



شروط المبيع

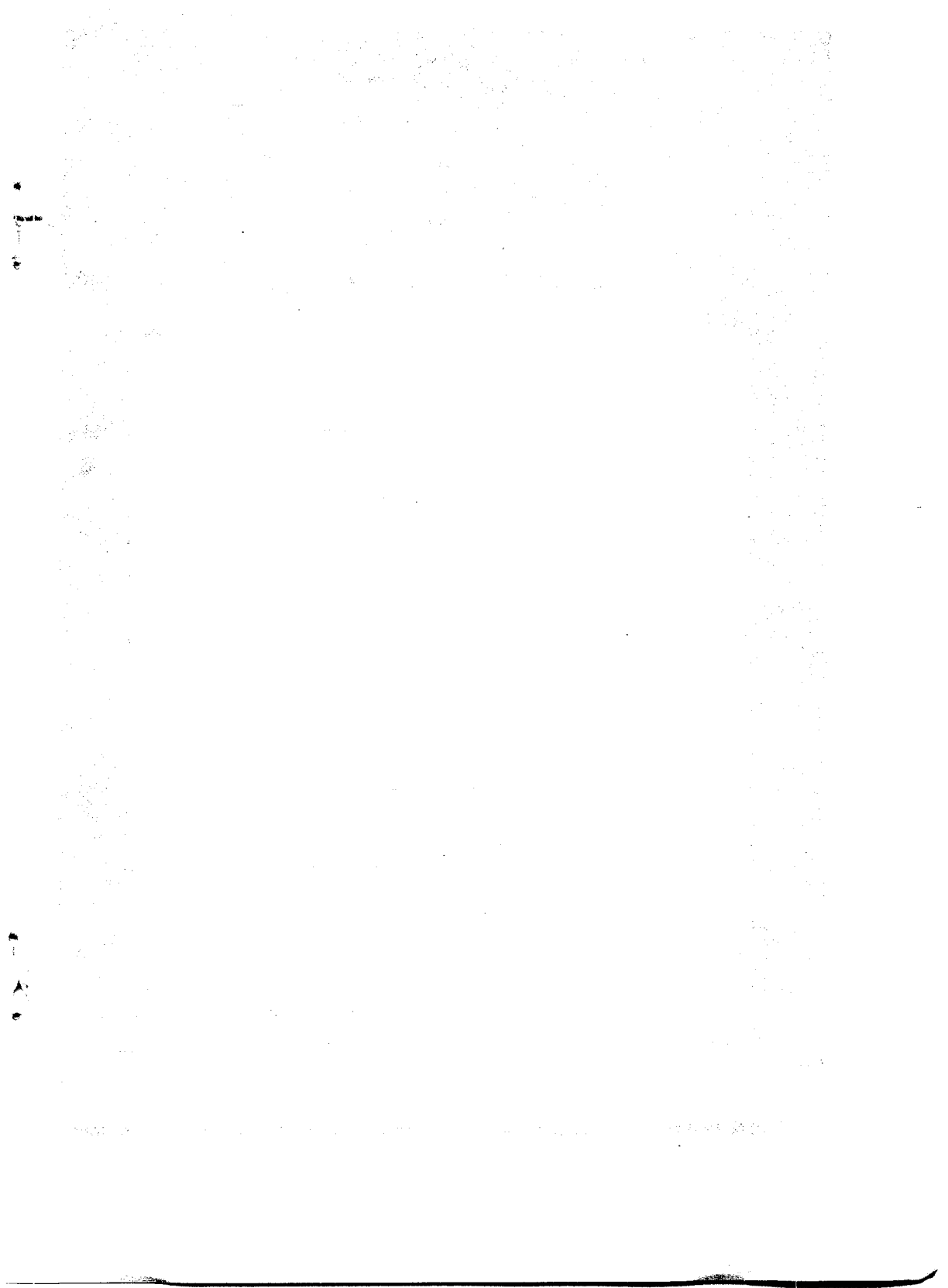
« دراسة مقارنة »

المؤلف

د / محمد محيى الدين ابراهيم سليم

مدرس القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :-

١ - يعد عقد البيع من أهم العقود المالية فعن طريقه يستطيع الإنسان تدبير احتياجاته أو التصرف فيما لا حاجة له به مما يملكه وهو من أكثر العقود شيوعاً نظراً لأنه من أهم وسائل تبادل الثروات وانتقالها من ذمة الي ذمة فلا يكاد يمر يوم إلا ويعقد الشخص أكثر من عقد بيع سواء لمأكله أو مشربه أو ملبسه .

٢ - وعقد البيع إذا كان يكتسب تلك الأهمية علي صعيد القانون الوضعي فهو كذلك في نطاق الفقه الإسلامي وتعرض له فقهاء المسلمين واهتموا به اهتماماً يتوازي مع ما لهذا العقد من أهمية قصوى بحسبانه وسيلة من وسائل تبادل الأموال وانتقالها ، ذلك أن الإنسان يحتاج لما في يدي غيره وغيره لايبذله له إلا بعوض فكان عقد البيع هو الطريق الي وصول كل واحد منهما الي غرضه ودفع حاجته (١) .

٣- ونظراً لشدة أهمية عقد البيع لدى فقهاء المسلمين فقد اشترط بعضهم على من يود مزاولة التجارة أن يتعلم أحكام عقد البيع فذكروا أن : « من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها وصحيح العقود من فاسدها وسائر أحكامها » (٢) .

(١) المغنى لابن قدامة ، ج ٣ ص ٤٨٠ .

(٢) المجموع ، شرح المذهب ، ج ٩ ص ١٦٢ .

٤ - ونظراً لأن هذا البحث معقود لبيان شروط المبيع سواء فى القانون المدنى أو الفقه الإسلامى فقد استظهرها فقهاء كل من النظامين وحصرها فى أربعة وهى أن يكون المبيع مملوكاً للبائع وأن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ، وأخيراً أن يكون داخلاً فى دائرة التعامل وتكاد تكون تلك الشروط المذكورة فى القانون المدنى هى بذاتها التى اشتراطها فقهاء المسلمين فى المبيع مع بعض التفصيلات التى لاتخل بالإلتقاء بين النظامين فى الإطار العام .

٥ - تقسيم :

- نقسم هذا البحث الى أربعة فصول على النحو التالى :

الفصل الأول : ملكية البائع للمبيع .

- خاتمة الفصل الأول .

الفصل الثانى : وجود المبيع أو قابليته للوجود .

- خاتمة الفصل الثانى

الفصل الثالث : تعيين المبيع أو قابليته للتعين .

- خاتمة الفصل الثالث .

الفصل الرابع : قابلية المبيع للتعامل فيه .

- خاتمة الفصل الرابع .

الفصل الأول

ملكية البائع للمبيع

٦ - زهيد وتقسيم :

- يشترط كل من القانون المدني والفقہ الإسلامى أن يكون البائع مالكا لما يبيع وهو شرط جوهرى ينم عن اهتمام كل من الفقہ الوضعى والإسلامى على ضرورة احترام حقوق الغير .

- وفضلاً عن ذلك فإن من آثار عقد البيع التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ونقل الملكية اليه ولذلك كان منطقياً اشتراط ملكيته للمبيع حتى يتسنى له تنفيذ هذا الإلتزام ، فالقاعدة أن فاقد الشيء لايعطيه .

- ولا يقدر فى ملكية البائع للشيء المبيع كون هذا المبيع مؤجراً أو مرهوناً للغير ، إذ أن الإيجار والرهن لا يخلان بحق المالك فى بيع العين المؤجرة أو المرهونة ، كل ما فى الأمر أن العين المبيعة تنتقل الي المشتري محملة بحق المستأجر أو حق الدائن المرتهن حسب الأحوال .

- فإذا باع الشخص شيئاً لا يملكه ، فذلك هو بيع ملك الغير سواء كان لا يملك المبيع من أساسه أو يشاركه فى ملكيته شخص آخر كما هو الوضع فى بيع المال الشائع أو بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون المستحقة على المورث قبل وفاته .

- وعلي ذلك نتناول تفصيلاً بيع ملك الغير سواء فى القانون
المدنى أو فى الفقه الإسلامى وذلك فى مبحثين على التوالى : -

المبحث الأول : بيع ملك الغير فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

بيع ملك الغير فى القانون المدنى

٧ - زهيد :-

- تناول المشرع حكم بيع ملك الغير فى المواد من ٤٦٦ - ٤٦٨ من القانون المدنى ومن استقراء ما احتوته تلك المواد من أحكام نجد أن المشرع أعطى لمشتري ملك الغير الحق فى طلب إبطال العقد ، ثم استعرض حكم هذا البيع بالنسبة للمالك الحقيقى وبالنسبة لكل من البائع والمشتري .
- وتناول المشرع كذلك مسقطات حق المشتري فى طلب الإبطال ، ولقد ثار الخلاف حول تأصيل حكم بيع ملك الغير وهل الإبطال الذى رخص به المشرع للمشتري يعد ترديداً لما ورد فى القواعد العامة أم أنه بطلان من نوع خاص .
- وأخيراً يثور التساؤل حول تحديد النطاق الموضوعى لبيع ملك الغير .

٨ - تقسيم :-

- وعلى ضوء ما سبق نتناول بيع ملك الغير فى مطالب ثلاثة على النحو التالى :-

- المطلب الأول : تأصيل حكم بيع ملك الغير .
- المطلب الثاني : النطاق الموضوعى لبيع ملك الغير .
- المطلب الثالث : حكم بيع ملك الغير .

المطلب الأول

تأصيل حكم بيع ملك الغير

٩ - تنص الفقرة الأولى من المادة (٤٦٦) من القانون المدني المصري على أنه : « 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 » .

- ويكاد نص المادة (٥٩٩) من التقنين المدني الفرنسي يتطابق مع النص المصري فيما أورده من أحكام إذ قضى ببطان بيع ملك الغير وأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع .

- ولقد ثار التساؤل حول أساس البطلان الوارد في النصين السابقين ، ويمكن رد هذا الخلاف الى ثلاثة اتجاهات ، فبينما يرى البعض أن الجزاء المناسب ليس البطلان وإنما هو الفسخ اتجه البعض الى اقرار جزاء البطلان إلا أنه ليس بطلاناً من نوع خاص وإنما هو بمثابة ترديد لأحكام البطلان الواردة في القواعد العامة على حين اتجه رأى آخر الى أن عقد بيع ملك الغير يعد عقداً موقوفاً وفقاً للمفهوم الإسلامى لهذا العقد .

- ونستعرض تفصيلاً مناهب كل فريق على النحو التالى :

١٠- أولاً : القواعد العامة فى الفسخ :-

- اتجه البعض الى أن حكم بيع ملك الغير هو قابلية العقد للفسخ وليس البطلان وترجع علة هذا الإتجاه الى أن التزام البائع بنقل ملكية - ونظراً لعدم ملكيته للمبيع - قد أضحى مستحيلاً استحالة نسبية بالنسبة له وإن كان ممكناً بالنسبة للمالك الحقيقى (٣)

- وتعد الاستحالة النسبية سبباً لفسخ العقد وليس بطلانه سواء كان البطلان مطلقاً أو نسبياً ، ويثبت حق الفسخ للمشتري مع استحقاقه فى نفس الوقت للتعويض .

- ويبدو أن هذا الإتجاه كان مشجعاً لبعض الفقهاء الذين نزلوا على مقتضى النص وقالوا بالبطلان فنرى بعضهم يرى فى جزاء الفسخ جزاء مناسباً برغم أن المشرع قرر بطلان

(٣) أنظر د./ جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى - القاهرة عام ١٩٥٣ ، ص ٢٩٣ - ٢٩٦ ، وكذلك لنفس المؤلف شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة ، طبعة عام ١٩٩١ ص ١١٣ - ١١٤ .

- Henri Léon et Jean Mazeaud : Lecons de droit civil . Tome 3 - edition 1960 . P. 96 .

بيع ملك الغير لا فسخه (٤) .

١١ - ثانياً - القواعد العامة فى نظرية البطلان :-

- اتجه البعض الى أن جزاء بيع ملك الغير هو البطلان وفقاً لأحد أسباب البطلان الواردة فى القواعد العامة .

- إلا أن هذا الرأى انقسم فى داخله الى اتجاهين :-

- الأول :-

- ويرى

هذا الإتجاه الى أن البطلان مطلق (٥) ، ويرون أن البطلان المطلق قد يرجع لإنعدام السبب أو استحالة المحل .

- وتفصيل ذلك أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، أما وقد استعصى على البائع تنفيذ التزامه فيصبح التزام المشتري بلا سبب .

- Colin , Capitant et de la morandère , Cours (٤) elementaire de droit civil francais edition 10 , tome 2 . 1948 - N. 869.

- Aubry et Rau : Droit civil francais . (٥) Tome .5 . edition 6 . 1940 . N. 351 .

- Beudant : Cours de droit civil francais , tome , 11 , édition 2 .1938 . N. 104 .

- وقد يرجع سبب البطلان المطلق الى استحالة المحل والتي تتمثل فى عدم قدرة البائع على نقل ملكية المبيع للمشتري لأنه هو نفسه لا يملكه وفاقد الشئ لا يعطيه .

- ولقد أراد بعض أنصار هذا الإتجاه^(٦) الى التخفيف من وطأة البطلان المطلق فاتجه الى حيلة قوامها نظرية تحول العقد الباطل وتفصيل ذلك أن بيع ملك الغير هو صورة من صور تحول العقد الباطل ، أية ذلك أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لإستحالة المحل إلا أن هذا العقد الباطل يتحول بعد ذلك من بيع ناقل للملكية الى مجرد بيع منشئ لإلتزامات فقط بشرط اتجاء نية الطرفين الي ذلك لو وقفا على الحقيقة وهى أن البائع لا يملك الشئ المبيع ، ولقد افترض المشرع اتجاء نية البائع لذلك وهو افتراض غير قابل لأثبات العكس .

- أما بالنسبة للمشتري فالإفتراض فى جانبه قابل لإثبات العكس بمعنى أنه لو تمسك بالإبطال فقد ثبت العكس وهو أن نيته لم تتجه لتحول العقد .

- الثانى : -

- اتجه رأى آخر الي أن بيع ملك الغير ولو أنه باطل إلا أن البطلان ليس مطلقاً بل هو نسبى وأساس البطلان فى هذا المقام هو الغلط .

(٦) د. سليمان مرقس - موجز البيع والإيجار ، طبعة ١٩٥٨ ص ١٢٧ -

- والغلط قد يكون فى شخص البائع الذى توهم المشتري أنه مالك للمبيع وقد يكون فى المبيع نفسه والذى توهم المشتري أنه مملوك للبائع والغلط فى الحالتين جوهري لأنه كان الدافع للتعاقد ولولاه ما أقدم المشتري على إبرام عقد البيع (٧) .

١٢ - ثالثاً - بيع ملك الغير عقد موقوف :-

- اتجه البعض الى أن عقد بيع ملك الغير هو عقد موقوف نظراً لعدم نفاذه فى حق المالك الحقيقى . وبالتالي يصبح العقد عديم الأثر فى حق كل من البائع والمشتري ، فإذا ما أقره المالك الحقيقى أصبح العقد نافذاً ومنتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين والمالك الحقيقى ، أما اذا لم يقره ظل العقد معدوم الأثر (٨) .

(٧) د. توفيق فرج - عقد البيع والمقايضة ، طبعة ١٩٦٩ ص ١٢٠ .

- Collart Dutilleul et Delebeque : Contrats civils et commerciaux . Précis Dalloz . 1991 P. 95 .

- Joserand : La vente , tome 2, edition 2. Paris , 1933, N.1043 et 1045 .

(٨) د. شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى - ج ١ - فقرة ٩٢ .

١٣- رابعاً - رأينا الخاص فى المسألة :-

- لاحظنا من العرض السابق تعدد الآراء التى قيل بها بشأن إيجاد أساس للبطلان الذى ذكره المشرع كجزء لبيع ملك الغير .

- ولعل السبب فى تضارب الآراء على النحو السابق يرجع الى حصر نطاق البحث فى القواعد العامة فقط دون تجاوز ذلك مع أن البطلان المذكور لا يعد تطبيقاً للقواعد العامة خاصة وأن البطلان وفقاً لتلك القواعد سواء المطلق أو النسبى وردت أسبابه على سبيل الحصر وليس من بينها عدم ملكية البائع للشئ المبيع .

وترتيباً على ذلك لا يمكن القول بأن البطلان مطلق لأن الذين قالوا بذلك عللوا مذهبهم بإنعدام السبب واستحالة المحل وهذا الكلام ليس دقيقاً على إطلاقه ، آية ذلك ، أن البائع يستطيع تملك المبيع أو الحصول على اقرار المالك الحقيقى للصفقة ، وبالتالي يكون هناك سبب لإلتزام المشتري بدفع الثمن ويكون المحل ممكناً غير مستحيل إذ سيتمكن البائع فى هذه الحالة من نقل ملكية المبيع الى المشتري .

- أضيف الى هذا أن القول بالبطلان المطلق يتعارض مع الأحكام التى وضعها المشرع لبطلان ملك الغير إذ قصر على المشتري وحده التمسك بهذا البطلان وهذا مخالف لمنطق البطلان المطلق الذى يستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة بل وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها إذا وقفت على حقيقته ، فضلاً عن أن

إقرار المالك الحقيقي للبيع يسقط حق المشتري في طلب الإبطال وهو ما يعنى الإجازة ، ومعلوم أن العقد الباطل مطلقاً لا تلحقه الإجازة (٩) .

أما نظرية تحول العقد الباطل فان القول بها في هذا المقام يتناقض مع مفترضاها التي قررها المشرع حيث من شروط تطبيق أحكام هذه النظرية انصراف نية كل من المتعاقدين المحتملة الى هذا التحول وقت إبرام العقد وليس بعد ذلك ولا يمكن الإدعاء بذلك في جانب المشتري إذ أن الأمر لن يخلو بالنسبة له عن أحد فرضين . فإما أن تكون نيته قد اتجهت الى ذلك فعلاً ، وبالتالي لا يجب إثبات العكس ولا يجوز له - تبعاً - لذلك أن يطلب إبطال العقد . واما ألا تكون نيته قد انصرفت الى العقد الجديد

-
- (٩) د. منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون المدني - البيع والمقايضة والإيجار ، طبعة عام ١٩٥٦ ص ٢٥٥ ، د. خميس خضر - عقد البيع في القانون المدني ، طبعة عام ١٩٧٢ ص ٢٨٠ ، د. جلال العدوي - عقد البيع ، طبعة عام ١٩٨٨ ص ١٠٥ .
- Colin et Capitant : op. cit . , N. 864 .
 - Malourie et Aynés : Droit civil , lescontrats speciaux .2 edition 1988 P. 122 .
 - Encyclopedie Juridique Dallo z , réper-toire de droit civil - tome 5 , 1955 , vente . N. 379 .

وبالتالى لا يكون هناك تحول فيبقى العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وهو ما يتعارض مع صريح النص (١٠) .

- ولا يمكن الإدعاء بأن البطلان هنا نسبي نتيجة الغلط فى المبيع أو فى صفة من صفات البائع مما يعنى اشتراط حسن النية فى جانب المشتري حتى يمكن اجابته لطلب البطلان وهو ما يتعارض مع صريح النص الذى يرخص للمشتري طلب الإبطال بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته (١١) .

- ولا نسلم بأن جزاء بيع ملك الغير هو الفسخ لإصطدام هذا الرأى مع صريح النص الوارد فى هذا المقام والذي يتحدث عن البطلان لا الفسخ (١٢) .

- وأخيراً فإن القول بأن عقد بيع ملك الغير هو عقد موقوف لا يمكن التسليم به لأن العقد الموقوف لا ينتج أثراً بل تتعطل آثاره وتتوقف حتى يجاز ممن يملك الإجازة . وهذا ما ذهب اليه فقهاء

(١٠) د/ السنهورى - الوسيط - البيع والمقايضة ، طبعة عام ١٩٦٠ ص ٢٨٠ .

(١١) د/ السنهورى - السابق ص ٢٧٧ ، د/ توفيق فرج - السابق ص ١١٩ ، د/ أنور سلطان - العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة ، طبعة ١٩٩٢ ص ٣٩١ .

(١٢) د/ جلال العدوى - السابق ص ١٠٢ .

- Malaurio et Aynés : op. cit . P. 122 .

المسلمين الذين يأخذون بنظرية العقد الموقوف (١٣) وهو ما يتعارض مع أحكام بيع ملك الغير الواردة في القانون المدني حيث إن العقد ليس موقوفا بل هو منتج لآثاره شأنه في ذلك شأن سائر العقود القابلة للإبطال .

- وعلى ذلك لو استطاع البائع تمكين المشتري من المبيع استطاع الأخير أن يباشر سلطاته عليه وله ما للمشتري قبل البائع من ضمان العيوب الخفية وضمن التعرض والإستحقاق سواء وقع من الغير أو من المالك الحقيقي فإن استطاع البائع أن يرد التعرض فإنه يكون بذلك قد نفذ التزامه وإن لم يستطع فللمشتري طلب فسخ العقد مع التعويض .

(١٣) أنظر في تفصيل ذلك : د. / محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي طبعة عام ١٩٧٠ ص ٥٩٥ ، د. / محمد يوسف موسى - الفقه الإسلامي - مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه طبعة ١٩٥٨ ص ٤٤٢ ، د. / زكى عبد البر - العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري ، مقال منشور في مجلة القانون والإقتصاد - السنة الخامسة والعشرون ص ١٢٢ - ١٤٢ .

- ولقد قال بالعقد الموقوف كلاً من الأحناف والمالكية ، أما الحنابلة والشافعية فهم لا يقرون تلك النظرية . أنظر بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ١٥٠ ، حاشية بن عابدين ، ج ٤ ص ٢١٠ - ص ٢١١ .

- والواقع أنه لا يمكن النظر لحكم بيع ملك الغير بمعزل عن خلفيته التاريخيه وتفصيل ذلك أن عقد البيع لم يكن من العقود الناقلة للملكية فى القانون الرومانى ، ولهذا أجازوا بيع ملك الغير ذلك أن البائع يتعهد فقط بأن ينقل الي المشتري حيازة الشئ وأن يضمن له حيازة هادئة ومستمرة ، فإذا باع الرجل مالا يملكه كان عقده صحيحاً ولكنه يكون مسئولاً عن التعويض إذا لم يستطع تنفيذ التزاماته قبل المشتري (١٤) .

- إلا أن طبيعة البيع قد تغيرت فى التقنيات الحديثة بما فى ذلك التقنين المصرى والفرنسى فأصبح نقل الملكية من أهم آثار عقد البيع ونظراً لعدم استطاعة البائع تنفيذ هذا الإلتزام لعدم ملكيته للمبيع فقد إرتأى المشرع سواء فى مصر أو فرنسا أن الحكم المناسب هو حق المشتري فى طلب الإبطال .

- وترتيباً على ذلك يمكن القول بأن البطلان هنا نسبى من نوع خاص أنشأه النص ولم يكشف عنه - وهذا هو ما يذهب اليه غالبية الفقهاء (١٥) .

(١٤) د. شفيق شحاته - نظرية الإلتزامات فى القانون الرومانى ، طبعة عام ١٩٦٣ ص ١٩٥ وما بعدها .

- Mazeaud (H.L.) : op. cit . N. 815 .

(١٥) د. / عيد المنعم البدرائى - عقد البيع فى القانون المدنى (المطول) طبعة ١٩٦١ ص ٤١٧ ، د. / أنور سلطان - السابق ص ٣٩٢ ، د. / عيد الناصر العطار - شرح أحكام عقد البيع - ص ١١٠ ،

- ورب سائل يسأل : إذا لم ينص المشرع علي جزاء البطلان وترك الأمر للإجتهد فما هو الحكم المناسب في هذه الحالة أهو الفسخ أم الإبطال ؟ .

- الرأي عندي أنه لولا صراحة النص والرغبة في احترام وجهة المشرع والنزول علي مقتضى إرادته لكان الفسخ أقرب من البطلان كجزاء مناسب خاصة وأن القول بالبطلان يجب ألا يتضمن خروجاً صارخاً علي الأقل عن الإطار العام للنظرية العامة في البطلان ، آية ذلك أن لفظ البطلان - أو الإبطال - يشعر بمظنة وجود خلل سواء في ذاتية العقد ومكوناته أو في إرادة أحد طرفيه وبيع ملك الغير بمفترضاته لاينتمي الي أي من هذين النوعين فكان الفسخ جزاء مناسباً ولعل مايعضد مانذهب اليه أن البائع إذا لم يستطع نقل الملكية للمشتري فإنه يكون بذلك قد أخل بأحد التزاماته بل أهمها المتولدة عن عقد البيع بما يتيح للمشتري طلب الفسخ .

- أضف الي كل ذلك أن كثيراً من الشراح الفرنسيين يرون

==== د./ خميس خضر - السابق ص ٢٨٢ ، د، اسماعيل غانم -
الوجيز في عقد البيع - طبعة ١٩٦٢ ، فقرة ١١ ، د./ جلال العدوي
- السابق - ص ١٠٦ .

- Planiol et Ripert : Traite Pratique de
droit civil francais , tome 10 , par Joseph
Hamel , edition , 1956. P. 49 .

- مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ص ١٩٢ .

فى البطلان كجزاء لبيع ملك الغير أنه نوع من التحايل لدعوى ضمان الإستحقاق خاصة وأن المشتري إذا خشى من تعرض المالك الحقيقى له فيستطيع أن يتفادى هذا التعرض لا بالرجوع على البائع لزماته حيث لم يقع التعرض فعلاً وإنما برفع دعوى إبطال للبيع مما حدا بالبعض الى تسمية بطلان بيع ملك الغير بأنه دعوى ضمان استحقاق معجلة^(١٦) . وأنه حكم اقتضه السياسة التشريعية^(١٧) .

- وهذا هو عين ماورد فى المذكرة الإيضاحية من أن :
« أحكام ضمان الإستحقاق تكمل أحكام بيع ملك الغير »^(١٨) .

- وليس معنى ماتقدم أن جزاء البطلان لايجد له سبيلاً الى ملك الغير بل العكس هو الصحيح ولكن ليس بطلاناً خاصاً وإنما يكون البطلان أو الإبطال تطبيقاً للقواعد العامة عند توافر الشروط الخاصة بذلك سواء كنا بصدد بطلان مطلق أو بطلان نسبي .

(١٦) د. / خيس خضر - السابق ص ٢٨٢ .

-Beudant : op. cit . N. 104 .

(١٧) د. / منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٢٥٥ .

(١٨) مجسوة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ص ١٩٤ .

المطلب الثاني

النطاق الموضوعى لبيع ملك الغير

١٤ - يقصد ببيع ملك الغير ذلك البيع الذى يرد علي شئ معين بالذات لا يملكه البائع ولا المشتري (١٩) .

- ونتيجة لذلك يجب -حتى نكون بصدد بيع ملك الغير - أن تتوافر ضوابط معينة فما هى تلك الضوابط ؟ وما هى الحالات التى تخرج من نطاق بيع ملك الغير ؟ .

١٥ - أولاً - نطاق بيع ملك الغير :-

- يحد نطاق بيع ملك الغير بحدود ثلاثة :-

- الأول :-

- أن يكون العقد بيعاً - بمعنى أنه يجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري الي نقل الملكية فى الحال بثمن نقدي (٢٠) .

(١٩) د/ خميس خضر - السابق - ص ٢٧٠ .

(٢٠) المرجع السابق - نفس الموضع ، د/ محمد على عمران ، ود/ أحمد عبد العال أبو قرين - الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع - طبعة عام ١٩٩٢ ص ١٠٩ .

- وعلى هذا لو تبين أن البائع والمشتري قد اتفقا على إرجاء نقل الملكية لأي سبب كتملك البائع للمبيع مثلاً أو حتى الحصول على إقرار المالك الحقيقي للبيع فلا نكون بصدد بيع ملك الغير .

- الثاني : -

- أن يكون المبيع معيناً بالذات . وعلى العكس من ذلك لو كان المبيع معيناً بالنوع فلا نكون بصدد بيع ملك الغير لأن الملكية فى هذا النوع لا تنتقل إلا بعد الإفراز حتى لو كان المبيع مملوكاً للبائع (٢١) .

- وحتى لو كان المبيع معيناً بنوعه وغير مملوك للبائع فلا يمكن وصف هذا البيع بأنه بيع ملك الغير لأن الشئ المعين بالنوع لا يمكن وصفه بأنه مملوك أو غير مملوك (٢٢) .

- وترتيباً على ذلك لو كان المبيع معيناً بالذات أمكن القول بأننا بصدد بيع ملك الغير ، ويستوى بعد ذلك أن يكون المبيع منقولاً أو عقاراً ويغير تفرقة فى بيع العقار بين بيع مسجل وبيع غير مسجل (٢٣) .

(٢١) د./ محمد على عمران - السابق ص ١١٠ ، د./ محمد لبيب شنب ،

و د./ مجدى صبحى خليل - شرح أحكام عقد البيع ، طبعة ١٩٦٨

م ، فقرة (٥٠) ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ١٠١ .

(٢٢) د./ خميس خضر - السابق - ص ٢٧٠ .

(٢٣) المرجع السابق - نفس الموضوع .

- الثالث : -

- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشتري ، لأن بيع ملك الغير يفترض أن البائع يتصرف في شيء لا يملكه ولم يمنحه القانون ولا الإتفاق سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكة (٢٤) .

- وعلى ذلك لو كان الشيء المبيع مملوكاً للبائع واعتقد خطأ أنه ليس مالكا له فلا نكون بصدد بيع ملك الغير .

- وفي المقابل لو كان المبيع مملوكا للمشتري وهو يجهل ذلك كما إذا كان قد ورثه دون أن يعلم فلا نطبق أحكام بيع ملك الغير وإن كان البيع في هذه الحالة باطل بطلاناً مطلقاً لإستحالة المحل استحالة مطلقة (٢٥) .

١٦ - ثانيا - ما يخرج من نطاق بيع ملك الغير :-

- نتيجة لتحديد نطاق بيع ملك الغير على نحو ما أسلفنا فإنه يخرج من هذا النطاق ما يأتي :-

١ - إذا تبين أن العقد لم يكن بيعاً وإنما مجرد وعد بالبيع .

(٢٤) المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٢٥) د./ محمد علي عمران - السابق ص ١٠٩ ، د./ توفيق فرج - السابق ص ١٢١ .

٢ - إذا كان البيع معيناً بالنوع حتى ولو لم يكن مملوكاً
للبيع لأن الملكية في المثليات المعينة بالنوع لا تنتقل إلا بالإفراز ،
ولذا لا تشترط ملكية البائع للمبيع إلا عند الإفراز (٢٦) .

٣ - إذا اتفق كل من البائع والمشتري علي إرجاء نقل
الملكية لوقت لاحق لأن شرط بيع ملك الغير أن تتجه إرادة الطرفين
الي نقل الملكية في الحال .

٤ - إذا كان العقد بين الطرفين مجرد تعهد بالحصول على
موافقة المالك على البيع فلا نكون بصدد بيع ملك الغير بل - أمام
مجرد تعهد من الواعد بأن يحصل على موافقة المالك علي البيع .
وهذا التعهد يلقي علي عاتق الواعد التزاماً بالقيام بعمل .

٥ - إذا باع الشخص وهو يملك تحت شرط فلا نكون
بصدد بيع ملك الغير لأن ملكية البائع مرتبطة بمصير الشرط
سواء كان واقفاً أو فاسخاً ، فإذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق
الشرط الفاسخ وزالت ملكية البائع بأثر رجعي كان للمشتري أن
يطالب بإبطال العقد نتيجة تصرف البائع فيما لا يملك (٢٧) .

(٢٦) المرجع السابق ، ص ١١٠ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ، ص
١١٠ .

(٢٧) د./ السنهورى - السابق ص ٢٧٣ ، د./ أنور سلطان -
السابق ص ٣٨٦ .

٢٦ - إذا تعهد أحد الطرفين بأن يكسب ملكية شيء معين بالذات ثم يقوم بعد ذلك بنقلها للطرف الآخر فلا تكون بصدد بيع ملك الغير بل هو ليس ببيع أصلاً بل نكون أمام التزام بعمل هو كسب الملكية فإذا كسبها ونقلها للطرف الآخر فقد وفى بالتزامه وإن لم يفعل التزم بالتعويض (٢٨) .

- ومن تطبيقات هذه الحالة إذا باع شخص شيئاً وعلق البيع علي رسو المزاد عليه عند بيع هذا الشيء فإذا رسا عليه المزاد تحقق الشرط الواقف وتنتقل الملكية للمشتري وإذا لم يرسو عليه المزاد تخلف الشرط الواقف وسقط البيع (٢٩) .

(٢٨) د./ أنور سلطان - السابق ص ٢٨٧ ، د./ محمد كامل مرسى - عقد البيع ، طبعة ١٩٥٢ ، فقرة ٢٢٢ .

- Aubry et Rau : op. cit . P. 42 .
- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 48 .
- Colin et Capitant : op. cit . N. 865.
- Josserand : op. cit . P. 545 .

(٢٩) استئناف مختلط ٢٢ / ١٢ / ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٩ .

المطلب الثالث

حكم بيع ملك الغير

١٧ - زهيد وتقسيم :-

- تناولت المواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من القانون المدني حكم بيع ملك الغير سواء في العلاقة ما بين البائع والمشتري أو بالنسبة للمالك الحقيقي .

- وبيع ملك الغير فيما بين طرفيه هو بيع صحيح ونافذ لتوافر أركانه وشروط صحته وهو ماتواتر عليه قضاء النقض من ذلك ما قضى به من أن : « عقد بيع ملك الغير - الى أن يتقرر بطلانه وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية وتنتقل هذه الحقوق وتلك الإلتزامات من كل من الطرفين الي وارثه فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع الي المشتري أو الي وارثه ، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع ، » (٣٠) ،

- وعلي هذا نقسم هذا المطلب الي الفروع الآتية :-

(٣٠) نقض مدنى : ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٥ - الطعن رقم ١٦١٨ ، السنة ٥٠ ق .

الفرع الأول : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري

الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع .

الفرع الثالث : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي .

الفرع الأول

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري

١٨ - بادئ ذي بدء يعد العقد المبرم بين المشتري والبائع - على نحو ما أسلفنا - صحيحاً منتجاً لأثاره ، إلا أنه نظراً لأن من أهم آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع الى المشتري وهو التزام يقع على عاتق البائع فإنه قد لا يستطيع الوفاء به نظراً لعدم ملكيته لهذا المبيع وتفادياً لهذا الموقف أعطى المشرع لمشتري ملك الغير عدة مكنات فى مواجهة البائع إذ أجاز له طلب إبطال العقد ، ولما كان للإبطال موجباته فإن له أيضاً مسقطاته ، فهناك حالات لو تحقق واحد منها سقط حق المشتري فى طلب الإبطال وللمشتري كذلك الحق فى طلب التعويض عن الأضرار التى أصابته وله فضلاً عن ذلك إجازة العقد . وبذا يزول ما كان يتهده من أسباب الإبطال ، ويجب على البائع - حالئذ - أن ينفذ التزامه فإن لم يفعل جاز للمشتري طلب الفسخ .

- تتولى بيان تلك المسائل تفصيلاً على النحو التالى :-

١٩ - أولاً - حق المشتري فى طلب إبطال البيع :-

- أعطى المشرع للمشتري مكنة طلب إبطال البيع حتى ولو كان سئ النية أى يعلم منذ البداية بأن البائع لا يملك المبيع ولا يؤثر فى طلبه هذا حسن نية البائع بأن كان

يجهل عدم ملكيته للمبيع (٣١) .

- غير أن هناك فى الفقه من يرى عكس الحكم السابق إذ ينفى عن العقد وصف البيع إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع وينتهى هذا الرأى الى أنه طبقاً لذلك نكون خارج نطاق نص المادة (٤٦٦) من القانون المدنى ، وبالتالي لا يحق للمشتري طلب الإبطال (٣٢) .

- ولا شك أن الرأى الأخير يتعارض مع صريح نص المادة (٤٦٦) ، وبالتالي فلا نميل اليه .

- وإذا كان عقد مشتري ملك الغير قابلاً للإبطال علي نحو ما أسلفنا فهو عقد صحيح منتج لكل اثاره الي أن يقضى بإبطاله .

- وعلي ذلك يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري ونقل الملكية اليه ، وفى المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، فإذا

(٣١) د./ منصور مصطفى منصور - السابق ، فقرة ١١٤ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٢٧ ، د./ خميس خضر - السابق - ص ٢٤٧ .

- Mazeaud : op. cit . P. 97 .

(٣٢) د./ محمد لبيب شنب ، ود ./ مجدى صبحى خليل - السابق ص ٨٥ .

ماقضى بإبطال العقد عاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها
قبل التعاقد إعمالاً للأثر الرجعى للبطلان (٣٣) .

- وحق المشتري في طلب الإبطال جائز سواء كان المبيع
منقولاً أم عقاراً سجل أم لم يسجل فالتسجيل لا يصحح
البطلان (٣٤) .

- وإذا تمسك المشتري بالإبطال ، فله ذلك سواء عن طريق
رفع دعوى مبدئية للإبطال واسترداد الثمن أو عن طريق الدفع
الذي يبديه في دعوى البائع بالثمن (٣٥) .

(٣٣) د./ محمد علي عمران ، د./ أبو قرين - السابق ، ص ١١١ -
وفي نفس المعنى ، نقض مدني ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ . مجموعة المکتب
الفني - السنة ١٤ ق ص ٢٩٨ .

(٣٤) د./ محمد ليبي شنب ، ود./ مجدى خليل - السابق فقرة
(٥١) ، د./ السنهورى - السابق ص ٢٨٥ ، د./ توفيق فرج -
السابق ص ١٣٠ ، د./ محمد على عمران ، ود./ أبو قرين -
السابق ص ١١١ .

- Aubry et Rau : op. cit . P. 40 . (٣٥)
- Beudant : op. cit . N. 105 .
- Planiol, Ripert et Hamel : op. cit . P. 50 .
- Colin et Capitant : op. cit . N. 867 .
- Malaurie et Aynes : op. cit . P. 122 .

- ولا يشترط لقبول دعوى الإبطال من المشتري أن يتعرض له المالك الحقيقي بل على العكس فإن حق الإبطال ثابت له بمجرد العقد وقبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٣٦) .

- ولقد أثير التساؤل بصدده الغرض الذى يدور حول رفع المشتري دعوى الإبطال ثم بعد ذلك يقر المالك الحقيقي البيع أو يصبح البائع مالِكاً للمبيع فهل ترفض المحكمة دعوى الإبطال وتعتبر ماتم من قبل المالك الحقيقي أو البائع تصحيحاً للأوضاع ؟ . أم أنها تستجيب لطلب المشتري وتقضى له بالإبطال ؟ .

- **أختلف الرأى حول الإجابة على التساؤل السابق ، ويمكن أن نتبين اتجاهين فى هذا الصدد :**

- **الأول :** -

- يرى هذا الإتجاه أن إقرار المالك الحقيقي يحرم المشتري من طلب الإبطال حتى لو تم الإقرار بعد رفع الدعوى . ونفس الحكم يسرى إذا تملك البائع الشئ المبيع .

- والعلة فى ذلك أن إقرار المالك الحقيقي للبيع أو تملك البائع للمبيع فضلاً عن أنه يعد تنفيذاً من قبل البائع لإلتزامه ، فإنه يصح العقد ويزيل ما كان يتهدهه من قابليته للإبطال ، فضلاً عن ذلك فإنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة المشتري (٣٧) .

(٣٦) استئناف مختلط ١١/٥/١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٩٨ .

(٣٧) أحمد نجيب الهللى ، ود./ أحمد زكى - شرح القانون المدنى - البيع والحوالة والمقايضة ، طبعة عام ١٩٤٥ ، ص ١٧١ .

- الثاني :-

- وعلى العكس من الرأى السابق ، يذهب هذا الإتجاه الى أن رجوع المشتري عن البيع وإعلانه للبائع بذلك ولو بدون رفع دعوى كاف فى حد ذاته لسقوط هذا البيع ويكون نفس الحكم - من باب أولى - لو كان المشتري قد رفع دعوى بذلك .
- ولا يغير من هذا الوضع إقرار المالك الحقيقى للبيع ولا حتى تملك البائع للمبيع (٢٨) .

- رأينا الخاص فى المسألة :-

- ونحن نميل الى الإتجاه الأول الذي يرى أن اقرار المالك الحقيقى أو تملك البائع للمبيع كاف فى حد ذاته لحرمان المشتري

- Planiol , Ripert et Boulanger : Lavente
tome 2 edition 3 . Paris 1949 .
N. 2321 .

- وفى نفس المعنى : استئناف مختلط : ١١ / ١١ / ١٩٣٠ . م ٤٣
ص ١٧ ، ٢٥ / ٢ / ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ .
(٢٨) د. / محمد كامل مرسى - السابق ص ٤٤٦ .

- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P.
54 .

من طلب الإبطال أو لعدم استجابة المحكمة لطلبه لو قام برفع الدعوى .

- وسندنا فيما نذهب اليه ذلك الحكم الوارد فى المادة (١٢٤) من القانون المدنى والتي تنص فى فقرتها الأولى على أنه :
« ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضى به حسن النية .»

حقيقة لقد ورد النص فى شأن الغلط خاصة الا أن أساس الحكم عام ينطبق فى كل حالة توافرت له فيها مقتضيات تطبيقه سواء كنا بصدد الغلط أم غيره ، حيث يعد تطبيقاً من تطبيقات التعسف فى استعمال الحق ، وبعبارة أخرى فإن اجراءنا للقياس فى هذا المقام يندرج تحت القاعدة التى تقضى بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

- ولعل مايعضد استنادنا للقاعدة السابقة أن المشتري يهدف من وراء عقد البيع الى تملك المبيع إلا أنه لما يئس من تحقيق هدفه نظراً لعدم تملك البائع للمبيع قام بطلب إبطال العقد . وها هو البائع يتدارك الأمر ويصحح الأوضاع وينزل على مقتضى رغبته فى نقل ملكية المبيع اليه سواء تم ذلك باقرار المالك الحقيقى للبيع أو بتملك البائع للمبيع ثم نقل ملكيته بعد ذلك للمشتري ، فإذا تمسك الأخير بالإبطال رغم هذا فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه .

٢٠- ثانياً - مسقطات حق المشتري فى طلب الإبطال :-

- يسقط حق المشتري فى طلب إبطال البيع لعدة أسباب منها :-

٦ - إذا مضت ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن
البائع لا يملك المبيع أو مضى خمسة عشر عاماً من وقت إبرام
عقد البيع (٢٩) .

٢ - إجازة المشتري للبيع صراحة أو ضمناً بعد علمه بعدم
ملكية البائع للمبيع .

٣ - إقرار المالك الحقيقي للبيع طبقاً للفقرة الأولى من المادة
(٤٦٧) من القانون المدني والتي تنص على أنه : « إذا أقر المالك
البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري » .

٤ - تملك البائع للمبيع بعد إبرام العقد طبقاً للفقرة الثانية
من المادة (٤٦٧) مدني والتي تنص على أن البيع : « ينقلب
صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع الى البائع بعد
صدور العقد » .

(٢٩) د./ السنهوري - السابق ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠ ، د./ عبد المنعم
البدراوي - السابق ص ٥٨١ ، د./ منصور مصطفى منصور -
السابق ص ٢٥٠ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ١٧ - ص
١٨ .

- Aubry et Rau : op. cit . P. 42 .
- Planiol , Ripert et Hamel . Op. cit . P. 51 .
- Planiol , Ripert et boulanger : op. cit . N. 2318 .

- وهذا ما أكدته محكمة النقض فى غير قليل من أحكامها من ذلك ما قضت به من أنه : « لئن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية الى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، ولهذا المالك أن يقر حق المشتري كما ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » (٤٠) .

٢١ - ثالثاً - حق المشتري فى طلب فسخ البيع :-

- إذا أجاز المشتري البيع سواء تمت الإجازة صراحة أو ضمناً زال ما كان يتهدده من إبطال وانقلب العقد صحيحاً منتجاً لآثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشتري والتزام الأخير بدفع الثمن (٤١) .

- غير أن البائع قد تصادفه صعوبات تحول دون تمكنه من نقل الملكية للمشتري ولا يكون أمام الأخير إلا طلب فسخ العقد .

- أما إذا كان المشتري قد تسلّم المبيع وتعرض له المالك الحقيقى أو غيره فله الرجوع على البائع بضمان التعرض والإستحقاق ، ويعد ذلك تطبيقاً للقواعد العامة

(٤٠) نقض مدنى : ٨ / ٤ / ١٩٦٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ ق ، ص ٧٨٠ .

(٤١) - Planiol , Ripert et Hamel : op. . cit . P. 52 .

فى عقد البيع (٤٢) وله كذلك طلب فسخ العقد .

٢٢ - رابعاً - حق المشتري فى طلب التعويض :-

- إذا قضى للمشتري بإبطال البيع فله فضلاً عن ذلك أن يطالب البائع بالتعويض إلا أن المشرع قيد هذا الطلب باشتراط حسن نية المشتري ومقتضى ذلك أن المشتري كان يجهل عدم ملكية البائع للمبيع (٤٣) .

- ويرى البعض أنه يعد كذلك حتى لو كان جهله يرجع الى خطأ جسيم (٤٤) .

(٤٢) ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية أنه قد : « تلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الإستحقاق فإن الإستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبى ، ولذلك تكون أحكام ضمان الإستحقاق مكتملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشتري فى بيع ملك الغير يكون بالخيار إذا استحق فى يده بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الإستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ فليس له أن يطالب البائع بحسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد » .

- مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ص ١٩٤ .

(٤٣) د./ محمد كامل مرسى - السابق ص ٤٤٩ ، د./ السهنورى - السابق ص ٢٩١ .

(٤٤) - Planil , Ripert et Hamel : op. cit . P. 49 .

- وحسن النية مفترض وعلى مدعى العكس الإثبات ومقتضى حسن النية فى هذا المقام هو جهل المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع له . وبعبارة أخرى يجب ألا يكون للمشتري عالماً وقت الشراء بأن البائع له لا يملك المبيع ، وبأنه يستحيل عليه نقل الملكية اليه .

- وترتيباً علي ذلك لا ينتفى حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لم يسجل بعد لأنه لا يستحيل علي البائع - حالئذ - نقل الملكية للمشتري بل علي العكس هذا أمر ممكن إذ يكفي أن يسجل العقد الإبتدائي حتى تنتقل اليه الملكية وعندئذ ينقلها للمشتري (٤٥) .

- فإذا ما كان المشتري حسن النية فله طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب (٤٦) .

- وعلي العكس مما تقدم لو كان المشتري يعلم وقت إبرام العقد أن البائع لا يملك المبيع فإنه يعد سئ النية فلو طالب بالإبطال فله ذلك وليس له الا استرداد الثمن دون المطالبة بالتعويض

(٤٥) نقض مدنى ١١ / ٦ / ١٩٦٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ ق ص ٨١٤ .

(٤٦) - Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 50 .
- Encyclopedie . Dalloz . op. cit . N. 406 .

وعلى العكس مما تقدم لو كان المشتري يعلم وقت إبرام العقد أن البائع لا يملك المبيع فإنه يعد سئ النية ، فلو طالب بالإبطال فله ذلك وليس له الا استرداد الثمن دون المطالبة بالتعويض ولا حتى مصروفات البيع لأن إقدامه على البيع فى ظل تلك الظروف تجعله قابلاً لتبعاته بعد ذلك (٤٧) .

- إلا أنه يحق للمشتري المطالبة بالتعويض رغم سوء نيته على النحو المتقدم إذا كان قد اشترط على البائع الرجوع عليه بالتعويض ، فضلاً عن استرداد الثمن إذا تعرض له المالك الحقيقى واستحق المبيع من يده (٤٨) .

- وكذلك لا يستطيع البائع دفع المسؤولية عن نفسه إذا كان أساسها الخطأ التقصيرى ، فالقاعدة أنه لا يجوز الإتفاق على

(٤٧) د. / محمد كامل مرسى - السابق ص ٤٤٩ .

- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 50 .

- Aubry et Rau : op. cit . N. 351 .

- وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٥ / ٨ / ١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ ق ص ١٥٠٠ .

(٤٨) د. / أنور سلطان - السابق فقرة (٤٠٥) .

- Planiol , Ripert et Hamel . P. 53 .

- Encyclopedie . Dalloz . op. cit . N. 404 .

الأعفاء من المسؤولية التقصيرية (٤٩) .

- ويستحق المشتري التعويض إذا كان حسن النية بصرف النظر عن البائع فيستوى أن يكون حسن أو سئ النية وهو مانص عليه المشرع صراحة (م ٤٦٨) .

- ولقد أثير التساؤل حول أساس الزام البائع بتعويض المشتري إذا كان حسن النية ؟ .

- قبل الأجابة علي التساؤل السابق نود التنويه الي أن المسؤولية ليست عقدية فقد زال العقد بالإبطال وإنما هي مسؤولية تقصيرية .

- ولقد انقسم الفقه إزاء الإجابة علي التساؤل السابق الي أربعة اتجاهات نستعرضها على النحو التالي : -

- الأول : -

- يفرق هذا الإتجاه بين حسن نية البائع وسوء نيته ، ويرى أن أساس مسؤولية البائع في حالة حسن نيته هو نظرية العالم الألماني (إهرنج) القائمة على الخطأ في تكوين العقد - أما إذا كان سئ النية فأساس مساءلته هو الخطأ التقصيري (٥٠) .

(٤٩) د./ منصور مصطفى منصور - السابق ص ٢٥٢ .

(٥٠) د./ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - العقود

=====

- الثاني : -

- فرق بعض الفقهاء في فرنسا بين حسن نية البائع وسوء نيته وأعطوا لذلك أحكاماً بعكس ماذهب اليه الرأي السابق ، فإذا كان البائع حسن النية التزم بتعويض المشتري على أساس الخطأ التقصيري ، وعلى العكس من ذلك لو كان سئ النية فأساس الزامه بالتعويض هو اختلاسه ملك الغير (٥١) .

- ويلاحظ أن لفظ الإختلاس الذي أورده هذا الإتجاه يشعر بإرتكاب البائع لجريمة قوامها تصرفه فيما لايمك . من هنا كان سئ النية ويستحق الحكم عليه بتعويض قد يفوق مايحكم عليه به في حالة إرتكابه لخطأ تقصيري ، وهذا هو سر التعبير عن خطئه بأنه اختلاس .

- الثالث : -

- يرى أنصار هذا الإتجاه أنه وإن كان أساس الزام البائع بتعويض المشتري هو خطؤه إلا أنه لايمكن وصف هذا الخطأ بأنه

==== المسماه - البيع - طبعة عام ١٩٩٠ ، ص ٤٥٥ ، د./ منصور مصطفى منصور - السابق ص ص ٢٥٢ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ١٨ .

(٥١) - Planiol , Ripert et Boulanger : op. cit . N. 2319 .

عقدى نظراً للحكم ، بإبطال العقد فكأنه لم يكن .

- ولا يمكن القول بأنه خطأ تقصيري ، لأن الخطأ وقع في مرحلة تنفيذ العقد أى بعد إبرامه وتمثل في عدم تنفيذ البائع لإلتزامه .

- ولكنه يمكن القول بوقوع الخطأ في مرحلة ما قبل إبرام العقد وهو ما يطلق عليه أصحاب هذا الإتجاه الخطأ المتقدم على العقد (Pre - Contractuelle) .

- ومضمون الخطأ في هذه الحالة يتمثل في إصرار البائع بالإقدام علي بيع مالا يملك سواء من يجهل عدم ملكيته (حسن النية) أو يعلم بعدم ملكيته (سئ النية) (٥٢) .

- الرابع :-

- يميل هذا الإتجاه الى أنه إذا كان البائع حسن النية بأن كان يجهل عدم ملكيته للمبيع ولديه من المبررات السائغة ، لذلك فلا

- Beudant : op . cit . P. 67 . (٥٢)

- Salleilles : responsabilite pre-contractuelle R.T.D.C. 1907 . P.697 .

يجوز الزامه بالتعويض (٥٣) .

- رأينا الخاص فى المسألة :-

بداية ، نستبعد الإتجاه الأخير والذي يرى عدم جواز الزام البائع حسن النية بالتعويض نظراً لحسن نيته ، ويرجع استبعادنا لهذا الإتجاه لسبب بسيط وهو أنه يصطدم بصريح نص المادة (٤٦٨) والذي يقضى بحق المشتري فى طلب التعويض حتى ولو كان البائع حسن النية .

- كذلك لانسلم بفكرة الخطأ المتقدم علي العقد ، فمن ناحية ليس لتلك الفكرة أساس قانونى يمكن الإرتكاز عليه ولم يقل بها أحد . ومن ناحية أخرى فهى فكرة تقوم على التخيل ولا تصادف فى الواقع العملى محلاً إذ كيف يمكن القول بمساءلة شخص قبل الإرتباط بالعقد ، وقبل اتخاذ أية اجراءات تتم عن الإتجاه لإبرام العقد كتبادل الإيجاب والقبول حتى أن الفقه الذى يتشدد فى مساءلة الشخص عن تعويض الطرف الآخر عن فشل المفاوضات إنما يضعون لذلك ضوابط أهمها أن يكون الطرف المسئول هو الذى دعا للمفاوضات ثم قام بقطعها بلا مبرر معقول وبشرط أن يقترن قطع المفاوضات بخطأ من جانبه ويتحقق هذا

(٥٣) د. محمد لبيب شنب ، ود. مجدى خليل - السابق فقرة (٣٥)

الخطأ بأن يثبت الطرف الآخر أن العدول لم يكن لسبب جدى
ظاهر (٥٤) .

- أما القول بأن أساس الزام البائع بالتعويض هو
اختلاسه ملك الغير فهو باب تحصيل الحاصل إذ الواقع والحاصل
أننا بصدد إختلاس ملك الغير وليس هذا هو المطلوب ، إنما
المطلوب هو تكييف هذا الإختلاس وبأنه يشكل ركن الخطأ فى
المسئولية والذى علي ضوئه - وجوداً وعدمياً - يمكن مساءلة
مرتكبه أو عدم مساءلته .

- أما الإحتجاج بنظرية (إهرنج) كأساس لتبرير الزام
البائع بالتعويض فهو استناد لايقوم علي أساس سليم ويتطلب
منا أن نعرض - فى عجالة - لمضمون تلك النظرية ثم نبين
رأينا فى مدى وجاهة الإرتكاز عليها .

- يبدأ العالم الألمانى (إهرنج) نظريته بافتراض أن كل من
يقدم على التعاقد يقع علي عاتقه التزام مضمونه هو عدم وجود
سبب لبطلان العقد من جهته ، فإذا ما أبطل العقد يكون الطرف
الذى أتى سبب البطلان من جهته قد أخل بالتزامه السابق علي
التعاقد ، ومن ثم يلتزم بتعويض الطرف الآخر الذى أولاه الثقة
وأطمأن لصحة هذا العقد .

- ويقتصر التعويض فى هذه الحالة علي المصلحة السلبية
والتي تتمثل فى الضرر الذى نشأ من توهم صحة العقد . وبعبارة

- Salleilles : op. cit . P. 697 . (٥٤)

أخرى فالتعويض يقف عند حد ما أصاب الطرف الآخر من ضرر دون إدخال العنصر الثاني (المصلحة الإيجابية) للتعويض في الحساب وهو ما فاتته من كسب . والمسئولية في هذه الحالة عقدية وليست تقصيرية (٥٥) .

ودون الدخول في تفصلات هذه النظرية التي أصبحت مهجورة الآن حتى أن القوانين الحديثة - بما فيها المصرى والفرنسى - عزفت عن الأخذ بها ، فإننا لانسلم باعتبارها مبرراً سائغاً لإلزام البائع بالتعويض بل لانسلم بما يسمى بفكرة الخطأ عند تكوين العقد خاصة التبريرات التي ساقها (إهرنج) ، وكذلك تأسيسه التعويض على المسئولية العقدية ، ولعل ما يدفعنا الي مانقول به سببين :-

- الأول :-

- ويتمثل في سبب تاريخى مقتضاه انتهاء الظروف التاريخية التي أملت الأخذ بتلك النظرية حيث كانت - وقت الأخذ بها - قوانين أوروبا ما زالت متأثرة بأحكام القانون الرومانى الذي كان يضيق من نطاق المسئولية المدنية حيث لم يكن

(٥٥) د./ عبد المنعم البدر اوى - النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - طبعة عام ١٩٧١ ص ٣٧١ ، د./ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام ، طبعة عام ١٩٩١ ص ٢٣٩ .

كل خطأ يرتب هذه المسؤولية ، فأراد (إهرنج) التحايل علي تلك المسألة بأن عثر على بعض النصوص فى القانون الرومانى التى تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر فى العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها .

- أما الآن فلقد تحررت تلك القوانين من ريقه القانون الرومانى وبنيت قواعد المسؤولية التى تتسع لكل خطأ ، وبالتالى انتهى المبرر للإبقاء على تلك النظرية (٥٦) .

- الثانى :-

- أما السبب الثانى فهو سبب فنى ، فالقول بأن أساس الإلتزام بالتعويض هو المسؤولية العقدية يمثل مخالفة فنية للأصول والقواعد القانونية خاصة إذا علمنا أن الحكم ببطلان العقد يعنى وكأنه لم يكن فهو والعدم سواء فكيف نقرر مسؤولية شخص علي أساس هذا العدم ؟ وهو ما لم يقل به أحد .

- وأعتقد أن مسؤولية البائع عن تعويض المشتري أساسها الخطأ التقصيرى خاصة وأن المشرع قد اشترط أن يكون المشتري حسن النية بما يشعر أنه قد خدع فى إبرام العقد وأقدم على إبرامه بظنين أن البائع مالك للمبيع حقيقة قد يكون البائع قد اختلط عليه الأمر هو أيضاً وأعتقد خطأ أنه يملك الشئ المبيع مما

(٥٦) فى تفضيل ذلك : أنظر د./ السنهورى - الوسيط - العقد - طبعة ١٩٨١ ، ص ٦٦٩ وما بعدها .

يجعل المصلحتان متعارضتان ، وهذا احتمال وارد مما يثير التساؤل عن أى المصلحتين أولى بالرعاية ؟ . لقد مال المشرع صراحة الى جانب المشتري بحسبانه الطرف الأولى بالرعاية فى مثل تلك الظروف .

الفرع الثاني

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع

٢٣ - يثبت حق طلب الإبطال للمشتري على نحو ما أسلفنا ، فليس للبائع هذا الحق وهو ما أكد عليه نص المادة (٤٦٦) من القانون المدني (٥٧) .

- ولقد ثار التساؤل عن مدى إمكانية لجوء البائع لطلب الإبطال للغلط خاصة إذا كان حسن النية يجهل عدم ملكيته للمبيع أو يعتقد أنه يبيع ما يملك ؟ .

- اختلف الفقه حول الإجابة على التساؤل السابق ، ويمكن أن نتبين رأيين في هذه المسألة : -

٢٤ - الرأي الأول : -

يتجه أصحاب هذا الرأي استصحاباً لصريح نص المادة (٤٦٦) إلى أنه ليس من حق البائع طلب إبطال عقد البيع ولا يقدح في ذلك حسن نيته (٥٨) .

(٥٧) وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض ومما قضت به في هذا المقام أن :
« بطلان بيع ملك الغير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقرر لمصلحة المشتري وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد . » - نقض مدني في ٢٢ / ١٠ / ١٩٨٦ - الطعن رقم ١٧٨٠ السنة ٥٠ ق.
(٥٨) د. السنهوري - البيع - ص ٢٩٠ ، د. عبد المنعم البدر - البيع بند ٣٩٩ .

٢٥ - الثاني :

- يرى أنصار هذا الإنجاه أن للبائع طلب إبطال العقد إذا توافرت في حقه شروط الغلط ويكون الإبطال في هذه الحالة ليس لورود البيع علي ملك الغير وإنما لتعيب إرادة البائع نتيجة وقوعه في الغلط (٥٩).

- ونحن نميل الى الرأي الأول الذي يحرم البائع من مكنة طلب الإبطال ، أما الرأي الثاني فهو يصطدم بصريح نص المادة (٤٦٦) الذي يقصر طلب الإبطال على المشتري فضلاً عن أن وقوع البائع في الغلط يعنى جهله بعدم ملكيته وهو أمانة على حسن نيته ومع ذلك لم يعامله المشرع معاملة تتساوى مع المشتري إذ قرر في المادة (٤٦٨) حق الأخير في طلب التعويض متى قضى ببطلان البيع وكان حسن النية وصرح بأنه لايقدر في ذلك حسن نية البائع .

- وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في معظم أحكامها التي تعرضت فيها لتلك المسألة من ذلك ما قضت به من أن :

(٥٩) د. منصور مصطفى منصور - السابق ص ٢٤٨ ، د. اسماعيل غانم - السابق ص ٢٧ ، د. أنور سلطان - السابق بند ٤٠٦ ، د. جميل الشرقاوى - السابق ص ١٠٥ ، د. محمد لبيب شنب ، ود. مجدى خليل - السابق ص ٨٤ .

« بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ، ومن ثم فيكون له
دون غيره أن يطلب إبطال العقد » (٦٠) .

- أضيف الي ذلك أن حق المشتري في طلب الإبطال ثابت
على سبيل الإستثناء وما كان ذلك شأنه فلا يتوسع فيه ولا يقاس
عليه .

(٦٠) نقض مدنى : ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ - مجموعة الكتب الفنى - السنة
١٤ ق ، ص ٢٩٨ .

الفرع الثالث
حكم بيع ملك الغير بالنسبة
للمالك الحقيقي

٢٦ - أما عن حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي ، فإننا نواجه بفرضين فيما أن يقر البيع أو لا يقره . فما الحكم في الحالتين ؟ .

٢٧ - (أولا - عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع :-

- بادئ ذي بدء يعد المالك الحقيقي من الغير بالنسبة للبيع الذي تم ومن ثم فهو لا يسرى في حقه بل وله أن يتجاهل هذا البيع ويتصرف في العين وكأنه لم يرد عليها البيع .

- ولا يقدر في الحكم السابق قيام المشتري بإجازة البيع فتلك الإجازة وإن كانت تسلب من المشتري مكنة الإبطال المقررة له وينقلب البيع بعدها صحيحاً إلا أن ذلك في حدود العلاقة فيما بين المشتري والبائع له أما المالك الحقيقي فهو خارج هذا النطاق وأجنبي عنه .

- وترتيباً على ذلك يستطيع المالك الحقيقي أن يرجع على المشتري الذي تسلم المبيع بدعوى الإستحقاق ، بل ومطالبته بالتعويض إذا كان سئ النية .

- أما إن كان على العكس من ذلك حسن النية فلا يرجع عليه بتعويض ولا يلتزم المشتري كذلك برد الثمار (٦١) .

(٦١) د. السنهوري - السابق ص ٢٦٩ .

- وإذا كان عقد البيع - والحال كذلك - لا ينقل الملكية الى المشتري إلا أنه مع ذلك قد يتمك المبيع بالحيازة ، فإذا كان حسن النية تملك المنقول طبقاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، وإذا كان المبيع عقاراً تملكه بالتقادم الخمسى بعد تسجيل العقد .

- أما إذا كان المشتري سئ النية فلا يتمك المنقول ولا العقار الا بمقتضى التقادم الطويل وفى هذه الحالة أو تلك فليس أمام المالك الحقيقى سوى الرجوع على البائع على أساس المسئولية التقصيرية وركن الخطأ فيها هو تصرف البائع فيما لا يملك (٦٢) .

٢٨ - ثانياً - إقرار المالك الحقيقى للبيع :-

- للمالك الحقيقى أن يجيز البيع الوارد على ملكه وبإقراره هذا يضحى البيع صحيحاً بل ويسقط حق المشتري فى طلب الإبطال . ويسرى العقد فى حقه من تاريخ هذا الإقرار إذا كان المبيع منقولاً ومن تاريخ تسجيل الإقرار إذا كان المبيع عقاراً .

- وترتيباً على ذلك لو كان المبيع عقاراً ورتب عليه المالك

(٦٢) د. منصور مصطفى منصور - السابق ص ٢٤٥ ، د. السنهورى - السابق - ص ٢٩٩ ، د. عبد المنعم البدروى - السابق ص ٥٩١ .

رهنأ فى الفترة ما بين بيعه من قبل غير المالك وقبل إقراره لهذا البيع وقام الدائن المرتهن بقيد رهنه ثم بعد ذلك أقر المالك الحقيقى هذا البيع فإن ملكية العقار تنتقل الى المشتري محملة بالرهن الرسمى .

- إلا أن التساؤل قد ثار حول المقصود بسريان العقد فى حق المالك الحقيقى ، فهل معنى ذلك أنه منذ هذا الوقت تنشأ بينه وبين المشتري علاقة مباشرة ويخرج البائع من تلك الدائرة ؟ أم أن المقصود انضمام المالك الحقيقى الى جوار البائع ليكون الإثنان طرفاً واحداً فى مواجهة المشتري ؟ أم هل يقصد بسريان العقد فى مواجهة المالك الحقيقى مجرد إزالة العقبة التى كانت تعترض نقل الملكية وبحيث تبقى العلاقة قائمة ما بين البائع والمشتري فحسب ؟

- يوجد رأيان فى الفقه للإجابة على هذا التساؤل :-

- الأول :-

- ويتجه الى أنه بإقرار المالك فإنه يحل محل البائع الذى يتلاشى من دائرة العقد ويصبح المالك الحقيقى هو الطرف المواجه للمشتري وتبرأ ذمة البائع تماماً من الإلتزامات الناشئة عن البيع .

- وترتيباً على ذلك يكون من حق المالك مطالبة المشتري بالثمن وللأخير مطالبته

بتسليم المبيع وبالضمان (٦٣).

- الثاني :-

- بينما يتجه هذا الرأي الى عكس سابقه ، ويرى في إقرار المالك مجرد واقعة تزيل ما كان يعترض انتقال الملكية فضلاً عن إسقاط حق المشتري في طلب الإبطال .

- أما العلاقة بين البائع والمشتري فتظل كما هي ولا تتأثر بهذا الإقرار فالبائع هو الدائن بالثمن والمدين بنقل الملكية الى المشتري وما ذلك إلا تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد ومضمونه أنه لا يستفيد ولا يضار من العقد إلا من كان طرفاً فيه .

- أما الإحتجاج بالعقد أو سريانه في حق غير أطرافه فهو أمر خارج عن نطاق النسبية فالمالك الحقيقي ليس طرفاً في العقد فلا تمتد إليه آثاره ، وإن كان يمكن الإحتجاج عليه به بمقتضى

(٦٣) د. سليمان مرقس - السابق ، فقرة ٢٧٣ ، د. جميل الشراوى

- السابق ص ١١٢ ، د. عبد المنعم البدروى - السابق ص

الإقرار الصادر منه (٦٤) .

- ونحن نميل للرأى الأخرى .

(٦٤) د./ السنهورى - السابق ص ٢٩٨ - ٢٩٩ ، د./ محمد لبيب
شنب ، ود/ مجدى خليل - السابق فقرة (٥٤) ، د./ منصور مصطفى
منصور - السابق فقرة (٢٤٩) . ، ود / اسماعيل غانم - السابق -
فقرة ١٨ .

- Mazeaud : op. cit . P. 673 .
- Carbonnier : Droit civil . P. 483 .
- Demogue : Traite des obligations . tome 7 P.68 .
- Savatier : Le prétendu Principe de l'effet relatif des
contrats . R.T.D.C. 1934 P. 526.

المبحث الثاني

بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى

٢٩ - تمهيد وتقسيم :-

- القاعدة الفقهية العامة فى الشريعة الإسلامية أنه لايجوز للإنسان أن يتصرف فيما لايمك ، أو بعبارة أخرى لايجوز للإنسان أن يبيع ملك غيره دون أن يؤذن له فى هذا سواء كان الإذن من المالك أو من الشرع كالولى والوصى والقاضى والوكيل .

- والكلام فى اشتراط ملكية البائع للمبيع تثير عدة تساؤلات تدور كلها حول الغاية من اشتراط الملكية ؟ وما هو المقصود من نهى الإنسان عن بيع ما لا يملك ؟ وأخيراً ما أثر اشتراط الملكية على بعض البيوع ؟ .

- وبتناول الإجابة على تلك التساؤلات بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالى :-

المطلب الأول : الغاية من اشتراط الملكية والمقصود من نهى الإنسان بيع ما لا يملك .

المطلب الثانى : أثر اشتراط الملكية على بعض البيوع .

المطلب الأول

الغاية من اشتراط الملكية والمقصود

من نهى الإنسان بيع ما لا يملك

٣٠ - أولا - الغاية من اشتراط الملكية :-

- تقضى القاعدة الفقهية بأنه : « لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن » (٦٥).

- والتصرف في ملك الغير يأخذ إحدى صورتين :-

- الأولى :-

- إما أن يكون تصرفاً

فعالياً بالأخذ والإستهلاك أو الحفر في الأرض ونحو ذلك دون إذن مما يعد تعدياً ويعتبر المتصرف في حكم الغاصب . وعليه ضمان الضرر .

- الثانية :-

- وإما أن يكون التصرف قولياً . بطريق التعاقد كبيع ملك الغير أو هبته أو رهنه وإجارته أو غير ذلك .

(٦٥) المدخل الفقهى العام - الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد - د. /

مصطفى أحمد الزرقاء - مطابع ألف باء - الأديب بدمشق ، ج ٣

فقرة ٦٥٣ . الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٢٦٦ .

- فإن قام المتصرف بتسليم المبيع أصبح تصرفه فعلياً
وأخذ حكم الغاصب وسند هذه القاعدة حديثان شريفان (٦٦) :-

- أحدهما :-

- حديث حكيم بن حزام قال : قلت :
يا رسول الله ﷺ يأتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى
فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق فقال : « لاتبع ماليس عندك »

- وثانيهما :-

- حديث ابن عمر رضى الله عنهما ولفظه : « لايجل
سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يمضى ولا بيع
ماليس عندك » .

- يتفق الحديثان السابقان فى حكم كل منهما وهو النهى
عن بيع الإنسان ماليس عنده لما يؤدى اليه مثل هذا البيع من
غرر .

- والإنسان إذا باع لآخر ماليس فى ملكه ثم مضى
ليشتريه أو يسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه ، فكان

(٦٦) فتح البارى - شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى - طبعة دار
الفكر ، ج ٤ ص ٢٤٩ « باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ماليس
عندك » .

غرراً يشبه القمار فوجب النهى عنه (٦٧) .

- إذا تكمن العلة فى النهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده فى منع الضرر وقيل أن العلة هى العدم لأن ما ليس عندك معدوم واشتراط الملكية للمبيع إنما تكون فى الأعيان أما فى بيع السلم فهو جائز استثناء مع أنه بيع ما ليس عنده .

٣١ - ثانياً - المقصود من نهى الإنسان بيع ما لا يملك :-

- إختلف الفقهاء فى معنى نهى النبى ﷺ « عن بيع ما ليس عندك » . وذلك على عدة أقوال :-

- الأول :-

- يرى أصحاب هذا الرأى أن المراد من النهى أن يقوم الإنسان ببيع ما لا يملك من السلع المملوكة للغير فيقوم الشخص ببيعها ثم يسعى لتملكها ويقوم بنقل ملكيتها بعد ذلك الى المشتري .

- والإستثناء الوحيد على تلك القاعدة هو السلم .

(٦٧) زاد المعاد فى هدى خير العباد - للشيخ العلامة شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، ج ٤ ص ٢٦٢ ، تهذيب السنن لنفس المؤلف ج ٥ ص ١٥٦ وما بعدها .

- الثاني : -

- يرى أصحاب هذا الرأي أن الحديث بعمومه يدل علي النهي عن بيع ما في الذمة ولم يكن مملوكاً للبائع وقت إصدار البيع ولا يقدر علي تسليمه ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمنه برغم عدم قدرته علي تسليمه .

- ويبدو أن كلا الرأيين متفقين علي عدم جواز بيع الإنسان ما ليس عنده إلا أن الرأي الثاني لم يورد أى استثناء علي قاعدة الحظر عنده في حين يستثني الرأي الأول السلم من النهي برغم أنه بيع لما ليس عند البائع غير أن النفي ورد باستثناءه (٦٨) .

- ويربح الإنسان من وراء بيع ما ليس عنده يدخل في باب القمار والميسر خاصة وأن المشتري لا يعلم أن ما يباع له ليس مملوكاً وقت البيع للبائع وأنه سيسعى لتملكه ثم ينقل ملكيته بعد ذلك له .

- ولو علم أكثر الناس بتلك الحقيقة لما أقدموا علي الشراء لما فيه من ضرر وما كان أغناهم أن يذهبوا ليشتروا من حيث اشتري البائع .

(٦٨) أنظر في هذا الخلاف : فتح الباري - السابق ص ٣٤٩ - ص ٢٥٠ ، زاد المعاد - السابق ص ٢٦٣ - ٢٦٦ .

- وتبدو خطورة مثل هذا البيع فى الاستعجال بالبيع قبل القدرة على التسليم ولا يجوز القول بأن ذلك من مخاطر التجارة لأن التاجر إذا اشترى السلعة وصارت عنده ملكاً وقبضاً فحينئذ يدخل فى مخاطر التجارة والتي تدور بين مظنة الربح والخسارة (٦٩) وهو أمر أحله الله بقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٧٠) .

(٦٩) زاد المعاد - السابق - نفس الموضع .
(٧٠) سورة النساء ، آية (٢٩) .

المطلب الثانى

أثر اشتراط الملكية على بعض البيوع

٣٢ - نهيد وتقسيم :-

- رأينا أن ملكية البائع لما يبيع شرط لصحة البيع وإرتفاع الغرر عنه - وهناك بعض البيوع التى أثير حولها التساؤل عن مدى شرعيتها ..
 - وهل هى تدخل تحت مدلول بيع الإنسان ما ليس عنده ؟ أم لا ؟
 - وتلك البيوع هى بيع الفضولى وبيع الغاصب وبيع المشتري قبل القبض .
- ونتناول كل نوع من هذه الأنواع فى فرع مستقل على النحو التالى :-

الفرع الأول : حكم بيع الفضولى :

الفرع الثانى : حكم بيع الغاصب للعين المغصوبة .

الفرع الثالث : حكم بيع المشتري للمبيع قبل قبضه .

الفرع الأول

حكم بيع الفضولي

٣٣ - تعريف الفضولي :-

- الفضولي هو من يتصرف فى شئون غيره بدون أن يكون له ولاية إصدارها شرعاً .

- وذلك كمن يبيع مال غيره أو يؤجره من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه أو وكالة صادرة منه .

٣٤ - حكم تصرف الفضولي :-

- إختلف الفقهاء حول حكم تصرف الفضولي على قولين أحدهما يرى أن تصرفه صحيح ولكنه موقوف والثانى يرى أن تصرفه باطل . ونستعرض كلا الرأيين فى بندين علي التوالى (٧١)

٥٣ - أولاً - عقد الفضولي موقوف :-

- إتجه هذا الرأى الي أن تصرفات الفضولى

(٧١) فى تفصيل هذا الخلاف ، أنظر : بدائع الصنائع للكاسانى ، ج ٥ ص ١٤٨ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٩ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٠ ، أسهل المدارك ج ٢ ص ٢٧٢ ، كفاية الأخيار ج ٢ ص ٤٦٢ ، الإنصاف للمرداوى ج ٤ ص ٢٨٣ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص ١٩ ، ٢٠ .

منعقدة ولكنها موقوفة على إجازة المالك وهذا هو مذهب الحنفية
والمالكية ورواية عند الحنابلة ومذهب الشافعي في القديم .

- أدلة هذا الرأس :-

١ - عموم آيات البيع مثل قوله تعالى : « وأحل الله البيع
وحرم الربا (٧٢) . وقوله : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم
بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٧٣) .

- وجه الاستدلال :-

- تدل الايات بعمومها علي جواز تصرف
الفضولي لأنه بيع والبيع مباح وهو وارد على مال متقوم فوجب
القول بإنعقاده ولا مانع منه لأن المانع من التصرف هو الضرر
ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والمتعاقدين . أما المالك فلأنه
مخير بين الإجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب
المشتري وحصول الثمن وقد يكون مطلوباً له .

- أما الفضولي فلأن صون كلامه أولى من الغائه
وإصداره وأما المشتري فلوصوله الى حاجة نفسه

(٧٢) سورة البقرة ، آية (٢٧٥) .

(٧٣) سورة النساء ، آية (٢٩) .

ودفعها بالمبيع (٧٤) .

٢ - ما روى عن عروة البارقي أنه دفع له النبي ﷺ ديناراً وقال له : « اشتر لنا من هذا الجلب شاة . قال : فاشترت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت : « يارسول الله : هذه شاتكم وهذا ديناركم فقال : « اللهم بارك له في صفقة يمينه . » .

- وفي هذه الحادثة لم يكن عروة موكلًا إلا بشراء شاة واحدة فشراؤه الثانية وبيعه لها كان من غير توكيل وهذا بعينه هو عمل الفضولي وإقرار الرسول ﷺ له علي هذا الوجه دليل مشروعته وأنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجازته (٧٥) .

٣ - عقد الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث .

شروط الإجازة :-

- إذا كان عقد الفضولي موقوفاً على إجازة

(٧٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : د. أحمد فراج حسين ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ص ٢٩١ .

(٧٥) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه د. محمد مصطفى شلبي ، طبعة ١٤٠٥ ص ٥٤٣ .

صاحب الشأن إلا أن أصحاب هذا الرأي قد قيدوا هذا الحكم
بشرطين : -

- الأول : -

- أن يكون لهذا
العقد مجيز وقت إنشائه فإن لم يكن له مجيز في هذا الوقت فلا
تفيد فيه الإجازة كما إذا باع مال الصغير بغبن فاحش أو وهب
ماله فإن هذه التصرفات تقع غير صحيحة من أول الأمر لأنه
لامجيز لها عند إنشائها . أما الصبي فلأنه ليس أهلاً لها ، وأما
وليه فلأنه مقيد بما فيه مصلحة الصبي وهذه تصرفات ضارة به .

- الثاني : -

- أن لا يمكن تنفيذ هذا العقد على الفضولى عند
رفض صاحب الشأن له فإن كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولى
عند عدم الإجازة فإنه لا يبطل بل إن أجازه من عقد لأجله نفذ عليه
وإن رده نفذ على الفضولى لأن الأصل الاحتياط في التصرفات
بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان .

- أثر الإجازة : -

- يترتب على إجازة العقد من قبل صاحب
الشأن أن يتحول الفضولى الي وكيل وتثبت له هذه الصفة من وقت
ماقبل التعاقد وكان المجيز قد وكله به قبل مباشرته ، ولذلك يقرر
الفقهاء أن : « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » .

وحتى يثبت للإجازة هذا الأثر فلا بد من توافر الشروط
الآتية :-

- ١ - أن تصدر الإجازة ممن له ولاية إنشاء هذا العقد كالولى أو الوصى فلا تصح من القاضى مع وجود الولى أو الوصى .
- ٢ - أن تصدر حال بقاء محل العقد كى يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، وعلي ذلك لو أجاز العقد بعد إهلاك محله فلا يظهر أثر لهذه الإجازة .
- ٣ - أن تكون فى حياة من تعاقد مع الفضولى كى يظهر أثرها فى حقه . فلو باع الفضولى مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشتري فإن الإجازة التى تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر لعدم وجود الطرف الآخر فى العقد فيبطل هذا العقد .
- ٤ - أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولى لأنه سينقلب بها وكيلاً وهذا الشرط يشترط فى العقود التى ترجع حقوقها الى الوكيل كالمعاوضات وأما فى العقود التى لا ترجع حقوقها إليه كعقد النكاح فلا تتوقف صحة الإجازة على حياته لأنه لا صفة له فى العقد بعد العبارة لأنه سفير (٧٦) .

(٧٦) أنظر المراجع المشار إليها فى هامش (٧٠) .

٣٦ - ثانياً - عقد الفضولي باطل :-

- إتجه أصحاب هذا الرأي الي أن تصرفات الفضولي غير منعقدة وباطلة ولو أجازها المالك لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود ، وهذا العقد لا وجود له لأنه ولد ميتاً فلا تحييه الإجازة وهذا مذهب الشافعي الجديد ورواية عند الحنابلة .

- أدلة هذا الرأي :-

١ - حديث حكيم بين حزام حين قال له

رسول الله ﷺ : « لاتبع ماليس عندك » .

- ووجه الدلالة من الحديث أن الفضولي يتصرف فيما لايمك فيقع تصرفه باطلاً .

٢ - أن التصرفات الشرعية من العقود وغيرها لاتوجد شرعاً إلا إذا كان مصدرها له ولاية إصدارها ، إما بالملك أو بالولاية الشرعية ولم يوجد إحداهما في تصرف الفضولي وبالتالي لاتصح تصرفاته لإنعدام القدرة الشرعية (٧٧) .

(٧٧) قارن ما جاء في المجموع ، شرح المذهب للنووي - تحقيق نجيب المطيعي - مصر - ج ٩ ص ٢٨٦ .

الفرع الثاني

حكم بيع الغاصب للعين

المغصوبة

٣٧ - تعريف الغصب :-

- الغصب هو أخذ الشيء ظلماً أو هو أخذ مال قهراً
تعدياً بلا حراية (٧٨).

- ويراد بالغصب الإستيلاء على مال الغير ولو لم يأخذه
الغاصب بالفعل فمن استولى على مال شخص بأن منع صاحبه
منه ولو لم ينقله من موضعه فهو غاصب ، وحرمته معلومة من
الدين بالضرورة ولكن لم يرد فيه حد مخصوص .

- والغاصب يضمن المال المغصوب حتى ولو تلف بقوة
قاهرة كأمر سماوى أو جناية الغير سواء كان المال عقاراً أو
منقولاً .

- ومثل الغاصب جاحد الوديعة . فمن أودع لديه مال
وجده حين طلب صاحبه له ثم تلفت الوديعة بعد ذلك ولو بدون

(٧٨) الشرح الصغير علي أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك لأبى البركات
أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبهامشه حاشية أحمد بن محمد
الصاوى المالكي . أخرجه د. / مصطفى كمال وصفى - طبعة دار
المعارف عام ١٣٩٢ هـ - ج ٣ ص ٥٨١ .

خطأ المودع لديه ضمنها ويأخذ حكم الغاصب (٧٩) .

- ومن غصب حيواناً فذبحه فلما لكه الخيار بين أخذ قيمة الحيوان أو أخذه مذبوحاً ونفس الحكم لمن أغتصب قمحاً وطحنه فيغرم بمثل القمح .

- ويضمن الغاصب قيمة المال المغصوب بحسب تقدير تلك القيمة يوم الغصب إذا فات المال عند الغاصب سواء تلف ككسر الأنية أو تغيرت هيئته كغزل تم نسجه أو حلى ذهبية تم صهرها (٨٠) .

٣٨ - حكم بيع الغاصب :-

- إختلف الفقهاء حول حكم بيع الغاصب للعين المغصوبة وذلك على قولين :-

- الأول :-

- إتجه أصحاب هذا الرأي من الأحناف والمالكية ورواية عن أحمد بأن بيع الغاصب موقوف كبيع الفضولى فإن أجاز المالك بيعه صح البيع ونفذ متى توافرت شروط الفضالة السالف ذكرها (٨١) .

(٧٩) المرجع السابق ص ٥٨٣ - ص ٥٨٥ .

(٨٠) المرجع السابق ص ٥٨٦ - ص ٥٩٣ .

(٨١) المدونة الكبرى ج ١٤ ص ٣٤٨ .

- الثاني : -

- بينما اتجه الشافعية والراجح لدى الحنابلة إلى أن
بيع الغاصب للعين المغصوبة باطل لأنه لا يملكها ويجب عليه ردها
إلى صاحبها (٨٢).

(٨٢) المجموع - السابق ، ج ٩ ص ٢٦٠ .

الفرع الثالث حكم بيع المشتري للمبيع قبل قبضه

٣٩ - أجمع العلماء علي أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه قبل قبضه للنهي عنه لقوله ^{صلى الله عليه وسلم} : « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه » (٨٣) .

- ولقد وردت أحاديث كثيرة تدور كلها حول المعنى المتقدم من ذلك ما ورد على لسان حكيم بن حزام قال : « قلت يا رسول الله إنى اشترى بيوعاً فما يحل لى منها وما يحرم على ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » .

- وعن زيد بن ثابت : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن تبايع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رجالهم » . (٨٤)

(٨٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٦ : « باب نهى المشتري عن بيع ما اشتراه قبل قبضه » .

(٨٤) مشار اليهما - المرجع السابق نفس الموضع ، وكذلك وردت هذه الأحاديث فى فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٤ ص ٣٥٠ (كتاب البيوع) .

- والأحاديث بعمومها تدل على عدم جواز بيع الإنسان لطعام اشتراه قبل أن يقبضه .
- ومع ذلك فقد ذهب الأمام مالك الى التفرقة بين الجزاف والمكيل فأجاز بيع الجزاف قبل قبضه وحجته في ذلك أن الجزاف مرئي فتكفى فيه التخلية .
- وعلي العكس من ذلك لايجوز - عنده - بيع المكيل أو الموزون قبل القبض والعلة في ذلك عدم استيفاء المبيع (٨٥).
- هذا عن بيع الطعام ، أما غير الطعام فلقد ثار التساؤل بشأنه ومدار التساؤل هل يمكن بيعه قبل القبض أم لا ؟ .
- **اختلف الفقهاء في الإجابة على التساؤل السابق الى ثلاثة اتجاهات :**

٤. - الإجابة الأول :-

- ذهب الأحناف الي أنه لايجوز بيع كل منقول قبل قبضه سواء كان طعاماً أو غيره إلا العقار اذا كان لا يخشى عليه الهلاك فإنه يجوز بيعه قبل قبضه ويشمل : الأرض والدور التي عليها من بناء أو أشجار .

(٨٥) المراجع السابقة - نفس الموضوع .

-والعلة فى المنع هي أنه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المعين ولأنه بيع فيه غرر الإنفساخ بهلاك المبيع لأنه إذا هلك قبل القبض فإنه يبطل المبيع الأول فينفسخ الثانى لأنه بناه على الأول وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع فيه غرر (٨٦) .

- والعلة فى إجازة بيع العقار قبل قبضه تكمن فى أن المانع المثير للنهى هو غرر الإنفساخ بالهلاك ، وهذا منتفى بالعقار فإن هلاكه نادر والنادر لاعتبرة له بخلاف غيره من المنقول فإنه يسارع اليه الفساد فالحق بالطعام من عدم الجواز .

- أما إذا كان العقار عرضة للهلاك كما إذا كان مجاورا للبحر أو زحفت عليه الرمال ، فلا يجوز بيعه قبل قبضه شأنه فى ذلك شأن المنقول (٨٧) .

٤١ - الإرجاء الثانى :-

- ذهب الشافعية ورواية عن أحمد الى عدم جواز بيع كل شئ قبل قبضه مطلقاً طعاماً كان أو غيره .

(٨٦) فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٤ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٨٠ .
(٨٧) فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع - السابق - نفس الموضوع ، المجموع ج ٩ ص ٢٩٥ .

- والعلة في المنع مطلقاً هو مساواة غير الطعام بالطعام
في النهي عن البيع قبل القبض . قال ابن عباس : « ولا أحسب
كل شيء إلا مثله » ، أى مثل الطعام في النهي عن بيعه قبل
قبضه (٨٨) .

٤٢ - الإزجاء الثالث :-

- ذهب المالكية ورواية لأحمد الي أنه يجوز بيع كل مبيع
قبل قبضه إلا الطعام ، وفي رواية لأحمد إلا المكيل والموزون فدل
ذلك على أنه يجيز بيع الجزاف قبل القبض .

- والعلة في ذلك أن النهي ورد نصاً وصراحة علي الطعام
خاصة مما يدل على عدم سريان النهي على غيره (٨٩) .

(٨٨) إعلام الموقعين لإبن القيم ج ١ ص ١١٠ .

(٨٩) بداية المجتهد لإبن رشد ج ٢ ص ١٠٨ ، الكافي في فقه أهل المدينة
ج ٢ ص ٦٦١ والمغنى لإبن قدامة ج ٤ ص ١٢٦ ، المجموع ج
٩ ص ٢٩٥ .

خاتمة الفصل الأول

١ - تناولنا فى هذا الفصل الشرط الأول للمبيع وهو ملكية البائع للمبيع ، وهذا الشرط عام سواء فى نطاق القانون المدنى أو الفقه الإسلامى .

- وأوضحنا أن العلة فى اشتراط ملكية البائع للمبيع تكمن فى أن من أهم آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع للمشتري وهو التزام يقع على عاتق البائع ، فضلاً عن التزامه بتسليم المبيع ، كذلك للمشتري ولن يتسنى له القيام بتنفيذ هذا الإلتزام طالما أنه لايمك المبيع ، والقاعدة أن فاقد الشيء لايعطيه مما يفقد عقد البيع أهم ميزة له وهى أنه سبب للتمك .

٢ - تناولنا حكم بيع ملك الغير فى القانون المدنى . ولقد اختلف الفقه حول تأصيل بيع ملك الغير وذهب البعض الى أن الفسخ هو الجزاء الملائم لمثل هذا البيع ، إلا أننا عارضنا هذا الرأى لأنه يصطدم مع صريح نص المادة (٤٦٦) والتي تقضى بالإبطال . وكذلك انتقدنا من ذهب الى أن الحكم هو البطلان المطلق لتعارض هذا التأصيل مع الأحكام التى وضعها المشرع لبطلان بيع ملك الغير إذ قصر على المشتري وحده التمسك بهذا البطلان ، وهذا مخالف لمنطق البطلان المطلق إذ يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به أضف الى ذلك أن عقد بيع ملك الغير تلحقه الإجازة من قبل المشتري مما يسقط حقه فى طلب الإبطال، ومعلوم أن العقد الباطل مطلقاً لاتلحقه الإجازة . ولقد انتهينا مع معظم

الفقه الي أن بطلان بيع ملك الغير هو بطلان نسبي من نوع خاص
أنشأه المشرع بمقتضى نص المادة (٤٦٦) من القانون المدنى .

- وهذا هو نفس الحكم فى نطاق الفقه الإسلامى إذ أن
الرسول ﷺ نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده وحكم مخالفة
هذا النهى هو البطلان .

٣ - أعطى المشرع لمشتري ملك الغير الحق فى طلب
الإبطال حتى ولو كان سئ النية . وكما أعطاه الحق فى طلب
التعويض من البائع عن الأضرار التى لحقت به وما فاته من كسب
بشروط أن يكون حسن النية والمشتري فوق ذلك أن يجيز العقد
فتسقط بذلك رخصة الإبطال إلا أن له بعد ذلك طلب فسخ العقد
لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه .

- أما البائع فليس له الحق فى طلب الإبطال حتى ولو كان
قد أقدم على بيع ملك الغير تحت تأثير الغلط بأن توهم أنه مالك
له .

- أما بالنسبة للمالك الحقيقى فالعقد غير نافذ فى حقه إلا
إذا أقره ، فإذا أقره نفذ فى حقه إلا أنه ليس معنى نفاذه أن
يصبح المالك طرفاً فى العقد إذ مازالت العلاقة بين البائع والمشتري
وإنما يفيد الإقرار فى إزالة العقبة التى كانت تعترض هذا البيع .

٤- تعددت تطبيقات بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى
كبيع الفضولى وبيع الغاصب للعين المغصوبة وبيع المشتري للمبيع
قبل قبضه .

- وأما عن حكم بيع الفضولى فقد انقسم الفقه إزاءه الى
رأين - أولهما يرى أن بيع الفضولى صحيح ولكن يوقف
نفاذه حتى يجيزه مالك الشئ ، بينما يذهب الرأى الثانى الى
بطلان بيع الفضولى .

ولا يخرج بيع الغاصب للعين المغصوبة عن حدود الرأين
السابقين .

- أما بيع المشتري للمبيع قبل قبضه فقد إنقسم الفقه إزاء
حكمه الى ثلاثة إتجاهات : الأول : ويرى عدم جواز بيع كل
منقول من طعام وخلافه قيل قبضه واستثنوا من ذلك العقار ،
وهذا إتجاه الأحناف -

- أما الإتجاه الثانى فهو للشافعية ويرون عدم جواز بيع
المبيع قبل قبضه لافرق فى ذلك بين طعام أو غيره .

- وأخيرا يرى المالكية أن النهى وارد بشأن الطعام فلا
يجوز بيعه قبل قبضه وأما ما عداه فلا يسرى عليه النهى .

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد
الذي بعث في الأمم أئمة مهتدين

والسلام على من اتبع الهدى
وبعد فقد حضر في هذا الاجتماع
الذي حضره

الجميع من أعضاء
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

تمثلوا
الجمعية
والذين

الفصل الثانی

وجود المبیع أو قابلیته للوجود

٤٣ - تهبید و تقسیم :-

- یشترط أن یكون المبیع موجوداً وقت إبرام العقد ، أو علی الأقل قابل للوجود بعد ذلك ، أما إذا لم یكن موجوداً ولا یمكن وجوده فی المستقبل كان العقد باطلاً لإستحالة المحل .

- و شرط الوجود هذا هو ما یعبر عنه فی الفقه الإلامی بالقدره علی تسلیم المبیع فغیر الموجود لا یقدر البائع علی تسلیمه .

- و علی ذلك نقسم هذا الفصل الی مبحثین علی النحو التالی :-

المبحث الأول : وجود المبیع أو قابلیته للوجود فی القانون المدنی .

المبحث الثانی : وجود المبیع فی الفقه الإسلامی .

البيان

الموافق 15/05/2019

السيد/ السيد/ السيدة

التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية
التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية
التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية

التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية
التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية

التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية
التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية

التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية
التي تم بموجبها تقديم طلب للحصول على
العضوية في الجمعية الخيرية

المبحث الأول

وجود المبيع أو قابليته للوجود

في القانون المدني

٤٤ - تمهيد وتقسيم :-

- تنص المادة (١٣١) من القانون المدني علي أنه : « ١ - يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً .
- ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان علي قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون . » .
- وتنص المادة (١٣٢) علي أنه : « إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً » .
- تناول النصان السابقان الشروط المتطلبة في محل الإلتزام عموماً والمبيع لا يخرج عن هذا النطاق فيشترط فيه أن يكون موجوداً أو على الأقل قابلاً للوجود في المستقبل ليس هذا فحسب بل يجب كذلك أن يكون المحل ممكناً غير مستحيل .
- ويلاحظ أن الإمكان وإن كان يقتضى الوجود أو القابلية للوجود إلا أن ذلك لايعنى أن كلا التعبيرين مرادف للآخر بل العكس هو الصحيح فالوجود أو القابلية للوجود عنصر لازم لتحقيق الإمكان إلا أنه ليس العنصر الوحيد أية ذلك أنه أحيانا

ما يكون المحل موجوداً بالفعل ومع ذلك يكون غير ممكن بأن يكون من المستحيل نقل ملكيته استحالة مطلقة كمن يشتري من الشركة ثم يتبين أنه الوارث الوحيد لهذه الشركة ومن ظن أنهم الورثة محجوبون به ففي تلك الحالة محل العقد موجود إنما يستحيل نقل ملكيته استحالة مطلقة لأنه لا يعقل أن يبيع الإنسان لنفسه ما يملكه مما ينعت العقد في هذه الحالة بالبطلان المطلق (٩٠).

- ويثور التساؤل حول المقصود بالوجود والقابلية للوجود والإمكان؟ وهو ما نتناول الإجابة عليه تفصيلاً في مطلبين علي التوالي :-

المطلب الأول : وجود المبيع أو قابليته للوجود .

المطلب الثاني : أن يكون المبيع ممكناً .

(٩٠) د./ خميس خضر - السابق ص ٧٨ - ٧٩ ، د./ اسماعيل غانم - السابق ص ٥٧ ، د./ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٤٣ .

المطلب الاول

وجود المبيع او قابليته للوجود

٤٥ - يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت إبرام العقد أو علي الأقل ممكن الوجود في المستقبل ، والفيصل في هذه أو تلك هو إرادة الطرفين .

- وعلي ذلك إذا اتجهت إرادة الطرفين (البائع والمشتري) الى التعاقد علي شئ موجود وقت إبرام العقد فيجب أن يكون موجوداً بالفعل بحيث لو تبين أنه لم يكن موجوداً وقت التعاقد كان العقد باطلاً حتى لو أمكن وجوده مستقبلاً .

- وترتيباً علي ذلك لو كان الحق المراد نقله حقاً شخصياً واتضح أنه لم يوجد أصلاً كما لو حول شخص لآخر ديناً علي شخص ثالث ثم تبين أنه لم يكن دائناً بهذا الدين فالعقد باطل وكذلك لو تبين أن الدين قد وجد ولكنه انقضى قبل البيع كأن يكون المدين قد أوفى به (٩١) .

- وتجدر الإشارة الى أنه يقصد بإتجاه إرادة الطرفين الى التعاقد علي شئ موجود أن يكون الشئ محل التعاقد معيناً بالذات

(٩١) د./ خميس خضر - السابق ص ٧٩ مرقوة مع هامش (١).

لأن ذلك هو الذى يتصور إتجاه إرادة الطرفين إليه ، أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع فقط كبيع مائة قنطار من القطن مثلاً من نوع معين ورتبة معينة فالبحث فى وجوده لا يكون وقت انعقاد العقد بل عند تنفيذ الإلتزام (٩٢) .

- وعلي العكس من ذلك إذا اتجهت إرادة المتعاقدين الي التعاقد على شئ سىوجد مستقبلاً فالعقد صحيح بصرف النظر عن عدم وجود المبيع وقت إبرام العقد طالما سىوجد مستقبلاً فإذا ماتبين أن المبيع لايمكن وجوده مستقبلاً كان البيع باطلاً (٩٣) .

- وقد يحدث أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد ثم يكتشف الطرفان أنه هلك قبل العقد ، ففي هذه الحالة يعد العقد وكأنه لم يتعقد لإنعدام محله ، وهذا هو الهلاك الكلى .

- فإذا ماثبت هلاك المبيع فيستوى أن يكون الهلاك مادياً كتهدم المنزل أو قانونياً كبيع دين ثبت وفاؤه أو بيع ، حق انتفاع

(٩٢) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٩٣) د. السنهورى - السابق ص ١٩٢ ، د. خميس خضر - السابق ص ٧٨ ، د. محمد على عمران - السابق ص ٩٢ ، د. جميل الشرقاوى - السابق ص ٩٣ ، د. محمد نصر - عقد البيع - طبعة ٨٩ / ٩٠ ص ١٤٤ ، د. سليمان مرقس - البيع - ص ١٧٢ ، د. عبد الرشيد مأمون - الموجز فى عقد البيع والمقايضة طبعة عام ١٩٨٦ ص ٦٢ ، د. عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٥ ومابعدها .

ثبت انقضاؤه . ويستوى كذلك أن يكون الهلاك معلوماً لكلا الطرفين أو لأحدهما (٩٤).

- وترتيباً علي ما سبق إذا قام الشخص بشراء عدد من الأسهم في إحدى الشركات ثم تبين بطلان الشركة فالمبيع لن يوجد في المستقبل وبالتالي يكون البيع باطلاً ، وإن كان بعض الفقه يطبق علي هذه الحالة نظام شركة الواقع وهي الشركة الباطلة إلا أنها تعتبر قائمة من حيث الواقع في الفترة ما بين تأسيسها وحتى تصفيتها بما يترتب علي ذلك من آثار (٩٥).

ونتيجة لذلك يقرر هذا الفقه صحة عقد البيع إلا أنه إذا حكم ببطلان الشركة فيجوز لمشتري الأسهم الرجوع على الشركاء بضمان العيوب الخفية بحسبان أن سبب البطلان يمثل عيباً في الشركة كان خفياً على المشتري غير أنه لا يمكن تطبيق هذا الحل

(٩٤) د. سليمان مرقس - السابق ص ١٧٤ ، د. أنور سلطان - السابق ص ١٢٢ .

- Malaurio et Aynes : op. cit . P. 124 .

(٩٥) أنظر في تفصيل ذلك : د. أبو زيد رضوان - الشركات التجارية في القانون المصري المقارن - ص ٩٧ وما بعدها ، د. علي حسن يونس - الشركات التجارية ص ٥٩ . د. علي جمال الدين عوض - القانون التجاري « الملكية الصناعية - الشركات » ، ص ٢٢٦ .

إذا حكم ببطان الشركة لإنعدام محلها أو عدم مشروعيتها لأن البيع في هذه الحالة يكون وارداً علي محل معوم فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٩٦).

- وقد يكون الهلاك جزئياً بأن يهلك بعض المبيع فقط مما يثير التساؤل : هل يلتزم المشتري بالمضى في موجب العقد رغم ماهلك من المبيع أن نعطيه الخيار في إمضاء العقد أو التحلل منه ؟ .

- بداية تملى قواعد العدالة بعض الإعتبارات التي يجب مراعاتها . **وأول تلك الإعتبارات** أنه لايجوز إلزام المشتري بكامل الثمن بل يجب تخفيضه بقدر ماهلك من المبيع . **وثانيهما** : أنه لايجوز إجبار المشتري علي المضى في صفقة تفرقت عليه وقد يقدر عدم صلاحية مابقى من المبيع للغرض الذي أبرم العقد من أجله ، ولهذا وجب منحه الخيار بين إمضاء العقد أو التحلل منه .

(٩٦) د. / محمد كامل مرسى - السابق - فقرة (٦٣).

- Beudant : op. cit . P. 54 .
- Cass civ .: 9 - 11 - 1892 . d . 1893 - 1 - 73 .
- Cass civ .: 7 - 12 - 1930 . s . 1931 - 1 - 160 .
- Cass civ > : 3 - 6 - 1885 . S . 1885 - 1 - 259 .

- وهذا هو مانص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة (١٠٦١) من القانون المدني الفرنسي والتي أعطت المشتري الخيار بين التخلي عن البيع أو الإبقاء عليه مع تخفيض الثمن بقدر ماهلك من المبيع .

٤٦ - إلا أن الخلاف قد ثار في الفقه الفرنسي حول مدى حقوق المشتري الواردة في النص السابق ؟ .

- فذهب البعض الى إعطاء المشتري حقاً مطلقاً في الخيار بين التخلي عن البيع أو الإبقاء عليه وانقاص الثمن بقدر مافات من المبيع .

- بينما يتجه الرأي الراجح الي أنه إذا كان من حق المشتري الخيار بين الأمرين السابقين ، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه ونتيجة لذلك لو كان ماهلك من المبيع بلغ حداً من الجسامية يفوت علي المشتري الغرض الذي لأجله أبرم العقد بحيث لو كان يعلمه قبل التعاقد لما أقدم عليه ففي هذه الحالة يترك الخيار للمشتري ، فإما أن يتخلى عن العقد أو يبيقيه مع إنقاص الثمن .

- مثال ذلك : أن يشتري شخص مساحة معينة من أرض فضاء لإقامة مصنع عليها ثم تقوم الدولة بنزع ملكية الجزء الأكبر منها لمطريق أو توسعته ففي هذه الحالة قد لايفى مابقى من الأرض بالغرض الذي لأجله قام الشخص بشراء هذه الأرض

فيثبت له - حائذ - الحق في التخلي عن البيع إلا إذا كان مابقي من الأرض يمكن الإستفادة منه في وجه آخر فله الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن بقدر ماهلك منها .

- أما إذا كان ماهلك من المبيع لايمثل قدرأ من الأهمية نظراً لتفاهته فالرأى أن المشتري لايجاب الي طلبه بالتخلي عن البيع بل يقتصر الأمر عند حد الإنقاص من الثمن بقدر مافات من المبيع (٩٧) .

٤٧ - ولا يوجد في القانون المدني المصري نص مماثل للنص الفرنسي السابق ، إلا أن هذا الأمر يمكن معالجته بمقتضى القاعدة العامة الواردة في نص المادة (١٤٣) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ماكان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله » .

- يتناول النص السابق مسألة إنقاص العقد والتي يمكن تطبيقها علي الفرض الذي نحن بصدده وهو ما اتجه اليه بعض الفقه فعلاً .

-
- colin et Capitant : op. cit . p. 573 . (٩٧)
 - Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P . 30 .
 - Malaurio et Aynés : op. cit P . 124 .

- وتطبيقاً لذلك يترك للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو التخلي عنه إذا قدر أن ماهلك من المبيع بلغ حداً من الجسامة يجعل الإبقاء عليه مفوتاً للغرض الذي لأجله أبرم البيع (٩٨).

٤٨ - وكما قلنا سابقاً فإنه إذا لم يكن المبيع موجوداً وقت إبرام العقد فيكفى - لصحة العقد - أن يكون قابلاً للوجود فبيع الأشياء المستقبلية جائز طبقاً للقانون المصرى كبيع محصول أرض لم ينبت بعد أو نبت ولم ينضج والتعاقد علي بيع منتجات مصنع فى طور التصنيع أو لعلها لم تصنع بعد .

- بل أن بيع الغرر جائز فى القانون المصرى وإن كانت الشريعة الإسلامية تحرمه على ماسنرى كمن يتفق مع أحد الصيادين على إعطائه مبلغاً محدداً من النقود على أن يكون السمك الذى تخرجه شبكته ملكاً له . ويتبين أن إرادة الطرفين قد إتجهت الي استحقاق الصياد للمبلغ حتى ولو خرجت شبكته خالية تماماً فهنا تقع المجازفة على قدر المبيع ووجوده .

- وقد لا يتضمن البيع المستقبل أى نوع من المجازفة سواء على قدر المبيع أو كميته كمن يشتري محصول القطن الذى ينتج من حقل معين بسعر محدد للقنطار فالبيع فى هذه الحالة ليس إحتمالياً ولا غرر فيه (٩٩) .

(٩٨) د. منصور مصطفى منصور - السابق ص ٤٥، د. خميس خضر - السابق ص ٨١ .

(٩٩) استئناف مصر فى ١٨ / ٤ / ١٩٤٨ - المجموعة الرسمية - ٥٠ - رقم ١١٧ .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى أن البيع في الفروض السابقة يكون معلقاً علي شرط واقف هو وجود المبيع ، وعلى ذلك جرت معظم الأحكام القضائية (١٠٠) .

- إلا أن المشرع قد يمنع بيع بعض الأشياء المستقبلية لإعتبارات معينة كبطلان التعامل في الشركات المستقبلية سواء ورد البيع على مجموع الشركة أو على جزء منها أو على مال معين فيها ويستوى أن تأتي الشركة عن طريق الميراث أو الوصية وسواء كان التصرف من صاحب الشركة أو من أحد الورثة المحتملين ، وهذا هو الوضع سواء في مصر أم في فرنسا .

- والعلة في تحريم بيع الشركة المستقبلية أنها تتضمن مضاربة على حياة المورث فضلاً عن احتمال وقوع الوارث المحتمل فريسة للمرايين والمضاريين .

(١٠٠) د./ منصور مصطفى منصور - السابق ص ٤٦ ، د./ أنور سلطان - السابق ص ١٤٦ .

- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 31 .
- Planiol , Ripert et Boulanger : op. cit . P. 378 .
- Demogue : R .T.D.C. 1905 . P. 730 .
- Cass civ. : 6 - 7 - 1887 , s. 1887- 1 - 294 .
- Cass civ . : 26 - 5 - 1886 . s : 1886 - 1 - 256 .
- واقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «بيع الأشياء المستقبلية نوعان : الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى

المطلب الثاني

أن يكون المبيع ممكناً

٤٩ - قررت المادة (١٣٢) مدنى سالفه الذكر أن العقد يكون باطلاً إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً فى ذاته .

- ومعنى ذلك أنه لاىكفى وجود المبيع أو قابليته للوجود بل يجب فوق ذلك أن يكون ممكناً فلو ثبت أن المبيع كان موجوداً أو قابلاً للوجود إلا أنه كان مستحيلاً نقل ملكيته كان العقد باطلاً .

- والإستحالة قد تكون مطلقة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً للكافة ، وقد تكون نسبية تقتصر على المدين فقط فى حين أن تنفيذ الإلتزام ممكن بالنسبة لغيره .

ببيع الغرر كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته . والثانى يجازف فيه المشتري فى قدر المبيع وكميته فقط كشراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكك الحديدية فى مدة مستقبله ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد ، وحكم النوع الثانى أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل مهما كان مقداره . [استئناف مصر فى ١٨ / ١ / ١٩٤٨ - المجموعة الرسمية - ٥٠ رقم ٨١ .]

- والإستحالة التي تبطل العقد هي تلك الإستحالة المطلقة
نون الإستحالة النسبية (١٠١) .

- والإستحالة التي يعتد بها وتبطل العقد هي تلك المعاصرة
لإبرام العقد أما إن كانت لاحقة لذلك فهي لاتؤدى الى البطلان
وإنما تؤدى الى إنقضاء العقد إن كانت بسبب أجنبي ، أما إن
كانت بخطأ المدين كان للدائن أن يطالب بالتعويض (١٠٢) .

(١٠١) د./ محمد علي عمران - السابق ص ٩٢ ، د./ منصور مصطفى
منصور - السابق فقرة (٣٢) ، د./ اسماعيل غانم - السابق
فقرة (١٢٠) .

(١٠٢) د./ محمد علي عمران - السابق - ص ٩٣ .

المبحث الثاني

وجود المبيع في الفقه الإسلامي

٥٠ - حتى يكون عقد البيع صحيحاً - في نطاق الفقه الإسلامي - يجب أن يكون المبيع موجوداً وهو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الغراء بالقدرة على تسليم المبيع .

- ويثور التساؤل عن الغاية من اشتراط تسليم المبيع ثم ماهو أثر اشتراط التسليم ؟

- ونتولى الإجابة علي التساؤلين السابقين في مطلبين على التوالي :-

المطلب الأول : الغاية من اشتراط التسليم .

المطلب الثاني : أثر اشتراط التسليم .

المطلب الأول

الغاية من اشتراط التسليم

٥١ - يذهب الفقه الإسلامى الى اشتراط أن يكون المبيع مقدرواً على تسليمه شرعاً وحسباً (١٠٣).

- فإذا لم يكن البائع قادراً على تسليم المبيع حسباً كبيع الضال والأبق فلا يصح لأن القصد من إبرام البيع انتفاع المشتري بالمبيع ، فإذا كان مفقوداً فقد فات الغرض من شرائه (١٠٤).

- وما لا يقدر البائع على تسليمه يأخذ حكم المعلوم والمعلوم لا يصح بيعه وكذلك لا يصح بيع ما يشبهه (١٠٥) لأنه من باب الغرر والنبي ﷺ « نهى عن بيع الغرر » (١٠٦) وإلى هذا يذهب جمهور الفقهاء .

(١٠٣) نهاية المحتاج الي شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى لأبى شهاب الدين الرملى المصرى الشهير بالشافعى الصغير ، مطبعة البابى بمصر ج ٣ ص ٣٩٨ .

(١٠٤) كفاية الأخيار - السابق ، ج ١ ص ٤٦٣ .

(١٠٥) كشف القناع عن متن الإقتناع ج ٣ ص ١٦٢ .

(١٠٦) صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٥٦ - ١٥٧ .

٥٢ - غير أن ابن القيم إعترض على من علل عدم صحة بيع غير المقدور على تسليمه بأنه معدوم والمعدوم لا يجوز بيعه .

- ويستند ابن القيم فيما ذهب إليه إلى أنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام وإنما ورد النهى فى السنة عن بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة فليست العلة فى المنع لا العدم ولا الوجود بل الذى وردت به السنة هو النهى عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الأبق والبيعير الشارد وإن كان موجوداً . إذ موجب البيع تسليم المبيع فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار .. وهكذا المعدوم الذى هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم كما إذا باع ماتحمله هذه الأمة أو هذه الشجرة فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله ﷺ (١٠٧) .

٥٣ - وبهذا نرى أن بيع المعدوم يصح عند ابن القيم وشيخه ابن تيمية إذا لم يكن فيه غرر .

- ولقد علق علي ذلك ابن تيمية بتساؤل مضمونه : هل يصح بيع المعدوم والمجهول والذى لا يقدر على تسليمه ؟ .

(١٠٧) أعلام الموقعين - السابق - ج ٣ ص ٨ .

- وأجاب عن ذلك بقوله إن كان فى شئ من هذه البيوع
أكل مال بالباطل فلا تصح وإلا جازت .

- فإذا كان فيها معنى القمار ففيها أكل مال بالباطل .
وإذا كان فيها أخذ أحدهما المال بيقين والآخر على خطر بالأخذ
والفوات : فهو مقامر (١٠٨) .

٥٤ - كذلك لا ينعقد البيع إذا وجد مانع شرعى من تسليم
المبيع كبيع الشئ المرهون بغير إذن المرتهن إذا كان المرهون
مقبوضاً لأنه ممنوع من تسليمه شرعاً ويعلل الفقهاء المنع فى هذه
الحالة بأنه لو جاز البيع لبطلت فائدة الرهن (١٠٩) .

(١٠٨) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٩ .

(١٠٩) كفاية الأختيار - السابق ج ١ ص ٤٦٥ .

المطلب الثاني

أثر اشتراط التسليم

٥٥ - إذا لم يكن البائع قادراً على تسليم المبيع فذلك بيع الغرر .

- وبتناول بيع الغرر من حيث تعريفه والعلة من النهي عنه وهل الغرر وصف للبيع أم للمبيع ؟ .. وأخيراً نسوق بعض تطبيقات الغرر .

٥٦ - (أولاً - تعريف الغرر) :-

- الغرر هو ما خفيت عاقبته وطويت مغيبته وتردد بين السلامة والعطب (١١٠) .

- فكل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم ومعجوزاً عنه غير مقدر عليه فهو غرر وذلك : كبيع السمك فى الماء والطيور فى الهواء أو عبداً ابقاً أو جملاً شارداً ونحوه من الأمور التى لا يعلم ولا يدرى هل تكون أم لا وقد ورد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر (١١١) والبيع المشار إليها سابقاً هى من طائفة الغرر .

(١١٠) نظرية العقد لابن تيمية - السابق ص ٢٢٤ .

(١١١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى - السابق ج ٤ ص ٣٥٦ .

٥٧ - ثانيا - العلة من النهى عن الغرر :-

- حينما نهت الشريعة الإسلامية عن الغرر كان الهدف من ذلك حفظ الأموال من الضياع وقطعاً للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس (١١٢) .

- يضاف لذلك أن الغرر مجهول العاقبة ، لذا فإن بيعه من الميسر الذي هو قمار ذلك أن الفرس أو البعير إذا شرد فإن صاحبه إذا باعه فإنما يبيعه مخاطرة فيشتريه المشتري بدون ثمنه بكثير فإن عثر البائع على المبيع قال للمشتري : قمرتنى وأخذت مالى بثمن قليل وإن لم يعثر عليه قال له المشتري : قمرتنى وأخذت الثمن منى بلا عوض مما يفضى الى مفسدة الميسر التى هى إيقاع العداوة والبغضاء مع ما فى ذلك من أكل المال بالباطل الذى هو نوع من الظلم مما يمكن معه القول بأن بيع الغرر ظلم وعداوة وبغضاء (١١٣) .

٥٨ - ثالثا - هل الغرر وصف للبيع أم للمبيع ؟

- إختلف الفقهاء حول الإجابة عن التساؤل السابق الى قولين (١١٤) .

- (١١٢) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٢٢ - ٢٥ .
(١١٣) معالم السنن للخطابى ، ج ٥ ص ٤٧ .
(١١٤) فى تفصيل ذلك أنظر : نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٤ ، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٢٥ .

- الأول : -

- ويرى أصحابه أن الفرر

صفة للبيع نفسه وأن النبي ﷺ نهى عن البيع الذي هو فرر .

- الثاني : -

- يزي أصحاب هذا الرأي أن المبيع هو الفرر وأن

النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع الذي هو فرر فالمبيع نفسه هو الفرر كالثمرة قبل بدو صلاحها . والفرر ثلاثة أنواع : -

١ - المعلوم كحبل الحبله وبيع السنين .

٢ - الغير مقبور علي تسليمه كالعبد الأبق .

٣ - المجهول المطلق أو المعين المجهول قدره أو جنسه .

٥٩ - رابعا - بعض تطبيقات الفرر : -

١ - عن ابن مسعود قال : أن النبي

ﷺ قال : « لا تشتروا السمك في الماء فإنه فرر » (١١٥) .

- ولا شك أن بيع السمك في الماء فيه جهالة للبيع مع

معرفة مقدار الثمن وصورته أن يتفق مع الصياد على أن يأخذ منه مبلغاً محدداً على أن يكون ماتخرج به الشبكة ملكاً له والفرر

(١١٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ .

هنا فى قدر المبيع - فقد تخرج الشبكة ملأى بالسلك أو تخرج فارغة وهكذا ..

- ويأخذ حكم بيع السلك فى الماء كل بيع تكتنف الجهالة مقدار المبيع فيه كبيع الطير فى الهواء .

٢ - عن أبى هريرة : « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر » (١١٦) .

- وصورة بيع الحصاة أن يقول فى بيع الأثواب بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمى الحصاة - أو يقول : بعثك من هذه الأرض ما انتهت إليه فى الرمى .

- وواضح أن ذاتية المبيع أو قدره يتوقفان على مسألة احتمالية ومدى قدرة من يرمى الحصاة وكلها أمور غير منضبطة ، فإذا إراد بيع ثوب معين له ربما كانت به عيوب فعليه أن يتقن رمى الحصاة عليه فيحصل على الثمن مقابل ثوب معطوب وكذلك فى بيع الجزء من الأرض فعليه أن يرمى الحصاة بلا قوة حتى تقطع مسافة قليلة لاتوازى قدر الثمن الذى دفعه المشتري وما الفرر إلا ذلك .

٣ - عن أبى سعيد قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة فى البيع . واللامسة لمس الرجل ثوب الآخر

(١١٦) المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلب ، والمنايذة أن ينبذ الرجل الى
الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوب ويكون ذلك بيعهما من غير نظر
ولا تراض (١١٧) .

- وبيع الملامسة والمنايذة منهي عنه ويأطل نظراً للجهالة
الى اكتنفت المبيع حيث ترتب على الشراء بهذه الصفة أن يدفع
المشتري ثمناً لشيء لا يعلم حقيقته ولا قيمته الحقيقية مما يجعله
نوعاً من المخاطرة والمقامرة .

٦٠ - خامساً - ما يستثنى من بيع الغرر :-

- إذا كان بيع الغرر باطل ومنهي عنه إلا أن هناك من
بيع الغرر ما يخرج عن القاعدة السابقة بمعنى أنه جائز وهما
نوعان :-

- الأول :-

- ما يدخل في المبيع تبعاً ولا يجوز بيعه استقلالاً
كبيع أساس الدار . والداية التي في ضرعها اللبن .

- الثاني :-

- وما جري العرف على التسامح فيه إما لتفاهة
قيمه بحيث لا يلتفت إليها أو للمشقة في تمييزه وتعيينه . كالشرب
من السقاء لصعوبة تعيين قدر المبيع فيدفع المقابل جزافاً (١١٨) .

(١١٧) المرجع السابق ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ .

(١١٨) فتح الباري - ج ٤ ص ٣٥٦ - ص ٣٥٧ .

خاتمة الفصل الثاني

- تكلمنا فى هذا الفصل عن شرط وجود البيع أو قابليته للوجود وهو ما أُصطلح رجال الفقه الإسلامى على تسميته بالقدرة على تسليم المبيع ، ونستطيع أن نبدى الملاحظات الآتية :-

١ - يشترط القانون المدنى أن يكون المبيع موجودا وقت إبرام العقد طالما اتجهت لذلك إرادة الطرفين وإلا كان العقد باطلاً ، فإذا لم يتبين أن ارادتهما لم تتجه لذلك فيكفى أن يكون المبيع قابلاً للوجود فى المستقبل ولهذا يجيز القانون المدنى بيع الأشياء المستقبلية .

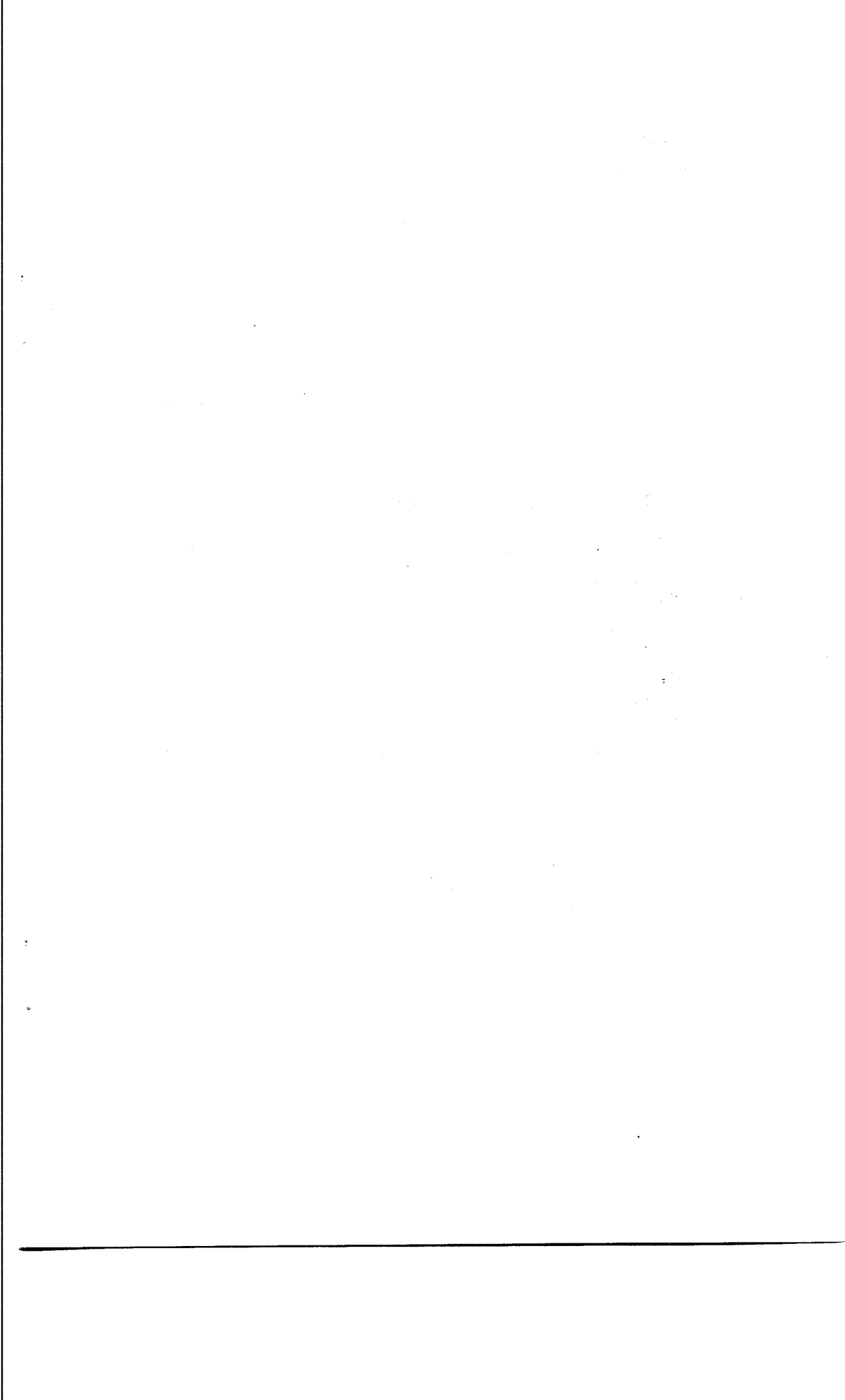
- وعلى العكس من ذلك الفقه الإسلامى الذى يشترط وجود المبيع وقت إبرام العقد فان لم يكن موجودا فهو معدوم وبالتالي يبطل العقد للغرر وإن كان شيخ الإسلام ابن تيميه وتلميذه ابن القيم يتفقان فى أن بيع المعدوم صحيح إذا لم يداخله الغرر وبأن بطلان بيع المعدوم لا يكون لصفة العدم المصاحبة للمبيع وقت العقد وإنما لما يداخله من غرر يؤدى الى أكل المال بالباطل .

- ولقد نوهنا الى إن بيع الغرر جائز فى القانون المدنى على عكس الوضع فى الفقه الإسلامى .

٢ - قد يوجد المبيع وقت إبرام العقد ثم يكتشف الطرفان أنه هلك قبل العقد فإذا كان الهلاك كلياً بطل العقد وإن كان جزئياً فالمشترى بالخيار بين أن يمضى فى العقد أو يتخلى عنه بشرط ألا يتعسف فى استعمال هذا الحق .

- وإذا كان القانون المدنى يجيز بيع الشئ المستقبل إلا أنه أبطل التعامل على الشركات المستقبلية سواء كان التصرف من صاحب الشركة أو من أحد الورثة المحتملين .

- ولقد حسم الفقه الإسلامى هذه المسألة دون أن يترك المجال للخلاف وذلك بتقرير بطلان كل بيع للأشياء المستقبلية إذا داخلها الغرر كبيع السمك فى الماء أو الطير فى الهواء واستثنى من بيع الغرر ما يدخل فى المبيع تبعاً كأساس المنزل وما كان فى تعيينه مشقة غير محتملة كإشراء كمية من الماء تكفى لإرتواء الشخص ، ويلاحظ أنه من الصعب تحديد قدر الماء الذى يحدث عنده الارتواء فأجيز البيع فى هذه الحالة مع ما ينطوى عليه من جهالة فى قدر المبيع تؤدى الى الغرر لصعوبة التحديد تماماً،



الفصل الثالث

تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

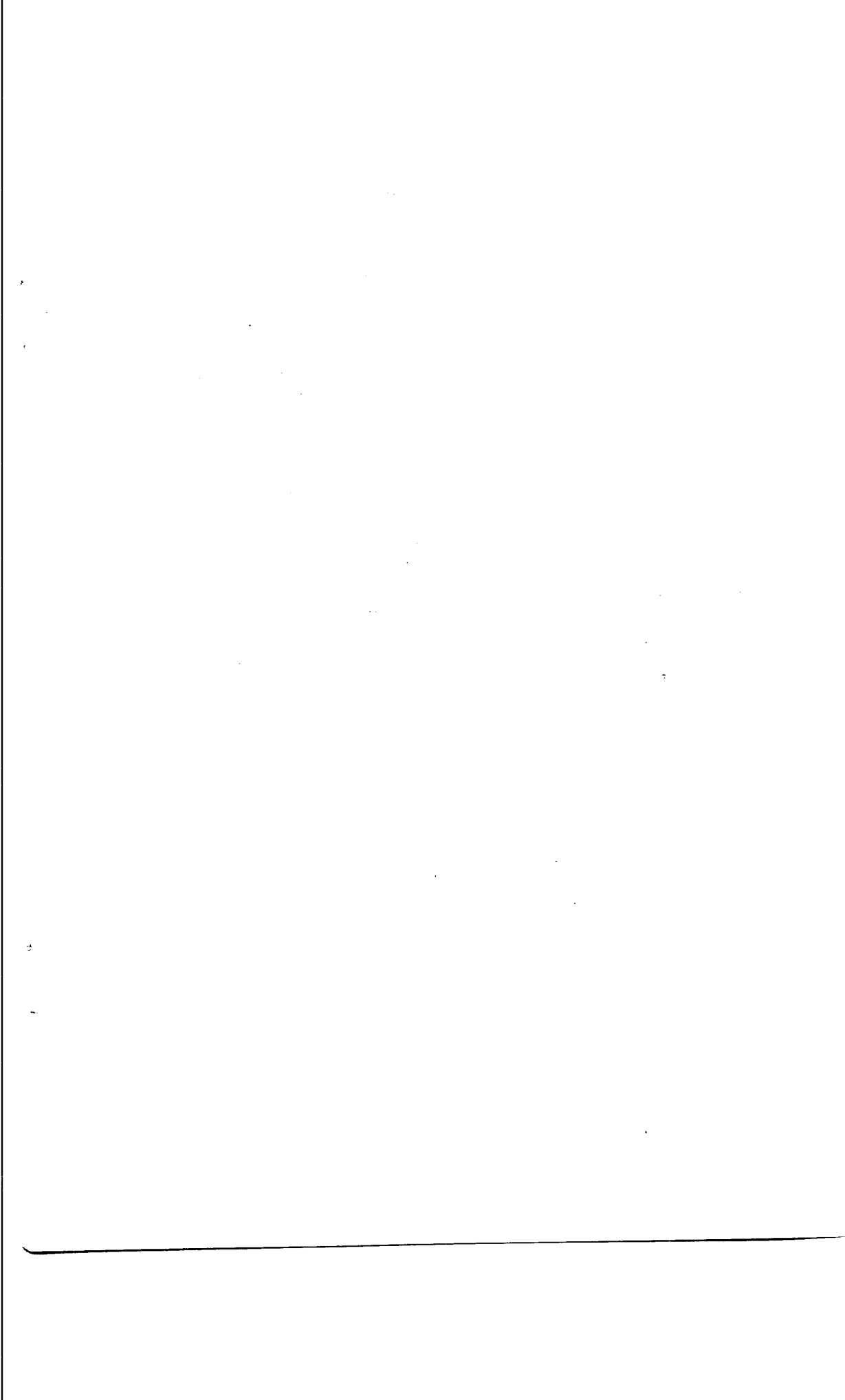
٦١ - زهيد وتقسيم :-

- من بين الشروط المطلوب توافرها فى المبيع أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين وهو الشرط الذى يطلق عليه فقهاء المسلمين « علم المشتري بالمبيع » .

- وتقسم هذا الفصل الى مبحثين :-

المبحث الأول : تعيين المبيع فى القانون المدني .

المبحث الثانى : تعيين المبيع فى الفقه الإسلامى .



المبحث الأول

تعيين المبيع فى القانون المدنى

٦٢ - زهيرى :

- لا يكفى أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ولا موجوداً أو قابلاً للوجود بل يجب فوق ذلك أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين .

- وتختلف طريقة تعيين المبيع بحسب طبيعته وفقاً لما إذا كان قيمياً أو مثلياً . وقد يلجأ الطرفان لتعيين المبيع بطريق التقدير أو الجراف أو العينة .

- وعلى ذلك نتناول أسلوب تعيين المبيع القيمى أو المثلى ثم نتكلم عن أسلوب التعيين بطريق التقدير والجراف ، وأخيراً تعيين المبيع بطريق العينة على النحو التالى : -

- المطلب الأول : تعيين المبيع القيمى والمثلى .
- المطلب الثانى : البيع بالتقدير والبيع الجراف .
- المطلب الثالث : البيع بطريق العينة .

المطلب الأول

تعيين المبيع القيمي والمثلث

٦٣ - أولاً - تعيين المبيع القيمي :-

- يعرف الشيء القيمي بأنه ذلك الشيء المعين بذاته وذلك بذكر صفاته المميزة له عن غيره من سائر الأشياء التي قد تشبهه بما ينفى عنه الجهالة الفاحشة سواء يتم تعيينه بطريقة صريحة أو بطريقة ضمنية .

- ويكون تحديد المبيع صريحاً ببيان أوصافه الخاصة به بطريقة تفصيلية فإذا كان أرضاً زراعية ذكرت مساحتها والزماد الذى تقع فيه والحوض ورقم القطعة وحدودها بالنسبة لما يجاورها من أراضي .

- وإذا تمثل المبيع فى منزل فىكون تحديده بذكر المدينة المتواجد فيها والشارع الذى يقع فيه ورقمه بالنسبة للمنازل المجاورة له وعدد طوابقه ومساحته وبيان حدوده المميزة له .

- وقد يكون تحديد المبيع بطريقة ضمنية كما إذا كان المبيع مشهوراً أو معلوماً لدى الناس بحيث يكفى مجرد ذكره حتى

يكون المشتري على بينة من المراد دون حاجة لذكر مزيد من التفاصيل أو الصفات المميزة كما إذا كان المبيع منزلاً لأحد المشاهير أو أرضاً زراعية تنتج نوعاً من الفاكهة غير متكرر في أراضي البلدة أو الحوض الموجودة فيه تلك الأرض المبيعة (١١٩) .

- ولقد قضى في هذا المعنى بأنه : « لاضرورة لذكر حدود الأطلان منادام للمتعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطلان (١٢٠) .

٦٤ - ثانياً - تعيين المبيع المثلي :-

- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ويوجد لها نظير من جنسها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتعين الأشياء المثلية بنوعها ومقدراها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس (م ٨٥ مدني) .

- ويكفي أن تعين هذه الأشياء بنوعها فقط إذا تضمن العقد ما استطاع به تحديد مقدارها (١٣٣ / ٢ مدني) .

(١١٩) د. سمير تناغو - عقد البيع ص ٧٥٠ ، د. خميس خضر - السابق - ص ٨٤ .

(١٢٠) استئناف وطني في ١٨ / ٢ / ١٩١٤ م - الشرائع - رقم ٢٧٧ ص ١٤٩ . وفي نفس المعنى استئناف وطني في ٢٨ / ٢ / ١٩٢٢ - المحاماة - ٢ - رقم ١٢٢ / ١ ص ٤٨٦ .

- وعلي ذلك إذا كان المبيع قطناً فإن تعيينه يكون ببيان جنسه (قطن) ونوعه (قصير التيلة أو طويلها) ومقداره (مائة قنطار).

- وإذا لم يحدد المقدار فيجب أن يتضمن العقد العناصر اللازمة لتحديد هذا المقدار كتعهد شخص بتوريد أغذية من نوع معين لمدرسة أو مستشفى دون تحديد للمقدار إلا أنه يمكن بسهولة معرفة الكمية المطلوب توريدها وذلك بمعرفة عدد طلاب المدرسة أو نزلاء المستشفى (١٢١).

- وإذا لم يحدد في العقد درجة جودة المبيع فإن ذلك يمكن استخلاصه من ظروف التعاقد أو بما جرى عليه العرف ، فإذا تعذر ذلك التزم البائع بأن يسلم المشتري شيئاً من صنف متوسط (م ١٣٣ / ٢ مدنى) فلا يكون شديد الجودة بما يؤدي الي إرهاب البائع ولا شديد الرداءة بما يظلم المشتري وإنما يجب أن يكون عواناً بين هذا وذاك.

(١٢١) د./ السنهورى - السابق - ص ٢٢٥ - ٢٢٦ ، د./ خميس
خضر - السابق - ص ٨٤ .

المطلب الثاني

البيع بالتقدير والبيع الجراف

٦٥- أولاً- البيع بالتقدير :-

- البيع بالتقدير هو الذي يحتاج لتعيينه القيام بعملية عد أو وزن أو كيل أو مقياس حسب طبيعته .
- فالقماش يتعين بالمقاس كمائة متر منه والحبوب تتعين بالكيل كخمسين إردباً من القمح والمواد الغذائية معظمها بالوزن كمائة كيلو جرام من السكر أو الدقيق وبعضها يتعين بالعد كمائة بيضه .
- والأصل أن تتم عملية التقدير بحضور كل من البائع والمشتري أو وكيل كل منهما إلا إذا اتفقا علي خلاف ذلك (١٢٢).
- وقد لا يحضر كل من البائع والمشتري عملية التقدير

-
- (١٢٢) د./ رمضان أبو اسعود - شرح العقود المسماة - البيع والمقايضة - الناشر الدار الجامعية - بيروت عام ١٩٩٠ ص ٩٤ .
 - Planiol , Ripert et Hamel: op. cit .N . 301 .
 - Malaurie et Aynes : op. cit . P. 113 .
 - Encyclopedie , Dalloz : op. cit , N. 853 - 860 .

ويكون البيع صحيحاً إذا تم التقدير بطريقة معتمدة كالموازن
المعتمدة (القبان) طالما جرى العرف بذلك أو إذا سلم المبيع
لناقل فإن ذلك يوحى بالإتفاق الضمنى بين البائع والمشتري على
تمام التقدير بمجرد التسليم إلا إذا اشترط المشتري ضرورة
وصول البضاعة واستلامه إياها (١٢٣) .

- ولقد ثار التساؤل عن وقت إنتقال الملكية فى البيع
بالتقدير ؟ .

- وللإجابة على التساؤل السابق يجب أن نبرز حقيقة هامة
وهى أن البيع بالتقدير يرد على الأشياء المعنية بالنوع ، والقاعدة
بالنسبة لهذه الأشياء أن الملكية فيها لا تنتقل إلا من وقت الإفراز
وهو الوقت الذى يعين فيه المبيع بالذات لأن الملكية لا يتصور وردها
إلا على شئ معين بالذات .

- والإفراز عملية مادية يقصد منها فرز وتجنب المبيع
وتمييزه عما يماثله بحسب طبيعته فإن كان من المعنويات فيتم

(١٢٣) د./ عبد المنعم البدرولى - البيع - فقرة ١٦٥ .

- Aubry et Rau : op. cit . N. 349 .
- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . N. 301 .
- Encyclopedie . Dalloz : op. cit . N. 857 .

الإفراز بعد الكمية الوارد عليها البيع وتجنبيها بطريقة تميزها عن مثيلاتها وهكذا فى باقى أنواع البيوع التى تعين بالمقاس إذا كان المبيع من المقيسات أو بالكيل إن كان من الكيلات أو الوزن إذا كان من الموزونات .

- وقد يتم الإفراز وقت تسليم المبيع وفى هذه الحالة تختلط العمليتان إحداهما بالأخرى ويكون التسليم عادة هو الناقل للملكية فى هذه الحالة ، أما إذا انفصلت عملية الإفراز عن التسليم فإن الإفراز وحده هو الذى ينقل الملكية حتى ولو لم يتم التسليم (١٢٤) .

- ولقد ثار التساؤل كذلك عنمن يتحمل هلاك المبيع فى نطاق البيع بالتقدير ؟ .

- للإجابة على هذا التساؤل فإن الأمر تفصيل يختلف حكمه فى نطاق القانون الفرنسى عنه فى نطاق القانون المصرى .

- فى فرنسا يربط المشرع بين تبعة الهلاك وإنتقال الملكية فمن كان مالكا للمبيع تحمل تبعة هلاكه ، وعلى ذلك - وفى نطاق البيع بالتقدير - يكون البائع مالكا للمبيع قبل عملية الإفراز وبالتالي يتحمل وحده تبعة هلاكه أما بعد الإفراز فقد إنتقلت الملكية للمشتري فإن هلك المبيع تحمل المشتري تبعة الهلاك حتى ولو لم يكن قد تسلمه (١٢٥) .

(١٢٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ص ١٥ .

(١٢٥) - Malaurie et Aynes : op. cit . P.112 .

- أما فى نطاق القانون المدنى المصرى فقد ربط المشرع بين تبعة الهلاك والتسليم وعلى ذلك - وفى إطار البيع بالتقدير - إذا قام البائع بعملية إفراز المبيع فمن هذه اللحظة تكون الملكية قد إنتقلت للمشتري ولكنه لم يتسلمه فإذا هلك تحمل البائع تبعة الهلاك إلا إذا كان قد أئذر المشتري بضرورة استلام المبيع ووضعته تحت تصرفه فمنذ هذه اللحظة يتحمل المشتري تبعة الهلاك (١٢٦).

٦٦ - ثانياً - البيع الجزاف :-

- البيع الجزاف يرد على أشياء تحتاج إلى عد أو وزن أو كيل أو مقياس ولكنها لا تحتاج الي تقدير . كبيع كمية البضاعة (قمح مثلاً) الموجودة فى مخزن معين (١٢٧) .

- ولا يغير من طبيعة البيع وأنه جزاف وروده على جزء شائع من بضاعة موجودة فى مكان معين . كبيع ثلث أو ربع القمح الموجود فى مخزن معين أو ذكر مقدار المبيع كبيع الأرز الموجود فى مخزن معين والبالغ مقداره خمسمائة كيلو جرام .

(١٢٦) د./ السنهورى - السابق ، ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

(١٢٧) د./ السنهورى - السابق ص ٢٢٧ ، د./ سميرتناغو - السابق ص ٨١ .

- Malaurie et Ayenes : op . cit . P. 112 .

- ولا شك أن تحديد مقدار المبيع علي النحو السابق يحقق ميزة للمشتري إذ يتيح له الفرصة في الرجوع علي البائع إذا إكتشف نقصاً في المبيع عن القدر المحدد في العقد (١٢٨) .

- ونظراً لأن البيع الجراف يرد على شئ معين بالذات وليس بالنوع فإن ملكية المبيع تنتقل الي المشتري بمجرد تمام التعاقد .

- وترتيباً على ذلك لو باع الشخص كمية القمح الموجودة لديه في المخزن إلى شخص آخر انتقلت الملكية الي المشتري بمجرد إتمام البيع .

- أما عن تبعة الهلاك في البيع الجراف ، فالأمر يختلف في نطاق القانون الفرنسي عنه في القانون المصري .

- ففي نطاق القانون الفرنسي إذا كنا بصدد بيع بالجراف انتقلت الملكية بمجرد تمام العقد لوروده علي شئ معين بالذات ،

-
- (١٢٨) د./توفيق فرج - السابق ص ٢٩٩ ، د./سمير تناغو - السابق ص ٢٨٢ ، د./رمضان أبو السعود - السابق ص ٩٦ ، د./أنور سلطان - السابق فقرة ١٥٧ ، د./جميل الشرقاوي - السابق ص ١٢٦ .
- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 372 - 373 .
- Aubry et Rau : op. cit. N.. 2349 .

فإذا هلك المبيع بعد إبرام العقد تحمل المشتري تبعه هلاكه بحسبانه مالكا له (١٢٩).

- أما في نطاق القانون المدني المصري فلقد رأينا أن المشرع قد ربط بين تبعه الهلاك والتسليم فالأمر مرهون بتسلم المبيع من قبل المشتري حتى يتحمل تبعه الهلاك ، فإذا لم يتسلمه ولم يكن البائع قد أنذره باستلامه ثم هلك المبيع فلا يتحمل المشتري تبعه هذا الهلاك ولا يقدح في ذلك أنه قد صار - بمقتضى العقد مالكا لهذا المبيع .

- ولقد أثير تساؤل على جانب كبير من الأهمية ويدور حول مدى اعتبار البيع جزافاً إذا كان الثمن يحتاج الي تقدير ؟ .

- مثال ذلك : من يبيع كمية من السكر موجودة في مخزن معين بسعر محدد لكل كيلو جرام فالبيع هنا جزاف لو روده على جميع الكمية الموجودة في المخزن إلا أن الثمن يحتاج الي تقدير لأن معرفته تحتاج لحصر كمية السكر الموجودة في المخزن .

- **إختلف الفقه حول الإجابة علي هذا التساؤل ويمكن أن نتبين في هذا الصدد قولين :-**

- الأول :-

- ذهب الي القول بأن البيع في هذه الحالة يكون بالتقدير

-
- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 374 . (١٢٩)
- Malaurie et Aynes : op. cit . P. 112 .

وليس جزافاً لأن الثمن يحتاج الي تقدير .

- الثاني :-

- ويرى أنصاره أن البيع بالجزاف ولايقدح في ذلك عدم تقدير الثمن لأنه في هذه الحالة قابل للتقدير وذلك بمجرد الوقوف على مقدار السكر المتواجد في المخزن (١٣٠).

- وهذا مانص عليه المشرع المصرى فى المادة (٤٢٩) من القانون المدنى والتي تنص علي أنه : « إذا كان المبيع جزافاً انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً علي تقدير البيع ».

- والأثر الذى يترتب علي الخلاف السابق أننا لو سايرنا الرأى الأول فإنه طبقاً للقانون الفرنسى - وقد ربط تحمل تبعة

(١٣٠) فى تفصيل ذلك أنظر : د/ أنور سلطان - السابق - فقرة

١٥٧

- Aubry et Rau : op. cit . P. 23 .
- Beudant : op. cit . N. 161 .
- Planiol , Ripert et Hamel : op. cit . P. 372 .
- Colin et Capitant : op. cit . P. 560 .
- Encyclopedie : Dalloz : op. cit . N. 849 - 851 .

الهلاك بالملكية - إذا هلك المبيع فى المثال السابق قبل تقدير الثمن تحمل البائع تبعه الهلاك ، وعلى العكس من ذلك لو أعتبرنا البيع بالجزاف مع قابلية الثمن للتقدير فالملكية تنتقل للمشتري بمجرد إتمام البيع ، وعلى ذلك لو هلك المبيع بعد إبرام العقد تحمل المشتري تبعه الهلاك ..

- أما فى ظل القانون المصرى ، فقد سبق لنا بيان أن المشرع ربط بين تبعه الهلاك والتسليم وليس إنتقال الملكية .

المطلب الثالث

البيع بطريقة العينة

٦٧ - المقصود من البيع بالعينة :-

- البيع بالعينة نظام شائع خاصة فى البيوع التجارية حيث يقوم التاجر المنتج بإرسال عينة من منتجاته إلى تاجر آخر فإذا حازت القبول لديه تم الإتفاق على كمية السلعة المطلوبة والتي يجب أن تكون مطابقة للعينة السابقة إرسالها (١٣١) .

- وللعينة فائدة كبرى فى مجال عقد البيع إذ هى تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه إذ يكفى أن يطابق المشتري المبيع على العينة المرسلة له حتى يتأكد من جودته وحيازته لرغباته حتى أنه يطلق على العينة أنها البيع مصفرا (١٣٢) .

- وكذلك تعنى العينة عن رؤية المبيع نفسه إذ العينة تكون بمثابة المرآة التى من خلالها يتعرف المشتري وكأنه يراه (١٣٣) .

- وبتناول فى الكلام عن العينة أمرين أولهما أحكام البيع بالعينة ثم طبيعة البيع بالعينة .

(١٣١) د. السنهورى - السابق - ص ٢٣٥ .

(١٣٢) المرجع السابق - ص ٢٣٦ .

(١٣٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص ٢٢ .

٦٨ - (ولا - احكام البيع بالعينة :-

- يشترط حتى يتم البيع أن يكون المبيع مطابقا لذات العينة السابقة إرسالها من قبل البائع للمشتري فإذا لم يتم التطابق ثبت الخيار للمشتري سواء في رفض المبيع كله أو أى جزء منه لا يكون مطابقا للعينة ولا يقدر في ثبوت الخيار للمشتري على النحو المتقدم أن يقدم البائع صنفا أعلى رتبة من العينة .

- ولقد ذهب البعض إلى التفرقة بين البيع بالعينة والبيع على أساس النموذج .

- ففي البيع الأول يجب مطابقة المبيع تماما للعينة أما في البيع الثانى فيكفى أن يشمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج ولا يلتفت إلى الفروق البسيطة ما دام صالحا للفرض المخصص له (١٣٤) .

- وتطبيقا لذلك قضى بأن : " البائع لا تبرأ ذمته إلا اذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن

(١٣٤) د. أنور سلطان - السابق - ص ٥٥ ، د. رمضان أبو السعود - السابق ص ٩٩ .

- Planiol ,Ripert et Hamel : op. cit .N. 305

- وفى نفس المعنى : استئناف مختلط فى ٢ / ٢ / ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣ .

كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري (١٣٥) .

- وعلى العكس مما تقدم لو ثبت أن المبيع مطابق للعينة فلا يجوز للمشتري رفض العقد حتى لو أثبت أن المبيع لا يلائم الفرض الذى لأجله تعاقد لأن التزام البائع محصور فى تحقيق نتيجة معينة وهى مطابقة المبيع للعينة أما وقد نفذ التزامه فلا تثيريب عليه (١٣٦) ولا يملك المشتري إلا أن يقبله (١٣٧) .

- وقد يحدث أن يقع نوع من التفاوت الطفيف بين المبيع والعينة والفيصل فى مدى جسامته التفاوت من عدمه هو رأى قاضى الموضوع فإذا قام بفحص العينة وأجراء المقارنة بينها وبين البضاعة المباعة وانتهى إلى التطابق بينهما فى الخصائص التى كانت محل اعتبار المتعاقدين اللهم إلا وجود بعض الاختلاف اليسير الذى لا يمثل تفاوتاً جوهرياً فللمحكمة فى هذه الحالة أن

(١٣٥) نقض مدنى : ١٩٤٨ / ٢ / ٩ - مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ربيع قرن - ١٦ - ص ٢٤٦ .

(١٣٦) نقض مدنى : ١٩٥١ / ٤ / ١٩ - مجموعة أحكام النقض - ٢ - رقم ١١٦ ص ٧٣٠ .

(١٣٧) . Planiol - Ripert et Hamel : op. cit . N. 305 .

تصدر حكمها بمطابقة المبيع للعينة ويكون حكمها صائباً (١٣٨) .

- وقد يقع النزاع بين كل من البائع والمشتري حول مدى مطابقة المبيع للعينة وعلى البائع يقع عبء إثبات المبيع للعينة (١٣٩) إلا اذا كان المشتري ما يزال يحتفظ بالعينة فيكون عبء الاثبات عليه هو (١٤٠) .

- وقد يحدث أن يثور الخلاف بين كل من البائع والمشتري حول ذاتية العينة أو صفة من صفاتها .

- فى هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الحل الوارد فى القواعد العامة والتي تضع قرينة فى صالح من كانت لديه العينة ويستطيع الطرف الآخر هدم هذه القرينة بإثبات أن العينة لم تكن هى المتفق عليها أو أنها تفقد لصفة معينة من صفاتها ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بحسبان أننا بصدد واقعة مادية (١٤١) .

(١٣٨) نقض مدنى - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض فى ربيع قرن - ١٠ - ٦٥٩ .

(١٣٩) د./ عبد المنعم البدرأوى - السابق - ص ١٦٢ .

(١٤٠) استئناف مختلط : ١٢ / ٤ / ١٩٣٣ - م ٤٥ - ص ٢٣٥ .

(١٤١) د./ عبد المنعم البدرأوى - السابق - ص ١٦٣ ، د./ سمير تناغو

- السابق ص ٨٠ ، د./ رمضان أبو السعود - السابق ص

١٠٠ ، د./ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٤٩ .

- وهذا هو نفس الحل الذي أخذ به المشرع السويسرى إذ
المبدأ السائد لديه أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله وهذا ما
أوردته المذكرة الايضاحية إذ ورد بها : « ويعنى التقنين
السويسرى (م ٢٢٢) 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 وقد أثر المشروع
ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة فى الإثبات » (١٤٢)

- وقد لا يثور الخلاف حول ذاتية العينة ولا صفة من
صفاتهما وإنما يتمثل الفرض الذى نحن بصدده فى فقد أو تلف أو
هلاك العينة .

- فى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

- الأول :

- إذا كانت العينة فى يد
المشتري - وهذا هو الوضع الغالب - ويدعى عدم مطابقة المبيع
للعينة فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه .

- الثانى :

- إذا كانت العينة فى يد البائع وفقدت أو هلكت أو تلفت

(١٤٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٢ .

حتى ولو دون خطأ وادعى المشتري عدم مطابقة المبيع للعينة فالقرينة فى صالحه حتى يثبت البائع عكس دعواه .

- ويكون الاثبات لكلا الطرفين بكل طرق الاثبات (١٤٣) .

- وقد يحدث أن يهلك المبيع لا العينة بسبب أجنبي وهو فى يد المشتري فإن ادعى أن المبيع غير مطابق للعينة فعليه إثبات ذلك وفوق هذا يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي وفى هذه الحالة يعد البيع غير قائم وبالتالي يتحمل البائع تبعه الهلاك (١٤٤) .

٦٩ - ثانيا - طبيعة البيع بالعينة :-

- ثار الخلاف حول طبيعة البيع بالعينة وهل هو بيع بات أم أنه معلق على شرط ؟ فإن كانت الأخيرة فما نوع الشرط أهو واقف أم فاسخ ؟

- اختلف الرأى حول الإجابة على التساؤل السابق :-

١ - ذهب البعض إلى أن البيع بالعينة هو بيع بات فهو ليس معلقا على شرط غاية الأمر أنه يشترط لإتمام البيع مطابقة المبيع للعينة وهو مجرد شرط من مضمون الإتفاق وليس أمرا خارجا عنه أو وصفا فيه وبالتالي يترتب على الاخلال به ما يترتب على

(١٤٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ص ٢٢ .

(١٤٤) استئناف مختلط : ١٠ / ١ / ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢ .

الإخلال بأى التزام من جواز المطالبة بالفسخ والتعويض
(١٤٥)

٢ - بينما اتجه رأى آخر إلى أنه ليس هناك ما يمنع البائع
والمشتري من الاتفاق على جعل مطابقة المبيع للعينة شرط بالمعنى
الصحيح أى وصفا للإلتزام بحيث يعلق عليه التراضى .

- وفى هذه الحالة لا تعد وسيلة لتعيين المبيع بل أكثر من
ذلك تعد مطابقة المبيع لها شرطا يتوقف عليه مصير العقد
والشرط الملائم فى هذه الحالة هو الشرط الفاسخ (١٤٦) .

- وترتيباً على ذلك لو تبين عدم مطابقة المبيع للعينة تحقق
الشرط الفاسخ واعتبر البيع غير قائم فى أى وقت .

٣ - وبينما ذهب اتجاه ثالث إلى تكييف البيع بالعينة على
أنه بيع معلق على شرط واقف فإذا تبين عدم مطابقة المبيع للعينة
تخلف الشرط وبالتالي يعتبر البيع غير قائم فى أى وقت من
الأوقات إعمالاً للأثر الرجعى للشرط (١٤٧) .

(١٤٥) د. عبد المنعم البدرأوى - السابق - ص ١٦١ مقررته مع هامش

(٢) ، د. السنهورى - السابق ص ٢٣٦ .

(١٤٦) د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٧٤ .

(١٤٧) محكمة الأسكندرية الوطنية : ١٨ / ١١ / ١٩٤٢ - المجموعة

الرسمية - ٤٣ - ٢٢٤ .

- ولا شك - لدينا - فى أن تحديد طبيعة العينة يساهم فى بيان نوع الجزاء الذى يطبق فى حالة عدم مطابقة المبيع للعينة .

- فإذا انتهينا إلى أن البيع بالعينة بيع بات وتبين عدم مطابقة المبيع للعينة طبقت القواعد الخاصة بإخلال المدين (البائع) بالتزامه فىكون للدائن (المشتري) فى هذه الحالة إما اللجوء إلى التنفيذ العيني أو فسخ العقد وقد لا يرى اللجوء إلى هذه أو تلك ولكن يستبقى المبيع مع إنقاص الثمن اذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للعينة (١٤٨) .

- وعلى العكس من ذلك لو اعتبرنا أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط كان مصير هذا البيع متوقف على تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف .

(١٤٨) د. / عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - طبعة ١٩٥٦ ص ٢٤٨ ، د. / منصور مصطفى منصور - السابق - فقرة (٢٦)

المبحث الثاني تعيين المبيع فى الفقه الاسلامى

٧٠- يشترط رجال الفقه الإسلامى لصحة البيع - أن يكون المبيع معيناً وهو ما يعبرون عنه فى كتب الفقه بإشتراط علم المشتري للمبيع سواء تم ذلك برؤية المبيع أو بوصفه وصفاً تاماً وإن كانت أغلب كتب الفقه قد اقتصرت على هاتين الوسيلتين للعلم بالمبيع إلا أن ذلك لا يمنع من إضافة وسائل أخرى بحسب طبيعة المبيع .

- فهناك من البيوع ما لا يمكن العلم به إلا عن طريقة التدقيق كالأطعمة أو الشم كالروائح العطرية أو اللمس كبعض الأقمشة وإنما ذكرت الوسيلتين المتقدمتان باعتبار أن اللجوء إليهما يمثل الغالب الأعم من مظاهر التعرف على المبيع .

- والكلام فى علم المشتري بالمبيع يتطلب منا التعرض للغاية أو العلة التى لأجلها اشترط علم المشتري بالمبيع ثم بعد ذلك نتناول وسائل أو طرق العلم بالمبيع وأخيراً ما هو أثر عدم علم المشتري بالمبيع وذلك على النحو التالى :

- المطلب الأول : الغاية من اشتراط العلم بالمبيع .
- المطلب الثانى : طرق العلم بالمبيع .
- المطلب الثالث : أثر عدم علم المشتري بالمبيع .

المطلب الأول

الغاية من اشتراط العلم بالمبيع

٧١ - لا شك أن جهالة المشتري للمبيع نوع من الغرر الذي نهى رسول الله ﷺ عنه من هنا كان اشتراط العلم بالمبيع (١٤٩).

- ولأن الجهالة مانعة من التسليم فيها لإختلاف ماليتها فالبايع إذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشتري عينا أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعا .

- وجهالة الوصف كذلك مفضية إلى المنازعة لأن الغائب عن مجلس العقد إذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية أو الوصف التام .

- فالفقه الاسلامي يشترط العلم بالمبيع لأن الجهالة به غرر

(١٤٩) شرح منتهى الإرادات لمنصور البيهوتي ج ٢ ص ١٤٦ ، كشف القناع - السابق ج ٣ ص ١٦٣ ، كفاية الأختيار - السابق - ج ١ ص ٤٦٤ ، زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهجى - طبعة عام ١٤٠٢ هـ - طبع الشؤون الدينية بدولة قطر ج ٢ ص ١٦ .

وهو منهي عنه ولأن الجهالة تقضى إلى المنازعة والله تعالى يقول :
يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
تجارة عن تراض منكم « (١٥٠) . وما يقضى إلى المنازعة لا يكون
عن تراض .

(١٥٠) سورة النساء ، آية (٢٩) .

المطلب الثاني

طرق العلم بالمبيع

٧٢ - تتعدد طرق العلم بالمبيع ولعل أهمها هي الرؤية والوصف الا أن هناك طرقا أخرى ولكنها قليلة الوقوع كالشم والتذوق واللمس ولذا سنقتصر على التعرض لأهمها وهي الرؤية والوصف .

٧٣ - (أولا - الرؤية :-

- الرؤية هي أغلب طرق معرفة المبيع وأشهرها وأفضلها لأنها تكون بحاسة البصر وهي مجمع على اعتمادها كأهم طرق العلم بالمبيع .

- أنواع الرؤية :-

- الرؤية نوعان :-

- الأول :-

- الرؤية المعاصرة للبيع والتي لا تتأخر عنه الا أنها قد تتقدم عليه بزمن لا يتغير فيه المبيع يقينا أولا يتغير فيه المبيع ظاهرا ففي هذه الحالة إذا كانت الرؤية معاصرة لجميع المبيع صح البيع .

- وترتيباً على ذلك إذا وجد المبيع على غير ما رآه المشتري فله الخيار .

- وأحياناً تكون الرؤية المعاصرة للبيع لبعض المبيع فقط فإن دلت على بقية صح البيع كروية وجهى الثوب أو رؤية بعض القمح أو الشعير أو الأشياء المائعة متساوية الأجزاء كالزيت .

- الثاني :-

- الرؤية بالأنموذج : كأن يريه كياً من القمح ويبيعه طناً منه على أنه من جنسه .

- والبيع بالأنموذج محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من لا يجيز البيع بهذه الطريقة

- فى حين ذهب البعض إلى أن البيع بالأنموذج صحيح بشرط ضبط الأنموذج كذكر الصفات كمن يرى كياً من قمح ويقول الباقي بصفته فإن جاء الباقي على هذه الصفة فليس للمشتري رده وإلا فللمشتري رده .

- وذهب فريق ثالث إلى التفرقة بين ما لا تختلف أجزاءه كطن من القمح فيجوز بيعه بالأنموذج لانه برؤية الأنموذج يزول غرر الجهالة وبين ما تختلف أجزاءه فلا يصح بيعه بالأنموذج ولذلك يشترط رؤية المبيع وهذا الرأى منسوب للإمام أحمد والشافعى ومالك وكثير من جمهور الفقهاء .

(١٥٠) سورة النساء ، آية (٢٩) .

- ولقد ذهب الإمام أبي حنيفة أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد والتي لم يرها المشتري ولم توصف له وللمشتري خيار الرؤية إذا رآها (١٥١) .

٧٤ - **ثانياً - الصفة :-**

- **والبيع بالصفة نوعان :-**

- **الأول :-**

- بيع عين معينة كسيارتى سواء كانت العين غائبة أو حاضرة ولكن مستورة وذكر صفاتها التي تضبطها كما فى السلم .

- **الثانى :-**

- بيع عين موصوفة غير معينة بذاتها بل بوصفها بصفات منضبطة كقوله بعنك سيارة ماركة مرسيدس موديل ١٩٩٠ مع ذكر اللون وباقى صفاتها المميزة .

- ويشترط الشافعى فى هذا النوع أن يتم قبض المبيع أو الثمن فى مجلس العقد قبل التفرق والسبب فى هذا أنه بيع فى الذمة فلا يجوز التفرق قبل قبض أحد العوضين كالسلم .

(١٥١) الإنصاف للمرداوى - السابق ج ٤ ص ٢٩٥ ، المهذب فى فقه الإمام الشافعى ج ١ ص ٢٧١ . كشاف القناع - السابق ج ٣ ص ١٤٦ .

- وعلى العكس من ذلك يذهب بعض الحنابلة إلى أنه يجوز
التفرق قبل القبض لأنه بيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع
العين (١٥٢) .

- حكم بيع الصفة :-

١ - ذهب الشافعي في مذهبه الجديد إلى عدم صحة بيع
الصفة .

٢ - بينما يرى جمهور الفقهاء إلى أن بيع الصفة صحيح .

٣ - وللإمام أحمد بن حنبل قولين في هذا الموضوع أولهما
أن البيع بالصفة لا يصح إلا بما يصح فيه السلم وثانيهما أنه
يصح سواء صح فيه السلم أم لا وللمشترى خيار الرؤية وهو قول
شيخ الإسلام ابن يثمية (١٥٣) .

(١٥٢) المراجع السابقة - نفس الموضوع .

(١٥٣) السلسيل في معرفة الدليل ج ٣ ص ٤٢٥ ، كشف القناع -
السابق ج ٣ ص ١٦٣ ، مطالب أولى النهي - السابق ج ٣
ص ٢٦ .

المطلب الثالث

أثر عدم علم المشتري بالمبيع

٧٥ - تدعو الحاجة أحيانا إلى أن يتبايع المتعاقدان فى سلعة ما غائبة عن مجلس العقد إما لصعوبة الذهاب إلى المكان التى هى موجودة فيه أو أنها قد تكون من السلع الشائعة والمعروفة عند المتعاقدين كالأطعمة والملابس المتداولة عند كثير من الناس .

- ولا يثور التساؤل حول مدى جواز بيع العين الغائبة ؟

- قبل الإجابة على هذا التساؤل ننوه إلى أن الفقهاء اتفقوا على أمرين لم يكن أى منهما محل خلاف : -

- الأول : -

- اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الغائب عن مجلس العقد الذى لم يره المشتري قبل العقد أو رآه قبل العقد بزمن بعيد يتغير مثله فيه غالبا ولم يوصف له مع نفى الخيار للمشتري .

- الثانى : -

- اتفقوا على أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد إذا كان المشتري قد رآها قبل العقد بزمن لا تتغير فيه غالبا .
لحصول العلم بها .

- أما عن الإجابة على التساؤل السابق فقد اختلف الفقهاء على ذلك إلى ثلاثة أقوال فمنهم من يجيز ذلك ومن لا يجيزه ومن يجيزه بضوابط معينة.

٧٦- أولا- جواز بيع العين الغائبة :-

- ذهب الأحناف والشافعي في مذهبهم القديم ورواية لأحمد وبعض المالكية إلى أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد سواء وصفت أو لم توصف مع ثبوت الخيار للمشتري فقط إذا رآها فإن شاء تخلى عن العقد وإن شاء مضى في موجه سواء رآها على الصفة التي وصفت له إن كانت قد وصفت له أو على خلافها (١٥٤).

- أدلة هذا المذهب :-

- استدلووا بالآتي :-

١ - قوله تعالى : وأحل الله

البيع وحرم الربا « (١٥٥) .

(١٥٤) فتح القدير - السابق ج ٥ ص ١٣٧ ، المهذب - السابق - ج ١ ص ٢٧١ .

(١٥٥) سورة البقرة ، آية (٢٧٥) .

- وجه الاستدلال من الآية :-

- تدل الآية بعمومها على حل البيع مطلقا بما فى ذلك بيع الغائب ولم يرد نفي أو إجماع يخرج بيع الغائب عن مجلس العقد .

- الرد على هذا الدليل :-

- لقد نوقش هذا الدليل وكان الرد على أن الآية الكريمة عامة مخصصة بحديث النهى عن بيع الغرر وما لم يوصف وما لم يره المشتري الغرر فيه بين .

٢ - ما رواه البيهقى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه « (١٥٦) .

- وجه الاستدلال من الحديث :

- يدل هذا الحديث على ثبوت الخيار للمشتري عند رؤيته للمبيع الذى لم يشاهده من قبل ولم يفرق بين ما وافق الوصف وما لم يوافق فيدل هذا على ثبوت الخيار للمشتري فى الحالين .

(١٥٦) السنن الكبرى للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقى ج ٥ ص ٢٦٨ .

- الرد على هذا الدليل :-

- أجيب عن هذا الحديث بأنه حديث ضعيف بإتفاق المحدثين

وذلك من وجهين :-

- الأول :- أنه حديث مرسل ولا حجة فى المراسيل .

- الثانى :-

- أن أحد روايته ضعيف وهو أبو بكر بن مريم وذلك بإتفاق

المحدثين قال الدالر قطنى : أبو بكر بن مريم ضعيف (١٥٧) .

وكذلك لو سلمنا بصحة هذا الحديث فنقول إن الخيار إنما يجب تطبيقه على ما يفهم من قواعد الشرع وهى تفيد الذى يثبت فى البيع حيث لا يكون إلا حال وجود سببه فإذا وافق المعقود ما وصف به فما فائدة الخيار إذا ؟ .

- وبهذا يختص بثبوت الخيار بمخالفة الصفة بإزالة الضرر فإذا كان المعقود عليه سليما بصفاته فلا داعى للخيار ولأنه مبيع فلم يكن للعاقد الخيار جميع الأحوال .

- أما قولهم : أنه يسمى بيع خيار الرؤية فإذا وجدته بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف فى الصفة لأنه وجد

(١٥٧) المجموع شرح المذهب - السابق ج ٩ ص ٢٢١ .

الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كاسلم .

- ويقال لهم : فيما لو اختلفا فقال البائع : لم تختلف الصفة
وقال المشتري قد اختلفت فالقول فى هذه الحالة للمشتري بيمينه
لأن الأصل براءة ذمته من الثمن (١٥٨) .

٣ - ما رواه البيهقى - أيضا - أن عثمان رضى الله
عنه (١٥٩) ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة بأرض فى
الكوفة فلما تبايعا ندم عثمان رضى الله عنه ثم قال : بايعتك ما لم
أره فقال طلحة إنما النظر لى إنما ابتعت مغيبا وأما أنت فقد رأيت
ما ابتعت فتحا كما إلى جبير بن مطعم - رضى الله عنه فقضى
على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيبا .

- وجه الاستدلال من الحديث :-

- يدل هذا الحديث على ثبوت الخيار للمشتري وحده دون
البائع لأن هذه القصة وقعت بين اثنين من أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم وتحاكما عند صحابى ثالث فرضيا به وكان
هذا بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك فكان إجماعا .

(١٥٨) كشف القناع ، ج ٢ ص ١٦٥ ، المغنى لابن قدامة - السابق

- ج ٣ ص ٥٨٢ .

(١٥٩) السنن الكبرى - نفس الموضع السابق .

- الرد على هذا الدليل :

- لم تنتشر هذه القصة بين الصحابة رضوان الله عليهم وبالتالي لا يعد الحكم مجمعا عليه بل هو قول صحابي والصحيح عند هؤلاء أن قول الصحابي ليس بحجة ما لم ينتشر من غير مخالف من صحابي آخر .

- وفي كون هذا القول حجة خلاف إذ يجب ألا يعارض بالأحاديث التي تمنع بيع الغرر والبيع مطلقا بدون وصف من أشد أنواع الغرر أو يحتمل أنهما تبايعا على الصفة .

- وأما استدلالهم بهذه القصة على ثبوت الخيار للمشتري وحده دون البائع فنحن نسلم بهذا ولكن مخالفة عثمان - رضي الله عنه - لهما يجعل هذا لا يعتد به فإن لم يكن قوله أولى فلا يجعل مرجوحا فلا يجتج بقول بعضهم على بعض (١٦٠) .

- والنظر أيضا إلى القواعد العامة في الشريعة نجدها تقضى برفع الضرر دون تفصيل بين بائع ومشتري لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » فهذا الحديث وإن كان في إسناده مقال لكن معناه صحيح يشهد له استقرار نصوص

(١٦٠) المغنى لابن قدامة - السابق - ج ٢ ص ٥٨٢ .

الشريعة والأصول العامة فى الكتاب والسنة (١٦١) وبهذا يكون الخيار لكل من البائع والمشتري إذا شرطاه لأجل رفع الضرر عنهما جميعا وذلك عندما يتبين أن المعقود عليه على خلاف ما وصف به .

٤ - بيع الغائب عقد على عين يجوز مع الجهل بصفته قياسا على صحة الزواج من غير رؤية الزوجين وذلك مجمع عليه وبالقياس يجوز بيع الرمان ونحوه ويجوز كذلك بيع ما رآه قبل العقد بوقت طويل (١٦٢) .

- الرد على الدليل :

- هذا قياس مع الفارق حيث إن المعقود عليه بالنكاح هو استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية بعقد النكاح للمشقة غالبا (١٦٣) .

- وكذلك القياس على الرمان ونحوه فهو قياس مع الفارق أيضا لأن ظاهر هذه الأشياء يقوم مقام باطنها فى الرؤية كعبرة الحنطة ولأن فى استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب .

(١٦١) الأحكام فى أصول الأحكام - لسيف الدين أبى الحسن علي بن أبى على ابن محمد الأمدى - طبعة محمد على صبيح ط عام ١٣٤٧ هـ .

(١٦٢) المجموع شرح المذهب - السابق - ج ٩ ص ٣٣٠ .

(١٦٣) المرجع السابق - ص ٣٣١ .

- وأما القياس على ما لو رآه العقد فيقال لهم : إن المبيع هناك يكون معلوما للمشتري حال العقد بخلاف المسألة التي نحن بصددنا (١٦٤) .

٧٧- ثانيا - عدم جواز بيع العين الغائبة مطلقا :-

- ذهب الشافعي في مذهبه الجديد وإحدى الروايات عن الإمام أحمد وبعض أهل المدينة إلى القول بمنع بيع العين الغائبة عن مجلس العقد مطلقا سواء وصف أم لم يوصف ذكر الجنس أو النوع أو لم يذكر (١٦٥) .

- أدلة هذا المذهب :-

١ - ما روى عن حكيم بن حزام قال : قلت يارسول الله يأتيني الرجل فيسألني البيع وليس عندي ما أبيع ثم أبتاعه من السوق فقال : « لا تبع ما ليس عندك » .

- وجه الاستدلال :-

- قوله صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » يشمل

(١٦٤) المرجع السابق - نفس الموضع .

(١٦٥) فتح القدير - السابق ج ٥ ص ١٣٧ ، المغنى لابن قدامة -

السابق ، ج ٣ ص ٥٨٢ .

النهي عن بيع الغائب عن مجلس العقد فهو بيع ما ليس عند البائع
فلا يصح العقد عليه .

- الرد على الدليل :-

- يراد بعدم بيع ما ليس عندك ما لا تملكه لا ما ليس في
حضرتك لأن شرط البيع كون المبيع مملوكا للبائع (١٦٦).

٢ - ما رواه الجماعة إلا البخارى عن أبى هريرة - رضى
الله عنه وأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الحصاة
وبيع الغرر » (١٦٧) .

- ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن بيع الغائب غرر ظاهر
فأشبهه بيع المعدوم .

٣ - احتجوا كذلك بالقياس كما لا يجوز بيع النوى فى التمر
فلا يجوز بيع الغائب ولأن ما لا يجوز بيعه مع نفي الخيار لايجوز
بشرط الخيار (١٦٨) .

(١٦٦) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٨ .

(١٦٧) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٠ ، ص ١٥٦ .

(١٦٨) المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، ص ٣٣٠ .

- الرد على الأدلة السابقة :-

- غير صحيح قولهم أن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد يعد من قبيل بيع الغرر لأن النهي عن الغرر يكون حيث يقع الضرر ولا ضرر من إجازة بيع العين الغائبة طالما ثبت للمشتري الخيار (١٦٩).

٧٨ - ثالثاً - جواز بيع العين الغائبة بضوابط :-

- ذهب الإمام أحمد في إحدى رواياته وكثير من المالكية وبعض أصحاب الشافعي كالقفال وغيره وكثير من الفقهاء إلى القول بجواز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد إذا وصف المبيع أو تقدم رؤية يؤمن معها تغييره ويثبت للمشتري الخيار إذا كان المبيع على غير ما وصف له أو وجدته متغيراً وسمى هذا الخيار (خيار الخلف في الصفة) لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة (١٧٠).

- أدلة هذا المذهب :-

١ - عموم أدلة البيع مثل قوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » (١٧١).

(١٦٩) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .

(١٧٠) الإنصاف للمرداوي - السابق ، ج ٤ ص ٢٩٨ ، الكافي - السابق ، ج ٢ ص ٦٧٨ .

(١٧١) سورة البقرة ، آية (٢٧٥) .

- وجه الاستدلال من الآية الكريمة :

- تدل الآية بعبارتها أن بيع الغائب داخل فيما أحل الله ولم يأت نص أو إجماع فى المنع منه .

- وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (١٧٢) .

- وجه الاستدلال من الآية الكريمة :-

- لا يجوز أن يتوجه الرضا إلى شىء مجهول العين أو الوصف ولهذا يكون بيع الغائب داخل فى التجارة التى يتراضى بها المتبايعان وعلى ذلك يجب وصف المبيع حتى يتم الرضا بين المتعاقدين ويسلمان من الخلاف والنزاع بينهما .

٢ - ما رواه الجماعة إلا البخارى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن النبى صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر « .

- وجه الاستدلال :-

- حيث إن من الغرر بيع الغائب بدون وصف فإذا وصف إرتفع الغرر والجهالة فيه فلا يكون من البيع المنهى عنه لجهالته لأنه

(١٧٢) سورة النساء ، آية (٢٩) .

صار بالوصف معلوماً فجاز بيعه كباقي المبيعات الجائزة لا سيما مع اشتراط خيار الخلف في الصفة.

٣ - ما ورد من أن المسلمين لا يزالوا يتبايعون الضياع بالصفة وهي في البلاد البعيدة وقد ورد أن عثمان - رضى الله عنه - بايع ابن عمر - رضى الله عنهما - ما لا له بخبير بمحال لابن عمر بوادي القرى وقد اشتهر هذا بين الصحابة من غير منكر .

٤ - شرع الخيار لرفع الغرر فإذا عقد على موصوف ثم ظهر خلاف الصفة فله الخيار حتى لا يلحقه الغرر (١٧٣) .

- ويعد هذا الرأي الأخير هو الراجح لسلامة أدلته وقوة حجته ولأن الوصف مع ثبوت الخيار يحفظ حق المشتري فإن جاء المبيع على وفق ما وصف كان بها وإن لم يجيء استطاع استعمال خياره ورفض البيع فلا ضرر في ذلك ولا غرر .

(١٧٣) المغنى لابن قدامة ، ج ٣ ، ص ٥٨٢ .

خاتمة الفصل الثالث

- تناولنا فى هذا الفصل شرط تعيين المبيع سواء فى نطاق القانون المدنى أو الفقه الاسلامى ونرى الملاحظات الآتية :-

١ - يتفق كل من القانون المدنى والفقه الاسلامى فى ضرورة أن يكون المبيع معيناً وذلك بذكر أوصافه النافية للجهالة وبما يحقق علم المشتري به .

٢ - وطرق تعيين المبيع فى القانون المدنى تختلف بحسب طبيعة المبيع بحسب ما إذا كان قيمياً أو مثلياً وهناك البيع بالتقدير وهو يرد على الأشياء المعينة بالنوع والتي تحتاج الى عد أو وزن أو كيل أو مقاس وبذلك لا تنتقل الملكية فى هذا النوع من البيع إلا بعد الافراز على أن تبعة الهلاك تختلف فى نطاق القانون الفرنسى عنه فى نطاق القانون المصرى ففى ظل القانون الفرنسى فلقد ربط المشرع بين تبعة الهلاك والملكية فمن كان مالكا تحمل تبعة الهلاك والمشتري لا يكون مالكا إلا بعد افراز المبيع ومن وقتها يتحمل تبعة الهلاك ولو لم يتسلم المبيع أما فى القانون المصرى فقد ربط المشرع بين تبعة الهلاك وتسلم المبيع فرغم أنه بالإفراز يصبح المشتري مالكا للمبيع الا أنه لا يتحمل تبعة الهلاك طالما أنه لم يتسلمه .

- وفى البيع الجزاف ونظراً لأنه يرد على شىء معين بالذات

فالملكية تنتقل بمجرد تمام العقد .

٣ - وهناك من طريق تعيين المبيع بالعينه وهناك البيع بالأنموذج وهما طريقان لتعيين المبيع والفرق بينهما أنه فى البيع بالعينه يجب مطابقيه المبيع للعينه مطابقيه تامه مع التجاوز عن الاختلاف اليسير أما فى البيع بالأنموذج فيكفى أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها الأنموذج ولا يلتفت إلى الفروق البسيطة ما دام صالحا للغرض المخصص له .

- وفى نطاق الفقه الاسلامى عرف البيع بالأنموذج وهو ما يقابل البيع بالعينه فى نطاق القانون المدنى وهى محل خلاف بين فقهاء المسلمين فمنهم من لا يجيز هذه الطريقة فى تعيين المبيع ومنهم من يرى صحتها ويضع الضوابط اللازمة لذلك كذكر الصفات المميزة للمبيع والتى يجب أن يشتمل عليها المبيع كما اشتمل عليها الأنموذج .

٤ - إذا كان بيع العين الغائبة جائز فى نطاق القانون المدنى طالما أتى المبيع على وفق وصف للمشتري أو على وفق العينه المرسله إليه .

- إلا أن هذا النوع من البيع اختلف فيه فقهاء المسلمين فمنهم من لم يجزه مطلقا واعتبره نوعا من الضرر المنهى عنه ومنهم من أجازة مستندين فى ذلك إلى أدلة كثيرة أهمها عموم حل

البيع الوارد فى الآية الكريمة أما المذهب الثالث فقد وقف موقفا
وسطا فهو وإن أجاز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد فقد
اشترط لذلك ومنعها وصفا يرفع الجهالة عنها بالنسبة للمشتري أو
رؤيته لها قبل العقد بزمان لا تتغير فيه عادة .

الفصل الرابع قابلية المبيع للتعامل فيه

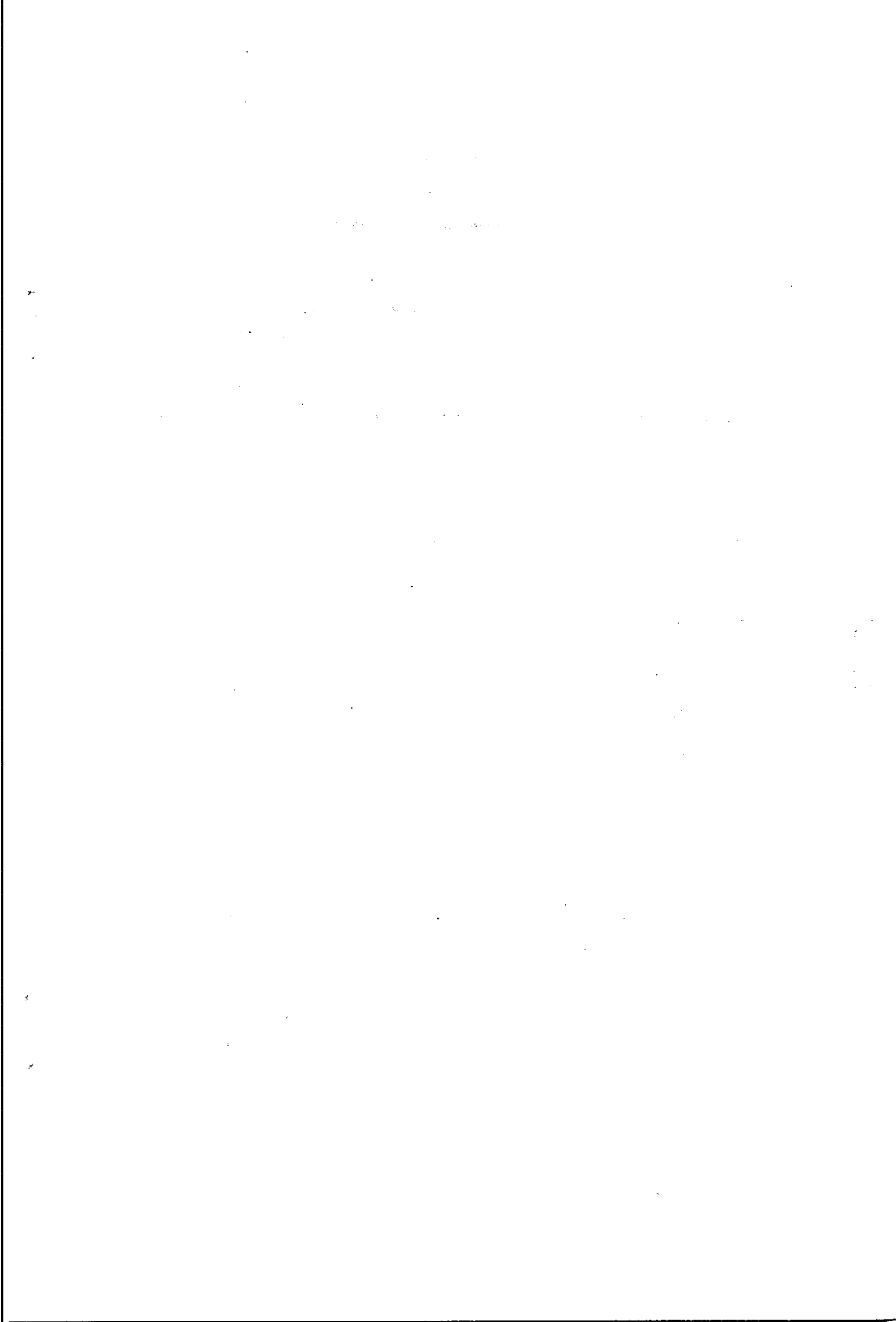
٧٩ - زهيد وتقسيم :-

يشترط فى المبيع أن يكون داخلًا فى دائرة التعامل ومما يصح فيه التعامل فما خرج من دائرة التعامل سواء بطبيعته أو بنص القانون لا يصلح أن يكون محلًا للبيع .

- وهذا الشرط عام بين القانون المدنى والفقہ الاسلامى ولهذا
نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى :-

المبحث الأول : قابلية المبيع للتعامل فيه فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : قابلية المبيع للتعامل فيه فى الفقہ الاسلامى .



المبحث الأول قابلية المبيع للتعامل فيه في القانون المدني

٨٠ - النص القانوني :-

- تنص المادة (٨١) من القانون المدني على أن : « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - 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 محلاً للحقوق المالية » .

- وتنص المادة (١٣٥) من القانون المدني على أنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

- يورد النصابان السابقان حكماً عاماً مضمونه اشتراط أن يكون الشيء لا يخرج عن حدود الحكم السابق فيجب دخوله دائرة التعامل .

- والأصل أن كل الأشياء داخله في دائرة التعامل إلا ما استثنى بدليل يخرج من دائرة التعامل كما إذا كانت طبيعة الشيء تستعصى على دخوله دائرة التعامل أو كان أبعاد الشيء عن تلك

الدائرة قد ثبت بنص فى القانون (١٧٤) .

- وما تجب ملاحظته أن عدم المشروعية وصف قد لا يلحق بالشىء ذاته وإنما بما يرد عليه من تصرفات أية ذلك أن التعامل فى المواد المخدرة بقصد التعاطى غير جائز أما إذا كان الهدف من وراء ذلك استعمالها فى بعض الأغراض الطبية فهو جائز ومشروع (١٧٥) .

- وترتبا على ما سبق فقد يخرج الشىء من دائرة التعامل إما وفقا لطبيعته أو بنص القانون كتحريم التعامل فى التركات المستقبلية أو لمخالفته للنظام العام أو الآداب .

٨١ - (أولا - الخروج من دائرة التعامل بحسب طبيعة الشىء :-

١ - قد تمنع طبيعة الشىء المادية من التعامل فيه .

- من ذلك الأشياء التى يصعب حيازتها كالشمس والهواء وماء البحر والأنهار .

- وخروج هذه الأشياء من دائرة التعامل ليس مطلقا بل على العكس من ذلك لو أمكن حيازة تلك الأشياء فإنها تدخل دائرة التعامل كما فى حيازة الهواء المضغوط وتعبئته فى إسطوانات خاصة وكذلك

(١٧٤) د./ السنهورى - السابق ص ٢٦١ .

- Malaurie et Aynes : op. cit . P. 113 .

(١٧٥) د./ منصور مصطفى منصور - السابق فقرة ٢٧ ، د./ اسماعيل غانم

- السابق ، فقرة ٢٨ .

المياه التي تقوم بعض الشركات بمعالجتها كيماويا وتعيئتها في زجاجات وطرحها للتداول في الأسواق (١٧٦) .

٢ - وقد يخرج الشيء من دائرة التعامل لإتصاله بصاحبه سواء بنص القانون أو بالإتفاق من ذلك ما نصت عليه المادة (٩٩٧) من القانون المدني من عدم جواز التنازل عن حق الاستعمال أو حق السكنى إلا بناء على شرط صريح بين الطرفين أو لوجود مبرر قوى (١٧٧) .

٣ - وقد يخرج الشيء من دائرة التعامل وذلك بحسب الغرض المخصص له كالأموال العامة المملوكة للدولة لأنها مخصصة للمنفعة العامة (م ٢/٨٧) من القانون المدني .

- وعلى العكس من ذلك الأموال الخاصة المملوكة للدولة فإنه يجوز بيعها وحتى يكتمل ركن القبول يجب التصديق على البيع من وزارة المالية .

- وتطبيقا لذلك قضى بأن : « صدور قرار المحافظ بتمليك أراضى وضع اليد لشاغلها لا يكفي لإنعقاد البيع فإذا اعتبره الحكم

(١٧٦) السنهورى - السابق ص ٢٦٢ ، د./ سليمان مرقس - ابيع ص ٢٠٣ .

(١٧٧) د./ السنهورى - السابق ص ٢٦٣ ، د./ سليمان مرقس - السابق ، ص ٢٠٥ .

بيعا تماما يكون قد شابه الخطا فى القانون لعدم تحققه من توافر ركن القبول « (١٧٨) .

- وكذلك يخرج من دائرة التعامل المال الموقوف لتعارض التعامل فيه مع الغرض الذى خصص له .

- ويلاحظ أن الخروج من دائرة التعامل بالنسبة لكل من المال العام والوقف ليس مطلقا بل هو نسبي إذ يجوز تأجير كل منهما (١٧٩) .

٨٢ - ثانيا - الخروج من دائرة التعامل لمخالفة النظام العام أو الآداب :-

- يجب أن يكون الشيء محل التعامل مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

- وعلى ذلك يخرج من دائرة التعامل بيع المواد المخدرة إذا كان التعامل بقصد التعاطي لمخالفة ذلك للنص القانوني الأمر .

- وقد يرجع إلى القاضى تقدير ما إذا كان التعامل فى بعض الأشياء مخالفا للنظام العام أو الآداب من عدمه .

- ونظرا لأن فكرة النظام العام والآداب من الأفكار المرنة

(١٧٨) نقض مدني فى : ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٧ فى الطعن رقم ٢٦١٤ السنة ٥٦ ق .

(١٧٩) د./ السنهورى - السابق ص ٢٦٤ .

المتحركة فإن نطاقها يضيق ويتسع من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر
فى نفس المجتمع مما يقتضى من القاضى معالجة الأمر وفقا للإتجاه
السائد فى مجتمعه بحسب كل حالة على حدة (١٨٠).

(١٨٠) د. سمير تناعو - السابق - ص ٩٩ .

Vertical line on the left side of the page.

Small marks on the left side.

Small marks on the left side.

Horizontal line near the bottom of the page.

المبحث الثاني قابلية المبيع للتعامل فيه فى الفقه الاسلامى

٨٢ - زهيد وتقسيم :-

- يعرف الفقه الاسلامى البيع بأنه مبادلة مال بمال وأن المال يشمل الأعيان والمنقولات والمنافع والحقوق المالية إلا أنه يشترط فى هذه الأشياء لى تكون مالا أن تكون طاهرة ومنتفعا بها (١٨١).

- وهذا ما يعبر عنه بشرط المشروعية فلا بد أن يكون المبيع مشروعاً وذلك بأن يكون طاهراً ومنتفعا به لى يعتبر مالا فتصح مبادلته بالمال ويقيد الفقهاء الانتفاع بقولهم منتفعاً به من غير حاجة ولا ضرورة .

- وبتناول شرط مشروعية المبيع فى مطلبين :-

المطلب الأول : الغايية من المشروعية .

المطلب الثانى : تطبيقات المشروعية .

(١٨١) بدائع الصنائع للكاسانى - السابق - ج ٥ ص ١٤٠ ، شرح منتهى الإرادات - السابق ج ٢ ص ١٢٠ ، كشف القناع - السابق ج ٣ ص ١٤٦ - الروض المربع شرح زاد المستتقع ج ٤ ص ٢٢٦ .

المطلب الأول

الغاية من المشروعية

٨٤ - يشترط فقهاء المسلمين في المبيع أن يكون مشروعاً ومنتقياً به ويقصد بالمشروعية أن يكون المبيع طاهراً .

- والعلة في عدم جواز بيع ما ليس فيه نفع تكمن في أن البيع على ما رأينا مبادلة مال بمال وما لا نفع فيه وما لا يباح نفعه لا يكون مالا^(١٨٢) وأن بذل المال فيما ليس فيه نفع إسراف وتبذير من جانب البازل وأكل أموال الناس بالباطل من جانب البائع وهذا فيه ظلم وجور وفيه ميسر والإسلام ينهى عن ذلك كله^(١٨٣) .

- ويستند الفقهاء في اشتراط طهارة المبيع بقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » فقالوا : « يارسول الله : أرأيت شحوم الميتة فإنه تطفى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال : « لا هو حرام »^(١٨٤) .

(١٨٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٤ .

(١٨٣) كفاية الأخيار - السابق - ج ١ ص ٤٥٩ .

(١٨٤) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٣٥ (كتاب البيوع) .

- والعلة فى تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير هى النجاسة
فيتعدى ذلك إلى كل نجس برغم أن هذه الأشياء الثلاثة فيها منافع
فالخمر تطفأ بها النار والميتة طعام للجوارح ويوقد شحمها وودكها
يطلى به السفن والكلب يصيد ويحرس ومع ذلك نهى صلى الله عليه
وسلم عن ثمن الكلب (١٨٥) فدل ذلك على أن علة التحريم هى
النجاسة (١٨٦) .

- أما المنتجس فإن أمكن تطهيره كالثوب ونحوه صح بيعه لأن
جوهره طاهر وإن لم يمكن تطهيره كالدبس واللبن ونحوهما فلا يصح
البيع (١٨٧) .

- وترتيباً على ما سبق فإن أى شىء طاهر وفيه منفعة مباحة
لغير حاجة أو ضرورة جاز بيعه وكان مشروعاً .

والذى يباح للحاجة كلب الصيد والزرع والحراسة والذى يباح
للضرورة الميتة للمضطر فلا يجوز بيع شىء من ذلك لأنها إنما أبيحت
للحاجة أو لدفع ضرورة .

(١٨٥) المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

(١٨٦) كفاية الأختار ، ج ١ ص ٤٥٩ .

(١٨٧) المرجع السابق - نفس الموضع .

المطلب الثاني

تطبيقات المشروعية

٨٥ - ذكرت كتب الفقه الاسلامى تطبيقات لعدم مشروعية المبيع سواء لنجاسة المبيع أو لعدم الانتفاع به .

٨٦ - (ولا - بيع النجس :-

- النجاسة هى كل شىء يستقذره أهل الطبائع السليمة ويتحفظون عنه ويغسلون الثياب إذا أصابها كالعذرة والبول والدم^(١٨٨) وهذه الأشياء النجسة وغيرها من النجاسات لا يجوز بيعها لأنها غير طاهرة فلا تكون مالا يصح مبادلتها بالمال .

- والأصل فى الفقه الاسلامى أن جميع الأشياء طاهرة والحكم بنجاستها لا يحل إلا بعد قيام الحجة .

- وفى ذلك يقول الامام الشوكانى : ولا يخفى عليك أن الأصل فى كل شىء أنه طاهر لأن بنجاسته يستلزم تعبد العباد بحكم من الأحكام والأصل عدم ذلك والبراءة قاضية بأنه لا تكليف بالمحتمل حتى يثبت ثبوتاً ينقل عن ذلك وليس من أثبت الأحكام المنسوبة إلى الشرع بدون دليل بأقل إثماً ممن أبطل ما قد ثبت دليله من أحكام

(١٨٨) الروضة الندية ، ج ١ ص ٣٢ .

فالكل أمام التقول على الله تعالى بما لم يقل أو من إبطال ما قد شرعه لعباده فلا حجة « (١٨٩) .

- وترتبيا على ما سبق فإن الأصل فى الأشياء أنها طاهرة وأن النجاسة استثناء من الأصل وأنها واردة على سبيل الحصر . فلا يجوز الزيادة عليه .

- ولقد حدد الإمام ابن رشد أنواع النجاسات وبأنها (١٩٠) على أربعة :-

- ١ - على ميتة الحيوان ذى الدم السائل الذى ليس بمائى .
 - ٢ - على لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن تذهب حياته .
 - ٣ - على الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحى أو الميت اذا كان مسفوحا أعن كثيرا .
 - ٤ - وعلى بول ابن آدم ورجيعه .
- ولقد حصر الإمام الشوكانى النجاسات بأنها : « غائط

(١٨٩) الدرارى المضية - شرح الدر البهية ، ص ٢٦ ، الروضة الندية ، ج ١ ص ٣٤ .

(١٩٠) بداية المجتهد ابن رشد ، ج ٢ ص ١٠٩ .

الانسان مطلقا وبوله الا الذكر الرضيع ولعاب الكلب وروث ودم حيض
ولحم خنزير وفيما عدا ذلك خلاف والأصل الطهارة فلا ينتقل عنها
الاناقل صحيح لم يعارضه ما يساويه أو يقدم عليه (١٩١) .

- فالنجاسات لا يجوز الزيادة على ما حصر منها وإن كانت
هناك أشياء مختلف فيها هل هي نجسة أو طاهرة ؟ ، فما اتفق على
نجاسته ، أنه غير طاهر فلا يجوز بيعه .

- واستثنى الأحناف والظاهرية كل ما فيه منفعة تحل شرعا
فجوزوا بيعه فقالوا يجوز بيع الأرواث والأزبال النجسة التي تدعو
الضرورة إلى استعمالها فى البساتين وينتفع بها وقود أو
سمادا (١٩٢) .

- **ولقد اختلف الفقهاء فى بعض المسائل منها :**

- **المسألة الأولى :**

- اختلف الفقهاء فى حكم بيع

جلد الميتة بعد الدبغ وذلك الى قولين :-

أ - ذهب الشافعى فى مذهبه القديم والمشهور عن أحمد ورواية
عن مالك أن جلد الميتة لا يطهر بالدبغ ويترتب على ذلك عدم صحة
بيعه .

(١٩١) الدداري المضيئة شرح الدر البهية - ص ١٨ .

(١٩٢) فقه السنة للشيخ سيد سابق - المجلد الثالث ، ج ١٢ ، ص ٥٤ .

ب - ولقد ذهب الأحناف وابن حزم الظاهري ورواية عن مالك وأحمد إلى أن جلد الميتة يطهر بالدبغ مطلقا ويترتب على ذلك صحة بيعه (١٩٣) .

- أما جلد الميتة قبل الدبغ فإنه نجس لا يصح بيعه مطلقا عند الجميع لعدم طهارته .

- المسألة الثانية : -

- ولقد اختلف الفقهاء حول حكم بيع الكلب .

أ - ذهب الأحناف إلى أن الكلب طاهر العين ويجوز بيع الكلاب كلها وأخذ ثمنها لا فرق بين المعلم وغير المعلم سواء كان مما يجوز اقتناؤه أولا يجوز (١٩٤) .

ب - ذهب المالكية إلى أن الكلب طاهر لكن كره الإمام مالك بيعه (١٩٥) .

(١٩٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ، ج ٢٩ ص ٩٠ - ٩٦ ، المغنى لابن قدامة ج ١ ، ص ٦٦ - ٦٨ ، ج ٤ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ ، بلغة السالك ج ٣ ص ٦ ، نيل الأوطار للشوكاني ، ج ١ ص ٧٥ ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٢ .

(١٩٤) بدائع الصنائع للكاساني ، ج ٥ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٨ .

(١٩٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٥ ، ج ١ ص ٢١ - ص ٢٢ .

ج - ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الكلب نجس العين كالخنزير لا فرق بين كلب الحراسة والصيد وبين غيره ويترتب على القول بنجاسته عدم جواز بيعه ولا يحل أكل ثمنه ولكنهم أجازوا اقتناء الكلب للصيد أو لحراسة الماشية أو الزرع للحاجة إليه (١٩٦) .

٨٧ - ثانيا - بيع ما ينتفع به :-

من عناصر مشروعية المبيع أن ينتفع به لأن مالا نفع به أكل لأموال الناس بالباطل بالنسبة للبائع وتبذير وإسراف بالنسبة للمشتري وكلا الأمرين منهي عنه في الشريعة الإسلامية .

- لذا يجب أن يكون المبيع منتفعا به فلا يجوز بيع الحشرات ولا الحية والفأرة إلا إذا كان ينتفع بها ولا ينظر إلى بعض منافعها الشاذة .

- والعلة في منع البيع أن مالا منفعة فيه لا قيمة له فأخذ العوض عنه يكون من باب أكل أموال الناس بالباطل وبذل العوض فيه من السفه (١٩٧) .

- ونظرا لأن معيار المنفعة معيار مرن يختلف من بلد لآخر ومن زمان لآخر فما لا نفع فيه في الماضي فالיום فيه منافع مثل المخلفات

(١٩٦) المغني لابن قدامة ، ج ٤ ص ٢٧٩ ، المهذب ج ١ ص ٢٦٨ .

(١٩٧) المجموع - شرح المهذب ، ج ٩ ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .

وكذلك استخدام الفئران للتجارب واستخراج السم من الحيات لصنع الترياق وكلها أمور تعود على الانسان بالنفع .

- وكذلك يختلف معيار المنفعة باختلاف نظر الفقيه فبعض الفقهاء يرى فى الشئ منافع مباحة أخذ العوض عنه وبعضهم لا ينظر إلى هذه المنافع باعتبارها من المنافع الشاذة لذلك لا يجوز أخذ عوض عن هذا الشئ لأنه ليس فيه نفع عنده .

- من ذلك اختلافهم فى بيع طيور الزينة فمنهم من أباح بيع طيور الزينة لأن فيه منفعة مباحة ومنهم من حرم ذلك ولم ينظر إلى هذه المنفعة (١٩٨) .

- ومن ذلك اختلافهم فى بيع دود القز وبذره فالجمهور قالوا بجوار بيعه لأنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه ولأنه منتفع به لأن الحرير انما يحصل منه (١٩٩) .

- أما الأحناف فقالوا أنه لا يجوز بيع دود القز ولا بذره إلا اذا كان معه قز وإلا فلا لأنه لا ينتفع بعينه كالحشرات (٢٠٠) .

(١٩٨) الكافى فى فقه أهل المدينة ، ج ٤ ص ٦٧ .

(١٩٩) المغنى ج ٤ ص ٢٨٦ .

(٢٠٠) بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٤٤ .

- وكذلك اختلافهم فى بيع العلق (٢٠١) فذهب بعضهم إلى جواز بيعه وذلك لحصول نفعها كالسّمك ولأن فيه غرضاً مقصوداً وهو إمتصاص الدم من العضو المتألم .

- فى حين منع بعضهم جواز بيعه لأنه لا ينتفع بها إلا نادراً فأشبهت ما لا نفع فيه ولأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب (٢٠٢) .

(٢٠١) العلق هو اللود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء وهو بالعادة يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه - المجموع ج ٩ ص ٢٦ .

(٢٠٢) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٨٦ ، المجموع ج ٩ ، ص ٢٦١ .

خاتمة الفصل الرابع

- تناولنا خلال هذا الفصل شرط قابلية المبيع للتعامل فيه
وانتهينا من ذلك إلى أن :-

١ - يتفق كل من القانون المدني والفقهاء الإسلاميين في وجوب
كون المبيع مشروعاً وإن اختلفا في معيار المشروعية .

- ففى الفقه الإسلامى تتحدد المشروعية فى أمرين أولهما أن
يكون المبيع طاهراً وثانيهما أن يكون مباح النفع من غير حاجة ولا
ضرورة .

- أما فى نطاق القانون المدنى فمعيار المشروعية يعنى أن المبيع
داخل فى دائرة التعامل غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

٢ - اشتراط الطهارة فى المبيع يخرج النجاسات ومعيار
النجاسة جامد لأنه محصور فى أمور معينة لا يجوز الزيادة عليها أما
معيار النفع فهو معيار مرن يختلف من زمن إلى آخر ومن نظر فقيهه
إلى آخر وهو ما يشبه معيار النظام العام والآداب فهو معيار مرن
يختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر فى نفس المجتمع .

- وبعد فهذا ما وفقنى الله لتحريره : « اللهم اهدنى فيمن
هديت وعافنى فيمن عافيت وتولنى فيمن توليت وبارك لى فيما أعطيت
وقنى شر ما قضيت فإنك تقضى ولا يقضى عليك إنه لا يذل من واليت

ولا يعز من عاديت تباركت ربنا وتعاليت « .

« اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك وأعوذ بمعافاتك من
عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على
نفسك » .

وصلى اللهم وسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وكل
من أعانه أى رفع منار الدين ..

والآخر وهو ان لا اله الا الله رب العالمين ،،،

قائمة المراجع

أولاً - الفقه الإسلامى :

- اعلام الموقعين عن رب العالمين لإبن القيم الجوزية .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على الشهير بالطوري - المطبعة العلمية بمصر - الطبعة الأولى - عام ١٣١١ هـ .
- أسهل المدارك - شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك لأبى بكر ابن حسن الكشناوى الطبعة الأولى اليابى - مصر .
- السلسبيل فى معرفة الدليل للشيخ صالح البليهى .
- السنن الكبرى للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسن بن على البيهقى ومعه الجوهر النقى الطبعة الأولى - الهند .
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك لأبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوى المالكى أخرجه د . مصطفى كمال وصف - طبعة دار المعارف عام ١٣٩٣ هـ .
- الأحكام فى أصول الأحكام : لسيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد الأمدى ، مطبعة محمد على صبيح ، طبعة عام ١٣٤٧ (أصول فقه) .

- الدرارى المضيئة - شرح الدررالبهية فى المسائل الفقهية
للإمام محمد الشوكانى - مكتبة التراث الاسلامى - القاهرة.
- الروض المريع بشرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس بن
ادريس البهوتى - مكتبة الرياض الحديثة طبعة عام ١٩٧٧ م .
- الروضة الندية شرح الدرر البهية للإمام أبى الطيب صديق
بن حسن تفوجى البخارى - حققه عبد الله الأنصارى .
- الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى لأبى عبد البر تحقيق د /
محمد ولد ما ديك الموريتانى - الناشر مكتبة الرياض الحديثة .
- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة طبعة
دار الفكر - بيروت عام ١٣٩٨ هـ .
- المهذب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى ، طبعة دار
المعرفة - بيروت .
- المغنى لإبن قدامه المقدسى - على مختصر أبى القاسم
الخرنى - نشر مكتبة الرياض .
- المجموع - شرح المهذب للنووى - تحقيق نجيب المطيعى -
مصر .
- الإنصاف فى معرفة الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد

بن حنبل تأليف علاء الدين المرادوى الحنبل تحقيق محمد الفقى -
الطبعة الأولى عام ١٣٧٥ هـ .

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - للإمام علاء الدين أبى
بكر مسعود الكاسانى الحنفى طبعة عام ١٤٠٢ هـ - دار الكتاب
العربى - بيروت .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الأندلسى الناشر
مكتبة الكليات الأزهرية طبعة عام ١٣٩٢ هـ .

- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن
محمد الصاوى المالكى طبعة دار المعرفة .

- تهذيب السنن لابن قيم الجوزية الجزء الخامس .

- حاشية بن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - لمحمد
بن أمين الشهير بابن عابدين الطبعة الثانية عام ١٣٨٦ هـ - البابى
الطبى .

- زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهجى طبعة عام ١٤٠٢ هـ -
طبع الشؤون الدينية بدولة قطر .

- زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن قيم الجوزية .

- شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتى .

- فتح البارى - شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى -
طبعة دار الفكر - الجزء الرابع .

- فتح القدير - للشيخ الإمام كمال الدين بن محمد عبد الواحد
السيواس السكندرى - المشهور بابن الهمام الحنفى - الطبعة الأولى
عام ١٣١٦ هـ .

- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتى
راجعه وعلق عليه الشيخ هلال الهلال - مكتبة النصر الحديثة
 بالرياض .

- كفاية الأخبار فى حل غاية الإختصار للإمام تقى الدين أبى
بكر بن محمد الحسين الدشقتى الطبعة الثالثة - طبع على نفقة
الشئون الدينية بدولة قطر .

- مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية للإمام أحمد بن تيمية
- الطبعة الأولى عام ١٣٩٨ هـ .

- مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى تأليف : الشيخ
مصطفى السيوطى منشورات المكتب الاسلامى بدمشق .

- معالم السنن لأبى سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن
الخطاب الخطابى مطبوع مع مختصر سنن أبى داود المنذرى -
مطبعة أنصار السنة المحمدية عام ١٣٦٨ هـ .

- نظرية العقد لإبن تيمية - دار المعرفة .

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام
الشافعى لأبى شهاب الدين الرملى المصرى الشهير بالشافعى
الصغير - البابى - مصر .

- نيل الأوطار - شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار
: لمحمد بن على بن محمد الشوكانى - مطبعة مصطفى البابى الحلبي
بمصر عام ١٣٧١ هـ .

- كتب فقهية حديثة :-

- د . أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة
الاسلامية طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية .

- الشيخ سيد سابق : فقه السنة - طباعة مكتبة الآداب .

- د . محمد يوسف موسى : الفقه الاسلامى - مدخل لدراسته
ونظام المعاملات فيه طبعة عام ١٩٥٨ .

- د. / محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ، طبعة
١٩٧٠ .

- د . محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه
الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ط ١٤٠٥ هـ .

- د . مصطفى أحمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد مطابع الف ياء دمشق .

ثانيا - القانون المدني :

- د أبو زيد رضوان :-

- الشركات التجارية في القانون المصري المقارن .

أحمد نجيب الهلالي ود . أحمد زكي :-

- شرح القانون المدني - البيع والحوالة والمقايضة ط

١٩٤٥

- د . اسماعيل غانم :-

- الوجيز في عقد البيع ، ط ١٩٦٣ م

- د . أنور سلطان :-

العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة ط ١٩٩٢ .

- د توفيق فرج :-

عقد البيع والمقايضة ، ط ١٩٦٩ .

- د . جلال العلوي :-

عقد البيع ، ط ١٩٨٨ .

- د . جميل الشرقاوي :-

نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى رسالة
القاهرة ١٩٥٢ .

- شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة) ط ١٩٩١

- د . خميس خضر :-

عقد البيع فى القانون المدنى ط ١٩٧٢ .

- د رمضان أبو السعود :-

شرح العقود المسماة - البيع والمقايضة - الناشر الدار
الجامعة بيروت ١٩٩٠ .

- د . سليمان مرقص :-

- موجز البيع والايجار ، ط ١٩٥٨ .

- الواقى فى شرح القانون المدنى - العقود المسماة -
البيع ط ١٩٩٠

- د . سمير تناغو :-

عقد البيع .

- د . شفيق شحاته :-

- النظرية العامة للتأمين العينى .

- نظرية الإلتزامات فى القانون الرومانى ط ١٩٦٣ .
- د . عبد الرشيد مأمون : -
- الموجز فى عقد البيع والمقايضة . ط ١٩٨٦ .
- د . عبد الرزاق أحمد السنهورى :-
- الوسيط البيع والمقايضة ، ط ١٩٦٠ .
- الوسيط - العقد ، ط ١٩٨١ .
- د عبد المنعم البدر اوى : -
- عقد البيع فى القانون المدنى (المطول) ، ط ١٩٦١ .
- النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى
- ج ١ مصادر الإلتزام ، ط ١٩٧١ .
- د . عبد الفتاح عبد الباقى : -
- عقد البيع ، ط ١٩٥٦ .
- د . عبد الناصر العطار : -
- شرح أحكام عقد البيع .
- د . على جمال الدين عوض : -

القانون التجارى - الملكية الصناعية - الشركات

- د . على حسن يونس :

الشركات التجارية

- د . محمد على عمران ود . أحمد عبد العال أبو قرين :

الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع ط ١٩٩٢ .

- د . محمد كامل مرسى :

عقد البيع ، ط ١٩٥٣ .

- د . محمد لبيب شنب ود . مجدى صبحى خليل :-

شرح أحكام عقد البيع ، ط ١٩٦٨ .

- د . محمد لبيب شنب :-

دروس فى نظرية الالتزام ، ط ١٩٩٠ .

- د . محمد نصر :-

عقد البيع ط ١٩٨٩ - ١٩٩٠

- د . منصور مصطفى منصور :-

مذكرات فى القانون المدنى - البيع والمقايضة والايجار ط

١٩٥٦

ثالثا : اللغة الفرنسية : -

- Aubry et Rau : Droit civilfrançais tome 5 , edition , 6 , 1940 .
- Beudenat : cours de droit civil francais , tome 11 , edition . 2 . 1938 .
- Colin ,Capitant et de la moranders : cours elementaire de droit civil francais , tome 2 , edition, 10 , 1948 .
- Collart Dutilleul et Delebeque : contats civils et commeriaux , Precis Dalloz. 1991 .
- Demogue : Traite des obligations , tome 7 .
- Encyclopedie juridique Dalloz ,repertoire de droit civil , tome , 5 , 1955, vente .
- Henri Leon et Jean Mazeaud : Lecons de droit civil , tome ,3, edition : 1960 .
- Josserand : la vente , tome 2 . edition ,2 , Paris , 1933 .
- Malaurie et Aynes : Droit civil , les con- trats speciaux :2editon , 1988 .
- Planiol et Ripert : traite pratique de droit civil francais , tome 10 , par jo-

seph Hamel edition , 1956 .

- Planiol , Ripert et boulangier : La vente .
tome , 2 edition , 3 , Paris 1949 .
- Salleilles : Responsabilite precontractuelle
R.T.D.C. 1907 .
- Savatier : le pretendu Principe de l'effect
relatif de contrats . R.T.D.C, 1934 .

رابعاً : - بيان لأهم المختصرات :

- Cass civ. : cassation civil .
- Rev. crit : Revue Critique .
- D . Dalloz .
- op.cit. : Ouvrage Precite .
- R.T.D.C. : Revue trimestriell de droit civil

محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
٥١٩	مقدمة
٥٢١	الفصل الأول : ملكية البائع للمبيع
٥٢٣	المبحث الأول : بيع ملك الغير فى القانون المدنى
٥٧١	المبحث الثانى : بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى
٥٩١	خاتمة الفصل الأول
٥٩٥	الفصل الثانى : وجود المبيع أو قابليته للوجود
٥٩٧	المبحث الأول : وجود المبيع أو قابليته للوجود فى القانون المدنى
٦٠٩	المبحث الثانى : وجود المبيع فى الفقه الإسلامى
٦١٨	خاتمة الفصل الثانى
٦٢١	الفصل الثالث : تعيين المبيع أو قابليته للتعيين
٦٢٣	المبحث الأول : تعيين المبيع فى القانون المدنى
٦٤٣	المبحث الثانى : تعيين المبيع فى الفقه الإسلامى
٦٦٢	خاتمة الفصل الثالث
٦٦٥	الفصل الرابع : قابلية المبيع للتعامل فيه
٦٦٧	المبحث الأول : قابلية المبيع للتعامل فيه فى القانون المدنى
٦٧٣	المبحث الثانى : قابلية المبيع للتعامل فيه فى الفقه الإسلامى
٦٨٣	خاتمة الفصل الرابع
٦٨٥	قائمة المراجع