البحث
٤

شروط المبيع

« دراسة مقارنة »

اعداد

د / محمد محيى الدين ابراهيم سليم

مدرس القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :-

١ - يعد عقد البيع من أهم العقود المالية فعن طريقه يستطيع الإنسان تدبير احتياجاته أو التصرف فيما لاحاجة 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 الوضعى فهو كذلك فى نطاق الفقه الإسلامى وتعرض له فقهاء المسلمين واهتموا به اهتماما يتوازى مع ما لهذا العقد من أهمية قصوى بحسبانه وسيلة من وسائل تبادل الأموال وانتقالها ، ذلك أن الإنسان يحتاج لما في يدى غيره وغيره لايبذله له إلا بعوض فكان عقد البيع هو الطريق الى وصول كل واحد منهما الى 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 لإبن قدامه ، جـ ٣ ص ٤٨٠ .

(٢) المجموع ، شرح المهذب ، جـ ٩ ص ١٦٢ .

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

٥ – تقسيم : –

– نقسم هذا البحث الى أربعة فصول علي 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 للتعيين .

– خاتمة الفصل الثالث .

الفصل الرابع : قابلية المبيع للتعامل فيه .

خاتمة الفصل الرابع .

الفصل الأول

ملكية البائع للمبيع

٦ - تمهيد وتقسيم : -

- يشترط كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى أن يكون البائع مالكا لما يبيع وهو شرط جوهرى ينم عن اهتمام كل من الفقه الوضعي والإسلامى على ضرورة احترام حقوق الغير .

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

- ولا يقدح فى ملكية البائع للشئ المبيع كون هذا المبيع مؤجراً أو مرهوناً للغير ، إذ أن الإيجار والرهن لايخلان بحق المالك فى بيع العين المؤجرة أو المرهونة ، كل مافى الأمر أن العين المبيعة تنتقل الي المشترى محملة بحق المستأجر أو حق الدائن المرتهن حسب الأحوال .

- فإذا باع الشخص شيئاً لا يملكه ، فذلك هو بيع ملك الغير سواء كان لايملك 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 علي التوالى : –

المبحث الأول : بيع ملك الغير فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

بيع ملك الغير فى القانون المدني

٧ - تمهيد : -

- 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 لمشترى ملك الغير الحق فى طلب إبطال العقد ، ثم استعرض حكم هذا البيع بالنسبة للمالك الحقيقى وبالنسبة لكل من البائع والمشترى .

- وتناول المشرع كذلك مسقطات حق المشترى فى طلب الإبطال ، ولقد ثار الخلاف حول تأصيل حكم بيع ملك الغير وهل الإبطال الذى رخص به المشرع للمشترى 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 ماسبق نتناول بيع ملك الغير فى مطالب ثلاثة على النحو التالى : -

المطلب الأول : تأصيل حكم بيع ملـــك الغـــــير .

المطلب الثانى : النطاق الموضوعى لبيع ملك الغـير .

المطلب الثالث : حكـم بيـــع ملـــك الغيـــــر .

المطلب الأول

تأصيل حكم بيع ملك الغير

٩ - تنص الفقرة الأولى من المادة (٤٦٦) من القانون المدنى المصرى على أنه : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لايملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار سجل العقد أم لم يسجل » .

- ويكاد نص المادة (٥٩٩) من التقنين المدني الفرنسى يتطابق مع النص المصرى فيما أورده من أحكام إذ قضى ببطلان بيع ملك الغير وأن للمشترى الحق فى التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع .

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

- ***ونستعرض تفصيلاً مذهب كل فريق على النحو التالى :***

١٠ - أولا : 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 ممكنا بالنسبة للمالك الحقيقى (٣) .

- وتعد الاستحالة النسبية سبباً لفسخ العقد وليس بطلانه سواء كان البطلان مطلقاً أو نسبيا ، ويثبت حق الفسخ للمشترى 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 مناسبا 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 - ثانيا - 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 المشترى بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، أما وقد استعصى على البائع تنفيذ التزامه فيصبح التزام المشترى بلا سبب .

---

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

(٥) - Aubry et Rau : Droit civil francais . 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 والتى تتمثل فى عدم قدرة البائع على نقل ملكية المبيع للمشترى لأنه هو نفسه لايملكه وفاقد الشئ لايعطيه .

– 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 ، آية 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 اتجاه نية الطرفين الي ذلك لو وقفا على الحقيقة وهى أن البائع لايملك الشئ المبيع ، ولقد افترض المشرع اتجاه نية البائع لذلك وهو افتراض غير قابل لأثبات العكس .

– أما بالنسبة للمشترى 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 – ١٢٩ .

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

١٢ - ثالثا - بيع ملك الغير عقد موقوف :-

- اتجه البعض الى أن عقد بيع ملك الغير هو عقد موقوف نظراً لعدم نفاذه فى حق المالك الحقيقى . وبالتالى يصبح العقد عديم الأثر فى حق كل من البائع والمشترى ، 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 - جـ 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 كجزاء لبيع ملك الغير .

- ولعل السبب فى تضارب الآراء علي النحو السابق يرجع الي حصر نطاق البحث فى القواعد العامة فقط دون تجاوز ذلك مع أن البطلان المذكور لايعد 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 علي ذلك لايمكن 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 ، وبالتالى يكون هناك سبب لإلتزام المشترى بدفع الثمن ويكون المحل ممكنا غير مستحيل إذ سيتمكن البائع فى هذه الحالة من نقل ملكية المبيع الي المشتري .

- أضف الي هذا أن القول بالبطلان المطلق يتعارض مع الأحكام التى وضعها المشرع لبطلان ملك الغير إذ قصر على المشترى 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 الحقيقى للبيع يسقط حق المشترى فى طلب الإبطال وهو مايعنى الإجازة ، ومعلوم أن العقد الباطل مطلقاً لاتلحقه الإجازة (٩) .

أما نظرية تحول العقد الباطل فان القول بها فى هذا المقام يتناقض مع مفترضاتها التى 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 فى جانب المشترى إذ أن الأمر لن يخلو بالنسبة له عن أحد فرضين . فإما أن تكون نيته قد اتجهت الي ذلك فعلاً ، وبالتالى لايجب إثبات العكس ولايجوز له - تبعاً - لذلك أن يطلب إبطال العقد . واما ألا تكون نيته قد انصرفت الى العقد الجديد

---

(٩) د./ منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون المدنى - البيع والمقايضة والإيجار ، طبعة عام ١٩٥٦ ص ٢٥٥ ، د./ خميس خضر - عقد البيع فى القانون المدنى ، طبعة عام ١٩٧٢ ص ٢٨٠ ، د./ جلال العدوى - 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 , répertoire de droit civil - tome 5 , 1955 , vente . N. 379 .

وبالتالى لايكون هناك تحول فيبقى العقد باطلاً بطلانا مطلقاً وهو مايتعارض مع صريح النص (١٠) .

- ولايمكن الإدعاء بأن البطلان هنا نسبى نتيجة الغلط فى المبيع أو فى صفة من صفات البائع مما يعنى اشتراط حسن النية فى جانب المشترى حتى يمكن اجابته لطلب البطلان وهو مايتعارض مع صريح النص الذى يرخص للمشترى 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 فان القول بأن عقد بيع ملك الغير هو عقد موقوف لايمكن التسليم به لأن العقد الموقوف لاينتج أثراً بل تتعطل آثاره وتتوقف حتى يجاز ممن يملك الإجازة . وهذا ماذهب 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 المسماه - شرح عقدى 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 مايتعارض مع أحكام بيع ملك الغير الواردة فى القانون المدنى حيث إن العقد ليس موقوفا بل هو منتج لآثاره شأنه فى ذلك شأن سائر العقود القابلة للإبطال .

– وعلى ذلك لو استطاع البائع تمكين المشترى من المبيع استطاع الأخير أن يباشر سلطاته عليه وله ما للمشترى قبل البائع من ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والإستحقاق سواء وقع من الغير أو من المالك الحقيقى فإن استطاع البائع أن يرد التعرض فإنه يكون بذلك قد نفذ التزامه وإن لم يستطع فللمشترى طلب فسخ العقد مع التعويض .

---

(١٣) أنظر فى تفصيل ذلك : د./ محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامي طبعة عام١٩٧٠ ص ٥٩٥ ، د./ محمد يوسف موسى – الفقه الإسلامى – مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه طبعة ١٩٥٨ ص ٤٤٢ ، د./ زكى عبد البر – العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى العراقى وما يقابله فى القانون المصرى ، مقال منشور فى مجلة القانون والإقتصاد – السنة الخامسة والعشرون ص ١٢٢ – ١٤٢ .

– ولقد قال بالعقد الموقوف كلاً من الأحناف والمالكية ، أما الحنابلة والشافعية فهم لايقرون تلك النظرية . أنظر بدائع الصنائع للكاسانى، جـ ٥ ص ١٤٩ – ص١٥٠ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٦ ص ١٥٠ ، حاشية بن عابدين ، جـ ٤ ص ٢١٠ – ص ٢١١ .

– والواقع أنه لايمكن 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 المشترى 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 المشترى (١٤) .

– إلا أن طبيعة البيع قد تغيرت فى التقنينات الحديثة بما في 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 المشترى فى طلب الإبطال .

– وترتيباً علي ذلك يمكن القول بأن البطلان هنا نسبى من نوع خاص أنشأه النص ولم يكشف عنه – وهذا هو مايذهب اليه غالبية الفقهاء (١٥) .

---

(١٤) د./ شفيق شحاته – نظرية الإلتزامات في القانون الرومانى ، طبعة عام ١٩٦٣ ص ١٩٥ وما بعدها .

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

(١٥) د./ عبد المنعم البدراوى – عقد البيع فى القانون المدنى (المطول) طبعة ١٩٦١ ص ٤١٧ ، د./ أنور سلطان – السابق ص ٣٩٢ ، د./ عبد الناصر العطار – شرح أحكام عقد البيع – ص ١١٠ ، ====

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

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

– أضف الى كل ذلك أن كثيراً من الشراح الفرنسيين يرون

==== د./ خميس خضر – السابق ص ٢٨٢ ، د، اسماعيل غانم – الوجيز فى عقد البيع – ط بعة ١٩٦٣ ، فقرة ١١ ، د./ جلال العدوى – السابق – ص ١٠٦ .

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

– مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٤ ص ١٩٣ .

فى البطلان كجزاء لبيع ملك الغير أنه نوع من التحايل لدعوي ضمان الإستحقاق خاصة وأن المشترى إذا خشى من تعرض المالك الحقيقى له فيستطيع أن يتفادى هذا التعرض لا بالرجوع على البائع لضمانه 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 نسبى .

---

(١٦) د./ خيس خضر – السابق ص ٢٨٣ .

-Beudant : op. cit . N. 104 .

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

(١٨) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٤ ص ١٩٤ .

المطلب الثانى

النطاق الموضوعى لبيع ملك الغير

١٤ - يقصد ببيع ملك الغير ذلك البيع الذى يرد علي شئ معين بالذات لايملكه البائع ولا المشترى [١٩] .

- ونتيجة لذلك يجب -حتى نكون بصدد بيع لملك 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 والمشترى 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 والمشترى قد اتفقا علي إرجاء نقل الملكية لأى سبب كتملك البائع للمبيع مثلاً أو حتى الحصول على إقرار المالك الحقيقى للبيع فلا نكون بصدد بيع لملك الغير .

- الثانى : -

- أن يكون المبيع معيناًبالذات . وعلى العكس من ذلك لو كان المبيع معيناً بالنوع فلا نكون بصدد بيع لملك الغير لأن الملكية فى هذا النوع لاتنتقل 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 لايمكن وصفه بأنه مملوك أو غير مملوك (٢٢) .

- وترتيباً على ذلك لو كان المبيع معيناً بالذات أمكن القول بأننا بصدد بيع لملك الغير ، ويستوى بعد ذلك أن يكون المبيع منقولاً أو عقاراً وبغير 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 الموضع .

- الثالث : -

- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشترى ، لأن بيع ملك الغير يفترض أن البائع يتصرف فى شئ لايملكه ولم يمنحه القانون ولا الإتفاق سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكه (٢٤) .

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

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

١٦ - ثانيا - مايخرج من نطاق بيع ملك الغير :-

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

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

---

(٢٤) المرجع السابق - نفس الموضع .

(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 للبائع لأن الملكية فى المثليات المعينة بالنوع لاتنتقل الا بالإفراز ، ولذا لاتشترط ملكية البائع للمبيع إلا عند الإفراز (٢٦) .

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

٤ - إذا كان العقد بين الطرفين مجرد تعهد بالحصول على موافقة المالك على البيع فلا نكون بصدد بيع لملك الغير بل - أمام مجرد تعهد من الواعد بأن يحصل على موافقة المالك علي البيع . وهذا التعهد يلقى 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 رجعى كان للمشترى أن يطالب بإبطال العقد نتيجة تصرف البائع فيما لايملك (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 شئ معين بالذات ثم يقوم بعد ذلك بنقلها للطرف الآخر فلا نكون بصدد بيع لملك 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 الشئ فإذا رسا عليه المزاد تحقق الشرط الواقف وتنتقل الملكية للمشترى وإذا لم يرسو عليه المزاد تخلف الشرط الواقف وسقط البيع (٢٩) .

---

(٢٨) د./ أنور سلطان - السابق ص ٣٨٧ ، د./ محمد كامل مرسى - عقد البيع ، طبعة ١٩٥٣ فقرة ٢٣٣ .

- 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 ٢٣ / ١٢ / ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٩ .

المطلب الثالث

حكم بيع ملك الغير

١٧ - تمهيد وتقسيم : -

- تناولت المواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من القانون المدنى حكم بيع ملك الغير سواء فى العلاقة مابين البائع والمشترى أو بالنسبة للمالك الحقيقى .

- وبيع ملك الغير فيما بين طرفيه هو بيع صحيح ونافذ لتوافر أركانه وشروط صحته وهو ماتواتر عليه قضاء النقض من ذلك ماقضي به من أن : « عقد بيع ملك الغير - الى أن يتقرر بطلانه وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ مايترتب 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 المشترى أو الي وارثه ، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشترى فى 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 للمشترى

الفرع الثانى : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع .

الفرع الثالث : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى .

الفرع الأول

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشترى

١٨ - بادئ ذي بدء يعد العقد المبرم بين المشترى والبائع - على نحو ما أسلفنا - صحيحاً منتجاً لآثاره ، إلا أنه نظراً لأن من أهم آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع الى المشترى وهو التزام يقع على عاتق البائع فإنه قد لايستطيع الوفاء به نظراً لعدم ملكيته لهذا المبيع وتفادياً لهذا الموقف أعطى المشرع لمشترى 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 المشترى فى طلب الإبطال وللمشترى كذلك الحق فى طلب التعويض عن الأضرار التى أصابته وله فضلاً عن ذلك إجازة العقد . وبذا يزول ماكان يتهدده من أسباب الإبطال ، ويجب علي البائع - حالئذ - أن ينفذ التزامه فإن لم يفعل جاز للمشتري طلب الفسخ .

- نتولى بيان تلك المسائل تفصيلاً على النحو التالى : -

١٩ - أولا - حق المشترى فى طلب إبطال البيع :-

- أعطى المشرع للمشترى مكنة طلب إبطال البيع حتى ولو كان سئ النية أى يعلم منذ البداية بأن البائع لايملك 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 المشترى يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع وينتهى هذا الرأى الى أنه طبقاً لذلك نكون خارج نطاق نص المادة (٤٦٦) من القانون المدنى ، وبالتالى لايحق للمشتري طلب الإبطال [٣٢] .

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

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

– وعلي ذلك يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى ونقل الملكية اليه ، وفى المقابل يلتزم المشترى 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 ، و د ./ مجدى صبحى خليل – السابق ص ٨٥ .

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

- وحق المشترى فى طلب الإبطال جائز سواء كان المبيع منقولاً أم عقاراً سجل أم لم يسجل فالتسجيل لايصحح البطلان (٣٤) .

- وإذا تمسك المشترى بالإبطال ، فله ذلك سواء عن طريق رفع دعوى مبتدأة للإبطال واسترداد الثمن أو عن طريق الدفع الذى يبديه فى دعوى البائع بالثمن (٣٥) .

---

(٣٣) د./ محمد علي عمران ، د./ أبو قرين - السابق ، ص ١١١ - وفى نفس المعنى ، نقض مدنى ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ . مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ ق ص ٢٩٨ .

(٣٤) د./ محمد لبيب 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 .

(٣٥)
- Aubry et Rau : op. cit . P. 40 .
- 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 المشترى أن يتعرض له المالك الحقيقى بل على العكس فإن حق الإبطال ثابت له بمجرد العقد وقبل أن يتعرض له المالك الحقيقى (٣٦) .

– ولقد أثير التساؤل بصدد الغرض الذى يدور حول رفع المشترى دعوى الإبطال ثم بعد ذلك يقر المالك الحقيقى البيع أو يصبح البائع مالكاً للمبيع فهل ترفض المحكمة دعوى الإبطال وتعتبر ماتم من قبل المالك الحقيقى أو البائع تصحيحاً للأوضاع ؟ . أم أنها تستجيب لطلب المشترى وتقضى له بالإبطال ؟ .

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

– الأول : –

– يري هذا الإتجاه أن إقرار المالك الحقيقى يحرم المشترى من طلب الإبطال حتى لو تم الإقرار بعد رفع الدعوى . ونفس الحكم يسرى إذا تملك البائع الشئ المبيع .

– والعلة فى ذلك أن إقرار المالك الحقيقى للبيع أو تملك البائع للمبيع فضلاً عن أنه يعد تنفيذاً من قبل البائع لإلتزامه ، فإنه يصحح العقد ويزيل ماكان يتهدده من قابليته للإبطال ، فضلاً عن ذلك فإنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة المشترى (٣٧) .

---

(٣٦) استئناف مختلط ١١ /٥ / ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

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

- الثانى : -

- وعلى العكس من الرأى السابق ، يذهب هذا الإتجاه الى أن رجوع المشترى عن البيع وإعلانه للبائع بذلك ولو بدون رفع دعوى كاف فى حد ذاته لسقوط هذا البيع ويكون نفس الحكم - من باب أولى - لو كان المشترى قد رفع دعوى بذلك .

- ولا يغير من هذا الوضع إقرار المالك الحقيقى للبيع ولا حتى تملك البائع للمبيع (٣٨) .

- رأينا الخاص فى المسألة : -

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

- 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 .

(٣٨) 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 والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه : « ليس لمن وقع في 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 المشترى 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 للمشترى ، فإذا تمسك الأخير بالإبطال رغم هذا فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه .

٢٠ - ثانيا - مسقطات حق المشترى فى طلب الإبطال :-

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

١ - إذا مضت ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع لايملك المبيع أو مضى خمسة عشر عاماً من وقت إبرام عقد البيع (٣٩) .

٢ - إجازة المشترى للبيع صراحة أو ضمناً بعد علمه بعدم مليكة البائع للمبيع .

٣ - إقرار المالك الحقيقى للبيع طبقاً للفقرة الأولى من المادة (٤٦٧) من القانون المدنى والتى تنص على أنه : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى » .

٤ - تملك البائع للمبيع بعد ابرام العقد طبقاً للفقرة الثانية من المادة (٤٦٧) مدنى والتى تنص على أن البيع : « ينقلب صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

---

(٣٩) د./ السنهورى - السابق ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠ ، د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٥٨١ ، د./ منصور مصطفي 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 ماقضت به من أنه : « لئن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لاينقل الملكية الى المشترى إلا إذا كان البائع مالكاً لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى وحده ولايسرى فى حق المالك الحقيقى ، ولهذا المالك أن يقر حق المشترى كما ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » (٤٠) .

٢١ - ثالثا - حق المشترى فى طلب فسخ البيع :-

– إذا أجاز المشترى البيع سواء تمت الإجازة صراحة أو ضمناً زال ماكان يتهدده من إبطال وانقلب العقد صحيحا منتجاً لآثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشترى والتزام الأخير بدفع الثمن (٤١) .

– غير أن البائع قد تصادفه صعوبات تحول دون تمكنه من نقل الملكية للمشترى ولايكون أمام الأخير إلا طلب فسخ العقد .

– أما إذا كان المشترى قد تسلم 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 الفني – 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 المشترى فى طلب التعويض :-

- إذا قضى للمشترى بإبطال البيع فله فضلاً عن ذلك أن يطالب البائع بالتعويض إلا أن المشرع قيد هذا الطلب باشتراط حسن نية المشترى ومقتضى ذلك أن المشترى كان يجهل عدم ملكية البائع للمبيع [٤٣] .

- ويرى البعض أنه يعد كذك 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 الإستحاق 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 مكملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشترى 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 حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد » .

- مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٤ ص ١٩٤ .

(٤٣) د./ محمد كامل مرسى - السابق ص ٤٤٩ ، د./ السنهورى - 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 المشترى أن المبيع غير مملوك للبائع له . وبعبارة أخرى يجب ألا يكون للمشترى عالماً وقت الشراء بأن البائع له لايملك المبيع ، وبأنه يستحيل عليه نقل الملكية اليه .

- وترتيباً علي ذلك لاينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لم يسجل بعد لأنه لايستحيل علي البائع - حالئذ - نقل الملكية للشترى بل علي العكس هذا أمر ممكن إذ يكفى أن يسجل العقد الإبتدائى حتى تنتقل اليه الملكية وعندئذ ينقلها للمشترى (٤٥) .

- فإذا ماكان المشترى حسن النية فله طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب (٤٦) .

- وعلي العكس مما تقدم لو كان المشترى يعلم وقت إبرام العقد أن البائع لايملك 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 المشترى يعلم وقت إبرام العقد أن البائع لايملك 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 للمشترى المطالبة بالتعويض رغم سوء نيته علي النحو المتقدم إذا كان قد اشترط علي البائع الرجوع عليه بالتعويض ، فضلاً عن استرداد الثمن إذا تعرض له المالك الحقيقى واستحق المبيع من يده (٤٨) .

– وكذلك لايستطيع البائع دفع المسئولية عن نفسه إذا كان أساسها الخطأ التقصيرى ، فالقاعدة أنه لايجوز الإتفاق علي

---

(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 المسئولية التقصيرية (٤٩) .

- ويستحق المشترى 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 المشترى إذا كان حسن النية ؟ .

- قبل الأجابة علي التساؤل السابق نود التنويه الي أن المسئولية ليست عقدية فقد زال العقد بالإبطال وإنما هى مسئولية تقصيريه .

- ولقد انقسم الفقه إزاء الإجابة علي التساؤل السابق الى أربعة اتجاهات نستعرضها على النحو التالى : -

- الأول : -

- يفرق هذا الإتجاه بين حسن نيه البائع وسوء نيته ، ويرى أن أساس مسئولية البائع فى حالة حسن نيته هو نظرية العالم الألمانى (إهرنج) القائمة على الخطأ فى تكوين العقد - أما إذا كان سئ النية فأساس مساءلته هو الخطأ التقصيرى (٥٠) .

---

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

(٥٠) د./ سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - العقود

- الثانى : -

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

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

- الثالث : -

- يرى أنصار هذا الإتجاه أنه وإن كان أساس الزام البائع بتعويض المشترى 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 تقصيرى ، لأن الخطأ وقع فى مرحلة تنفيذ العقد أى بعد إبرامه وتمثل فى عدم تنفيذ البائع لإلتزامه .

– ولكنه يمكن القول بوقوع الخطأ فى مرحلة ماقبل إبرام العقد وهو مايطلق عليه أصحاب هذا الإتجاه الخطأ المتقدم على العقد (Pre - Contractuelle) .

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

– **الرابـــــع** : –

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

---

(٥٢) - Beudant : op . cit . P. 67 .
- Salleilles : responsabilite pre-contractuelle R.T.D.C. 1907 . P.697 .

يجوز الزامه بالتعويض [٥٣] .

- رأينا الخاص فى المسألة : -

بداية ، نستبعد الإتجاه الأخير والذى يري عدم جواز الزام البائع حسن النية بالتعويض نظراً لحسن نيته ، ويرجع استبعادنا لهذا الإتجاه لسبب بسيط وهو أنه يصطدم بصريح نص المادة (٤٦٨) والذى يقضى بحق المشترى 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 تنم 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 لملك الغير فهو باب تحصيل الحاصل إذ الواقع والحاصل أننا بصدد إختلاس لملك الغير وليس هذا هو المطلوب ، إنما المطلوب هو تكييف هذا الإختلاس وبأنه يشكل ركن الخطأ فى المسئولية والذى علي ضوئه - وجوداً وعدماً - 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 الذي 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 والتى تتمثل فى الضرر الذي نشأ من توهم صحة العقد . وبعبارة

---

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

أخرى فالتعويض يقف عند حد ما أصاب الطرف الأخر من ضرر دون إدخال العنصر الثانى (المصلحة الإيجابية) للتعويض فى الحسبان وهو ما فاته من كسب . والمسئولية فى هذه الحالةعقدية وليست تقصيرية (٥٥) .

ودون الدخول فى تفصلات هذه النظرية التى أصبحت مهجورةالآن 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 التى ساقها (إهرنج)، وكذلك تأسيسه التعويض على المسئولية العقدية ، ولعل مايدفعنا الي مانقول به سببين : -

- **الأول** : -

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

---

(٥٥) د./ عبد المنعم البدراوى - 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 المسئولية ، فأراد (إهرنج) التحايل علي تلك المسألة بأن عثر على بعض النصوص فى القانون الرومانى التى تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر فى العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها .

- أما الآن فلقد تحررت تلك القوانين من ربقة القانون الرومانى وبنت قواعد المسئولية 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 المسئولية العقدية يمثل مخالفة فنية للأصول والقواعد القانونية خاصة إذا علمنا أن الحكم ببطلان العقد يعنى وكأنه لم يكن فهو والعدم سواء فكيف نقرر مسئولية شخص علي أساس هذا العدم ؟ وهو مالم يقل به أحد .

- وأعتقد أن مسئولية البائع عن تعويض المشترى أساسها الخطأ التقصيرى خاصة وأن المشرع قد اشترط أن يكون المشترى حسن النية بما يشعر أنه قد خدع فى إبرام العقد وأقدم على ابرامه 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 المشترى بحسبانه الطرف الأولى بالرعاية فى مثل تلك الظروف .

الفرع الثانى

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع

٢٣ - يثبت حق طلب الإبطال للمشترى على نحو ما أسلفنا ، فليس للبائع هذا الحق وهو ما أكد عليه نص المادة (٤٦٦) من القانون المدنى (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 مايملك ؟ .

- إختلف الفقه حول الإجابة على التساؤل السابق ، ويمكن أن نتبين رأيين فى هذه المسألة : -

٢٤ - **الرأى الأول** : -

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

---

(٥٧) وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض ومما قضت به فى هذا المقام أن : « بطلان بيع ملك الغير - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - مقرر لمصلحة المشترى وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد .» - نقض مدنى فى ٢٢ /١٠/ ١٩٨٦ - الطعن رقم ١٧٨٠ السنة ٥٠ ق.

(٥٨) د./ السنهورى - البيع - ص ٢٩٠ ، د./ عبد المنعم البدراوى - البيع بند ٣٩٩ .

٢٥ - الثانـــى : -

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

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

- وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض فى معظم أحكامها التى تعرضت فيها لتلك المسألة من ذلك ماقضت 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 المشترى ، ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد » (٦٠) .

- أضف الي ذلك أن حق المشترى فى طلب الإبطال ثابت على سبيل الإستثناء وماكان ذلك شأنه فلا يتوسع فيه ولايقاس عليه .

---

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

الفرع الثالث

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى

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

٢٧ - أولا - عدم إقرار المالك الحقيقى للبيع :-

- بادئ ذى بدء يعد المالك الحقيقى من الغير بالنسبة للبيع الذى تم ومن ثم فهو لايسرى فى حقه بل وله أن يتجاهل هذا البيع ويتصرف فى العين وكأنه لم يرد عليها البيع .

- ولا يقدح فى الحكم السابق قيام المشترى بإجازة البيع فتلك الإجازة وإن كانت تسلب من المشترى مكنة الإبطال المقررة له وينقلب البيع بعدها صحيحاً إلا أن ذلك فى حدود العلاقة فيما بين المشترى والبائع له أما المالك الحقيقى فهو خارج هذا النطاق وأجنبى عنه .

- وترتيباً على ذلك يستطيع المالك الحقيقى أن يرجع على المشترى الذى 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 المشترى كذلك برد الثمار (٦١) .

---

(٦١) د./ السنهورى - السابق ص ٢٦٩ .

- وإذا كان عقد البيع - والحال كذلك - لاينقل الملكية الى المشترى إلا أنه مع ذلك قد يتملك 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 المشترى سئ النية فلا يتملك 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 لايملك (٦٢) .

٢٨ - ثانيا - إقرار المالك الحقيقى للبيع :-

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

- وترتيباً علي ذلك لو كان المبيع عقاراً ورتب عليه المالك

---

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

رهناً فى الفترة مابين 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 المشترى 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 في مواجهة المالك الحقيقى مجرد إزالة العقبة التى كانت تعترض نقل الملكية وبحيث تبقى العلاقة قائمة مابين البائع والمشترى 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 للمشترى وتبرأ ذمة البائع تماماً من الإلتزامات الناشئة عن البيع .

– وترتيباً على
ذلك يكون من حق المالك مطالبة المشترى بالثمن وللأخير مطالبته

بتسليم المبيع وبالضمان (٦٣).

- **الثانى** : -

- بينما يتجه هذا الرأى الى عكس سابقه ، ويرى فى إقرار المالك مجرد واقعة تزيل ماكان يعترض انتقال الملكية فضلاً عن إسقاط حق المشترى فى طلب الإبطال .

- أما العلاقة بين البائع والمشترى فتظل كما هي ولا تتأثر بهذا الإقرار فالبائع هو الدائن بالثمن والمدين بنقل الملكية الى المشترى وما ذلك إلا تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد ومضمونه أنه لايستفيد ولا يضار من العقد إلا من كان طرفا فيه .

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

---

(٦٣) د./ سليمان مرقس - السابق ، فقرة ٢٧٣ ، د./ جميل الشرقاوى - السابق ص ١١٢ ، د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٥٨٦ .

الإقـرار الصـادر منـه (٦٤) .

- **ونحـن نمـيل للـرأى الأخيـر .**

---

(٦٤) د./ السنهـورى - السـابق ص ٢٩٨ - ٢٩٩ ، د./ محمـد 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 الثانى

بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى

٢٩ - تمهيد وتقسيم : -

- القاعدة الفقهية العامة فى الشريعة الإسلامية أنه لايجوز للإنسان أن يتصرف فيما لايملك ، 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 مالا يملك ؟ وأخيراً ما أثر اشتراط الملكية علي بعض البيوع ؟ .

- ***ونتناول الإجابة علي تلك التساؤلات بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين علي النحو التالى : -***

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

المطلب الثانى : أثر اشتراط الملكية علي بعض البيوع .

المطلب الأول

الغاية من اشتراط الملكية والمقصود

من نهى الإنسان بيع مالا يملك

٣٠ - أولا - الغاية من اشتراط الملكية :-

- تقضى القاعدة الفقهية بأنه : « لايجوز لأحد أن يتصرف فى ملك الغير بلا إذن » (٦٥) .

- ***والتصرف فى ملك الغير يأخذ إحدى صورتين :-***

- الأولى :-

- إما أن يكون تصرفاً فعلياً بالأخذ والإستهلاك أو الحفر فى الأرض ونحو ذلك دون إذن مما يعد تعدياً ويعتبر المتصرف فى حكم الغاصب . وعليه ضمان الضرر .

- الثانية :-

- وإما أن يكون التصرف قوليا . 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 ، جـ ٣ فقرة ٦٥٣ . الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٢٦٦ .

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

- **أحدهما :** -

- حديث حكيم بن حزام قال : قلت : يارسول 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 : « لايحل 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 لإبن حجر العسقلانى - طبعة دار الفكر ، جـ ٤ ص ٣٤٩ « باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ماليس عندك .» .

غرراً يشبه القمار فوجب النهى عنه (٦٧) .

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

٣١ - ثانيا - المقصود من نهى الإنسان بيع مالا يملك :-

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

- الأول : -

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

- والإستثناء الوحيد علي تلك القاعدة هو السلم .

---

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

- الثانى : -

- يرى أصحاب هذا الرأي أن الحديث بعمومه يدل علي النهى عن بيع مافى الذمة ولم يكن مملوكاً للبائع وقت إصدار البيع ولايقدر علي تسليمه ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمنه برغم عدم قدرته على تسليمه .

- ويبدو أن كلا الرأيين متفقين علي عدم جواز بيع الإنسان ماليس عنده إلا أن الرأى الثانى لم يورد أى استثناء علي قاعدة الحظر عنده فى حين يستثني الرأى الأول السلم من النهى برغم أنه بيع لما ليس عند البائع غير أن النفى ورد باستثنائه (٦٨) .

- وربح الإنسان من وراء بيع ماليس عنده يدخل فى باب القمار والميسر خاصة وأن المشترى لايعلم أن مايباع 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 غرر وما كان أغناهم أن يذهبوا ليشتروا من حيث اشترى البائع .

---

(٦٨) أنظر فى هذا الخلاف : فتح البارى - السابق ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ ، 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 والتى 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 - تمهيد 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 ماليس عنده ؟ أم لا ؟ .

- وتلك البيوع هى بيع الفضولى وبيع الغاصب وبيع المشترى 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 المشترى للمبيع قبل قبضه .

الفرع الأول

حكـم بيـــع الفضـــــولى

٣٣ - تعريف الفضولى :-

- 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 الفضولى :-

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

٥٣ - أولا - عقد الفضولى موقوف :-

- إتجه هذا الرأى الي أن تصرفات الفضولى

---

(٧١) فى تفصيل هذا الخلاف ، أنظر : بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٥ ص ١٤٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٠ ، أسهل المدارك جـ ٢ ص ٢٧٣ ، كفاية الأخيار جـ ٢ ص ٤٦٢ ، الإنصاف للمرداوى جـ ٤ ص ٢٨٣ ، مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ١٩ ، ٢٠ .

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

- **أدلة هذا الرأى** : -

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

- **وجـــه الإستدلال** : -

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

- أما الفضولى فلأن صون كلامه أولى من الغائه وإصداره وأما المشترى فلوصوله الى حاجة نفسه

---

(٧٢) سورة البقرة ، آية (٢٧٥) .

(٧٣) سورة النساء ، آية (٢٩) .

ودفعها بالمبيع (٧٤) .

٢ - ما روى عن عروة البارقى أنه دفع له النبى ﷺ ديناراً وقال له : « اشتر لنا من هذا الجلب شاة . قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت : « يارسول الله : « هذه شاتكم وهذا دينارکم فقال : « اللهم بارك له فى صفقة يمينه .» .

- وفى هذه الحادثة لم يكن عروة موكلاً 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 مشروعيته وأنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجازه (٧٥) .

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

شروط الإجازة : -

- إذا كان عقد الفضولى موقوفاً على إجازة

---

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

(٧٥) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه د./ محمد مصطفى شلبى ، طبعة ١٤٠٥ ص ٥٤٣ .

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

- الأول : -

- أن يكون لهـــذا العقد مجيز وقت إنشائه فإن لم يكن له مجيز فى 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 الصبى فلأنه ليس أهلاً لها ، وأما وليه فلأنه مقيد بما فيه مصلحة الصبى وهذه تصرفات ضارة به .

- الثانى : -

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

- أثر الإجـــازة : -

- يترتب على إجازة العقد من قبل صاحب الشأن أن يتحول الفضولى الي وكيل وتثبت له هذه الصفة من وقت ماقبل التعاقد وكأن 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 تصـــــدر الإجـازة ممن له ولاية إنشـاء هذا العقـد كـالولى أو الوصى فـلا 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 المشترى فإن الإجازة التى تصدر من مالك المال لايكون 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 لاترجع 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 اليها فى هامش (٧٠) .

٣٦ - ثانيا - عقد الفضولى باطل :-

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

- أدلة هذا الرأى :-

١ - حديث حكيم بين حزام حين قال له رسول الله ﷺ : « لاتبع ماليس عندك » .

- ووجه الدلالة من الحديث أن الفضولى يتصرف فيما لايملك 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 إحدهما فى تصرف الفضولى وبالتالى لاتصح تصرفاته لإنعدام القدرة الشرعية (٧٧) .

---

(٧٧) قارن ما جاء فى المجموع ، شرح المهذب للنووى - تحقيق نجيب المطيعى - مصر جـ ٩ ص ٢٨٦ .

الفرع الثانى

حكم بيع الغاصب للعين المغصوبة

٣٧ - تعريف الغصب :-

- الغصب هو أخذ الشئ ظلماً أو هو أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة (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 وجحده 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 ١٣٩٣ هـ - جـ ٣ ص ٥٨١ .

خطأ المودع لديه ضمنها ويأخذ حكم الغاصب [٧٩] .

- ومن غصب حيواناً فذبحه فلمالكه 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 الآنية 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 علي قولين : -***

- الأول : -

- إتجه أصحاب هذا الرأى 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 جـ ١٤ ص ٣٤٨ .

- **الثانى :** -

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

---

(٨٢) المجموع - السابق ، جـ ٩ ص ٣٦٠ .

الفـــرع الثالـــث

حكم بيع المشترى للمبـــيع

قبـــل قبضـــه

٣٩ – أجمع العلماء علي أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه قبل قبضه للنهي عنه لقوله ﷺ : « 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 يارسول الله إنى اشترى بيوعاً فما يحل لى منها وما يحرم على ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » .

– وعن زيد بن ثابت : « أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم . » (٨٤) .

---

(٨٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥٦ : « باب نهى المشترى عن بيع ما أشتراه قبل قبضه » .

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

- والأحاديث بعمومها تدل علي 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 فى ذلك أن الجزاف مرئي فتكفى فيه التخلية .

- وعلي العكس من ذلك لايجوز - عنده - بيع المكيل أو الموزون قبل القبض والعلة فى 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 ؟ .

- إختلف الفقهاء فى الإجابة على التساؤل السابق الى ثلاثة اتجاهات :-

٤٠ - الإتجاه الأول :-

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

---

(٨٥) المراجع السابقة - نفس الموضع .

-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 فانه 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 لاعبرة 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 - الإتجاه الثانى : -

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

---

(٨٦) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٦٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٨٠ .

(٨٧) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع - السابق - نفس الموضع ، المجموع جـ ٩ ص ٢٩٥ .

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

٤٢ – الإتجاه 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 فى ذلك أن النهى ورد نصاً وصراحة علي الطعام خاصة مما يدل على عدم سريان النهى على غيره (٨٩) .

---

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

(٨٩) بداية المجتهد لإبن رشد جـ ٢ ص ١٠٨ ، الكافى فى فقه أهل المدينة جـ ٢ ص ٦٦١ والمغنى لإبن قدامه جـ ٤ ص ١٢٦ ، المجموع جـ 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 اثار عقد البيع نقل ملكية المبيع للمشترى وهو التزام يقع علي عاتق البائع ، فضلاً عن التزامه بتسليم المبيع ، كذلك للمشترى ولن يتسنى له القيام بتنفيذ هذا الإلتزام طالما أنه لايملك المبيع ، والقاعدة أن فاقد الشئ لايعطيه مما يفقد عقد البيع أهم ميزة له وهى أنه سبب للتملك .

٢ – تناولنا حكم بيع ملك الغير فى القانون المدنى . ولقد اختلف الفقه حول تأصيل بيع ملك الغير وذهب البعض الي أن الفسخ هو الجزاء الملائم لمثل هذا البيع ، إلا أننا عارضنا هذا الرأى لأنه يصطدم مع صريح نص المادة (٤٦٦) والتى 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 علي المشترى وحده التمسك بهذا البطلان ، وهذا مخالف لمنطق البطلان المطلق إذ يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به أضف الي ذلك أن عقد بيع ملك الغير تلحقه الإجازة من قبل المشترى 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 نسبى من نوع خاص أنشأه المشرع بمقتضى نص المادة (٤٦٦) من القانون المدنى .

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

٣ - أعطى المشرع لمشترى 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 بشرط أن يكون حسن النية وللمشترى 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 والمشترى 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 المشترى للمبيع قبل قبضه .

- ***وأما عن حكم بيع الفضولى فقد انقسم الفقه إزاءه الى رأيين*** - *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 الرأيين السابقين .

- ***أما بيع المشترى للمبيع قبل قبضه فقد إنقسم الفقه إزاء حكمه الى ثلاثة إتجاهات*** : *الأول* : ويرى عدم جواز بيع كل منقول من طعام وخلافه قبل 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 .

الفصل الثانى

وجود المبيع أو قابليته للوجود

٤٣ - تمهيد وتقسيم : -

- يشترط أن يكون المبيع موجوداً وقت إبرام العقد ، أوعلي الأقل قابل للوجود بعد ذلك ، أما إذا لم يكن موجودا ولا يمكن وجوده فى المستقبل كان العقد باطلاً لإستحالة المحل .

- وشرط الوجود هذا هو مايعبر عنه فى الفقه الإلامى بالقدرة على تسليم المبيع فغير الموجود لايقدر البائع على تسليمه .

- *وعلي ذلك نقسم هذا الفصل الي مبحثين على النحو التالى : -*

المبحث الأول : وجود المبيع أو قابليته للوجود فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : وجود المبيع فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

وجود المبيع أو قابليته للوجود

في القانون المدنى

٤٤ - تمهيد وتقسيم :-

- تنص المادة (١٣١) من القانون المدنى علي أنه : « ١ - يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً .

٢ - غير أن التعامل فى تركة إنسان علي قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون .» .

- وتنص المادة (١٣٢) على أنه : « إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً » .

- تناول النصان السابقان الشروط المتطلبة فى محل الإلتزام عموماً والمبيع لايخرج عن هذا النطاق فيشترط فيه أن يكون موجودا أو على الأقل قابلاً للوجود فى 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 لتحقق الإمكان إلا أنه ليس العنصر الوحيد آية ذلك أنه أحيانا

مايكون المحل موجوداً بالفعل ومع ذلك يكون غير ممكن بأن يكون من المستحيل نقل ملكيته استحالة مطلقة كمن يشترى من التركة ثم يتبين أنه الوارث الوحيد لهذه التركة ومن ظن أنهم الورثة محجوبون به ففى تلك الحالة محل العقد موجود إنما يستحيل نقل ملكيته استحالة مطلقة لأنه لايعقل أن يبيع الإنسان لنفسه مايملكه مما ينعت العقد فى هذه الحالة بالبطلان المطلق (٩٠) .

- ويثور التساؤل حول المقصود بالوجود والقابلية للوجود والإمكان ؟ وهو مانتناول الإجابة عليه تفصيلاً فى مطلبين علي التوالي : -

المطلب الأول : وجود المبيع أو قابليته للوجود .

المطلب الثانى : 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 الأول

وجود المبيع أو قابليته للوجود

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

- وعلي ذلك إذا اتجهت إرادة الطرفين (البائع والمشترى) 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 على 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 مقرؤة 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 لايكون وقت انعقاد العقد بل عند تنفيذ الإلتزام (٩٢) .

– وعلي العكس من ذلك إذا اتجهت إرادة المتعاقدين الي التعاقد على شئ سيوجد مستقبلاً فالعقد صحيح بصرف النظر عن عدم وجود المبيع وقت إبرام العقد طالما سيوجد 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 ، ففى هذه الحالة يعد العقد وكأنه لم ينعقد 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 ماسبق إذا قام الشخص بشراء عدد من الأسهم فى إحدى الشركات ثم تبين بطلان الشركة فالمبيع لن يوجد فى المستقبل وبالتالى يكون البيع باطلاً ، وإن كان بعض الفقه يطبق علي هذه الحالة نظام شركة الواقع وهى الشركة الباطلة إلا أنها تعتبر قائمة من حيث الواقع فى الفترة مابين تأسيسها وحتى تصفيتها بما يترتب على ذلك من آثار (٩٥).

ونتيجة لذلك يقرر هذا الفقه صحة عقد البيع إلا أنه إذا حكم ببطلان الشركة فيجوز لمشترى الأسهم الرجوع على الشركاء بضمان العيوب الخفية بحسبان أن سبب البطلان يمثل عيباً فى الشركة كان خفياً على المشترى غير أنه لايمكن تطبيق هذا الحل

---

(٩٤) د./ سلميان مرقس - السابق ص ١٧٤ ، د./ أنور سلطان - السابق ص ١٣٣ .

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

(٩٥) أنظر فى تفصيل ذلك : د./ أبو زيد رضوان - الشركات التجارية فى القانون المصرى المقارن - ص ٩٧ وما بعدها ، د./ على حسن يونس - الشركات التجارية ص ٥٩ . د./ على جمال الدين عوض - القانون التجارى « الملكية الصناعية - الشركات » ، ص ٢٢٦ .

إذا حكم ببطلان الشركة لإنعدام محلها أو عدم مشروعيته لأن البيع في هذه الحالة يكون وارداً علي محل معدوم فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً(٩٦).

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

– بداية تملى قواعد العدالة بعض الإعتبارات التى يجب مراعاتها . ***وأول تلك الإعتبارات*** أنه لايجوز إلزام المشترى بكامل الثمن بل يجب تخفيضه بقدر ماهلك من المبيع . ***وثانيهما*** : أنه لايجوز إجبار المشترى علي المضى فى صفقة تفرقت عليه وقد يقدر عدم صلاحية مابقى من المبيع للغرض الذى 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 الفرنسى صراحة فى المادة (١٠٦١) من القانون المدني الفرنسى والتي أعطت المشترى الخيار بين التخلي عن البيع أو الإبقاء عليه مع تخفيض الثمن بقدر ماهلك من المبيع .

٤٦ – إلا أن الخلاف قد ثار فى الفقه الفرنسى حول مدى حقوق المشترى الواردة فى النص السابق ؟ .

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

– بينما يتجه الرأى الراجح الي أنه إذا كان من حق المشترى الخيار بين الأمرين السابقين ، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه ونتيجة لذلك لو كان ماهلك من المبيع بلغ حدا من الجسامة يفوت علي المشترى الغرض الذى لأجله أبرم العقد بحيث لو كان يعلمه قبل التعاقد لما أقدم عليه ففى هذه الحالة يترك الخيار للمشتري ، فإما أن يتخلى عن العقد أو يبقيه مع إنقاص الثمن .

– مثال ذلك : أن يشترى شخص مساحة معينة من أرض فضاء لإقامة مصنع عليها ثم تقوم الدولة بنزع ملكية الجزء الأكبر منها لمد طريق أو توسعته ففى هذه الحالة قد لايفى مابقى من الأرض بالغرض الذى لأجله قام الشخص بشراء هذه الأرض

فيثبت له - حالئذ - الحق فى التخلى عن البيع إلا أذا كان مابقي من الأرض يمكن الإستفادة منه فى وجه آخر فله الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن بقدر ماهلك منها .

- أما إذا كان ماهلك من المبيع لايمثل قدراً من الأهمية نظراً لتفاهتة فالرأى أن المشترى لايجاب الي طلبه بالتخلى عن البيع بل يقتصر الأمر عند حد الإنقاص من الثمن بقدر مافات من المبيع (٩٧) .

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

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

---

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

– وتطبيقاً لذلك يترك للمشترى الخيار بين إمضاء العقد أو التخلي عنه إذا قدر أن ماهلك من المبيع بلغ حداً من الجسامة يجعل الإبقاء عليه مفوتاً للغرض الذى 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 المستقبلة 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 علي 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 لايتضمن البيع المستقبل أى نوع من المجازفة سواء على قدر المبيع أو كميته كمن يشترى محصول القطن الذى ينتج من حقل معين بسعر محدد للقنطار فالبيع في 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 الرأى الراجح فى الفقه الى أن البيع فى 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 المستقبلة لإعتبارات معينة كبطلان التعامل فى التركات المستقبلة سواء ورد البيع على مجموع التركة أو على جزء منها أو على مال معين فيها ويستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث أو الوصية وسواء كان التصرف من صاحب التركة أو من أحد الورثة المحتملين ، وهذا هو الوضع سواء فى مصر أم فى فرنسا .

- والعلة فى تحريم بيع التركة المستقبلة أنها تتضمن مضاربة على حياة المورث فضلاً عن إحتمال وقوع الوارث المحتمل فريسة للمرابين والمضاربين .

---

(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 .

- ولقد قضت محكمة استئناف مصر بأن :«بيع الأشياء المستقبلة نوعان : الأول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه وهو مايسمى ===

المطلب الثانى

أن يكون المبيع ممكناً

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

– ومعنى ذلك أنه لايكفى 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 المشترى فى قدر المبيع وكميته فقط كشراء الفحم الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ويجب على المشترى 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 في ١٨ / ١ / ١٩٤٨ – المجموعة الرسمية – ٥٠ رقم ٨١ .].

- والإستحالة التى تبطل العقد هى تلك الإستحالة المطلقة دون الإستحالة النسبية (١٠١) .

- والإستحالة التى يعتد بها وتبطل العقد هى تلك المعاصرة لإبرام العقد أما إن كانت لاحقة لذلك فهى لاتؤدى الى البطلان وإنما تؤدى الى إنقضاء العقد إن كانت بسبب أجنبى ، 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 على عمران - السابق - ص ٩٣ .

المبحث الثانى

وجود المبيع فى الفقه الإسلامى

٥٠ - حتى يكون عقد البيع صحيحاً - فى نطاق الفقه الإسلامى - يجب أن يكون المبيع موجوداً وهو مايعبر عنه فقهاء الشريعة الغراء بالقدرة على تسليم المبيع .

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

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

المطلب الأول : الغاية من إشتراط التسليم .

المطلب الثاني : أثر اشتراط التسليم .

المطلب الأول

الغاية من إشتراط التسليم

٥١ - يذهب الفقه الإسلامى الى إشتراط أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه شرعاً وحساً(١٠٣) .

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

- ومالا يقدر البائع علي تسليمه يأخذ حكم المعدوم والمعدوم لايصح بيعه وكذلك لايصح بيع مايشبهه (١٠٥) لأنه من باب الغرر والنبى 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 جـ ٣ ص ٣٩٨ .

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

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

(١٠٦) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ١٥٦ - ١٥٧ .

٥٢ – غير أن ابن القيم إعترض على من علل عدم صحة بيع غير المقدور على تسليمه بأنه معدوم والمعدوم لايجوز بيعه .

– ويستند ابن القيم فيما ذهب اليه إلى أنه ليس فى كتاب الله ولا سنة رسوله ﷺ ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز 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 الذي وردت به السنة هو النهى عن بيع الغرر وهو مالايقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجوداً .إذ موجب البيع تسليم المبيع فإذا كان البائع عاجزاًعن 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 لايعرف وجوده ولاقدره 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 لايقدر علي تسليمه ؟ .

---

(١٠٧) أعلام الموقعين – السابق – جـ 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 لاينعقد 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 لإبن تيمية ص ٢٢٩ .

(١٠٩) كفاية الأخيار - السابق جـ ١ ص ٤٦٥ .

المطلب الثانى

أثر اشتراط التسليم

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

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

٥٦ - أولا - تعريف الغرر : -

- الغرر هو ماخفيت عاقبته وطويت مغبته 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 والطير فى الهواء أو عبداً ابقاً أو جملاً شارداً ونحوه من الأمور التى لايعلم ولايدرى هل تكون أم لا وقد ورد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر (١١١) والبيوع المشار اليها سابقاً هى من طائفة الغرر .

---

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

(١١١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى - السابق جـ 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 المشترى بدون ثمنه بكثير فإن عثر البائع على المبيع قال للمشترى : قمرتنى وأخذت مالى بثمن قليل وإن لم يعثر عليه قال له المشترى : 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 فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ص ٢٢ - ٢٥ .

(١١٣) معالم السنن للخطابى ، جـ ٥ ص ٤٧ .

(١١٤) فى تفصيل ذلك أنظر : نظرية العقد لإبن تيمية ص ٢٢٤ ، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ص ٢٥ .

- الأول : -

- ويرى أصحابه أن الغرر صفة للبيع نفسه وأن النبى ﷺ نهى عن البيع الذى هو غرر .

- الثانى : -

- يري أصحاب هذا الرأى أن المبيع هو الغرر وأن النبى ﷺ نهى عن بيع المبيع الذى هو غرر فالمبيع نفسه هو الغرر كالثمرة قبل بدو صلاحها . ***والغرر صلاثة أنواع*** : -

١ - المعدوم كحبل الحبلة وبيع السنين .

٢ - الغير مقدور علي تسليمه كالعبد الآبق .

٣ - المجهول المطلق أو المعين المجهول قدره أو جنسه .

٥٩ - رابعا - بعض تطبيقات الغرر : -

١ - عن ابن مسعود قال : أن النبى ﷺ قال : « لاتشتروا السمك في الماء فإنه غرر .... » (١١٥) .

- ولا شك أن بيع السمك فى 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 والغرر

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

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

- ويأخذ حكم بيع السمك في 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 الغرر » (١١٦) .

- وصورة بيع الحصاة أن يقول فى بيع الأثواب بعتك من هذه الأثواب ماوقعت عليه هذه الحصاة ويرمى الحصاة - أو يقول : بعتك من هذه الأرض ما انتهت اليه 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 لحصاة 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 المشترى وما الغرر إلا ذلك .

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

---

(١١٦) المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

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

- وبيع الملامسة والمنابذة منهى عنه وباطل نظراً للجهالة الى اكتنفت المبيع حيث ترتب على الشراء بهذه الصفة أن يدفع المشترى ثمناً لشئ لايعلم حقيقته ولا قيمته الحقيقية مما يجعله نوعاً من المخاطرة والمقامرة .

٦٠ - خامسا - مايستثنى من بيع الغرر :-

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

- الأول :-

- مايدخل فى المبيع تبعاً ولا يجوز بيعه استقلالاً كبيع أساس الدار . والدابة التى فى ضرعها اللبن .

- الثانى :-

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

---

(١١٧) المرجع السابق ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ .

(١١٨) فتح البارى - جـ ٤ ص ٣٥٦ - ص ٣٥٧ .

خاتمة الفصل الثانى

– تكلمنا فى هذا الفصل عن شرط وجود البيع أو قابليته للوجود وهو ما أصطلح 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 ارادتيهما لم تتجه لذلك فيكفى أن يكون المبيع قابلاً للوجود فى المستقبل ولهذا يجيز القانون المدنى بيع الأشياء المستقبلة .

– وعلى العكس من ذلك الفقه الإسلامي الذى يشترط وجود المبيع وقت إبرام العقد فان لم يكن موجودا فهو معدوم وبالتالى 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 لايكون 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 علي عكس الوضع فى الفقه الإسلامي .

٢ - قد يوجد المبيع وقت إبرام العقد ثم يكتشف الطرفان أنه هلك قبل العقد فإذا كان الهلاك كليا 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 التركات المستقبلة سواء كان التصرف من صاحب التركة أو من أحد الورثة المحتملين .

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

الفصل الثالث

تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

٦١ - تمهيد وتقسيم : -

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

- ونقسم 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 - تمهيـــد : -

- لايكفى أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ولا موجوداً أو قابلاً للوجـود بل يجب فـوق ذلك أن يكون مـعـينا أو على على الأقل قابلاًللتعيين .

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

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

المطلب الأول : تعيين المبيع القيمى والمثـلى .

المطلب الثانى : البيع بالتقدير والبيع الجزاف .

المطلب الثالث : البيـــع بطريـــق العينـــة .

المطلب الأول

تعيين المبيع القيمي والمثلى

٦٣ - أولاً - تعيين المبيع القيمى :-

- يعرف الشئ القيمى بأنه ذلك الشئ المعين بذاته وذلك بذكر صفاته المميزة له عن غيره من سائر الأشياء التى 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 والزمام الذى تقع فيه والحوض ورقم القطعة وحدودها بالنسبة لما يجاورها من أراضى .

- وإذا تمثل المبيع فى منزل فيكون 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 المشترى 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 فى أراضى البلدة أو الحوض الموجودة فيه تلك الأرض المبيعة (١١٩) .

- ولقد قضى فى هذا المعنى بأنه : « لاضرورة لذكر حدود الأطيان مادام للمتعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطيان (١٢٠) .

٦٤ - ثانيا - تعيين المبيع المثلى :-

- الأشياء المثلية هى التى 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 مدنى) .

- ويكفى أن تعين هذه الأشياء بنوعها فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تحديدمقدارها (١٣٣ /٢ مدنى) .

---

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

(١٢٠) استئناف وطنى فى ١٨ / ٢ / ١٩١٤ م - الشرائع - رقم ٢٧٧ ص ١٤٩ . وفى نفس المعنى استئناف وطنى فى 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 أوطويلها) 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 فى العقد درجة جودة المبيع فإن ذلك يمكن استخلاصه من ظروف التعاقد أو بما جرى عليه العرف ، فإذا تعذر ذلك التزم البائع بأن يسلم المشترى شيئاً من صنف متوسط (م ١٣٣ / ٢ مدنى) فلا يكون شديد الجودة بما يؤدى الي إرهاق البائع ولاشديد الرداءة بما يظلم المشترى وإنما يجب أن يكون عواناً بين هذا وذاك.

---

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

المطلب الثانى

البيع بالتقدير والبيع الجزاف

٦٥- أولاً- البيع بالتقدير :-

- البيع بالتقدير هو الذى يحتاج لتعيينه القيام بعملية عد أو وزن أو كيل أو مقاس 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 والمشترى أو وكيل كل منهما إلا إذا اتفقا علي خلاف ذلك (١٢٢).

- وقد لايحضر كل من البائع والمشترى عملية التقدير

---

(١٢٢) د./ رمضان أبو اسعود - شرح العقود المسماه - 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 كالموازين المعتمدة (القبان) طالما جرى العرف بذلك أو إذا سلم المبيع للناقل فإن ذلك يوحى بالإتفاق الضمنى بين البائع والمشترى على تمام التقدير بمجرد التسليم إلا إذا اشترط المشترى ضرورة وصول البضاعة واستلامه إياها (١٢٣) .

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

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

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

---

(١٢٣) د./ عبد المنعم البدراوى - 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 وتجنيبها بطريقة تميزها عن مثيلاتها وهكذا فى باقى أنواع البيوع التى تعين بالمقاس إذا كان المبيع من المقيسات أو بالكيل إن كان من المكيلات 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 عمن يتحمل هلاك المبيع فى نطاق البيع بالتقدير ؟ .

– للإجابة على هذا التساؤل فإن الأمرتفصيل يختلف حكمه فى نطاق القانون الفرنسى عنه فى نطاق القانون المصري .

– ففى فرنسا يربط المشرع بين تبعة الهلاك وإنتقال الملكية فمن كان مالكاً للمبيع تحمل تبعة هلاكه ، وعلي ذلك – وفي نطاق البيع بالتقدير – يكون البائع مالكاً للمبيع قبل عملية الإفراز وبالتالى يتحمل وحده تبعة هلاكه أما بعد الإفراز فقد إنتقلت الملكية للمشترى فإن هلك المبيع تحمل المشترى تبعة الهلاك حتى ولو لم يكن قد تسلمه (١٢٥) .

---

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

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

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

٦٦- ثانياً - البيع الجزاف :-

- البيع الجزاف يرد علي أشياء تحتاج إلى عد أو وزن أو كيل أو مقاس ولكنها لاتحتاج 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 ٢٣٢ - ٢٣٣ .

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

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

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

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

- وترتيباً على ذلك لو باع الشخص كمية القمح الموجودة لديه فى المخزن إلى شخص آخر انتقلت الملكية الى المشترى بمجرد إتمام البيع .

- أما عن تبعة الهلاك فى البيع الجزاف ، فالأمر يختلف فى نطاق القانون الفرنسي عنه فى القانون المصرى .

- ففى نطاق القانون الفرنسى إذا كنا بصدد بيع بالجزاف انتقلت الملكية بمجرد تمام العقد لوروده علي شئ معين بالذات ،

---

(١٢٨) د./ توفيق فرج - السابق ص ٢٩٩ ، د./ سمير تناغو - السابق ص ٢٨٣ ، د./ رمضان أبو السعود - السابق ص ٩٦ ، د./ أنور سلطان - السابق فقرة ١٥٧ ، د./ جميل الشرقاوى - 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 المشترى تبعة هلاكه بحسبانه مالكاً له (١٢٩) .

- أما فى نطاق القانون المدنى المصرى فلقد رأينا أن المشرع قد ربط بين تبعة الهلاك والتسليم فالأمر مرهون بتسلم المبيع من قبل المشترى حتى يتحمل تبعة الهلاك ، فإذا لم يتسلمه ولم يكن البائع قد أنذره باستلامه ثم هلك المبيع فلا يتحمل المشترى تبعة هذا الهلاك ولايقدح فى ذلك أنه قد صار - بمقتضى العقد مالكاً لهذا المبيع .

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

- مثال ذلك : من يبيع كمية من السكر موجودة فى مخزن معين بسعر محددلكل كيلو جرام فالبيع هنا جزاف لوروده على جميع الكمية الموجودة فى المخزن إلا أن الثمن يحتاج الى تقدير لأن معرفته تحتاج لحصر كمية السكر الموجودة فى المخزن .

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

- **الأول :-**

- ذهب الي القول بأن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير

---

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

وليس جزافاً لأن الثمن يحتاج الي تقدير .

- الثانى : -

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

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

- والأثر الذي 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 تبعة الهلاك ، وعلى العكس من ذلك لو أعتبرنا البيع بالجزاف مع قابلية الثمن للتقدير فالملكية تنتقل للمشترى بمجرد إتمام البيع ، وعلي ذلك لو هلك المبيع بعد إبرام العقد تحمل المشترى تبعة الهلاك ..

- أما فى ظل القانون المصرى ، فقد سبق لنا بيان أن المشرع ربط بين تبعة 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 والتى يجب أن تكون مطابقة للعينة السابقة إرسالها (١٣١) .

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

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

- ونتناول 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 ، جـ ٤ ، ص ٢٢ .

٦٨ - أولا - أحكام البيع بالعينة :-

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

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

- ففى البيع الأول يجب مطابقة المبيع تماما للعينة أما فى 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 ٣ / ٢ / ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣ .

كـان دون العـيـنـة جـودة أو نقـاوة التـزم بفـرق الثـمن لمصلحـة المشترى (١٣٥) .

– وعلى العكس مما تقدم لو ثبت أن المبيع مطابق للعينة فلا يجوز للمشترى 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 تثريب عليه (١٣٦) ولا يملك المشترى إلا أن يقبله (١٣٧) .

– وقد يحدث أن يقع نوع من التفاوت الطفيف بين المبيع والعينة والفيصل فى مدى جسامة التفاوت من عدمه هو رأى قاضى الموضوع فإذا قام بفحص العينة واجراء المقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة وانتهى إلى التطابق بينهما فى الخصائص التى كانت محل اعتبار المتعاقدين اللهم إلا وجود بعض الإختلاف اليسير الذى لا يمثل تفاوتا جوهريا فللمحكمة فى هذه الحالة أن

---

(١٣٥) نقض مدنى : ٩ / ٢ / ١٩٤٨ – مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ربع قرن – ١٦ – ص ٣٤٦ .

(١٣٦) نقض مدنى :١٩/ ٤ / ١٩٥١ – مجموعةأحكام النقض – ٢ – رقم ١١٦ ص ٧٣٠ .

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

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

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

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

– فى هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الحل الوارد فى القواعد العامة والتى 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 ربع قرن – ١٠ – ٦٥٩ .

(١٣٩) د./ عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٦٢ .

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

(١٤١) د./ عبد المنعم البدراوى – 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 الذى 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 المشترى وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس وقد آثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة فى الإثبات » (١٤٢) .

– وقد لا يثور الخلاف حول ذاتية العينة ولا صفة من صفاتها وانما يتمثل الفرض الذى نحن بصدده فى فقد أو تلف أو هلاك العينة .

– *فى هذه الحالة نفرق بين فرضين* : –

– الأول : –

– إذا كانت العينة فى يد المشترى – 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 جـ ٤ ص ٢٣ .

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

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

- وقد يحدث أن يهلك المبيع لا العينة بسبب أجنبى وهو فى يد المشترى فإن ادعى أن المبيع غير مطابق للعينة فعليه إثبات ذلك وفوق هذا يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبى وفى هذه الحالة يعد البيع غير قائم وبالتالى يتحمل البائع تبعة 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 وبالتالى يترتب على الاخلال به ما يترتب على

---

(١٤٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ 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 والمشترى 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) .

- وترتيبا 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 وبالتالى يعتبر البيع غير قائم فى أى وقت من الأوقات إعمالا للأثر الرجعى للشرط (١٤٧) .

---

(١٤٥) د./ عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ١٦١ مقرؤة 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 - في 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) بإلتزامه فيكون للدائن (المشترى) فى هذه الحالة إما اللجوء إلى التنفيذ العينى أو فسخ العقد وقد لا يرى اللجوء إلى هذه أو تلك ولكن يستبقى المبيع مع إنقاص الثمن اذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشىء 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 الباقى - عقد البيع - طبعة ١٩٥٦ ص ٢٤٨ ، د./ منصور مصطفى منصور - السابق - فقرة (٢٦)

المبحث الثانى

تعيين المبيع فى الفقه الاسلامى

٧٠ – يشترط رجال الفقه الإسلامى لصحة البيع – أن يكون المبيع معينا وهو ما يعبرون عنه فى كتب الفقه بإشتراط علم المشترى للمبيع سواء تم ذلك برؤية المبيع أو بوصفه وصفا تاما 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 مالا يمكن العلم به إلا عن طريقة التذوق كالأطعمة أو الشم كالروائح العطرية أو اللمس كبعض الأقمشة وانما ذكرت الوسيلتين المتقدمتان بإعتبار أن اللجوء إليهما يمثل الغالب الأعم من مظاهر التعرف على المبيع .

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

المطلب الأول : الغاية من اشتراط العلم بالمبيع .

المطلب الثانى : طرق العلم بالمبيع .

المطلب الثالث : أثر عدم علم المشترى بالمبيع .

المطلب الأول

الغاية من اشتراط العلم بالمبيع

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

- ولأن الجهالة مانعة من التسليم فيها لإختلاف ماليتها فالبائع إذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشترى عينا أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعان .

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

- فالفقه الاسلامى يشترط العلم بالمبيع لأن الجهالة به غرر

---

(١٤٩) شرح منتهى الإرادات لمنصور البهوتى جـ ٢ ص ١٤٦ ، كشاف القناع - السابق جـ ٣ ص ١٦٣ ، كفاية الأخيار - السابق - جـ ١ ص ٤٦٤ ، زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهجى - طبعة عام ١٤٠٢ هـ - طبع الشئون الدينية بدولة قطر جـ ٢ ص ١٦ .

وهو منهى عنه ولأن الجهالة تفضى إلى المنازعة والله تعالى يقول : يأيها 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 الثانى

طـرق العلـم بالمبيـــع

٧٢ - تتـعـدد طرق العلم بالمبـيع ولعل أهمـهـا هى الرؤية والوصف الا أن هناك طرقـا أخـرى ولكنهـا قليلة الوقـوع كـالشم والتذوق واللمس ولذا سنقتصر على التعرض لأهمـها وهى الرؤية والوصف .

٧٣ - أولا - الرؤيـــــــة :-

- الرؤية هى أغلب طرق معـرفة المبيع وأشـهرها وأفضلها لأنها تكون بحاسة البصر وهى مجمع على اعتمادها كأهم طرق العلم بالمبيع .

- أنـــواع الرؤيـــة :-

- الرؤيـــة نوعـــان :-

- الأول :-

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

- وترتيبا على ذلك إذا وجد المبيع على غير ما رآه المشترى فله الخيار .

- وأحيانا تكون الرؤية المعاصرة للبيع لبعض المبيع فقط فإن دلت على بقيته صح البيع كرؤية وجهى الثوب أو رؤية بعض القمح أو الشعير أو الأشياء المائعه متساوية الأجزاء كالزيت .

- **الثانى :-**

- الرؤية بالأنموذج : كأن يريه كيلاً من القمح ويبيعه طنا 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 كيلا من قمح ويقول الباقى بصفته فإن جاء الباقى على هذه الصفة فليس للمشترى رده وإلا فللمشترى رده .

- وذهب فريق ثالث إلى التفرقة بين مالا تختلف أجزاؤه كطن من القمح فيجوز بيعه بالأنموذج لانه برؤية الأنموذج يزول غرر الجهالة وبين ما تختلف أجزاؤه 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 أبى حنيفة أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد والتى لم يرها المشترى ولم توصف له وللمشترى خيار الرؤية إذا رآها (١٥١) .

٧٤ - ثانيا - الصفة :-

- والبيع بالصفة نوعان :-

- الأول :-

- بيع عين معينة

كسيارتى سواء كانت العين غائبة أو حاضرة ولكن مستورة وذكر صفاتها التى تضبطها كما فى السلم .

- الثانى : -

- بيع عين موصوفة غير معينة بذاتها بل بوصفها بصفات منضبطة كقوله بعتك 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 جـ ٤ ص ٢٩٥ ، المهذب فى فقه الإمام الشافعى جـ ١ ص ٢٧١ . كشاف القناع - السابق جـ 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 الشافعى فى مذهبه الجديد إلى عدم صحة بيع الصفة .

٢ – بينما يرى جمهور الفقهاء الى أن بيع الصفة صحيح .

٣ – وللإمام أحمد بن حنبل قولين فى 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 يتمية (١٥٣) .

---

(١٥٢) المراجع السابقة – نفس الموضع .

(١٥٣) السلسبيل فى معرفة الدليل جـ ٣ ص ٤٢٥ ، كشاف القناع – السابق جـ ٣ ص ١٦٣ ، مطالب أولى النهي – السابق جـ ٣ ص ٢٦ .

المطلب الثالث

أثر عدم علم المشترى 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 المشترى قبل العقد أو رآه قبل العقد بزمن بعيد يتغير مثله فيه غالبا ولم يوصف له مع نفى الخيار للمشترى .

- الثانى : -

- اتفقوا على أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد إذا كان المشترى 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 والشافعى فى مذهبه القديم ورواية لأحمد وبعض المالكية إلى أنه يجوز بيع العين الغائبة عن مجلس العقد سواء وصفت أو لم توصف مع ثبوت الخيار للمشترى فقط إذا رآها فإن شاء تخلى عن العقد وإن شاء مضى فى موجبه سواء رآها على الصفة التى وصفت له إن كانت قد وصفت له أو على خلافها (١٥٤) .

- أدلة هذا المذهب :-

- استدلوا بالآتى :-

١ - قوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا » (١٥٥) .

---

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

(١٥٥) سورة البقرة ، آية (٢٧٥) .

- وجـــه الاستـــدلال مـــن الآيـــة :-

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

- الـــرد على هـــذا الدلـــــيل :-

- لقد نوقش هذا الدليل وكان الرد على أن الآية الكريمة عامة مخصصة بحديث النهى عن بيع الغرر وما لم يوصف وما لم يره المشترى 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 للمشترى عند رؤيته للمبيع الذى لم يشاهده من قبل ولم يفرق بين ما وافق الوصف وما لم يوافق فيدل هذا على ثبوت الخيار للمشترى فى الحالين .

---

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

- الـــرد على هـــذا الدليـــــل :-

- أجيب عن هذا الحديث بأنه حديث ضعيف بإتفاق المحدثين وذلك من وجهين : -

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

- الثانـــــى : -

- 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 وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف فى الصفة لأنه وجد

---

(١٥٧) المجموع شرح المهذب - السابق جـ ٩ ص ٣٣١ .

الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم .

- ويقال لهم : فيما لو اختلفا فقال البائع : لم تختلف الصفة وقال المشترى قد اختلفت فالقول فى هذه الحالة للمشترى 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 إبتاع مغيبا .

- وجه الاستدلال من الحديث :-

- يدل هذا الحديث على ثبوت الخيار للمشترى 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) كشاف القناع ، جـ ٣ ص ١٦٥ ، المغنى لإبن قدامه - السابق - جـ ٣ ص ٥٨٢ .

(١٥٩) السنن الكبرى - نفس الموضع السابق .

- الـــرد على هـــذا الدلـــيل :

- لم تنتشـر هذه القصة بين الصحابة رضوان اله عليهم وبالتالى لا يعد الحكم مجمعا عليه بل هو قول صحابى والصحيح عند هؤلاء أن قول الصحابى ليس بحجة ما لم ينتشر من غير مخالف من صحابى آخر .

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

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

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

---

(١٦٠) المغنى لإبن قدامه - السابق - جـ ٣ 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) .

- الـــرد علـــى الدليـــل :

- 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 الآمدى - طبعة محمد على صبيح ط عام ١٣٤٧ هـ .

(١٦٢) المجموع شرح المهذب - السابق - جـ ٩ ص ٣٣٠ .

(١٦٣) المرجع السابق - ص ٣٣١ .

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

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

- ذهب الشافعى فى 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 يأتينى الرجل فيسألنى البيع وليس عندى ما أبيعه 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 جـ ٥ ص ١٣٧ ، المغنى لإبن قدامه - السابق ، جـ 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 فى 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 فأشبه 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 ، جـ ٥ . ص ١٣٨ .

(١٦٧) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١٠ ص ١٥٦ .

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

- الـــرد عـلى الأدلـــة السابقـــــــة :-

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

٧٨ - ثالثا - جواز بيع العين الغائبة بضوابط :-

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

- أدلـــة هـــذا المذهـــب :-

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

---

(١٦٩) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ١٣٨ .

(١٧٠) الإنصاف للمرداوي - السابق ، جـ ٤ ص ٢٩٨ ، الكافى - السابق ، جـ 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 : « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا 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 الحصاة 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 ، اية (٢٩) .

صار بالوصف معلوما فجاز بيعه كباقى المبيعات الجائزة لا سيما مع اشتراط خيار الخلف فى الصفة.

٣ - ما ورد من أن المسلمين لا يزالوا يتبايعون الضياع بالصفة وهى فى البلاد البعيدة وقد ورد أن عثمان - رضى الله عنه - بايع ابن عمر - رضى الله عنهما - ما لا له بخبير بمحال لإبن عمر بوادى 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 الرأى الأخير هو الراجح لسلامة أدلته وقوة حجته ولأن الوصف مع ثبوت الخيار يحفظ حق المشترى فإن جاء المبيع على وفق ما وصف كان بها وإن لم يجىء استطاع استعمال خياره ورفض البيع فلا ضرر فى ذلك ولا غرر .

---

(١٧٣) المغنى لإبن قدامة ، جـ 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 معينا وذلك بذكر أوصافه النافية للجهالة وبما يحقق علم المشترى به .

٢ – وطرق تعيين المبيع فى القانون المدنى تختلف بحسب طبيعة المبيع بحسب ما إذا كان قيميا أو مثليا وهناك البيع بالتقدير وهو يرد على الأشياء المعينة بالنوع والتى 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 والمشترى 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 المشترى مالكا للمبيع الا أنه لا يتحمل تبعة الهلاك طالما أنه لم يتسلمه .

– وفى البيع الجزاف ونظرا لأنه يرد على شىء معين بالذات

فالملكية تنتقل بمجرد تمام العقد .

٣ – وهناك من طريق تعيين المبيع البيع بالعينة وهناك البيع بالأنموذج وهما طريقان لتعيين المبيع والفرق بينهما أنه فى البيع بالعينة يجب مطابقة المبيع للعينة مطابقة تامه مع التجاوزعن 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 الفقة الاسلامى عرف البيع بالأنموذج وهو ما يقابل البيع بالعينة 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 للمشترى أو على وفق العينة المرسلة إليه .

– إلا أن هذا النوع من البيع اختلف فيه فقهاء المسلمين فمنهم من لم يجزه مطلقا واعتبره نوعا من الضرر المنهى عنه ومنهم من أجازه مستندين فى ذلك إلى أدلة كثيرة أهما 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 للمشترى أو رؤيته لها قبل العقد بزمن لا تتغير فيه عادة .

الفصل الرابع

قابلية المبيع للتعامل فيه

٧٩ - تمهيد وتقسيم :-

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

- وهذا الشرط عام بين القانون المدنى والفقه 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 الفقه الاسلامى .

المبحث الأول

قابلية المبيع للتعامل فيه

فى القانون المدنى

٨٠ - النص القانـــونى :-

- تنص المادة (٨١) من القـانون المدنى على أن : « كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » .

- وتنص المادة (١٣٥) من القانون المدنى على أنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

- يورد النصان السابقان حكما عاماً مضمونه اشتراط أن يكون الشىء لا يخرج عن حدود الحكم السابق فيجب دخوله دائرة التعامل .

- والأصل أن كل الأشياء داخله فى دائرة التعامل إلا ما استثنى بدليل يخرجه من دائرة التعامل كما إذا كانت طبيعة الشىء تستعصى على دخوله دائرة التعامل أو كان ابعاد الشىء عن تلك

الدائرة قد ثبت بنص فى القانون (١٧٤) .

– وما تجب ملاحظته أن عدم المشروعية وصف قد لا يلحق بالشىء ذاته وانما بما يرد عليه من تصرفات آية 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) .

– وترتيبا على ما سبق فقد يخرج الشىء من دائرة التعامل إما وفقا لطبيعته أو بنص القانون كتحريم التعامل فى التركات المستقبلة 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 ٣٨ .

المياه التى تقوم بعض الشركات بمعالجتها كيماويا وتعبئتها فى زجاجات وطرحها للتداول فى الأسواق (١٧٦) .

٢ - وقد يخرج الشىء من دائرة التعامل لإتصاله بصاحبه سواء بنص القانون أو بالإتفاق من ذلك ما نصت عليه المادة (٩٩٧) من القانون المدنى 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 الشىء من دائرة التعامل وذلك بحسب الغرض المخصص له كالأموال العامة المملوكة للدولة لأنها مخصصة للمنفعة العامة (م ٢/٨٧) من القانون المدنى .

- 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 لشاغليها لا يكفى 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 تاما 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 نسبى إذ يجوز تأجير كل منهما (١٧٩) .

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

– يجب أن يكون الشىء محل التعامل مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

– وعلى ذلك يخرج من دائرة التعامل بيع المواد المخدرة إذا كان التعامل بقصد التعاطى لمخالفة ذلك للنص القانونى الآمر .

– 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 تناغو - السابق - ص ٩٩ .

المبحث الثانى

قابليـة المبيـع للتعامـــل فيـــه

فى الفقه الاسلامى

٨٣ - تمهيد وتقسيم :-

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

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

- ***ونتناول شرط مشروعية المبيع فى مطلبين :-***

المطلب الأول : الغايـــــة من المشروعية .

المطلب الثانى : تطبيقـات المشروعيـــة .

---

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

المطلب الأول

الغايــة مــن المشروعية

٨٤ - يشترط فقهاء المسلمين فى المبيع أن يكون مشروعا ومنتفعا به ويقصد بالمشروعية أن يكون المبيع طاهراً .

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

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

---

(١٨٢) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٤٤ .

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

(١٨٤) نيل الأوطار للشوكانى جـ 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 تطفا 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 المتنجس فإن أمكن تطهيره كالثوب ونحوه صح بيعه لأن جوهره طاهر وإن لم يمكن تطهيره كالدبس واللبن ونحوهما فلا يصح البيع (١٨٧) .

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

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 ٢٣٨ .

(١٨٦) كفاية الأخيار ، جـ ١ ص ٤٥٩ .

(١٨٧) المرجع السابق - نفس الموضع .

المطلب الثانى

تطبيقات المشروعية

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

٨٦ - اولا - بيـــع النجـــــس :-

- 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 ثبوتا ينقل عن ذلك وليس من أثبت الأحكام المنسوبة إلى الشرع بدون دليل بأقل إثما ممن أبطل ما قد ثبت دليله من أحكام

---

(١٨٨) الروضة الندية ، جـ ١ ص ٣٢ .

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

– وترتيبا 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 ورجيعـــــة .

– ولقد حصر الإمام الشوكانى النجاسات بأنها : « غائط

---

(١٨٩) الدرارى المضيئة – شرح الدر البهية ، ص ٢٦ ، الروضة الندية ، جـ ١ ص ٣٤ .

(١٩٠) بداية المجتهد إبن رشد ، جـ 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 هى نجسة أو طاهرة ؟ . فما اتفق على نجاسته فإنه غير طاهر فلا يجوز بيعه .

- واستثنى الأحناف والظاهرية كل ما فيه منفعة تحل شرعا فجوزوا بيعه فقالوا يجوز بيع الأرواث والأزبال النجسة التى 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 الشافعي 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 ، جـ ١٢ ، ص ٥٤ .

ب – ولقد ذهب الأحناف وابن حزم الظاهرى 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 لإبن تيميه ، جـ ٢٩ ص ٩٠ – ٩٦ ، المغنى لإبن قدامة جـ ١ ، ص ٦٦ – ٦٨ ، جـ ٤ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٨ ، بلغة السالك جـ ٣ ص ٦ ، نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ١ ص ٧٥ ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ص ١٤٢ .

(١٩٤) بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٥ ص ١٤٢ – ص ١٤٣ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣٥٨ .

(١٩٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٩٥ ، جـ ١ ص ٢١ – ص ٢٢ .

جـ - 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 واسراف بالنسبة للمشترى وكلا الأمرين منهى عنه فى الشريعة الاسلامية .

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

- والعلة فى 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 فى الماضى فاليوم فيه منافع مثل المخلفات

---

(١٩٦) المغني لإبن قدامة ، جـ ٤ ص ٢٧٩ ، المهذب جـ ١ ص ٢٦٨ .

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

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

– وكذلك يختلف معيار المنفعه بإختلاف نظر الفقيه فبعض الفقهاء يرى فى الشىء منافع مباحة أخذ العوض عنه وبعضهم لا ينظر إلى هذه المنافع بإعتبارها من المنافع الشاذة لذلك لا يجوز أخذ عوض عن هذا الشىء 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 بجواز 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 ، جـ ٤ ص ٦٧ .

(١٩٩) المغنى جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٢٠٠) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ص ١٤٤ .

– وكذلك اختلافهم فى بيع العلق [٢٠١] فذهب بعضهم إلى جواز بيعه وذلك لحصول نفعها كالسمك ولأن فيه غرضا مقصودا وهو إمتصاص الدم من العضو المتألم .

– فى حين منع بعضهم جواز بيعه لأنه لا ينتفع بها إلا نادرا فأشبهت مالا نفع فيه ولأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب [٢٠٢] .

---

(٢٠١) العلق هو الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء وهو بالعادة يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه – المجموع جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٢٠٢) المغنى لإبن قدامه جـ ٤ ص ٢٨٦ ، المجموع جـ 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 المدنى والفقه الاسلامى فى وجوب كون المبيع مشروعا وإن اختلفا فى معيار المشروعية .

– ففى الفقه الاسلامى تتحدد المشروعية فى أمرين أولهما أن يكون المبيع طاهرا 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 فقيه 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 إنى 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 النبين وعلى آله وكل من أعانه 'ى رفع منار الدين ..

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،،،

قائمـــة المراجـــع

أولا - الفقـــه الاســلامى :

- 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 البابى - 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 الآمدى ، مطبعة محمد على صبيح ، طبعة عام ١٣٤٧ (أصول فقه) .

- الدرارى المضيئة - شرح الدررالبهية فى المسائل الفقهية للأمام محمد الشوكانى - مكتبة التراث الاسلامى - القاهرة.

- الروض المربع 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 المرداوى 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 لإبن 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 لإبن قيم الجوزية الجزء الخامس .

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

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

- زاد المعاد فى هدى خير العباد لإبن قيم الجوزية .

- شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتى .

- فتح البارى - شرح صحيح البخارى لإبن 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 المنتهي 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 المنذري - 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 الأخبارمن أحاديث سيد الأخبار : لمحمد بن على بن محمد الشوكانى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى 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 مدكور : 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 الفقهى العام - الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد مطابع الف ياء دمشق .

ثانيا - القـــانون المدنـــــى :

- د أبو زيد رضوان :-

- الشركات التجارية فى القانون المصرى المقارن .

أحمد نجيب الهلالى و د . أحمد زكى : -

- شرح القانون المدنى - البيع والحوالة والمقايضة ط ١٩٤٥

- د . اسماعيل غانم : -

- الوجيز فى عقد البيع ، ط ١٩٦٣ م

- د . أنور سلطان : -

العقود المسماة شرح عقدى البيع والمقايضة ط ١٩٩٢ .

- د توفيـق فـــرج : -

عقد البيع والمقايضة ، ط ١٩٦٩ .

- د . جـــلال العدوى : -

عقـــد البيـــــع ، ط ١٩٨٨ .

- د . جميل الشرقاوى : -

نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى رسالة القاهرة ١٩٥٣ .

- 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 البدراوى : -

- عقد البيع فى القانون المدنى (المطول) ، ط ١٩٦١ .

- النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى
- جـ ١ مصادر الالتزام ، ط ١٩٧١

- د . عبد الفتاح عبد الباقى : -

عقد البيع ، ط ١٩٥٦ .

- د . عبد الناصر العطار : -

شرح أحكام عقد البيع .

- د . على جمال الدين عوض : -

– د . علي حسن يونس :

الشركـــــات التجاريـــــــة .

– د . محمد علي عمران ود . أحمد عبد العال أبو قرين :
الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع ط ١٩٩٢ .

– د . محمد كامل مرسى :

عقـــد البيـــــــع ، 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 : –

عقـــد البيـــــع 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 contrats speciaux :2editon , 1988 .

- Planiol et Ripert : traite pratique de droit civil francais , tome 10 , par jo-

seph Hamel edition , 1956 .

- Planiol , Ripert et boulanger : 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