابلة ، ويقـع بعض هذه الالتزامات على البائع ، كما يقع بعضها الآخر على المشتري •

وبما أن الالتزامات في عقد البيع متقابلة ، فإن امتنع أحد المتبايعين عن تنفيذ التزاماته ، أو أحدها ، فإنه يجـوز للطرف الثاني أن يقـوم بإجراءات محددة وفقاً للقواعد العامـة في نظريـة الالتزام ، فيجوز فسخ العقـد ، أو حبس المبيـع أو حبس الثمـن مع المطالبة بالتعويض ، وقد ينشـأ لأحدهما امتياز معين يكفل له الحصول على حقه المقابل للالتزام الذي نفذه •

وسوف نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين ، ندرس في أحدهما التزامات البائع وما يتعلق بها من أحكام في القانون والفقـه ، ونبحث في الثانـي التزامات المشتري ، وما يترتب عليها من نتائج في القانون والفقه •

المبحث الأول

التزامات البائع

بحث القانون المدني السوري التزامات البائع بشكل مستقل ، وتحت هذا العنوان ، في عدة مواد (٣٩٦ ـ ٤٢٣) ، وتترتب هذه الالتزامات على البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى نص عليها في العقد ، أو اتفاق خاص بين المتبايعين ، وتتحدد هذه الالتزامات بأربعة أمور رئيسية وهي :

١ ـ الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري .

٢ ـ الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري .

٣ ـ الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق .

٤ ـ الالتزام بضمان العيوب الخفية [١] .

وسوف ندرس كل التزام بشكل مستقل ، ونخصصه في فرع خاص .

---

(١) ذهب قانون الموجبات اللبناني إلى النص على انتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم ذكر بعده سائر التزامات البائع ، وكذلك فعل القانون المدني الأردني ، كما أن قانون الموجبات اللبناني قسم التزامات البائع قسمين: الالتزام بالتسليم، والالتزام بالضمان ، وجمع بين ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ـ على غرار القانون الفرنسي ـ تحت عبارة ضمان البيع ، ولذلك سار بعض شراح القانون على هذا المنهج في شرح التزامات البائع .

(انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٤٠٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٢٥ وما بعدها) .

الفــرع الأول

نقــل الملكيــة

تنتقل ملكية المبيــع إلى المشتري في عقــد البيع باتفاق البشر جميعاً ، سواء قلنا إنه ينتقل تلقائياً بمجرد العقد أم اعتبرناه التزاماً على البائع [1] ، لأن نقل الملكية في البيــع عنصر جوهري فيه ، وهو الغاية والهدف من البيــع ، بل هو الباعث على إيجاده وتشريعه ، ولا يمكن أن نتصور وجود بيــع لا يؤدي إلى نقــل الملكية في الحال أو المآل ، وإن العقد الذي لا تنتقل فيه ملكية المبيــع ، أو ملكية الحق المالي لآخر ، فإنه لا يعتبر بيعاً في التكييف القانوني والشرعي للعقــد ، ولو سمي كذلك بين الطرفين .

وقد نظم القانون المدني السوري نقل الملكية في عدة مواضع ، فتحدث عــن نقل الملكية في العقود عامــة ، في باب الالتزامات عند الكلام عن أثر الالتزام بنقل الملكية[2] ، ثم تحدث عن نقل الملكية في عقد البيع خاصة[3] ، ثم بحث نقل الملكية

---

(١) ذكرنا سابقا عند تعريف البيع لمحة عن نقل الملكية ، وانها تعتبر حكما أصليا للبيــع ، وهي موضوع العقد الذي وجد البيــع أصلا من أجله ، وان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع تلقائيا ، ولا يعتبر أثرا للبيع ، كما لا يعتبر التزاما يقوم به البائع، خلافا لتعريف البيــع في القانون المصري والسوري والفرنسي وقوانين البلاد التــي سارت في فلك التشريع الفرنسي مما أثار الانتقاد الشديد لدى رجال القانون ، وطالبوا بتعديل النص القانوني ، كما سبق بيانه .

(٢) المواد ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المواد ٢٠٤ — ٢٠٧ من القانون المدني المصري .

(٣) المادة ٣٩٢ ، والمواد ٣٩٦ —٣٩٨ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المــادة ٤١٨ ، والمواد ٤٢٨ — ٤٣٠ من القانون المدني المصري .

في الباب الخاص بالملكية عند البحث عن العقد كأحد أسباب كسب الملكيـة [1] ، كما تعرض القانون لنقل الملكية عند تنظيم تسجيل الحقـوق العينيـة في السجل العقاري[2] ، بالإضافـة إلى النصوص الواردة في قانـون السجل العقاري رقـم ١٨٨ والقوانين والأنظمة اللاحقة التي تنظم الملكية وما يتعلق بها داخل سورية .

وتقرر جميع النصوص انتقال الملكية بالعقد في الحال متى توفرت الشـروط المطلوبة فيه ، وفرض القانون على البائع القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكيـة إلى المشتري ، وكما فرض عليه التزاماً سلبياً آخر بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلا أو عسيراً [3] ، وقرر القانـون أحيانا توقف نقـل الملكية على بعض القيود والإجراءات ، كما أجاز اتفاق الطرفين على وقف نقل الملكية وتعليقه على أمـر معين كدفـع الثمـن[4] ، وحدد القانون طريقة نقل الملكيـة بحسب كون المبيـع منقـولا أو عقاراً ، وبحسب كـون المبيـع معيناً بذاتـه أو معيناً بنوعـه .

وتسهيلا للبحث ، وتنظيماً للأحكام ، فإننا نبين كيفية انتقال الملكية وشروطها في المنقول المعـين بالذات ، ثم في المنقول المعين بالنوع ، ثم في العقار ، ثم في بعض وسائل النقل ، ثم توقف انتقال الملكية باتفاق الطرفين وتعليقها على وفاء الثمن .

أولا : نقل الملكية في المبيع المنقول المعين بالذات :

المبيع المنقول المعين بالذات هو الذي يتحدد عن طريق بيان خصائصه وصفاته،

---

(١) المادة ٨٩٤ وما بعدها من القانون المدني السوري ، ويقابلها المواد ٩٣٢ ـ ٩٣٤ من القانون المدني المصري .

(٢) المادتان ٨٢٥ ، ٨٢٦ من القانون المدني السوري .

(٣) المادة ٣٩٦ من القانون المدني السوري ، وتقابلهـا المادة ٤٢٨ مـن القانـون المدني المصري .

(٤) المادة ٣٩٨ من القانون المدني السوري ، وتقابلهـا المادة ٤٣٠ من القانـون المدني المصري .

وقد تختلف آحاده وتتفاوت ، ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، ويطلق عليه في الفقه الإسلامي : المال القيمي •

فإذا وقع عقد البيع على مبيع منقول ومعين بالذات فإن الملكية تنتقل فور العقد مباشرة من البائع إلى المشتري ، وهذا ما جاءت به المادة ٢٠٥ من القانون المدني السوري التي تنص على مايلي :

« الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » •

وهذا ماأكدته المادة ٨٩٤ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه :

«تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول بالعقد متى ورد على محل مملوك لواضع اليد طبقاً للمادة ٢٠٥ » •

وهذا هو الأصل العام في نقل الملكية أن تتم في البيع تلقائياً بعد الايجاب والقبول ، لأن نقل الملكية هو موضوع العقد ، والغاية التي وجد البيع أصلاً من أجلها ، ولأن نقل الملكية لايحتاج إلى تنفيذ ، ولا يتوقف على أمر آخر ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على خلافه •

ويشترط في هذه الحالة حتى يتم نقل الملكية تلقائياً في المبيع الشروط التالية :

١ ــ أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد حتى يمكن تصور انتقال الملكية من البائع إلى المشتري ، أما إذا كان المبيع المعين بالذات سيوجد في المستقبل[1]، كمن يشتري من آخر محصول القطن الذي ستنتجه أرضه في العام القادم ، ومن يشتري من مصنع نسيج كمية من القماش بأوصاف معينة ، ولم يبدأ بنسجها بعد ، فإن ملكية المبيع

---

(١) يصح بيع الأشياء التي ستوجد في المستقبل في الفقه الإسلامي ، ويسمى العقد استصناعاً وسلماً وذلك بشروط معينة فصلها الفقهاء في كتبهم •

لاتنتقل إلى المشتري إلا بعد وجود القطن وتمام نسج القماش ، حتى يتحدد المبيع بذاته ، ولا يعتبر الغزل الذي سيصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، ويبقى ملكاً للبائع إلى أن يتم نسجه ، لأن البيع تمَّ على القماش ، وليس على النسيج .

٢ ــ أن يكون المبيع مملوكاً للبائع عند العقد حتى يتم نقل الملكية من البائع إلى المشتري ، وهو ماجاء في المادة السابقة « يملكه الملتزم » فإن لم يكن البائع مالكاً للمبيع عند العقد فلا تنتقل الملكية إلى المشتري ، لأن فاقد الشيء لايعطيه ، ولا يمكن أن تنتقل ملكية المبيع عن مالكه الحقيقي لأنه أجنبي عن البيع ، ولا يسري حكم العقد عليه ، ولذلك اعتبر القانون بيع ملك الغير موقوفاً .

٣ ــ أن يكون المبيع معيناً بالذات ، وهذا شرط طبيعي ومهم ، ولذلك نص عليه القانون صراحة في المادة السابقة ، فإن كان المبيع معيناً بالنوع احتاج إلى الإفراز حتى تنتقل الملكية .

٤ ــ ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على وقت لاحق أو على عمل معين ، فإن علق القانون أو الاتفاق نقل الملكية على أمر آخر فلا تنتقل الملكية إلا بعد حصول ذلك الأمر ، مثال ذلك أن القانون علق نقل ملكية العقار على التسجيل ، فالعقار يتعين بالذات ، ومع ذلك فلا تنتقل ملكية المبيع فيه تلقائياً بالعقد ، ولذلك نصت عليه المادة السابقة ، كما قد يتفق الطرفان على وقف نقل ملكية الشيء المعين بالذات على أداء الثمن كله أو بعضه (المادة ٣٩٨) ، أو بعد وفاء جميع الأقساط أو القيام باجراءات معينة .

فإذا توفرت هذه الشروط في بيع المنقول المعين بالذات فإن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تبادل الايجاب والقبول ، ويكتسب المشتري الشيء المبيع ، ويحق له التصرف به بالبيع والهبة وغيرها ، ويحق له الاستفادة منه كما يشاء للانتفاع به ، كما يحق له استغلاله بالإجارة والإعارة وغيرهما ، ويحق له بمجرد العقد تسلم المبيع جبراً عن البائع إذا رفض تسليمه إياه طوعاً واختياراً ، ما لم يرد اتفاق على خلاف ذلك ، وإذا تمَّ شهر إفلاس البائع قبل تسليم المبيع للمشتري

كان المشتري أحق به ، ويستطيع استرداده من التفليسة .

وإن انتقال الملكية في المبيع المعين بالذات فور العقد لايتوقف على أداء الالتزامات الأخرى في العقد ، إلا إذا ورد اتفاق مخالف ، فلا يتوقف نقل الملكية على أداء الثمن مثلا ، ولا على تسليم المبيع واستلامه[1] .

نقل الملكية في المنقول المبيع جزافاً :

ذكرنا سابقاً تعريف البيع بالجزاف[2] ، وأنه بيع الأشياء المقدرة جملة بلا تقدير وبثمن محدد جملة ، كما لو تم البيع على كمية من السكر جملة بمبلغ من المال جملة .

والأصل في الأشياء التي تباع جملة أنها من المنقولات المعينة بنوعها ، وأنها تباع بوحدة الكيل أو الوزن أو القياس أو العد ولا تنتقل الملكية فيها إلا بالافراز كما سندرسه في الفقرة التالية ، ولكن إذا وقع البيع عليها جزافاً أصبحت كالمبيع المعين بذاته ، ولايحتاج بيعها عندئذ إلى تقدير ، وحتى لو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع ، كما لو باعه هذه السيارة من الفواكه ، بسعر الصندوق منها مائة ليرة فهو بيع بالجزاف عند أكثر العلماء ، وكذلك لو ذكر في البيع جملة مقدار المبيع كما لو باعه هذا الثوب من القماش بمائة ليرة على أنه عشرة أمتار ، فيعتبر البيع جزافا .

وبما أن المبيع في البيع الجزاف يصبح كالمعين بالذات لذلك ألحقه القانون

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٤١٢ ، ٤١٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٦٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٨٤ ، ١٨٨ ،العقود المسماة، البدراوي ص ٢٣٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٢٣ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٣٨، عقد البيع ،عامر ص ١٢١ .

(٢) صفحة ٩٧ من هذا الكتاب .

المدني السوري بالمعين بالذات في نقل الملكية فيه بمجرد العقد وتمام الايجاب والقبول ، ونصت المادة ٣٩٧ منه على ذلك :

« إذا كان المبيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون المبيع جزافا ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع » .

ويشترط في انتقال الملكية في المبيع جزافاً نفس الشروط السابقة في المبيع المعين بالذات ، وتنتقل الملكية فيه تلقائيا بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ولكن المبيع يبقى في ضمان البائع حتى التسليم بحسب قواعد الضمان العامة[1] .

نقل ملكية المبيع في الفقه الإسلامي :

اعتبر الفقه الإسلامي أن الملكية في المبيع هو الحكم الأصلي للبيع ، وأنه الأثر المقصود للعقد ، وأنه ينتج أثره مباشرة بمجرد التعاقد بحكم الشرع ، وأنه الغاية التي وجد لأجلها عقد البيع ، ويتميز بها عن غيره من العقود ، ولذلك فإن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، وعند انتهاء الايجاب والقبول فوراً ، وذلك باتفاق المذاهب[2] .

فمن ذلك ما نص عليه المرحوم قدري باشا فقال : «حكم البيع المنعقد صحيحاً لازماً أن يثبت في الحال ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع ، فينتقل ملك المبيع للمشتري ، ولورثته إن مات قبل قبضه ، سواء كان المبيع منقولا أو عقاراً أو جزءاً

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢١ ، الوسيط ، السنهوري ٤٢٧/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٠٦ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٤٨ ، عقد البيع ، عامر ص ١٢٦ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٤ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١٩٥/١ ، بدائع الصنائع ٣٢٢٣/٧ .

شائعاً من المنقول أو العقار أو حقاً من حقوقه »[1] ، ومن ذلك المادة ٣٦٩ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : « حكم البيع المنعقد يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن » .

وأن ملكية المبيع تنتقل بمجرد العقد سواء كان البيع تقديراً أو جزافاً ، وسواء كان معيناً بنوعه أو بذاته ، وسواء كان منقولا أو عقاراً أو حقاً مالياً آخر .

وجاء القانون المدني الأردني وأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في نقل الملكية ، وصرح في المادة ٤٨٥ على أنه « تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك » ثم ذكر في المادة اللاحقة ٤٨٦ أنه « إذا كان البيع جزافاً انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات » .

ونأخذ على القانون الأردني في هذا الخصوص ملاحظتين :

الأولى : أنه وضع نقل الملكية تحت عنوان التزامات البائع ، ويفهم من ذلك أن نقل الملكية التزام على البائع ، مع أنها الحكم الأصلي المقصود من البيع الذي يثبت شرعاً أو قانوناً كأثر للبيع ، وليس التزاماً على البائع ، ولا يحتاج إلى تنفيذ منه .

الثانية : أنه لا حاجة للنص على بيع الجزاف ، وأن الملكية تنتقل فيه كالشيء المعين بالذات ، لأن القانون الأردني والفقه الإسلامي لم يفرقا في نقل الملكية بين المعين بالذات أو المعين بالنوع ، وإنما تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد عقد البيع في جميع صوره وأشكاله ، ولكن القانون السوري وغيره من القوانين التي ميزت في نقل الملكية بين المبيع المعيَّن بالذات والمبيع المعين بالنوع اضطرت إلى إلحاق بيع الجزاف بالمبيع المعين بالذات ، وهذا مالا داعي له في القانون الأردني .

---

(١) المادة ٣٩٨ من مرشد الحيران ، وانظر المواد ٤٠٢ ـ ٤٠٤ من مرشد الحيران ، والمادتان ٢١٧ ـ ٢١٨ من المجلة في بيع الجزاف ، فتح القدير ٨٨/٥ .

ثانياً : نقل الملكية في المبيع المعين بالنوع :

المبيع المعين بالنوع يكون عادة في المثليات التي تتشابه آحادها وصفاتها ، ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، كالسكر والقمح والقطن والزيت والقماش وغيرها ، ويكون تعيينها ببيان نوعها ومقدارها ، مثل عشرة أرطال من السكر ، وخمسة أمتار من القماش .

فإذا وقع العقد على المعين بالنوع بالتقدير ، لا بالجزاف أو التعيين بالإشارة، فإن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بإفراز القدر المبيع عن غيره ، حتى يتحدد وجوده الخارجي بشكل مستقل ، ، ويتميز بذلك عن غيره ، ويصبح المبيع معيناً بالذات بعد أن كان معيناً بالنوع .

وهذا ما نص عليه القانون المدني صراحة في المادة ٢٠٦ التي تقول :

« ١ ــ إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء »[1] .

ولا بد من التنبيه إلى أن الإفراز غير تسليم المبيع ، لأن الإفراز يقتصر على فصل المقدار المبيع من كمية من نوعه ، ليتميز عن غيره ، ويتحدد بذاته ، وقد يبقى تحت يد البائع ، ويتحمل تبعة هلاكه حتى يقوم بالتسليم ، أما التسليم فهو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، كما سنوضحه في الفرع الثاني .

والإفراز هو الوسيلة الوحيدة التي يستطيع بها البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري ، فيصبح الإفراز التزاماً على البائع ، لأن مالا يتم الواجب إلا

---

(١) وأكد القانون المدني السوري هذا الحكم في المادة ٨٩٥ ، التي تنص على أنه « المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه ، طبقا للمادة ٢٠٦ » ، ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٩٣٣ .

به فهو واجب ، وهو أحد الالتزامات الايجابية التي قررتهـا المادة ٣٩٦، وفرضتها على البائع ليقوم بها لنقل الحق المبيع إلى المشتري[١] .

ويتم الإفراز عن طريق العد أو الوزن أو الكيل أو القياس ، ويجب أن يتـم بطريقة جدية ونهائية ، لأن نقل ملكية المبيع يتوقف عليه ، وقد يكون الإفراز مرافقاً للتسليم ، وقد يسبقه ، وقد يكون التسليم نفسه فرزاً للمبيع ، كما لو كان المبيـع كيساً من السكر في مخزن كبير يحتوي عدداً من الأكياس من نفس النوع والوزن ، فمتى سلمه كيساً فقد تحقق الإفراز والتسليم معاً ، وتقع نفقات الإفراز على البائع، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

فإن امتنع البائع عن إفراز المبيع فيحق للمشتري أن يطالبه بالإفراز والتنفيذ العيني ، فإن امتنع جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقـة البائع بعد أن يستأذن القاضي ، وفي حال الاستعجال بدون إذن القاضي ، كما يجوز للمشتري أن يطالب بقيمة المبيـع ، مع بقاء حقه بطلـب التعويض في الحالتين (المادة ٢/٢٠٦) .

ومتى تم إفراز المبيـع انتقلت ملكية المبيـع إلى المشتري بالنسبة لحقـه مع البائع ، وبالنسبة لسائر الناس [٢] .

أما في الفقه الإسلامي فإن نقل الملكية في المبيع المعين بنوعه لا يتوقف عـلى

---

(١) تنص المادة ٣٩٦ على مايلي :

« يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيـع إلى المشتري ، وان يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا » .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢٠ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٤٢٨، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٧٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٨٦ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٣٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٠٧ ، عقـد البيـع ، عامر ص ١٢٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكـي ص ٢٣٨ ، العقـود المسماة ، الذنون ص ١٢٦ .

فرزه ، وأن الملكية تنتقل بمجرد العقد كالمبيع المعين بذاته ، وأن فائدة الإفراز هو تعيين المبيع بذاته ليمكن تسليمه إلى المشتري ، فالإفراز مقدمة ووسيلة للتسليم ، وليس لنقل الملكية ، لأن نقل الملكية لا يتوقف على الإفراز ، وإن الملكية لا تنحصر في الأشياء المعينة بذاتها ، وإن الشريعة والقانون يقرران وجود الملكية في الأمور غير المعينة بالذات كالديون في الذمة ، وملكية الحصة الشائعة بين الشركاء ، وغيرها، وإن إفراز المبيع يفيد فقط في تعيين ملكية المشتري لهذا الشيء بالذات ، بعد أن ملكه بالعقد ، كالقسمة في المال المشترك فإنها تعين ملكية كل شريك على حدة مع ثبوت ملكيته سابقاً ، والقسمة بذاتها لا تثبت الملكية ، وكذلك استلام الدين وقبضه يحدد ملكية صاحبه على شيء معين بالذات ، لكنه لا يفيد ملكاً جديداً له [1] .

ثالثا : نقل الملكية في بيع العقار :

اهتمت القوانين المعاصرة ، وخاصة في سورية ، بالعقارات ، وأولتها أهمية خاصة ، لما لها من قيمة اقتصادية مهمة في الثروة ، ولما تتمتع به من استقرار في حيز معين ، فيسهل وصفها وتحديدها في قيود خاصة ، لذلك نظم المشرع أحكام العقارات ، ووضع لها سجلاً خاصاً ليسهل الاطلاع عليها ، والتعرف على أوصافها، وتحديد التصرفات الواردة عليها ، منعاً للتلاعب فيها ، أو التغرير في التصرف عليها ، أو ترتيب التزامات وديون باهظة عليها ، ولذلك وضع قانون السجل العقاري اجراءات خاصة وضمانات كثيرة لنقل ملكية العقارات لحماية المتعاقدين من جهة وحماية غيرهما من جهة أخرى ، ومن ذلك أنه يجب على المشتري أن يطلع على صحيفة السجل العقاري للمبيع ليعرف وضعه القانوني والحقوق المترتبة عليه ، ثم أخضع القانون اكتساب الحقوق العينية على العقار أو نقله أو انقضاءه للتسجيل في السجل العقاري حتى يثبت هذا الحق لصاحبه ، وينفرد به ، ويمنع غيره من الاعتداء عليه .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٤٠ .

ومن هنا فقد قرر القانون المدني السوري والقوانين العقارية النافذة في سورية أن الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى لا تكتسب ولا تنتقل بين العاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري ، ونصت المادة ٨٢٥ من القانون المدني السوري على ذلك صراحة فقالت :

« ١ ـ تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري » وبما أن العقار شيء معين بالذات فقد استثناه القانون المدني السوري من قاعدة انتقال الملكية التي تقرر انتقال الملكية بمجرد ابرام العقد في المبيع المعين بالذات في المادة ٢٠٥ ، وقالت : « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

لكن عقد البيع على العقار يفرض التزاماً شخصياً على البائع بالقيام بكل ما يؤدي إلى تسجيل المبيع، وأن المشتري يكتسب بعقد البيع حق تسجيل المبيع في السجل العقاري ، وهذا ما قرره القانون السوري في أسباب كسب الملكية العقارية ، ومنها العقد ، وفي اكتساب وتسجيل الحقوق العينية العقارية[1] .

كما قرر ذلك في التزامات البائع في عقد البيع في المادة ٣٩٦ التي تنص « يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً » .

ويؤخذ من مجموع هذه النصوص أنه إذا تمّ البيع الرضائي بين الطرفين خارج السجل العقاري فإن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وأن المشتري يكتسب بهذا العقد حق التسجيل في السجل العقاري ، فإن امتنع عن ذلك أجبر عن طريق القضاء ، ومتى تمّ تسجيل البيع في السجل العقاري انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ويسري هذا الحكم على المتبايعين وعلى غيرهما في وقت واحد من تاريخ التسجيل ، ولا ينتقل مستنداً بأثر رجعي إلى تاريخ العقد .

ويتفرع عن التزام البائع بنقل الملكية أن يقوم بكل ماهو ضروري لتسجيل

---

(١) المادة ٨٢٦ ، والمادة ٨٩٥ من القانون المدني السوري .

المبيـــع في السجل العقاري بأن يحضر بنفسه إلى مركز السجل ، وأن يقر بالبيـــع الذي تمّ بينه وبين المشتري ، وأن يقدم الصك المحرر إلى أمـــين السجل ، وأن يوقع على الأوراق والمحاضر المطلوبة ، كما يجب عليه أن يمتنع عن كل تصرف يمنع انتقال الملكية أو يعرقل في إجراءات التسجيل ونقل الملكيـــة ، وإن أخلّ البائـــع بالتزامه ، وقصر بالقيام بما هو ضروري لذلك ، أو قام بعمـــل يعرقـــل إجراءات التسجيل ونقل الملكية فتطبق عليه القواعد العامـــة في الالتزامات بأن يكون ملزمـــاً تجاه المشتري بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمشتري بسبب هذا العمل غـــير المشروع (المادة ١٦٤) ، وإن اشترط البائع الاعفاء من هذه المسؤولية ، فيبطـــل شرطه بموجب المادة ٢١٨ من القانون المدني السوري [١] .

وهذا الحكم بنقل ملكية العقار بعـــد تسجيله من الأحكام الجديـــدة التـــي رآها المشرع ، وأن العقد لا يزال رضائياً ، وينعقد بمجرد الايجاب والقبول ، وينتج آثاره ، لكنه لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا بعد التسجيل ، مع إلزام البائـــع بأن يقـــوم بكل ما هو لازم لنقل الملكية إلى المشتري ، وإلزامه بالامتناع عن كل ما يعرقل ذلك ، وإلا تحمل المسؤولية أمام البائع[٢] .

وهذا لا يمانع به الفقه الإسلامي ، ويدخل تحت السياسة الشرعية التي يراها الإمام بالقيام بكل التصرفات التي تحقق مصلحة الناس بجلب المنافـــع لهم ودفـــع الضرر والأذى عنهم ، ولذلك وضعت القاعدة الفقهية المشهورة « تصـــرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة »[٣] ، ولذلك قرر الفقهاء جواز تقييـــد بعض التصرفات

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢٢ ، الوسيط ، السنهوري ٤٣٣/٤ ، ٤٨١ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٦٨ ، العقود الشائعـــة ، حكيـــم ص ١٩٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٧٥ ، ٢٠٤ ، عقد البيع ، عامر ص ١٣٠ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٢٠٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٢٨ .

(٢) انظر : عقد البيع ، عامر ص ١٦٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمـــران ص ٢٠٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤٨٥/٤ .

(٣) المادة ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية .

في العقود للمصلحة كالتسجيل وغيره .

وهذا ما قرره القانون المدني الأردني ، وفقاً للتنظيم الحديث لنظام العقارات وتسجيلها وحفظ وبيان طريقة انتقال الحقوق العينية عليها بحسب السجل العقاري، وجاء النص الأردني كما يلي :

« المادة ١١٤٨ ــ لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به » .

ونصت المذكرة الايضاحية للقانون الأردني أنه « متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد »[1] ، وهذا يتفق مع المنطق التشريعي والعدالة بين الطرفين ، وقد ذهب إليه فريق كبير من شراح القانون ، وطالبوا بنقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ العقد واعتبروه هو القول الحق الذي يتفق مع القواعد القانونية العامة ، وتحمس له كثيراً الدكتور السنهوري ، بينما رفضه معظم شراح القانون لتعارضه مع النصوص القانونية الصريحة بنقل الملكية وقت التسجيل[2] .

رابعا : نقل الملكية في بعض وسائل النقل والحقوق الأدبية :

لم يقتصر استثناء القانون على العقار من المبيع بذاته ، واعتبار نقل ملكية العقار بعد تسجيله في السجل العقاري ، بل استثنى المشرع أيضا بعض وسائل النقل وبعض الحقوق الأدبية والمعنوية .

ذلك أن بعض وسائل النقل، كالسفن والسيارات والطائرات ، أصبحت ذات قيمة مالية ضخمة ، كما يتعلق بها أحكام وحقوق متعددة ، وقد يترتب عليها بعض

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٦٩١ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٤١ ، عقد البيع ، عامر ص ١٨٧ ، العقود المسماة، البدراوي ص ٣١٥، الوسيط، السنهوري ٤/٥١١ وما بعدها، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٠٧ .

القضايا الخطيرة التي تنشأ عن الحوادث فيها ، وتتعلق بالأرواح والأموال .

وإن هذه الوسائل معدة للتنقل بطبيعتها ، ويسهل قيدها في سجل خاص أسوة بالسجل العقاري ليتحدد وصفها وتعيينها ، ويسجل على صفحتها ما يتم عليها من إجراءات وتصرفات وما يفرض عليها من ضرائب وحقوق ، ولذلك أخضع القانون إنشاء الحقوق العينية عليها ونقل هذه الحقوق وانقضائها إلى إجراءات شبيهة بالاجراءات العقارية ، وأن بيع هذه الوسائل يخضع كالعقار إلى التسجيل في سجلها الخاص مع كونها أموالاً منقولة ، فالسفن تسجل في دفتر خاص في المرافىء السورية بحسب قانون التجارة البحرية[1] ، والسيارات والدراجات الآلية والجرارات تخضع لقانون السير، وتسجل في سجلات خاصة لدى الدوائر المختصة في وزارة المواصلات[2]، وكذلك الطائرات تسجل في وزارة المواصلات بمقتضى قانون التجول الجوي والملاحة فوق الأراضي السورية[3] .

وقد قصر القانون أثر تسجيل الطائرات والسيارات والدراجات الآلية والجرارات على الغير ، وأنه لايسري مفعول البيع ولا تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين إلا بعد تسجيلها في السجلات الخاصة ، لكن يسري أثر البيع بين المتعاقدين بمجرد العقد والاتفاق بينهما .

كذلك أخضع القانون انتقال بعض الحقوق الشخصية والأدبية أو الفنية إلى إجراءات خاصة لايكتسب المشتري حقه في المبيع بدونها ، مثل حوالة الحق قبل الغير (المادة ٣٠٥ من المدني السوري) ، وكذلك بيع براءة الاختراع يجب أن تكون خطية ، ويقع البيع باطلاً فيما يتعلق بالأشخاص الآخرين إذا لم يسجل في مكتب الحماية ، أي يكون البيع غير نافذ تجاه الغير ، ومثل ذلك العلامات الفارقة التجارية

---

(١) المواد ٨ ، ٢٠ ، ٢١ ، من قانون التجارة البحرية .

(٢) المواد ٥٤ ، ٥٦ من قانون السير السوري ، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٧١ وتاريخ ١٩٥٣/٩/٢٦ ، والمادة ١٢٣ من قانون السير رقم ١٩ تاريخ ١٩٧٤/٣/٣٠ .

(٣) المادتان ٦ ، ١٣ من قانون التجول الجوي والملاحة .

والصناعية[1] ، كما اشترط قانون التجارة التسجيل لانتقال الأسهم وأسناد الدخل وغيرها[2] .

خامساً : شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع :

استثنى القانون المدني السوري أيضاً من انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد ، ومن انتقال ملكية المعين بالنوع بالإفراز استثنى حالة تعليق انتقال الملكية باتفاق الطرفين على أداء جميع الثمن ، وهو مانصت عليه المادة ٣٩٨ :

« ١ ــ إذا كان البيع مؤجل الأداء جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على أدائه الثمن كله ولو تم تسليم المبيع » .

« ٢ ــ فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه تعويضاً له عن فسخ البيع ، إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٥ » .

« ٣ ــ وإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع » .

« ٤ ــ وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ، ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً » .

والحكمة من هذا النص أن كثيراً من الناس يلجؤون إلى هذا الشرط فيما يبيعونه من أشياء ثمينة لمتوسطي الدخل ، وتسهيلا لهم على اقتنائها ، كالسيارات والبرادات وآلات الخياطة ، ويريد البائع أن يضمن حقه في استيفاء الثمن كاملاً أو استلام جميع الأقساط ، فيشترط بقاء ملكية المبيع له طوال هذه الفترة ، وأنها لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد أداء جميع الثمن أو كامل الأقساط ، حتى ولو تم تسليم

---

(١) المادتان ٣٢ ، ٨١ من قانون حماية الملكية التجارية والصناعية .

(٢) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٠١ وما بعدها .

المبيع إلى المشتري ، وهو الغالب ، ويهدف البائع من هـذا الاشتراط أن يستطيع استرداد المبيع عند الإخلال بدفع الثمن أو أداء الأقساط في مواعيدها، وأن البائع ينفرد بالمبيع دون أن يزاحمه أحد من دائني المشتري ، أو يحجزها عليه لاستيفاء دين ، وقد يسمي الطرفان العقد بينهما بالإجارة، وأن الأقساط المدفوعة تمثل أجرة متوالية كل فترة زمنية .

وإن وفى المشتري جميع الثمن أو جميع الأقساط في مواعيدها المحددة فإن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري مستندة بأثر رجعي إلى وقت البيع ، وتكون ثمرات البيع للمشتري خلال هذه المدة .

أما إذا أخل المشتري بدفع الثمن كله أو بعضه ، أو تأخر عن دفع أحد الأقساط أو أكثر ، فيحق للبائع أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزامه بعد إعذاره بذلك ، بحسب القواعد العامة في نظرية الالتزام[1] ، كما يحق للبائع أن يطلب اعتبار العقد مفسوخاً حكماً لعدم وفاء المشتري بالثمن ، وذلك طبقاً للمادة ٣٩٨ السابقة ، ويجب على البائع أن يعيد ما استلمه من بعض الثمن أو من الأقساط ، ويحق له أن يشترط على المشتري عدم استرداد ما استلمه من الثمن أو الأقساط ، لتكون تعويضاً له عن فسخ العقد ، وتعويضاً له عن استعمال المشتري للمبيع خلال هذه الفترة ، لكن القانون احتاط في هذه الحالة وتدخل لحماية المشتري ، واعتبر هذا الشرط جزائياً ، وأعطى القاضي الحق في تعديل وتخفيض هذا التعويض إذا كانت المبالغ المقبوضة كبيرة ومبالغاً فيها إلى درجة لا تتناسب مع ما لحق البائع من أضرار بسبب فسخ البيع واسترداد المبيع[2] ، وقد يشترط البائع الاحتفاظ ببعض الثمن أو بعض الأقساط فقط[3] .

---

(١) المادة ١٥٨ من القانون المدني السوري .

(٢) وفقا للمادة ٢/٢٢٥ من القانون المدني السوري .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢٥ ؛ الوسيط ، السنهوري ٤/٤٢٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١١٤ ، عقد البيع ، عامر ص ١٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٧٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٢٥ .

تعليق نقل الملكية في الفقه الإسلامي :

لاحظنا أن القانون أجاز للبائع الاشتراط في العقد بتعليق انتقال الملكية على دفع جميع الثمن ، المؤجل أو المقسط ، ولذلك يتوقف انتقال الملكية على وجود الشرط ، وهذا الشرط لم يجزه الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية ، لأن عقود المعاوضات المالية ومنها البيع لاتقبل التعليق على شرط ، ولا الإضافة للمستقبل ، ويجب أن تكون منجزة ، فمتى علقت على شرط أو أضيفت إلى المستقبل بطلت ، ولو حصل الشرط المعلق عليه أو جاء الزمن المضاف إليه فلا تعود صحيحة ، لأن الباطل لا يصحح ، ولا تنعقد مجدداً إلا باتفاق جديد[1] ، ولذلك كان الناس في ظل مجلة الأحكام العدلية يلجؤون إلى عقد الإجارة ، ويسمون الاتفاق إيجاراً ، والأقساط المدفوعة أجرة دورية ، ومتى تم دفع المبلغ ينفقان على نقل الملكية ، ولما جاء القانون المدني وأجاز في المادة ٣٩٨ اشتراط الاحتفاظ بالملكية وتعليقه على دفع الثمن قرر في الفترة الثالثة تطبيق هذا الحكم ، ولو سمي العقد إيجاراً .

لكن القانون المدني الأردني خالف الأحكام الفقهية السابقة ، واجتهد في تصحيح الاشتراط بالاحتفاظ بملكية المبيع ، وتعليق نقل الملكية على دفع الثمن أو الأقساط ، ونص على ذلك صراحة بما يتفق تماماً مع النص القانوني ، فقال في المادة ٤٨٧ :

« ١ ــ يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع » .

« ٢ ــ وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع » .

وقالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني : إن « هذا الحكم يعرف من مراجعة المواد ١٨٧ ، ١٨٨ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر ، و ٤٥٤ ،

---

(١) نظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥١٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢٨ .

٤٥٥ من مرشد الحيران[1] واكتفت المذكرة الايضاحية بذلك ، مشيرة إلى اجتهاد القانون وقياسه اشتراط تعليق الملكية على ماورد في هذه المواد .

وتتضمن المادة ١٨٧ من مجلة الأحكام العدلية صحة البيع بشرط يؤيد العقد كالرهن والكفالة ، واعتبار الشرط معتبراً ، وأنه إذا لم يوف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد ، لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد ، وتنص المادة ١٨٨ على أن البيع بشرط متعارف عليه وهو الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح ، والشرط معتبر ، ويلزم البائع أو المشتري الوفاء بهذا الشرط[2] ، وكأن المشرع الأردني وجد أن الناس تعارفوا على اشتراط تعليق الملكية بأداء جميع الثمن أو دفع جميع الأقساط ، سواء اتفقوا عليه في عقد البيع ، أم سموه إيجاراً ، ومن قواعد الحنفية : انقلاب الشرط الفاسد إلى شرط صحيح إذا تعارفه الناس واعتادوا عليه ، أما المادتان ٤٥٤ ، ٤٥٥ من مرشد الحيران فتتحدثان عن حق البائع بحبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن ، وأن حقه في الحبس لايسقط باعطاء المشتري له رهناً أو كفيلاً أو بابرائه من بعض الثمن ، فقاس المشرع الأردني حبس الملكية وتعليقها على وفاء جميع الثمن على حبس المبيع لأداء جميع الثمن ، وبذلك يكون القانون الأردني قد اتفق تماماً مع الأنظار القانونية الحديثة المطبقة في مصر وسورية والعراق .

وأرى أنه كان من الممكن تخريج هذا الحكم وقياسه على خيار الشرط على القول بجوازه أكثر من ثلاثة أيام ، وقد نص مرشد الحيران على أنه « إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري اذا لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، صح البيع والشرط ... وإذا لم يؤده في المدة المعينة أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع »[3] .

وقال الصاحبان والحنابلة يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب مايتفق عليه البائع

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٠١ .

(٢) انظر : مرآة المجلة ١/٧٧ وما بعدها .

(٣) مرشد الحيران ، المادة ٤٢٤ .

والمشتري من المدة المعلومة ، قلت مدته أو كثرت ، وقال المالكية يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني نفسه في خيار الشرط (المادة ١٧٧)، وإن خيار الشرط مشروع في البيع باتفاق المذاهب[١] .

الفرع الثاني

تسليم المبيع

تعريف التسليم وأهميته :

إن تسليم المبيع هو الالتزام الثاني الذي رتبه القانون على البائع في عقد البيع ، وعرف القانون التسليم بأنه « وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق »[٢] .

وعرف قدري باشا التسليم في المبيع فقال : « التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع »[٣] .

ويأتي تسليم المبيع من الناحية النظرية في المرتبة الثانية في الأهمية بعد انتقال الملكية ، لكنه يأتي في المرتبة الأولى من الناحية العملية ، فهو أهم التزام يقع على البائع من أجل تنفيذ البيع ، وتحقيق الهدف الأساسي منه لوضع المبيع فعلاً تحت تصرف المشتري ، وممارسة المضمون الحقيقي لثبوت ملكيته على المبيع للاستفادة منه والتصرف فيه واستغلاله كما يشاء بمحض إرادته ومشيئته ، ويضع يده على

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٣٠٤/١ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢٠٢/١ .

(٢) المادة ٤٠٣/١ من القانون المدني السوري .

(٣) المادة ٤٣٢ من مرشد الحيران .

الصورة التي يريدها ، وهو مايسمى اليوم بالحيازة ، بحيث يمنع غيره من حيازة المبيع من جديد ، وخاصة أن الحيازة في المنقول سند الملكية .

وإن الالتزام بتسليم المبيع فرع أساسي عن الالتزام بنقل الملكية وإلا كان مجرد نقل الملكية تافهاً ولا قيمة له ، وفقاً للمادة ٢٠٧ من القانون المدني السوري التي تنص على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

وبما أن تسليم المبيع يعتبر التزاماً أساسياً على البائع ، فإنه يلتزم به بمقتضى عقد البيع ، وبالتالي فلا حاجة لذكره في العقد أو الاتفاق عليه بين المتبايعين .

وقد يحتل التسليم أهمية أكثر في بعض العقود التي يشترط فيها القبض ، وهي الرهن والوديعة والهبة والقرض والعارية في الفقه الإسلامي ، وتسمى العقود العينية ، فلا يتم العقد فيها ولا تأخذ أحكامها إلا بعد التنفيذ واستلام المعقود عليه[1] .

وقد يقترن استلام المبيع أحيانا بإفرازه كما سبق بيانه ، فيكون التسليم وسيلة لنقل الملكية كذلك ، كما كان التسليم يحتل أهمية كبيرة في القانون الروماني[2] .

ويلتزم البائع أن يحافظ على المبيع ، وأن يقوم بتسليمه إلى المشتري على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد ، وأن يتم التسليم بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها أو ينص عليها القانون ، وإلا تحمل النتائج المترتبة قانونا على عدم التسليم أو الإخلال به .

ولذلك يتفرع الكلام عن تسليم المبيع للبحث في مضمون الالتزام بالتسليم ، وكيفية التسليم ، ونتائج التسليم وعدمه ، وذلك في ثلاث شعب .

---

(١) انظر الحيازة في العقود ، للدكتور نزيه حماد ص ٩٥ وما بعدها .

(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٨٥ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٥٥٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٢٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٩٠ .

الشعبة الأولى

مضمون الالتزام بالتسليم

يجب على البائع أن يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد ، وهو المحل الحقيقي للتسليم ، وهذا يشمل حالة المبيع وأوصافه ، ومقدار المبيع وما يدخل فيه وما يلحق به .

اولا : حالة المبيع واوصافه :

يلتزم البائع بتسليم المبيع بنفس الحالة والأوصاف التي كان عليها عند العقد ، وتم الاتفاق بين الطرفين عليها (المادة ٣٩٩) ، وهذا يتضمن أن يلتزم البائع بالمحافظة على حالة المبيع وأوصافه التي كانت عليه عند العقد حتى يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري ، وهو ماصرحت به المادة ٢٠٧ ، ولذلك فلا يحق له أن يحدث فيه تغييراً أو تبديلا ، وهذا يعني أن المتبايعين قد اتفقا على تعيين المبيع ، وأن المشتري قد علم بالمبيع علماً كافياً ، وأنه حصل تصور سليم وكاف لأوصاف المبيع عند العقد ، وأن البائع قد بين الحالة الراهنة للمبيع عند العقد ، وأعطى المشتري المعلومات الكافية ، والبيانات اللازمة ، لوصف المبيع ، وعليه أن يحافظ على صورتها حتى يقوم بتسليمها، ولذلك ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نص بهذا المعنى ، وهو : « يلتزم البائع بأن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذاالشيء » ثم حذف هذا النص لأن « أحكامه مستفادة من القواعد العامة »[1] .

وقد ذكرنا سابقاً كيفية معلومية المبيع، وأنه إن كان عقاراً يعين بحدوده وماعليه من حقوق وتكاليف ، وما يشتمل عليه من ملحقات ، مع بيان درجة الجودة فيه ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٢/٤ ، الوسيط ، السنهوري ٥٦٠/٤ .

وإن كان المبيع من المثليات فيعين بالجنس والنوع والقدر والجودة، وإذا لم يحدد الطرفان درجة الجودة فيمكن استخلاصها من العرف أو الظروف الأخرى ، وإن لم يمكن ذلك التزم البائع أن يسلم شيئاً من صنف متوسط (المادة ١٣٤)، وقد يكون تعيين المبيع عن طريق البيع بالنموذج ، ويجب على البائع أن يقدم المبيع عند التسليم مطابقاً للنموذج المتفق عليه .

فإن كان المبيع حين التسليم لا يشتمل على الأوصاف التي كانت عليه حين العقد ، وتم الاتفاق عليها ، إما لأنها تغيرت خلال هذه الفترة بين العقد والتسليم ، أو لأنها لم تكن متوفرة فيه من الأصل فيعتبر البائع مسؤولاً عن فوات الأوصاف ، وإخلاله بالتزام التسليم ، وقد اعتبر القانون هذه الحالة عيبا في المبيع ، ويلتزم البائع بضمانه ، كالتزامه بسائر العيوب الأخرى التي سندرسها في الفرع الرابع ، وعلى المشتري أن يثبت فوات الأوصاف المتفق عليها في المبيع ، وأن البائع لم يؤد التزامه بذلك ، ليتحمل الضمان والتعويض[1] .

ويرى بعض شراح القانون المدني أن الجزاء المترتب على إخلال البائع بتسليم المبيع على حالته التي كان عليها عند العقد وبأوصافه المتفق عليها هو رد المبيع ومطالبة البائع بتسليم الشيء المتفق عليه (أي طلب التنفيذ العيني) ، أو يقوم المشتري بالحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (وهو التنفيذ بمقابل) ، كما يمكن للمشتري أن يطلب فسخ البيع لعدم التنفيذ مع الاحتفاظ بحقه بالتعويض في الحالين ، وأساس هذا الجزاء يرجع إلى إخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، وتطبيق القواعد العامة عليه ، (المادة ٢٠٦/٢) ،ويرون أن الجزاء لا يصح أن يرجع إلى عدم العلم الكافي بالمبيع ، ولا إلى الغلط في صفة جوهرية ، ولا إلى ضمان العيوب الخفية[2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥٥ ، الوسيط ، السنهوري ٥٥٩/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٣١ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٨٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٥١ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٥٦٢/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٨٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤٤ .

ولكن هذا الرأي يصطدم مع صراحة المادة ٤١٥ التي رتبت الجزاء على فوات الأوصاف المتفق عليها ووجود العيوب الخفية في مادة واحدة [١] ، وأن ضمان العيب وفوات الوصف كالاستحقاق الجزئي وفقاللمادة ٤١٨ .

وتسمى هذه الحالة في الفقه الإسلامي بفوات الوصف ، ويثبت للمشتري خيار الوصف بقبول البيع أو فسخه ، كما لو اشترى شاة للحليب ، فتبين أنها غير حلوب، أو اشترى فرساً للسبق ، أو سيارة للشحن ، وعند التسليم أو بعده تبين فقدان هذا الوصف المشروط في العقد ، فيثبت الخيار للمشتري ، فإن شاء أخذ المبيع بحالته الحاضرة وبالثمن المسمى في العقد، وإن شاء فسخ البيع ، واسترد الثمن المدفوع[٢].

قال ابن قدامة : « وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة ، مما لايعدّ فقده عيباً صح اشتراطه» . ثم قال : «فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار والرجوع بالثمن أو الرضا به ، ولا شيء له ، لا نعلم بينهم في هذا خلافاً »[٣] .

ونص القانون المدني الأردني على التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر ، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية ، ثم حدد هذا الالتزام على البائع ، وبين أنه يلتزم بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع[٤] ، وسكت عن الجزاء لإخلال البائع بالتسليم بهذا الشكل ، مما يجب الرجوع فيه إلى الفقه الإسلامي .

---

(١) المادة ٤١٥ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥٦ ، فتح القدير ٥ / ١٣٥ ، المغني ٤/١١٧ .

(٣) المغني ٤/١١٧ – ١١٨ .

(٤) المادتان ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، وانظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/١٠٥ وما بعدها .

ثانياً : مقدار المبيع وما يدخل فيه :

يجب على البائع أن يسلم المبيع كاملاً بحسب الاتفاق بين الطرفين ، وكل شيء كبير أو صغير اتفق عليه في العقد وجب على البائع تسليمه حتى يوفي بالتزامه ، ولكن في كثير من الأحيان يكتفي الطرفان بذكر اسم المبيع جملة،دون أن يتعرضوا لتفصيلاته وجزئياته وما يدخل فيه وما يخرج منه ، كالدار والسيارة والدابة ، ثم يختلفون في أشياء كثيرة تتعلق بالمبيع أو تكون ملحقة به ، فيدعي المشتري دخولها ويطالب البائع بتسليمها ، وينكر البائع دخولها في العقد ، ويرفض تسليمها ، وإذا تم الاتفاق على مقدار المبيع ، وتم تحديده بالعقد ، ثم ظهر ناقصاً عند التسليم ، أو حصلت فيه زيادة ، فما هو الحكم ؟

ولذلك نبين شمول المبيع الذي يجب تسليمه ، ثم نذكر حالة نقص المبيع ، وحالة الزيادة فيه .

الحالة الأولى : شمول المبيع :

يعتبر تحديد المبيع وما يشمله من أجزاء أصلية وما يلحق به أمراً مهما ، وهو الأساس لتحديد التزام البائع بالتسليم ، كما أنه الطريق لمعرفة التنفيذ الصحيح لهذا الالتزام ، وهو المعيار الذي يقف عنده كل من البائع والمشتري .

ولذلك اهتم القانون المدني بتحديد شمول المبيع ، ونص عليه في المادة ٤٠٠ ، وهي :

« يشمل التسليم ملحقات الشي المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

ونلاحظ أن هذه المادة اقتصرت على الملحقات التي تتبع المبيع ، دون أن تنص على مايشمله أصل المبيع وجزئياته ، وذلك أن لجنة المراجعة لمشروع القانون المصري

قد اختصرت هذه المادة، وحذفت عدة فقرات منها ، «لأنها تتضمن تفصيلات لاضرورة لها »[1]، كما كانت هذه المادة تلخيصاً لخمسة مواد في القانون المصري القديم لتحديد شمول المبيع وقد أخذت من الفقه الإسلامي[2] ، ولذلك لابد من تحديد أصل المبيع وجزئياته ، ثم ملحقاته ، وما أعد بصفة دائمة له مع بيان الأمثلة لذلك[3] .

وكل ذلك أحكام تكميلية وتفسيرية لإرادة المتعاقدين ، لأن العبرة في الأصل لما يتم عليه الاتفاق في العقد بشكل صريح زيادة أو نقصاً[4] .

وبناء على ذلك فإن المبيع يشمل مايلي :

١ ـ ما يعتبر من أصل المبيع أو أجزائه أو كالجزء منه :

يدخل في المبيع كل مايعتبر من أصل المبيع أو من أجزائه التي يتكون منها ، أو مايعد كالجزء من المبيع مما لايقبل الانفكاك عنه ، وهذا لا يحتاج إلى ذكره في العقد أو الاتفاق عليه ، فمتى أطلق المبيع في العقد دخلت فيه هذه الأمور ، مالم يرد اتفاق على خلافها ،بعدم دخول شيء منها أو دخولها كلها مع جزء من مبيع آخر مثلا .

ففي بيع الدار يدخل الجدران والسقف والغرف والدرج والحديقة وسور الدار إن كان لها سور قائم .

وفي بيع الدابة الحامل يدخل جنينها ، وفي بيع الغنمة يدخل صوفها الذي على بدنها ، ويدخل المفتاح مع القفل .

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٦/٤ .

(٢) وقد توسط القانون العراقي ، فذكر في المادة ٥٣٧ المبدأ الأساسي عما يكون جزء للمبيع ثم ذكر توابعه ثم بين مايدخل عرفا فيه، (انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ١٥٣) .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٣١ ، الوسيط ، السنهوري ٥٧٨/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٣٤ .

(٤) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٣٣ .

وفي بيع السيارة اليوم تدخل مفاتيحها ودواليب المطاط (الكاوتشوك) ، والمصابيح ، والمقاعد وغير ذلك .

٢ ـ الملحقات الضرورية بالمبيع :

ويدخل في المبيع كل مايلحق به ، ويعتبر ضرورياً له بحسب الانتفاع به والقصد من شرائه وعرف البلده ، وهذه الملحقات لاتعتبر جزء من المبيع ، ولا كالجزء منه ، ولكن يتوقف الانتفاع من المبيع عليها بحسب « طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة ، وقصد المتعاقدين » .

ففي بيع البقرة الحلوب يدخل عجلها الرضيع ، بخلاف شرائها للذبح فإنه لايدخل ، وفي بيع العقار يدخل المستندات المتعلقة بالمبيع ، وفي بيع السيارة تدخل شهادتها والأوراق المتعلقة بها ، ويدخل الدولاب الاحتياطي ، وفي بيع الأرض الزراعية يدخل سند الملكية والآلات الزراعية والماشية المخصصة لخدمتها .

ويعتبر من الملحقات الضرورية كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع كالجرن في الحمام ، والسلم الحديدي للسقيفة ، والمفاتيح للسيارة مع الرافعة وتوابعها المعدة لإصلاحها ، ومثل ذلك الصندوق أو الغلاف الذي يحفظ فيه المنقول ، إلا إذا كان الملحق أكبر قيمة من المبيع فلا يدخل إلا بالنص ، كالسلسلة الذهبية لساعة فضية مثلا .

٣ ـ كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار :

وهي الأشياء المنقولة في أصلها ، ولكنها اتصلت بالمبيع وأثبتت به وتخصصت فيه كأنابيب المياه وأسلاك الكهرباء والمرآة المثبتة في جدران البيت ، والخزائن المتصلة بالجدران والرفوف والسلالم وتجهيزات المطبخ والحمام وتزيينات الجدران وغرفة الضيوف في الدار ، ويدخل في السيارة ما أثبت بها بشكل دائم كالمسجلة والمذياع والتزيينات المثبتة فيها .

ويطبق هذا المبدأ بحسب القصد من الشراء أو عرف الجهة أو طبيعة المبيع ،

ويكون هذا معياراً لبيان مايدخل في المبيع وما لايدخل كشراء سيارة خاصة أو للأجرة ، وأرض للزراعة أو البناء ، والشجر للنقل كالغراس أو للقطع كالحور والصفصاف .

٤ ـ كل ماجرى العرف والعادة ببيعه مع المبيع تبعاً له :

وهناك ملحقات بالمبيع لاتكون جزءً منه ، ولا ملحقة به ، ولا متصلة فيه اتصال قرار ، ولا معدة لاستعماله بصفة دائمة ، ولكن تعارف الناس على إلحاقها بالمبيع، فتدخل به ولو لم يتم النص عليها في العقد،مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، ففي بيع الفنادق اليوم يدخل الأثاث والمفروشات ، وفي بيع الدابة للركوب يدخل اللجام ، كما يدخل الرسن في بيع الدابة التي لاتقاد إلا به ، كما يدخل في العرف تسليم الأوراق والوثائق التي تثبت حقوق الارتفاق للمبيع أو عليه ، ويشمل الأوراق التي تثبت نسب الجواد الأصيل .

٥ ـ الحقوق العامة والمرافق :

ويدخل في المبيع جميع الحقوق المرتبة له والمرافق التابعة له على العقارات المجاورة للانتفاع بها ، كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور ، واشترط الحنفية أن تذكر بالعقد ولو بلفظ عام « بجميع حقوقها ومرافقها » وقال الجمهور تدخل في المبيع ولو لم تذكر في العقد ، لأنها تابعة له .

فجميع هذه الأشياء الخمسة تدخل في المبيع عند العقد ، ولو لم يرد النص عليها بذاتها ، مالم يرد اتفاق بين المتعاقدين على خلافها ، كما يلاحظ أن بعض هذه الأشياء تدخل بالمبيع حكما بالعقد ، ولو لم تكن موجودة عند العقد ، ويجب على البائع استكمالها وتسليمها للمشتري كالدولاب الاحتياطي ، ورخصة السيارة ، وتجهيزات المطبخ والحمام وزجاج الأبواب والنوافذ ، وبعض هذه الملحقات لاتدخل بالمبيع إلا إذا كانت موجودة عند العقد كالسلم في المطبخ والتزيينات والأقفال في الدار ، والمسجلة والراديو في السيارة ، فإن لم تكن موجودة عند العقد فلا تدخل في المبيع

ولا يكلف البائع بتسليمها مالم يرد اتفاق على خلاف ذلك[1] .

وهذه الفقرات التي تحدد شمول المبيع ، والمأخوذة من الفقه الإسلامي ، ذكرها القانون الأردني باختصار في المادة ٤٩٠ ، فقال :

« يشمل التسليم ملحقات المبيع ، وما اتصل به اتصال قرار ، وما أعد لاستعماله بصفة دائمة ، وكل ماجرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد » .

الحالة الثانية : ظهور النقص في المبيع :

يلتزم البائع بتسليم المبيع المعين بذاته على الحالة التي كان عليها عند العقد، كما يلتزم البائع بتسليم المقدار المتفق عليه في العقد ، فإن ظهر عجز في المبيع عند التسليم ، ووجد النقص فيما يشمله المبيع المعين بذاته كما مر معنا ، أو ظهر النقص في مقدار المبيع فإن البائع يكون مسؤولاً عن هذا النقص ، ويتحمل نتائجه ، ويحق للمشتري انقاص الثمن أو فسخ البيع ، وهذا ماورد في المادة ٤٠١ من القانون المدني السوري ، ونصها :

« ١ ــ إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب مايقضي به العرف، مالم يتفق على غير ذلك ، على أنه لايجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد » .

ويؤخذ من هذه المادة أن الأصل فيما يشمله التسليم ، ويكون البائع ملتزماً به، هو مايتم عليه الاتفاق ، سواء كان متضمناً نفس المبيع بدون زيادة ولا نقص ، أو

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٥٨٠/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٣٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٣٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٥٣ ، أدب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٤٧٠ ، فتح القدير ٩٧/٥ ومابعدها، مغني المحتاج ٨١/٢، حاشية الدسوقي ١٧٠/٣ ، المغني ٥٠/٤ ، ٥٩ ، الروضة ٥٤٣/٣ ، حاشية ابن عابدين ٥٤٧/٤ ، درر الحكام ١٤٩/٢ ، بلغة السالك ٧٦/٢ ، حاشية الدسوقي ١٧٠/٣ .

أن يتحمل البائع النقص ، أو يتحمل قسماً منه ، أو يعفى من المسؤولية ، ولا يتحمل النقص نهائياً ، أو يتحمل النقص مع الزيادة ، فالأصل في ضمان البائع للنقص وعدم ضمانه هو الاتفاق ، مهما كان النقص كبيراً أو صغيراً .

وإذا لم يتم الاتفاق على مسؤولية البائع للنقص ، وتحديد القدر الناقص ، فيرجع فيه إلى العرف ، لتحديد مايعتبر نقصاً ، ومالا يعتبر ، كما يرجع للعرف في تقدير الضرر اللاحق بالمشتري ، ومدى جسامة النقص ، ومدى تأثيره على المبيع ، وما يساويه من الثمن الأصلي ، فإن كان النقص تافهاً وقليلا فلا يضمن البائع شيئاً ، لأنه يتسامح به ، والعرف يحدد النقص التافه الذي يتسامح به ، والمقدار الذي لا يتسامح به .

فإن تقرر وجود نقص في المبيع بالعرف أو بحسب الاتفاق فإن القانون منح المشتري خياراً بين قبول المبيع مع الحط من الثمن ، وبين فسخ البيع .

١ ـ قبول المبيع مع الحط من الثمن في مقابل النقص :

إذا اختار المشتري الإبقاء على البيع فيحق له أن يطلب انقاص الثمن في مقابل نقصان المبيع عن القدر المتفق عليه في العقد ، سواء كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة أي كان البيع مفصلاً على وحدة القياس أو الكيل أو الذراع أو العد ، أم كان الثمن مجملا كأن يشتري سجادة مساحتها ستة أمتار مربعة بألف ليرة سورية ، ثم تبين أن مساحة السجادة أربعة أمتار مربعة ، أو كان البيع على قطعة أرض للبناء ، مساحتها ألف متر مربع ، فظهر أنها أقل من ذلك .

ويضمن البائع انقاص الثمن بنسبة ما نقص من مقدار البيع مع الرجوع في تقدير ذلك للعرف ، فإن كان المبيع مثلياً ، فيكون مقدار الحط من الثمن بمقدار النقص ، بعملية حسابية سهلة ، وإن كان النقص يورث عيباً في المبيع فيكون البائع ضامناً للتعويض عن مقدار الضرر كله ، فمن اشترى قطعة قماش ثلاثة أمتار لتفصيلها بذلة ، أو اشترى ستاراً ، عشرة أمتار ، فتبين أن القماش متران فقط ، فقد نقص متراً

من جهة وأن ثمن المترين لايساوي ثلثي الثمن الأصلي عرفا ، وكذلك الستارة، وقطعة الأرض التي تكون صالحة للبناء يختلف سعر المتر فيها عن قطعة صغيرة يمنع إنشاء البناء عليها ، فهنا حصل نقص مع اختلاف السعر للباقي سواء كان النقص عيباً بالمبيع أم لا .

٢ ـ فسخ البيع :

ويحق للمشتري أن يطلب فسخ البيع لظهور النقص في المبيع ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ولكن القانون قيد حق المشتري في طلب الفسخ بأن يكون النقص جسيماً في المبيع ، وحدد الجسامة بأنها لو علم بها المشتري عند العقد أو قبله لما أقدم على الشراء .

وهذا معيار شخصي للجسامة ، يختلف من شخص إلى آخر ، بحسب الغرض والقصد من الشراء ، فمن اشترى قطعة قماش لقصد معين فظهرت ناقصة ولو بقليل جداً بحيث يفوت الغرض منها فيكون النقص جسيماً ، لأن المشتري لو اطلع على هذا النقص ، وأن المبيع بهذا القدر ، لما أقدم على شرائه ، بخلاف ما لو اشتراه لغرض القص والتجزئة فلا يضره نقصان أضعاف السابق ، ولو اطلع المشتري عليه عند العقد لما منعه من الشراء.

ونلاحظ أن القانون لم يفرق في حالة نقصان المبيع وإعطاء المشتري الخيار في الحط من الثمن بمقدار النقص أو فسخ البيع ، لم يفرق بين كون المبيع مما يقبل التبعيض والتجزئة أم لا ، لكن يراعى ذلك في تقدير التعويض ومقدار الحط من الثمن ، كما يراعى ذلك في اعطاء المشتري الحق في فسخ البيع أم لا[1] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٤٥ ، الوسيط ، السنهوري ٥٧١/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٤٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٥٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٩٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٤٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٥٨ .

كما نلاحظ أن القاضي لا يمنح المشتري الحق في مطالبة البائع بإتمام النقص، ولا يلزم البائع بذلك.

والفقه الإسلامي بحث حالة نقص المبيع ، وسماها الفقهاء تفرق الصفقة ، وفي هذه الحالة يثبت للمشتري الخيار بين قبول المبيع وتفرق الصفقة عليه والحط من الثمن بمقدار النقص ، وبين فسخ البيع لظهور النقص فيه ، ولم يقيد الفقه الإسلامي حق المشتري بالفسخ بأن يكون النقص جسيماً أو مانعاً من كفاية المشتري ، بل يحق له الفسخ مطلقاً سواء كان النقص جسيماً أم غير جسيم . لكن الفقه الإسلامي فرق بين كون المبيع قابلاً للتبعيض أم لا ، وهو ما كان عليه الحال في القانون المدني المصري القديم ، وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي الحاضر ، فإن كان المبيع قابلاً للتبعيض فيثبت الحكم السابق بتخيير المشتري ، أما إن كان المبيع غير قابل للتبعيض فينظر ، إن كان الثمن قدر جملة فالمشتري مخير بين ابقاء البيع واستلام المبيع بكل الثمن ، وبين فسخ العقد ، وإن كان الثمن قدر بسعر الوحدة كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد وبين ابقاء البيع وانقاص الثمن كالحالة الأولى .

وهذه الأحكام نصت عليها مجلة الأحكام العدلية (المواد ٢٢٣ ــ ٢٢٩) ومرشد الحيران (المواد ٤٤٦ ــ ٤٥١) ، وجاء القانون المدني الأردني وأخذ بها تماماً وفرق بين مايضره التبعيض ، ومالا يضره ، إلا إذا كان النقص تافهاً ولا يخل في مقصود المشتري[1] ، (المادة ٤٩٢ منه) .

ويظهر الاتفاق بين القانون والفقه في حالتين، وهي إذا كان المبيع قابلاً للتبعيض، وحالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض وقدر الثمن بسعر الوحدة، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وبين ابقاء العقد مع الحط من الثمن .

---

(١) انظر : العقود المسماة الزرقا ص ١٤٩ ، مرآة المجلة ١/٩٥ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٠٣ ، العقود المسماة ، الدنون ص ١٥٨ ، المغني، ابن قدامة ٤/١٧٨ ، درر الحكام ٢/١٤٧ .

ويختلف القانون عن الفقه في حالة كون المبيع غير قابل للتبعيض ، وكان الثمن مجملاً ، ففي القانون يخير المشتري بين الفسخ وبين إبقاء العقد مع الحط من الثمن كالسابق ، وفي الفقه يخير بين الفسخ وبين إبقاء العقد بجميع الثمن .

كما يختلف القانون عن الفقه باشتراط الجسامة في النقص لجواز الفسخ في القانون ، وعدم اشتراط الجسامة في النقص لجواز الفسخ في الفقه .

الحالة الثالثة : ظهور زيادة في المبيع :

بينت المادة ٤٠١ في الفقرة الأولى منها حكم المبيع إذا ظهر فيه نقصان ، ثم بينت الفقرة الثانية من نفس المادة حالة ظهور زيادة في المبيع ، فنصت على ما يلي :

« ٢ ــ أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ماذكر في العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا مالم يوجد اتفاق يخالفه » .

ونلاحظ أن القانون فرق في حالة ظهور زيادة في المبيع بين كون الثمن مجملاً ، وبين كونه مفصلا على حساب الوحدة ، كما فرق بين كون المبيع قابلاً للتبعيض وعدم كونه قابلاً للتبعيض .

وحصول الزيادة في المبيع إنما يتحقق بعد تقدير المبيع في العقد بين الطرفين ، ثم يظهر أن قدر المبيع أكبر مما ذكر في العقد، ولا يوجد اتفاق بين الطرفين يبين حكم الزيادة أو إسقاطها أو كيفية معالجتها ، وتشمل هذه الحالة ثلاث صور .

الصورة الأولى : أن يكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، ويكون المبيع غير قابل للتبعيض ، مثل شراء سجادة ، مساحتها ستة أمتار ، بسعر المتر مائة ليرة سورية، ثم تبين أن مساحتها سبعة أمتار ، وهي لاتقبل التبعيض لأنها تتلف بالقسمة ، وقد يترتب على التبعيض ضرر بالبائع أو بالمشتري ، وقد يختل الغرض المقصود من

البيع ، ففي هذه الصورة يلتزم المشتري بدفع ثمن الزيادة إلى البائع بسعر الوحدة المتفق عليه ، لكن إن بلغت الزيادة حداً جسيماً فلا يلزم المشتري بدفع الزيادة وإنما يخير بين دفعها أو فسخ العقد ، ولم يحدد القانون هنا حداً للجسامة[1] ، فيرجع فيه للعرف ، مع مراعاة حال المشتري بحيث يعجز عن دفعها أم لا ، وهذا يختلف بحسب الأشخاص والظروف ، فقد تكون الزيادة صغيرة ويعجز عنها الفقير ، وقد يعجز عنها الغني في ظرف معين .

الصورة الثانية : أن يكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، ويكون المبيع قابلاً للتبعيض ، فلا تضره التجزئة والقسمة كالمثليات من المكيل أو الموزون كالسكر والأرز والزيت ، فالزيادة من حق البائع عيناً ، وله أن يفصلها عن المبيع ،ويحتفظ بها إن كان قبل التسليم ،وله أن يستردها إن كان قد سلم المبيع ، وإذا أراد البائع إعطائها للمشتري مع دفع مايقابلها من الثمن ، فليس له إلزام المشتري بذلك ، لأن التراضي حصل على المقدار المعين المتفق عليه ، فإن تراضى البائع والمشتري على ضم الزيادة إلى المبيع بالسعر السابق فيكون اتفاقهما عقداً جديداً عليها .

الصورة الثالثة : أن يكون الثمن مقدراً مجملاً ، ويظهر في المبيع زيادة عن القدر المذكور في العقد ، فتكون هذه الزيادة للمشتري ، سواء كان المبيع مما يضره التبعيض أولا يضره ، كمن يشتري سجادة ، مساحتها ستة أمتار ، بألف ليرة سورية ، ثم يظهر أنها سبعة أمتار ، ومن يشتري صندوقاً للمعلبات بمائة ليرة سورية ، وذكر أن فيها عشرين ظرفاً ، فظهر أن فيها خمسة وعشرين ظرفاً .

والظاهر أن القانون اعتبر الزيادة وتقدير المبيع في هذه الصورة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لايقابله شيء من الثمن ، وأن الغالب أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن

---

(١) حدد القانون المصري القديم حداً للجسامة ، بأن تتجاوز الزيادة في الثمن خمسة في المائة فيسوغ للمشتري الفسخ ، ثم الغاها القانون ، لما فيها من التحكم بظروف العقد والعاقدين . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التحديد في المادة ٥٤٦ منه. (انظر : العقود المسماة، الزرقا ص ١٥١، العقود المسماة، الذنون ص١٦١).

يكون المبيع بهذا الثمن ، ولو زاد على القدر المعين ، ويبقى القدر الزائد للمشتري ، ويلزم البائع بتسليمه إن لم يسلم بعد ، ولا يطلب من المشتري إعادته للبائع إن كان قد تسلمه ، وكل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه في العقد[1] .

وقد بينت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري السبب في تفريق القانون بين ظهور النقص والزيادة « فأعطى المشتري حق الفسخ في صورة النقص ، ولم يعط البائع هذا الحق في صورة الزيادة، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا عذر للبائع في أمر كانت الحيطة تقضي عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه »[2] .

وفي الفقه الإسلامي يرى الاجتهاد الحنفي أن الزيادة تكون للبائع في الصورتين الأولى والثانية ، وهما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، سواء كان مما يضره التبعيض ، أو مما لا يضره التبعيض ،وعند الحنابلة روايتان[3] ، وتكون الزيادة للبائع في قسم من الصورة الثالثة إذا كان الثمن مجملاً وكان المبيع مما لا يضره التبعيض ، وهذا مايخالف القانون ، فإذا كان الثمن مجملاً ، وكان المبيع مما يضره التبعيض فتكون الزيادة للمشتري ولا خيار للبائع[4] .وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٩/٤ وما بعدها ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٤٩ ، الوسيط ، السنهوري ٥٧٣/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٩٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٥٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٥٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٤١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٥٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦٠/٤ .

(٣) المادة ٢٢٣ من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة ٤٤٦ من مرشد الحيران ، درر الحكام ١٤٧/٢، العقود المسماة، الزرقا ص ١٥٣، فتح القدير ٩٢/٥، المغني ١٠٠/٤.

(٤) المادة ٢٢٤ من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة ٤٤٧ من مرشد الحيرن . المغني ١٠١/٤ .

التفصيل الفقهي في المادة ٤٩٢ منه[١] .

وإن وجهة نظر الفقه الإسلامي ــ فيما خالف فيه القانون في حالة كــون الثمن مجملا والمبيع لا يضره التبعيض كما لو باعه مائة ذراع بمائة درهم فوجدها زائدة ــ أن الزيادة في المقدار تقابلها زيادة في الثمن ، فكانت نفعاً للمشتري ، ويشوبها ضرر للبائــع[٢] .

تقادم حق البائع والمشتري في حالتي النقص والزيادة :

يظهر مما تقدم في حالتي ظهور النقص أو الزيادة في المبيع ثبوت حق للبائــع أو المشتري ، ويتفرع هذا الحق إلى أربع صور ، وهي :

١ ــ دعوى انقاص الثمن ، وهي من حق المشتري إذا ظهر في المبيع نقص .

٢ ــ دعوى فسخ البيع ، وهي من حق المشتري أيضاً إذا وجد في المبيع نقص جسيم ، أو كانت في المبيع زيادة جسيمة ، وكان المبيع لايقبل التبعيض ، وقد قــدر الثمن بحساب الوحدة .

٣ ــ دعوى تكملة الثمن ، وهي حق للبائع إذا حصل في المبيع زيادة ، وكــان لايقبل التبعيض ، وقدر الثمن بحساب الوحدة .

٤ ــ دعوى الاحتفاظ بالزيادة أو استردادها ، وهي حق للبائــع عند وجــود زيادة في المبيع ، وكان مما يقبل التبعيض ، وكان الثمن على حساب الوحدة .

وقد أثبت القانون الحق في هذه الدعاوي لكل من البائع والمشتري ، ولكــن القانون يهدف من جهة أخرى إلى وجوب استقرار التعامل ، ومنع القلق في المعاملات، ووضع حد لاستمرار التأرجح في الأملاك،ولذلك حدد مدة لهذه الدعاوى ، وأخضعها لسريان التقادم عليها ، فإذا مضت هذه المدة تحقق التقادم ، وسقط الحق في رفــع الدعاوى للمطالبة بالحقوق السابقة ، وهذا مانصت عليه المادة ٤٠٢ من القانون المدني

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٠٣ .

(٢) انظر : فتح القدير ٥/٩٣ .

السوري[1]، وهي :

« إذا وجد بالمبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً » .

وهذه المادة عبرت عن حالة النقص بالعجز ، كما أنها عبرت عن حق البائع في حالة واحدة فقط ، وهي حقه في دعوى تكملة الثمن ، وسكتت عن حقه في استرداد المبيع عيناً ، وكأنها قصدت أنها تدخل ضمناً

كما أن القانون حدد مدة التقادم بسنة واحدة، وهي مدة تقادم قصيرة ، وليست مدة سقوط ، كما كان في القانون المدني المصري القديم ، والفرق بين الحالتين أن مدة التقادم لا يوقف سريانها في حق فاقدي الأهلية ، ولو لم يكن لهم نائب شرعي أو قانوني ، لكن مدة التقادم قابلة للانقطاع كمدة السقوط[2] ، وقد حددت هذه المدة لكل من البائع والمشتري لممارسة حقه في رفع الدعوى للمطالبة به[3] .

وتبدأ مدة التقادم بالسنة من تاريخ تسليم المبيع فعلياً للمشتري ، ولا تبدأ من تاريخ العقد ، كما لا تبدأ من تاريخ التسليم الحكمي للمبيع ، لأن التسليم الفعلي هو الذي يهيىء أسباب العلم بحالة المبيع ، وكشف النقص أو الزيادة فيه ، ويتسنى للمشتري بشكل شبه قطعي لفحص المبيع ، والاطلاع عليه ، مع إعطائه مهلة سنة لرفع الدعوى ، فإن مضت السنة ، ولم يمارس البائع أو المشتري رفع الدعوى سقط حقه

---

(١) ويقابله المادة ٤٣٤ من القانون المصري ، والمادة ٤٢٣ من القانون المدني الليبي.

(٢) وفقا للمادة ٢/٣٧٩ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٢/٣٨٢ من القانون المدني المصري .

(٣) حددت المادة ٥٤٦ من القانون المدني العراقي مدة التقادم لرفع دعوى الزيادة او النقص في مقدار المبيع بثلاثة اشهر من تاريخ تسليم المبيع تسليماً فعلياً ، حسماً للنزاع في اقصر فترة وإقرارا للتعامل وللثقة المتبادلة بين الناس . (انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ١٦١) .

فيها ، سواء أطلع فعلا على النقص أو الزيادة ، وقصر في رفع الدعوى ، أم أهمل في كشف النقص أو الزيادة حتى انقضت السنة ، فإنه يتحمل نتيجة هذا الإهمال،وسوف نذكر بعد قليل كيفية التسليم ، والفرق بين التسليم الفعلي بوضع اليد والحيازة ، وبين التسليم الحكمي في القانون أو بموجب الاتفاق .

وإن سريان مدة التقادم من التسليم الفعلي يحقق عدالة للبائع والمشتري ، خلافاً لما كان معمولاً به في القانون المدني المصري القديم تبعاً للقانون الفرنسي ، الذي يقرر سريان مدة التقادم من وقت البيع ، مما يلحق بالمشتري غالباً أو بالبائع أحياناً عنتاً وإرهاقا ، مما لايسمح للمشتري في الغالب بالاطلاع على المبيع ، وكشف مقداره لمعرفة وجود زيادة فيه أو نقصان ، ولهذا كان موقف القانون محل انتقاد من شراح القانون ومن رجال القضاء ، حتى دفع بعض المحاكم إلى الخروج على النص ، واعتبار مبدأ سريان التقادم من التسليم الفعلي للمبيع[1] .

ولم يحدد الفقهاء المسلمون مدة التقادم لسقوط حق البائع أو المشتري في هذه الحالة ، ولذلك اجتهد القانون المدني الأردني في هذا الخصوص ، وقرر منع سماع دعوى فسخ العقد ، أو انقاص الثمن أو تكملته إذا انقضت سنة على تسليم المبيع ، وقد « وضع هذا الحكم رعاية لمصلحة المتخاصمين ، وعملا بقاعدة تخصيص القضاء ، واستئناساً بالمادة ٥٨ من المجلة التي تجعل التصرف على الرعية منوط بالمصلحة »[2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥٣ ، الوسيط ، السنهوري ٥٧٤/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٣٩٦ ، عقد البيع ، عامر ٢٤٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٦٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٣٣ .

(٢) المادة ٤٩٣ من القانون المدني الأردني، وانظر: المذكرة الايضاحية له ٥٠٣/١ .

الشعبة الثانية

كيفية تسليم المبيع

إن التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو أهم التزام عملي في عقد البيع ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام يكون بطرق متعددة وأساليب شتى ، وقد تختلف الأنظار في حصول التسليم أو عدم حصوله ، وأن بعض الطرق تحقق هذا الالتزام أم لا ، ولذلك عرض القانون لحقيقة التسليم ، وبين مفهومه ومضمونه ، ووضع بعض الأسس والضوابط لاعتباره ، وذلك في المادة ٤٠٣ ، التي تنص على مايلي :

« ١ ــ يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به ، دون عائق ، ولو لم يستولِ عليه استيلاءً مادياً ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع » .

« ٢ ــ ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

وهذه المادة بينت حقيقة التسليم ومضمونه ، ثم ذكرت طريقة التسليم ، وأنها تنقسم إلى تسليم حقيقي ، وتسليم اعتباري .

كما عرض القانون في نظرية الالتزام العامة زمان التسليم ومكانه ونفقات التسليم ، وهذا ما سنعرضه في هذه الشعبة .

أولا : حقيقة التسليم ومضمونه :

إن حقيقة التسليم هو أن يتم « وضع المبيع تحت تصرف المشتري » . وهذا يتضمن أن « يتمكن المشتري من حيازته ، والانتفاع به دون عائق » ، وذلك بأن يستولي عليه استيلاء تاماً ويستطيع استعماله متى شاء وكيف شاء بدون حائل

من البائع ، لأن المشتري لا يتمكن فعلاً من الانتفاع بالمبيع ، وتحقيق هدفه من عقد البيع إلا بعد حيازة المبيع ، ليستطيع التصرف به بمحض إرادته ، دون أن يقف عائق في طريقه ، كما يستطيع أن ينتفع بالمبيع بنفسه ، أو أن يستغله عن طريق غيره ، وكثيراً ما يعبر عن هذه الحالة بالحيازة أو وضع اليد .

وإن حقيقة تسليم المبيع يختلف بحسب طبيعة المبيع ، فإما أن يكون عقاراً أو منقولاً ، والمنقول إما أن يكون عينياً ومادياً ، وإما أن يكون معنوياً كحق التأليف ، وهو ما نفصله في طريقة التسليم الحقيقية أو الاعتبارية .

ثانياً : التسليم الحقيقي للمبيع :

يتم التسليم الحقيقي للمبيع ـ كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابقة ـ بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، متى أعلمه البائع بذلك .

وينطوي هذا التسليم الحقيقي على عنصرين :

١ ـ تمكين المشتري من المبيع بوضعه تحت تصرفه وحيازته ، ليستطيع الانتفاع به دون عائق من البائع أو من قبل غيره ، فيحول دون تمكن المشتري من الحيازة والانتفاع ، ويتم هذا التمكين ، ولو لم يستول المشتري على المبيع فعلاً ، لأن التسليم يتضمن اشتراكا من البائع والمشتري ، وأن التسليم واجب على البائع ويقابله واجب الاستلام من المشتري ، فإن قام البائع بواجبه فقد أدى التزامه وأبرأ ذمته متى وضع المبيع تحت تصرف المشتري ومكنه منه ، ولو لم يتسلمه المشتري بالفعل لتقصير منه أو تأخير أو إهمال .

٢ـ أن يتم التمكين ووضع اليد بإعلام المشتري بذلك ، وأن البائع قد وضع المبيع تحت تصرفه ، بأي شكل كان ، سواء تم شفهياً أو بصورة إنذار رسمي أو في صورة خطاب مسجل أو غير مسجل ، وبشرط أن يتم الإعلام من نفس البائع أنه وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، وذلك حسماً لكل نزاع محتمل ، كما يمكن أن

يكون الإعلام مفهوماً من دلالة الحال ، كما لو كان المبيع قطعة قماش ، فقبض البائع الثمن ، ثم لفها البائع في ورقة ووضعها أمام المشتري ، فلسان الحال يدل على أنه يعلمه بالتسليم .

وتمكين المشتري من وضع يده يختلف بحسب كون المبيع عقاراً أو منقولاً أو حقاً من الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية .

فإن كان المبيع عقاراً فيتم التسليم والتمكين بإخلائه والخروج منه ، وإخراج الأثاث والأمتعة من البيت وتسليم مفاتيحه إلى المشتري ، أو تسليم مفتاح المستودع، أو السماح للمشتري بدخول الأرض واستعمالها ، بعد إخراج مايخص البائع فيها من آلات ومواش ، وقد يحتاج تسليم الأرض والبيوت إلى استلام السندات والأوراق اللازمة ليستطيع المشتري من الانتفاع بها أو التصرف فيها .

وإن كان المبيع منقولاً فيتم تسليمه بمناولته للمشتري أو بوضعه أمامه أو نقله من محل البائع ، لتسليمه إلى المشتري أو من ينوب عنه أو إلى متعهد النقل عندما يكون البيع بالمراسلة بين غائبين ، وذلك بحسب اتفاق الطرفين على طريقة التسليم وإتمامه بمجرد تسليمه للنقل أو باتمام الشحن أو بوصول البضاعة إلى المشتري، فإن لم يكن هناك اتفاق خاص فقد حدد القانون المدني السوري أن التسليم لايتم إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري[1] .

وإذا كان المبيع حقاً من الحقوق المجردة كحق المرور فيكون تسليمه بتسليم سنده وأوراقه الرسمية كالرخصة في ممارسته ، كما يكون بالسماح للمشتري والترخيص له باستعمال الحق المبيع وإزالة مايحول بينه وبين استعماله ، أو تقديم المساعدة والأدوات لاستعماله .

---

(١) المادة ٤٠٤ ، ويقابلها المادة ٤٣٦ من القانون المدني المصري ، ونصها : «إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وإذا كان المبيع حقاً شخصياً كحوالة الحق أو حق التأليف والاختراع فيكون تسليمه بتسليم سند الحق وتسليم براءة الاختراع ، والموافقة مثلاً على نقل البراءة لاسم المشتري في سجل الملكية التجارية والصناعية[1] .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في معنى التسليم الفعلي والحقيقي للمبيع ، وأنه يشترط توفر العنصرين السابقين فيه من تمكين المشتري للمبيع ، ويسمى القبض أو وضع اليد أو التخلية ، وأن يتم التمكين والتخلية بإعلام من البائع للمشتري ، مع التفريق بين العقار والمنقول ، فيكون تسليم العقار بتخليته للمشتري وتمكينه من التصرف ، ويتم تسليم المنقول بتحويله أو نقله إلى حيز آخر ومراعاة العرف مع اختلاف بين المذاهب في التفصيلات[2] ، وقبض كل شيء بحسبه ، فإن كان مكيلا أو موزوناً ... فقبضه بكيله ووزنه ، وصرح الفقهاء أنه يصح قبض المبيع قبل نقد الثمن وبعده[3] .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ٢٦٣) أن « تسليم المبيع يحصل بالتخلية، وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع ، مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه » ، وبينت المجلة في المواد اللاحقة أنه « متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له » وأنه «تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع » ثم ذكرت أمثلة مختلفة

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥٩ ، الوسيط ، السنهوري ٥٨٩/٤، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٤١ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٢٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٣٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٤٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٢٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٦٦ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٧١/٢ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤ ، المغني ٨٥/٤، بلغة السالك ٦٦/٢ ، الروضة ٥١٤/٣ ، حاشية الدسوقي ١٤٥/٣ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣١٥/٢ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، وهبة الزحيلي ٢٠٨/١ ، الحيازة في العقود ، ص ٤١ ، بدائع الصنائع ٣٢٤٨/٧ .

(٣) انظر : المغني ٨٥/٤ ، ١٥٠ .

للتسليم الحقيقي في العقارات والمثليات والعروض .

وأخذ القانون الأردني بالتسليم الحقيقي ، وفصل بين التسليم الفعلي وبين التخلية ، واشترط إذن البائع ، وبين أن التسليم في كل شيء يكون بحسب طبيعته ، ويختلف باختلاف حاله[1] .

ثالثا : التسليم الاعتباري للمبيع :

لا يشترط دائماً أن يتم التسليم الفعلي والحقيقي للمبيع ، وهناك حالات كثيرة يعتبر فيها المشتري مستلماً للمبيع ، وتبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم ، وتترتب عليها نتائج الاستلام كلها ، ولو لم يقع التسليم الحقيقي ، وتسمى هذه الحالات بالتسليم الاعتباري .

والتسليم الاعتباري إما أن يكون باتفاق المتبايعين أو بحكم القانون .

١ ـ التسليم الاتفاقي :

وهو أن يعتبر التسليم تاماً بتراضي المتبايعين على طريقة معينة ، فيعتبر المشتري مستلماً متى حصلت الصورة المتفق عليها ، لأن الأصل في تنظيم التسليم وبيان أحواله وأحكامه في القانون إنما هو لتحقيق مصالح الطرفين ، وليس ذلك من النظام العام ، وكل صورة اتفق الطرفان عليها بالتراضي تكون صحيحة وسليمة بمقتضى القواعد العامة في القانون ويعتبر المشتري مستلماً فيها ، ولو لم يستلم بالفعل ، كما لو اتفق المتبايعان على تعيين مكان التسليم وزمانه ، وأنه إذا لم يحضر المشتري للاستلام فيعتبر مستلماً بحسب هذا الشرط ، وهذا مأخوذ من نص المادة ٤٠٤ « مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

والفقه الإسلامي يوافق القانون على حالة التسليم الاتفاقي ، لأنه تحقيق لإرادة

---

(١) المادة ٤٩٤ من القانون المدني الأردني ، وانظر: المذكرة الايضاحية ٢/٥٠٤، مرشد الحيران ، المواد ٤٤٠ ـ ٤٤٢ ، مجلة الأحكام ، المواد ٢٦٢ ـ ٢٦٤ .

المتعاقدين فيما لا يتعارض مع مقتضى البيع ولا يخالف نصاً شرعياً ، ويحقق مصلحة الطرفين ، ولذلك قررها القانون المدني الأردني (المادة ٤٩٦) ، وجاء فيه : « إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري مستلماً للمبيع في حالة معينة ... اعتبر التسليم قد تم حكما »[1] .

٢ ـ التسليم القانوني :

وذلك أن يعتبر القانون حالات معينة بمثابة التسليم للمشتري ، ولو لم يستلمه حقيقة ، سواء سبق للمشتري وضع اليد على المبيع أم لا ، وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة السابقة، وبينت صورتين للتسليم القانوني ، وهناك صور أخرى للتسليم الاعتباري القانوني تؤخذ من مواطن أخرى في القانون ، وهي :

١ ـ أن يكون المبيع في حيازة المشتري وتحت يده قبل البيع ، سواء كانت حيازته بسبب مشروع كالإعارة أو الإجارة أو الرهن أو الايداع من قبل البائع ، أم كانت بسبب غير مشروع كالغصب ، فإذا تم البيع بين الطرفين ، فيقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق ، ويعتبر المشتري مستلماً للمبيع بمجرد التراضي في العقد . (المادة ٢/٤٠٣) .

٢ ـ أن يستبقي البائع المبيع في حيازته بعد البيع بسبب مشروع يجيز له هذا الاستبقاء ، كما لو استبقاه في حيازته بسبب الايداع من المشتري أو تأجيره للبائع أو ارتهانه من المشتري للبائع (المادة ٢/٤٠٣) .

واشترط القانون في هذه الحالة ألا يكون استبقاء البائع للمبيع في حيازته بسبب اشتراطه تأخير انتقال الملكية على وفاء الثمن أو جميع الأقساط أو تعليقه على أمر آخر ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع ولم يخرج من يده ، فلا يعتبر بقاؤه في يد البائع استلاماً حكماً للمشتري .

٣ ـ إذا كان الثمن مستحق الأداء حالاً ، ولم يدفعه المشتري ، فيحق

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٠٤ .

للبائع أن يحبس المبيع لديه لأجل قبض الثمن المستحق ، وبما أن التأخير بسبب من المشتري ، فيعتبر في هذه الحالة مستلماً حكماً ، فلو هلك المبيع تحت يد البائع قضاء وقدراً فيكون هلاكه على حساب المشتري ، وتؤخذ هذه الصورة من المادتين ٤٢٧ ، ٤٢٨ من القانون المدني السوري .

٤ ــ إذا تخلف المشتري عن استلام المبيع فأعذره البائع للقيام باستلام المبيع، فلم يفعل ، فيعتبر المشتري حينئذ مستلماً حكماً ، وتترتب نتائج التسليم عليه ، فلو هلك في يد البائع بدون تقصير منه أو تعدٍ فإنه يهلك على حساب المشتري المادة ٤٠٥) .

٥ ــ إذا تم تسجيل البيع في السجل العقاري وعلى الصحيفة الخاصة للعقار المبيع ، فيكون التسجيل تسليماً قانونياً للعقار المبيع ، بالإضافة إلى اعتباره استكمالاً لشرط التسجيل وسريان أثر العقد العقاري على غير المتعاقدين ، وهذا اجتهاد لمحكمة التمييز السورية ، خلافا لما ذكرته المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري .

٦ ــ إذا هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بفعل المشتري أو تسببه،فإنه يعتبر مستلماً حكما ، ويثبت البيع ، ويلتزم المشتري بالثمن المسمى ، وهذه الحالة سكت عنها القانون ، ولكنها تؤخذ من القواعد العامة .

٧ ــ أضاف القانون المدني العراقي صورة أخرى للاستلام القانوني في المادة ٥٤٠ منه فقال : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه ، لغير البائع أو باعه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » فهنا وجدت حيازة فعلية وتسليم حقيقي للمبيع ، ولكن ليس للمشتري بل إلى شخص آخر تعاقد معه ، ولا مانع من الأخذ بهذه الصورة لأن الشخص الجديد قام مقام المشتري، ويعد نائباً عنه في تسلم المبيع ، ويكون استلام هذا الشخص استلاماً حقيقياً بالنسبة للعقد الثاني ، واستلاما حكميا بالنسبة للعقد الأول[1] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٦١ ، الوسيط ، السنهوري ٥٩٣/٤، =

والفقه الإسلامي ذكر التسليم الحكمي بإسهاب ، وعرض صوراً كثيرة له ، واعتبر حصول هذه الحالات تسليماً حكمياً للمبيع بمقتضى الشرع .

منها حالة هلاك المبيع أو اتلافه أو تعيبه بفعل المشتري أو تسببه ، والمبيع لا يزال في يد البائع ، فيكون ذلك قبضاً من المشتري ، ويثبت البيع ، ويتقرر الثمن على المشتري .

ومنها لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن فلا يكون معتبراً ، لكنه إن هلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبراً حينئذ . (المادة ٢٧٧ من مجلة الأحكام) .

ومنها لو بقي المبيع عند البائع بسبب لاحق ومشروع من المشتري ، كما لو أودعه إياه أو أعاره منه ، فيعتبر المشتري قابضاً ومستلماً حكما .

ومنها لو اتفق المشتري مع ثالث أجنبي على إيداع المبيع عنده أو إعارته منه، وطلب المشتري من البائع تسليمه للثالث ، فإن استلامه من الثالث يكون قبضاً واستلاماً حكميا من المشتري ، ويكون الثالث نائباً عنه في القبض والاستلام ، وهو ما ذكرناه عن القانون العراقي .

ومنها أن يتصرف البائع بالمبيع قبل التسليم بأمر من المشتري تصرفاً ينقص القيمة ، فيكون ذلك قبضاً واستلاماً من المشتري ، لأن البائع يعتبر وكيلا عن المشتري ، ويعتبر تصرف البائع كتصرف المشتري .

لكن إن أودع المشتري المبيع من نفس البائع أو أعاره له أو آجره منه ، فلا يكون ذلك قبضاً واستلاماً عند الحنفية ، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري، لثبوت يد الحبس للبائع أصالة ، فلا تثبت يد النيابة له ، وهذا ما يخالف فيه القانون الذي اعتبر هذه العقود صحيحة.

العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٠٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٢٩ ، العقود المسماة، الذنون ص ١٤٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٢٣، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص٢٤٣ .

ومنها لو جنى ثالث على المبيع في يد البائع ، فيخير المشتري بين فسخ العقد ، وبين ابقائه واتباع الجاني بالضمان عند الشافعي وأبي يوسف ، فإن اختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ، فيكون ذلك بمنزلة القبض والتسليم حكما ، خلافاً للإمام محمد الذي يعتبر الهلاك على حساب البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن .

وكذلك قرر الفقهاء قيام القبض السابق عن القبض اللاحق بشرط أن يكون القبض السابق بقوة القبض اللاحق أو أقوى منه لا دونه ، ويعتبرون قبض الضمان كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقبض الرهن عند الحنفية أقوى من قبض الأمانة ، كالمقبوض في الايداع والإجارة[1] .

وقرر القانون المدني الأردني هذه الحالات في القبض الحكمي ، وأنه « يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي » (المادة ٤٩٧)، « ويعتبر التسليم حكمياً أيضاً إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري ، وإذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة وإلا اعتبر متسلماً فلم يفعل » (المادة ٤٩٨)، واكتفى القانون بالنص على هذه الحالات من التسليم الحكمي[2] ، لأنها حالات جديدة لم يذكرها الفقهاء، وسكت عن بقية الحالات، ولعله يقصد في السكوت أن يحيل القضاة إلى كتب الفقه الإسلامي التي ذكرت هذه الحالات بتوسع ، ولا يقبل هذا العذر منه ، وكان المفروض أن يضع بعض القواعد التي تحدد التسليم

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٤٩/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤ ، فتح القدير ٢٦٥/٥ ، بلغة السالك ٦٨/٢ ، حاشية الدسوقي ١٤٧/٣ ، ١٥٠ ، مغني المحتاج ٦٦/٢، ٦٧، ٧٤، المغني ٨٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٦٥ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٢١٤/١ ، مرآة المجلة ١٢٨/١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٢٧٦ ــ ٢٧٧ ، المعاملات في الشريعة الإسلامية ، أبو الفتح ٣١٧/٢ ، مرشد الحيران ، المواد ٤٣٥ ــ ٤٣٧، ٤٤١ ، الروضة ٥٢١/٣ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٠٥/٢ .

الحكمي ، لأهميته وما يترتب عليه من نتائج مهمة للطرفين في تنفيذ البيع ، وآثار التسليم وعدمه في الضمان وغيره .

رابعاً : زمان تسليم المبيع :

من الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع تحديد الزمن الذي يجب فيه على البائع تسليمه ، وهذا ما بينه القانون المدني السوري في وقت الوفاء بالالتزام عامة ، فجاء في المادة ٣٤٤ ما يلي :

« يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك »[1] .

فهذه المادة تحدد وقت التسليم بوقت العقد ، فمتى انتهى الايجاب والقبول وأبرم العقد بين الطرفين فإنه يجب على البائع فوراً ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلا ، لكن إن كان الثمن حالا فيحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع وأن يحبسه عنده حتى يقوم المشتري بدفع الثمن الحال ، أو القسط الحال منه ، كما يؤخذ التزام البائع بتسليم المبيع فور العقد من (المادة ٤٣١) التي تبين وقت تسلم المبيع من المشتري « وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء » والتسلم والتسليم وجهان متقابلان لعمل واحد.

ويُحدد زمان التسليم بوقت العقد إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين بتحديد وقت التسليم في زمن معين ، فقد يتفق الطرفان على تأجيل تسليم المبيع إلى وقت لاحق ، فيعمل بموجب اتفاقهما ، سواء كان الثمن مدفوعاً في الحال أو كان مؤجلاً ، وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمنياً ، وإن اشتراط تأجيل التسليم لا يعني بحد ذاته تأجيل انتقال الحق المبيع إلى وقوع التسليم ، وإنما يقتصر الاشتراط على الالتزام بالتسليم فحسب ، إلا إذا كانت طبيعة المبيع تفرض ذلك ، كأن يكون المبيع من المثليات ، ولا يفرز إلا بتسليمه إلى المشتري ، فهنا يكون تأجيل التسليم موجباً

---

(١) نص القانون المدني العراقي صراحة على زمان تسليم المبيع بشكل خاص في المادة ٥٣٦ ، مع جواز اشتراط المشتري استلام العين المبيعة قبل دفع الثمن .

لتأجيل نقل الملكية المتوقفة على الإفراز .

فإن لم يوجد اتفاق في العقد لتأجيل التسليم فيعمل بالعرف لتحديد وقت التسليم ، إن وجد عرف يقضي بإمهال البائع بتسليم المبيع بعض الوقت إلى زمن محدد ، كما هو الحال في المعاملات التجارية .

والخلاصة أن الأصل في زمان تسليم المبيع هو اتفاق الطرفين ، وإلا فالعرف، وإلا فيكون التسليم فور العقد مباشرة[1] .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في المبدأ الأصلي لوقت تسليم المبيع ، كما يتفق القانون مع بعض المذاهب الإسلامية في جواز اشتراط تأجيل التسليم إلى وقت لاحق .

والقاعدة في الفقه الإسلامي أن يتم في البيع المطلق دفع الثمن وتسليم المبيع فور العقد مباشرة ، على أن يبدأ المشتري بدفع الثمن ، ويحق للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن الحال أو القسط المعجل منه ، عند الجمهور ، فإن كان الثمن مؤجلاً فيجب على البائع المبادرة بتسليم المبيع فور العقد ، وهذا ما نصت عليه عدة مواد في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، ثم وردت مادة صريحة في مرشد الحيران تقرر أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع حيث كان وقت العقد »[2] .

أما الاتفاق بين المتبايعين على تأجيل تسليم المبيع بعد دفع الثمن ، فقد اختلفت الأنظار الفقهية فيه .

---

(١) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٣٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤١٣ ، الوسيط ، السنهوري ٥٩٨/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٧٠، عقد البيع ، عامر ص ٢٢٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٥٦ .

(٢) المادة ٤٤٢ من مرشد الحيران ، وقال الحنابلة : ليس للبائع حبس المبيع لقبض الثمن ، ويجبر البائع على التسليم .

(انظر : المغني ٨٦/٤ ، ١٤٩) .

فذهب الحنفية في الرأي الراجح عندهم أنه « لا يصح للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه ، سواء كانت مدة الأجل معلومة أو مجهولة ، طويلة أو قصيرة ، بل يفسد العقد ، لأن هذا الشرط فاسد ، وهو إذا اقترن بالعقد أفسده »[1] .

وقد سكتت مجلة الأحكام العدلية على هذا الاشتراط بينما نص عليه المرحوم قدري باشا ، فقال : « ولو شرط البائع في عقد البيع تأجيل المبيع وتسليمه للمشتري في وقت كذا يفسد البيع ... »[2] .

وقال الحنابلة بأن تسليم المبيع يتم إما فور العقد ، وإما باتفاق الطرفين ، فقال ابن القيم : « وقد يكون للبائع غرض صحيح ، ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع، كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة ، فكيف يمنع الشارع ما فيه مصلحة له ولا ضرر على الآخر فيها » ثم قال : « ولو لم ترد السنة بهذا لكان محض القياس يقتضي جوازه » ثم قال : « واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه »[3] .

وجاء القانون المدني الأردني بنص يتفق مع القانون المدني السوري ، وأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك »[4] .

فأجاز الاتفاق على تأخير تسليم الالتزام ، ولم يبين مرجعه في ذلك ، وأنه خالف المذهب الحنفي ، ولكن يتفق قوله مع المذهب الحنبلي ، وأضاف أمراً جديداً ، وهو أن يرد نص شرعي أو قانوني يحدد وقت الوفاء فإنه جائز ، كما لو

---

(١) المعاملات في الشريعة الإسلامية ، أبو الفتح ٣١٨/٢ .

(٢) المادة ٤٤٥ من مرشد الحيران ، وجاء في هامشه : « نقله في الهندية من الباب العاشر من البيوع في أوسطه ، وفي رد المحتار من كتاب البيوع أيضا . اهـ » .

(٣) أعلام الموقعين ٤٦٤/١ ـ ٤٦٥ .

(٤) المادة ٣٣٤ من القانون المدني الأردني .

وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحتم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط ، ولم يشر القانون الأردني إلى الرجوع إلى العرف لتحديد وقت التسليم[1] .

خامساً : مكان تسليم المبيع :

تطبق القواعد السابقة في زمان تسليم المبيع على مكان تسليم المبيع ، فالأصل أن يكون التسليم بحسب اتفاق الطرفين في تحديد المكان الذي سيتم فيه تسليم المبيع ، فإن لم ينص العقد على اتفاق خاص فيرجع إلى العرف في تحديد مكان التسليم ، فإن لم يوجد عرف فتطبق القواعد العامة في تحديد مكان الوفاء بالالتزامات ، وهو مكان وجود المبيع وقت نشوء الالتزام إذا كان المبيع معيناً بالذات ، وإلا فيكون مكان التسليم هو موطن المدين وقت الوفاء ، وهو نص المادة ٣٤٥ :

« ١ ــ إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » .

« ٢ ــ أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال »[2] .

ولكن القانون المدني السوري أكد مكان تسليم المبيع عند بيانه التزام المشتري

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/٣٧٩ .

(٢) ويقابلها نص المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري ، بينما نص القانون المدني العراقي على مكان تسليم المبيع خاصة في التزامات البائع في المادة ٥٤١ منه وأن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو فيه وقت التعاقد ، وإذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع، وانه إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزم تسليمه في المحل المذكور . (انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ١٦٥) .

بالتسلم في المادة ٤٣١ ، كما سنرى ، والتي أوجبت على المشتري تسلم المبيع « في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً لتسلمه » وهذا تطبيق للقاعدة العامة في مكان وفاء الالتزامات .

كما حدد القانون المدني السوري بشكل خاص في التزامات البائع مكان تسليم المبيع إذا كان معداً للتصدير ، فنصت المادة ٤٠٤ منه على أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلايتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

ويظهر من تحليل هذه النصوص أن مكان تسليم المبيع يتحدد كما يلي :

١ ــ إذا كان المبيع معيناً بذاته فيكون مكان تسليمه في المكان الموجود فيه وقت العقد ، وهو محل إقامة البائع غالباً ، أو في مكان آخر كالمحل أو المستودع أو البستان أو غيرها ،ويجب على المشتري في هذه الحالة القيام بتسلم المبيع في هذا المكان، وأن يتكفل بكل مايحتاج إليه التسلم هناك من مصاريف ونفقات وغيرها،مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك .

٢ ــ إذا كان المبيع معيناً بالنوع فيتحدد مكان تسليمه في موطن إقامة البائع أو مركز إدارة أعماله إذا كان المبيع متعلقاً بهذه الأعمال ، والسبب في تحديد هذا المكان أن المبيع المعين بالنوع يثبت ديناً في الذمة ، وأن الدين يطلب من المدين ، ولا يحمل إلى الدائن، فالدين مطلوب لا محمول ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك .

٣ ــ إذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري إلى مكان غير المكان الذي يوجد فيه المبيع ، كبضائع تشحن إلى المشتري ، فيكون مكان التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أي عند التفريغ ، وهو مكان موطن المشتري الدائن غالباً، وليس مكان موطن البائع المدين ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك ، كأن يكون التسليم عند الشحن أو غيره[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٥٩٩/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص =

أما مكان تسليم المبيع في الفقه الإسلامي فإنه يتفق مع معظم القواعد القانونية السابقة ، وأن مكان تسليم المبيع يكون حيث كان المبيع وقت العقد إلا إذا وجد اتفاق من المتبايعين على غير ذلك ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٨٥ من مجلة الأحكام العدلية : « مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ » ونص مرشد الحيران على هذا الحكم ، وأضاف « ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد »[١] .

لكن الفقه الإسلامي يخالف القانون في نقطة ، وهي إعطاء المشتري الخيار إذا كان لايعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده ، فله الخيار إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ، واستلم المبيع حيث كان موجوداً[٢] ، وذلك رفعاً للحيف والغبن والظلم الذي قد يقع بالمشتري لوجود المبيع في مكان بعيد ويحتاج نقله إلى صعوبة أو مصاريف كثيرة بحيث لو علم به المشتري وقت العقد لما رضي بذلك ، وهذا من مقتضيات العدالة التي تحمي المشتري ، لأنه قد وقع في غلط ، وإن لم يكن جوهرياً ، ولكنه يؤثر على رضاه غالباً ، فإن كان عالماً بمحل المبيع وقت العقد فلا خيار له .

أما القانون المدني الأردني فقد أخذ بالأحكام المشابهة للقانون المدني السوري تماماً في القواعد العامة ، ثم ذكر الاستثناء الذي ورد في الفقه الإسلامي بمنح المشتري الخيار عند عدم علمه بمكان المبيع وقت التعاقد عند بحثه التزامات المشتري (المادة ٥٢٥) ، وأحالت المذكرة الايضاحية في بحث محل تسليم الالتزام إلى مجلة الأحكام العدلية ، في مكان تسليم المبيع ، ومنه إعطاء المشتري الخيار[٣] .

=
٢٧٠ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤١١ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٢٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٣٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٥٦ .

(١) المادة ٤٤٢ من مرشد الحيران .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٨٦ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٤٣ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣١٨/٢ ، الحيازة في العقود ص ٢٣٨ .

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٣٨٠/١ ، والمادة ٣٣٦ منه ، والمذكرة الايضاحية ٥١٤/٢ .

وأضاف القانون المدني الأردني نصاً خاصاً لتحديد مكان تسليم المبيع في البيع المطلق كما هو الشأن في المجلة ومرشد الحيران ، وهو محل وجود المبيع وقت العقد ، ثم بين حكم المبيع المتفق على تصديره أو يقتضي العرف إرساله إلى المشتري ، فلا يتم تسليمه إلا في مكان إيصاله إلى المشتري ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ، لكن سكت أيضاً عن منح المشتري الخيار بفسخ البيع أو إمضائه إذا لم يكن يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده[1] ، لأنه ذكره في التزامات المشتري .

سادساً : نفقات التسليم :

إن تسليم المبيع التزام على البائع ، وذلك بوضعه تحت تصرف المشتري ، وقد يحتاج تنفيذ هذا الالتزام إلى نفقات ومصاريف ، وهذه النفقات يتحملها البائع، لأنها تترتب على تنفيذ التزامه بالتسليم ، وهذا مانصت عليه المادة ٣٤٦ من القانون المدني السوري في أحكام الوفاء بالالتزامات عامة[2] ، ونصها :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»

وجاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مادة تنص على أن « نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » ثم حذفت هذه المادة من لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة[3] ، لكن القانون المدني العراقي نص عليها[4] .

فالبائع مدين بالتسليم ، ويجب عليه الوفاء بذلك ، فيتحمل النفقات اللازمة لتحقيق التسليم ونقله إلى المشتري ، ثم يتحمل المشتري بعد ذلك نفقات الاستلام ونقله إلى حيازته والمكان الذي يريده كما سنرى ذلك في التزامات المشتري ، (المادة ٤٣٢ من القانون المدني السوري) .

---

(١) المادة ٤٤٩ من القانون المدني الأردني ، وانظر : المذكرة الايضاحية ،له ٢/٥٠٥

(٢) ويقابلها المادة ٣٤٨ من القانون المدني المصري .

(٣) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٧٤ .

(٤) انظر : العقود المسماة ، الدنون ص ١٦٦ .

وتشمل نفقات التسليم الواجبة على البائع مصروفات الإفراز في الوزن والمقاس والكيل والعد إذا احتاج المبيع لها ، كما تدخل مصروفات إعداد المبيع للتسليم مثل حزمه ونقله إلى مكان التسليم ، ومن ضمن ذلك اجرة الشحن وتكاليف التصدير إذا كانت البضاعة مصدرة، وكان التسليم عند وصول البضاعة للمشتري، كما سبق بيانه، وكذلك نفقات تسليم مستندات التملك ، ومفاتيح المنزل أو البناء ونفقات إخلاء العين المبيعة ، ونفقات محو الرهن عن العقار إن وجد .

وجميع هذه الأحكام تفسيرية في القانون ، ولا يرجع إليها إلا عند عدم الاتفاق أو وجود العرف المخالف لها ، فإن حصل الاتفاق على نفقات التسليم فالأمر بحسبه، وإذا لم يوجد اتفاق ووجد عرف يجعل مصروفات المبيع على المشتري أو مناصفة بين المتبايعين فيعمل به[1] .

وقد وافق القانون المدني الفقه الإسلامي في تقرير نفقات التسليم على البائع ، فنصت المادة ٢٨٩ من مجلة الأحكام العدلية أن « المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده ، مثل أجرة الكيال للمكيلات ، والوزان للموزونات المبيعة ، فإنها تلزم البائع وحده» ، كما نصت المادة ٤٦٥ من مرشد الحيران على مثل ذلك «على البائع مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه »[2] .

ونص ابن قدامة في « المغني » أن أجرة الكيال والوزن على البائع ، لأن القبض لا يحصل إلا بذلك ، وأما نقل المبيع فهو على المشتري[3] .

لكن مجلة الأحكام العدلية نصت على أن « الأشياء المبيعة جزافاً مؤنتها

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٠١/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٧٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٢٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٥٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٤١ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤١٤ .

(٢) وانظر المادة ٣٥٢ من مرشد الحيران التي ذكرت مصاريف البيع ايضاً .

(٣) انظر : المغني ٨٦/٤ ، وانظر : مغني المحتاج ٧٣/٢ ، كشاف القناع ٢٣٥/٣، بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ ، فتح القدير ١٠٨/٥ ، المعاملات،ابو الفتح ٣١٩/٢ ، الروضة ٥١٩/٣ ، الحيازة في العقود ص٢٤٢ ، بلغة السالك ٦٦/٢ ، حاشيةالدسوقي ١٤٤/٣ .

ومصاريفها على المشتري مثلا لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشتري ... » وهذه المادة تخالف القانون المدني الذي قرر تحميل البائع مصروفات التسليم مطلقاً ، سواء كان البيع بالتقدير أو جزافاً ، إلا إذا كان العرف يقضي بغير ذلك ، فتكون المصاريف على المشتري بحسب العرف ، وهو ماأقره القانون كما سبق .

أما القانون المدني الأردني فقد أخذ بالمبدأ العام في الفقه الإسلامي ، وفي مجلة الأحكام العدلية ، بأن تكون نفقات التسليم على البائع ، ولم يفصل بين كون البيع جزافاً أو غيره ، بل ذكر القانون المدني الأردني هذا الحكم في القواعد العامة في الوفاء بالالتزامات مطلقاً ، وجاء نصه مطابقاً للنص القانوني في مصر وسورية ، مع مراعاه الأحكام الخاصة بالقوانين والاتفاق بالتراضي بين المتبايعين ، فقال في المادة ٣٣٨ منه : « تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك » وبينت المذكرة الايضاحية بأن تكون نفقات الوفاء كنفقات الإرسال أو المخالصة أو الشيك أو إذن البريد على المدين مالم يتفق على خلاف ذلك[1] ، ثم نص بشكل خاص على نفقات التسلم والتسليم في التزامات المشتري وبين أن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع مالم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك[2] .

الشعبة الثالثة

نتائج تسليم المبيع وعدمه

قلنا إن تسليم المبيع من أهم الالتزامات المترتبة في البيع ، وهذا الالتزام مفروض على البائع قانوناً وشرعاً ، ويترتب على تنفيذ هذا الالتزام نتائج مهمة ، كما يترتب على عدم تنفيذه نتائج أهم ، وهذا مانفصله في هذه الشعبة .

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/٣٨١ .

(٢) انظر : المادة ٥٣١ من القانون المدني الأردني ، والمذكرة الايضاحية ٢/٥١٧ .

أ ـ نتائج تسليم المبيع :

يكون المبيع غالباً وقت العقد تحت يد البائع ، ويلتزم بمقتضى عقد البيع أن يقوم بتسليم المبيع المتفق عليه بحالته التي كان عليها وقت العقد من ناحية المقدار والأوصاف ، وما يتبعه من ملحقات وثمار ، كما سبق في الشعبة الأولى ، كما يجب على البائع أن يقوم بتسليم المبيع بالكيفية والطريقة والزمان والمكان والنفقات التي شرحناها في الشعبة الثانية .

فإذا قام البائع بتسليم المبيع ، ونفذ الالتزام الذي عليه فينقضي هذا الالتزام ويتحقق الهدف منه ، وتترتب آثار مهمة على ذلك ، منها أن ينتقل الحق المبيع من البائع إلى المشتري إذا تطابق الإفراز مع التسليم في الأموال المثلية ، ويتكرس حق المشتري بالمبيع ، فيحول التسليم بين البائع وبين التصرف بالمبيع بأي صورة من صور التصرف أو انتقال المبيع من البائع إلى غير المشتري ، إما بسبب صحيح كالإرث أو الوصية ، أو بسبب غير صحيح ، ولكن يتحقق الأثر على المبيع ، كالهبة من البائع أو بيع المبيع مرة ثانية ، فإن كان المبيع منقولاً تملكه الغير بالحيازة إذا كان حسن النية، وبالتقادم المكسب بمضي خمس عشرة سنة إذا كان سيء النية ، وإن كان المبيع عقاراً ، ولم يسجل في السجل العقاري ، فيتملكه الغير بالتقادم المكسب بمضي خمس سنوات إذا كان حسن النية ، وبمضي خمس عشرة سنة إذا كان سيء النية ، أما إن تم التسليم الحقيقي أو الحكمي للمشتري فتمتنع كل هذه التصرفات ، ويتحدد حق التصرف بالمبيع بالمشتري ، ويمنع اكتساب الغير حقاً عليه بفعل البائع ، ويجعل المبيع تحت سلطة المشتري في التصرف والاستغلال والانتفاع وترتيب الحقوق عليه .

كما أن تسليم المبيع للمشتري ينقل تبعة هلاك المبيع بشكل كامل من البائع إلى المشتري ، وأن كل مايصيب المبيع من تلف أو هلاك أو تعيب أو نقص أو زيادة يقع على عهدة المشتري ضمانه ، دون أن يكون البائع مسؤولاً عن شيء من ذلك إلا ما يصدر عنه من أفعال مباشرة .

ويتفق هذا مع الفقه الإسلامي الذي يلزم البائع بتسليم المبيع ، فإن قام البائع بالتسليم فقد برئت ذمته ، وأدى واجبه ، وانتقلت مسؤولية المبيع إلى المشتري، وهذا ماذكرته مجلة الأحكام العدلية في المادة ٢٩٤ ونصها :

« إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ، ولا شي على البائع » .

أما قبل التسليم فإن تبعة هلاك المبيع وضمانه يقع غالباً على عهدة البائع ، سواء كان هذا الهلاك جزئياً أو كلياً ، وسواء كان بفعله أو بفعل غيره أو كان قضاء وقدراً ، كما سنرى في الفقرات التالية .

ب ـ نتائج عدم تسليم المبيع :

إن عدم تسليم المبيع إلى المشتري قد يكون مشروعاً في بعض الحالات ، وذلك إذا قام بحبس المبيع عنده بقصد استيفاء الثمن الحال ، أو استلام القسط المعجل من الثمن ، أو استلام القسط الأول المتفق عليه في الحال بين المتعاقدين ، لأن حبس المبيع حق للبائع ، ومؤيد قانوني وشرعي لاستلام الثمن ، ويترتب على عدم التسليم في هذه الحالة آثار خاصة ، سوف ندرسها في التزام المشتري بدفع الثمن .

أما إذا حبس البائع المبيع عنده بسبب غير مشروع ، ولم يقم بتنفيذ التزامه ، ولم يسلم المبيع إلى المشتري بمقتضى القواعد والأسس السابقة فإنه يترتب عليه نتائج كثيرة ، وآثار مهمة .

وتختلف النتائج والآثار بحسب السبب المانع من التسليم ، فقد يكون استنكافاً وامتناعاً من البائع ، وقد يكون بسبب هلاك المبيع كلياً أو جزئيا ، وقد يكون الهلاك بسبب البائع أو فعله أو بفعل المشتري أو تسببه ، وقد يكون قضاء وقدراً ، وقد يكون بفعل أجنبي أو تسببه ، ولكل حالة أحكام خاصة .

اولا : امتناع البائع عن التسليم :

إذا كان المبيع واجب التسليم ، وامتنع البائع عن تسليمه بدون مسوغ أو سبب مشروع ، فإنه يعتبر مقصراً في القيام بواجبه ، ومخلا بتنفيذ التزامه ، ويبقى المبيع

في هذه الحالة تحت عهدته وضمانه ، وتقع عليه مسؤولية المبيع من تلف أو هلاك أو تعيب أو غيره ،وتطبق على البائع المبادىء العامة في نظرية العقد لعدم وفائه بالتزامه بمقتضى المادة ١٥٨ من القانون المدني ، ونصها :

« ١ ــ في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ، إن كان له مقتضى » •

« ٢ ــ ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً ، إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوزله أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » •

فهذه المادة تحدد آثار امتناع البائع عن تسليم المبيع ، وتمنح المشتري بعد إعذار البائع الخيار بين التنفيذ أو الفسخ ، فيكون له الحق بالمطالبة بتنفيذ العقد ، تنفيذاً عينياً ، بإجبار البائع على تسليم المبيع إذا كان معيناً بالذات ، ووضع يد المشتري عليه ، وإذا كان المبيع مثلياً ، سواء قام البائع بإفرازه أو لم يقم ، فيحق للمشتري أن يحصل على مثله من الأسواق ولو كان بثمن يفوق الثمن المتفق عليه ، ويكون ذلك على نفقة البائع ، وبعد استئذان القاضي بذلك ، وبدون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يكون للمشتري الحق بالمطالبة بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه • ويحق للقاضي أن يمنح البائع أجلاً لتسليم المبيع إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز للقاضي أن يرفض طلب فسخ العقد إذا سلم أكثر المبيع، وبقي جزء منه عند البائع ، فإن تمّ فسخ البيع عاد المتبايعان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيسترد المشتري مادفعهمن الثمن ، كلياً أو جزئياً ، ويسترد البائع ماسلمه من المبيع ويحق للمشتري في حالتي التنفيذ العيني أو فسخ البيع أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر ، أو لحقه من إيذاء ، ويكون مصدر التعويض حالة الفسخ خطأ البائع أو تقصيره •

ويعود للقاضي سلطة البت في إجابة طلب المشتري في فسخ البيع أو الموافقة على

التنفيذ العيني للبيع ، وله السلطة في تقدير التعويض للمشتري عما أصابه من ضرر من إخلال البائع بالتزامه[1] .

وفي الفقه الإسلامي يحق للبائع أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن كله إذا كان حالاً ، أو لاستيفاء المعجل منه ، أو لاستلام القسط الحال ، عند الجمهور خلافاً للحنابلة[2] .

ومتى سلم المشتري الثمن وجب على البائع تسليم المبيع ، فإن امتنع عن تسليم المبيع ، فإنه يجبر عليه قضاء[3] .

ثانياً : هلاك المبيع كلياً بآفة سماوية :

إذا تمّ عقد البيع ، وتأخر تسليم المبيع إلى المشتري ، ثم هلك المبيع قضاء وقدراً بآفة سماوية أو جائحة إلهية ، ولم يكن للبائع أو المشتري أو غيرهما علاقة بهلاك المبيع ، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق البائع ، وتهلك من حسابه ، لأن المبيع لايزال تحت يده ، وأنه ملتزم بتسليمه ، ولم يتم ذلك ، وأن المشتري التزم بدفع الثمن في مقابل الحصول على المبيع ، وهنا لم يحصل عليه ، ولم يضع يده عليه ، وأن ملكيته لاتخلص له فعلاً إلا عند التسليم ، فلا يتحمل نتيجة هلاكه ، سواء انتقلت ملكيته إلى المشتري ، وهو الغالب والأصل ، أم هلك المبيع قبل انتقال ملكيته من

---

(١) وهذا ماانظمته القواعد العامة في نظرية العقد في القانون المدني السوري ، المواد ١٦١ ، ١٦٨ ، ٢٠٤، ٢٠٦ ، ٢١٠ ، ٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ .

وانظر :الوسيط ، السنهوري ٦٠٣/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٦٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٦٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ١٧١ ، المادة ٤٥٢ من مرشد الحيران ، حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤ ، المغني ٨٦/٤ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٢٢٧/٣ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٦١ .

البائع ، كما لو هلك قبل إفراز المال المنقول المثلي ، أو قبل تسجيل العقار في السجل العقاري .

وفي هذه الحالة ينفسخ العقد بين المتبايعين من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه ، ويسقط الثمن عن المشتري ، ويسترده إن كان قد دفعه سابقاً [1] .

أما إذا بقي المبيع في يد البائع بسبب مشروع ، كحبسه للمبيع لقبض الثمن ، أو أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع ،ولم يستلمه، فهلك تحت يد البائع قضاءً وقدراً ، فإنه يهلك على حساب المشتري ، وهذا مانصت عليه المادة ٤٠٥ من القانون المدني السوري .

« إذا هلك المبيع قبل التسليم ، لسبب لايد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » .

ويعتبر المبيع من وقت الإعذار في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإن هلك قبل التسليم الفعلي فيكون هلاكه على المشتري لا البائع [2] .

وقد وافق القانون المدني السوري ، وأصله المصري ، رأي الجمهور في الشريعة الإسلامية في ربط تبعة هلاك المبيع بتسليمه ووضع اليد عليه ، لا بملكيته ، خلافا للقانون المدني الفرنسي الذي يربط تبعة هلاك المبيع بنقل ملكيته ، أخذاً من القانون الروماني الذي يجعل هلاك الشيء على مالكه ، ويكون هلاك المبيع في حالة عدم تسليمه بعد العقد على حساب المشتري الذي انتقلت إليه ملكية المبيع

---

(١) المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٣ ، الوسيط ، السنهوري ٦١١/٤ ، ٦١٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٥٨ ، ٢٦١، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٢٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٧٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٤٩ .

إما بالعقد مباشرة أو بمجرد الإفراز أو التسجيل بالسجل العقاري ، ولو لم يستلمه فعـلا .

والحكم واحد سواء تلف المبيـع بيد البائع بآفـة سماوية أو بتقصير البائـع أو بفعله ، في الأظهر عند الشافعية ، وفي قول آخر لهم أن البائع إن أتلف المبيـع فيضمن القيمة ، ويتقاص مع المشتري بالثمن .

وقد صرحت مجلة الأحكام العدلية على أن تبعـة هلاك المبيـع على البائع قبل تسليمه ، ونصها « المبيـع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري »[1] .

كما بين الفقهاء تبعـة الهلاك في حالة سوم الشراء ، وهو الذي يأخـذ فيه الشخص المبيـع لتجربته ، فإن اتفق الطرفان على الثمن ، ثم هلكت العين فيكون الهلاك على حساب المشتري ، وإذا لم يُسَمّ في الاتفاق ثمـن ، وهلكت العـين فإنها تهلك على حساب البائع ، ويكون أمانة في يد المشتري ، فلايضمنه إلا بالتعدي أو التقصير ، وهذا ما أخذ به القانون المدنـي الأردني ، ونص عليـه في التزامات المشتري (المادة ٥٢٧) .

أما ما يقبض على سوم النظر ، بأن يبقـى الطرفان في دور المفاوضة ، فيكون أمانة في يد القابض ، ولا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير ، وهذا ما أخذ به القانون

---

(١) انظر : مرآة المجلة ١/١٣٥ ، ١٣٧ ، بدائع الصنائع ٧/٣٢٣٥ ، ٣٢٨٩ ، المغني ٤/٨٢ ، الروضة ٣/٤٩٩ ، المجموع ٩/٢٣٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٢٠٣ ، مغني المحتاج ٢/٦٥ ، ٦٧ ، المهذب ١/٣٠٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٧٥ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٦١٢ ، الحيازة في العقـود ص ١٩٣ ، العقـود المسماة ، الذنون ص ١٧٦ ، ١٧٨ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٥٨ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٦٠ ، ٥٦٦ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٣٢١ .

وقـارن : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٨١ ، فإنهما يريان أن تبعة الهلاك على البائع بحسب القواعد العامة في القانون المدني ، وليست مستمدة مـن الفقه الإسلامي ، والواقع أن تبعة الهلاك مستمدة من الفقه الإسلامي مع اتفاقها مع القواعد العامة للقانون في الانفساخ .

المدني العراقي في المادة ٥٤٨ منه ، مستمدا إياه من الفقه الإسلامي[١] .

وفرق الحنابلة والمالكية بين البيع على مكيل أو موزون أو معدود فإن تلف قبل قبضه فيكون على حساب البائع ولا يدخل في حساب المشتري إلا بقبضه ، وبين ما عدا المكيل والموزون والمعدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه ، ولا يحتاج إلى قبض ، وإن تلف قبل القبض فهو من مال المشتري ، لأن نماءه للمشتري فهلاكه عليه ، فالخراج بالضمان[٢] .

وأكد المالكية أن ضمان المبيع قبل القبض ينتقل إلى المشتري بنفس العقد إلا في مواضع محددة كالمكيل والموزون والمعدود ، وقال الظاهرية : بأنه على المشتري مطلقا[٣] .

ثالثا : هلاك المبيع جزئيا بآفة سماوية :

إذا هلك المبيع هلاكاً جزئيا قضاء وقدراً ، بقوة قاهرة ، أو حادث فجائي ، قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، فإن تبعة الهلاك الجزئي تقع على البائع ، لأن البائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، فإذا لم يقم به كان مسؤولا عنه ، كحالة الهلاك الكلي .

ويثبت للمشتري الخيار ــ كما سبق ــ بين فسخ البيع وبين انقاص الثمن بما يتناسب مع الجزء الهالك أو نقص القيمة ، دون أن يكون له حق في التعويض ،

---

(١) انظر : مجلة الأحكام ، المادتان ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٧٣، ٥٧٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٧٨ ، المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ٢/٥١٥، الحيازة في العقود ص ٢٠٦ .

(٢) انظر : المغني ٤/٨٢ ، ٨٤ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٣ ، بلغة السالك ٢/٦٥ ، ٦٦ .

(٣) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٧٣ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٤ ، الحيازة في العقود ص١٩٤ .

لأن التلف أو النقص قد حدث بقوة قاهرة ، ولا يد للبائع فيها ، ولكن القانون المدني أضاف في هذه الحالة شرطاً جديداً ليحق للمشتري طلب الفسخ ، وهو أن يكون النقص جسيماً في المبيع ، وحدد مقدار النقص الجسيم بمعيار شخصي ، بأن يخل بغرض المشتري ، بحيث لو وقع قبل العقد ، واطلع عليه لما أقدم على العقد ، وهذا ما نص عليه في المادة ٤٠٦ :

«إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع ، إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تمّ البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » .

فلو كان النقص يسيراً ، بحيث لو كان موجوداً قبل العقد لما منع المشتري من إتمام العقد ، فلا يحق له فسخ البيع ، ويقتصر حقه على إنقاص الثمن ، بمقدار حصته من الهلاك أو التلف أو النقص[1] .

وكذلك يمتنع على المشتري طلب فسخ البيع إذا رتب على المبيع حقاً عينياً للغير حسن النية ، سواء كان النقص جسيماً أم يسيراً[2] .

ويعفى البائع من تحمل تبعة الهلاك الجزئي إذا وقع على المبيع في يد البائع بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع، ولم يستلمه ، أو إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لاستيفاء الثمن[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٤ ، الوسيط ، السنهوري ٦١٧/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٢ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٢٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥١ .

(٢) كان الحكم في القانون المصري القديم أن المشتري مخير بين فسخ البيع ، وبين ابقائه مع دفعه كل الثمن ، دون نقص .

انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٧٨/٤ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦١٨/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٢٩، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٥ .

والفرق بين هلاك المبيع بآفة سماوية كلياً أو جزئياً ، أنه في الهلاك الكلي ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون ، أما في الهلاك الجزئي فلا ينفسخ إلا بحكم القاضي ، وبشرط أن يكون جسيماً .

وفي الفقه الإسلامي يتحمل البائع تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة الذي يقع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري ، إذا وقع قضاء وقدراً بآفة سماوية ، ويكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين إنقاص الثمن بمقدار النقص للمبيع ، لأن فيه تفريقاً للصفقة ، سواء كان النقص يسيراً أم جسيماً ، وهو ما أخذ به القانون العراقي الذي لم ينص على قيد النقص الجسيم ، وترك الأمر للقاضي في إبقاء العقد أو فسخه[1] .

قال الكاساني : « والمشتري بالخيار في الباقي ، إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الصفقة قد تفرقت عليه »[2] .

ولكن الحنفية فرقوا في حالة هلاك المبيع جزئياً بين نقصان القدر فيكون حكمه كالسابق ، وبين نقصان الوصف ، وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية ، ففي هذه الحالة لا يفسخ البيع ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ، لأن الأوصاف عندهم لا يقابلها شيء من الثمن ، ويكون النقص بمثابة عيب في المبيع قبل القبض ، فيخير المشتري بين أخذه بجميع الثمن ، وبين تركه للعيب[3] .

وإذا كان النقص والاتلاف بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ورجع على الجاني بضمان النقص ، وإن شاء ترك البيع ، وسقط عنه

---

(١) انظر : مرآة المجلة ١/١٣٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٧٩ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٢٠٤ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٣٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣٢٣٨ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٧/٣٢٣٨ ، ٣٢٣٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٦٦ ، الحيازة في العقود ص ١٩٩ .

جميع الثمن ، ويرجع البائع على الجاني بالأرش والضمان [1].

وخالف الحنابلة والشافعية في ذلك وقالوا إذا تعيب المبيع في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي ، فيكون المشتري مخيراً بين قبوله ناقصاً بجميع الثمن ، ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن[2] .

لكن قال الشافعية إن حصل النقص على المبيع بما يتحقق معه تفريق الصفقة كأن يشتري سيارتين في عقد فتلفت إحداهما قبل القبض فيثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد واسترداد الثمن، وبين انقاص الثمن بمقدار نقص المبيع ، لأن فيه تفريقاً للصفقة [3] .

وقال المالكية : إن كان التالف النصف أو أقل من النصف فيلزم الباقي بحصته من الثمن ، إن لم يتضرر بالتقسيم ، وإن تضرر فيخير المشتري ، وإن كان التالف أكثر من النصف تعين الفسخ ، إلا في المثليات فيخير المشتري مطلقاً بين التمسك بالباقي بحصته من الثمن أو الفسخ ، سواء كان التالف نصفاً أو أكثر من النصف[4] .

رابعا : هلاك المبيع قبل التسليم بفعل البائع :

إذا هلك المبيع كله قبل التسليم بفعل البائع أو بسببه فإنه يهلك على حساب البائع من باب أولى ، ويكون البائع مسؤولاً عن تعويض المشتري عما أصابه من ضرر بالإضافة إلى رد الثمن ، لأن البائع في هذه الحالة يتحمل مسؤولية عدم تسليم المبيع مع مسؤوليته عن الفعل الضار والتعدي الذي وقع منه على ملك غيره .

وبما إن المبيع قدهلك ، واستحال معه تنفيذ البيع ، فيفسخ العقد بينهما ،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٧ / ٣٢٤٠ .
(٢) انظر : المغني ٤/٨٤ ، الروضة ٣/٥٠٤ ، المهذب ١/٣٠٣ .
(٣) انظر : مغني المحتاج ٢/٤١، الروضة ٣/٤٢١ ، المجموع ٩/٤٣٥ .
(٤) انظر : بلغة السالك ٢/٦٧ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٨ .

ويلتزم البائع برد الثمن إن كان قد تسلمه ، وينتقل حق المشتري إلى التنفيذ بطريق التعويض ، بمقتضى القواعد العامة في نظرية العقد[1] ، ويتحمل البائع التعويض عن الضرر الذي لحق المشتري من هلاك المبيع ، ويشمل التعويض قيمة المبيع وقت الهلاك وما لحق المشتري من خسارة ، وما فاته من كسب .

وإذا كان الاتلاف جزئيا فيتحمل البائع ضمان الجزء الهالك ، ويسقط مقابله من الثمن ، ويخير المشتري في الباقي بين تثبيت البيع وبين فسخه ، ولكن لا يحق له الفسخ إلا إذا كان النقص جسيما[2] .

وفي الفقه الإسلامي قال الحنفية والشافعية في الأظهر : إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل البائع أو سببه بطل البيع لعدم القدرة على التسليم ، ويسقط عن المشتري دفع الثمن ، ويسترده من البائع إن كان قد دفعه[3] .

وقال الحنابلة لا يبطل البيع ، ولا ينفسخ العقد ، ويخير المشتري بين فسخ العقد واسترداد الثمن ، وبين تضمين البائع ضمان القيمة إن كان المبيع قيمياً ، وضمان المثل إن كان مثلياً ، لأن البائع أتلف مالاً مملوكا للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة ، كما لو أتلفه بعد القبض ، وكما لو أتلفه أجنبي فيضمنه للمشتري ، وهو قول عند الشافعية[4] .

وقال المالكية : إذا أتلف البائع المبيع قبل القبض يخير المشتري بين الفسخ

---

(١) المواد ١٦٠ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٧١ ، ٢١٦ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٤ ، ١٧٦ ، الوسيط ، السنهوري ٦١٠/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٢ ؛ عقد البيع ، عامر ص ٢٤٧ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٣٥/٧ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٥٨ ، حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٢١/٢ ، الروضة ٥٠٠/٣ .

(٤) انظر : كشاف القناع ٢٢٧/٣ ، بدائع الصنائع ٣٢٣٥/٧ ، المغني ٨٤/٤ ، الروضة ٥٠٠/٣ .

وعدم دفع الثمن ، وبين التمسك بالعقد ، وتضمين البائع قيمة المبيع إن كان قيميا، ومثله إن كان مثليا[1] .

وقال الحنفية : إن هلك بعض المبيع بفعل البائع أو بفعل أجنبي فإنه يسقط من الثمن قدر النقص ، سواء كان نقصان قدر أو وصف ، ويخير المشتري بين الفسخ والإمضاء[2] .

وقال الشافعية في الأظهر إذا تلف جزء من المبيع بفعل البائع وجنايته فللمشتري الخيار إن شاء فسخ واسترد الثمن ، وإن شاء أجاز بجميع الثمن ، كالنقص والتعيب بالآفة السماوية ، وفي قول آخر أنه كجناية الأجنبي وفعله ويخير المشتري بين الفسخ وبين القبول مع تضمين البائع النقص[3] .

خامسا : هلاك المبيع قبل التسليم بفعل أجنبي :

يلتزم البائع بالمحافظة على المبيع حتى تسليمه إلى المشتري ، كما يلتزم بتسليمه إلى المشتري على الحالة التي كان عليها وقت العقد ، ويتحمل البائع تبعة هلاك المبيع حتى يقوم بتسليمه ، لكن العقد أعطى حقاً للمشتري على المبيع ، باعتباره محلاً للبيع ، ولأن ملكيته قد انتقلت غالبا له ، فإذا قام أجنبي عن البيع باتلاف المبيع أو تسبب بإتلافه فيصبح المشتري مخيراً بين أمرين :

١ ــ تثبيت البيع ، واعتبار المبيع ملكاً له ومسلماً إليه وتحت يده ، مع دفع الثمن للبائع ، وفي هذه الحالة يلاحق المشتري الأجنبي بالضمان لاتلافه ملكه ، وفقا للمبادىء العامة في ضمان المتلفات ، والمسؤولية عن الفعل الضار .

٢ ــ انفساخ البيع لهلاك المبيع ، واستحالة التنفيذ العيني عليه ، فيسقط عن المشتري دفع الثمن ، ويسترده إن كان مدفوعا ، ويقوم البائع بملاحقة المتلف ،

---

(١) انظر : بلغة السالك ٦٧/٢ ، حاشية الدسوقي ١٥٠/٣ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٥٦٦/٤ .

(٣) انظر : الروضة ٥٠٥/٣ ، المهذب ٣٠٣/١ .

ويطالبه بالضمان بسبب اتلافه ، ومسؤوليته عن الفعل الضار .

وإذا أصاب الاتلاف جزء من المبيع فيطبق الحكم السابق على الجزء الهالك، ولكن لا يحق للمشتري فسخ البيع ، أو اعتباره مفسوخا إلا إذا كان الجزء الهالك جسيماً بحيث لو اطلع عليه المشتري قبل العقد لما أقدم على الشراء[1] .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في إعطاء المشتري الخيار بين تثبيت البيع وملاحقة الأجنبي بالضمان ، وبين فسخ البيع وعدم دفع الثمن أو استرداده، ويقوم البائع بملاحقة الأجنبي بالضمان ، ولكن يثبت للمشتري الخيار سواء كان الهلاك لجميع المبيع أو جزء منه ، جسيما كان أم يسيرا .

ويتحمل المتلف ضمان المثل إن كان المبيع مثلياً ، وضمان القيمة إن كان المبيع قيمياً[2] .

وأخذ القانون الأردني بما سبق ، ولكنه فصل الأحكام بين هلاك المبيع كليا مع تخيير المشتري بين فسخ البيع وبين إجازته ورجوعه على المتلف بضمان المثل أو القيمة ، وبين هلاك المبيع جزئيا ، وتخيير المشتري بين فسخ البيع وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن وفسخ البيع فيما تلف ، وبين امضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف ، بينما قرر مرشد الحيران الخيار للمشتري بين فسخ البيع كلياً أو إجازته كلياً وملاحقة المتلف[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٢) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٣٢١/٢ ، حاشية الدسوقي ١٥٠/٢ ، بلغة السالك ٦٨/٢ ، المغني ٨٣/٤ ، الروضة ٥٠٠/٣ ، ٥٠٥ ، المهذب ٣٠٣/١ ، مرآة المجلة ١٣٥/١ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٦٠ ، حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤ .

(٣) القانون المدني الأردني ، المادة ٥٠٢ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٦٠ .

سادسا : هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري :

إذا قام المشتري باتلاف المبيع قبل استلامه من البائع ، أو تسبب بهذا الاتلاف ، فيعتبر المشتري في هذه الحالة مستلما للمبيع حكما ، ويكون هلاكه وإتلافه على حساب المشتري ، ويثبت البيع ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن .

وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني السوري ، وأصله المصري ، ولكن أشارت إليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري،أخذاً من الشريعة الإسلامية، وهو يتفق مع القواعد العامة في القانون ، وتحميل مسؤولية الضمان والهلاك على الفاعل أو المسبب[1] .

ويكون الهلاك في هذه الحالة على حساب المشتري ، سواء كان التلف كلياً أو جزئياً ، لأن التلف أو النقص حصل بفعله ، فيتحمل مسؤوليته العقدية والتقصيرية[2] .

ويمكننا أن نلخص الحالات التي تقع فيها تبعة الهلاك أو النقص قبل التسليم على حساب المشتري بما يلي :

١ ــ أن يكون التلف أو الهلاك أو النقص بفعل المشتري نفسه ، أو بتسببه.

٢ ــ إذا وقع الهلاك كلياً أو جزئياً بقوة قاهرة بعد إعذار المشتري باستلام المبيع ، ولم يستلمه فعلا ، ويلحق بهذه الحالة جميع الحالات التي يعتبر المبيع فيها قد تم تسليمه حكما بالاتفاق أو بحكم القانون .

٣ ــ إذا اتفق المتبايعان على تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل استلامه،

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٥ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٦١٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٤٧ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٦ .

فيصح اتفاقهما ويكون الهلاك على حساب المشتري ، لأن قواعد تبعة الهلاك من القواعد المفسرة أو المكملة التي يجوز الاتفاق على خلافها .

٤ ـ إذا كان البائع قد حبس المبيع لاستلام الثمن ، فهلك المبيع بقوة قاهرة .

٥ ـ إذا وضع المشتري يده على المبيع بدون إذن البائع ، أو بدون حكم من القضاء ، ثم هلك المبيع تحت يده قضاء وقدراً ، فتقع تبعة الهلاك على حسابه، ولا يحق له الاحتجاج بعدم صحة التسليم السابق[1] .

وفي الفقه الإسلامي ما يتفق مع القانون المدني في حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، ويتفق الفقهاء على أن تكون تبعة الهلاك في هذه الحالة على المشتري ، وهو ما نص عليه مرشد الحيران ، ويؤخذ من مفهوم المخالفة من نص مجلة الأحكام العدلية ، وذكره الفقهاء بالتخصيص ، فقال الكاساني : « وإن هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع ، وعليه الثمن ، لأنه بالاقباض صار قابضا كل المبيع[2] » .

وهذا ما أخذ به صراحة القانون المدني الأردني ، فقال : « إذا هلك المبيع قبل التسليم ، أو تلف بعضه بفعل المشتري ، اعتبر قابضا للمبيع ولزمه أداء الثمن »[3] .

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٣٢٣٦/٧ .

وانظر: مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٩٣ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٥٩ ، حاشية الدسوقي ١٥٠/٣ ، بلغة السالك ٦٨/٢ ، حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٢١/٢ ، المغني ٨٣/٤ ، ٨٤ ، الروضة ٤٩٩/٣ ، ٥٠٤ ، المهذب ٣٠٣/١ .

(٣) المادة ٥٠١ من القانون المدني الاردني ، وانظر : مذكرته الايضاحية ٥٠٦/٢ .

وقد صرح القانون الأردني بهذه الحالة تبعاً للفقه الإسلامي ، واقتداء بمرشد الحيران ، خلافاً للقانون المدني السوري وأصله المصري اللذين سكتا عن هذه الحالة ، فوجب الرجوع فيها إلى الشريعة الإسلامية كما سبق .

وأخيرا فإننا نلاحظ أن الأحكام السابقة تنحصر في حالة هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري ، أما إذا هلك المبيع أو تلف جزئيا أو كليا بعد التسليم إلى المشتري فإنه يهلك على حساب المشتري باتفاق القانون والفقه الإسلامي ، إلا إذا كان التلف والهلاك بفعل البائع فإنه يضمنه بسبب فعله الضار ، وإذا حصل الهلاك قبل ابرام العقد فيقع البيع باطلاً لعدم وجود المبيع عند العقد ، وإذا حصل الهلاك الجزئي الجسيم قبل العقد ، ولم يعلم به المشتري فيكون ذلك عيباً في المبيع ، ويعتبر غلطاً جوهريا وقت انعقاد العقد في رضاء المشتري ، فيكون قابلاً للابطال[1] .

عبء الإثبات في التسليم وعدمه :

إن عبء الإثبات يقع على عاتق المشتري ، وعليه أن يثبت أمام القاضي أن البائع امتنع عن تسليم المبيع ، أو سلمه في غير المكان المتفق عليه ، أو في غير المكان المقرر عرفاً أو قانونا ، أو سلمه في غير الزمان المقرر لتسلمه ، فالبائع ملتزم بتحقيق نتيجة معينة ، وعليه إثبات الوفاء بها كما هو مقرر ، فإن أخل بذلك تعرض للجزاء والمؤيدات المترتبة على عدم التسليم ، وعلى المشتري إثبات إخلاله بالتسليم وعدم الوفاء به بالشكل المقرر ، ليكون البائع خاضعاً لمؤيدات عدم الوفاء من التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض ، ويقع على المشتري أيضاً عبء الإثبات إذا حصل اختلاف بين المشتري والبائع في تسليم المبيع أو عدم تسليمه ، وطالب المشتري بالتنفيذ العيني أو فسخ البيع مع المطالبة بالتعويض[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ، للسنهوري ٦١٨/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٥٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٢٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٧٨ .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٨٢ .

ويتفق عبء الاثبات في القانون مع قواعد عبء الاثبات في الشريعة الإسلامية ، وهي أن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر ، فالمشتري يدعي على البائع الامتناع عن التسليم أو عدم الوفاء به ويطالبه بالتنفيذ العيني أو فسخ البيع مع التعويض عما أصابه من ضرر أو فاته من كسب ، فعليه عبء الاثبات بذلك .

الفرع الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

إن ضمان التعرض والاستحقاق هو الالتزام الثالث الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع ، ويلتزم به تجاه المشتري[1] .

وذلك أن البائع يتعهد حكما للمشتري في عقد البيع بأن ينقل له ملكية المبيع أو أحد الحقوق العينية الأخرى بشكل كامل ، كما يلتزم له بتسليم المبيع تسليماً صحيحاً وسليماً وكاملاً لتكون حيازته مستمرة وهادئة .

كما يجب على البائع أن يضمن للمشتري حق الانتفاع الكامل والهادىء بالمبيع أو بأحد الحقوق العينية الأخرى ، وهذا يعني أن يحول بين المشتري وبين مايعكر

---

(١) إن ضمان التعرض والاستحقاق لايقتصر على عقد البيع ، بل يشمل كل عقد ناقل للملكية ، وكل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، وخاصة في عقود المعاوضات ، ولذلك يشمل المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار ، ويشمل بصورة أضيق التبرعات كالهبة ، وكان من الممكن عرضه كنظرية عامة في العقد والالتزامات ، ولكن يغلب وقوعه في البيع ، فعرض القانون قواعده العامة في عقد البيع ، وأحال إليها في بقية العقود مع الإشارة إلى الفوارق والخصوصيات التي تختص بها عن القواعد العامة، (انظر:الوسيط السنهوري ٦٢٢/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٣٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٦٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٣٦) .

حقه في الانتفاع الكامل بالمبيع بالحيازة والتصرف والاستغلال دون أن يقف أحد في وجه المشتري ، أو يمنعه من الانتفاع بالمبيع ، ويقيم حاجزاً بينه وبين حقوقه المقررة والثابتة على المبيع .

وينتج عن ذلك أن يثبت ضمان الاستحقاق والتعرض على البائع حكما بالشريعة والقانون ، وبمقتضى عقد البيع ، دون أن يحتاج هذا الضمان إلى الاشتراط في البيع ، أو الاتفاق عليه في العقد[1] .

والقانون المدني السوري ، وأصله المصري ، توسعا في بحث هذا الموضوع لدقته، وما يترتب عليه من نتائج تتعلق بكل من البائع والمشتري وصاحب الاستحقاق، وعرضاه في ثماني مواد ، بفقرات متعددة . (٤٠٧ ــ ٤١٤) .

ففي المادة ٤٠٧ قرر أساس الضمان على البائع ، وبين أنواعه وشروطه .
وفي المادة ٤٠٨ حدد الإجراءات الواجبة في دعوى ضمان الاستحقاق .
وفي المادة ٤٠٩ استطرد لذكر وسيلة استثنائية في قواعد الإثبات لدعوى الضمان .
وفي المادة ٤١٠ عرض لأحكام الصلح الذي يقع بين المشتري وصاحب الاستحقاق .
وفي المادة ٤١١ شرح عناصر الضمان في الاستحقاق الكلي التي يلتزم بها البائع .
وفي المادة ٤١٢ بين عناصر الضمان للاستحقاق الجزئي، بحسب أهميته وجسامته .
وفي المادتين ٤١٣ ــ ٤١٤ وضح أحكام الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق بالإلغاء أو الزيادة أو النقص[2] .

وتسهيلا لعرض هذه الأحكام ، وتنظيماً للمعلومات سوف نقسم البحث إلى ما يلي :

ــ تعريف ضمان التعرض والاستحقاق والدرك وأنواعه وشروطه .

---

(١) جاء في مرشد الحيران ، المادة ٤٨٩ مايلي : « البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان في العقد » .

(٢) ويقابل ذلك في القانون المدني المصري المواد ٤٣٩ ــ ٤٤٦ .

ـ دعوى الاستحقاق ، وإجراءاتها ، وما يعترضها •
ـ عناصر ضمان الاستحقاق •
ـ الاتفاق على إلغاء الضمان أو زيادته أو نقصانه •

الشعبة الأولى

تحديد ضمان التعرض والاستحقاق

اولا : تعريفه وبيانه :

استعمل القانون عدة اصطلاحات في هذا الخصوص،وهي : ضمان الاستحقاق، ضمان التعرض ، ضمان عدم الاستحقاق ، ضمان عـدم التعرض ، ضمان التعرض والاستحقاق •

كما استعمل الفقه الإسلامي عدة اصطلاحات ، وهي ضمان الاستحقاق ، ضمان الدَرَك ، وعند الحنابلة ضمان العهدة (١) •

وعرف ابن عابدين الاستحقاق بأنه : « ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير »(٢)

فالاستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حق في المبيع لغير البائع ، سواء كان هـذا الحق ملكية ، بأن يبيع الشخص ملك غيره ، أو كان حقاً عينياً آخر ، كظهور حـق ارتفاق لغير البائع على العقار المبيع ، أو كان حقاً غير عيني ، كحـق المستأجر علـى المبيع •

---

(١) عرفت مجلة الأحكام العدلية ، في المادة ٤١٦ ، الضمان بأنه : « إعطاء مثـل الشيء إن كان من المثليات ، وقيمته إن كان من القيميات » وعرفه الأستاذ الزرقا بأنه : « التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير» (المدخل الفقهي العام ١٠٢٥/٢)، وانظر تعريفات الضمان عند الفقهاء في كتاب (نظرية الضمان ، وهبة الزحيلي ص ١٥ ومابعدها، كشاف القناع ٣٥٦/٣ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٣٥٣) .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٩١/٥ ، وانظر : كشاف القناع ٣٥٠/٣ .

والتعرض هو أن يقوم إنسان بمنع المشتري من الانتفاع الكامل بالمبيع لسبب ما ، وهذا التعرض إما أن يقع على الملكية ، ويمنع المشتري من تملك المبيع ، وقد يقع على مادون الملكية من حقوق عينية وغير عينية كحق الارتفاق وحق المستأجر .

والتعرض بهذا المعنى يكون بمعنى الاستحقاق ، وقد يعطفان على بعضهما للترادف « ضمان التعرض والاستحقاق » وقد يقصد بكل منهما قسم مما سبق ، فيراد من الاستحقاق ثبوت ملكية الغير للمبيع ، ويراد من التعرض ثبوت ملكية مادون الملكية من حقوق على المبيع ، كحق الارتفاق وحق المستأجر ، ويكون العطف للمغايرة ، وهو ماجرى عليه القانون ، ونصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري .

وقد يضاف الضمان إلى سببه ، فيقال ضمان الاستحقاق ، أو ضمان التعرض ، ويقصد منه المسؤولية المالية التي يتحملها البائع للمشتري ، بسبب استحقاق الغير للمبيع ، أو بسبب تعرض الغير للمشتري في الانتفاع الكامل من المبيع .

وقد يضاف الضمان إلى المفعول به ، فيقال ضمان عدم الاستحقاق ، وضمان عدم التعرض ، ويقصد منه أن البائع يتكفل ويتعهد عدم استحقاق المبيع ، أو عدم التعرض للمشتري في المبيع .

والقانون المدني استعمل كلا التركيبين ، فعبر عن مسؤولية البائع تجاه المشتري بضمان الاستحقاق ، وعبر عن كفالة البائع لمنع التعرض بضمان عدم التعرض .

ويستعمل الفقه الإسلامي اصطلاح ضمان الاستحقاق وضمان الدَرَك ، وعند الحنابلة ضمان العهدة .

والدَّرَك من الإدراك بمعنى اللحاق ، وفي الاصطلاح هو مايُدرك المبيع ويلحقه من حقوق تظهر فيه لغير البائع ، وضمان الدَّرَك أو العُهدة هو مسؤولية البائع عما يلحق المبيع من حقوق لغير البائع على المبيع ، وعرف التهانوي الدرك بأنه:

« الرجوع بالثمن عند الاستحقاق »[1] .

وضمان الدَّرك هو أعم هذه الألفاظ ، لأنه يشمل كل مايلحق المبيع من حقوق لغير البائع ، ويتكفل البائع بضمانها للمشتري ، ولكن يكثر في الاستعمال « ضمان الاستحقاق » ويشيع على ألسنة الناس ، وفي التعامل والمؤلفات .

وأساس ضمان الاستحقاق أو التعرض أو الدَّرك أن البائع قد أخلَّ بالتزاماته، وقصر في تنفيذ البيع الذي عقده مع المشتري ، ونقل إليه ملكية المبيع ، ليستفيد منه ، وينتفع فيه ، وتستقر به ملكيته ، فإن ظهر شخص ثالث يطالب المشتري بحق في المبيع بسبب سابق على العقد أو التسليم ، فهذا يدل على عدم تنفيذ البائع لالتزاماته، أو التقصير فيها ، مما يوجب عليه الضمان ، ويعتبر مسؤولاً أمام المشتري ، وهذا ما تقرره القواعد العامة في الالتزامات ، وأن المدين الذي يخل بتنفيذ التزامه يتعرض للمسؤولية ، ويفتح الباب أمام العاقد الآخر بالتنفيذ العيني جبراً على صاحبه أو باختيار الفسخ وتضمين العاقد المخل تعويضاً في الحالين[2] .

واحتياطا لهذا الضمان ، وتأكيداً لهذه المسؤولية يجوز أن يطلب المشتري

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون ٤٨٣/٢ ، وانظر : دستور العلماء ١٠٣/٢ ، المصباح المنير ٢٦١/١ . العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٧ ، ١٧٩ ، كشاف القناع ٣٥٦/٣ ، ٣٥٧ .

(٢) يرى كثير من شراح القانون أن الأساس في ضمان التعرض والاستحقاق لايقف عند مجرد القواعد العامة في الالتزام ، وإنما يرجع إلى اعتبارات تاريخية ترجع إلى القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم ، وأن المشتري كان يرجع على البائع بدعوى جنائية إذا استحق المبيع ، وظهر أنه لغير البائع ، وأن المشتري كان يشترط على البائع عند استلام المبيع تعويضاً خاصاً إذا ظهر مستحق للمبيع ، وكأن البائع لايضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق الارتفاق إلا بشرط خاص في العقد ، ولما تطورت هذه الأحكام وتغيرت ظهر ضمان الاستحقاق ليحل مكانها حكماً في البيع . (انظر : الوسيط: السنهوري ٦٢٠/٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٣٧) .

كفيلاً من البائع ليضمن له عدم التعرض والاستحقاق ، في حالة تعرض البائع للإفلاس أو الغياب ، ويكون الكفيل مسؤولاً تجاه المشتري إلى جانب مسؤولية البائع عن كل مايعترض المشتري ويدركه في المبيع ، وقد يكثر طلب الكفيل في شراء المصوغات عندما يكون البائع مجهولاً أو عابر سبيل [1] .

ويتفق الحق في طلب الكفيل مع ماقرره الفقه الإسلامي في جواز الكفالة بالدرك ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (المادة ٦١٦) بقولها : « الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع » .

ثانياً : أنواع ضمان الاستحقاق :

يختلف ضمان الاستحقاق بحسب طبيعة الحق الذي يظهر لغير البائع في المبيع ، كما يختلف بحسب مصدر هذا الحق وسببه ، والشخص الذي يتعرض للمشتري في المبيع ، كما يختلف ضمان الاستحقاق بحسب نوع التعرض الذي لحق المبيع ، واعترض المشتري في ممارسة حقه عليه .

أ ـ أنواع ضمان الاستحقاق بحسب نوع الحق :

يختلف ضمان الاستحقاق بحسب نوع الحق ، فقد يكون حقاً كلياً يشمل جميع المبيع ، كالملكية بأن يظهر أن المبيع ليس ملكاً للبائع ، وإنما هو لغيره ، ويكون البائع قد باع ملك غيره ، فلا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لأن فاقد الشيء لايعطيه ، وإن سلم البائع المبيع للمشتري فيمكن للمالك الحقيقي أن يطالب باسترداد المبيع ، وأن ينتزعه من المشتري ، وأن يتتبع حقه في كل مكان لوضع يده عليه .

وقد يكون الحق المطلوب جزئياً ، بأن يكون حقاً عينيا غير الملكية على المبيع ، كما لو ظهر لغير البائع حق ارتفاق على العقار ، كحق المرور أو المسيل أو

---

(١) أنظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٨ ، ١٨٢ ، الوسيط ، السنهوري ٦١٩/٤ .

حق الشرب أو حق التعلي وغيره مما يرتب على المبيع حقاً لغير المشتري ، وينقص من قيمته ، كما ينقص من منفعة المشتري به ، دون أن يعلم به عند العقد أو قبله .

وقد يكون الحق المطلوب جزئياً ، لكنه حق غير عيني على المبيع ، كما لو ظهر أن المبيع مأجور قبل البيع ، وأن للمستأجر حق الانتفاع بالمبيع لمدة تمتد بعد البيع ، وتحول بين المشتري وبين الانتفاع الكامل بالمبيع[1] .

وكما لو تبين أن المبيع مرهون لآخر ، أو وضعت إشارة الرهن عليه في السجل الخاص به ، مما يحول بين المشتري وبين حرية التصرف الكامل بالمبيع أو الانتفاع به أو استغلاله ، مما يتعارض ويتناقض مع مقتضى عقد البيع .

ويشمل ضمان الدَّرَك أو العهدة أو الاستحقاق في الفقه الإسلامي جميع الأنواع السابقة ، سواء ظهر المبيع مملوكاً لغير البائع ، فجاء مالكه يطالب به ، ويلاحق المشتري باسترداده .

أم كان المبيع مثقلا بحق ارتفاق لغير البائع ، ولم يعلم به البائع عند العقد أو قبله .

أم كان المبيع مرهوناً أو مأجوراً لآخر ، فلا يسري عقد البيع عليه ، ويبقى المبيع تحت الإجارة والرهن ، ويخير المشتري بين فسخ البيع واسترداد الثمن ، وبين الانتظار لانقضاء الإجارة أو فكاك الرهن[2] .

ب ـ أنواع ضمان الاستحقاق بحسب نشوء الحق من البائع او غيره :

إن الحق الذي يتعرض به الغير للمشتري قد يكون ناشئا من فعل البائع نفسه ، وقد يكون ناشئا من فعل غيره .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧٧ ، ١٨٦ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٩٠ في بيع المأجور ، والمادة ٧٤٧ في بيع المرهون ، كشاف القناع ٣/٣٣٤ .

والبائع يضمن جميع الأفعال التي تصدر عنه ، وتنشىء حقاً للغير على المبيع، كما لو باع المبيع لمشتر سابق ، أو رهنه من آخر قبل البيع ، أو كان قد أجره ، أو اعتدى على المبيع وأتلفه .

كما يضمن البائع جميع الأفعال الناشئة عن فعل غيره ، مما يرتب حقاً لغير المشتري على المبيع قبل العقد ، كما لو تلقى المستحق هذه الحقوق من مورث البائع، أو من بائع البائع ، والبائع الأخير لا يدري بها ، فإن البائع الأخير يضمن للمشتري، ثم يعود بالضمان على البائع الأول [1].

جـ ـ انواع ضمان الاستحقاق بحسب كون الحق ناشئاً قبل البيع أم بعده :

قد يكون الحق المستحَقّ على المبيع ناشئا عن سبب منشىء له إنشاء صحيحا قبل البيع ، فإن البائع يضمنه مطلقا ، سواء صدر منه كبيعه سابقاً أو رهنه أو ايجاره، أم كان صادراً من غير هذا البائع ، كما لو كان صادراً من مورث البائع أو بائع البائع .

ويكون البائع مسؤولا عن ضمان الاستحقاق في هذه الحالة سواء كان سيء النية ، كما لو كان عالماً بحق الغير في المبيع قبل العقد ، ثم باعه وكتم عن المشتري ذلك فيضمن ، لأنه مسؤول عن تسليم المبيع كاملاً وسالماً من كل ما ينقصه أو يرتب عليه حقاً، أم كان حسن النية ، كأن يبيع شيئاً ورثه من آخر ، ثم يتبين أن المورث قد تصرف به بالبيع أو الوصية أو بترتيب حق ارتفاق عليه ، ومثل أن يبيع الشخص شيئاً ثم يتبين أنه مثقل بحق لآخر من قبل البائع الأول ، فهنا يضمن البائع الثاني الاستحقاق للمشتري ثم يعود به على البائع الأول .

وقد يكون الحق المستحق على المبيع ناشئاً بعد العقد ، ففي هذه الحالة يضمن

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٨٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٣٧ ، ٤٤٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٤٠ ، ٣٤٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٧٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٨٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٥٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٨٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٩، ٢٩٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥٥ ، ٢٦١ .

البائع للمشتري ما صدر عن فعله فقط كإتلاف المبيع بعد تسليمه ، أو بيعه المنقول ثم تسليمه للمشتري الثاني الذي يترجح حقه بالحيازة وحسن النية ، أو بيعه العقار من ثالث ، ويقوم بتسجيله له ، ولكنه لا يضمن للمشتري الحقوق الطارئة على المبيع بعد العقد بسبب لا يد له فيه ، وتقع هذه المسؤولية على المالك ، وهو المشتري هنا، كما لو صدر أمر من الحاكم بمصادرة المبيع ، أو باعتباره من المنافع العامة ، فلا يضمن البائع هذا الفعل من الحاكم ، ومثله في الفقه الإسلامي لو أخذ الشفيع المبيع بحق الشفعة ، فإنما يأخذه بحكم الشرع ، وليس بفعل البائع أو سببه ، ومثله التقادم الذي يكسب صاحبه الحق على المبيع ، كما لو كان المبيع في يد أجنبي ، وباعه صاحبه ، ثم تركه المشتري حتى مضت مدة التقادم المكسبة للملك بعد البيع، بشرط أن يكون هناك مدة كافية بين العقد وبين تمام التقادم ، تكفي عادة لعلم المشتري بوضع اليد وتحريك الدعوى واسترداد المبيع ، وإلا كان مسؤولا عن إهماله وتقصيره .

كما لا يضمن البائع كل ما صدر من أفعال غيره على المبيع بعد العقد والتسليم ، كالاعتداء والاتلاف والتعيب ، لأن عقد البيع لا يستلزم التزام البائع بكف الناس عن الاعتداء على أموال المشتري ، فهو عقد بيع وتمليك ، وليس عقد تأمين وحماية[1] .

د ـ انواع ضمان الاستحقاق بحسب طبيعة التعرض :

يختلف ضمان الاستحقاق بحسب كون التعرض للمشتري في المبيع تعرضاً مادياً أم تعرضاً قانونياً ، وكل منهما قد يقع من نفس البائع أو من غيره .

ومثال التعرض المادي من نفس البائع التعييب والاتلاف ، وهذا يضمنه البائع، سواء وقع منه قبل تسليم المبيع للمشتري ، أم وقع بعد تسليم المبيع له ، فكل فعل مادي يصدر من البائع ، ويلحق الضرر بالمبيع أو الإزعاج للمشتري ، فإن البائع

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٨٤ ، ١٨٩ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٦٣٠ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٤٩ .

يسأل عنه ، ويضمن جميع الأضرار التي تنشأ عن فعله أو تسببه .

ومثال التعرض المادي من البائع بعد البيع أن يبيع متجره لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر آخر من نفس النوع في مكان مجاور للأول، فينافس المشتري في الزبائن، ويضره في العمل ، فيحق للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض .

ومثله أيضاً أن يقوم مؤلف بإعادة طبع مؤلفه قبل نفاذ النسخ التي أعطى الحق في استغلالها إلى إحدى دور النشر ، وتعهد لها بعدم إعادة الطبع قبل نفاذ الطبعة الأولى .

وقد يقع التعرض القانوني عن طريق القضاء من نفس البائع كما لو باع شخص عقاراً ، وقبل أن يقوم بتسجيله يرفع على المشتري دعوى استحقاق بأن العقار لايزال ملكه ، ويريد انتزاعه من المشتري ، فيطالبه المشتري بضمان التعرض والاستحقاق، وكما لو باع شخص منقولا مملوكا لغيره ، ثم تملكه بأحد أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي ، فيطالب المشتري باسترداد المبيع بسبب هذا الحق الجديد ، فيرفع المشتري دعواه بدعوى ضمان التعرض ، مع أن القانون اعتبر أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري مباشرة إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع ، (كما سنري في بيع ملك الغير) ، وقد يكون التعرض القانوني من البائع بوجود حق ارتفاق على المبيع لعقار مجاور له يملكه البائع ، فيأتي بعد البيع يطالب المشتري به .

ومثال التعرض المادي من غير البائع إتلاف الأجنبي للمبيع قبل التسليم ، فإن هلاك المبيع أو تعييبه يقع على حساب البائع وعهدته كما سبق ، أما التعرض المادي من غير البائع بعد التسليم فلا يضمنه البائع ، كما سبق أيضاً ، لأنه عقد معه بيعاً ، وليس تأميناً وحماية[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٢٦/٤ ، ٦٢٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٧١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٨٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص

ومثال التعرض القانوني من غير البائع أن يطالب المالك الحقيقي بالمبيع ، ويطلب استرداد حيازته من المشتري ، في حالة بيع ملك الغير ، أو أن المورث تصرف بالمبيع قبل وفاته بالبيع أو الإجار أو الرهن أو غيره[1] .

وأغلب ما يذكر الفقهاء المسلمون ضمان الاستحقاق في ثلاث صور رئيسية وهي أن يبيع الإنسان ملك غيره ، وأن يكون المبيع مأجوراً عند البيع ولمدة لاحقة بعده ومثلها الأرض المعطاة بالمزارعة ، وأن يكون مرهوناً ، وكذا لو باع ماورثه من التركة ، ثم قدم المورث حياً ، فإنه يأخذ ما بيع بالثمن .

ولذلك اشترط الحنفية لنفاذ البيع خلو المبيع عن تعلق حق لغير العاقدين بعينه وقت العقد ، وتوفر الملك أو الولاية للبائع على المبيع ، وإلا كان البائع فضولياً ، وكان العقد موقوفاً[2] .

واعتبر الشافعية والحنابلة الملك أو الولاية من شروط الانعقاد ، وأن تصرف الفضولي باطل ، ولا يقبل الإجازة ، كما سنفصل ذلك في بيع ملك الغير ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن[3] .

كما فرق الحنفية بين الاستحقاق الذي يبطل الملك كظهور المبيع وقفاً ، وأنه بيع بدون مسوغ شرعي ، والاستحقاق الذي ينقل الملك كظهور المبيع مملوكاً لغير البائع ، وحكم الاستحقاق الأول انفساخ البيع بدون توقف على فسخ القاضي ،

= ٤٣٨ ، ٤٤٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٩٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٤٠ ، ١٤٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٨٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٨٩ ، ٢٩٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥٥ .

(١) المراجع السابقة ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٥٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٠٣٥/٦ ، حاشية ابن عابدين ١١٠/٥ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١٨٢/١ ، ١٨٤ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ١٥/٢ ، كشاف القناع ١٤٧/٣ ، ٣٣٤ ، مجموعة الفتاوى ٢٠٣/٢٩ .

وحكم الاستحقاق الثاني عدم انفساخ البيع ، ولكنه يكون موقوفا على إجازة المستحق ، ولا ينفسخ إلا بفسخه صراحة من البائع والمشتري أو حكم القاضي بفسخه[1] .

ثالثا ـ شروط ضمان الاستحقاق :

يشترط لضمان الاستحقاق الذي يثبت للمشتري على البائع أن يتحقق فيه الشروط التالية :

١ ـ أن يكون التعرض قد وقع فعلا :

إن التعرض المادي لا يعتبر إلا إذا وقع فعلاً على المبيع ، أما التعرض القانوني فيشترط فيه أيضاً أن يقع فعلا على المشتري ، وأن يقوم صاحبه بالمطالبة به ومحاولة استرداد حقه من المشتري،ورفع يده عنه، أو منعه من ممارسة الحقوق المشروعة عليه.

أما مجرد ظهور حق للغير على المبيع فلا يوجب الضمان على البائع ، ما دام أن صاحب الحق لم يطالب به ، ولم يمارس ما يحول بين المشتري وبين الانتفاع الكامل بالمبيع ، لأن الهدف من تقرير ضمان الاستحقاق ومنحه للمشتري هو حمايته من الضرر الذي يناله ، وقبل وقوع الضرر فلا مسوغ للضمان كما لو كان المبيع مرهونا، ولم يتخذ الدائن المرتهن أي إجراء على العين المرهونة ، وقد يتنازل صاحب الحق عن حقه ، أو يتخلى عن المطالبة به كما لو حصل المرتهن على حقه من البائع ، فيبقى المشتري منتفعاً بالمبيع ، ولا يضمن البائع إذا كان التعرض محتملا ، ولكن يمكن للمشتري في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله ، حتى لا يبقى حقه قلقلا ومضطرباً ومعرضاً للمطالبة ، ولأنه ظهر أن المبيع لم يكن ملكا خالصا للبائع ، وهذا ماتقرره القواعد العامة في العقود[2] .

---

(١) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٣٢٨/٢ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٨٢/٤ ، الوسيط ، السنهوري ٦٢٦/٤، ٦٤١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٩٤ ، شرح أحكام البيع ، عمران ص ٢٨٠ ، العقود

ومتى وقع التعرض فعلا من صاحب الحق ثبت للمشتري ضمان الاستحقاق سواء رفعت الدعوى القضائية على المشتري أم لم ترفع، وسواء صدر الحكم بالاستحقاق للغير أم لم يصدر ، فلو ظهر أن المبيع مرهون ، وأنذر المرتهن المشتري بالدفع أو التخلية ، فيعتبر التعرض قد وقع فعلا ، ولو قبل رفع الدعوى [1] .

ويقرر الفقهاء اشتراط وقوع التعرض فعلا في ضمان الاستحقاق ، ويصرحون بأنه لا يحق للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان الاستحقاق إلا إذا وقع الاستحقاق فعلا ، بأن يرجع المستحق نفسه على المشتري بطلب المبيع واسترداده ، ولا يرجع المشتري على الكفيل الضامن بالدرك مالم يحكم عليه بالاستحقاق[2] .

٢ ــ أن يكون الحق المستحق ناشئاً **من فعل البائع نفسه أو من فعل غيره :** وذلك بأن يكون التعرض للمشتري في المبيع إما من فعل البائع أو تسببه ، كما لو كان البائع قد باع المبيع لثالث ، أو اعتدى على المبيع وأتلفه ، أو رتب على المبيع حق ارتفاق ، أو أجره لثالث ، أو رهنه من آخر ، فالبالغ يضمن جميع الأفعال التي تصدر عنه سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً .

وكذلك يضمن البائع للمشتري ضمان التعرض والاستحقاق إذا كان سببه ناشئا من غير البائع ، كمورث البائع أو بائع البائع أو غيرهما ، لأن البائع ملتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وملتزم له بتسليم المبيع ، كما أنه ملتزم له بتأمين الانتفاع

المسماة ، البدراوي ص ٤٥٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٤٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٤١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٩١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠١ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٦٢ .

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٤٩٥ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٩٧ ، حاشية ابن عابدين ، ٥/١٩٤ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٣٣٠ ، كشاف القناع ٣/٣٣٥، درر الحكام ٢/١٩١ ، جامع الفصوليين ١/٢٠٧ ، ٢٠٨ .

الكامل والهادىء من المبيع ، فإن ظهر مستحق للمبيع بسبب ناشىء عن غير البائع، فإن البائع يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق للمشتري،سواء كان البائع سيء النية،ويعلم بوجود حق الثالث على المبيع لتصرف مورثه به قبل العقد ، أم كان حسن النية، وأنه لا يعلم بذلك عند العقد ، وهنا لا يضمن البائع ضمان الاستحقاق عن التعرض الذي يقع من غيره إلا إذا كان قانونياً.

وإنما تختلف عناصر الضمان فقط بحسب سوء النية أو حسنها[1] .

٣ ــ أن يكون الحق المستحق مستنداً إلى **سبب صحيح منشىء له قبل الشراء** إذا كان من غير البائع ، كما لو كان حق الثالث قد ثبت له من مورث المورث قبل البيع ، أو من بائع البائع قبل البيع للثاني ، وفي هذه الحالة فإن البائع يضمن للمشتري ضمان الاستحقاق ، ثم يرجع على بائعه الأول بالضمان .

أما إذا كان الحق المستحق صادرا من البائع فإنه يضمنه للمشتري ، سواء كان تصرفه لثالث قد حصل قبل البيع أو بعده .

فمثال التصرف قبل البيع أن يكون البائع قد باع المبيع لشخص ثم باعه لشخص ثان ، فإنه يضمن للثاني ضمان الاستحقاق ، لأنه باعه ما لا يملك ، وكما لو كان البائع قد رتب على المبيع حقاً ارتفاقياً ، أو رهنه لآخر أو أجره منه ، ثم قام ببيعه .

ومثال تصرف البائع بالمبيع بعد البيع أن يبيع الشخص شيئاً من شخص ثم يبيعه من آخر ويسلمه للثاني ، فهنا يترجح قانونا البيع الثاني بسبب الحيازة التي تثبت لصاحبها الملكية في المنقول عند حسن النية ، ويحق للمشتري الأول تضمين

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٨٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٣٨ ، ٤٤٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٤٠، ٣٤٣، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٢٧٠ ، ٢٨١ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٨٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٤٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٩٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٦٤ .

البائع ضمان الاستحقاق، ومثله لو باع شخص عقـاره من إنسان وسلمه إياه ، ثم باعه قبل التسجيل بيعاً ثانياً ، وسجله للثاني دون الأول ، فتثبت الملكية للثاني ويطالب الأول بالتخلية ، وهنا يحق للمشتري الأول أن يطالب البائع بضمان الاستحقاق .

فإن كان حق المستحق ناشئاً بعد البيع بسبب من غير البائع ، فلا يضمن البائع للمشتري ضمان الاستحقاق، كما لو كان البائع مديناً فباع عقاره ، وقبل التسجيل قام الدائن بحجز العقار ، فلا يضمن البائع للمشتري ضمان الاستحقاق ، لأن حـق الدائن الذي حجز العقار كان في ذمة البائع عند العقـد دون أن يتعلـق بشيء من أملاكه ، ثم تحول عن طريق القضاء إلى العقار[1] .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط، بأن يكون الاستحقاق قد ورد قبل البيع ، فإن ورد بعده فلا حق للمشتري في الرجوع بالثمن على البائع[2].

٤ ــ أن يكون الحق المستحق واقعا على المبيع **إما كليا او جزئيا :**

ومثال الحق الكلي على المبيع أن تكون ملكيتـه لغير البائـع ، كما لو باع الشخص منقولا أو عقاراً ورثه من مورثه ، ثم ظهر أن المورث باعه أو وهبه لآخـر، فيلتزم البائع للمشتري بضمان الاستحقاق .

والحق الجزئي إما أن يكون عينياً ، كثبوت حق ارتفاق لثالث على العقار ، أو ثبوت اليد للمرتهن عليه ، وإما أن يكون حقا شخصيا ، كما لو كان المبيع مؤجـراً لثالث ، ولا يمكن للمشتري أن يأخذه منه لثبوت حقه عليه ، فيرجع المشتري عـلى البائع بضمان الاستحقاق[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٨٨ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٢٨٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٩٥، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٢٩٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٦٧ .

(٢) المعاملات ، أبو الفتح ٣٣١/٢ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٣٥٤ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص٤٥٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص١٨٦، =

وإن المادة ٤٠٧ من القانون المدني السوري تتضمن المبدأ العام لضمان الاستحقاق وأنواعه وشروطه ، ونصها :

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو ، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ، ويكون البائع ملزماً بالضمان، ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

وذكرت المادة ٥٠٣ من القانون المدني الأردني المبدأ العام في ضمان البائع للمشتري ، وهو سلامة المبيع من كل حق للغير يعترض المشتري ، وبينت شروطه بأن يكون سبب الاستحقاق للغير سابقاً على عقد البيع ، أو كان سبب الاستحقاق حادثاً بعد البيع وناشئاً عن فعله ، وشملت هذه المادة أنواع الاستحقاق ، بنصها على « كل حق للغير يعترض المشتري » وهذا ما أخذته من الفقه الحنفي[1] .

الشعبة الثانية

دعوى الاستحقاق

إذا كان لشخص حق على المبيع فإن الطريق الأساسية لتحصيل حقه ، ومنع المشتري من الانتفاع بالمبيع والتصرف به ، هي إقامة الدعوى عليه أمام القضاء، وبما أن هذه الدعوى تخص البائع والمشتري وصاحب الحق جميعاً ، وأنه يترتب على ثبوت دعوى التعرض والاستحقاق آثار مهمة في الضمان المالي والتعويضات الكثيرة وسلب المبيع من المشتري ، إلى غير ذلك ، فإن القانون رسم إجراءات خاصة

= شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص٣٥٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص١٩٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٩٧ .

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٠٦ ، مرشد الحيران، المادة ٤٨٩ .

لدعوى الاستحقاق ، ورتب على كل طرف فيها واجبات محددة في سبيل تحقيق العدل لصاحبه ، ورفع الحيف أو الجور عمن يحيق به ، وحدد القانون النتائج التي تحصل عند القيام بهذه الإجراءات ، كما حدد النتائج التي تترتب على إهمالها وعدم القيام بها ، ولأن البائع ملتزم عند الاستحقاق بالدفاع عن المشتري في الدعوى المقامة عليه، فإن تعذر عليه الدفاع عنه التزم بضمان الاستحقاق .

وتهدف هذه الإجراءات لحماية المتبايعين وتعاونهما في الدفاع عن البيع وآثاره تجاه المستحق ، لأن آثار دعوى الاستحقاق تلحق بهما نتائج كثيرة ، فالمشتري تسلب ملكيته عن المبيع ، أو ينتقص حقه في الانتفاع به ، والبائع يتحمل انفساخ البيع وإعادة الثمن إلى المشتري ، كما يتحمل الضمان المالي الواسع للمشتري ، وقد يكون محقاً في البيع ، وعنده من الحجج والأدلة ما يدحض به دعوى الاستحقاق ويبطلها ، فتأميناً لحق المشتري وحماية للملكيته ، وحفاظاً على حق البائع ، وتنبيهاً له بدعوى الاستحقاق ليشارك في الدفاع عن نفسه ، رسم القانون طريقاً خاصة ، وإجراءات معينة في دعوى الاستحقاق ، وبينها في ثلاث مواد (٤٠٨ ــ ٤١٠) ، ففي الأولى بين اجراءات الدعوى ، وفي الثانية تعرض لبعض طرق الاثبات ، وفي الثالثة عرض حالة الصلح بين المشتري والمدعي ، وهذا ما سنشرحه في هذه الشعبة .

أولا : الإجراءات الخاصة بدعوى الاستحقاق :

رتب القانون بعض الإجراءات الخاصة بدعوى الاستحقاق ، وحدد نتائج تنفيذها وعدمه ، وهي :

١ ــ إنذار المشتري للبائع بالدعوى :

إن دعوى الاستحقاق ترفع في الظاهر على المشتري ، باعتباره واضع اليد بالحيازة وصاحب الملك ظاهراً ، ولكنها في الحقيقة والواقع أنها على البائع الذي نقل الملكية ظاهراً للمشتري ، وسلمه المبيع ، كما أن نتائج الدعوى واصدار الحكم فيها يكون على المشتري بنزع الملكية منه ، ورفع يده عن المبيع ، ولكن الحكم القضائي يرجع في

هذه النتائج مع آثار أخرى على البائع باتهامه مبدئياً بالعدوان على ملك غيره ، والتصرف في حق الآخرين ، ومن ثم سلب المبيع منه نهائياً وتعرضه لرد الثمن للمشتري ، وتحميله التعويضات الكثيرة التي قررها القانون في ضمان الاستحقاق .

لذلك فرض القانون ــ متى رفعت دعوى الاستحقاق على المشتري ، وتعرض له المستحق قضائياً ــ فرض على المشتري أن يخطر البائع أي ينذره بدعوى الاستحقاق وما تعرض له من ادعاء الحقوق على المبيع بأسرع وقت ممكن ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٠٨ من القانون المدني السوري[1] .

« ١ ــ إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع ، وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ووفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل محله » .

فالمشتري ينذر البائع بالدعوى ، ويجب على البائع أن ينضم إلى المشتري ، ويتدخل كطرف ثالث في الدعوى ، أو أن يحل نهائيا محل المشتري .

والفائدة من هذا الإنذار والتدخل يرجع على كل من البائع والمشتري ، فالبائع يستطيع أن يرد التهمة الموجهة إليه ، كما يستطيع أن يهيىء جميع الحجج والأدلة والبراهين التي تثبت حقه في المبيع ، وترد دعوى المستحق ، وبالتالي ينجو من ضمان الاستحقاق ، وحتى لو كان البائع خالي الوفاض من الحجج والبراهين وطرق الإثبات ، ويعلم يقينا بحق المدعي بالمبيع فإن تدخله يوفر عليه بعض عناصر ضمان الاستحقاق ، كما سنرى ، ومنها نفقات هذه الدعوى ، ونفقات دعوى المشتري بضمان الاستحقاق إن لم يتدخل البائع في هذه الحالة[2] .

---

(١) ويقابلها المادة ٤٤٠ من القانون المدني المصري .

(٢) تنص المادة ١٥٥ من قانون أصول المحاكمات على أنه « على المحكمة إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها » وتنص المادة ١٥٦ منه على أنه « يقضى في طلب الضمان مع الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، مالم ترى المحكمة ضرورة التفريق بينهما » ، وتسمى هذه الدعوى من المشتري على البائع بدعوى الضمان =

كما يعود هذا الإجراء ــ الإنذار والتدخل ــ بالنفع والفائدة على المشتري، بأن يقف البائع إلى جانبه في الدعوى ، وينضم إليه في الدفاع ، ويساعده في تقديم طرق الإثبات لرد دعوى المستحق ، وإن ظهر صدق المدعي ، وحكم له بدعوى الاستحقاق ، فيستفيد المشتري من تدخل البائع باختصار إجراءات ضمان الاستحقاق، والحكم في نفس الدعوى الأولى على البائع بضمان الاستحقاق ، دون أن يضطر المشتري لرفع دعوى جديدة[1] .

٢ ــ تدخل البائع وعدمه في دعوى الاستحقاق :

ومتى أنذر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم وجب عليه قانوناً أن يتدخل في الدعوى وينضم إلى المشتري ، ويقدم ما لديه من حجج وأدلة وبراهين في وجه مدعي الاستحقاق ، ليرد دعواه ، وليثبت سلامة البيع ، وتنفيذ التزاماته فيه ، وليخلص المبيع للمشتري ، ويبرأ البائع من ضمان الاستحقاق له .

فإن أهمل البائع واجبه ، ولم يتدخل في الدعوى ولو من تلقاء نفسه [2] ، أو بطلب المستحق فإنه يعتبر مقصراً في واجبه القانوني ، ويفقد حقه في الدفاع، ويمتنع عليه الاحتجاج بشيء منها بعد ذلك .

الفرعية ، فإن انتهت دعوى الاستحقاق دون تدخل البائع ، وأقام المشتري عليه دعوى بضمان الاستحقاق ، فتسمى دعوى الضمان الأصلية .

(١) انظر : العقود المسماة، الزرقا ص ١٩٥،مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٨٥، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨٦ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٦٦٤ ، ٦٦٨ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٧٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٤٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٩٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٧٣ .

(٢) تنص المادة ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات على انه « يجوز لكل ذي مصلحة ان يتدخل في الدعوى منضما لاحد الخصوم ، او طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ».

وإذا صدر الحكم للمستحق بدعواه كان حجة على البائع ، فيحق للمشتري أن يرجع على البائع ، وأن يطالبه بضمان الاستحقاق كاملا ، دون أن يسمح له بادعاء البراءة أو ادعاء بطلان دعوى المستحق ، وكان من المفروض عليه أن يقدمها ضد المستحق بعد أن أنذره المشتري بذلك .

وفي حالة تقصير البائع عن القيام بواجبه ، وعدم تدخله في الدعوى يحق للمشتري بمقتضى قواعد أصول المحاكمات أن يطلب إدخال البائع جبراً بالدعوى خلال المحاكمة ، بصفته مدعى عليه ، ليستفيد من اختصار الوقت للرجوع على البائع والحكم عليه في نفس الدعوى بضمان الاستحقاق .

لكن القانون أجاز للبائع رد دعوى الضمان على المشتري في حالة واحدة ، واحتفظ له بحق الدفع ، إذا أثبت أن الحكم الصادر للمستحق على المشتري قد صدر نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه في الدفاع ، لوجود مستندات لديه تثبت ملكية البائع ، فإن أثبت البائع ذلك تخلص من ضمان الاستحقاق، ويتحمل المشتري نتيجة تدليسه أو خطئه[1] ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة٤٠٨:

« ٢ ــ فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ، ولم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه » .

٣ ــ إهمال المشتري واجبه بإنذار البائع بالدعوى :

إذا رفعت دعوى الاستحقاق على المشتري ، وأهمل واجبه في إنذار البائع بالدعوى ، ولم يطلب إدخاله فيها فإن انتهت لصالح المشتري ، واستطاع ردّ دعوى

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٩٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٨٥/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨٧ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٧٢ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٥٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٩٧ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠٦ .

الاستحقاق فقد سلم المبيع له ، وانتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمان الاستحقاق والتعرض .

أما إن صدر حكم للمدعي بدعوى الاستحقاق ، وحكم له بطلباته على المبيع حكما نهائياً وحاز قوة القضية المقضية ، فهذا الحكم لا يسري إلا على المشتري ، وإن أراد الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق فيحق للبائع أن يرد هذا الطلب ، وأن يتخلص من ضمان الاستحقاق إذا أثبت للمحكمة أنّ لديه أدلة وحججاً لرد دعوى المستحق ، ويدفع دعوى المشتري بأنه كان بامكانه أن يدفع بهذه الحجج والأدلة في وجه دعوى الاستحقاق ، وأن المشتري هو الذي قصر بانذاره ، ولم يطلب إدخاله في الدعوى ، فيتحمل المشتري الخسارة ، ويتخلص البائع من ضمان الاستحقاق .

ولا يشترط في البائع أن يثبت تدليس المشتري أو يثبت خطأه الجسيم في الدعوى والدفاع عنها ، بل يكفي أن يثبت أنه لو مكنه المشتري من ذلك في الوقت الملائم لأدى تدخله إلى رفض دعوى الاستحقاق[1] .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٤٠٨ :

« ٣ ــ وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وصدر حكم حاز قوة القضية المقضية ، فقد حقه بالرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » .

وجاء القانون الأردني بأحكام خاصة عن دعوى الاستحقاق ، وهي أحكام عملية وواقعية ، وفصل بين حالة رفع دعوى الاستحقاق قبل تسليم المبيع للمشتري أو بعد تسليمه ، فإن رفعت الدعوى قبل تسليم المبيع فيجب أن توجه إلى البائع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٧١/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٩٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٢٩٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٧٤ .

والمشتري معاً ، لأن البائع لا يزال واضع اليد من جهة ، وهو الذي تصرف بالمبيع ، ورتب عليه للمشتري حقوقاً جديدة بالعقد ، ولأن المشتري هو المالك ظاهراً بمقتضى عقـد البيـع .

وإن رفعت دعوى الاستحقاق بعد تسليم المبيـع للمشتري فتوجه إلى المشتري لأنه واضع اليد حقيقة ، والمالك للمبيع بمقتضى العقد ، ولكن يجب إدخال البائـع في الدعوى إذا أراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن[1] .

ويقرر الفقهاء أن الحكم بالملك للمستحق يكون حكماً على ذي اليـد (وهو المشتري هنا) وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ، (وهو هنا البائع) ، وقالوا لو كان سبب الاستحقاق مستنداً إلى غير البائع كمورث البائع مثلا ، فإن الحكم يتعدى إلى بقية الورثة[2] ، وفي هذا تحقيق للعدل الكامل من جهة ، واختصار للوقت ، حتى لا يضطر المشتري برفع دعوى جديدة على البائع بضمـان الاستحقاق ، ولا يضطر البائع لرفع دعوى ثالثة على بقية الورثة لاسترداد حقه من حصتهم التـي أخذوها مقابل المبيع .

ثانيا : طرق خاصة لاثبات دعوى الاستحقاق :

تخضع دعوى الاستحقاق، إلى الإجراءات العامة والقواعد المقررة في أصول المحاكمات ، ويمكن للمدعي فيها أن يثبت حقه بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً ، ومن أهمها الشهادة ، وإقرار البائع نفسه بحق المدعي بالاستحقاق ، أو بنكوله عن اليمـين .

ويعتبر الإقرار حجة قاصرة على صاحبه ، ولا ينتج الإقرار أثره إلا إذا صدر مما يلتزم بالحق ، ولكن القانون خرج عن هذا المبدأ العام المقرر في الإثبات ، وأعطى

---

(١) انظر : القانون المدني الأردني ، المادة ٥٠٤ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٤٩٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٩١ ، المعاملات، أبو الفتح ٢/٣٣٢ ، درر الحكام ٢/١٩٠ .

الإقرار حجة متعدية ، بشروط خاصة ، وذلك في المادة ٤٠٩ ، ونصها :

« يثبت حق المشتري في الضمان ، ولو اعترف وهو حسن النيـة للأجنبـي بحقـه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه » .

فإذا رفعت دعوى الاستحقاق في المبيـع ، فأنذر المشتري البائع بهذه الدعوى في الوقت الملائم ، وطلب منه التدخل في الدعوى ، أو أن يحل محله فيها ، فأهمـل البائـع واجبه ، ولم يتدخل في الدعوى ، فأقر المشتري للمدعي بصحة دعواه في استحقاق المبيـع ، وحكم له بذلك ، فإن هذا الإقرار لا يقتصر على المشتري ، وإنما يتعدى إلى البائع ، ويحق للمشتري أن يطالب البائع بضمـان الاستحقاق محتجا بالحكم المبني على إقراره ، خلافاً لمبادىء الإقرار العامـة في اقتصار حجيته عـلى صاحبـه ، وتكون حسن النية عنـد المشتري بأن يقتنع بصحة دعوى المدعـي ، وخاصة أن البائع تخلى عنه ولم يتدخل في الدعوى مما يوحي بحق الأجنبي فيها ، مما لا يدع مجالاً للانكار والجحود وتأخير الحكم .

ولكن القانون احتفظ للبائع بحقـه بالتخلص من الضمان في هـذه الحالة ، وذلك بأن يثبت أن الأجنبي المدعي لم يكن على حق في دعواه ، ويحق للبائـع أن يقدم حججه ودفوعه ضد المشتري ، كما لو لم ينذر البائـع أصلاً بالتدخل ، لأن المدعي قد يعجز حقيقة عن إثبات دعواه ، أو تقديم الدليل الصحيح أمام المحكمة أو إقامـة الحجة التي يقتنـع بها القاضي ، فيأتي إقـرار المشتري معيناً له على تحقيق مآربـه ، ولذلك يتحمـل المشتري نتائج إقـراره ، وقد يخسر حقـه في ضمـان الاستحقاق بسبب هذا الإقرار إذا أثبت البائع بطلان حق الأجنبي في المبيع[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ، ٦٦٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص.٢٠٠ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٧٤ .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في إخضاع دعوى الاستحقاق لقواعد الإثبات العامة ، وأن البائع لا يكلف بضمان الاستحقاق إلا إذا أثبت المدعي حقه في المبيع بالشهادة والبينة ، أو بإقرار البائع نفسه ، أو بنكوله عن اليمين إذا طلبها مدعي الاستحقاق .

ويقرر الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة على صاحبها ، فإن أقر المشتري بحق المستحق بدعوى الاستحقاق ، فيقتصر إقراره على نفسه ، ولا يحتج به على البائع للمطالبة في ضمان الاستحقاق .

ولم يستثن الفقه من ذلك حالة إقرار المشتري بحق الأجنبي بدعوى الاستحقاق، ولذلك يختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي في هذه الصورة ، وقد منع الفقهاء تعدي إقرار المشتري إلى البائع تطبيقاً للمبادىء العامة في الإثبات ، وسداً للذرائع ، حتى لا يفتح الباب أمام المدعي والمشتري بالتآمر على البائع ، والتواطؤ على حقه بالباطل[1] .

وهذا ما قرره المرحوم قدري باشا فقال : « لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة ، فإن ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله أو بنكول المشتري أو وكيله فلا يكون له حق في الرجوع على البائع »[2] .

وأخذ القانون الأردني بأحكام الفقه الإسلامي في إثبات الاستحقاق ، ونص صراحة على مخالفة القانون السوري والمصري ، بعدم ثبوت حق المشتري بالرجوع على البائع إذا كان الاستحقاق مبنياً على إقرار المشتري أو نكوله عن اليمين[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٩٥، ١٩٨ المعاملات ، أبو الفتح ٢/٣٢٩ ، ٣٣٣ ، درر الحكام ٢/١٩١ ، وسائل الإثبات ص ٢٥٥ .

(٢) مرشد الحيران ، المادة ٤٩٤ .

(٣) القانون المدني الأردني ، المادة ٥٠٧ .

ثالثا : صلح المشتري مع المستحق :

ومما يتعلق بدعوى الاستحقاق أن يتم الصلح بين المشتري والمستحق على إنهاء دعوى الاستحقاق ، وتنازل المستحق عنها ، لقاء بدل يدفعه المشتري له .

وقد رتب القانون على هذا الصلح نتائج بالنسبة لكل من البائع والمشتري والمستحق ، وهو ما جاء في المادة ٤١٠ :

« إذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » .

فالمشتري توقى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا ، واتفق مع المتعرض على ذلك مقابل شيء من النقود أو مقابل شيء آخر يؤديه له ، وفي هذا مصلحة للمشتري بأن يبقى المبيع له ، ويسلم من الاعتراض والاستحقاق ، ويستقر البيع ، ولا يتعرض للفسخ أو الانفساخ أو الإبطال .

كما يستفيد البائع من هذا الصلح ، وتسقط عنه التعويضات الكثيرة المقررة في ضمان الاستحقاق على أن يعوض المشتري عما تحمله في سبيل الصلح من نقود، أو مقابل ما أداه من قيمة أشياء ، مع المصروفات والفوائد ويكون المشتري قد استرد ماأداه ، دون أن يتحمل خسارة أو أن يناله ضرر .

وبما أن القانون قرر حق الاسترداد لمصلحة البائع ، تفاديا من ضمان الاستحقاق ، وتخفيفا له عن حمل التعويضات الكثيرة فيه ، فلم يلزمه بهذا الحكم، وإنما منحه الخيار بين دفع المبلغ المصالح عليه مع المصروفات والفوائد ، وبين قبوله ضمان الاستحقاق وتحمل عناصره التي سنذكرها ، وذلك أن المشتري قد يرغب بالمبيع، ويحرص على بقائه عنده ، ويدفع في سبيل ذلك مبلغا كبيرا، ويضحي بأكثر مما يجب، ويرضى بمقابل كبير، وخاصة إذا علم أن البائع سيتحمل هذا المبلغ ، فيتوسع

بالبدل على حساب غيره ، فأعطى القانون الخيار للبائع أن يقارن بين بدل الصلح وبين تعويضات ضمان الاستحقاق .

ويستوي الأمر في ذلك بين وقوع الصلح قبل رفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين للمشتري جدية إدعاء المتعرض ، فيتفق معه على الصلح ، أو كان بعد رفع الدعوى عليه ، وسواء تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بعد رفعها ، أو لم يتدخل، لكن يشترط أن يتم الصلح قبل القضاء للمدعي ، واصدار الحكم بثبوت حقه على المبيع .

أما إذا تم الصلح بعد القضاء والحكم ، فلا علاقة للبائع في الصلح بين المشتري والمستحق ، ويكون الصلح بمثابة عقد بيع جديد بين المشتري والمالك الحقيقي ، ويلزم البائع بضمان الاستحقاق[1] .

ويتفق الحكم القانوني في صلح المشتري مع المستحق مع ما قرره الفقه الإسلامي ، وقد بينت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري أن هذا الحكم مأخوذ من مرشد الحيران في الفقه الإسلامي[2] .

وذكر الفقهاء أن المشتري إذا دفع شيئاً للمستحق بعدما قضي له بالاستحقاق حتى ترك المبيع له كان ذلك شراء جديدا ، ويلتزم البائع برد الثمن ، سواء كان أقل مما دفعه المشتري أو أكثر منه[3] .

وهذا ما قرره القانون المدني الأردني في الفقرة الثانية من المادة ٥٠٨ ، التي جاء فيها : « وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشتري بالمبيع ،وحق

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٩٢/٤ ، الوسيط ، السنهوري ٦٩١/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٧٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٠٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٧٤ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٩٢/٤ ، المادة ٤٤٢ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٣ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٣١/٢.

له الرجوع على البائع بالثمن » .

بينما عرضت الفقرة الأولى من هذه المادة لحالة الصلح بين المشتري ومدعي الاستحقاق قبل القضاء له ، وبينت حكماً سكت عنه القانون المصري والسوري ،وهو إذا أنكر البائع حق المدعي بالاستحقاق ، فيقوم المشتري باثبات حق المدعي في دعواه ، فإذا أثبت ذلك يخير البائع بين أداء مايعادل بدل الصلح أو رد الثمن إلى المشتري[1] .

الشعبة الثالثة

عناصر ضمان الاستحقاق

حق المشتري عند وقوع الاستحقاق :

إذا ثبت استحقاق الأجنبي للمبيع فقد فتح القانون أمام المشتري عدة طرق لصيانة حقه ورفع الضرر الذي لحقه من دفع الثمن للبائع ، ثم نزع المبيع من يده من المستحق ، وهنا يحق للمشتري أن يسلك إحدى الطرق التالية :

١ ـ فسخ البيع :

إذا ظهر أن المبيع مستحق لأجنبي ، وأنه مالك له ، وطالب بملكيته ، فيحق للمشتري أن يطلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه في تسليم المبيع ، بمقتضى القواعد العامة في الالتزامات ، وأنه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه في العقد الملزم لجانبين ، فيحق للطرف الثاني طلب فسخ العقد ، كجزاء لخلل طارىء في التنفيذ، سواء كان الخلل بسبب البائع وتقصيره ، أم كان بقوة قاهرة ، ويحق للمشتري طلب التعويض إذا كان الخلل بتقصير من البائع ، ولا يحق له ذلك إذا كان بقوة قاهرة[2]،

---

(١) انظر : القانون المدني الأردني ، المادة ١/٥٠٨ .

(٢) المادتان ١٥٨ ، ٢١٦ من القانون المدني السوري .

وفي كلا الحالتين يزول العقد وينتهي بين الطرفين ، ويترك تقدير التعويض للقاضي ، ويخضع للتقادم لمدة خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد[1] .

٢ ـ إبطـال العقـد :

متى ظهر للمبيع مستحق ، وطالب به وأخذه ، فيحق للمشتري أن يطلب إبطال البيع ، لأنه ظهر أن المبيع ملك لأجنبي ، وأن البائع تصرف في ملك غـيره ، فيطلب المشتري إبطال العقد[2] ، وفقا للمادة ٤٣٤ في بيع ملك الغير كماسنرى ، ويزول العقد في هذه الحالة ، ويطلب المشتري التعويض من البائع مطلقا ، سواء كان حسن النية أم سيء النية ، (المادة ٤٣٦) ، وتتقادم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات ، فمن مصلحة المشتري أن يطلب إبطال العقد لأنه يحق له طلب التعويض مطلقاً ، بخلاف طلب الفسخ، فلا يحق له طلب التعويض إلا في حالة التقصير أو تعمد البائع بيع ملك غيره ، أو بيع ملكه مرتين[3] .

٣ ـ تنفيذ البيع بطريق التعويض :

إذا ظهر مستحق للمبيـع وطالب به واستلمه ، فيصبح تنفيـذ العقـد العيني مستحيلا ، ويمكن للمشتري أن يتمسك ببقـاء العقـد ، ويطلب تنفيذه عن طريق التعويض ، مستفيداً مما منحه إياه القانون في تعويضات ضمان الاستحقاق ، بـأن

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦١٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٧٧ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠٣، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٠٣ .

(٢) يصح طلب إبطال العقد لكل خلل يشوب رضى المتعاقدين أو حقوق العقد عند إبرامه كالاكراه والتدليس ونقص الأهلية وبيع ملك الغير ، ويكون الخلل مقترنا بإنشاء العقد ، أما الفسخ فيقع لسبب طارىء بعد العقد .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦١٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٣، ٢٠٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٩٧/٤، العقـود المسماة ، البدراوي ص ٤٧٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٧٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٠٤ .

يضمن البائع ضماناً خاصاً ومفصلا ، كما سنشرحه بعد قليل ، وتختلف هذه الدعوى والتعويضات عن التعويض الذي مر ذكره سابقا في فسخ البيع أو طلب إبطاله ، فالتعويض السابق يعتمد على المسؤولية غير العقدية ، التي تشمل المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب ، لأن العقد في الحالتين السابقتين قد زال بالإبطال أو الفسخ فلا يمكن اتخاذه أساساً للمسؤولية،وأن التعويض فيهما يرجع تقديره للقاضي، بخلاف تنفيذ العقد بطريق التعويض فإنه يعتمد على أساس المسؤولية العقدية، وحدد القانون نفسه عناصر التعويض تفصيلاً ، وأن الدعوى تتقادم بخمس عشرة سنة تسري من تاريخ التعرض وليس من تاريخ العقد ، ولذلك أشار القانون إلى استقلال دعوى تنفيذ البيع بطريق التعويض عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ في آخر عناصر التعويض عن ضمان الاستحقاق فقال : « كل هذا مالم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » فإن رجع المشتري على البائع بطلب فسخ العقد أو إبطاله مع التعويض فيهما ، فلا يحق له أن يطالب بتعويضات ضمان الاستحقاق[1] ، ويحق للمشتري طلب إبطال البيع بمجرد تبينه أن البائع غير مالك للمبيع ، وباع ملك غيره ، أما في ضمان الاستحقاق ، فلا يحق للمشتري طلبه إلا بعد التعرض الفعلي للمشتري في حيازته[2] .

ويقرر الفقه الإسلامي عند ظهور الاستحقاق أن المشتري يحق له أن يطلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع كاملاً وسالماً للمشتري ، كما يحق له أن يطلب إبطال البيع في بيع ملك الغير ، ويسترد المشتري الثمن الذي دفعه للبائع ، ويثبت له عند الحنفية حق الفسخ ولو علم عند العقد بالرهن أو الإجارة .

ولم يقرر الفقه الإسلامي الاختيار الثالث ، وهو التنفيذ عن طريق التعويض،

---

(١) انظر : الوسيط ، للسنهوري ٦١٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ، ص ٢٠٣، العقود المسماة ، الدراوي ص ٤٧٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٠٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٠٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٣٥ .

ولا يقبل طلب التنفيذ بعدما تبين أن المبيع ملك لغير البائع ، ويتحدد ضمان البائع للمشتري بالثمن[1] .

ولكن الفقهاء المسلمين عرضوا لاختيار ثالث لم يتعرض له القانون ، وهو إذا أجاز المالك المستحق بيع البائع ، فينفذ العقد عند الجمهور ، ويصبح البائع كوكيل عن المالك ، بحسب القاعدة الفقهية : « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » ، ويسلم المبيع للمشتري ، ويرجع المستحق على البائع بالثمن ، ويسد الطريق أمام المشتري بدعوى الاستحقاق[2] .

وأخذ بهذه الحالة القانون المدني الأردني ، وقرر أنه إذا قضي باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ، ويخلص المبيع للمشتري، (المادة ١/٥٠٥) .

تعويضات ضمان الاستحقاق :

فرق القانون بين حالة الاستحقاق الكلي للمبيع ، وبين حالة الاستحقاق الجزئي،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٠٣٥/٦ ، حاشية ابن عابدين ١١١/٥ ، المعاملات، أبو الفتح ٣٢٨/٢ ، كشاف القناع ٣٥٦/٣ ، مجموعة الفتاوى ٢٠٣/٢٩ ، جامع الفصولين ٢٠٧/١ .

(٢) يرى أستاذنا الزرقا أن المبادىء القانونية تقبل هذه الصورة لسكوت القانون عنها ، وعدم وجود ما ينافيها فيه ، وبالتالي فلا يحق للمشتري أن يطلب فسخ العقد ، ولا أن يطلب إبطاله ، كما لا يحق له أن يطلب التعويض عن ضمان الاستحقاق، إلا ما دفعه من نفقات دعوى الاستحقاق التي يكون المستحق قد رفعها ، ثم عدل عنها. (العقود المسماة ، له ص ٢٠٩) .

ولكني أرى أن قواعد الاستحقاق تشمل هذه الصورة ، وذلك أنه يشترط في ضمان الاستحقاق أن يقع التعرض فعلا ، فإذا أجاز المالك البيع فلم يقع التعرض فعلا، وكذلك الحال إذا رفع الدعوى ثم أجاز البيع وأسقط حقه في التعرض والاستحقاق، فلم يبق محل للتعرض والاستحقاق .

وعين شروطاً معينة ، وحدد تعويضات خاصة لكل حالة ، وبين طرقاً خاصة للمشتري بكل حالة .

أولا : تعويضات ضمان الاستحقاق الكلي :

إذا ظهر المبيع مستحقاً كلياً لأجنبي ، وطالب به مالكه ، وأثبت حقه فيه ، وحصل له ما يريد ، فيستطيع المشتري طلب فسخ البيع أو طلب إبطال العقد ، أو طلب التنفيذ بطريق التعويض ، فإن اختار طلب تنفيذ البيع بطريق التعويض ، فيحق له تضمين البائع بجميع عناصر الضمان المقررة قانوناً في المادة ٤١١ ، وهي :

١ ــ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢ ــ قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها مع المبيع لمستحقه[1] .

٣ ــ المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق[2] ،

---

(١) يخضع رد الثمار وعدمه إلى المادتين ٩٢٩ ، ٩٣٠ من القانون المدني ، التي تقضي بأن الحائز ، وهو المشتري هنا ، لا يسأل عما جناه من ثمرات الشيء تجاه مالكه المستحق ، إذا كان المشتري حسن النية ، ولذلك لا يضمن البائع للمشتري الفوائد القانونية عن قيمة المبيع إلا من تاريخ الاستحقاق ، باعتبار أن الثمرات له ، فلا يستحق الفوائد ، لأن الغرم بالغنم ، وأما إذا كان المشتري سيء النية بعلمه عند العقد بحق الغير ، أو صار سيء النية بعلمه بذلك فيما بعد ، فإنه يضمن الثمرات للمالك من ذلك الوقت ، ويستحق المشتري على البائع قيمة هذه الثمرات التي ردها إلى المستحق المالك .

(٢) ينظم القانون المدني في المادتين ٨٨٩، ٩٣١ قواعد استرداد المصروفات وعدمه ، وأن حائز الشيء إذا أنفق عليه ثم استحق من يده فإنه يسترد من المالك جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ، كما يسترد منه المصروفات النافعة غير الضرورية بمقدار التحسين الذي حصل للشيء ، وزاد في قيمته فقط ، فإن أنفق المشتري هنا مقداراً أكثر من هذه القيمة فإنه يرجع بالفرق على البائع ، أما المصروفات الكمالية فالأصل أن الحائز لا يسترد منها شيئاً من المالك ، ولكن يحق له أن ينتزعها دون إضرار بالشيء ، وفي حالة الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الكمالية بحسب النص الأعلى ، إذا كان البائع سيء النية .

وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية .

٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان التي يرفعها المشتري على البائع ، وجميع مصروفات دعوى الاستحقاق التي رفعها المستحق على المشتري .

واستثنى القانون من مصروفات الدعاوى ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها ، لو أخطر البائع بالدعوى ، كما سبق ، فلو أخطره بدعوى الاستحقاق وحضر البائع ، وحكم للمستحق بالمبيع لعدم وجود حجة للبائع ، فإنه يحكم على البائع في نفس الدعوى بضمان الاستحقاق ، دون حاجة إلى رفع دعوى ثانية ، فإن لم ينذر المشتري البائع ، وحكم بالاستحقاق ، ثم رفع المشتري دعوى ثانية لطلب ضمان الاستحقاق ، فلا يكلف البائع ضمان مصروفات الدعوى الثانية .

٥ ـ جميع ما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

ونلاحظ أن هذه المادة قررت للمشتري الحق في ضمان قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون نظر لقيمته وقت البيع ، لأنه تنفيذ بطريق التعويض ، ودون نظر إلى الثمن الأصلي ، سواء كانت القيمة أكثر من الثمن أو أقل منه ، خلافاً لحالتي الفسخ والإبطال فالعبرة فيهما لاسترداد نفس الثمن المدفوع من المشتري[1] .

كما قررت هذه المادة اعتبار حسن نية البائع في التعويض وسوء نيته، وذلك

---

(١) إذا كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق اقل من الثمن المدفوع فإن القاضي يأخذ ذلك بعين الاعتبار في الفقرة الخامسة بتقدير مالحق المشتري من خسارة أو فاته من ربح .

وإن القانون المدني العراقي قرر وجوب إعادة الثمن فقط ، وليس القيمة ، إلى المشتري ، إذا كان البائع حسن النية ، أخذا من الفقه الإسلامي ، فإن كان البائع سيء النية فيكلف بدفع الفرق بين القيمة والثمن ، إن كانت القيمة أكثر من الثمن .

في حالتي رجوع المشتري عليه بالمصروفات الكمالية ، وبفرق المصروفات النافعة[1] .

أما الفقه الإسلامي فلم يوجب على البائع في ضمان الاستحقاق الكلي إلا رد الثمن الذي دفعه المشتري ، سواء تمّ إبطال البيع أو فسخه من قبل المشتري ، أو اعتبر البيع منفسخا من تلقاء ذاته بسبب الاستحقاق[2] .

وهذا ما نص عليه المرحوم قدري باشا فقال : « البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان في العقد »[3] ، وهذا ما قرره القانون المدني الأردني ، بأن المشتري يرجع على البائع بالثمن[4] .

وقد أخذ القانون المدني العراقي (عند حسن النية من البائع) والأردني بوجوب رد الثمن إلى المشتري ، وليس قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

ولم يذكر الفقهاء تعويضاً للمشتري عند ضمان الاستحقاق ، وخاصة أن القضاء في الإسلام مجاني ، ولم يكن هناك محامون يتقاضون الأجور على رفع الدعاوى ومتابعتها ، وأن الفوائد ممنوعة ومحرمة شرعاً ، وأن المشتري يرجع على المالك

---

(١) انظر :الوسيط ، السنهوري ٦٧٣/٤ ، ومابعدها ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٨٩ ، ٢٩٧ ، ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٥٥ ، ٤٧٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٨٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢١٨ ، ٢٢٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٦١ ، ١٦٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٠٧ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣١٤ ، عقد البيع، عامر ص ٢٧٧ .

(٢) يضمن البائع للمشتري الثمن ، حتى لو ضمن المشتري للمستحق قيمة المبيع وقت الشراء ، وهو ما نص عليه المرحوم قدري باشا ، فقال : « إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع فلا بدّ للمستحق من أن يبرهن على قيمته يوم الشراء ، فيضمن المشتري القيمة ، ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن » مرشد الحيران ، المادة ٥٠٩ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ١٩٨/٥ ، المعاملات، أبو الفتح ٣٣٦/٢ .

(٣) مرشد الحيران ، المادة ٤٨٩ .

(٤) المادة ٢/٥٠٥ من القانون المدني الأردني .

بالنفقات التي صرفها على المبيع .

ويرى فضيلة الأستاذ الزرقا أن قواعد الفقه الإسلامي « تقبل تضمين الأضرار المالية المحققة التي تصيب المشتري من جراء الاستحقاق كنفقات المحاكمة » في وقتنا الحاضر ، وغيرها من النفقات التي تحملها المشتري أو صرفها على المبيع بحسن نية، والتي تدخل في نظرية الضمان الشرعية ، وهذا ما صرح به الحنابلة إذا بنى المشتري على الأرض ثم ظهر مستحق للأرض فأخذها ونقض البناء ، فالأنقاض للمشتري لأنها أعيان ماله ، ويرجع بالثمن على البائع أو كفيله ، ويرجع بقيمة التالف على البائع لأنه غره[1] .

ولذلك قرر القانون المدني الأردني أن البائع يضمن للمشتري ــ بالاضافة إلى الثمن ــ كل ما أحدثه المشتري في المبيع من تحسين نافع ، على أن يقدر التحسين بقيمته يوم التسليم للمستحق[2] ، ويضمن البائع للمشتري أيضا الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع[3] .

---

(١) قال البهوتي : وقيده الشيخ التقي بما إذا كان البائع عالماً ، وإلا فلا تغرير ، وهذا اعتماد على حسن النية وسوء النية .

انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٩ ، نظرية الضمان ، وهبة الزحيلي ص ٢٠، ٢٣٨ ، ٢٥٢ ، كشاف القناع ٣٥٧/٣ .

(٢) نرى أن القانون المدني الأردني أخطأ في هذه الفقرة ، وارهق البائع بتضمينه التحسين النافع للمبيع ، وكان الواجب أن يكون ضمان التحسين النافع للمبيع على المستحق ، وليس على البائع ، لأن النفع عاد حقيقة له ، بناء على مبدأ الاثراء على حساب الغير .

(٣) الفقرتان ٣ ، ٤ من المادة ٥٠٥ من القانون المدني الأردني .

وانظر : العقود المسماة ، الذنون ص ٢١٧ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٠٧/٢ ، كشاف القناع ٣٣٤/٣ ، مجموعة الفتاوى ٤١٧/٢٩ .

ثانياً : تعويضات ضمان الاستحقاق الجزئي :

قد يكون الاستحقاق جزئياً ، فيسلم للمشتري بعض المبيع ويتمتع ببعض مزاياه ، ويحرم من بعضه الآخر ، أو يخسر بعض مزاياه ، كأن يستحق بعض المبيع، أو يثبت للغير على المبيع حق ارتفاق ، أو تنقص منافع المبيع بأن يكون مرهوناً أو مأجوراً لمدة لاحقة لزمن البيع ، ففي هذه الأحوال يكون الاستحقاق جزئياً لبعض المبيع دون بعض .

والقانون المدني فرق في الاستحقاق الجزئي بين كون القسم المستحق من المبيع جسيماً ، ويلحق بالمشتري الخسارة الجسيمة ، وبين كون القسم المستحق غير جسيم .

فإن كان الاستحقاق جزئياً ، وكان القسم المستحق جسيماً ، وقد بلغ قدراً لو علمه المشتري من قبل لما أتمّ العقد كما لو اشترى قطعة أرض لإقامة بناء أو معمل، وأصبح الجزء الباقي لا يفي بذلك ، فإنه مخير بين أن يرد المبيع إلى البائع مع ما أفاد منه ، ويطالبه بالتعويضات المقررة سابقاً في ضمان الاستحقاق الكلي[1]، وبين أن

---

(١) اختلف شراح القانون في تكييف إنهاء العقد حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم، فيرى بعضهم أنه فسخ للعقد ، وهو مانصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، ويكون القانون قد وقع في تناقض ، لأنه اشترط في تعويضات ضمان الاستحقاق الا يكون رجوع المشتري مبنيا على الفسخ أو الإبطال ، ويقترحون أن يكون حق المشتري تعويضا عن ضرره فقط ، فإن اختار الاحتفاظ بالباقي من المبيع أو كان النقص الجزئي غير جسيم فيطالب بالتعويض عن ضمان الاستحقاق الجزئي ، ويرى فريق من شراح القانون أن إنهاء العقد ليس فسخا ، وأن المذكرة الايضاحية اخطأت في ذلك،وأن النص القانوني يجب فهمه على ضوء المادة السابقة ٤١١ التي تقرر تعويضات ضمان الاستحقاق الكلي ، وأن العقد تم تنفيذه عن طريق التعويض .

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٠ ، العقود المسماة ، البدراوي ص

يحتفظ بالباقي من المبيع بعد الاستحقاق ، ويطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ، وهذا يقدره القاضي بالمقارنة بين الثمن ومقدار النقص ومقدار الضرر اللاحق بالمشتري ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤١٢ .

أما إن كان القسم المستحق غير جسيم ، ولم يبلغ قدراً يمنع المشتري من إتمام البيع لو علم به قبل العقد ، فينحصر حق المشتري في طلب التعويض من البائع عما لحقه من الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي ، ولا يحق له طلب فسخ البيع ورد الباقي ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤١٢ من القانون المدني ، ولم يفرق القانون العراقي في الاستحقاق الجزئي بين كونه جسيماً أو غير جسيم ، وترك تقدير الأمر إلى القاضي[1] .

ويتفق القانون المدني في الجملة مع الفقه الإسلامي في حالة الاستحقاق الجزئي، مع اختلاف دقيق في التكييف والتعويض .

فقال الحنفية : إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق ، ثم يخير المشتري في الباقي إن شاء رده ورجع بجميع الثمن ، وإن شاء احتفظ بالباقي ورجع بحصة المستحق من الثمن ، ويثبت هذا الحكم سواء صار المبيع معيباً بالاستحقاق الجزئي أم لا ، وسواء كان مثلياً أو قيميا ، وسواء قبض بعض المبيع أم لم يقبض منه شيء .

= ٤٨٦، أبحاث إضافية في عقدي البيع والمقايضة، سوار ص ٥٣ ، الوسيط ، السنهوري ٦٨٨/٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٠١/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٨٣) .

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٠٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٨٥ ، الوسيط ، السنهوري ٦٨٥/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٢٤، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٨٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٩٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٩٧ ، ٢٢٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٦٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣١١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٢٤، عقد البيع ، عامر ص ٢٨٢ .

وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه بطل البيع في القدر المستحق ، ثم ينظر، فإن أحدث الاستحقاق عيباً في الباقي فيخير المشتري بين رد جميع المبيع والرجوع بجميع الثمن ، وبين إمساك الباقي والرجوع بثمن المستحق ، وإن لم يحدث عيباً في الباقي يأخذ المشتري الباقي بلا خيار ، ويرجع بحصة المستحق على البائع[1] .

أما إن كان المبيع مرهوناً أو مأجوراً فيخير المشتري بين فسخ البيع ، وبين انتظار فك الرهن أو انتهاء الإجارة ، فإن سكت حتى انتهت المدة ، نفذ البيع ، وأصبح لازماً ، ولا يحق للمشتري الفسخ ، لزوال المانع[2] .

وأخذ القانون المدني الأردني برأي الحنفية تماماً، مع تقييد الحالة الأخيرة ، وهي الاستحقاق الجزئي بعد القبض ، وعدم إحداثه عيباً ، بأن يكون الجزء المستحق هو الأقل ، كما أضاف القانون الأردني تخيير المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي بالرهن والاستئجار بين انتظار رفع حق الغير على المبيع ، وبين فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن ، وأخذ القانون الأردني ذلك من المذهب الحنفي أيضاً[3] .

وقال المالكية : إن استحق بعض المبيع ، فإن كان الباقي نصف المبيع فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع ولم يضره التقسيم فإن ضره يخير المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف فيجب رده إلى البائع واسترداد الثمن إلا إذا كان مثلياً فيخير بين الامساك بحصته من الثمن وبين الفسخ[4] .

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المادتان ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، حاشية ابن عابدين ٣٣/٥ ، درر الحكام ١٦٥/٢ ، ١٩٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٠٣٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ١١١/٥ ، ، المعاملات، أبو الفتح ٣٣٧/٢ ، كشاف القناع ٣٣٤/٣ .

(٣) انظر : القانون المدني الأردني ، المادة ٥٠٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٥٩٠ ، ٧٤٧ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ١٤٩/٣ ، بلغة السالك ٦٦/٢ .

الشعبة الرابعة

الاتفاق على تعديل ضمان الاستحقاق

الأصل في أحكام العقود عامة ، وأحكام البيع خاصة ، في آثاره والتزاماته، ومنها ضمان الاستحقاق ، أنها من الأحكام القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، وأن العبرة لاتفاق الطرفين ، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، ويجوز بالتالي أن يتفق المتبايعان على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق بالإلغاء أو الزيادة أو النقص .

وإن القانون وضع أحكام ضمان الاستحقاق لتأمين مصالح خاصة ، وهي حماية حقوق المشتري في البيع ، ودفع الضرر عنه ، وهذا يبين سبب اعتبار ضمان الاستحقاق من الأحكام المفسرة ، فإن اتفق الطرفان على أحكام خاصة في ضمان الاستحقاق ، فيشترط أن يتم الاتفاق عليها صراحة ، وأن ينصب على تعديل الضمان المقرر قانوناً .

ولكن قد يطمع الأفراد في هذه الأحكام ، ويفهمونها على غير طبيعتها ، ويستغل بعض الأفراد بعضاً في اشتراط تعديل الضمان إلغاءً أو زيادة أو نقصاً ، وقد يشجعهم ذلك على بيع أموال الغير ، ويتعرض المشترون للتعرض والاستحقاق ، ويتورطون في البيوع ، فلا يطمئن المتعاقدان لبعضهما ، وتسوء النوايا في التعاقد ، وتفقد الثقة، ويضطرب التعامل الذي يقوم على الأمانة وحسن النية ، لذلك تدخل القانون أحياناً واعتبر بعض أحكام البيوع من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها ، ومنها عند وجود الغش أو سوء النية في ضمان الاستحقاق ، وهو ما نظمه القانون المدني السوري في المادتين ٤١٣ ــ ٤١٤ .

أما الفقه الإسلامي فاعتبر ضمان الاستحقاق من النظام العام والقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها .

وهذا ما نفصله فيما يلي :

أولا : الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق :

صرح القانون المدني السوري في الفقرة الأولى من المادة ٤١٣ على جواز الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق ، وهو قليل الوقوع في التطبيق العملي ، لأن القانون كفل للمشتري تعويضا كافيا في ضمان الاستحقاق، ويفوق في كثير من الأحيان على التعويض الذي يحصل عليه بالفسخ أو الإبطال ، ومع ذلك فقد يطمع المشتري في مزيد من الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمانات إضافية على التعويضات المذكورة في ضمان الاستحقاق ، كالتعويض عن جميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والتعويض عن نزع المبيع للمنفعة العامة بعد البيع ، أو يطلب المشتري زيادة في التعويضات المقررة في ضمان الاستحقاق ، كالاتفاق على ضمان الأعلى من الثمن وقيمة المبيع ، أو أن يأخذ المشتري تعويضات ضمان الاستحقاق سواء كان النقص جسيماً أو غير جسيم في الاستحقاق الجزئي ، والاتفاق على حق المشتري بالرجوع على البائع بضمان الاستحقاق متى علم المشتري بوجود الاستحقاق، ولو لم يتم التعرض له فعلاً ، ففي جميع الأحوال أجاز القانون صحة الاشتراط على زيادة ضمان الاستحقاق ولزومه للطرفين .

ولكن لا مانع من اعتبار هذا الاتفاق خاضعاً لمفهوم الشرط الجزائي الذي أقرته القواعد العامة في الالتزام[1] ، ومنحت القاضي الحق في تخفيض الضمان الثابت بالشرط الجزائي، وهو هنا الزيادة في ضمان الاستحقاق ، إن كانت مبالغاً فيها[2] .

---

(١) المادتان ٢٢٤ ، ٢٢٥ من القانون المدني السوري ، ويقابلهما المادتان ٢٢٣ ، ٢٢٤ من القانون المدني المصري ، والمادتان ٥٥٦ ، ٥٥٧ من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٩٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٥ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٨٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٨٨، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٠٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٠٦ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٦٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣١٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٢٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٨٦ .

ثانياً : الاتفاق على نقص ضمان الاستحقاق :

صرح القانون كذلك على جواز الاتفاق على انقاص ضمان الاستحقاق بين المتبايعين ، وهو كثير الوقوع في الحياة والعمل ، ويشمل الاتفاق على انقاص الأسباب الموجبة للضمان فيقلل منها ، بأن يشترط البائع عدم مسؤوليته عن ضمان الاستحقاق الناشئة عن غيره، أو عدم مسؤوليته عن ضمان حقوق الارتفاق الخفية ، ويشمل الاتفاق على نقص مقدار التعويض المستحق في الاستحقاق الكلي كالاتفاق على إعادة ثمن المبيع فقط ، دون قيمته إذا كانت وقت الاستحقاق أكثر من الثمن ، أو الاتفاق على عدم رجوع المشتري على البائع بالمصروفات مطلقا ، أو عدم رجوعه عليه بنفقات المحاكمة .

ولكن القانون اشترط في هذه الحالة أن يكون البائع حسن النية ، أي لا يعلم بحق الأجنبي في المبيع ، فإن كان سيء النية ، ويعلم حق الأجنبي في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري فيقع الاتفاق باطلاً ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٤١٣ ، ونصها:

« ٢ ــ ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » .

فالبائع هنا قد ارتكب غشاً ، واشترط عدم مسؤوليته عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة في الالتزامات أن يشترط الإنسان عدم مسؤوليته عن الغش ولو وافق الآخر على ذلك في العقد ، لأن إرادة الطرف الثاني قد تعرضت للعيب ، وصار رضاؤه في العقد مشوباً بالخلل ، ويكون عمل البائع من باب التدليس وسوء القصد .

ويشترط لبطلان هذا الشرط أمران : أن يكون البائع عالماً بحق الأجنبي في المبيع ، وأن يتعمد البائع إخفاء هذا الحق على المشتري ، فإن لم يكن البائع عالماً بحق الأجنبي في المبيع، أو كان عالماً به ، وكان المشتري كذلك عالما به أو ظن البائع أن المشتري عالم به ، فاشترط البائع انقاص الضمان ، فيقع الشرط صحيحاً ، لأن

البائع لم يتعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري .

ولكن مجرد علم البائع والمشتري بوجود حق الأجنبي بالمبيع ، دون الاتفاق على انقاص الضمان أو الاعفاء منه ، لا يسقط حق المشتري بضمان الاستحقاق ، لأن المشتري قد يعلم بذلك ، ولكنه يأمل بأن يقوم البائع بدفع التعرض أو حمل الأجنبي على التنازل عنه[1] .

ثالثاً : الاتفاق على إلغاء ضمان الاستحقاق :

إذا وصل الاتفاق بين البائع والمشتري على إلغاء ضمان الاستحقاق نهائياً على البائع ، فالأصل أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً ويقع الشرط محله ، ويعفى البائع من الضمان ، ولكن القانون استثنى أمرين أساسيين، ومنع الاتفاق معهما على إلغاء ضمان الاستحقاق ، وأنهما من القواعد الآمرة ، وهما حالة الغش من البائع ، وحالة سوء النية منه ، وهذا ما صرح به القانون مفرقاً بين أن يكون الاستحقاق ناشئا عن سبب من البائع أو غيره ، وفقا للمادة ٤١٤ ، مع النص على المبدأ العام بجواز الاتفاق على إسقاط الضمان في المادة ٤١٣[2] .

فإذا كان الاستحقاق ناشئاً عن سبب من فعل البائع نفسه ، كما لو باع العقار من شخص ، ثم باعه بعد ذلك من آخر وسجله له ، واشترط عليه عدم ضمان

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٩٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٦، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٣٧ ، ٤٨٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٨٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٠٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٠٨، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣١٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٢٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٨٨ .

(٢) يضيف القانون المدني المصري فقرة على هذه المادة، يقرر فيها أن يكون البائع قد اشترط عدم ضمان حق الارتفاق حكماً ، إذا كان ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ، ولا يشترط الاتفاق الصريح عليه في العقد لإعفائه منه، ولا نرى مسوغا لهذا الاستثناء ، لذلك حذفه القانون السوري ، وحسنا فعل .

الاستحقاق ، أو باع المنقول من شخص ثم باعه من ثانٍ وسلمه للثاني واشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، فيكون هذا الشرط باطلا ، ويبقى البائع مسؤولاً عن ضمان الاستحقاق بجميع تعويضاته الخمسة ، لأنه باع مالا يملك ، فهو غش ، واشترط عدم الضمان ، فانضم غش على غش ، مع سوء النية ، مما لا يعفيه من المسؤولية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤١٤ ، وهي :

« ١ ــ إذا اتفق على عدم الضمان يبقى البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك » .

ويعتبر الشرط باطلا على عدم ضمان التعرض الذي يقع من البائع سواء كان سابقا على البيع أو لاحقا له ، وسواء كان التعرض ماديا أو قانونيا .

وإذا كان الاستحقاق ناشئاً عن سبب من فعل الغير ، واشترط البائع على المشتري عدم ضمان الاستحقاق ، فوافقه على إلغاء الضمان ، فإن كان البائع سيء النية ، بأن كان عالماً بحق الغير ، وتعمد إخفاءه عن المشتري ، فيقع الشرط باطلاً ، ويبقى البائع مسؤولاً عن الضمان الكامل ، كما لو كان الاستحقاق ناشئاً عن سبب من فعله ، وكما لو اشترط إنقاص ضمان الاستحقاق ، وكان عالماً بحق الغير على المبيع وتعمد إخفاءه على المشتري .

وإن كان البائع حسن النية ، ولا يعلم بحق الغير على المبيع ، واشترط إلغاء ضمان الاستحقاق ، واتفق مع المشتري على ذلك ، فيصح الاتفاق ، ويكون الشرط صحيحاً معتبراً ، ويسقط عن البائع ضمان الاستحقاق بجميع عناصره ، ولكن القانون وجد أن المبيع يسلب من المشتري وقد دفع الثمن ، فيقع عليه الضرر ، كما أن البائع قد حصل على ثمن لبيعه ملك الغير ، فيصبح مثرياً على حساب الغير بدون سبب ، فاستدرك القانون من الإعفاء قيمة المبيع ، وأجاز الاتفاق والاشتراط على إلغاء ضمان الاستحقاق فيما عدا قيمة المبيع ، ويبقى البائع ملتزماً برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلى المشتري حتى لا يبقى ثمن المبيع للبائع بدون مقابل .

ثم عاد القانون ، وتراجع قليلا ، متأثراً بسلطان الإرادة العقدية ، وتمشياً مع

مبادئه في قبول العقود الاحتمالية ، فأجاز الاتفاق الصريح بين المتبايعين على عدم رد نفس قيمة المبيع للمشتري إذا ظهر الاستحقاق بسبب ناشىء عن غير البائع، وليس له علم به ، ويكون البيع على مسؤولية المشتري وضمانه ، وأنه يتحمل خطر الاستحقاق ، ويقع على عهدته ، ومثل ذلك إذا اشترى شخص المبيع ، وأسقط خياره نهائياً في الرجوع على البائع، وكذلك إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن سبب من فعل الغير ، وكان المشتري يعلم بحق الغير على المبيع ، واتفق مع البائع بإلغاء ضمان الاستحقاق ، فلا يرجع على البائع بشيء حتى ولا بقيمة المبيع ، ويكون البيع في هذه الصور الثلاث احتمالياً ، ويكون المشتري مخاطراً في الاقدام على العقد فيها ، وأن الثمن كان مرعياً في هذه الظروف ، ويكفي أن ينص في العقد أنه احتمالي ، وأن البائع غير مسؤول عن شيء ، فيسقط عنه ضمان الاستحقاق نهائيا ، وهذا مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٤١٤ ، وهي :

« أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير ، فإن البائع يكون مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار »[1] .

والفقه الإسلامي يخالف الاتجاه القانوني في هذا الخصوص ، ويعتبر أن ضمان الاستحقاق من النظام العام والقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أو تعديلها ، وأنه يجب تحقيق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين إلى أكبر قدر ممكن ، ويجب تحقيق العدالة إلى أقصى حد ، ولذلك قرر الفقهاء بطلان الشرط بإلغاء ضمان الاستحقاق مع فساد البيع ، ومنع العقود الاحتمالية لما تتضمنه من

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٠٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٥٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٢٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٤٤٦ ، ٤٨٩ ، ٤٩١ وما بعدها ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٩٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٢٧٦ ، ٣٠٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢١٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٧٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣١٦، عقد البيع ، عامر ص ٢٨٩ .

غـرر نهى الشرع الحنيف عنه ، وخطا الفقه الإسلامي خطـوة أخرى ، وهي عدم إجازة الغـرر والضرر ، ولو رضي به صاحبه، وقال الفقهاء : إن علم المشتري بحق الأجنبي في المبيع وقت الشراء لا يمنعه من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق، لأن علمـه بحق الغير لا يحل للبائع الثمن بلا مقابل[1] .

وهذا ما صرح به العلامة قدري باشا في مرشد الحيران ، فقال في المادة ٤٩٠ :

« لا يصح اشتراط عدم ضمـان البائع لثمن المبيـع عند استحقاق المبيـع ، ويفسد البيع بهذا الشرط » ، فالبائع يلتزم برد الثمن ولو اشترط عدم الضمان .

وقال في المادة ٤٩٢ :

« علم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

وذلك لأن المشتري إذا علم ذلك يأمل من البائع أن يبعد التعرض ، وأن يدافع عن المبيع ، وأن يتصالح مع صاحب الحق ، أو أن المالك الحقيقي يجيز البيع ، وقد يرضى المشتري باتظـار صاحب الحق في المبيـع حتى انتهاء منفعتـه في الإجارة والرهـن[2] .

وهذا ما اعتمده القانون المدني الأردني تماماً في المادة ٥٠٦ منه ، كما أخذ به القانون المدني العراقي ، وأن البائع يلتزم برد الثمن عند وجود الشرط بعدم الضمان، ويحقق الشرط أثره في الاعفاء من دفع التعويضات الأخرى[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٨، ٢١٩ ، بدائع الصنائع ٣٠٣٥/٦، حاشية ابن عابدين ١١١/٥ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٢٧/٢ ، درر الحكام ١٩٢/٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٠٨/٢ ، العقود المسماة، الذنون ص ٢١١ .

الفـرع الرابـع

ضمـان العيـوب الخفيـة

تمهيد وتقسيم :

هذا هو الالتزام الرابع على البائع ، لأن عقد البيع يرتـب على البائـع قانوناً الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري ، والالتزام بتسليمه المبيع بنفس الحالة التي كان عليها وقت التعاقد ، والالتزام بعدم التعرض والاستحقاق الذي يقع على المبيـع ، ويرتب عليه فوق ذلك الالتزام بضمان كل عيب خفي يوجـد بالمبيع ، وبكل صفة تعهد البائع بوجودها في المبيـع عند العقد ، وهذا ما نظمه القانون المدني السوري في المواد ٤١٥ ــ ٤٢٣ منه[1] .

وضمان العيوب الخفية لا يقتصر الالتزام بها على عقد البيع ، وإنما يشـمل جميع العقود التي تنقل الملكية، وخاصة إذا كان من عقود المعاوضات، ولكن القانون بحث هذا الموضوع في عقد البيـع لأنه أهم هذه العقود ، فوضع القواعد العامـة لضمان العيوب الخفية في البيع ، ثم أشار إليها في بقية العقود مع النص على التعديل الخاص الذي يتفق مع كل عقد ، ولذلك تطبق هذه الأحكام على المقايضة والشركة والايجار والمقاولة والعارية [2] .

ولكن الفقه الإسلامي فصل أحكام ضمان العيب عن عقد البيع ، وبحثه مـع الخيارات ، وخصوصاً في « خيار العيب » .

وسوف نقسم الدراسة فيه إلى تعريف العيب المضمون في المبيع ، مـع بيان

---

(١) ويقابلها المواد ٤٤٧ ــ ٤٥٥ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧١٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٠٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٩٢ .

شروطه ، ثم إلى شرح أحكام ضمان العيب ، ثم إلى الاتفاق الخاص بين المتعاقدين على تعديل أحكام الضمان فيه ، وذلك في ثلاث شعب .

الشعبة الأولى

تعريف العيب وشروطه

لا بد قبل بيان أحكام الضمان للعيب الخفي من تحديد معناه وبيان الشروط التي يجب توفرها فيه ، مع تمييز العيب عن الرداءة ، وبيان اشتراط صفات خاصة في المبيع ، وضمان البائع عند فقدانها ، وهو ما يسمى بفوات الوصف .

أولا : تعريف العيب :

لم يذكر القانون تعريفاً محدداً للعيب ، بينما عرفه فقهاء الشريعة بقولهم : هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة ، وينقص القيمة[1] .

فإذا وجد الشيء بحالته الأصلية التي يتكون فيها عادة فيعتبر سليماً ، والفطرة هي الخلقة التي هي أساس الشيء ، فإذا وجد فيه بعض الآفات العارضة عن الخلقة والوضع الأصلي كان معيباً ، سواء كانت الحالة الأصلية مخلوقة في الطبيعة أو مصنوعة باليد والآلة ، فكل ما يعرض لها من نقص أو زيادة تغير في طبيعتها وتكوينها يعتبر عيباً كالعفن والبلل والسوس في القمح ، والكسر أو العطب أو الصدأ في الحديد والآلات ، والمرض والعور والعمى وقطع الأذن في الحيوان ، والخرق في الثوب .

وهذا العارض لا يعتبر عيباً إلا إذا أنقص قيمة الشيء في عرف التجار بأن ينقص الثمن عند البيع ، والأجرة في الإجارة ، فتتفاوت القيمة بسببه في نظر الناس عند التعامل ، وتنقص به المنفعة المقصودة في الغالب ، وسواء كان نقصان القيمة فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٢١ .

أما إن كان العارض الذي تخلو منه الفطرة السليمة والحالة الأصلية لا ينقص القيمة فلا يعتبر عيباً بالنظر الفقهي والقانوني ، كالخرق اليسير في قطعة قماش ، والخط البسيط في هامش كتاب ، والخدش الخفيف في جلد الكتاب ، واللون العارض في عين الدابة ، لأن هذه الآفات لا تقصد لذاتها ، ولا تنقص القيمة بين الناس ، ولا تؤثر في تحقيق المنفعة المقصودة[1] .

وقد ذكر القانون المدني خصائص العيب الذي يوجب الضمان بما يقرب من تعريف الفقهاء ، فنصت المادة ٤١٥ على ما يلي :

« يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه،أو إذا كان بالمبيع **عيب ينقص من قيمته ، او من نفعه** بحسب الغاية المقصودة ، مستفادة مما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له » .

فالعيب الذي يوجب الضمان على البائع هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو ينقص من نفعه بحسب الغاية التي قصدها المشتري منه ، وتوسع القانون في تحديد الغاية بأن تستفاد إما من طبيعة الشيء كالمرض في الحيوان ، والعفن في الحبوب ، وإما بحسب الغرض والغاية الشخصية التي ذكرت في العقد كالشاة للأضحية، والكتب للقراءة أو الصر والتغليف ، والسيارة للركوب أو الشحن أو الصهر أو السباق ، والخيل للعمل أو السباق أو الركوب ، وإما أن يكون النقص في المنفعة التي أعد المبيع لها ، كالورد للزينة أو الرائحة ، والكرسي للجلوس مع وجود كسر فيه .

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٤،حاشية الشرنبلالي على درر الحكام ٢/١٦٠، مغني المحتاج ٢/٥٠ ، كشاف القناع ٣/٢٠٣ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٢٦٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٣٢١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٢٢ ، بدائع الصنائع ٧/٣٣١٩ ، حاشية الدسوقي ٣/١٠٨ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٣٨ ، مرشد الحيران ، المادة ٥١٢ ، المهذب ١/٢٩٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٠ ، المغني ٤/١١٥ ، درر الحكام ٢/١٦٠ ، بلغة السالك ٢/٥٠ .

ونلاحظ أن القانون توسع في الغاية المقصودة من المبيع ، فشملت الغاية الموضوعية التي وجد المبيع من أجلها ، وقصد لذاتها ، والغاية الشخصية التي يقصدها المشتري لمصلحته الخاصة ، ويصرح بها أو تشير الظروف المحيطة إليها[1].

ويتفق القانون في هذا التوسع مع المذهبين المالكي والشافعي، واللذين توسعا في العيب الذي يوجب الخيار بما يشمل الغاية الموضوعية والشخصية ، فعرف الخطيب الشربيني الشافعي خيار العيب أو خيار النقيصة بأنه : « المعلق بفوات مقصود مظنون ، نشأ الظن فيه من قضاء عرفي ، أو التزام شرطي، أو تغرير فعلي »[2] ، فيشمل هذا التعريف خيار العيب وخيار الوصف المعروف عند الحنفية، كما يضاف إليه خيار التغرير .

وإن مجرد وجود النقص في المبيع لايوجب الخيار أو الضمان[3] ، وإنما يجب أن ينقص القيمة التي تترتب على نقص المنفعة والغرض المقصود للمشتري[4] .

ثانياً : الفرق بين العيب والرداءة :

ويؤخذ من تعريف العيب أنه لا يشمل الرداءة في الأشياء ، التي تعتبر وصفاً في المبيع ، لأن الرداءة ليست خارجة عن الحالة الأصلية ، ولا تعتبر عارضة على الفطرة

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٢٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص٣٢٠، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٢٩ .

(٢) مغني المحتاج ٢/٥٠ ، ويتفق ذلك مع المذهب الحنفي أيضا .
انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٤، حاشية الدسوقي ٣/١٠٨ ، بلغة السالك٢/٥٠.

(٣) إن ضمان العيوب الخفية وخيار العيب لهما حقيقة واحدة ، وذلك بوجود العيب الذي تخلو عنه الفطرة السليمة وينقص القيمة ، ولكن الفقه الإسلامي نظر إلى هذه الحقيقة من جهة المشتري الذي يثبت له الخيار بسبب العيب ، والقانون نظر إليها من جهة البائع الذي يلتزم بالضمان للمشتري بسبب وجود العيب في المبيع.

(٤) انظر : مغني المحتاج ٢/٥١ ، حاشية الدسوقي ٣/١٠٨ ، المهذب ١/٢٩٣ ، ٢٩٤ .

السليمة ، بل إن الرداءة والجودة من أصل الخلقة والفطرة ، فالأشياء توجد بشكل جيد وبشكل رديء ، والمصنوعات توجد بحالة جيدة أو بحالة وسطى أو بحالة رديئة .

ومع أن هذه الأوصاف توجب اختلاف القيمة في التعامل ، وتوجب ارتفاع السعر ونقصانه ، ولكنها لا تعتبر عيباً في المبيع لأنها حالة طبيعية فيه ، سواء كانت مخلوقة في الطبيعة أو مصنوعة باليد والآلة .

وإن معظم الأشياء في الحياة توجد وتصنع على درجات متفاوتة كالقماش والفواكه والآلات والحيوانات والحبوب وغيرها ، إلا إذا كانت الرداءة نادرة في الحالات الطبيعية أو المعتادة فتصبح عندئذ عيباً .

وقد يضمن البائع الرداءة كما يضمن العيب ، ولكن بفارق أساسي ، وهو أن العيب يضمنه البائع مطلقاً ، سواء اشترطه المشتري في العقد أم سكت عنه ، لأن البائع ملتزم بتسليم المبيع سليماً من العيوب التي تخلو منه الفطرة وينقص القيمة ، كما لو كانت الكرسي مكسورة ، والسيارة معطلة ، أما الرداءة فلا يضمنها البائع إلا إذا اشترط المشتري عدمها في العقد ، كما لو اشترى قماشا بشرط أن يكون من الصنف الممتاز ، أو الانتاج المعين[1].

ثالثاً : فوات الوصف :

إذا طلب المشتري من البائع وجود صفة معينة في المبيع، ولبى البائع هذا الطلب، واتفقا في العقد على المبيع الموصوف بها ، فيصبح هذا الوصف ملزماً للبائع ، فإن كان المبيع خالياً منه ، أو فقد في المبيع عند تسليمه ، فيعتبر ذلك إخلالاً بالالتزام ويمنح المشتري خياراً، يسمى في الفقه الحنفي خيار الوصف ، لفوات الوصف المشروط في البيع ، أو الوصف المطلوب من المشتري ، ولا يعتبر مجرد فقدان

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٢٢ ، حاشية ابن عابدين ٣/٥ .

الوصف عيباً في المبيـــع ، وإنما تقصد الصفة لذاتها ، وتكون زائدة على حقيقة المبيع الأصلي وطبيعته التي يتكون منها .

ويتحقق فوات الوصف ، وخيار الوصف في الجودة والرداءة وغيرها في المبيع، والوصف المطلوب قد يكون طبيعياً وخلقياً، وقد يكون صناعياً ومتمماً للمبيع ، وقد يكون وصفاً إضافياً وزائداً على المبيع .

لكن القانون المدني مزج بين الأمرين : خيار العيب وخيار الوصف ، وبحث في المادة السابقة عن التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع ، مع التزامـــه بضمان فوات الوصف المشروط في العقد .

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني على التمييز بين العيب وفوات الوصف في الحقيقة والحكم .

فمن حيث الحقيقة لا يعتبر فوات الوصف من قبيل العيب ، لأن العيب تخلو عنه الفطرة السليمة ، والخلقة الأولى ، والحالة الأصلية للمبيـــع ، ويعتبر وجـــود العيب على خلاف المعتاد لنقص أو عارض ، أما الوصف فهو من الخلقـــة الأصلية أو المكتسبة ، والحالة العادية للمبيع .

ومن حيث الحكم فإن العيب يضمنه البائع بدون حاجة إلى شـــرط في العقد ، ويعتبر من مقتضيات عقد البيع ، أما فوات الوصف فلا يضمنه البائع إلا إذا اشترطه المشتري في العقد وتكفل به البائع ، فإن لم يتكفل به البائع في العقـــد ، فلا يلتزم بتوفره في المبيع ، ولا يضمن قيمته عند فواته[1] .

كما يتفق القانون المدني مع المذهبين المالكي والشافعي في مزج خيار العيب مع

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٢٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٠، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٣٦ ، مغني المحتاج ٢/٥٠ ، حاشية الدسوقي ٣/١٠٨ ، المغني ٤/١١٧ ، كشاف القناع ٣/١٧٨ .

خيار الوصف ويسمى خيار النقيصة ، ويختلف القانون عن المذهبين الحنفي والحنبلي الذين فصلا خيار الوصف عن خيار العيب[1] .

رابعاً : شروط العيب :

لا يلتزم البائع بضمان العيب للمشتري قانوناً ، ولا يثبت خيار العيب للمشتري شرعاً إلا إذا تحققت في العيب الشروط التالية :

١ ـ أن يكون العيب قديماً :

والعيب القديم هو الذي يكون موجوداً في المبيع قبل العقد أو قبل التسليم، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وهو كامل المنفعة ، ومؤدٍ للغرض المقصود منه ، ولأن البائع قد استحق الثمن في مقابلة المبيع السليم ، فيجب عليه أن يسلم المبيع إلى المشتري سليماً ، فإن وجد به عيب قبل العقد أو عند العقد ، أو بعد العقد وقبل التسليم ، فلا يتحقق التزامه بتسليم المبيع سليماً ، وهذا ما نص عليه صراحة القانون المدني العراقي في المادة ٥٥٨ منه[2] .

ويجب توفر هذا الشرط في ضمان العيب وفي ضمان فوات الوصف المطلوب على حد سواء .

وإن حدث العيب بعد التسليم إلى المشتري فلا يعتبر البائع مسؤولاً عنه ،

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي ١٠٨/٣ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ ، المهذب ٢٩٤/١، المغني ١١٧/٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، الروضة ٤٥٨/٣ ، كشاف القناع ١٧٨/٣، بلغة السالك ٤٩/٢ .

(٢) يرى بعض الشراح أن البائع لا يلتزم بالعيب إلا إذا كان موجوداً عند العقد، فإن وجد العيب بعد العقد وقبل التسليم فلا يضمنه ، وفرقوا بين ضمان العيب وفوات الوصف ، وأن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذكرت ضمان العيب الموجود وقت البيع ، ويرى أكثر الشراح أن البائع يضمن العيب حتى وقت التسليم ، وأن ما جاء في المذكرة خطأ ، ولا مبرر للتفريق بين العيب وفوات الوصف . (انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤٠) .

ولا يضمنه إلى المشتري ، لأن كل ما يطرأ على المبيع بعد التسليم من هلاك أو تعيب يكون على حساب المشتري ، سواء حصل الهلاك أو التعيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، وللمشتري أن يرجع على الأجنبي الذي تسبب في هلاك المبيع أو تعيبه ، دون أن يكون للبائع علاقة في الموضوع إلا إذا تعهد البائع بضمان العيب اللاحق[1] .

وهذا ما أكدته المادة ٤١٥ السابقة بقولها عن فوات الوصف وضمان العيب : « يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر بالمبيع **وقت التسليم** الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو كان بالمبيع عيب ... » .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط ، ويصرح الفقهاء بثبوت الخيار للمشتري سواء كان العيب مقارناً للعقد أو حدث قبل القبض ، ولو حدث بعده فلا خيار[2] .

ويرى الفقهاء أنه إذا حدث العيب عند المشتري وبعد التسليم ، ولكنه مستند إلى سبب قديم قبل العقد أو قبل التسليم ، فيعتبر العيب قديماً ، ويثبت للمشتري خيار العيب ، لأن البائع مسؤول عن هذا السبب ، كما لو ظهر السوس في القمح بعد التسليم ، ولكنه بسبب الرطوبة قبل التسليم فيكون عيباً مضموناً على البائع ، وكما

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٢٢/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٩٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٩ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص٣٣٩ ، عقد البيع ، الجراح ص١٨٣ ، شرح القانون المدني ،الهلالي وزكي ص ٤٠٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٣٢ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٢٢٧ ، ٢٣٦ .

(٢) وافق الحنابلة جمهور الفقهاء في هذا الشرط إذا حدث العيب قبل العقد ، أما بعد العقد وقبل التسليم فلا يثبت الخيار للمشتري إلا فيما يكون ضمانه على البائع من مكيل وموزون ومعدود ، وإلا فلا خيار للمشتري .

انظر : مغني المحتاج ٥٣/٢ ، كشاف القناع ٢٠٦/٣ ، درر الحكام ١٦٠/٢ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٣٩ ، مرشد الحيران ، المادة ٥١٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٩١ ، حاشية ابن عابدين ١٦/٥ ، المغني ١١٤/٤ ، الروضة ٤٦٤/٣ .

لو مرضت الدابة لبرد أصابها عند البائع ، فيكون العيب قديماً ، ويثبت الخيار للمشتري ، وكذا لو كان العيب لا يحدث مثله عند المشتري ، وهذا قول الحنفية والراجح عند الشافعية[1] .

والقانون المدني سكت عن هذه الحالة ، ولا مانع من قبولها في النظر القانوني بحسب المبادىء العامة في قواعد الخطأ المشترك ، والمسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية[2] .

كما لو باع شخص سيارة أو آلة سليمة فظهر بها عطب وخلل عند المشتري، وتبين أن سبب العيب كان لاستعمال الزيوت السيئة للسيارة أو الآلة ، فيكون البائع مسؤولاً عنه[3] .

ويجب على المشتري في جميع الحالات السابقة عند الحنفية والمالكية والشافعية أن يثبت أن العيب قديم أو أنه وقع بسبب قديم أو قبل التسليم ، وقال الحنابلة : إن اختلف البائع والمشتري في قدم العيب أو حدوثه فيقبل قول المشتري ، لأن الأصل عدم القبض للجزء الفائت ، وعلى البائع عبء الإثبات[4] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢/٥٢ ، المهذب ، للشيرازي ١/٢٩١ ، فتح القدير ٥/١٧٨ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ، ٢٩/٣٩١ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٣٣٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٤ ، كشاف القناع ٣/٢١٦، الروضة ٣/٤٦٤ .

(٢) المادة ٢١٧ من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٦٥ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٧٢٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٢١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٣٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٧ .

(٤) المراجع السابقة في هامش ١ ، وانظر : القوانين الفقهية ص ٢٩١ ، حاشية الدسوقي ٣/١٣٦ ، بلغة السالك ٢/٥٩ ، الروضة ٩/٤٨٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٣٣٤ ، بدائع الصنائع ٧/٣٣٣٢ ، مغني المحتاج ٢/٥٣ ، ٦١ ، درر الحكام ٢/١٦٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٦ ، ٢٩ ، كشاف القناع ٣/٢١٤ ، المغني ٤/١٢٥ .

وأخذ القانون المدني الأردني بشرط القدم في العيب ، بأن يكون موجودا في المبيع قبل البيع أو بعده وهو في يد البائع قبل التسليم ، وأن العيب الحادث عند المشتري يعتبر في حكم العيب القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع[1] .

٢ ـ أن يكون العيب خفياً :

يشترط في العيب الذي يوجب الضمان أن يكون خفياً في المبيع ، أي غير ظاهر ، ولا يستطيع المشتري أن يتبينه لو أنه فحص المبيع وقت البيع بعناية الرجل العادي .

فإذا كان العيب ظاهراً للعيان ، أو كان خفياً ، ولكن يسهل اكتشافه بالفحص العادي الذي يقوم به كل مشترٍ للمبيع فلا يضمنه البائع ، وعلى البائع أن يثبت أن العيب يسهل كشفه بسهولة ، ليعفى من ضمانه ، ويكون العيب على مسؤولية المشتري ، إما لكونه قد رآه بأم عينه عند العقد وقبل به ، وإما لإهماله وتقصيره في فحص المبيع ، أو لنقص خبرته عن مستوى الرجل العادي ، وكان المفروض عليه أن يستعين بغيره في هذه الحالة ، أو يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله وعدم تدراك نقص خبرته .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤١٥ من القانون المدني ، فقالت : « ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ... » .

ويعود تقدير الشخص العادي إلى المعيار الموضوعي في تقدير العناية المطلوبة من حيث العلم والجهل ، والحذر والغفلة ، دون اعتبار لحالة المشتري الذاتية أو ظروفه الشخصية .

---

(١) المادة ٥١٣ من القانون المدني الأردني .

وقد تتطلب عناية الشخص العادي أن يستعين بخبير في نوعية المبيع ليكشف للمشتري عن العيوب الفنية ، كالخبير في السيارات أو البناء أو الحبوب أو السمن أو الزيت ، فإن قصر المشتري عن ذلك مع كونه ناقص الخبرة في نوع المبيع ، ولم يكتشف العيب الذي يمكن تبينه للرجل العادي فلا يضمنه البائع ، ويتحمل المشتري مسؤولية تقصيره ، لأنه قصر عن القيام بعناية الرجل العادي في فحص المبيع •

أما إذا كان العيب يحتاج إلى مزيد خبرة وإدراك ، أو يتوقف على عمل فني في التحليل أو الفك والتركيب ، ثم تبين للمشتري ذلك فيما بعد ، فيعتبر من العيوب الخفية التي يعذر المشتري بجهلها ، ويتحمل البائع ضمانها له •

والتمييز بين العيب الظاهر والعيب الخفي يتحقق في المبيع الحاضر فقط ، أما المبيع الغائب عن مجلس العقد ، فإن البائع يضمن جميع العيوب التي فيه سواء كانت ظاهرة أو خفية ، إلا إذا كان المشتري يعلم سابقاً بالعيب ، أو اشترط البائع البراءة من العيوب •

ويستثنى من شرط كون العيب خفياً أمران ، يتحمل البائع الضمان فيهما ، ولو كان العيب ظاهراً وبادياً للعيان ، أو كان من الممكن للمشتري أن يتبين العيب بالفحص المعتاد ، وهما :

الأول : أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، فيطمئن البائع لقوله، ويثق بكلامه، ويعتبر أن المبيع خلو من العيب ، ويترك فحص المبيع، والبحث عن عيوبه ، لأن الأصل في التعامل الثقة والصدق بين المتبايعين ، فإذا وجد بالمبيع عيب ، ولو كان ظاهراً ، أو من السهل على المشتري أن يتبينه ، فيلتزم البائع بضمانه، ويتحمل مسؤولية كذبه ، وليس له أن يحتج بظهور العيب ، ويفترض أن المشتري اطلع عليه ورضي به ، وليس له أيضاً أن يلوم المشتري بتقصيره عن فحص المبيع ، وقد يعتبر هذا التأكيد من البائع بخلو المبيع من العيب بمثابة اتفاق ضمني بين المتبايعين على ضمان البائع لهذا العيب بالذات إذا ظهر بالمبيع •

الثاني : أن يتعمد البائع إخفاء العيب ، بأن يصلح المبيع بكيفية معينة يقصد منها إخفاء العيب ، كمن يبيع آلة مكسورة بعد لحمها ودهانها بطلاء يخفي العيب ، لأن هذا العمل غش ، والمفترض في التعامل أن يقوم على الأمانة والصدق، وأن يجتنب فيه الكذب والاحتيال ، ويكون العيب في هذه الحالة خفياً ولا يمكن إدراكه بسهولة أو بفحص الرجل المعتاد ، ويعتبر عمل البائع تدليساً ، وعليه أن يتحمل نتيجته .

لكن على المشتري أن يثبت هذين الأمرين أمام القضاء ليرجع على البائع بضمان العيوب الخفية[1] ، وهو ما جاء في نهاية الفقرة الثانية من المادة ٤١٥ ، ونصها :

« ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » .

واشترط القانون المدني الأردني في العيب القديم أن يكون خفياً ، وقرر أن العيب الخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع ، أو لا يتبينه الشخص العادي، أولا يكتشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة[2] .

واشترط فقهاء الحنفية خفاء العيب لثبوت الخيار ، فنقل ابن عابدين عن جامع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٢٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٥، عقد البيع ، عامر ص٢٩٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٢ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٣٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨١، شرح القانون المدني، الهلالي وزكي ص ٣٩٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٤٢٢ ، ٤٢٤ ، ٤٢٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٢ .

(٢) الفقرة ٤ من المادة ٥١٣ من القانون المدني الأردني .

الفصولين أنه : « إن كان عيباً بيناً لا يخفى على الناس كالغدة ونحوها ، لم يكن له الرد ، وإن خفي فله الرد »[1] .

كذلك اشترط المالكية خفاء العيب لثبوت الخيار ، فقال ابن جزىء : « فإن كان مما لا يخفى عند التقليب فلا يقام به »[2] .

٣ ـ ان يكون العيب مجهولا عند المشتري :

نصت الفقرة الثانية في أولها من المادة ٤١٥ على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، لأن المشتري إذا أقدم على شراء المبيع ، وهو عالم بالعيب الذي فيه ، يعتبر راضياً به ، وأنه دفع الثمن برضائه في مقابل هذا المبيع المعيب ، فلا يسأل البائع عن العيب ، ولا يضمنه للمشتري بعد ذلك ، سواء كان العيب ظاهراً أو خفياً ، جسيماً أم يسيراً .

ولكن العادة أن العيب الخفي لا يمكن للمشتري أن يطلع عليه إلا بظروف خاصة ، ومعرفة سابقة ، فإذا ادعى البائع علم المشتري بالعيب الخفي عند العقد فيقع عليه عبء الاثبات في ذلك بكافة طرق الاثبات ، بما في ذلك البينة وقرائن الأحوال .

وإن علم المشتري بالعيب عند العقد ، ولكنه ظن أنه عيب يسير ، ولا يؤثر في قيمة المبيع ، ولا يخل من منافعه المقصودة ، فقبل به ، ثم تبين له أن العيب جسيم ، وأنه ينقص قيمة المبيع ، وأنه يقلل من المنفعة المرجوة منه، فيثبت له الضمان ، ويتحمل البائع مسؤولية هذا العيب ، ولا يكون مجرد علم المشتري السابق مسقطاً للضمان ، لكن يقع على المشتري عبء الإثبات أنه كان يعتقد أن العيب يسير وغير مؤثر فيه[3] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٥ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٩١ .

(٣) يرى بعض الشراح أن هذا الشرط يدخل في شرط كون العيب خفيا ، لأن الخفي هو الذي لا يعلم به المشتري ، والراجح ما ذكرناه ، لأنه قد يكون خفيا واطلع

وإذا كان المشتري جاهلاً بالعيب عند العقد ، ثم علم به بعد العقد ، فاستلم المبيع وقبضه فقد اختلف شراح القانون في هذه الحالة ، فذهب بعضهم إلى سقوط الضمان ، لأن المشتري عندما أقدم على القبض والاستلام فقد أسقط حقه في ضمان العيب ، ويصبح كأنه علم بالعيب عند العقد ورضي به[1] ، وقال آخرون : يسقط حق المشتري في رد المبيع المعيب ، ويبقى حقه ثابتاً في العودة على البائع بما يعادل العيب ، وينقص القيمة[2] .

ولا يشترط وجود وسيلة معينة لعلم المشتري بالعيب في المبيع ، فقد يطلع على العيب بنفسه ، وقد يعرفه عن طريق البائع ، وقد يخبره به شخص آخر ، وقد يستعين لكشفه بخبير ماهر ، ثم يرضى به ، فالعبرة تحقق العلم للمشتري بالعيب بصرف النظر عن الوسيلة .

ولكن لابد أن يكون العلم حقيقياً بالعيب ، ولا يكفي مجرد الافتراض أنه عالم بالعيب ، أو مجرد الحدس والشك أنه اكتشف العيب واطلع عليه وعلم به ، ولا يكفي كذلك إقرار المشتري أنه عاين المبيع معاينة نافية للجهالة ، فكل ذلك لا يكفي ، ولابد من العلم اليقيني للمشتري بالعيب عند العقد أو قبل التسليم ليسقط حقه في الضمان .

وضمان العيب لايتوقف على علم البائع بالعيب أو عدم علمه به ، ولكن عناصر ضمان العيب تختلف زيادة ونقصا بحسب علم البائع بالعيب أو عدم علمه به[3]،وهو

= عليه ، انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٢٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٩٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٣٩٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٢٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٥ .

(١) الوسيط ، السنهوري ٧٢٨/٤ ، أبحاث إضافية في عقدي البيع والمقايضة، سوار ص ٦٣ .

(٢) العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤٤ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٢٨/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٠٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٢٩ .

مانصت عليه الجملة الأخيرة في الفقرة الأولى من المادة ٤١٥ « ويضمن البائع العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » .

ويتفق القانون المدني في اشتراط جهل المشتري بالعيب مع الفقه الاسلامي ، وقد بين الفقهاء أن المشتري إذا كان عالماً بالعيب ورضي به عند العقد أو عند القبض ، أو إذا بين البائع للمشتري العيب في المبيع ، وقبل المشتري به ، فلاخيار لـه بعد ذلك بسبب ذلك العيب ، ويبقى له الخيار إذا وجد عيب آخر ، وعلى البائع أن يثبت أن المشتري علم بالعيب عند العقد والقبض ورضي به[1] .

وهذا مانصت عليه مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، ثم أخذ به القانون المدني الأردني ، مبيناً أن البائع لايسأل عن العيب القديم إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع ، وإذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيـب ، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر[2] .

٤ ـ ان يكون العيب جسيماً :

يشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون جسيما ، أي ينقص من قيمـة المبيع ، أو يقلل من منفعته ، ويعبر كثير من الشراح عن هذا الشرط بقولهم : أن يكون العيب مؤثراً بحسب طبيعة المبيع أو الغاية المقصودة منه ، أخذاً من تحديد العيب في المادة ٤١٥ ، « عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة ... بالعقـد أو بما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعدّ له » ، ومن مفهوم المخالفة للمادة ٤١٦ من القانون المدني السوري ، ونصها :

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٩١ ، بلغة السالك ٥٣/٢ ، ٥٩ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٣٩٢/٢٩ ، ٣٩٤ ، درر الحكام ١٦٠/٢ ، كشاف القناع ٢٠٦/٣ ، المغني ١٠٩/٤ ، حاشية الدسوقي ١٣٢/٣ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ ، ٥٢ ، بدائع الصنائع ٣٣٢٤/٧ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٤١ ، مرشد الحيران ، المادة ٥١٥ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٥١٤ .

« لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه » .

فإذا وجد بالمبيع عيب قديم ، وكان خفياً ، ولم يعلم به المشتري ، لكنه يسير أو تافه أو أنه ينقص من قيمة المبيع نقصاً يسيراً ، مما يتسامح به عادة بين التجار ، فلا يضر في البيع ، ولا يضمن البائع هذا العيب ، ولا يثبت للمشتري خيار العيب ، كوجود بعض الرمل والتراب في القمح ، وبعض الشوائب في القطن ، وإشارات يسيرة على الكتب[1] .

ولكن الفقه الإسلامي أثبت الخيار للمشتري سواء كان نقص القيمة بسبب العيب يسيراً أم جسيماً لما سبق في تعريفه ، إلا إذا كان تافهاً لا يؤثر في نقص الثمن ، ولا يقلل من منفعة المبيع ، ويتسامح به الناس عادة ، فهذا لا يعتبر عيباً أصلاً في الفقه الإسلامي ، ولا ينطبق عليه أحكام خيار العيب ، لأن الخيار يثبت بسبب العيب الذي تخلو عنه الفطرة السليمة وينقص القيمة في عرف الناس والتجار[2] .

وأخذ بهذا الشرط القانون المدني الأردني فنص على أنه « يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب ، إلا ما جرى العرف على التسامح فيه »[3] .

---

(١) يفسر بعض شراح القانون هذا الشرط بمعنى آخر ، وهو أن يكون العيب مؤثراً على المشتري بحيث يحول بينه وبين الإقدام على التعاقد لو علم به وقت البيع ، وذلك بحسب المعيار الموضوعي والغاية الشخصية التي يقصدها المشتري من المبيع عادة أو يصرح به في العقد .

انظر : الوسيط ، السنهوري ٧١٧/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٠١ ، شرح احكام عقد البيع ، عمران ص ٣١٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٣٧ ، عقد البيع الجراح ص ١٨١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٠٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٣٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٧ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٩ ، حاشية الدسوقي ١١٤/٣ ، ١٤٩ ، كشاف القناع ٢٠٧/٣ ، حاشية ابن عابدين ٥/٥ .

(٣) المادة ١/٥١٢ من القانون المدني الأردني .

٥ ـ شروط اخرى :

يذكر بعض الشراح شروطاً أخرى ، بأن لايكون البيع في مزاد علني ، وأن لا يتم استثناء العيب من الضمان في العقد أو يشترط البائع البراءة من العيب ، وأن ترفع الدعوى مع إنذار البائع خلال مدد معينة[١] ، وهذه الشروط ـ في رأينا ـ للضمان، وليست شروطاً للعيب الذي يستوجب الضمان ، أو يثبت به الخيار .

الشعبة الثانية

احكام ضمان العيب

يترتب على ظهور العيب في المبيع عدة أحكام ، منها ما يتعلق بالعقد ، ومنها مايتعلق بالضمان الذي يلتزم به البائع للمشتري ، ومنها مايتعلق بالتقادم ومرور الزمان على المطالبة بالخيار أو الضمان ، ومنها ما يتعلق بهلاك المبيع المعيب[٢] .

اولا : حكم البيع بعد ظهور العيب :

إذا ظهر في المبيع عيب ، مما تخلو منه الفطرة السليمة ، وينقص القيمة ،

---

(١) انظر : عقد البيع ، الجراح ص ١٨٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٢٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٢٩ .

(٢) يبدأ فقهاء الشريعة البحث عن خيار العيب بذكر الحكم التكليفي لبيع الشيء المعيب ، وانه حرام لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب إلا وبينه له » رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر ، وروى معناه الإمام أحمد عن واثلة ، ولحديث مسلم وأحمد وابي داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة مرفوعاً : « من غشنا فليس منا » ، وانه يجب على البائع ان يبين العيب للمشتري ، وإلا غشه .

انظر : نيل الأوطار ٥/٢٣٩ ، المغني ٤/١٠٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٩١ ، حاشية الدسوقي ٣/١١٩ ، مغني المحتاج ٢/٦٣، بلغة السالك ٢/٥٣ .

وتوفرت فيه الشروط السابقة ، بأن يكون قديماً وخفياً وجسيماً ولم يعلم به المشتري، فيصبح العقد غير محقق للتوازن بين الثمن والمبيع ، ومخلا بإرادة المشتري ورضائه بالعقد ، ومعرضاً المشتري للضرر ، لذلك وصف القانون المدني هذا العقد بعدم الثبات ، وشبه حالته بحالة الاستحقاق الجزئي التي شرحناها في الفرع السابق ، وتقوم على التفصيل بين حالتين :

الأولى : أن يكون العيب جسيماً بحيث لو علمه المشتري قبل العقد لما أقدم على الشراء ، وهنا يكون العقد قابلاً للفسخ ، ويعطي المشتري الخيار بين فسخ البيع ورد المبيع وما أفاده منه ومطالبة البائع بالتعويضات المقررة في ضمان الاستحقاق ، وبين الاحتفاظ بالمبيع ومطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الناشىء عن العيب الذي ظهر في المبيع ، كما سنفصله في الفقرة التالية .

الثانية : أن يكون العيب غير جسيم ، بحيث إذا اطلع عليه المشتري أو علم به قبل البيع لما امتنع عن الشراء ، وهنا يكون العقد لازماً ، ولا يحق للمشتري طلب الفسخ ، وإنما يقتصر حقه بالمطالبة بالتعويض عن العيب[1] .

ويمكن للمشتري أن يرجع على البائع عند ظهور العيب بدعاوى أخرى غير دعوى ضمان العيب ، وذلك كدعوى الاخلال بالالتزام بالتسليم ، بطلب فسخ العقد أو التنفيذ العيني فيه ، وكدعوى الإبطال على أساس وقوع المشتري بالغلط بسبب العيب[2] .

وفي الفقه الإسلامي عدة مذاهب في حكم العقد إذا ظهر بالمبيع عيب . قال

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣١ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٥ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٠٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٢٣ ، ٣٤٣ .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣٣ ، الوسيط ، السنهوري ٧٦١/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٩١ ، العقود الشائعة، حكيم ص ٣٢٣ ، ٣٤١ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٣٨ ، ٢٤٥ .

الحنفية والشافعية : متى ظهر العيب بالمبيع فيعتبر العقد غير لازم مطلقا ، ويمنح المشتري حق الخيار في فسخ البيع ، واسترداد الثمن الذي دفعه أو إعفائه منه إن لم يكن قد دفعه ، سواء كان العيب جسيماً بالمعنى القانوني أو غير جسيم ، وبين إمضاء البيع بجميع الثمن ، ولا يحق له المطالبة بانقاص الثمن مقابل العيب إلا إذا امتنع الرد لسبب ، فيرجع المشتري على البائع بقيمة العيب[1] .

جاء في مجلة الأحكام العدلية ما يلي : « ما بيع بيعاً مطلقاً إذا ظهر به عيب قديم يكون المشتري مخيراً إن شاء رده ، وإن شاء قبله بثمنه المسمى ، وليس له أن يمسك المبيع ،ويأخذ ما نقصه العيب ، وهذا يقال له خيار العيب »[2].

وأخذ القانون الأردني مع القانون العراقي برأي المذهبين الحنفي والشافعي، واعتبر العقد في حالة العيب غير لازم ، ومنح المشتري الخيار بين رد المبيع ، وبين قبوله بالثمن المسمى ، وصرح بعدم حقه بإمساك المبيع ومطالبة البائع بما أنقصه العيب من الثمن، ووضع المبدأ العام بتطبيق أحكام خيار العيب في الفقه الإسلامي على عقد البيع حالة ظهور العيب في المبيع[3] .

وقال الحنابلة : إذا ظهر بالمبيع عيب فيكون العقد غير لازم ، ويمنح المشتري الخيار بين رد المبيع ، واسترداد الثمن كاملا ، وعلى المشتري تكاليف إعادة تسليم المبيع للبائع ، للحديث الشريف : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[4] ، لكن

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٣٢٩/١ ، المهذب ٢٩١/١ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ ، حاشية ابن عابدين ٢٧/٥ ، المعاملات ، أبو الفتح ص ٣٤٠ ، درر الحكام ١٦٠/٢ .

(٢) المادة ٣٣٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وانظر : المادة ٥١٧ من مرشد الحيران.

(٣) المادتان ٥١٢/٢ ، ٥١٣/١ من القانون المدني الأردني ، المادة ٥٥٨ من القانون العراقي .

(٤) هذا حديث صحيح ، رواه الإمام أحمد والحاكم وأصحاب السنن الأربعة عن سمرة . (انظر : فيض القدير ٣٢١/٤) .

يبقى للمشتري عند الحنابلة والمالكية والشافعية ثمرة المبيع ونماؤه المنفصل ، لأن ضمانه عليه فخراجه له ، لأن الخراج بالضمان ، وهو قول للحنفية ، وبين إمساك المبيع مع إنقاص الثمن بمقدار العيب ، لأن العوض في مقابلة المعوض ، والمتبايعان تراضيا على ذلك ، وكل جزء من الثمن يقابله جزء من المبيع ، فيرجع المشتري ببدله من الثمن وكذا فوات الوصف المشروط ، إلا إذا كان العيب يسيراً ، فلا يحق للمشتري فسخ البيع[1] .

ويتوقف فسخ البيع ورد المبيع على حكم الحاكم أو رضاء البائع عند الحنفية ، وقال الجمهور : لا يتوقف الفسخ والرد على حكم الحاكم أو رضاء البائع[2] .

وفرق المالكية في صفة العقد بين ثلاث حالات ، بحسب كون العيب يسيراً أو جسيماً ، فقالوا : إن العيوب على ثلاثة أنواع ، عيب ليس فيه شيء ، وهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن ، وعيب فيه القيمة ، وهو العيب اليسير الذي ينقص الثمن ، ويكون العقد فيه لازماً ، ويحق للمشتري أن يحط من الثمن بقدر نقص العيب ، وذلك كالخرق في الثوب ، والصدع في حائط الدار ، وعيب الرد ، وهو العيب الفاحش الذي ينقص حظا من الثمن كالعشر أو الثلث أو بحسب العرف ، وهنا يثبت للمشتري الخيار بين رده على بائعه ، وبين إمساكه بكل الثمن ، ولا أرش له على العيب ، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده[3] .

وهكذا نرى أن القانون يتفق مع المذهب المالكي في تقسيم العقود بحسب جسامة العيب وعدم جسامته ، ولكنه يختلف معه في حالة الإمساك بكل الثمن عند المالكية ، أو الإمساك مع انقاص الثمن في القانون .

---

(١) انظر : كشاف القناع ١٧٨/٣ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، المغني ١١٠/٤ ، ١١١ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، حاشية الدسوقي ١٣٨/٣ ، بدائع الصنائع ٣٣٤٩/٧ ، مغني المحتاج ٦٢/٢ ، الروضة ٤٩١/٩ ، حاشية ابن عابدين ١٩/٥ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/٥ ، والمراجع السابقة .

(٣) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٩٣ ، منح الجليل ، للشيخ عليش ٦٣٨/٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١١٣/٣ ـ ١١٤ ، ١٤٩ ، بلغة السالك ٥٢/٢ .

ويتفق القانون مع المذهب الحنبلي في حالة الإمساك مع انقاص الثمن ، لكنه يختلف معه في تقسيم العيب ، وفي منح المشتري حق التعويض في حالتي الرد أو الإمساك .

ثانيا : عناصر ضمان العيوب الخفية :

اعتبر القانون وجود العيوب الخفية في المبيع بمثابة الاستحقاق الجزئي ، ويترتب على ذلك الضمان على البائع نظير ضمانه في حالة الاستحقاق الجزئي ؛ وهذا ما جاء في المادة ٤١٨ منه ، ونصها :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١٢ » .

وتفصيل ضمان العيوب الخفية يقوم على التقسيم السابق ، :

أ ــ إذا كان العيب جسيماً ، بحيث لو علم به المشتري قبل العقد لما أقدم على الشراء ، فيثبت للمشتري الخيار بين فسخ البيع ، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فيرد المشتري المبيع وما أفاده منه ، وله المطالبة بتعويضات الاستحقاق كاملة، وهي قيمة المبيع[1]، والفوائد القانونية ، والمصروفات التي صرفها المشتري عليه ، ومصروفات دعوى الضمان ، والتعويض عما فات المشتري من ربح أو لحقه من خسارة .

---

(١) اختلف شراح القانون في وقت تحديد القيمة ، فذهب فريق إلى اعتبار قيمة المبيع وقت البيع ، ويرى فريق آخر أن المطالبة بقيمة المبيع وقت ظهور العيب ، وأرى ترجيح القول الثاني، لأن القانون قاس العيب على الاستحقاق، ورتب ضمان الاستحقاق على ضمان العيب ، وفي ضمان الاستحقاق يستحق المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق وليس وقت البيع . (انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٤٢/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٠٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣١) .

وإما أن يختار المشتري إمساك المبيع ويطالب البائع بالتعويض عن الضرر بسبب العيب ، بمقدار ما ينقص القيمة ، وما يلحق المشتري من ضرر أو يفوته من ربح .

ب ـ إذا كان العيب غير جسيم فيقتصر حق المشتري على المطالبة بالتعويض عن وجود العيب .

ويراعي في تقدير التعويض حسن نية البائع وسوء نيته ، فإن كان حسن النية ، ولا يعلم بالعيب في المبيع ، فلا يلتزم إلا بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع للمشتري ، ولا يلتزم بدفع المصروفات الكمالية للمشتري ، وإن كان البائع سيء النية ، لكونه يعلم وجود العيب عند العقد ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع ، كما يلتزم بدفع المصروفات الكمالية للمشتري ، ويعتبر البائع مبدئياً حسن النية حتى يثبت المشتري العكس .

ويختلف ضمان العيب عن ضمان الاستحقاق أيضاً بأن المشتري يرجع على البائع بالمصروفات الضرورية عند وجود العيب ، بينما يرجع بها على المستحق عند الاستحقاق ، كما أن المشتري يرد قيمة الثمار للبائع عند ظهور العيب ، لأنه ملزم برد المبيع وما أفاده منه ، وفي الاستحقاق يرد المشتري قيمة الثمار إلى المستحق لأنها نتاج ماله وأملاكه[1] .

وبما أن العيب يؤثر في قيمة المبيع ، وأنه حق مالي للمشتري فإنه ينتقل إلى ورثته قانوناً ، ويقسم الضمان بينهم كما تقسم التركة والديون ، كل بقدر نصيبه[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٤٢/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص٢٤١، عقد البيع ، عامر ص ٣٠٨ ،شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٦ ، ١٨٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٠٤ .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٢٤ ، الوسيط ، السنهوري ٧٣٠/٤ .

وفي الفقه الإسلامي تتفق المذاهب على وجوب إعادة الثمن إذا اختار المشتري فسخ البيع ، ولكنهم يختلفون على قولين في حالة إمساك المشتري للمبيع ، فيقول الحنابلة والمالكية (في بعض الحالات) يرجع المشتري على البائع بأرش العيب ، بأن ينقص من الثمن بمقدار ما ينقصه العيب من ثمن المبيع ، لأن العوض في مقابلة المعوض ، وكل جزء من الثمن يقابله جزء من المبيع ، وعند وجود العيب يفوت جزء من المبيع فيرجع المشتري ببدله من الثمن .

وقال الحنفية والشافعية والمالكية (في بعض الحالات الأخرى) : لا يرجع المشتري على البائع بشيء ، ويبقى المبيع عند المشتري بكل الثمن ، ولا يحق له أن يحط منه شيئاً ، وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي مع التفريق بين ما يقبل القسمة ومالا يقبلها[1] .

واتفق الفقهاء على انتقال حق المشتري بضمان العيب إلى ورثته ، لأنه حق مالي ، ويتعلق بقيمة المبيع ، ونص على ذلك القانون الأردني[2] .

ثالثاً : عدم ضمان العيوب في المزاد العلني :

نصت المادة ٤٢٢ من القانون المدني على أنه :

« لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد » .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي ١١٣/٣ ، ١٤٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٣ ، منح الجليل ٦٣٨/٢ ، بلغة السالك ٦٧/٢ ، المغني ١١١/٤ ، درر الحكام ١٥٤/٢ ، كشاف القناع ٢٠٦/٣ ، المهذب ٢٩١/١ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٣٧ ، مرشد الحيران ، المادة ٥١٧ ، القانون الأردني المادة ٥١٢/٢ ، القانون العراقي ، المادة ٥٦١ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٢٤٢ .

(٢) المادة ٥٢٠ من القانون المدني الأردني ، كشاف القناع ٢١٣/٣ .

وهذا استثناء من ضمان العيوب الخفية المذكورة سابقا ، فإذا وجد في المبيع عيب ، وكان البيع قد تم من السلطات القضائية أو الإدارية بطريق المزاد العلني ، فإن البائع لا يضمن العيب القديم الموجود في المبيع ، ولو كان خفياً ولم يطلع عليه المشتري ، وكان مؤثراً في قيمة المبيع ، ويعتبر المشتري راضياً بالمبيع في حالته الحاضرة ، ومسقطاً لحقه في الضمان حكما ، ومحتملاً لعهدة البيع ، ولذلك يشترط في ضمان العيوب الخفية أن لا يكون البيع قد وقع بالمزاد العلني[1] .

والحكمة من هذا الاستثناء أو الشرط أن هذه البيوع يعلن عنها مسبقاً قبل مدة من وقوعها، ويسمح لكافة الناس بالاطلاع على الأشياء المراد بيعها، والاستعانة بمن يشاؤون لمعرفة المبيع وفحصه وكشف أحواله وعوارضه ، ثم تتخذ السلطات الإدارية والقضائية إجراءات معينة للبيع في المزاد العلني ، فلا مسوغ بعد ذلك لفتح المجال لضمان العيوب الخفية واسترداد المبيع لإعادة الإجراءات والنفقات التي يتحملها المدين ، وكان يمكن للمشتري توقي الوقوع في العيب بالإطلاع عليه سابقاً وفحصه واختباره ، فإن قصر فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله ، وخاصة، أن القانون بيّن هذا الاستثناء أصلاً ، ولا يصح الجهل بالقانون ، ولا يقبل عذراً لصاحبه[2] .

ويتفق القانون المدني في هذا الاستثناء مع المذهب المالكي الذي اعتبر أن البيع الذي يتم عن طريق الحاكم يعتبر كالبيع المشروط فيه البراءة من كل عيب وإن

---

(١) يذكر بعض الشراح هذا الشرط في شروط العيوب التي يضمنها البائع ، وهذا غير صحيح ، لأن هذا الشرط لا يتعلق بماهية المبيع ، ولا بعوارضه ، ولا رابط بينه وبين العيب نهائياً ، ويمكن أن يعتبر شرطا للضمان ، وليس شرطا للعيب .
(انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٢٠٢) .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٢٩، الوسيط، السنهوري ٤/٧٣٢، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٤٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٣٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٠٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤١ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٠، شرح القانون المدني، الهلالي وزكي ص٤١٧ .

لم يشترط ذلك، ولا يرجع المشتري بنقصان الثمن ، ولا يثبت له الخيار أصلاً ، وقال المالكية كذلك : إن بيع الورثة يعتبر بيع براءة إن ذكر البائع أن المبيع إرث، فإن ظهر في المبيع عيب ، فلا يثبت للمشتري خيار العيب ، ولا يرجع المشتري بنقصان الثمن ، بشرط عدم علم الحاكم وانوارث بوجود العيب[1] .

رابعاً : دعوى ضمان العيوب الخفية :

رتب القانون المدني إجراءات خاصة في دعوى ضمان العيوب الخفية ، فأوجب على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب ، ثم أوجب عليه أن يبادر إلى رفع الدعوى خلال مدة قصيرة ، وإلا سقطت دعواه بالتقادم وسقط حقه بضمان العيب، والحكمة من ذلك أن لا يفاجأ البائع بدعوى المشتري مباشرة قبل إخطاره بالعيب ، وأن يتم استقرار المعاملات وينتهي احتمال فسخ البيع وتعريض البائع للضمان خلال فترة طويلة ، ويظل خلالها موقف المشتري غامضاً ، ومصير العقد مهدداً بالزوال ، ولأن الإبطاء في كشف العيب والمبادرة إلى إخطار البائع به ورفع الدعوى فيه يجعل إثبات العيب عسيراً ، وتتعذر معرفة قدمه أيضاً .

وهذا ما جاء في القانون المدني في المادة ٤١٧ ، ونصها :

« ١ ــ إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع » .

« ٢ ــ أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب » .

---

(١) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، حاشية الدسوقي ١١١٨/٣ ، بلغة السالك ٥٦/٢ .

وهذا النص يفرض على المشتري أن يبادر إلى فحصه ، للتحقق من حالته ، وسلامته من العيوب ، وتحقيق المنفعة المقصودة منه وفقاً لطبيعة المبيع أو الغرض المطلوب للمشتري أو للهدف الذي أعدّ المبيع من أجله ، ويجب على المشتري المبادرة إلى ذلك بعد استلام المبيع استلاماً فعلياً بحيث يضع يده عليه ، ويتمكن من فحصه وتجربته ومعرفة منافعه وخصائصه ، بالفحص المعتاد ، والاستعمال الشائع ، فإن كشف عيباً في المبيع ، تتوفر فيه الشروط السابقة في القدم والخفاء وعدم العلم به وقت البيع وكونه مؤثراً في المبيع وقيمته يجب عليه أن يقوم بإنذار البائع لإعلامه بالعيب ، وذلك خلال مدة معقولة .

وقد ترك القانون تحديد المدة لتكون مفوضة لتقدير القضاء ، ولتكون متناسبة مع اختلاف المبيعات ، من قلم إلى سيارة إلى معمل إلى سجادة إلى دابة ، فإن قصر في فحص المبيع بعد تمكنه منه ، أو أهمل في إنذار البائع بالعيب خلال المدة المعقولة بعد اكتشاف العيب ، فيعتبر قابلا للمبيع المعيب ، ويسقط حقه في ضمان العيب .

أما إذا كان العيب مما لايمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، ويحتاج إلى خبرة فنية ، أو تجربة طويلة ، أو فك وتركيب كالمعمل والسيارة ، فيترك الأمر للمشتري وظروفه في استعمال المبيع وكشف العيب القديم الذي فيه ، فمتى كشف المشتري العيب وجب عليه فوراً أن ينذر البائع بمجرد ظهور العيب ، فإن لم يخبر البائع بذلك اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب .

وبما أن كشف العيب القديم فيما يحتاج إلى خبرة وتجربة وفك قد يطول ، وقد تأتي ظروف خاصة للمشتري تمنعه من هذه الخبرة أو التجربة أو الفك أو التركيب ، ويبقى العقد مع ذلك مهدداً بالفسخ والزوال ، ويبقى البائع معرضاً لطلب التعويض ، لذلك تدخل القانون في هذه الحالة لإقامة التوازن بين المتعاقدين ، ولتأمين استقرار التعامل ، وحدد مهلة سنة من وقت القبض لأجل اكتشاف العيب ، وإنذار البائع فوراً ، فإن انقضت السنة ، ولم يظهر العيب في المبيع ، أصبح البيع لازماً وثابتاً ،

وسقط حق المشتري في فسخ العقد أو طلب التعويض والضمان، بشرط أن يكون البائع حسن النية، ولا يعلم بالعيب، فإن كل سيء النية، ويعلم بالعيب، وتعمد إخفاءه على المشتري، فإن المدة تصبح أطول، وتخضع للتقادم العادي، وهو خمس عشرة سنة[1]، وعلى المشتري أن يثبت كل ذلك أمام القضاء بجميع طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن[2].

وتتفق دعوى ضمان العيوب الخفية في الجملة مع المذهب الشافعي الذي قرر وجوب المبادرة بإخبار البائع بالعيب الذي اكتشفه المشتري، وأنه يجب الإسراع في ذلك كالحكم المقرر للشفيع في طلب الشفعة، وأن حق المشتري بخيار العيب وفسخ العقد يثبت له على الفور، فإن أخره وتراخى به لغير عذر أو استعمله سقط حقه في الرد، لأن الأصل لزوم البيع، ويثبت عدم اللزوم لعارض كدفع الضرر، فيقدر بقدره، ويكون فورياً، وهذا قول أحمد في رواية عنه[3].

وقال الشافعية أيضاً يجب على المشتري أن يعلم البائع بالعيب الحادث على الفور ليختار الرد بالعيب القديم وله أرش الجديد أو الإمساك عند المشتري، ويتحمل البائع النقصان بالعيب القديم[4].

وقال الحنفية والحنابلة بثبوت خيار العيب على التراخي، ولا يشترط رد المبيع على الفور، فإن أخر المشتري ذلك لايبطل خياره مالم يوجد منه مايدل على الرضا، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فيثبت له على الدوام، وقال الحنفية أيضاً: لو خاصم

---

(١) المادة ٤٢٠ من القانون المدني السوري، ويقابلها المادة ٤٥٢ من القانون المدني المصري، والمادة ٥٦٠ من القانون العراقي.

(٢) انظر: الوسيط، السنهوري ٤/٧٣٤، العقود المسماة، الزرقا ص ٢٥٠، عقد البيع، عامر ص ٣٠٤، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٣٢٦، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٤٦، العقود الشائعة، حكيم ص ٣٣٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/٥٦، المهذب ١/٢٩١، الروضة ٣/٤٧٦، المغني ٤/١٠٩.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/٥٩، الروضة ٩/٤٨٠.

المشتري، ورفع الدعوى لرد المبيع، ثم ترك الدعوى، ثم عاد مرة ثانية فله ذلك ويبقى حقه في الرد[1] .

وتوسط المالكية فقالوا يثبت الخيار للمشتري لمدة يوم واحد، فإن رأى العيب، وسكت عنه أقل من يوم، لم يسقط خياره، وله رد المبيع، وإن سكت عنه أكثر من يوم سقط حقه في الخيار والرد، إلا لعذر[2] .

وجاء القانون المدني الأردني فجمع بين القانون المدني السوري وأقوال الفقه الإسلامي ومنع سماع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع إلا إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه، أخذاً برعاية المصالح وتطور الزمن ومراعاة الأنظمة القضائية، والتزاماً بمبدأ مراعاة الشروط بقدر الامكان[3] .

خامساً : هلاك المبيع المعيب :

إذا كان المبيع معيباً ثم تلف وهلك، فيجب التفريق بين حالتين، حالة هلاكه وتلفه بعد التسليم، وهي التي نص عليها القانون هنا في ضمان العيوب الخفية، وحالة هلاكه وتلفه قبل التسليم، وتصبح القضية مركبة من هلاك المبيع، وظهور العيب، وتطبق عليهما الأحكام العامة وأحكام هلاك المبيع قبل التسليم، وأحكام العيب الخفي .

الحالة الأولى : هلاك المبيع المعيب بعد التسليم :

ذكرنا سابقاً في صفة العقد عند ظهور العيب في المبيع، وكان العيب جسيماً، أن المشتري يخير بين فسخ العقد ورد المبيع مع ما أفاد منه، وبين تثبيت البيع وإمساك

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٣٢/٥ ، المغني ١٠٩/٤ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٣٤١/١ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٣٦٦/٢٩ ، كشاف القناع ٣١٢/٣ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ١٢١/٣ .

(٣) المادة ٥٢١ من القانون المدني الأردني ، وانظر مذكرته الايضاحية ٥١٣/٢ .

المبيع والعودة على البائع بضمان العيب ، وإن كان العيب غير جسيم فيثبت للمشتري حق التعويض عن العيب ، ولا يحق له فسخ العقد .

فإذا هلك المبيع وتلف امتنع فسخ البيع ، واستحال رد المبيع إلى البائع ، وقد يتبادر للذهن سقوط حق المشتري في ضمان العيب على البائع ، فجاء النص القانوني لرد هذا التوهم وماقد يتبادر إلى الذهن ، وصرح في المادة ٤١٩ على مايلي :

« تبقى دعوى الضمان ، ولو هلك المبيع بأي سبب كان » .

وهذا نص واضح وقاطع في بقاء حق المشتري في تضمين البائع ، لتعويض المشتري عما لحقه من ضرر بسبب العيب ، أو مافاته من كسب ، وهذا التعويض يثبت للمشتري سواء كان المبيع قائماً وموجوداً أو هالكاً وتالفاً ، ويستوي الأمر بالنسبة للبائع في تحمل ضمان العيب أن يكون المبيع قائماً أو هالكاً ، بل يمكن للمشتري أن يستهلك المبيع أو يتلفه على مسؤوليته وحسابه ، ثم يعود على البائع بالضمان ، لأن من حقه أن يمسك المبيع عنده ، ويثبت العقد ، ويعود على البائع بالضمان ، بشرط أن يقوم المشتري بإعلام البائع بالعيب ، وإنذاره به قبل الهلاك ، وإلا سقط حقه[1] .

ويبقى حق المشتري في ضمان العيب مهما كان سبب الهلاك للمبيع ، سواء نتج عن العيب ذاته أو بسبب أجنبي أو بفعل المشتري ، ولكن تختلف حقوق المشتري باختلاف سبب الهلاك .

فإن كان هلاك المبيع بسبب العيب نفسه ، كما لو كان الحيوان المبيع مريضاً فمات ، أو كان المبيع سيارة معيبة في المحرك فاحترقت ، فيحق للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة المبيع والتعويض الكامل المذكور في الاستحقاق الكلي ، دون أن يرد للبائع شيئاً من المبيع ، إذا كان الهلاك كلياً ، وإنما يرد له ماأفاده من المبيع ، وإن كان

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٤٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٠٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٤٦ .

الهلاك بسبب العيب جزئياً فيرد المشتري مابقي من المبيع مع ماأفاد منه ، ويرجع على البائع بالتعويضات الكاملة عن المبيع كالاستحقاق الكلي .

وإن كان هلاك المبيع المعيب بعيب جسيم بسبب أجنبي ، أو بقوة قاهرة وآفة سماوية ، فقد اختلف شراح القانون في هذه الحالة ، فقال بعضهم يحق للمشتري أن يطلب من البائع التعويض الكامل ، ويرجع بقيمة المبيع والتعويضات الاخرى ، ولا يطالب برد المبيع لأنه استحال بسبب أجنبي لايد له فيه ، ولكنه يرد ماأفاده منه فقط ، وما بقي من المبيع إن كان الهلاك جزئياً ، وقال فريق آخر يقتصر حق المشتري بالمطالبة بالتعويض عن العيب والضرر الذي أصابه بسبب نقص القيمة أو نقص المنفعة من العيب ، وله ضمان العيب فقط ، وهذا هو الراجح في نظري ، لأن هلاك المبيع بعد التسليم يقع على حساب المشتري وعهدته ، ولا يُسأل البائع عنه ، وتقتصر مسؤوليته عن العيب القديم .

وإن كان الهلاك بفعل المشتري فيرجع على البائع بضمان العيب فقط ، ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نقص القيمة أو المنفعة ، الناتج عن وجود العيب ، ولا يحق له الرجوع بالتعويض الكامل ، لأن المبيع قد تعذر رده بفعل المشتري نفسه ، ويستوي في هذه الحالة أن يكون العيب جسيماً أو غير جسيم[1] .

وأما حكم هلاك المبيع المعيب في الفقه الإسلامي فإنه يمنع رد المبيع ، ويصبح البيع لازماً لعدم القدرة على الرد ، سواء كان الهلاك بعد القبض بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل أجنبي ، أو بفعل المشتري ، أو باستعمال المشتري واستهلاكه ، كأكل الطعام ، فيمتنع الرد لهلاك المبيع ، ويحق للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان العيب إذا لم يسقط بذلك قبل الهلاك ، وذلك باتفاق المذاهب .

وإن حق المشتري بالرجوع على البائع بنقصان العيب يثبت بإطلاق عند المالكية

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٤٤ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤١٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٤٦ .

والحنابلة،ويثبت استثناءعند الحنفية والشافعية الذين يقولون بثبوت الخيارللمشتري بين رد المبيع واسترداد الثمن كله ، وبين إمساك المبيع بجميع الثمن ، ولا يحق للمشتري أن يمسك المبيع ويرجع على البائع بنقصان العيب إلا استثناء ، كما إذا امتنع الرد لسبب كالهلاك أو التعيب بعيب جديد أو الزيادة ، كما سبق[1] .

وأخذ بهذا الحكم القانون المدني الأردني ، فنص في المادة ٥١٦ منه على أنه :

« إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن » ونص عليه القانون العراقي في المادة ٥٦٤ منه بأنه « إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن » وهي منقولة حرفياً عن مرشد الحيران المادة ٣٥٠ منه .

وإن أتلف المشتري المبيع فوجده فاسداً لاينتفع به أصلاً كما لو كان مأكولاً في جوفه كالبطيخ والبيض فكسره فوجده فاسداً فيرجع على البائع بالثمن لأنه ليس للمكسور منه قيمة[2] .

وقال المالكية والحنابلة أيضاً إذا هلك المبيع أو تعيب عند المشتري ، وكان البائع قد دلس العيب وأخفاه ، فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن كله ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو فعل المشتري المأذون فيه ، أو بفعل أجنبي[3] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢/٥٢ ، ٥٤ ، بدائع الصنائع ٧/٣٣٣٩ ، ٣٣٤٠ ،حاشية الدسوقي ٣/١٢٤ ، ١٣٠ ، منح الجليل ٢/٦٥١ ، المغني ٤/١٢٣ ، كشاف القناع ٣/٢١٠ ، درر الحكام ٢/١٦٣ ، الروضة ٣/٤٧٢ ، بلغة السالك ٢/٥٥ ، المهذب ١/٢٩٣ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٣٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٤٨ .

(٢) انظر : المغني ٤/١٢٦ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٩ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٥ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٢٩ ، كشاف القناع ٣/٢١١ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٢٩/٣٩٤ ، مغني المحتاج ٢/٥٩ ، ٦٠ ، الروضة ٣/٤٨٤ ، بدائع الصنائع ٧/٣٣٤٢ ، درر الحكام ٢/١٦٣ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٣/٢١٠ ، المغني ٤/١١٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٣ ، حاشية الدسوقي ٣/١٣١ ، بلغة السالك ٢/٥٨ .

الحالة الثانية : هلاك المبيع المعيب قبل التسليم :

إذا هلك المبيع المعيب قبل تسليمه إلى المشتري ، فيصبح الحكم مركباً من حكم هلاك المبيع في يد البائع ، كما سبق في الالتزام بالتسليم ، وبين حكم ضمان العيب ، ويجب التفريق في هذه الحالة بين كون الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل أجنبي أو بفعل المشتري نفسه •

فإن هلك المبيع المعيب قبل التسليم بآفة سماوية ، ولم يقصر البائع في الحفظ أو التسليم ، انفسخ البيع ، وعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ويسترد المشتري الثمن أو يعفى منه ، وليس للمشتري المطالبة بالتعويض عن الهلاك ، ولا التعويض عن العيب ، لعدم تقصير البائع في ذلك •

وإن هلك المبيع المعيب قبل التسليم بفعل البائع نفسه فيكون حكم الهلاك كما لو هلك بعد التسليم ، فيختار المشتري ، إن كان العيب جسيماً بين فسخ البيع واسترداد الثمن مع التعويض، ويعتبر البائع مسترداً للمبيع لأنه أتلفه بنفسه أو تسبب باتلافه ، وبين تثبيت البيع وتضمين البائع قيمة المبيع وقت الاستهلاك مع تضمينه عن العيب •

وإذا هلك المبيع بفعل أجنبي أو تسببه ، فالمشتري بالخيار بين اعتبار البيع منفسخاً لاستحالة التنفيذ (المادة/١٥٨ من القانون المدني) كما لو هلك المبيع بيد البائع قضاء وقدراً ، ويقوم البائع بملاحقة الأجنبي عن فعله ، وبين تثبيت البيع واعتبار المبيع قد تمّ تسليمه ، ويلاحق الأجنبي بضمان قيمة المبيع بسبب الاتلاف ، ويلاحق البائع بضمان العيب •

وإذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري أو تسببه ،فيعتبر المشتري متسلماً حكماً للمبيع ، ثم هلك المبيع بعد التسليم ، فيمتنع الفسخ ، ويرجع المشتري على البائع بضمان العيب[1] •

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣٣ •

وفي الفقه الإسلامي إذا هلك المبيع عند البائع قبل التسليم فينفسخ البيع لعدم القدرة على التسليم ، ويرجع المشتري على البائع بكامل الثمن ، أو يعفى منه إن لم يكن دفعه ، وإن هلك بعضه فيثبت الخيار للمشتري ، وهو ماسبق بيانه في هلاك المبيع السليم قبل التسليم[1] .

سادساً : سقوط ضمان العيب :

إن هلاك المبيع بيد المشتري أحد الأسباب التي تسقط حق المشتري بفسخ البيع ، ويبقى حقه قانوناً وشرعاً في ضمان العيب ، وهذا ما اقتصر عليه القانون المدني، فنص عليه ، وأن ضمان العيب لايسقط ولو هلك المبيع بأي سبب كان .

كما أشار القانون عرضاً إلى أسباب أخرى لسقوط ضمان العيب نهائياً كالتقادم بمرور سنة من وقت استلام المبيع ، لكن إن تعمد البائع إخفاء العيب بقي التقادم خمس عشرة سنة ، وكذلك يسقط حق المشتري نهائياً في ضمان العيب إذا لم يقم بإنذار البائع خلال مدة معقولة في العيب الذي يظهر بالفحص المعتاد ، أو لم يقم بإنذاره فوراً إذا احتاج كشف العيب إلى خبرة فنية .

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية ذكروا أسباباً كثيرة لسقوط خيار العيب ، وفي بعض الحالات يسقط خيار العيب مطلقاً فيمتنع فسخ البيع ، ويسقط حق المشتري الحنفية والشافعية عن تعويض العيب بانقاص الثمن ، وفي بعض الحالات يمتنع فسخ البيع فقط ، ويحق للمشتري العودة على البائع بانقاص الثمن .

فمن القسم الأول كل تصرف يدل على رضاء المشتري بالعيب وقبوله للعقد واسقاطه للخيار كالتصرف في المبيع بعد علمه بالعيب ، خلافا للحنابلة الذين يثبتون له حق الرجوع بنقص العيب إلا أن يسقطه صراحة .

ولم ينص القانون المدني على مثل هذه الحالة ، ولذلك اختلف شراح القانون

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٧ / ٣٣٣٩ .

في ذلك ، فرأى بعضهم أن المشتري إذا تصرف بالمبيع بعد علمه بالعيب يسقط حقه بالرد والفسخ ، ويبقى حقه بالضمان ، لأن القانون أثبت للمشتري الأمرين معاً ، ويرى آخرون أن تصرف المشتري بالمبيع بعد علمه بالعيب يعتبر رضى بالمبيع والعيب ، ومسقطاً للفسخ وضمان العيب معاً ، كالفقه الإسلامي تماماً ، وهو مانص عليه القانون المدني المصري القديم وأشارت إليه المذكرة الايضاحية للقانون الجديد[1] .

ومن القسم الثاني الذي يسقط به حق المشتري بفسخ البيع ، ويبقى له الحق في الرجوع على البائع بانقاص الثمن ، كل حالة يمتنع فيها رد المبيع لعذر ، كتعيب المبيع بعيب جديد عند المشتري ووقوع النقص في المبيع وهلاكه ، وحصول الزيادة فيه مع تفصيل واختلاف في بعض الأحكام[2] .

وأخذ القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي صراحة بقول الفقهاء في تصرف المشتري في المبيع بعد اطلاعه على العيب القديم فيسقط الخيار كما قال الحنفية والشافعية ، وليس له الرجوع بنقصان الثمن ، ثم أخذا بقية الأحكام المتفق عليها بين المذاهب وهي الحالات التي تمنع الرد والفسخ ، لكن يبقى للمشتري الحق بمطالبة البائع بنقصان الثمن ، وإن رضي البائع بوجود العيب الجديد ورد المبيع فله ذلك ، ولا يجبر على انقاص الثمن ، وقال الأئمة الثلاثة لايجبر البائع على قبول المبيع المعيب إذا طرأ عليه عيب جديد ، وقال الحنابلة يثبت الخيار للمشتري مع العيب

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٢٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٥٤ ، أبحاث إضافية ، سوار ٦٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٢٤/٤ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٣٩/٧ ، ٣٣٤٤ ، الروضة ٤٧٢/٣ ، بلغة السالك ٥٤/٢ ، ٥٥ ، ٥٧ ، مغني المحتاج ٥٤/٢ ، ٥٩ ، ٦١ ، المغني ١١٢/٤ ، ١١١٩ ، حاشية الدسوقي ١٢٠/٣ ، ١٢٤ ، ١٢٦ ، حاشية ابن عابدين ١٦/٥ ، ١٨ ، ٣٣ ، ٣٤ ، ٤٧ ، كشاف القناع ٢٠٦/٣ ، ٢٠٩ ، ٢١١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٣٤٤ ـ ٣٤٨ ، مرشد الحيران ، المواد ٥٢٢ ـ ٥٢٨ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٣٦٦/٢٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، درر الحكام ١٦٦/٢ .

الجديد ، ويجبر البائع عليه مع انقاص أرش العيب الجديد[1] .

ولم يرد في القانون المدني السوري ولاالمصري نص في هذه الأحوال ، ويجتهد شراح القانون والقضاة في تخريج الأحكام لها من القواعد العامة في نظرية الالتزام العامة ، وأكثر هذه الاجتهادات تلتقي غالباً مع ماقرره الفقه الإسلامي من أحكام ، وخاصة أن القانون المدني المصري القديم قد أخذ بعض هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية مباشرة ، كما أخذ بمعظمها القانون المدني العراقي[2] .

الشعبة الثالثة

الاتفاق على تعديل ضمان العيب

إن ضمان العيب المقرر حكماً في القانون لمصلحة المشتري والمفروض التزاماً على البائع ولو لم يشترط في العقد ، هو من الأحكام المفسرة أو المكملة التي يجوز للاطراف الاتفاق على مخالفتها وتعديلها بالإلغاء والزيادة والنقص لمصلحة كل من البائع والمشتري ، إلا إذا كان البائع سيء النية ، فدلس البيع على المشتري وأخفى العيب عليه ، وتعمد كتمانه ، فهنا يتدخل القانون ، ويصبح الأمر من النظام العام ، ويعتبر الاتفاق على خلافه باطلاً كما سبق في تعديل ضمان الاستحقاق . ويشمل الاتفاق على تعديل ضمان العيب أمرين أساسيين ، وهما :

ـ الاتفاق على عدم الضمان أو زيادته أو نقصه .

ـ ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل .

---

(١) القانون المدني الأردني ، المواد ٥١٥ ـ ٥١٨ ، القانون المدني العراقي ، المواد ٥٦٢ ـ ٥٦٧ ، والمراجع السابقة .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٥٢ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٨٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤١١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٢٩ ، العقود المسماة ، الذنون ٢٤٧ ، ٢٥٢ .

اولا : الاتفاق على عدم الضمان او زيادته او نقصه :

نصت المادة ٤٢١ من القانون المدني السوري على مايلي[١] :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه » .

وهذا النص يبين أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا في العقد على زيادة ضمان العيب على البائع ، ويجوز لهما أن يتفقا في العقد على إنقاص الضمان على البائع ، كما يجوز لهما أن يتفقا في البيع على اسقاط ضمان العيب كلياً ، بأن يكون البائع معفى من ضمان العيوب الخفية أو الظاهرة ، الموجودة في المبيع عند العقد وقبل التسليم .

لكن القانون اشترط في حالتي إسقاط الضمان أو انقاصه أن لايكون البائع سيء النية بأن يتعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه ، فإن وقع ذلك كان الاتفاق باطلاً ، ويظل البائع ضامناً للعيب .

ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بوجود العيب في المبيع ، بل لابدّ من تعمده إخفاء العيب عن المشتري ، ولا بد أيضاً من تعمد الغش للمشتري بالعيب ، فإن تعمد إخفاء عيب معين عن المشتري فيقع الاتفاق باطلاً ، ولكن يبقى الاتفاق صحيحاً إذا ظهر عيب آخر لم يتعمد البائع إخفاءه غشاً منه ، ويعمل الاتفاق على انقاصه أو اسقاط أثره بينهما .

والاتفاق على زيادة ضمان العيب يشمل زيادة أسباب الضمان ، كأن يتفق المتبايعان على أن يضمن البائع كل عيب في المبيع لم يتبينه المشتري وقت التسليم حتى ولو كان مما يمكن تبينه بعناية الرجل المعتاد ، أو يتفقا على عدم سقوط حق

---

(١) ويقابلها المادة ٤٥٣ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٢ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٦٩ من القانون المدني العراقي .

المشتري في الضمان ولو لم يبادر المشتري إلى فحص المبيع فور التسليم ، أو إذا تأخر عن إخطار البائع بما ظهر فيه من عيب ، أو يتفقا على إطالة مدة التقادم لتكون أكثر من سنة ، كما يشمل الاتفاق على زيادة الضمان الاتفاق على مقدار التعويضات ومداها بأن يتفقا على حق المشتري برد المبيع المعيب ولو لم يكن العيب جسيماً ، أو على استرداد المصروفات الكمالية حتى مع حسن نية البائع ، أو أن يسترد المشتري الأعلى من قيمة المبيع أو ثمنه[1] .

والاتفاق على نقص ضمان العيب يشمل كذلك نقص أسباب الضمان ، بأن يشترط البائع ضمان عيب معين دون سواه ، أو يشترط عدم ضمانه للعيب الذي يظهر بالفحص الفني ، أو يشترط انقاص مدة التقادم عند بعض الشراح ، ويرى آخرون أن مدة التقادم من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إنقاصها ، وإن كان يجوز الاتفاق على زيادتها[2] ، ويشمل أيضاً مدى التعويضات كاشتراط البائع ضمان الأقل من القيمة والثمن ، أو أن يضمن قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى .

والاتفاق على إسقاط الضمان أن يشترط البائع عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع ، وأن كل مايظهر من عيب يقع على عاتق المشتري[3] .

ويتفق القانون المدني في اشتراط عدم ضمان العيب مع الفقه الإسلامي بجواز

---

(١) يرى الأستاذ الزرقا أن يعتبر اشتراط زيادة الضمان من قبيل الشرط الجزائي الذي يحق للقاضي أن يتدخل في تعديله إذا وجده مبالغاً فيه . (انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٢٤٩) .

(٢) يرى أكثر الشراح أن مدة التقادم من النظام العام ولا يجوز الاتفاق الخاص على زيادتها ، أو نقصها إلا بنص خاص ، وقد نصت المادة ١/٤٢٠ على جواز الزيادة فقط .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٥٥/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٤٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٣٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٤٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤١٥ ، ٤١٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٤٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٥٠ .

عدم الضمان ، ويسمى اشتراط التبرؤ من العيوب ، لكن مع اختلاف بين المذاهب وتفصيل في بعض الأمور .

فقد أجاز الحنفية للبائع أن يشترط في عقد البيع التبرؤ من جميع العيوب ، ويعتبر الشرط صحيحاً والبيع لازماً،ويعتبر المشتري راضياً بالمبيع على عيوبه الموجودة فيه ، ويصح الاتفاق على التبرؤ من جميع العيوب الموجودة والتي ستوجد ، أو الموجودة فقط عند العقد ، فإن حدث به عيب بعد العقد وقبل التسليم ضمنه البائع ، ويصح هذا الشرط عند الحنفية سواء كان البائع عالماً بالعيب أو غير عالم به ، فإن قبله المشتري أصبح البيع لازماً ، ويكون المشتري قد أسقط حقه في وصف سلامة المبيع ، وأنه رضي بالمبيع على حالته الموجودة ، سواء كان سليماً أم معيباً ، وعلى البائع أن يثبت أن العيب كان موجوداً عند العقد ، إن اشترط البراءة عن ذلك[1] .

ونصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٤٢، وهي :

« إذا باع مالاً على أنه برىء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار العيب » .

وهذا يشمل العيوب الموجودة وغير الموجودة ، والعيوب المعلومة والعيوب المجهولة ، لأن البراءة من الحقوق المجهولة صحيحة عند الحنفية ، لأنها لاتفضي إلى منازعة ، ويدخل العيب الموجود والحادث بعد العقد وقبل القبض[2] .

وأوضح ذلك المرحوم قدري باشا ، وفصل هذه الحالات فقال : « اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به ، وقبل المشتري المبيع بهذا الشرط صح البيع والشرط ، وإن لم يسم العيوب ، لكنه في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٤٢/٥ ، بدائع الصنائع ٣٠٨٠/٧ ، ٣٣٢٥ ، ٣٣٢٧، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٣٤٩/١ ، فتح القدير ١٨٢/٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٥٣ ، درر الحكام ١٦٧/٢ .

(٢) انظر : مرآة المجلة ١٦١/١ ، فتح القدير ١٨٢/٥ .

الموجود وقت العقد ، ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأمن الموجود دون الحادث ، فللمشتري رده بالحادث ، لا بالموجود »[1] .

وقال المالكية بصحة اشتراط البراءة من العيوب ، بشرط أن يكون البائع حسن النية ولا يعلم بوجود العيب ، فإن كان عالماً بوجود العيب واشترط البراءة منه فيكون الشرط باطلاً لأنه غش وتدليس ، وهذا يتفق مع القانون الذي يميز بين حسن نية البائع وسوء نيته ، وفي قول عند المالكية لايقبل شرط البراءة إلا في الرقيق ، ويكون الشرط باطلا والعقد صحيحاً ، وقال المالكية : إن بيع الحاكم وبيع الوارث يعتبر بيع براءة ، ولا يثبت الرد للمشتري ولا نقصان الثمن[2] .

وقال الشافعية بصحة اشتراط البراءة من العيوب في الحيوان خاصة ، بشرطين أن لايعلم البائع بوجود العيب ، وأن يكون العيب خفياً ، فإن كان البائع عالماً بالعيب أو كان العيب ظاهراً واشترط البراءة فيقع الشرط باطلاً ، ولا يصح التبرؤ إلا عن العيب الموجود عند العقد ، أما العيب الذي يحدث بعد العقد وقبل التسليم فلا يصح اشتراط البراءة منه مطلقاً ، لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته ، وعند الشافعية قول ثان بجواز التبرؤ من العيوب مطلقاً كالحنفية عملاً بالشرط ، وفي قول ثالث لايجوز مطلقاً[3] .

وقال الحنابلة في رواية كالمالكية بجواز اشتراط التبرؤ من العيب الذي لايعلمه البائع فقط ، ولا يصح فيما يعلمه لأنه غش وتدليس ، وفي رواية كالشافعية لايصح التبرؤ من العيب إلا إذا علمه المشتري وقت العقد أو وقت القبض[4] .

وأخذ القانون المدني الأردني بقول ملفق من الحنفية والمالكية والشافعية معاً ،

---

(١) مرشد الحيران ، المادة ٥١٦ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ٣/١١٨ ، ١١٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٩١ ، بداية المجتهد ٢/١٩٩ ، بلغة السالك ٢/٥٤ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٣/٥٣ ، المهذب ١/٢٩٥ ، الروضة ٣/٤٧٠ .

(٤) انظر : المغني ٤/١٣٥ ، كشاف القناع ٣/١٨٥ .

وأعفى البائع من ضمان العيب إذا باع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه ، أو عن عيب معين ، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب ، أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب[1] .

ثانياً : ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل :

يتم الاتفاق على تعديل ضمان العيب بالزيادة أو النقص أو الاسقاط ، وهناك صورة شائعة بين الناس لتعديل ضمان العيب بزيادته وتعديل كثير من أحكامه ، وذلك بأن يضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معينة بعد القبض والتسليم ، وهذا ماعرضه القانون المدني في آخر مواد ضمان العيوب ، وبين أحكامه وإجراءاته الخاصة التي يختلف بها عن ضمان العيب ذاته ، فنص في المادة ٤٢٣ على مايلي :

« إذاضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

ففي هذه الحالة يشترط المشتري على البائع ، أو يتعهد ويتكفل البائع للمشتري، أن يضمن صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة ، وذلك في الأشياء الدقيقة التي يسرع إليها الخلل ، وتحتاج إلى دقة فنية في الاستعمال والإصلاح لتركيبها الخاص ، كالآلات الكهربائية والساعات والسيارات وآلات الخياطة ، فيضمن البائع صلاحيتها للاستعمال لمدة سنة أو سنتين ، ويطمئن المشتري إلى المبيع وحسن الانتفاع به بقطع النظر عما يصيبه من عيب أو غيره ، ويحتاط المشتري أيضاً إلى صلاحية المبيع للعمل خلال هذه المدة المتفق عليها ، مما يغلب على الظن أن المبيع إذا حقق المنفعة طوال هذه الفترة فيكون في الغالب صالحاً للعمل بعد انقضائها،وهذا مايهم المشتري ويطمح بالحصول عليه في المبيع ، سواء كان الخلل ناشئاً عن عيب أو عن غيره .

---

(١) القانون المدني الأردني ، المادة ٤/٥١٤ ، بينما أخذ القانون العراقي في المادة ٥٦٧ منه بقول الحنفية ، وانظر : العقود المسماة ، المدنون ص ٢٥٣ .

وفي هذا زيادة عن ضمان العيب ، وتعديل لأحكامه ، لذلك رتب القانون إجراءات خاصة لتحقيق هذا الاتفاق ، وحسن تطبيقه ، ومنع استغلاله أو سوء استعماله .

ويظهر تمييز هذا الشرط عن ضمان العيب بما يلي :

١ ــ إن ضمان صلاحية المبيع للعمل يشمل جميع أنواع الخلل في المبيع ، ولو لم يكن فيه عيب ، ومتى اختل الانتفاع المعتاد بالمبيع تحقق الضمان على البائع والتزم بإصلاحه ، وهذا الشرط لايمنع أيضاً من ضمان العيوب الخفية في المبيع ، ولو لم تؤثر على صلاحيته للعمل ، وتطبق أحكام ضمان العيوب الخفية عليها ، كالعيب في طلاء الساعة أو السيارة .

٢ ــ أن تحدد المدة المتفق عليها لضمان البائع لصلاحية المبيع ، وتكون هذه المدة عادة كافية لتجربة المبيع وفحصه واختباره للعمل ، كسنة أو ستة أشهر للسيارة أو الساعة أو المذياع ، أو تكون كافية لاستهلاك المبيع عامة ، كاشتراط سنة لصلاحية بطارية السيارة ، أو سنتين لدواليب السيارة .

٣ ــ يجب على المشتري أن ينذر البائع بالخلل خلال مدة شهر واحد من ظهوره وعدم صلاحية المبيع للعمل ، وإلا سقط حقه في الضمان ، ولم يقرر القانون مثل هذا الإجراء الواجب على المشتري في العيب الخفي ، وإنما حدد مدة معقولة فقط ، ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على زيادة مدة الشهر أو انقاصه لانذار البائع بالخلل ، لأن هذه الأحكام ليست من النظام العام .

٤ ــ يجب على المشتري أن يرفع دعوى الضمان في هذه الحالة خلال ستة أشهر من وقت الإنذار ، فإن مضت هذه المدة سقط حق المشتري في دعوى ضمان صلاحية المبيع للعمل ، ويجوز للطرفين أيضاً الاتفاق على زيادة هذه المدة أو انقاصها .

وفي ضمان العيوب الخفية منح القانون للمشتري مدة سنة لرفع الدعوى وهي مدة تقادم ، لايجوز الاتفاق على إنقاصها عند أكثر الشراح ، ويجوز الاتفاق على زيادتها عند الجميع .

٥ ــ يكون التعويض عادة في هذا الضمان بأن يقوم البائع باصلاح المبيع حتى

يعود صالحاً للعمل ، مهما كان سبب الخلل ، فإن لم يقبل الاصلاح التزم البائع بتبديله بآخر مثله يصلح للعمل .

والقانون المدني المصري أخذ ضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل من المشروع الفرنسي الإيطالي تمشياً مع تطور الحياة ، وتنظيماً لما يجري عليه العمل[1] .

وليس لهذا الحكم نص خاص في الفقه الإسلامي ، وإنما يخضع لسلطان الإرادة العقدية ، ونظرية الشروط عند الفقهاء ، لأنه شرط يحقق مصلحة ومنفعة لطرف على حساب آخر ، فيقره المذهب الحنبلي والمالكي ، كما يمكن تخريجه على المذهب الحنفي ، باعتباره شرطاً فاسداً ، لكن إن جرى التعامل والعرف عليه صار صحيحاً[2] .

وإلى هنا ننتهي من بيان التزامات البائع الأربعة في عقد البيع ، وهي : نقل الملكية ، وتسليم المبيع ، وضمان الاستحقاق وعدم التعرض ، وضمان العيوب الخفية .

وننتقل إلى بيان التزامات المشتري التي تقابل التزامات البائع ، وتفرض على المشتري واجبات معينة لصالح البائع .

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٣٠ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٧٥٨، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٣٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٥ ، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ٣٤٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٥١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٣٢ ، ٣٤١ .

(٢) انظر : الفتاوى الكبرى ، لابن تيمية ٢٩ / ١٢٦ ، ٣٤٦ ، حـ ٣١/٢٧ ، ٢٩ ، البيوع الممنوعة ص ٣٠ .

المبحث الثاني

التزامات المشتري

تمهيد وتقسيم :

إن عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين ، فيترتب فيه التزامات على البائـع ، والتزامات على المشتري ، وسبق بيان الالتزامات المترتبـة على البائـع ، ويقابلهـا الالتزامات المترتبة على المشتري التي عرضها القانون تحت هذا العنوان في تسع موادٍ ، وهي ثلاثة التزامات :

١ ــ الالتزام بدفع الثمن ومايتعلق به ، (المواد ٤٢٤ ــ ٤٢٩) .
٢ ــ الالتزام باستلام المبيع ، وما يلحقه ، (المادة ٤٣١) .
٣ ــ الالتزام بالنفقات ، وهي مصروفات العقد ، وتكاليف البيع ، (المواد ٤٢٦، ٤٣٠ ، ٤٣٢) .

وسوف ندرس كل واحد من هذه الالتزامات في فرع خاص .

الفرع الأول

الالتزام بدفع الثمن

بينا سابقاً في أركان البيع أن الثمن ركن أساسي في العقد ، أو أنه أحد مقومات عقد البيع ، ولا يعتبر العقد بيعاً إلا إذا وجد فيه الثمن الحقيقي ، ولذلك يجب وجود الثمن عند انعقاد البيع ، كما يجب بيانه وتحديده في العقـد إما بالاتفاق الصريـح والكامل عليه ، وإما بالاتفاق على أسس صالحة لتحديده ، وإما بالاعتماد على أساس

ملحوظ لتحديده ، وكل هذه المباحث سبق بيانها في أركان البيع ، وينحصر بحثنا هنا على التنفيذ العملي لأداء الثمن ودفعه إلى البائع ، للوفاء بالالتزام المترتب على المشتري ، وهو أهم التزام عليه في عقد البيع ، ولذلك ربطه الشارع بالتسليم ، ورتب له مؤيدات وضمانات قوية ، ونظم بعض أحكامه بما يخالف القواعد العامة ، كما سنرى .

ويتضمن الكلام عن دفع الثمن الحديث عن الوفاء بالثمن وهو المبلغ المتفق عليه وما يلحقه من الفوائد القانونية المترتبة عليه ، مع تحديد زمان الدفع ومكانه ، والجزاء المقرر على إخلال المشتري بهذا الالتزام ، ولذلك نقسم الموضعات إلى شعبتين .

الشعبة الأولى

الوفاء بالثمن

يلتزم المشتري بأداء الثمن المتفق عليه ، كما يلتزم بأداء الفوائد القانونية المترتبة على الثمن ، ويلتزم ثالثاً بدفع الثمن في زمان معين ، ويلتزم رابعاً بدفع الثمن في مكان معين ، ويحق له أحياناً تأخير دفع الثمن .

اولا : اداء الثمن :

أداء الثمن هو أهم التزام على المشتري بموجب عقد البيع ، لأن البيع عقد معاوضة ، فكل حق يحصل عليه أحد الطرفين يتم بعوض يقدمه للآخر ، وأن أهم التزام يقدمه البائع هو نقل الملكية وتسليم المبيع ، فيحصل عوضهما على ملك الثمن واستلامه .

ويقوم المشتري بأداء الثمن المتفق عليه في العقد ، سواء حدد صراحة ومباشرة ، أم تم تحديده ضمناً وبطريق غير مباشر بالاتفاق على أسس صالحة أو نية الاعتماد على أسس معينة ، ولا يصح تسليم الثمن إلا بالنقد ، وبالعملة المتفق عليها أو المتداولة في العرف والعادة أو النظام ، ويلتزم المشتري بأداء الثمن مع جميع المصروفات التي

يتوقف عليها وفاء الثمن وأداؤه ، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف ، أو عن طريق آخر ، كل ذلك حسب الأحوال المتفق عليها بالعقد ، ووفقا لأحكام الوفاء التي ذكرها القانون في نظرية الالتزام العامة (المواد ٣٢٢ ـ ٣٤٧) ، ومنها المادة ٣٤٦ التي تنص على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » ، وتراعى أحكام الوفاء كاملة إلا ماورد في الاتفاق بين الطرفين على خلافه ، او ورد بشأنه نص خاص في القانون مثل الأحكام الخاصة التي عرضها القانون بشكل خاص عن زمان أداء الثمن ومكانه وفوائده وجواز تأخيره وغيرها مما سنشرحه هنا في عقد البيع ، وفي التزامات المشتري[1] .

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على التزام المشتري بأداء الثمن وتحمل نفقاته ، ثم حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة ، ولذلك أجملنا الكلام حوله ، لسبق دراسته تفصيلاً في القواعد العامة لنظرية الالتزام ، بينما نص القانون المدني العراقي على التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وفق الشروط التي يقررها العقد[2] .

والتزام المشتري بأداء الثمن مما يتفق عليه القانون المدني مع الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها ، لأن البيع عقد مبادلة ، وهو أخذ وعطاء ، وتسليم وقبض .

قال الكاساني : « فتسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن العقد أوجب الملك

---

(١) قد يكون الملتزم بدفع الثمن غير المشتري ، كأن يلتزم ثالث بدفع الثمن ، وتكون العلاقة بين البائع والمشتري كاملة كالعلاقة بين المتبايعين في الحقوق والالتزامات جميعاً إلا في الثمن ، فتكون العلاقة بين البائع والاجنبي الثالث علاقة معاوضة ، فيلتزم بدفع الثمن ومصروفاته بحسب الاتفاق بينهما ، وهذا مانصت عليه المادة ٣٢٢ من القانون المدني السوري . (انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٧١) .

(٢) انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ٤/١٤٠ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٧٧٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٦٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٦٠ .

في البدلين ، ومعلوم أن الملك ماثبت لعينه ، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم »[1] .

وإن قبض الثمن أو تسليم المبيع ليس شرطاً في البيع ، ولكن يترتب على البيع الصحيح اللازم ونقل الملكية فيه أن تتم المبادلة بين الطرفين ، ويصبح تسليم البدلين واجباً عليهما ، لتحقيق معنى البيع الذي لايتم إلا بتسليم المبيع ودفع ثمنه ، وهذا ماأكدته مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران،ونص عليه القانون المدني الأردني[2] .

ثانيا : الفوائد القانونية عن الثمن :

جرى القانون باستمرار على منح الدائن الحق بالفوائد القانونية عن الدين الذي يستحقه متى تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد بالاتفاق أو العرف أو القانون ، ومن ذلك مانص عليه القانون في عقد البيع والتزامات المشتري ، بأن أوجب على المشتري أداء الفوائد القانونية عن الثمن عند التأخر عن أدائه في حالات محددة وشروط خاصة ، وذلك في المادة ٤٢٦ ، وهي :

« ١ ــ لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري ، أو إذا سلم الشيء المبيع ،وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

« ٢ ــ للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره »[3] .

---

(١) بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ ، وانظر : الحيازة في العقود ص ٢٣١ ، المهذب ٣٠٣/١ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٦٢ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٧٩ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٥٢٢ .

(٣) هذه المادة يقابلها المادة ٤٥٨ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٧ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٧٢ من القانون العراقي .

وهذه المادة تفرض على المشتري الفوائد القانونية عن الثمن في حالات ، وتقرر له الحق في ثمرات المبيع ونمائه في حالات .

أما الفوائد القانونية فلا تترتب على مجرد التأخير عن دفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً ، إلا بشروط معينة في ثلاث حالات فقط ، وهي :

١ ــ أن يتم الاتفاق بين المتبايعين على أن يدفع المشتري للبائع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته ،وهذه الفائدة اتفاقية ، تبدأ من الوقت المتفق على سريانها منه ، ويقدر سعرها بحسب الاتفاق على ألا تتجاوز ٩٪ ، وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية (المادة ٢٢٨/١) .

ويقوم مقام الاتفاق العرف ، فإن لم يتفق الطرفان على الفائدة ، ولكن جرى العرف بدفعها ، فيلتزم بها الطرفان[1] .

٢ ــ إذا لم يتفق المتبايعان على الفوائد ، فإن القانون قرر أن فوائد الثمن تستحق من الوقت الذي يتسلم فيه المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، كالمنزل الذي يصلح للاستغلال ، أو الأرض التي تصلح للزراعة ، أو فيها أشجار مثمرة ، أو سيارة صالحة للاستعمال أو الاستغلال ، فتبدأ الفوائد القانونية من تاريخ تسليم المبيع للمشتري ، سواء استغله فعلا أم لا ، مادام أنه قابل لانتاج الثمرات أو الإيراد ، ولا يحتاج البائع أن ينذر المشتري بذلك ، لثبوت

=

إن القانون رتب أحكام الفوائد عن الثمن بعد بيان مكان دفع الثمن ثم زمان دفع الثمن ، ولكنا قدمنا ما أخره القانون ، وأخرنا ما قدمه لطبيعة البحث ، فتحدثنا عن الفوائد القانونية كتكملة لدفع الثمن ، وسنتكلم عن زمان الدفع ثم عن مكانه .

(١) انظر : الوسيط ، للسنهوري ٧٧٧/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٦٧، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٣٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٧١ .

هذا الحق قانوناً ، ويستمر سريان الفوائد حتى دفع الثمن فعلا •

فإن كان المبيع لاينتج ثمرات أو إيراداً فلا يلتزم المشتري بالفوائد القانونية على الثمن ، حتى ولو استعمله المشتري استعمالاً خاصاً ، كما لو كان المبيع أرضاً للبناء ، أو كتاباً للقراءة ، أو صورة زيتية للزينة • وذلك أن القانون أوجب الفوائد القانونية على الثمن للبائع في مقابل الثمرات أو الايراد الذي سيحصل عليه المشتري من المبيع ، فإن فقدت الثمرات أو الايراد فلا محل لفرض الفوائد عليه •

ويلاحظ أن القانون أوجب الفوائد القانونية على الثمن من وقت تسليم المبيع للمشتري ، مع أنه قرر أن ثمرات المبيع وإيراده من حق المشتري من وقت البيع ، لذا يرى بعض الشراح أن الصحيح أن تبدأ الفوائد القانونية من وقت البيع ، كما يرون أن تشمل الفوائد القانونية جميع المبيعات سواء كانت قابلة لانتاج الثمرات والإيراد أم كانت غير قابلة لذلك[1] • وهذا توسع في باب الفوائد القانونية وإرهاق للمشتري لا مسوغ له، ولا ضابط فيه •

٣ ــ إذا لم يتفق المتبايعان على الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع إلى المشتري ، أو سلمه ولم يكن المبيع قابلاً لانتاج الثمرات والإيراد فإن الفوائد القانونية لاتسري على الثمن إلا إذا كان مستحق الوفاء ، وأنذر البائع المشتري بدفعه ، فلم يفعل ، فتجب الفوائد القانونية على الثمن من وقت الإنذار بالدفع إلى أن يتم الدفع فعلاً ، سواء كان المبيع محتبساً لدى البائع بالثمن ، أم سلمه إلى المشتري •

ولا يستحق البائع الفوائد القانونية عن الثمن خارج هذه الحالات الثلاثة السابقة ، أو إذا فقد شرط من شروطها ، وخاصة إذا تم الاتفاق عند العقد على عدم استحقاق الفوائد القانونية عن الثمن مطلقاً ، أو إلا بالمطالبة القضائية[2] •

---

(١) الوسيط ، السنهوري ٤/٧٨٠ هامش ١ ، ٧٨١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص٣٥٦ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٧٧٧ ومابعدها ، عقد البيع ، عامر ص٣١٨، =

وهذه النقطة في الفوائد القانونية عن الثمن تخالف أحكام الشريعة الإسلامية صراحة ، لأن الفوائد نوع من الربا ، وقد حرم الإسلام الربا بنوعيه ، ربا الفضل وربا النسيئة ، والفوائد عن الثمن من ربا النسيئة ، والإسلام شدد النكير على الربا ، وحرمه بشكل قاطع لأسرار جمة وحكم ظاهرة جلية ، وحذر القرآن الكريم منه تحذيراً شديداً ، فقال تعالى : « يَمْحَقُ اللهُ الرِّبا ويُرْبِي الصَّدقاتِ ، واللهُ لا يُحِبُّ كلَّ كفَّارٍ أثيمٍ » ثم قال تعالى : « يا أيُّها الذين آمنُوا اتقُوا اللهَ وذَرُوا ما بَقِي منَ الربا إنْ كُنْتُم مُؤْمنين ، فإنْ لم تَفْعَلوا فأذنُوا بحربٍ منَ اللهِ ورسولِهِ ، وإنْ تُبْتُمْ فلكُم رؤوس أموالِكُم لا تظْلِمُونَ ولا تُظْلَمون » البقرة ٢٧٦ ، ٢٧٧ — ٢٧٨ .

كما أن الفوائد القانونية تخالف الدستور الذي ينص على اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً للتشريع ، وهو ما نصت عليه معظم الدساتير في البلاد العربية ، وتأكد في المادة السادسة من دستور الاتحاد بين سورية ومصر وليبيا ، ولذلك بادر المشرع في ليبيا إلى التوفيق بين دستوره ودستور الاتحاد وبين القوانين والأنظمة الداخلية المعمول بها في ليبيا ، وأصدر القانون رقم ٧٤ سنة ١٩٧٢م بتحريم ربا النسيئة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأشخاص الطبيعيين (الأفراد) ، على أن تعدل أحكام القانون المدني والقانون التجاري بمقتضى ذلك ، ونص هذا القانون على إلغاء كلمات أو عبارات : « فائدة ، الفوائد ، سعر الفائدة ، دون فوائد ، الفوائد القانونية » ، وعدلت المادة ٤٤٧ من القانون المدني الليبي التي تقابل المادة ٤٢٦ من القانون السوري في الفوائد القانونية عن الثمن ، وحذفت الفقرة الأولى منها كلية ، واقتصرت على الفقرة الثانية التي تنص على ثمرات المبيع ونمائه للمشتري ، كما أصدر المشرع الليبي القانون رقم ٨٦ سنة ١٩٧٢ في شأن تحريم عقود الغرر في القانون المدني تمشياً مع

= العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٦٣ ، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٥٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٧٢ .

الفقه الإسلامي ، والتزاماً بالشريعة الغراء[1] .

وهذه بادرة كريمة ، وعمل مشرف ، ومنطق قويم ، وتشريع سديد ، يتفق مع دين الأمة وعقيدتها وشريعتها ، ويحقق الانسجام بين الدستور والقوانين والأنظمة ، ويبشر بالعودة إلى الشريعة الغراء التي أنزلها رب العالمين لتحقيق مصالح البشرية في الدنيا والآخرة ، نسأل الله تعالى أن يردنا إلى ديننا رداً جميلاً ، وأن يعلمنا ماينفعنا ، وأن ينفعنا بما يعلمنا ، وأن يزيل عن أعيننا غشاء العمى والضلال ، وأن ينقذنا من التقليد والتبعية والاستعمار التشريعي والفكري ، إنه سميع مجيب الدعاء .

وأما ثمرات المبيع بعد العقد ، ونماؤه وريعه ونتاجه فهو للمشتري باتفاق الفقهاء، لأنها فرع عن ملكه الذي حصل عليه بالعقد[2] .

ثالثا : تحديد زمان دفع الثمن :

يتحدد زمان دفع الثمن بثلاثة مبادىء أساسية ، يعمل بها بالتدريج ، كما يلي :

١ ــ تحديد زمان دفع الثمن بالاتفاق بين الطرفين ، فالأصل الأول هو إرادة المتبايعين ، فكل مايتم الاتفاق عليه في تحديد زمان الوفاء فيجب العمل به والالتزام فيه ، وعلى المشتري أداء الثمن في هذا الوقت المتفق عليه .

وقد يكون الثمن حالاً ، بأن يدفع فوراً ودفعة واحدة بعد التعاقد ، وقد يكون مؤجلاً إلى المستقبل القريب أو البعيد ، وقد يتفق الطرفان على دفع الثمن أقساطاً محددة ، كثيرة أم قليلة ، على أن يدفع كل قسط في وقت محدد ، فيجب على المشتري في جميع هذه الحالات أن يلتزم بدفع الثمن في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها ، سواء ارتبط ذلك بتسليم المبيع أو بعدم تسليمه ، بل يمكن الاتفاق على تأجيل نقل ملكية المبيع أصلاً إلى أداء جميع الثمن ، أو القسط الأخير منه .

---

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٨ .

(٢) انظر : المغني ٣/٤٨٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٣٦ .

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي،ويترك تحديد زمان دفع الثمن لإرادة المتعاقدين، بأن يتفقا على دفع الثمن دفعة واحدة بعد العقد ، أو مؤجلاً إلى وقت معين ، أو منجماً أي مقسطاً على أقساط ، كل قسط يدفع في وقت معين ، بشرط أن يكون تعيين الوقت أو تأجيله محدداً بشكل قطعي ومعروف ، فلا يصح إلى أجل مجهول، كوقت هبوب الرياح وغيره .

وهذا مانصت عليه المادة ٤٨٠ من مرشد الحيران ، وأخذ به القانون المدني الأردني ، فنص على تحديد وقت تسليم الثمن « مالم يتفق على غير ذلك »[1] .

٢ ــ العرف : إذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين على تحديد زمان دفع الثمن في العقد فيرجع إلى العرف ، سواء كان عرفاً عاماً أم عرفاً خاصاً بفئة المتبايعين كعرف التجار أو الصناع أو تجار الحبوب أو الصاغة ، فقد يقضي العرف أن يكون دفع الثمن في وقت معين ، عقب العقد فوراً ، أو بعده بأمد طويل أم قصير ، وقد يقضي العرف أن يدفع جزء من الثمن قبل التعاقد عن طريق المصرف ، أ شيك ، أو فتح اعتماد مصرفي في مصرف تجاري أو المصرف المركزي .

وهذا يتفق أيضاً مع الفقه الإسلامي الذي يجعل العرف مصدراً للأحكام ، وقرر القاعدة الفقهية المشهورة : « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » أو « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » أو « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »[2] .

٣ ــ إذا لم يوجد اتفاق أو عرف فيكون تحديد زمان دفع الثمن في وقت تسليم المبيع ، وهذا ماحدده القانون في المادة ٤٢٥ ، ونصها :

« ١ ــ يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، مالم

---

(١) المادة ٥٢٢ من القانون المدني الأردني .

وانظر : مغني المحتاج ٢/٧٣ ، بدائع الصنائع ٧/٣٢٤٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٢ ، المهذب ١/٢٧٣ ، درر الحكام ٢/١٤٥ ، كشاف القناع ٣/١٧٣ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٢٥١ .

يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك »[1] .

وتسليم المبيع للمشتري إما أن يكون بالوقت المتفق عليه بينهما ، وإما بحسب العرف ، وإما فور تمام العقد كما بيناه سابقاً ، ويجب تسليم الثمن في وقت تسليم المبيع ، وذلك « حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد » كما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، والمقصود أن يتم تسليم المبيع وتسليم الثمن في مجلس زمني واحد ، سواء بدأ البائع بالتسليم أولاً ، ثم يلزم المشتري بتسليم الثمن، أم بدأ المشتري بتسليم الثمن ، فيلزم البائع بتسليم المبيع ، فإن اختلفا فيمن يبدأ أولاً فيلزم المشتري بتسليم الثمن أولاً ، لأن القانون قرر للبائع الحق في حبس المبيع حتى استيفاء الثمن من المشتري ، (المادة ٤٢٧) ، وهذا يعني إلزام المشتري بدفع الثمن أولاً ، ثم يستلم المبيع بعده مباشرة ، فيتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد .

وإن كان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، وقد دفع المشتري القسط المعجل منه ، فيكلف البائع بتسليم المبيع ، قبل قبض كامل الثمن ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك ، وإن كان المبيع مؤجل التسليم فلا يكلف المشتري بدفع الثمن إلا في وقت تسليم المبيع ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك ، أو اشترط تعجيل الثمن، فمتى حدد وقت بين المتبايعين لتسليم المبيع ، فيعتبر هو الوقت المحدد لدفع الثمن إلا إذا اتفق على غيره ، بأن يحدد وقت لتسليم المبيع ، ويحدد وقت آخر لدفع الثمن.

وإن تحديد دفع الثمن وقت تسليم المبيع هو خروج على القواعد العامة لوفاء الالتزامات التي تقضي : « يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك » (المادة ١/٣٤٤) ، وهذا يقضي

---

(١) ويقابلها المادة ٤٥٦ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٥ من القانون المدني الليبي .

أن يدفع الثمن بمجرد تمام البيع ، إلا إذا وجد نص أو اتفاق ، وهنا ورد النص في دفع الثمن بتحديد وقت تسليم المبيع ، وليس بمجرد تمام البيع[1] .

ويرى الفقهاء المسلمون أن الثمن يجب على المشتري بعد العقد مباشرة إذا كان حالا ، ولم يوجد اتفاق أو عرف على خلاف ذلك ، ويكون عقب انتهاء الأجل مباشرة إذا كان مؤجلا ، وعند حلول موعد القسط مباشرة إن كان مقسطا ، ولا يجوز له تأخير الأداء إلا لسبب .

ويتفق القانون المدني مع المذهبين الحنفي والمالكي وقول الشافعية وقول الحنابلة في وجوب تسليم الثمن أولا ، ثم تسليم المبيع للمشتري ثانيا ، لأن حق المشتري على المبيع حق عيني وقوي ، وحق البائع على الثمن حق شخصي في ذمة المشتري ، وهو أضعف من الحق العيني ، لذلك يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يتعين حق البائع فيه ، فيتعادل مع حق المشتري في المبيع ، ويتجنب بقاء الثمن دينا في الذمة ، ويتهدد بالمماطلة والإفلاس ، فإن قبضه صار حقا عينيا ، وتحقق التوازن بين الطرفين ، وأن من حق البائع أن يتمسك بالمبيع ويحبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن ، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : يجبر البائع على تسليم المبيع أولا ، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ، لأن حق المشتري في العين أقوى من حق البائع في الذمة،

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٨٥/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٦٠، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٢٢ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٦٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٣٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٥٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٦٤ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ١٤٧/٣، القوانين الفقهية ص ٢٧٢ ، المعاملات ، أبو الفتح ص ٣٧١ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٧٩ ، بدائع الصنائع ، ٣٢٤٨/٧ ، ٣٢٤٩، ٣٢٦٠ ، فتح القدير ١٠٨/٥ ، الحيازة في العقود ص ٢٣٣ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٦٢ ، بلغة السالك ٦٧/٢ .

فيقدم تنفيذ الأقوى أولا ، ولأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى .

وقال الشافعية في قول ثالث : لا إجبار على أحدهما ، فمن سلم أولا أجبر صاحبه ، وفي قول يجبران معا ، لأن التسليم واجب عليهما ، فيلزمهما الحاكم باحضار المبيع والثمن إليه أو إلى عدل ، ليقوم بالتسليم إلى أيهما شاء[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بقول الجمهور والمجلة وأنه يجب على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ، مالم يتفق على غير ذلك[2] .

رابعا : حق المشتري في تاخير الثمن :

بينا في الفقرة السابقة الوقت الذي يلتزم به المشتري دفع الثمن للبائع ، فإن تأخر أو امتنع عن الوفاء اعتبر مقصرا ومخلا بالتزامه ، ويتعرض للمسؤولية أمام البائع كما سنذكره بعد قليل ، ومع ذلك فيجوز للمشتري أن يمتنع عن أداء الثمن أو يتأخر في دفعه ، ولو حان وقت الدفع واستحق البائع الثمن ، وفقا للفقرتين ٢ ، ٣ من المادة ٤٢٥ ، ونصهما :

« ٢ ــ فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع ، أو آيل من البائع ، جاز له ، مالم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا »[3] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢/٧٤ ، المغني ٤/١٤٩ ، كشاف القناع ٣/٢٢٧ ، الروضة ٣/٥٢٤ ، المهذب ١/٣٠٢ .

(٢) القانون المدني الأردني ، المادة ٥٢٢ ، وانظر : المذكرة الايضاحية له ٢/٥١٣ .

(٣) يقابلها المادة ٤٥٧ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٦ من القانون الليبي ، والمادة ٥٧٦ من القانون العراقي .

« ٣ ـ ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع » ، وهذا النص يدل على جواز تأخير دفع الثمن في حالتين ، وهما :

١ ـ حالة دعوى الاستحقاق :

وهي أن يقع للمشتري تعرض في المبيع مما يوجب ضمان التعرض والاستحقاق الذي شرحناه سابقا، بأن يكون التعرض من الأجنبي لحق له سابق على عقد البيع سواء كان من البائع نفسه أو من غيره ، أو لحق ثابت للأجنبي ، ولكنه آيل إليه من البائع نفسه ، فيحق للمشتري أن يحبس الثمن عنده ، إن لم يكن قد دفعه سابقا ولم يوجد شرط مخالف لذلك ، فله أن يؤخر أداءه ، ولو كان مستحق الدفع ، لأن المبيع مهدد بالاستحقاق ، ولأن حق المشتري في المبيع تعرض للسقوط ، وأنه يطالب البائع بضمان الاستحقاق ، فيحبس الثمن عنده ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع ، ويحصل التقاص فيما بعد [1] .

٢ ـ حالة وجود العيب بالمبيع :

وهي أن يظهر بالمبيع عيب قديم ، تخلو منه الفطرة السليمة وينقص القيمة ،

---

(١) أضاف القانون المدني المصري في (المادة ٤٥٧) حالة ثالثة يحق فيها للمشتري أن يؤخر فيها أداء الثمن ، ولو كان مستحق الدفع ، وهي : « إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري » فإن مجرد خوف المشتري من نزع المبيع منه ، باعتماده على أسباب جدية في ذلك يمنحه الحق في تأخير دفع الثمن ، وهذا ما أخذ به أيضا القانون المدني الليبي والقانون المدني العراقي تبعا للقانون الفرنسي .

ولكن القانون السوري حذف هذه الزيادة ، واقتصر على حالة وقوع التعرض فعلا للمشتري ، وحسنا فعل ، حتى لايفتح الباب أمام الأوهام والشكوك لتأخير دفع الثمن .

(انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٧٧/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٣٤ ، شرح احكام عقد البيع ، عمران ص ٣٥١ ، العقود المسماة ، الذنون ٢٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٥٨) .

وتتوفر فيه شروط العيب الذي يضمنه البائع للمشتري كما سبق بيانه ، فيحق للمشتري في هذه الحالة أن يحبس الثمن ، ويمتنع عن دفعه ، ويتأخر في أدائه ، إذا لم يكن قد أداه سابقا ، ولم يوجد اتفاق على خلافه بين البائع والمشتري ، حتى يفصل القضاء في دعوى العيب .

ويشترط في هذه الحالة أيضاً أن يوجد في المبيع عيب حقيقة ، فإن ادعى المشتري وجود العيب بسوء نية ، بقصد تأخير سداد الثمن ، فتعتبر دعواه من قبيل الدعوى الكيدية التي يقصد منها المماطلة في تنفيذ الالتزام ، وهو تعسف في استعمال المشتري لحقه ، فيتحمل المسؤولية المترتبة عليه قانوناً .

ففي هاتين الحالتين ــ دعوى الاستحقاق والتعرض ، ودعوى العيب في المبيع ــ يحق للمشتري أن يحبس الثمن عن البائع ، ويمتنع عن دفعه ، ويتأخر في أدائه .

ويسقط حقه في ذلك إذا وجد اتفاق في العقد على سقوط حقه بالتأخير ولو وجد سببه ، كما يسقط حقه بأحد الأمرين التاليين :

١ ــ إذا زال السبب الذي أجاز له التأخير ، بأن ينقطع التعرض بنزول الأجنبي عنه ، أو البت قضائيا برد دعوى الاستحقاق والتعرض ، أو أزال البائع العيب الموجود في المبيع ، أو زال العيب بنفسه ، أو دفع البائع ضمان العيب أو تصالح مع المشتري بشأنه .

٢ ــ أن يقدم البائع كفيلا مليئاً للمشتري ، يكفل له حقوقه في حالة ثبوت الاستحقاق أو العيب ، ويمكن أن تكون الكفالة عينية لضمان حق المشتري ، تطبيقاً للقواعد العامة في الحبس (المادة ١/٢٤٧) ، وتكون الكفالة في حدود الثمن ، أو في حدود الجزء المتعرض له ، أو بمقدار العيب .

وأخيرا يحق للمشتري بالإضافة إلى الحالتين السابقتين ــ أن يحبس الثمن لسبب آخر طبقا للقواعد العامة في الالتزام ، كحقه بحبس الثمن لعدم التزام البائع بتسليم المبيع المتفق عليه ، وحبس الثمن لإخلال البائع بالتزامه المقرر لنقل ملكية

المبيع إلى المشتري ، وغيره[1] .

وفي الفقه الإسلامي يحق للمشتري أن يحبس الثمن ، ويمتنع عن دفعه، ويتأخر في أدائه إن لم يسبق له دفعه ، ووجد سبب يدعوه لذلك ، كدعوى الاستحقاق ، أو ظهور عيب في المبيع ، لأن دعوى الاستحقاق والعيب قد تؤديان إلى فسخ البيع ، وهذا يوجب أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فيرد المبيع إلى البائع ، ويرد الثمن إلى المشتري، فتكون الحكمة من حبس الثمن اختصارا للطريق حتى لا يدفع الثمن أولا ، ثم يسترده ثانيا ، وقد تكون نتيجة الدعوى ضمان جزئي للاستحقاق أو ضمان لنقصان العيب ، وفي هذه الحالة يتم التقاص بين الثمن ومقدار الضمان ، ويدفع المشتري بعد ذلك مابقي في ذمته من الثمن[2] .

ونص المرحوم قدري باشا على حالة الاستحقاق ، فقال : « لا يجوز بأي وجه كان للمشتري أن يحبس الثمن الحال بعد قبض المبيع ، إلا إذا استحق المبيع بالبينة، وفسخ البيع قبل أداء الثمن » [3] .

فإذا ردت دعوى الاستحقاق ، أو زال العيب ، لم يجز حبس الثمن ، ووجب دفعه للبائع فورا .

وأخذ القانون المدني الأردني بما يتفق مع الفقه الإسلامي والقانون المدني

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٨٨/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٢٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٦٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٥٠ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٥٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٣٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٧٨ .

(٢) وقال الشافعية بحق المشتري في حبس الثمن خوفا من تعذر المبيع مطلقا لكل سبب يراه .

انظر : مرآة المجلة ٣١٩/١ ، ٣٢١ ، المعاملات ، أبو الفتح ص ٣٧١ ، الروضة ٥٢٤/٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٦٦ ، درر الحكام ١٦٣/٢ .

(٣) مرشد الحيران ، المادة ٤٨٤ .

السوري تماماً ، ونص في المادة ٥٢٨ على جواز حبس الثمن عند المشتري إذا رفعت دعوى استحقاق ، أو تبين للمشتري وجود عيب قديم مضمون في المبيع ، وأنه يسقط حق المشتري في حبس الثمن إذا قدم البائع كفيلا مليئاً يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق ، كما يحق للبائع أن يطلب إلى المحكمة تكليف المشتري إيداع الثمن لديها بدلا من تقديم كفيل[1] .

خامسا : تحديد مكان دفع الثمن :

يتحدد مكان دفع الثمن بحسب القواعد في تحديد زمان دفع الثمن ، وذلك بأن يكون أولا بحسب اتفاق المتبايعين ، بأن يتفقا على دفع الثمن في مكان العقد ، أو موطن أحد المتعاقدين أو في مكان آخر ، فإن لم يتفقا على تحديد مكان لدفع الثمن فيرجع إلى العرف ، فإن وجد أن العرف يقضي بدفع الثمن في مكان العقد ، أو في موطن البائع ، أو في موطن المشتري ، أو في مكان تسليم المبيع، فيعمل بالعرف ، سواء كان عاما ، أم خاصا ، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف فيعمل بالنص القانوني في المادة ٤٢٤، وهي :

« ١ ــ يكون الثمن مستحق الوفاء في **المكان الذي سلم فيه المبيع** ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

« ٢ ــ فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به **في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري** وقت استحقاق الثمن »[2] .

فالقانون فرق في مكان تسليم الثمن بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون الثمن مستحق الدفع **وقت تسليم المبيع** فإنه يجب دفع الثمن في **المكان الذي يسلم فيه المبيع** ،ليتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥١٥ .

(٢) ويقابلها المادة ٤٥٦ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٥ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٧٣ من القانون المدني العراقي .

واحد وفي مكان واحد ، ويؤدي المشتري الثمن كله إن كان حالا ، أو القسط المعجل منه إن كان مقسطا ، في المكان الذي يلتزم به البائع بتسليم المبيع ، سواء كان في المحل أو المستودع ، أو موطن المشتري ، أو موطن البائع ، أو في مكان آخر .

ويتحدد قانونا وقت تسليم المبيع إذا اتفق الطرفان على تحديد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن ، وإذا حدد وقت معين لتسليم المبيع فيكون هو الوقت المحدد لتسليم الثمن ، وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف لتحديد وقت تسليم المبيع ولا لتحديد وقت تسليم الثمن ، فيكون تسليم المبيع واجبا وقت تمام البيع، ويكون وقت دفع الثمن واجبا عنده مباشرة ، ويتحدد بالتالي المكان الواجب لدفع الثمن .

والأصل ـ كما بينا في تسليم المبيع ـ أن يتم تسليم المبيع في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإن لم يكن للمبيع محل ثابت عند العقد فيجب تسليمه في موطن البائع ، وبالتالي يكون مكان دفع الثمن إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع عند تمام البيع ، وإلا ففي موطن البائع ، ليتم تسليم المبيع ودفع الثمن في وقت واحد ومكان واحد ، وهذا استثناء بالنص من القواعد العامة لتحديد مكان دفع الدين في موطن المدين أو مركز أعماله ، (المادة ٣٤٥/٢) .

الحالة الثانية : أن يكون الثمن مستحق الدفع في **غير وقت تسليم المبيع** ،فيجب تطبيق القواعد العامة ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن في الموطن الذي يكون هو فيه وقت استحقاق الثمن ذلك إذا كان الثمن كله أو بعضه غير مستحق الأداء وقت تسليم المبيع ، بأن يكون مؤجلا أو مقسطا ، أو تم تحديد وقت معين لدفع الثمن ، ولم يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ولم يتفق الطرفان على مكان دفع الثمن ، فهنا يجب تسليم المبيع بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجبا في الوقت الذي حدد له، وهو غير وقت تسليم المبيع ، فيتم أداء الثمن في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، سواء كان موجودا في مكان العقد بدمشق مثلا ، أو في مكان تسليم المبيع بدوما مثلا ، أو مكان آخر بالرقة مثلا[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٧٩٥/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٦٤، =

وبينت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري السبب في تفريق مكان تسليم الثمن بحسب الحالتين السابقتين ، فقالت : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، وهذا ماقرره المشروع فيما إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، أما إذا كان مستحقا في هذا الوقت ، فإن البيع ، وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة ، فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع ،وفي مكان هذا التسليم ، كل هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره »[1] .

أما مكان تحديد دفع الثمن في الفقه الإسلامي فإنه يتفق مع القانون المدني في حالات ، ويختلف عنه في حالات أخرى .

فإن اتفق الطرفان على تحديد مكان معين لدفع الثمن صح الاتفاق والشرط ووجب العمل به ، وإن لم يتفقا على مكان وحدده العرف فيعمل به أيضاً ، لأن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم »[2] .

فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف لتحديد مكان دفع الثمن ، فإنه يفرق بين كون الثمن له حمل ومؤنة أي يحتاج إلى جهد ونفقات ومصروفات لتسليمه إلى البائع ، فيكون مكان الأداء هو مكان وجود الثمن وقت العقد ، وإن كان البائع لا يعلم بهذا المكان وقتئذ كان مخيراً بين الأخذ والترك ، كما هو ثابت للمشتري في المبيع ، وإن لم يكن للثمن حمل ومؤنة ، ولا يحتاج إلى تكاليف ونفقات جاز أداؤه للبائع

=
عقد البيع ، عامر ص ٣٣١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٤٦ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٦٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ٣٥٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٦٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٣٦/٤

(٢) المادتان ٤٤ ، ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية .

ويستثنى الثمن في السلم والبدلين في الصرف فيجب تسليمهما في مجلس العقد ، ولا يجوز تأجيلهما ، وإلا كان السلم باطلا ، والصرف ربا حراما .

في أي مكان يتيسر فيه الأداء ، حتى ولو اشترط مكانا معينا للايفاء عند العقد صح وبطل الشرط[1] .

وجاء القانون المدني الأردني ، وأغفل هذه الأحكام ، وهذا التقسيم ، واجتهد بقياس مكان أداء الثمن على مكان تسليم المبيع ، المنصوص عليه في المادتين ٢٨٥ ، ٢٨٦ من مجلة الأحكام العدلية[2] ، وفيهما أن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه ، وإذا كان المشتري لايعلم محل المبيع وقت البيع ثم علم به بعد ذلك كان مخيراً إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ، وقبض المبيع حيث كان، فقرر القانون الأردني في المادة ٥٢٦ على أن يلزم المشتري بتسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد مالم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك . وإذا كان الثمن مؤجلاً على المشتري ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به في مكان معين ، لزم أداؤه في موطن المشتري وقت حلول الأجل ، وبذلك التقى القانون الاردني مع القانون السوري في تحديد مكان دفع الثمن المعجل في مكان تسليم المبيع ، ودفع الثمن المؤجل في موطن المشتري ، لكنه أخذ من الفقه الإسلامي حق الخيار للمشتري إذا لم يكن المبيع في مكان العقد ، وكان المشتري يجهله آنئذ ثم علم به[3] .

الشعبة الثانية

مؤيدات دفع الثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن في الزمان والمكان اللذين شرحناهما سابقاً ، فإن لم يدفع المشتري الثمن المستحق الأداء في زمانه ومكانه فإنه يتعرض للجزاء الذي خوله

---

(١) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٣٧١/٢ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٨٣ ، الحيازة في العقود ص ٢٤٠ .

(٢) ويقابلهما المادتان ٤٤٢ ، ٤٤٣ من مرشد الحيران .

(٣) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥١٤/٢ ـ ٥١٥ .

القانون للبائع إذا أخل المشتري بالتزامه ، لأن البيع ينشىء التزامات متقابلة ، فإذا قصر أحد المتعاقدين بالتزامه يحق للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، كما يحق له أن يلجأ إلى القضاء للتنفيذ الجبري وغيره ، وهنا إذا قصر المشتري بدفع الثمن المستحق يجوز للبائع أن يلزمه بالتنفيذ الجبري على ماله بالثمن أو بالتنفيذ على المبيع مع حق الامتياز عليه ، بمقتضى القواعد العامة ، كما يمكنه أن يستعين بالقضاء لطلب فسخ البيع تطبيقاً لقواعد الفسخ العامة في العقود الملزمة لجانبين ، مع طلب الفسخ على المنقول خاصة في حالة معينة ، وفقاً لما قرره القانون في عقد البيع ، ويحق للبائع أخيراً أن يحبس المبيع في يده ــ إذا لم يكن قد سلمه إلى المشتري ــ حتى يستوفي الثمن ، تطبيقاً للقواعد العامة من جهة ، وللنص على حق حبس المبيع في عقد البيع من جهة أخرى .

فمؤيدات دفع الثمن ثلاثة : ١ ــ التنفيذ العيني ٢ ــ فسخ البيع ٣ ــ حبس المبيع .

اولاً : التنفيذ العيني :

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن ، فيحق للبائع أن يطالبه قضاء بالتنفيذ العيني ، وذلك أن البائع صار دائناً للمشتري بالثمن بناء على عقد البيع ، فله أن يستوفي دينه بطلب الحجز على أموال المدين المشتري ، وبيعها جبراً عنه ، لاستلام الثمن وتنفيذ البيع ، ويكون في مقدمة أموال المشتري خاصة المبيع الذي أصبح ملكا له بعقد البيع، فيطلب البائع التنفيذ عليه مباشرة ، بل قرر القانون المدني للبائع على المبيع حق امتياز، فيقدم على غيره باستيفاء حقه من المبيع قبل بقية الدائنين ، وهو ما نصت عليه المادة ١١٢٤ من القانون المدني : « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع » ، والمادة ١١٢٦ « مايستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع »[1] .

---

(١) ويقابل هاتين المادتين ، المادتان ١١٤٥ ، ١١٤٧ من القانون المدني المصري ، والمادة ١٤٤٩ من القانون المدني الليبي .

ويتم هذا الحق للبائع بمقتضى القواعد العامة لتنفيذ الالتزامات ، ومبادىء التنفيذ المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية ، ولذلك نكتفي بالاشارة إليه بهذا القدر[1] .

وفي الفقه الإسلامي يجبر المشتري على دفع الثمن قضاء إن امتنع عن أدائه في الوقت المستحق ، أو تأخر عن التسليم ، لأن الثمن أصبح ديناً في ذمة المشتري ، ويجب وفاء الدين وابراء الذمة ، فإن امتنع فللقاضي أن يبيع من متاع المشتري لوفاء الثمن ، ولا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع مالم يكن المشتري معسراً لايقدر على الوفاء ، فينتظر إلى الميسرة ، لقوله تعالى : « وإنْ كانَ ذُو عُسرَةٍ فنَظرةٌ إلى ميسرة » البقرة/٢٨٠ ، وهذا مانص عليه المرحوم قدري باشا[2] .

ولم يتعرض القانون المدني الأردني للتنفيذ الجبري في البيع لاستيفاء الثمن ، لسريان القواعد العامة عليه في تنفيذ الالتزامات (المواد ١٩٩ ــ ٢٠٣) ، والتنفيذ الجبري فيه (المادة ٣٥٥ وما بعدها) [3] .

ثانياً : فسخ البيع :

إذا أخل المشتري بالتزامه في وفاء الثمن المستحق فيحق للبائع فسخ البيع لانهاء العقد جزاء لإخلال المشتري ، ولكن أحكام فسخ البيع في هذه الحالة تنقسم إلى قسمين :

---

(١) انظر : عقد البيع ، عامر ص ٣٣٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٥٦ ، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٤٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٦٢ ، ٣٦٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٢٨٣ .

(٢) مرشد الحيران ، المادتان ٤٨٥ ــ ٤٨٦ ، المغني ١٤٩/٤ ، مغني المحتاج ٧٥/٢ ، المهذب ٣٠٢/١ ، كشاف القناع ٢٢٨/٣ .

(٣) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢٢٨/١ وما بعدها ، ٣٨٨ وما بعدها .

١ ــ فسخ البيع بشكل عام : وذلك أن البيع من العقود الملزمة للجانبين ، فإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بالفسخ مع التعويض ، وهذا حكم عام في جميع العقود من بيع وغيره ، فإذا أخل المشتري هنا بدفع الثمن يحق للبائع أن يطلب فسخ البيع مع طلب التعويض .

ولكن فسخ البيع في هذه الحالة لايتم تلقائياً ، وإنما يحتاج إلى دعوى وطلب من صاحبه وإنذار الطرف الثاني واصدار الحكم القضائي بالفسخ ، وللقاضي حرية تقديرية في رد طلب الفسخ أو الحكم به حسب جسامة إخلال المدين بالتزامه ، وله أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالالتزام إن وجد مسوغاً لذلك[1] ، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك بإبعاد سلطة القاضي التقديرية في قبول طلب الفسخ أو رده ، أو منعه من إعطاء مهلة للمدين ، أو الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى إصدار حكم به إذا أخل أحدهما بالتزامه في العقد ، وعلى القاضي التأكد من وقوع الإخلال بالالتزام أو عدم وقوعه[2] . ويعتبر فسخ البيع بشكل عام فسخاً قضائياً ، لأنه متروك لتقدير القاضي ، ويطبق في جميع الحالات ، سواء كان البيع منقولاً أو عقاراً ، وسواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً ، وسواء كان تسليم المبيع عند تمام العقد أو بعده .

---

(١) نصت المادة ١٥٨ على مايلي : « ١ ــ في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ، ٢ ــ ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » ويقابلها المادة ١٥٧ من القانون المصري .

(٢) تنص المادة ١٥٩ على ما يلي : « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفي من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » ويقابلها المادة ١٥٨ من القانون المصري .

٢ ـ فسخ البيع في المنقول خاصة : ذكر القانون المدني حالة خاصة لفسخ البيع إذا كان المبيع منقولاً ، وكان الثمن مؤجلاً ، واتفق الطرفان على تحديد وقت معين لدفع الثمن وتسلم المبيع معاً ، فيكون البيع مفسوخاً إذا أخل المشتري بالتزامه ، فنصت المادة ٤٢٩ على مايلي :

« في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره »[1] .

ويجب لتطبيق هذا النص أن يكون المبيع من المنقولات ، لأنها سريعة التداول ، ومتقلبة الأسعار ، ويتعرض أكثرها للتلف مع مضي الزمن ، فخصها القانون بهذا الحكم دون العقارات ، وأعطى البائع هذا الحق ، ليتمكن من التصرف بالمبيع لغير المشتري بمجرد إخلاله بدفع الثمن .

ويشترط أيضاً أن يكون كل من تسليم المبيع ودفع الثمن مؤجلين إلى ميعاد محدد واحد ، ولذلك اعتبر القانون هذا الاتفاق قرينة على اشتراط هذا الانفساخ ضمنا ، لتأمين حركة التجارة في هذه المنقولات التي تقل فيها الأهمية ، ويكون اللجوء للقضاء لفسخها معرقلاً لشؤون التعامل التجاري ، ولكن إن اختلف ميعاد دفع الثمن عن معياد تسليم المبيع فلا ينفسخ البيع حكما ، ويحتاج إلى الإنذار والحكم القضائي حسب القواعد العامة .

ويشترط أيضاً لانفساخ البيع حكماً أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المحدد بدون حق ، وبدون عذر ، فإن تأخر عن دفع الثمن تمسكاً بحقه بحبس الثمن حتى يستلم المبيع ، فلا يعتبر تأخيره إخلالاً بالتزامه .

ويشترط أخيراً لانفساخ البيع حكما أن يختار البائع نفسه هذا الانفساخ لأن

---

(١) ويقابلها المادة ٤٦١ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥٠ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٨٢ من القانون العراقي .

الحكم مقرر لصالحه فقط دون المشتري، وله الحق في اختيار انفساخ البيع أو التمسك بوجوده والمطالبة بالثمن والتنفيذ الجبري وحبس المبيع عنده ، وإن اختار الانفساخ اعتبر البيع مفسوخاً ، وللبائع أن يتصرف بالمبيع بحريته ، دون مغبة أو مسؤولية أمام المشتري ، إلا إذا وجد اتفاق بينهما على غير ذلك [1] .

أما في الفقه الإسلامي فقال الجمهور : لايفسخ البيع لعدم دفع المشتري للثمن ، قال قدري باشا : « إذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً ، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً فلا يفسخ البيع ، بل يجبر المشتري على دفع الثمن ... »[2] .

لكن إن تعذر دفع الثمن لسبب من الأسباب كغياب المشتري ، ولا مال له ، فيخير البائع بين الانتظار ، وفسخ البيع ، وإن كان المشتري مفلساً فللبائع الفسخ في الحال[3] .

لكن الفقهاء أجازوا اتفاق المتبايعين على اشتراط أداء الثمن في وقت معين ، فإن لم يدفعه المشتري فلا بيع بينهما ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، ويسمى **خيار النقد** ،وأن المشتري إذا لم يؤد الثمن في المدة المعينة كان البيع فاسداً في قول

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٣٦/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٢٧٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص٢٨٩ ، عقدالبيع ، عامر٣٣٤ ، شرح أحكام عقدالبيع ، عمران٣٥٧، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٥٠/٤ ، ١٥٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٧٢ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٩٥ واعتبر هذا الاستثناء مؤيدا لعدم تسليم المبيع ؟!، واعتبر الفسخ بالشرط لعدم الوفاء بالالتزام بالدفع بمقتضى المادة ١٥٩ من القواعد العامة ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٢٥ ، ٤٤٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٦٨ .

(٢) مرشد الحيران ، المادة ٤٨٥ ، مغني المحتاج ٧٥/٢ ، وحقق المتاخرون من الحنابلة جواز الفسخ إذا ماطل المشتري بالثمن ، ولو كان موسراً (انظر : كشاف القناع ٢٢٨/٣).

(٣) انظر : المغني ١٤٩/٤ ، مغني المحتاج ٧٥/٢ ، المهذب ٣٠٢/١ ، كشاف القناع ٢٢٨/٣ .

عند الحنفية ، وقال الحنابلة وهو قول عند الحنفية : ينفسخ البيع إن لم ينقده الثمن[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بهذا الحكم ، وأضاف شرطاً فيه بأن يكون المبيع لم يزل في يد البائع ، فيعتبر البيع منفسخاً حكماً[2] .

لكن القانون المدني الأردني توسع في انحلال العقد ، وأجاز في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد ، أن يطالب الآخر بتنفيذ العقد أو بفسخه ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ في الحال أو تنظره إلى أجل مسمى ، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض إن كان له مقتضى ، وهذا هو الفسخ القضائي[3] ، كما قرر أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه[4] ، وأجاز القانون المدني الأردني بشكل عام انحلال العقد باتفاق الطرفين ، وهي الإقالة ، وبحكم القضاء ، وبقوة القانون عند استحالة التنفيذ [5] .

ثالثاً : حبس المبيع :

يثبت للبائع الحق بحبس المبيع كمؤيد جزائي لاستيفاء الثمن ، وكرد على إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن ، ليكون حبس المبيع باعثاً ومحركا للمشتري بأداء الثمن وتنفيذ البيع .

---

(١) اخذ القانون بهذا الراي وسماه الشرط الفاسخ ، واقره في المادة ١٥٩ في قواعد الالتزام العامة . (انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٣١٣ ، ٣١٤ ، مرشد الحيران ، المادة ٤٢٤ ، كشاف القناع ١٨٤/٣ ، فتح القدير ١١٤/٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٧٦ ، درر الحكام ١٥٢/٢) .

(٢) المادة ٥٢٩ ، وانظر : المذكرة الايضاحية ، له ٥١٦/٢ .

(٣) المادة ٢٤٦ من القانون المدني الأردني .

(٤) المادة ٢٤٥ من القانون المدني الأردني .

(٥) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢٤٦/١ وما بعدها .

ويثبت حق البائع بحبس المبيع في حالتين :

الأولى : إذا كان الثمن مستحق الدفع ، ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري، ويكون الثمن مستحق الدفع إذا كان الثمن كله حالاً ، أو بعضه حالاً ، فيحق للبائع أن يحبس المبيع عنده ، ولا يقوم بتسليمه إلى المشتري حتى يستوفي الثمن كله ، أو يستوفي القسط المعجل منه ، مثل أن يكون البيع مطلقاً عن تحديد وقت دفع الثمن أو عن تحديد وقت تسليم المبيع ، فيكون الثمن واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، أو أن يتحدد وقت دفع الثمن مع وقت تسليم المبيع ، فيتحد الوقتان ويجب دفع الثمن أولاً ، وكما لو حدد وقت لدفع الثمن قبل وقت تسليم المبيع ، ففي جميع هذه الصور يلتزم المشتري بدفع الثمن أولاً للبائع ، وبالتالي يحق للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، تطبيقاً للقواعد العامة للالتزامات في حق الحبس والدفع لعدم التنفيذ في المادتين ١٦٢ ، ٢٤٧ ، ثم تأكد بالمادة ١/٤٢٧ في البيع خاصة ، ونصها : « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ماهو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة »[1] .

ويبقى حق البائع في حبس المبيع حتى لو قدم للبائع رهناً أو كفيلاً بالثمن ، لأن حق البائع في الاستيفاء حالاً ، ولا جدوى له في الحال في تقديم الرهن أو الكفيل ، لأن ذلك لا يقوم لدى البائع مقام حصوله على الثمن ، وقد باع ملكه ليستفيد حالاً من ثمنه ، وهذا ما نصت عليه الجملة الأخيرة من المادة ١/٤٢٧ ، مخالفة بذلك القواعد العامة في حق الحبس الذي يجبر الحابس على تسليم الشيء عند تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام (المادة ٢٤٧) .

فإن كان الثمن مؤجلاً ، أو مقسطاً ، وقد قبض البائع القسط المعجل منه فلا يحق للبائع حبس المبيع ، ويجب عليه تسليمه ، إلا في الحالة الثانية .

الثانية : أن يكون الثمن مؤجلاً ، لكنه سقط الأجل لسبب من أسباب سقوط

---

(١) يقابلها المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٤٨ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٧٧ من القانون المدني العراقي .

الأجل ، المنصوص عليها في المادة ٢٧٣ ، وهي إشهار إفلاس المشتري أو إعساره ، أو إذا أضعف المدين بفعله التأمين الذي قدمه إلى الدائن ، ففي هذه الحالات يسقط الأجل، ويحل وقت دفع الثمن ، فإن تأخر عن الأداء يحق للبائع أن يحبس المبيع لديه حتى يستوفي الثمن .

وهذا الاستثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة ٤٢٧ ، وهي :

« ٢ ــ وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ » .

فإن كان الثمن مؤجلاً ولم يسقط الأجل فلا يحق للبائع حبس المبيع ، لأن الثمن ليس مستحق الدفع .

وألحق القانون المدني حكماً خاصاً في البيع فاعتبر الأجل الذي يمنحه البائع للمشتري بعد البيع لدفع الثمن كالأجل الممنوح للمشتري في ال ، ويصبح الثمن مؤجلاً ، ويفترض القانون أن البائع تنازل عن حقه في الحبس ، وهذا ماجاء في آخر الفقرة الأولى من المادة ٤٢٧ ، « هذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع » ، فإن منحه هذا الأجل فلا يحق للبائع التمسك بالحبس ، وهذا النص خاص ، ومخالف للقواعد العامة للالتزامات في الحبس ، ولكن هذا الافتراض قابل لاثبات العكس ، وللبائع أن يثبت أنه منحه الأجل دون أن يتنازل عن حقه بالحبس ، وأنه اشترط مثلا بقاء المبيع في يده حتى يتم وفاء الثمن كله .

وإن حق البائع في حبس المبيع لايتجزأ ، فلو استلم بعض الثمن أو أكثر فلا يسقط حقه في حبس المبيع حتى يستوفي جميع الثمن ، ولا يحق للمشتري أن يطلب تسليم بعض المبيع المقابل لما دفعه من الثمن .

وإن سلم البائع المبيع للمشتري سقط حقه في الحبس ولا يحق له أن يسترد المبيع ليحبسه عنده ، ولكن سقوط حقه في الحبس بأي سبب كان لايمنعه من طلب فسخ البيع أو التنفيذ العيني كما سبق .

وإن قبض المشتري المبيع قبل دفع الثمن بإذن البائع صراحة أو دلالة سقط حق البائع في حبس المبيع ، ويلاحق المشتري بالثمن ، أما إن قبض المشتري المبيع قبل دفع الثمن بدون إذن البائع فيحق للبائع أن يسترد المبيع منه وأن يعيده إلى الحبس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه ، وفقا للقواعد العامة في الحبس (المادة ٢٤٩) .

ويسقط حق البائع بحبس المبيع إما بزوال سببه ، وهو استيفاء الثمن ، وإما بنزول البائع عنه مقدماً في عقد البيع ، أو لاحقاً بعد البيع صراحة أو ضمناً .

ولا يسقط حق البائع بحبس المبيع إذا أحال شخصاً آخر على المشتري بالثمن ، لأن أحكام الحوالة في القانون تقضي بانتقال الحوالة مع ضماناتها إلى المحال عليه ، فينتقل حق حبس المبيع إلى المحال عليه ، وكذلك إذا أحال المشتري البائع على آخر بالثمن ، وقبل البائع الحوالة ، فيبقى حقه في حبس المبيع ، (المادتان ٣٠٧ ، ٣١٨) .

وفي حالة حبس البائع للمبيع لاستيفاء الثمن يجب عليه أن يحافظ عليه حتى يسلمه إلى المشتري ، وأن ثمرات المبيع أثناء مدة الحبس من حق المشتري ، ولكن يحق للبائع أن يحبسها مع المبيع حتى يستوفي الثمن ، ولا يحق للمشتري أن يحاول أخذ المبيع بدون إذن البائع[1] .

وأخيراً فإن القانون تعرض لنقطة تتعلق في آثار حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وهي عبارة عن تطبيق لأحكام القواعد العامة من جهة ، ولما سبق بيانه في تسليم المبيع وهلاكه قبل التسليم وبعده من جهة ثانية ، وهي حكم هلاك المبيع المحبوس لاستيفاء الثمن ، وقد بينا سابقاً أن المشتري يعتبر مستلماً للمبيع حكما في حالات ، منها إذا حبس البائع المبيع لاستيفاء الثمن ، فإذا هلك المبيع في هذه الحالة قضاء وقدراً ، وبدون فعل البائع فإنه يهلك على حساب المشتري لا البائع ، أما إذا هلك بفعل البائع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٠٨ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٦٨ ، عقد البيع، عامر ص ٢٢٧ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٢٧٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ٢٠٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٦٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص٢٨٤ .

أو تسببه فإنه يضمنه للمشتري بسبب تعديه ، ويتحمل أمامه المسؤولية التقصيرية ، وليست العقدية[1] .

وهذا ماأكده القانون هنا في التزامات المشتري ، وحق البائع بحبس المبيع ، فجاء في المادة ٤٢٨ مايلي :

« إذا هلك المبيع في يد البائع ، وهو حابس له كان الهلاك على المشتري مالم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » .

وإن أحكام حبس المبيع لاستيفاء الثمن قانوناً تتفق تماماً مع المذهب الحنفي في ثبوت حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، إن كان المبيع لايزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري ، أو يأذن له باستلامه صراحة أو ضمناً ، فإن سلمه للمشتري سقط حقه في الحبس ، وإن أخذه المشتري بدون إذن البائع يحق له أن يسترده منه ، وإن إعطاء الرهن والكفيل لايسقط حق الحبس ، لكن يسقط حق البائع بالحبس إذا كان الثمن مؤجلاً ، وأن حق الحبس لايتجزأ ، ويكون المشتري في حكم المستلم للمبيع ، فيهلك على حسابه إذا كان الهلاك قضاء وقدراً .

وأخذ بهذه الأحكام القانون المدني الأردني في المادتين ٥٢٣ ، ٥٤٤ منه ، وبذلك يتفق تماماً مع المذهب الحنفي .

ويختلف القانون المدني عن المذهب الحنفي في نقطتين فقط :

الأولى : عدم توقيت حق البائع بمدة الثلاثين يوماً إذا قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل دفع الثمن ، وهذا أمر تنظيمي لم ينص عليه الفقهاء ، ولا مانع من الأخذ به بمقتضى السياسة الشرعية وتحقيق مصالح الناس ، مع اتفاق القانون مع المذهب الحنفي في المبدأ والحكم ، وقد أخذ القانون الأردني بالمبدأ والحكم ، وأغفل توقيت حق البائع بذلك في المادة ٥٢٤ منه .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧١ .

الثانية : الحوالة ، فإذا أحال البائع شخصاً آخر على المشتري لقبض الثمن وقبل المحيل والمحال عليه ، فإنه يسقط حق البائع بحبس المبيع بهذه الحوالة ، لأن الحوالة في حكم الاستيفاء ، ويجب المبادرة لتسليم المبيع[1] ، خلافا للقانون الذي يقرر نقل الحق مع ضماناته في الحوالة ، وهو ماأخذ به أيضاً القانون المدني الأردني ، بناء على المصلحة في بقاء الضمانات مع الدين للمحال له ، وهذا يتفق مع قول الإمام محمد صاحب أبي حنيفة في عدم سقوط حق الحبس بالحوالة أحياناً[2] .

وقال الشافعية كالحنفية بثبوت حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن الحال كله ، وليس له حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً ،وإن حل الأجل قبل التسليم، لأن البائع رضي بتأخير استلام الثمن ، فأسقط حقه بالحبس، وينحصر إجبار البائع على التسليم أولاً عند وجود الثمن وعدم الخوف من فواته ، فإن غاب الثمن وخاف من فواته فله الحبس[3] .

وقال المالكية كالحنفية بجواز حبس المبيع لاستيفاء الثمن الحال ، وأن المبيع إذا هلك أثناء احتباسه ، فإنه يهلك على ضمان المشتري[4] .

وخالف الحنابلة في حق الحبس وقالوا : ليس للبائع حبس المبيع لقبض الثمن ، لأن التسليم من مقتضيات العقد كالثمن ، فيجب أداؤهما بعد العقد ، وقال الحنابلة يجبر البائع على التسليم كما ذكرنا سابقاً ، لكن بشرط أن يكون المشتري موسراً

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٨٢ ، وانظر : المادة ٤٥٤ من مرشد الحيران .

(٢) انظر : مجلة الاحكام العدلية ، المواد ٢٧٦ ـ ٢٨٤ ، مرشد الحيران ، المواد ٤٥٢ ـ ٤٥٧ ، درر الحكام ١٥١/٢ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٢٠/٢ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥١٤/٢ ، حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٢١٠/١ ، بدائع الصنائع ٣٢٦٠/٧ ، ٣٢٦٢ ، فتح القدير ١٠٨/٥ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٧٥/٢ ، الروضة ٥٢٤/٣ ، المهذب ٣٠٢/١ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ١٤٦/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٢ .

والثمن حاضراً ، فإن كان المشتري معسراً أو كان موسراً والثمن غائباً فلا يجب تسليم المبيع حتى يُحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه ، ولأنه يصح الحجر بعد ذلك على المشتري ، أو الفسخ بعد تسليم المبيع ، لاستلام الثمن ، فكان حبس المبيع لاستلام الثمن أولى ، قال ابن قدامة : « لأن المنع أسهل من الرفع ، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده »[1] .

الفرع الثاني

الالتزام باستلام المبيع

إن الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المشتري في عقد البيع هو استلام المبيع ، وذلك أن تسليم المبيع هو أهم التزام على البائع ، ولا يتم التسليم حقيقة إلا باستلامه من المشتري ، فكان الاستلام التزاماً على المشتري مقابلاً لالتزام البائع بالتسليم ، ولذلك نبين الحكمة من الاستلام ، وكيفيته وزمانه ومكانه والمؤيد الجزائي لإخلال المشتري به .

أولا : الحكمة من الالتزام باستلام المبيع :

تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد العقد في المعين بذاته ، وبعد الإفراز في المعين بنوعه ، وقد يتضرر البائع من بقاء المبيع في حوزته بعد انتقال ملكيته عنه ، وتقضي مصلحته أن يقوم المشتري باستلام المبيع ، ولو كان ثمنه مقبوضاً ، وذلك لتبرأ ذمته من الالتزام بتسليم المبيع ، ولتنتقل عهدة هلاك المبيع وتبعته إلى المشتري ، وأن يفرغ المكان الذي يشغله المبيع ، ليضع مكانه حوائجه وأملاكه ، أو ليستفيد من مكان المبيع ، أو ليستغله ، أو ليتصرف به ، إلى غير ذلك ، فإن أبدى البائع رغبته بتسليم المبيع لتنفيذ التزامه وإبراء ذمته وتحقيق مصالحه فلا يتم له ذلك

---

(١) المغني ٤/١٥٠ ، وانظر : المغني ٤/٨٤ ، ١٤٩ .

إلا بقيام المشتري باستلام المبيع ، فالاستلام متمم للتسليم غالباً[1] .

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يؤكد وجوب تسليم البدلين ، وأن معنى البيع لايتم إلا بالتسليم والقبض ، لأنه عقد مبادلة ، وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب[2] .

ثانيا : كيفية استلام المبيع :

الاستلام ــ كما قلنا ــ متمم للتسليم ، وقد بينا كيفية التسليم الفعلي والحكمي، وأنه يتحدد بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والتصرف فيه والانتفاع به بدون عائق ، ويتم الاستلام بأن يضع المشتري يده فعلا على المبيع وأن يقبضه على الشكل السابق ، فيتم التسليم والتسلم في آن واحد ، أما إن وضع البائع المبيع تحت يد المشتري الذي يتمكن من حيازته والاستيلاء عليه ، لكنه لم يفعل ، فيكون البائع قد وفى بالتزامه ، دون المشتري الذي يتحمل جزاء ذلك ومسؤوليته كما سنرى .

وتختلف كيفية الاستلام باختلاف أنواع المبيع ، كما سبق في التسليم ، فاستلام العقار يكون بالحصول على المفاتيح ودخوله ، واستلام المنقول يتم بقبضه ونقله أو بمجرد حيازته ، واستلام السيارة يتحقق باستلام مفتاحها وأوراقها النظامية ، وقد يتم التسليم بأخذ المشتري لسند الحق أو استعماله للحق فعلا ، وقد يكون بترك المبيع بيد البائع بسبب جديد كالإيجار أو الرهن أو الايداع .

كما تختلف كيفية الاستلام بحسب اتفاق المتبايعين أو بموجب العرف الجاري في أمثاله[3] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٣٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٥ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٢٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٢ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ .

(٣) انظر : العقود الشائعة، حكيم ص ٣٨٢ ، الوسيط ، السنهوري ٨٤٧/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٣٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٥ .

ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية عن التسليم والاستلام بالتخلية من البائع ، والقبض من المشتري ، وأنه « متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له »[1] ، وأن التسليم والتسلم يختلف بحسب المبيع إن كان عقاراً أو منقولا ، أو ثمارا على الأشجار ، أو حيوانا ، أو مكيلا أو موزوناً[2] .

يقول ابن جزيء : « يجب على المشتري تسلم المثمون »[3] .

ثالثا : زمان تسلم المبيع ومكانه :

كثيراً ما يكون زمان تسلم المبيع ومكانه متفقاً مع زمان تسليم المبيع ومكانه ، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع في زمان معين ومكان معين ، كما ذكرناهما سابقا ، ويلتزم المشتري عادة باستلام المبيع في نفس الزمان والمكان ، لأن الغالب أن يتم الاستلام عقب التسليم مباشرة ، ودون إبطاء إلا ما يقتضيه التسلم من زمن في بعض الحالات، بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم ثم يحدد زماناً آخر للتسلم ، كأن يكون المبيع منقولاً وموعداً في مكان ، ويتفق الطرفان على أن يضع البائع المفاتيح في في جهة معينة تحت تصرف المشتري ، ليأخذها في أي وقت شاء خلال ثلاثة أيام مثلاً، أو أن يخلي البائع بين المشتري والمبيع فيبدأ المشتري بالتسلم ونقل المبيع ، مع احتياجه لفترة زمنية تتناسب معه .

وهذا ماأكده القانون المدني ، في المادة ٤٣١ ، ونصها :

« إذ لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء ،

---

(١) المادة ٢٦٥ من مجلة الأحكام العدلية ، بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ ، ٣٢٤٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٢١٣/١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٤٣٢ ـ ٤٤٥ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٢٦٢ ـ ٢٧٧ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣١٦/٢ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٧٢ .

إلا ما يقتضيه النقل من زمن »[1] .

فزمان تسليم المبيع واستلامه يتبع الاتفاق ، وإلا فالعرف ، وإلا تمّ فوراً بمجرد تمام العقد .

ومكان تسليم المبيع واستلامه يخضع لاتفاق الطرفين وإلا فالعرف ، وإلا تحدد في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت انعقاد العقد إن كان معيناً بالذات ، فإن كان معيناً بالنوع فمكان استلامه وتسلمه هو موطن البائع[2] .

ويتفق القانون المدني في تحديد زمان تسلم المبيع ومكانه مع الفقه الإسلامي، مع فارق مهم سكت عنه القانون وذكره الفقهاء ، ويمكن العمل به في ظل القانون ، وهو أن الفقه الإسلامي يلزم المشتري باستلام المبيع من مكان وجوده ، لكن إذا كان ذلك المكان يتعارض مع مصلحة المشتري ، ويحمله نفقات كثيرة ، وأعباء معينة لاستلامه ، ولم يكن المشتري يعلم بوجود المبيع في ذلك المكان ، فله الخيار في فسخ البيع أو استلام المبيع وإتمام العقد[3] .

رابعا : جزاء الإخلال بتسلم المبيع :

إذا أخل المشتري بالتزامه بتسلم المبيع على الكيفية السابقة ، وفي الزمان المقرر،

---

(١) ويقابلها المادة ٤٦٣ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥٢ من القانون المدني الليبي .

وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصري : « كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه ، وزمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهمايكونان عادة زمان ومكان التسليم ، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم » (انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٦٢) .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٨٤٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٣٩ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٦ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٣٩٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٩٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٨٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٢ .

(٣) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٤٤٣ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٣١٨ .

والمكان المحدد ، بأن يكون المبيع منقولاً كالفاكهة والقماش ، ويضعه البائع بين يدي المشتري فتركه في مكانه ، أو كان المبيع في موطن البائع ولم يتقدم المشتري لاستلامه في الوقت المحدد أو كان في جهة أخرى فلم يذهب إليها ، أو كان مكان التسليم في موطن المشتري فأتى إليه البائع فرفض تسلمه ، ففي هذه الحالات وغيرها يعتبر المشتري مخلا بالتزامه في تسلم المبيع ، فوضع القانون بعض المؤيدات الجزائية لذلك ، ومنح البائع الحق في عدة وسائل ، وهي :

١ ــ أن يطلب التنفيذ العيني جبراً على المشتري بأن يطلب من القضاء ايداع المبيع في مكان معين على ذمة المشتري وبمصروفات يتحملها بنفسه (المادة ٣٣٣)، أو تعيين حارس له ، أو أن يطلب البائع غرامة تهديدية يدفعها المشتري عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم ، أو يطلب التنفيذ الجبري بأي طريق آخر للتنفيذ عن طريق القضاء ، كاستئذان القاضي ببيع المبيع بالمزاد العلني إذا كان مما يسرع إليه التلف كالفواكه والخضراوات ، أو كانت نفقات الايداع لاتتناسب مع قيمتها .

٢ ــ أن يطلب من القاضي ، بعد إنذار المشتري ، فسخ البيع ، وللقاضي حرية التقدير في إجابة طلبه إن رأى مسوغاً للفسخ ، وله إعطاء المشتري مهلة لتسلم المبيع، (المادة ١٥٨) .

ويحق للبائع في الحالتين أن يطلب التعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، كأجرة المكان وغيرها ، بمقتضى القواعد العامة في ذلك . (المادة ٢١٥) .

٣ ــ أن يعتبر المشتري مستلماً حكما للمبيع،وذلك بعد أن ينذره البائع لاستلام الثمن ، فإن لم يفعل صار المبيع على ضمانه وعهدته ، فإن هلك فانما يهلك على حسابه[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٥١/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٦، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٩١ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٩٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٨٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٣ .

ويتفق المؤيد الجزائي للاخلال بتسلم المبيع قانونا مع الفقه الإسلامي ، وأن المبيع يعتبر في هذه الحالة قد تمّ تسليمه حكما ، ويكون هلاكه على عهدة المشتري وضمانه ، كما يحق للبائع أن يطلب من القاضي إجبار المشتري على الاستلام ، وإن رفض طلب فسخ البيع .

الفرع الثالث

التزام المشتري بالنفقات

يحتاج عقد البيع أحيانا إلى نفقات كثيرة ، منها ما يتعلق بالعقد ، ومنها ما يتعلق بالاتفاق على المبيع خلال فترة مابعد العقد وقبل التسليم ، ومنها ما يتعلق بفرز المبيع وتسليمه واستلامه ، ومنها ما يتعلق بدفع الثمن .

والأصل في تحمل هذه النفقات أن تكون بحسب الاتفاق عليها في العقد ، بأن يتحمل البائع جميع هذه النفقات ، أو يتحملها المشتري ، أو تقع بينهما مناصفة أو غير ذلك .

فإن لم يتم الاتفاق عليها في العقد فيرجع فيها إلى العرف ، والعرف يختلف في ذلك زماناً ومكاناً وموضوعاً بحسب أنواع المبيع .

فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، فتطبق القواعد القانونية التي نص القانون على أكثرها فيتحمل البائع بعضها كنفقات فرز المبيع غير المعين ، ونفقات تسليم المبيع وهو ما ذكرناه سابقاً[1]، ويقع الباقي على المشتري .

فالالتزام الثالث على المشتري في عقد البيع هو تحمل النفقات ، ويتحمل

---

(١) صفحة ٢٦١

المشتري نفقات العقد ، ونفقات استلام المبيع ، والاتفاق على المبيع بعد العقد حتى الاستلام ، ونفقات دفع الثمن .

اولا : نفقات عقد البيع :

ذكرت المادة ٤٣٠ من القانون المدني نفقات عقد البيع ، وهي :

« نفقات عقد البيع والطوابع ورسوم التسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك »[1] .

وهذا النص يبين أن نفقات عقد البيع في كتابة العقد مثلا ودفع الطوابع ورسوم التسجيل لدى كاتب العدل أو بقية دوائر الدولة ، وأتعاب المحامي الذي يعد عقد البيع ويسجله ، ومصروفات الكشف عن العقار المبيع في السجلات للتثبت من ملكيته وما عليه من حقوق ، ونفقات التصديق على التوقيعات وغيرها ، تقع على عاتق المشتري ، لأنه هو صاحب المصلحة في إتمام العقد ، ونقل ملكية المبيع ، والاستفادة من كتابة العقد وتوثيقه في المستقبل ليكون حجة بيده أمام البائع إن اختلفا في البيع ، وأمام بقية الناس إذا نازعه أحد في المبيع[2] .

أما الضرائب المترتبة سابقاً أو رسوم تحرير العقار من الرهن ورفع إشارة

---

(١) ويقابلها المادة ٤٦٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥١ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٨٣ من القانون المدني العراقي .

(٢) يرى بعض الشراح أن تحمل المشتري نفقات العقد هو خروج على القواعد العامة في الالتزامات ، لأن البائع ملتزم بنقل الملكية للمشتري ، وعقد البيع ورسوم التسجيل لازمة لذلك ، فيجب عليه أن يتحملها ، ويرى آخرون أن لكل من البائع والمشتري مصلحة في تمام البيع ، فكان الواجب ان تقع النفقات مناصفة بينهما . (انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٢) ، وهذه الآراء تخلط بين نقل الملكية وبين الهدف والغاية من كتابة العقد ، فالكتابة توثيق للبيع ونقل الملكية ، وهذا لمصلحة المشتري فقط دون غيره ، فعليه أن يتحمل نفقات التوثيق الذي يستفيد منها وحده فيما بعد باثبات العقد والملكية .

الرهن عنه فتقع على عاتق البائع ، لأنها تتفرع عن التزامه بنقل الحق المبيع إلى المشتري سالماً من كل قيد .

فإذا قام المشتري بهذه الأعمال ، وهو الغالب ، وتحمل النفقات اللازمة لها ، فلا يرجع بشيء منها على البائع ، وإذا قام بها البائع ، ودفع النفقات من جيبه فيحق له الرجوع بها على المشتري ، وتصبح تابعة للثمن ، وتتمتع بنفس ضمانات الثمن ومؤيداته لتأمين الحصول عليها ، فله أن يحبس المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، وأن يطالب بالتنفيذ الجبري على أموال المشتري لاسترداد النفقات التي تحملها في عقد البيع .

وتطبق نفس القواعد السابقة على أجرة الوسيط في عقد البيع ، كالسمسار والدلال ، فإنها تكون حسب الاتفاق ، وإلا يرجع فيها للعرف لتفسير سكوت الطرفين ، ويتبع عرف البلدة والزمان ونوعية المبيع ، وقد يجري العرف غالباً على تحميل أجرة السمسار مناصفة بينهما[1] .

ويتفق القانون في تقرير هذه القواعد في نفقات العقد على المشتري مع الفقه الإسلامي وأنها تقع حسب الاتفاق أو العرف وإلا فهي على المشتري ، ويرى الفقهاء أن أجرة الدلال على البائع ، لأنه كلفه بالمناداة على السلعة والتفتيش على راغب لها ، وأن أجرة السمسار على المشتري ، لأنه يتوسط بين الطرفين ، ويوفق بينهما لعقد البيع ، وتكون المصلحة غالباً للمشتري في المبيع والعين والملكية[2] ، وهذا مانص عليه المرحوم قدري باشا ، فقال : « وكذا أجرة كتابة السندات والحجج تكون على

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٤١/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٣٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٥٨/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٨٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ١٩٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٢٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٨٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٧ ، الحيازة في العقود ص ٢٤١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٩١ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٥٢ .

المشتري »[1] ، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة ٥٣١ منه[2] .

ثانيا : نفقات تسلم المبيع :

إن تسلم المبيع من التزامات المشتري ، وقد يحتاج الاستلام إلى مصاريف ونفقات ، ولايتم التسلم إلا بها ، فيتحملها المشتري ، لأن كل مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وهذا مانصت عليه المادة ٤٣٢ من القانون المدني السوري :

«نفقات تسلم المبيع على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغيرذلك»[3].

وقد ذكرنا سابقاً أن نفقات تسليم المبيع تقع على البائع ليستطيع تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، وذلك كأجرة حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد ، ومصروفات إرسال المفاتيح والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع التي يستوردها البائع ، وغيرها .

أما ماوراء ذلك من نفقات تسلم المبيع لوضعه تحت يد المشتري وفي حيازته ونقله إلى المكان الذي يرغب فيه فتقع على المشتري بنص المادة السابقة ، وتطبيقاً للقواعد العامة في وفاء الالتزامات التي تقضي أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، (المادة ٣٤٦)، والمشتري هو المدين لأنه ملتزم بالتسلم ، فتقع النفقات عليه إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، ولأن الاستلام لمصلحته فعليه أن يتحمل النفقات لأجلها ، لأن الغرم بالغنم .

وتشمل نفقات الاستلام أجرة نقل المبيع من مكان التسليم ، وأجرة شحنه

---

(١) مرشد الحيران ، المادتان ٣٥٢ ، ٤٦٦ ، وانظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٩٢ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥١٧/٢ .

(٣) ويقابلها المادة ٤٦٤ من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٨٧ من القانون المدني العراقي .

والرسوم الجمركية إذا أراد نقله إلى بلد آخر ، إلى غير ذلك من النفقات[1] .

ويتفق القانون في تحميل نفقات تسلم المبيع على المشتري مع الفقه الإسلامي الذي يقرر القواعد السابقة ، وأن ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب ، وأن الغنم بالغرم ، وأن الاستلام لمصلحة المشتري فعليه أن يتحمل النفقات اللازمة لذلك ، وهذا هو المقرر في البيع والغصب والوديعة والعارية ، فإن أجرة النقل والتسليم تقع على صاحب المصلحة فيها [2] .

قال ابن قدامة : « وما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل في مدة الخيار (خيار المجلس) فهو للمشتري » ، ثم قال : « ومؤنته عليه » ، واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان »[3] .

ثالثا : نفقات المبيع قبل الاستلام :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ على مايلي :

« ٢ ــ وللمشتري ثمرات المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » .

هذه المادة تثبت ثمرات المبيع ونماءه للمشتري من وقت البيع ، كما شرحناه

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٤٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٩٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٨ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٨٧ ، ٨٣٠ ، ٨٩٠ ، ٩٧٤ ، بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ ، ٣٢٤٨ ، فتح القدير ١٠٨/٥ ، المغني ٨٦/٤ ، بلغة السالك ٦٦/٢ .

(٣) هذا الحديث رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة والحاكم ، وقال الترمذي : حسن صحيح .
(انظر : فيض القدير ٥٠٣/٣ ، المغني ٤٩٨/٣) .

سابقاً ، ويجب على البائع أن يحافظ على المبيع وثمراته ونمائه حتى تسليمه إلى المشتري ، ليستفيد منها المشتري بشكل كامل ، وبالتالي فإنه يتحمل النفقات والمصاريف التي يحتاجها المبيع منذ تمام البيع حتى استلام المبيع ، لأن الغرم بالغنم ، مالم يوجد اتفاق أو عرف على خلاف ذلك ، مثل العلف للحيوان ، وأجرة العامل لسقي الشجر والزرع[1] .

وهذا ما يقرره الفقه الإسلامي أيضاً .

كما يقرر الفقه الإسلامي أن المشتري يلتزم بنفقات دفع الثمن ، وهذا لم ينص عليه القانون المدني ، ولكن يؤخذ به ، وتطبق المادة ٣٤٦ التي تقضي بنفقات الوفاء على المدين ، لأن دفع الثمن من التزامات المشتري فإن احتاج إلى نفقة لأدائه فتجب على المشتري ، كأجرة البريد لإرسال الثمن ، وأجرة وزن الثمن إن احتاج لذلك[2]، وهذا مانص عليه المرحوم قدري باشا ، فقال : « وفيما يتعلق بتسليم الثمن كأجرة نقده ووزنه على المشتري » ، وقال أيضاً : « المصاريف المتعلقة بالثمن كعده ووزنه تلزم المشتري وحده »[3] .

وقال ابن عابدين : « وأما كون أجرة وزن الثمن على المشتري فهو باتفاق المذاهب الأربعة »[4]، وأخذ بهذا الرأي القانون المدني الأردني فنص في مادته ٥٣١ على أن « نفقات تسليم الثمن . . . تكون على المشتري » .

ونختم الكلام عن التزامات المشتري بالإشارة إلى ما انفرد به القانون العراقي والقانون الأردني من توسع بالأحكام التفصيلية المتعلقة بدفع الثمن والمرتبطة به ، من وجوب تعجيل الثمن في البيع المطلق، إذا لم يذكر في العقد شيء آخر ، وأنه يجب

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٧٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٦٤ ، الوسيط ، السنهوري ٧٧٤/٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٦١ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧ ، ٣٢٤٨ ، مغني المحتاج ٧٣/٢ ، الروضة ٥١٩/٣ ، حاشية الدسوقي ١٤٤/٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣٦٨ ، الوسيط ، السنهوري ٧٧١/٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٦١ ، الحيازة في العقود ص ٢٤٢ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٨٨ .

(٣) مرشد الحيران ، المادتان ٣٥٢ ، ٤٦٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤ .

تسليم المبيع والثمن معاً في المقايضة والصرف ، وأن قبض المشتري للمبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يعتبر ، ويحق للبائع استرداده ، ونص القانون العراقي على خيار البائع بالزام المشتري بالتنفيذ أو طلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، ويحق للبائع حبس المبيع إذا أفلس المشتري قبل قبض المبيع ، أو مات مفلساً ، قبل قبض المبيع ، كما تعرض القانون الأردني لضمان المشتري للمبيع المقبوض على سوم الشراء إذا كان الثمن مسمى .

وهذه الأحكام مأخوذة من الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران[1] ، وقد أغفلها القانون السوري والمصري والليبي وغيره لدخولها في القواعد العامة ، وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري إلى بعضها .

وللفقهاء تفصيل واختلاف في إفلاس المشتري أو موته مفلساً نذكره باختصار ، وهو : إذا أفلس المشتري أو مات مفلساً قبل أداء الثمن الحال ، والمبيع بيد البائع ، فله أن يحبسه عن المشتري ، ويكون أحق به من سائر الغرماء باتفاق الفقهاء ، وإن أفلس المشتري بعد قبض المبيع ، وقبل أداء الثمن ، فقال الحنفية : إن حق البائع يسقط بحبس المبيع ، ولا يحق له استرداده ، ويقاسم الغرماء أسوة بهم ، ولا تقديم له عليهم ، وقال الأئمة الثلاثة : إن البائع أحق بالمبيع من سائر الغرماء ، وللبائع الخيار بين استرداد المبيع وفسخ البيع ، وبين تركه ومشاركة الغرماء بثمنه ، وإن مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل أداء الثمن ، فقال الشافعية : للبائع الخيار بين الاسترداد والفسخ وبين الترك ومشاركة الغرماء ، بينما قال الأئمة الثلاثة : ليس للبائع استرداد المبيع، ويقاسم الغرماء بالثمن[2] .

وإلى هنا ننتهي من الكلام عن التزامات المشتري ، وبذلك ينتهي البحث عن البيع بشكل عام ، لننتقل للحديث عن بعض أنواع البيوع .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٢٧٧ ، ٢٩٢ ــ ٢٩٨ ، مرشد الحيران، المواد ٤٦١ ــ ٤٦٣ ، القانون المدني العراقي ، المواد ٥٧١ ، ٥٧٥ ، ٥٧٨ ، ٥٨٠ ــ٥٨٢، القانون المدني الأردني ، المواد ٥٢٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ ، ٥٣٠ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٦٨/٧ ، مغني المحتاج ١٥٨/٢ ، الروضة ١٤٧/٤، القوانين الفقهية ص ٣٤٧ ، المغني ٣٠٧/٤ ، الحيازة في العقود ٢٤٣ ، ٢٤٧ ، المهذب ٣٠٢/١ ، ٣٢٩ ، درر الحكام ١٥١/٢ .

الباب الثاني

بعض أنواع البيوع

تحدثنا سابقاً عن البيع بمعناه العام ، ورأينا أن معظم أحكامه تتسم بصفتين اثنتين :

الأولى : تطبيق القواعد العامة في العقود على البيع ، والأحكام الخاصة المتعلقة بنفس البيع التي تنسجم مع طبيعة البيع وغايته وحكمته وأهدافه التي شرع من أجلها .

الثانية : أن معظم الأحكام السابقة أحكام مفسرة ومكملة لا تتعلق بالنظام العام وأن الأصل في أكثر أحكام البيع أنها تخضع لإرادة الطرفين ، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، وتأخذ سلطان الإرادة مداها الواسع في أحكام البيع ، فإن سكت الأطراف ، واختفت الإرادة ، تولت أحكام القانون تفسير العقد وبيان الحقوق والالتزامات لكل من البائع والمشتري ، وإن اتفق الطرفان على شيء في العقد فهو المتبع الواجب التنفيذ، والمطلوب التقيد به ، وبالتالي يحق للمتبايعين أن يتفقا على خلاف الأحكام القانونية في البيع ، لأنها ليست أحكاماً آمرة ، وليست من النظام العام .

ولكن المشرع قد يخرج عن هاتين الصفتين ، فيضع أحكاماً خاصة للبيع عند

فقدان شرط ، أو زيادة شرط فيه ، وقد يتدخل أكثر بتنظيم بعض أحكام البيع بصفة آمرة ، ويمنع الأطراف من الخروج عليها أو الاتفاق على عكسها ، وقد يتدخل أكثر فأكثر فيمنع بعض الأشخاص من البيع أصلا ، وقد يخطو القانون خطوة أخيرة فيمنع البيع نهائياً في حالات خاصة بالنسبة لجميع الأشخاص ، ويعتبر العقد باطلا أصلا ، ومن هنا ظهرت أنواع متعددة للبيع ، لها بعض الأحكام الخاصة ، والقواعد الآمرة ، والنتائج المحددة ، مثل بيع ملك الغير ، وبيع التركة ، وبيع المريض مرض الموت ، وبيع الوفاء ، وبيع الحقوق المتنازع عليها ، وبيع النائب لنفسه ، وهذه البيوع نظم القانون المدني أحكامها[1] ، وسوف تتولى توضيحها وشرحها بإذن الله تعالى ، ونخصص كل بيع في فصل .

* * *

(١) ذكر القانون المدني الأردني هذه البيوع المختلفة كالقانون السوري والمصري، لكنه لم يتعرض لبيع الوفاء وبيع الحقوق المتنازع عليها ، ثم أضاف السلم والمقايضة .

بيـــع الوفـــاء

هذا البيع ألغاه القانون المدني نهائياً ، ومنع التعامل به ، ونص على بطلان هذا العقد ، دون أن ينتج أثراً بين الطرفين ، فقال في المادة ٤٣٣ مايلي :

« إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً »[1] .

وكان هذا البيع مشروعاً في القانون المدني المصري القديم ، كما أنه من البيوع المشروعة في المذهب الحنفي ، وكان سائداً في التطبيق ، والحياة التجاريـــة ، لذلك نبين تعريفه ونشأته ومشروعيته وأحكامه الخاصة به شرعاً ، ثم نعرج على أحكامـــه القانونية ، وأخيراً نبين المحاذير والعيوب التي ترتبت عليه والتي أدت إلى إلغائه .

اولا : تعريف بيع الوفاء ونشأته :

هو أن يبيع الشخص شيئاً إلى آخر،على أن يسترده منه إذا شاء ويرد له الثمن.

فهو في الظاهر بيع وشرط ، والشرط هنا ينافي مقتضى العقد ، ولا يتفق مع البيع ، لأنه يقيد ملكية المشتري،ويشترط عليه أن يرد المبيع للبائع متى رد له الثمن.

وقد ظهر هذا النوع من البيع لأول مرة في شرق الدولـــة الإسلامية ببخارى وبلخ في منتصف القرن الخامس الهجري ، وكان الباعث لظهوره أن صاحب النقد

---

(١) ويقابلها المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥٤ من القانـــون المدني الليبي ، والمادة ١٣٣٣ من القانون العراقي مع تعديل فيها .

يريد أن ينتفع بماله ، ولا يعطيه للآخرين بالقرض الحسن دون أن يستفيد منهم مادياً ويجد الحرج في أخذ الربا عن ماله ، وأنه لايتحقق له المنفعة الكاملة والمضمونة بالرهن، لأنه إن شرط الانتفاع بالرهن فسد العقد ، وإن لم يشترطه وأذن الراهن له بذلك ، فهذا الإذن عند الحنفية إباحة وتبرع يحق له أن يرجع عنه ، ويمنع المرتهن من الانتفاع ،ويرى جمهور الفقهاء منع الانتفاع بالرهن نهائياً ، ومن جهة أخرى فقد يملك آخرون أعياناً ،ولا يريدون التخلي عنها وبيعها ، مع حاجتهم للنقد ، فلجأ الناس إلى هذه الطريقة بأن يبيع صاحب العين مايملكه بمبلغ من النقد ، ويسلمه له، على أمل أن يسترد البائع عينه في المستقبل متى تيسر له رد الثمن ، ليستفيد منه حالاً ، ويقضي به حاجته ، كما يستفيد المشتري من المبيع بالانتفاع به خلال هذه الفترة ، طالت أم قصرت ، وبالتالي يمكن أن يتملك المبيع في المستقبل نهائياً ، وبذلك تتحقق منفعة متبادلة لكل من الطرفين عن طريق البيع بشرط التراد ، ثم انتشرت هذه الطريقة وشاعت باسم « بيع الوفاء » لأن المشتري يتعهد ويلتزم بوفاء الثمن الذي يعتبر كدين في ذمته إلى البائع ، وصار لهذا البيع اسم مسمى ومستقل « بيع الوفاء » بحيث يستغنى بالاسم عن ذكر الشرط .

والغالب أن يكون الثمن في بيع الوفاء أقل من قيمة المبيع ، وأنه شاع وانتشر في بيع العقار فقط ، دون المنقول ، ولذلك نص فقهاء الحنفية باتفاقهم على جوازه في العقار استحساناً للتعامل به ، ثم اختلفوا في جواز بيع الوفاء في المنقول ، فقيل يصح لعموم الحاجة ، وقيل لا يصح لخصوص التعامل[1] .

---

(١) انظر : درر الحكام ٢٠٨/٢ ، جامع الفصولين ٢٣٤/١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨١ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٤٦ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١١٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٩١ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٦ .

ثانيا : مشروعية بيع الوفاء :

اختلف فقهاء الحنفية عند ظهور هذا النوع من البيع في تكييفه وإعطائه الوصف الذي يتفق مع مقاصده ، ووجدوا أنه يشبه البيع من جهة ، والرهن من جهة ثانية ، والبيع الفاسد من جهة ثالثة ، فاختلفوا على ثلاثة أقوال .

١ ــ إنه بيع حقيقي وصحيح ، وتنطبق عليه جميع أحكام البيع ، مع وعد من المشتري برد المبيع عند رد الثمن ، وهو قول بعض الفقهاء ، لأن العاقدين تلفظا بالبيع من غير ذكر شرط فيه ، ثم ذكروا الشرط على وجه الميعاد ، فيلزم الوفاء بالوعد لحاجة الناس لذلك .

٢ ــ إنه بيع فاسد ، لأنه يتضمن شرطاً مفسداً ، وهو اشتراط التراد في المبيع والثمن ، وهذا يتنافى مع مقتضى العقد ، ولم يرد فيه نص شرعي ،وهو رأي قاضيخان ومن معه .

٣ ــ إنه رهن ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، لشبهه الشديد بالرهن ، من حيث الغاية والنتيجة ، لأن الغاية إقراض المال في مقابل الرهن الذي يضعه المرتهن في يده حتى يسترد القرض ، وهذا رأي الشيخ نجم الدين النسفي والشيخ أبي شجاع ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني[1] .

ثم اتفق فقهاء الحنفية على اعتباره عقداً مستقلا ، وأطلقوا عليه اسم بيع الوفاء[2] ، لعدم انطباق أحكامه على البيع العادي أو الرهن أو الإجارة أو القرض ،

---

(١) انظر : درر الحكام ٢/٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ٥/٢٧٦ ، ٢٧٧ ، جامع الفصولين ١/٢٣٥ ، اللآلىء الدرية ١/٢٣٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٩٢ .

(٢) ظهرت لبيع الوفاء أسماء كثيرة ، وبقي بعضها في الاستعمال وكتب الفقهاء، منها : البيع الجائز ، وبيع المعاملة ، وبيع الأمانة ، وبيع الإطاعة ، والرهن المعاد . (انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٢٧٦) .

ولأن له غاية ومقصداً مستقلاً ، وهو :

١ ــ تمليك المشتري منافع المبيع ، دون ملك العين التي تبقى للبائع .

٢ــ حق الفسخ والتراد ، وهو حق للبائع بفسخ البيع ورد الثمن واسترداد المبيع ، ويقابله حق المشتري المنافع ، وحقه بتملك العين نهائياً إذا عجز البائع عن رد الثمن أو امتنع .

٣ ــ ضمان المشتري للمبيع ، فيده يد ضمان ، لأنه استلمه لمنفعته ومصلحته ، كالرهن عند الحنفية ، والعارية عند الجمهور[1] .

ثالثا : احكام بيع الوفاء فقها :

أثبت فقهاء الحنفية أحكاماً خاصة لبيع الوفاء وميزوا بينه وبين البيع المطلق أو الرهن ، مع أخذ أحكامه من البيع والرهن معا ، وهي :

١ ــ تمليك المشتري منافع المبيع بمقتضى العقد ، دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد ، وبما أن المشتري تملك المنافع ، فيحق له أن يتصرف بها ، بالانتفاع بنفسه والاستغلال بغيره بالإجارة ، ولذلك يجوز له أن يؤجر المنافع للبائع نفسه ، وأن يشترط ذلك في العقد ، ويسمى **بيع الاستغلال** الذي عرفته مجلة الأحكام العدلية (المادة ١١٩) بأنه : « بيع المال وفاء على أن يستأجره البائع » ، وهذا الحكم لبيع الوفاء مأخوذ من البيع ، ويختلف عن الرهن الذي لايجوز ايجاره من الراهن لزوال الاحتباس فيه ، والرهن في حقيقته احتباس للمال وحيازة له توثيقاً للدين .

ويجوز أن تكون المنفعة مناصفة بين البائع والمشتري[2] .

٢ ــ عدم ملكية المشتري لعين المبيع ، ولذلك لايجوز له التصرف بالعين ، فلا يحق له أن يبيعها من آخر .

٣ ــ لايجوز لكل من الطرفين ان يتصرف في العين تصرف الملاك بالبيع وغيره

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨٣ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٩٨ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٤٧ .

إلا بإذن الآخر[1] .

٤ ــ يضمن المشتري المبيع كضمان المرهون عند الحنفية ، فإذا هلك المبيع قضاء وقدراً فإن المشتري يضمن للبائع مايقابل الثمن فقط ، فإن كانت القيمة أكثر كانت أمانة في يده ، ولا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير ، وإن كانت القيمة أقل من الثمن ضمن القيمة ، ورجع على البائع بالباقي ، وإن كانت مساوية للثمن سقط الدين في مقابلته[2] .

٥ ــ إن نفقات التعمير والترميم والصيانة تقع على البائع ، لأنه المالك للعين ، كالمؤجر والراهن .

٦ ــ يثبت حق الرد للبائع ، فمتى رد الثمن يجب على المشتري أن يرد المبيع ، كما يثبت حق الرد للمشتري ، فمتى رد المبيع وجب على البائع أن يرد الثمن ، وينتقل حق الرد لورثتهما[3] .

فهذه الأحكام أقرب للرهن منها للبيع ، ولكن الفقهاء جمعوا بينها للتهرب من الربا ، ولتأمين حاجة الناس في التعامل .

رابعاً : بيع الوفاء في القانون :

اعتمد القانون المصري القديم بيع الوفاء ، ونظمه تنظيماً مسهباً في عشر مواد ، وسماه حق استرداد المبيع ، أو الشرط الوفائي ، وعرفه بأنه شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة في مقابل المبالغ المنصوص عليها ، وهي : أصل الثمن ،

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٩٧ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٤٨ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٣٩٩ ــ ٤٠١ ، مرشد الحيران ، المواد ٥٥٠ ــ ٥٥٢ .

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٣٩٦ ، ٤٠٢ ، مرشد الحيران ، المادتان ٥٤٩ ، ٥٥٢ ، وانظر : العقود المسماة ، الزرقا ٢٨٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٧٨/٥ ، درر الحكام ٢٠٨/٢ ، جامع الفصولين ٢٣٧/١ .

والمصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع ، والمصاريف اللازمة التي صرفها المشتري غير ماصرفه لصيانةالمبيع ، والمصاريف الأخرى التي زادت فيقيمة المبيع بشرط ألا تكون فاحشة ، وحدد القانون مدة الاسترداد بما لايزيد عن خمس سنين من تاريخ البيع ، وخرجه بمنظار القانون الفرنسي بأنه شرط فاسخ ، وأن المشتري يملك المبيع ملكاً تاماً على شرط الاسترداد ، فإذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري ، وإذا وفى الشروط المذكورة فيعتبر المبيع كأنه لم يخرج عن ملكية البائع ، وأن حق الاسترداد ينتقل إلى ورثة البائع وورثة المشتري .

وكان بيع الوفاء في القانون المصري القديم يعتبر طريقاً من طرق التأمين ، وأنه يختلف عن الرهن الحيازي الذي لاينتقل الملك فيه عن الراهن ، ويختلف عن الرهن العقاري الذي لاينتقل فيه الملك ولا الحيازة عن الراهن ، لكن المبيع في بيع الوفاء يهلك على حساب المشتري ، أما العين المرهونة إذا هلكت في يد المرتهن فإنها تهلك على حساب الراهن قانوناً ، وإن المشتري في بيع الوفاء لاعلاقة له ببقية أموال البائع الخارجية عن البيع ، أما المرتهن فله حق شخصي في أموال الراهن بالإضافة إلى حقه العيني على المرهون .

وينعقد بيع الوفاء قانوناً كالبيع العادي ، لكنه معلق على شرط فاسخ إذا كان الشرط وقت العقد ، وكانت مدته لاتزيد عن خمس سنوات ، وإن سكتا عن المدة اعتبرت خمس سنوات ، حتى استعمل البائع حقه في الاسترداد ينفسخ بيع الوفاء ويلتزم البائع بالثمن وتوابعه ، فإن اشترط رد ثمن أكثر كان ربا فاحشاً ممنوعاً في القانون ، ولا يلتزم البائع برد الفوائد ، لأن المشتري قد استغل المبيع ، فلا يجمع بين الريع والفائدة ، ويلتزم المشتري برد المبيع دون الثمرات .

وأخذ بهذه الأحكام تقنين الموجبات والعقود اللبناني والمشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي لعام ١٩٤٥ ، ثم ألغاها ، واعتبر بيع الوفاء رهناً حيازياً[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٤٨ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ،

خامساً : اسباب إلغاء بيع الوفاء قانوناً :

كان تشريع بيع الوفاء في القانون المصري القديم مؤدياً إلى محاذير كثيرة ، وعيوب جمة ، ومشاكل متعددة .

فمن ذلك أنه خرجه على قواعد القانون الفرنسي ، واعتبره شرطاً فاسخاً ، وكانت النتيجة في معظم الأحيان أن يعجز البائع عن وفاء الثمن وتوابعه ، فيبقى المبيع للمشتري نهائياً ، علماً بأن الثمن المقبوض غالباً مايكون أقل من قيمة المبيع الحقيقية ، وبذلك تتحقق الخسارة للبائع ، ويهضم جانبه ، بسبب ضعفه ، وكان القانون مساعداً للقوي الدائن عليه ، أما في الفقه الحنفي فإن المشتري لايملك عين المبيع ، بل يملك منافعه فقط ، فإن عجز البائع عن الوفاء فإن المشتري يستوفي الثمن الذي دفعه فقط من المبيع ، ويرد الباقي للبائع ، كالراهن إذا عجز عن سداد الدين ، فإن المرتهن يبيع العين ، ويستوفي حقه ، ويرد الباقي للراهن .

ومن مشاكل بيع الوفاء قانوناً أنه أصبح مجرد ستار للرهن الحيازي ، مع الانتفاع بالمزايا والثمرات والريع الذي يحققه له بيع الوفاء ، كأن يقصد الطرفان إبرام قرض ربا فاحش مضمون برهن حيازي ، فيبيع المدين من الدائن عيناً بيعاً وفائياً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة عن الربا الفاحش ، أو يشترط المشتري على البائع أن يرد ثمناً أكثر من الثمن المدفوع ، والفرق ربا فاحش ، ومثل أن يستخدم بيع الوفاء للتهرب من منع القانون لشرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون إذا لم يوف الراهن بالدين ، لذلك اضطر المشرع في مصر للتدخل عام ١٩٢٣ ، واعتبر بيع الوفاء باطلاً نهائياً إذا كان ستاراً للرهن .

ومن عيوبه أيضاً أن استخدمه المرابون الجشعون في شراء أملاك صغار الفلاحين الذين يبيعون أموالهم بيع الوفاء ، وهم يظنون أنهم سيستردونها ، ثم يعجزون عن

عمران ص ٩٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٨٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٤٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٨٠ .

ذلك ، فتضيع عليهم بأبخس الأثمان ، بينما يمنع القانـون هؤلاء المرابين من الحجز على الملكية الصغيرة للفلاح ، حماية له ، ورعاية لمورد رزقه .

هذه العيوب وغيرها أثارت الانتبـاه في مجلس الشيوخ المصري عنـد دراسة مشروع القانون الجديد ، وبعد الدراسة ومشاورة المحامين والقضاة والمزارعين ، قرر المجلس حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء ، وأقر المادة السابقة لتحريمه صراحة ، حتى لاتدع مجالاً للتعامل به ، وبينت اللجنة المكلفة بذلك المسوغ لالغائه فقالت :

« تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبـدأ ستاراً لرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس ، والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لايحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ... ويعتمد غالباً علـى احتمال وفائه ... ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن ضاع عليه .. وتحمل غبناً ينبغي أن يدرأه القانون عنه .. ، وبهذا لايكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون ، وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ... »[1] .

والواقع أن القانون أجاز الفائدة والربا ، وحدده بمقدار معين ، ومنـع الربا الفاحش ، كما شرع الرهن الحيازي والرهن العقاري، وغير ذلك من الوسائل التـي لا تبقي مجالا لبقاء بيع الوفاء ، لذلك تبنى القانون المدني السوري إلغاء بيـع الوفاء واعتباره باطلاً نهائياً لعدم الحاجة إليه ، وسار على هذا المنوال القانون المدني الليبي .

أما القانون العراقي فقد جاء مشروعه التمهيدي بتنظيم كامل لبيع الوفاء كالقانون المدني المصري القديم واللبناني ، ثم حذف نهائياً ، واستعيض عنه بالمادة رقم ١٣٣٣ التي تعتبر بيع الوفاء رهناً حيازياً ، وبذلك توسط القانون العراقي بين الابقاء الكامل وبين الابطال والإلغاء الكامـل ، وتوسط في الأمر « ليأخـذ بما يذهب إليه الفقـا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٧٨ .

الإسلامي » في مجلة الأحكام العدلية ، وأن بيع الوفاء ليس إلا تطوراً من تطـورات الرهن المقرر في الفقه[1] .

* * *

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٦٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٨٧ ، عقد البيع، الجراح ص٤٩، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٤٨٩ وما بعدها .

الفصل الثاني

بيع ملك الغير

تعريف وبيان :

بيع ملك الغير في القانون هو : أن يبيع الشخص لآخر عيناً معينة بالذات ليست مملوكة للبائع .

فالمقصود أن يكون التصرف نقل الملكية لمال معين بذاته من البائع إلى المشتري في مقابل ثمن نقدي دون أن يكون البائع مالكاً لهذا المال وقت العقد ، سواء كان المبيع عقاراً أم منقولاً .

ويخرج من التعريف بيع الشيء غير المعين بالذات ، كالمعين بالنوع فلا تطبق عليه أحكام بيع ملك الغير قانوناً ، ويخرج بيع الشيء في المستقبل ، والتعهد عن المالك بأن يبيع الشيء لآخر ، وبيع المعين بالذات غير المملوك للبائع إن أن البائع البيع على شرط أن يملك المبيع، وبيع المعين بالذات غير المملوك للبائع تحت شرط واقف أو شرط فاسخ ، وكذلك إذا اشترى شخص شيئاً ثم تبين أنه مملوك للمشتري ، فيكون البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، فكل هذه الحالات لا تدخل في بيع ملك الغير المنصوص عليه قانوناً « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ، وهو لا يملكه ... » .

ويدخل في بيع ملك الغير فقط أن يبيع الشخص عيناً معينة بالذات غير مملوكة له ، إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال ، سواء كان البائع عالما بأنه يبيع مالا يملك، ويسمى سيء النية ، أم كان غير عالم بذلك ، بل اعتقد أنه يملك الشيء الذي ورثه عن آخر ، وتبين أنه ملك غيره ، ويسمى البائع حسن النية ، ويستوي في ذلك أيضاً أن

يكون المشتري عالماً بأن المبيع ليس ملك البائع ، أو غير عالم بذلك ، وظن أن البائع يبيع ملكه ، ولكن لابد أن يكون البيع واقعاً بدون إذن المالك ، فلو أذن له كان وكيلا ، ويخضع تصرفه لأحكام الوكالة .

وبيع ملك الغير على الصورة السابقة يقع كثيرا في الحياة العملية ، فالأب قد يبيع ملك ولده ، والزوج قد يبيع مال زوجته ، والوارث قد يبيع عيناً ليست من أموال التركة ، أو يبيع عيناً من التركة ، ولكنها ليست من حصته ، والشريك قد يبيع كل العين المملوكة على الشيوع ، والمستأجر يبيع الدار المستأجرة ، وكذا الوديع والمرتهن والمستعير وكل واضع يد على ملك غيره فيبيعه،وقد يبيع إنسان مال الغائب ، أو يبيع الشخص مال الدولة ، وهكذا[1] ، وهو ما سنبين حكمه شرعاً وقانوناً .

اولا : بيع الفضولي :

يبحث فقهاء الشريعة بيع ملك الغير تحت عنوان الفضولي ، وهو « من يتصرف في حق غيره بدون إذنٍ شرعي »[2] ، ويشمل الإذن الشرعي الوكالة ، وهي إذن من صاحب الحق ، والولاية ، وهي إذن من الشارع ، ويشمل تصرف الفضولي كل تصرف في حق غيره سواء كان مالياً أم غير مالي ، وسواء كان من العقود أم من الاسقاطات ، وضابطه : كل تصرف يصح التوكيل به ، فإذا باشره الإنسان بدون إذن شرعي ، فيعتبر صاحبه فضولياً ، وهذا يشمل البيع والتزويج والتطليق والوقف

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٧٢/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨٩ ، ٢٩٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ٥٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٨٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٥٠ ، ١٥٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٨٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٣ .

(٢) انظر : تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين ١٠٦/٥ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١١٢ .

ويعرف القانون المدني الفضولي بخلاف ذلك تماماً ، وهو أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر (المادة ١٨٩) ويرجع عليه بما انفق .

والإجارة وغيرها ، ويستثنى الشراء بشرط أن يضيفه إلى الغير .

أما بيع الفضولي ـ وهو محل البحث ـ فإنه يشمل كل بيع لملك الغير ، سواء كان المبيع معيناً بالذات أم بالنوع ، وسواء كان منقولاً أو عقاراً ، لكن يشترط في بيع الفضولي ـ عند الحنفية ـ أن لا يبيع الفضولي من نفسه ، بأن يتولى طرفي العقد، فيكون بائعاً ومشترياً في وقت واحد ، وأن لا يشترط الخيار للمالك ، وأن لا يكون الفضولي غاصباً ويبيع لغاصب آخر ، وأن يكون للبيع مجيز وقت العقد ، فإن فقد شرط من هذه الشروط كان البيع باطلاً أو فاسداً ، ولا تنطبق عليه أحكام بيع الفضولي .

ويستوي في بيع الفضولي شرعاً أن يكون البائع عالماً بأنه يبيع ملك غيره ، وأنه يتصرف عنه ، أو أن يكون ظاناً أنه يبيع ملك نفسه ، ثم يتبين أن المبيع ملك غيره[1].

ويظهر من عرض صورة بيع ملك الغير أنه مرتبط ارتباطاً جوهرياً مع الاستحقاق والتعرض ، بل إن بيع ملك الغير هو أحد الصور الأساسية للتعرض والاستحقاق ، لذلك يبحثهما الفقهاء متتابعين ، وقد بحثنا التعرض والاستحقاق في التزامات البائع، لبيان التزامه بالضمان للمشتري ، وندرسه هنا لبيان الوصف الحقيقي للعقد ، وما يترتب عليه من آثار بالنسبة للمالك والبائع والمشتري .

ثانياً : الوصف الشرعي لبيع ملك الغير :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية تصرف الفضولي ، ومنه بيع ملك الغير ، فمنهم من أجازه ، ومنهم من منعه ، ونتج عن ذلك اختلافهم في تكييف بيع ملك الغير ، وإعطاء الوصف الشرعي له ، وانقسم الفقهاء إلى قولين :

القول الأول : أن بيع الفضولي باطل نهائياً ، ولا يصح تصرف الفضولي عن

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٥/١٠٦، بدائع الصنائع ٦/٣٠١٩، جامع الفصولين ١/٣٠٩، فتح القدير ٥/٣٠٩ ، الروضة ٣/٣٥٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٨٩، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/١٨٤ ، نظرية العقد الموقوف ص ١١٦ .

غيره ، ولا تلحق البيع الإجازة، وهو قول الشافعية والحنابلة والظاهرية ، وقالوا يشترط في المبيع أن يكون مملوكاً للبائع ، ويشترط في البائع أن يكون له الولاية على المبيع ، والفضولي يتصرف في حق غيره بدون إذن شرعي من جهة المالك أو من جهة الشرع ، وأن النبي ﷺ نهى عن بيع الإنسان ماليس عنده ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا تبع ما ليس عندك »[1]،وأن ماورد من أحاديث أخرى فإنها محمولة على وجود وكالة مسبقة من المالك[2] .

القول الثاني : أن بيع الفضولي صحيح منعقد ، ولكنه موقوف ، أي غير نافذ ، وأن تصرفات الفضولي عامة جائزة موقوفة على إجازة صاحب الحق ، فإن أجازها نفذت ، وإلا بطلت .

وهذا قول الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة رجحها ابن تيمية عند الحاجة ، والقول القديم عند الشافعية وأيده النووي ، وأن الولاية في البائع شرط نفاذ ، وليس شرط انعقاد أو صحة ، وأن الفضولي كامل الأهلية ، وأن أركان البيع متوفرة تماماً ، وأن شروط الانعقاد في الصيغة والطرفين والمحل مستوفية، وأن رسول الله ﷺ أقر تصرف عروة البارقي وأجاز بيعه فيما بعد[3]، وأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وكل مافي الأمر أن الفضولي تجاوز على حق غيره ، فتدخل الشرع لحماية المالك،واعتبر البيع موقوفاً على إجازته ، بعد أن يقدر مصلحته في الإجازة أو البطلان ، فقد يراه ملائماً لمصلحته، ويحقق مقصده ، ويؤمن له المنفعة المطلوبة فلا يحسن اعتبار العقد

---

(١) هذا الحديث رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن حكيم بن حزام ، وقال الترمذي : حسن صحيح . انظر : نيل الأوطار ١٧٥/٥ ، ، نصب الراية ٤٥/٤ ، مسند أحمد ٤٠٢/٣ ، سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٥/٢ ، المحلى لابن حزم ٤٣٤/٨ ، كشاف القناع ١٤٧/٣ ، المغني ١٥٤/٤ ، الروضة ٣٥٣/٣ ، ٣٥٥ ، المجموع ٢٨٢/٩ ، ٢٨٤ ، المهذب ٢٦٩/١ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٢٠٣/٢٩ .

(٣) هذا الحديث رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة .
انظر : مسند أحمد ٣٧٥/٤ ، سبل السلام ٣١/٣ .

باطلاً قبل أن يقرر صاحب الحق رأيه فيه[1] .

ولخصت مجلة الأحكام العدلية قول الحنفية ، فنصت في المادة ٣٦٨ على أن :

« البيع الذي يتعلق به حق آخر ، كبيع الفضولي ، وبيع المرهون ، ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر » .

كما صرح المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران المادة ٣٩٣ بذلك فقال : « من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل » .

وأشار قدري باشا إلى الوصف الشرعي لبيع الفضولي في بيان حكم البيع الموقوف، فقال في مرشد الحيران ، المادة ٤٢٧ : « إذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذ ، بأن كان فضولياً ، باع ملك غيره بلا إذنه ، أو كان العاقد صبياً مميزاً أو صبية كذلك فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازه ... »[2] .

وتابع القانون المدني الأردني مرشد الحيران ، فلم يصرح بالوصف الكامل لبيع الفضولي ، وإنما ذكره في القواعد العامة مثالاً للبيع الموقوف ، فنص في المادة ١٧١ على أنه : « يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره ، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو .. » .

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ١٠٦/٥ ، بدائع الصنائع ٣٠١٩/٦ ، بلغة السالك ٧/٢ ، فتح القدير ٣٠٩/٥ ، حاشية الدسوقي ١٢/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٧١ ، نظرية العقد الموقوف ص ١١٩ ، أصول البيوع الممنوعة ص ١٣٤ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١٨٤/١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٩ ، مجموعة الفتاوى الكبرى ٢٤٩/٢٩ ، الأموال ونظرية العقد ص ٨٠ .

(٢) وردت الإشارة لبيع الفضولي وأنه موقوف في مرشد الحيران (المادة ٣٥٤) التي اشترطت لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكاً لما يبيعه أو وكيلا لمالكه أو وليه او وصيه ، وفي المادة ٣٩٢ بين أن بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفا على إجازة المرتهن والمستأجر .

ثم خصه القانون الأردني بعنوان خاص ، وبين أن البيع قابل للفسخ بطلب المشتري ، وأن البيع لايسري في حق المالك لو أجازه المشتري ، فنصت المادة ٥٥٠ على مايلي :

« ١ ــ إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع » .

« ٢ ــ ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ، ولو أجازه المشتري »[1] .

ثالثاً : الوصف القانوني لبيع ملك الغير :

اختلف الوصف القانوني لبيع ملك الغير باختلاف القوانين والبلدان ، وتطور وتدرج من القانون الفرنسي ، فالمصري والسوري والليبي ، ثم العراقي .

أما القانون الفرنسي فنص على بطلان بيع ملك الغير ، ولم يفصل شيئاً وراء ذلك إلا حق المشتري بالتعويض ، فجاء في المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني الفرنسي على أن : « بيع ملك الغير باطل ، وللمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع » .

واختلف شراح القانون في تفسير هذا النص ، واضطربت أقوالهم ، ووقع بينهم التخبط والارتباك وتضارب الآراء من جراء هذا النص الغامض والمجمل ، بل والمبهم ، ونشأت عندهم نظريات متعددة ومتباينة حول معنى البطلان المقصود، هل هو البطلان المطلق ، أم البطلان النسبي ، وهل سبب البطلان حماية أحد العاقدين ، أم لحماية غير العاقدين ، وهو المالك ، وهذا يؤدي إلى مخالفة القواعد القانونية التي تحصر سبب البطلان بأحد العاقدين دون غيرهما،وإن كان سبب البطلان لأحد العاقدين ، فهل هو بسبب الغلط عند المشتري ، مع أنه قد يعلم مسبقاً بأن المبيع ليس ملكاً للبائع ، أم بسبب عدم أهلية البائع ، أو لعدم قدرته على تنفيذ

---

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١/١٨٧ ، ٢/٥٢٣ .

تعهده ، واختلفوا في تحديد صاحب الحق في طلب البطلان ، هل هو المالك مع أنه ليس طرفاً في العقد ، أم البائع ، والقانون لم يتدخل لحمايته ، أم المشتري فقط ؟ وذهب فريق منهم إلى اعتبار البطلان بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب ، أو لاستحالة المحل ، لكنه يعترض عليه أنه ينتج آثاراً ، وقال آخرون : إنه بيع قابل للفسخ مع أن النص القانوني قرر أنه باطل ، وقال آخرون : إن دعوى بطلان بيع ملك الغير هو لمجرد دعوى الاستحقاق فيسبق المشتري لرفعها قبل أن ترفع عليه .

ولما قرر المشرع المصري استيراد القانون المدني الفرنسي إلى مصر تنبه إلى هذا الفساد التشريعي في النص الفرنسي ، وتحاشى هذا التخبط والاختلاف والاضطراب وما يترتب عليه من ضياع ومشاكل في التطبيق والقضاء ، وتجنب الإبهام والغموض ، في النص الفرنسي ، ونص صراحة في القانون المصري القديم على أن « بيع ملك الغير باطل ، إنما يصح بإجازة المالك الحقيقي » فحدد طبيعة البطلان ، وأنه بطلان نسبي يقبل الإجازة من المالك .

وعند وضع القانون المدني المصري الجديد أزال الإشكال نهائياً ، فلم يصف بيع ملك الغير بالبطلان نهائياً ، وإنما اقتصر على بيان حق المشتري في طلب إبطال البيع .

وسار القانون المدني السوري على نهج القانون المدني المصري ، فنص في المادة ٤٣٤ منه على ما يلي :

« ١ ــ إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ، وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع » .

« ٢ ــ وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة »[1] .

---

(١) هذا النص مختصر عن المادة ٤٦٦ من القانون المدني المصري ، ونصها : « ١ــ إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، (ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أم لم يسجل) ٢ ــ وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة (ولو أجاز المشتري العقد) ، وهذه

فاعتبر القانون السوري والمصري الجديد أن بيع ملك الغير قابل للابطال .

أما القانون المدني العراقي فقد تقدم خطوة رائدة وطيبة إلى الأمام ، وبتر المرض من جذوره ، واقتبس الوصف القانوني لبيع ملك الغير مع أحكامه ، من الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي ، واعتبر البيع موقوفا على إجازة المالك ، فنص في المادة ١٣٥ منه على أنه « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك ... » .

ولذلك بارك الدكتور عبد الرزاق السنهوري هذه الخطوة فقال : « والتقنين المدني العراقي سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي ، فبيع الفضولي ـ أي بيع ملك الغير ـ موقوف على إجازة المالك ... ويختلف في ذلك عن التقنين المصري ، ففي هذا التقنين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد ساعد التقنين العراقي على الأخذ بهذه الأحكام **التي تفضل من بعض الوجوه احكام التقنين المصري** ، وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف ، لا قابل للإبطال ، أن التقنين العراقي قد أخذ بنظرية البطلان كما هي في الفقه الإسلامي لا في الفقه الغربي الحديث ، **وهي نظرية تفضل الفقه الغربي** » [1] .

المادة يقابلها المادة ٤٥٥ من القانون المدني الليبي ، بينما حذف القانون السوري ماوضع بين الاقواس .

(١) الوسيط للسنهوري ٤/٢٧١ .

وعقدت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني مقارنة بين العقد القابل للابطال والعقد الموقوف ، نلخصها بما يلي : « والقانون المصري يواجه عيوب الإرادة بالعقد القابل للابطال ، ويواجهها الفقه الإسلامي بالعقد الموقوف ، أو بالعقد غير اللازم ... والعقد الموقوف صورة عكسية من العقد القابل للإبطال ، إذ العقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالإجازة ، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة » .

« وعند المفاضلة يتبين أن الفقه الإسلامي في التجائه لفكرة العقد الموقوف ارقى من القانون المصري ، فالقول بوقف العقد حتى يجاز أولى من القول بالنفاذ حتى يبطل ، وقال السنهوري (مصادر الحق ٤/٣٠٦) : إن الأولى بهذا الفقه (الفقه

وقال الدكتور عبد الرزاق حسن فرج : « وحسناً فعل المشرع العراقي في ذلك ، وحبذا لو حذا المشرع عندنا في مصر حذوه ، إذ الأولى أن يقال بوقف نفاذ العقد على إجازة المالك الحقيقي بدلاً من أن يقال بأنه عقد قابل للإبطال ، أو قابل للفسخ ، أو باطل بطلاناً مطلقاً »[1].

رابعاً : الآثار التي تترتب على بيع ملك الغير شرعاً :

ذكرنا أن بيع الفضولي عند الشافعية والحنابلة والظاهرية باطل ، فهو غير منعقد ، وبالتالي فلا ينتج عنه أثر مطلقاً ، ويجب رد الثمن للمشتري ، ورد المبيع إلى المالك .

ولكن بيع الفضولي ــ عند الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة ــ موقوف ، فهو عقد منعقد وجائز ولكنه غير نافذ ، ولذلك فإن آثاره متوقفة فلا تنتقل ملكية المبيع للمشتري ، ولا ملكية الثمن للبائع ، ولا يلتزم

= الغربي) أن يستعير من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفا لا قابلا للإبطال » .

« وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقدالقابل للإبطال بخصوص بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي ، إذ الفقه الإسلامي عالج حكمه بفكرة العقد الموقوف سواء بالنسبة للمالك أو للفضولي ، أما في القانون فإنه جعله قابلا للإبطال بالنسبة للفضولي، واحتاج إلى فكرة عدم سريان التصرف بالنسبة للمالك. . .ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير ــ ولا يزال ــ مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي » المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/١٨٦ .

وانظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٢٧٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٩٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣٤ ، نظرية العقد الموقوف ص ١٢٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٩١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٥١، ١٥٥ ، ٧٣٠، العقود الشائعة ، حكيم ص ٧٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٢ .

(١) نظرية العقد الموقوف ، له ص ١٣٢ ، وهي رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، عام ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م .

بتسليم المبيـــع ، ولا يلتزم المشتري بدفع الثمن ، فالعقد موقوف على إجازة صاحب الحق ، فإن أجاز نفذ ، وإلا بطل ، كما أنه مهدد بالفسخ والزوال ، ولذلك تتحدد آثار بيع الفضولي بأمرين اثنين :

الأول : ثبوت الإجازة لصاحب الحق ، سواء كان المالك نفسه أو كان صاحب الولاية الشرعية على المبيـــع كالولي أو الوصي أو القيم أو القاضي ، فإن أجـــاز صاحب الحق البيع الموقوف نفذ وترتبت عليه جميع آثار البيع كاملة ، وإلا بطـــل العقد ، وكأنه لم يكن ، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني[1] .

ويشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائـــع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً وموجوداً عند الإجازة ، فإن كان أحد هؤلاء هالكاً فلا تصح الإجازة[2] ، كما يشترط في الإجازة أن لا يسبقهـــا الفسخ ، لإن البيـــع إذا فسخ صار باطـــلاً ، والإجازة لا تلحق الباطل ، وسبق أن ذكرنا في شروط عقد الفضولي أن يكون له مجيز عند العقد ، وإلا فلا يكون موجوداً أصلاً .

الثـــاني : ثبوت حق الفسخ في البيع الموقوف ، ويثبت حق الفسخ أولا إلى المالك ، لأن البيع يتعلق بملكه ، وقد يراه ضاراً بمصلحته ، ومتنافياً مـــع رغباته ، وهو أولى الناس بأن يقرر فسخ العقد الذي وقع على ملكه الذي يحميه له الشرع ، كما يثبت حق الفسخ للمشتري الذي يريد ملكاً مستقراً ، وبيعاً هادئاً ، واستقراراً في المعاملات ، كي لا يبقى معرضاً لدعوى صاحب الملك في استرداد المبيع من يده إذا كان قد استلمه ودون أن يضطر لانتظار إجازة المالك ، ويثبت حق الفسخ للبائع لإزالة التعدي الذي ارتكبه على حق غيره ، وتخلصاً من المسؤولية العقدية لتنفيذ البيع بعد إجازته ، وملاحقته بالتعويض إن وجد عند عدم الإجازة[3] .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٧٧ ، مرشد الحيران ، المواد ٣٩٣ ، ٣٥٤ ٤٢٧ ، القانون الأردني ، المادة ٥٥١ / ١ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٧٨ ؛ مرشد الحيران ، المادة ٣٩٤ .

(٣) انظر : فتح القدير ٥/٣١٠ ، بدائع الصنائع ٦/٣٠٢٣ ، حاشية ابن عابدين =

وأخذ القانون المدني الأردني بهذه الأحكام ، ونظمها تنظيماً مسهباً في القواعد العامة ، وبين أن تصرف الفضولي موقوف النفاذ على الإجازة (المادة ١٧١)، وبين صاحب الحق في الإجازة ، وهو المالك أو من تعلق له حق في المعقود عليه أو الولي أو الوصي ، أو لمن يخوله القانون ذلك (المادة ١٧٢)، وتعرض لكيفية الإجازة وأنها تكون بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة ، وأنه يعتبر السكوت إجازة إن دلّ على الرضا عرفاً (المادة ١٧٣)، ثم ذكر شروط الإجازة بأنه يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ، ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينا وقت الإجازة، (المادة ١٧٤)، ثم ختم الكلام عن العقد الموقوف لتحديد وقت النفاذ ، فقال : « إذا أجيز التصرف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره ، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف »[1] .

أما في عقد البيع فقد اقتصر القانون الأردني في بيع ملك الغير على مادتين، تبين الأولى ثبوت حق الفسخ للمشتري ، وأن البيع لا يسري في حق مالك العين المبيعة ، ولو أجازه المشتري (المادة ٥٥٠)، وبهذا يتفق مع القانون المدني تماماً ، ويخالف الفقه الحنفي الذي يثبت حق الفسخ للمشتري والبائع والمالك .

ثم ذكر في المادة الثانية طريقتين لنفاذ البيع وسريانه وهما إجازة المالك وإقراره للبيع ، وأيلولة ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (المادة ٥٥١) ، وفي هذا يتفق مع القانون المدني ، والفقه الإسلامي أيضا[2] .

=
١١٣/٥ ، بلغة السالك ٧/٢ ، حاشية الدسوقي ١٢/٢ ، المجموع للنووي ٢٨٢/٩ ، ٢٨٣ ، المغني ١٥٤/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٢٩٣ ، الفقه الاسلامي ، وهبة الزحيلي ١٨٧/١ ، الأموال ونظرية العقد ، محمد يوسف موسى ص ٣٨٤ .

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١٨٤/١ ـ ١٩٩ .

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني ٥٢٣/٢ .

خامساً : الآثار التي تترتب على بيع ملك الغير قانوناً :

قلنا إن بيع ملك الغير منعقد وصحيح قانوناً، كما أنه نافذ ، ولكنه قابل للإبطال ، ولذلك بين القانون المدني الآثار التي تترتب على بيع ملك الغير في ثلاث مواد (٤٣٤ ــ ٤٣٦)، وتنقسم هذه الآثار إلى قسمين ، آثار بالنسبة للمالك ، وآثار بالنسبة للمتعاقدين .

١ ــ آثار بيع ملك الغير على المالك :

إذا باع شخص ملك غيره ، فإنه يترتب على هذا البيع بالنسبة للمالك النتائج التالية :

١ ــ عدم سريان حكم البيع على المالك ، وهذا ما بينته الفقرة الثانية من المادة ٤٣٤ ، ونصها :

« وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة » .

فالقانون حمى المالك ، وقرر عدم سريان حكم البيع في حقه وتبقى ملكيته ثابتة وصحيحة ، وأن تصرف الأجنبي في ملك الشخص بدون إذنه لا يرتب عليه التزاماً، ولا يسلخ عنه ملكه ، ولا يضعف شيئاً من حقوقه على المبيع ، ولأن القواعد العامة في العقود تقصر نتائج العقد والتزاماته على العاقدين فقط ، ولا يتحمل غيرهما مسؤولية العقد،وهذا ماقررته المادة ١٥٣ من القانون المدني:« لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً »، فالعقد على بيع ملك الغير لا يسري على المالك ، حتى ولو أجاز المشتري البيع ، وأسقط حقه في طلب الإبطال[1] .

٢ ــ ثبوت حق الاسترداد للمالك ، وذلك إذا باع شخص ملك غيره ، وسلم البائع المبيع للمشتري ، فيحق للمالك أن يرفع دعوى الاستحقاق ، كما ذكرناها

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٩٩ .

سابقاً ، صيانة لحقه ، كما يحق له أن يطلب استرداد المبيع ، وإعادته إلى حيازته ، لأن صاحب العين يملك حقاً عينياً على ملكه ، وله الحق بتتبع هذا الحق أينما ذهب ، وفي أي يد مكث ، وحق الاسترداد لا علاقة له بطلب إبطال البيع الذي يثبت للطرفين في العقد ، ولا يثبت لغيرهما ، كما أن حق المالك في استرداد المبيع يثبت له ولو لم يسلم البائع المبيع للمشتري ، وأنه لا يزال تحت يده أو تحت يد غيره ، لكن حق الاسترداد يصطدم بمانع واحد أقره القانون ، إذا كان المبيع منقولاً ، وكان المشتري حسن النية ، ولا يعلم بحق الغير في البيع ، ثم استلم المبيع المنقول من المشتري ، ففي هذه الحالة يسقط حق المالك بالاسترداد ، للقاعدة القانونية المقررة ، وهي أن حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية (المادة ٩٢٧) ، لكن يبقى للمالك بقية الحقوق الأخرى في دعوى الاستحقاق والرجوع على البائع بالتعويض ، بسبب خطئه .

وإن التمسك بحيازة المنقول لمنع المالك من استرداده هو حق قانوني للمشتري ، وليس بواجب عليه ، ولذلك يحق للمشتري أن يتنازل عنه إذا اقتنع بدعوى المالك ، وأن يسلم المبيع للمالك ، فالمبادىء الأخلاقية لا تجبر الإنسان على التمسك بحكم قانوني لإماتة حق غيره[1] .

٣ ــ إقرار البيع : أعطى القانون الحق للمالك أن يجيز البيع ويقره ، مع أنه أجنبي عن العقد ، وهذه خصوصية أقرها القانون في بيع ملك الغير ، وفي هذه الحالة ينفذ ال رتب عليه آثاره القانونية ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح البيع ساري المفعول في حق المالك ، ولا يحق له بعد ذلك طلب الاسترداد ، كما أنه يصبح ساري المفعول في حق المشتري ، ولا يحق له طلب الإبطال ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ ، وهي :

« ١ ــ إذا أقر المالك البيع **سرى العقد في حقه** ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري » .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٢٩٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٢٩٩ .

ويسري العقد في حق المالك من وقت الإقرار ، وبه تنتقل الملكية إلى المشتري مع ما فيها من حقوق رتبها المالك قبل الإجازة ، وللمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي في مقابل هذه الحقوق ، ويصح أن يكون إقرار المالك صريحاً أو ضمنياً ، ولكن هذه الإجازة لا تتيح للمالك أن يحل محل البائع في بقية التزاماته في مواجهة المشتري ، بل تظل العلاقة العقدية قائمة بين البائع والمشتري ، ويطلب من كل منهما تنفيذ التزاماته العقدية ، فيكلف البائع بتسليم المبيع ، ويضمن للمشتري دعوى التعرض والاستحقاق ، كما يضمن له وجود العيوب الخفية في المبيع ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع وتحمل نفقات البيع ، وكل ما تؤثر به الإجازة على العاقدين هو سقوط حق المشتري بطلب الإبطال ، واعتبار العقد صحيحاً لازماً[1] .

٢ ـ آثار بيع ملك الغير على المتعاقدين :

قلنا إن بيع ملك الغير قانوناً يعتبر منعقداً وصحيحاً ونافذاً ، ولكنه غير لازم فيقبل طلب الإبطال ، ومن هنا فإنه تترتب على بيع ملك الغير جميع النتائج والآثار والالتزامات المقررة قانوناً على عقد البيع ، ويحق لكل من الطرفين أن يطلب التنفيذ العيني للبيع ، وإلا طلب الفسخ ، مع ثبوت حق المشتري في طلب التعويض في الحالتين .

هذه هي النتائج العامة المشتركة للعاقدين ، ولكن القانون قرر آثاراً أخرى **خاصة بالمشتري** ، وهي :

١ ـ طلب الإبطال :

قرر القانون بنص صريح حق المشتري في طلب إبطال البيع الواقع على ملك غير البائع ، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٤ ، ونصها :

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٩٧/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٠٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٩٣ ، ١٩٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٧٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٩١ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٨ ، ٣٥٠ .

« إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ، وهو لا يملكه ، **جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع** » .

وحق الإبطال ثابت قانوناً للمشتري فقط ، دون البائع والمالك ، فلا يحق للبائع طلب الإبطال أصلاً[1] ، كما لا يحق ذلك للمالك لأنه ليس طرفاً في العقد ، لكن يحق له طلب الاسترداد كما سبق .

ويثبت للمشتري طلب الإبطال سواء كان جاهلا بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أو كان يعلم بذلك ، لأنه قد يرضى بالشراء معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع وينقلها إليه ، فإذا تبين له عجز البائع عن ذلك فله الحق بطلب الإبطال[2] .

كما يثبت حق المشتري في طلب الإبطال سواء تعرض له المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق وحق الاسترداد أم لم يتعرض ، مادام أن المبيع ملك لغير البائع .

والعلة في ثبوت حق المشتري بطلب الإبطال أن هذا العقد يتنافى مع مضمون عقد البيع ، ومقصده الرئيسي ، وحقيقته الجوهرية ، وهي نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وخاصة أن بيع ملك الغير يقع على عين معينة بالذات ، وتنتقل الملكية فيه بمجرد العقد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري ، لأن البائع غير مالك للمبيع ،

---

(١) ذهب بعض شراح القانون المصري إلى إثبات حق البائع بإبطال البيع ، ولو كان سيء النية ، وكان على علم بأنه يبيع ملك غيره حتى لا يجبر على تسليم ملك غيره والاعتداء على حقه بالقانون والقضاء ، ويذهب الأكثرية إلى منع البائع من طلب الإبطال سواء كان حسن النية أو سيء النية ، لأنه مقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له، وعليه أن يتحمل مسؤولية تقصيره (انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٢٩٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ٥٩، شرح القانون المدني، الهلالي وزكي ص ١٧٤) .

(٢) انظر انتقاد هذا الراي ، واقتراح أن يكون للمشتري حق الفسخ إذا كان يعلم عند العقد أن المبيع مملوك لغير البائع ، في (العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٨٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ٥٤) .

وفاقد الشيء لا يعطيه ، ويتمسك المشتري بطلب الإبطال إما بدعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن المدفوع ، أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن •

ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال في أربع حالات :

الأولى : أن يتنازل المشتري نفسه عن هذا الحق ، ويجيز البيع ، فيسقط حقه بعد ذلك في طلب الإبطال ، لأن الساقط لا يعود ، وهو الذي يتحمل مسؤولية تصرفه بالتنازل عن طلب الإبطال ، أو إجازة البيع صراحة أو دلالة ، وينقلب البيع صحيحاً لازماً بين المتعاقدين ،وتترتب الالتزامات الكاملة على كل من الطرفين ، ولأن الحق الخاص يسقط بالإسقاط من كامل الأهلية ، بمقتضى القواعد العامة في القانون •

لكن إجازة المشتري للبيع لا تصل إلى المالك ، ولا تنقل الملكية إلى المشتري ولا تؤثر في حق المالك في طلب الاستحقاق والتعرض ، ويطلب المشتري من البائع تنفيذ البيع الذي أجازه ، فلا يستطيع البائع تنفيذ التزامه ، ولا يمكنه نقل الملكية لأنه غير مالك ، وهنا يطلب المشتري فسخ البيع ، مع طلب التعويض ، وإن تعرض المالك للمشتري بالاستحقاق ، فيرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق •

الثانية : أن يجيز المالك الحقيقي العقد ، ويقر البيع ، فهنا يصبح العقد نافذاً في حق المالك ، ويزول المانع من سريان البيع على المالك ، وإذا زال المانع عاد الممنوع ، كما شرحناه سابقاً •

الثالثة : أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ، فإذا أصبح البائع مالكاً للمبيع ، بأي سبب كان كالإرث أو الهبة أو الوصية أو الشراء ، فقد استقر البيع ، وزال الاضطراب الذي كان يهدد المشتري بزوال المبيع منه ، ويمنع نقل ملكية المبيع حقيقة إليه ،وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ ، وهي :

« وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » •

ولكن يشترط في الحالتين السابقتين : أن تتم الإجازة والإقرار من المالك ، وأن يؤول المبيع إلى البائع ، قبل رفع الدعوى من المشتري بطلب الإبطال ، فإن رفع المشتري دعوى الإبطال فقد ثبت حقه بذلك ، ويتحتم على القضاء الحكم به، ولو أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكاً للمبيع قبل صدور الحكم ، لأن القاضي يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى فقط .

الرابعة : التقادم : ويسقط حق المشتري بطلب إبطال البيع بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع ، كما يسقط بانقضاء خمس عشرة سنة في كل الأحوال من وقت البيع[1] .

٢ ـ طلب التعويض :

يحق للمشتري أن يطلب التعويض من البائع الذي باعه ملك غيره بعد أن حكم للمشتري بإبطال البيع ، وهو ما جاء في المادة ٤٣٦ ، ونصها :

« إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ، ولو كان البائع حسن النية »[2] .

فحق المشتري لا يقتصر على مجرد طلب الإبطال ، بل أعطاه القانون فوق ذلك الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر من هذا الإبطال ، ويشمل التعويض الخسارة التي لحقته ، والكسب الذي فاته بسبب الإبطال ، ولكن حق المشتري في طلب التعويض ليس مطلقاً ، بل يشترط فيه أن يكون المشتري حسن النية ، بأن لا يعلم وقت العقد أن البائع لا يملك المبيع ، فإن كان عالماً بذلك فلا يحق له طلب

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٨٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٠١، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣٠ ، عقد البيع ، جراح ص ٥٤ ، ٥٧ ، ٦١ ، ٦٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٨٨ ، ١٩٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٧٧ ، ٨٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٢٤٦ ، ٣٤٩ .

(٢) يقابلها المادة ٤٦٨ من القانون المصري، والمادة ٤٥٧ من القانون المدني الليبي.

التعويض ، لأنه أقدم على البيع ، وهو عالم بأن المبيع ليس مملوكاً للبائع ، وعليه أن يتحمل تبعة ذلك ، خلافاً لحق المشتري في طلب الإبطال فإنه يثبت له مطلقاً، سواء كان حسن النية أم سيء النية ، وفي حالة علمه بأن المبيع ليس مملوكاً للبائع فيحق له طلب الإبطال واسترداد الثمن فقط ، ولا يحق له التعويض ولا مصروفات البيع التي أنفقها .

ولا يشترط في طلب التعويض أن يكون البائع سيء النية ، أي يعلم عند العقد أن المبيع غير مملوك له ، فإنه يتحمل التعويض بعد إبطال البيع ، سواء كان حسن النية أم سيء النية ، ويكون مصدر التعويض هو الخطأ التقصيري عند سوء نيته ، والخطأ في تكوين العقد في حال حسن النية ، وأن التعويض عن الخطأ لا يشترط فيه القصد وسوء النية ، كما نصت على ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المصري[1] .

سادساً : نقاط الاتفاق والاختلاف بين الشريعة والقانون :

بعد عرض التكييف الشرعي والقانوني لعقد بيع ملك الغير ، وبعد بيان الآثار والنتائج والأحكام التي تترتب عليه ، فإننا نلخص نقاط الاتفاق والاختلاف بين القانون المدني السوري ومعه القانون المصري والليبي ، وبين الفقه الإسلامي في المذهبين الحنفي والمالكي والقول القديم عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، ومعهم القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني .

أ ـ نقاط الاتفاق :

١ ـ أن بيع ملك الغير منعقد لتوفر أركانه وشروط انعقاده .

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/١٩٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٢٩١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٠٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٩٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٧٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٩٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٤٧ .

٢ ــ أن بيع ملك الغير غير نافذ على المالك الحقيقي للمبيع .

٣ ــ أن بيع ملك الغير قابل للإبطال والفسخ ، وغير مستقر إلا استثناء .

٤ ــ أن علم المشتري وقت العقد أن المبيع غير مملوك للبائع لا يمنع من طلب الإبطال والفسخ .

٥ ــ أن إجازة المالك الحقيقي للبيع تجعله نافذاً وصحيحاً ومستقراً ، وتمنع إبطاله .

ب ــ نقاط الاختلاف :

وتختلف الأوصاف والأحكام في بيع ملك الغير بين القانون والفقه بما يلي :

١ ــ أساس قابلية الإبطال : إن أساس قابلية الإبطال في بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي يرجع إلى توقفه على إجازة المالك ، وفي القانون يرجع إلى المشتري الذي يتهدد حقه في المبيع بدعوى الاسترداد ، فالفقه اهتم بحماية المالك ، والقانون اهتم بحماية المشتري .

٢ ــ صاحب حق الإبطال : إن الفقه الإسلامي يمنح حق الإبطال للمالك ، لتجاوز البيع على ماله وحقه ، كما يمنحه للمشتري لأن حقه مهدد بالزوال ، ويمنحه ثالثاً للبائع ليتخلص من المسؤولية التي تورط بها ، أما في القانون فلا يثبت حق الإبطال إلا للمشتري .

٣ ــ حق الاسترداد : يثبت حق الاسترداد في الفقه مطلقاً في المنقول والعقار، لأن حق المالك ثابت وسابق عن غيره ، أما في القانون فإن حق الاسترداد مقيد في غير المنقول عند حسن النية ، لأن حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية ، ولا يستطيع المالك في هذه الحالة طلب الاسترداد ، ويقتصر حقه على بيع العقار ، وعلى بيع المنقول إذا كان المشتري سيء النية .

٤ ــ التعويض : لقد قرر القانون صراحة حق المشتري بالتعويض عند إبطال البيع ، ولا يوجد لذلك مثيل في الفقه الإسلامي ، وإن كانت قواعده العامة ومبادىء الضمان فيه لا تمنع من ذلك ، ولكنه يحتاج إلى اجتهاد وتخريج[1] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٠٨ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ١/١٨٤ وما بعدها .

الفصل الثالث

بيـــع الحقوق المتنازع عليها

إن بيع الحقوق المتنازع عليها من أنواع البيوع الخاصة التي وضع القانون لها أحكاما خاصة ، وتدخل في إرادة المتعاقدين ، وفرض لها أحكاما معينة ، فجعلها من النظام العام التي لا يحق للطرفين مخالفتها أو الاتفاق على تغييرها •

وقد نظر القانون لبيع الحقوق المتنازع عليها نظرة ارتياب وشك ، ولذلك منح بعض الأطراف حق استرداد المبيع ، وفرض على المشتري أن يرد المبيع ، فإن امتنع أجبر قضاء عليه ، وإذا ازدادت الريبة قرر القانون اعتبار البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا ينتج أثراً بين المتعاقدين ، ويبقى المبيع عند صاحبه •

وبين القانون بيع الحقوق المتنازع عليها وشروطه وأحكامه في أربع مـواد (٤٣٧ ــ ٤٤٠)، وقسم البيع بحسب حكمـه وأثره إلى قسمين ، وسوف نبـين الحكمة القانونية من تدخل القانون في بيع الحقوق المتنازع عليها ، ونذكر الأوصاف والشروط المشتركة ، ثم نشرح حكم كل نوع وخصائصه على انفراد •

اولاً : بيان الحقوق المتنازع عليها :

إن الاختلاف بين الناس على الحقوق والأموال أمر طبيعـي ، فإذا اختلف شخصان على حق مالي بينهما ، فادعاه كل منهما لنفسه ، وأنكر حق غيره فيـه ، وثار نزاع بينهما على الحق، فهنا يلجأ أحد الطرفين إلى بيعه من ثالث ليخرج مـن النزاع ، ويتخلص من الخلاف ، ويخلص له الثمن الذي قبضه ، ليتولى المشتري ملاحقة الحق ، ومخاصمة الأول ، وتقرير حقه الكامل على المبيع •

وقد يكون الأمر طبيعياً ، ولا بأس بهـذا البيع ، ولكنه قد يخفي وراءه أموراً كثيرة ، فالمشتري لم يقدم على هذا الشراء غالباً إلا بثمن بخس ، وهو يطمع أن يحقق الكسب الكبير من ورائه ، ويخلّص المبيع من المتنازع معه بأساليب ملتوية ، بينما يرضى البائع بالثمن القليل ، ليرتاح من الدعوى والخصومة والنزاع ، ويكتفي بهذا الثمن حالاً بدلاً من الانتظار إلى إنهاء النزاع ، وقد يحس من نفسه العجز أو الضعف في الوصول إلى الحق الكامل ، وقد يوقن أن حجته أمام القضاء واهيـة أو ضعيفة أو معدومة ، فيبيع حقـه إلى ثالـث ليكيد خصمه ، ويتسلط المشـتري الجديد على الدعوى والخصومة ، ويستغل نفوذه ، ليحقق الربح ويتفرد بالحـق المتنازع فيه .

والحق المتنازع عليه قد يكون عينياً كحق الملكية ، وقد يكون حقاً شخصياً كمبلغ من النقود ، وقد يكون على عقار ، وقد يكون على منقول ، مما يجوز بيعه في الأحوال العاديـة ، فيكون بيعاً في الحـق العيني ، ويكون حوالة في الحـق الشخصي[1] .

ثانياً : بواعث التدخل في بيع الحقوق المتنازع عليها :

تدخل القانون في بيع الحقوق المتنازع عليها ليرد قصد المشتري على نفسه، ويزيل المحاذير التي ينطوي عليها هذا البيع ، ويدفع الأخطار أو الأوهام التـي تقترن به ، ويحافظ على القيم العامة في المجتمع ، ويمكن تلخيص هذه البواعـث والأهداف بما يلي :

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٩٩ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٠، عقد البيع ، عامر ص ٣٦ ، ٣٩ ، مجموعـة الأعمـال التحضيرية ٤/٢٠٤ ، العقـود المسماة ، الذنون ص ٣٣٤ ، العقـود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٤ ، شـرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٢١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٩ .

١ ـ منع المضاربة :

ينطوي بيع الحقوق المتنازع عليها على فكرة المضاربة من المشتري لاستغلال نفوذه وظروفه لسلب أموال الناس ، واقتناص حقوقهم ، والاصطياد في الماء العكر، واستغلال الخصومة بين الأفراد ، والخلاف بينهم ليشتري حقاً غير متأكد من وجوده واستقراره ، فهو على خطر الوجود والعدم ، وهو بيع احتمالي ، يغامر به المشتري، وقد يخسر ما دفعه من الثمن ، ولكن يشجعه على ذلك سلطته ونفوذه ، فيشتري بثمن بخس ، ويحقق مكاسب جمة ، فتدخل القانون في ذلك ، فإن كان المشتري مرابياً ومضارباً فقرر القانون حق استرداد المبيع للمتنازع ضده ، وإن كان المشتري صاحب سلطة ونفوذ في القضاء فيعتبر البيع باطلاً من أساسه .

وقد يقال : إن القانون لا يمنع البيع بثمن بخس ، ولا يمنع بيع الأموال الاحتمالية ، ولا يمنع المضاربة والمراباة بشكل عام ، وإن هذا الباعث لا يكفي للتدخل القانوني ؟! والجواب أن القانون لا يمنع كل نوع من هذه البيوع لمجرده، ولكنها إذا اجتمعت أصبحت خطرة وضارة ، بالإضافة إلى البواعث والأهداف التالية .

٢ ـ منع الاستغلال :

إن رجال القضاء موظفون لدى الدولة ، وبناط بهم مهمات جليلة في فصل النزاع وإنهاء الخصام ، وتأمين الحقوق ، وضمان العدالة للناس ، فإذا أراد أحدهم أن يستغل منصبه ووظيفته، ويعمل في المضاربة لجمع الأموال ، وسلب المتخاصمين أموالهم ، مستغلاً سلطته لإنهاء النزاع إلى جانبه ، فهنا تدخل القانون واعتبر البيع باطلا أصلا ، حفاظاً على هيبة القضاء ، وسمعة المحاكم ، ولمنع استغلال الوظيفة والسلطة لجمع الأموال ، والإثراء على حساب الآخرين .

وقد لا يخطر ببال المشتري من رجال القضاء هذه الأطماع والنوايا ، ولكن الناس تظن ذلك ، فيؤثر على سمعته الشخصية وسمعة القضاة عامة ، ويطعن

في قدسية المحاكم ، ويخدش في نزاهة القضاة وحيادهم ، فتدخل القانون لرفع هذه الأخطار والأوهام على إحدى سلطات الدولة الرئيسية .

٣ ـ التخفيف من المنازعات :

إن بيع الحقوق المتنازع عليها يوجب بقاء المنازعات والدعاوى والخلافات مستمرة حتى تأخذ مجراها الكامل ، وتصل إلى غايتها الأخيرة ، ويقطع الطريق في الصلح ، أو التنازل عن الدعوى ، أو التراجع عن الحق ، وقد يعترف البائع بقرارة نفسه أنه على باطل ، فإذا جاء المشتري ، وقد دفع ثمن المبيع ، فلا يمكن أن يتنازل عن المبيع ، أو يتراجع في الدعوى ، أو يتصالح مع المتنازع ضده ، ولم يشتر المبيع إلا وهو قاصد جني الثمار الكاملة من الدعوى والحكم ، وهنا تدخل القانون لتحقيق مصلحة اجتماعية من جهة ، وتحقيق مقصد أساسي للقضاء من جهة ثانية ، وهو وضع حد للمنازعات والقضايا ، وإنهاء الخصومة بين الأطراف بأقصر طريق ممكن ، فإذا استرد المتنازع ضده الحق المتنازع فيه ممن اشتراه ، فقد أنهى الخصومة ، ووضع حداً للنزاع ، ودفع للمشتري الثمن دون أن يخسر شيئاً ، وهذا ما ينشده القانون ، وتتطلع إليه العدالة ، فالمبدأ القانوني في ظاهره استرداد للحق ، وفي حقيقته نوع من الصلح ، والصلح سيد الأحكام .

فكأن القانون افترض انتقاصاً في أهلية الأداء للمشتري التي تخوله ثبوت الحق له ، أو طبق القاعدة القائلة « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه »، أو اعتبر أن هذه الأهداف من النظام العام التي لا يترك تقديرها للأفراد خشية العبث بها ، والتأثير على قيم المجتمع ومبادئه السامية[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١١٩٧ ، ٢١٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣٣ ، ٣٤٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٢ ، ١٢٨ ، عقد البيع ، الجراح ص ٦٥ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢١٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٩ .

ثالثاً الأوصاف والشروط في بيع الحقوق المتنازع عليها :

نصت المادة ٤٣٧ من القانون المدني على ما يلي :

« ١ ــ إذا كان الحق **الحق المتنازع فيه** ، قد تنازل عنه صاحبه **بمقابل** إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » .

« ٢ ــ ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي »[1] .

يؤخذ من هذا النص أنه يشترط في بيع الحقوق المتنازع عليها عدة أوصاف وشروط ، وهي :

١ ــ ان يكون الحق متنازعا عليه :

يحصر القانون هذه الأحكام في بيع الحقوق المتنازع عليها ، وهي التي يثار عليها الخلاف بين شخصين فأكثر، ويتجلى هذا الخلاف بأحد أمرين :

الأول : رفع الدعوى إلى المحاكم في موضوع الحق بالذات ، بأن يتعلق النزاع بوجود الحق أو انقضائه أو بمداه أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعي بهدف رفضه نهائياً كالتقادم مثلا ، فالحق غير ثابت لصاحبه حتى يثبته أمام القضاء ويصدر فيه حكم نهائي .

أما مجرد رفع الدعوى فلا يؤثر ، كما لو كان النزاع في مسألة شكلية في الإجراء لعدم صحة الإعلان ، أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة أو عدم وجود صفة للمدعي ، أو كانت الدعوى في ذات الحق ، ولكنه صدر حكم نهائي فيه بانتهاء

---

(١) يقابلها المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥٨ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٩٣ من القانون المدني العراقي .

المعارضة والاستئناف فانحسم النزاع وصار غير متنازع فيه ، أما صدور الحكم الابتدائي فيه فلا يرفع عنه صفة النزاع .

الثاني : أن يثار حول الحق المبيع نزاع جدي بين الأطراف ، ولو لم ترفع فيه دعوى، بأن يتنازع الأطراف الحق، ويدعيه كل منهم لنفسه، ويمنع غيره من التصرف فيه ، أو التنفيذ عليه ، خلافا للقانون الفرنسي الذي لا يكتفي بمجرد وجود النزاع الجدي ، بل يشترط رفع الدعوى فيه (المادة ١٧٠٠).

ومعرفة كون الحق متنازعاً عليه مسألة موضوعية متروكة لقاضي المحكمة الذي يفصل فيها .

ويجب أن يوجد النزاع على الحق وقت الشراء ، فإن لم يتوفر النزاع وقت الشراء فالعقد صحيح ، سواء حصل النزاع بعد الشراء ، أو تمّ حسم النزاع ثم وقع الشراء بعده .

٢ ــ أن يكون النزول عن الحق بمقابل :

يشترط في التنازل عن الحق المتنازع عليه أن يكون بمقابل ، لتتحقق المعاوضة من جهة ، وتتوفر المضاربة والاستغلال من جهة ثانية ، وهذا يشمل البيع ، والوفاء بمقابل ، والصلح ببدل ، والمقايضة[1] ، ولذا عبر القانون بلفظ التنازل

---

(١) يرى بعض شراح القانون تبعاً للشراح الفرنسيين أن التنازل عن الحق المتنازع فيه بالمقايضة يمنع الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع تقديم مثل العوض، ولكنه يستطيع تقديم القيمة ، والقيمة لا تجزي عن المثل . (انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٢٠٠ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ١١٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ٧١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٤) .

ويرجح أكثر الشراح ثبوت حق الاسترداد في المقايضة ، لأن المقايضة بيع في الحقيقة ، والمسترد يدفع المثل في المثليات ، والقيمة في القيميات . (انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٦) .

بمقابل ، ليشمل كل ذلك ، فإن كان التنازل بدون مقابل كالهبة كان تبرعاً ، والتبرع يتنافى مع المضاربة والاستغلال ، ولأن الاسترداد لا بد أن يكون بمقابل ، فإن كان التنازل بدون مقابل فلا يجوز استرداده ، وإلا كان التبرع للمتنازع معه ، وصاحب الحق لم يقصد ذلك ، ولن يرضى بـه .

ولا يشترط في المقابل أن يكون نقداً ، وإنما يصح أن يكون عيناً ، سـواء كانت مثلية أو قيمية ، وعلى المتنازع معه أن يقدم المقابل ، فإن كان مثلياً فيقدم مثله ، وإن كان قيمياً فيدفع قيمته .

٣ ـ أن يكون المشتري عالماً بالتنازع(١) :

ولا بد أن يكون المشتري عالماً وقت الشراء بوجود التنازع على الحق المبيع ، وبالتالي يعلم أن البائع يتنازل عنه تخلصا من النزاع ، وتهربا من الخصومة ، وأن تقدير الثمن قد تمّ على هذا الأساس ، ويضع المشتري نصب عينيه فكرة المضاربة ، فإن كان المشتري لا يعلم بذلك فقد دفع الثمن مقابل الحق الكامل ، وتنتفي عنده غاية المضاربة والاصطياد في القضايا المتنازع عليها ، ويسقط بالتالي حق الاسترداد للمتنازع معه(٢) .

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٠٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٢ .

وقارن الوسيط ، السنهوري ٤/٢٠٠ فإنه لا يشترط علم المشتري بقيام النزاع ، وفي حالة عدم العلم يرجع المشتري بالضمان أيضا على البائع .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٩٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣١ ، ٣٤١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٢ ، ٣١٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٨ ، ٤٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ٦٩ ، شـرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢١٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٣ ، شـرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٧٠ .

وقد ذكر القانون بعض الحالات التي يسقط فيها حق الاسترداد لوجود قرائن تدل على انتفاء فكرة المضاربة ، وسوف نذكرها بعد قليل .

رابعاً : حق الاسترداد :

ذكرت المادة السابقة ١/٤٣٧ في بيع الحق المتنازع فيه أن للمتنازع ضده أن يخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

وهذا يعني أن القانون اعتبر التنازل ، سواء كان بيعاً أم غيره ، صحيحاً ، فالبيع منعقد وصحيح ونافذ ، ولكن أثبت القانون للمتنازع ضده حق استرداد المبيع من المشتري ، لانهاء النزاع ، وقطع الخصومة ، ومنع المضاربة ، مع عدم الاضرار بالمشتري ، بالإضافة إلى كون البائع قد رضي من القضية بما قبضه من الثمن ، فينتهي التنازع نهائياً بما يشبه الصلح بين الأطراف .

وحق الاسترداد شرعه القانون لمصلحة المتنازع ضده فهو بالخيار إن شاء تمسك بهذا الحق ، وإن شاء تركه ، واستمر في الدعوى والقضاء لانهاء النزاع ، ولكنه إن اختار الاسترداد وتمسك به فيلزم المشتري به ، ويجبر عليه، لأنه مفروض قانوناً ، ولا خيار له في الأمر .

ويشترط لثبوت الاسترداد أن تتوفر الشروط السابقة ، وهو وجود التنازع عند الشراء ، وأن يكون التنازل بمقابل ، وأن يكون المشتري عالماً وقت العقد بالتنازع على المبيع ، وأن يرتفع المانع من الاسترداد بوجود إحدى الحالات الاستثنائية التي لا يثبت فيها حق الاسترداد .

وتحدد كيفية الاسترداد بأن يقوم المتنازع ضده بأمرين :

١ ــ أن يعلن إرادته في الاسترداد أمام المحكمة إن كانت الدعوى مرفوعة ، وطالبه المشتري بالحق الذي اشتراه ، فإن لم ترفع الدعوى بالنزاع فيعلن صاحب

الحق طلب الاسترداد إلى المشتري مباشرة ، وليس إلى البائع الذي خرج من النزاع بالتنازل عن الحق المتنازع فيه .

٢ ـ أن يرد المتنازع ضده للمشتري فعليا الثمن وتوابعه ، أو أن يعرضها عليه عرضا حقيقيا[1] ، وهذا ما أكدته المادة السابقة ٤٣٧/١ .

ويجب على المتنازع ضده أن يرد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه لشراء الحق المتنازع فيه ، والتعبير بالثمن الحقيقي للاحتراز من الثمن الصوري الذي يتفق عليه ظاهريا ليكون أكبر من الواقع ، ويترتب عليه الرسوم الكثيرة ، فصاحب حق الاسترداد يلتزم بدفع الثمن الحقيقي والرسوم التي يقتضيها هذا الثمن ، دون الكلفة الزائدة ، كما ألزمه القانون بدفع فوائد الثمن الحقيقي من وقت دفعه للبائع ، بحسب سعر الفائدة القانوني ، كما يدفع للمشتري مصاريف عقد البيع ومصاريف التسجيل في السجل العقاري ، كما يتحمل صاحب حق الاسترداد نفقات دعوى الاسترداد ، وكذلك مصروفات دعوى المشتري إذا كان قد رفعها على المتنازع ضده .

فإن تمّ استرداد الحق المتنازع فيه للمتنازع ضده فإن الثاني يحل محل الأول، ولا يفسخ العقد السابق ، ولا يعتبر الاسترداد شراء جديداً للحق المتنازع فيه ، ويسقط كل ما رتبه المشتري على المبيع من حقوق ، كما تبقى العلاقة قائمة بين البائع والمشتري ، ويكلف كل منهما بالالتزامات المترتبة عليه في عقد البيع كالثمن للبائع

---

(١) يرى أكثر رجال القانون والقضاء في فرنسا ، وتابعهم بعض شراح القانون في مصر إلى عدم اشتراط العرض الحقيقي للثمن ، قياساً على حالة بيع الوفاء ، وخالفهم أكثر الشراح العرب لأنه قياس مع الفارق ، لأن بيع الوفاء يعتبر معلقا على شرط فاسخ ، والمقصود من حق الاسترداد هو حسم النزاع وتصفية تشتت الحق بين أطرافه .

(انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٧ ، عقد البيع ، الجراح ص ٧٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣٧) .

عند أكثر الشراح ، وفي الاسترداد تنتهي الخصومة ، ويقطع النزاع في الحق المتنازع فيه ، فإن كان الحق شخصياً اتحدت فيه الذمة ، وصار لشخص واحد ، وإن كان حقاً عينياً تفرد به صاحب حق الاسترداد على مبدأ الصلح الجبري[1] .

وفي ليبيا صدر القانون رقم ٨٦ سنة ١٩٧٢ بشأن تحريم عقود الغرر في القانون المدني وتعديل بعض أحكامه بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، وقرر المشرع الليبي منع بيع الحقوق المتنازع عليها ، وبالتالي فلا يجوز البيع ، ولا يثبت حق الاسترداد نهائيا ، وأبقى المشرع الحالات الاستثنائية التي ينفذ فيها البيع لأنها تنهي النزاع في الحق ، ولا تعتبر من قبيل المضاربة[2] .

خامساً : الحالات الاستثنائية التي لا يثبت فيها حق الاسترداد :

ذكر القانون في المادة ٤٣٨ ثلاث حالات[3] لا يسري عليها حق الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة فيها غالباً ، وعدم ظهور استغلال الخصومة فيها ، وهي :

١ ــ إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت كلها دفعة واحدة بثمن واحد .

ففي هذه الحالة لا يحق للمتنازع ضده أن يسترد الحق المتنازع فيه ، لأنه

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٩٧ وما بعدها ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٠٥ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١١٥ ، ١١٨ ، عقد [illegible] ، الجراح ص ٦٩ ، ٧٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٦ .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٧٠ ، ٣٧٣ .

(٣) ويقابلها المادة ٤٧٠ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٥٩ من القانون الليبي ، والمادة ٥٩٤ من القانون العراقي ، ويوجد في هذه المواد حالة رابعة ، وهي إذا كان النزاع على حق يثقل عقاراً فبيع الحق لحائز العقار ، وكان العقار مرهوناً أيضا ، فلا يحق للمتنازع ضده استرداد الحق المبيع ، لأن هدف الحائز إنهاء الرهن ، وليس المضاربة ، وقد حذف القانون السوري هذه الفقرة لأنها تتنافى مع الأحكام العقارية أصلاً في سورية .

فقد ذاتيته ولم يتخصص بثمن مستقل ، ولأن بيعه كان في مجموعة من المال بيعت بثمن واحد ، فانتفت فكرة المضاربة منه .

٢ ــ إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو مالكين ، وباع أحدهم نصيبه للآخر ، لأن شراء الشريك لنصيب شريكه أمر عادي ، وأن الاشتراك هو الدافع إلى الشراء ولا يقصد منه المضاربة غالباً ، ولذلك لا يحق للمتنازع معه أن يسترد الحق المبيع من الشريك المشتري ، بل إن رغبة المشرع دائماً إزالة الشيوع بقدر الإمكان لما قد يؤدي إلى متاعب أو مصاعب أو مشاكل أو نزاع بين أصحابه.

٣ ــ إذا تنازل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته، فليس للمتنازع معه أن يسترد الحق المبيع من المشتري لقاء دفعه الدين الذي سقط عن البائع ، لأن قصد المشتري أن يستوفي دينه ، وليس في نيته المضاربة والاستغلال، فلا مسوغ لإثبات حق الاسترداد في هذه الحالة[1] .

حق الاسترداد في الفقه الإسلامي :

إن حق الاسترداد الذي شرحناه سابقاً لا وجود له في الفقه الإسلامي ، ولكن أحكام الاسترداد تشبه أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي ، وذلك بأن يحل شخص محل آخر جبراً عليه ، ليسلم له المبيع كاملا ، ويرد للمشتري ما دفع ، مع فوارق بينهما من عدة نواح ، فالشفعة تختص بالعقار فقط ، وحق الاسترداد القانوني يشمل العقار والمنقول والحقوق الشخصية ، والشفعة تثبت للشريك والجار عند الحنفية ، وتثبت للشريك فقط عند الشافعية ، أما حق الاسترداد فيثبت للمتنازع معه فقط في بيع الحق المتنازع فيه ، والشفعة تثبت في المبيع سواء كان متنازعاً عليه أم لا ، أما حق الاسترداد القانوني فينحصر حالة وجود تنازع عليه ، كما أن الشفيع

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٠٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٤/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٢٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ٧٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٣٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٧٣ .

في الفقه الإسلامي يحل محل المشتري تجاه البائع ، ويخرج البائع من القضية نهائياً ، أما في القانون فإن صاحب الاسترداد يحل محل المشتري فقط في المبيع ، وتبقى العلاقة بين البائع والمشتري قائمة[1] .

وإن فكرة حق الاسترداد القانونية لا يمنع الشرع منها ، ويترك تخريجها للفقهاء ، كما يحق لولي الأمر المسلم أن يقرها وينظمها رعاية للمصالح العامة ، ومنعاً للمضاربة ، ورغبة في إنهاء النزاع وقطع الخصومة ، وتشجيعاً للصلح بين المتنازعين مما تفتح له الشريعة أبوابها ، وترغب به ، وتشجع عليه .

سادساً : بطلان بيع الحقوق المتنازع عليها لرجال القضاء :

لاحظنا سابقاً أن القانون اعتبر بيع الحقوق المتنازع عليها لشخص أجنبي عقداً صحيحاً ، وقرر فيه حق الاسترداد ، ولكن القانون كان أكثر حذراً وأشد حيطة ، وأصلب موقفاً ، إذا تم بيع الحقوق المتنازع عليها لرجال القضاء ، الذين أنيط بهم مهمة جليلة ، ووظيفة مقدسة ، وهي الفصل بين الخصوم وضمان العدالة للناس وحفظ الحقوق لهم ، فإن اشترى أحد من رجال القضاء حقاً متنازعاً عليه فيعتبر العقد باطلا بطلاناً نهائياً ولا يترتب عليه أثر ، والقصد من ذلك منع رجال القضاء من ممارسة التعامل في الحقوق المتنازع عليها ، وحرمانهم من التصرف فيها ، لما تجره من ويلات وأخطار ومحاذير تضر بالمجتمع والأمة والدولة والنظام والقانون.

فنصت المادة ٤٣٩ على ما يلي :

« لا يجوز للقضاة والمساعدين العدليين والمحضرين في المحاكم والدوائر القضائية ولا للمحامين أن يشتروا لا بأسمائهم ، ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع

---

(١) انظر أحكام الشفعة في (مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٩٥٠ ـ ٩٥٤ ، مرشد الحيران ، المواد ٩٥ ـ ١٠٣ ، الفقه الإسلامي ، فوزي فيض الله ص ١٠٩ وما بعدها، فقه المعاوضات ، مصطفى الخن ص ٢٥٩ وما بعدها ، العقود المسماة ، الزرقا ص٣١٩، الملكية في الشريعة الإسلامية ، العبادي ١٦٨/٢) .

فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة أو الدائرة القضائية التي يباشرون أعمالهم في منطقتها ، **وإلا كان البيع باطلا** »[1] .

وهذا يفيد الأمور التالية :

١ ـ العقد باطل : حظر القانون على رجال القضاء أن يشتروا الحقوق المتنازع عليها ، فإن أقدموا على ذلك فالعقد باطل ، لتعلق الأمر بالنظام العام ، وجاء النص عنه بعبارة « لا يجوز ... وإلا كان البيع باطلا » وبالتالي لا يثبت للمتنازع ضده حق استرداد المبيع ، بل يرجع الحق إلى صاحبه الأصلي ، وسبب تعلقه بالنظام العام أن رجال القضاء يستغلون نفوذهم وعملهم في شراء الحقوق المتنازع عليها ، وإن لم يقصدوا ذلك فإنهم يفتحون باب الريبة والطعن والشبهة في حياد القضاة .

٢ ـ الأشخاص الممنوع عليهم الشراء : يعمل في سلك القضاء أصناف كثيرة من الأشخاص ، والقانون حصر المنع بأربعة أصناف فقط ، وهم : القضاة ، والمساعدون العدليون ، والمحضرون والمحامون ، لكون هؤلاء يمارسون العمل القضائي ويؤثرون في سير الدعوى وإجراءات النظر فيها [2] ، وهذا التعداد للحصر ، فلا يقاس عليهم غيرهم .

ويستوى الأمر أن يكون الشراء بأسمائهم صراحة أو بأسماء مستعارة لصالحهم كاسم الزوجة أو الولد أو القريب أو الصديق ، أو العميل الخاص لهم ، ويستوي أن يكون الشراء لكامل الحق أو بعضه .

ويخرج من الحظر خبراء المحاكم والمترجمون وكتبة المحامين والمستخدمون في

---

(١) يقابلها المادة ٤٧١ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٠ من القانون الليبي ، والمادة ٥٩٥ من القانون العراقي ، والمادة ٣٨٠ من التقنين اللبناني .

(٢) أضاف النص المصري والليبي فئة « أعضاء النيابة » بينما اقتصر النص العراقي على عبارة مجملة « عمال القضاء » ، فيدخل كل موظف فيه ، وأضاف التقنين اللبناني مادة باعتبار الزوجات والأولاد وإن كانوا راشدين أشخاصا مستعارين .

المحاكم والحراس والحجاب والشرطة داخل المحاكم لبعد هؤلاء عن التأثير في سير الأعمال القضائية .

٣ ـ شروط بيع المتنازع فيه : يشترط لبطلان بيع الحقوق المتنازع فيها لرجال القضاء خمسة شروط ، منها الشروط الثلاثة السابقة ، وهي وجود النزاع على الحق وقت الشراء ، وأن يكون التنازل بمقابل ، وأن يكون المشتري عالماً بوجود النزاع على الحق عند العقد ، ويضاف إلى ذلك الشرط الرابع أن تتوفر الصفة القضائية في المشتري وقت الشراء ، بأن يكون من القضاة أو المحامين أو المساعدين القضائيين أو المحضرين ، فإن تم الشراء قبل ذلك ثم اكتسب هذه الصفة بعد العقد فلا يبطل البيع ، ويثبت للمتنازع ضده حق الاسترداد ، وإن اشترى شخص حقاً متنازعاً فيه ثم عين قاضياً أو نقل إلى المحكمة المختصة بالنظر فيه فرفع النزاع أمامه فلا يبطل البيع ، وعليه أن يتنحى عن نظر القضية ، والشرط الخامس أن يكون النظر في النزاع داخلا في اختصاص المحكمة التي يباشر الممنوع عمله في دائرتها ، وهذا يتسع ويضيق بحسب اختصاص المحكمة المكاني الذي يعمل بها ، من محكمة صلح إلى محكمة بداية إلى محكمة استئناف إلى محكمة النقض ، وهذه الأخيرة يشمل اختصاصها المكاني جميع القطر ، فلذلك يحظر على رجال محكمة النقض شراء الحقوق المتنازع فيها داخل سورية كلها ، فإن اشترى رجال القضاء حقاً متنازعاً عليه خارج اختصاص محكمتهم فلا يعتبر البيع باطلا ، بل يكون صحيحا ، ويخضع لحق الاسترداد السابق[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢١٢/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٣، عقد البيع ، عامر ص ٣٧ ، ٣٩ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٥/٤ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٦٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٤٠ ، ٣٤٣ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢١٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٧٦ .

سابعاً : بطلان تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه :

يضاف إلى ما سبق في منع المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها في دائرة المحاكم التي يترافعون أمامها بحسب النقابة التي ينتسبون إليها بمجرد كون الحق متنازعاً فيه فإن القانون خصهم بمنع آخر ، وذلك أنه حظر على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه ، بجميع أنواع التعامل ، سواء كان شراء أو مقايضة أو هبة للمحامي ، أو مشاركة له فيه ، أو اقتراضاً ، وسواء كان باسمه أو باسم مستعار .

فنص القانون على ذلك في المادة ٤٤٠ بما يلي :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلا »[1] .

ويتضح من النص أن القانون منع المحامي من التعامل مع موكله في الحقوق المتنازع عليها تحت طائلة البطلان ، ويكون التعامل باطلا لمخالفته للنظام العام ، فقد قدر المشرع أن يستغل المحامي مهنته في الدفاع عن الحقوق ، ويستغل نفوذه في الوظيفة التي يعمل بها ، فيوهم موكله على استخلاص حقه ، ويحمله على الاتفاق معه بغبن فاحش ، فيفسد عمله ، ويسيء إلى مهنته ، ويبتز أموال الآخرين .

ويشترط لتطبيق النص السابق نفس الشروط الخمسة السابقة في بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها لرجال القضاء مع تغيير الشرط الخامس فبدلا أن يكون الحق

---

(١) يقابلها المادة ٤٧٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦١ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٩٦ من القانون المدني العراقي ، بينما اغفل التقنين اللبناني النص على هذا الحكم ، واكد قانون مزاولة مهنة المحاماة في سورية هذا المنع فنصت المادة ٢/٢٩ منه على انه « لا يجوز للمحامي ان يبتاع الحقوق المتنازع عليها ، كلها او بعضها » .

المتنازع عليه في دائرة النقابة التي يترافع المحامي في محاكم دائرتها ، فيشترط هنا أن يكون المحامي متولياً الدفاع عن الحق المتنازع عليه في أي مكان كان ، مادام النزاع على الحق قائماً ، فإن انتهى النزاع فلا ضير في ذلك .

والمقارنة بين الحكمين يبين أن الحظر المفروض على المحامي في بطلان البيع في الحقوق المتنازع فيها بمقتضى المادة ٤٣٩ أوسع نطاقاً من الحظر المفروض عليه في بطلان التعامل في الحق المتنازع فيه الذي يتولى الدفاع عنه بمقتضى المادة ٤٤٠ ، ولكن الثانية أوسع من الأولى بالنسبة لضروب التعامل الممنوعة[1] .

بيع الحقوق المتنازع فيها لرجال القضاء في الفقه الإسلامي :

لم يرد في الفقه الإسلامي نص مماثل لما جاء في القانون المدني ، ولكن فقهاء الشريعة الغراء ذكروا في آداب القضاة ما يفيد ذلك بل أكثر منه ، وأن مبادىء الشريعة الإسلامية تقر هذا الحظر على رجال القضاء ، بناء على رأين رئيسيين :

الاول : مبدأ سد الذرائع الذي اعتبره المالكية وغيرهم مصدراً للتشريع ، وهذا يمنع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها منعاً للاستغلال ، وسداً لأبواب الفساد ، وحفاظاً على هيبة القضاء ، وتقديراً لسمعة القضاة .

الثاني : القياس بالأولى : فقد ذكر الفقهاء في آداب القضاء منع القاضي من مجرد البيع بشكل عام حتى لا يفتح على نفسه باباً للتدخل في شؤون القضاء ، والتوسط لديه للظلم والحيف ، فمنع شرائه الحق المتنازع فيه يكون بالأولى ، كما منع الفقهاء القاضي من مجرد استضافة أحد الخصمين في بيته ، أو أن ينزل ضيفاً

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢١٨/٤ ؛ العقود المسماة ، الزرقا ص ٣١٣، عقد البيع ، عامر ص ٤١ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٥/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٣٢ ، عقد البيع ، الجراح ص ٦٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٤٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص٣٧٨.

عند أحد الخصمين ، أو يحضر وليمة عند أحد الخصوم ، حتى منعوه من زيارة المريض ، وتشييع جنازة أحد الخصمين أو من يلوذ به .

ومن المقرر شرعاً تحريم الهدية للقضاة ، وخاصة من أحد الخصمين باتفاق الفقهاء ، واعتبروها رشوة ، ووضع الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام معياراً عاماً لتحديد الهدية المحرمة للموظفين عامة ، والقضاة خاصة ، وذلك في حديث ابن اللُّتْبية ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أفلا جلس أحدكم في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه ؟؟ » [1] فكل هدية تقدم للموظف بسبب كونه موظفاً فهي رشوة وحرام، وهي مال خبيث لا يجوز الانتفاع بها ، وقال بعض الفقهاء لا تدخل في ملكه أصلاً[2] ، وقال عليه الصلاة والسلام : « هدايا العمال غُلُول » [3] ، فهذا في مجرد الهبة والهدية للموظفين ورجال القضاء ، فكيف إذا استغل هؤلاء نفوذهم لشراء الحقوق المتنازع فيها بأثمان بخسة ، رغبة في الاستغلال ، وطمعاً في أموال الناس ؟؟ .

* * *

---

(١) هذا حديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد وغيرهم (انظر : صحيح البخاري ٤/١٦٥ ، صحيح مسلم ١٢/٢٢٠ ، مسند أحمد ٥/٤٢٣) .

(٢) انظر هذا البحث باستفاضة وإسهاب في رسالة الزميل الدكتور عبد السلام عبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ٢/٤٩ ، وانظر : ادب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٦٨ وما بعدها ، ٨٣ .

(٣) هذا حديث ضعيف رواه الإمام أحمد والبيهقي والطبراني عن أبي حميد الساعدي . (انظر : فيض القدير ٦/٣٥٣ ، مسند أحمد ٥/٤٢٤) .

الفصل الرابع

بيـــع التركـــه أو المخارَجة

تمهيـــد :

هذا هو النموذج الرابع من أنواع البيوع التي خصها القانون بأحكام معينة، واستثناءات خاصة عن أحكام البيع العامة ، وذلك لاعتبارات كثيرة تتعلق بالمبيع .

وإن أحكام التركات تتعلق ــ في الأصل ــ بالمواريث والأحـوال الشخصية لصلتها الوثقى بأحوال الإنسان الخاصة وقضية الموت وانتقال الأموال إلى الورثة الذين تحددهم الشريعة والدين[1] .

ولذلك يحرم بيع التركة المستقبلة قبل وفاة المورث أو التصرف فيها بأي شكل من الأشكال ويكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، وإن من استعجل الشيء قبـل أوانه عوقب بحرمانه ، وأخذ القانون المدني بهذا الحكم ، مع أنه يجيز بيع الأموال المستقبلة ، ثم استثنى التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة ، واعتبره باطـلا ، ولو كان التصرف برضا المورث[2] ، لتعلق ذلك بالنظام العـام ، وصلته بالعقيدة والإيمان وأحكام الدين .

---

(١) وهذا هو السبب في عدم بحث بيع التركة أو المخارجة في مجلة الأحكـام العدلية ومرشد الحيران، بينما بحثه المرحوم قدري باشا في كتابه « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » المادة ٦٣٣ .

(٢) المادة ١٣٢ من القانون المدني السوري .

أما محل البحث هنا فهو أن يبيع الوارث نصيبه من التركة بعد وفاة المورث ، أو أن يبيع جزءاً شائعاً من حصته كربع نصيبه أو نصف نصيبه من الميراث ، فهذا ما خصه القانون المدني بالأحكام الخاصة في المواد (٤٤١ ــ ٤٤٤)، وقد أخذها القانون المصري من المشروع الفرنسي الإيطالي ، ثم اقتبسها القانون السوري والقانون الليبي[١] ، بينما أغفل الأخذ بها القانون العراقي والتقنين اللبناني[٢] ، وأخذ القانون الأردني بأحكام المخارجة من الفقه الإسلامي[٣] ، ولذلك نبين تعريف بيع التركة وطبيعته ، ثم نشرح الأحكام الخاصة التي وردت بشأنه .

اولا : تعريف بيع التركة وطبيعته :

بيع التركة هو أن يبيع الشخص حصته من التركة القائمة أو جزء منها لآخر، سواء كان المشتري من الورثة أو من غيرهم .

والتركة هي كل ما كان للإنسان حال حياته ، وانتقل شرعاً إلى ورثته بعد وفاته ، سواء كان مالاً أو حقاً قابلا للانتقال[٤] ، وهذه الأموال والحقوق التي تنتقل من الميت إلى الورثة لها طابع خاص في الحياة من الناحيتين المعنوية والمادية ، فمن الناحية المعنوية تتصل التركة بعواطف الإنسان ، وصلته الخاصة بالمورث ، وما تحمله من معاني داخلية قد تصل إلى مرتبة التجرد عن المادة ، وخاصة ما يتعلق بالوالدين والزوجين والأولاد ، وقد يحاول الوارث الاحتفاظ بأحد عناصر التركة للذكرى ، ولو كان له قيمة مالية كبيرة ، ويعزلها عن مجال التصرف والتعامل .

---

(١) القانون المدني المصري ، المواد ٤٧٣ ــ ٤٧٦ ، القانون المدني الليبي ، المواد ٤٦٢ ــ ٤٦٥ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٠٨ ، الوسيط، السنهوري ٤/٢٤١ .

(٣) القانون المدني الأردني ، المواد ٥٣٩ ــ ٥٤٢ .

(٤) انظر : الميراث المقارن ، للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ص ٧٢ ، الأحوال الشخصية ، سباعي وصابوني ص ٣٦٦ .

ومن الناحية المادية فإن التركة لها طابع مادي خاص ، لأنها مجموعة من الأموال الكبيرة والصغيرة ، الثمينة والعادية ، المستعملة والجديدة ، وبالتالي فإن الوارث ـ وهو البائع هنا ـ لا يعرف حقيقة التركة المادية ، وقيمتها المالية ، ويشاركه في ذلك المشتري أيضاً ، فقد يظن كل منهما أو أحدهما أن السيارة مثلا رديئة وذات قيمة مالية محددة ، فيظهر فيما بعد أنها جيدة ، وذات قيمة عالية ، وقد يحدث العكس ، وذلك أن معظم أموال التركة مستعملة ، وقد يكون استعمالها قليلا ، وقد يكون كثيراً ، وقد يؤثر الاستعمال الطويل أو القصير على الشيء المستعمل ، وقد يبقى محافظاً على جوهره وحقيقته وقيمته .

لذلك فإن بيع التركة ينطوي على **المجازفة والغرر** ، ويعتبر من **العقود الاحتمالية** التي قد يفاجأ فيها المشتري بأمور غريبة كسباً أو خسارة ، حتى المبيع في بيع التركة غير محدد ولا معين ، وإنما هو مجموع المال الذي خلفه المورث ، ويدخل فيه الأشياء الكبيرة والصغيرة ، فهو بيع جزافي لمجموع ما تلقاه الوارث البائع من أموال ، وقد لا يتناسب الثمن مع مايتلقاه المشتري من التركة في واقع الأمر ، لذلك كان الشراء من المشتري قائماً على **المضاربة** ، ويتراوح بين الربح والخسارة .

وهذا ما دفع المشرع لوضع أحكام خاصة لبيع التركة .

أما إذا كان البيع لعين معينة من التركة فلا يخضع لهذه الأحكام الخاصة ، ويكون بيعاً عادياً ، ويطبق عليه قواعد البيع وأحكامه العامة[1] .

ويعرف بيع التركة بالفقه الإسلامي بالمخارجة ، ويدرس عادة في باب الفرائض والمواريث لصلته الوثقى بها ، ويعني أن يخرج أحد الورثة من توزيع الميراث، بأن

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣٢ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٣٥٧ ، ٣٦٦، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٠، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٨/٤ .

يبيع حصته كلها أو بعضها إلى أحد الورثة أو غيره ، ولها بعض الأحكام الخاصة بها [1] .

ولا بد من التنبيه إلى الخطأ الذي وقعت به المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري فإنها قارنت بين بيع التركة قانوناً والمخارجة في الشريعة الإسلامية ، وقالت: « وهو (بيع التركة قانونا) أعم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية ، فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث وقد يكون لغير وارث »[2] ، والصواب أن المخارجة في الشريعة تشمل بيع أحد الورثة حصته لوارث أو لغير وارث ، ولكن الفقهاء كثيرا ما يمثلون في كتب الفقه للمخارجة بالصورة الأولى وهي بيع الوارث نصيبه لوارث آخر، لأنه أكثر الحالات وقوعاً في الحياة العملية ،فتوهم البعض أن المخارجة محصورة بها ، وقد تابع معظم شراح القانون المذكرة الايضاحية في هذا الخطأ ، وساروا عليه[3] ، فاقتضى التنبيه[4] .

أما في ليبيا فقد أصدر المشرع القانون رقم ٨٦ سنة ١٩٧٢ بشأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني ، ومنع بيع التركة قبل بيان مشتملاتها ، أو بالتخارج بين الورثة ، وأصبح نص المادة ٤٦٢ مايلي : « لا يجوز بيع التركة إلا بعد تفصيل مشتملاتها ، أو بالتخارج بين الورثة » ، وصار بيع التركة لأجنبي قبل تفصيل مشتملاتها ، باطلا[5] .

---

(١) انظر : العذب الفارض ، شرح عمدة الفارض ١٤٤/٢ ، قانون الاحوال الشخصية السوري ، المادة ٣٠٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٨/٤ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٤٢/٤ ، ٢٥٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٥٧ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣٢ ، عقد البيع ، الجراح ص٨٠.

(٤) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٠ ، الأحوال الشخصية ، السباعي والصابوني ص ٦١١ .

(٥) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٨١ .

ثانيا : تحديد ضمان البائع في بيع التركة :

نصت المادة ٤٤١ من القانون المدني على ما يلي :

« من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك »[1] .

فهذا النص يقرر استثناء بيع التركة من الضمان الذي يقرره القانون على البائع في البيع عامة ، ويحدد ضمان البائع في إثبات كونه وارثاً ، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك ، لأن هذا النص ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على خلافه .

والعلة في تحديد ضمان البائع في بيع التركة ما سبق أن بيناه في طبيعة هذا البيع ، وأنه من البيوع الاحتمالية ، وأن المبيع هو مجموعة من الأموال التي لا تعرف مشتملاتها ، ولم تحدد أعيانها ، ولا لوحظ في البيع أوصافها وأغراضها ، وأن المشتري وضع في اعتباره فكرة المضاربة عند تحديد الثمن ودفعه ، وبالتالي فإن البائع لا يضمن المبيع ، ويكتفي بمجرد إثبات وراثته .

ويتناول ضمان البائع بإثبات وراثته ثلاثة عناصر ، وهي أن يضمن وجود تركة أصلا ، وإلا كان المبيع معدوماً ، وأن يثبت أنه وارث في التركة بمقتضى أحكام الشريعة الغراء وقانون الأحوال الشخصية النافذ اليوم ، وإلا كان البائع قد باع ملك غيره ، وأن يثبت البائع حصته الإرثية التي تخصه بالنسبة لمجموع التركة ، كالسدس أو الربع أو النصف أو غيره إن تمّ العقد عليه ، وإلا فلا يشترط .

ولا يضمن البائع الوارث للمشتري شيئاً وراء ذلك ، فلا يضمن له أن يكون في التركة عقار معين أو سيارة خاصة مثلا إلا إذا ورد النص عليها في العقد ، ولا يضمن له أن يكون في حصته المال المخصوص أو العين الموصوفة أو الحق المحدد،

---

(١) يقابلها المادة ٤٧٣ من القانون المصري ، والمادة ٤٦٢ الملغاة من القانون الليبي .

ولا يضمن له أن يكون للحصة أو لبعض أعيانها قيمة معينة ، ولا يضمن البائع الوارث للمشتري ضمان الاستحقاق إذا ظهر أن بعض التركة مستحق لأجنبي ، ولا يضمن له سلامة المبيع ، أو سلامة ما ظهر له من التركة ، إذا كان معيباً عيباً خفياً، لأن البيع احتمالي ، وأن المبيع نفسه غير محدد في العقد ، وأن المشتري أقدم على الشراء بهذه الاعتبارات ، مع المغامرة والمخاطرة للشراء .

أما إذا ذكر في البيع أن التركة تشتمل على عين معينة أو أشياء محددة ، فإن البائع يضمن وجودها ، وكذلك إذا اتفقا على ضمان البائع لاستحقاق المبيع ، أو ضمان العيوب الخفية فيه فإنه يضمن ذلك للنص عليه في العقد[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بهذا التحديد لضمان البائع ، فنص في المادة٥٤١ على أنه « لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة ، وثبوت حصته الإرثية إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة »[2] .

ثالثاً : التزام البائع بالإجراءات القانونية :

حدد القانون في المادة السابقة التزام البائع الوارث باثبات وراثته فقط ، وخشي أن يفهم ذلك على إطلاقه ، فاستدرك فوراً بأن قرر الزام البائع الوارث بالإجراءات الشكلية التي يفرضها القانون لنقل الملكية ، أو الاجراءات التي تتوقف عليها نقل التركة إلى أصحابها ، فنص في المادة ٤٤٢ على ما يلي :

« إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٤٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٤، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٨/٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ٨٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٧٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣٩ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٢٠/٢ .

إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضا أن تستوفي هذه الإجراءات »[1].

ويتضح من النص أن بيع التركة عقد رضائي، ولا يتوقف على إجراءات معينة، وأن آثاره تنفذ على المتعاقدين فور العقد مباشرة ، ولكن هذه الآثار لا تسري على الغير إلا بعد استكمال الإجراءات القانونية العامة ، والإجراءات القانونية الخاصة بنقل التركة .

فالمنقولات تنتقل ملكيتها للمشتري بمجرد البيع ، ويصبح المشتري مالكا على الشيوع مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع ، أما العقار فيحتاج إلى التسجيل في السجل العقاري ، ولا تنتقل حصة الوارث من العقار الموروث إلى المشتري إلا بعد التسجيل بمقتضى الأحكام العقارية ، وفي الديون تنتقل الملكية إلى المشتري فور العقد ، كالحوالة ، ولكنها تحتاج إلى إبلاغ المدين في ديون التركة، بمقتضى المادة ٣٠٥، وهو ما أشارت إليه المادة ٤٤٢ في القسم الأخير منها[2] .

وهذه الإجراءات تنظيمية لم يرد لها مثيل في الفقه ، وهي مفوضة للحاكم المسلم ، وقد أخذ بها القانون المدني الأردني تماماً[3] .

رابعاً : المشتري يحل محل الوارث :

إذا باع أحد الورثة حصته من التركة لوارث آخر أو لأجنبي فإن البيع ينعقد بالتراضي ، ويترتب على من البائع والمشتري التزامات مشتركة ، فالبائع يلتزم بتسليم الحصة المبيعة ، والقيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية وضمان ثبوت

---

(١) يقابلها المادة ٤٧٤ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٣ من القانون المدني الليبي .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٠٩، الوسيط، السنهوري ٤/٢٤٤، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ٨٣ ، شرح القانون المدني، الهلالي وزكي ص ٦٣٧ .

(٣) المادة ٥٤٢ من القانون الأردني .

وراثته ، والمشتري يلتزم بدفع الثمن وغيره مما يجعل المشتري يحل محل الوارث من الناحيتين الايجابية والسلبية .

فمن الناحية الايجابية يتملك المشتري حصة البائع من التركة ، ويصبح صاحب الحق في الأعيان والديون ، وفي ملاحقة المدينين ، وفي اتخاذ الإجراءات الاحتياطية تجاههم ، وفي طلب تصفية التركة ، وفي استلام الحصة من التركة من منقولات وعقارات ، وما يتبعها من ثمرات ومنتجات ، وما يلحقها من زيادات وتحسينات .

وإذا حصل الوارث البائع على بعض ديون التركة فيجب أن يردها إلى المشتري ، وإذا قبض الوارث البائع بعض غلات التركة فيردها إلى المشتري ، وإذا باع الوارث شيئا من التركة فيجب رد الثمن إلى المشتري ، وإذا استغل الوارث البائع بعض أملاك التركة فيجب أن يرد مقابله للمشتري .

وكذلك إذا كان الوارث البائع مديناً للتركة فيجب عليه وفاء الدين إلى المشتري ، كل ذلك ما لم يكن البائع قد اشترط على المشتري غير ذلك .

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٤٣ من القانون المدني ، وهي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب عليه أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد »[1] .

ومن الناحية السلبية فإن المشتري يحل محل البائع الوارث في التركة ، فإن كان على التركة ديون يجب على المشتري وفاؤها ، وإن كان للميت وصية يجب إخراجها وتنفيذها من أموال التركة ، وإذا هلك أو تلف بعض التركة فيكون من

---

(١) ويقابلها المادة ٤٧٥ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٤ من القانون المدني الليبي .

حسابها ولا يضمنه البائع الوارث ، ولو كان التلف بسببه ، وإذا كان الوارث البائع دائناً للتركة فإنه يطالب المشتري به ، ويستوفيه من التركة ، وإذا كان الوارث البائع قد وفى بعض ديون التركة كتجهيز الميت وضريبة التركات والديون للأفراد وتنفيذ وصية ، فإنه يرجع بها على المشتري ، لأن التركة هي المدينة بتلك الديون ، ولأن النصوص الشرعية في أحكام الميراث تقرر سداد الديون أولاً وتنفيذ الوصية ثانياً ، فما بقي فهو للورثة ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بأنه « لا تركة إلا بعد سداد الديون » ، كل ذلك ما لم يتفق البائع والمشتري على خلافه .

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٤٤ من القانون المدني ، وهي :

« يرد المشتري للبائع ما وفاه من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل مايكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك »[1] .

ولكن المشتري لا يلتزم بوفاء الديون إلا بمقدار الموجود من التركة ، لأنه حل محل الوارث في ذلك ، والوارث في الشريعة الإسلامية لا يلتزم بديون المورث إلا في حدود التركة ، فإن نفدت التركة ، وبقي شيء من الديون عليها ، فلا يلزم الوارث بالسداد ، وتبقى في ذمة الميت إلى يوم القيامة إلا أن يتبرع شخص بالوفاء ، فالوارث غير ملتزم بالدين الزائد على مجموع التركة ، والمشتري حل محله ، فلا يلتزم بسداد الدين إلا بمقدار التركة ، ويصبح خالي الوفاض وفارغ اليدين من التركة ، ولا يبقى له شيء مقابل الثمن الذي دفعه ، وفي هذا تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الذي يلزم الوارث — إذا قبل الإرث — أن يوفي جميع الديون ، وإن زادت عن التركة ، لكن الميراث في فرنسا اختياري ، إن شاء قبل الوارث الإرث فيستقر له بحقوقه وديونه ، وإن شاء رفض الميراث ، ولا شيء له أو عليه[1] .

---

(١) ويقابلها المادة ٤٧٦ من القانون المصري ، والمادة ٤٦٥ من القانون الليبي .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٤٢/٤ ، ٢٥٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢١٣/٤ ، عقد البيع ص ٨٠ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٣٦٧ ، ٣٧١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣٣ .

وأقر القانون الأردني الأحكام الخاصة للمخارجة أو بيع التركة ، ولكنها تختلف عما ورد في القانون المدني السوري ، معتمداً على المذهب الحنفي ، فاعتبر أن المشتري يحل محل البائع في استحقاق حصته الإرثية ،ولكن المخارجة لا تشمل إلا المال الموجود عند العقد ، فإن ظهر مال للميت بعد المخارجة فلا يشمله الاتفاق ، ولو لم يعلم به المتخارجان وقت العقد ، كذلك قرر القانون الأردني أن المخارجة لا تشمل الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم ، ولا تشمل الحقوق التي لهم على التركة أو لأحدهم[1] .

خامساً : المشتري لا يكسب صفة الوارث :

وأخيراً فإن حلول المشتري محل البائع الوارث يقتصر على التركة والأمور المادية فقط ، ولا يكسب صفة الوراثة من الميت ، كما أنه لا علاقة له بجميع القضايا الشخصية والمعنوية في التركة ، لأن المشتري اشترى القيمة المالية لحصة الوارث ، فلا يدخل في المبيع والتركة أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والشهادات العلمية والأوراق التي تثبت النسب والصور العائلية ، إلا إذا كانت ذات قيمة مادية واشترط المشتري أخذها وقبل الوارث ذلك .

كما لا يستفيد المشتري للتركة أو لحصة منها ما يكسبه الوارث بصفته الإرثية من خارج التركة، كما لو وجدت وصية لورثة الميت ، أو وقف للورثة ، أو تعويضات وامتيازات خاصة بورثة الميت ، فهذه لا تدخل في بيع التركة ، لأن المشتري اشترى الحصة الإرثية ولم يشترِ النسب والصفة الإرثية ، ولا يدخل ذلك في عبارة الاتفاق على خلاف ذلك ، لأن النسب من النظام العام الذي لا يجوز التلاعب به ، ولا انفاق عليه بحسب الرغبات الشخصية والأهواء الخاصة[2] .

وهذا مما تتفق عليه الشريعة والقانون .

---

(١) انظر : القانون المدني الأردني ، المادة ٥٤٠ ، حاشية ابن عابدين ٦٤٢/٥ .

(٢) انظر : الوسيط، السنهوري ٢٤٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٣، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢١٣/٤ ، عقد البيع ، الجراح ص ٨٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٥٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٣٧ .

الفصل الخامس

البيـــع في مـــرض المـــوت

تمهيـــد :

تختص تصرفات الشخص في مرض الموت باعتبار خاص بسبب أهليته ومدى تأثير المرض عليه ، واعتبار المرض ــ عنـــد بعض الفقهـــاء والقانون ــ عارضاً من عوارض الأهلية ، يحد من تصرفات الشخص ، ومن جهة أخرى فإن المريض في مرض الموت عاجز عن متابعة أعماله ، وتنمية أمواله ، وإدارة ممتلكاته ، وبدأ تملكه لماله يتضعضع ، وأوشكت ذمته على النهايـــة والسقوط ، فاتجهـــت أنظـــار غرمائه إلى أمواله عامة أملاً في سداد الدين بعد أن كانت الديون مستقرة في ذمته فقط ، كما بدأت أمواله وحقوقه بالتحرك الهادىء غير المنظور للانتقال إلى أقاربه ، وكأن حق الورثة بدأ يعلو على الأفق ويلوح للطرفين بالمسير ، مع موكب شبح الموت القادم ، ومن جهة ثالثة فإن الإنسان قادم على نهايـــة الأجل واقتراب المنيـــة ، والإقبال على الآخرة ، مما يشجعه على التوبة النصوح ، ويزين أمامه البر والإحسان ، ويحثـــه على التبرع والهبات ، وقد يسرف في ذلك إما بشكل منجز ، وإما بالوصية والإضافة إلى ما بعد الموت ، مما يضر بالدائنين والورثة ، فجاءت أحكام الشرع الحنيف لإقامة العدالة بين الجميع ، ومراعاة الجوانب المختلفة والمصالح المتعددة ، فسمح للشخص ــ مريضاً كان أو صحيحاً ــ أن يوصي بثلث ماله صدقـــة من الله تعالى ، وفتحـــاً لباب الطاعة والعبادة وحسن الخاتمة ، واجتهـــد بعض العلماء فاعتبروا التبرعات

المنجزة للمريض في مرض الموت بمثابة الوصية ، وأن كل تصرف فيه غبن أو تبرع يعتبر كذلك ، وجاء القانون المدني وسار على هدا المنهج في تصرفات المريض مرض الموت عامة ، وفي بيعه خاصة ، وأنه لا مقابل لهذه الأحكام في القانون المدني الفرنسي[1] .

ولذلك نبين تعريف مرض الموت ، لتحديد البيوع التي تطبق عليها هذه الأحكام الخاصة ، ثم نذكر تكييف البيع في مرض الموت شرعاً وقانوناً ، لنشرح ـ بعد ذلك ـ الأحكام الخاصة للبيع في مرض الموت .

أولا : تعريف مرض الموت :

مرض الموت هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بأعماله المعتادة ، ويغلب فيه الهلاك ، ويلازمه حتى الموت ، ولا تزيد مدته عن سنة[2] .

ويؤخذ من التعريف أنه يشترط في مرض الموت ثلاثة شروط :

١ ـ عجز المريض عن أعماله المعتادة : يشترط في مرض الموت أن يجعل من صاحبه عاجزا عن القيام بأعماله التي يقوم بها عادة ، سواء كان رجلا أو امرأة ، عاملا أو موظفاً أو صاحب مهنة أو ربة بيت ، ولا يشترط أن يلازم الفراش ، أو يعجز عن القيام بأموره الشخصية ، كما لا يشترط أن يبقى أسير البيت ، فإن عجز عن متابعة الأعمال المعتادة ، وتوفرت الشروط التالية كان مريضاً مرض الموت .

وقد يعجز الإنسان عن متابعة أعماله لهرم أو شيخوخة أو مرض طارىء ، أو أزمة عارضة ، ولا يتصل بالموت ، فلا يعتبر من مرض الموت ، بل يكون صاحبه

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٩٧ ، ٢٠٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٧ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٧٥ ، العقود الشائعة ، ص ١٦٥ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٣/٣٨٤ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٩٨ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٥٩٥ ، القانون المدني الأردني ، المادة ١/٥٤٣ .

صحيحاً ، ويكون بيعه وسائر تصرفاته كتصرف الصحيح .

٢ ـ غلبة الهلاك : ويشترط أن يكون المرض شديداً ، ويغلب فيه خوف الموت ، وهذا يقدره الأطباء من جهة في الأمراض الخطيرة التي تودي بصاحبها إلى الردى ، ويغلب على ظن الأطباء صعوبة الشفاء ، ويحس المريض بذلك ، ويشعر بدنو الأجل ، ويفقد الأمل في استمرار الحياة ، أو البقاء للمستقبل ، كالطاعون والكوليرا التي لا تستمر كثيراً فإما الموت وإما الشفاء .

ومن القرائن التي تدل على غلبة الهلاك ألا يستمر المرض أكثر من سنة ، فإن زاد على السنة تبين أنه غير خطير ، ولا يغلب عليه الهلاك ، إلا إذا اشتد بعد ذلك ، وساءت حالة المريض ، وشعر بدنو الأجل ، واستمر حتى الموت فيعتبر المريض في مرض الموت من تاريخ الاشتداد ، وهذا التحديد الزمني بسنة مختلف فيه بين الفقهاء ، ويرى بعضهم أنه لا عبرة لهذا التحديد ، وأن المهم أن يطول المرض مدة كافية ليتولد عند المريض أنه لا خطر في المرض ، فإن اشتد وهدد المريض بالموت ، وأصبح يائساً من حياته فيعتبر مرض موت ولو زاد عن سنة ، ولكن المجلة وأكثر المتأخرين رجحوا التحديد بسنة ، فإن زاد عن سنة فإن المريض يأنس لمرضه ، ويتعود عليه ويعود تفكيره للحياة والعمل واختيار التصرفات النافعة .

فإن وقع المرض ، وأقعد صاحبه عن أعماله المعتادة ، ولكنه لا خطر فيه ، ولا يهدد صاحبه بالوفاة ، فلا يعتبر مرض موت ، ولو امتد أكثر من سنة مثل أمراض السكر والشلل والسل وغيرها .

٣ ـ اتصال المرض بالموت : ويشترط في مرض الموت أن يتصل به الموت فعلاً ، سواء مات المريض من نفس المرض أو بسبب غيره ، فيكون في الفترة السابقة في مرض الموت ، أما إذا لم يتصل به الموت بل شفي من المرض ثم مات بعد ذلك فلا يعتبر في مرض الموت ، وتعتبر تصرفاته السابقة من تصرفات الصحة ، ويكون اتصال المرض بالموت خلال سنة من بدء المرض ، فإن طالت المدة عن السنة ثم مات ، فلا تنطبق عليه أحكام مرض الموت ، أما إن طال المرض فترة طويلة أكثر من سنة ثم بدأ

بالازدياد والشدة واتصل به الموت ، فيكون ذلك مرض موت من وقت الزيادة والشدة ، وتكون التصرفات خلال هذه الفترة من تصرفات مرض الموت .

ويلحق بمرض الموت كل شخص أشرف على مخاطر جسيمة يغلب فيها أو يتحتم فيها الموت ، كالمحكوم عليه بالإعدام ، والمشرف على الغرق في البحر ، أو الحرق في البر ، وكذا المرأة الحامل المقرب للولادة ، وحاضر صف القتال ، ومحبوس لقطع أو قتل .

ويخرج من مرض الموت أمراض الشيخوخة كالمقعد والمشلول والعاجز فإنهم يعتبرون كالأصحاء ، كما تخرج أمراض العقل ، فإن لها أحكاماً خاصة ، لأنها تفقد أهلية الأداء كلياً أو جزئياً[1] .

ثانياً : تكييف بيع المريض في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية في حكم تصرفات المريض في مرض الموت عامة ، في التعامل والتبرع والإقرار ، ومنها البيع ، واختلفوا على رأيين :

الراي الأول : أن تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة ولازمة ، لأن المرض لايؤثر على أهلية الشخص ، ولا تضعف ذمته ، ولا تقيد حريته وولايته ، ولا يحد من تصرفه ، ولا ينتقل محل الدين من الذمة إلى المال ، فلا يعتبر المرض عارضاً من عوارض الأهلية ، وكون المريض موقناً بالموت ، ويخاف من الهلاك فهذا يدفعه إلى الاتزان وحسن التصرف والعمل المستقيم ، لأنه قادم على ملاقاة

---

(١) انظر : جامع الفصولين ١٨٢/٢ ، حاشية ابن عابدين ٣٨٤/٣ ، نهاية المحتاج ٦٣/٦ ، مذكرات الفقه المقارن في مرض الموت للاستاذ المرحوم محمد الزفزاف ص ٨٥ ، وسائل الإثبات ص ٢٩٥ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٧ ، الوسيط ، السنهوري ٣١٣/٤ ، ٣٢٠ ، المغني ٢٠٢/٦ ، الأموال ونظرية العقد ، محمد يوسف موسى ص ٣٣٨ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٩٩ ، العقود المسماة، سلطان والعدوي ص ٦٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٨٦ .

ربه ، ومحاسبة عمله ، وإبراء ذمته ، وحسن خاتمته ، وطيب ذكره بعد وفاته ، وقد يدفعه ذلك لزيادة الاحسان والتبرع ، فيقيد بالثلث في الوصية فقط للنص ، وهذا قول المالكيـة والشافعيـة والظاهرية وقول عند الحنابلة ، واستثنى المالكية بعض الحالات إذا توفرت التهمة في المريض[1] .

الرأي الثاني : أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية ، وأنه ينقص أهلية الأداء ،لضعف ذمته ، وتعلق حق الغرماء بأمواله ، وقرب انتقال ملكيته إلى الورثة، وهو قول الحنفية والحنابلة ، ولذلك تحدّ تصرفاته ، ويصبح كالمحجـور عليه في التصرفات عامـة ، ومنها البيع لتعلق حق الورثة والدائنين بأموال المورث من وقت المرض ، فينظر إن كان البيع بثمن مساوٍ للقيمة فالبيع صحيح ونافـذ ولا غبـار عليه ، أما إذا كان البيع بغبن ، فيعتبر الغبن تبرعاً ، ويعتبر التبرع في مرض الموت كالوصية بعد الموت ، فيصح في حدود ثلث التركة فقط ، وما زاد عن ذلك فيكون العقد موقوفاً على إجازة الورثة ، وإذا كان المريض مديناً ، فالدين يقدم على الوصية شرعاً ، فإن كان الدين مستغرقاً لماله كله فلا ينفذ البيـع ولو كان بغبن يسير جداً ، إلا بإجازة الغرماء أو بتكملة الثمن تمام القيمة ، وإن كان الدين غير مستغرق لمالـه فيصح البيـع ، ويعتبر الغبن من الثلث .

ويضاف إلى ذلك أن بيع المريض في مرض موته لأحد ورثته موقوف عـلى إجازة بقية الورثة ، وإن كان بثمن المثل[2] .

والخلاصة أن بيع المريض مرض الموت صحيح ونافذ عند الشافعية والمالكية، أما عند الحنفية والحنابلة ، فإن كان لغير وارث وبدون غبن فهو صحيح ونافذ ، وإن كان بغبن أو كان لوارث فإنه موقوف .

---

(١) انظر : المهذب ٢/٣٤٥ ؛ مغني المحتاج ٢/٢٤٠ ، المحلى ٨/٢٥٤ ، ٢٩٧ ، ٩/١٦٠ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٩٨ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٣٥٧ ـ ٣٦٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٣٩٣ ـ ٣٩٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/٦١٠ ، المغني ٥/١٥٧ ، ٦/٢٠٢ .

ثالثاً : تكييف بيع المريض في القانون :

أخذ القانون المدني الأردني بالوصف الشرعي عند الحنفية والحنابلة لبيع المريض في مرض الموت ، مفصلا أحواله بين البيع لوارث أو لغير وارث ، والبيع بنفس قيمة المبيع ، أم بغبن ، وأن الغبن اليسير لا ينفذ في حق الدائنين فيما لو كان الدين مستغرقاً لأموال المريض[1] .

أما القانون العراقي فلم يفرد بيع المريض بشكل مستقل ، وليس فيه إشارة إلى حكم خاص ببيع المريض ، وإنما نص على بعض تصرفات المريض مرض الموت في أسباب كسب الملكية واعتبر كل تصرف يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه حكم الوصية ، وتسرى أحكام الوصية على إبراء المريض لمدينه ، سواء كان وارثاً أم غير وارث وكذلك الكفالة في مرض الموت ، وهذا يوافق المذهبين الحنفي والحنبلي في تقييد سلطة المريض في التصرف وأن تصرفه بحكم الوصية ، والوصية شرعاً محددة بالثلث ، والباقي موقوف على إجازة الورثة[2] ، لكن القانون العراقي خالف المذاهب الإسلامية الأربعة بحكم واحد ، وهو تطبيق هذه الأحكام السابقة وإقرار الوصية على الوارث وغيره ، كما سنشير إليه بعد قليل .

أما القانون المدني السوري وأصله القانون المصري فقد سارا على الأخذ بمذهب الحنفية والحنابلة ، واعتبرا بيع المريض في مرض الموت صحيحاً نافذاً إذا كان بثمن المثل ودون أن يقل عن قيمة المبيع ، سواء كان البيع لوارث أم لغير وارث، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع فإن الفرق يعتبر وصية ، فينفذ في حق الورثة إذا

---

(١) القانون المدني الأردني ، المواد ٥٤٤ ـ ٥٤٧ .

(٢) القانون المدني العراقي ، المادتان ١١٠٨ ، ١١٠٩ ، وانظر : العقود المسماة، الذنون ص ٣٧٥ .

كان في حدود ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته ، فإن تجاوز الفرق عـن الثلث فإنه موقوف على إجازة الورثة[1] .

وقد أكد القانون المدني هذا الوصف لجميع تصرفات المريض في مرض الموت في المادة ٨٧٧ ، وبين أن « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً بـه التبرع يعتبر **تصرفاً مضافاً لما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية** ، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف »[2] .

رابعاً : أحكام بيع المريض في الفقه الإسلامي :

فصل فقهاء المذهب الحنفي أحكام بيع المريض في مرض الموت بحسب كون المريض مديناً بدين مستغرق أم لا ، وبحسب كون البيع لوارث أم لغير وارث ، بناء على إقرار المبدأ الأصلي عندهم أن التبرع والمحاباة تخضع لأحكام الوصية الشرعية، فتكون أحكام المريض كما يلي :

١ ــ إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لوارثه فالبيع موقوف على إجـازة بقية الورثة بعد الوفاة ، سواء كان البيع بثمن المثل أم لا ، فإن أجازه الورثة جاز ونفذ ، وإن لم يجيزوه بطل وأعيد المبيع للتركة ، وهذا رأي الإمام أبي حنيفـة ، وأخذت به مجلة الأحكام العدلية ، وهو ما التزمه القانون المدني المصري القديم ، ثم ألغاه القانون المصري الجديد وأجاز البيع للوارث مطلقاً كالبيع لغير الوارث .

٢ ــ إذا باع المريض في مرض الموت لغير الوارث بثمن المثل أو بغبن يسير ، فالبيع جائز ونافذ ، بشرط ألا يكون المريض مديناً بدين مستغرق .

---

(١) القانون المدني السوري ، المادة ٤٤٥ ، ويقابلهـا ٤٧٧ من القانون المدنـي المصري ، والمادة ٤٦٦ من القانون المدني الليبي .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٢٦/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص٣٢٧، عقد البيع ، الجراح ص ٨٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٦٦ ، ٧٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٨٨ .

٣ ــ إذا باع المريض في مرض الموت لغير الوارث بغبن فاحش في الثمن ، فهذا محاباة وتبرع ، وتدخل في حكم الوصية ، فإن كانت المحاباة أقل من ثلث التركة بما فيها المبيع ، وبعد وفاء الديون ، فالبيع صحيح نافذ ويلزم البيع ، وإن كانت المحاباة أكثر من ثلث التركة فيخير المشتري بين زيادة الثمن لا كمال ما نقص عن الثلثين ، وبين فسخ البيع .

٤ ــ إذا كان المريض في مرض الموت مديناً بدين مستغرق ، وباع شيئاً لأجنبي بمحاباة فاحشة أو يسيرة فلا تصح المحاباة ، ولو أجازها الورثة ، ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون بين إزالة المحاباة وتكملة الثمن إلى تمام قيمة المبيع وبين فسخ البيع ، وإن تصرف بالمبيع قبل ذلك فيلزم بتكملة الثمن إلى قيمة المبيع مهما بلغت[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بهذه الأحكام تماماً في البيع في مرض الموت، وأضاف أنه يجوز لدائني التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق الكامل بين الثمن وقيمة المبيع ، كما يثبت هذا الحق للورثة أيضاً إذا كان المشتري من الورثة ، فإن كان أجنبياً رجع الورثة عليه بما يكمل ثلثي قيمة التركة[2] .

خامساً : احكام بيع المريض قانوناً :

عرض القانون المدني لأحكام البيع في مرض الموت في مادتين (٤٤٥ ــ ٤٤٦)، وأشار إلى تطبيق أحكام المادة ٨٧٧ منه التي تبين الوصف القانوني لتصرفات المريض

---

(١) انظر: مرشد الحيران ، المواد ٣٥٧ ــ ٣٦٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٣٩٣ ــ ٣٩٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/٦١٥ ، ٦/١٥١ ، المغني ٦/٢٠٨ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٩٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٢٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٨٢ .

(٢) المواد ٥٤٤ ــ ٥٤٧ ، ونلاحظ أن الجملة الأخيرة من المادة ٢/٥٤٧ وردت بلفظ « رد مايكمل ثلثي قيمة **المبيع** للتركة »، والصواب « ثلثي قيمة التركة » ولفظة « المبيع » جاءت مقحمة وزائدة وتغير الحكم الشرعي ، ولعلها خطأ مادي وسهو في الكتابة .

في مرض الموت ، وأن عبء إثبات المرض ، وأن التصرف حصل أثناءه ، يقع على الورثة ، وأن كل تصرف في مرض الموت يعتبر تبرعاً ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك .

ومن تحليل هذه المواد نستخلص الأحكام التالية بحسب كون البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بثمن يقل عن قيمته بما لا يتجاوز ثلث التركة ، أو بثمن يقل عن القيمة بما يجاوز ثلث التركة ، أو بغير ثمن أصلاً .

١ ــ إذا أثبت الورثة أن البيع وقع في مرض الموت ، فهذا يدل قانوناً على أنه كان تبرعاً ، فإن أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع ، وأن الثمن يساوي قيمة المبيع ، كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازة منهم ، سواء كان البيع **لوارث او لغير وارث** ، وتقدر قيمة المبيع عند الموت لا وقت البيع .

٢ ــ وإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع ، وتبين أن هذا الثمن أقل من قيمة المبيع وقت الموت ، فيكون الفرق محاباة وتبرعاً ويأخذ حكم الوصية ، فإن كان أقل من ثلث التركة ، فيكون البيع أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازتهم ، سواء كان البيع **لوارث أو لغير وارث** ، وتقدر قيمة التركة وقت الموت، ويدخل فيها المبيع ذاته ، كما تقدر قيمة المبيع وقت الموت .

٣ ــ وإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع ، ولكنه يقل عن قيمته بما يجاوز ثلث التركة وقت الموت ، فينفذ البيع في حدود الثلث ، وما زاد عن ثلث التركة يعتبر موقوفاً على إجازة الورثة ، سواء كان البيع لوارث أم لغير وارث .

٤ ــ وإذا باع المريض في مرض الموت بدون ثمن ، فهو هبة وتبرع ، ويخضع لأحكام الوصية ، فإن كانت قيمة المبيع وقت البيع أقل من ثلث التركة فالبيع نافذ ، في حق الورثة بدون إجازتهم ، وإن زادت قيمة المبيع عن ثلث التركة فلا ينفذ الزائد عن الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ ، وإلا بطل الزائد عن الثلث ، ووجب على المتصرف له أن يرد الزائد إلى التركة ، سواء كان التصرف لوارث أم لغير وارث.

ويلاحظ أن القانون اكتفى باشتراط الإجازة في الحالتين السابقتين ، وسكت

عن الطريق العملي لتنفيذ البيع ، فيؤخذ من الفقه الإسلامي والقواعد العامة في القانون ، ويلزم المشتري بتكملة الثمن إلى الحد المطلوب أو رد الزائد عن الحد المسموح به .

كما أن القانون لم يفرق بين كون البيع بثمن المثل أو بغبن يسير أو بغبن فاحش ، ولم يميز بين كون التركة مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة ، كما جاء في الفقه الإسلامي ، ونص عليه مرشد الحيران ومجلة الأحكام وكتب الفقه ، وعند سكوت القانون وعدم النص فيرجع للشريعة الإسلامية كما جاء في المادة الأولى منه.

٥ ــ ويظهر مما سبق أن تصرف المريض في مرض الموت يتوقف على إجازة الورثة في حالتين ، إذا كان البيع بدون ثمن ، وكانت قيمة المبيع أكثر من ثلث التركة ، وإذا كان البيع بثمن أقل من قيمة المبيع وقت الموت ، بما يزيد عن ثلث التركة ففي هاتين الحالتين إذا رفض الورثة إجازة البيع فيجب على المشتري أن يزيد في الثمن حتى يكمل إلى ثلث التركة ، وإلا وجب عليه رد الزائد ، فإن رفض يحق للورثة ملاحقة المبيع لاسترداده واستيفاء حقهم منه ، ولكنهم قد يصطدمون بالواقع وهو أن المبيع خرج من يد المشتري ، وتصرف به إلى آخر ، بالبيع أو الرهن أو إقامة حق ارتفاق عليه أو تأجيره ، فإن كان الطرف الثالث حسن النية ، ولا يعلم وقت الشراء حق الورثة بالعين ، وكان يعتقد أنه ملك خالص للبائع ، فلا يمكنهم تتبع الحق على العين ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٤٦ ، وهي

« لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة »[1] .

فإن كان الطرف الثالث سيء النية ، ويعلم بحق الورثة في المبيع ، فلا يتمتع بهذه الحماية ، وكذلك إذا كان التصرف بدون مقابل كالمتبرع ،فيحق للورثة تتبع العين لاستيفاء حقهم منها[2] .

---

(١) ويقابلها المادة ٤٧٨ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٧ من القانون المدني الليبي ، ولا مقابل لها في العراقي واللبناني .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٢٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٢٩،

سادساً : مقارنة بين الفقه والقانون في بيع المريض :

نلاحظ أن القانون وافق المذهبين الحنفي والحنبلي في أحكام البيع في مرض الموت ، وأن القانون راعى الأحكام الشرعية ،وأنه اتفق مع الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي في تكييف البيع ، وفي ترتيب الأحكام عليه ، وعدم سريان حكم بيع المريض على الغير إذا كان حسن النية ، إلا في ناحية واحدة ، وهي أن القانون سوّى في جميع أحكامه بين كون المشتري وارثاً أم غير وارث ، وأن البيع لوارث بثمن المثل ، أو المحاباة في البيع للوارث فيما يقل عن ثلث التركة ، وأن الوصية للوارث ، صحيحة كالأجنبي تماماً[1] ، وهو ما أخذ به أيضاً القانون العراقي ، المادة ١١٠٩/٢ .

وهذا يخالف الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة الذين يمنعون الوصية للوارث ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث »[2] ، وأن الوصية للوارث والبيع له فيه محاباة بين الورثة ، وتمييز بعض الورثة على بعض ، وفيه تحايل على نظام الميراث ، الذي ثبت بالنص كاملاً في القرآن الكريم ، ولا يجوز مخالفته نهائياً ، وأن البيع لوارث ولو بثمن المثل ، أو الوصية له ، أو المحاباة له ، كلها ممنوعة ، وتكون موقوفة على إجازة الورثة .

=
عقد البيع ، الجراح ص ٨٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٢٠/٤ ـ ٢٢١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٠٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٨٣ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٧١ ، ٧٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٧٠ ، ١٧٤، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٨٧ .

(١) يعتبر الشخص وارثاً أو غير وارث عند وفاة المورث ، ولاعبرة لوقت البيع .

(٢) هذا حديث متواتر ، رواه اثنا عشر صحابيا ، وقال بتواتره الإمام مالك والإمام الشافعي .

(انظر : تحفة الفقهاء ٢٩٠/٣ ، ٥٤٩ ، موطأ مالك ص ٤٧٨ ، بدائع المنن ٢٢٢/٢ ، صحيح البخاري ٨٤/٢ ، سنن ابي داود ١٠٣/٢ ، جامع الترمذي ٣٠٩/٦، سنن النسائي ٢٠٧/٦ ، سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢) .

وقد صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية ، ونص في المادة ٢٣٨ على عدم نفاذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة ، فحصل التعارض أيضاً بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية .

وهنا يرجح العمل بقانون الأحوال الشخصية لأنه قانون متأخر ، صدر عام ١٩٥٣ ، فينسخ النص المعارضَ له في القانون المدني الذي تقدمه وصدر عام ١٩٤٨، كما أن قانون الأحوال الشخصية قانون خاص في التركة والوصية والميراث فيقدم على القانون المدني العام ، وبذلك يزول الخلاف ، ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة[1] .

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية ، السباعي والصابوني ص ٤١٢ وما بعدها ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٧٥ ، ٣٨٣ .

وقارن ما يقوله الدكتور شفيق الجراح فإنه يرى أن نصوص القانون تبيح فقط البيع للوارث ، ولو كان بغبن أقل من الثلث ، أما الوصية للوارث فلا تصح بمقتضى القانون المدني ، وهذا تأويل للنصوص بما لا تحتمل ، وأن القانون اعتبر المحاباة وصية مهما كانت التسمية . (عقد البيع ، الجراح ص ٩٠).

ويبين الدكتور جاك الحكيم (العقود الشائعة ص ١٧٣) سبب مخالفة القانون لأحكام الشريعة الإسلامية ، وأنه ناتج عن سهو المشرع السوري عند اقتباس القانون المصري مع عدم الالتفات إلى اختلاف أحكام الوصية في سورية ومصر ، فإن قانون الوصية في مصر الصادر عام ١٩٤٦ أجاز الوصية للوارث أخذاً من المذهب الجعفري ، ولما وضع القانون المدني المصري كان منسجماً مع تشريع الوصية في مصر ، فلما نقل القانون إلى سورية غفل المشرع عن ذلك ، وأخذ النص المصري بحرفيته . وهذا كلام صحيح وسليم ، وهو مانصت عليه وأكدته أعمال اللجان في مصر ، واثبتته المذكرة الايضاحية . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٢١).

الفصل السادس

بيـــع النائـــب لنفســـه

تمهيـــد :

هذا هو النوع الأخير من أنواع البيوع التي أفردها القانون ببعض الأحكام الخاصة التي تخالف القواعد العامة في الالتزامات والأحكام الأساسية في البيع ، نظراً لاعتبارات معينة في كل منها .

والنائب هو الذي يتولى التصرف عـن غيره إما بتكليف من الشـارع ، أو تفويض من الأصل ، أو بتعيين من القضاء أو الإدارة .

والأصل في الشريعة والقانون جواز التبايع عن طريق النيابة ، فيبيع الشخص نيابة عن غيره ، ويشتري له ، كما تجوز النيابة عن الغير في كثير من التصرفات .

وبيع النائب لنفسه هو أن يشتري الشيء المكلف ببيعه نيابة عن غيره لنفسه، بأن يتولى طرفي العقد ، أو يستعين باسم مستعار لإتمام الصفقة ، وهذا ما منعـه القانون موافقاً بذلك الشريعـة الإسلامية كما سنبينه بعد بيـان الحكمة من هذا المنـع ، وشمول الأشخاص الممنوعين ، وتكييف العقد ، والآثار المترتبة عليه وإمكان إجازة البيع .

أولا : حكمة منع بيع النائب لنفسه :

والحكمة من تدخل الشريعة والقانون في منع بيع النائب لنفسه مراعاة المبادىء العامة في التعامل ، والقيم الاجتماعية في العلاقات ، التي تقضي برعايـة الغائـب

والصغير والضعيف ومن وضع الثقة بغيره ورعاية المصالح العامة للمجتمع والمؤسسات والدولة ، لأن بيع النائب لنفسه تتعارض فيه مصالح هؤلاء المذكورين مع مصلحة البائع النائب .

وتوضيح ذلك أن النائب عن غيره يفترض فيه الثقة والأمانة ، وهما السبب الرئيسي في اختياره وتعيينه أو تفويضه والاتفاق معه لينوب عن غيره ، وتقتضي الأمانة أن يحافظ النائب على مال غيره كما يحافظ على ماله وأكثر ، وأن يسعى لمصلحة المنوب عنه كما يسعى لمصلحته وأكثر ، فلا يشتري له بغبن ، ولا يبيع له بثمن بخس ، ولا يفرط في أمواله ، ولا يبذر بها ، بل يحرص على المحافظة عليها، ويبذل جهده لتنميتها وحسن التصرف بها ، وهذا يوجب عليه أن يبيع مال المنوب عنه بأحسن الأسعار لتأمين مصلحته .

ومن جهة أخرى فإن مصلحة الإنسان ــ كل إنسان ولو كان نائباً عن غيره ــ أن يشتري الأشياء بأرخص الأسعار ، وأن يساوم عند الشراء لتخفيض الثمن ، وهنا تتعارض مصلحته مع مصلحة المنوب عنه ، وبما أن النائب يتولى طرفي العقد، ويشرف على البيع ، بل وينفرد به مع غيبة المنوب عنه ، فقد يرجح مصلحته على مصلحة المنوب عنه ، فيكون في ذلك خيانة للأمانة ، أو تعريضاً له للتهمة وسوء الظن، أو يثار الشك في أمانته ومدى محافظته على الثقة التي وضعت فيه ، فرأى المشرع في الشريعة والقانون منع النائب من البيع لنفسه لهذه الأسباب التي تتلخص في خشية لحوق التهمة به ، وخشية تركه الاستقصاء في الثمن لمصلحة المنوب عنه ، ولعدم تولي طرفي العقد ، فيأخذ بإحدى يديه ما يدفعه بالأخرى ، وأن مقتضى تعيينه نائباً عن غيره في البيع يدل على إخراجه من جملة المشترين[1] .

---

(١) انظر : المغني ٨٤/٥ ، كشاف القناع ٤٦١/٣ ، مغني المحتاج ٢٢٤/٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٦ ، ٣٢٦ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١٦٦/١، الوسيط ، السنهوري ٩٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٣ ، عقد البيع ، عامر ص ١١٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٢٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٩٦.

ثانياً : الأشخاص الذين يشملهم المنع :

نصت المادة ٤٤٧ على الأصناف الممنوعين من البيع لأنفسهم ، فجاء فيها :

« لا يجوز لمن ينوب عن غيره ، بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى »[1] .

وهذا النص تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها في نظرية الالتزام العامة في المادة ١٠٩ من القانون المدني ، ويدل على أن الأشخاص الممنوعين من البيع لأنفسهم يشمل ما يلي :

١ ــ النيابة عن الغير بالاتفاق ، وهذه هي الوكالة ، فالوكيل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة ، ولا عن طريق اسم مستعار كالزوجة والولد والقريب والمتواطىء معه ، ويمنع الوكيل من الشراء سواء كان البيع بالممارسة أو بالمزاد العلني ، فلو كان البيع بالمزاد العلني فلا يجوز للوكيل أن يدخل مزايداً لشراء هذا المال .

٢ ــ النيابة الشرعية عن الغير ، وهذه تشمل الأولياء كالأب والجد ، الذين يعينهم الشرع نواباً القاصرين ، فلا يجوز لهم أن يبيعوا مال القاصرين لأنفسهم قانوناً ، ولا أن يـ ـال القاصرين لأنفسهم ، ولا أن يتولوا طرفي العقد عامة .

٣ ــ النيابة عن الغير بطريق القضاء ، وهذه تشمل الأوصياء الذين تعينهم المحكمة للإشراف على القاصرين بأنفسهم وأموالهم ، كما تشمل القيم الذي تعينه المحكمة على المحجور عليهم لسفه أو غفلة أو تبذير أو جنون أو عته ، وتشمل المفوض بالإشراف على أموال المفلسين ، والمصفي الذي تعينه المحكمة لتصفية الشركة بين

---

(١) ويقابلها المادة ٤٧٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٨ من القانون الليبي ، والمادة ٥٩٠ من القانون العراقي .

الشركاء ، أو تصفية التركة بين الورثة، وتشمل الحارس القضائي الذي تعينه المحكمة على المال المتنازع عليه ، فكل هؤلاء لا يجوز لهم ـ عند بيع الأموال التي عينوا لبيعها ـ أن يشتروها لأنفسهم مباشرة أو تحت اسم مستعار ، سواء تم البيع بالممارسة أو بالمزاد العلني .

٤ ـ النيابة عن الغير بأمر من السلطات المختصة في الوظائف والمؤسسات والشركات الحكومية وغيرها ، فكل موظف عام مكلف من قبل الدولة أو أحد دوائرها أو مؤسساتها بأن ينوب عنها في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة فلا يجوز له أن يشتري المال المكلف ببيعه لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان البيع بالمزاد العلني[1] .

ويتفق القانون في شموله الأشخاص المذكورين مع الفقه الإسلامي ، في المذاهب الأربعة[2] ، في منع النائب بالبيع لنفسه ، سواء كانت النيابة اتفاقية أو شرعية أو قضائية أو إدارية ، ونصوا على ذلك في الوكالة والولاية والوصاية والشركة والحاكم وأمين الحاكم ، مع اختلاف في شيء واحد وهو النيابة الشرعية التي تثبت للأب والجد ، فقد أجاز الفقهاء للأب أن يتولى طرفي العقد ، وأن يبيع مال ابنه لنفسه ، وأن يبيع لابنه من نفسه ، وذلك لتوفر الشفقة والرحمة والعطف في الأب ، وأن هذا كاف لتأمين مصلحة الابن ، ورعاية أمواله ، والحرص على عدم الضرر به ، وهذا ما أخذ به قانون الولاية المصري رقم ١١٩ الصادر سنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على

---

(١) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الدنون ص ٣٢٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٩٢ ، الوسيط السنهوري ٤/١٠٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٦ ، عقد البيع ، عامر ١٠٨ .

(٢) قال المالكية بجواز بيع الوكيل لنفسه وكذا الوصي بشرط عدم المحاباة وبعد تناهي الرغبات (أي يجوز ذلك في المزاد العلني) ، وعند الحنابلة روايتان ، الراجحة كالمذاهب الثلاثة ، والثانية أنه يجوز للوكيل الشراء لنفسه إذا زاد عن ثمن المثل ، وأن يتولى النداء غيره .

انظر : القوانين الفقهية ص ٣٥٦ ، المغني ٥/٨٤ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٨٧ .

المال وأنه يجوز للأب[1] أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان لحسابه أو لحساب شخص آخر ، ومقتضى هذا أن للأب أن يشتري لنفسه من مال القاصر والعكس ، خلافا للقاعدة التي تمنع النائب من التعاقد بموجب نيابته مع نفسه ، وهذا هو المقصود من الفقرة الأخيرة من المادة السابقة ٤٤٧ سوري / ٤٧٩ مصري « مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى[2] .

وقال بعض الفقهاء يثبت هذا الحق للجد كالأب لتوفر العلة في الشفقة والرحمة، وأن الجد يحل محل الأب في الولاية ، خلافاً للحنابلة في الجد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف بقياس وصي الأب على الأب إن كان في البيع نفع ظاهر[3] .

وهذا ماأخذ به القانون المدني العراقي الذي استثنى الأب من منع النائب من البيع لنفسه ، فنص صراحة في المادة ٥٨٨ منه على أنه : « ١ ــ يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده ، وله أن يشتري مال ولده لنفسه ، ويعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد ٢ ــ والجد كالأب في الحكم »، وهذا ما أخذه من الفقه الإسلامي بالجملة مع فوارق جزئية ، ثم نص على منع بيع النائب لنفسه فيما عدا ذلك[4] .

---

(١) وهذا الإذن مقصور على المنقول ، أما العقار فلا بدّ من إذن القاضي لبيعه ، ولو كان الولي هو الأب .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٦ ، درر الحكام ١٤٣/٢ ، المجموع ١٨١/٩ ، المغني ٨٤/٥ ، ٨٥ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١٦٦/١ ، ٩٩/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٤/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٨٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤ ، ٧٠٩/٦ ، ٧١٠ ، عقد البيع ، عامر ص ١١٠ ، فقه المعاملات ، مصطفى الخن ص ٢٣٣ ، الروضة ٣٠٤/٤ ، مرشد الحيران ، المواد ٣٦١ ــ ٣٦٣ .

(٣) انظر : المغني ٨٨/٤ ، بدائع الصنائع ٢٩٩٠/٦ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٢٠ ، جامع الفصولين ٢٣/٢ .

(٤) انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ٣١٨ ، ٣٢٢ ، الوسيط ، السنهوري ١٠٠١/٤ هامش .

بينما نص قانون الأحوال الشخصية السوري على إلغاء الاستثناء للأب ومنع الأولياء والأوصياء من التعاقد مع أنفسهم في مال القاصر بما يتفق مع القانون المدني ، وأوجب قانون الأحوال الشخصية أن ينصب القاضي وصياً خاصاً لإجراء التصرف الذي تتعارض فيه مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو الوصي (المادتان ١٧٥ ، ١٧٩) ، فيتم البيع للولي أو الوصي عن طريق الوصي الخاص المعين[١] .

وأخذ القانون المدني الأردني بنفس النص السوري بمنع النائب بمقتضى نص في القانون أو بالاتفاق أو أمر من السلطة المختصة من الشراء بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ، ولكنه تدارك بالاستثناء مراعاة أحكام الأحوال الشخصية[٢] .

ثالثاً : منع السماسرة والخبراء من البيع لأنفسهم :

أضاف القانون المدني إلى الأشخاص السابقين ــ الممنوعين من البيع لأنفسهم ما أنيط بهم بيعه بالنيابة ــ فئتين لا يتمتعون بصفة النيابة عن الغير ، ولكنهم يشاركون النائب بالحكمة السابقة من المنع ، وذلك رعاية لحقوق الناس ، ورفعاً للتعارض بين المصالح ، وحفاظاً على الثقة والأمانة بهم ، وهما السماسرة والخبراء .

فالسمسار هو الذي عهد إليه شخص في بيع ماله ، ويقوم السمسار بالبحث عن المشتري ، ويتوسط بين البائع والمشتري لإتمام البيع ، وغالباً ما يسعى لتأمين مصلحة البائع الذي عهد إليه بالبيع ، ليوفر له العرض الأحسن والثمن الأفضل ، لذلك لايجوز له أن يشتري هذا المبيع لنفسه باسمه أو باسم مستعار ، ولو كان البيع بالمزاد ، حتى لا تدفعه مصلحته الخاصة بالتغرير بالمالك وإغرائه بثمن منخفض ، فتتعارض مع مصلحة المالك البائع .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٧ ، الأحوال الشخصية ، السباعي والصابوني ص ٦٤ .

(٢) المادة ٥٤٨ من القانون المدني الأردني .

والخبير هو الذي يعهد إليه في تقويم الأشياء المراد بيعها ، ويفترض فيه الحياد والنزاهة والاستقامة ، وأن يقوم بعمله وتقدير الثمن بعدل وتجرد وموضوعية ، فلا يجوز له أن يشتري الشيء المكلف بتقويمه لنفسه ، لما يثار حوله من التهمة في أمانته ، والإخلاص في مهمته ، ويمنع من الشراء باسمه أو باسم مستعار ، سواء تمّ البيع بالممارسة أم بالمزاد العلني ، لأن مصلحته تتعارض مع مصلحة صاحب الشيء المراد تقدير قيمته .

وهذا ما نص عليه القانون في المادة ٤٤٨ ، وهي :

« لا يجوز للسماسرة والدلالين ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء كان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار »[1]

وإذا كان السمسار أو الدلال أو الخبير نائباً عن غيره فلا يجوز له الشراء بمقتضى المادة السابقة التي تمنع من ينوب عن غيره من الشراء لنفسه[2] .

رابعاً : جزاء المنع من الشراء :

نصت المادة ٤٤٩ من القانون المدني على ما يلي :

« يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (٤٤٧ ، ٤٤٨) إذا أجازه من تمّ البيع لحسابه »[3] .

ويتبين من هذه المادة أن القانون سوّى في الحكم بين شراء النائب لنفسه ،

---

(١) ويقابلها المادة ٤٨٠ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٦٩ من القانون المدني الليبي ، والمادة ١/٥٩٢ من القانون العراقي ، والمادة ٣٧٩ من التقنين اللبناني .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٠٤ ، عقد البيع ، عامر ص ١١١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٢٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٤٩٤ .

(٣) يقابلها المادة ٤٨١ من القانون المصري ، والمادة ٤٧٠ من القانون الليبي ، والمادة ٢/٥٩١ من القانون العراقي .

وشراء السمسار أو الخبير لنفسه، كما يلاحظ أن هذه المادة قررت صحة العقد في الأحوال المذكورة إذا أجازه من تمّ البيع لحسابه ، بينما تنص المادتان السابقتان على لفظة « لا يجوز » فالقانون نص على عدم جواز الشراء ، ولكنه لم يقرر أيضا بطلان العقد ، ولذلك حصل اختلاف شديد بين شراح القانون في جزاء المنع من الشراء.

فقال بعضهم إن العقد قابل للإبطال ، لأن المنع تقرر لمصلحة الأصيل ، فإذا أجاز الأصيل فقد صح العقد ، بدليل عبارة القانون « يصح العقد » ، وهذا الرأي هو المنصوص عليه في المذكرة الايضاحية للقانون المصري التي قالت : « إن تعاقد الشخص مع نفسه يعتبر قابلاً للبطلان (للإبطال) لمصلحة الأصيل » ، ثم قالت : « أجاز المشرع تصحيح البيع (وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع ، وقد قرر البطلان نص خاص لعلة تعارض المصلحة) لا بإجازة من تمّ البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالوصي يستأذن المجلس الحسبي»[1].

وقال آخرون : إن البيع موقوف على إجازة الأصيل ، أخذاً بنظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وأن المنع مقرر لمصلحة الأصيل فيتوقف البيع على موافقته ، فإن أجازه صح ونفذ ، وإن لم يوافق عليه بطل .

وحاول فريق ثالث التوسط بين الأمرين ، لأن اعتباره قابلا للإبطال يجعله منعقداً ونافذاً مع أن النص يقول « لا يجوز » ، وأن اعتباره موقوفاً لا يتفق مع القانون ، لأنه لم يأخذ بنظرية العقد الموقوف ، فقال بتخريج المنع من القواعد الخاصة بالنيابة ، لا القواعد الخاصة بالبطلان ، فإن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصيل إلا إذا تمّ في حدود نيابته ، وأن النائب ممنوع من الشراء لنفسه ، فإن اشترى لنفسه فقد تجاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تعاقده في حق الأصيل إلا إذا أقره ، فالنائب أقام نفسه وكيلا بانفراده في هذا المنع ، فتكون نيابته ليست منجزة ، بل معلقة على شرط واقف ، هو أن يصدر إقرار من الموكل[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/١٠٦ ، ٤/٢٣٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٥ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٠٥ ،
=

وذهب القانون العراقي صراحة ، ثم القانون الأردني ، إلى اعتبار جزاء منع النائب من الشراء لنفسه موقوفاً على إجازة الأصيل ، أخذاً من الفقه الإسلامي الذي يقرر ذلك في الوكالة وغيرها ، وهو الوصف الصحيح لهذا التصرف ، كما أنه الوصف الواضح الذي يتفق مع الأحكام المقررة في القانون لمنع النائب من الشراء ، ثم إجازة العقد بعد ذلك من الأصيل ، وهذا ما ذهب إليه بعض شراح القانون المصري ، ولكنهم اصطدموا في الواقع القانوني أن العقد الموقوف غير معروف في الفقه الغربي والقانون المدني ، لذلك اقترحت لجنة مراجعة القانون المدني المصري تعديل لفظه « يصح » إلى لفظه « ينفذ »[1] .

يقول الدكتور السنهوري ـ مقرراً هذه الحقيقة ـ : « وليس من شك أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملاءمة لتكييف الوضع الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه المصري ، وقد منع المشرع المصري إدخالها »[2] .

وهذا كله خلاف نظري ، مع الاتفاق على الناحية العملية ، وهي إذا أجاز الأصيل بيع النائب لنفسه فيما بعد نفذ البيع ، وصار صحيحاً ، وتترتب عليه جميع الآثار ، وإذا رفض الأصيل العقد فقد بطل وأصبح لاغياً ، دون أن تترتب عليه آثار البيع .

خامساً : حالات الاستثناء من منع الشراء :

استثنى القانون من منع النائب من البيع لنفسه حالتين :

عقد البيع ، عامر ص ١١٣ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١/١١٧ ، ٥٢٢/٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٢٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٢٣٥ ، عقد البيع ، الجراح ص ٩٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣٩٤ .

(١) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٣ .

(٢) الوسيط ، السنهوري ٤/١٠٦ هامش ، وانظر : المغني ٤/٩٣ ، بلغة السالك ١٧١/٢ .

١ ــ إذا أذن القاضي للنائب في البيع أن يبيع لنفسه ، وكذلك في جميع الحالات التي تحتاج لإذن القاضي كبيع عقار الصغير في مصر ، فإن أذن القاضي بذلك ، بعد البحث والمتابعة ، وتقدير الثقة بالنائب ، ومراعاة ظروف البيع والمبيع ، فيكون البيع صحيحاً ونافذاً .

هذا إذا صدر الإذن قبل البيع ، ولكن القانون سكت عن حالة البيع بدون إذن القاضي ، فهل يملك إجازة الشراء بعد وقوع البيع ؟

إن حرفية النص توجب أن يقع الإذن قبل البيع ، وأن القانون اعتبر البيع صحيحاً إذا أجازه من تمّ البيع لحسابه ، والقاضي لم يأذن بالبيع قبل وقوعه ، ولا يعتبر البيع تمّ لحسابه حتى يجيزه فيما بعد .

ولكن النظرة العميقة لدراسة النصوص ، وأن القاضي يملك الإذن مسبقاً ، فإنه يملك الإجازة لاحقاً ، وأن عبارة « من تمّ البيع لحسابه » تشمل القاضي كما تشمل مالك المبيع ، وأن القاضي في الفقه الإسلامي يملك إجازة العقد الموقوف من النائب والوكيل ، وأن القواعد الفقهية تقرر أن من ملك الإذن ملك الإجازة ، إلا إذا كان الإذن مشروطاً لصحة العقد ، فإن وقع بدون إذن كان باطلا ، والباطل لا يقبل الإجازة[1] .

٢ ــ إذا نص القانون على حالات يجوز فيها بيع النائب لنفسه ، فيصح العقد ، وهو ما تنص عليه قواعد التجارة بجواز التعاقد للوكيل بالعمولة مع نفسه ، وما ورد في قانون الولاية على المال في مصر بحق الولي (الأب) بالتعاقد مع نفسه في البيع والشراء من مال ولده إذا كان منقولا ، فإن كان عقاراً ، فلا بد من إذن القاضي[2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٥ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/١٠٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٣ ، شرح احكام عقد البيع ، عمران ص ٣٩٣ .

ونص فقهاء الشريعة على هذا الاستثناء فقالوا : « إذا أذن للوكيل أن يشتري لنفسه جاز لـه ذلك ، وكذلك إذا أذن القاضي للولي أو الوصي أو القيم أن يفعل ذلك جاز »[1] .

وباتتهاء الكلام عن بيع النائـب لنفسه نكون قد انتهينا من أنواع البيـوع الخاصة التي أفردها القانون المدني بنصوص خاصة ، وأحكام خاصة .

ونكون قد انتهينا أيضاً من الحديث عن البيع وأنواعه ، لننتقل لبحث أحـد العقود المسماة في القانون ، وهو عقد المقايضة ، الذي أعطاه القانون صفة الاستقلال عن البيع العام .

* * *

(١) انظر : المغني ٨٦/٥ ، حاشية الدسوقي ٣٨٧/٣ ، كشاف القناع ٤٦٢/٣، الروضة ٣٠٤/٤ .

الباب الثالث

عقد المقايضة

تمهيد وإحالة :

المقايضة أقدم أنواع التعامل في تاريخ البشرية ، وهي أصل البيع ، ولكن شيوع البيع وانتشاره وأهميته وسهولة التعامل به جعله أصلاً للبيوع ، وجعل المقايضة نوعاً منه ، بل إن أهمية البيع جعلته أساس العقود جميعاً ، وأن قواعد العقد العامة تبحث فيه ، ثم يحال عليها ، ويشار إليها في بقية العقود .

وذكرنا في الباب التمهيدي أن الفقه الإسلامي وغيره يبحث المقايضة في أنواع البيوع[1] ، وسار على نهجه القانون الأردني ، وأغفلت بعض التشريعات الكلام

---

(١) يقول الكاساني : « البيع في حق البدلين ينقسم إلى أربعة أقسام : بيع العين بالعين ، وهو بيع السلع بالسلع ، ويسمى بيع المقايضة ، وبيع العين بالدين ، وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة ، وهي الدراهم والدنانير وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف والعددي المتقارب الموصوف ، وبيع الدين بالعين ، وهو السلم ، وبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف » (بدائع الصنائع ٦/٢٩٨٦) . وانظر: مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٠ .

عن المقايضة اكتفاء بالنصوص الخاصة بالبيع وقواعد الالتزامات العامة ، بينما أفرد القانون المدني اليوم في أكثر البلاد عقد المقايضة ، وجعلها قسيماً للبيع ، وليست نوعاً منه ، ووضعها في العقود المسماة ، وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري ، فذكر عقد المقايضة في أربع مواد (٤٥٠ ــ ٤٥٣) مبيناً تعريفها ، وجواز وجود النقد للتعديل فيها ، وتوزيع المصروفات على الطرفين ، واكتفى بسرد أحكامها بالإحالة على عقد البيع لسريان أحكامه عليها بالقدر الذي يتفق معها ، وهو ما تتولى شرحه بالايجاز .

اولا : تعريف المقايضة :

عرّف القانون المدني المقايضة في المادة ٤٥٠ منه ، فقال :

« المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود »[١] .

فالمقايضة تشبه البيع في الأركان والآثار ، وفي الانعقاد والتكوين وفي الشروط والتنفيذ ، وتتصف المقايضة بصفات البيع وخصائصه التي ذكرناها في الباب الأول[٢] ، فالمقايضة من العقود المسماة ، ومن العقود الرضائية ومن عقود المعاوضات ، ومن العقود الملزمة للطرفين ، ومن العقود الناقلة للملكية ، كما ذكرنا سابقاً التمييز بين البيع والمقايضة[٣] ، مما يغني عن تكراره هنا .

والتعريف القانوني للمقايضة اقتصر على وصفها بأنها تنقل ملكية مال ليس من النقود ، وأنها ملزمة للجانبين ، وأنها على سبيل التبادل ، والمقايضة لا تنحصر بنقل حق الملكية بحق ملكية آخر ، كدار بسيارة ، بل تشمل مبادلة حق عيني

---

(١) يقابلها المادة ٤٨٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٧١ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٤٩٩ من التقنين اللبناني .

(٢) صفحة ٥٢ .

(٣) صفحة ٥٦ .

آخر أو حق شخصي بملكية عين، أو بحق عيني آخر أو حق شخصي آخر ، كالمقايضة في دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي ، وقد اقتصر التعريف على جعل محل المقايضة « ملكية مال » مع أنها تشمل كل حق مالي، وهو ما ورد في تعريف القانون للبيع (المادة ٣٨٦) « ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر » ، وهذا ما تداركه القانون الأردني في تعريف المقايضة كما سنذكره الآن .

فالمقايضة مبادلة مبيع بمبيع مهما كان ، بشرط ألا يكون أحدهما نقداً ، كما جاء في التعريف « ليس من النقود » وهذا ما يميزها عن البيع ، فالبديل فيها عين أو حق بدلا من النقود ، وفي البيع مبادلة حق بنقد .

وأكثر ما تقع المقايضة في الأشياء المعينة بالذات ، كهذه الحقيبة بهذا الكتاب، ولكن قد يكون كل من البدلين أو أحدهما معيناً بالنوع ، كالمقايضة بين كيلو سكر (غير معين الذات) مع كيلو زيت (غير معين الذات) ، وتنتقل الملكية في المعين بالذات بمجرد العقد ، وتنتقل في المعين بالنوع بالإفراز ، كما تنتقل في العقار بالتسجيل ، كما سبق في البيع .

ونلاحظ أن القانون اعتبر نقل الملكية في المقايضة التزاماً على كل من الجانبين، كالبيع ، فخلط بين الحكم الأصلي للعقد ، وبين الالتزام الناتج عنه ، مما أثار النقد الشديد ، والمطالبة بالتعديل والتصحيح بما يلتقي مع المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي بالتمييز بينهما ، واعتبار نقل الملكية بمجرد العقد ، وليست التزاماً على المتعاقدين[1] .

ولذلك اكتفى الفقهاء بتعريف المقايضة بأنها « بيع العين بالعين أي مبادلة مال

---

(١) انظر: الوسيط ، السنهوري ٨٥٦/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٣٩، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٤٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٤١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٩١ ، ٣٩٣ .

بمال غير النقدين »[1] ، وأضاف القانون الأردني توضيحاً ، وعرّف المقايضة بأنها « مبادلة مالٍ أو حقٍ مالي بعوض غير النقود »[2] ، وهذا تعريف لحقيقة المقايضة وماهيتها دون تعرض لشروطها وآثارها وحكمها الذي يترتب عليها شرعاً .

دخول النقد في المقايضة للتعديل :

تقوم المقايضة على المبادلة بحق غير نقدي ، وأن العوض لا يكون فيها نقداً ، كما نصت المادة السابقة من القانون ، ولكن ذلك لا يمنع إدخال النقد فيها لمجرد التعديل بين البدلين ، لاختلاف الأشياء في قيمها ، وندرة وجود شيئين مختلفين في التكوين ، ومتفقين في القيمة ، فيستعين الطرفان بالنقد لتعديل التوازن بين القيم المختلفة ، وتعويض الفرق لأحد الطرفين بمبلغ من النقود ، كالدار بالسيارة مع مبلغ معين ، والقلم بالكتاب مع مقدار من النقود،وهذا مانص عليه القانون المدني استدراكا لتعريف المقايضة ، فجاء في المادة ٤٥١ ما يلي

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً » [3] .

وإن دخول النقد في المقايضة للتعديل لا يخرج العقد عن المقايضة ، ومع ذلك فقد تختلف الأنظار في تكييف العقد في هذه الحالة ، ووصفه بالبيع أو المقايضة ، فيذهب رأي إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين وما اتجها إليه ، فإن أراداه بيعاً فهو بيع ، وإلا فهو مقايضة ، ويذهب رأي آخر إلى المقارنة بين النقد والشيء المقترن به فإن كان النقد أكثر من قيمة الشيء فهو بيع وإن كان أقل فهو مقايضة ، ويرى فريق ثالث عدم الاكتفاء بمجرد الترجيح بالقيمة ، بل لا بد من كون

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٢٢ .

(٢) القانون المدني الأردني ، المادة ٥٥٢ .

(٣) يقابلها المادة ٤٨٣ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٧٢ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٩٩ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٥٠١ من التقنين اللبناني .

مقدار النقد أكثر بكثير من قيمة الشيء المكمل له ليكون بيعاً ، وإلا فهو مقايضة، وعلى كل حال فإن الأمر متروك لقاضي الموضوع لتكييف العقد ، وإعطائه الوصف المناسب له[1] .

وإن وجود النقد لتعديل البدلين لا يخرج العقد عن كونه مقايضة في الفقه الإسلامي ، وإن إضافة النقد للتعديل يجري في القسمة الرضائية والقضائية في المنقولات والعقارات ، ولذلك نص القانون المدني الأردني على هذا الأمر في المادة ٥٥٤ منه فقال : « لا يخرج المقايضة عن طبيعتها إضافة بعض النقود إلى إحدى السلعتين للتبادل » وهذا يقره المنطق والعقل وقواعد العدالة في التعامل .

ثانياً : تطبيق أحكام البيع على المقايضة :

تتلخص أحكام المقايضة بأنها أحكام البيع إلا ما يتعلق بالثمن ، لاختلاف العين أو الحق عن النقد ، وهذا ما أجمله القانون في بيان أحكام المقايضة في مادة واحدة (٤٥٣) ، فقال :

« تسري على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ، ومشترياً للشيء الذي قايض عليه »[2] .

فالمقايضة تسري عليها في الأصل أحكام البيع كلها إلا ما يرجع إلى طبيعتها ، وهو فقدان الثمن فيها ، فهي مبادلة مبيع بمبيع ، ولا يوجد فيها ثمن ، وبالتالي فإن

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٥٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٤٠، العقود المسماة ، الذنون ٣٥٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٤٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٩٢ ، ٣٩٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٣٨/٤ .

(٢) يقابلها المادة ٤٨٥ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٧٤ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٥٩٧ من القانون العراقي ، والمادة ٥٠٣ من التقنين اللبناني ، بينما تعتبر المقايضة عقدا غير مسمى في القانون الروماني .

أحكام الثمن وشروطه والتزام المشتري بالثمن وما يتصل به لا يطبق في المقايضة ، وتطبق بقية أحكام البيع على المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً ومشترياً في آن واحد .

وتنعقد المقايضة بالايجاب والقبول رضائياً ، ويشترط وجود الرضا ، وأن ينصب على المقايضة ، وأن يصدر من أهله ، وأن يكون خالياً من عيوب الرضا ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وتصح المقايضة بالشروط والأوصاف كشرط التجربة وشرط المذاق ، ولا بد من وجود الشيئين المتقايض عليهما ، ويعتبر كل منهما مبيعاً ، ويجب أن تتوفر فيه شروط المبيع ، وخاصة التعيين الكافي والمعلومية ، مع تطبيق الوسائل العامة والخاصة لمعلومية المبيع .

وتترتب على المقايضة الالتزامات والآثار التي تترتب على البيع إلا ما يتعلق بالثمن ، فيلتزم كل منهما بنقل الملكية ، والتسليم والتسلم في وقت واحد ، وهو مانص عليه القانون العراقي صراحة (المادة ٥٩٧) ، كما نص القانون العراقي دون غيره على أن كلا منهما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما سبق شرحه في عقد البيع .

وإذا كان في المقايضة نقد لتعديل قيمة المبيعين فتطبق عليه أحكام الثمن كاملة كما جاءت في عقد البيع[1] .

وإن تطبيق أ لبيع شبه الكاملة على المقايضة يدل على سهولة اعتبار المقايضة نوعاً من أنواع البيوع ، وأن القانون لم يولها الاهتمام بأكثر من أربع مواد ، كما فعل في أنواع البيوع السابقة التي ذكرناها كبيع ملك الغير ، والبيع في مرض الموت ، وبيع الحقوق المتنازع عليها ، وبيع النائب لنفسه .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٨٥٨ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٣٤٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٤٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٩٢ ، ٣٩٤ ؛ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٣٩ ، االعقود المسماة ، الزرقا ص ٣٤٠ .

وهذا يؤكد صحة الاتجاه الشرعي في الفقه الإسلامي الذي اعتبر المقايضة نوعاً من البيـــع ، ولذلك اكتفت مجلة الأحكام العدلية بمادة واحدة (٣٧٩) عن أحكام المقايضة ، فقالت : « بما أن لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم المبيـــع تعتبـــر فيهما شرائط المبيع ، فإذا وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً »[1] .

والتزم القانون الأردني باتجاه الفقه الإسلامي فذكر المقايضة في أنواع البيوع، واكتفى بمادتين لبيـــان أحكامها ، فنص في المـــادة ٥٥٣ على أنه « يعتبـــر كل من المتبايعين في بيـــع المقايضة بائعاً ومشترياً » ونص على المبدأ العام في تطبيق أحكام البيع عليها في المادة ٥٥٦ ، فقال : « تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها »[2].

ثالثاً : الأحكام الخاصة بالمقايضة :

بما أن طبيعة المقايضة تختلف عن طبيعة البيع ، بوجود مبيع ومبيع في المقايضة، ووجود مبيع وثمن في البيع ، فإن أحكام البيـــع تسرى على المقايضة بما تسمح به طبيعتها، وفي هذه الحالة فلا تطبق بعض الأحكام الخاصة بالبيع، بما يتعلق بالثمن والتزام المشتري بدفعه والتزامه بمصروفات العقد وغيره ، ولذلك ذكر القانون حكماً واحداً لها ، وتؤخذ بقية الأحكام الخاصة من القواعد العامة في الالتزامات .

فمن الأحكام الخاصة بالمقايضة والتي نص عليها القانون الالتزام بالنفقـــات ، فجاء في المادة ٤٥٢ منه ما يلي :

« مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقـــات الأخـــرى يتحملها المتقايضان

---

(١) انظر : مرآة المجلة ١٨٢/١ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٢٣/٢ .

مناصفة ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك »[1] .

وهذا النص لمجرد الاحتياط ، وإلا فإن القواعد العامة في الالتزامات تدل عليه، كما يؤخذ هذا الحكم أيضاً من أحكام البيع ، لأن كلاً من المتقايضين يعتبر بائعاً للشيء الذي قايض به ، فعليه الالتزام بنفقاته ، ويعتبر مشترياً للشيء الذي قايض عليه ، فعليه الالتزام بنفقاته ، ولكن لمزيد التوضيح ورفع الالتباس في تكليف المشتري في البيع بجميع نفقات العقد ، ونفقات تسلم المبيع والاتفاق عليه ، بينما تكون على البائع نفقات تسليم المبيع ، فجاء النص مؤكداً أن نفقات العقد وتسليم المبيعين واستلام المبيعين تقع مناصفة على الطرفين إلا إذا وجد اتفاق بينهما في العقد يقضي بتكليف أحدهما بجميع النفقات دون الآخر ، أو بأن توزع النفقات عليهما بنسبة أخرى كالثلث والثلثين .

أما الأحكام الخاصة بالبيع ، التي لاتتفق مع طبيعة المقايضة ، وتؤخذ من المبادىء العامة فهي الأحكام المتعلقة بالثمن ، مثل شروط الثمن بأن يكون نقداً ، وأن يكون ثمناً حقيقياً ، ومثل الالتزام بدفع الثمن ، فلا تطبق على المقايضة لعدم وجود الثمن ، لأن البدل فيها عين أو حق ، وليس نقداً .

أما بعض الأحكام المتعلقة بالثمن والمشتري فتنطبق هنا في المقايضة كتملك المشتري لثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (ويقابله هنا الشيء المقايض به) حتى يستوفي المبيع بدون تعرض واستحقاق وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن (ويقابله الشيء المقايض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء (ويقابله الشيء المقايض عليه) ، أو لعدم تسليم المبيع ، أو لعدم نقل ملكيته، فكل ذلك يسري في المقايضة كما يسري في البيع .

أما حكم البيع الذي يقضي بإلزام المشتري بدفع الثمن أولاً ثم يستلم المبيع إلا

---

(١) ويقابلها المادة ٤٨٤ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٧٣ من القانون المدني الليبي ، والمادة ٦٠٠ من القانون العراقي ، والمادة ٥٠٢ من التقنين اللبناني .

إذا اتفق على خلافه ، فإن هذا الحكم لا يطبق في المقايضة ، لأن العوضين مبيع ومبيع ، فيلزم كل منهما بالتسليم معاً ، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[1] .

ويتفق القانون في هذه الأحكام الخاصة بالمقايضة مع الفقه الإسلامي ، وتؤخذ من أحكام البيع مع مراعاة طبيعة المقايضة ، وقد نص عليها ـ احتياطاً ـ القانون المدني الأردني في المادة ٥٥٥ ، فقال : « مصروفات عقد المقايضة ونفقات التسليم وما ماثلها تكون مناصفة بين طرفي العقد مالم يتفق على غير ذلك »[2] .

وبعد الانتهاء من دراسة عقد البيع وأنواع البيوع وعقد المقايضة ، ننتقل لبحث الإجارة ، فندرس عقد الإجارة ثم أنواع الإجارة .

* * *

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٨٦٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٣٤٢، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٦٤٣ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٢٣ .

الباب الرابع

الايجار

انتهينا فيما سبق من بحث عقدي البيع والمقايضة ، كأهم النماذج للعقود التي ترد على الملكية ، ونشرع الآن بدراسة الإيجار[1] ، كأهم نموذج للعقود التي ترد على المنفعة ، والبيع والإجارة أهم العقود على الإطلاق من الناحيتين التشريعية والعملية ، مما حدا ببعض العلماء أن يصفوا بقية العقود بالعقود الصغيرة .

وإن القانون المدني نظم الإجارة تنظيماً واسعاً ، وذكر لها أحكاماً مسهبة ، وقسّم بحثها إلى قسمين ، يتعلق الأول بالأحكام العامة عن الإيجار ، وفي الثاني عرض بعض أنواع الإجارة ، كإيجار الأراضي الزراعية ، وعقد المزارعة وإيجار الوقف ، فأفردها بالذكر لأهميتها ، ولما تحتاجه من أحكام خاصة .

أما الأحكام العامة للإيجار ذاتها ، فرتبها القانون ترتيباً منطقياً ، وقسّمها إلى

---

(١) الإجارة في اللغة بمعنى الأجرة ، وقد استعملت في معنى الايجار أحيانا (المجلة ، المادة ٤٠٥) ، والايجار هو الصواب لأنه مصدر أجر ، وهو ثلاثي ، ومصدره سماعي ، ولكن يغلب في كتب الفقهاء استعمال الإجارة ، والمراد بها الايجار .

ثلاثة أقسام رئيسية ، الأول في أركان الإيجار ، وعرض فيه الأحكام المتعلقة بالمؤجر والمستأجر والعين المؤجرة والأجرة والمدة ، والثاني في آثار الإيجار ، وفصّل فيه التزامات المؤجر من تسليم العين وتعهدها بالصيانة وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب ، والتزامات المستأجر من حفظ العين واستعمالها فيما أعدت له ، ودفع الأجرة ، والرد ، وبيّن في هذا القسم أيضاً قواعد التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، وفي القسم الثالث عرض الأسباب التي ينقضي بها عقد الإيجار ، من انقضاء المدة ، وفسخ الإيجار ، وموت المستأجر ، وإعساره ، وانتقال ملكية العين المؤجرة ، والأعذار لفسخ الإيجار (المواد ٥٢٦ ــ ٥٧٦) .

وسوف ندرس أنواع الإجارة في الباب القادم ، وخصصنا هذا الباب لدراسة الإيجار بوجه عام ، وبيان الأحكام العامة للإجارة ، وقسّمنا الحديث عنه إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : تعريف عقد الايجار وأهميته وخصائصه .

الفصل الثاني : أركان الايجار .

الفصل الثالث : آثار الايجار .

الفصل الرابع : انتقال الايجار وانتهاؤه .

ونسأل الله التوفيق والسداد .

الفصل الأول

تعريف الايجار وأهميته وخصائصه

تتناول في هذا الفصل تعريف الايجار وشرحه ، وأهمية الايجار ، وخصائصه ، وتمييزه عن بقية العقود .

اولا : تعريف الايجار :

عرف القانون المدني الإيجار في المادة ٥٢٦ ، فقال :

« الايجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم »[1] .

وهذه المادة تعرف الايجار بآثاره والالتزامات التي تترتب عليه ، وأن أول التزام وأهم التزام في الايجار هو تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع ، وأن هذا التزام ايجابي لا سلبي على المؤجر ، فهو ملزم بأن يمكن المستأجر من الانتفاع ، لا أن يترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة .

ويظهر في التعريف أكثر أركان الايجار ، وهي العين المؤجرة والأجرة والمدة، ولم ينص التعريف على أهم الأركان وهو الرضا الذي يعرف بالصيغة والايجاب والقبول .

---

(١) يقابلها المادة ٥٥٨ من القانون المصري ، والمادة ٥٥٧ من القانون الليبي ، والمادة ٧٢٢ من القانون العراقي ، والمادة ٥٣٣ من التقنين اللبناني .

والتعريف يبين طبيعة عقد الايجار بأنه من العقود المستمرة التي يعتبر الوقت أو الزمن أو المدة عنصراً أساسياً فيها ، وأن الأجرة فيه تقابل مدة الانتفاع .

ويرى أكثر شراح القانون المدني ــ تبعاً للمذكرة الايضاحية ــ أن التعريف السابق يمتاز على غيره بأنه يلقي على المؤجر التزاماً ايجابياً بتمكين المستأجر من الانتفاع ، بينما تتجه التعريفات القديمة إلى جعل التزام المؤجر التزاماً سلبياً بأن يكتفي بترك المستأجر ينتفع بمرافق الشيء المؤجر ومنافعه[1] .

وخالف بعض الشراح هذه الفكرة ، وأن مجرد التمكين من الانتفاع ، أو ترك المستأجر ينتفع لا يعتبر التزاماً بالمعنى الدقيق ، ولا يوصف بأنه ايجابي أو سلبي ، وأن القانون لم يقرر في التزامات المؤجر التمكين من الانتفاع ، وإنما يفهم من مجموع الالتزامات أن المستأجر يتمكن من الانتفاع ، وهذه الالتزامات المذكورة بعضها ايجابي ، وبعضها سلبي ، وهذا مادعا الدكتور السنهوري إلى القول بأن سلبية التزام المؤجر في القانون القديم « إنما هو تجوز في التعبير »[2] .

أما الايجار في الفقه الإسلامي فله عدة تعريفات ، كلها تؤدي إلى معنى واحد، وهو تمليك المنفعة بعوض لمدة معينة ، فعرفته مجلة الأحكام العدلية (المادة ٤٠٥) بأنه : « بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم »، فالشريعة الإسلامية تعتبر الايجار كالبيع باعتبار أنه تمليك ، أي نقل الحق من طرف إلى آخر ، مع الفارق أن التمليك في البيع يقع على العين بشكل دائم، ويقع التمليك في الايجار على المنفعة بشكل مؤقت .

وقد فهم واضعو القانون المدني المصري القديم هذا القصد من الإيجار بأنه تمليك ، وبما أن التمليك في البيع يعتبر التزاماً في القانون ، فعرف الايجار بأنه « عقد

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٣، عقد الايجار ، البدراوي ص ١ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٢٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤ .

(٢) انظر : عقد الايجار ، تناغو ص ٣ ، الوسيط ٦/١/٥ هامش .

يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة بأجرة معينة » مما دفع شراح القانون لوصف هذا التعريف بأنه سلبي ، وأشاروا أن القانون القديم قد تأثر في ذلك بالفقه الإسلامي ، مع أن الفقهاء اعتبروا الايجار كالبيع ، وأنه تمليك المنافع ، والتمليك بحد ذاته أقوى الصور الايجابية للعقد .

ولذلك حافظ القانون المدني الأردني على هذا المعنى الأصيل والصحيح من الفقه الإسلامي ، وعرف الايجار تعريفاً واضحاً في المادة ٦٥٨ ، فقال :

« الايجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة ، لقاء عوض معلوم » .

وقد اتفق الفقها على اعتبار الايجار بيعاً أو تمليكاً للمنافع ، وهو مايتفق مع حقيقة الايجار وطبيعته وجوهره ، وأن الايجار بيع للمنفعة ، وليس مجرد التزامات تترتب على كلا الطرفين ، ثم وضع الفقهاء بقية التعريف للاحتراز عن غيره من العقود ، فالايجار تمليك للمنافع ، لا للعين ، وأنه لمدة معينة ، لا دائمة ، ولقاء عوض معلوم ، لا هبة ولا تبرع ، كما سنوضحه في خصائص الايجار ، مما يؤكد دقة الفقهاء في ذلك[1] .

ولا بد من التنبيه هنا أن الفقهاء يبحثون الايجار بنوعيه : على الأشياء وعلى الأشخاص ، بينما انقسم الآن إلى عقدين متميزين ، وهما : عقد الايجار الذي يبحث في العقود الواردة على المنفعة ، وعقد العمل الذي يبحث في العقود الواردة على العمل ، وهذا النوع خارج عن إطار البحث والدراسة في هذا المقرر .

---

(١) انظر في تعريف الايجار في الشريعة : مرشد الحيران ، المادة ٥٦٢ ، مجلة الاحكام العدلية ، المادة ٤٠٥ ، كشاف القناع ٥٣٧/٣ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٣٩٢ ، حاشية الدسوقي ٢/٤ ، مغني المحتاج ٣٣٢/٢ ، المغني ٣٢١/٥ ، درر الحكام ٢٢٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٤/٦ ، فتح القدير ١٤٥/٧ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٤٦/١ ، المعاملات ، ابو الفتح ٣٩٧/٢ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٧/٥ .

ثانياً : اهمية عقد الايجار :

يأتي عقد الايجار في الدرجة الثانية في الأهمية بعد عقد البيع ، لأن البيع يحقق تسهيل التعامل والتبادل في الحاجات بين بني البشر على الصعيدين الفردي والاجتماعي ، وكذلك الإيجار يحقق الاستفادة من الحاجات بين الناس على المستوين الفردي والاجتماعي ، كما يحققه البيع تماما ، لأن المقصود من الأشياء هو المنفعة ، ويأتي عقد الايجار محققاً هذا الهدف ، ومسهلاً الانتفاع الكامل من الأشياء على الوجه المقصود منها ، مع بقاء العين على حالها ، ومع الحفاظ على ملكية العين لصاحبها .

ويتمتع عقد الايجار بأهمية عملية كبيرة في الحياة ، لأنه الوسيلة الأساسية التي يتمكن فيها الملاك من استغلال أموالهم التي تفيض عن حاجاتهم ، واستغلال الأموال التي يعجزون عن استثمارها والعمل فيها والاستفادة منها ، وإلا بقيت معطلة مما يلحق الضرر والخسارة بأصحابها وبالأمة .

وفي نفس الوقت فإن عقد الايجار هو الأداة الرئيسية التي يتمكن بها غير الملاك من تلبية حاجاتهم ، وسد رغباتهم من منافع الأموال التي لا يملكونها ، وقد يعجزون في كثير من الأحيان عن اكتساب ملكيتها بالشراء ، فيجدون الطريق أمامهم مفتوحاً عن طريق الايجار بالحصول على المنافع الكاملة لقاء عوض معين وزهيد إذا قورن بثمن العين وقيمتها .

وهذا يبين المدى الواسع للايجار ، والحاجة الماسة إليه ، وأنه لا يتصور الاستغناء عنه طالما وجد في الكون ملكية فردية ، وتفاوت بين الناس في التملك ، وأنواع التملك ، وهذا هو الواقع الذي ينسجم مع الحياة ، ولايمكن تغييره حقيقة.

ويمتاز الايجار عن البيع بالأهمية من ناحية الاتصال الدائم بين المؤجر والمستأجر ، واستمرار العلاقة بينهما خلال فترة الايجار ، ووجوب مراعاة طرق

الانتفاع بالعين ، والتزام المؤجر بصيانة العين وعدم التصرف بها مما يلحق الضرر أو الأذى بالمستأجر ، أو يقلل من انتفاعه بها ، أما في البيع فقد تخلى البائع عن الملكية والعين نهائيا ، ويستطيع المشتري التصرف المطلق بالعين بعد الشراء ، فالعلاقة بين البائع والمشتري محصورة في إطار العقد الآني غير المستمر ، أما العلاقة بين المؤجر والمستأجر فمتصلة ومسايرة للزمن ، وتفرض على الطرفين اللقاء والتعاون بما يحقق المصلحة لهما على أحسن الوجوه ، ويؤمن النجاح للأمة والوطن في ثروتها العقارية والصناعية .

وهذه الميزة توجب الدقة في وضع القواعد والأحكام التي تنظم عقد الايجار وتضبط العلاقة القائمة بين الطرفين ، لكثرة رجوع الناس إلى قانون الايجار وأحكامه، وكثرة القضايا والنزاع أمام المحاكم في قضايا الايجار ، وكلما كان التشريع دقيقاً وسليماً وصحيحاً وعادلاً استطاع المشرع أن يقلل من الخلافات ، ويحدّ من النزاع ، ويسهل الطريق أمام الطرفين في معرفة كل إنسان حقه ليلتزم به ، ويدرك واجبه فيؤديه ، كما يرتاح القاضي من كثرة الدعاوى ومن سهولة البت فيها ، والفصل بين أصحابها .

وقانون الايجار إما أن يساعد على التضامن بين طبقة المؤجرين والمستأجرين لبناء المقومات الاجتماعية والاقتصادية في الوطن ، ويجعل المصلحة بينهما مشتركة لا متنافرة ، وإما أن يقيم العداء والبغضاء والتعارض بين الطبقتين ، ويجعل بينهما حرباً ، فيحاول كل منهما الاضرار بالآخر ، ويتحين الفرصة لأكل حقه بالباطل .

وهذه المعاني دفعت الدول في العصور الحاضرة إلى الاهتمام الزائد في عقد الايجار ، والسعي لتنظيمه في العقارات والمساكن والأراضي الزراعية وغيرها ، وإصدار التشريعات المتتالية فيها ، بل تدخل المشرع في كثير من الدول المعاصرة ، وأصدر أحكاماً آمرة في الايجار ، يجب الالتزام بها ، وعدم الخروج عليها ، مثل قوانين إيجار بيوت السكن ، والأرض الزراعية في بلادنا[1] .

ويعبر الفقهاء عن أهمية الإجارة ـ بعد بيان مشروعيتها بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين ـ فيقولون ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البذل ، وإن حاجة

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٢٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢١ .

الناس داعية إليها،ولا يمكن الاستغناء عنها إلا بالحرج والمشقة وفساد شؤون الحياة، وأن الشريعة الغراء جعلت لكل حاجة للناس عقداً يختص بها كالبيع والهبة والإجارة والإعارة .

يقول البهوتي : « والحاجة داعية إليها، إذ كل إنسان لا يقدر على عقار يسكنه، ولا على حيوان يركبه ، ولا على صنعة يعملها ، وأرباب ذلك لا يبذلونه مجانا ، فجوزت طلباً للرفق »[1] .

ونظراً لأهمية الايجار فقد تولت الدولة تنظيمه بأحكام كثيرة وقوانين متعددة وأنظمة استثنائية متتابعة ، وتدخلت الأنظمة الجديدة في تنظيم عقد الايجار وتحديد كيفيته، وأصبح عقد الايجار شكليا، فيطلب فيه إجراءات معينة كالكتابة، والتسجيل في أقسام الشرطة ، مع وجوب التعريف للمستأجر ، والإشهاد على العقد والتعريف ، وتنظيم العقد على عدة نسخ ، لتحتفظ الدولة بنسخة منه ، وكذلك الأمر في إيجار الأراضي الزراعية .

ثالثا : خصائص عقد الايجار :

يتصف عقد الايجار بعدة خصائص تتعلق بجوهره ، وتميزه عن غيره ، وهي :

١ ــ عقد الايجار من العقود المسماة ، وذلك أن كلا من الشريعة والقانون نظم عقد الايجار تنظيماً كاملا ، وبين موضوعه وأحكامه وآثاره ، وحدد الالتزامات التي تترتب على كل من الطرفين ، بحيث إذا أطلق عليه الاسم عرف الهدف والغاية والحكم والآثار .

٢ ــ عقد الإيجار عقد رضائي ، لأنه يتم بمجرد التراضي بالايجاب والقبول ، ولا يتوقف انعقاده على شكل معين ، ولكن يمكن للطرفين الاتفاق على توقف الانعقاد على أمر شكلي خاص كالتدوين في ورقة ما ، وهذا هو الأصل في الايجار ، أما اليوم في سورية فالعقد شكلي كما سبق بيانه .

---

(١) كشاف القناع ٥٣٧/٣ ، وانظر : المغني ٣٢١/٥ ، مغني المحتاج ٣٣٢/٢ ، العناية على الهداية ١٤٥/٧ (على هامش فتح القدير)، بلغة السالك ٢٤٣/٢ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٦/٥ ، المعاملات ، أبو الفتح ٣٩٨/٢ .

٣ ــ عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين ، لأنه ينشىء التزامات متقابلة على كل من المؤجر والمستأجر ، بخلاف العارية التي يستفيد المستعير فيها من منافع الشيء المعار ، دون أن يلتزم بمقابل لذلك ، وبما أن الايجار من العقود الملزمة للجانبين فإن بطل أو تأخر أحد الالتزامات فيرتبط به الالتزام المقابل عند الآخر ، وإذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وأن يطلب فسخ العقد لذلك ، وهذه الالتزامات في عقد الايجار التزامات شخصية في ذمة كل من الطرفين ، وليست التزامات عينية على الشيء المؤجر .

٤ ــ عقد الإيجار من عقود المعاوضة ، لأن كل طرف يتنازل عما يخصه بمقابل يحصل عليه من الطرف الثاني ، خلافا للعارية التي تقوم على التبرع ، ولذلك يعتبر الايجار من العقود الدائرة بين النفع والضرر .

٥ ــ عقد الإيجار من عقود المنفعة التي يقصد بها الحصول على المنفعة ، كالعارية ، خلافا للبيع والمقايضة والهبة فإنها ترد على الملكية ، ويقصد منها العين ، وخلافا للمقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة فإنها ترد على العمل ، وبما أن الايجار من عقود المنفعة فلا يرد إلا على الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها ، ولا تهلك بمجرد الاستعمال ، خلافا للقرض وغيره .

٦ ــ عقد الإيجار من العقود الزمنية المستمرة التي يعتبر الوقت فيها عنصراً جوهرياً ، وتكون مؤقتة وليست دائمة ، وأن الانتفاع يحدد خلال مدة من الزمن ، كما تحدد الأجرة على هذا الأساس ، وإذا تم فسخ الإيجار بسبب ما فإن هذا الفسخ لا ينسحب على الماضي ، خلافا للبيع وبقية العقود الواردة على الملكية فلا علاقة للزمن والوقت فيها ، لأن الملكية لا تقبل التوقيت .

٧ ــ عقد الإيجار من عقود الإدارة ، وليس من عقود التصرف ، لأنه يرد على ثمار الشيء ومنافعه ، وليس على أصله وذاته ، ويعتبر عقد البيع أهم عقود التصرف ، كما يعتبر عقد الإيجار أهم عقود الإدارة ، ولكل نوع أهلية معينة لمباشرته والصلاحية لانعقاده[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٤/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٥ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣١ .

رابعاً : تمييز عقد الايجار عن بقية العقود :

إن خصائص الايجار السابقة تميزه عن غيره من العقود ، فالايجار يقع على المنفعة وهذا يميزه عن العقود التي تقع على الملكية والعين كالبيع والمقايضة والهبة ، والايجار عقد معاوضة ، وهذا يميزه عن العارية التي تقع على المنفعة خلال مدة من الزمن ، ولكنها تبرع وليست لقاء عوض ، والعارية تقع على المنفعة مع المحافظة على العين وردها إلى مالكها ، وهذا يميزها عن القرض الذي يستهلكه المقترض ، ويرد مثله للمقرض ، كما أن عقد الايجار يقع على منفعة شيء معين ، وهذا يميزه عن المقاولة وعقد العمل والوكالة التي تقع على عمل ، كما أن الانتفاع في الايجار يميزه عن الوديعة التي تقوم على الحفظ دون الانتفاع .

ومع ذلك فقد يلتبس الايجار بغيره من هذه العقود ذاتها ، ويصعب التمييز بينهما ، وخاصة إذا خلط المتعاقدان بين عقدين ، أو أضافا شرطاً على العقد فيقربه من العقد الآخر ، ويتوجب على القاضي تكييف العقد بين الطرفين لإعطائه الوصف القانوني الصحيح ، وترتيب الآثار المقررة له ، ونضرب بعض الأمثلة .

١ ـ اختلاط الايجار بالبيع :

التمييز بين الايجار والبيع واضح وسهل ، لاختلاف الجوهر في كل منهما ، ومع ذلك فقد يلتبس الأمر بينهما ، كما ذكرنا في الباب الأول ، كما لو كان العقد على أخذ ثمار العين أو حاصلاتها خلال مدة معينة ، فهل يعتبر ذلك ايجاراً للأرض ، أو بيعاً للثمار والحاصلات ؟ فإن كان بيعاً فيثبت حق الإبطال للمشتري إذا لم يكن المبيع ملكا للبائع ، وينتهي حق المشتري بانتهاء المدة ، ويثبت للبائع حق امتياز على المبيع، وإن كان العقد ايجارا فلا يثبت حق الإبطال لعدم تملك المؤجر للعين ، ويقبل العقد التجديد ضمناً بعد انتهاء المدة ، ولا يثبت للمؤجر حق الامتياز .

وكذلك يلتبس البيع بالإيجار في الإيجار الساتر للبيع ، وهو اشتراط عدم نقل ملكية المبيع إلا بأداء القسط الأخير ، وأن كل قسط يعتبر أجرة ، وإذا فسخ

العقد لا يرد البائع شيئاً من الأقساط ، وتعتبر أجرة باتفاق الطرفين ، ويرجع القاضي للتمييز بينهما إما إلى نية المتعاقدين ، وإما إلى دراسة الآثار المترتبة على العقد بينهما .

٢ ـ اختلاط الايجار بالعارية :

يشترك الإيجار مع العارية بأن كلا منهما عقد على منفعة ، ولكن الإيجار عقد معاوضة وبدل ، والعارية تبرع وبدون عوض ، ولذلك يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة ، ويلتزم المستأجر بالمحافظة على العين عناية الرجل المعتاد ، أما العارية فيلتزم المعير بنفقات الصيانة (المادة ٦٤٠)، ويلتزم المستعير بالمحافظة على الشيء المعار كما يحافظ على ماله ، دون أن ينزل عن عناية الرجل المعتاد (المادة ٦٠٧/١) .

ويندر الاختلاط بين الإيجار والعارية ، ولكنه قد يقع ، كما لو باع شخص داره لآخر واتفق مع المشتري على البقاء فيها مدة سنة من البيع ، فمن مصلحة المشتري أن يعتبر بقاء البائع بالدار على سبيل العارية ليقوم البائع بصيانتها والمحافظة عليها ، ومن مصلحة البائع أن يعتبر بقاءه ايجاراً ليتهرب من نفقات الصيانة ، والمحافظة الكاملة على المبيع ، والعبرة في ذلك لنية المتعاقدين ، والغالب أن يعتبر ذلك ايجاراً .

وقد يلتبس الايجار بالعارية كثيراً مع العمال والموظفين الذين يتقاضون أجراً معيناً ، ويقدم لهم سكن مجاناً ، والغالب أن يكون السكن ايجاراً ، وأن أجرته مقدرة في الراتب المتفق عليه ، ولكن إذا كان السكن بسيطاً جداً ، كما هو الحال في الأرض الزراعية ، فيكون عارية ، وليس ايجاراً .

وقد يؤجر شخص عقاره لمؤسسة خيرية ، ثم يتنازل عن الأجرة ، فالعقد هنا عارية مستترة بالإيجار ، فهل يترتب على ذلك تطبيق أحكام الإيجار وقوانينه أم لا ؟

٣ ـ تمييز الايجار عن العمل والمقاولة :

يتشابه الإيجار كثيراً مع العمل والمقاولة ، ولكن يختلف الإيجار بأنه يرد على الانتفاع بالشيء ، بينما يرد العمل والمقاولة على العمل الذي يقدمه العامل أو المقاول، والعامل يتبع رب العامل ، بينما يستقل المقاول في عمله عن صاحب العمل .

ويختلط الإيجار مع العمل والمقاولة في عقد الاشتراك بالكهرباء والهاتف في البيوت ، مع وضع بعض معدات المؤسسة في البيت ، فهل يعتبر ذلك ايجارا له ، أم أنه مقاولة وعمل لتأمين المرفق كاملا للبيت بهذه المعدات ، وكما لو تعاقدت شركة سيارات مع سائق على تقديم سيارة له يستغلها للنقل على أن يعطي الشركة جعلا معيناً ويأخذ الباقي ، فهل يعتبر السائق مستأجراً للسيارة ، أم يعتبر السائق عاملا في الشركة ، والغالب اعتباره عقد عمل ، وتطبيق قانون العمل والعمال على مسؤولية الشركة عن إصابة العمل وغيرها .

وقد يختلط الايجار بعقود كثيرة أخرى ، ويحتاج إلى دقة في التمييز، وتمحيص في النوايا ، وتتبع للآثار والالتزامات المتفق عليها ، لتحديد صفته ، وإزالة الالتباس عنه ، وتطبيق القواعد والأحكام المناسبة ، وقد اكتفينا بهذه النماذج للايجاز والاختصار[1] .

* * *

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٦ وما بعدها ، عقد الايجار ، مرقس ص ٢٤ ، عقد الايجار ، شرقاوي ص ٢٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٦ .

الفصل الثاني

أركـان الايجـار

إن أركان العقد قانوناً بحسب القواعد العامـة في نظريـة العقد هي التراضي والمحل والسبب ، ويرى شراح القانون أن السبب في عقد الايجار هو نفسه السبب في النظرية العامة ويشترط فيه أن يكون مشروعاً ، وإلا كان الايجار باطلا ، كاستئجار منزل للقمار أو الدعارة ، وأن التراضي في عقد الايجار هو نفسه في النظرية العامة ، وكذلك محل الايجار وهو العـين المؤجرة فلا يشترط فيهـا شرط خاص يخرج عن الشروط التي يلزم توفرها في محل العقد بشكل عام ، إلا في نواحٍ محددة تتعلـق بطبيعة الايجار ، ولذلك نكتفي بالإحالة لدراسة هذه الأركان إلى النظرية العامـة للعقد ، وإلى التذكير بها فيما بحثناه في عقد البيع ، وقد اكتفى القانون المدني أن يذكر تحت عنوان « أركان الايجار » تعريفه (المادة ٥٢٦) وشروطاً في الأهلية (المادة ٥٢٧) ، واستثناء خاصاً في العين المؤجرة (المادة ٥٢٨) ، ثم عرض للأجرة (المادتان ٥٢٩ ــ ٥٣٠) ، وأخيراً تعرض للمدة (المادة ٥٣١) .

ولذلك نعرض هنا أركان عقـد الايجار من خلال هذه الأمور التـي ذكرها القانون ، ونحيل القارىء في بقية التفاصيل إلى الأحكام العامة في العقود .

وفي الفقه الإسلامي تطبق أحكام عقد البيع السابقة في الأركان على الايجار ، ويرى الحنفية أن أركان الايجار هي الصيغة : الايجاب والقبول ، ويشترط وجود التراضي وتوفر الأهلية ومشروعية المحل مع المدة ، ويرى الجمهور أن أركان الايجار

كالبيع هي : الايجاب والقبـول والمؤجر والمستأجر والمحل والأجرة ، مـع اشتراط تحديد المدة لانعقاد الايجار .

وأن شروط الإيجار هي بعينها شروط البيع ، سواء كانت للانعقاد أو للصحة أو للنفاذ أو للزوم ، وأهمها معلوميـة البدلين لكل من المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع[1] .

المبحـث الأول

التراضـي في عقـد الايجـار

التراضي في عقد الايجار هو نفس التراضي في نظرية العقد العامة ، وأنه يتحقق بالايجاب والقبول الصحيحين ، وأن يصدر من المؤجر والمستأجر المتمتعين بالأهليـة اللازمة لابرام عقد الايجار ، دون أن يشوب الرضا عيـب من العيـوب كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، كما يشترط أن يتم تلاقي الإرادتين ، وأن يكون القبول موافقاً للايجاب ، ويطبق على جميع ذلك القواعد العامة في نظرية العقـد ، ونكتفي هنا أن نقتصر على الأحكام الخاصة التي تتعلق بالأهلية والولاية اللازمة لكل من المؤجر والمستأجر ، وذلك بعد أن نذكر باختصار الأحكام العامة بالأهلية والولاية اللازمة لهما .

أولا : أهلية المؤجر والمستاجر :

المؤجر والمستأجر هما طرفا العقـد في الايجار ، ويشترط في كل منهما توفـر الأهلية اللازمة في العقود عامة ، والعبرة بتوفر الأهلية هو وقت إبرام العقد ، سواء

---

(١) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٣٩٩/٢ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٣٣ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٧/٥ ، الروضة ١٧٣/٥ .

المبحث الثالث

الأجرة

تأتي الأجرة في المرحلة التالية في الأهمية بعد الشيء المؤجر ، وتعتبر ركناً من أركان عقد الايجار الذي يتوقف وجوده عليها ، ولذلك نبين تعريفها وأهميتها ، وشروطها وجنسها ، وتقديرها .

أولا : تعريف الأجرة وأهميتها :

الأجرة هي المال الذي يلتزم المستأجر بإعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالشيء المؤجر[1] .

فالأجرة أحد عناصر الايجار ، لأنه عقد معاوضة ، والمؤجر لا يقدم ملكه أو حقه إلا بعوض ومقابل ، والمستأجر يحصل على المنفعة بعوض ومقابل ، وهذا العوض أو المقابل هو الأجرة ، وهذا ما يميز الإيجار عن العارية التي يستفيد المستعير من المنافع بدون عوض ، وأن المعير يقدم الشيء المعار تبرعا .

والأجرة ركن أساسي في الإيجار لا ينعقد بدونه ، فإذا اتفق الطرفان على الإيجار بدون أجر انقلب العقد إلى عارية ، أو كان من قبيل انشاء حق انتفاع أو استعمال أو سكنى بدون عوض ، وإذا بحث الطرفان الأجرة واختلفا عليها ، كان العقد باطلاً لعدم توفر رضاء المتعاقدين في العقد ، وفقدان ركن الأجرة ، أما إن سكتا أصلاً فقد تدخل القانون واعتبر العقد صحيحاً ، وتكفل القانون بتحديد الأجرة وتقديرها ، كما سنبينه ، وكذا فعل القانون في المدة ، خلافا للرضا فلا يتدخل فيه القانون .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٥٨ .

والأجرة هي محل الالتزام الرئيس للمستأجر ، ويترتب على الوفاء بها أو عدمه أحكام كثيرة ، والتزامات متقابلة على كل من المؤجر والمستأجر .

وتحتل الأجرة في عقد الإيجار مكاناً خاصاً . كالثمن في عقد البيع ، سواء في انعقاد العقد أو في آثاره وتنفيذه[1] .

ثانياً : شروط الأجرة :

يشترط في الأجرة الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزام وهي ما نصت عليه القواعد العامة في نظرية الالتزام ، وأشرنا إليها في عقد البيع ، ولذلك نعرضها بإيجاز ، وهي :

١ ــ أن تكون الأجرة مشروعة ، ويجوز التعامل بها قانونا ، سواء كانت نقداً أو عيناً أو حقاً مالياً آخر ، ولا يصح أن تكون الأجرة مما يمنع القانون التعامل به .

٢ ــ أن تكون الأجرة موجودة في الإيجار، بأن يكون الاتفاق على أدائها جدياً، وأن تكون حقيقة ، وليست صورية ، كما إذا سمى المتعاقدان أجرة لا يقصدان دفعها من المستأجر ، فيكون العقد باطلا باعتباره إيجاراً ، وقد يكون المقصود به عارية مستترة تحت اسم الايجار ، وكذلك إذا كانت الأجرة تافهة ، بأن يسمي المتعاقدان أجرة رمزية ، لا تتناسب نهائياً مع المنفعة المقصودة من الشيء المؤجر ، فتكون في حكم العدم ، وهو له بعض الأشخاص بتأجير أرض لجمعية خيرية لممارسة أعمالها بأجرة تافهة قليلة ، فيكون العقد في الحقيقة عارية أو هبة حق انتفاع في صورة إيجار .

أما الأجرة البخسة التي تعادل أكثر المنفعة أو تقارب الشيء المؤجر فلا تضر ؛ لأنه لا يشترط في الأجرة أن تعادل المنفعة الحقيقية للشيء المؤجر ، ولا يتوقف عليها

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٥٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٤٦ ، عقد الايجار، الشرقاوي ص ٧٢ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٧٩ .

مجمل أحكامه مع المذهبين الحنفي والمالكي ، ويشترط لنفاذ الايجار كون العاقدين غير محجورين ، وكون المؤجر مالكاً لما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه ، وتطبق على إجارة الفضولي أحكام بيع الفضولي السابقة ، فينعقد الايجار موقوفا عند الحنفية والمالكية ، ويكون باطلا عند الشافعية والحنابلة[1] .

وأخذ القانون الأردني بأحكام الفقه الإسلامي واشترط لنفاذ العقد أن يكون المؤجر أو من ينوب منابه مالكاً حق التصرف فيما يؤجره ، ويضاف إليه من يملك حق الإدارة بالاصطلاح القانوني كالوصي والوكيل، وأن الايجار من الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب حق التصرف [2] .

ثالثاً : الاستثناء في أهلية المؤجر والمستأجر :

بما أن الايجار من أعمال الإدارة ، وليس من أعمال التصرف[3] ، فقد تساهل القانون في أهلية المؤجر ، واكتفى منه أن تتوفر فيه أهلية الإدارة للقيام بإبرام عقد الإيجار ، واعتباره صحيحاً ، وغير باطل أو قابل للإبطال .

وجاء الاستثناء في أهلية المؤجر ، والاكتفاء منه بأهلية الإدارة ، بينما فقد النص على الاستثناء بالنسبة لأهلية المستأجر ، فاقتضى التفريق بين الحالتين .

---

(١) انظر مرشد الحيران ، المادة ٥٦٤ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٤٦ ، حاشية الدسوقي ٣/٤ ، القوانين الفقهية ص ٣٠١ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٥٠/١ ، بدائع الصنائع ٢٥٦٢/٥ ، ٢٥٦٣ ، ٢٥٦٤ ، الروضة ١٧٣/٥ .

(٢) انظر : المادة ٦٦٠ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٥٥١/٢ .

(٣) الغالب في معيار التفرقة بين عمل الإرادة وعمل التصرف هو المساس برأس المال ، وهو أصل المال وما أضيف إليه من نماء ، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة ، أو ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف ، وماعدا ذلك فيعتبر من أعمال الإدارة إلا إذا قضى القانون أو العرف بغير ذلك ، مثل ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في الايجار الذي تجاوز مدته سنة . (انظر : عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٤ هامش ، عقد الايجار ، تناغو ص ٥٦) .

الحالة الأولى : ورد النص عليها في قانون الأحوال الشخصية في معرض الحديث عن تصرفات القاصر ، ثم عند الحديث عن الوصاية على مال القاصر ، وذلك في عدة جوانب ، وهي :

١ ــ القاصر الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره : يجوز له بإذن من القاضي أن يتسلم جانباً من أمواله لإدارتها (المادة ١/١٦٤)، فإذا تسلم هذا القاصر بعض أمواله فيعتبر أهلا لإدارة هذه الأموال ، وبالتالي يصح منه إبرام عقد الايجار .

وهذا ما أكدته المادة التالية من قانون الأحوال الشخصية (١/١٦٥) فقالت : « للقاصر المأذون له مباشرة أعمال الإدارة ، وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات » .

وبما أن الغاية من الإذن للقاصر بتسلم أمواله وإدارتها والتجارة بها هو تدريبه على هذه الأعمال قبل أن يتمكن من التصرف بها ، وبما أنه قيد التجربة فقد حدد القانون سلطته في الايجار ، بأن يكون لسنه فقط ، ويجوز أن تكون لأكثر من سنة بإذن خاص من القاضي (المادة ٢/١٦٥) .

٢ ــ القاصر الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره : إذا بلغ القاصر ثلاثة عشر سنة ، وكان يكسب من عمله ، بأن يعمل بأجر أو يبيع ما يصنعه من حرفته التي يعمل بها ، ويدخر ما يكسبه ، فإن اشترى بهذا المال ما يمكن تأجيره ، فهو أهل لذلك ، ويملك حق التأجير ، ولا تتقيد سلطته في الايجار بمدة معينة ، فيملك التأجير لأية مدة مهما طالت ، لكن القانون أراد حمايته من جهة أخرى ، وخشي من سوء استعمال هذه السلطة ، فقيد الضمان لديونه الناشئة عن إدارته لأمواله التي يكسبها بمقدار هذا المال فقط ، ولا يضمن وراء ذلك ، حتى لا يمتد الخطر إلى بقية أمواله[1] .

٣ ــ المحجور عليه للسفه أو الغفلة : إذا كان الشخص ناقص الأهلية ، وصدر عليه قرار الحجر للسفه أو الغفلة ، وسجل هذا القرار ، فإن إيجاره يكون قابلا

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٩٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٧٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٤٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٤ .

للإبطال ، كما سبق بحسب القواعد العامة ، ولكن قانون الأحوال الشخصية السوري استثنى من ذلك جواز الإذن له من القاضي بتسلم أمواله لإدارتها ، وأنه يسرى عليه أحكام القاصر المأذون (المادة ٢٠١) كما ورد في الفقرة الأولى ، وفي هذه الحالة إذا أذن القاضي للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بتسلم جانب من أمواله لإدارتها ، فيحق له أن يعقد الايجار ، ويكون عقده صحيحاً ونافذاً ، ولا يقبل الإبطال من القيم عليه ، لكن أهليته في الايجار مقيدة بأن يكون العقد لسنة واحدة فقط ، إلا إذا أذن له القانون بمدة أطول .

وهذه الحالة الاستثنائية هي في أهلية المؤجر بجوانبها الثلاثة في القاصر الذي بلغ الخامسة عشرة وأذن له بتسلم أمواله ، والقاصر الذي بلغ الثالثة عشرة ويدير أمواله التي يكسبها من عمله ، والمحجور عليه للسفه أو الغفلة .

الحالة الثانية : أهلية المستأجر : لم يرد في القوانين نص على استثناء المستأجر من القواعد العامة في الأهلية للتعاقد ، فحصل اختلاف بين شراح القانون في اعتبار الاستئجار من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف ، فقال فريق منهم إنه من أعمال الإدارة لأن المستأجر لا يتصرف بشيء من رأس المال ، وإنما يقتصر على الحصول على منفعة ملك الغير في مقابل أجرة يدفعها ، إلا إذا كان الاستئجار بأجرة كبيرة تصل إلى رأس المال في مقابل منفعة استهلاكية ، وقال آخرون إن الاستئجار من أعمال التصرف مطلقا ، سواء كانت الأجرة من دخل المستأجر أو من رأس ماله .

ويترتب على هذا الاختلاف اشتراط أهلية الإدارة لعقد الايجار أو أهلية التصرف ، فعلى القول الأول يجوز للقاصر والمحجور عليه القيام باستئجار الأعيان في الحدود المذكورة أعلاه ، ويصح الاستئجار منهما كالايجار ، وعلى القول الثاني يشترط أهلية التصرف في المستأجر ، فإن قام القاصر المأذون له بالإدارة أو المحجور عليه المأذون له بتسلم أمواله باستئجار شيء فيكون العقد قابلاً للإبطال من الوصي أو القيم .

ويميز فريق ثالث من شراح القانون في الاستئجار ، وأنه يكون أحيانا من أعمال

الإدارة ، كمن يستأجر داراً ليسكنها ، ويدفع الأجرة من دخله وكسبه ، ومن يستأجر مكاناً ليمارس فيه مهنته أو تجارته أو صناعته ، أو يستأجر آلة لعمله فهذا من أعمال الإدارة ، ويقبل فيه أهلية الإدارة السابقة ، وقد يكون الاستئجار من أعمال التصرف، كمن يستغل ماله في استئجار أرض زراعية ، فهذا أقرب للمضاربة فيكون من أعمال التصرف ، ويشترط فيه أهلية التصرف ، ولا يقبل من القاصر والمحجور عليه المأذون لهما بتسلم أموالهما[1] .

رابعاً : الاستثناء في ولاية المؤجر والمستاجر :

الأصل أن يقوم مالك الشيء بعقد الايجار ، لأنه صاحب الحق في ملكية العين وفي التصرف فيها ، وإدارتها بمقتضى إرادته واختياره ، ولكن قد تنفصل الملكية عن حق التصرف والإدارة ، وقد ينفصل حق الادارة عن الملكية وحق التصرف ، وفي هذه الحالة الأخيرة يثبت للشخص حق إدارة الأشياء فقط دون التصرف فيها ، ويكون صاحب حق الإدارة نائباً عن المالك في الإدارة ، سواء كانت هذه النيابة اتفاقية كالوكالة ، أو شرعية كالولي ، أو قضائية كالوصي والقيم والوكيل القضائي عن المفقود .

والأصل أن يقوم النائب بالايجار والاستئجار بمقتضى القواعد العامة في النيابة ، ومنها منع النائب من الايجار لنفسه، كما سبق في منع النائب من البيع لنفسه، ولكن وردت استثناءات خاصة في ولاية المؤجر والمستأجر في قانون الأحوال الشخصية وفي القانون المدني ، نعرضها بشيء من الايجاز .

١ ـ تقييد النائب قضائيا :

نص قانون الأحوال الشخصية على تقييد الوصي والقيم والوكيل القضائي عن المفقود والغائب في إدارة الأموال ، المكلفين بإدارتها ، ومنها إبرام عقد الايجار عليها ،

---

(١) انظر : الوسيط ١١٣/١/٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٦ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٥٧ .

فيحق لهم تأجير الأشياء المملوكة للقاصر وغيره بشرط أن تكون المدة لثلاث سنوات فقط في الأراضي الزراعية ، وسنة واحدة في المباني (المواد ١٨٢/د ، ٢٠١ ، ٢٠٦)، خلافا للولي الأب أو الجد ، فإنه يملك حق التصرف والإدارة في أموال القاصر (المادة ١٧٢ من قانون الأحوال الشخصية)، كما يمتنع على الوصي أن يؤجر عقار القاصر لمدة تمتد أكثر من سنة من بلوغه سن الرشد[1] (المادة ١٨٢/هـ) .

٢ ـ تقييد صاحب حق الإدارة :

اعتبر القانون المدني السوري أن الوكالة العامة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ، وبين صراحة أنه يعد من أعمال الإدارة الايجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات (المادة ٦٦٧)، كما نص القانون المدني على أعمال الحارس القضائي بأن يحفظ المال وأن يقوم بإدارته (المادة ٦٩٥) .

وهذا يدل على أن الوكيل والحارس القضائي يتمتع بأهلية الإدارة فقط، وجاء القانون المدني في عقد الايجار وحدد صلاحية صاحب حق الإدارة فقال في المادة ٥٢٧:

« لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد لمدة أطول من ذلك أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك »[2] .

فكل شخص لا يملك إلا حق الإدارة ، كالحارس القضائي ، والوكيل وكالة عامة ، ومدير الشركة فإنه وكيل عنها في الإدارة ، ومفوض التفليسة وناظر الوقف، والمرتهن قانونا في الرهن الحيازي ، وغيرهم ، فكل واحد منهم لا يجوز له أن يعقد ايجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، كالقاضي أو الموكل ، وإذا عقد أحدهم ايجارا لمدة أطول من ثلاث سنوات ، فتنقص المدة إلى ثلاث

---

(١) انظر : كشاف القناع ٣/٥٦٠ .

(٢) يقابلها المادة ٥٥٩ من القانون المصري ، والمادة ٥٥٨ من القانون الليبي ، والمادة ٧٣٤ من القانون العراقي .

سنوات ، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين بغير ذلك ، أو وجد نص يزيد في المدة ، كما سبق في الوصي والقيم في ايجار مباني القاصر .

هذا بالنسبة لتحديد ولاية المؤجر ، أما ولاية المستأجر فيجرى فيها الاختلاف السابق في أهليته ، فإن كان الاستئجار من أعمال الإدارة فتطبق على المستأجر القيود السابقة على المؤجر ، وإن اعتبر الاستئجار من أعمال التصرف ، فتبقى ولايته عامة ، وتطبق أحكام النيابة العامة على المستأجر ، ومنها عدم الاستئجار من نفسه .

ويتفرع على بحث الولاية ايجار ملك الغير أو الفضولي ، فإن الايجار يكون صحيحاً بين المؤجر والمستأجر ، خلافاً لبيع ملك الغير فإنه قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري لورود النصوص القانونية فيه كما سبق ، ولا يوجد نص في القانون في ايجار ملك الغير ، فتطبق القواعد العامة ، ويكون العقد صحيحا لأنه لا يوجد مانع عند المؤجر من تسليم عين لا يملكها ولا يملك حق الانتفاع بها ولا حق الإدارة عليها ، خلافاً للبائع فإنه لا يستطيع نقل ملكية غيره إلى المشتري ، ويقوم المؤجر الفضولي بتسليم العين وتمكين المستأجر من الانتفاع طول مدة الايجار ، ولا يحق للمستأجر طلب الإبطال إذا لم يتعرض المالك له في ذلك . وللمالك أن يرجع على المؤجر الفضولي بالتعويض لأنه أثرى على حسابه ، أو منعه من الانتفاع بملكه[1] .

وقد أخذت معظم الأحكام السابقة من الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، إلا في ايجار الفضولي فإنه يطبق عليه أحكام بيع الفضولي وتصرفاته العامة ، وأن الأحكام الأخرى في صاحب حق الانتفاع والإدارة إنما هو لتحقيق مصالح الناس ، مما يعود لسلطة ولي الأمر المسلم في تنظيمه وتقييده .

وأخذ القانون الأردني بأحكام الفقه الإسلامي ، وقيد المدة في ايجار الوقف ومال اليتيم بثلاث سنوات ، إلا بإذن من المحكمة المختصة ، فإن عقد الايجار لمدة أطول ردت إلى ثلاث سنوات[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٥٣ ، ١٠٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٤٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٨٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٧٢ .

(٢) القانون المدني الأردني ، المادة ٦٧٣ ، الروضة ٥/١٧٣ .

المبحث الثاني

الشيء المؤجر

تمهيد :

يرى شراح القانون أن محل الايجار هو منفعة الشيء المؤجر والأجرة ، وأن المنفعة تقاس بالمدة، فيبحثون في محل الايجار الأمور الثلاثة ، وهي الشيء المؤجر ، والأجرة ، والمدة .

ويرى جمهور العلماء في الفقه الإسلامي أن الشيء المؤجر أحد أركان عقد الايجار ، ويرى الحنفية أن الشيء المؤجر أحد المقومات الرئيسية في العقد ، ويتفق جمهور الفقهاء على أن محل الإجارة هي منفعة الشيء المؤجر ، وهو ما نص عليه القانون المدني الأردني ، خلافاً لبعض الحنفية[1] .

ويظهر من مجموع الآراء أهمية الشيء المؤجر في عقد الايجار ، ولذلك نبين تعريفه وأهميته ، وأنواع الشيء المؤجر ، وشروطه .

اولا : تعريف الشيء المؤجر واهميته :

إن الشيء المؤجر ليس هو محل عقد الايجار إلا تجوزاً ، وإنما هو **محل لالتزام المؤجر** ، وإن الشيء المؤجر ليس هو محل التزام المؤجر أيضا ، لأن محل التزام المؤجر حقيقة وبدقة هو **منفعة الشيء المؤجر** ،ولكن المنفعة لا توجد مطلقة في الهواء ولا تظهر إلا في الشيء المعين، ولذلك قيل إن الشيء المؤجر هو محل عقد الايجار ، ولأن التزامات المؤجر بالتسليم والصيانة وضمان الاستحقاق وضمان العيوب

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٥٥٧/٥ ، ٢٥٥٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٢٠ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٦٦١ ، المغني ٣٢٢/٥ .

إنما تتصل مباشرة بالشيء المؤجر ، فصار الحديث عن محل الايجار منصباً على الشيء المؤجر ، فالالتزام بالتسليم يقع على الشيء المؤجر ، والالتزام بالصيانة يقع على الشيء المؤجر ، والالتزام بالضمان يقع على الشيء المؤجر ، كما أن بعض التزامات المستأجر تتصل بالشي المؤجر ، فالالتزام بالاستعمال والانتفاع والمحافظة يقع على الشيء المؤجر ، والالتزام بالرد يقع على الشيء المؤجر ، لذلك يتجه الشرح والكلام والبيان والشروط عن الشيء المؤجر .

أما في الفقه الإسلامي فقد اعتبروا الشيء المؤجر مباشرة ركناً في العقد ، أو أحد مقوماته الرئيسية .

وهذا يبين أهمية الشيء المؤجر في عقد الايجار، وأنه قطب الرحى ، والمركز الرئيسي الذي يدور العقد حوله ، بل هو الغاية الأساسية الذي وجد عقد الايجار من أجله ، كما سبق ، وذلك أن الإنسان قد لا يملك الشيء الذي يريد الحصول على منفعته ، وقد لا يستطيع شراءه وتملكه ، فيتجه إلى استئجاره من غيره ليحصل على منفعته ، ويحقق غرضه منه ، كما أن أصحاب الأملاك لا يستطيعون استغلال أملاكهم والحصول على منافعها ، واستثمار خيراتها ، ولا يرغبون ببيعها والتنازل عن ملكيتها، وقد لا يجدون الراغبين بشرائها ، فيلجؤون إلى الايجار ، لتحقيق رغباتهم وتحقيق مصالحهم ، وهذه علة تشريع الايجار شرعاً وقانوناً[1] .

ويحتل الشيء المؤجر ــ في أهميته في الايجار ــ مكان المبيع في عقد المبيع .

ثانياً : انواع الشيء المؤجر :

القاعدة العامة أن جميع الأموال التي يقرها القانون يجوز تأجيرها ، سواء كانت أموالا مادية كالأعيان ، أم أموالا معنوية وغير مادية كبراءة الاختراع والعلامة

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٢٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٨٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٦٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٤ .

التجارية ، وسواء كانت عقارات أم منقولات ، فالايجار يقع على الأشياء المادية التي تثبت عليها حقوق الملكية ، ويقع على الحقوق المالية ، سواء كانت حقوقاً عينية أخرى غير الملكية كحقوق الارتفاق وحقوق الاستعمال والسكنى ، أم حقوقاً شخصية كحق المستأجر في الشيء المؤجر فيحق له تأجيره من الباطن ، أم حقوقاً ذهنية ومعنوية ، ما لم تكن هذه الأموال والحقوق المالية لا تتفق طبيعتها مع التأجير ، كالأموال التي ينتفع بها باستهلاك العين ، كالأطعمة والنقود وغيرها .

ويغلب الايجار قديماً في العقارات ، ثم شاع الايجار وانتشر بكثرة في العصور الحاضرة للعقارات والمنقولات كالآلات الصناعية والزراعية والدواب وأثاث المنازل ووسائل النقل كالطائرات والسفن والسيارات[1] .

ثالثاً : شروط الشيء المؤجر :

يشترط في الشيء المؤجر خمسة شروط ، ثلاثة منها تتفق مع شروط المبيع في عقد البيع فنذكرها باختصار ، وشرطان يختصان بالايجار نظـرا لطبيعتها الخاصة ، وهذه الشروط هي :

١ ــ أن يكون الشيء المؤجر موجوداً وقت العقد أو قابلا للوجود في المستقبل كإيجار دار قبل بنائها على أن يبدأ الإيجار وقت تمام البناء (المادة ١٣٢) ، أما إيجار الشيء المعدوم فهو باطل ، كمن أجر داراً ظنها موجودة ، وهي غير موجودة ، أو أجر المستأجر حقه من الباطن ثم تبين أن الايجار الأصلي باطل ، فيبطل الايجار لانعدام المحل ، وكذلك إذا كان الشيء موجوداً ، ثم هلك هلاكا كليا قبل العقد فالايجار باطل لانعدام المحل (المادة ١٣٣) ، وإن هلك هلاكا جزئياً بأن احترق جزء من الدار مثلا فيبطل في الجزء الهالك ويبقي في الجزء الباقي ، إلا إذا كان الايجار لا يتم إلا بوجود الجزء الهالك بحسب طبيعة العقد أو قصد المستأجر ، وإن هلك الشيء بعـد العقد

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٢٥ ، ١٣٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٨١ ، عقد الايجار ، ص ٧٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٧٦ .

فيجوز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده .

٢ ــ أن يكون الشيء المؤجر معيناً أو قابلا للتعيين ، وهذا مستفاد من تعريف عقد الايجار بأنه: « عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع **بشيء معين** » (المادة ٥٢٦)، ويستفاد من القواعد العامة في محل العقد (المادة ١٣٤) ، ويكون تعيين الشيء بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة ، بأن تذكر الأوصاف الأساسية للشيء المؤجر ليتميز عن غيره ، ويكون الشيء قابلا للتعيين بذكر الجنس والنوع والصفة، أو الاتفاق على أسس تصلح لتعيينه ، وتختلف طريقة التعيين باختلاف الأشياء من أرض زراعية أو أرض فضاء أو دار للسكن أو سيارة للنقل أو أثاث للمنزل ، أو آلة للاستعمال .

٣ ــ أن يكون الشيء المؤجر قابلا للتعامل فيه ، أي أن يكون مشروعا ، ولا يخرج عن التعامل به بطبيعته ، أو بحكم القانون ، أو بمخالفته للنظام العام والآداب، وإلا كان العقد باطلا (المادة ١٣٦) .

فالأشياء التي لا تقبل التعامل بها بطبيعتها كالشمس والهواء ، والأشياء التي لا تقبل التعامل بها بحسب الغرض منها كالأموال العامة،لأنها مخصصة للمنفعة العامة، والأشياء التي لا يصح ايجارها لمخالفتها للنظام العام والآداب كايجار منزل للقمار أو الدعارة ، أو إيواء المجرمين ، أو إخفاء المسروقات والمواد المهربة ، فالعقد عليها باطل لعدم مشروعية المحل وعدم مشروعية السبب في وقت واحد .

٤ ــ أن يكون الشيء المؤجر قابلا للاستعمال بدون استهلاكه ، وهذا شرط خاص بالايجار ، لأن الغرض من الايجار الانتفاع بالشيء بدون استهلاكه ، والايجار يقع على المنفعة ، وليس على العين ، فيشترط أن يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك كالأرض والدور والآلات والسيارات ، ولأن المستأجر يلتزم برد الشيء المؤجر فإن كان قابلا للاستهلاك كالمشروبات والمأكولات والصابون مثلا والنقود فلا يمكن ردها بعينها بعد الانتفاع بها ، وهذا ما يميز الايجار والعارية عن القرض ، وقد

حددت المادة ١/٨٧ الأشياء القابلة للاستهلاك بأنها : « هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو إنفاقها » .

٥ ــ أن يكون الشيء المؤجر مملوكا للمؤجر ، أو يملك منافعه، أو يكون صاحب حق للانتفاع به ، أو له الحق في إدارته ، خلافا للبيع فإنه يشترط فيه أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، لأن البيع ينقل الملكية من البائع إلى المشتري ، فاشترط أن يكون مالكا للمبيع ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، أما الايجار فلا ينقل الملكية ، وإنما ينصب على الانتفاع والمنفعة ، فإن كان المؤجر مالكا للعين فالمنفعة غالباً تبع لها ، ولصاحب العين أن يتصرف بها أو يستغل منافعها أو يستفيد منها ، ومن ذلك حقه في الايجار .

وقد يكون المؤجر يملك المنفعة فقط ، أو صاحب حق في الانتفاع كالمستأجر الذي يحق له أن يؤجر إلى الغير حقه في الايجار ، وكذلك الايجار الصادر ممن يملك حق الاستعمال أو حق السكنى ، فلهما حقان عينيان كحق الانتفاع بشرط استعماله بنفسها ولا يحق لهما النزول عنه للغير ، ويصح الإيجار منهما ، ولكنه لا يكون نافذاً في حق المالك أصلا الذي يحق له استرداد العين من المستأجر ، وللمستأجر مطالبة المؤجر بالتعويض .

وسوف نرى أن القانون قيد صاحب حق الانتفاع باستثناء خاص في تحديد مدة الإيجار (المادة ٥٢٨) .

وقد يقع الإيجار ممن يملك حق الإدارة فقط ، كما سبق في الوصي والقيم ومدير الشركة والوكيل وكالة عامة ، فينعقد الإيجار صحيحاً ونافذاً من هؤلاء مع كونهم غير مالكين للشيء المؤجر ، ولا يملكون حق الانتفاع به .

فإن صدر الإيجار من غير مالك الشيء المؤجر ، وغير مالك للمنفعة أو حق الانتفاع ، وغير صاحب الحق بالإدارة كان الإيجار من فضولي ، وتطبق عليه أحكام إيجار ملك الغير كما سبق[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٢٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٨٢ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٧١ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٤ .

ويشترط الفقهاء في الشيء المؤجر نفس الشروط السابقة مع الاختلاف في فروعها وجزئياتها كالبيع ، ويضيفون شروطاً أخرى .

فيشترط في الشيء المؤجر أن يكون موجودا وقت العقد ، وأن يكون معلوماً علماً كافياً يرفع النزاع بين الطرفين ، وإلا كان الإيجار فاسداً عند الحنفية ، وباطلا عند الجمهور ، ويشترط أن يكون الشيء المؤجر مباحاً شرعاً ، فلا يجوز الاستئجار على المعاصي والمحرمات والجرائم باتفاق الفقهاء ، وأن يكون الشيء المؤجر قابلا للاستعمال بدون استهلاكه ، وأن يكون الشيء المؤجر مملوكا للمؤجر إما بملك الرقبة والمنفعة ، وإما بملك المنفعة فقط ، أو نائباً عن المالك بالوكالة أو القضاء أو بالشرع ، ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة ، بأن يعتاد الناس استيفاءها بعقد الإيجار ، ويجري التعامل بها ، وأن يكون الشيءالمؤجر مما يمكن تسليمه إلى المستأجر لاستيفاء المنفعة منه[1] .

واكتفى القانون المدني الأردني بالنص على شرطين من هذه الشروط في عقد الإيجار ، وهما أن تكون المنفعة المعقود عليها مقدورة الاستيفاء وأن تكون معلومة علماً كافياً لحسم النزاع ، وأما بقية الشروط فإنها تؤخذ من نظرية العقد والقواعد العامة في العقود[2] .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٤٩ ، بدائع الصنائع ٥/٢٥٦٩ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤٠٣ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٥١ ، مغني المحتاج ٢/٣٣٢ ، ٣٣٥ وما بعدها ، المهذب ١/٤٠١ ، الروضة ٥/١٧٧ ، درر الحكام ٢/٢٣٠، فتح القدير ٧/١٤٨ ، القوانين الفقهية ص ٣٠٢ ، حاشية ابن عابدين ٦/٩ .

(٢) انظر : المادة٦٦٢ من القانون المدني الأردني،والمذكرة الايضاحية له ٢/٥٥٢.

كانت مدة العقد ستبدأ بعد العقد مباشرة ، أو أنها ستبدأ بعد وقت من العقد ، وسواء كان الايجار لأجل واحد أم كان لعدة آجال معينة ، ويمتد العقد إليها جميعا دون أن يتجدد، لكن يجوز لكل من العاقدين إنهاء الايجار ، أما إذا كان العقد يتجدد عند كل أجل فيجب توفر الأهلية عند إبرام العقد ، وعند تجديده .

وتوفر الأهلية في عقد الايجار شرط لصحة العقد ، فإذا فقدت الأهلية كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب فقدان الأهلية نهائياً أو نقصانها .

وإذا توفرت الأهلية وقت إبرام العقد ، ثم فقدت بعده أثناء مدة الايجار فلا يؤثر في العقد ، ويبقى صحيحاً رغم زوال الأهلية بالحجر على أحد المتعاقدين ، أو بالعته أو الجنون أو مرض الموت .

فإن كان الشخص كامل الأهلية فيجوز له مباشرة جميع التصرفات ، ويصح أن يكون مؤجراً أو مستأجراً ، وإذا كان الشخص عديم الأهلية امتنع عليه أن يكون مؤجراً أو مستأجراً ، ويكون عقده باطلا ، وإذا كان ناقص الأهلية فيكون عقده قابلا للإبطال ، لأن الإيجار من التصرفات التي تحتمل النفع والضرر ، فيكون قابلا للإبطال ، مع مراعاة الحكم الخاص الذي أعطاه القانون لناقص الأهلية بأن يكون مؤجراً إذا بلغ سناً معينة ، كما سنذكره بعد قليل ، وفي حالة نقص الأهلية أو انعدامها بسبب الجنون أو العته فلا يكون الايجار باطلاً إلا إذا صدر الايجار بعد تسجيل قرار الحجر ، فإن صدر الايجار قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كان الجنون أو العته شائعاً وقت العقد ، أو كان المتعاقد الثاني على بينة منه (المادة ١١٥)[1] .

وإن بحث أهلية المؤجر والمستأجر مستمدة من الفقه الإسلامي ، ويتفق القانون فيها مع جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية الذين يشترطون في كل من المؤجر والمستأجر الأهلية اللازمة في البيع والمعاملات عامة ، بأن يكون كل منهما عاقلا مميزاً ، وإن

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٩٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٧٧ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٧ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٧ .

إيجار المجنون والصبي غير المميز باطل، وكذلك استئجارهما، وقال الشافعية والحنابلة باشتراط البلوغ والعقل لانعقاد الايجار كالبيع ، ولا يصح ايجار الصبي المميز واستئجاره[1] .

وقد اكتفى القانون المدني الأردني بالنص العام على اشتراط أهلية المتعاقدين وقت العقد لانعقاد الايجار[2] .

ثانياً : ولاية المؤجر والمستأجر :

الولاية تكمل الأهلية ، فإذا كان المؤجر أو المستأجر عديم الأهلية أو ناقص الأهلية فيحل محله وليه في إبرام عقد الايجار ، سواء كانت هذه الولاية والنيابة اتفاقية كالوكيل ، أو شرعية كالولي ، أو قضائية كالوصي والقيم ، ويشترط توفر الولاية في الايجار وقت العقد ، فإن زالت بعد العقد ، أو أثناء سريانه وخلال فترة الايجار فلا تضر ، كما لو أبرم الوصي أو القيم أو الوكيل عقد الايجار ، ثم عزل بعد العقد أو مات ، قبل انتهاء الايجار ، بقي العقد قائماً إلى انتهاء مدته .

والولاية في عقد الايجار شرط لنفاذ العقد في حق من أبرمه وبالنيابة عن غيره.

وتطبق أحكام النيابة عامة على عقد الايجار إلا ما خصه القانون المدني من استثناء في عقد الايجار ، كما سنراه بعد قليل ، ومن أحكام النيابة العامة في القانون منع النائب من الايجار والاستئجار لنفسه حتى لا يتولى طرفي العقد[3] .

وأحكام الولاية العامة مستمدة من الفقه الإسلامي ، ويتفق القانون المدني في

---

(١) انظر : المادة ٥٦٤ من مرشد الحيران ، مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٤٤٤، ٤٥٨ ، حاشية الدسوقي ٣/٤ ، بلغة السالك ٢٤٤/٢ ، مغني المحتاج ٣٣٢/٢ ، المغني ٣٢٢/٥ ، بدائع الصنائع ٢٥٦٠/٥ ، الروضة ١٧٣/٥ .

(٢) المادة ٦٥٩ ، وانظر : المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ٥٥١/٢ .

(٣) انظر : الوسيط ١٠٦/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٧ ، عقد الايجار، مرقس ١٨٨ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ٢٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٥٨ .

صحة الايجار ، ولا يجوز للمؤجر فسخ الايجار للغبن أو طلب تكملة الأجرة إلا في الوقف ، خلافاً للبيع الذي يجيز رفع الدعوى لتكملة الثمن في عقار القاصر إلى خمس القيمة ، فالأجرة البخسة لا ينفي القانون وجودها ولا تؤثر على الايجار .

٣ ــ أن تكون الأجرة معينة ، أو قابلة للتعيين ، وهذا ما أفرده القانون بالنص عليه في عقد الايجار وتقدير الأجرة ، كما ستفصله بعد قليل .

ولا يشترط في الأجرة أن تكون من النقد ، خلافا لعقد البيع[1] .

وفي الفقه الإسلامي يشترط أن تكون الأجرة جدية وحقيقية في عقد الايجار ، وأن تكون مشروعة أي مالا متقوماً ، وأن تكون معينة في العقد ، ولا يشترط أن تكون من النقود ، ويشترط أن تكون معلومة في العقد بأن يعين مقدارها ونوعها إن كانت نقداً ، وأن يعين المقدار والنوع والجنس إن كانت عروضاً ، وإن سكت الطرفان عنها وافترقا قبل العلم بها فسد الايجار ، وإن نصا على نفيها بطل ، وباختصار يشترط فيها ما يشترط في الثمن ، وهذا ما أخذ به القانون الأردني[2] .

ثالثاً : جنس الأجرة :

نصت المادة ٥٢٩ من القانون المدني على ما يلي :

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٥٩ ، ١٦٤ ؛ عقد الايجار ، مرقس ص ١٤٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٨٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٧٣ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية ص٣٠١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٥٠، الروضة ٥/١٧٤ ، المهذب ١/٤٠٦ ، مغني المحتاج ٢/٣٣٤ ، بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٦ ، فتح القدير ٧/١٤٨ ، المغني ٥/٣٢٧ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٦٥ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ٢/٥٥٢ ، المادة ٦٦٣ .

« يجوز أن تكون الأجرة نقوداً ، كما يجوز أن تكون أي تقدمة أخرى »[1] .

تبين هذه المادة أن جنس الأجرة يجوز أن تكون نقوداً ، كالبيع ، ويجوز أن تكون مالاً آخر من غير النقود كالأعيان والحقوق التي لها قيمة مالية .

والغالب أن تكون الأجرة من النقود التي تحدثنا عنها في عقد البيع ، وتكون في العادة مقسطة على مدد متساوية ، وقد تكون مبلغاً مقطوعاً من النقود يدفع مرة واحدة ، في بدء الايجار أو في نهايته .

ويختلف الايجار عن البيع بأن البيع لا يكون الثمن فيه إلا نقداً ، أما الايجار فيجوز « أن يكون شيئاً آخر من غير النقد ، كجزء من المحصول ، أو الانتفاع بشيء آخر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة ، (مقايضة انتفاع بانتفاع)، أو أي التزام آخر يلتزم به المستأجر ، وهذا خلاف الثمن في البيع فإنه يجب أن يكون نقداً »[2] .

فيجوز أن تكون الأجرة عملاً يتعهد المستأجر بتقديمه للمؤجر ، كأن يسكن محام أو طبيب في مسكن مملوك لأحد زبائنه ، مقابل الترافع له في قضايا ، أو معالجة أفراد أسرته ، أو يتعهد المستأجر بإقامة بناء في الأرض المستأجرة ينتفع به أثناء مدة الايجار ، ثم يصبح ملكاً للمؤجر ، وهو ما يحدث كثيراً في بعض الدول المجاورة ، وقد يقوم المستأجر بتحسين الأرض كأجرة لها أو كجزء من الأجرة مع مبلغ من النقد ، وقد تكون الأجرة جزءاً من محصول الأرض الزراعية ، كما هو الحال في المزارعة قانوناً ، وقد تكون الأجرة بضاعة تدفع جملة واحدة أو على دفعات .

ولا يشترط أن تكون أجزاء الأجرة متساوية في مدة الايجار ، فقد تختلف من السنة الأولى إلى الثانية ، ومن الصيف إلى الشتاء ، وقد تتفاوت بحسب نوع الاستعمال في أرض زراعية ، أو استثمارية ، أو منزل للسكن في المصيف وغيره[3] .

---

(١) يقابلها المادة ٥٦١ من القانون المصري ، والمادة ٥٦٠ من القانون الليبي ، والمادة ٧٣٦ من القانون العراقي ، والمادة ٥٣٦ من التقنين اللبناني .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٧٦ .

(٣) انظر : الوسيط ٦/١١/١٦٠ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٤٧ ، عقد الايجار، =

وفي الفقه الإسلامي لا يشترط أن تكون الأجرة من النقود ، فيجوز أن تكون منفعة أو عيناً ، أو ديناً أو نقداً ، وأن كل ما يصلح أن يكون بدلا في البيع والمقايضة يصلح أن يكون بدلا في الايجار ، ولا عكس ، بشرط أن تكون معلومة ، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية وأخذ به القانون المدني الأردني ، لكن الحنفية منعوا أن يكون الإيجار منفعة بمنفعة من جنسها فإنه ربا ، خلافا للمذاهب الثلاثة فإنهم يرون أن المنفعة بالمنفعة كالعين بالعين ولا ربا فيهما ، وقال الشافعية والمالكية بمنع كون الأجرة جزءً من انتاج أو عمل المستأجر[1] .

رابعاً : تقدير الاجرة :

جاء في تعريف الايجار أنه « لقاء أجر معلوم » فيجب أن تكون الأجرة معينة ، وذلك أن يتم الاتفاق عليها في العقد ، وهو الأصل ، ولكن لا يشترط تعيين المقدار وتحديده في العقد ، فيجوز أن يغفلاه أو يسكتا عنه ، وهنا يتدخل القانون ويحدد الأجرة بأجر المثل ، وهو مانصت عليه المادة ٥٣٠ ، وهي :

« إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ، أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجر المثل »[2] .

فالأصل أن يتم تقدير الأجرة من المتعاقدين ، ويحددانها بمطلق الحرية الكاملة، وبمقتضى سلطان الإرادة العقدية ، ولهما أن يتفقا على مقدار الأجرة ، وعلى كيفية دفعها ، بأقساط متساوية في كل مدة ، أو عند العقد ، أو عند استلام العين ، أو عند

الشرقاوي ص ٧٣ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٨١ .

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٦٣ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٦٦٤ ، المعاملات، أبو الفتح ٤٠٢/٢ ، بدائع الصنائع ٢٦٠٨/٦ ، فتح القدير ١٤٨/٧، المغني ٣٢٧/٥ ، الروضة ١٧٦/٥ ، مغني المحتاج ٣٣٥/٢ ، حاشية الدسوقي ٥/٤ .

(٢) يقابلها المادة ٥٦٢ من القانون المصري ، والمادة ٥٦١ من القانون الليبي ، والمادتان ٧٣٨، ٧٣٩ من القانون العراقي ، والمادة ٥٣٧ من التقنين اللبناني .

انتهاء الايجار ، أو عند ظهور المحصول .

وللمتعاقدين أن يتركا تقدير الأجرة ، ولكن يعينان الأسس الصالحة لتقديرها ، أو اعتماد العناصر المحددة لتعيينها وتحديدها ، مثل تحديد الأجرة بحسب سعر القطن أو التفاح ، ومثل تحديد الأجرة بالأجر الذي يحدده القانون ، كما كان في بيوت السكن ، وهو خمسة بالمائة من ثمن المنزل ، أو بنصف أرباح المرآب مثلا .

ويحق للمتعاقدين أن يتفقا على تفويض شخص ثالث لتحديد الأجرة ، فإن قام بهذه المهمة وقدر الأجرة، فتصبح لازمة على الطرفين ، وإن امتنع عن تحديد الأجرة لسبب ما ، فيمكن تعيين غيره باتفاق الطرفين ، إلا إذا تبين من ظروف العقد أنهما لايريدان غيره ، فلا يحق للمحكمة تعيين خبير لذلك ، ويكون عقد الايجار باطلا لفقد ركن من أركانه .

ولا يصح الاتفاق على تفويض المؤجر أو المستأجر لتعيين الأجرة ، لأن الطرف الثاني يصبح تحت رحمة الأول ، وقد يتعسف المفوض في ذلك .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على تحديد الأجرة ، ولم يتفقا على أسس صالحة لتحديدها، ولم يبينا العناصر الموصلة لذلك، ولم يفوضا تقدير الأجرة لشخص ثالث، أو اتفقا على إحدى هذه الصور ، ولكن حصل اختلاف ، وتعذر إثبات مقدار الأجرة ، فيجب اعتبار أجرة المثل ، وهنا لا يكون عقد الايجار باطلا ، بل يتكفل القانون بتحديد الأجرة في هذه الحالة ، وفي حالة تعذر إثبات الأجرة المقدرة مسبقا، خلافاً للبيع فإنه يبطل إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الثمن أو الاتفاق على أسس صالحة لتحديده ، أو وجود نية الاعتماد على أسس محددة لتقديره ، ولا يتدخل القانون بتقدير الثمن ، كذلك تدخل القانون في تحديد المدة في عقد الايجار ، كما سنرى .

ويقوم القاضي بتحديد أجر المثل بالاستعانة مع أهل الخبرة،والاستئناس بعقود إيجار سابقة لنفس الشيء المؤجر ، أو عقود إيجار عن أشياء مماثلة للشيء المؤجر ، ويراعى في أجر المثل مثل الشيء المؤجر وقت العقد ، وفي مكان الشيء المؤجر

وأوصافه ، بشرط معرفة سبب عدم تعيين الأجر ، فإن تبين للقاضي اختلاف المتعاقدين على الأجرة ، كان الايجار باطلا لتعذر الاتفاق على ركن من أركان العقد[1] .

كل ذلك إذا لم يتدخل المشرع في تحديد الأجرة بقوانين آمرة وملزمة لا يجوز مخالفتها ، أو لا يجوز تجاوز الحد الأعلى لها ، ويجوز دونها ، كما يفعل المشرع في قوانين الايجار للمباني السكنية ، ويحق لكل من الطرفين طلب تخمين البيت وتحديد الأجرة بحسب النسبة القانونية المقررة[2] .

وفي الفقه الإسلامي يشترط تقدير الأجرة من الطرفين في العقد ، فإن سكت الطرفان عنها وافترقا قبل العلم بها فسد الايجار ، وإن نصا على نفيها بطل ، وإن اتفقا على أجر مجهول بأن قالا بمبلغ من المال ، أو بمائة ثوب دون تحديدها أو وصفها الكامل فسد الايجار ، فإن استوفى المستأجر المنفعة بإذن المؤجر فتجب عليه أجرة المثل ، إن كان الفساد بسبب جهالة الأجرة ، وإن كان فساد الايجار بسبب آخر ، وجب أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى ، وإن استوفى المستأجر المنفعة بدون إذن المؤجر كان غاصبا ، وتطبق عليه أحكام الغصب في الأجر والضمان ، وإن لم يستوف المستأجر المنفعة أصلا في الإجارة الفاسدة فلا أجرة عليه ، حتى ولو استلمها[3] ، ويشترط في الايجار والاستئجار من الولي والوصي والقيم أن يكون

---

(١) نصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري على ذلك فقالت : « إذا كانت الأجرة غير مقدرة في العقد ، فإن ذلك يرجع لأحد أسباب ثلاثة : ا ـ إما لأن المتعاقدين قد أغفلا الاتفاق عليها ب ـ أو اتفقا عليها ولكن تعذر إثبات ما اتفقا عليه ج ـ أو حاولا الاتفاق عليها فلم يستطيعا ، ففي الفرضين الأولين تكون الأجرة هي أجرة المثل في مكان تمام العقد ... وفي الفرض الثالث يكون الايجار باطلا لأن المتعاقدين قد تعذر عليهما الاتفاق على ركن من أركان العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٧٧) .

(٢) انظر : الوسيط ٦/١/١٦٦ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٨٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٧٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٤٨ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥ .

(٣) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤٠٤ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٦٢ .

بأجر المثل ، و لايقل عنه إلا بما يتغابن به الناس عادة[1] .

وأخذ القانون الإردني بقول الحنفية ، فقال « إذا كان بدل الايجار مجهولا جاز فسخ الإيجار ولزم أجر المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ »[2] .

المبحث الرابع

مدة الإيجار

المدة من أركان الايجار قانونا ، لأن الايجار يرد على المنفعة ، ولا تستوفى المنفعة إلا بمضي الزمن ، ولذلك يجب بيان المدة وتحديدها لصحة الايجار ، وهذا ما نبينه في هذا المبحث ، فندرس ضرورة التوقيت في الايجار ، وتحديد المدة باتفاق المتعاقدين ، وتحديد المدة عن طريق القانون .

أولا : ضرورة التوقيت في الإيجار

إن عقد الإيجار عقد مؤقت ، ويجب توقيته ، كما جاء في تعريف الايجار بأنه يخول المستأجر منفعة العين المؤجرة **لمدة معينة** ، وأن منفعة الشيء المؤجر تقاس بمقياس الزمن ، ولذلك كان التوقيت من ضروريات عقد الايجار بحسب طبيعته وجوهره ، وأنه عقد زمني ، أو عقد مستمر مع الزمن ، أو عقد مؤقت ، وهذا ما يميز الايجار والعقود الواردة على المنفعة عن بقية العقود وخاصة العقود الواردة على الملكية ، والتي لا تقبل التوقيت ، بل إن توقيت الايجار هو أحد الوسائل لاحترام الملكية والمحافظة عليها وعدم الفصل فيها بين ملكية العين والانتفاع بها بصفة دائمة .

والمدة ركن من أركان الايجار الذي لا يتم إلا بها ، فإن تعرض الطرفان في عقد

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥/٢٥٦٥ .

(٢) المادة ٢/٦٦٤ من القانون الأردني .

الايجار للمدة ، واختلفا عليها ، أو اختلفا على تحديدها ، كسنة أو مشاهرة ، واستمرا على الخلاف فلا ينعقد الايجار ، ويقع باطلا لانعدام ركن من أركانه ، وهو المدة ، أمّا لو سكت الطرفان في عقد الايجار على المدة فلا يبطل العقد لتدخل القانون في ذلك استثناء وللضرورة ، وتكفل بتحديد المدة عند عدم الاتفاق عليها ، نظرا لسهولة تعيينها ، وخضوعها للقواعد الموضوعية في أمثالها ، وعدم ارتباطها بالصفة الشخصية للطرفين .

ويترتب على ضرورة التوقيت في الايجار عدم جواز الايجار المؤبد ، أو الايجار لمدة طويلة تعتبر في حكم المؤبد[1] .

ثانياً : تحديد مدة الإيجار باتفاق الطرفين :

الأصل في تحديد مدة الايجار أن يتم عن طريق المتعاقدين بالاتفاق على تحديد نهاية المدة في عقد الايجار ، ويمنح القانون الحرية الكاملة ، والسلطة التامة للاتفاق على مقدار المدة وتعيينها كما يشاء المتعاقدان ، بأن تكون المدة ساعة أو يوماً أو شهراً أو سنة أو عدة سنوات ، مادامت المدة لا تجعل الايجار مؤبداً أو في حكم التأبيد .

ولم يحدد القانون حداً أقصى لمدة الايجار ، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على الحد الأعلى للايجار ، وهو ثلاثون سنة ، ثم حذف هذا النص ، وترك الأمر إلى القواعد العامة ، وبما لا يخالف نصاً خاصاً كتحديد المدة للوصي أو القيم أو صاحب حق الإرادة .

واختلف شراح القانون المصري في تحديد الحد الأقصى لمدة الايجار ، فيرى

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٤٠ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٣٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٧٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٨٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٨٢ .

الأكثرون على وجوب تحديد الحد الأقصى بستين سنة ، قياساً على مدة الحكر[1] في القانون المصري ، مع أن حق الحكر ينشىء حقاً عينياً للمحتكر على الأرض ، بينما لا ينشىء الايجار إلا حقاً شخصيا ، فالقياس عليه في المدة بالأولى ، فإذا زادت المدة عن ستين سنة فيعتبر الايجار مؤبدا ، ولا يجوز ، وإن كانت المدة أقل من ستين سنة فيعود للقاضي حق تقدير المدة تبعاً للظروف ، وهل تعتبر صحيحة أم مؤبدة .

ويرى بعض الشراح جواز زيادة مدة الايجار عن ستين سنة ، وأن الأمر متروك للقاضي في تحديد الحد الأقصى للمدة الصحيحة أو اعتبارها مؤبدة ، لعدم وجود نص في المسألة .

وإذا كان الايجار مؤبداً بالاتفاق عليه في العقد ، أو مقدراً بمدة تجاوز الحد الأقصى بتقدير القاضي ، أو تزيد عن ستين سنة فإن العقد باطل بطلاناً مطلقاً عند أكثر علماء فرنسا ، ويرى أكثر شراح القانون في مصر أن العقد صحيح وتنقص المدة إلى ستين سنة أو الحد الأقصى الذي يراه القاضي قياساً على إنقاص المدة في الحكر إذا زادت عن ستين سنة ، إلا إذا تبين من ظروف العقد أن المتعاقدين ما كانا ليعقدا الايجار بغير المدة الطويلة أو المؤبدة ، ويعتبر من الايجار المؤبد أن يتفقا على استمرار الايجار ما بقيت العين المؤجرة .

ويجوز أن يتفق الطرفان على تحديد الايجار لمدة حياة المستأجر أو لمدة حياة المؤجر ، ولا يكون ذلك مؤبدا ، ولا في حكم التأبيد ، لأن حياة الإنسان مؤقتة ، فيكون الايجار مؤقتا ، بشرط ألا يمتد الايجار أكثر من ستين سنة ، ولو بقي المؤجر أو المستأجر حياً ، ويستمر الايجار طوال حياة المؤجر أو المستأجر ، ولو مات الثاني[2] .

---

(١) الحكر هو عقد على أرض الوقف الخالية بأن تعطى لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ، ويكون له عليها حق القرار الدائم ، ويتصرف فيها بالبناء والغرس كتصرف المالكين ، ويدفع اجرا سنويا ضئيلا ، وأخذ به القانون المصري في المادة ٩٩٩ وما بعدها . (انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٦٢/٦ ، المدخل الفقهي العام ٥٨٠/١) .

(٢) انظر : الوسيط ١٤١/١/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ١٤١ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٨١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٨٧ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨ .

وفي الفقه الإسلامي يجب تحديد مدة الايجار في العقد ، وإن اتفاق الطرفين على تحديد مدة الايجار هو الوسيلة الوحيدة لذلك ، وأن الأصل فيها حرية المتعاقدين في بيان المدة ، ومنحهما السلطان الكامل لتقديرها في العقد ، دون أن يتدخل المشرع في ذلك إلا بما يراه للمصلحة ، ولحماية العناصر الضعيفة كالوقف وأموال اليتامى والقصر والمحجور عليهم ، لأن المنفعة في الايجار لا تتحدد إلا بالمدة ، ولا تتعين إلا بذلك ، فوجب التحديد .

وإن تعيين مدة الايجار أمر لا بد منه باتفاق المذاهب ، ولكنهم اختلفوا في تحديد الحد الأقصى لمدة الايجار ، فيرى الجمهور أنه يجوز الايجار مهما طالت المدة ما دامت العين أو الشيء المؤجر قائما ، ويجوز الايجار مدة حياة المؤجر أو المستأجر ، إلا في الأوقاف فلا تجوز الإجارة الطويلة فيها حتى لا يفتح المجال للمستأجر بادعاء ملكيتها ، وقدر الفقهاء تحديد إيجار الوقف في الضياع بثلاث سنوات ، وفي المدن بسنة ، وروي عن الإمام الشافعي أن الايجار لا يصح إلا لسنة واحدة ، وفي قول آخر للشافعي أن أقصى مدة الايجار ثلاثون سنة ، ولا تصح فيما يزيد عن ذلك .

كما اختلف الفقهاء في اشتراط تحديد بداية المدة وانتهائها ، فتشدد الشافعية كثيرا ، وقالوا يشترط تعيين ابتداء المدة ، كما يشترط تعيين انتهاء المدة ، وإلا كان الايجار مجهولا في المعقود عليه ، وأدى إلى النزاع فيبطل .

وقال الجمهور لا يشترط تعيين ابتداء مدة الايجار ، ويصح العقد الذي تتعين فيه المدة بشهر أو سنة ، دون تحديد ابتداء المدة ، ويتعين الشهر أو السنة التي تعقب العقد ، إلا في الايجار مع خيار الشرط فتبدأ المدة من وقت سقوط الخيار ، ولكن يشترط عند الجمهور تعيين نهاية مدة الايجار .

فإن كانت المدة مجهولة فسد الايجار ، سواء كانت جهالة المدة لعدم ذكرها أصلا ، أو لذكر وقت غير معلوم كنزول المطر وشفاء المريض وحضور الغائب .

أما إذا تمت الإجارة بتحديد الأجرة لمدة معينة ، ولم تحدد نهاية المدة ،

بأن يؤجر داره كل شهر بمائة ليرة ، فيصح الايجار في الشهر الأول ، ويفسد فيما عداه ، إلا إذا عجل الأجرة عن عدة أشهر مثلا فيصح لزوال الجهالة بالتعجيل في تلك المدة ، وإذا حدد الطرفان مدة زمنية لتقدير الأجرة ، كالشهر أو السنة ، فيصح الايجار لشهر واحد أو سنة واحدة ، ولكل طرف أن يفسخ الايجار في نهاية المدة ، فإن بدأت المدة الثانية بدون طلب للفسخ يتجدد الايجار لفترة ثانية مماثلة ، وهكذا إلى فترة ثالثة ورابعة إلى أن يطلب أحدهما الفسخ ، ويكون العقد في الفترة الأولى لازما ، ثم يصبح غير لازم في الفترات الأخرى[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني برأي الجمهور واشترط تعيين نهاية المدة ، ويصبح الايجار مشاهرة أو سنة فسنة ، ولكل طرف فسخه في الفترات اللاحقة ، وإن اتفق الطرفان على مدة لدفع الايجار انعقد الايجار لها ، وينتهي بانتهائها ، ثم أخذ بمذهب الشافعي في تحديد الحد الأقصى للايجار بثلاثين سنة لمراعاة المصالح ، وحدد الحد الأقصى لايجار الوقف ومال اليتامى بثلاث سنوات فقط[2] .

ثالثاً : تحديد مدة الإيجار في القانون :

إذا انعقد الايجار بتراضي الطرفين عليه دون أن يعينا مدة له ، بأن يسكتا عن ذكر المدة أصلا ، أو لم يتعرضا للمدة وهذا يقع كثيرا في الحياة ، أو اتفقا على الايجار لمدة غير معينة ، كأن تكون المدة بحسب مشيئة المؤجر أو المستأجر ، أو يصرحا بأن الايجار لمدة مناسبة أو صالحة لائقة ، أو اتفقا على المدة في العقد ، ثم اختلفا عليها ، وتعذر عليهما إثبات هذه المدة أمام القضاء ، ففي هذه الأحوال الثلاث تدخل القانون

---

(١) انظر : كشاف القناع ٥٤٩/٣ ، ٣/٤ ، بدائع الصنائع ٢٥٧٢/٥ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٩٤ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤٠٣/٢ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٥٢/١ ، حاشية الدسوقي ١٢/٤ ، مغني المحتاج ٣٤٩/٢ ، فتح القدير ١٧٦/٧ ، الروضة ١٨٢/٥ ، المغني ٣٢٣/٥ ، المهذب ٤٠٣/١ .

(٢) المواد ٦٦٩ ـ ٦٧٣ ، وانظر : المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ٥٥٢/٢ وما بعدها .

وتكفل بتحديد مدة الايجار ، وقرر ثلاثة مبادىء ، وهي :

١ ــ تحدد مدة الايجار بمقدار الأجرة التي دفعت أو حددت في العقد ، كأن تكون الأجرة لساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة ، مع مراعاة طبيعة الشيء المؤجر الآتي ، وينتهي الايجار بانتهاء هذه المدة ، وبطلب أحد المتعاقدين وتنبيه الطرف الثاني قبل مدة محددة كما سيأتي .

٢ ــ يكون الايجار منعقداً لهذه المدة ، ويتجدد تلقائيا لمدد متتالية ، إذا لم يطلب أحد المتعاقدين إنهاء الايجار بانقضاء المدة المقررة في الفقرة السابقة ، وضمن المواعيد الآتية للتنبيه .

وهذا ما نصت عليه المادة ٥٣١ ، وهي :

« إذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة ، أو عقد لمدة غير معينة ، أو تعذر إثبات المدة المدعاة ، اعتبر الايجار منعقدا للمدة التي دفعت أو حددت عنها الأجرة ، وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء قبل نصفها الأخير ، مع مراعاة الأحكام التالية »[1] .

٣ ــ تتحدد المدة قانوناً بحسب طبيعة الشيء المؤجر ، وتختلف مواعيد طلب الإنهاء والإخلاء بحسب مدة الشيء المؤجر ، وقسم القانون الأشياء المؤجرة إلى ثلاثة أصناف :

أ ــ الأراضي الزراعية تعتبر مدة الايجار لسنة زراعية على الأقل ، ويكون التنبيه قبل انتهاء السنة بثلاثة أشهر مع مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقا للعرف .

---

(١) يقابلها المادة ٥٦٣ من القانون المصري مع تغيير المدة في الأراضي لستة أشهر وفي المنازل أربعة أشهر ، وفي المساكن المفروشة شهرين أو شهر ، ويقابلها المادة ٥٦٢ من القانون الليبي مع اختلاف آخر في المدد ، ويقابلها المادة ٧٤١ من القانون العراقي ، وهي مطابقة للقانون المصري ، ويقابلها المادة ٥٩١ من التقنين اللبناني ، ولكنها مجملة بدون التفصيل الوارد في القوانين السوري والمصري والليبي والعراقي .

فتحدد مدة الايجار في الأراضي الزراعية لسنة ، ثم تتجدد سنة فسنة ، إلا إذا طلب أحد المتعاقدين انقضاء الايجار قبل ثلاثة أشهر من انتهاء السنة ، وعند وجود طلب انقضاء الايجار يستمر حق المستأجر مدة إضافية لجني المحصول بما يتفق مع العرف الزراعي لنوع المحصول من قمح أو قطن أو فواكه وثمار .

وأضاف القانون المصري الأراضي البور وتشمل الأراضي الفضاء المعدة للبناء، فتكون أجرتها مع الأراضي الزراعية في مصر ستة أشهر ، والتنبيه عليها قبل ثلاثة أشهر .

ب ـ المنازل والدكاكين والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلى ذلك تعتبر مدة الايجار فيها لسنة واحدة ، قابلة للتجديد ، إلا إذا نبه أحد الطرفين وطلب انقضاء الايجار قبل ثلاثة أشهر من انتهاء السنة .

جـ ـ المساكن والغرف المفروشة تعتبر مدة الايجار شهراً واحداً على الأقل ، وتتجدد شهراً فشهراً إلا إذا نبه أحد المتعاقدين الطرف الآخر بالإخلاء قبل نصف شهر، ويدخل في هذا النوع المنقول بمختلف أنواعه والحقوق الشخصية والمعنوية.

ويجدر الملاحظة إلى أن هذا التحديد القانوني والمبادىء المقررة له ليس من النظام العام فيجوز الإتفاق على خلافه ، ويجوز إطالة ميعاد التنبيه أو تقصيره ، وإذا حصل التنبيه بالإخلاء بعد الميعاد المقرر أو المتفق عليه فيكون غير نافذ .

وإذا كان ميعاد دفع الأجرة أسبوعياً كايجار السيارات أو الكتب ، أو يوميا كايجار بعض الآلات ، فتكون مدة الايجار أسبوعاً فأسبوعاً ويوماً فيوماً ، إلى أن يطلب أحد الطرفين إنهاء الايجار من الطرف الثاني بالتنبيه له[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٥١، عقد الايجار، الشرقاوي ص ٨٣، عقد الايجار، تناغو ص ٩٣ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٩ ، عقد الايجار، مرقس ص ١٤٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٨٢ .

رابعاً : المدة الإلزامية في القانون :

ولا بد من الإشارة إلى الحالات التي اعتبرها القانون من النظام العام وأنها تهم المجتمع أو أكثر أفراده ، فتدخل القانون فيها ، وعين مدداً ملزمة للطرفين ، لا يحق لهما أو لأحدهما تغييرها أو الخروج عنها ، ونذكر أهم الأمثلة لها .

١ ـ تحديد الحد الأقصى لمدة الايجار بالنسبة للوصي والقيم والوكيل القضائي عن المفقود والغائب ، بأن تكون ثلاث سنوات فقط في الأراضي الزراعية ، وسنة واحدة في المباني ، وأن لا يؤجر عقار القاصر لمدة تمتد أكثر من سنة من بلوغه سن الرشد ، وفقا لقانون الأحوال الشخصية السوري (المواد ١٨٢/ د ، هـ ، ٢٠١، ٢٠٦) كما سبق بيانه في ولاية المتعاقدين ، وكذلك الحال في الايجار الصادر ممن له حق الإدارة فقط فإن المدة تتحدد بثلاث سنوات فقط إلا بترخيص من السلطة المختصة كما سبق (المادة ٥٢٧ من القانون المدني) .

٢ ـ وجوب تجديد مدة الايجار تلقائيا في العقارات المعدة للسكن أو لأعمال تجارية أو صناعية أو لمزاولة مهنة ، أو المأجورة من الدوائر الرسمية أو البلديات أو الجمعيات ، ولا يحق للمؤجر إنهاء الايجار أو طلب الحكم بتخليته إلا في حالات مذكورة على سبيل الحصر ، كعدم دفع الأجرة ، أو التأجير بدون إذن خطي ، أو حاجة المؤجر لسكنى العقار إذا لم يملك غيره ، وذلك طبقا للمادة الرابعة من قانون الايجار السوري رقم ١١١ لعام ١٩٥٢ وتعديلاته[1] .

٣- الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة فقط تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة ، (المادة ٥٢٨ من القانون المدني).

والانتفاع حق عيني يخول صاحبه استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله

---

(١) انظر : الوجيز في أحكام الايجارات ، شقفة ص ١١٨ وما بعدها .

ويستمر حقه طوال حياته ، أو طوال المدة المعينة له ، فإن أجر حقه بالانتفاع إلى آخر فيشترط ألا تتجاوز مدة الايجار المدة المحددة للانتفاع[1] .

وهذا المثال الأخير يتفق مع المادة ٦٢٥ من مرشد الحيران المأخوذة من المذهب الحنفي ، ونصها : « الإجارة المعقودة من المستأجر المالك لمنفعة العين المنتفع بها بلا إذن مالك رقبتها ، تنتهي بانتهاء مدة الإجارة المعقودة بينه وبين المالك ، ويترتب على انفساخ عقد المستأجر الأول انفساخ العقد الذي عقده مع المستأجر الثاني » .

* * *

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦/١/٤٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٧٤ .

الفصل الثالث

آثـــار الايجـــار

يترتب على كل عقد من العقود آثار كثيرة تتفق مع طبيعته وجوهره والغايـة التي شرع من أجلها ، ووفقا لإرادة الطرفين عند انعقادة ، والايجار عقد بين طرفين ، وهو من عقود المعاوضة، ومن العقود الملزمة للجانبين كما سبق في تعريفه وخصائصه، فإذا انعقد الايجار صحيحا نتج عنه عدة التزامات على كل من المؤجر والمستأجر ، وكل التزام على طرف يقابله حق للطرف الآخر ، والقانون اعتاد دراسة هذه الآثار من جانب المدين ، ويسميها الالتزامات ، وتنقسم الالتزامات في عقد الايجار إلـى قسمين : التزامات على المؤجر ، والتزامات على المستأجر ، ولذلك ندرس كل قسم في مبحث خاص .

ولا بد من التنبيه مسبقا أن هذه الالتزامات تنشأ في الأصل بإرادة الطرفين ، وتتعدل وتتغير بإرادتهما واتفاقهما ، فإن سكتا عنها تطبق أحكام القانون في التزامات الايجار، وهي أحكام مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين ، وليست آمـرة ، وبالتالي يجوز مخالفتها والاتفاق على تعديلها ، ولكن قضيـة الايجار التـي أصبحت من المشاكل العويصة المعقدة في وقتنا الحاضر ، ونظرا لأهميتها وما يترتب عليها مـن نتائج في المجال الاجتماعي والاقتصادي فقد تدخل المشرع الوضعي ، وأصدر القوانين المختلفة في الايجار ، واعتبرها من النظام العام الذي يتعلق بكيان المجتمع والدولة، وصارت أحكامها آمرة ، ولا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على تعديلها، من ذلك أحكام المدة ، وأحكام الأجرة ، وأحكام انتهاء الايجار وانقضائه ، والاجراءات الشكلية في عقد الايجار من كتابة وتسجيل وإشهاد وغير ذلك مما يجب تنفيذه ، وإلا اعتبر

العقد باطلا أحياناً ، ويتعرض المخالف لعقوبة جزائيـة في أحيان أخـرى ، لضمان تنظيم الايجار ، ورصـد العلاقات بين المتعاقدين تحت إشـراف الدولة وأجهزتها القضائية والإدارية والأمنية .

ويعبر الفقهاء في الشريعة الإسلامية عن الالتزامات في عقد الايجار بعنـوان أحكام الايجار ، والحكم في الاصطلاح الفقهي هو الأثر الذي يترتب على التصرف، وأحكام الايجار التي تترتب على المتعاقدين في الايجار تتفق في معظمها مع الالتزامات المقررة في القانون المدني بالنسبة لالتزامات المؤجر والتزامات المستأجر .

المبحـث الأول

التـزامـات المـؤجـر

تنحصر التزامات المؤجر بأربعة أمور رئيسية ، وهي : ١ ـ الالتزام بتسليم العين المؤجرة ٢ ـ الالتزام بصيانة العين المؤجرة ٣ ـ الالتزام بضمان التعرض ٤ ـ الالتزام بضمان العيوب الخفية في العين المؤجرة .

وتدور هذه الالتزامات في دائرة واحدة ، تنبع من طبيعة عقد الايجار ، لتؤدي إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وهي الغاية المقصودة من الايجار ، والهدف الذي يسعى [illegible] له ، ويدفع الأجرة في مقابله .

وسوف ندرس كل التزام في فرع مستقل .

الفـرع الأول

الالتزام بتسليم العين المؤجـرة

بيـان وإحالـة :

تناول القانون المدني التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة في ثلاث مواد، فبحث

في المادة ٥٣٢ عما يجب تسليمه ، وعن الحالة التي يجب تسليم العين المؤجرة عليها . وبحث في المادة ٥٣٣ عن الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بالتسليم ، ثم أحال في المادة ٥٣٤ على قواعد البيع في تسليم المبيع وأحكامه ، وقياس تسليم العين المؤجرة على تسليم المبيع ، وخاصة فيما يتعلق بزمان التسليم ومكانه ، وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

وبذلك أعفانا القانون من تكرار هذه الأحكام ، وأن أحكام البيع تسري على الايجار فيما يتعلق بمضمون التسليم وكيفيته بحسب اختلاف الشيء المؤجر ، وفيما يتعلق بأحكام القدر الواجب تسليمه وحكم العجز فيه ، وفيما يجب تسليمه من أصل وملحقات ، وفيما يتعلق بزمان التسليم ومكانه (المواد ٣٩٦ ــ ٤٠٤) ؛ لكن لا تطبق أحكام ضمان هلاك المبيع الخاصة بعقد البيع (المادتان ٤٠٥ ــ ٤٠٦) على عقد الايجار ، لأن الايجار لا ينقل الملكية ، وإن تبعة الهلاك في العين المؤجرة تقع على المؤجر المالك ، سواء وقع الهلاك قبل التسليم أو بعده ، إلا إذا كان الهلاك من فعل المستأجر وتسببه ، فيضمن العين بموجب المسؤولية التقصيرية ، وليست العقدية .

ولذلك نكتفي بشرح المادتين ٥٣٢ ــ ٥٣٣ عما يجب تسليمه وعن الحالة التي يجب تسليم العين المؤجر عليها ، وعن الجزاء المترتب على عدم الالتزام الكامل بالتسليم .

أولا : الحالة التي يلزم تسليم العين المؤجرة بها :

تنص المادة ٥٣٢ من القانون المدني السوري على مايلي :

« يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين »[1] .

---

(١) يقابلها المادة ٦٥٤ من القانون المصري ، والمادة ٥٦٣ من القانون الليبي ، والمادة ٧٤٢ من القانون العراقي مع تعديل فيها ، والمادة ٥٤٧ من التقنين اللبناني .

فالمؤجر يلتزم بتسليم المستأجر العين المؤجرة بنفسها إن كان العقد على شيء معين بالذات ، فإن كان معيناً بنوعه فيجب عليه أن يسلم المستأجر عيناً من نفس النوع والجنس والمقدار والجودة التي تم الاتفاق عليها في العقد ، وإن لم يتفق على درجة الجودة فيلتزم بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، ويجب أن يسلم الشيء المؤجر كامل المقدار وكامل الأوصاف كما سبق في عقد البيع ، كما يجب أن يسلمه ملحقات الشيء المؤجر ، وهو كل ماأعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، لأن الملحقات لاتعتبر من أصل الشيء ولا من نمائه ولا من منتجاته وثمراته ، فهو مستقل عن الأصل ، وأعدّ بصفة دائمة ليتبع الأصل ويحقق الاستعمال الكامل والغرض المقصود منه ، وكل ذلك بما يتفق مع تسليم المبيع وملحقاته في البيع .

ويضاف إلى ذلك أنه يجب على المؤجر أن يسلم العين المؤجرة في حالة صالحة لأداء ماأعدت له من منفعة ، وهذا زيادة على عقد البيع ، ويختلف بين البيع والايجار، لأن طبيعة الايجار وجوهره وسببه وغايته هي منفعة العين ، والحصول على الانتفاع، وتحقيق ذلك للمستأجر .

ويرجع إلى معرفة الغرض من المنفعة إلى اتفاق الطرفين ، بأن يكون المنزل للسكن ، أو لمدرسة ، أو لمزاولة مهنة ، أو لتخزين المحصول أو البضاعة ، أو للتجارة ، أو لإقامة مصنع ، أو للزراعة أو تربية الدواجن أو غير ذلك مما يتم الاتفاق عليه في العقد .

فإن لم يبين الاتفاق الغرض من الانتفاع فيجب الرجوع إلى طبيعة الشيء المؤجر ، لمعرفة الغرض المخصص من أجله ، بأن يكون منزلاً للسكن ، أو محلاً تجارياً ، أو مستودعاً تحت الأرض ، أو خارج المدينة ، أو بناء للفندق ، أو السيارة للركوب أو نقل الركاب أو شحن البضاعة ، وفي هذه الحالات يجب على المؤجر تسليم الشيء المؤجر بأن يكون صالحاً ومهيئاً لما أعد له من المنفعة .

ويتفرع على هذا الالتزام أن يقوم المؤجر بتهيئة الشيء المؤجر بشكل كامل

لتحقيق هذا الغرض ، وأن يقوم بالاصلاح والترميم الذي يستلزم تحقيق المنفعة ، وأن يقوم بإكمال وإتمام وإحضار وإعداد كل مايلزم ليكون الشيء المؤجر صالحاً لما أعد له ، سواء كان الاصلاح والإكمال بسيطاً أو جسيماً ، وسواء كان موجوداً عند العقد ، أم لم يكن ، وسواء كان تابعاً لأصل الشيء المؤجر أو لملحقاته ، وذلك يختلف بحسب الغرض من الشيء المؤجر باتفاق الطرفين أو بحسب ما أعد له من المنافع المختلفة ، فالبيت المؤجر للسكن يجب أن يسلم بحالة صالحة للسكن من دهان للجدران إلى تركيب للنوافذ والأبواب ، إلى تأمين الماء والكهرباء ، إلى وضع الزجاج للنوافذ ، إلى وجود المفاتيح ، إلى توفر العناصر الأساسية فيه من مطبخ وحمام ، لكن المؤجر لايلتزم بالأشياء الكمالية التي يطلبها المستأجر مثل كساء الجدران بالقماش أو الخشب ، أو تركيب مصعد ، إلا باتفاق مسبق • ويتفرع على ذلك أيضاً أن يقوم المؤجر بإزالة جميع العوائق التي تحول دون الانتفاع بالشيء المؤجر ، كإخلاء البيت من الأثاث ، وإخلائه ممن يحوزه من قريب أو مستأجر سابق ، أو رفع مايهدد المستأجر من سقوط خشبة أو جدار أو سقف •

وهذا الالتزام بهذه الفروع أحكام مكملة لعقد الايجار ، ويجوز للطرفين أن يتفقا على خلافها زيادة أو نقصاً ، بأن يطلب المستأجر مثلاً تركيب مدخنة ، أو بناء جدارٍ معين ، أو إضافة مغاسل ، أو تركيب جهاز خاص في البيت ، أو يطلب المؤجر رفع بعض الأشياء الخاصة في البيت والمطبخ والحمام ، أو عدم القيام بإضافة أجهزة لازمة ، أو الاكتفاء بتسليم الشيء المؤجر على الحالة التي هو عليها وقت العقد[1] •

ويتفق القانون المدني في التزام المؤجر بتسليم الشيء المؤجر مع الفقه الإسلامي ، فيلتزم المؤجر شرعاً بتسليم الشيء المؤجر خالياً من حوائجه الخاصة وأمتعته الشخصية ويجبر على تخلية البيت مثلاً ، ليسلم إلى المستأجر ، ويستطيع الانتفاع به حسب

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٢٢٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٢٧٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٢٣ ، عقدالايجار ، البدراوي ص ٤٥ ، عقدالايجار ، الشرقاوي ٩٣ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٥٣ .

الاتفاق بين الطرفين ، أو بما أعد له الشيء المؤجر ، وما يتعارف الناس عليه في الانتفاع بمثل العين المأجورة ، وأن تبقى العين المأجورة في يد المستأجر طوال مدة الايجار .

وهذا مانصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المواد ٥٢٣ ، ٥٨٢ ، ٥٨٣ ، وذكره المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران في المادتين ٥٦٨ ، ٦٢٤ .

كما أخذ بهذه الأحكام القانون المدني الأردني في المادة ٦٧٧ ، وأضاف في المادة ٦٧٨ حق المؤجر في الامتناع عن تسليم المأجور حتى يستوفي الأجر المعجل ، وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ويتفق مع القانون الذي أحال بهذا الحكم إلى حبس المبيع[1] .

ثانياً : جزاء الاخلال بتسليم الشيء المؤجر :

نص القانون المدني على جزاء الإخلال بتسليم الشيء المؤجر في حالة صالحة للانتفاع ، فجاء في المادة ٥٣٣ مايلي :

« ١ ــ إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لاتكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله ، أو إذا نقص الانتفاع نقصاً كبيراً ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة بقدر مانقص من الانتفاع ، مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتضى » .

« ٢ ــ فإذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له أن تنازل عن هذا الحق »[2] .

---

(١) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٥٥ ، المعاملات أبو الفتح ٢/٤١٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٧٩ ، ٥٩٥ ، مغني المحتاج ٢/٣٤٦ ، المغني ٤/٣٤٠ ، القوانين الفقهية ٣٠٣ ، بدائع الصنائع ٥/٢٥٦٧ ، كشاف القناع ٤/١٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٧٥ ، مرشد الحيران ، المادة ٦٢٤ .

(٢) ويقابلها المادة ٥٦٥ من القانون المصري ، والمادة ٥٦٤ من القانون الليبي ، =

والنص على جزاء الإخلال بتسليم الشيء المؤجر في هـذه المـادة يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والجزاء على الإخـلال بهـا ، والأصل أن يطلب المستأجر **التنفيذ العيني** للالتزام ، وذلك بإلزام المؤجر القيـام بهذه الاصلاحات ، كما يجوز للمستأجر أن ينذر المؤجر بالقيام بها ، فإن لم يفعل في وقت مناسب ، جاز للمستأجر أن يستأذن القضاء في إجراء هذه الاصلاحات بنفسه على حساب المؤجر ، وأن يستوفي النفقات بخصمها من الأجرة ، وإن كانت هذه الاصلاحات مستعجلة أو بسيطة فيجوز له أن يقوم بها بنفسه بدون حاجة إلى استئذان القضاء .

كما يجوز للمستأجر وفقاً للقواعد العامة ، وبنص المادة المذكورة أعلاه أن يطلب فسخ الإيجار أو انقاص الأجرة ، وللقاضي حرية التقدير والنظر في الحكم بالفسـخ إذا كانت العين المؤجرة غير صالحة للانتفاع ، أو كان النقص فيها جسيماً ، وإلا رفض القاضي فسخ الايجار ، وحكم بانقاص الأجرة بقدر النقص من الانتفاع .

وأعطت هذه المادة للمستأجر ، كالقواعد العامة ، الحق في طلب التعويض عمـا أصابه من ضرر من فسخ الايجار أو انقاص الأجرة ، سواء كان الضرر ناشئاً عن حالة العين المؤجرة ، أو تقصير المؤجر عن القيام بالتزامه في إصلاح الشيء المؤجر المؤدي إلى النقص الكبير في الانتفاع .

وهذا الجزاء المنصوص عليه على إخلال المؤجر بتسليم العين المؤجرة ، وعـدم قيامه باصلاح النقص الجسيم فيها يطبق على كل حالة يخل فيها المؤجر بالتزام التسليم ، كعدم تسليم الشيء المؤجـر بالحالـة التي يصلح معهـا للانتفاع ، أو التأخـير في التسليم ، أو الامتناع عن التسليم ، كما تطبق على حالة هلاك الشيء المؤجر بعـد العقد وقبل التسليم لتعذر قيام المؤجر بالتزامه بتسليم العـين ، وتطبق كذلك على التسليم في غير المكان والزمن المتفق عليه أو المقرر قانوناً ، وعلى حالة عـدم قيـام

=

والمادة ٧٤٤ من القانون العراقي مع تفصيل أكثر فيها ، ولا مقابل لهذه المادة في التقنين اللبناني .

المؤجر بالتصليح أو تسليم الملحقات المقررة قانوناً أو المتفق عليها ، وعلى حالة تسليم الشيء المؤجر في حالة تعرض المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم .

لكن هذا الجزاء على إخلال المؤجر يمكن تعديله والاتفاق على خلافه ، لأنه من الأحكام المقررة والمفسرة قانوناً ، فيجوز الاتفاق على إلغائه أو تعديله بالنقص أو الزيادة لمصلحة أحدهما وموافقة الآخر إلا في حالة واحدة اعتبرها القانون من النظام العام ، وأنه لايجوز الاتفاق على خلافها ، وهي الحالة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه ، بأن كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر ومن تبعه إلى خطر جسيم ، فيجوز للمستأجر طلب الفسخ لجسامة هذه الحالة ، ولو اتفق الطرفان على خلافها ، بأن تنازل المستأجر عن حقه مطلقاً بطلب الفسخ ، لأن تهديد الصحة والسلامة من النظام العام الذي لايجوز الاتفاق على خلافه[1] .

أما إذا كان هلاك العين بعد العقد بدون تسبب من المستأجر ، فإن كان الهلاك كلياً ، فإن العين تهلك على حساب المؤجر وينفسخ عقد الايجار ، وإن كان جزئياً فيجوز للمستأجر طلب انقاص الأجرة أو فسخ الايجار بحسب الأحكام المقررة سابقاً في عقد البيع ، وقد ذكرها القانون بالنص عليها في عقد الايجار في التزام المؤجر بالصيانة ، كما سنوضحه بعد قليل .

ويتفق القانون في جزاء الإخلال بتسليم الشيء المؤجر مع الفقه الإسلامي ، لأن هذا الجزاء مستمد من القواعد العامة في جزاء الإخلال بتنفيذ الالتزامات ، فإن امتنع المؤجر عن تسليم الشيء المؤجر إلى المستأجر بدون عذر فيحق للمستأجر طلب التنفيذ الجبري للعقد ، كما يحق له طلب فسخ الايجار ، والامتناع عن دفع الأجرة أو المطالبة

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦/١/٢٣٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٤٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٢٩٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٣٢ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٩٦ .

باستردادها إذا كان قد دفعها، وتطبق الأحكام السابقة إذا هلك الشيء المؤجر وفات الانتفاع بالمأجور بالكلية فتسقط الأجرة ، وإن هلك أثناء مدة الايجار فتسقط حصة الأجرة عن المدة الباقية ، وإن هلك بعض المأجور كبيت من دار فيحق للمستأجر أن ينقص الأجرة بمقدار نقص المأجور كما يثبت له حق فسخ الإجارة ، وإن سلمه المأجور ناقصاً كدار ولم يسلمه حجرة منها سقط من الأجرة مقدار حصة تلك الحجرة ، ويخير المستأجر في الباقي[1] .

ولم يتعرض القانون المدني الأردني لجزاء الإخلال عن تسليم العين المؤجرة ، وإنما اكتفى في المادة ٦٨٠ على سريان أحكام تسليم المبيع وتوابعه وجزائه على تسليم المأجور وتوابعه ، لكن القانون الأردني عرض في المادة ٦٧٩ حكم زيادة المأجور ونقصه ، فإن كانت الأجرة إجمالية لعدة وحدات من المأجور ، دون بيان أجرة كل وحدة ، ثم ظهرت الوحدات أنقص أو أزيد فتبقى الأجرة المسماة في العقد ، ولا يزاد عليها ولا ينقص منها ، لكن يثبت للمستأجر في حالة النقص الخيار في فسخ العقد ، وإن كانت الأجرة بحسب كل وحدة ، فيلتزم المستأجر بالأجر المسمى للوحدات الزائدة ، كما يلتزم المؤجر بحط الأجر المسمى للوحدات الناقصة ، ويثبت للمستأجر خيار الفسخ في الحالتين ، إلا إذا كان مقدار النقص أو الزيادة يسيراً ولا أثر له على المنفعة فلا خيار للمستأجر .

وقد اعتمد القانون الأردني في ذلك على المذهب الحنفي ، وخاصة مجلة الأحكام العدلية في المادتين ٥٠٣ ، ٥٠٤ اللتين نصتا على هذه الأحكام[2] .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٧٨ ، ٥٨٤ ، ٥٨٥ ، مرآة المجلة ٢/٢٣٤ ، ٢٨٣ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٦٩ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤١٨ ـ ٤١٩ ، بدائع الصنائع ٦/٢٦١٣ ، مغني المحتاج ٢/٣٤٦ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٥٥ ، مرآ المجلة ٢/٢٤٣ .

الفرع الثاني

التزام المؤجر بصيانة الشيء المؤجر

إن عقد الايجار يفرض على المؤجر عدة التزامات تؤدي كلها إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر بحسب المنفعة المقصودة في العقد أو بحسب الغرض الذي أعد الشيء المؤجر له ، وأهم هذه الالتزامات تسليم الشيء المؤجر بحالة صالحة لذلك ، ولكن الالتزام بصيانة الشيء المؤجر لايقل أهمية عن الأول لأنه يمتد طوال فترة الاجارة ، ويؤدي حتما وبالضرورة إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر انتفاعاً صحيحاً وسليماً وحقيقياً ، ولذلك عرض القانون لهذا الالتزام في عدة مواد (٥٣٥ ــ ٥٣٨) ، وبينها بشيء من الإسهاب ، فكل مادة تتألف من فقرتين أو ثلاث ،ولذلك نبين التزام المؤجر بصيانة الشيء المؤجر التزامه بالتكاليف اللازمة ، وجزاء الاخلال بالتزام الصيانة ، ويتبع ذلك حكم هلاك العين المؤجرة أثناء الايجار،وحق المؤجر في إجراء الترميمات اللازمة لحفظ العين ولو لم يطلبها المستأجر، أو منعه منها ، كل ذلك مالم يرد اتفاق بين الطرفين على تعديل هذه الأحكام .

أولا : صيانة العين المؤجرة :

إن عقد الايجار من العقود الزمنية المستمرة ، ولذلك يبقى التزام المؤجر مستمراً مع استمرار الايجار، ولا يتوقف عند تسليم العين المؤجرة كالبيع ، والتزام المؤجر المستمر يظهر بالتزامه بصيانة العين المؤجرة طوال مدة الإيجار لتبقى العين المؤجرة بحالة صالحة للانتفاع المعدّ له بحسب الاتفاق أو بحسب طبيعتها ، وهذا ما نصت عليه الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٥٣٥ ، وهي :

« ١ ــ على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها، وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الكمالية » .

« ٢ ــ وعليه أن يجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض ، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصاريف المياه »[1] .

فهذه المادة فرقت بين الترميمات الضرورية والترميمات الكمالية ، وذكرت بعض الأمثلة للترميمات الضرورية ، وهي أعمال لازمة لصيانة العين المؤجرة .

فالمؤجر ملزم بالقيام بالترميمات الضرورية التي يتوقف عليها الانتفاع بالعين بشكل صحيح وكاف وسليم كإصلاح الجدران ، وإصلاح المجاري داخل المنزل ، وتجصيص الأسطح ونزح الآبار والمراحيض ومصاريف المياه ، إن كانت موجودة ، كما كان في السابق ، وذكرها القانون كأمثلة ، ومثلها إصلاح السقوف التي تتلف من الأمطار ، وترميم الدَرَج ، وإصلاح المصعد الكهربائي ، ومنع ترشيح المياه ، وإصلاح الحائط لمنعه من التهدم ، وغير ذلك .

أما الترميمات الكمالية أو البسيطة فلا يلتزم المؤجر بصيانتها ، مثل إصلاح الأقفال وزجاج النوافذ وصنابير المياه ، خلافا لالتزام المؤجر بالتسليم فإنه يلتزم بتسليم هذه الأشياء البسيطة والكمالية ، ولكنه لا يلتزم بصيانتها وحفظها وترميمها ، والسبب في التفرقة يرجع إلى أن هذه الأشياء الكمالية والبسيطة إنما تتلف أو تتغير من استعمال المستأجر للعين أو إهماله في المحافظة عليها فعليه صيانتها وترميمها .

ولا يوجد معيار ثابت للتفريق بين الإصلاحات الضرورية ، والإصلاحات الكمالية ، وإنما يرجع ذلك للعرف والعادة ، وتقدير القاضي عند النظر في النزاع مع الرجوع إلى الخبراء للتفريق بين الاصلاحات الضرورية والاصلاحات الكمالية .

وإن التزام المؤجر بالصيانة بالاصلاحات الضرورية يشمل الشيء المؤجر ، كما يشمل ملحقاته التي تتبعه في التسليم ، وأعدت بصفة دائمة لاستعمال العين

---

(١) يقابلها المادة ٥٦٧ من القانون المصري ، والمادة ٥٦٦ من القانون الليبي مع تعديل طفيف في الفقرة الثالثة بكون الماء على المستأجر، والمادة ٧٥٠ من القانون العراقي، والمواد ٥٤٧ ــ ٥٥١ من التقنين اللبناني .

المؤجرة كغرف الخدم ومرآب السيارة ، وأجهزة تسخين المياه والتدفئة وغيرهـا ، كما أن التزامه بالصيانة والاصلاح لا يتوقف على تحديد السـبب الذي دعـا إلى ترميمه ، فيلتزم بصيانة العين المؤجرة واصلاح الترميم فيها ، سواء كان السبب عيباً قديماً في الشيء المؤجر أو لقدمـه ، أو لاستعماله أو لقوة قاهـرة كزلزال وفيضان وسقوط الأمطار ، أو لفعل أجنبي وتسببه ، أو لفعل المؤجـر وخطئه ، إلا إذا كان التلف بفعل المستأجر ومن يتبعـه فإنه يكون مسؤولا عن اصلاحه ، وكذلك ثمـن الكهرباء والمياه إذا كان تقديره بالعداد وكل ما يتعلق بالاستعمال الخاص والشخصي للمستأجر فلا يلتزم به المؤجر ويتحمله المستأجر ، أما إذا كانت المياه جزافاً ، وهو ما يعرف بدمشق بشراء ربع متر مكعب ماء أو نصف متر مكعب ماء يومياً للشقة ، مع دفع الاشتراك السنوي للماء ، فيكون على حساب المؤجر .

ويجب التفريق بين الترميم للعين المؤجرة الذي يلتزم به المؤجر ، وبين التجديد الذي يتعلق بتغيير الشيء المؤجر فلا يلتزم به المؤجر ، كما يجب الأخذ بالاعتبار ألا يكون الاصلاح بتكاليف باهظة ، ونفقات جسيمة لا تتناسب مع الأجرة التي يحصل عليها ، قياساً على النص القانوني بإلزام المؤجر بإصلاح العيب في الشيء المؤجر ، إلا إذا كانت النفقات باهظة[1] .

ونلاحظ أن القانون فرق بين الاصلاح البسيط والخفيف فجعله التزاماً إجبارياً على المؤجر ، وبين الاصلاح الكبير الذي يكلف نفقات باهظة فلا يجبر المؤجر على القيام به ، بينما ذهب الفقه الإسلامي إلى عدم التفريق بين الأمرين ، وكلف المؤجر بالاصلاح والترميم والصيانة الكاملة من تطيين انجدران وانسداد مجاري المياه وتعطل الأدوات الصحية واصلاح الميازيب وبناء المتهدم واصلاح دلو الماء والبالوعة وغيرها، ولكن لا يجبر المؤجر على القيام بالإصلاح ، ويثبت للمستأجر الخيـار في فسـخ

---

(١) انظـر : الوسيط ٦/١/٢٥٨ ، عقـد الايجار ، البدراوي ص ٤٨ ، عقـد الايجار ، الشرقاوي ٩٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٣٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٢٩٩ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص٥٦ .

الايجـار أو البقـاء حتى انتهاء المـدة ، فإن قام المستأجر باصلاح شيء مما سبق، فيكون متبرعاً ولا يرجع بـه على المؤجر ، لأنه أصلح ملك غيره بدون طلب منـه ولا ولاية عليه ، فإن كانت العين المؤجرة بهذه الحالة التي تحتاج للإصلاح عند العقد ، واطلع عليها المستأجر ، فلا يثبت له خيار الفسخ بعد ذلك إذا لم يصلحها المؤجـر ، لأنه يعتبر قد رضي بها كذلك[1] .

وجاء القانون الأردني فحاول الجمع بين الأحكام السابقة في المذهب الحنفي فنص في المادة ٦٨١ أن المؤجر يلزم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور بما يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ، ولكنه لا يجبر على ذلك ، فإن امتنع جـاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوله الاصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق ، وأخذ القانون الأردني هذا الحكم بحق المستأجر بطلب الحصول على إذن المحكمة بالاصلاح قياسـاً على ما نصت عليـه المجلة في المادة ١٣١٣ باصلاح الملك المشترك ، وأنه يحق لأحدالشريكين إصلاحه بإذن الحاكم ، كما أضاف القانونالأردني فقرة ثانية بالزام المؤجر بالاصلاح إذا كان العرف بين الناس يقضي بذلك ، والعرف مصدر من مصادر التشريع ، فيحق للمستأجر أن يطلب الاصلاح فإن تأخر ، وكان الخلل بسيطاً أو من الأمور المستعجلة فيجوز للمستأجر أن يقـوم بالاصلاح بدون إذن الحاكم ويقتطع النفقة من بدل الايجار ، وهذا يتفق مع القانون المدني السوري والمصري ، مع تخريجه على القياس والعرف[2] .

ثانيا : التزام المؤجر بالتكاليف اللازمة :

لم يكتف المشرع بالزام المؤجر بصيانـة العـين المؤجرة وإجـراء الترميمات

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٢٩ ، مرشد الحيران ، المادة ٦٢٧ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٨١/١ ، المغني ٣٤٠/٥ ، بدائع الصنائع ٢٦١٢/٦ ، مغني المحتاج ٣٤٦/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٠٥ .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ٥٥٦/٢ .

الضرورية لها ، وإنما كلفه أيضاً بدفع التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة ، ونص القانون المدني عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٥٣٥ ، وهي :

« ٣ ــ ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة ، ويلزم بثمن المياه إذا قدر جزافاً ... » .

فالقانون ألحق التكاليف والضرائب المستحقة بالترميمات الضرورية ، مع أنها في الواقع ليست ترميمات ضرورية ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري فقالت : « ويلحق بالترميمات الضرورية تكاليف العين المؤجرة ، فهي على المؤجر ، كالضرائب وثمن المياه إذا قدر جزافا ، إذ يستطيع المؤجر أن يقدر مبلغ التزامه ... »[1] ، ومن هنا يلتزم المؤجر بدفع ضريبة العقارات ، المعروفة بسورية « بالترابية » ، وكذلك يلتزم مؤجر السيارة بدفع الرسم المقرر عليها سنويا ، ومنه ثمن توريد المياه للبيت إذا كان اشتراكاً وجزافاً ، أما إذا قدر الاستهلاك بالعداد فيلتزم به المستأجر ، لأنه يختلف بحسب حاجته ، وكذلك الكهرباء والغاز وغيرهما[2] .

أما ضريبة الحراسة فإنها تستوفى من المؤجر المالك ، ولكنها تفرض قانونا على المستأجر، فيرجع المؤجر فيها على المستأجر .

ثالثا : الاتفاق على تعديل الالتزام بالصيانة :

وأخيراً نصت الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٥ على أنه « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » فإن الزام المؤجر باصلاح الترميمات الضرورية دون الكمالية ، وإلزامه بالتكاليف والماء وغيره هو من الأحكام المكملة والمفسرة لإرادة الطرفين إذا سكتا عنه في العقد ، أما إذا اتفقا على غيره فيطبق ما اتفقا عليه من إعفاء المؤجر من هذا الالتزام أو تكليفه زيادة عليه باصلاح الترميمات الكمالية وثمن الماء مطلقاً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٩٥ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/١/٢٦٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٠٥ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥٠ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣١٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٣٩ .

والكهرباء وأجور الهاتف ورسوم الرائي وغيره من النفقات والتكاليف .

ولكن يشترط في الاتفاق على تعديل الالتزام بالصيانة والتكاليف ألا يكون تحايلاً على قانون الايجار الاستثنائي الذي يعتبر من النظام العام ، وحدد الأجرة بنسبة معينة ، ولذلك استقر الاجتهاد القضائي على أن الاصلاحات الضرورية بقي على عاتق المؤجر ، ولو اتفق الطرفان على تحميلها للمستأجر في العقد إذا كان ذلك يخرق قاعدة تحديد الأجور ، ويعرف ذلك عند تخمين العقار ، وتقدير الاجرة بمقتضى قانون الايجار رقم ١١١ وتعديلاته[1] .

رابعا : جزاء الاخلال بصيانة العين المؤجرة :

إذا أخلّ المؤجر بصيانة العين المؤجرة بشكل مفصل كما ذكرناه سابقاً فإنه يتحمل جزاء إخلاله بذلك ، سواء امتنع عن تنفيذ الالتزام ، أو قصر به أو تأخر عنه ، وهذا ما عرضه القانون مباشرة بعد الالتزام بصيانة العين المؤجرة ، فنص على جزاء الإخلال به في المادة ٥٣٦ بفقرتين ، وإن الجزاء الوارد في هذه المادة لا يخرج عن القواعد العامة في أحكام الالتزام ، وإنما هو تطبيق لها بشكل كامل على عقد الايجار ، بأن يقوم المستأجر بإنذار المؤجر ليقوم بواجبه في الاصلاح والترميم والتكاليف ، فإن قصر جاز للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني أو يطلب فسخ الايجار أو تنقيص الأجرة مع حقه بالمطالبة بالتعويض في هذه الحالات ، كما سنفصله .

١ ـ طلب التنفيذ العيني : إذا احتاج الشيء المؤجر للصيانة والترميم والإصلاح ، فيجب على المؤجر أن يقوم بذلك ، فإن أخل به جاز للمستأجر أن يرفع دعوى أمام القضاء لمطالبة المؤجر بإجراء الترميمات المطلوبة ، ويحكم القضاء بذلك ويحدد له ميعادا ، إلا إذا كانت النفقات باهظة لا تتناسب مع الأجرة فلا يلزم المؤجر بها ، تطبيقاً للمادة ٢٠٤ ، ويخير المستأجر بين إنقاص الأجرة أو فسخ الايجار مع طلب التعويض إن وجد له مقتضى ، قياساً على حالة وجودَ العيب في المادة ٥٤٥ .

---

(١) انظر : الوجيز في أحكام الايجارات ص ٥٨ ، الوسيط ٦/١/٢٦٤ .

فإن امتنع المؤجر عن تنفيذ التزامه أو تأخر عنه بعد إنذاره بالقيام به جاز للمستأجر أن يطلب ترخيصاً من القضاء لإجراء الترميمات الضرورية بنفسه وأن يستوفي ما ينفقه خصماً من الأجرة ، كما جاء في المادة المخصصة لذلك في الايجار ٥٣٦ ، وهو تطبيق للقواعد العامة ، مع إعفاء المستأجر في هذه الحالة من طلب الحكم له للحصول على النفقات ، لأنه يخصمها من الأجرة ، ولا يحق للمؤجر أن يطالب بكامل الأجرة ، وإنما ينحصر حقه قضاء بالمنازعة في مقدار المبالغ التي خصمها المستأجر كنفقات للاصلاح ، ويحق للمستأجر أن يستوفي حقه — بالإضافة إلى الخصم من الأجرة — بالطرق العادية للتنفيذ ، وإذا انتهى الايجار جاز للمستأجر حبس العين حتى يستوفي حقه من النفقات .

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة ٥٣٦ ، وتطبيقا للقواعد العامة أنه يحق للمستأجر أن يقوم باجراء هذه الترميمات بنفسه وبدون حاجة إلى ترخيص من القضاء بثلاثة شروط ، أن تكون الترميمات بسيطة أو مستعجلة لا تحتمل الإبطاء ، وأن ينذر المستأجر المؤجر ليقوم بها في موعد مناسب ، وأن يتأخر المؤجر عن القيام بالاصلاح والترميمات ، وعندئذ يستوفي النفقات بخصمها من الأجرة .

فإن فقد شرط من هذه الشروط في الحالة الأخيرة ، أو قام المستأجر بالترميمات قبل الحصول على ترخيص من القضاء في الحالة السابقة فليس له الرجوع على المستأجر إلا على أساس الإثراء بلا سبب .

٢ — طلب إنقاص الأجرة : ويحق للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة إذا أخل المؤجر بواجبه في إجراء الترميمات الضرورية ، لأن الأجرة مقدرة لكامل المنفعة ، فإن طرأ على الشيء المؤجر نقص أو عيب فإنه يؤدي إلى نقص الانتفاع ، فيجب إنقاص الأجرة بالمقابل ، وبالقدر المناسب للنقص ، وللمحكمة أن تجيبه على ذلك ، ويتم نقص الأجرة من وقت حصول النقص في الانتفاع ، ولا يحتاج هذا الطلب من المستأجر إلى إنذار للمؤجر بإصلاح العين وترميمها ، وإنما يشترط الانذار من أجل الحصول على التنفيذ العيني أو التعويض أو فسخ الإجارة ، وإذا حكمت المحكمة

بإنقاص الأجرة جاز للمؤجر آن يقوم باصلاح الترميمات فتعود الأجرة إلى أصلها من وقت الترميم .

٣ ـ **طلب فسخ الايجار** : ويحق للمستأجر أيضاً أن يطلب فسخ الايجار لإخلال المؤجر بالتزامه في إصلاح الترميمات ، وذلك إذا عدل عن التنفيذ العيني أو إنقاص الأجرة ، ويعتمد حق المستأجر في طلب الفسخ على عدم قيام المؤجر بتنفيذ التزامه في صيانة العين المؤجرة ، ويتوقف طلب الفسخ على إنذار المستأجر للمؤجر بالقيام بالاصلاح والترميم ، ثم يترك الأمر للقاضي في فسخ الايجار إذا وجد النقص جسيماً في المنفعة ، فإن كان نقص الانتفاع قليل الأهمية رفض الحكم بفسخ الايجار ، كما يمكن للقاضي أن يمنح المؤجر أجلا لتنفيذ التزامه باصلاح العين المؤجرة .

٤ ـ **طلب التعويض** : يحق للمستأجر بمقتضى القواعد العامة أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر سواء اختار التنفيذ العيني أو فسخ الايجار أو إنقاص الأجرة ، ويقوم التعويض على أساس إخلال المؤجر بالتزامه أو تأخره فيه مما ألحق الضرر بالمستأجر ، ولا يثبت التعويض إلا من تاريخ إنذار المؤجر ، لأنه يعتبر مقصراً من هذا الوقت ، ويعتبر مسؤولا عن الضرر الناجم عنه ، أما إذا حصل الضرر بسبب لا علاقة للمؤجر فيه فلا يسأل عنه ، كما لو حدث بآفة سماوية أو بفعل أجنبي ، لكن مسؤولية المؤجر عن الضرر الناتج عن إخلاله بالإصلاح والترميم يشمل كل ما ترتب عنه مما أصاب شخص المستأجر أو ماله أو عماله أو مستخدميه ، لأنه متسبب بكل ذلك[1] .

وقد ذكرنا سابقاً حكم الفقه الإسلامي في إلزام المؤجر بصيانة الشيء المؤجر وترميمه وإصلاحه، ولكنه لا يجبر على ذلك ، وأن الجزاء الشرعي لذلك هو منح

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٢٦٥، عقد الايجار، البدراوي ص ٥٠ ، عقد الايجار، الشرقاوي ص ١٠٦ ، عقد الايجار، تناغو ص ١٤٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣٢٣ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٥٩ .

الخيار للمستأجر باستمرار الايجار أو فسخه أو إنقاص الأجرة بنسبة النقص في المنفعة ، وأن القانون الأردني أخذ بالجزاء الفقهي ثم اتفق مع القانون بالجزاء ، وأنه يحق للمستأجر طلب الإذن من المحكمة لاجراء الاصلاح ، وإن كان بسيطاً أو مستعجلا فيجزيه بدون إذن المحكمة ويخصمها من الأجرة ، وخرج ذلك بالقياس والعرف ، لكنه لم يقرر التعويض للمستأجر بذلك .

خامساً : هلاك العين المؤجرة :

ومما يصيب العين المؤجرة أثناء الايجار هلاك العين الذي يؤثر قطعاً على انتفاع المستأجر بها ، ويكلف المؤجر تجديدها بنفقات باهظة ، ولذلك عرضها القانون بعد الكلام عن التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة ، ليبين حكم الهلاك والنتائج المترتبة عليه ، وذلك في المادة ٥٣٧ ، مبيناً حكم الهلاك الكلي في الفقرة الأولى ، وحكم الهلاك الجزئي في الفقرة الثانية ، وسقوط حق المستأجر بطلب التعويض إذا كان الهلاك لسبب لا يد للمؤجر فيه .

١ ـ الهلاك الكلي : إذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كلياً ، كما لو انهدم البناء أو نفقت الدابة أو احترقت السيارة ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون من لحظة هلاكه ، ولا يحتاج إلى حكم ، ويترتب على الانفساخ انتهاء الالتزامات المقررة على كل من الطرفين ، فيسقط عن المستأجر دفع الأجرة ، ويسترد المعجل منها إن كان مدفوعاً ، ويسقط عن المؤجر الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع وصيانة العين المؤجرة ، ولا يجبر المؤجر على إعادة الشيء المؤجر وتجديده ، وإن أعاده فلا يعود حق المستأجر بالانتفاع به ، ويستوى الأمر في ذلك أن يكون الهلاك بقوة قاهرة أو بفعل المؤجر أو بفعل المستأجر أو بفعل أجنبي ، ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة التي تقضي بانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ الراجع لانعدام المحل ، وأنه في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (المادة ١٦٠) ، ويكون الهلاك على حساب المؤجر إلا إذا كان بسبب المستأجر فإنه يتحمل تبعة الهلاك ، ويرجع

المؤجر عليه بالتعويض ، وإن كان بسبب المؤجر فيحق للمستأجر الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من فسخ الايجار قبل انتهاء مدته ، وإن كان بقوة قاهرة أو بفعل أجنبي ، فلا يحق لأحدهما أن يرجع على الآخر بتعويض ما ، وهو ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٥٣٧ ، ونصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري[1] .

٢ ـ **الهلاك الجزئي** : إذا هلكت العين المؤجرة هلاكاً جزئياً ، وأصبحت لا تصلح للانتفاع الذي قصدت من أجله ، أو نقص الانتفاع نقصاً جسيماً ، ولم يكن للمستأجر يد في الهلاك ، فيجوز له أن يطلب إما فسخ الايجار أو انقاص الأجرة إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإصلاح العين المؤجرة وإعادتها إلى الحالة الأولى ، ومع بقاء حق المستأجر بالقيام بالإصلاح والترميم إذا أنذر المؤجر لذلك ، وأخل بالتزامه أو تأخر فيه ، لأن المؤجر ملتزم بالصيانة كما سبق ، وأنه يحق للمستأجر أن يقوم بذلك على حساب المؤجر وخصم النفقات من الأجرة بعد الحصول على ترخيص من القضاء ، أو بدون ترخيص ، كما سبق تفصيله في جزاء الاخلال بالصيانة .

ومثال الهلاك الجزئي انهدام الجدار ، أو سقوط سقف ، أو جفاف البئر أو النهر ، أو نزع ملكية جزء من العين للدولة .

لكن إذا كان الهلاك الجزئي بسبب المستأجر أو من يسأل عنهم من أولاده وعائلته أو عماله ومستخدميه فلا يلتزم المؤجر بالاصلاح والترميم ، ولا يحق للمستأجر المطالبة بذلك بل يجب عليه أن يصلح العين على نفقته ، مع حق المؤجر بطلب التعويض عن هذا الهلاك الجزئي من المستأجر[2] .

وإن الحكم القانوني في هلاك العين المستأجرة يتفق مع حكم الشريعة الإسلامية

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٥٠١ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/١/٢٨٤ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٥٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٠٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٤٠ ، الوجيز في احكام الايجارات ص ٦٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣٢٦ .

في المبادىء العامة مع الاختلاف في بعض التفاصيل والجزئيات .

نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤٧٨ على أنه « لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة » سواء فات الانتفاع بهلاك العين أو تلفها أو تعطيل أحد المقومات الأساسية فيها ، كما لو تعطل الحمام أو انقطع ماء الرحى أو انهدمت الدار .

ولو كان الهلاك جزئياً فينظر : إن كان الهلاك لم يؤثر على انتفاع المستأجر بها فلا يضر ، كما لو انهدم جدار في دار ، وإن أدى الهلاك إلى نقصان الانتفاع كما لو انهدم جزء من الدار كالحجرة فيثبت للمسأجر حق الفسخ ، فإن اختار عدم الفسخ ، وآثر البقاء ، ففيه قولان ، أحدهما : أنه ينقص من الأجرة بنسبة الحصة التي تلفت في البيت ، والثاني : انه لايسقط شيء من الأجرة ويبقى المستأجر بتمام الأجرة .

كما يثبت للمستأجر الحق في فسخ الايجار بسبب تفرق الصفقة عليه في المأجور، كما لو استأجر حانوتين فهدم أحدهما أو تلف .

وهذا ما اعتمدته مجلة الأحكام العدلية ، ونص عليه الفقهاء[1] .

سادساً : حق المؤجر في الترميمات لحفظ العين :

إن ترميمات العين المؤجرة وإصلاحها وصيانتها لتبقى على الحالة السليمة للانتفاع بها واجب على المؤجر يلتزم به ، وللمستأجر أن يجبر المؤجر على القيام بها كما سبق ، ولكن إذا تنازل المستأجر عن حقه ، ولم يطالب المؤجر بتنفيذ التزامه ، فقد يتعرض الشيء المؤجر للضرر والهلاك ، لذلك تدخل القانون لإقامة التوازن بين الطرفين وأعطى الحق للمؤجر أن يقوم بالترميمات اللازمة لحفظ العين ، كترميم

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٥١٩ ــ ٥٢٠ .

وانظر : مرآة المجلة ٢٣٤/١ ، ٢٥٣ ، بدائع الصنائع ٢٦١٣/٦ ، الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ٥٦٩/١ .

السقف من الأمطار ، وإلا انهـار السقف أو البنـاء ، واصلاح مواسير المياه ، وإلا ألحقت الضرر بالبناء ، وصيانة السيارة السنوية ، فهذ الاصلاح واجب على المؤجـر من جهة وحق له للمحافظة على العين من جهة ثانية ، خلافاً للترميمات الضرورية لتأمين الانتفاع من العين كاصلاح السلم أو المصعد ، فهذه واجبات فقط على المؤجر لمصلحة المستأجر .

ولذلك نصت المادة ٥٣٨ على حق المؤجر بإجراء الترميمات الضرورية والمستعجلة لحفظ العين ، وأنه لايجوز للمستأجر أن يمنعه من ذلك ، لأن حفظ العين من الهلاك مقدم على حق المستأجر بالانتفاع منها ، ويشترط في هذه الحالة أن تكون الترميمات مستعجلة ، فلا يمكن تأجيلها إلى ما بعد انتهاء مـدة الايجار ، وإلا ألحقت بالعـين التلف أو الهلاك ، كما يشترط أن تكون الترميمات ضرورية لحفظ العين من الهلاك ، خلافاً للترميمات الكمالية والتحسينية فلا يحق للمؤجر القيام بها جبراً على المستأجر، ويجوز للمستأجر منع المؤجر من إجرائها ، وخاصة إذا ترتب عليها نقص الانتفـاع للمستأجر خلال فترة الإصلاح أو بعده .

فإن توفر الشرطان أجبر المستأجر علـى السماح للمؤجر بإجـراء الترميمات الضرورية ، وإن ترتب على ذلك انقاص الانتفاع للمستأجر ، أو منعه من الانتفـاع بالعين مدة إجراء الترميمات جاز له تبعاً للظروف أن يطلب فسخ الايجار أو انقاص الأجرة ، وله الخيار في ذلك ، فإن بقي في العين المؤجرة أثناء الترميم سقط حقـه في طلب الفسخ (المادة ٥٣٨/٢) ويبقى حقـه في طلب انقاص الأجرة ، ويترك للقاضي حرية الحكم بالفسخ أو انقاص الأجرة بحسب الظروف كما لو احتاجت الترميمات لفترة طويلة ، تتعطل في أثنائها المنفعة من العين ، أو ينقص الانتفاع إلى حـد كبير ، وليس للمستأجر الحق في التعويض عما أصابه من خسارة أو فاته من كسب بسبب الترميمات الضرورية لحفظ العين ، كما لايحق له طلب التعويض إذا نقصت المنفعـة بسبب الاصلاح إلا إذا كان ذلك بسبب خطأ من المؤجر أو تقصير أثناء الترميم[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٢٧٦ ، عقد الايجـار ، الشرقـاوي ص ٥٧ ، عقـد

وفي الفقه الإسلامي يحق للمؤجر أن يشرف على ملكه وعقاره ، وأن يقوم بالترميم والإصلاح الذي يحتاجه الشيء المؤجر ، والأن بقاءه بدون إصلاح قد يزداد سوء ، ويلحق الضرر به ، ويعرض الشيء المؤجر للهلاك والانهيار ، فيحق للمؤجر أن يبادر لاصلاح الشيء المؤجر ، دون أن يلحق ضرراً بالمستأجر ، فإن لحق بالمستأجر ضرر بانقاص الانتفاع أو زواله فيجوز له إنقاص الأجرة ، كما يثبت له خيار الفسخ .

وهذا مانص عليه مرشد الحيران في المادة ٦٣٠ ، وهي : « إذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها فلا يمنع المستأجر من إجرائها ، فإن ترتب على العمارة مايضر بالسكن أو يخل بالمنفعة فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه » .

وهذا مانص عليه القانون المدني الأردني في المادة ٦٩٦ منه .

الفرع الثالث

التزام المؤجر بضمان التعرض

يهدف عقد الايجار إلى الانتفاع من الشيء المؤجر ، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة لقاء الحصول على المنفعة ، ولذلك لابد أن يكون الانتفاع صحيحاً وسليماً ، وكاملاً وهادئاً ، فيلتزم المؤجر بتأمين المنفعة الكاملة والهادئة للمستأجر ، فيمتنع عن التعرض له بالمنازعة المادية والقانونية في الشيء المؤجر ومنافعه ، كما يلتزم بعدم تحريك الآخرين لمنازعة المستأجر في العين والمنافع ، وهذا مايسمى بالتزام المؤجر بضمان التعرض ، ويشمل منع التعرض الشخصي بنفسه ، ومنع تعرض الغير للمستأجر ، وخاصة تنازع المستأجرين لعين واحدة في وقت واحد ، وأن المؤجر يتحمل الجزاء

= الايجار ، مرقس ص ٣٣٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١١٥ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٥١ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٦٣ .

القانوني لتعرضه الشخصي وتعرض الغير للمستأجر، ويجب على المستأجر انذار المؤجر بالتعرض ليشترك بالدعوى ، إلا إذا تم الاتفاق بين الطرفين على تعديل أحكام القانون في ضمان التعرض ، وهذا ما نفصله فقرة فقرة •

أولاً : ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي :

نصت المادة ٥٣٩ من القانـــون المدني على ضمان المؤجر للتعرض للمستأجر ، فقالت :

« ١ ــ على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولايجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتهـــا أي تغيير يخـــل بهـــذا الانتفاع » •

« ٢ ــ ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعـــه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر »[1] •

فهذه المادة تبين أن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض الذي يصدر منه شخصياً، سواء كان تعرضاً مادياً أم تعرضاً قانونياً ، إذا توفرت فيه الشروط التالية :

١ ــ أن يؤدي التعرض إلى الإخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو بأحد ملحقاتها بحسب الهدف من الايجار ، أما العمل الذي لايؤثر على الانتفاع فلا يسأل عنه المؤجر ، كالرهن الرسمي على صحيفة العقار •

٢ ــ أن يقع التعرض أثناء مدة انتفـــاع المستأجر بالعين المؤجرة ، سواء كانت المدة المقررة في العقد أو المدة التي امتد إليها بالاتفاق أو القانون أو بإمهال القـــاضي للمستأجر أو لجزء من هذه المدة ، أما إذا وقع قبلها أو بعدها فلا ضمان فيه •

٣ ــ ألا يستند المؤجر في تعرضه إلى سند قانوني أو قضائي أو اتفاقي يمنحه

---

(١) يقابلها المادة ٥٧١ من القانون المصري ، والمادة ٥٧٠ من القانون الليبي ، والمـــادة ٧٥٣ من القانون العراقي ، والمادتان ٥٥٢ ــ ٥٥٣ من التقنين اللبناني •

الحق في القيام بذلك ، فإن وجد هذا الحق للمؤجر فلا يضمن أعمالـه التي يتعرض بها للعين المؤجرة ، كحق المؤجر قانوناً بإصلاح الترميمات الضرورية للعين المؤجرة ، أو حق المؤجر على العين المؤجرة إذا عينه القاضي حارساً قضائياً عليها في نزاع بينه وبين المستأجر ، أو حق المؤجر الذي اشترطه في العقد بالتنزه مثلا أو بحق الصيد أو حقه في رفع البناء والإضافة عليه .

٤ ــ أن يقع التعرض بالفعل بأن يقوم المؤجر بأعمال تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة أو تخل بالانتفاع بها ، إما مادياً كالهدم ، أو قانونياً كطلب الاسترداد ، أما مجرد الاحتمال بذلك أو التهديد به فلا يكفي لضمان المؤجر ذلك .

والتعرض المادي هو أن يقوم المؤجر بأفعال تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة وتعكر حيازتها والانتفاع بها كإحداث تغيير في العين أو ملحقاتها يخل بالانتفاع ، كالهدم وسد النوافذ وقلع الأشجار وبنـاء المخازن في أرض زراعيـة أو تخصيص جانب من الأرض أو الشقق المجاورة لها للحدادة أو النجارة التي تقلق راحة السكان، ومثل إزالة المصعد أو توقيفه وتعطيله ، أو منع المستأجر من دخول حديقة المنزل .

أما التعرض القانوني فهو أن يدعي المؤجر حقاً على العين المؤجرة يؤدي إلى تعطيل انتفاع المستأجر بها ، كأن يطالب باسترداد العين المؤجرة بعـد أن تملكها بإرث أو وصية أو شراء ، وكان قد أجر ملك غيره ، فوجب عليه الضمان بالعقـد ، وبالتالي يمتنع عليه التعرض .

وإن ضمان المؤجر لايقتصر على تعرضه الشخصي بل يشمل تعرض أتباعـه ، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة السابقة ، فالمتبوع يسأل عن أعمال التابع ، ويدخل في ذلك جميع الأشخاص الذين يدخلون في مسؤولية المؤجر كأفراد أسرته من أولاد وزوجة ، والبواب والخادم ، وكل شخص عهد إليه المؤجر بعمل يتصل بالعين المؤجرة كالمقاول أو المهندس أو العامـل أو الحارس ، بشرط أن يصدر التعرض أثنـاء أداء المهمة المكلف بها ، فيكون المؤجر مسؤولاً عنهم ، ويضمن مايصدر منهم من تعرض

للمستأجر في منعه من الانتفاع بالعين المؤجرة[1].

ويتفق القانون في ضمان التعرض مع الفقه الإسلامي ، بأن المؤجر يضمن للمستأجر عدم التعرض في المدة المعينة في العقد ، فلا يتعرض له في استيفاء المنفعة ، ولا يحق له أن يحدث في العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقود عليها ، سواء حصل التعرض من نفس المؤجر أو من أتباعه كالأولاد والزوجة والخادم ، أو من غيره بسبب قانوني يرجع إلى المؤجر[2] .

وهذا مانص عليه حرفياً القانون المدني الأردني في المادة ٦٨٤ بالفقرتين الأولى والثانية .

ثانياً : الجزاء المترتب على تعرض المؤجر :

لم ينص القانون على أحكام خاصة تحدد الجزاء المترتب على تعرض المؤجر للمستأجر بنفسه أو تعرض غيره ، وإنما تطبق القواعد العامة على إخلاله بالالتزام المقرر عليه بعدم التعرض ، وتقضي القواعد العامة أن يطلب المستأجر التنفيذ العيني ، أو الفسخ أو انقاص الأجرة .

ويتم التنفيذ العيني بأن يطلب المستأجر من المحكمة إجبار المؤجر على الامتناع عن التعرض بايقاف العمل ومنعه في المستقبل ، أو اصلاح الخلل الذي أحدث في العين المؤجرة وملحقاتها ، أو إزالة أثر أعمال التعرض بإخلاء المكان الذي شغله ، أو رفع الأنقاض التي وضعها ، أو هدم الجدار الذي أقامه في البيت أو المزرعة أو الحديقة ، إلا إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمؤجر كهدم بناء كامل في حديقة المنزل ، فإن القاضي يرفض طلب المستأجر بالتنفيذ العيني ، ويحكم له بالفسخ إذا كان

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٢٩٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١١٧ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٦٠ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣٢٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٥٩ ، الوجيز في احكام الايجارات ص ٦٤ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٣١ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤١٨/٢ .

الخلل جسيماً أو بانقاص الأجرة ، ويمكن للمستأجر أيضاً أن يستخدم مايراه من الوسائل القانونية لتحقيق التنفيذ العيني كحبس الأجرة لوقف التعرض ، وطلب طرد البواب الذي وقع التعرض منه ، وطلب الترخيص من القاضي بإصلاح الخلل الذي أحدثه التعرض على نفقة المؤجر ، وخصمه من الأجرة .

كما يحق للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار بسبب التعرض إذا كان الإخلال جسيماً ، وأن الانتفاع بالعين المؤجرة تعرض لنقص كبير ، ويمكن للمؤجر في هذه الحالة أن يتفادى طلب الفسخ بالكف عن التعرض والتنفيذ العيني لما نتج عن التعرض، فيسلم الانتفاع للمستأجر ، وإلا حكم القاضي بفسخ الإيجار إذا رأى مسوغاً لذلك ، كما لو أقام المؤجر بناء بجوار العين المؤجرة فحجب النور والهواء عن المستأجر ، وقد يعطي القاضي مهلة للمؤجر لتنفيذ التزامه والكف عن التعرض وإزالة آثاره ، وقد يرى القاضي أن التعرض بسيطاً فيحكم للمستأجر بالتعويض ، أو بإنقاض الأجرة .

ويحق للمستأجر أيضاً أن يطلب إنقاص الأجرة بمقدار ماأصابه من نقص الانتفاع بالعين بسبب التعرض ، ويسري نقص الأجرة من وقت وقوع الخلل في الانتفاع ، كتعطيل المصعد ، أو قطع الإنارة ، أو عطب الآلة ، كل ذلك إذا كان الخلل غير جسيم ، وبقي أصل الانتفاع موجوداً ، وإلا وجب الحكم بفسخ الإيجار أو التنفيذ العيني .

ويستحق المستأجر أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر في الحالات الثلاث السابقة ، سواء حكم له بالتنفيذ العيني على المؤجر بمنعه من التعرض وإزالة آثار تعرضه ، أو حكم له بفسخ الإيجار أوانقاص الأجرة ، وتطبق قواعد المسؤولية العقدية من إنذار المؤجر ، وتقدير الأضرار التي لحقت المستأجر ، والمنافع والمكاسب التي فاتته ، ومراعاة الاتفاق على تعديل أحكام الضمان[1] .

ويتفق القانون المدني في الجزاء المترتب على تعرض المستأجر مع الفقه الإسلامي،

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٣٢٨ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٦٥ ، عقد الايجار، مرقس ص ٣٧٧ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٢٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٦٩ .

وقد نص الفقهاء على الجزاء السابق إلا التعويض ، ولم يقتصر « مرشد الحيران » والقانون الأردني على الإحالة على القواعد العامة ، وإنما تعرضا بالنص المباشر على جزاء التعرض .

فجاء في « مرشد الحيران » المادة ٦٣٢ أنه « إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر ، ثم تعرض له ونزع بيتاً من بيوتها رفع المستأجر من الأجر بقدر حصته ، وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتاً من بيوت الدار المستأجرة فإن حصته تسقط من الأجرة المسماة » ، فيحق للمستأجر أن يمنع المؤجر من التعرض ويطلب إزالة يده عن الشيء المؤجر ، كما يحق له طلب نقص الأجرة ، ويثبت له حق الخيار بطلب فسخ الايجار[1] .

وصرح القانون الأردني بالجزاء القانوني للتعرض بطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة ، مع النص على ضمان التعويض عما يصيب المستأجر من ضرر نتيجة التعرض من المؤجر أو من أتباعه ، أو التعرض القانوني بسبب من المؤجر نفسه[2] .

ثالثاً : ضمان المؤجر للتعرض من الغير :

نصت المادة السابقة في الفقرة الثانية أن ضمان المؤجر « لايقتصر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر ، أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر » .

وهذا النص يبين ضمان المؤجر للتعرض القانوني الصادر من الغير كما سنشرحه، أما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه ، كما نصت المادة ٥٤٣ على ذلك أيضاً ، لأن المؤجر لايضمن الاعتداء الواقع على المستأجر من الغير ، مادام لايستند إلى إدعاء حق معين في العين ، كأن يقوم أحد الجيران بإزعاج المستأجر ، أو الاعتداء

---

(١) انظر : المعاملات ، أبو الفتح ٤١٨/٢ .
(٢) انظر المادة ٦٨٥ من القانون الأردني .

على أولاده ، أو وضع العراقيل والانقاض أمـام العين المؤجـرة أو في طريقها ، أو السطو على الحديقة ، أو سرقة المنزل والثمار ، ويجب على المستأجر أن يدفع هـذا التعرض بنفسه بجميع الوسائل القانونية ، ومنها رفع دعوى الحيازة ووضع اليـد ومنع الاعتداء .

وينحصر عدم ضمان المؤجر للتعرض الصادر من الغير الذي يصيب الانتفاع فقط ، أما إذا وصل التعرض إلى العين ذاتها ، فأصابها التلف أو الخلـل ، فهنا يلتزم المؤجر باصلاح الترميمات الضرورية بمقتضى الالتزام الأول عليه في صيانة العـين المؤجرة ، وليس على أساس الالتزام بضمان التعرض ، كما أن التعرض المادي مـن الغير قد تصل آثاره وضمانه على المؤجر ، كما لو كان التعرض المادي حسّياً وأوقع الخلل الكبير في الانتفاع فيحق للمستأجر طلب فسخ الايجار ، وكما لو كان التعرض المادي سابقاً على تسليم العين المؤجرة بوجود مغتصب فيها ، أو إذا تعهد المؤجـر بضمان التعرض المادي من الغير في العقد .

أما التعرض القانوني من الغير فتقع مسؤوليته على المؤجر ، ويتحمل ضمانه ، لأن المتعرض يدعي حقاً على العين المؤجرة ، وإن ثبت حقه أدى إلى الإخلال بانتفاع المستأجر بها ، كأن يدعي ملكية العين المؤجرة، أو يدعي حق الانتفاع، أو أنه مستعير أو مرتهن حيازي للمنقول ، سواء وقع التعرض مادياً بوضـع اليد أو زرع الأرض لادعاء حق فيها ، أو رفع الدعوى للمطالبة بحقه .

ويشترط أن يقع التعرض القانوني بالفعل ، فلا يكفي الاحتمال أو مجرد ظهور حق للغير على العين ، وأن يكون إدعاء الحق يتعلق بالعين المؤجرة ، وأن يتعارض مع حق المستأجر ، وأن يقع أثناء مدة الايجار الأصلية أو المدة الممتدة بالتجديد اتفاقاً أو قانوناً .

ومن أهم صور التعرض القانوني في الإيجار أن يتعرض مستأجر آخر لنفس العين عن نفس المدة أو عن جزء منها ، فإن ثبت تفضيل أحد المستأجرين على الآخر بالاستلام ووضع اليد ترتب عليه ثبـوت الضمان للمستأجر الآخر ، وإن لـم يكن لأحدهما سبب للتفضيل كان لكل منهمـا طلب الضمان ، والرجوع على المؤجر بالتعويض ، وفقا للمادة ٥٤١ .

ومن صور التعرض الذي نص عليه القانون في المادة ٥٤٢ التعرض الصادر من جهة حكومية ، كالاستيلاء على العين المؤجرة ، أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، أو رفض الترخيص لها باستغلالها المقصود من الايجار ، أو سحب الترخيص بدون خطأ من المستأجر ، كل ذلك يعتبر تعرضا ماديا ، وقد يكون قانونيا ، ويعتبر المؤجر مسؤولا عن ضمانه ، وهذا هو السبب في النص القانوني عليه كاستثناء من عدم ضمان المؤجر للتعرض المادي الصادر من الغير ، ويعتبر تعرض الحكومة في هذه الحالة كقوة قاهرة تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو تخل بالانتفاع ، لذلك يجوز للمستأجر أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة ، مع الحق في التعويض ، لكن عمل الحكومة قد يكون « مسوغاً لمظنة التسامح بين المؤجر والمستأجر » ، وأن عمل الحكومة يعتبر تعرضاً سواء كان في حدود القانون أو خروجاً عنه[1] .

وفي الفقه الإسلامي إذا قام المؤجر بتأجير العين المؤجرة مرة ثانية فإنه يتحمل مسؤولية عمله للمستأجر ، ولا تنعقد الإجارة الثانية ، ولا تعتبر شرعا ، ويقدم المستأجر الأول ، كما عرض الفقهاء صورة للتعرض المادي من الغير بأن غصبت الدار المستأجرة مثلا من المستأجر ، وتعذر عليه الانتفاع بها ، ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، فهنا تسقط الأجرة عن المستأجر ، ولو وقع الغصب في بعض المدة سقطت الأجرة بقدره[2] .

رابعا : دعوى التعرض القانوني من الغير :

إن التعرض القانوني من الغير قد يتخذ شكلا مادياً بالاستيلاء على العين المؤجرة ، أو نزع يد المستأجر عنها استناداً إلى حق قانوني عليها ، وقد يتخذ طريقاً قضائياً برفع دعوى على المستأجر بإدعاء حق يتعارض مع حقوق المستأجر بمقتضى

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥١٣/٤ ، ٥١٤ ، الوسيط ٣٣٩/١/٦ ، ٤٠٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٢٣ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٦٦ ، عقد الايجار ، مرقس ٣٥٨ ، ٣٧٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٧١ .

(٢) انظر : المادة ٦٣٣ من مرشد الحيران ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٨٩ ،

عقـد الايجار ، لذلك نظم القانون بعض الإجراءات اللازمـة في دعوى التعرض ، وفرض بعض الأعمال على كل من المؤجر والمستأجر ، كإجراءات الدعوى في التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، ونص في المادة ٥٤٠ في عقد الايجار على بعضها .

فمن ذلك أنه يجب على المستأجر أن يبادر إلى انذار المؤجـر بالدعوى التي رفعت عليه من الغير بالتعرض ، دون أن يحدد القانون ميعادا لهذا الإنذار إلا بلفظ « المبادرة » ليتمكن المؤجـر من القيام بدفـع هذا التعرض في الوقـت المناسب ، ويستطيع المستأجر إذا بادر بالإنذار أن ينسحب من الدعوى ، وتوجه الاجراءات كلها بعد ذلك إلى المؤجر مباشرة ، والحكم عليه بالمصروفات ، وللمستأجر أن يبقى في الدعوى إلى جانب المؤجر ليراقب الإجراءات وموقف المؤجر في الدفاع .

فإن قصر المستأجر بواجبه ، ولم ينذر المؤجر بالدعوى ، أو تأخـر بذلك ، وفاتت الفرصة على المؤجر بدفع التعرض ، وأثبـت أن التعرض لا أساس له ، فلا يحـق للمستأجر أن يرجع على المؤجر بالضمان ، بل يمكن للمؤجر أن يرجع على المستأجر بالتعويض عما سببه تقصيره من أضرار على المؤجر .

وإن تم الإنذار في الوقت المناسب وجب على المؤجـر أن يتدخل فـوراً في الدعوى ، كما يحق له التدخل بدون إنذار من المستأجر ، وأن يدافع عن حقه ، وأن يقدم المستندات اللازمة ، وأن يقوم بالإجراءات القانونية لدفع التعرض ، وإلا التزم بضمان الاستحقاق ، وإن كان التعرض بصورة مادية كالبناء أو الهدم وجـب على المؤجر أن يتخذ الإجراءات اللازمة لدفع هذا التعرض بوقفه أو بالكف عنه وإزالة آثاره التي تخل من انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، فإن نجح بذلك فبها ونعمت ، وإلا تعرض لضمان الاستحقاق .

وإن دعوى التعرض تتعلق أصلا بالمؤجر ومع ذلك يحق للمستأجر أن يتدخل وأن يدفع دعوى التعرض بنفسه ، إما باسم المؤجر بالدعوى غير المباشرة ، ويدخل خصماً فيها ، بسبب حيازته أمام من يدعي ملكيـة العين ، وإما باسـمه شخصياً في دعاوى الحيازة لاسترداد العين ومنع التعرض للحيازة ووقف الأعمال الجديـدة ،

وعدم إخلاء العين المستأجرة لمن اشتراها في وقت لاحق عن عقد الايجار[1] .

وفي الفقه الإسلامي يجب على المستأجر أن يبذل ما في وسعه لرفع يد الغاصب مثلا للعين المؤجرة ، فإن قصر في ذلك فلا تسقط عنه الأجرة ، ويجب عليه أن يبلغ المؤجر ، وإلا كلف بإقامة البينة على الغصب وعلى عجزه عن دفع الغاصب[2] .

خامسا : الجزاء المترتب على تعرض الغير :

إذا نجح الغير في التعرض ، وحرم المستأجر فعلا من الانتفاع بالعين المؤجرة بموجب عقد الايجار ، « جاز له تبعاً للظروف ، أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة ، مع التعويض إن كان له مقتضى » (المادة ٥٤٠/٢) .

فالجزاء الذي يقع على المؤجر نتيجة لتعرض الغير للمستأجر هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ ، وهي :

١ ــ طلب فسخ الايجار ، لأن المستأجر قد حرم من الانتفاع بالعين أو اختل انتفاعه بها اختلالا جسيماً يبرر الفسخ ، وللمحكمة حق التقدير للظروف المحيطة بالدعوى ، وتقدير الضرر اللاحق بالمستأجر ، وإلا رفض طلب الفسخ .

٢ ــ طلب إنقاص الأجرة : يحق للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة بمقدار ما نقص من الانتفاع بالعين لتعرض الغير لها ، كما يحق للمحكمة أن تقرر إنقاص الأجرة إذا لم تجد مبرراً لطلب الفسخ ، ويسرى نقص الأجرة من وقت حصول الخلل بالانتفاع .

٣ ــ طلب التعويض : ويثبت للمستأجر الحق في طلب التعويض في الحالتين السابقتين إن كان له مقتضى ، وتقدر المحكمة مقدار التعويض بحسب ما أصاب

---

(١) انظر : الوسيط ٣٤٧/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧٣، عقد الايجار، تناغو ص ١٧٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٢٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٣٧٩ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادتان ٦٣٤ ــ ٦٣٥ .

المستأجر من ضرر بسبب إخلال المؤجر بالتزامه بمنع التعرض ، وعدم نجاحه في دفع تعرض الغير عنه ، سواء كان المؤجر حسن النيـة أو سيء النيـة ، إلا أن سـوء النية يؤثر في مقدار التعويض عن الأضرار الناشئة ولو كانت غير متوقعة الحصول ، فإن كان المستأجر سيء النيـة ويعلم بحـق الغير في العين التي استأجرها فيعفى المؤجر عن التعويض ، ويتحمل المستأجر المسؤولية[1] .

سادسا : الاتفاق على تعديل ضمان التعرض :

إن الالتزام بضمان التعرض هو من الأحكام المقررة والمفسرة ، ويجوز للطرفين الاتفاق على خلافها ، وذلك بزيادة الضمان على المؤجر ، نوعـاً وكيفاً ، بالأسباب والنتائج ، أو نقص الضمان على المؤجر ، أو الاتفاق على إعفاء المؤجر من ضمان التعرض أصلا ، وعدم مسؤوليته عنه .

لكن القانون استدرك على ذلك ألا يكون الاتفاق منطوياً على إخفـاء سبب الضمان من المؤجر ، غشاً منه ، فنصت المادة ٥٤٦ على أنه « يقع باطـلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان » .

وقد سبق شرح مثل هذا الحكم في عقد البيع فنكتفي به ونحيل عليه .

سابعا : التعرض بسبب تعدد المستأجرين :

وأخيراً عرض القانون لأكثر الصور المألوفـة للتعرض في المادة ٥٤١ وذلك بتعدد المستأجرين وتزاحمهم على عين واحدة ، بشرط أن يكون كل مستأجر قـد تعاقد مع شخص يملك حق الايجار ، سـواء كان من المالك نفسه ، أو من المالك

---

(١) انظر : الوسيط ٣٥٨/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧٤ ، عقـد الايجار ، تناغو ص ١٧٦ .

ومن وكيله ، وأن تكون مدة الايجار واحدة لكل من المستأجرين المتزاحمين أو متداخلة فيما بينهما ومشتركة في جزء منها على ذات العين ، وذكرت هذه المادة الحل القانوني لمنع التنازع والتزاحم بتفضيل وتقديم المستأجر الذي سبق له وضع اليد على العين المؤجرة بدون غش ، هذا في المنقول ، وفي العقار أن يقدم من سجل عقده وهو حسن النية ، وقبل أن يضع المستأجر الآخر يده على العقار المؤجر ، أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، ولم يعتبر القانون سبق التاريخ لأحد العقدين ، ولم يضع اعتباراً لمدة أحدهما طولا أو قصراً ، وإنما اقتصر على السبق بوضع اليد في المنقول ، والسبق بالتسجيل في العقار ، واشترط عدم الغش عند وضع اليد في المنقول بقصد التواطؤ على تفويت حق المستأجر الآخر ، واشترط حسن النية عند التسجيل في العقار بعدم علمه بسبق التأجير لغيره .

فإن لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين ، أو وجد من كل منهم بدون ترجيح لأحدهم ، تعارضت حقوقهم ، ويرجع كل منهم على المؤجر بطلب التعويض (المادة ٢/٥٤١) .

كما يمكن أن يقع مثل هذا التعرض من جيران مستأجرين من مؤجر واحد في بناء له أو من جيران مستأجرين من مؤجرين مختلفين ، وهي كثيرة الوقوع أيضاً وتطبق عليها أحكام التعرض السابقة[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٣٨٠ وما بعدها ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٣٨ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٣٢ .

الفـــرع الرابـــع

التـــزام المؤجـــر بضـــمان العيـــوب

يهدف عقد الايجار إلى الانتفاع بالعين المؤجرة ، وهذا يقضي أن تكون العين سليمة ، ليتحقق الانتفاع منها ، كما أن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع الكامل ، وهذا يقتضي أن تكون العين بريئة من العيوب ، وهذا ما عرضه القانون في نهاية التزامات المؤجر ، فألزمـــه بضمان العيوب الخفيـــة في الايجـــار كضمان العيوب الخفية تقريبا في البيع ، وأن العيب كما عرفناه في البيع هو ما تخلو عنـــه الفطرة السليمة وينقص القيمة ، وألحق القانون بالعيـــب ضـــمان الوصف الذي يشترطه المستأجر في العين ، فإن فقـــد الوصف فإن المؤجر يضمن فـــوات الوصف كالعيب ، فدمج القانون بينهما في البيـــع والايجار ، وقرر ضمان العيوب الخفيـــة وفوات الوصف على المؤجر في المادة ٥٤٤ ، وبـــين الجزاء المترتـــب على وجودها وألـــزم المؤجر بضمانهما في المادة ٥٤٥ ، وسوف نعرض لضمان العيوب وفـــوات الوصف ، ثم نذكر شروط العيب ، والجزاء المقرر للمستأجر على المؤجـــر ، وحق المتعاقدين في تعديل الضمان .

أولا : ضمان العيوب وفوات الوصف :

تضمنت المادة ٥٤٤ في الفقرة الأولى منها ضمان المؤجر للمستأجر جميـــع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب ، إلا ما جرى العرف على التسامح به ، كما يضمن خلو العين من الصفات التي تعهـــد المؤجر صراحـــة بتوافرها ، أو عن خلوها من صفات ، يقتضيها الانتفاع ، وبذلك جمع القانون في هذه المادة بين العيوب الخفية التي تعتبر آفة في العين المؤجـــرة ، وتخلو عنها الخلقة الأصليـــة للشيء المؤجـــر ، وتؤثر في الانتفاع منه ، وبين فوات الأوصاف التي تمّ الاتفاق صراحة على توافرها

في العين المؤجرة ، ولها تأثير في الانتفاع بالعين المؤجرة ، فتحول دون الانتفاع المقصود ، أو تخل به وتنقص من وجوده ، ويستثنى العيب البسيط الذي لايؤثر غالباً في الانتفاع ، ويجري التسامح فيه بالايجار ، كشق في الجدار ، وكسر قطعة بلاط ، وتعطيل إحدى صنابير المياه الإضافية ، وتوفر بعض الأحجار أو الصخور في الأرض ، وإصابة فرش السيارة بالدهان أو الحبر ، وما عدا ذلك فإن المؤجر يضمن عدم وجود العيوب في العين المؤجرة ليتحقق الانتفاع الكامل للمستأجر ، كما يضمن توفر الصفات التي تعهد المؤجر بوجودها ، سواء كانت بطلب المستأجر أو بدون طلبه ، لأن رضاء الطرفين في العقد تم عليها .

وإن الجمع بين العيوب الخفية وفوات الوصف في الضمان لا يعني اتفاقهما في نفس القواعد والأحكام ، وخاصة في شروط العيب .

ثانيا : شروط العيب الموجب للضمان في الايجار :

يشترط في العيب الذي يلتزم المؤجر بضمانه ، ثلاثة شروط ، وهي :

١ ــ أن يكون العيب خفياً في العين المؤجرة ، فلا يظهر للإنسان العادي والفحص المعتاد ، فإن كان العيب ظاهراً وقت تسلم المستأجر للعين المؤجرة ، فيعتبر المستأجر قد رضي به ، وأسقط حقه في التمسك بالضمان ، ويعتبر العيب خفياً أو ظاهراً بحسب الرجل المعتاد وفحص الرجل المعتاد ، ويعتبر العيب الظاهر بحكم الخفي ويوجب الضمان إذا أكد المؤجر خلو العين المؤجرة من العيب ، أو تعمد المؤجر إخفاء هذا العيب ليغش المستأجر .

٢ ــ أن يكون العيب غير معلوم للمستأجر ، لأنه إن علم به قبل العقد أو عند العقد ولم يعترض عليه فيعتبر راضياً به ، ولو كان العيب خفياً ، ويفترض أن المستأجر راعى ذلك في تقدير الأجرة ، سواء علم المستأجر بالعيب من تلقاء نفسه ، أو عند فحص العين المؤجرة قبل التسليم ، أو بإخبار آخر له عند العقد ، أو بإعلام المؤجر للمستأجر بالعيب ، وهذا ما نص عليه القانون في الفقرة الثانية من نفس المادة ٥٤٤ ، فقالت : « ٢ ــ ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد أخطر به أو كان يعلم به وقت العقد » .

٣ ــ أن يكون العيب مؤثراً في الانتفاع من العين المؤجرة ، بأن يحول بين المستأجر وبين الانتفاع بها ، أو ينقص من هذا الانتفاع نقصاً جسيماً ، أو يخل ببعض جوانب الانتفاع المقصودة من الايجار ، كما هو مبين في العقد ، أو ظاهر من طبيعة العين المؤجرة ، وهذا ما أكدته المادة السابقة في الفقرة الأولى عن العيوب التي « تحول دون الانتفاع بها ، أو تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً » .

وقد تقدم الكلام مفصلاً عن هذه الشروط في عقد البيع ، وتطبق بنفسها في عقد الايجار ، ويستثنى الشرط الرابع ، وهو أن يكون العيب قديماً في البيع ، ولا يشترط قدم العيب في الايجار ، ويضمن المؤجر العيب سواء كان قديما في العين المؤجرة قبل عقد الايجار أو بعده وقبل التسليم ، أو بعد التسليم، لأن الايجار من العقود الزمنية المستمرة ، فإن طرأ عيب بعد التسليم على العين المؤجرة وكان يؤثر في الانتفاع التزم المؤجر بضمانه ، لأنه يخل بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة .

وهذه الشروط خاصة في العيوب ، ولا تطبق على فوات الأوصاف ، وإنما يلتزم المؤجر بتوافر الوصف الذي تعهد به سواء كان موجوداً عند العقد أو قام المؤجر بتوافره بعد العقد ، فإن لم يتوفر في العين المؤجرة عند التسليم ، التزم المؤجر بضمانه[1] .

ثالثا : الجزاء المترتب على ضمان العيوب وفوات الوصف :

نصت المادة ٥٤٥ على الجزاء القانوني الذي يترتب على توافر العيوب الخفية في العين المؤجرة ، وهو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة أو التنفيذ العيني بإصلاح العيب، ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على حق المستأجر بالتعويض ما لم يثبت المؤجر جهله بوجود العيب ، ويشترط أن يقوم المستأجر بإنذار المؤجر بوجود

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٣٤ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٤٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧٥ ، عقد الايجار ، تناغو ص ١٩٨ ، عقد الايجار ، مرقس ٤٠٢ .

العيب أو فوات الوصف ، ويستمر حق المستأجر بدعوى ضمان العيب وفوات الوصف مدة خمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، بخلاف دعوى ضمان العيب في المبيع فإنها تسقط بمضي سنة واحدة من وقت تسليم المبيع للنص صراحة عليها .

ويكون التنفيذ العيني كجزاء لضمان العيب وفوات الوصف بأن يطلب المستأجر من المؤجر إصلاح العيب ، والقضاء يحكم بإلزام المؤجر بذلك كما يحكم في الترميمات الضرورية بإلزام المؤجر باصلاحها ، بشرط ألا يتطلب إصلاح العيب نفقات جسيمة لا تتناسب مع الأجرة ، كما جاء بنص المادة المذكورة « إذا كان هذا الإصلاح لا يهظ المؤجر » ، كما يستطيع المستأجر أن يطلب ترخيصا من القضاء ليقوم بإصلاح العيب على نفقة المؤجر ، وخصمها من الأجرة ، ويمكنه أن يقوم بذلك بدون ترخيص من القضاء في الإصلاح البسيط ، والحالات المستعجلة ، كما جاء في نص المادة السابقة ، وقياساً على ضمان المؤجر بصيانة العين المؤجرة .

ويحق للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار ، بدون طلب إزالة العيب وإصلاحه، أو إذا كانت نفقاته باهظة ، والمحكمة تنظر في ظروف الايجار ، وأثر العيب على الانتفاع ، ولها أن تحكم بالفسخ إن وجدت مبرراً له ، كما يحق لها أن تعطي المؤجر مهلة لإزالة العيب إذا طلب ذلك ، وإلا حكمت بإنقاص الأجرة .

ويحق للمستأجر أن يطلب ابتداء إنقاص الأجرة بمقدار نقص الانتفاع الناتج عن العيب ، وتنقص الأجرة من وقت حصول النقص في الانتفاع بسبب العيب ، وليس من وقت المطالبة القضائية ، أو وقت إنذار المؤجر بالعيب ، ويمكن للمؤجر في هذه الحالة أن يبادر إلى إزالة العيب ، وتأمين الوصف الذي تعهد به ، وتعود الأجرة إلى المقدار الأصلي من وقت الاصلاح .

وفي الحالات الثلاثة في التنفيذ العيني أو فسخ الايجار أو إنقاص الأجرة يثبت للمستأجر الحق في طلب التعويض الذي أصابه من الحرمان من الانتفاع من العين ، وعما لحقه من الأضرار بسبب ذلك ، وما فاته من الكسب بسبب العيب ، إلا إذا أثبت المؤجر أنه حسن النية ، وأنه كان يجهل وجود العيب في

العين المؤجرة ، أو أثبت أن العيب لم يكن موجودا عند العقد والتسليم ، وأنه طرأ بعد ذلك ولم يخبره المستأجر به[1] .

ونكرر القول أن هذه الأحكام مقررة ومفسرة ومكملة لإرادة الطرفين ، ويحق لهما الاتفاق على تعديلها بالزيادة والنقص والإعفاء ، إلا إذا أخفى المؤجر عن غش سبب الضمان ، فيكون الاتفاق باطلا ، كما سبق في ضمان التعرض وفقا لنص المادة ٥٤٦ التي نصت على بطلان الاتفاق في الضمانين إذا أخفى المؤجر عن غش سبب الضمان[2] .

وإن ضمان العيب الخفي أو فوات الوصف في القانون يتفق في الجملة مع الفقه الإسلامي ، ولذلك نصت المذكرة الايضاحية للقانون المصري على ذلك باختصار ، فقالت : « وهي وإن كانت مأخوذة من نصوص بعض التقنينات الأجنبية ، إلا أنها تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية »[3] .

ويعتبر الفقهاء في الشريعة الإسلامية أن خيار العيب يثبت في الإجارة كما يثبت في البيع ، ويحددون العيب في الإيجار بما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية كانهدام الدار أو الإخلال بها كهبوط سطح الدار ، فإن حصل عيب أو نقص لا يخل بالمنافع فلا يؤثر في الإجارة ، ولا يثبت الخيار فيه للمستأجر ، وأن العيب في الإجارة يشمل العيب الموجود في الشيء المؤجر قبل العقد وبعده وأثناء مدة

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٤٤ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٠٨ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٥١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٠٤ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/١/٤٥٢ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٧٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤١٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٥٥ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٠٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٥٢٠ .

الايجار ، فلو حدث العيب في المأجور قبل استيفاء المنفعة فيعتبر كالموجود وقت العقد .

ويترتب على وجود العيب في المأجور ثبوت حق المستأجر بفسخ الايجار ، كما يحق له أن يطلب إصلاح العيب وإزالته ، لكن المؤجر لا يجبر على ذلك ، وإن فاتت المنفعة بالكلية فتسقط الأجرة عن المستأجر كلياً سواء تمّ فسخ الايجار أم لا ، أما إن فاتت المنفعة جزئياً ، وكان العيب مخلا بالانتفاع فإن طلب المستأجر فسخ الايجار سقطت عنه الأجرة ، واستردها إن كانت مدفوعة ، وإن لم يطلب فسخ الايجار فلا تسقط عنه الأجرة ، سواء استوفى المنفعة مع وجود العيب أم لا ، ويلزم بتمام الأجرة .

ويثبت للمستأجر حق الفسخ بإرادته المنفردة ، وفي غياب المؤجر ، إذا فاتت المنفعة بالكلية ، كما لو انهدمت الدار المؤجرة بالكلية ، ولا يلزم بالأجرة ، وإن كان الخلل جزئياً فلا يثبت له حق الفسخ إلا بحضور المؤجر ، أو بعد إعلامه ، فإن لم يعلمه فلا تنفسخ الإجارة ويلزم بالأجرة كاملة .

وإن بادر المؤجر بنفسه أو بعد إخباره بالعيب فأصلح الخلل أو بنى الدار قبل فسخ العقد ، فلا يثبت الخيار للمستأجر ، وإن اشترط المستأجر وصفاً أو عدداً للغرف في العقد وظهر الشيء المؤجر ناقصاً أو فات الوصف المطلوب فيخير المستأجر بين فسخ الإجارة وبين قبولها بالأجر المسمى[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بالأحكام السابقة في ضمان العيب في المأجور مع النص على الجزاء بالفسخ أو إنقاص الأجرة والتعويض عن الضرر الذي يلحق المستأجر من وجود العيب[2] .

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٥١٣ ـ ٥٢١ ، مرشد الحيران ، المادتان ٦٢٨ ـ ٦٢٩ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤١٨/٢ ، المغني ٣٣٦/٥ ، ٣٣٩ ، بدائع الصنائع ٢٦١٢/٦ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٦٩/١ ، فتح القدير ٢٣٠/٧ ، مغني المحتاج ٣٤٦/٢ ، ٣٤٨ .

(٢) القانون المدني الأردني ، المواد ٦٨٦ ـ ٦٨٨ .

المبحث الثاني

التزامات المستأجر

عقد الايجار عقد معاوضة، وعقد ملزم للجانبين، وإن المستأجر يتمتع بالانتفاع من العين المستأجرة لقاء عوض وبدل يقدمه إلى المؤجر ، دون أن يمتد حقه إلى ذات العين ، وإذا انتهى عقد الايجار وجب على المستأجر أن يرد العين المستأجرة إلى المؤجر كما استلمها ، دون تغيير أو تبديل أو تعديل فيها ، ولذلك يلتزم المستأجر قانوناً بأربعة أمور أساسية ، وهي : الأول : دفع الأجرة ، الثاني : استعمال العين المؤجرة لما أعدت له ، الثالث : المحافظة على العين ، الرابع : رد العين المستأجرة ، بالإضافة إلى بعض الالتزامات الثانوية التي نكتفي بالاشارة لها هنا ، مثل : التزامه بدفع مصروفات عقد الايجار إذا قضى الاتفاق أو العرف به ، والتزامه باستلام العين المؤجرة وتحمل نفقات الاستلام في مقابل التزام المؤجر بالتسليم ونفقاته ، والتزامه بدفع الضرائب على العين المؤجرة إن اتفق الطرفان عليه كجزء من الأجرة ، والتزامه بدفع ثمن ما يستهلكه من ماء وكهرباء وهاتف وغاز إذا كان يقاس بالعداد ، والتزامه بكل ما يتم الاتفاق عليه صراحة في العقد من تعديل التزامات المؤجر ونقلها إلى المستأجر إلا ما نص القانون على منعه[1] .

وهذه الالتزامات على المستأجر ، مع الحقوق التي اكتسبها بعقد الايجار ، المتمثلة بالالتزامات السابقة على المؤجر ، أثارت جدلاً طويلا ، وخلافاً شديداً في طبيعة حق المستأجر في عقد الايجار ، ومدى صلاحيته للتصرف بحق الانتفاع ، أو التنازل عنه لغيره.

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٥٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢١٠ ، عقد الايجار، الشرقاوي ص ١٦٠ .

والقانون المدني السوري تكلم عن التزامات المستأجر الأساسية وطبيعة حق المستأجر في المواد ٥٤٧ ــ ٥٦٤ منه بعد كلامه عن التزامات المؤجر .

ولذلك ندرس في هذا المبحث التزامات المستأجر وطبيعة حقه في خمسة فروع.

الفــرع الأول

التــزام المستأجر بدفــع الأجــرة

إن التزام المستأجر بدفع الأجرة هو أهم التــزام في عقــد الايجار ، ويقارب الالتزام بدفع الثمن في البيع ، ويكون دفع الأجرة غالباً هو صلة الوصل الدائمة بين المؤجر والمستأجر في تمتين العلاقة بينهما، وزيادة التعاون على تنفيذ بقية الالتزامات، أو في الخلافات والمنازعات التي تشغل حيزاً كبيراً في المحاكم اليوم ، وسبق لنا أن بينا أن الأجرة ركن في الايجار وأنه يتم تقديرها بالاتفاق أو بالتخمين القضائي ، أو بأجر المثل ، وندرس الآن كيفية دفع الأجرة ، وزمان الدفع ومكانه ، وإثبات دفــع الأجــرة والجزاء المترتب على عدم الدفــع ، والضمانات أو المؤيدات القانونيــة للوفاء بها .

اولا : كيفية دفع الأجرة :

يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر أو المالك أو من ينوب عنهما في ذلك ، ويدفع المستأجر الأجرة المتفق عليها ، كمّاً في عقد الايجار ، أو بمقتضى التحديد القضائي لها ، وهو التخمين ، أو بحسب أجر المثل عند إشغال العقار دون مســوغ قانوني أو عند عدم الاتفاق على الأجرة في العقد أو تعذر إثباتها ، ويتم دفع الأجرة كيفياً بحسب الاتفاق باليد لقاء ايصال خطي ، أو بالحوالة البريدية ، أو بالشيك أو ايداع الأجرة بالمصرف وارسال إشعار بها إلى المؤجر ، وتكون الأجرة من النــوع المتفق عليه في العقد إما بالنقــد أو أية تقدمة أخر من الحقوق والمنافع والأمــوال

المادية المنقولة أو غير المنقولة ، ويلتزم بدفعها مرة واحدة أو مقسطة بحسب الاتفاق أو العرف ، كما يلتزم بأدائها بمجرد وضع العين المؤجرة تحت تصرفه ، بحيث يستطيع تسلمها بدون عائق ، سواء انتفع بها أم لم ينتفع بها ؛ ويستمر بالدفع إلى حين انتهاء الإيجار وانقضاء مدته المتفق عليها أو المتجددة ولو أخلى العين قبل ذلك ، أو سلمها للمؤجر قبل انتهاء المدة ، أو تقطع انتفاعه بالعين خلالها .

ويلتزم المستأجر بالإضافة إلى مقدار الأجرة بمصروفات دفع الأجرة قياساً على مصروفات دفع الثمن في البيع ، كأجرة البريد أو رسوم الحوالة وغيرها ، كما يلتزم بدفع ملحقات الأجرة ، وهي رسم الحراسة المقرر بالقانون رقم ٩٠ تاريخ ١٣/١١/١٩٤٤ ، المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢ لعام ١٩٥١ الذي جعل رسم الحراسة على عاتق المستأجر ، واعتبره جزءً متمماً لبدل الايجار ، ويحسب بنسبة ٢ر٧٥ بالمائة من بدل الايجار المتخذ أساساً لضريبة ريع العقار ، كما يلتزم المستأجر برسم المجهود الحربي الذي صدر في سورية بعد عام ١٩٦٧ م وأصبح جزءً ملحقاً بالأجرة ، كما يلتزم بدفع الفائدة ، وقدرها خمسة بالمائة إذا اتفق الطرفان على دفع الأجرة مسبقاً بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر ، ثم اختار المستأجر دفع الأجرة مشاهرة ، وذلك بمقتضى الفقرة ج من المادة الأولى من قانون الايجار ، وتعتبر هذه الفائدة جزءً من الأجرة أيضاً ، كما يلتزم بدفع هذه الفائدة إذا لم يدفع الأجرة خلال فترة المطالبة ، فيتفادى حكم الإخلاء خلال ثلاثين يوماً من تبلغه استدعاء الدعوى بأداء الأجرة وفوائدها من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد بمقتضى المادة ٥ الفقرة ٢ من قانون الايجار .

ويسقط عن المستأجر الالتزام بدفع الأجرة إذا فسخ عقد الايجار ، ويلتزم بدفع جزء من الأجرة إذا نقصت المنفعة لهلاك العين الجزئي أو للتعرض الحاصل للمستأجر ، كما يلتزم المستأجر بدفع الأجرة المخفضة التي قررتها الدولة في سورية بمقتضى المرسوم التشريعي رقم ٢٤ تاريخ ٢٥/١/١٩٦٥ ، والمرسوم التشريعي رقم ١٨٧ تاريخ ٧/٩/١٩٧٠ م[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٤٦٢/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٨ ، عقد

ثانيا : زمان دفع الاجرة ومكانه :

عرضت المادة ٥٥٤ في الفقرة الأولى لمواعيد دفع الأجرة ، وفي الفقرة الثانية لمكان دفع الأجرة •

ويتحدد ميعاد دفع الأجرة عادة في العقد ، ويلتزم المستأجر بدفع الأجـرة في الميعاد المتفق عليه ، إما بتعجيل الأجرة ، فيجب دفعها وقت العقد ، وإما بتأجيلها إلى وقت معين في منتصف مدة الايجار ، أو في آخر المدة ، وإما على تقسيطها إلى أقساط منتظمة شهرياً ، أو كل عدة أشهر مثلا •

وإذا لم يتضمن العقد تحديداً لميعاد دفع الأجرة وجب الرجوع إلى العرف في تعيين المواعيد ، مع اختلاف الأشياء والجهات ، كالعرف في دفع أجرة المساكن سلفاً في السنة الأولى ، ومقسطة على أربعة أقساط سنوية بعد ذلك ، والعرف في الأرض الزراعية بالتعجيل أحياناً ، أو في نهاية الموسم الزراعي ، أو مقسطة بقسط عن الزراعة الشتوية ، وآخر عن الزراعة الصيفية ، وتكون معجلة لكل قسط •

وإذا لم يوجد اتفاق في العقد لتحديد مواعيد دفـع الأجرة ، ولا يوجد عرف في ذلك ، فيجب الرجوع إلى القواعد العامة في الوفاء ، وهي تقضي بدفع الأجـرة مؤخراً بعد استيفاء المنفعة ، بحسب الاتفاق شهريا أو سنويا •

فإذا مضى موعد دفـع الأجـرة يحق للمؤجر أن يتخذ الإجراءات القانونية ويطالب بالجزاء والضمانات المقررة ، كما سنبينها بعد قليل ، ضد المستأجر •

ويسري التقادم على الأجرة ، وتسقط بمرور خمس سنوات ميلادية من وقت حلول الميعاد ، أو من وقت حلول كل قسط من أقساطها ، وفقا للمادة ٣٧٣/١ من

= الايجار ، مرقس ٤١٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٣ ، عقد الايجار ، التاغـو ص ٢١٤ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٦٩ .

القانون المدني التي تحدد التقادم المسقط لكل حق دوري متجدد ، أما حق المؤجر في التعويضات الأخرى على المستأجر فيخضع للتقادم العادي ، ويسقط بمرور خمس عشرة سنة[1] .

أما مكان دفع الأجرة فيتحدد كالزمان في عقد الايجار باتفاق الطرفين، كالاتفاق على دفع الأجرة في موطن المؤجر أو موطن المستأجر أو في مكان آخر متفق عليه ، وإن لم يتفق الطرفان على مكان لدفع الأجرة يرجع إلى العرف ، مثل أن تدفع أجرة المساكن فيها ، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب دفع الأجرة في موطن المستأجر ، وهو المدين ، بنص المادة ٢/٥٥٤ ، وبمقتضى القواعد العامة ، فإن غيَّر المستأجر موطنه وجب دفع الأجرة في الموطن الجديد ، ويجب دفع الأجرة في موطن المستأجر سواء كانت الأجرة من النقود والمثليات ، أم كانت من القيميات ، خلافا للقواعد العامة التي تقضي بتسليم القيميات في مكان وجودها وقت إنشاء الالتزام ما لم يقض الاتفاق أو العرف بخلافه ، (المادة ١/٣٤٥)، لأن نص الفقرة الثانية من المادة ٥٥٤ تحدد مكان الوفاء بشكل عام في موطن المستأجر[2] .

ثالثا : إثبات دفع الأجرة :

يطبق على إثبات دفع الأجرة القواعد العامة في قانون البينات ، وأن عبء الإثبات يقع على عاتق المستأجر ، ويمكنه إثبات ذلك بحسب قواعد الإثبات بالبينة أي الشهادة فيما يقل عن مائة ليرة سورية في القسط الواحد ، وكذلك الإقرار واليمين ، وأهم الوسائل الكتابة ، وخاصة إذا كانت رسمية أو تحمل تاريخاً ثابتاً كالشيك والحوالة والبطاقة البريدية ، فمتى ثبت عقد الايجار وجبت الأجرة على

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٦٨ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٢٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٥ ، ١٦٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢١٨ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٧٠ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/١/٤٧٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٨٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٢٤ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٦ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢١٣ .

المستأجر ، وعليه إثبات الدفع.

ولكن القانون المدني أراد التيسير على المستأجر في الإثبات فنص في المادة ٥٥٥ على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ؛ وهذا يعفي المستأجر من الاحتفاظ بجميع وثائق الإثبات للأجرة السابقة ، ومخالصات الأجرة ، ويكفي أن يثبت دفعه للقسط الأخير لتثبيت براءته عن الأقساط السابقة ، لأن المؤجر عادة يقبض الأجرة قسطاً فقسطاً ، وأنه لا يقبض قسطاً عن فترة معينة إلا إذا قبض الأجرة عن الفترة السابقة لها ، ولذلك يكفي المستأجر أن يحتفظ بإثبات الدفع للقسط الأخير من الأجرة ، ليكون قرينة قانونية على إثبات دفع الأقساط السابقة ، لكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس ، وعلى المؤجر أن يثبت أنه قبض القسط الأخير قبل غيره لظرف معين أو لطلب المستأجر ، أو لقيام نزاع عن أجرة شهر معين لخصم نفقات الترميم منه، فأرجىء دفع الأجرة لحسم النزاع ؛ وقبض القسط الذي يليه[1] .

رابعا : جزاء الإخلال بدفع الأجرة :

لم ينص القانون المدني على حكم خاص بالجزاء المترتب على المستأجر ، لإخلاله بالالتزام بدفع الأجرة ، ولذلك تطبق القواعد العامة في الوفاء التي تقرر جزاء ثنائياً ، ويخير المؤجر بعد إنذار المستأجر إما بالتنفيذ العيني بأن يطلب من المحكمة الحكم على المستأجر بالأجرة المستحقة ، وتنفيذ الحكم على أموال المستأجر جميعها بحسب قانون أصول المحاكمات ، وإما أن يطلب فسخ عقد الايجار وإخلاء العين المؤجرة ؛ ويسمى اليوم بدعوى الإخلاء ، وللمحكمة حرية التقدير في إجابة هذا الطلب أو رفضه بحسب الظروف المحيطة بالقضية ، وقد يشترط المؤجر اعتبار العقد مفسوخاً لعدم دفع الأجرة أو التأخر بها دون حاجة إلى حكم ، كما يحق

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٧٧ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٧ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢١٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٢٥ .

للمؤجر أن يطلب التنفيذ العيني والفسخ معا ، والمحكمة تجيبه في الأول قطعا ، أما الثاني فيخضع لتقديرها وظروف القضية ، كما يحق للمؤجر في الحالين أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم قيام المستأجر بدفع الأجرة ، مع تطبيق القواعد العامة في طلب التنفيذ العيني والفسخ والتعويض ، وتطبيق الأحكام الخاصة بالإخلاء في قانون الايجار[1] .

خامسا : ضمانات الوفاء بالأجرة :

لم يكتف القانون المدني بالجزاء المقرر قانوناً للإخلال بدفع الأجرة ، وإنما عرض بعض المؤيدات القانونية لضمان الوفاء بالأجرة .

وتتركز هذه الضمانات في المنقولات التي يملكها المستأجر ، ويضعها في العين المؤجرة ، ولذلك فهي ضمانات خاصة لمؤجر العقار ، وهذه الضمانات ثلاث ، إحداها مقررة في حقوق الامتياز بآخر القانون المدني ، والثانية نص عليها القانون المدني في عقد الايجار بالذات ، والثالثة مأخوذة من قانون أصول المحاكمات[2] ، وهذه الضمانات هي :

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٨١ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٢٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢١٨ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٨ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٧٦ ، ١٢١ .

(٢) أضاف القانون المدني المصري ضمانا رابعا لوفاء الأجرة في المادة ٥٨٨ منه، وهو أن يلتزم المستأجر للمنزل أو الحانوت أو المكان المماثل أو الأرض الزراعية أن يضع في العين أثاثاً أو بضائع أو محصولات أو مواشي أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن مدة الايجار إذا كانت أقل من سنتين ، ويعفى المستأجر من ذلك إذا دفع الأجرة معجلا ، أو قدم تأميناً آخر ، أو تم الاتفاق مع المؤجر بإعفائه منه ، وأخذ بهذا الضمان القانون الليبي في المادة ٥٨٧ بينما حذفها القانون السوري والعراقي واللبناني .

١ ــ حق امتياز المؤجر على المنقولات :

نصت المادة ١١٢٢علي أن : « ١ ــ أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الايجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ، ومن محصول زراعي » .

ويتضح من هذه المادة أن القانون أعطى مؤجر العقار حق امتياز على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، من أثاث وغيره ، ومن محصول زراعي وآلات مملوكة للمستأجر في سبيل استيفاء الأجرة في حدود سنتين ، وفي ملحقات الأجرة وكافة ما يكون للمؤجر على المستأجر بمقتضى عقد الايجار كالتعويض من المستأجر لإخلاله بالالتزام المقرر عليه ، وهذا الحق ثابت لمؤجر المباني وما في حكمها ، والأراضي الزراعية ، وهو حق ممتاز لصاحبه يتقدم به على بقية الدائنين ، وهو حق لا يتجزأ ويشمل جميع المنقولات حتى ولو أخرجت من العين على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ويبقى حق الامتياز عليها لمدة ثلاث سنوات من يوم النقل (المادة ١١٢٢/٥) .

٢ ــ حبس المنقولات الموجودة في العين :

نصت المادة ٥٥٦ من القانون المدني عند الكلام عن التزامات المستأجر على أن « يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة باعتبارها مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر .... » فيحق للمؤجر أن يحبس جميع المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، لضمان حق الامتياز السابق له ، وذلك لوفاء الأجرة في حدود سنتين ، ولوفاء كل ما يلزم به المستأجر من تعويضات بمقتضى عقد الايجار .

ويقتصر حق الحبس على المنقولات المادية القابلة للحجز بمقتضى قانون أصول

المحاكمات (المواد ٢٩٦ ــ ٣٠٠)، الموجودة في العين المؤجرة ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر ، مادام أن المؤجر لا يعلم وقت وضعها في العين بأنها مملوكة للغير، وسواء كانت مملوكة للمستأجر الأصلي أو المستأجر من الباطن ، وللمؤجر أن يمانع في نقل هــذه الموجودات ، فإن أخرجت بدون علمــه أو على الرغم من معارضته فله الحق في استردادها من الحائز لها ، ولو كان حسن النية ، دون الإخلال بحق الحائز .

ويسقط حق المؤجــر في حبس المنقولات الموجودة في العــين المؤجرة ، كما يسقط حقه في استردادها في ثلاث حالات ، الأولى : أن يكون نقلها اقتضاء لحرفة المستأجر والمألوف من شــؤون حياته كأدواتــه الخاصة وكتبه وبضائع الحانوت التجاري ، والسيارة الخاصة ، الثانية : أن تنقــل برضاء المؤجر ، أو بعلمه وعدم معارضته ، الثالثة : أن تكون المنقولات المتبقية تفي بحق المؤجر المضمون بالامتياز بشكل كامل ، (المادة ٥٥٦/٢) .

٣ ــ توقيع الحجز الاحتياطي :

نصت المادة ٣١٣ من قانون أصول المحاكمات على أن « لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر الثانوي الحجز الاحتياطي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة في العين المؤجرة، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدني » ، كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على ايقاع الحجز عــلى الأشياء السابقة إذا نقلت بدون رضاء المؤجر ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً .

وفائدة الحجز الاحتياطي لنفس الموجودات المقرر عليها حــق الامتياز وحق الحبس أن المؤجر يوقع الحجز الاحتياطي قبل الحصول على السند التنفيذي من المحكمة، وقبل الحصول على الحكم بالأجرة والتعويضات، ويهدف الحجز الاحتياطي إلى ضبط هذه المنقولات والحيلولة دون تبديد المستأجر لها ، أو تهريبهــا ، وإلا تعرض للعقاب، وإذا نقلها المستأجر بدون رضاء المؤجر فيحق له أن يطلب استردادها ويوقع عليها الحجز الاحتياطي خلال ثلاثين يوماً من نقلها ، مع تطبيق أحكام قانون أصول المحاكمات في الإجراءات والمواعيد .

هذه المؤيدات الثلاثة هي لضمان حق المؤجر في وفاء الأجرة التي يستحقها بعقد الايجار ، وقد نظمها القانون لحماية حقه ، والحفاظ عليه[1] .

والأجرة في الفقه الإسلامي ركن في العقد عند الجمهور ، وأن كيفية دفع الأجرة يرجع إلى اتفاق الطرفين أولاً ، وإلا فإلى العرف ، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها في العقد ، ويجوز للطرفين الاتفاق على تعجيل الأجرة أو تقسيطها أو تأجيلها ، فإن لم يتفق الطرفان على زمان الدفع ، فقال الحنفية والمالكية لا تجب الأجرة إلا بعد استيفاء المنفعة ، وهو الموافق لرأي القانون ، وقال الحنابلة والشافعية : تجب الأجرة بمجرد العقد ، ويجب تعجيلها عند الإطلاق .

وإذا كانت الأجرة معجلة فيجب دفعها ، ويحق للمؤجر أن يحبس العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي الأجرة ، كما يحق للمؤجر فسخ عقد الايجار إذا لم يدفع المستأجر الأجرة في الوقت المقرر بالاتفاق أو العرف أو العقد أو باستيفاء المنفعة[2] .

الفرع الثاني

التزام المستأجر باستعمال العين فيما أعدت له

يهدف عقد الايجار إلى تحقيق الانتفاع للمستأجر من العين المؤجرة كما أعدت له ، ولذلك كان حق المستأجر بالانتفاع مقيداً ، وليس مطلقاً ، فإنه مقيد باستعمال

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٤٩٠ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٣١ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٦٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٢٠ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ٧٦ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٦٦ ـ ٤٧٧ ، مرشد الحيران ، المواد ٥٦٦ ـ ٥٧٣ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤١٨/٢ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٧٧/١ ، مغني المحتاج ٣٣٤/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٠١ ، كشاف القناع ٤٢/٤ ، بدائع الصنائع ٢٦٢٥/٦ .

العين بشكل محدود ، وأن لا يتعسف بهذا الحق أو يسيء فيه بما يلحق الضرر بالعين ، وألا يتركها دون استعمال إذا كان ذلك يلحق الضرر بها ، وألا يغير فيها تغييراً يضر بالمؤجر .

أولا : التزام المستأجر بالاستعمال المحدود :

نصت المادة ٥٤٧ على هذا الالتزام ، فقالت :

« يلتزم المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق التزم أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له »[1] .

فالأصل والغالب أن يتفق الطرفان في العقد على بيان الاستعمال للعين ، كأن تكون للسكنى أو للزراعة ، أو لإقامة مصنع ، أو لفتح محل تجاري ، أو مكتب عقاري ، أو دكان خضرة ، فيجب على المستأجر أن يلتزم باستعمال العين فما اتفقا عليه ، ولا يخرج عن ذلك باستعمالها في شيء آخر من السكنى إلى الفندق ، ومن الزراعة إلى وضع الآلات ، ومن المحل التجاري إلى المطعم أو المقهى أو المدرسة .

وقد يكون الاتفاق على الاستعمال ضمنا ، لا صراحة ، بأن يؤخذ من ظروف العقد ، كأن يذكر في العقد مهنة المستأجر كطبيب أو تاجر أقمشة أو حداد ، وقد يضاف على الشيء المتفق عليه شيئاً آخر يتبعه أو يتعلق به كتجارة الأقمشة مع الملبوسات .

والحكمة من هذا النص منع الضرر على المؤجر ، فإن كان التغيير لا يلحق بالمؤجر أو العين ضرراً فلا يؤثر ، لكن يفترض أن كل تغيير في استعمال العين المؤجرة ضار بالمؤجر ، ولذلك نصت الفقرة ب من المادة الخامسة من قانون الايجار على حق المؤجر في إخلاء المستأجر إذا استعمله أو سمح باستعماله بطريقة تتنافى مع شروط العقد .

---

(١) يقابلها المادة ٥٧٩ من القانون المصري ، والمادة ٥٧٨ من القانون الليبي ، والمادة ٥٦٨ من التقنين اللبناني ، والمواد ٧٦٠ ـ ٧٦٢ من القانون العراقي .

فإن لم يتفق الطرفان على نوع الاستعمال في العقد ، فيلتزم المستأجر باستعمال العين بحسب ما أعدت له بطبيعتها ، كالبناء في حي السكن للسكن ، والمحل في سوق الحدادين للحدادة ، ويساعد على بيان ذلك ما أعدت العين له من أرض لزراعة الحبوب، أو الشجر والثمار، أو البناء للفندق أو المستشفى، وكل تغيير في الاستعمال المبين على هذا الوجه يعتبر إخلالاً بالالتزام ، ومعرضاً المستأجر للجزاء والمسؤولية، ويحق للمؤجر طلب التنفيذ العيني أو فسخ الايجار مع حقه بالتعويض في الحالين، وفقاً للقواعد العامة[1] .

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي في استعمال المأجور حسب الاتفاق أو بما أعد له أو بحسب العرف[2] .

ثانيا : عدم إساءة المستأجر باستعمال العين :

لا يكفي أن يلتزم المستأجر باستعمال العين المؤجرة فيما أعدت له ، بل يجب عليه أن يستعملها كما يستعملها الرجل المعتاد ، كما لو كان يستعمل ماله ويترفق به، ولا يفرط في الاستعمال الذي يخرج به عن المألوف والمعتاد ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٥١ ، وأنه « يجب على المستأجر أن يبذل في استعمال العين المؤجرة ... ما يبذله الشخص المعتاد » .

فمن استأجر سيارة فلا يحملها أكثر من حمولتها ، وإن استأجر دابة فلا يرهقها إرهاقاً شديداً ، وكذلك الحالة في استعمال آلات المصنع ، واستعمال المنزل

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٥١٥ ، عقد الايجار، مرقس ص ٤٤٣ ، عقد الايجار، البدراوي ص ٧٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٧٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص٢٢٩، الوجيز في أحكام الايجارات ص ١٥١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٥٧٤ ، ٥٧٩ ـ ٥٨١ ، ٦٣٩ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٢٦ ـ ٤٢٨ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤١٩ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٨٠ .

للسكن وليس لايواء المهربين أو إخفاء المسروقات أو اللعب بالقمار ، وإلا اعتبر المستأجر متعسفاً في استعمال حقه ، ومسيئاً في الانتفاع من الشيء المؤجر ، ويتحمل مسؤولية هذا التعسف والإساءة ، سواء كان قاصداً ذلك ، أم لم يقصده ، مادامت المصالح التي يقصدها قليلة الأهمية بالمقارنة مع ما يلحق المؤجر أو الجيران من الضرر ، أو كانت المصالح غير مشروعة أصلاً[1] .

وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي بعدم إضرار المستأجر بالشيء المؤجر أو إلحاق الأذى به أو الضرر ، وهو مانص عليه القانون المدني الأردني ، فإن أساء الاستعمال أو غير في كيفية الانتفاع تحمل مسؤولية ذلك وضمانه[2] .

ثالثاً : التزام المستأجر بعدم ترك العين دون استعمال :

قد ينقلب الحق إلى واجب إذا ترتب عليه رفع الضرر على الآخرين ، فاستعمال العين المؤجرة حق للمستأجر ، والانتفاع بها حق له ، ولكن هذا الحق يصبح واجباً عليه إذا كان ترك الاستعمال يضر بالعين ، كاستعمال السيارة بين حين وآخر للحفاظ على الدواليب والبطارية ، واستعمال المنزل أو فتحة للتهوية في فترات متقاربة للتنظيف والتهوية ومنع الحشرات من الإقامة به ، ولصيانة الأثاث إذا كان المنزل مفروشاً ، واستعمال المحل التجاري بفتحه وممارسة العمل فيه حتى لا ينصرف الزبائن عنه ، وزراعة الأرض حتى لا تتضرر بالإهمال ، إلا إذا اتفق الطرفان على حق المستأجر بترك الاستعمال الدائم ، أو استعمالها على فترات متقطعة أو كان الهدف من الانتفاع يقتضي ذلك بطبيعته أو بحسب العرف ، كإغلاق المحلات في أوقات بالنهار ، أو في فصول معينة .

---

(١) انظر : عقد الايجار ، مرقس ص ٤٤٧ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٠، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٨١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٥٧٦ ـ ٥٧٨ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤٢٦ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٦٠، المادة ٦٩٣ ، المعاملات، أبو الفتح ٢/٤٢٠ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ١/٥٨٠ ، ٥٨٨ .

فإن ترك المستأجر العين دون استعمال مما يلحق بها الضرر كان مخلاً بالتزامه، ويحق للمؤجر أن يطلب تعيين حارس عليها لإدارتها واستعمالها على حساب المستأجر، كما يحق له أن يطلب فسخ الايجار مع طلب التعويض[1] .

رابعا : التزام المستأجر بعدم التغيير بالعين :

بما أن حق المستأجر ينحصر بالمنفعة فلا يحق له إحداث أي تغيير في العين المؤجرة بدون إذن المؤجر ، بنص المادة ٥٤٨/١ ، والمراد بالتغيير هو التغيير المادي في ذات العين ، إذا كان ذلك يضر بها ، كإقامة جدار ، أو هدم غرفة ، أو فتح نوافذ جديدة ، أو سد النوافذ الموجودة ، أو تقسيم الحانوت إلى قسمين، وهكذا.

أما إذا كان التغيير لا يضر بالعين فيجوز للمستأجر أن يحدثه بغير إذن المؤجر، بشرط أن يتعهد بإزالته عند انتهاء الايجار ، وإعادة العين كما كانت دون أن يتلف العين أو يصيبها ضرر ، كإقامة حاجز خشبي ، أو تغليف النوافذ ، كما يجوز إحداث التغيير بالعين إذا أذن المؤجر بذلك صراحة أو ضمناً ، عند العقد أو بعده ، ولو كان ضاراً بالعين .

فإن أخلّ المستأجر بالتزامه ، وغيّر في العين المؤجرة بدون إذن المؤجر ، وكان التغيير ضاراً بالعين ، أو مخالفاً للشرط بينهما فيجوز للمؤجر أن يلزم المستأجر بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها ، ويحق له المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى (المادة ٥٤٨ / ٢) ، وهذا تطبيق للقواعد العامة في حق المؤجر بطلب التنفيذ العيني ، مع حقه بطلب الفسخ والتعويض ، وإنما نصّ القانون على إعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها ليحتم على القاضي إجابة المؤجر إليه إذا طلبه ، كما يحق للمؤجر أن يحصل على إذن من القضاء بإزالة التغيير على نفقة المستأجر[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٥٢٠/١/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٥٠، عقد الايجار، البدراوي ص ٧٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٣١ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص١٨٢ .

(٢) انظر : الوسيط ٥٢٣/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٠ ، عقد =

خامسا : حق المستأجر بوضع أجهزة حديثة في العين المؤجرة :

ويستثنى من المبدأ السابق بالتزام المستأجر بعدم التغيير بالعين أن يضع المستأجر الأجهزة اللازمة ، كالمواسير « لتوصيل المياه والنور الكهربائي والغاز والتلفون والراديو وما إلى ذلك » بشرط أن توضع هذه الأجهزة حسب الأصول المرعية لتركيبها ، وأن لا تتهدد سلامة العقار من وضعها ، كالحفر في الجدار المتداعي ، أو تركيب أجهزة التدفئة فوق سطح قديم لا يتحمل ذلك ، وإذا كان تدخل المؤجر لازماً لاتمام شيء من وضع الأجهزة جاز للمستأجر أن يطلب من المؤجر التدخل بشرط أن يتكفل بما ينفقه المؤجر في سبيل ذلك ، وذلك بنص المادة ٥٤٩ بالفقرتين الأولى والثانية ، وذلك لمواكبة التطور الحضاري ، والاستفادة من الأجهزة الحديثة في البيت والحياة[1] .

وفي الفقه الإسلامي إذا قام المستأجر بإجراء التعمير أو البناء في الشيء المؤجر بإذن المؤجر ، وكانت الترميمات لإصلاح الشيء المؤجر وصيانته عن الخلل فللمستأجر الرجوع بما أنفقه على المؤجر ، سواء اشترط المستأجر الرجوع عليه بها أم لا .

فإن كانت الترميمات والتعمير تعود لمنافع المستأجر في العين المؤجرة فلا يحق له الرجوع بالنفقات على المؤجر إلا إذا اشترط ذلك عند الإذن[2] .

أما إذا بنى المستأجر بناءً بدون إذن المؤجر ، أو غرس في الأرض أشجاراً ، فإنه

الايجار ، الشرقاوي ص ١٨٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٥٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٣٢ .

(١) انظر : الوسيط ٥٢٨/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨١ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٨٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٥٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٣٤ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٣٧ .

يؤمر بهدم البناء أو قلع الشجر إلا أن يرضى المؤجر بتركها في الأرض بإجارة أو إعارة ، ويكون البناء والشجر للمستأجر ، والأرض للمؤجر ، وإن بقيت الأشجار أو البناء على الأرض بالإعارة ، وأراد الطرفان أن يؤجرا الأرض والبناء لثالث ، فتقسم الأجرة بينهما بمقدار حصة كل منهما[1] .

فإن كان قلع الأشجار أو هدم البناء يضر بالأرض فيحق للمؤجر أن يتملكها جبراً على المستأجر ، وتقدر قيمتها مستحقة للقلع والهدم ، ويدفعها للمستأجر ، أما إن كانت لا تنقص القيمة عند الهدم أو القلع فلا تملكها المؤجر جبراً بدون رضاء المستأجر ، وإنما يطلب من المستأجر القلع والهدم من الأرض ، ويخير المستأجر حينئذ بين الإزالة وبين بيعها للمؤجر[2] .

وإذا قام المستأجر بما يضر الشيء المؤجر ، فيحق للمؤجر أن يمنعه من ذلك ، فإن عجز راجع الحاكم لمنعه ، ويثبت له الحق في فسخ الايجار[3] .

الفـرع الثالـث

التزام المستأجر بالمحافظة على العـين

ينحصر حق المستأجر بمقتضى عقد الايجار وطبيعته في المنفعة دون العين ، وأنه يستلم العين لمجرد الحصول على الانتفاع منها ، فيجب أن يحافظ على العين كعناية في ذاتها ، وكمقدمة لالتزامه برد العين إلى المؤجر .

ويتضمن الالتزام بالمحافظة على العين أن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد للمحافظة عليها ، وأن يقوم بإنذار المؤجر بكل الطوارىء التي تستدعي تدخله

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٥٨ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٣١ .
(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٥٩ .
(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٣٣ .

وحضوره ، وأن يلتزم بعمل الترميمات الكمالية أو المستعجلة ، وخصص القانون حالة معينة في سبيل المحافظة على العين ، وإلزام المستأجر بالاهتمام والعمل الايجابي للمحافظة عليها ، فأفرد حالة الهلاك والتلف بسبب الاستعمال وبهدف المحافظة على العين بالكلام عنها ، وتفصيل أحكامها ، وتحميل المستأجر لها ، وتوزيع مسؤولية الحريق أو الإتلاف على المستأجرين عند التعدد ، وهذا ما تتناوله بالشرح الموجز .

أولا : مسؤولية المستأجر في المحافظة على العين :

أوجبت المادة ٥٥١ على المستأجر أن يحافظ على العين ، وأن يبذل لذلك عناية الرجل المعتاد ، وهو تطبيق للقواعد العامة في المادة ٢١٢ في المحافظة على الشيء وتوقي الحيطة في تنفيذ الالتزام ، وذلك بمعيار موضوعي ، وهو عناية الرجل المعتاد ، سواء كانت فوق عنايته الشخصية بشؤون نفسه ، أو دون ذلك ، فيقوم باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تلزم عادة لحفظ العين ، وعدم تعرضها للخراب ، كالعناية بالأدوات الصحية في المنزل ، وقلع الحشائش الضارة في الأرض الزراعية ، والتشحيم والتزييت المستمر للسيارة ، وهكذا ، وتشمل العناية العين المؤجرة وملحقاتها كالمرآب والحديقة والآلات الزراعية ، ويتحقق الالتزام بمجرد بذل عناية الرجل المعتاد ، وعلى المؤجر أن يثبت أن المستأجر قد فرط أو تهاون أو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي ، وأنه لا يجوز تغيير العين المؤجرة ، ويجب عليه أن يحافظ عليها كما يحافظ على ماله[1] .

ثانياً : إنذار المستأجر للمؤجر بكل الطوارىء في العين :

ومن وسائل المحافظة على العين « أن يبادر المستأجر إلى إنذار المؤجر بكل

---

(١) انظر : الوسيط ٥٣١/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٣٥ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٥٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٨٨ ، مرشد الحيران ، المادة ٦٣٦ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤٢٠/٢ .

أمـر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها » (المادة ٥٥٣) ، وهذا من وجوه التعاون بين المؤجر والمستأجر على تنفيذ عقد الايجار على أكمل وجه ، وأحسن حال ، ولذلك يقوم المستأجر بإعـلام المؤجر بكل عارض يصيب العين المؤجرة ، وبكل طارىء يهـدد سلامتها ، ويخبره بكل حادث يلحـق الضرر بها ، وبكل حادث يصيبها خلال فتـرة الايجار ، وخاصة أن المستأجر استلم العين ، وغاب بها غالباً عن المؤجر ، وأن المؤجر في الغالب بعيد عن العين المؤجرة ، ولا يمكنه أن يعلم بهذه الأمور إلا عن طريق المستأجر ، فإذا وصـل العلم إلى المؤجر وجب عليه القيام بالالتزامات المترتبة عليه ، بأن يخبره المستأجر عن حاجة العين إلى ترميمات ضرورية أو مستعجلة ، أو يطلعه على عيب بالعين ، يؤثر بقاؤه عليها وعلى الانتفاع بها ، وأن ينذره بالتعرض الصادر من الغـير ، سـواء كان مادياً كالاتلاف والغصب ليلاحق المؤجر المتعرض، أو قانونياً ، وهو الذي يؤدي إلى تحمل المؤجر تبعته، فإن علم به المؤجر في الوقت المناسب تدخل في القضية أو الدعوى ، ودافع عن حقه، ورد شبهة المتعرض وادعاءاته ، فتسلم العين للمؤجر، ويسلم الانتفاع للمستأجر[1].

ثالثاً : التزام المستأجر بالترميمات الكمالية :

نصت المادة ٥٥٠ في التزامات المستأجر على ما يلي :

« يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات الكمالية التي يقضي بهـا العرف ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك »[2] .

ذكرنا سابقاً التزام المؤجر بإجراء الترميمات الضرورية ، والقيام بإصلاحها ،

---

(١) انظر : الوسيط ٥٣٥/١/٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٩٦ ، عقـد الايجار ، تناغو ص ٢٣٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٦١ .

(٢) ويقابلها المادر ٥٨٢ من القانون المصري ، والمـادة ٥٨١ من القانون الليبـي ، والمادة ٧٦٣ من القانون العراقي ، والمادتان ٥٤٨ ــ ٥٤٩ من التقنين اللبناني .

أما الترميمات الكمالية التي تعود لاستعمال العين بحسب المألوف ، وتستهلك عادة في الاستعمال فتجب على المستأجر كجزء من أعمال الصيانة الواجبة عليه ، والمرجع فيها إلى العرف بحسب نوع العين وطبيعتها كاصلاح النوافذ والزجاج والأقفال والمفاتيح في المساكن ، ومثل الترميمات البسيطة للأسقف، وصنابير المياه ومواسيرها ودورات المياه وأجهزة الكهرباء في المنازل ، وتطهير الأرض والمساقي في الأرض الزراعية ، وصيانة الطرق والقناطر والأسوار وقلع الحشائش الضارة في المزارع ، إلا إذا كانت هذه الترميمات البسيطة ترجع إلى قوة قاهرة أو عيب في العين فتكون على المؤجر ، وكذلك الترميمات الكبيرة تقع على المؤجر .

وإن التزام المستأجر بالترميمات الكمالية ليست من النظام العام ، ويجوز اتفاق الطرفين على مخالفتها بأن تكون كلها على المؤجر ، أو تقع على المستأجر ولو حصلت بقوةقاهرة أوعيب في العين المؤجرة ، وإذا أخل المستأجر بالتزامه بالترميمات الكمالية يطبق عليه الجزاء المقرر في القواعد العامة بالتنفيذ العيني وإجباره على إجرائها ، أو قيام المؤجر بها على حساب المستأجر ، وللمؤجر أيضاً الحق بطلب فسخ الايجار لعدم قيام المستأجر بها ، والمحكمة تقدر ذلك ، مع حقه بالتعويض في الحالين[1] .

ونص فقهاء الشريعة على أن إزالة الأتربة والزبالة والرماد وغيرها مما يتراكم أو ينتج عن الانتفاع فإنه يقع على المستأجر ، ويلتزم به إلا ما جرت العادة على إلزام المؤجر به كبيت الخلاء والمجاري، وإن قام المستأجر بالتعمير أو الاصلاح الذي يمنع الخلل بالمأجور ، وكان بإذن المؤجر ، فيرجع عليه ، وإن كان الترميم لمصلحة الانتفاع فقط فلا يرجع به على المؤجر [2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٥٤٦/١/٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٩٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٣٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٤٦٣ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، مرشد الحيران ، المادتان ٦٣٧ ـ ٦٣٨ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٨١/١ ، المعاملات ، ابو الفتح ٤٢٤/٢ ، بدائع الصنائع ٢٦٤١/٦ ، مغني المحتاج ٣٥٨/٢ .

رابعاً : مسؤولية المستأجر عن التلف والهلاك :

يلتزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة ، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٥٥١ ، ثم نص القانون في الفقرة الثانية على مسؤولية المستأجر « عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشىء عن استعمالها استعمالا مألوفاً » ، فهذا يدل على أن تلف العين أو هلاكها يشير إلى تقصير المستأجر في المحافظة على العين المؤجرة ، وإلى سوء استعماله لها ، وأن التلف والهلاك يؤدي إلى إخلال المستأجر بالتزامه الأساسي برد العين ، ويكون مسؤولا عنه ، ومع ذلك فإن القانون عرض أيضاً مسؤولية المستأجر عن التلف والهلاك عند كلامه عن التزام المستأجر باستعمال العين والمحافظة عليها .

ومتى وقع التلف أو الهلاك فيقع عبء الإثبات على المؤجر بأن المستأجر قصر في المحافظة على العين ، أو أهمل واجبه بذلك ، أو تعمد الاتلاف أو الهلاك ، فإن أثبت ذلك وجب على المستأجر أن يتحمل مسؤولية التلف أو الهلاك إلا إذا أثبت أن تقصيره يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو فعل المؤجر وتابعيه ، أو إذا أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على العين ، وفي استعمالها ، فيثبت تنفيذه للالتزام بذلك ، ويخلص من المسؤولية ، كما يعفى من المسؤولية إذا أثبت أن التلف والهلاك كان بسبب الاستعمال المألوف للعين المؤجرة ، لكن المشرع افترض مبدئياً مسؤولية المستأجر عن التلف والهلاك ، وأنه ناشىء عن إخلاله بالتزامه بالمحافظة على العين أو سوء استعمالها ، لأن العين في حيازته وتحت إشرافه ، إلا إذا أثبت عكس ذلك ، وأنه أدى التزامه ، ولو بقي السبب مجهولا فلا يسأل عنه[1] .

وفي الفقه الإسلامي يعتبر الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر ، فإن تعدى في

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٣٥/٤ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٨٢ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ١٩١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٤٣ .

الاستعمال أو أتلفه بإهمالٍ أو تقصير ، أو أفسده بسوء الاستعمال وعدم المحافظة عليه فيصبح مضموناً ، ويلتزم المستأجر بضمان العين المأجورة بقيمتها يوم التلف والهلاك ، كما يضمن المستأجر ما يصدر عن تابعه من تعدٍ أو تقصير أو إتلاف كالأولاد والزوجة والعمال والخدم ، فإن تلفت العين المؤجرة قضاء وقدراً وبدون تعدٍ أو تقصير من المستأجر فلا ضمان عليه ، فإن اختلفا في سبب الاتلاف فيقع عبء الإثبات على المؤجر[1] .

خامساً : مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة :

أفرد القانون المدني النص على مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة ، لأنه أخطر أنواع الهلاك والاتلاف للعين ، وأن وقوعه ليس نادراً ، وأنه ينتج في الغالب عن الإهمال من المستأجر أو أحد تابعيه ، أو من تقصيره والتفريط في العناية والمحافظة على العين المؤجرة ، فشدد المشرع في مسؤولية المستأجر عن الحريق ، وذكر له أحكاماً خاصة أكثر تشدداً من الأحكام العامة عن تلف العين المؤجرة أو هلاكها بأسباب أخرى .

نصت المادة ٥٥٢/١ على ما يلي : « المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة، إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه »[2] .

وهذا خروج على القواعد العامة السابقة التي تطلب من المستأجر عناية الرجل المعتاد في استعمال العين ، وفي المحافظة عليها ، ويكفي أن يثبت المستأجر أنه بذل عناية الشخص المعتاد ليعفى من المسؤولية ، وعلى المؤجر أن يثبت تقصيره عن عناية

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٦٠٠ ـ ٦٠٥ ، المعاملات ، ابو الفتح ٤٢١/٢ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٨٧/١ ، مغني المحتاج ٣٥١/٢ ، فتح القدير ٢٠١/٧ ، بدائع الصنائع ٢٦٣٦/٦ ، ٢٦٤٤ ، كشاف القناع ٣١/٤ .

(٢) يقابلها المادة ٥٨٤ من القانون المصري ، والمادة ٥٨٣ من القانون الليبي ، واقتصر القانون العراقي على القواعد العامة في الحريق .

الرجـل المعتاد ، أما في الحريق فقد افترض القانـون سلفاً أنه حدث بتقصير من المستأجر أولاً ، وأنه لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ، لينفي التقصير والخطأ عن نفسه ، ويقيم الدليل الايجابي عن السبب المعين للحريق ، وأنه لا علاقة له فيه ، كالقوة القاهرة ، أو حادث جبري ، كصاعقة أو حرب ، أو من فعل شخص أجنبي كرجل عابر ألقى المواد المشتعلة ، أو لامتـداد الحريق من الجيران ، أو لعيب في البناء كسوء حالة الأسلاك الكهربائية ، أو كان الحريق بفعـل المؤجر أو أحد تابعيه ، ولا يكفي أن يثبت أن سبب الحريق مجهول أو كان بخطأ من المؤجر .

فإن لم يستطع المستأجر إقامة الدليل على السبب الأجنبي للحريق كان مسؤولا عنه ، وتكون مسؤوليته عقدية ، وتتحدد في الضرر المتوقع عادة عند الايجار كالنفقات اللازمة لإعادة البناء أو إصلاحه ، مع أجرة العين المؤجرة طوال الوقت اللازم للبناء أو الإصلاح ، سواء كان منقولاً أو عقاراً ، ومهما كانت الغاية من نـوع الانتفاع وغرضه ، وسواء كان المؤجر مالكاً للعين ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مرتهناً رهناً حيازياً ، وسواء كان المستأجر أصلياً أم كان مستأجراً من الباطن ، وتقدر النفقات وقـت النطق بالحكم مع حسم الفرق في القيمة بين البناء القديم والجديد ، لكن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، ويجوز للطرفين الاتفاق على تعديلها بالتشدد في مسؤولية المستأجر عن الحريق مطلقاً ولو ثبت أنه بسبب أجنبي ، أو التخفيف منها بالإعفاء نهائياً ، أو بتخصيص المسؤولية عن نوع معين من الحرائق ، وأسباب محددة ، ويعفى عما سواها ، لكن لا يصح الاتفاق على إعفاء المستأجر عن الحريق المتعمد أو الخطأ الجسيم[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٥٦٥ ، عقـد الايجار ، البدراوي ص ٨٣ ، عقـد الايجار ، الشرقاوي ص ١٩٨ ، عقـد الايجار ، مرقس ص ٥١٠ ، عقـد الايجار ، تناغـو ص ٢٤٣ .

سادساً : مسؤولية المستأجرين المتعددين عن الحريق :

نص القانون في الفقرة الثانية من المادة السابقة ٥٥٢ على مسؤولية المستأجرين المتعددين عن الحريق ،وتوزيع المسؤولية بينهم ، وذلك نظراً لاهتمام المشرع بخطر الحريق ، ومزيد الاحتياط حوله .

فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، وكانوا مستأجرين على الشيوع دون أن يتخصص كل منهم بجزء من العقار ،فيتحملون مسؤولية الحريق كأنهم شخص واحد ، كما سبق في الفقرة الأولى ، أما إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، وكان كل منهم مستأجراً لجزء معين منه ، كما لو كان كل واحد في غرفة مستقلة في الشقة ، أو كان العقار من عدة شقق ، وكل واحد مختص بشقة ، أو كان العقار من عدة طوابق ، وكل واحد مستقل بطابق ، فهنا تقع مسؤولية الحريق عليهم جميعاً إلا إذا أثبتوا أن الحريق نشأ بسبب أجنبي لا يد لهم ولا لأحدهم فيه ، أو أثبتوا أن الحريق كان بسبب أحدهم بالذات فتقع المسؤولية كاملة عليه ، بنص المادة السابقة « هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين ، فيكون وحده مسؤولاً عن الحريق » فإن لم يثبتوا ذلك بقيت المسؤولية على الجميع ، وتوزع على كل منهم بنسبة الجزء الذي كان يشغله من العقار ، بما في ذلك المؤجر إذا كان شاغلاً لجزء من العقار أو محتفظاً بجزء منه لسكناه أو أعماله الأخرى ، ولا تتحدد المسؤولية بقيمة الضرر الذي نال الجزء الذي يشغله كل مستأجر لوحده ، وهذا خروج على القواعد العامة ، وأن المستأجر لا يسأل عن الجزء الذي استأجره فحسب، بل يسأل عن التلف في الأجزاء الأخرى بسبب الحريق.

وهذه المسؤولية عقدية تشمل الأضرار المتوقعة فقط ، كما سبق في الفقرة السابقة ، ولا تضامن بين المستأجرين فيها ، فيسأل كل منهم عن نصيبه فقط دون أن يشارك في نصيب الآخرين ، سواء كانوا معسرين أم لا ، لأن المسؤولية العقدية

لا يفهم التضامن فيها إلا بنص أو اتفاق ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري : « فإذا تعدد المستأجرون كان كل منهم مسؤولاً بنسبة الجزء الذي يشغله ... ولا تضامن بينهم ، لأن المسؤولية تعاقدية »[1] .

الفرع الرابع

التزام المستأجر برد العين

تمهيد وبيان :

إن التزام المستأجر برد العين هو أهم الالتزامات المترتبة عليه مع دفع الأجرة، وهو يقابل التزام المؤجر بتسليم العين بعد انعقاد الايجار ، وبما أن عقد الايجار عقد مؤقت ينتهي بانقضاء المدة ، وأن الغاية منه هو مجرد الانتفاع ، فيجب على المستأجر أن يرد العين بعد انتهاء الانتفاع المؤقت والمحدد ، ولذلك عرض القانون التزام المستأجر برد العين في عدة مواد (٥٥٧ ـ ٥٥٩) وبين أحكامه وما يتعلق به ، مما تتولى شرحه باختصار في هذا الفرع مع بيان الالتزام برد العين ، وكيفية الرد ومكانه وزمانه ، والحالة التي ترد العين عليها ، وحالة تغير العين ، وجزاء الإخلال بالرد ، وحكم الزيادة على العين وما يترتب عليها من حقوق وواجبات لكل من المؤجر والمستأجر .

أولا : الالتزام برد العين :

تنص المادة ٥٥٧ من القانون المدني على أنه : « يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار ... » وهذا إلزام للمستأجر برد العين المؤجرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٣٧/٤ ، وانظر : الوسيط ٥٨٢/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ، ص ٨٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٠٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٢٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٤٧ .

التي استلمها عند بدء الايجار ، وهو تطبيق أيضا للقواعد العامة في الالتزامات ، وهذا يقضي أن يرد المستأجر نفس العين التي وقع عليها الايجار ، والتي تسلمها من المؤجر سابقا ، ويشمل الرد جميع العين المؤجرة بالمقدار والأوصاف ، كما سبق في تسليم العين المؤجرة وتسليم المبيع ، ولا يحق له أن يرد شيئاً آخر غير العين المؤجرة، ولو كان خيراً منها ، كما يجب أن يرد العين المؤجرة بكاملها دون نقص فيها ، وإلا كان مسؤولاً عنه ، كما يرد العين الكاملة مع ملحقاتها التي تسلمها في أول الايجار، وإن حصل خلاف على حقيقة العين المؤجرة أو على تغييرها ، أو على رد الملحقات أو عدم ردها ، أو على وقوع النقص والعجز في العين المؤجرة وملحقاتها فعلى المؤجر أن يثبت ذلك ، فإن أثبته ظهر إخلال المستأجر بالتزامه ، وتعرض للمسؤولية وجزاء الإخلال به، أما إذا ادعى المستأجر رد العين المؤجرة، وأنكر المؤجر ذلك أصلا ، فعلى المستأجر إثبات الرد ، وفقا للقواعد العامة في الإثبات ، وأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر[1] .

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يقرر وجوب رد العين المستأجرة إلى المؤجر بعد انتهاء الإجارة ، على أن يفرغها من أثاثه الخاص وحاجاته ، وأن يقوم بإخلائها ليمكن المؤجر من استلامها[2] .

ثانياً : كيفية رد العين وزمانه ومكانه :

لم ينص القانون [illegible] كيفية رد العين المؤجرة ، ولذلك تطبق القواعد العامة في تسليم المبيع، وفي تسليم العين المؤجرة للمستأجر، ويتم الرد بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المؤجر بحيث يتمكن من وضع يده عليها دون مانع ، مع إعلامه بذلك،

---

(١) انظر : الوسيط ٥٩٢/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٩٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٠٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٠ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٤٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٥٩١ – ٥٩٥ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤٢٩/٢ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٨٢/١ ، بدائع الصنائع ٢٦٤١/٦ ، كشاف القناع ٤٩/٤ ، المهذب ٤٠٨/١ .

ويتم الرد بشكل مادي فعلي ، ويختلف باختلاف طبيعة العين المؤجرة ، فالمنزل بإخلائه ورد مفاتيحه ، والأرض الزراعية بإخلائها ووضعها تحت تصرف المؤجر ، والمنقول بالمناولة وغير ذلك، كما يتم الرد بشكل حكمي، ويقوم مقام الفعلي كوجود العين المؤجرة في حيازة المؤجر قبل نهاية الايجار لسبب ما ، ويستمر في وضع يده بعد انتهاء الايجار ، وبقاء العين المؤجرة في يد المستأجر لسبب جديد كالعارية والوديعة ، ومثل تسليم المستأجر العين المؤجرة إلى المستأجر الثاني الذي استأجرها من المؤجر .

أما زمان رد العين المؤجرة فقد حدده القانون بالمادة السابقة ٥٥٧ « عند انتهاء الايجار »، ويكون انتهاء الايجار بانقضاء المدة ، أو بفسخ العقد قبل انتهاء مدته، أو لسبب آخر من أسباب انتهاء الايجار التي سنعرضها في المبحث التالي ، وقد يتم الرد قبل انتهاء المدة كما لو هجر المستأجر العين المؤجرة فاستولى المؤجر عليها، وقد يتأخر الرد بعد انتهاء الايجار كما لو حبسها المستأجر لاستيفاء حقه من المؤجر عن تعويض الترميمات الضرورية مثلا .

أما مكان رد العين المؤجرة فقد نص عليها المشروع التمهيدي للقانون المصري بأن يكون في المكان الذي سلمت العين فيه للمستأجر ، ثم حذف هذا النص اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في مكان تنفيذ الالتزامات ، ومكان تسليم العين المؤجرة ، فإن كانت العين معينة بالذات فترد في المكان الموجودة فيه عند نشوء الالتزام بالرد، وإن كانت عقاراً ففي مكان العقار ، وإن كانت منقولاً معيناً بالذات ، وحدد مكان وجوده في عقد الايجار ، فيرد في نفس المكان ، وإن لم يحدد فيكون مكان الرد في موطن المستأجر أو مركز أعماله أينما وجد ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك ، وحددا مكاناً معيناً للرد .

وتطبق القواعد العامة في مصروفات الرد ، لعدم النص الخاص عليها ، فيتحمل المستأجر هذه النفقات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، كما تقع نفقات الاستلام على المؤجر بعد وضعها تحت تصرفه[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٦٠٧ ، عقد الايجار ، شرقاوي ص ٢٠٩ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥١ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٥٥٠ .

وصرح فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه عند انتهاء مدة الإجارة يجب على المستأجر أن يفرغ الدار مثلاً أو الحانوت ، ليمكن المؤجر من استلام العين المؤجرة التي تبقى أمانة في يده ، وعلى المؤجر أن يقوم بالاستلام ، ولا يجب على المستأجر القيام بالتسليم والنفقات خلافاً للعارية ، لأن الإيجار عقد بعوض ، وقد انتهت مدته فعلى المؤجر أن يقوم باستلام العين المؤجرة ، أما المستعير فينتفع بالعارية بدون مقابل فيجب عليه رد العارية إلى صاحبها[1] .

ثالثاً : الحالة التي ترد بها العين :

جاء في القانون المدني ، المادة ٥٥٨ أن « ١ ـ على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها ... » « ٢ ـ فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة بيان بأوصاف هذه العين افترض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة »[2] .

وهذا يبين أن الأصل أن يرد المستأجر العين المؤجرة إلى المؤجر على حالتها الأصلية التي كانت عليها وقت التسليم للمستأجر ، وإلا اعتبر المستأجر مخلا بالتزامه ، وهذا يقضي أن تعرف حالة العين ، مع ملحقاتها وأوصافها ، وقت التسلم ، بأن تذكر غالباً في العقد ، أو في محضر مستقل يبين حالة العين وأوصافها وملحقاتها ، فتتم المطابقة بسهولة بين الحالة الحاضرة عند الرد وبين هذا البيان في العقد أو المحضر ، فإذا حصلت المطابقة فقد نفذ المستأجر التزامه وبرئت ذمته ، وإن وجد الاختلاف فيعتبر مخلا بالتزامه ، ويتعرض للجزاء والمسؤولية .

ولكن في بعض الأحيان يتم تسليم العين للمستأجر دون بيان أوصافها في العقد ، وبدون كتابة بيان أو محضر بأوصافها ، وهنا تدخل القانون ، وافترض أن المستأجر

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٤٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٥٩٣ ـ ٥٩٥ ، ٦٠٦ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٨٢/١ .

(٢) يقابلها المادة ٥٩١ من القانون المصري ، والمادة ٥٩٠ من القانون الليبي ، والمادة ٧٧٢ من القانون العراقي ، والمادتان ٥٧٧ ـ ٥٧٨ من التقنين اللبناني .

استلم العين في حالة حسنة أي مستوفية الأجزاء والملحقات والاصلاحات اللازمة للانتفاع بها ، ويجب عليه أن يردها كذلك بحالة حسنة ، والعلة في وضع هذه القرينة القانونية لمصلحة المؤجر أن القانون ألزمه « أن يسلم العين المؤجرة للمستأجر مع ملحقاتها في حالة تصلح معها أن تفي بما أعدت له من المنفعة » (المادة ٥٣٢)، وهذا يعني أنها في حالة حسنة ، ويجب ردها بهذه الحالة ، إلا إذا أثبت المستأجر عكس ذلك ، وأنه استلم العين المؤجرة في حالة غير حسنة ، أنها كانت ناقصة ، ورضي بها وقتئذ ، وأنه يردها عند انتهاء الإيجار بالحالة التي تسلمها فيه ، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه ، فإن لم يثبت ذلك ، أو تبين أن العين المردودة تغيرت عن الحالة السابقة فيتحمل المستأجر تبعة ذلك[1] .

رابعاً : جزاء الإخلال برد العين المؤجرة :

إذا أخل المستأجر برد العين المؤجرة ، فامتنع عن ردها ، أو رد ملحقاتها ، أو تأخر في ردها ، أو ردّها ناقصة ، أو ردّها في غير المكان والزمان ، أو ردّها بغير الحالة الحسنة التي سلمت بها سابقاً ، أو أخل بكيفية الرد ، وقصر في إجراءاته ، فيترتب عليه الجزاء المناسب بحسب القواعد العامة ، وهو التنفيذ العيني بالرد قهراً وجبراً ، أو رد الملحقات ، أو بإخلاء العين وإخراج المستأجر منها مع الجزاء الخاص الذي قررته المادة ٥٥٧ ، فنصت عليه :

« يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار ، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره أجر مثل العين ، وما أصاب المؤجر من ضرر »[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٦٠٠ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٩٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢١٠ ،عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٢ .

(٢) يقابلها المادة ٥٩٠ من القانون المصري ، والمادة ٥٨٩ من القانون الليبي ، والمادة ٧٧١ من القانون العراقي مع تفصيل في حالة اضطرار المستأجر لابقاء العين عنده بعد انتهاء الايجار فيدفع أجر المثل ، والمادة ٥٧٦ من التقنين اللبناني .

وهذه المادة تعطي المؤجر الحق بالمطالبة بالتعويض عن الإخلال برد العين المؤجرة أو التأخير في ردها ، أو ردها ناقصة ، إلا إذا أثبت المستأجر أن إخلاله بالرد يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه .

ويكون التعويض بمقدار الضرر الذي لحق بالمؤجر بحسب القواعد العامة على أن يتضمن التعويض أجر مثل العين عن المدة المتأخرة ، سواء كان أكثر من الأجرة الفعلية المتفق عليها في عقد الايجار ، أو أقل منها ، وأن يتضمن التعويض ما أصاب المؤجر من ضرر : بما فاته من ربح ، وما وقع عليه من خسارة .

ويضاف إلى التنفيذ العيني والتعويض المسؤولية الجنائية إذا كانت العين المؤجرة منقولاً ، ولم يردها المستأجر بعد انتهاء الايجار اعتبر ذلك تبديداً معاقباً عليه جنائياً ، فترفع عليه الدعوى الجنائية ، مع دعوى الاستحقاق للمالك ، ودعوى الإخلاء من المؤجر .

وإن التزام المستأجر برد العين المؤجرة لا يقبل الانقسام ، فإذا كان المستأجر عدة أشخاص أو مات المستأجر وترك ورثة متعددين ، فيحق للمؤجر أن يطالب كل واحدٍ منهم برد العين بأكملها ، ولا يقتصر على رد حصته ، ثم يرجع على الباقين ، أما التعويض فيقبل التجزئة ، ويقسم على المستأجرين بمقدار حصة كل منهم [1] .

هذا هو الجزاء على الإخلال برد العين المؤجرة في جميع الحالات السابقة ، أما إذا تلفت العين المؤجرة أو هلكت وعجز المستأجر عن الرد فله أحكام خاصة ، نذكرها في الفقرة التالية .

خامساً : حالة تلف العين المؤجرة وهلاكها :

أفرد القانون المدني حالة تلف العين أو هلاكها بنص خاص في المادة ٥٥٨ التي

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٦٠٧/١/٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ص ٢١٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٠٨ ، ٥١٠ .

أوجب فيها على المستأجر رد العين بالحالة التي تسلمها عليها « إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه » .

وهذا النص الخاص يضاف إلى النص السابق في إلزام المستأجر بالضمان « عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشىء عن استعماله استعمالاً مألوفاً » (المادة ٢/٥٥١)، ويستطيع المستأجر أن يتخلص من المسؤولية في الحالتين إذا أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على العين من التلف أو الهلاك ، وأن التلف أو الهلاك لم يكن بخطئه أو سببه، أو أنه يرجع إلى استعمال الشيء استعمالاً مألوفاً ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري في المادة ٥٥٨ فقالت: « فإذا كان بالعين تلف كان المستأجر هو المسؤول ، ما لم يثبت أن هذا التلف لم يكن بخطئه ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك »، والمقصود الإشارة إلى المادة ٥٥١[1] .

فإن أصاب العين تلف أو هلاك ، ولم يثبت المستأجر أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، أو أن التلف أو الهلاك يرجع إلى استعمال الشيء استعمالاً مألوفاً ، أو يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيها ، كان مسؤولاً عنه بتعويض المؤجر عن النفقات اللازمة لإعادة العين إلى ما كانت عليه، مع تعويضه عن الحرمان من الانتفاع أو الاستغلال طوال مدة الاصلاح والبناء .

أما إن كان التلف أو الهلاك بسبب حريق العين فقد سبق بيان حكمه الخاص، وتشديد القانون بتحميل المسؤولية على المستأجر حتى يثبت وقوع الحريق بسبب أجنبي لا يد له فيه .

وفي حالة التلف تكون العين باقية لكنها متغيرة عن حالتها الأصلية ، وفي حالة الهلاك تكون العين موجودة في صورة أنقاض ، أما إذا زالت العين أصلاً ، أو نقصت ملحقاتها أو أجزاء منها فلا يكفي أن يثبت المستأجر أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، أو أنه لا يد له في الزوال والنقص، بل لا بد أن يثبت السبب كالقوة القاهرة،

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٥٥٣ ، ٥٣٥ .

أو استيلاء الدولة على الشيء المؤجر ، أو ضياعه بسبب غارة أو هجوم مفاجيء من عدو فاضطر لترك العين حتى يخلص من المسؤولية وجزاء التلف أو الهلاك أو التغير أو النقص [1] .

سادساً : حكم الزيادة في العين المؤجرة عند ردها :

بحثنا سابقاً الإخلال برد العين المؤجرة لنقص فيها أو تلف أو هلاك ، وأن المسؤولية تقع غالباً على المستأجر ، وفي مقابل ذلك قد تكون العين زائدة عن الحالة التي تسلمها المستأجر بأن يضيف إليها أجزاء ، أو ينفق عليها مصروفات ، أو يبني أو يغرس إلى غير ذلك ، فما هو حكم هذه الزيادة ؟

عرض القانون المدني حكم حالة واحدة من الزيادة ، وهي المصروفات النافعة في حالة الغراس والبناء ، وسكت عن بقية الحالات ، وهي المصروفات الضرورية والكمالية ، لتطبق عليها القواعد العامة ، ولذلك نعرض أحكامها باختصار ثم نفصل القول في حالة الغراس والبناء .

القسم الأول : المصروفات الضرورية والكمالية :

إذا قام المستأجر بالانفاق على العين المؤجرة ، فتنقسم هذه المصروفات إلى عدة أنواع كل منها له حكم ، وتطبق عليها جميعاً القواعد العامة .

١ ــ المصروفات الضرورية التي ينفقها المستأجر لحفظ العين من الهلاك يحق له أن يستردها كاملة من المؤجر ، كما يثبت له حق الامتياز على العين لاسترداد هذه المصاريف ، ويحق له حبس العين المؤجرة لاستيفائها ، لأن هذه المصروفات واجبة في الأصل على المؤجر لحفظ العين فإن قام بها المستأجر رجع بها عليه [2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٦٠٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢١٢ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٩٦ .

(٢) وفقا للمواد ٢/٢٤٧ ، ١١١٩ ، ١١٢٧ .

وهذه المصروفات الضرورية لحفظ العين غير المصروفات الضرورية التي تلزم لإمكان الانتفاع بالعين ، والتي يلتزم بها المؤجر أيضاً كما سبق ، كتجصيص الأسطح، فإن قصر المؤجر بها ، كان للمستأجر أن يستأذن القضاء ، ويقوم بإصلاحها على حساب المؤجر ويخصمها من الأجرة .

٢ ــ المصروفات الكمالية التي ينفقها المستأجر على العين المؤجرة ليس له أن يرجع بها على المؤجر ، كالزخرفة والتزيين ولصق الورق على الجدران، لأن المؤجر لا يلتزم بها في الأصل ، ويحق للمستأجر أن ينزعها من العين بشرط عدم الإضرار بالعين ، وأن يعيدها إلى الحالة التي كانت عليها ، ويحق للمؤجر أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها عند استحقاق الإزالة ، كما يلتزم المستأجر بإصلاح الترميمات الكمالية التي تتعلق بالانتفاع كاصلاح المفاتيح وصنابير المياه والزجاج ، ولا يحق له الرجوع بها على المؤجر ، كما سبق في التزامات المؤجر (المادة ٥٣٥/١).

القسم الثاني : المصروفات النافعة بالغرس والبناء :

إذا أنفق المستأجر على العين المؤجرة المصروفات النافعة التي تزيد في قيمة العين ، أو تزيد في الانتفاع بها وتحسينها كالغراس والبناء ، ثم انتهى عقد الايجار والتزم المستأجر برد العين فقد نص القانون على هذه الحالة ، واهتم ببيان حكمها، مع التفصيل بين وجود اتفاق بين الطرفين عليها ، أو عدم وجود اتفاق ، وفي حالة عدم وجود اتفاق يفرق بين وقوع الانفاق بعلم المؤجر أو بدون علمه .

١ ــ الاتفاق بين الطرفين : إذا أنفق المستأجر المصروفات النافعة فبنى فيها أو غرس الأشجار ، واتفق مع المؤجر على مصيرها ، وحق المستأجر بالتعويض عنها ، فيطبق الاتفاق بينهما بأن تكون الزيادات من حق المؤجر بدون تعويض أو بوجوب إزالتها ، أو تعويض المستأجر عليها كلها أو بعضها .

٢ ــ البناء والغراس بعلم المؤجر : وإن لم يتفق الطرفان على مصير البناء أو الغراس التي أوجدها المستأجر ، ولكن كان ذلك بعلمه واستئذانه أو عدم معارضته ،

فيلتزم المؤجر أن يرد عند انقضاء الايجار ما أنفقه المستأجر في البناء أو الغراس أو التحسينات النافعة الأخرى ، أو يرد له ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال ، بنص المادة ٥٥٩/١ التي تثبت حق الخيار للمؤجر بين هذين الأمرين ، والغالب أن يختار أقل القيمتين ، ولا يحق للمستأجر نـزع الزيادات ، كما لا يحق للمؤجر أن يطلب إزالتها .

٣ ـ أن يتم البناء أو الغراس أو التحسينات النافعة بدون علم المؤجر أو بالرغم من معارضته ، فيحق للمؤجر أن يطلب من المستأجر إزالتها ، ويجب على المستأجر أن ينزعها من العين المؤجرة ، وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، ويحق للمؤجر فوق ذلك أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصاب العقار من هذه الإزالة وفقاً للفقـرة الثانية من المادة ٥٥٩ .

كما يحق للمؤجر أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس أو التحسينات في مقابل أن يرد للمستأجر أقل القيمتين مما أنفقه المستأجر فيها أو فيما زاد من قيمـة العقار بسببها ، (المادة ٥٥٩/٣) ، فالمؤجر بالخيار عنـد عدم علمـه ورضائه بين طلب الاستبقاء أو الازالة .

ولكن إذا طلب المؤجر إبقاء الزيادة والتزم بدفع التعويض بأقل القيمتين كان للمستأجر أن يحبس العـين حتى يستوفي حقه ، وقـد يكون المبلغ جسيماً فأوجب القانون على المحكمة أن تمنح المؤجر مهلة للوفاء بالتعويضات (المادة ٥٥٩/٣) ، وبذلك بينت المادة ٥٥٩ مصير الزيادات النافعة للعين المؤجرة ، وفصلت أحكامها ، وذكرت حقوق المؤجر والمستأجر فيها[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦١٤/١/٦ ، عقـد الايجـار ، البدراوي ص ٩٦ ، عقـد الايجار ، الشرقاوي ٢١٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٥ .

الفـــرع الخامس

طبيعـة حـق المســتأجـر

إن عقد الايجار عقد معاوضة ، وعقد ملزم للطرفين ، وعرضنا سابقاً الالتزامات التي تنشأ عنه على كل من المؤجر والمستأجر، وينشأ في مقابل هذه الالتزامات حقوق لكل من المؤجر والمستأجر ، كما تثبت لكل منهما حقوق أخرى بمقتضى عقـد الايجار ، كحق المستأجر في التصرف بحقه في العين المؤجرة بالتنازل عنه لغيره تبرعاً أو معاوضة ، أو برهنـه رهناً حيازياً ، أو باستغلاله بالايجار الثانوي من الباطـن لمستأجر جديد .

وهذه الحقوق والالتزامات أثارت خلافاً شديداً في طبيعة حق المستأجر ، وهل هو حق عيني أم حق شخصي ؟ وسوف تترتب نتائج عملية على تكييفه واعتباره حقاً عينياً أم حقاً شخصياً .

ونسارع إلى القول أن هذا الخلاف حديث ، ويرجـع إلى منتصف القـرن التاسع عشر فقط ، وأن القانون الروماني والقانون الفرنسي يعتبران حق المستأجر حقاً شخصياً فقط ، خلافاً لحـق المنتفع وهو صاحب حـق الانتفاع الذي اعتبراه حقاً عينياً .

كما نذكر مسبقاً تعريف كل منهما وخصائصه ، فالحق العينـي سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات ، وتخـول صاحبها استعمال العين واستغلاله والتصرف فيه ، أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخصين معينين ، يحـق لأحدهما بمقتضاها أن يلزم الآخر أن يؤدي له عملاً ، أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمـل ، فصاحب الحق العيني يمارس حقـه مباشرة على العين محـل الحق ، أما صاحب الحق الشخصي فلا يصل إلى حقه إلا عن طريـق الشخص الآخر ، وأطراف

الحق العيني إثنـان صاحب الحق والمحل ، وأطراف الحق الشخصي ثلاثة صاحب الحق ومن عليه الحق ، والمحل ، ومحل الحق العيني شيء معين بالذات ، أما محل الحق الشخصي فهو القيـام بعمل أو الامتناع عن عمل ، والحق العيني مطلق يحتج به صاحبه على كافة الناس ، ولا يكلفهم بشيء إلا احترام حقه وعدم التعدي عليه، أما الحق الشخصي فهو حق نسبي تجاه شخص معين هو المدين ، ويؤلف عبئاً عليه فقط مع واجب الناس جميعاً باحترامه وعـدم التعدي عليه ، كما أن الحق العيني يخول صاحبه حقوقاً فعلية كحق التتبع أينما وجد ، وحق الرجحان على غـيره من أصحاب الحقوق، أما الحق الشخصي فلا يمنح صاحبه حقاً فعلياً في التتبع والرجحان، والحق العيني دائـم يدوم بدوام محله ، أما الحق الشخصي فهو حق مؤقت بأداء العمل أو الامتناع عنه ، والحق العيني قابل للحيازة خلافا للحق الشخصي فإنه أمر معنـوي ، وصاحب الحق العيني يتنازل عـن حقه بمحض إرادتـه ، أما الحق الشخصي فلا يستطيع صاحبه التنازل عنه بالرغم من إرادة المدين[1] .

وسوف نذكر قولي الشراح في اعتبار حق المستأجر حقاً عينياً أو شخصياً مع أدلة كل قول والنتائج المترتبة عليه ، وموقف القانون منهما .

أولا : القول بعينية حق المستأجر :

يرى أصحاب هذا القول أن الايجار ينشىء حقوقاً شخصية للمستأجر بشكل قطعي ، وهي الحقـوق التي يحصل عليها المستأجر عن طريـق المؤجـر ، وتعرف بالتزامات المؤجر ، كالالتزام بالتسليم والصيانة والضمان ، لكنهم يرون إلى جانب ذلك أن عقد الايجار يعطي المستأجر حقوقاً عينية مباشرة على الشيء المؤجر ، ويظهر ذلك من تحليل سلطاته على الشيء المؤجر ، وأن له سلطة مباشرة على الشيء المؤجر ، وهي من مميزات الحق العيني، كما أن حق المستأجر يقترب من حق صاحب الانتفاع

---

(١) انظر : الوجيز في الحقوق المدنية ، القوتلي ص ٤٢٤ ، الحقوق العينيـة الأصلية ، سوار ١٩/١ ، عقد الايجار ، شرقاوي ص ٢١٨ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ٩٩ .

وسلطاته ، وحقه عيني باتفاق ، سواء في الانتفاع بالشيء المؤجر ، وأنه لا يحتاج في اقتضاء منفعته إلى تدخل المؤجر ، وفي تسلم الشيء المؤجر وحيازته ، وحقه في التصرف في المنفعة بالنزول عنها للغير أو بإبرام إيجار جديد بينه وبين المستأجر .

ويحتج أصحاب هذا القول ـ بالإضافة إلى ذلك ـ بأحكام منصوصة في القانون منها :

١ ـ تقرر المادة ٥٤١ في حالة تعدد المستأجرين لعين واحدة تفضيل من سبق منهم إلى وضع اليد دون غش ، وإذا سجل أحد المستأجرين للعقار عقده وهو حسن النية قبل أن يضع المستأجر الآخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه يفضل صاحب التسجيل ، فهذا التفضيل دليل على كون حق المستأجر حقاً عينياً ، لأن الحقوق العينية هي التي تتفاضل بالسبق إلى التسجيل .

٢ ـ تقرر المادة ١/٥٧٥ أن للمستأجر الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة (دعاوى وضع اليد) ، ليدفع تعرض الغير عنه ، والأصل في دعاوى الحيازة أنها مقررة لصاحب الحق العيني على الشيء ليمنع غيره منه ، ويستطيع استعمال حقه العيني المباشر على الشيء .

٣ ـ تقرر المادة ١/٥٧١ أن الايجار الصادر من مالك سابق نافذ في حق من اكتسب ملكية هذا العقار إذا كان لعقد الايجار تاريخ ثابت وسابق على التصرف بنقل الملكية ، وهذا يعني أن المستأجر له الحق في تتبع حقه حيثما انتقلت العين ، وهذا من صفات الحق العيني لا الشخصي .

٤ ـ تقضي بعض المواد في القانون المدني والتنظيم العقاري تسجيل عقد الايجار إذا زادت مدته عن عدد من السنوات كتسع سنوات مثلا ، وتسجيل التنازل مقدماً عن الأجرة إذا زاد عن ثلاث سنوات حتى يسري الايجار وآثاره على الغير ، والتسجيل يختص بالحقوق العينية[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦٣٣/١/٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢١٨ ، عقد

وينتج عن اعتبار الحق العيني للمستأجر عدة نتائج قانونية ، أهمها :

١ ــ يجوز للمستأجر الاستفادة من هذا الحق العيني برهنه رهناً رسمياً ، لأن ايجار العقار يعطي المستأجر حقاً عينياً عقاريا ، فيجوز له رهنه بشكل رسمي بالتسجيل فقط .

٢ ــ إذا كان حق المستأجر عينياً فيجب تسجيل عقد الايجار المنشىء له ، وكذلك يجب تسجيل التصرف الناقل له من شخص إلى آخر ، وتتم العلانية بشكل كامل .

٣ــ يجوز للمستأجر رفع جميع دعاوى الحيازة (دعاوى وضع اليد) ، وهذا ما فعله القانون السوري والمصري مع اعتبارهما حق المستأجر حقاً شخصياً، ومع أنهما يقصران دعاوى الحيازة بحسب الأصل على الحقوق العينية فقط .

وإعطاء المستأجر الحق في رفع دعاوى الحيازة يحقق صفة من صفات الحق العيني وهي أنه حق مطلق يسري على كافة الناس ، ويستطيع صاحبه أن يحميه من اعتداء الغير بالدعاوى المباشرة[1] .

ثانياً : القول بشخصية حق المستأجر :

ذهب أكثر شراح القانون إلى اعتبار حق المستأجر شخصياً ، واعترضوا بشدة على أصحاب القول الأول ، وردوا أدلتهم ونقضوا شبهة الاحتجاج بها ، وأن شبهه بحق صاحب الانتفاع ظاهري ، وأن حقه نتيجة مترتبة على وفاء المؤجر بالتزاماته للمستأجر بتمكينه من الانتفاع بالعين وصيانتها وضمانها ، وهذا يؤكد وساطة المؤجر بين المستأجر والشيء المؤجر ، وأنها ضرورية ولا بد منها إلى غير ذلك من الاعتراضات ونقض الحجج السابقة ، وأضافوا لأنفسهم أدلة جديدة لاعتبار حق

الايجار ، البدراوي ص ١٠١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٥٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٢٦ .

(١) انظر : عقد الايجار، البدراوي ص ٩٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص٢٢١.

المستأجر شخصياً ، وشخصياً فقط ، من نصوص القانون المدني ، منها تعريف عقد الايجار وأنه عقد يلتزم فيه المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر ، وهذا تقرير لشخصية حق المستأجر ، وأن القانون لم يذكر حق المستأجر بين الحقوق العينية التي بينها على سبيل الحصر ، وأن القانون أوجب على المستأجر إنذار المؤجر بكل إدعاء يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الايجار ، وللمستأجر أن يخرج من الدعوى ، ولا توجه الإجراءات إلا إلى المؤجر ، وهذا يؤكد أن حق المستأجر شخصي فقط ، وأنه يحتاج لتدخل المؤجر للوصول إلى حقه والدفاع عنه .

ويترتب على اعتبار حق المستأجر حقاً شخصياً عدة نتائج ، أهمها :

١ ــ يعتبر حق المستأجر حقاً منقولاً دائماً ، سواء كان الايجار لمنقول أو لعقار ، وهذا يؤثر على عدة أمور ، منها : ما يتعلق بالاختصاص القضائي ، فالمحكمة المختصة للمنقول هي محكمة موطن المدعى عليه ، لا موطن العقار ، ولا يقع على الحق المنقول الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار ، وأنه يجوز للمستأجر رهن حقه رهنا حيازيا ، وهو جائز في المنقول ، وأن أحكام الحجز على المنقول تطبق على حق المستأجر في القواعد والإجراءات التي تختلف عن حجز العقار ، وأن التصرف بحق المستأجر يتم بوسائل التصرف بالحق المنقول ، فلا يحتاج التنازل عنه إلى التسجيل ، وتطبق عليه أحكام حوالة الحق .

٢ ــ لا يحق للمستأجر رفع الدعاوى العينية ، لأن حقه غير عيني ، فإن استأجر شيئاً معيناً فوجد فيه مستأجراً قديماً يشغله فلا يحق له المطالبة بالإخلاء ، وإنما يرجع على المؤجر لمطالبته بالتسليم وإخلاء المستأجر القديم من العين المؤجرة ، وكذلك الحال في التعرض القانوني من الغير للمستأجر فإنه لا يستطيع دفعه لعدم توفر الصفة فيه لدفع التعرض ، ويجب عليه إنذار المؤجر للتدخل والتوسط لمنع التعرض ، وتوفير الانتفاع الهادىء للمستأجر[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٦٤١ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٠١ ، عقد

ثالثاً : موقف القانون المدني من طبيعة حق المستأجر :

أخذ القانون الفرنسي الجديد ، ثم القانون المصري وتبعه القانون السوري وغيره إلى اعتبار حق المستأجر حقاً شخصياً ، واستقر الاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر وسورية على اعتبار حق المستأجر حقاً شخصياً لاتفاقه مع نصوص القانون وقصد المشرع بذلك ، وهذا ما نص عليه القانون في تعريف عقد الايجار ، وفي بيان التزامات المؤجر التي تمكن المستأجر من الانتفاع الكامل والسليم والصحيح من العين المؤجرة ، فألزمه بتسليم الشيء المؤجر بحالة صالحة للانتفاع المقصود ، وألزمه بصيانة العين وإجراء الترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر بها ، وألزمه بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية التي تؤثر على انتفاع المستأجر ، وألزم المستأجر بإنذار المؤجر بالتعرض القانوني ، وأجاز للمستأجر أن يخرج من الدعوى .

ومع كل ذلك فقد أثبت القانون للمسأجر حقاً عينياً بجانب حقوقه الشخصية، وحصر هذا الحق العيني باستخدام دعاوى الحيازة لحماية حق المستأجر على العين المؤجرة ، ولاعتبارها وسيلة ضرورية لتأمين حقوقه على العين المؤجرة ، وتأمين الانتفاع بها ، دون أن يمنح المستأجر بقية نتائج الحق العيني كالرهن الرسمي للمستأجر لعدم الحاجة إليه ، وعدم اشتراط التسجيل لعقد الايجار .

وهذا المسلك للقانون المدني يقرب بين الحقين ، ويخفف من غلواء التفريق بينهما ، ويتجنب النقد المر الموجه لهذا التفريق ، والنتائج القاسية في التفريق بينهما ، كما بينه فريق من علماء القانون ، وأن حقوق المستأجر ، ولو كانت شخصية ، فإنها مرتبطة بالشيء المؤجر ، وتدور في فلكه ، وهذه ميزة لها عن بقية

=
الايجار ، الشرقاوي ص ٢٢٣ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٦١ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٣٢ .

الحقوق الشخصية[1] .

أما في الفقه الإسلامي فيرى الفقهاء أن حكم الإجارة هو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وثبوت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر ، والملكية من الحقوق العينية، لذلك يعتبر حق المستأجر في الإجارة حقاً عينياً ، لكن الآثار والالتزامات التي تترتب على كل من الطرفين في عقد الايجار هي حقوق شخصية يلتزم بها كل منهما للطرف الآخر[2] .



---

(١) انظر الآراء الجميلة التي عرضها الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن الرغبة في كون حق المستأجر عينيا بجانب حقه الشخصي ، وتطور التشريع في مصر نحو ذلك ، واسباب إصرار المشرع على اعتبار الحق الشخصي للمستأجر ، وخاصية حق المستأجر عن غيره في كتابه القيم (الوسيط ٦/١/٦٥٠) ، وانظر : عقد الايجار ، للبدراوي ص ١٠٠، عقد الايجار، الشرقاوي ٢٢٥، عقد الايجار، تناغو ص ٢٦٢، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٣٦ .

(٢) انظر :بدائع الصنائع ٦/٢٦٢٤ ، المغني ٥/٣٢٢ ، مغني المحتاج ٢/٣٣٤ ، حاشية الدسوقي ٤/٣ .

الفصل الرابع

انتقـــال الايجـــار وانتهاؤه

الايجار عقد مؤقت ، يمتد لفترة من الزمن ، وينتهي بعدها بالضرورة ، كما أن الايجار عقد زمني يستمر أثره ومفعوله ، وحقوقه والتزاماته طوال مدة من الزمن، ويمكن أن تنتقل الحقوق والالتزامات فيه إلى طرف جديـد ، وشخص آخر غـير المتعاقدين ، فتنتقل الآثار والالتزامات من صاحبها إلى الغير ، ولذلك ندرس في هذا الفصل انتقال الايجار ثم انتهاءه ، كل واحد في مبحث .

المبحـث الأول

انتقـــال الايجـــار

يثبت للمستأجر ـ شخصي على العـين المؤجرة ، ويستطيع المستأجر أن يتصرف بهذا الحـق بمقتضى القواعد العامـة في التصرف بالحقوق الشخصية ، فيمكنه بيـع حقه في العين المؤجرة ، كما يمكنه التنازل عنه تبرعاً وبدون عوضٍ ، ويحق له أن يرهنه رهناً حيازياً ، وأن يؤجره لآخر ، وأن يعيره ، ولكـن القانون اقتصر على أهم الحالات التي يتم فيها للمستأجر التصرف بحقه في العين المؤجرة ، وهما حالتان : التنازل عن هذا الحق ، والايجار من الباطن ، ويفرق بين الحالتين أن التنازل عن الحق يعد بيعاً أو هبة لحق المستأجر ، والايجار من الباطن هو مجرد عقد إيجار ، ففي الحالة الأولى لا يوجد إلا عقد الايجار الأصلي ، ثم يحـول المستأجر

حقوقه والتزاماته إلى المتنازل له ، وفي الحالة الثانية يوجد عقد إيجار أصلي ، وعقد إيجار من الباطن ، ويترتب على التفريق بين الحالتين عدة نتائج ، منها أن التنازل عن الحق يعتبر حوالة حق بالنسبة لحقوق المستأجر ، وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ، ويخضع لاجراءات حوالة الحق والدين كالإعلان والتاريخ الرسمي أو الثابت لبدء التنفيذ ، أما الايجار من الباطن فيعتبر عقد ايجار ، وتطبق عليه أحكام الايجار ، فلا حاجة لاعلانه أو كونه ثابت التاريخ لسريانه ، ويشترط في التنازل عن الايجار توفر أهليـة التصرف ، أما في الايجار من الباطن فتكفي أهليـة الإدارة ، وتكون الشروط واحدة في حالة التنازل عن الايجار ، وقد تختلف بين العقدين في الايجار من الباطن ، وفي التنازل عن الايجار لا يثبـت للمستأجر حق امتيـاز على المنقولات الموجودة في العين للمتنازل له ، ويثبت له حـق الامتياز في الايجار من الباطن على منقولات المستأجر الثانوي[1] .

وقد عرض القانون المدني الحالتين في المواد ٥٦٠ ــ ٥٦٤ مع بيـان الأحكام المترتبة عليهما ، كما سنوضحه في الفقرات التالية .

أولا : حق المستأجر في التنازل عن الايجار والايجار من الباطن :

قرر القانون المدني حق المستأجر بالتنازل عن الايجار والايجار من الباطن إلا إذا وجد شرط بين الطرفين يمنع المستأجر منهما ، وذلك بنص المادة ٥٦٠ ، وهي :

« للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو عقـد ايجار ثانوي مع الغير ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » [2] .

فحق المستأجر ثابت قانوناً إلا إذا وجد شـرط مانـع منه بين الطرفين ، ولا

---

(١) انظر : الوسيط ٦٦١/١/٦ ، عقد الايجار، الشرقاوي ٢٢٩، عقد الايجار، البدراوي ص ١٠٢ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٣٦ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٦٧

(٢) يقابلها المادة ٥٩٣ من القانون المصري ، والمادة ٥٩٢ من القانون الليبي ، والمادة ٧٧٥ من القانون العراقي ، والمادة ٥٨٤ من التقنين اللبناني .

يشترط وجود الشرط صراحة في عقد الايجار ، وإنما يجوز أخذه من الظروف المحيطة بالعقد ، كما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المصري [1] ، كما لو كان الايجار لاعتبار شخصي في المستأجر ، كما لا يجوز للمستأجر التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن إلا برضاء المؤجر في المزارعة للنظر إلى شخص المزارع فيها .

ويكفي أن يرد الشرط المانع عن أحد الأمرين فيشمل الثاني ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٦١/١ بأن « منع المستأجر من عقد ايجار ثانوي يقتضي منعه من التنازل عن الايجار ، وكذلك العكس » إلا إذا ورد النص صراحة على اقتصار المنع على أحدهما فقط .

وقد يكون الشرط المانع مطلقاً في جميع الأحوال ، وقد يكون مقيداً بموافقة المؤجر، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة مراجعة المؤجر في منعه، ومناقشته بالرفض، وعدم قبول رفضه إلا لسبب مشروع ، وقد يكون الشرط المانع مقيداً بالموافقة الكتابية من المؤجر ، ويتجه القضاء إلى تضييق هذا الشرط المانع أكبر قدر ممكن، لأنه استثناء من القاعدة في حق المستأجر بذلك ، وأنه يجوز للمستأجر ، مع وجود الشرط المانع ، من إدخال شركاء في استغلال العين المؤجرة ، وأنه يمنع المؤجر من التعسف باستعمال حقه في الشرط المانع ، وأنه يجوز للمؤجر أن يتنازل عن هذا الشرط ، ولذلك منح القانون الحق للمستأجر ، عن طريق المحكمة أن يبيع المتجر أو المصنع الذي أنشأ في العقار المؤجر بالرغم من وجود الشرط المانع إذا اقتضت الضرورة ذلك ، ولم يلحق المؤجر ضرر محقق ، (المادة ٥٦١/٢)، ويحكم القاضي بإبقاء الايجار لمشتري المصنع أو المتجر .

وإن وجد الشرط المانع من التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن وقام المستأجر بمخالفة هذا الشرط فيكون مخلاً بالتزامه المتفق عليه في عقد الايجار وتطبق عليه القواعد العامة في جزاء مخالفة الالتزام بالايجار ، وهي حق المؤجر في

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٥٨/٤ ، ٥٦٠ .

طلب التنفيذ العيني في إزالة المخالفة وطرد المتنازل له أو المستأجر من الباطن ، كما يحق للمؤجر طلب فسخ عقد الايجار الأصلي لإخلال المستأجر بأحد التزاماته ، ويحق للمؤجر في الحالتين السابقتين طلب التعويض عن جميع الأضرار التي لحقته بسبب مخالفة المستأجر للشرط[1] .

وإن استخدم المستأجر حقه في التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن فتترتب آثار مختلفة بين التنازل عن الايجار وبين الايجار من الباطن .

ثانيا : آثار التنازل عن الايجار :

إن آثار التنازل عن الايجار كثيرة ، وتختلف بحسب العلاقة القائمة بين كل طرفين فيه ، لوجود ثلاثة أطراف ، وهم المستأجر ، المؤجر ، المتنازل له .

أ ـ علاقة المستأجر بالمتنازل له : إن التنازل عن الايجار يعتبر ـ كما سبق ـ حوالة للحق أو حوالة للدين ، وتتحدد العلاقة بين المستأجر والمتنازل له بالعلاقة بين المحيل والمحال ، وتظهر الآثار التالية :

١ ـ إذا كان التنازل بمقابل ، فيكون المقابل الذي يتقاضاه المستأجر ثمناً لا أجرة ، ويأخذ حكم الثمن ، ولا يثبت للمتنازل المستأجر ضمانات المؤجر في سبيل استيفاء الأجرة ، وإنما يثبت له امتياز البائع ، ويقدر الثمن بحسب اتفاق المستأجر والمتنازل له ، وقد يكون أقل من الأجرة أو أكثر منها أو معادلاً لها ، ويدفع في الغالب جملة لا أقساطاً ، كما يلتزم المتنازل له بالإضافة إلى ذلك بدفع الأجرة إلى المؤجر .

وقد يكون التنازل بدون مقابل كما لو أنشأ المستأجر متجراً أو مصنعاً على العقار المؤجر فباعه ، ثم تنازل عن الايجار للمشتري ، فلا يتقاضى ثمناً محدداً عن

---

(١) انظر : الوسيط ٦٦٨/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٠٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٤٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٦٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٤٣ .

التنازل عن الايجار ، ويكون التنازل هبة أو حوالة بغير عوض .

٢ ــ يلتزم المستأجر المتنازل بما يلتزم به البائع أو المحيل من تسليم العين بحالتها التي هي عليه وقت النزول ، ولا يلتزم بالتزامات المؤجر في التسليم بحالة يمكن الانتفاع بها ، كما لا يلتزم بصيانة العين .

٣ ــ يلتزم المستأجر المتنازل بضمان وجود حقه في الايجار وقت التنازل (الحوالة) إذا كان بعوض ، وإلا كان مسؤولاً عنه بالتعويض للمتنازل له ، وهو أخف من التزام المؤجر بالضمان والتعويض للمستأجر [1] .

ب ــ علاقة المستأجر بالمؤجر بعد التنازل عن الايجار :

١ ــ تتحول حقوق المستأجر قبل المؤجر إلى المتنازل له ، ولا يحق للمستأجر أن يطالب المؤجر بشيء من حقوقه ، لأن حوالة الحق تنفذ على المدين ، وهو المؤجر هنا ، بقبوله إياها أو إعلانه بها ، (المادة ٣٠٥) .

٢ ــ إن التزامات المستأجر للمؤجر لا تنتقل إلى المتنازل له ، ولا يبرأ منها المستأجر إلا إذا قبل المؤجر الحوالة ، فإن لم يقبلها المؤجر جاز له مطالبة المستأجر بالوفاء بالالتزامات الناشئة من عقد الايجار ، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٦٢ بقولها : « في حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته »، وتبرأ ذمة المستأجر أمام المؤجر إذا قبل المؤجر صراحة بالتنازل عن الايجار ، بحسب المادة ٥٦٤ / ١ .

٣ ــ لا يحق للمستأجر أن يطالب المؤجر بحقوقه في عقد الايجار لأنه تنازل عنها إلى غيره .

جـ ــ علاقة المؤجر بالمتنازل له :

يحل المتنازل له محل المستأجر في الحقوق والالتزامات بعد نفاذ التنازل عن

---

(١) انظر : الوسيط ٦٩٧/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١١٠ ، عقد

الايجار ، وتنتج الآثار التالية :

١ ــ يحق للمؤجر مطالبة المتنازل له مباشرة بالمحافظة على العين ، وبدفع الأجرة ، وبرد العين عند انتهاء الايجار ، وتبرأ ذمة المستأجر في ذلك .

٢ ــ يحق للمتنازل له الرجوع مباشرة على المؤجر بجميع الحقوق التي كانت للمستأجر ، فيطالبه بصيانة العين ، وضمان الانتفاع بها .

وبذلك تتحدد العلاقة بين المؤجر والمتنازل له بعقد الايجار ، وما يتضمن من شروط وأوصاف وأجل ، وما ينتج عنه من حقوق والتزامات[1] .

ثالثاً : آثار الايجار من الباطن :

إذا وقع الايجار من الباطن ، وقام المستأجر الأصلي بايجار العين المؤجرة إلى شخص ثالث ، فينشأ عقد ايجار جديد مستقل عن الايجار الأول القديم ، وتترتب على الايجار الجديد آثار مختلفة ، بحسب العلاقة الثنائية بين الأطراف الثلاث،وهي:

أ ــ علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن :

تحدد العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن بموجب عقد الايجار الجديد والاتفاق الذي تم بينهما على الحقوق والواجبات ، ويعتبر المستأجر الأصلي مؤجراً ، وينتج ما يلي :

١ ــ يلتزم المستأجر الأصلي للمستأجر من الباطن بكل التزامات المؤجر كاملة

= الايجار ، الشرقاوي ص ٢٥٧ ، عقد الايجار تناغو ص ٢٧٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٨٨ .

(١) انظر : الوسيط ٦٩٧/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١١٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٥٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٧٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٧٢ .

كتسليم العين في حالة صالحة للانتفاع ، وصيانة العين ، وضمان التعرض وضمان العيوب الخفية .

٢ ــ يلتزم المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي بجميع التزامات المستأجر القانونية ، وهي المحافظة على العين ، واستعمالها بحسب ما أعدت له ، ودفع الأجرة، ورد العين عند انتهاء المدة .

٣ ــ بما أن عقد الايجار من الباطن مستقل عن عقد الايجار الأصلي فيجوز أن يختلفا في الشروط والأجرة ، والمدة ، لكن إن كانت مدة الايجار من الباطن أطول من مدة الايجار الأصلي فلا تنفذ في مواجهة المؤجر الأول إلا في حدود مدة الايجار الأصلي ما لم يقبل استمراره .

ب ــ علاقة المستأجز الأصلي بالمؤجر :

يبقى عقد الايجار الأصلي محدداً للعلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر ، لأن المؤجر الأصلي يعتبر أجنبياً عن عقد الايجار من الباطن ، ولذلك تبقى النتائج والآثار والالتزامات السابقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي سارية المفعول، واستثنى القانون أمراً مهماً في المادة ٥٦٤ ، فقرر براءة المستأجر الأصلي من التزاماته قبل المؤجر إذا صدر من المؤجر قبول صريح للايجار من الباطن ، أو إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المستأجر الثانوي دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي ، وتنحصر هذه البراءة بما يمكن للمؤجر أن يرجع به على المستأجر من الباطن ، فلو كانت الأجرة معه أقل من الايجار الأصلي ، فيرجع المؤجر على المستأجر الأصلي بالفرق والباقي من الأجرة .

ج ــ علاقة المؤجر بالمستأجر الثانوي :

الأصل عدم وجود علاقة بين المؤجر والمستأجر الثانوي ،ولكن القانون اعترف للمؤجر خروجاً على القواعد العامة بحق الرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن ليطالبه بالأجرة ابتداء من إنذاره بذلك ، ولا يحق للمستأجر الثانوي التمسك بدفع

الأجرة للمستأجر الأصلي إلا إذا دفعه قبل الإنذار بحسب العرف أو لوجود اتفاق ثابت في عقد الايجار الثانوي بدفع الأجرة حصراً للمستأجر الأصلي (المادة ٥٦٣) ، وتظل العلاقة في بقية حقوق المؤجر مع المستأجر الأصلي ، إلا إذا قبل المؤجر بالايجار الثانوي صراحة أو ضمناً فيحق له الرجوع على المستأجر الثانوي في حدود التزاماته الناشئة عن عقد الايجار الثانوي[1] .

وفي الفقه الإسلامي يحق للمستأجر أن ينتفع بالشيء المؤجر بنفسه، ويحق له أن ينتفع معه غيره بما لا يضر الشيء المؤجر ، كما يحق له التنازل عن المنفعة لغيره بدون عوض كالإعارة والوديعة ، أو بعوض كالإجارة لآخر .

ويجوز للمستأجر أن يؤجر الشيء المؤجر لآخر بمثل الأجرة التي استأجرها أو بأقل منها ، أو بأكثر .

ويشترط الفقهاء في الايجار الثانوي بعض الشروط ، فلا يجوز للمستأجر تأجير المنقول إلا بعد استلامه من المؤجر الأول ، أما العقار فيجوز قبل استلامه وبعده ، ويشترط أن يكون الانتفاع في الايجار الثانوي كالانتفاع من الأول بدون أن يتفاوت الاستعمال أو الانتفاع باختلاف الناس ، وقال الحنفية أيضا إذا كانت الأجرة في الايجار الثانوي من جنس الأجرة في الايجار الأصلي ففيها شبهة الربا ، وقال قدري باشا : لا تطيب الزيادة للمستأجر الأصلي .

وفي حالة تنازل المستأجر عن المأجور بالإعارة أو الوديعة أو الإجارة يبقي العقد الأصلي على حاله ، وتبقى الآثار والالتزامات سارية على كلا الطرفين ، بالإضافة إلى الآثار التي تثبت عن التصرف الجديد من المستأجر ، فإنها تتحدد

---

(١) انظر : الوسيط ٦٩٧/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١١٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٦٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٧٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٥٧٢ .

بمقتضى الاتفاق الذي يتم بينه وبين المستعير أو المستأجر الثانوي[1] .

وأخذ القانون المدني الأردني بالأحكام السابقة في إعارة المأجور وتأجيره ، لكنه اعتمد على أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه من شخص آخر إلا بإذن المؤجر أو إجازته ، أخذاً من الرواية الثانية في مذهب الإمام أحمد أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر ، لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، والمنافع لم تدخل في ضمانه[2] .

المبحث الثاني

انتهاء الايجار

الايجار عقد من العقود ، وينتهي للأسباب التي تنتهي بها العقود عامة وهي الانقضاء والانحلال والإبطال ، ولكن الايجار يختص عن بقيه العقود بأنه عقد مؤقت ، وله أسباب خاصة لانتهائه ، وهي التي خصها القانون المدني بالذكر في المواد ٥٦٥ ــ ٥٧٦ ، وتتولى بيانها باختصار ، وقد يلتقي بعضها مع الأسباب العامة كالانقضاء بشكل رئيسي ، والانحلال باتفاق الطرفين ، وهو التقايل ، أو لأسباب أخرى يقررها القانون ، وأهمها الفسخ ، كما مرت أمثلته الكثيرة سابقا .

ويمكن تقسيم أسباب انتهاء الايجار إلى قسمين ، الأول انتهاء الايجار بشكل طبيعي بانقضاء مدته ، والثاني انتهاء الايجار قبل انقضاء مدته كنقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر ، والعذر الطارىء كالموت والإعسار وانتقال محل إقامة المستأجر، وحاجة المؤجر للعين ، ونبحث كل سبب في فقرة مستقلة .

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٦٢١ ــ ٦٢٣ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٢٦ ــ ٤٢٨ ، ٥٢٨ ، ٥٥٢ ، ٥٨٦ ــ ٥٨٧ ، المهذب ١/٤١٠ .

(٢) انظر : القانون المدني الأردني ، المواد ٧٠٢ ــ ٧٠٦ ، والمذكرة الإيضاحية ، له ٢/٥٦١ .

اولا : انتهاء الايجار بانقضاء مدته :

ينتهي الايجار باتتهاء مدته ، ولكن هذا الانتهاء يختلف بحسب الكيفية التي حددت بها المدة ، كما سبق ، فإما أن تحدد باتفاق الطرفين في العقد ، وهو الأصل، وإما أن يتفقا على مـدة غير محددة ، أو يتفقا على مـدة ويتعذر إثباتها أو يسكتا عن المـدة ولم يتفقا عليها ؛ ففي هذه الحالات الثلاث ، يحدد القانون المدة بالفترة المحددة لدفع الأجرة بمقتضى المادة ٥٣١ كما سبق ، ولذلك يختلف انتهاء الايجار بحسب كون المدة متفقاً عليها بين الطرفين ، أو معينة بالقانون .

١ ـ انتهاء الايجار في حالة الاتفاق على المدة :

إذا حددت المدة باتفاق الطرفين بصورة مطلقة كسنة أو سنتين دون تقييـدها بشرط ، فإن الايجار ينتهي بانقضاء هذه المدة دون حاجة إلى إجراء كالتنبيه بالإخلاء وغيره ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥٦٥ فقالت :

« ينتهي الايجـار باتتهـاء المـدة المعينة في العقد ، دون حـاجة إلى تنبيه بالإخلاء »[1] .

ومتى انقضت مـدة الايجار وانتهى الايجار بها وجب على المستأجر أن يرد الشيء المؤجر إلى المؤجر كما سبق في التزامه بالرد ، وتصبح حيازته للشيء بدون سند قانوني ، فإن تأخر عن الرد أو امتنع تعرض للجزاء والمسؤولية بالتعويض عن كل ضرر يلحـق المؤجر بسبب ذلك ، إلا إذا رضي المؤجر ببقـاء العين المؤجرة في حيازة المستأجر فيعتبر تجديداً ضمنياً للايجار ، كما سنذكره في الفقرة التالية[2] .

---

(١) يقابلها المادة ٥٩٨ من القانون المصري ، والمادة ٥٩٧ من القانون الليبي ، والمادة ٧٧٩ من القانون العراقي ، والمادة ٥٩٠ من الثقنين اللبناني .

(٢) انظر : الوسيط ٧٥٨/١/٦ ، عقـد الايجار ، البدراوي ص ١١٧ ، عقـد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٧٢ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٨٩ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦١٥ .

أما إذا اتفق الطرفان على تحديد المدة ، واشترطا ضرورة التنبيه قبلها بوقت معين ، فإن الايجار لا ينتهي ما لم يتم التنبيـــه بحسب الشرط المتفق عليه ، فإن لم يصدر التنبيـــه أو صدر بعد وقته فإن الايجار يمتد لفترة أخرى .

وهذه الفترة التي يمتد إليها الايجار إما أن تكون محددة بالاتفاق بأن تكون مساوية للمدة الأولى أو أطول منها أو أقصر ، بأن يكون الايجار لسنة بشرط التنبيه قبلها بشهر ، فإن لم يحصل التنبيه امتد الايجار إلى سنة أخرى ، أو إلى سنتين أو إلى ستة أشهر ، وقد لا يتفق الطرفان على الفترة التي يمتد إليها الايجار عند عدم التنبيـــه ، فيكون الامتداد لمدة غير معينة ، وتطبق المادة ٥٣١ بتحديد مدة الامتداد بالفترة المعينة لدفع الأجرة ، ويشترط لانتهاء الايجار عندئذ أن يتم التنبيه بالإخلاء قبلها بمدة معينة كما هو متفق عليه في العقد ، ويأخذ الايجار الممتد في هذه الحالات حكم الايجار الأصلي وتطبق عليه أحكامه ، ولا يعتبر ايجارا جديدا .

وقد يتفق الطرفان على تحديد مدة الايجار ، ولكنهما يجزئانها إلـــى فترات ، ويحق لكل منهما أو لأحدهما أن ينبه الآخر قبل انتهاء كل فترة بوقت معين لانهاء الايجار ، كما لو كانت المدة ست سنوات ، وتقسم إلى ثلاث مراحل ، كل مرحلة سنتان ، فإن حصل التنبيه قبل انتهاء كل مرحلة فينتهـــي الايجار بعدها ، وإن لم يحصل التنبيه وانقضت المدة الكاملة انتهى الايجار بانتهائها دون حاجة إلى تنبيـــه كالتحديد المطلق ، إلا إذا اشترطا غير ذلك[1] .

٢ ـ انتهاء الايجار المحدد بحكم القانون :

تتحدد مدة الايجار بحكم القانون بالفترة المحددة لدفع الأجرة ، وذلك إذا لم يتفق الطرفان على مدة للايجار ، أو اتفقا على مدة غير معينة ، أو تعـــذر إثبات

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٧٦٤ ، عقـد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٧٤ ، عقـد الايجار ، البدراوي ص ١١٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٩١ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٣٤ .

المدة المتفق عليها ، ولكن لا ينتهي الايجار بمجرد انقضاء الفترة المحددة ، ويمتد إلى فترات متتالية ، ما لم ينبه أحد الطرفين الآخر بالإخلاء قبل النصف الأخير من المدة ، وهو ما جاء صراحة بنص المادة ٥٣١ .

والتنبيه بالإخلاء هو عمل قانوني من جانب واحد يترتب عليه إنهاء الايجار، ولا يحتاج إلى قبول من وجه إليه ، ولا يشترط فيه شكلا معيناً فيصح عن طريق المحضر ، وعن طريق البريد بخطاب عادي ، أو خطاب مسجل ، أو شفهياً ، والتنبيه من أعمال الإدارة ، ولا يشترط فيه أهلية التصرف ، فيصح ممن يتمتع بأهلية الإدارة كالوكيل والوصي ، وإذا تعدد المستأجرون يصح التنبيه من الأغلبية ، ولكن لاينتج التنبيه أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجه اليه قبل انتهاء المدة المطلوبة[1] .

ثانياً : التجديد الضمني للايجار :

إذا انتهى عقد الايجار لانقضاء مدته ، كما سبق ، أو لأي سبب آخر ، فإن الايجار يزول وجوده ، وتنتهي آثاره ، ومع ذلك فقد يجد المستأجر حاجة إلى منفعة الشيء المؤجر ، فيبقى فيه ، ويطلب من المؤجر الموافقة على ذلك ، فإن حصل اتفاق بين الطرفين فيكون تجديداً للايجار ، سواء تمّ الاتفاق على نفس الشروط السابقة، أو على تعديل الشروط ، ووضع شروط جديدة ، ففي الحالين يقوم بين المؤجر والمستأجر ايجار جديد ، تطبق فيه الأحكام المتفق عليه ، ولا إشكال فيه .

ولكن قد يبقى المستأجر في الشيء المؤجر بعد انتهاء الايجار ، ويعلم المؤجر بذلك ولا يعترض عليه ، فيكون تجديداً ضمنياً للايجار ، وهو ما قررته المادتان ٥٦٦ ــ ٥٦٧ ، مع بيان أحكامه وآثاره بين الطرفين ، فجاء في المادة ٥٦٦ ما يلي :

« ١ ــ إذا انتهى عقد الايجار ، وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٧٧١ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١١٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٧٤ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٩٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٠٢ .

المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تمدد بشروطه الأولى ، ولكن لمدة غير معينة ، وتسري على الايجار إذا تمدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٣١ »[1] .

فالتجديد الضمني ينعقد بالايجاب الضمني، وهو بقاء المستأجر بالعين المؤجرة، والقبول الضمني ، وهو علم المؤجر بذلك دون الاعتراض عليه ، ولا يعتبر التجديد الضمني للايجار امتداداً للايجار السابق ، بل هو ايجار جديد ، لكن تطبق عليه آثار الايجار السابق إلا في المدة فإنه يعتبر إيجاراً غير معين المدة ، وتتعين المدة فيه بالفترة المعينة لدفع الأجرة .

ويشترط في التجديد الضمني للايجار ما يلي :

١ ــ أن يبقى المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بما يدل على اتجاه إرادته إلى تجديد الايجار ، ولا يكفي مجرد الاحتفاظ بالمفتاح أو التردد على الشيء المؤجر ، أو البقاء فيه لمرض أو صعوبة الانتقال منه ، ولا بد من مرور فترة كافية لاعتبار قيام التجديد .

٢ ــ أن يعلم المؤجر ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء المدة ، دون أن يعترض عليه ، وهذا يفسر برضائه في تجديد الايجار، أما إذا بقي المستأجر بدون علم المؤجر ، أو بعلمه مع اعتراضه فلا يتجدد الايجار .

لكن إن كان انتهاء الايجار نتيجة تنبيه بالإخلاء من أحد الطرفين للآخر ، فإن بقاء المستأجر بالعين المؤجرة وعلم المؤجر بذلك وعدم الاعتراض عليه لا يكفي لافتراض التجديد الضمني ولا بد من قيام أدلة أخرى ووقائع واضحة تدل على الرغبة بهذا التجديد ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٦٧ .

٣ ــ أن تكون مدة الايجار الأصلي قد انتهت فعلا ، سواء كان انتهاؤها لانقضاء المدة ، أو لأي سبب آخر ، وسواء كانت المدة معينة بالعقد بشكل مطلق،

---

(١) يقابلها المادة ٥٩٩ من القانون المصري، والمادة ٥٩٨ من القانون الليبي ، والمادة ٧٨٠ من القانون العراقي ، والمادة ٥٩٢ من التقنين اللبناني .

أو كانت قابلة للامتداد ، ولم تمتد لحصول تنبيه من أحد الطرفين .

٤ ـ ألا يكون أحد الطرفين قد أظهر قصده بعدم تجديد الايجار صراحة،أو ضمناً ، كمالو أصدر أحدهما تنبيهاً للآخر بانهاء الايجار ، وكذلك إذا اتفق الطرفان في عقد الايجار على عدم جواز التجديد الضمني ، ففي هذه الحالات لا يثبت التجديد الضمني إلا بأدلة أخرى ، وقرائن جديدة .

ويضاف إلى هذه الشروط أن تتوافر الشروط اللازمة لصحة الايجار ونفاذه في كل من المؤجر والمستأجر وقت التجديد ، خلافا لامتداد الايجار الذي يبقى به العقد الأصلي ولو طرأ ما يؤثر على أهلية أحد الطرفين أو ولايته لعقد الايجار.

وإذا توفرت شروط التجديد الضمني للايجار فإنه ينعقد لمدة غير معينة ، ويسري على تحديدها وإنهاء العقد بانتهائها المادة ٥٣١ السابقة ، وتترتب على العقد الضمني للايجار نفس الشروط والآثار على العقد الأصلي ، ويلتزم المؤجر بنفس الالتزامات والشروط المقررة في العقد الأصلي ، وكذلك يلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها في العقد الأصلي مع بقية التزاماته فيه ، وكذلك التأمينات العينية التي كان المستأجر قدمها في الايجار الأصلي تنتقل إلى الايجار الجديد ، إلا الكفالة الشخصية أو العينية فلا تنتقل إلى الايجار الجديد إلا برضاء الكفيل ، وكذلك يجب مراعاة قواعد الشهر العقاري في الايجار الجديد إن وجدت ، وفقا للفقرة الثانية من المادة ٥٦٦ .

وهكذا يتضح أن الايجار الضمني الجديد يأخذ أحكام الايجار القديم إلا في موضوع المدة وفي موضوع الكفالة ، وفي مراعاة قواعد الشهر العقاري ، وهذا غير ملزم للطرفين ، وإنما يجوز لهما الاتفاق صراحة على تعديل الايجار القديم بحسب الشروط التي تحقق مصلحة كل منهما[1] .

---

(١) انظر : الوسيط ٧٨٢/١/٦ ؛ عقد الايجار ، البدراوي ص ١١٩ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٧٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٢٩٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦١٨ .

ثالثاً : انتهاء الايجار بانتقال ملكية العين المؤجرة :

الأصل أن العقود ذات أثر محدد على الطرفين فقط ، ولا تتعدى إلى غيرهما، فإذا باع المالك الشيء المؤجر بعد عقد الايجار ، فالأصل أن انتقال الملكية من البائع إلى المشتري لا يؤثر على حقوق المستأجر على العين المؤجرة ، وتنتقل الملكية مثقلة بحق المستأجر إلى أن تنتهي مدة الايجار ، ولكن هذا الكلام العام يؤدي إلى آثار كثيرة ، ولذلك نص القانون على بعض الأحكام الخاصة لانتهاء الايجار بسبب انتقال ملكية العين المؤجرة ، مع التمييز بين ثلاث حالات .

الحالة الأولى : إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر نفسه بالشراء مثلا ، فينتهي الايجار بمجرد وقوع البيع مطلقا ، سواء كان ثابت التاريخ أم لا ، وسواء كان تاريخه قبل الايجار أو بعده ، لأن المستأجر حل محل المؤجر ، واجتمعت فيه صفتا المؤجر والمستأجر ، فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الايجار ، وتنقضي الالتزامات المتفرعة عنه ، ويحق للمستأجر استرداد الأجرة المدفوعة مسبقا دون انتفاع بالعين ، وله الحق بالاستلام الحكمي باعتباره مشترياً .

الحالة الثانية : إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى الغير ، وكان بين المؤجر والمستأجر اتفاق على مصير الايجار ، وبيان الالتزامات المترتبة على كل منهما بالإخلاء مثلا ، فينتهي الايجار ،مع مراعاة مواعيد التنبيه المذكورة سابقاً ، وينفذ الاتفاق بينهما كما حدداه ، ويستفيد المشتري من هذا الاتفاق أو الشرط بين المؤجر والمستأجر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أن ينبه المستأجر بالإخلاء بحسب المواعيد المقررة ، وإذا طلب المشتري من المستأجر الإخلاء قبل نهاية الايجار فيلتزم المؤجر بدفع التعويض المناسب للمستأجر ، ويحق للمستأجر حبس العين حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف به ، وفقاً للمادة ٥٧٢ ، إلا إذا اتفق المؤجر والمستأجر على خلاف ذلك .

الحالة الثالثة : إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى الغير ، دون وجود اتفاق

بين المؤجر والمستأجر على هذه الحالة ، فهنا ميز القانون بين كون الايجار ذا تاريخ ثابت وسابق على التصرف أم لا .

فإن كان الايجار مؤرخاً بتاريخ سابق وثابت على التصرف بنقل الملكية ــ فإن الايجار يبقى نافذاً في حق المالك الجديد ، ويحل محل المؤجر في مواجهة المستأجر ، بشرط أن يعلم المالك الجديد بالايجار السابق للتصرف الذي نقلت به الملكية إليه ، ويعلم بالحقوق والالتزامات المترتبة عليه ، فيطالب المستأجر بحقوقه منه ، ويؤدي له ما عليه من الالتزامات .

وإن لم يكن للايجار تاريخ سابق وثابت على التصرف الناقل للملكية ــ فلا ينفذ الايجار في حقه ، بنص المادة ٥٧١/١ ، وله الخيار بين التمسك بعقد الايجار بالرغم من عدم نفاذه في حقه ، ويجبر المستأجر على البقاء وأداء الالتزامات له المادة ٥٧١/٢ ، وبين التمسك بعدم نفاذ الايجار في حقه ، ويجبر المستأجر على الإخلاء مع مراعاة مواعيد التنبيه المقررة (المادة ٥٧٣/١) ، ويجب على المستأجر أداء الأجرة بعد التنبيه إلى المالك الجديد عن المدة المتبقية إن لم يسبق له دفعها للمؤجر ، وللمستأجر الحق بالتعويض عن انتهاء الايجار قبل موعدها المحدد ، وله حبس العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يقدم له تأمين كاف للوفاء به ، وفقاً للمادة ٥٧٣/٢ ، إلا إذا ورد اتفاق على غير ذلك[1] .

رابعاً : انتهاء الايجار بموت المستأجر :

لا يعتبر الموت سبباً من أسباب انتهاء الايجار في القانون ، سواء مات المؤجر أو المستأجر ، ويبقى العقد قائماً بين الورثة والطرف الآخر ، وهذا ما قرره المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٥٦٨ ، ونصها .

« ١ ــ لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ، ولا بموت المستأجر » .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٨١١ وما بعدها ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٣٥ وما بعدها .

وذلك خلافاً للشريعة الإسلامية كما سنرى .

ولكن القانون قدر الظروف التي تحصل بعد موت المستأجر ، وقد تجعل ورثته غير قادرين على تحمل أعباء الايجار وقد يكون الايجار متعلقا بالمستأجر خاصة ، ولا ينتفع منه ورثته ، لذلك أجاز القانون ــ استثناء من المبدأ السابق ــ لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد بعد وفاة المورث المستأجر ، وجعل الموت سبباً لإنهاء الايجار ،ولكنه ليس سبباً تلقائياً ، بل أجاز للمؤجر أو الورثة طلب الإنهاء ، وذلك في حالتين :

الأولى : نصت عليها الفقرة الثانية من المادة السابقة ٥٦٨ ، وهي :

« ٢ ــ ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الايجار مجاوزاً حدود حاجتهم ، وفي هذه الحالة يجب أن تراعي مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٣١ ، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأقل من وقت موت المستأجر » [1] .

فيشترط لجواز طلب الانهاء من الورثة ان يثبتوا أن أعباء العقد أصبحت مرهقة بعد موت مورثهم أو أنه يجاوز حاجتهم ، كالمنزل الكبير مع المورد القليل والأسرة الصغيرة ، وأن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء وفقاً للمادة ٥٣١ بأن تكون قبل ثلاثة أشهر في الأراضي الزراعية والمنازل والدكاكين والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن ، وقبل شهر واحد في المساكن والغرف المفروشة ، وأن يطلب الورثة إنهاء العقد خلال ستة أشهر من وقت وفاة المستأجر ، وإلا فقدوا حقهم في طلب الإنهاء لهذا السبب .

الثانية : نصت عليها المادة ٥٦٩ ، وهي : « إذا لم يعقد الايجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، ثم مات ، جاز لورثته أو

---

(١) يقابلها المادة ٦٠١ من القانون المصري ، والمادة ٦٠٠ من القانون الليبي ، والمادة ٧٨٣ من القانون العراقي ، والمادة ٦٠٠ من التقنين اللبناني .

للمؤجر أن يطلب إنهاء العقد »[1] .

فإن عقد الايجار بسبب حرفة المستأجر كالطبيب أو المحامي أو المهندس أو الصانع أو الصيدلي ، ثم مات المستأجر فيجوز لورثته طلب إنهاء الايجار بسبب وفاته .

وإن عقد الايجار لاعتبارات شخصية بالمستأجر كصداقته مع المؤجر أو خبرته الخاصة في الزراعة ثم مات ، فيجوز لورثته أو للمؤجر طلب إنهاء الايجار بسبب الوفاة .

ولم يطلب القانون في هذه الحالة الثانية شروطاً معينة في الطلب والوقت ومواعيد التنبيه فتبقى على إطلاقها[2] .

خامساً : انتهاء الايجار لإعسار المستأجر :

اتجه القانون إلى مراعاة جانب المستأجر المعسر مع عدم الإضرار بالمؤجر، فقرر عدة مبادىء في المادة ٥٧٠ ، المبدأ الأول منها في الفقرة الأولى : « ١ ــ لا يترتب على إعسار المستأجر أن تحل أجرة لم تستحق » وهذا المبدأ خالف فيه القانون المبادىء العامة فيه التي تقضي بحلول الديون بسبب الإعسار ، والأجرة التي تستحق في المستقبل أو على اقساط ، هي في حقيقتها دين مؤجل ، ولكن القانون قرر عدم حلول الأجرة التي لم تستحق رأفة بالمستأجر ، وكذلك الحال بالأولى إذا كان المستأجر معسراً فعلا ولم يشهر إعساره .

ولكن المستأجر قد يعجز فعلا عن دفع الأجرة فأجاز القانون له تقديراً لظروفه ، كما أجاز القانون للمؤجر مراعاة لحقه ، أن يطلب كل منهما فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته ، دون حاجة للتقيد بمواعيد التنبيه بالإخلاء .

---

(١) يقابلها المادة ٦٠٢ من القانون المصري ، والمادة ٦٠١ من القانون الليبي ، والمادة ٧٨٤ من القانون العراقي ، ولا مقابل لها في التقنين اللبناني .

(٢) انظر : الوسيط ٨٦٨/١/٦ ، ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٨٧ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٣١٢ ، عقد الإيجار ، مرقس ص ٦٥٨ .

ولا يجوز للمؤجر طلب فسخ الايجار بسبب الإعسار إذا قدم المستأجر في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل ، كتقديم الكفالة أو الرهن ، والقاضي يقدر الوقت المناسب ، كما يقدر كفاية التأمينات للوفاء بالأجرة .

كما يحق للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار بسبب الإعسار إذا لم يرخص له في العقد بالتنازل عن الايجار ، أو منع عند عقد الايجار عن الايجار الثانوي ، فيطلب فسخ الايجار لهذا العذر قبل انقضاء المدة بشرط أن يدفع للمؤجر تعويضاً عادلاً ، يقدره القاضي بحسب الضرر الذي لحق بالمؤجر ، مع مراعاة حالة المستأجر وإعساره ، أما إذا كان المؤجر مرخصاً له بالتنازل عن الايجار أو مأذوناً له بالايجار الثانوي فلا يحق له طلب الفسخ بسبب الإعسار قبل انقضاء مدة الايجار ، المادة ٥٧٠/٢ ، لأنه يستطيع أن يستغل حقه بالبيع أو الايجار من الباطن ، وأن يدفع الأجرة للمؤجر الأصلي [١] .

سادساً : انتهاء الايجار لنقل الموظف أو المستخدم :

نصت المادة ٥٧٦ على سبب آخر لانهاء الإيجار قبل انقضاء مدته ، فقالت :

« يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء ايجار مسكنه إذا كان هذا الايجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٣١ ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك »[٢] .

ويتضح من هذا النص أن تغيير الموظف أو المستخدم لمحل إقامته بسبب تغيير عمله يعتبر عذراً طارئاً يسوغ إنهاء الايجار ، بشروط هي :

---

(١) انظر : الوسيط ٨٧٥/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٤ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٨٨ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٣١٥ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٦٢ .

(٢) يقابلها المادة ٦٠٩ من القانون المصري ، والمادة ٦٠٨ من القانون الليبي ، والمادة ٧٩٣ من القانون العراقي ، ولا مقابل لها في التقنين اللبناني .

ص ٥٧٢ .

١ ــ أن يكون المستأجر موظفاً أو مستخدماً ، سواء كان في جهة حكومية أو جهة غير حكومية كشركة أو إدارة أو هيئة تستخدم أشخاصاً وتنقلهم من مكان إلى آخر ، وأن يقتضي نقل عمله إلى نقل مسكنه من بلد إلى آخر ، مما يضطره إلى ترك مسكنه الأول .

٢ ــ أن يكون الايجار واقعاً على مسكن الموظف أو المستخدم ، فلا يشمل هذا النص والعذر الطارىء ايجار الأعيان المنقولة والأراضي الزراعية وغيرها أو ما استأجره الموظف والمستخدم لغير السكن ، لارتباط الشخص بمسكنه ، فإن انتقل الشخص ، وانتقل عمله ، فلا بد أن ينتقل سكنه في الغالب تخفيفاً عليه ، ورحمة به ، ولذلك كان هذا الحق للمستأجر فقط ، دون المؤجر .

٣ ــ أن يكون الايجار لمدة معينة بالاتفاق ، ولم تنته بعد ، فأجيز للمستأجر طلب إنهاء الايجار حتى لا يرهق بالتكاليف المالية بدفع الأجرة المتبقية لانتهاء الايجار ، أو المتاعب الجسدية باضطراره للعودة إليه مما يرهقه ويؤثر على عمله ، أما إذا كانت المدة غير معينة ، كأن تدفع الأجرة مشاهرة ، فيمكنه إنهاء الايجار بعد انقضاء أحد الشهور ، ويتحمل أجرة جزء من الشهر مما لا يلحق به الضرر الشديد ، مع مراعاة حق المؤجر بعدم تعطيل العين المؤجرة .

٤ ــ يشترط أن يلتزم المستأجر بمراعاة مواعيد الإخلاء كما مرت في المادة ٥٣١ ، بأن ينبه المؤجر قبل نصف المدة الأخيرة ، أو قبل ثلاثة أشهر في المنازل ، وقبل شهر في المساكن والغرف المفروشة .

و لايلتزم المستأجر بدفع تعويض عادل للمؤجر عن إنهاء الايجار لهذا العذر الطارىء كالحالات المماثلة الأخرى ، وسكت المشرع عنه مراعاة لظروف المستأجر الموظف أو المستخدم ، وأنه قد يتعرض لذلك عدة مرات مما يرهقه التعويض ويثقل كاهله ، وهذا ما دعا المشرع إلى اعتبار هذا الحكم من النظام العام وأنه لا يجوز الاتفاق على خلافه ، لكن ذلك قد يدفع الملاك إلى عدم تأجير الموظف أو المستخدم لتعرضهم لانتهاء الايجار للعذر الطارىء بدون تعويض لهم بالقانون أو بالاتفاق ،

ونبهت لذلك المذكرة الايضاحية للقانون المصري ، دون أن يحذف النص على بطلان الاتفاق على ما يخالف ذلك [1] .

سابعاً : انتهاء الايجار لحاجة المؤجر للعين :

الايجار عقد ملزم للمؤجر ، وإن احتاج المؤجر للعين فلا يجوز له أن ينهي الايجار قبل انقضاء مدته ، ولكن القانون لم يمنع الطرفين أن يتفقا على إنهاء الايجار إذا جدت حاجة شخصية للمؤجر ، واحتاج للعين المؤجرة ، فيعمل بمقتضى اتفاقه مع المستأجر بإنهاء الايجار ، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٧٤ بقولها :

« إذا اتفق على أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا حدث له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستأجر بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة ٥٣١ ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » [2] .

فالقانون أقر الاتفاق على حق المؤجر بإنهاء الايجار قبل مدته إذا حدثت له حاجة شخصية ، واعتبره شرطاً صحيحاً ملزماً للمستأجر ، لكنه فرض على المؤجر أن يلتزم بالمواعيد المبينة بالمادة ٥٣١ لطلب الإخلاء ، كما ذكرناها مراراً ، إلا إذا اتفق الطرفان على عدم مراعاتها ، وحددا طريقاً آخر لمباشرة المؤجر حقه في إنهاء الايجار ، فيلتزم المؤجر بما اتفقا عليه .

وهذا الحق للمؤجر ليس مطلقاً وإنما يشترط فيه توفر الحاجة له بالعين المؤجرة للانتفاع بها شخصياً ، فإن اختلفا فيه يفصل القضاء بالأمر بحسب ظروف

---

(١) انظر : الوسيط ٨٧٧/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٥ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٩٤ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٣١٩ ، عقد الايجار مرقس ص ٦٦٤ .

(٢) يقابلها المادة ٦٠٧ من القانون المصري ، والمادة ٦٠٦ من القانون الليبي ، والمادة ٧٨٩ من القانون العراقي ، والمادة ٥٩٦ من التقنين اللبناني .

الحـال [1] .

أما إذا امتد الايجار بحكم القانون فيحق للمؤجر طلب إنهاء الايجار لحاجته الشخصية له ، ولو لم يرد اتفاق عليه في عقد الايجار بمقتضى الفقرة هـ من المادة ٥ من قانون الايجار الاستثنائي .

ثامناً : انتهاء الايجار للظروف الطارئة :

رأينا في الفقرات السابقة جواز انتهاء الايجار بالأعذار ، وهي أعذار خاصة ومحددة تعرض للمؤجر أو المستأجر ، ولم يكتف القانون بذكر هذه الأسباب نصاً كمسوغات لفسخ الايجار قبل انقضاء مدته ، وإنما قرر مبدأ عاماً مأخوذاً من الشريعة الإسلامية بجواز انتهاء الايجار للظروف الطارئة غير المتوقعة لكل من المؤجر والمستأجر ، ونص على ذلك في المادة ٥٧٥ ، وهي :

« ١ ـ إذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنه أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٣١ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً » .

« ٢ ـ فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف » [2] .

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/٨٨١ ، الوجيز في أحكام الايجارات ص ١٧٣ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٥ ، عقدالايجار ، الشرقاوي ص ٢٩٠ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٣١٨ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٦٩ .

(٢) يقابلها المادة ٦٠٨ من القانون المصري ، والمادة ٦٠٧ من القانون الليبي ، والمادة ٧٩٠ من القانون العراقي ، ولا مقابل لها في التقنين اللبناني .

ويقوم هذا النص على مراعاة العدالة كما هو الشأن في نظرية الظروف الطارئة التي اعتمدها القانون في المادة ١٤٨/٢ ، ويرى أكثر شراح القانون أن هذا النص هو تطبيق خاص في الايجار لنظرية الظروف الطارئة[1] ، وإن كان يختلف عنها في أمرين: الأول أن العذر الطارىء هنا خاص بأحد العاقدين ، والعذر الطارىء في النظرية عام، والثاني أن الحل هنا يقضي بإنهاء عقد الايجار ، وأن الحل هناك أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وإن هذين الاختلافين هما المسوغ للنص على المبدأ في الايجار ، وعدم الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة للنظرية .

ويشترط لانتهاء الايجار بسبب الظروف الطارئة لكل من المؤجر والمستأجر ما يلي :

١ ــ أن يكون الايجار معين المدة ، سواء وقع على عقار أو منقول ، لأن الايجار المعين المدة هو الذي يرهق كاهل أحد المتعاقدين ، ويلزمه بالايجار حتى انتهاء المدة ، فجاء النص بفتح الباب أمامه بالتحلل من الايجار قبل انقضاء مدته ، أما إذا لم يكن الايجار معين المدة فيجوز لكل من الطرفين إنهاءه قبل نهاية أي فترة من فترات دفع الأجرة مع مراعاة مواعيد التنبيه .

٢ ــ أن يطرأ ظرف خطير بعد ابرام الايجار ، سواء كان قبل البدء بتنفيذه أو أثناءه، ويكفي أن يكون هذا الظرف الخطير على المؤجر أو المستأجر ، ولا يشترط أن يكون عاماً ، كما لو استأجر المحامي مكتباً ثم اضطر أن يترك مهنته لسبب لا يد له فيه ، أواحتاج المؤجر الى ترميمات ضرورية للعين المؤجرة لأسباب طارئة بعد ابرام الايجار ، وكما لو تعهد المؤجر بإقامة بناء يكمل العين المؤجرة، ثم وقعت ظروف غير متوقعة تجعل القيام بالبناء مرهقاً عليه .

٣ ــ أن تكون الظروف الطارئة غير متوقعة ، ولا يمكن دفعها ، فإن كانت متوقعة عند العقد ، أو يمكن توقعها فلا تعتبر عذراً طارئاً يبيح طلب إنهاء الايجار ، كما لو توقع المحامي اضطراره لترك المهنة ، أو تركها مختاراً لتولي وظيفة أخرى .

---

(١) خالف بعض الشراح اعتبار هذا المبدأ تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة للاختلاف بين الامرين ، (انظر : عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٦) .

٤ ــ أن يؤدي الظرف الطارىء إلى الإرهاق في تنفيذ الالتزام، ولا يشترط أن يجعله مستحيلاً كالقوة القاهرة في هلاك العين المؤجرة كلياً ، ويتحقق الارهاق على أحد الطرفين بوقوع خسارة فادحة عليه لو استمر في تنفيذ الالتزام ، كالمرض الذي يمنع المستأجر من مزاولة عمله في المكان المستأجر طوال مدة الايجار مع إلزامه بدفع الأجرة ، أو حاجة العين المؤجرة لترميمات ضرورية ونفقات فادحة لا تتناسب مع الأجرة التي يتقاضاها .

فإذا توفرت هذه الشروط جاز لكل من المؤجر والمستأجر أن يطلب إنهاء الايجار قبل مدته المعينة في العقد مع الالتزام بأمرين :

الأول : القيام بإجراءات التنبيه بالإخلاء حسب المواعيد المبينة في المادة ٥٣١ ، وذلك قبل ثلاثة أشهر في الأراضي والمساكن ، وقبل شهر في البيوت والغرف المفروشة.

الثاني : أن يدفع طالب الإنهاء تعويضاً عادلاً للطرف الآخر ، ولا يشترط في التعويض أن يكون مساوياً للضرر ، وإنما تراعى فيه ظروف طالب الإنهاء كما جاء في النص القانوني .

وإذا كان المؤجر هو الذي طلب إنهاء الايجار قبل مدته للظرف الطارىء عليه ، فيحق للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة حتى يؤدي المؤجر إليه التعويض ، أو يحصل من المؤجر على تأمين كاف لدفع التعويض كتقديم كفالة أو رهن [1] .

انتهاء الايجار في الفقه الإسلامي :

ينتهي الايجار بعدة أسباب بعضها متفق عليه بين المذاهب وبعضها مختلف فيه ، فمن الأسباب المتفق عليها :

١ ــ انتهاء الإجارة بانتهاء المدة المتفق عليها ، ولا يحتاج الانتهاء إلى تنبيه من المؤجر أو المستأجر ، ويصح بقاء الايجار بعد انتهاء المدة لعذر ، فتمتد الإجارة بأجر المثل حتى تنضج الثمار مثلاً ، أو يحصد الزرع .

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٩٩/٤ ، الوسيط ٨٥٥/١/٦ ، عقد الايجار ، البدراوي ص ١٢٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٢٩١ ، عقد الايجار ، تناغو ص ٣٠٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٦٦٧ .

٢ ــ انتهاء الإيجار بالإقالة ، وهي الاتفاق بين الطرفين على فسخ الايجار .
٣ ــ انتهاء الايجار بهلاك الشيء المؤجر الذي يتعلق الانتفاع بعينه .
وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذه الأسباب لانتهاء الايجار .

وأما الأسباب المختلف فيها فهي :

١ ــ موت أحد العاقدين ، فقال الحنفية تنتهي الاجارة بموت المؤجر أو المستأجر ، لأن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً ، ولا يملكها المؤجر فلا تنتقل بالإرث الى ورثته ، وقال الجمهور : لا تنتهي الإجارة بموت أحد العاقدين ، لأن العقد لازم ، والمنافع تنتقل الى الورثة ، ويتفق القانون المدني مع قول الجمهور بعدم انتهاء الإجارة بموت أحد العاقدين ، وهو ما أخذ به القانون الأردني أيضاً .

٢ ــ العذر : قال جمهور الفقهاء لا تنتهي الإجارة لأي عذر كان ، ولأنها عقد لازم كبقية العقود فلا تفسخ إلا لعيب أو هلاك أما الأعذار فلا ، وقال الحنفية : تنفسخ الاجارة بالأعذار لحصول الضرر معها ، ولتحقيق حاجة الناس ، سواء كان العذر للمؤجر أو المستأجر أو للعين ، وهو ما يتفق مع القانون المدني ، وأخذ به القانون الأردني [1] .

* * *

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٤٤٣ ، ٤٧٨ ، ٥٢٦ ، مرشد الحيران ، المواد ٦٦٠ ــ ٦٦٢ ، ٦٤٦ ــ ٦٤٩ ، ٦٤٢ ، القانون المدني الأردني ، المواد ٧٠٧ــ٧١٠ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤٢٩/٢ ، ٤٣١ ، الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٥٧٠/١ ، ٦٠٠ ، القوانين الفقهية ص ٣٠٤ ، حاشية الدسوقي ٢٩/٤ ، المهذب ٤٠٧/١ ، ٤١٢ ، مغني المحتاج ٣٥٧/٢ ، المغني ٣٣٦/٥ ، ٣٣٨ ، ٣٤٧ ، كشاف القناع ٢٦/٤ ، ٣٠ ، ٤٩ ، بدائع الصنائع ٢٦٧١/٦ ، حاشية ابن عابدين ٧٦/٦ .

الباب الخامس

بعض أنواع الايجار

أفرد القانون المدني بعض الايجارات بأحكام خاصة ، نظراً لطبيعتها الخاصة ، فذكر لها بعض الأحكام ، على أن تطبق بقية الأحكام العامة للايجار فيما عدا ذلك ، كما أن المشرع اهتم ببعض أنواع الايجارات فأصدر لها تشريعات مستقلة ، وجعل أحكامها من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته أو الاتفاق على تغييره ، مثل قانون الاصلاح الزراعي وقانون العلاقات الزراعية لتنظيم ايجار الأرض الزراعية ، وبيان العلاقة بين المالك والمستأجر ، وتحديد الأحكام والآثار الناتجة عن الايجار .

ولذلك نعرض في هذا الباب بعض أنواع الايجارات الخاصة ، ونفرد كل نوع بفصل مستقل ، نبين فيه الأحكام الخاصة به بايجاز واختصار ، وذلك في ثلاثة فصول .

الفصل الأول : ايجار الأراضي الزراعية .

الفصل الثاني : المزارعة .

الفصل الثالث : ايجار الوقف .

الفصل الأول

ايجـــار الأراضي الزراعية

اهتم المشرع بايجار الأراضي الزراعية ، ونظم أحكام ايجار الأراضي الزراعية في قواعد الايجار العامة لسابقة ثم خصها بأحكام خاصة تتلاءم مع طبيعتها ، نظراً لأهميتها ، وقسم هذه الأحكام الخاصة إلى قسمين ، قواعد خاصة لايجار الأراضي الزراعية عامة ، وقواعد خاصة للمزارعة التي تختص عن غيرها بكون المقابل فيها جزءً من محصول الأرض ، كما أصدر المشرع أنظمة خاصة ، وقوانين استثنائية أخـرى لتنظيم إيجار الأراضي الزراعية ، وذلك في قوانين الإصلاح الزراعي وقانون تنظيم العلاقـات الزراعية ، ونخصص هذا الفصل للأحكام الخاصة بايجـار الأراضي الزراعية التي نظمها القانون المدني في المواد ٥٧٧ ــ ٥٨٥ واقتصر فيها على الأحكام الخاصة التي تضاف إلى الأحكام العامة للايجار .

١ ــ الالتزام بالتسليم :

نصت المادة ٥٧٧ على أن المؤجر لا يلتزم بتسليم المستأجر المواشي والأدوات الزراعية التي توجد في الأرض إلا إذا كان الايجار يشملها ، فالمواشي والأدوات الزراعية لا تدخل في الأرض الزراعية المؤجرة ، ولا تعتبر من ملحقاتها التي يلتزم المؤجر بتسليمها بمقتضى عقد الايجار ، ولا يحق للمستأجر أن يطالب المؤجر بتسليمها إلا إذا ورد الاتفاق بين الطرفين عليهـا في عقد الايجار ، ويجب النص عليهـا فيه ، ويكون الايجار في هذه الحالة منصباً على الأرض وعلى المواشي والأدوات الزراعية ، وتكون الأجرة شاملة لأجرة الأرض وأجرة المواشي والأدوات [1] .

---

(١) انظر الوسيط ٦/٢/٥٠٣ ، عقد الايجار مرقس ص ٢١٢ .

٢ ـ الالتزام بالمحافظة على الشيء المؤجر :

ألحق القانون بالمادة السابقة مادة أخرى ، وهي المادة ٥٧٨ التي تتناول التزام المستأجر بصيانة بعض الملحقات التي ذكرها في المادة السابقة ، فقال : « إذا تسلم المستأجر مواشي وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب عليه أن يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المألوف في استغلالها » ، وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في الالتزام بالمحافظة على الشيء المؤجر ، وإنما كررها المشرع لأنه عرض حكمها بالالتزام بالتسليم ، ولأن المحافظة على المواشي والأدوات الزراعية تختلف عن المحافظة على الشيء المؤجر عامة ، وتحتاج لرعاية خاصة ، وتعهدٍ معين بالصيانة ، يتفق مع طريقة استغلالها المألوفة عادة بين الناس [١] .

٣ ـ مدة الايجار :

إذا اتفق المتعاقدان في الايجار على مدة معينة كسنة ، فتبدأ بعد العقد ، وتنتهي في مثل التاريخ من السنة التالية، ولكن هذا المبدأ يصعب تطبيقه في الأراضي الزراعية التي تعتمد على المواسم الزراعية، ولهذا نص القانون في المادة ٥٧٩ على أنه «إذا ذكر في عقد الايجار في الأراضي الزراعية أن الايجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات، كان المقصود من ذلك أنه عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات » وهذا النص الخاص يحدد السنة بالدورة الزراعية والسنة الزراعية ، من حيث ابتداء المدة وانتهاؤها ، ويرجع في ذلك إلى العرف الزراعي ، وهو يختلف بحسب المناطق وبحسب نوع المزروعات المقصودة من الأرض ، كانتهاء المحاصيل أو قطف الثمار .

٤ ـ استغلال الأرض الزراعية :

أكد القانون المدني التزام المستأجر باستغلال الأرض الزراعية في المادة ٥٨٠ ، وفرض عليه « أن يكون استغلال الأرض موافقا لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعلى

---

(١) انظر : عقد الايجار ، مرقس ص ٧٢٢ .

المستأجر بوجه خاص أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للانتاج ولا يجوز له دون رضاء المؤجر أن يدخل على الطريقة المتبعة في استغلالها أي تغيير جوهري يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الايجار » .

وأكد القانون أيضاً على المستأجر بمنعه من الإضرار باستغلال الأرض الزراعية فجاء في المادة ٥٨٥ منه على أنه « لا يجوز للمستأجر أن يأتي عملا من شأنه أن ينقص أو يؤخر انتفاع من يخلفه ، ويجب عليه بوجه خاص قبيل إخلاء الأرض أن يسمح لهذا الخلف بتهيئة الأرض وبذرها إذا لم يصبه ضرر من ذلك » .

وهذه الأحكام تطبيق للقواعد العامة في التزام المستأجر باستغلال العين المؤجرة بحسب المألوف ، ولما أعدت له ، ولكن المشرع آثر التأكيد عليها هنا نظراً لأهميتها وخطرها على الأراضي الزراعية أكثر من الأشياء المؤجرة الأخرى ، فإن أخل المستأجر بهذه الالتزامات تطبق عليه القواعد العامة في الجزاء ، كأن يطلب المؤجر التنفيذ العيني ، وأن يطلب فسخ الايجار مع ثبوت حقه بطلب التعويض في الحالتين عن كل ما يصيبه من ضرر بسبب إخلال المستأجر بتنفيذ التزاماته [1] .

٥ ـ التزام المؤجر بالصيانة في الأراضي الزراعية :

يخضع المؤجر بالتزام الصيانة في العين المؤجرة سواء كانت للزراعة أو لغيرها ، وجاءت المادة ٥٨١ فقررت في الفقرة الأولى منها تطبيق المبادىء العامة في صيانة العين المؤجرة ، مع التأكيد على بعض النواحي والجزئيات الخاصة بالأراضي الزراعية ، كتطهير الأقنية ، وصيانة المساقي والمراوي والمصارف ، مع القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنى أو الاستغلال في الأراضي الزراعية ، إلا إذا اقتضى الاتفاق أو العرف بغيره .

ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة نفسها ٥٨١ فأضافت زيادة على التزام المؤجر بالصيانة ، أنه يلتزم بذلك ولو أدت إلى إقامة المباني والاصلاحات الكبرى للمباني

---

(١) انظر : عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٥٥ .

القائمة وغيرها ، كما يلتزم المؤجر بهذه الاصلاحات ـ مهما بلغت ـ للآبار والأقنية ومجاري المياه والخزانات ، لأنها العناصر الضرورية والحيوية لتمكين المستأجر من الانتفاع بالأراضي وزراعتها والاستفادة منها ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك ، وقد تكون هذه الاصلاحات في الأصل كمالية وتقع بحسب القواعد العامة على المستأجر ، كما أن بعض هذه الاصلاحات إنشائية ولا يلتزم المؤجر بحسب القواعد العامة بها ، ومع ذلك ألزمه القانون بالقيام بكل ذلك في الأراضي الزراعية ، وإلا تعرض للجزاء والمسؤولية بحسب القواعد العامة بأن يطلب المستأجر ترخيصاً من القضاء لاجرائها بنفسه ، واستيفاء النفقات من الأجرة ، مع حقه بطلب الفسخ أو انقاص الأجرة والتعويض عما يصيبه من ضرر [1] .

٦ ـ الالتزام بالوفاء بالأجرة في الأراضي الزراعية :

إن القصد الأساسي من استئجار الأراضي الزراعية هو القيام بالعمل بها للحصول على المحاصيل التي تنتجها ، وتكون هذه المحاصيل هي المنفعة والمقابل والعوض الأساسي الذي يدفع المستأجر الأجرة بسببه ، وبما أن المحاصيل والانتاج الزراعي كثيراً ما يتعرض للهلاك والتلف بسبب القوة القاهرة وتقلبات الطبيعة والأوبئة العامة التي لا يد للمستأجر فيها لذلك تدخل القانون لحماية المستأجر الذي يرهق في هذه الأحوال بدفع الأجرة ، فعرض في المادتين ٥٨٢ ـ ٥٨٣ حالات إعفاء المستأجر من التزامه بالأجر كلياً أو جزئياً بسبب القوة القاهرة التي تمنع زراعة الأرض كالفيضان أو الجفاف ، وتؤدي إلى هلاك المحصول .

لذلك نصت المادة ٥٨٢ على أنه « إذا منع المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها ، أو هلك البذر كله أو أكثره ، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة ، برئت ذمة المستأجر من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال ، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » [2] .

---

(١) انظر الوسيط ٦/٢/١٣١٠ .

(٢) يقابلها المادة ٦٥١ من القانون المصري ، والمادة ٦١٤ من القانون الليبي ، والمادة ٨٠٠ من القانون العراقي ، والمادة ٦١٠ من التقنين اللبناني .

فالأجرة مقابل المنفعة ، والأصل في القواعد العامة أن ينفسخ العقد أو يفسخ إذا لم يتمكن المستأجر من الانتفاع دون خطأ منه ، ولكن القانون خرج على تطبيق القواعد العامة ، وقرر سقوط الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال إذا منعت القوة القاهرة من زراعة الأرض ، وكذلك إذا كان المنع لخطأ من المؤجر فتسقط الأجرة من باب أولى مع حق المستأجر بالرجوع بالتعويض في حالة الخطأ من المؤجر فقط ، ومن أمثلة القوة القاهرة الفيضان وانقطاع وسائل الري ، واستيلاء الحكومة على الأرض ، ومنع الدولة من زراعة نوع المحصول المخصص للأرض ، ونشوب الحرب والزلزال وغير ذلك مما يمنع المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها أو إتلاف البذار أو بعضه ، فتسقط الأجرة كلها أو بعضها بمقدار الهلاك والتلف ، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك .

ونصت المادة ٥٨٣ على أنه « ١ ــ إذا بذر المستأجر الأرض ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمستأجر أن يطلب اسقاط الأجرة ، ٢ ــ أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع ، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض ، كان للمستأجر أن يطلب انقاص الأجرة ، ٣ ــ وليس للمستأجر أن يطلب اسقاط الأجرة أو انقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها ، أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من أي طريق آخر »[1] .

وهذه المادة كالأولى استثناء من القواعد العامة ، وتسقط فيها الأجرة كلياً أو جزئياً إذا هلك الزرع ، ولم يحصل المستأجر على عوض عن الضرر والاتلاف .

وتختلف هذه الحالة عن الأولى ، أن هلاك المحصول في الحالة الأولى كان لتعذر تهيئة الأرض للزراعة ، أو لهلاك البذر قبل التمكن من الانتفاع أصلاً ، وفي الحالة الثانية تمكن المستأجر من تهيئة الأرض والبذر والانتاج ثم هلك المحصول قبل حصاده بقوة قاهرة ، أما إذا هلك المحصول بعد حصاده فلا تسقط الأجرة ، ولو

---

(١) يقابلها المادة ٦١٦ من القانون المصري ، ويختلف الحكم في القانون الليبي والعراقي واللبناني عن السوري والمصري .

كان الهلاك بقوة قاهرة ، لأنه استوفى الانتفاع الكامل بالأرض المؤجرة ، فتجب عليه الأجرة كاملة [1] .

٧ ـ امتداد مدة الايجار في الأراضي الزراعية :

ينتهي الايجار في الأراضي الزراعية حسب القواعد العامة السابقة في انتهاء الايجار بانقضاء المدة المتفق عليها ، أو بالتنبيه بالإخلاء كما سبق بحثه ، وأضاف القانون المدني لهذه الأحكام حكما خاصاً في ايجار الأراضي الزراعية، فنص في المادة ٥٨٤ على أنه :

« يجوز للمستأجر إذا لم تنضج غلة الأرض عند انتهاء الايجار بسبب لا يد له فيه أن يبقى بالعين المؤجرة حتى تنضج الغلة على أن يؤدي الأجرة المناسبة » [2] .

فهذا النص يعطي المستأجر الحق في البقاء في الأرض الزراعية حتى بعد انقضاء المدة الأصلية ، ومدة الامتداد بحكم القانون ، إذا لم تنضج غلة الأرض خلال المدة الأولى ، بشرط أن يكون التأخر في نضج الغلة يرجع إلى سبب لا يد للمستأجر فيه ؛ فيمتد الايجار بحكم القانون مدة إضافية حتى تنضج الغلة ، ويحصد المحصول أو يقطف ، ويكون امتداد الايجار في هذه الحالة بنفس الشروط والضمانات والأجرة المقررة في عقد ايجار [3] .

ونلاحظ أن هذه الأحكام الخاصة التي عرضها القانون في ايجار الأراضي الزراعية أحكام تنظيمية يقتضيها العصر والزمان ، وأكثرها تطبيق لأحكام الايجار

---

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٣١٢ وما بعدها ، عقد الايجار الشرقاوي ص ٣٥٣، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٢٣ .

(٢) يقابلها المادة ٦١٧ من القانون المصري ، والمادة ٦١٦ من القانون الليبي ، والمادة ٦١٧ من التقنين اللبناني،بينما تقرر المادة ٨٠٣ من القانون العراقي المبدأ السابق والحكم لكن بأجر المثل ، وليس بالأجر المسمى في العقد .

(٣) انظر : الوسيط ٦/٢/١٣٥٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٥٦ .

العامة ، وتخرج على الأحكام الشرعية القائمة على المصالح وتغير الزمان ، ولكن الفقهاء تعرضوا لأحكام النقطتين الأخيرتين ، وهي حالة هلاك الزرع وسقوط الأجرة ، وحالة امتداد مدة الايجار ، وقرروا في الحالة الأولى أنه إذا حصلت قوة قاهرة منعت المستأجر من الزرع كالفيضان على الأرض أو انقطاع الماء الذي يروي الأرض فلا تجب عليه الأجرة ، ويحق له فسخ الإيجار ، وكذلك إذا أصاب الزرع آفة فأهلكت الزرع فيجب على المستأجر أن يدفع أجرة المدة السابقة على هلاك الزرع ، وتسقط عنه بقية الأجرة بعد الهلاك إلا إذا انتفع المستأجر بزراعة جديدة بعد هلاك الزرع الأول [1] .

وقرر الفقهاء في الحالة الثانية أنه إذا انتهت مدة الايجار قبل نضج الثمار أو حصاد الزرع فتبقى الإجارة ممتدة إلى وقت نضج الثمار وإدراك الزرع وحصاده ، ويجب على المستأجر أجر المثل ، خلافا للقانون الذي قرر امتداد الايجار بنفس الأجرة المتفق عليها [2] .

وأخذ القانون المدني الأردني بأحكام الفقه الإسلامي في حالة هلاك الزرع والثمار وامتناع الانتفاع بسقوط الأجرة ، و في حالة امتداد مدة الايجار بأجر المثل ، كما قرر الأحكام الأخرى الواردة في القانون المدني عن الأراضي الزراعية في استغلال الأرض الزراعية وكيفية زرعها وحرية المستأجر بزرع ما يريد بشرط الالتزام بالاستغلال المألوف ، وعدم دخول الأدوات الزراعية في الايجار إلا بالنص عليها ، والتزام المستأجر بعدم تغيير طريقة الانتفاع بالأرض الزراعية تغييراً يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار [3] .

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المادتان ٦٥٦ ــ ٦٥٧ ، المعاملات أبو الفتح ٤٢٧/٢ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادتان ٦٦٠ ــ ٦٦١ .

(٣) انظر : القانون المدني الأردني ، المواد ٧١١ ــ ٧٢٢ .

الفصل الثاني

المزارعـــة

تعريف المزارعة وتكييفها :

المزارعة في القانون هي ايجار الأرض الزراعية أو الأرض المغروسة بالأشجار في مقابل أخذ جزء معين من المحصول .

فالمزارعة صورة من صور ايجار الأرض الزراعية ، لكنهـا تختص عن ايجار الأرض الزراعية بأن تكون الأجرة جزءً من محصول الأرض المؤجرة كالربع أو الثلث أو النصف ، فإن كانت الأجرة مقداراً معينـاً من المحصول كالطن من القمح ، أو ألف كيلو تفاح من محصول الأرض ، فلا يكون العقد مزارعة ، ولكنه إيجار عادي لأرض زراعية ، وإن كانت الأجرة نسبة معينة من صافي المحصول فالعقد شركة .

فالمزارعة تشبه الشركة وتشبه الايجار، وتختص بأنها ايجار عن طريق المشاركة في استغلال الأرض ، وأن الأجرة فيهـا حصة معينة من المحصول ، وأن لشـخصية المزارع اعتباراً خاصاً في العقد ، ويترتب على هذه الخصائص نتائج مهمة في الأحكام الخاصة التي وضعهـا القانون للمزارعة ، كمساهمة المؤجر في الربح والخسـارة ، واعتبار الغلط في شخص المستأجر ، وعدم جواز التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن إلا برضاء المؤجر ، وانتهاء المزارعة بموت المستأجر ، وتتميز عن الشركة بأن نصيب المؤجر فيهـا حصة من نفس المحصول الناتج من الأرض ، وليس من صافي الأرباح ، وأن نية المتعاقدين لم تتجه إلى تكوين شخصية معنوية مستقلة عنهما [1] .

---

(١) انظر: الوسيط ٦/٢/١٣٦٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٦٠ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٦١ .

ولذلك وضع القانون المزارعة في أنواع الايجار ، وبين حقيقتها في المادة ٥٨٦ فقال :

« يجوز أن تعطي الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءً معيناً من المحصول »[١] .

وهذا يتفق مع قول جمهور الفقهاء بمشروعية المزارعة ، خلافاً لقول الإمام أبي حنيفة الذي قال بعدم شرعيتها ، والفتوى على قول الصاحبين ،وخلافاً للمذهب الشافعي الذي منع المزارعة استقلالاً ، وأجازها مع المساقاة تبعاً ، وأخذ القانون الأردني بقول الجمهور ونص على المزارعة لوحدها ثم على المساقاة ، بينما جمع القانون المدني السوري المزارعة والمساقاة في أحكام واحدة[٢] .

أحكام المزارعة :

المزارعة عقد ايجار ، فتطبق عليها أحكام الايجار العامة ، ولكن المزارعة عقد ايجار من نوع خاص ، ولذلك خصها القانون ببعض الأحكام الخاصة التي تطبق عليها بالذات ، في المواد (٥٨٦ ــ ٥٩٤) ، ثم تطبق فيما عداها أحكام الايجار العامة ، وهذا ما نص عليه القانون في المادة ٥٨٧ ، وهي :

« تسري أحكام الايجار على المزارعة مع مراعاة الأحكام الآتية إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها »[٣] .

---

(١) يقابلها المادة ٦١٩ من القانون المصري . والمادة ٦١٨ من القانون الليبي ، والمادة ٨٠٥من القانون العراقي ، ولا مقابل لها في التقنين اللبناني .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٦٩٤ ــ ٧١٢ ، القانون المدني الأردني ، المواد ٧٢٣ ــ ٧٣٥ ، الفقه الإسلامي ، فيض الله ص ٤٠٥ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٤٣١ ــ ١٤٤٠ ، مغني المحتاج ٣٢٣/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٠٧ . بلغة السالك ١٦٥/٢ ، كشاف القناع ٥٣٤/٣ . حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٦ ، فتح القدير ٣٢/٨ ، بدائع الصنائع ٣٨٠٧/٨ . حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣ .

(٣) يقابلها المادة ٦٢٠ من القانون المصري ، والمادة ٦١٩ من القانون الليبي . ولم يرد مقابل لها في القانون العراقي والتقنين اللبناني .

كما جاء قانون الإصلاح الزراعي في مصر ، وقانون تنظيم الأعمال الزراعية في سورية فنظما أحكام المزارعة بنصوص آمرة يجب الالتزام بها ، وعدم مخالفتها أو الخروج عنهـا .

ولذا فإن الأحكام التي تطبق اليوم على المزارعة هي أحكام قانون الاصلاح الزراعي وقانون الأعمال الزراعية ثم ما يتفق عليه الطرفان ، ثم أحكام المزارعة الخاصة في القانون المدني ، ثم أحكام الأيجار العامة في القانون المدني ، ثم أحكام الالتزام العامة ، ونكتفي بعرض الأحكام الخاصة بالمزارعة بايجاز في القانون المدني .

١ ـ المدة في المزارعة :

إذا انعقدت المزارعة بين الطرفين ، ولم تعين المدة فيهـا ، فتحدد المدة بدورة زراعية سنوية ، وفقاً للمادة ٥٨٨ .

فالأصل في تعيين المدة هو اتفاق الطرفين على بيانها ، وبيان البدء والانتهـاء ، فإن لم يتفق الطرفان على تعيين المدة ، فتعين بدورة زراعية سنوية ، خلافاً لتعيين المدة في عقد الايجار فإنها تحدد بمقدار الفترة الزمنية التي تدفع عنها الأجرة .

وقرر الحنفية أن تكون المدة معلومة في العقد بالتوقيت واتفاق الطرفين عليها ، بشـرط أن تكون مقبولة للزراعة ، فلا تكون قصيرة لا يتمكن المسـتأجر فيها من الزراعة ، ولا طويلة بحيث لا يعيش أحد إليها غالباً ، فإن سكت الطرفان عـن المدة فتصح المزارعة ، وتقع على زرع واحد ، وهذا يتفـق مع القانون المدني ، وأخذ به القانون الأردني [1] .

٢ ـ تسليم الأرض والأدوات والمواشي :

يلتزم المؤجر في عقد الايجار أن يسـلم العين المؤجرة وملحقاتها إلى المستأجر

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٦٩٦ ، القانون المدني الاردني ، المادة ٧٢٦ ، الفقه الإسلامي ، فيض الله ص ٤١٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٧٧/٦ .

وجاءت المادة ٥٨٩ واعتبرت الأدوات الزراعية والمواشي داخله في الالتزام بالتسليم ، إذا كانت موجودة في الأرض وقت التعاقد ، وكانت مملوكة للمؤجر .

وفي ذلك تختلف المزارعة عن الايجار العادي للأراضي الزراعية ، ففي ايجار الأراضي الزراعية لا تدخل المواشي والأدوات الزراعية في ملحقات الأرض ، ولا يلتزم المؤجر بتسليمها للمستأجر إلا إذا كان العقد يشملها (المادة ٥٧٧) ، أما في المزارعة فتنص المادة ٥٨٩ صراحة على دخول الأدوات الزراعية والمواشي في ملحقات الأرض ، ويلتزم المؤجر بتسليمها ، ولو لم ينص عليها العقد ، وسبب التفريق أن المزارعة تقترب من الشركة، ويقدم المؤجر فيها رأس المال، ويقدم المستأجر العمل، ورأس المال في المزارعة يشمل الأرض وما يوجد عليها من مواش وأدوات زراعية[1] .

٣ ـ المحافظة على الزرع والعناية بالزراعة :

شدد القانون على المزارع المستأجر في التزامه في المحافظة على الزرع والعناية على الزراعة ، وطبق معيار الشركة ، وليس معيار الايجار ، في بذل العناية في الزراعة والمحافظة على الزرع ، لأن المزارع شريك في المحصول مع المؤجر ، وقررت المادة ٥٩٠ في الفقرة الأولى أنه يجب على المستأجر المزارع أن يبذل من العناية « ما يبذله في شؤون نفسه » ، وليس عناية الرجل المعتاد كما مر في الايجار ، والمزارعة تحتاج إلى عناية خاصة ، وذلك أن المزارعة من الشؤون الخاصة للمزارع ، وأن شخصيته لها اعتبار جوهري في عقد المزارعة ، وتؤثر في الانتاج والمحصول لكل من الطرفين[2] .

٤ ـ المحافظة على الأرض والأدوات والمواشي :

بعد أن قرر القانون وجوب العناية الخاصة بالزراعة والمحافظة على الزرع في عقد المزارعة ، وتشدد في المعيار بما يبذله الإنسان في شؤون نفسه ، خشي أن يفهم شمول هذا المبدأ والاستثناء للأرض وملحقاتها ، فاستدرك ذلك في الفقرتين الثانية

---

(١) انظر : الوسيط ٦/٢/١٣٨١ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٦٦ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٦٣ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/٢/١٣٨٤ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٦٨ .

والثالثة من المادة ٥٩٠ ، وعاد إلى اعتبار عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الأرض ، وأن المزارع مسؤول عما يصيبها من التلف أثناء الانتفاع إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليها وفي صيانتها عناية الشخص المعتاد ، كما هو الشأن في الايجار عامة ، كما يلتزم بالعناية المعتادة في المحافظة على الأدوات والمواشي ، وأن يرعى المواشي بالعمل بمقدار طاقتها مع القيام بغذائها وعلاجها وايوائها ، فإن نفقت المواشي ، أو تلفت الأدوات الزراعية ، بدون خطأ من المزارع المستأجر فلا يسأل عن ذلك ، و لايتحمل التعويض عنها [١] .

وهذا ما صرح به فقهاء الشريعة الإسلامية بأن المزارع إذا قصر في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب فعليه الضمان ، وكذلك إذا قصر المستأجر في سقيها حتى يبس الزرع فعليه ضمان قيمة الزرع ، وهو ما نص عليه القانون الأردني ، وفرض على المزارع بذل عناية الشخص المعتاد ، وإلا كان ضامناً لصاحب الأرض [٢] .

٥ ـ الأجرة وتوزيع الغلة في المزارعة :

عرض القانون في المادة ٥٩١ إلى طريقة توزيع الغلة بين المزارع والمؤجر ، وبين تبعة هلاكها ، فتكلم في الفقرة الأولى على أن « توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها ، أو بالنسبة التي يعينها العرف ، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان لكل منهما نصف الغلة » ، فيوزع المحصول بين الطرفين بحسب الاتفاق الجاري بينهما في عقد المزارعة بأن يأخذ المؤجر الربع أو الثلث أو النصف ، ويأخذ المزارع الباقي ، فإن لم يوجد اتفاق بينهما على توزيع المحصول رجع الطرفان إلى العرف ، والمقصود هو العرف الزراعي ، وقد يختلف من مكان إلى آخر ، كما يختلف بحسب نوع المحصول من حبوب إلى خضار إلى ثمار وفواكه ، فإن لم يوجد عرف لتوزيع

---

(١) انظر : الوسيط ٦/٢/١٣٨٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٧٠ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٧٠٣ ـ ٧٠٦ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٧٣١ .

المحصول فرض القانون توزيعه مناصفة ، لأن الشركة تقتضي المناصفة كما يقول الفقهاء[1] .

وقد اشترط الفقهاء في المزارعة أن يتم الاتفاق على بيان حصة كل من الطرفين، لتوزيع المحصول عليهما مناصفة أو مثالثة ، وإلا كانت المزارعة فاسدة ، ويثبت لصاحب الأرض أجر مثل أرضه إن كان البذار من المستأجر والمحصول كله له، وإن كان البذار من صاحب الأرض كان المحصول له ، ويثبت للمستأجر أجر مثل عمله ، ولايصح أن يشترط أحدهما أن يأخذ مقداراً معيناً من المحصول ، أو محصول موضع معين من الأرض ، أو احتساب البذر من أصل المحصول أو دفع الخراج أو الضرائب منه قبل القسمة ، وهو ما أخذ به القانون الأردني[2] .

٦ ـ تبعة هلاك الغلة في المزارعة :

حددت الفقرة الثانية من المادة ٥٩١ تبعة هلاك الغلة في المزارعة ، وأنه « إذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب قوة قاهرة ، تحمل الطرفان تبعة هذا الهلاك ، ولا يرجع أحد منهما على الآخر » فهلاك الغلة بقوة قاهرة يقع على المؤجر وعلى المزارع ، لأنها مملوكةلهما ، كل بقدر حصته ، فإذا هلكت فإنما تهلك على المالك ، وإن هلك بعضها فإنه يستبعد من المحصول ، ويقسم الباقي بحسب حصة كل من الطرفين ، ويتحمل كل طرف ما انفقه أو التزم بتقديمه والقيام به بمقتضى عقد المزارعة ، دون أن يرجع أحد منهما على الآخر ، لكن إن وقع الهلاك بخطأ أحدهما فتقع تبعة الهلاك عليه ، ويحق للطرف الثاني الرجوع عليه بقدر حصته ، وهذا تطبيق للقواعد العامة في الهلاك بقوة قاهرة على المالك ، وبسبب الخطأ على المتسبب ، لكنه يخالف تبعة الهلاك التي مرت معنا في ايجار الأراضي الزراعية إذا كان ذلك بقوة قاهرة منعت المستأجر من تهيئة الأرض أو بذرها ، أو هلاك المحصول

---

(١) انظر : الوسيط ١٣٧٣/٢/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٧١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المواد ٦٩٨ ـ ٧٠٠ ، مجلة الأحكام العدلية ، المادتان ١٤٣٥ ، ١٤٣٩ ، القانون المدني الأردني ، المادتان ٧٢٤ ـ ٧٢٥ ، القوانين الفقهية ص ٣٠٨ ، حاشية ابن عابدين ٢٧٩/٦ ، بدائع الصنائع ٣٨١٢/٨ .

بقوة قاهرة قبل قطفه أو حصاده فإن الهلاك يقع على المؤجر ، ويطلب المستأجر اسقاط الأجرة عنه كلياً أو جزئيا بمقدار نسبة الهلاك (المادة ٥٨٣) ، والسبب في التفريق بين المزارعة وايجار الأراضي الزراعية أن المؤجر في المزارعة شريك في المحصول فيتحمل نصيبه في هلاكه باعتباره مالكاً إياه ، بخلاف المؤجر في الأراضي الزراعية فإنه لا يملك المحصول ، وإنما يستحق الأجرة مقابل تمكين المستأجر من الانتفاع [١] .

وفي الفقة الإسلامي تقع تبعة هلاك الغلة على الطرفين ، لأنها عقد شركة ، ويتحمل الشركاء الربح والخسارة [٢] .

٧ ـ منع التنازل عن الايجار والايجار الثانوي في المزارعة :

لما كانت شخصية المستأجر المزارع ذات اعتبار خاص وجوهري في المزارعة، لذلك نص القانون على حكم يتفق مع طبيعة المزارعة فمنع التنازل عن الايجار أو الايجار الثانوي من المزارع بدون إذن المؤجر ورضائه ، لأن المؤجر وضع في اعتباره في عقد المزارعة وفي تقدير الأجرة وتوزيع الغلة شخصية المزارع وخبرته في شؤون الزراعة ، وما يتعلق به من بذل الجهد الكافي ، والعناية اللازمة للمزروعات ، والمحافظة التامة على الأرض والمواشي والأدوات وغيرها ، وبالتالي فلا يحق للمزارع التنازل عن المزارعة لآخر ، أو عقد الايجار الثانوي على الأرض إلا برضاء المؤجر، فإن خالف المزارع هذه الأحكام تعرض للمسؤولية والجزاء بمقتضى القواعد العامة ، في عقد الايجار ، ويحق للمؤجر طلب فسخ المزارعة مع طلب التعويض عن الإخلال بالعقد [٣] .

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يمنع التنازل عن المأجور أو تأجيره

---

(١) انظر : عقد الايجار ، مرقس ص ٧٨٠ ، الوسيط ٦/٢/١٣٧٦ .
(٢) انظر : الفقه الإسلامي ، فيض الله ص ٤٢٦ .
(٣) انظر : الوسيط ٦/٢/١٣٩٠ .

لآخر إذا كان الاستعمال يتفاوت بحسب الأشخاص ، وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني[1] .

٨ ـ انقضاء المزارعة بموت المستأجر :

تعتمد المزارعة على المستأجر المزارع بشخصيته وخبرته ، ولكن لا أثر لشخصية المؤجر فيها ، ولذلك فرق القانون بين موت المؤجر وموت المستأجر ، وطبق القواعد العامة عند موت المؤجر ، وأن الايجار لا ينقضي بسبب موته ، ويبقى المزارع ملتزماً بأحكام المزارعة وآثارها والتزاماتها نحو الورثة ، ويلتزم الورثة بجميع التزامات المؤجر المورث بعد موته ، وفي حدود التركة ، بينما قرر القانون انقضاء المزارعة بموت المزارع المستأجر ولو قبل انقضاء مدة المزارعة وهو ما نصت عليه المادة ٥٩٣ ، ويلحق بالموت عجز المزارع عن رزاعة الأرض لمرض أو سفر أو حبس أو شيخوخة[2] .

ويتفق القانون في انقضاء المزارعة بموت المستأجر مع المذهب الحنفي الذي يجعل الموت سبباً لانقضاء الإيجار مطلقاً ، وقال الحنفية إذا مات المزارع قبل نضج الزرع وحصاده فتقوم ورثته مقامه في العمل إلى أن يسوى الزرع ، وإن أبى صاحب الزرع ، وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني أيضاً[3] .

٩ ـ آثار انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها :

وأخيراً حدد القانون الآثار التي تترتب على انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها في المادة ٥٩٤، وأنه يجب على المؤجر « أن يرد للمستأجر أو لورثته ما أنفقه

---

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٨٧ ، القانون الأردني ، المادة ٧٣٢ .

(٢) انظر : الوسيط ١٣٩٤/١/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٨٣ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٦٥ .

(٣) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٧٠٩ ، الفقه الإسلامي ، فيض الله ص ٤٣٠، القانون المدني الأردني ، المادة ٤٣٤ .

المستأجر على المحصول الذي لم يتم نضجه ، مع تعويض عادل عما قام به المستأجر من العمل » ، سواء كان انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها بسبب من المؤجر كالاخلال بالتزاماته فيطلب المزارع الفسخ مع التعويض عن الإخلال ، ويستحق استرجاع ما أنفقه على المحصول ، والتعويض عن عمله الذي قام به ، أو كان انتهاء المزارعة بسبب المستأجر كأن يخل بالتزاماته أو بموته أو عجزه ، فما كان من المحصول ناضجاً يقسم بين الطرفين بحسب العقد ، وأما الزرع الذي لم ينضج فهو للمؤجر لأنه قائم في أرضه ، ويستحق المستأجر أو ورثته استرداد ما أنفقه من المؤجر ، مع التعويض عن العمل الذي قام به المستأجر المزارع .

ثم أعطى القانون في الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ الحق لورثة المزارع أن يحلوا محل مورثهم حتى ينضج المحصول ، وذلك إذا انتهت المزارعة بموت المستأجر ، وكان الورثة قادرين على القيام بالمزارعة على الوجه المرضي ، وهذا مجرد حق للورثة يختارون بينه وبين استعمال حقهم في استرداد النفقات المقررة في الفقرة الأولى ، ويقاس على موت المزارع عجزه عن العمل لسفر أو عذر آخر ، فيختار المستأجر بين إنهاء المزارعة مع طلب التعويض عن العمل واسترداد النفقات ، وبين قيام أفراد أسرته بالعمل ، والحلول محله فيها[1] .

* * *

(١) انظر : الوسيط ٦/١/١٣٩٧ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٨٧ ، عقد الايجار ، الشرقاوي ص ٣٦٦ ، الفقه الإسلامي ، فيض الله ص ٤٢٩ ، ٤٣٢ .

الفصل الثالث

ايجـار الوقف

الوقف هو حبس المال على حكم ملك الله تعالى ، بقطع التصرف في عينه ، والتصدق بمنفعته على أعمال البر والإحسان ، وهو من أعمال الخير التي اختص بها الإسلام ، ثم شاع وانتشر[1] ، والوقف له طبيعة خاصة باعتباره يمنع التصرف بالعين ، مع إباحة الانتفاع والتصرف بالمنافع بدون عوض ممن عينهم الواقف ، وإقامة الناظر للإشراف على العين وحسن الاستفادة منها واستغلالهـا وتوزيع الغلة على المستحقين فيهـا .

والقانون المدني أخذ أحكام ايجـار الوقف من الشريعة الإسلامية ، وقنن بعض الأحكام الخاصة به لرعاية المصلحة المقصودة من الوقف ، فنص على ايجـار الوقف في المواد ٥٩٥ ـ ٦٠١ ، على أن يطبق فيمـا عداها الأحكـام العامة لعقد الايجار بنص المادة ٦٠١ ، ثم أحكام العقد بشكل عام ، ثم العرف والرجوع إلى الفقه الإسلامي [2] ، ونكتفي هنا بعرض الأحكام الخاصة في القانون المدني .

---

(١) انظر تعريـف الوقف ومشروعيته وحكمتـه في (مغني المحتـاج ٢/٣٧٦ ، كشاف القناع ٤/٢٦٦ ، المغني ٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٤/٣٣٧ ، فتح القـدير ٥/٣٧ ، حاشية الدسوقي ٤/٧٥ ، المهذب ١/٤٤٧ ، بلغة السالك ٢/٢٧٤) .

(٢) صدر في سورية المرسوم التشريعي رقم ٧٦ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٦ بالغـاء الوقف الذري والمشترك وحل الأوقاف الذريـة والمشتركة وتصفيتها ، كما صـدر المرسوم التشريعي رقم ١٢٨ تاريخ ١٩٤٩/٦/١١ بنقل الإشراف الكامل للوقف إلى

١ ـ ولاية إيجار الوقف :

حصر القانون ولاية ايجار الوقف بالمتولي دون غيره (١/٥٩٥) لأنه المتعين من الواقف أو القاضي بإدارة الوقف والاشراف عليه واستغلاله وحسن توزيع الغلة والمحصول ، ولا يملك أحد ايجار الوقف ولو كان الموقوف عليه ، حتى ولو انحصر فيه الاستحقاق ، إلا إذا كان الموقوف عليه معيناً من قبل الواقف ، أو مأذوناً له من المتولي أو القاضي ، (المادة ٢/٥٩٥) .

وهذا الحكم مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران ، المادة ٦٦٣ ، بقوله : « للناظر ولاية إجارة الوقف ، فلا يملكها الموقوف عليه إلا إذا كان متولياً من قبل الواقف أو مأذوناً له ممن له ولاية الإجارة من ناظر أو قاض » .

ولا يملك القاضي نفسه إيجار الوقف مع وجود المتولي ، لأن ولاية الناظر خاصة فتقدم على ولاية القاضي العامة[1] .

وأخذ بهذا الحكم القانون الأردني في المادة ٧٤٩ ، وزاد في الفقرة الثانية ، أنه إذا كانت التولية على الوقف لاثنين ، فلا ينفرد أحدهما برأيه في الإجارة دون الآخر ، وكذلك إذا وجد المتولي للوقف مع المشرف عليه ، فلا يستقل المتولي بالايجار دون رأي المشرف ، المادة ٣/٧٤٩ .

٢ ـ ولاية قبض الأجرة :

حصر القانون الحق في قبض الأجرة بالمتولي على الوقف ، فلا يصح للمستأجر

وزارة الأوقاف ، وعزل النظار القائمين عليها وإلغاء شروط الواقف ، وصدر مثل ذلك في مصر بالمرسوم رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، والمعدل بالمرسوم رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ .

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٤/٣٧٤ ، مغني المحتاج ٢/٣٨٩ ، بلغة السالك ٢/٢٨٧ .

أن يدفع الأجرة إلا للمتولي أو من يأذن لـه ، ولا تبرأ ذمة المستأجر إذا دفعها إلى الموقوف عليه إلا إذا أذن له المتولي في قبضها ، (المادة ٥٩٦) ؛ ويثبت حق قبض الأجرة لناظر الوقف المتولي عليه ، ولو كان المؤجر غيره من واقف أو ناظر سابق ، وإن عزل الناظر فلا يحق له قبض الأجرة ، ولو كان هو المؤجر ، لانتهاء ولايته ؛ ويجبر المستأجر على دفعها ثانية للناظر المعين [1] .

وهذه المادة مأخوذة حرفيا من مرشد الحيران في المادة ٦٦٤ ، وأخذ بها القانون الأردني كذلك في المادة ٧٥١ .

٣ ـ استئجار الوقف من الناظر :

يجوز ايجار الوقف لكل شخص ، ولو كان للموقوف عليه ، ولكن القانون المدني استثنى متولي الوقف في المادة ٥٩٧ ؛ فنص في الفقرة الأولى منها أنه « لا يجوز للمتولي أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل » وذلك أنه هو المؤجر ، فلو استأجر الوقف لنفسه لكان مؤجراً ومستأجراً في وقت واحد ، فتلحق به التهمة ، وأن الأصل في الشريعة والقانون أنه لا يجوز للشخص تولي طرفي العقد إلا في حالات استثنائية ، وهذه ليست منها ، لكن يجوز للمتولي أن يستأجر الوقف من القاضي لانتفاء التهمة ، وعدم تولي طرفي العقد ؛ ولو استأجر المتولي الوقف من نفسه كان العقد باطلا ، ويجب عليه الإخلاء مع دفع أجر المثل عن المدة التي استوفى فيها المنفعة ، وقد يعرضه ذلك للعزل .

أما الفقرة الثانية من المادة ٥٩٧ فقد نصت على جواز أن يؤجر المتولي الوقف لأصوله وفروعه على أن يكون بأجر المثل ، نفياً للتهمة ، فلا يصح الايجار بغبن ولو كان يسيراً ، وهذا رأي الصاحبين من الحنفية ، خلافاً للإمام أبي حنيفة الذي يشترط أن تكون الأجرة أكثر من أجر المثل ، نفياً للتهمة ؛ ومراعاة لخير الوقف[2]،

---

(١) انظر : الوسيط ١٤١٢/٢/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٧٩٧ ، المعاملات في الشريعة ، أبو الفتح ٤٣٢/٢ .

(٢) انظر : الوسيط ١٤١٤/٢/٦ ،عقد الايجار ، مرقس ص ٧٩٩ .

وأخذ القانون الأردني بمنع المتولي باستئجار الوقف لنفسه ولو بأجر المثل إلا أن يتقبل الإجارة من القاضي ، المادة ٧٥٠/١ ، وأخذ بالفقرة الثانية بقول الإمام أبي حنيفة بجواز أن يؤجر المتولي الوقف لأصوله أو فروعه بأجرة تزيد عن أجر المثل بعد إذن المحكمة بذلك .

٤ ـ أجرة الوقف :

لا يشترط في ايجار الأشياء غير الموقوفة أن تكون الأجرة خالية من الغبن، ولكن نظراً لطبيعة الوقف الخيرية ، ورعاية شؤون الموقوف عليهم ، فقد منع القانون في المادة ٥٩٨ إجارة الوقف بالغبن الفاحش ، إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي لهولاية التصرف في الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه ، ولا تسري هذه الإجارة في حق من يليه من المستحقين ، والأجر الفاحش في الشريعة الإسلامية هو ما يزيد عن الخمس ، فإن كان المؤجر هو المستحق الوحيد في الوقف فيجوز إيجار الوقف بغبن فاحش ، لأن النص لمصلحته الخاصة وله الحق بالتنازل عنها فإن قبل الغبن الفاحش فلا يتعدى الضرر إلى غيره، ولذلك يقتصر أثر هذا الايجار عليه ، ولا يشمل المستحق بعده ، الذي يحق له طلب استكمال الأجرة إلى أجر المثل ، وهذا يوافق قول الشافعية ، ويخالف قول المالكية والحنفية ، وهو ما نص عليه مرشد الحيران في المادة ٦٧٠ منه بأنه لا يصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير ، ولو كان المؤجر هو المستحق الوحيد ، وذلك منعاً للتساهل في أمور الأوقاف .

وإن أجر المتولى الوقف بغبن فاحش فلا يبطل العقد ، ولكنه يقع فاسداً ، ويطلب من المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل من وقت العقد ، ولا يكفي إكمال الأجرة إلى أربعة أخماس أجر المثل وذلك بنص الفقرة الثانية من المادة ٥٩٩ ، وهذه الفقرة جاءت خطأ بعد المادة ٥٩٩ ، والصواب أن تكون بعد المادة ٥٩٨ ، وهذا

الحكم نصت عليه المادة ٦٧١ من مرشد الحيران [١] ، وبه أخذ القانون الأردني في المادة ٧٥٤/١ .

وقال الشافعية يجوز إيجار الوقف بأقل من أجر المثل ، وقال الحنابلة : يصح بأقل ويضمن الناظر الفرق [٢] .

كما نص القانون المدني في الفقرة الأولى من المادة ٥٩٩ أن « العبرة في تقرير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الايجار ، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك » .

وهذه المادة تتفق مع الشريعة في حالة نقص الأجرة بعد العقد عن الأجر المسمى ، فيبقى الأجر المسمى ولا تنقص الأجرة ، رعاية للوقف ، وكذلك إذا زادت أجرة المثل عن الأجر المسمى زيادة يسيرة ، أما إذا زادت أجرة المثل عن الأجر المسمى زيادة فاحشة فلا يعتد القانون بالتغيير الحاصل بعد ذلك ، وهو القول الأصح عند الشافعية والمالكية مراعاة للاستقرار ، ولكن الرأي الراجح عند الحنفية والذي نص عليه مرشد الحيران في المادة ٦٧٣ أن تعرض الزيادة على المستأجر فإن رضيها فهو أولى من غيره ، ويعقد معه عقد ثانٍ بالأجرة الثانية من حين قبولها إلى تمام الإجارة، ونصت المادة ٦٧٤ على أنه إن لم يقبل الزيادة يفسخ العقد ويؤجر إلى غيره ، مالم تكن العين المستأجر مشغولة بزراعته ، فيترك فيها إلى الحصاد وتضاف عليه الزيادة من وقتها إلى حصاد الزرع وفسخ العقد بعده [٣] .

بينما أخذ القانون الأردني بقول الشافعية والمالكية ، وأنه لا يعتد بالتغيير

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٤ ، ٤٠٢ ، ٤٠٧ ، بلغة السالك ٢٨٨/٢ ، المعاملات ، أبو الفتح ٤٣٣/٢ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣٩٠/٢ ، كشاف القناع ٢٩٧/٤ .

(٣) انظر : الوسيط ١٤١٦/٢/٦ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٨٠٠ ، حاشية ابن عابدين ٤٠٣/٤ ، مغني المحتاج ٤٠٤/٢ ، بلغة السالك ٢٨٨/٢ ، حاشية الدسوقي ٩٥/٤ .

الطارىء أثناء المدة المعقود عليها ، لكن إن تحسن موقع العقار في ذاته ، وأدى إلى زيادة الأجرة زيادة فاحشة ، فأخذ القانون الأردني بالمذهب الحنفي ويخير المستأجر بين الفسخ أو قبول أجر المثل الجديد من وقت التحسن[1] .

٥ ـ مدة ايجار الوقف :

حددت المادة ٦٠٠ من القانون المدني في الفقرة الاولى الحد الأقصى لمدة ايجار الوقف ، وأنه لا يجوز للمتولي بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنوات ، ولو كان ذلك بعقود مترادفة ، سواء كان الوقف من المباني أو الأراضي الزراعية ، فإن أذن القاضي بالزيادة عن ثلاث سنوات لمسوغ معين أو لمصلحة الوقف كما لو كان محتاجاً للعمارة فيصح الايجار ، وإن لم يأذن القاضي بذلك ، وعقد الايجار لمدة أطول فلا يبطل العقد ، وإنما تنقص المدة إلى ثلاث سنوات .

وفي الفقه الإسلامي يفرق في الوقف بين المباني والأراضي ، فإن الراجح الذي نص عليه المرحوم قدري باشا أنه يشترط أنه تؤجر الدار أو الحانوت لسنة فقط ، وأن تؤجر الأرض لثلاث سنوات ، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت ، أو النقص في إجارة الأرض ، كما يجوز للضرورة إجارة الوقف لمدة أطول بشرط إذن القاضي عند حاجة الوقف للعمارة وبه أخذ القانون الأردني[2] .

وقال المالكية إن كان الوقف لمعين فالمدة سنتان ، وإن كان الوقف لغير معين تتجوز لأربع ، وإن كان المؤجر هو المستحق فتجوز لعشرة أعوام ، ويجوز إيجار

---

(١) المادتان ٢/٧٥٤ ، ٧٥٥ ، وانظر المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ٢/٥٧٥ .

(٢) المادتان ٦٦٨ ـ ٦٦٩ من مرشد الحيران ، وانظر : حاشية ابن عابدين ٤/٤٠٠ ـ ٤٠١ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٥٧٥ في المادة ٧٥٣ منه ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤٣٣ .

الوقف للضرورة أربعين سنة[1] .

كما استثنى القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة ٦٠٠ إجارة الوقف لمدة تزيد عن ثلاث سنين بلا حاجة إلى إذن القاضي إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد ، دون أن يمتد هذا الايجار إلى المتولي الذي يخلف المؤجر ، ويحق للمتولي انقاص المدة إلى ثلاث سنين .

وهذا الاستثناء للواقف يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يراعي شرط الواقف ما أمكن ؛ ونص على ذلك مرشد الحيران في المادة ٦٦٥ بقوله : « يراعي شرط الواقف في إجارة وقفه ، فإن عين الواقف مدة الإجارة اتبع شرطه ؛ وليس للمتولي مخالفته » ، ونص عليه ابن عابدين ، وأخذ به القانون المدني الأردني ؛ (المادة ١/٧٥٢) .

أما استثناء مستحق الوقف من المدة فصحيح لأنه لا ضرر على غيره ، بشرط ألا يعارض شرط الواقف في تحديد المدة ، وتقييد المدة في الوقف حفاظاً عليه ، لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف بوضع اليد أو التصرف الذي يراه الناس فيظن أنه مالك له [2] .

وإلى هنا ننتهي من أنواع الايجار الخاصة ، وبذلك ينتهي عقد الايجار ؛ وننتهي من مقرر القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي للسنة الرابعة من كلية الشريعة ، سائلين الله تعالى التوفيق والسداد وحسن الختام . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

---

(١) انظر : بلغة السالك ٢/٢٨٧ .

(٢) انظر : الوسيط ٦/٢/١٤٢٣ ، عقد الايجار ، مرقس ص ٨٠٨ ، حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٣ ، ٤٠٠ ؛ بلغة السالك ٢/٢٨٢ ، ٢٨٧ ، كشاف القناع ٤/٢٨٦ ، ٣٠٦ ، المعاملات ، أبو الفتح ٢/٤٣٣ .

خاتمة الطبعة الجديدة

الحمد لله الذي علّمنا، وكلفنا بالتعليم لاستمرار المعرفة على مدى الأجيال، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، المعلم الأول، والمبلغ عن ربّه، المبيّن لكتاب الله تعالى، وعلى آله وصحبه الذين حملوا عنه الدعوة والقرآن الكريم والسنة الشريفة، وبلغوها للناس، وبعد:

فقد تم عرض أحكام البيع والإجارة وأنواعهما تفصيلاً، ومقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ليكون هذا الكتاب مرجعاً ومعيناً في هذه الخصوص، مع التنويه إلى وجود تفصيلات أكثر، وفروع متعددة كثيرة في أحكام البيع والإجارة في الموسوعات الفقهية والقانونية، وما عرضناه نموذج، ومرشد، ليأخذ القارئ سبيله إلى التوسع عند البحث وإعداد الرسائل العلمية، وللتعمق في مجال الدراسات العليا.

وإن أحكام البيع والإجارة وأنواعهما مثال لسعة الفقه الإسلامي والقانون المدني خاصة، والمعاملات المالية عامة، والعقود والالتزامات بشكل أعم.

وبقي المجال مفتوحاً لمتابعة البحث والشرح لسائر العقود التي يتعامل بها الناس، وجاءت القوانين والأنظمة لإعطائها أسماء خاصة، وتحديد أحكام كل منها.

فالعلم بحر، ولا يحيط به شخص، مهما أوتي من عقل وفكر، ومهما بذل من جهد وسعي، ومهما تفرغ له من وقت في حياته القصيرة، ولذلك قال الشاعر:

ما حوى العلم جميعاً أحد ... لا ولو حصله ألف سنة

ولذلك قرر ذلك القرآن الكريم، فقال تعالى: ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٦]، وأرشد إلى المنهج السديد في قوله تعالى: ﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾ [طه: ١١٤].

ونهيب بأنفسنا، وبطلابنا، وأحبتنا أن يواظبوا على طلب العلم، ليرافقهم من المهد إلى اللحد، مع حسن النية، لزيادة الأجر والثواب.

وكلنا أمل أن ترجع أمتنا إلى دينها، وتستمد قوانينها من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، مع المعاصرة والتطور، ليمتد العطاء، وتتمتع بالخصائص والميزات التي أرادها الله من إرسال الرسل وإنزال الكتب، وتقرير الشرع.

وصلى الله وسلم على سينا محمد وعلى آله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

ثبت المراجـــع

أولاً : المراجـــع القانونيـــة

١ ـ **أبحاث إضافية في عقدي البيع والمقايضة في التقنين المدني السوري .**

الدكتور وحيد الدين سوار

مذكرات على الآلة الكاتبة ـ الطبعة الثانية ١٩٦٣ م .

٢ ـ **التقنين المدني المصري**

الدكتور جمال الدين العطيفي

مطبعة الكاتب المصري ـ القاهرة ـ ١٩٤٩ م .

٣ ـ **الحقوق العينية الأصلية .**

الدكتور محمد وحيد الدين سوار

مطبعة الداودي ـ دمشق ـ ١٤٠١هـ/١٩٨١م .

٤ ـ **شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي .**

الدكتور محمد علي عمران

طبع المكتبة الوطنية ـ بنغازي

٥ ـ **شرح القانون المدني ـ عقود البيع والحوالة والمقايضة .**

الأستاذ أحمد نجيب الهلالي والدكتور حامد زكي

مطبعة الفجالة الجديدة بمصر ـ الطبعة الثانية ـ سنة ١٩٥٤ م

٦ ـ **عقد الايجار ـ ملخصاً من دروس (١٩٥٥ ـ ١٩٥٦ م) .**

الدكتور عبد المنعم البدراوي

مطابع دار الكتاب العربي بمصر .

٧ ـ **عقـد الايجـار**

الدكتور جميل الشرقاوي

طبع دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ١٩٦٦ م .

٨ ـ عقـد الايجار

الدكتور سليمان مرقس

مطبعة النهضة الجديدة ـ القاهرة ١٩٦٨ م .

٩ ـ عقـد الايجـار

الدكتور سمير عبد السيد تناغو

توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية ـ ١٩٧٠ م.

١٠ ـ عقـد البيع .

الدكتور عبد العزيز عامر .

دار النهضة المصرية ـ القاهرة ـ ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م .

١١ ـ عقـد البيع .

الدكتور شفيق الجراح .

مطبعة ابن خلدون ـ دمشق ـ ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

١٢ ـ العقود الشائعة أوالمسماة

الدكتور جاك يوسف الحكيم

دار الفكر ـ دمشق ـ ١٩٧٠ م .

١٣ ـ العقود المسماة ـ عقد البيع والمقايضة (شرح القانون المدني السوري) .

الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء

مطابع دار الفكر ـ دمشق ـ الطبعة الخامسة ـ١٣٨٢ هـ / ١٩٦٣ م .

١٤ ـ العقود المسماة ـ عقد البيع (شرح القانون المدني العراقي) .

الدكتور حسن علي الذنون

مطبعة الرابطة ـ بغداد ـ ١٩٥٣ م .

١٥ ـ العقود المسماة ـ عقد البيع ـ

الدكتور أنور سلطان والدكتور جلال العدوي

دار المعارف بمصر ١٩٦٦ م .

ـالقانون المدني ـ عقد البيع ـ الجراح = انظر : عقد البيع

١٦ ـ **القانون المدني السوري ٠**

الأستاذ مصطفى الزرقا

نشر معهد البحوث والدراسات العربية ـ بجامعة الدول العربية ـ القاهرة ـ ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٩ م ٠

١٧ ـ **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٠**

إصدار وزارة العدل

مطابع مدكور بالقاهرة ٠

١٨ ـ **الوجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ٠**

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ القاهرة ـ ١٩٤٠ م ٠

١٩ ـ **نظرية الالتزام العامة (شرح القانون المدني السوري) ٠**

الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا

مطبعة دار الحياة بدمشق ـ الطبعة الرابعة ـ ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م٠

٢٠ ـ **النظرية العامة للالتزام (شرح القانون المدني) ٠**

الدكتور محمد وحيد الدين سوار

مطبعة دار الكتاب ـ بدمشق ـ ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م ٠

٢١ ـ **الوجيز في أحكام الايجارات**

المحامي محمد فهر شقفة ٠

الطبعة الأولى ـ دمشق ـ ١٩٧٩ ٠

٢٢ ـ **الوجيز في الحقوق المدنية ٠**

الدكتور عدنان القوتلي ٠

مطبعة دار الفكر بدمشق ـ الطبعة السابعة ـ ١٣٨٣ هـ /١٩٦٣ م ٠

٢٣ ـ **الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الرابع ـ العقود التي تقع على الملكية ٠**

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٠

مطابع دار النشر للجامعات المصرية ـ القاهرة ١٩٦٠ م

٢٤ ـ **الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء السادس ـ العقود الواردة على الانتفاع**
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري
نشر دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ١٩٦٣ م .

ثانيـاً : المراجع الفقهية القديمة

المذهب الحنفي :

٢٥ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**
علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (٥٨٧ هـ) .
مطبعة الإمـام ـ بالقاهرة ـ

ـ **جامع الفصولين**
للامام محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي
الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية ـ سنة ١٣٠٠ هـ .

٢٦ ـ **حاشية ابن عابدين = رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار .**
محمد أمين الشهير بابن عابدين
طبع مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م

٢٧ ـ **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**
القاضي منلا خسرو الحنفي
المطبعة العامرة الشرفية ـ القاهرة ـ ١٣٠٤ هـ .

٢٨ ـ **فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني**
كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، المعروف بابن الهمام الحنفي (٦٨١ هـ)
مطبعة مصطفى محمد ـ المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة ـ

٢٩ ـ **اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية .**
نجم الدين الرملي الحنفي .
على هامش جامع الفصولين ـ الطبعة الأولى ـ المطبعة الأزهرية ١٣٠٠ هـ .

المذهب المالكي :

٣٠ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير .

الشيخ أحمد الصادي

طبع المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة .

٣١ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير .

محمد عرفة الدسوقي

طبع دار إحياء الكتب العربية ـ لعيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

٣٢ ـ شرح حدود ابن عرفة (٨٠٣ هـ) .

القاضي أبو عبد الله محمد الأنصاري ؛ المشهور بالرصاع التونسي (٨٩٤هـ)

المطبعة التونسية ـ تونس ـ سنة ١٣٥٠ هـ .

٣٣ ـ القوانين الفقهية = قوانين الأحكام الشرعية .

محمدبن أحمد بن جزيء الغرناطي المالكي (٧٤١ هـ) .

دار العلم للملايين ـ بيروت ـ ١٩٦٨ م .

٣٤ ـ منح الجليل على مختصر العلامة خليل .

العلامة الشيخ محمد عليش .

تصوير مكتبة النجاح ـ طرابلس ـ ليبيا .

المذهب الشـــافعي :

٣٥ ـ روضة الطالبين .

الامام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) .

طبع المكتب الإسلامي ـ دمشق .

٣٦ ـ المجموع شرح المهذب .

الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) .

مطبعة العاصمة ـ نشر زكريا علي يوسف ـ القاهرة .

٣٧ ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج (للنووي ٦٧٦ هـ)

الشيخ محمد الشربيني الخطيب

طبع مصطفى البابي الحلبي بمصر ـ سنة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٨ م .

٣٨ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي .

أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي (٤٧٦ هـ) .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ـ الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م .

المذهب الحنبلي :

٣٩ ـ إعلام الموقعين .

للامام الجليل ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ)

طبع دار الكتب الحديثة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .

٤٠ ـ العذب الفائض شرح عمدة الفارض .

الشيخ ابراهيم بن عبد الله بن ابراهيم الفرضي ، الحنبلي (فرغ منه سنة ١١٨٥ هـ) .

طبع مصطفى البابي الحلبي ـ بمصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٧٢ هـ/١٩٥٣م

٤١ ـ كشاف القناع عن متن الاقناع .

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) .

مطبعة الحكومة بمكة ـ ١٣٩٤ هـ .

٤٢ ـ المغني

أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) .

نشر مكتبة القاهرة ـ ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .

ثالثـاً : كتب الحديث الشريف

٤٣ ـ جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي

محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (١٣٥٣ هـ) .

مطبعة المدني ـ القاهرة ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م .

٤٤ ـ **سبل السلام**

محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢ هـ)

طبعة رابعة ـ سنة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

٤٥ ـ **سنن ابي داود**

أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ)

مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ بمصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٧١ هـ / ١٩٥٢ م.

٤٦ ـ **سنن ابن ماجه**

محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣ هـ)

مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة ـ طبعة أولى ـ ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م .

٤٧ ـ **سنن النسائي ، ومعه زهر الربى للسيوطي (٩١١ هـ)**

أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣ هـ) .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ بمصر ـ ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م .

٤٨ ـ **صحيح البخاري مع حاشية السندي .**

محمدبن اسماعيل البخاري ، أبو عبد الله (٢٥٦ هـ)

المطبعة العثمانية ـ بمصر ـ طبعة أولى ـ ١٣٥١ هـ / ١٩٣٢ م .

٤٩ ـ **صحيح مسلم بشرح النووي (٦٧٦ هـ)**

مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) .

المطبعة المصرية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٤٩ هـ / ١٩٣٠ م

٥٠ ـ **فيض القدير شرح الجامع الصغير**

عبد الرؤوف المناوي

طبع دار المعرفة ـ بيروت ـ الطبعة الثانية ١٣٩١ هـ / ١٩٧٢ م .

٥١ ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية .**

عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) .

الطبعة الأولى ـ بمصر ـ ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .

٥٢ ـ **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار .**

محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ)

مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٦١ م .

رابعاً : المراجع الشرعية الحديثة

٥٣ ـ **الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني الجديد ـ دراسة موازنة بالقانون السوري .**

الدكتور وحيد الدين سوار

مجلة « المحامون » الصادرة عن نقابة المحامين بدمشق ـ العدد ٩ و ١٠ و ١١ لعام ١٩٧٨ م .

٥٤ ـ **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية .**

المرحوم محمد قدري باشا

منشورات دار الآفاق الجديدة ـ بيروت ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

٥٥ ـ **الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات .**

الدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني

مطابع دار الفكر بدمشق ـ ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م .

٥٦ ـ **أصول البيوع الممنوعة .**

الدكتور الشيخ عبد السميع أحمد إمام .

دار الطباعة المحمدية بالقاهرة ـ الطبعة الأولى ـ رسالة دكتوراه

٥٧ ـ **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي .**

الدكتور محمد يوسف موسى

مطابع دار الكتاب العربي بمصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م .

٥٨ ـ **الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي**

الدكتور نزيه حمّاد

طبع مكتبة دار البيان بدمشق ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

٥٩ ـ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني

الدكتور عبد المنعم فرج الصدة

طبع معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية ـ ١٩٧٠ م.

٦٠ ـ الشريعة الإسلامية في مواجهة القوانين الوضيعة

الدكتور عبد المنعم فرج الصدة

بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للتعليم الإسلامي بمكة المكرمة ـ ١٩٧٧م

٦١ ـ المدخل الفقهي العام .

الاستاذ مصطفى احمد الزرقا

مطبعة جامعة دمشق ـ الطبعة السادسة ـ ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م .

٦٢ ـ المدخل للفقه الإسلامي

الأستاذ محمد سلام مدكور

طبع دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٨٠هـ / ١٩٦٠م

٦٣ ـ المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني

إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين ـ عمان

٦٤ ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي .

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري .

نشر معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية ـ ١٩٦٧م .

٦٥ ـ المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية .

أحمد أبو الفتح

مطبعة النهضة بمصر ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٤٠ هـ / ١٩٢٢ م .

٦٦ ـ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد .

الدكتور وهبة الزحيلي

طبع دار الفكر ـ الطبعة الثانية ـ

٦٧ ـ الفقه الإسلامي وفق منهج السنة الرابعة .

الدكتور محمد فوزي فيض الله .

مطبعة طربين ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م.

٦٨ـ فقه المعـاملات

الدكتور مصطفى الخن

مطابع مؤسسة الوحدة ـ ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

٦٩ ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية .

العلامة الشيخ محمد أبو زهرة

مطبعة فتح الله بمصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٩ م

٧٠ ـ الميراث المقارن

محمد عبد الرحيم الكشكي

الطبعة الثانية ـ ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

٧١ ـالنظريات الفقهية

الدكتور فتحي الديني

مطبعة خالد بن الوليد بدمشق ـ ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م

٧٢ ـ وسائل الاثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية .

الدكتور محمد مصطفى الزحيلي

الطبعة الأولى ـ دارالبيان بدمشق ـ ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

* * *

محتويـات الكتـاب

الموضـوع	الصفحة
تقـديم	ج
الباب التمهيدي : أحكام عامـة	١
الفصل الأول : المقارنة بين القانون والشريعة	٣
الفصل الثاني : العقود المسماة، طبيعتها ومعناها	٩
الباب الأول : البيع بشكل عام	٣٩
الفصل الأول : اهمية البيع وتعريفه وخصائصه	٤١
المبحث الأول : اهمية البيع وتطوره	٤١
المبحث الثاني : تعريف البيع وخصائصه	٤٤
الفصل الثاني : اركان البيع	٦٩
المبحث الأول : الرضا في البيع	٧٢
المبحث الثاني : المبيع	٩٠
الفرع الأول : تعريف المبيع وشروطه	٩٠
الفرع الثاني : معلومية المبيع	١٠٤
الفرع الثالث : الوسائل الخاصة لمعلومية المبيع	١٢٠
الوسيلة الأولى : البيع بالنموذج	١٢٠
الوسيلة الثانية : البيع بشرط التجربة	١٣١
الوسيلة الثالثة : البيع بشرط المذاق	١٥٣

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثالث : الثمن	١٦٢
الفرع الأول : تعريف الثمن وشروطه	١٦٣
الفرع الثاني : تحديد الثمن	١٧٢
الفرع الثالث : الغبن في الثمن	١٨٧
الحالة الأولى : الغبن الاستغلالي	١٨٨
الحالة الثانية : الغبن في بيع عقار القاصر	١٩٣
الفصل الثالث : آثار البيع	٢٠٧
المبحث الأول : التزامات البائع	٢٠٨
الفرع الأول : نقل الملكية	٢٠٩
الفرع الثاني : تسليم المبيع	٢٢٧
الشعبة الأولى : مضمون الالتزام بالتسليم	٢٢٩
الشعبة الثانية : كيفية تسليم المبيع	٢٤٦
الشعبة الثالثة : نتائج تسليم المبيع وعدمه	٢٦٣
الفرع الثالث : ضمان التعرض والاستحقاق	٢٨٠
الشعبة الأولى : تحديد ضمان التعرض والاستحقاق	٢٨٢
الشعبة الثانية : دعوى الاستحقاق	٢٩٥
الشعبة الثالثة : عناصر ضمان الاستحقاق	٣٠٦
الشعبة الرابعة :الاتفاق على تعديل ضمان الاستحقاق	٣١٧
الفرع الرابع : ضمان العيوب الخفية	٣٢٤
الشعبة الأولى : تعريف العيب وشروطه	٣٢٥
الشعبة الثانية : أحكام ضمان العيب	٣٤٠
الشعبة الثالثة : الاتفاق على تعديل ضمان العيب	٣٥٨
المبحث الثاني : التزامات المشتري	٣٦٦
الفرع الأول : الالتزام بدفع الثمن	٣٦٦

الموضـــوع	الصفحة
الشعبة الأولى : الوفاء بالثمن	٣٦٧
الشعبة الثانية : مؤيدات دفع الثمن	٣٨٤
الفرع الثاني : الالتزام باستلام المبيع	٣٩٦
الفرع الثالث : التزام المشتري بالنفقات	٤٠١
الباب الثاني : بعض أنواع البيوع	٤٠٩
الفصل الأول : بيع الوفـــاء	٤١١
الفصل الثاني : بيع ملك الغير	٤٢٠
الفصل الثالث : بيع الحقوق المتنازع عليها	٤٣٩
الفصل الرابع : بيع التركة أو المخارَجة	٤٥٦
الفصل الخامس : البيع في مرض الموت	٤٦٦
الفصل السادس : بيع النائب لنفسه	٤٧٨
الباب الثالث : عقد المقايضة	٤٨٩
الباب الرابع : الايجار	٤٩٩
الفصل الأول : تعريف الايجار وأهميته وخصائصه ، وتنظيم العقد	٥٠١
الفصل الثاني : أركان الايجار	٥١١
المبحث الأول : التراضي في عقد الايجار	٥١٢
المبحث الثاني : الشيء المؤجر	٥٢١
المبحث الثالث : الأجرة	٥٢٧

الموضـــوع	الصفحة

المبحث الرابع : مدة الايجار ٥٣٤

الفصل الثالث : آثـــار الايجار ٥٤٣

المبحث الأول : التزامات المؤجر ٥٤٤

الفرع الأول : تسليم الشيء المؤجر ٥٤٤

الفرع الثاني : صيانة الشيء المؤجر ٥٥٢

الفرع الثالث : ضمان التعرض والاستحقاق ٥٦٤

الفرع الرابع : ضمان العيوب ٥٧٦

المبحث الثاني : التزامات المستأجر ٥٨٢

الفرع الأول : الالتزام بالأجرة ٥٨٣

الفرع الثاني : استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له ٥٩١

الفرع الثالث : المحافظة على العين المؤجرة ٥٩٧

الفرع الرابع : رد الشيء المؤجر ٦٠٥

الفرع الخامس : طبيعة حق المستأجر ٦١٥

الفصل الرابع : انتقال الايجار وانتهاؤه ٦٢٢

المبحث الأول : انتقال الايجار ٦٢٢

المبحث الثاني : انتهاء الايجار ٦٣٠

الباب الخامس : بعض أنواع الايجار ٦٤٧

الفصل الأول : ايجار الأراضي الزراعية ٦٤٩

الفصل الثاني : المزارعة ٦٥٦

الفصل الثالث : ايجار الوقف ٦٦٥

ثبت المراجـــع ٦٧٣

محتويات الكتاب ٦٨٣

التصويبات المطبعية في كتاب العقود المسماة للدكتور محمد الزحيلي س٤ شريعة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٩	آخر سطر	٩٣٥	٧٦٧
١٠	٧	٩٣٦	٧٦٨
١٣	١٧	وله	ولها
١٥	٩	للعقود	بالعقود
١٩	٤	والعقود	والتعاقد
٢٣	١٣	فالربا	كالربا
٢٣	١٥	جاء	جاء ذلك
٢٧	١٤	٣٩٥	٣٨٦
٣٤	٦	يتقرى	يتحرى
٣٥	آخر سطر	(١)	(٢)
٤٩	٥	ثلاثة شروط	شرطان
٤٩	١٨	استيفائه	استيفائه
٥٩	١١	العقد	العقدين
٦١	١	المكية	الملكية
٨٠	هامش	أهلا	أهل
٨٣	٢	لارادة الرسول	لارادة المرسل
٩١	هامش١	المدخل للفقه الاسلامي	المدخل الفقهي العام
١٠٥	٤	أعم من	أعم من وجه من
١٠٥	٥	ولا عكس	شطب
١٢٠	٧	الثلاثة	الثلاث
١٣٣	١٣	٣٨٨	٣٨٩
١٣٨	١	بأنه	فائه
١٣٨	٩	شرح	شراح
١٣٩	١٤	على سوء	على سوم
١٣٩	آخر سطر	أهلك	هلك
١٦٧	٢	بعد	لعدم

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٧	١٤	المشتري البائع	البائع المشتري
١٧٧	٤	معينة	معينة بالذات
٢٠٤	٤	فيعقار	في بيع عقار
٢٠٤	١٩،٢١	الجامع	الجامع
٢٠٦	١	للمشتري	للبائع
٢٠٩	٦	وتشريفه	وتشريعه
٢١١	١	وتختلف	وقد تختلف
٢١٧	١٢	للبائع	للمشتري
٢١٨	٦	ملكية البائع	ملكية المشتري
٢٤٦	آخر سطر	من استعماله	استعماله
٢٥٢	١٥	يلتزم البائع	يلتزم المشتري
٢٥٥	١٢	ويراخذ	كما يؤخذ
٢٥٦	آخر سطر	القانونية	الفقهية
٢٥٧	٦	تأجيل البيع	تأجيل المبيع
٢٥٩	١	التسليم	التسلم
٢٥٩	٢١	الدائن	الدائن غالبا
٢٦٢	٢	اعدد	أعداد
٢٦٤	٩	المشتري الى البائع	البائع الى المشتري
٢٦٤	٢٢	البائع	المشتري
٢٧٣	١	الارض	الارش
٢٨٣	٦	ثبوت الملكية	ثبوت
٢٩٣	٣	وتصرف	لتصرف
٢٩٩	٥	للبائع	للمشتري
٣٠٣	٦	البائع	المستحق
٣٠٧	٦	البائع	المشتري
٣٠٧	٩	البائع	المشتري
٣١٠	١٢ من الهامش	المستحق	المشتري
٣٢٠	٨	صحيا	صحيحا

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٢٧	١٣	البيع	العيب
٣٣٤	٣ من اسفل	البائع	المشتري
٣٤١	٣ من اسفل	أوابطاله	(شطب العبارة
٣٤٤	١٣	البائع	المشتري
٣٤٦	١	وجود	وجوب
٣٥٦	١٥	البائع	المشتري
٣٥٧	٧	المشتري	البائع
٣٥٧	٢ من اسفل	رد	قبول
٣٥٩	١٦	المشتري	البائع
٣٧٥	٥ من اسفل	شطب نصف السطر لتكراره	
٣٧٩	٣ من أسفل	المبيع	الثمن
٣٨١	١٣	٤٢٩	٤٢٤
٣٨٣	٤	كان الثمن	لم يكن الثمن
٣٨٥	٧	للمشتري	المبائع
٣٨٥	٨	المشتري	الى المشتري
٣٨٩	٩	للمشتري الفسخ	فللبائع الفسخ
٣٩٠	٢ من أسفل	حبس الثمن	حبس المبيع
٣٩١	١٠	بعد	لعدم
٤٠٧	١٤	بحسب الثمن	بحسب المبيع
٤١٤	٣	للمشتري	للبائع
٤١٤	٤	حق البائع	حق المشتري
٤١٤	٤	عجز المشتري	عجز البائع
٤٢٤	٤ من اسفل الهامش	ودت	وردت
٤٤٠	١	يخفى	قد يخفى
٤٤٢	٤ من أسفل	الوجوب	الاداء
٤٦٥	٣ من أسفل	والاتفاق	ولا الاتفاق
٤٧٥	١٣	يسطدموا	يصطدمون
٤٧٦	٤	حكم البيع	حكم بيع المريض

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٤٧٧	٩ هامش	الالتفاف	الالتفات
٤٩١	١	بالمملكية	بملكية عين
٤٩٥	٥ من أسفل	تطبق .. بها	فلا تطبق ... بالبيع
٥٠٢	١٠	المؤجر	المستأجر
٥٠٩	٧	المستعير .. كما يلتزم	المعير .. ويلزم المستعير
٥١٦	١٠	هي	من
٥١٨	١٠	الارادة	الادارة
٥٢١	٢ من أسفل	في	الا في
٥٣٢	٧	وقد	وقدر
٥٤١	٤ من اسفل	الصادر	الصادرة
٥٥٦	١٣	تستوفي	تستوفى
٥٥٨	٧	المؤجر	المستأجر
٥٦٥	١	لتعرفه	لتعرضه
٥٦٥	١	للمؤجر	المستأجر
٥٧٠	٩	جسيا	حسيا
٥٧٠	٢ من أسفل	المستأجر	المؤجر
٥٨٣	آخر سطر	التنازل به عن غيره	التنازل عنه لغيره
٥٨٨	٢	للمستأجر	للمؤجر
٦٠٠	آخر سطر	المستأجر	المؤجر
٦١٠	٩	يرده المؤجر	يردها المستأجر
٦١٣	٦	المستأجر	المؤجر
٦١٦	١١	الشخصي	العيني
٦٢٢	٢ من أسفل	الايجار من الباطن يعد	التنازل عن الحق بعد
٦٣٩	٢ من أسفل	للمؤجر	للمؤجر
٦٤٤	هامش ١	بعد	بعض
٦٥٠	٢ من أسفل	المادة ٥٨١	المادة ٥٨٠

من آثار المؤلف

١ - وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، رسالة دكتوراة، طبع دار البيان، دمشق.

٢ - الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، دار المصطفى، دمشق.

٣ - تحقيق أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، تأليف ابن أبي الدم الحموي الشافعي (٦٤٢هـ)، الطبعة الأولى نشر مجمع اللغة العربية بدمشق ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م. الطبعة الثانية، دار الفكر بدمشق ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٤ - التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر بدمشق، ط٢، ١٤٣٤هـ/٢٠١٢م.

٥ - شرح الكوكب المنير (أربع مجلدات)، لابن النجار الفتوحي الحنبلي (٩٧٢هـ)، تحقيق بالاشتراك مع الزميل الدكتور نزيه حماد (أربع مجلدات)، طبع العبيكان، الرياض.

٦ - أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطابع مؤسسة الوحدة بدمشق.

٧ - وظيفة الدين في الحياة، طبع دار القلم بدمشق ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م.

٨ - المرأة المسلمة المعاصرة، دار الفكر، دمشق.

٩ - حقوق الإنسان في الإسلام، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق.

١٠ - الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي، مجلدان، دار ابن كثير، دمشق.

١١ - كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين في الفقه الشافعي (١-٤) تحقيق وتعليق، طبع دار ابن كثير.

١٢ - القضاء الشرعي، قواعده وضوابطه الفقهية، مجلدان، دار الفكر، دمشق.

١٣ - الإجراءات الجنائية الشرعية، مجلدان، دار الفكر، دمشق.

١٤ - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مجلدان، دار الفكر، دمشق.

١٥ - فقه القضاء، جامعة الشارقة، الشارقة.

١٦ - علم أصوله الفقه، دار القلم، دبي.

١٧ - قبسات من حياة الصحابة، دار القلم العربي، دار الرفاعي، حلب.

١٨ - تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، دمشق.

١٩ - الفرائض والمواريث والوصايا، مجلد كبير، دار الكلم الطيب، دمشق.
٢٠ - الفرائض والوصايا/ مختصر، دار المصطفى، دمشق.
٢١ - فتاوى فقهية معاصرة، دار الإيمان، طرابلس، لبنان، دار الفكر، مجلدان.
٢٢ - الوسيط في الفقه الشافعي، دار القلم، دمشق.
٢٣ - أعلام المسلمين: البيضاوي، الجويني، ابن كثير، ابن عبد السلام، الطبري، دار القلم، دمشق.
٢٤ - شخصيات إسلامية، دار المكتبي، دمشق.
٢٥ - موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، ٧ مجلدات، دار المكتبي، دمشق.
٢٦ - مرجع العلوم الإسلامية، دار المعرفة، دار المصطفى، دمشق.
٢٧ - المعتمد في الفقه الشافعي، خمس مجلدات، دار القلم، دمشق.
٢٨ - النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق.
٢٩ - أصول المحاكمات الشرعية، جامعة الشارقة، الشارقة.
٣٠ - مصطلحات القضاء الشرعي، بالاشتراك، معهد التدريب والدراسات القضائية، أبو ظبي، دار البيان، دمشق.
٣١ - الاعتدال في التدين، دار اليمامة، دمشق.
٣٢ - أصول تدريس التربية الإسلامية، دار اليمامة، دمشق.
٣٣ - المهذب في الفقه الشافعي للشيرازي (٤٧٦هـ) تحقيق، ست مجلدات، دار القلم، دمشق.
٣٤ - الفكر الإسلامي المعاصر في العقيدة والشريعة والسلوك /ثلاث مجلدات/ دار العصماء، دمشق.
٣٥ - المقدمات الممهدات، دار العصماء، دمشق.
٣٦ - العقود المسماة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار العصماء، دمشق.
٣٧ - شرعة الله للأنبياء (شرع من قبلنا) مجلد، ابن كثير، دمشق.
٣٨ - القواعد الفقهية في الفقه الشافعي، مجلدان، دار البيان، دمشق.
٣٩ - دراسات فقهية معاصرة، خمس مجلدات، دار ابن كثير، دمشق.