

الفصل الثاني

أركان البيع

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

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

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

وذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الثلاثة إلى التوسع في أركان البيع ، وأنها ستة أركان ، وهي : الإيجاب والقبول ، والبائع والمشتري ، والمحل والثلث ، وقالوا : كل ما لا يتصور وجود العقد إلا بوجوده ، أو يتوقف وجود العقد على وجوده ، فهو ركن (١) .

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

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

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

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

ويحاول شراح القانون أن يستخلصوا أركان البيع من هذه العناصر ، وذهبوا إلى أن أركان البيع ثلاثة ، وهي الإرادة ، والمحل ، والسبب ، ويبحث شراح القانون في الإرادة ، وأنها تتمثل في الرضا في عقد البيع ، وأنها تنقسم إلى إرادة البائع ، وإرادة المشتري ، ، ثم يبحثون في المحل ، وأنه يشمل المبيع والثمن ، ويصلون إلى السبب ، ولكنهم يقتصرون القول فيه : « إن السبب في البيع لا جديد يقال فيه ، يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام » (١) ، بينما يحاول بعضهم التوسع فيه ، ليدكر بمعنى نظرية السبب في القانون ، وأن لها معنيين :

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

أبو زهرة ص ١٧٣ المدخل للفقه الإسلامي ، مذكور ص ٥١٢ ، بلغة السالك ٣/٢ ،
مفني المحتاج ٣/٢ ، كشاف القناع ٣/١٣٥ ، درر الحكام ٢/١٤٢ ، فتح القدير
٥/٧٤ ، بدائع الصنائع ٦/٣٩٨٣ .
(١) الوسيط ، السنهوري ٤/٤٠ .

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

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

ويتيه الشراح في كلام نظري وفلسفي وجدلي في هذا الخصوص ، دون أن
يحققوا فائدة عملية أو نتيجة وثمرّة في عقد البيع^(١) ، وهذا ما يدفعنا للإعراض عن
التعرض لركن السبب في البيع ، والاكتفاء بما درسه الطالب عن السبب في نظرية
العقد العامة في الالتزامات^(٢) •

وسوف نخصص دراستنا في بقية الأركان ، وهي الرضا ، والمبيع ، والضمن ،
ونفرد كلاماً منها في بحث مستقل •



(١) انظر : الوسيط السنهوري ٤/٤٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٣١ ،
العقود الشائعة ، حكيم ص ٧٠ ، عقد البيع ، عامر ص ١٩ •
(٢) انظر بحث السبب في القانون بإسهاب وتفصيل في : النظرية العامة للالتزام،
سوار ١/١٣٨ ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/٢٣٠ ، الموجز في النظرية العامة
للالتزامات ، السنهوري ص ١٥٩ •

المبحث الأول

الرضا في البيع

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

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

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

أولاً : التراضي في البيع :

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

ما نص عليه القانون « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »^(١).

ويتم الرضا بالايجاب والقبول الظاهرين ، تعبيراً عن الإرادة الضمنية لكل منهما، وهذا التعبير عن الإرادة يصح أن يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً ، ويصح أن يكون باتخاذ موقف معين ، تدل ظروف الحال على دلالة على المقصود بالايجاب والقبول^(٢) ، كعرض البضاعة مع تحديد سعرها ، أو الإعلان عن السلعة وثنها في الصحف أو التلفاز أو النشرات ، أو أن يكون بين شخصين تعامل سابق ، ويصدر من أحدهما ايحاب ولا يرفضه الآخر ، فيكون قبولاً^(٣).

ويجوز أن يتم التعبير عن الإرادة ضمناً إلا إذا نص القانون على وجوب التعبير الصريح أحياناً ، أو اتفق الطرفان على أن يكون الايجاب والقبول صريحا^(٤).

ويشترط في الايجاب والقبول أن يكون كل منهما جازماً ، وهذا ما يميز العقد عن مجرد المفاوضة والمساومة ، وأن يكون القبول مطابقةً للايجاب في كافة العناصر الأساسية للعقد، ويعبر عنه في الفقه الإسلامي بموافقة القبول للايجاب في المبيع والثن والشروط ، وأن يقترن الايجاب بالقبول ، وهو ما يحدد في زمان العقد ومكانه^(٥).

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

(١) المادة ٩٢ من القانون المدني السوري .

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

(٣) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ٦٢/١ وما بعدها ، ٦٧ ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١٢٤/١ وما بعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٤٦ .

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

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

أحد المتعاقدين إيجاباً، والكلام الثاني قبولاً^(١) ، والايجاب لا يلزم صاحبه إلا إذا اتصل به القبول ، ويحق لصاحب الايجاب العدول عنه قبل صدور القبول من الآخر ، إلا إذا حدد الأول ميعاداً للقبول ، فإنه يلتزم بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد^(٢) ، ويمكن أن يتم التعاقد بين الغائبين بالمراسلة ، كما يتم بين الحاضرين بالمشافهة .

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

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

ومتى تم الاتفاق على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن فهذا كاف لانعقاد البيع ، ولا يتوقف العقد على الاتفاق الكامل على الجزئيات والتفاصيل ، لأن القانون اكتفى لاتمام العقد بالاتفاق على العناصر الأساسية أو الجوهرية فيه ، وهو ما نص عليه القانون « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم »^(٣) ، فلو سكت المتبايعان على تحديد وقت التسليم أو

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

(٢) المادة ٤٣٩ من القانون المدني السوري ، وانظر : النظرية العامة للالتزام :

١ / ٧٢ .

(٣) المادة ٩٦ من القانون المدني السوري ، وانظر : نظرية سرام العامة ، الزرقا

١ / ١٣٧ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١ / ٧٦ .

مكانه ، أو تحديد وقت دفع الثمن أو مكانه ، فلا يضر بالعقد ، ويجب تسليم المبيع فوراً في مكان العقد ، كما يجب دفع الثمن حالاً بدون تأجيل أو تقسيط وفي مكان تسليم العقد ، « فإن قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » (١) .

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

ويجوز تقديم لفظ المشتري في البيع ، كما يصح البيع بالألفاظ الصريحة للبيع ، وينعقد بالكناية ، ويشترط ألا يطول الفصل بين اللفظين في العقد بين الحاضرين ، كما يشترط أن يكون القبول على وفق الإيجاب ، إلى غير ذلك من الأحكام التفصيلية التي بينها الفقهاء بدقة وإسهاب في عقد البيع ، كما عرضها العلماء المعاصرون في نظرية العقد ، ودرسها الطالب في مقررات الفقه ، وفي نظرية الالتزام العامة في القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي ، وهي في جملتها تتفق مع القواعد القانونية العامة (٢) .

(١) المادة ٩٦ من القانون المدني السوري وانظر : الوسيط للسنهوري ٤٢/٤

وما بعدها ، المراجع السابقة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣/٢ وما بعدها ، المجموع ٩/١٧٠ وما بعدها ، كشف

القناع ٣/١٣٦ ، المغني ٣/٤٨٠ ، درر الحكام ٢/١٤٤ ، بدائع الصنائع ٦/٢٩٨٣ ،

فتح القدير ٥/٧٣ ، حاشية الدسوقي ٣/٢ ، بلفة السالك ٣/٢ ، الفقه الإسلامي في

اسلوبه الجديد ١/١٥١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٦٧ - ١٧٦ ، مرشد العيران ،

المادة ٣٤٣ وما بعدها ، والمادة ٢٨٤ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام ١/٢٨٢ ، ٣٠٤

وما بعدها .

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

وهناك صور خاصة للتراضي نص عليها القانون ، واعتبرها استثناء من الأصل والقاعدة العامة ، منها حالة عدم الاتفاق على الأمور الفرعية ، كما سبق ، ومنها : التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة ، ومنها عقود الإذعان ، ومنها الوعد بالعقد ، ومنها البيع بالعربون ، وسنشير إلى بعضها فيما بعد (١) .

ثانياً : سلامة الرضا :

إن الكلام السابق ينحصر في وجود الرضا في العقد ، فإن فقد كان العقد باطلاً وغير منعقد أصلاً ، ولا تترتب عليه آثار البيع ، ولكن وجود الرضا في البيع لا يكفي لأن الإيجاب والقبول يعبران عن الإرادة الظاهرية ، والأصل أن تكون متفقة مع الإرادة الباطنية والرضا الحقيقي الذاتي للمتعاقد ، ولكن قد يحدث أحياناً عدم تطابق أو اختلاف أو نشاز بين الإرادتين ، وإن القانون المدني السوري اعتبر كلا الإرادتين ، فاعتبر الإرادة الظاهرة في الإيجاب والقبول ، واعتبر الإرادة الداخلية باشتراط سلامة الرضا ، وأن وجود الرضا لا ينتج أثره الكامل إلا إذا تحققنا من سلامة الرضا ، فيجب أن تكون إرادة كل من الطرفين حرة وسليمة من الآفات والعيوب ، ويترتب على عدم سلامة الرضا أن يخل العقد ، وتضطرب أحكامه ، ويصبح قابلاً للإبطال .

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

(١) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ١ / ٧٦ وما بعدها ، نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١ / ١٢٧ وما بعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٦٧ .

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

وعرف الأستاذ الزرقا الغلط بأنه : « توهم يصور للعاقد غير الواقع واقعا . ويحمله على التعاقد » (١) .

وحددت المادة ١٢١ من القانون المدني السوري الغلط الذي يعيب العقد ، وبينت شروطه ، وحددت الأثر المترتب على وجود الغلط بأن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، فقالت : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » ، وحددت المادة ١٢٢ منه بعض حالات الغلط ، كالغلط في صفة جوهرية للشيء ، كشراء قطعة على أنها أثرية فتبين خلاف ذلك ، والغلط في ذات الشخص المتعاقد أو في صفة من صفاته ، والغلط في مادة الشيء أنها من صوف فكانت من قطن مثلاً ، والغلط الجوهري هو الغلط الذي يكون جسيماً بالنسبة للعاقد بحيث لو كان يعلم به قبل العقد لما أقدم على التعاقد (٢) .

أما التدليس في الاصطلاح القانوني فهو خديعة توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد (٣) ، فالعاقد في هذه الحالة يقع فريسة التضليل والايهام من صاحبه فيندفع إلى التعاقد ، ولولا هذا التدليس لكان له موقف آخر ، ولما أقدم على العقد ، فيعتبر القانون هذا التدليس جسيماً ، ويخول صاحبه أن يطلب إبطال العقد (٤) .

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

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

(٢) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٨١ ، النظرية العامة للالتزام ،

سوار ١/٨٨ وما بعدها ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ٩٠ .

(٣) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ١/١٨٥ ، النظرية العامة للالتزام ،

سوار ١/١٠١ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٢ .

(٤) المادة ١٢٦ من القانون المدني السوري .

الحقيقي ، ولا ينبع منه، وهذا اختلال في الرضا وعيب في الايجاب أو القبول، ولذلك تدخل القانون لحماية هذا الشخص المكره ، ومنحه الحق في طلب إبطال العقد بعد زوال الإكراه عنه، ، كما يحق للمكره أن يطلب التعويض من الطرف الثاني على الأضرار التي لحقته من ذلك (١) .

أما الغبن الاستغلالي فهو أن يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامعاً في أمر من الأمور فيستغله لمصلحته ، ويحمل صاحبه على العقد أولاً ثم إلى إيقاع الغبن فيه بشكل لا تتوازن معه الالتزامات بين الطرفين ، وهذه الحالة تدل على عدم سلامة الرضا في العقد ، وأنها مشوبة بالعيب، لذلك تدخل القانون المدني في المادة ١٣٠ منه ، وأجاز للعائد المغبون أن يطلب من القاضي إبطال العقد أو انقاص الالتزام المترتب عليه (٢) .

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

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

ثالثاً : اهلية البائع والمشتري :

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

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

(٢) انظر : النظرية العامة للالتزام ، سوار ١/١١٢ ، نظرية الالتزام العامة ،

الزرقا ١/٢٠٦ ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ص ١٢٥ .

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

ومناطق أهلية الأداء في القانون هو الرشد ، أي بلوغ الشخص ثماني عشرة سنة ، فجاء في المادة ٤٦ من القانون المدني ق ١ : « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » ، ونصت الفقرة الثانية على ما يلي : « وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية » ^(١) ، وأجاز القانون المدني للصبي المميز الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره أن يقوم بالبيع أو الشراء بإذن الولي أو المحكمة ^(٢) ، ثم جاء قانون الأحوال الشخصية السوري بعد القانون المدني ، وأذن للقاصر إذا بلغ ثلاث عشرة سنة أن يتولى إدارة أمواله التي كسبها من عمله الخاص ^(٣) .

- (١) نصت المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ، وهي ثماني عشرة سنة كاملة .
- (٢) تنص المادة ١١٣ من القانون المدني : « إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » .
- ونصت المادة ١٦٤ من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي : ١ - ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد ٢ - للقاضي أن يأذن بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسليم جانب من هذه الأموال لإدارتها .
- (٣) المادة ١٦٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

ويرى بعض شراح القانون أن مناطق الأهلية في القانون هي التمييز ، وليس البلوغ أو الرشد ، يقول السنهوري : « فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية » ، وهذا الرأي يجانبه الصواب ، ولا يتفق مع النصوص القانونية التي اعتبرت عقد الصبي المميز قابلاً للإبطال ، واعتبره القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية ناقص الأهلية مع كونه مميزاً ، (انظر : الوسيط للسنهوري ٤/١٠٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٤٤) .

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

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

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

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

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

(٢) المادة ٤٧ من القانون المدني السوري .

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

التعاقد عليها ولا الاتفاق على مخالفتها (١) .

وأحكام الأهلية للبائع والمشتري تتفق مع ما ورد عن جمهور الفقهاء في تقسيم أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام : كامل الأهلية ، وناقص الأهلية ، وعديم الأهلية ، ولكن يختلف القانون مع جمهور الفقهاء في تحديد السن لكل قسم ، فأهلية الأداء الكاملة تتحقق شرعاً بالبلوغ الطبيعي الذي يتم غالباً في الرابعة عشرة من العمر ، فمن بلغ عاقلاً في هذه السنة أصبح كامل أهلية الأداء في جميع التصرفات ، أما أهلية الأداء الناقصة فتتحقق بالتمييز وهو في السنة السابعة من العمر ، أما قبل السابعة فيعتبر الإنسان فاقد التمييز ، وفاقد أهلية الأداء (٢) .

ويرى الشافعية أن أهلية الأداء عند الإنسان تمر بمرحتين فقط ، مرحلة ما قبل البلوغ ، ويكون الشخص فيها فاقد الأهلية الأداء نهائياً ، ومرحلة ما بعد البلوغ ، ويتمتع الشخص بأهلية الأداء الكاملة (٣) .

رابعاً : النيابة في البيع :

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

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

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

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

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

إنشاء تصرف قانوني مع انصراف آثاره إلى الأصيل (١) .

وعرف علماء الفقه الإسلامي النيابة بأنها قيام شخص مقام غيره في التصرف عنه بتفويض مشروع (٢) .

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

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

وتنقسم النيابة بالنظر إلى مصدرها إلى ثلاثة أقسام :

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

٢ - نيابة قضائية : وهي التي يكون مصدرها القاضي كالوصي والقيم والحارس القضائي ووكيل التسلية .

٣ - نيابة اتفاقية : وهي التي يكون مصدرها الاتفاق بين النائب والأصيل للقيام بعمل ما ، وتعرف بعقد الوكالة (٣) .

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

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

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

ويُفرق بين النائب والرسول بأن النائب يعبر عن إرادته ، وتنصرف الآثار مباشرة إلى المنوب عنه ، أما الرسول فإنه مجرد ناقل لإرادة المرسل ، ولذلك يعتبر التعاقد مع الرسول عقداً بين غائبين ، والتعاقد مع النائب عقداً بين حاضرين ، وأن العبرة لإرادة المرسل في عيوب الرضا ، أما في النيابة فالعبرة لإرادة النائب في عيوب الرضا ، وفي حسن النية وسوءها في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً معيناً على حسن النية أو سوء النية ، لأن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في التعاقد وحرية التقدير والمساومة وغيرها (١) .

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

ويشترط في النائب أن يكون كامل الأهلية ، إلا في النيابة الاتفاقية ، وهي الوكالة ، فيجوز للأصيل أن يوكل صغيراً مميّزاً في التصرف ، كما يشترط في النائب قانوناً أن يصرح في العقد بأنه ينوب عن الأصيل (٢) ، ونظراً لما يترتب على هذا الشرط من صعوبة ومضايقة وإشكال في التعاقد ، وأن الطرف الثاني في العقد لا يهمه أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب عنه ، ولعدم تطبيق ذلك في الغالب عملياً ، فإن شراح القانون فتحوا أبواب الاستثناءات الواسعة لهذا المبدأ ، كما لو كان

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

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

(٢) المادة ١٠٧ من القانون المدني السوري .

المتعاقد مع النائب يعلم بنيابته أو كان من المفروض أن يعلم بذلك من دلائل الظروف والقرائن كالتعاقد مع الخادم أو السمسار ، وكما لو استوى الأمر في التعاقد مع النائب أو الأصيل في العقد كبيع قطعة قماش ، وبذلك تصحح معظم عقود النائب ، إلا في بعض الحالات التي يجب عليه التصريح في العقد بنيابته ، وهذا ما قرره سابقاً الفقه الإسلامي فلا يشترط التصريح بالنيابة إلا استثناء كالنكاح ، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني (١) .

كما يشترط في النائب ألا يتجاوز حدود نيابته التي يقرها القانون أو القاضي أو الأصيل (٢) ، فإن تجاوز حدوده كان التصرف إما باطلاً كالتبرع من مال القاصر ، وإما أن يكون موقوفاً على إجازة الأصيل ، كما لو حدد الأصيل مقدار الثمن فاشترى الوكيل بأكثر من ذلك ، أو باع بأقل منه ، فتكون الزيادة أو النقص موقوفة على إجازة الأصيل ، فإن أجازها نفذ ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وهذا ما يقرره الفقه الإسلامي (٣) .

وإن تصرف النائب بعد انقضاء نيابته أو عزله ، فإن لم يكن عالماً بذلك قبل التصرف ، ولم يكن المتعاقد معه يعلم ذلك ، فالتصرف صحيح وينفذ على الأصيل وعلى خلفائه من بعده كالورثة ، وإن كان النائب يعلم ذلك أو كان المتعاقد معه يعلم بانتضاء النيابة فلا يسرى العقد على الأصيل ولا على خلفائه (٤) .

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

(٢) المادة ١٠٦ من القانون المدني السوري .

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

(٤) المراجع السابقة .

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

خامساً : المراحل التمهيدية للبيع :

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

١ - الوعد بالبيع :

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

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

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

٢ - البيع الابتدائي :

وهو الاتفاق على مشروع كامل لعقد البيع دون الالتزام به فوراً ، وإنما يتم الاتفاق على وعد بالبيع والشراء وملزم للجانبين مع تحديد كاف للبيع ، على أن يتم الانعقاد في وقت محدد لاحق ، وقد يتم الاتفاق في البيع الابتدائي أن يكون ملزماً لجانب واحد ، أو أن يكون ملزماً للجانبين ، أو غير ملزم للجانبين ، وينعقد البيع الابتدائي بنفس الأركان والشروط التي ينعقد بها البيع النهائي ، وتترتب عليه نفس آثار البيع النهائي ، مع فارق أساسي وهو أن الالتزامات لا تترتب على العقد إلا بعد إبرام العقد النهائي ، فيما عدا الالتزام بإبرام العقد في الوقت المتفق عليه^(١) .

٣ - البيع بالعربون :

وهو أن يتم البيع الابتدائي ويقترن بدفع أحد العاقلين - وغالباً المشتري - مبلغاً من المال إلى البائع ، ليكون محسوباً من الثمن ، ويكون لكل من العاقلين في هذه الحالة حق العدول عن العقد قبل تنفيذه تحت طائلة الخسارة للعربون^(٢) ، وقد يقصد الطرفان من دفع العربون بدء التنفيذ الحقيقي لبيع نهائي ، وذلك بالتصريح

سوار ٨٣/١ ، الوسيط للسنهوري ٥٥/٤ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٥٩ ، العقود المسماة ، بدرأوي ص ١٢٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٣٥ ، نرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٤٤ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ٥٨ ، النظريات الفقهية ، الدريني ص ٢٦٨ .
(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٨٠/٤ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧١ .

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

- ١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .
- ٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه ، ردّ ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

لذلك ، أو فهمه من القرائن والظروف المحيطة بالعقد ، والقاضي يبحث في ذلك لتكييف العقد عند الاختلاف، وترتيب الآثار المترتبة عليه، علماً بأن العربون لا يعتبر شرطاً جزائياً فلا يخضع لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، وإنما يستحقه الطرف الثاني لجرد العدول ، سواء حصل له ضرر أم لا (١) .

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

سادساً : الأوصاف المعدلة للبيع :

الأصل في العقود أن يكون التراضي فيها منصباً على العقد المنجز الكامل ، ولكن قد تتجه إرادة أحد المتعاقدين لتقييد البيع بقيد ما ، كأن يكون البيع معلقاً على شرط ، فيتوقف الانعقاد على حصول الشرط ، أو تتوقف آثار العقد على وقوع أمر في المستقبل ، غير محقق الوقوع ، أو أن يكون العقد مضافاً إلى أجل معين ، فيصبح نفاذ العقد مترتباً على الزمن المستقبل ، وهو محقق الوقوع (٢) ، وبذلك يكون تعليق البيع على شرط أو أجل أهم الأوصاف التي تعدل في آثار العقد .

ويتنوع الشرط الذي يتعلق عليه العقد إلى نوعين :

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

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

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

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

الثاني : الشرط الفاسخ : وهو ما يربط به زوال العقد ، كمن يشتري بضاعة بشرط أن لا يرهن المبيع لحين أداء الثمن ، ومثل أن يشتري شيئاً ويشترط البائع عليه أن لا يبيعه أو يمتنازل عنه أو يرتب عليه حقاً عينياً حتى يدفع جميع الأقساط ، ويترتب عليه نفاذ العقد أثناء فترة التعليق ، فإن تحقق الشرط الفاسخ زال حق الدائن وسقط واعتبر كأن لم يكن ، وإن تخلف الشرط الفاسخ تأكد حق الدائن واستقر ، فالعقد المعلق على شرط فاسخ منعقد ولكنه مهدد بالزوال ، فإن تم البيع مثلاً بشرط فاسخ ، فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري ، لكن إن حصل الشرط الفاسخ زالت الملكية بأثر رجعي ، ويجب على المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وإن انتهت مدة التعليق وتخلف الشرط الفاسخ فإن الملكية تستقر للمشتري ، ويتأكد حقه نهائياً في المبيع ، ويعتبر مالكا له . إبرام العقد (١) .

والفرق بين النوعين أن العقد في الشرط الواقف معدوم ، ولكنه يحتمل الوجود ، وفي الشرط الفاسخ يكون العقد موجوداً ، ولكنه يحتمل الزوال (٢) .

وكذلك يتنوع الأجل المضاف إلى المستقبل إلى نوعين :

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

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

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

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٨٣/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص

٧٢ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٣٦١/١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٢٥ .

حلول الأجل الفاسخ دون أن يكون له أثر رجعي^(١) .

والفرق بين التعليق على شرط ، وبين التعليق على الأجل أن الشرط غير محقق الوقوع في المستقبل ، أما الأجل فإنه محقق الوقوع ، كما يجب التفريق بين إضافة العقد إلى أجل ، وبين إضافة آثار العقد إلى أجل ، ففي الحالة الأولى لا تترتب الآثار على العقد إلا بعد حصول الأجل ، أما في الحالة الثانية فيكون العقد باتا وتترتب عليه الآثار ، لكن المدين لا يلتزم بالأداء والتنفيذ إلا في الوقت المحدد كالبيع بضمن مؤجل^(٢) .

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

لكن القانون المدني السوري عرض بعض الأوصاف المعدلة للبيع بشكل خاص ، واعتبر بعضها ممنوعا وباطلا كبيع الوفاء ، وهو أن يتفق البائع والمشتري على العقد مع حق البائع بالعدول عن البيع وإعادة المبيع إليه خلال مدة معينة على أن يعيد الثمن إلى المشتري^(٣) ، ونص القانون المدني السوري على إلغائه ، وسوف نخصص له بحثا مستقلا في أنواع البيع .

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

(١) المادة ٢٧٤ من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٣ وما بعدها .

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

المبحث الثاني

المبيع

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

الفرع الأول

تعريف المبيع وشروطه

اولا : تعريف المبيع :

المبيع هو محل البيع ، وهو المعقود عليه في عقد البيع ^(١) ، ومحل البيع هو

(١) يرى علماء القانون أن البيع له محلان ، لأن المحل عندهم في الواقع هو ركن في الالتزام لا في العقد ، وبما أن البيع عقد ملزم للجانبين فإنه ينشئ التزامات متقابلة على كل من البائع والمشتري ، ويكون محل التزام البائع هو المبيع ، ومحل التزام المشتري هو الثمن ، فالبيع له محلان : المبيع والثمن . ويرى علماء الشريعة أن المبيع هو محل البيع فقط ، لأن العقد يرد عليه مباشرة ، وهو المقصود من البيع ، وأن الثمن عوض عن المبيع وليس مقصودا لذاته في البيع ، وإنما هو وسيلة لتسهيل التبادل .

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

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

الذي يثبت فيه أثر البيع وحكمه (١) .

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

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

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

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

ثانياً : شروط المبيع :

يشترط في المبيع أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون المبيع موجوداً :

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

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

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

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

الوجود في المستقبل ، والعبرة بالوجود وقت تمام العقد (١) .

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

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

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

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

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

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

قبل أن يتمه (١) .

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

وقد يفرض القانون قيوداً على البيع لشيء محتمل الوجود في المستقبل لاعتبارات خاصة ، كبيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه الحقوق قد توجد وقد لا توجد ، ولكن القانون وضع قيداً على بيعها بمنع بعض الأشخاص من شرائها ، كما سندرسه تفصيلاً في أنواع البيوع (٢) .

وإن كان الشيء مستحيل الوجود في ذاته ، فلا يصح بيعه ، ويكون العقد باطلاً ، وهو ما نص عليه القانون « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً » (٣) .

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

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٩١/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٦ ومابعدهما ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١١١ ، العقود المسماة ، بدرأوي ص ١٩٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٣١ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ١٢٠ .
(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٩٣/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٢٠ ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١١٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٣٧ .
(٣) المادة ١٣٣ من القانون المدني السوري .

المعدوم ، « فنهى عن بيع الثمار حتى بدو صلاحها » ^(١) ، وقال عليه الصلاة والسلام : « لا تبع ما ليس عندك » ^(٢) ، ونهى عن بيع الغرر ^(٣) .

واشترط الفقهاء أن يكون المبيع موجوداً ، فجاء في مرشد الحيران : « يشترط أن يكون المبيع موجوداً » ^(٤) ، ونصت مجلة الأحكام العدلية في البيع : « يلزم أن يكون المبيع موجوداً » ^(٥) ، وقال قدري باشا « بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ، ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل » ^(٦) ، وكذلك ذكرت مجلة الأحكام العدلية « بيع المعدوم باطل ، فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً » ^(٧) .

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

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

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

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

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

(٤) المادة ٣٦٥ من مرشد الحيران ، وانظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد

١ / ١٦٧ ، ٢٢٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ٣ / ١٣ .

(٥) المادة ١٩٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٦) المادة ٣٨٢ من مرشد الحيران .

(٧) المادة ٢٠٥ من مجلة الأحكام العدلية .

ويستثنى أيضا من بيع المعدوم بيع الاستصناع ، وهو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص ، مادته من الصانع ^(١) ، كالأثاث والمفروشات ، فإنها معدومة عند العقد ^(٢) .

وسار على هذه الأحكام القانون المدني الأردني في البيع والسلم ، ثم خطأ خطوة جديدة فنص في المادة ١٦٠/١ على مايلي : « يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء في المستقبل إذا انتهى الغرر » فأجاز بيع المعدوم في الحال ، والذي سيوجد في المستقبل بشرط انتهاء الغرر ، وجاء في المذكرة الايضاحية له أنه تبنى في هذا رأي ابن قيم الجوزية الذي يجيز بيع المعدوم ، وأن العلة في منع البيع في الأحاديث الشريفة هو الغرر ، فإن انتهى الغرر جاز العقد ، والمقصود بالغرر هو عدم القدرة على التسليم ^(٣) ، أما إذا كان المحل مستحيلا لذاته فالعقد باطل ^(٤) .

٢ - أن يكون المبيع معينا :

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

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

(١) المادة ٥٥٤ من مرشد الحيران .

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

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

- ٣٦١ -

(٤) المادة ١٥٩ من القانون المدني الأردني .

ويختلف تعيين المبيع بحسب كونه من الأشياء القيمة أو المثلية •

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

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

فإن لم يتم تعيين المبيع بالعقد ، ولم تذكر الأسس التي يتم بها تعيينه في المستقبل كان العقد باطلاً بطلائعاً مطلقاً (١) •

وإذا عين نوع المبيع ومقداره وجنسه في العقد ، وكانت له درجات متفاوتة ، ولم يذكر في العقد تحديد الجودة ودرجتها فيجب على البائع أن يسلم المشتري صنفاً وسطاً ، فلا يكلفه البائع بالجيد والممتاز حتى لا يقع الغبن عليه ، ولا يقبل منه أن يقدم الرديء حتى لا يقع الغبن بالمشتري (٢) •

البيع بالتقدير والجزاف :

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

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

وانظر : الوسيط ، السنهوري ٢٢٥/٤ • نرح احكام عقد البيع ، عمران ص

١٠٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٢ ، القانون المدني السوري ، الزرقا ص ١٢٢ •

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

وانظر : المراجع السابقة •

من القماش ، أو خمسين بيضة، كل واحدة منها بسعر معين ومحدد، ولذلك يتوقف تحديد المبيع ومعرفة الثمن على معرفة المقدار من الوزن أو الكيل أو القياس أو العدد، ويتم التقدير بالوزن أو الكيل أو المقياس أو العدد في الزمان والمكان الذي يتفق عليه الطرفان ، وإلا بحسب العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي زمان تسليمه ، ويجب أن يقع التقدير من البائع أو نائبه بمحض من المشتري أو نائبه (١) .

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

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

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

الشائعة ، حكيم ص ١٢٣ .

يتوقف مقدار الثمن فقط على التقدير^(١) .

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

والصحيح هو القول الأول ، لأن الثمن مذكور في البيع ، وصحيح أنه لم يحدد ولم يقدر في العقد، ولكنه قابل للتعين، وهذا ما اكتفى به القانون بأن يتم تعيين المبيع وكذلك الثمن إما في العقد صراحة ، وإما أن يتضمن العقد أسساً كافية لتعيينهما ، وهذا مانص عليه القانون المدني السوري صراحة : « ويكون البيع جزافاً ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع^(٢) » .

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

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

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٢٧/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٦ ، العقود

الشائعة ، حكيم ص ١٢٤ ، العقود المسماة ، البدر اوي ص ٢٤٨ .

(٢) المادة ٣٩٧ من القانون المدني السوري . وسوف نبحث عن حكم انتقال

ملكية المبيع جزافاً في التزامات البائع فيما بعد . (وانظر : الوسيط ، السنهوري ٢٢٩/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٦) .

البيع قاسداً في اصطلاح الحنفية ، وفاسداً وباطلاً عند الجمهور ، فلا يصح بيع شاة من قطيع ، ولا يصح شراء أحد هذه الأثواب الثلاثة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تضر العقد لتساهل الناس فيها ، والعبرة في تمييز الجهالة الفاحشة عن الجهالة اليسيرة هو العرف ، ومما اعتبر من الجهالة اليسيرة بيع الجزاف ، كبيع صبرة من قمح بكذا ، لزوال الغرر في ذلك^(١) ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة^(٢) الذي كان شائعاً في الجاهلية ، وهو أن يقول : بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمي الحصاة^(٣) .

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (المواد ٢٠٠ - ٢٠٢) ، ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران (المادتان ٣٦٥ - ٣٦٦) ، وجاء القانون المدني الأردني فسار على هذا المنوال ، ونص في المادة ١٦١ فقرة ١ على ما يلي : « يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً فافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد ، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات ، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة » ، وبينت المذكرة الإيضاحية له أن الجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة ، وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل ، كأن يبيعه دابة من الدواب ، دون أن يبين جنسها ، أو يبيعه جميع ماله في هذه الدار من الدواب والثياب ولا يعلم ما فيها ، وكذا الناشئة عن التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الأفراد ، وأشارت إلى أن الجهالة اليسيرة لا تمنع صحة العقد ، وأن المدار في ذلك على العرف ، وعلى وقوع النزاع فيه أم لا^(٤) .

(١) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١ / ٢٤٩ وما بعدها ، مرآة المجلة ١ / ٨٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ٣ / ٦٢ ، مغني المحتاج ٢ / ١٦ ، كشف القناع ٣ / ١٥٦ ، درر الحكام ٢ / ١٤٥ ، ١٤٧ ، المهذب ١ / ٢٧٣ .
(٢) رواه مسلم واحمد واصحاب السنن عن أبي هريرة مرفوعاً . (انظر : نيل الأوطار ٥ / ١٦٦) .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٥ / ١٦٧ .

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

٣ - أن يكون المبيع مشروعاً :

يشترط في المبيع أن يكون مشروعاً ، بأن يسمح القانون أن يتعامل به الناس وألا يكون خارجاً عن التعامل ، ليصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ، تطبيقاً لنص القانون المدني « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » (١) .

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

فالمبيع الخارج عن التعامل بسبب طبيعته وأنه لا يصح أن يقع العقد عليه ، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغيرها ، فإنها لا تصلح أن تكون محلاً للبيع ويستحيل تملكها ، إلا إذا حاز إنسان شيئاً منها بطرود معينة فيجوز بيعها بعد ذلك (٢) .

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

(١) المادة ١٣٦ من القانون المدني السوري .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهاوري ٤ / ٢٦٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران

ص ١٠٢ ، القانون المدني ، الجراح ص ١٠٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣٢ .

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

الإنسان أو أجزاء منه لأهداف إنسانية ، ومنع بيع الحقوق التقاعدية والمرتبات لمدى الحياة المخصصة لضحايا إصابات العمل والنفقة لدوافع إنسانية وأخلاقية والمحافظة على النظام العام أو الآداب العامة أو الأمن العام وغير ذلك (١) .

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

وفي الفقه الإسلامي يشترط في المبيع أن يكون مالا متقوماً ، أما الأشياء التي لا تعد مالا شرعاً (٢) فلا يجوز بيعها والتعامل فيها كبيع الإنسان الحر وبيع الميتة والهواء والدم ، والنجاسات ، فإنها لا تعد مالا ، كما يشترط في المال أن يكون متقوماً ، وهو المال الذي يجوز الانتفاع به شرعاً ، ويباح التعامل به ، أو المال الذي له قيمة في ذاته ، أو المال المحرز في اليد ، بحسب الاختلاف بين الحنفية والجمهور في ذلك ، فلا يجوز بيع الخمر والخنزير وآلات اللهو لأنه غير مباح

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

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

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

عند الحنفية ، كما لا يجوز بيع الطير في الهواء والسماك في الماء والحطب والكلا وغيرها لأنها أموال غير محرزة ، وقال جمهور الفقهاء لا يجوز بيع الماء غير المحرز كمياء البحار والأنهار لأنها مباحة لجميع الناس ، ولا يختص بها أحد دون غيرها ، أما الماء المحرز فيجوز بيعه ، كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع مال الوقف لأنه خارج عن التعامل ولأنه مخصص للمنفعة العامة ، وأن ملكيته انتقلت إلى الله تعالى ، أو إلى غير مالك ، أو إلى الموقوف عليهم مع منعهم من بيعه ، بحسب اختلاف الفقهاء في تكيف الوقف وتحديد ملكيته (١) .

وهذا الشرط عند الفقهاء يتفق مع شرط المشروعية عند علماء القانون ، كما أن اشتراط المبيع أن يكون مالا متقوماً هو شرط متفق عليه بين الفقهاء مع الاختلاف في جزئيات بسيطة ، ونصت مجلة الأحكام العدلية عليه في المادة ١٩٩ منها : « يلزم أن يكون المبيع مالا متقوماً » ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران بقوله « يجوز بيع كل ما كان مالا موجوداً متقوماً مملوكاً في نفسه مقدور التسليم » ثم قال : « بيع مالا يعد مالا أصلاً وما ليس مقدور التسليم وما كان غير محرز من المباحات ، ولو في أرض مملوكة للبائع باطل » (٢) ، ويلاحظ من كلام قدري باشا التفسيرات الثلاثة للمال المتقوم بالإباحة شرعاً أو القدرة على التسليم والإحراز أو جواز الانتفاع به .

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

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

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

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

٤ - أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وقابلاً لانتقاله إلى المشتري :

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

وهذا الشرط ليس من شروط انعقاد البيع ، وإنما هو من شروط لزومه وفقاده ، فإن فقد كان العقد قابلاً للإبطال •

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

ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني في هذا الشرط ، ويشترط الفقهاء في المبيع أن يكون مملوكاً للبائع ، وفرعوا عن ذلك شروطاً كثيرة ، كأن يكون المبيع مقدور التسليم من البائع ، فإن لم يكن داخلياً في ملكه فلا يستطيع تسليمه وقد يكون مملوكاً ، ولا يستطيع تسليمه ^(٢) • لكن الفقهاء اختلفوا في تكييف هذا

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

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

الشرط ، فيرى الحنفية أنه شرط نفاذ ، وأن بيع ملك الغير ينعقد ، ولكنه موقوف على إجازة المالك ، بينما يرى الشافعية أنه شرط انعقاد وصحة ، وأن بيع الغير باطل أصلاً ، وسوف نعود لتفصيل هذا في أنواع البيوع .

٥ - أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري :

يشترط في المبيع أن يكون معلوماً عند المشتري قبل العقد أو عند العقد ، وهذا الشرط نص عليه القانون المدني السوري في عقد البيع خاصة ، ولذلك سوف نتناوله بالتفصيل فيما يلي .
ويقابله في الفقه الإسلامي وجوب رؤية المبيع عند العقد أو قبله ، وإلا ثبت للمشتري خيار الرؤية ، لما جاء في الحديث الشريف « من اشترى مالم ير فله الخيار إذا رأى » ، كما سيأتي .

الفرع الثاني

مطلومية المبيع

أولاً : اشتراط معلومية المبيع :

نصت المادة ٣٨٧ الفقرة الأولى من القانون المدني السوري على ما يلي :
« يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً » (١) .

هذا النص يتضمن شرطاً خاصاً بعقد البيع ، استمد منه القانون المدني من خيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي عند الحنفية (٢) ، وأنه يختلف عن

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

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

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

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

أما معلوماتية المبيع فتتم بالاطلاع عليه ومعرفة حقيقته ليتأكد المشتري من صلاحية المبيع له ، وأنه يحقق رغبته فيه ، وأنه صالح لما يقصده منه ، فإن لم يعلم المشتري بالمبيع فلا يبطل العقد لأن العقد موجود ، وينتج آثاره ، وتنتقل الملكية ، ولكن يحق للمشتري طلب الإبطال ، ويسمى في الفقه الإسلامي « خيار الرؤية » .
والمثال يوضح ذلك : إذا كان العقد على شراء قطعة أرض زراعية ، فيشترط لانعقاد البيع أن يتم تعيين حدودها وموقعها ومساحتها ، ويشترط للزوم البيع أن يعلم المشتري بالأرض حقيقة فيعرف خصائصها ونوع التربة ، وما تصلح له من مزروعات أو أشجار وغيرها (١) .

يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحالي (السابق) على وجه توفيق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية ، وبين المبادئ العامة للقانون المدني ، وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً ، فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٨/٤ وما بعدها) .

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

ومعلومية المبيع أو خيار الرؤية شرط مننوح للمشتري فقط دون البائع، فلا يشترط في البائع أن يعلم المبيع ، لا لصحة العقد ولا للزومه ، لأن القصد الأساسي من مشروعية البيع هو نقل ملكية المبيع للانتفاع به ، وهذا قصد للمشتري ، لذلك منح حق الرؤية ، أما قصد البائع فهو الثمن ، كما أن المبيع في الغالب الشائع أن يكون تحت يد البائع وتصرفه ، فالأصل أن يكون مطلعاً عليه وعالماً به ، فإن كان عنده وتحت يده ولم يطلع عليه فيكون مقصراً في حق نفسه ، ويتحمل هو نتيجة ذلك ، كما لو ورث تركة ثم باعها قبل أن يعلم ما فيها ، فلا خيار له ، ويقع البيع صحيحاً ولازماً (١) .

ثانياً : المقصود بالعلم بالمبيع :

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

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

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

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

منها ، وإن العلم ببعضها لا يكفي ولا يفيد العلم بالباقي ، كما لو رأى غرفة واحدة من دار مثلاً ، أو شاة واحدة من قطيع ، فلا يغني عن رؤية الباقي (١) .

وإن تعبير الفقهاء عن ذلك بخيار الرؤية لا يعني حصر العلم بالمبيع بالرؤية فقط ، وإنما عبروا عن أهم وسائل العلم وأكثرها شيوعاً واستعمالاً ، من عموم المجاز ، وهو استعمال اللفظ بمعنى أوسع من دلالاته الحقيقية ، أو من قبيل التعبير بالخاص وإرادة العام ، أو إطلاق الجزء وإرادة الكل (٢) .

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

ثالثاً : الوسائل العامة لمعلومية المبيع :

نص القانون المدني السوري على ما يلي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
- ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع (٣) .

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

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

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

(٣) المادة ٣٨٧ من القانون المدني السوري .

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

ومتى تمت المعاينة أو الشم أو التذوق أو الجس عند العقد اعتبر المشتري عالماً بحقيقة المبيع ، سواء أدت المعاينة إلى ذلك فعلاً ، أم لم تؤد ، ويكون العقد لازماً ، ويسقط حق المشتري من خيار الرؤية ، أو حقه في طلب الإبطال (١) •

٢ - العلم بطريق الوصف :

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

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

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٧ ، الوسيط ، السنهوري

١٢٣/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٧٨ •

ذلك مما يذكر عادة في الصحيفة العقارية له ، وهكذا القماش والقمح والأرض الزراعية وغيرها (١) .

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

وإذا اختلف المتعاقدان بعد العقد في كفاية الأوصاف التي ذكرت في العقد للعلم بالمبيع أو عدم كفايتها ، فإن ذلك يعود إلى تقدير المحكمة ومعرفة أهل الخبرة في كفاية الأوصاف أو عدم كفايتها ، لأن هذه مسألة ظروف ووقائع تترك لتقدير القضاة (٢) .

٣- إقرار المشتري بمعلومية المبيع :

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

(١) يقول الإمام النووي : « وتعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به » (مغني

المحتاج ٢/٢٠) .

وانظر: الوسيط ، السنهوري ١٢٣/٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص

١٠٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٥٩ .

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

وزكي ص ٧٩ .

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

وإقرار المشتري بعلمه بالمبيع قد يكون حقيقياً ، وأنه اطلع على المبيع فعلاً مسبقاً ، وقد يكون غير ذلك ، وأنه لم يطلع فعلاً على المبيع في الواقع ، ولكنه قصد من إقراره أنه لا يقيم أهمية بهذا العلم ، وأنه يتنازل عن حقه في الطعن في هذا العقد ، وأنه رضي بالمبيع على الصورة التي هو عليها ، وأن العقد لازم فيه ^(١) .

رابعاً : الجزاء القانوني عند عدم العلم بالمبيع :

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

وللمشتري أن يستخدم حقه في طلب إبطال البيع بعد العقد ، إذا لم يسبق له علم بالمبيع ولم تذكر في العقد الأوصاف الأساسية له ، وله الحق بطلب الإبطال سواء بعد اطلاعه ورؤيته للمبيع أم قبل ذلك ^(٢) .

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

(٢) انظر العقود المسماة ، الزرقا ٥٧/١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٠٩ ، العقود المسماة ، البدرابي ص ١٢١ .

ولكن شراح القانون اختلفوا في تكيف هذا الجزاء ، فذهب بعضهم إلى أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في الغلط ، وأن النص على معلومية المبيع لا جديد فيه ، وإنما هو للتأكيد ، وأن المشتري يحق له طلب إبطال البيع لوقوعه في الغلط ، وذهب فريق آخر إلى هذا الرأي وأضافوا أن النص الخاص على معلومية المبيع يعتبر قرينة على وقوع المشتري في الغلط ، أما في حالات الغلط العامة فيجب على المشتري أن يثبت وقوعه في الغلط في صفة جوهرية من صفات الشيء ليحق له طلب إبطال العقد ، ولكن أكثر شراح القانون ذهبوا إلى أن النص على معلومية المبيع يفيد حقاً جديداً للمشتري ، وهو حق مأخوذ من الفقه الإسلامي من خيار الرؤية ، وأنه يختلف عن حق المشتري في طلب الإبطال بسبب الغلط ، لأن القانون يشترط في الغلط أن يقع به المشتري وأن يكون البائع قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل أن يتبينه ، كما سبق بيانه ، أما حق المشتري بطلب الإبطال لعدم علمه بالمبيع فهو حق مطلق ولو لم يقع في غلط ، وهو حق له فقط دون البائع ، وللمشتري التمسك بهذا الحق ولو كان المبيع على الصورة التي تصورها المشتري أو توقعها أو يريدتها ولكنه لم يسبق له علم به فله الحق في طلب الإبطال^(١) .

خامساً : سقوط حق المشتري بإبطال البيع :

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

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٠ ، الوسيط للسنهوري ١٢٥/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٢ ، شرح القانون المدني ، الهلاي وزكي ص ٧٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٦ .

به ، أو إذا تعيب المبيع^(١) ، أو بموت المشتري ، فهذه خمسة أسباب ، وهي :

١ - الإجازة :

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

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

(١) يتبادر من نص القانون المدني في المادة ٣٨٧ الفقرة الثانية « وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع » يتبادر من هذه المادة أن إقرار المشتري بعلمه بالمبيع في العقد أحد أسباب إسقاط الحق ، وهذا غير صحيح ، وهو خطأ في التعبير القانوني ، والصواب أن يقال « لا يثبت للمشتري حق الإبطال » لأن العقد في هذه الحالة صحيح لازم ، وأن إقرار المشتري بعلمه بالمبيع إقرار منه بعدم ثبوت الحق له ، وبما أن الحق غير ثابت أصلاً ، وبالتالي لا يسقط ، وإن سوء التعبير القانوني حمل بعض شراح القانون إلى الوقوع في الخطأ بتقرير المخالفة بين القانون الذي يجيز لصاحب الخيار إبطال حقه قبل رؤية المبيع وبين الفقه الإسلامي الذي لا يجيز ذلك .
انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٢٦٤/١ الوسيط ، السنهوري ١٢٤/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٣ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨٢ وما بعدها ، أبحاث إضافية ، سوار ص ١٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٢ .

أنه عالم بالمبيع ، ولو لم يعلم به حقيقة وفعلاً ، ويكون ذلك منه قبولاً بالمبيع على الحالة التي هو عليها ، مع عدم تمسكه بحق الإبطال ، وعدم اعتباره للرؤية وعدمها ، لأن إجازته رضا بالمبيع ، والرضا يسقط الخيار^(١) .

٢ - التقادم :

إن حق المشتري في طلب إبطال العقد لعدم علمه بالمبيع لا يمكن أن يبقى على الدوام ، لأن العقد يبقى مهتداً بالزوال ، ويبقى البائع مهتداً أيضاً بطلب الإبطال . ويؤدي ذلك إلى اضطراب الأحوال وعدم استقرار المعاملات ، ولذلك تدخل القانون وحدد المشتري مدة معينة لاستخدام هذا الحق بإجازة البيع أو طلب إبطاله خلال سنة واحدة ، فإن أهمل حقه ، أو سكت عنه ، ولم يجز العقد ، ولم يطلب إبطاله ، سقط حقه بطلب الإبطال ، وأصبح العقد لازماً ، سواء علم خلال هذه المدة بالمبيع أم لم يعلم به ، وهذا مانص عليه القانون المدني صراحة « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة »^(٢) ، وهو تقادم قصير لسقوط الحق^(٣) .

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

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

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

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

ولم يرد نص على تاريخ البدء بهذه السنة في حالة عدم العلم بالمبيع ، ولذلك اختلف شراح القانون في ذلك ، فقال بعضهم : تبدأ السنة من تاريخ انعقاد البيع ، قياساً على مدة السقوط التي ذكرها القانون في الغبن الاستغلالي ، وقال آخرون : تبدأ السنة من اليوم الذي يستطيع فيه المشتري العلم بالمبيع ، أي من تاريخ استلام المبيع ، قياساً على مدة التقادم القصير في نقص الأهلية وحالات عيوب الرضا بالغلط أو التدليس أو الأكره ، فإن المدة تبدأ من تاريخ زوال السبب الموجب ، وقال فريق ثالث : تبدأ السنة من تاريخ العلم الكافي بالمبيع بعد البيع ، لأن التقادم حقيقة يبدأ بها^(١) .

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

لكن إذا حصل عارض لسقوط التقادم ، أو توقف التقادم أو غير ذلك فلا يجوز المطالبة بإبطال العقد على أية حال إذا انقضت خمسة عشر سنة من وقت تمام العقد^(٢) .

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

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

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

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

٣ - تصرف المشتري بالمبيع :

إذا تصرف المشتري بالمبيع بعد علمه به فإن تصرفه يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وكذلك إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل علمه به ، كالمبيع أو الهبة أو الوقف أو الإجارة ، لأن هذه التصرفات توجب حقاً للغير في المبيع ، وبالتالي يمتنع على المشتري حقيقة وفي الواقع أن يطلب إبطال البيع لتعلق حق الغير به ، وتعتبر الإجازة الضمنية صحيحة في الحالتين بشرط أن يكون المشتري يعلم بحقه فيها ، ثم يتصرف بهذه التصرفات ، فتعتبر إجازة ضمنية للبيع ، ويسقط حقه في طلب الإبطال^(١) ، ويقس شراح القانون هذه الحالة على مانص عليه القانون بأن المشتري يسقط حقه في طلب الإبطال إذا أقر في عقد البيع بأنه على علم بالمبيع ، وكان في الواقع غير عالم به ، ولم يسبق له اطلاع ومعرفة به^(٢) .

٤ - تعيب المبيع في يد المشتري وهلاكه :

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

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

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ١/٦٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٢٤ ، الوسيط ، السنهوري ٤/١٢٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٣ .

وعند تعيب المبيع أو هلاكه ، فإنه يستحيل العودة إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، لأن المبيع أصبح معيباً وقد تسلمه سالماً ، أو أنه تحول إلى شيء آخر (١) .

٥ - الموت :

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

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

وأرى ترجيح القول الثاني أخذاً بالقاعدة القانونية من جهة ، ولأن قانون الأحوال الشخصية في سورية خالف المذهب الحنفي ، وأخذ برأي المذاهب الثلاثة بانتقال الحقوق إلى الورثة وعدم سقوطها بالموت ، فيدخل حق المشتري بطلب الإبطال فيها ، وبالتالي ينتقل إلى الورثة ، ولا يسقط بالموت ، وهو ما جرت عليه محكمة النقض المصرية في حق الشفعة ، ويقاس عليه خيار الرؤية (٢) .

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

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

سادساً : خيار الرؤية في الفقه الإسلامي :

يثبت خيار الرؤية في المذهب الحنفي فقط والقول القديم عند الإمام الشافعي في عقد البيع ، ويثبت للمشتري فقط دون البائع ، وذلك إذا اشترى شيئاً معيناً بالذات ، ولم يكن قد رآه عند العقد أو قبله ، أخذاً بحديث الرسول ﷺ : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١) ، ويكون المشتري بالخيار بين إجازة العقد وبين فسخه ، ويكون العقد صحيحاً وناظراً ولكنه غير لازم من جهة المشتري فقط ، ولازم في حق البائع ، ويسقط خيار الرؤية برؤية المبيع وإجازة البيع صراحة وبالتصرف في المبيع تصرفاً يتعلق به حق الغير ، وبالموت لأن خيار الرؤية لا يورث ، وبكل فعل أو تصرف يقع على المبيع يتعذر معه رد المبيع إلى البائع بحالته التي كان عليها ، ويثبت هذا الحق في خيار الرؤية للمشتري بحكم الشرع في الحديث السابق ، ولو لم يشترط ذلك في العقد ، ويثبت له هذا الحق بعد العقد ورؤية المبيع ، وليس المراد بالرؤية مجرد الإبصار والمعاينة فحسب بل يشمل كل وسيلة تفيد المشتري معلومية المبيع كالشم والذوق والجس والوصف بالنسبة إلى الأعمى ، وذلك بحسب اختلاف الأشياء ، وقال أكثر الحنفية بأن خيار الرؤية غير مؤقت ، ويثبت مطلقاً في جميع العمر ما لم يسقط بأحد الأسباب السابقة ، وقال بعضهم : إنه مؤقت ، ويثبت خلال فترة إمكان الفسخ بعد الرؤية^(٢) .

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

(انظر : نصب الراية ٩/٤) .

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

كما قال الحنفية بصحة بيع العين الغائبة التي لم يرها المشتري إذا تمَّ في العقد وصفها بذكر الجنس والوصف ، ويكون العقد كالحالة السابقة صحيحاً وتاماً ولكنه غير لازم ، ويثبت للمشتري خيار الوصف^(١) .

أما المذاهب الفقهية الأخرى فلم تأخذ بخيار الرؤية نهائياً ، واشترطت أن يكون المبيع موجوداً عند العقد لرؤيته أو الإشارة إليه ، أو أن يكون المشتري قد رأى المبيع وعلم به قبل العقد ، واحتجوا بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر^(٢) ، وعن بيع الإنسان ما ليس عنده^(٣) ، والعين الغائبة فيها غرر وليست عند البائع في العقد ، وأنكروا حديث الرؤية السابق بأنه غير ثابت .

ولكن المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية في المذهب القديم والحنابلة قالوا - كما قال الحنفية - بجواز بيع العين الغائبة إذا ذكرت أوصافها في العقد ، ويكون العقد صحيحاً تاماً نافذاً ولكنه غير لازم ، ويثبت للمشتري الخيار لتحقيق الصفات ، وله فسخ العقد إذا لم تتوفر الصفات المذكورة في المبيع ، ويسمى خيار فوات الوصف ، وقال الشافعي في المذهب الجديد لا يجوز بيع الغائب نهائياً سواء وصف أم لا^(٤) .

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

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المواد ٢٠٠ - ٢٠٣ ، مرشد الحيران ، المادة

٣٦٨ وما بعدها .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن عن أبي هريرة مرفوعاً . (انظر : نيل

الأوطار ١٦٦/٥ ، نصب الراية ٩/٣) .

(٣) رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن عن حكيم بن حزام مرفوعاً بلفظ : « لا تبع

ما ليس عندك » . (انظر : نيل الأوطار ١٧٥/٥ ، نصب الراية ٩/٤) .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ٢٥/٣ ، مغني المحتاج ١٨/٢ ، المهذب للشيرازي

٢٦٣/١ ، المغني لابن قدامة ٤٦٥/٣ ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢٠٨/١ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٥٥/١ ، الوسيط للسنهوري ١٢٠/٤ ، كشاف القناع

١٣/٣ .

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

وجاء القانون المدني الأردني ، وتبنى النظرية الفقهية في الخيارات ، ونص عليها في القواعد العامة للعقد . (في لزوم العقد) ومنها خيار الرؤية ، فأخذ به بحسب المذهب الحنفي^(١) ، وبين في المادة ١٨٤ منه على ثبوت خيار الرؤية في العقود التي تحتل الفسخ ولو لم يشترط في العقد ، وذكر في المادة ١٨٥ أن خيار الرؤية يبقى حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد ما يسقطه ، وحدد صفة العقد في المادة ١٨٦ بأن خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد ، وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار ، وبين في المادة ١٨٧ مسقطات الخيار برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة وبسوت صاحبه وبهلاك المبيع كله أو بعضه وتبعيه وبتصرف من له الخيار تصرفاً لا يحتمل الفسخ أو تصرفاً يوجب حقاً للغير ، لكنه أخذ بالرأي الأشد لبعض الحنفية بأن خيار الرؤية لا يسقط بالاسقاط قبل الرؤية ولا بعدها ، لأنه يرى أن حق الرؤية حق لله تعالى ، ولا يمكن للعبد إسقاطه ، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة في الحالات السابقة^(٢) ، وختم الكلام عن خيار الرؤية بتحديد كيفية الفسخ فيه في المادة ١٨٨ ، وأن الفسخ يتم بالقول أو بالفعل صراحة أو دلالة بشرط علم المتعاقد الآخر .

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

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

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

الفرع الثالث

الوسائل الخاصة لمعلومية المبيع

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

الوسيلة الأولى

(١) البيع بالنموذج (العينة)

أولا : تعريف وبيان :

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

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

يتعذر نقله إلى مكان العقد لما يحتاج من تكاليف ، أو يصعب على المشتري أن يعاين المبيع كله وقت إبرام العقد ، فيقدم البائع نموذجاً منه ليطلع عليه المشتري ، ويقوم النموذج مقام رؤية المبيع كله ، ويغني الاطلاع على النموذج عن تعيين المبيع وبياناه وتحديد أوصافه الأساسية ، ولذلك ذكر القانون البيع بالنموذج بعد اشتراط معلومية المبيع مباشرة^(١) .

ويحقق البيع بالنموذج فائدتين :

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

الثانية : أن النموذج الذي يقدمه البائع للمشتري غالباً ، ويتم التعاقد على أساسه ، يصبح وثيقة مادية مضبوطة بيد المشتري ، ليطالب البائع بتنفيذ العقد بما يطابقها ، وعند الاختلاف بينهما يكون النموذج هو المعيار والمرجع الذي تعتمد عليه المحكمة وأهل الخبرة في تسليم المبيع المطابق للنموذج ، ولذلك يجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ النموذج وعدم التفريط به أو إتلافه أو التخلي عنه^(٢) .

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

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٧١ ، القانون المدني الأردني ، المادة ٤٦٨) .
(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري : « هذا النص جديد لا نظير له في التقنين السابق ... وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع ، واكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٢/٤) .

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

وجاء النص على بيع النموذج في القانون المدني السوري في المادة ٣٨٨ ، وهي :

- ١ - إذا كان البيع « بالعينة » (النموذج) وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .
- ٢ - وإذا تلقت « العينة » (النموذج) أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » (١) .

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

ثانياً : طبيعة البيع بالنموذج :

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

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

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

والخلاصة أن البيع بالنموذج يعتبر العقد فيه صحيحا وناظرا ولازما ، وليس للمشتري الخيار أو الحق في طاب الإبطال ، وهذا ما يميزه عن حالة البيع بدون رؤية المبيع أو دون العلم به علما كافيا^(١) •

البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي

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

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

(١) ذهب بعض شراح القانون وبعض المحاكم في مصر إلى اعتبار البيع بالنموذج بيعا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ، وهو تحقق المطابقة ، فإن لم يتحقق المطابقة سقط البيع ، أو انفسخ ، وقال الاكثرون إنه بيع بات .
(انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣٧/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦١ ، عقد البيع ، عامر ص ٤٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٨١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٦) •

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

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ^(١) ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (المادتان ٣٢٤ - ٣٢٥) ، ونص عليه المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران (المادة ٣٧٤) ، وجاء القانون المدني الأردني وسار على منواله حرفياً ، (المادتان ٤٦٨ - ٤٦٩) .

وخالف الحنابلة والظاهرية ، وقالوا لا يجوز هذا البيع ، ولا يصح بيع النموذج ، واشترط الحنابلة في البيع أن يكون المبيع معلوما للبائع والمشتري ، وأن يحصل العلم بالرؤية المقارنة للعقد ، وأن تتم الرؤية لجميع المبيع إن لم تدل بقيته عليه ، أو رؤية بعض المبيع إن دلت على بقيته ، ثم صرحوا وقالوا : « ولا يصح بيع الأنموذج » ^(٢) .

ثالثا : جزاء عدم مطابقة المبيع للنموذج :

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

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

-
- (١) انظر : مغني المحتاج ١٩/٢ ، حاشية اندسوقي ٢٤/٣ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الزحيلي ٣٦٨/١ .
- (٢) انظر : كشف القناع ١٥٢/٣ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٦٩/١ .

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

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

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

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

المصري .

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

(٣) انظر : عقد البيع ، عامر ص ٥١ ، الوسيط ، السنهوري ٢٣٧/٤ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٧ ، العقود المسماة الذنون ص ٧١ .

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

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

رابعا - الاختلاف في النموذج ومطابقته وهلاكه :

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

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

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

(٢) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١٩٦/٢ ، وهو ما أخذ به القانون العراقي في المادة ١/٥١٨ .

الحالة الأولى : الاختلاف في مطابقة المبيع للنموذج القائم :

إذا كان النموذج قائماً وموجوداً ، والطرفان متفقان على ذاتيته ، ولكنهما اختلفا في مطابقة المبيع الذي قدمه البائع على النموذج ، فهذه الحالة لم ينص عليها القانون ، وتطبق عليها القواعد العامة ، ويقع عبء إثبات المطابقة على البائع ، لأنه يدعى المطابقة ، والمشتري ينكرها ، والقاعدة العامة في الإثبات أن البينة على المدعي ، كما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع الموصوف بالمطابقة مع النموذج ، والقضاء هو الذي يفصل في ذلك ، ويعتمد البائع والمحكمة في ذلك غالباً على رأي الخبراء الذين يقارنون بين النموذج والمبيع ، والقاضي هو الذي يفصل في ذلك ، لأن رأي الخبير غير ملزم ، وأن تقدير القاضي وحكمه لا يدخل تحت تمحيص محكمة النقض (١) .

وهذا الحل يتفق عليه الفقه مع القانون ، لأن الأصل في الإثبات أن البينة على المدعي ، لكن القانون الأردني جعل الحكم عاماً ، ولم يفرض عبء الإثبات على البائع ، فقال « إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج ، وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة » (٢) .

الحالة الثانية : هلاك النموذج :

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

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢٣٧/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص

١٦٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١١٧ .

(٢) المادة ٤٦٩ ، الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني .

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

فإن كان النموذج عند المشتري - وهو الغالب الشائع - فتلّف في يده ، فيقبل قول البائع في المطابقة ، وعلى المشتري أن يثبت العكس بعدم مطابقة المبيع للنموذج ، فإن عجز عن ذلك خسر دعواه ، وحكم القاضي بالمطابقة ، وإن كان النموذج في يد البائع فتلّف عنده ولو بدون خطأ أو تقصير ، وادعى المطابقة ، فيقبل قول المشتري في عدم المطابقة ، وعلى البائع أن يثبت المطابقة ، وإلا خسر دعواه ، وهذا ما نص عليه القانون السوري في المادة ٣٨٨ السابقة ، ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة والقرائن (١) .

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

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

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

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

الأصل والظاهر ، وأنه ملتزم بتسليم هذا المبيع ، وعلى المشتري الذي يطالب بمبيع آخر يطابق النموذج الهالك أن يثبت المغايرة ، ليثبت حقه في طلب الإبطال .
أما إذا كان المتبايعان غير متفقين على ذاتية المبيع ، لكون المشتري لم يره ، وأن المبيع لم يحدد بالعقد كالمعين بنوعه ووصفه ، فهنا يقبل قول المشتري في المغايرة ، وعلى البائع إثبات المطابقة ، لأن البائع يدعي صحة تسليم هذا المبيع ، والمشتري ينكر^(١) .

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

« وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس » .
« وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ، وكان المبيع معيناً بالذات ومتفقاً على أنه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس ، وإن كان المبيع معيناً بالنوع أو معيناً بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول قول المشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس »^(٢) .

الحالة الثالثة : الاختلاف على ذاتية النموذج :

إذا حصل اختلاف بين الطرفين على ذاتية النموذج الموجود القائم ، فادعى أحدهما أنه النموذج المتفق عليه في العقد وأنكر الآخر ذلك وادعى أنه نموذج آخر ، غير المتفق عليه ، فهذه الحالة سكت عنها القانون السوري وأصله المصري ، وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري أن المشروع قد ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة^(٣) .

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

(٢) المادة ٤٦٩ من المدني الأردني .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٣/٤ .

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

ولكن تطبيق قاعدة الحالة الثانية على هذه الحالة غير صحيح ولا يتفق مع المنطق القانوني ، ويتعارض مع العلة والحكمة التي قامت عليها القاعدة القانونية السابقة التي جعلت عبء الإثبات في حالة الهلاك الحقيقي ذا طابع جزائي مدني ، وحملت من تلف النموذج عنده أو هلك مسؤولية ذلك ولو كان بدون خطأ منه أو تقصير ، وطلبت منه عبء الإثبات ، وهنا النموذج قائم وموجود ، ولم يتلف ، وإنما الخلاف على ذاتيته ، وهل غيرهم من موضع عنده أم حافظ عليه ؟ وأنه يدعي أن النموذج الموجود هو ذاته النموذج الأصلي ، فلا يصح أن نعتبره هالكا ونحمله مسؤولية الهلاك وجزاءه (١) ؟

ولذلك اختلف شراح القانون في هذه الحالة إلى قولين :

١ - ذهب أكثر شراح القانون إلى تصديق صاحب اليد الذي كان النموذج عنده ، ويعتبر مدعى عليه سواء كان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الثاني أن يثبت العكس (٢) ، معتمدين على الإشارة التي وردت في المذكرة الإيضاحية في حل المسألة في القانون السويسري ، فقالت : « ويعني القانون السويسري (م ٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء كان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس ،

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

(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٥٠ ،

العقود الشائعة ، حكيم ص ١٢٧ .

وقد آثر المشرع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات»^(١) .

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

وأرى أن تعليل فضيلة الزرقا بوجوب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية صحيح ومنطقي حسب المادة الأولى من القانون المدني ، ولكن لا أوافق على قياسه على حالة الهلاك في الشريعة ، لأنه يتنافى مع العلة القانونية في الحالة الثانية التي فصلت حكم الهلاك ورتبت عليه تحميل التبعة الجزائية على من هلك النموذج عنده ، وهنا العكس تماماً فإن من يحتفظ بالنموذج يعتبر أميناً ، ويقبل قوله ، وعلى الطرف الثاني عبء الإثبات ، وهو ما قاله الشراح المصريون وذهب إليه القانون السويسري ، ولكن يجب تخريجه من الشريعة الفراء ، وقواعد الإثبات فيها ، وهي أن الطرف الذي وضع النموذج عنده يعتبر أميناً ، ويقبل قوله ، وعلى خصمه إثبات العكس ، وهذا يتفق مع روح القانون وحكمة الشريعة^(٣) .

الوسيلة الثانية

البيع بشرط التجربة

تعريفه وبيانه :

يتعلق البيع بشرط التجربة بالأوصاف المقترنة بالتراضي في العقد ، والتي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٣/٤ .

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

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

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

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

وشرط التجربة لا يثبت تلقائياً للمشتري بحكم القانون أو حسب طبيعة المبيع ، ولا بد من اشتراطه في العقد ، والغالب أن يتم البيع بشرط التجربة بالاتفاق الصريح عليه ، وقد يستفاد بشكل ضمني في بعض الأحيان من القرائن أو العادات أو طبيعة المبيع ، كالتوصية على ملابس حسب مقاس الشخص ، وبيع خيل السباق ، وبيع بعض الآلات كالسيارة المستعملة والمذياع المستعمل مثلاً (١) .

ويقوم المشتري عادة بتجربة المبيع ، مهما كان الغرض منها ، ومهما كان نوع هذا الشرط فيها ، وقد يستعين بمن يشاء من خبير أو صديق ، وقد يقوم بها بنفسه ، وقد يقتصر دوره على الإشراف ، ويتأكد قيام المشتري وإشرافه على التجربة إذا كان الغرض منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته (٢) ، كما سنرى بعد قليل .

(١) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ١٦٤ ، الوسيط ، السنهوري ١٣٠/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٢ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٢٩ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٤/٤ .

ويعتمد البيع بشرط التجربة على المشتري الذي يجرب المبيع ليختار بعد ذلك تنفيذ العقد وسريان آثاره ، أو تجميده وإنهاءه .

ويكون البيع بشرط التجربة في الأموال المثلية والقيمية على السواء ، وغالباً ما يكون في المنقولات كالملابس والسيارات وأثاث البيت والخيول والكلاب ، ويمكن أن يكون في العقار وما يتبعه كتجربة المنزل والمصنع والأرض الزراعية ، ولا يكون البيع بشرط التجربة إلا في الأموال المفروزة ، وهي الأشياء المعينة بذاتها ، لأنها تسلم إلى المشتري ليتمكن من تجربتها ، ولا يقع البيع بشرط التجربة إلا في الأشياء الاستعمالية التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالسيارة أو الثوب ، أما الأموال الاستهلاكية فلا يتم عليها البيع بشرط التجربة كالحلويات والفواكه (١) .

وتعود الفائدة من مشروعية البيع بشرط التجربة إلى المشتري الذي يريد التأكد من صلاحية المبيع قبل الارتباط نهائياً في العقد .

والقانون المدني السوري ، وأصله المصري ، عرضا للبيع بشرط التجربة ، وبيناً مباشرة الآثار التي تترتب على الطرفين فيه ، ثم حددا طبيعته القانونية ، فنصت المادة ٣٨٩ من القانون السوري على ما يلي :

« ١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإن انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا » .

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف ، هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » (٢) .

(١) انظر : عقد البيع ، عامر ، ص ٩٢ ، الوسيط ، السنهوري ١٣١/٤ .
(٢) يقابلها المادة ٤٢١ من القانون المصري ، والمادة ٤١٠ من القانون الليبي ،
والمادة ٥٢٤ من القانون العراقي ، والمادة ٣٩١ من التقنين اللبناني .

وعند دراسة هذه المادة وتحليلها نبث النقاط التالية :

- ١ - طبيعة هذا البيع ٢ - تبعة هلاك المبيع ٣ - التزامات البائع والمشتري فيه
- ٤ - الغرض من التجربة *

أولاً : طبيعة البيع بشرط التجربة :

بناءً على حرية الطرفين في التعاقد فإنه يجوز لهما أن يعقدا البيع بشرط التجربة ، وأن يتفقا على كون الشرط شرطاً موقفاً أو شرطاً فاسخاً ، إما بالاتفاق الصريح ، وإما من القرائن والظروف المحيطة بهما *

فإن اتفقا على كون البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف ، بأن يكون انعقاد البيع موقوفاً على قبول المشتري خلال مدة معينة ، فإذا تحقق الشرط بقبول المشتري اعتبر البيع موجوداً من وقت التعاقد ، وتترتب عليه الآثار من نقل الملكية للمشتري وغيرها من ذلك التاريخ ، عملاً بالآثر الرجعي للشرط *

وإن اتفق الطرفان على كون البيع معلقاً على شرط فاسخ ، أو تبين ذلك من الظروف والقرائن المحيطة بالعقد ، فإن البيع ينقذ منذ البداية ، وتترتب عليه جميع الآثار في الحال وبعد العقد مباشرة ، فتنتقل الملكية إلى المشتري ، ويلتزم بدفع الثمن ، فإن تحقق الشرط ، وتبين بعد التجربة عدم ملاءمة المبيع ، وأعلن المشتري رفض المبيع انفسخ العقد بإرادته المنفردة ، فتزول آثار البيع مستندة بآثر رجعي إلى وقت العقد ، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وكأن شيئاً لم يكن^(١) .

أما إذا تم البيع بشرط التجربة ، ولم يتفق الطرفان على نوع الشرط ووصفه

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٦/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٢٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨١ ، العقود المسماة ، الزرقا ٨٣/١ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٥ .

فيرجع في ذلك إلى القانون الذي اعتبر - في الفقرة الثانية من المادة السابقة عن البيع بشرط التجربة - أن هذا البيع معلق على شرط واقف على قبول المشتري للمبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو القرائن غير ذلك •

وبناء على ذلك فالأصل أن البيع بشرط التجربة - في القانون - ينعقد في الحال ، ولكن آثاره تبقى موقوفة ، ولا تترتب على العقد إلا بعد أن يعلن المشتري موافقته على المبيع ، وتبقى ملكية المبيع خلال هذه الفترة للبائع ، ومتى أعلن المشتري الموافقة تترتب على العقد جميع الآثار القانونية ، مستندة بأثر رجعي إلى تاريخ انعقاد البيع^(١) •

وينتقد بعض الشراح موقف القانون هذا في تكييف البيع بشرط التجربة وتحديد هذه الطبيعة له : بأنه معلق على شرط واقف •

فذهب بعضهم إلى أن البيع بشرط التجربة في القانون المدني السوري هو مجرد وعد بالبيع من المشتري ، وهو الأصل الذي فرضه القانون ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه ، وأن الوصف القانوني له بأنه بيع معلق على شرط واقف مخالف للمبادئ الحقوقية ، وإلا كان المفروض على القانون أن يعتبر شرط التجربة مبنياً على ملاءمة المبيع الموضوعية لما أعد له بطبيعته أو بتعامل الناس ، ليتمكن اعتباره وصفاً من أوصاف الالتزام مستقلاً عن إرادة الطرفين ، وغير متوقف على فحص إرادة المدين ، لكن المشرع ترك مطلق الحرية للمشتري في قبول البيع أو العدول عنه ، فلا تختلف إرادة المشتري هذه عن رضاه بالعقد ، ويصبح قبوله به ركناً من أركان البيع لا وصفاً يتناول بيعاً مستكملاً أركانه ، وأن هذا الشرط يبطل البيع برمته ، ويجعل التزام المشتري بدفع الثمن متوقفاً على محض إرادته حسب المادة ٢٦٧/١ ، وهذا يؤكد أن البيع بشرط التجربة مجرد وعد بالبيع ، احتفظ فيه المشتري بخيار الشراء ، وجعل

(١) انظر : عقد البيع ، جراح ص ٣٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٥ ، والمراجع السابقة •

القانون لقبوله أثراً رجعياً من تاريخ الوعد^(١) .

ويرى الأستاذ الزرقا أن الأولى أن يكون وصف البيع بشرط التجربة على العكس مما نص عليه القانون ، بأن يكون معلقاً على شرط فاسخ إلا إذا اتفق الطرفان على خلافه ، لأن المذكرة الإيضاحية للقانون المصري قابلت بين البيع بشرط التجربة والبيع بشرط الخيار في مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي ، وأن البيع بشرط الخيار في الفقه الإسلامي هو بيع معلق على شرط فاسخ ، فالبيع منعقد وينتج آثاره فوراً ، لكنه غير لازم ، فيحق لصاحب الخيار أن يفسخه فيما بعد بإرادته المنفردة ، كما سنفصله بعد قليل^(٢) .

ولكن القانون المدني السوري قد أخذ بالرأي الأول ، وهو كون المبيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف مقتضياً أثر القانون المدني المصري الذي اقتضى بدوره أثر القانون المدني الفرنسي ، وهو ما أخذ به القانون اللبناني وعدد من القوانين الأجنبية ، وأن المقابلة التي عقدتها المذكرة الإيضاحية بين البيع بشرط التجربة في القانون ، وبين خيار الشرط في الفقه الإسلامي هي على سبيل المقابلة الإجمالية بينهما ، وليست على سبيل التوافق والتطابق الكامل ، ولذلك لم تتبن تسمية أحكام خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، أو أن المقابلة لمجرد الإشارة إلى ما كان عليه العمل في مجلة الأحكام العدلية ، أو لمجرد الإشارة لما يقابل البيع بشرط التجربة في الفقه الإسلامي .

أما القانون المدني الأردني فقد سكت نهائياً عن تحديد طبيعة البيع بشرط التجربة ونص أنه يجوز البيع بشرط التجربة ، وفي هذه الحالة يرجع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر هذا العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وتطبق عليه أحكام خيار الشرط^(٣) .

(١) انظر : العقود الشائعة ، للدكتور جالك حكيم ص ٦٠ وما بعدها مع التصرف .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/ ٨٤ .

(٣) القانون المدني الأردني ، المواد ٤٧٠ - ٤٧٢ ، والمذكرة الإيضاحية له ٤٩٦/٢ .

ويتفرع على تكييف البيع بشرط التجربة ووصفه بأنه معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ أو مجرد وعد بالبيع آثار مختلفة في حالات الحجز على أموال البائع ، وإعلان إفلاسه^(١) ، وفي تبعة هلاك المبيع خلال فترة التجربة ، وسوف نفصل الحالة الأخيرة لأهميتها ودقتها •

ثانياً : تبعة هلاك المبيع بشرط التجربة :

إذا هلك المبيع بشرط التجربة قضاء وقدراً أثناء المدة المتفق عليها ، وقبل إعلان المشتري رأيه في القبول أو الرفض ، فعلى من تقع تبعة هلاكه ؟
إن القانون المدني السوري وأصله المصري سكتا عن جواب هذا السؤال ، واختلفت الأقطار فيه بناء على اختلافهم في وصف البيع بشرط التجربة أنه بيع معلق على شرط واقف أم على شرط فاسخ ، وبناء على أن الهلاك يقع على المالك أم المستلم ؟ •
يرى معظم شراح القانون في مصر وسورية وليبيا - تبعاً لشراح القانون الفرنسي - أن تبعة هلاك المبيع في البيع بشرط التجربة تقع على البائع المالك ، دون المشتري المستلم ، لأن البيع معلق على شرط واقف ، وأن البائع هو المالك للمبيع ، وأن ملكية المبيع بشرط التجربة لازالت للبائع ، ولم ينقلها البيع عنه ، ولأن البائع هو الذي يقع عليه الالتزام بنقل ملكية المبيع بعد إعلان المشتري قبوله للمبيع^(٢) ، وأن البائع يلتزم بأن « يقوم بما هو ضروري لنقل حق المبيع إلى المشتري »^(٣) ، ولأن القواعد العامة في الالتزامات تنص على أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين^(٤) ، والبائع هنا هو المدين الملتزم بنقل الملكية ، فإذا هلك المبيع خلال مدة التجربة بسبب أجنبي عن البائع والمشتري فإن تبعة

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٨٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٣ ، عقد

البيع ، جراح ص ٤٠ •

(٢) المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري •

(٣) المادة ٣٩٦ من القانون المدني السوري •

(٤) المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري •

الهلاك تقع على البائع ، ويؤكدون أن البائع هو المدين فإنه ملتزم بتمكين المشتري من تجربة المبيع بحسب الاتفاق ، وبعد هلاك المبيع يستحيل على البائع تنفيذ التزامه بتمكين المشتري من التجربة ، فيتحمل تبعة الهلاك ، أما المشتري فإنه مدين بدفع الثمن بعد قبوله المبيع ونقل الملكية إليه ، فلما استحال نقل الملكية بعد الهلاك فلا يلتزم المشتري بشيء ، وينقضي التزامه تبعاً لانفساخ العقد بسبب الهلاك^(١) .

ويرى الأستاذ الزرقا أن تبعة الهلاك يجب أن تكون على المشتري المستلم دون البائع المالك بحسب النصوص العامة في القانون المدني المصري والسوري التي أخذت في تبعة الهلاك بنظرية الفقه الإسلامي ، وهي أن ضمان المبيع تابع للالتزام بتسليمه لا لانتقال ملكيته ، وأن شراح القانون الفرنسي صرحوا بتبعية الهلاك على البائع تمثيلاً مع القانون المدني الفرنسي الذي صرح بأن هلاك الشيء تابع للمالك ، وليس للمستلم ، خلافاً للقانون المدني المصري والسوري اللذين خالفا القانون الفرنسي في تبعة الهلاك ، وتبنوا نظرية الفقه الإسلامي في ذلك ، فكان من الغريب ، والقياس مع الفارق ، أن يسير شراح القانون المدني المصري والسوري وراء الشراح الفرنسيين^(٢) .

والأستاذ الزرقا - حفظه الله - يناقش هذه المسألة الاجتهادية المعقدة في القانون على ضوء النظر الفقهي الواضح في هذه الحالة ، وأن البيع بشرط التجربة هو شرط فاسخ كخيار الشرط في الفقه الإسلامي ، وأن قواعد الفقه واضحة وصريحة أيضاً في تبعة الهلاك على المستلم ، وإن لم تنتقل الملكية كالبيع على سوم الشراء ، وأن من استلم شيئاً لمصلحته الخاصة فإن تبعة الهلاك تقع عليه كالرهن عند الحنفية ، والعارية عند جميع الفقهاء .

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٥/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ٥٢٩ ، ٥٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨١ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢١ ، عقد البيع ، جراح ص ٤٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٨٦/١ وما بعدها .

وإن حكم هذه القضية غير صريح في القانون المدني ، واستنبطها الشراح بالرأي والاجتهاد ، ويرون أيضاً أن تبعة الهلاك تقع على المستلم في البيع المنجز ، أما المعلق فمسكوت عنه ، ويؤكد الدكتور سوار أن القانون المدني السوري يسعف في إيجاد الحل المبحوث عنه ، وأن قواعد القانون لم تأخذ بجميع جزئيات النظرية الفقهية في أن تبعة الهلاك على المستلم ، بل ربط القانون تبعة الهلاك على المالك في حالات ، كالمدين الذي يتحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين في المادة ١٦٠ من القانون المدني السوري ، والبائع هو المدين بنقل الملكية^(١) .

وأرى أن المسألة مسكوت عنها ، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بحسب النص القانوني ، وأنه لا يجوز قياسها على الحالات العامة الأخرى التي اعتبر القانون فيها تبعة الهلاك على المالك المدين ، لأنه لا اجتهاد في مورد النص ، فيتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع الذي يقع تحت يده وسلطانه ، وأنه استلمه لتجربته ومعرفة صلاحيته وملاءمته لمصلحته الشخصية فإن ذلك أكثر عدالة .

وجاء القانون المدني العراقي فحسم الأمر ، واستمد أحكام تبعة الهلاك من الفقه الإسلامي بشكل كامل وصريح ، وأن القابض على سوم الشراء يتحمل تبعة الهلاك صراحة ، وأن المشتري في البيع بشرط التجربة قد استلم المبيع لمصلحته الخاصة ، فتكون تبعة الهلاك عليه ، حتى ولو كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ^(٢) .

ثم جاء القانون المدني الأردني ونص صراحة على هذه المسألة ، وقطع سبيل الاجتهاد فيها ، ويين أن تبعة الهلاك بعد التسليم للتجربة تكون على حساب المشتري ، كما هو الحال في الفقه الإسلامي ، وهو ما جاء في المادة ٤٧٢ منه « إذ هلك المبيع

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٦/٤ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ٨٨/١ .
(٢) انظر : الوسيط ، المرجع السابق ، أبحاث إضافية ، المرجع السابق ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٥ .

في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع ، وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع » وبذلك حدد تبعة الهلاك بوضع اليد والاستلام^(١) .

وهذا الاختلاف بين شراح القانون المدني المصري والسوري إذا كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف بالاتفاق الصريح ، أو عند السكوت والرجوع إلى أحكام القانون المدني ، أما إذا اتفق الطرفان صراحة في البيع على كون التجربة معلقة على شرط فاسخ ، أو فهم ذلك ضمناً من الظروف وملابسات التعاقد ، وتسلم المشتري المبيع للتجربة فهلك في يده ، فيكون هلاكه على حساب المشتري باتفاق الآراء لأن البيع المعلق على شرط فاسخ يكون عقداً نافذاً بعد العقد مباشرة ، وتنتقل الملكية إلى المشتري ، فلا مجال لتحصيل التبعة على البائع ، وإن تخلف الشرط بإعلان المشتري قبوله للبيع ، أو صار الشرط بحكم المتخلف بأن يسكت المشتري عن القبول أو الرفض ، أصبح البيع نهائياً ولازماً ، وهذا مأخوذ من معنى الشرط الفاسخ في القانون المدني السوري والمصري ، ومن صراحة النص في القانون العراقي والقانون الأردني^(٢) .

ثالثاً : الالتزامات المتقابلة في البيع بشرط التجربة :

إذا انعقد البيع معلقاً على شرط التجربة فإنه يترتب على كل من الطرفين التزامات معينة ، حددها القانون صراحة ، فنص على كل من التزامات البائع ، والتزامات المشتري في المادة السابقة .

أما **البائع** فإنه يلتزم أن يمكن المشتري من تجربة الشيء المبيع ، ليختبر صلاحيته واتفاقه وملاءمته مع مصلحته من الشراء .

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٩٧/٢ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٦/٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٦ .

والحكمة من هذا النص أن البيع بشرط التجربة عقد على شرط واقف ، وأن الملكية لا تنتقل ، كما أن آثار العقد موقوفة ومتجندة ، وقد يتبادر إلى الذهن حينئذ أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ، فجاء النص صراحة على إلزامه بذلك لتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وتحقيق الهدف والغاية من اشتراط التجربة ، ولا يتم ذلك إلا بتسليم المبيع إلى المشتري ، وإلا كان البائع مخلاً بالتزامه ، ويتعرض للمسؤولية حسب القواعد العامة للعقد ، فيقوم المشتري بإعذار البائع ، ويطلبه بتنفيذ الالتزام عينياً أو بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض في الحالتين ، بموجب المادة ١٥٨ من القانون المدني السوري^(١) .

لكن إن كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ باتفاق الطرفين أو حسب الفقه الإسلامي ، فإن تسليم المبيع يصبح من التزامات البائع الأساسية في عقد البيع ، كما سنبين ذلك تفصيلاً ، وليس تنفيذاً لشرط التجربة ، لأن البيع المعلق على شرط فاسخ تام ونافذ ، وتنفذ فيه جميع الالتزامات المتقابلة المقررة في البيع أصلاً^(٢) ، ومع أن المفهوم من القانون المدني الأردني أنه أخذ في البيع بشرط التجربة برأي الفقه الإسلامي ، وأن العقد معلق على شرط فاسخ ، فإنه صرح بالتزام البائع بتمكين المشتري من التجربة^(٣) .

أما الالتزامات التي فرضها القانون على المشتري فتتحدد بأن يجرب المبيع ، وأن يعلن رفضه للبيع إذا رأى ذلك ، وأن يكون ذلك الجواب بالرفض في المدة المتفق عليها بينه وبين البائع ، فإذا مضت المدة المتفق عليها للتجربة دون أن يعلن المشتري رفض البيع ، وسكت عن الإعلان ، ولم يبلغ البائع ، اعتبر سكوته قبولاً ، وهو ما صرحت به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٩ السابقة ، ويقوم هذا السكوت مقام القبول ،

(١) انظر : العقود المسماة ، البدر اوي ص ١٦٧ ، العقود المسماة ، الزرقا ٨٩/١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ، ص ٦٢ ، القانون المدني ، عقد البيع ، جراح ص ٣٩ .
(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٨٩/١ ، العقود المسماة ، الزنون ص ٧٦ .
(٣) المادة ٤٧٠ فقرة ٢ من القانون المدني الأردني .

استثناء من القاعدة الأصولية التي يقرها الفقه الإسلامي : « لا ينسب إلى ساكت قول » ويتفق مع ما استشهد الفقهاء من نفس القاعدة ، فقالوا : « ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان »^(١) ، لكن إن تعذرت التجربة لسبب قاهر منع القيام بها خلال المدة المحددة فلا يعتبر السكوت قبولاً ، أخذاً من مفهوم المخالفة لنص المادة السابقة « وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً » ، ولا يلزم البائع في هذه الحالة بإعطائه مهلة أخرى للتجربة ، ويكون في حل من البيع ، إلا أن يتنازل المشتري عن حقه بالتجربة ، ويقبل المبيع^(٢) ، كما لو اشترى شخص سيارة بشرط التجربة لمدة أسبوع ، فيلتزم المشتري بتجربة المبيع وإعلان رفضه للبيع خلال الأسبوع المتفق عليه ، فإن مضى الأسبوع ولم يعلن الرفض ، اعتبر سكوته قبولاً للبيع ، سواء قام بتجربة المبيع فعلاً أم لم يقيم ، ويسقط الشرط ، وينبرم العقد وتنفذ أحكامه ، إلا إذا منعه من التجربة عذر قاهر كمرض المشتري أو إصابته بحادث ، أو منع التجول بسبب الحرب مثلاً^(٣) .

فإن تم البيع بشرط التجربة ، ولكن لم يتفق الطرفان على تعيين مدة التجربة في عقد البيع ، فالأصل أن يبق البيع معلقاً على تجربة المبيع فعلاً ، ولكن هذا الأصل قد يستغله المشتري بحسن نية بأن يقصر بإجراء التجربة وبيان الرأي ، أو بسوء نية بأن يؤخر تجربة المبيع عمداً ، وفي كلتا الحالتين يلحق بالبائع ضرر مؤكد ، ويبقى العقد معلقاً والمبيع مجمداً ، لذلك تدخل القانون ، وحل هذه المشكلة ، فمنح البائع الحق في تحديد مدة لإجراء التجربة ، ويجب على المشتري أن يلتزم بها ، وأن يجرب المبيع خلالها ، وأن يخطر البائع برفض المبيع ، وإلا اعتبر سكوته قبولاً .

(١) المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٩٠ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ١/٨٩ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦٧ ،

العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٢ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣١ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٩ ، عقد البيع ، جراح ص ٣٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٦ .

لكن القانون خشي من جهة أخرى أن يستغل البائع هذا الحق ويتعسف في استعماله ، فيحدد وقتاً ضيقاً أو غير كاف أو غير ملائم لإجراء التجربة ، فاشتراط القانون على البائع ، لإقامة التوازن بينه وبين المشتري ، أن تكون المدة معقولة ، بأن تكون كافية لإجراء التجربة عادة بحسب طبيعة المبيع من ثوب إلى سيارة إلى آلة معقدة إلى معمل ، وللمشتري أن يعترض على تقدير المدة من البائع ، ويرجع الفصل في الخلاف إلى المحكمة التي تقرر كفاية المدة لتجربة المبيع عادة ، أو عدم كفايتها^(١) .

رابعاً : الغرض من التجربة :

يختلف الغرض من التجربة التي يتفق عليها الطرفان ، فقد يكون الغرض من التجربة أن يتأكد المشتري من صلاحية المبيع في ذاته لتحقيق الأغراض الأساسية المقصودة منه ، وقد يكون الغرض من التجربة التأكد من ملاءمة المبيع لحاجات المشتري وظروفه الشخصية ورغباته الخاصة .

ويترتب على كل من الغرضين السابقين من التجربة نتائج مختلفة ، وقد انقسمت الأنظار القانونية في تقرير أحدهما دون الآخر على رأيين أساسيين :

الرأي الأول : اعتبار المعيار الموضوعي للمبيع :

وذلك بأن يعتمد في التجربة على الغرض الأساسي للمبيع ، والتأكد من سلامته ، والاطمئنان من صلاحيته في ذاته ، وأنه يؤدي المنفعة أو الفائدة التي وجد من أجلها عادة ، وتم البيع عليها .

ويصبح شرط التجربة بناء على هذا المعيار قريباً من اختبار المبيع لخلوه من العيوب الخفية التي تجعله عادة غير صالح للاستعمال ، أو غير محقق للقصد الذي يؤديه ، وهذا ماذهب إليه شراح القانون الفرنسي وشراح القانون المصري القديم ،

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ٩١/١ ، العقود الشائعة ، حكيم ٦٢/١ .

لعدم النص على تحديد الغرض من التجربة في القانونين المذكورين .

ويترتب على هذا الرأي أن المشتري لا يحق له نقض البيع ورفض المبيع إلا إذا كان المبيع فعلاً لا يصلح في ذاته لأداء الأغراض المقصودة منه عادة ، وأنه يحق للبائع أن يناقش المشتري في رأيه ، وأن يثبت صلاحية المبيع للغرض المعد له عادة ، وتفصل المحكمة بينهما بالاعتناء على أهل الخبرة في المبيع ، وإن ثبتت صلاحية المبيع ألزم المشتري به ، ولزم البيع ، إلا إذا تبين من القرائن والظروف المحيطة بالعقد أن الطرفين رضيا بإرادة المشتري المطلقة في القبول أو الرفض ، أو إعطائه الحق في تقدير المبيع لأغراضه الشخصية .

كما ينتج عن هذا الرأي أنه لا يحق للمشتري أن يرفض المبيع قبل إجراء التجربة فعلاً عليه ، لأنه يمنع تحقق الشرط ، ويكون متعسفاً في استعمال حقه ، ومسقطاً حق البائع في مناقشته في ملاءمة المبيع وعدمها ، أو صلاحيته للاستعمال وعدمها (١) .

الرأي الثاني : اعتبار المعيار الشخصي :

وذلك بأن يكون البيع معلقاً على شرط المشتري لتجربة المبيع ، للتأكد من ملاءمته وصلاحيته لحاجاته الشخصية ، وأغراضه الذاتية ، وهذه الحاجات الشخصية والأغراض الخاصة تختلف من إنسان إلى إنسان ، ومن زمان إلى آخر ، ومن مكان إلى غيره ، وتتبع الأذواق الفردية ، كمن يشتري سيارة بشرط التجربة للتأكد من دخولها إلى مراحبه أم لا ، ومن يشتري فرساً لغرض معين ، أو يشتري ثوباً لهدف خاص ، وفي هذه الحالة يكون القول الفصل في صلاحية المبيع بالتجربة يرجع إلى إرادة المشتري المطلقة ، فإن شاء قبل المبيع ، وإن شاء رفضه ، ونقض البيع ، مع أن

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣١/٤ ، العقود المسماة ، البدراري ص ١٦٦ ،

شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ٩٣/١ .

المبيع قد يكون صالحاً في ذاته ، ولا عيب فيه ، ولكنه لا يلائم المشتري خاصة .

وهذا المعيار الشخصي هو ما نص عليه صراحة القانون المدني المصري الجديد ، والقانون المدني السوري ، فقالا : « في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه »^(١) ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري « أن للمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة ، وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألماني والنمساوي والسويسري والبولوني ، والمفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية »^(٢) .

وينتج عن هذا المعيار الشخصي أن المشتري يقرر قبول المبيع بعد التجربة كما يقرر رفضه ، ولا يجوز لأحد أن يعقب عليه ، ولا يحق للبائع أن ينازعه أو يناقشه في صلاحية المبيع أو عدم صلاحيته ، ولا يمكن الاحتكام إلى محكمة أو خبراء ، لأن المشتري وحده يقرر مناسبة المبيع لأغراضه الشخصية أو عدم مناسبة ، ولا مناقشة في الأذواق .

كما ينتج عن المعيار الشخصي أن المشتري يحق له أن يرفض المبيع قبل إجراء التجربة عليه فعلاً ، لأنه يتمتع بهذا الحق المطلق بعد التجربة ، فيمكنه أن يرفضه قبل التجربة أيضاً ، لأن إزماءه بالتجربة مع إعطائه الحرية المطلقة في القبول والرفض عبث وتضييع للجهد والوقت^(٣) .

(١) المادة ٣٨٩ فقرة أولى من القانون المدني السوري ، ويقابلها المادة ٤٢١ فقرة أولى من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٢٤ من القانون العراقي .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٦/٤ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٣ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ١٦٧ ، الوسيط السنهوري ١٣٢/٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧٧ ، ٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٤ .

ولكن النص الصريح في القانونين المصري والسوري وغيرهما على هذا المعيار الشخصي ليس ملزماً ، ولا يمنع الطرفين من الاتفاق على خلافه ، لأن أحكام العقود - كما سبق - أحكام مكملّة ومفسرة في الغالب ، ولا تمنع من الاتفاق على خلافها صراحة أو ضمناً بحسب الظروف والقرائن التي أحاطت بالمتعاقدين عند التعاقد ، وأن الأصل المعول عليه هو الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين وإرادتهما ونيتهما في إعطاء حرية التقدير إلى المعيار الشخصي أو الموضوعي ، فإن لم يتفقا صراحة أو ضمناً ، أخذنا برأي القانون في المعيار الشخصي^(١) .

وجاء القانون المدني الأردني وتبنى أيضاً المعيار الشخصي ونص عليه في المادة ٤٧١ فقرة أولى : « يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ، ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع » .

زيادات جيدة في القانون الأردني :

عرض القانون المدني الأردني للبيع بشرط التجربة بإسهاب أكثر من القانونين المصري والسوري ، فذكر في المواد ٤٧٠ - ٤٧٣ المسائل التي عرضها القانونان المصري والسوري مع جنوحه فيها للفقه الإسلامي واستمدادها منه ، فبين مشروعية البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة ، وإذا سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد حملت على المدة المعتادة ، وأن البائع يلتزم بتمكين المشتري من التجربة ، ويجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ، ولو لم يجرب المبيع ، بشرط إعلام البائع برفضه ، وإذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري ، مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولاً ، ويلزم البيع ، وإذا هلك المبيع في يد المشتري يلزمه أداء الثمن المسمى للبائع ، ونص صراحة على أن حكم البيع بعد التجربة والرضا يجري من تاريخ البيع ،

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٠ ، عقد البيع ، عامر

ص ٩٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦٣ .

وأعرض القانون الأردني عن تحديد طبيعة البيع بشرط التجربة ، وكأنه أحال ذلك للفقهاء الإسلامي .

ولم يقف القانون الأردني عند هذه الأحكام المشتركة مع القانونين المصري والسوري ، ولكنه تقدم بخطوات طيبة ، ونص على زيادة جيدة ، وأضاف ثلاث مواد أخرى تتعلق بالبيع بشرط التجربة (المواد ٤٧٤ - ٤٧٦) ، وتوسع في الشوط ، واستمد هذه المواد الجديدة غالباً من المذهب المالكي ، مخالفاً بذلك أحكام الفقه الحنفي فيها ^(١) ، وهذه الأحكام هي :

١- إذا فقد المشتري أهليته قبل أن يجيز البيع ، فلا يسقط حقه في البيع والتجربة ، وإنما ينتقل إلى الولي أو الوصي أو القيم ، لاختيار ما هو في صالحه ، وهذا الحكم يمكن أن يؤخذ من القواعد العامة في القانونين المصري والسوري ، وقانون الأحوال الشخصية السوري ، وهذا يتفق أيضاً مع أحكام المذهب الشافعي والحنبلي اللذين قالوا : إذا فقدت أهلية صاحب الخيار بالجنون أو الإغماء أو السكر أو غيرها فينتقل الخيار إلى وليه من حاكم أو غيره ، خلافاً للمذهب الحنفي الذي يضمني على خيار الشرط الصفة الشخصية للمشتري ، فلا ينتقل إلى غيره ^(٢) .

٢- إذا مات المشتري خلال مدة التجربة وقبل اختيار المبيع أو رفضه ، وكان عليه دين مستغرق لماله ، بأن كان للمشتري دائن أو أكثر ، ويحيط الدين بكل ماله - انتقل حق الاختيار للدائن ، ليقرر ما يراه الأنسب لسداد دينه ، وإن لم يكن المشتري مديناً ، أو كان دينه غير مستغرق ، فينتقل حق الاختيار إلى الورثة ، فإن اتفقوا على رأي واحد بإجازة البيع ، أو رده ، لزم البائع أن يقبل رأيهم ، ولكن إن أجاز بعضهم البيع ، وورده بعضهم الآخر ، فيلزم الفسخ ورد المبيع إلى البائع ، خشية أن يتضرر بتفريق الصفقة .

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٤٩٧/٢ .

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الزحيلي ٣١٣/١ ، مغني المحتاج

٤٥/٢ ، كشاف القناع ١٩٩/٣ ، حاشية الدسوقي ١٠١/٣ .

وهذا رأي المالكية والشافعية ، خلافا للحنفية والحنابلة الذين قالوا : إن خيار الشرط يسقط بالموت ، ولا ينتقل إلى الورثة ، سواء كان للبائع أم للمشتري ، ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك بقولها : « خيار الشرط لا يورث ، فإذا كان للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع ، وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار »^(١) ، وسبق القانون العراقي بذلك فقرر انتقال حق التجربة للورثة^(٢) .

٣ - حدد القانون الأردني طريقة استعمال المشتري للمبيع خلال التجربة ، وبين أنه لا يجوز أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه ، وبحسب المبيع ، فإن زاد المشتري في استعمال المبيع زيادة لا يقصد منها التجربة يلزم البيع ، وتعتبر زيادة الاستعمال بحكم الرضا بالمبيع ، وذلك لوضع حد لحق المشتري في تجربة المبيع ، وعدم التجاوز فيها ، أو التعسف في استعماله ، ودفعاً للضرر الذي يقع على البائع في هذه الحالة ، وهذا مما يقول به الحنفية أيضاً ، فقالوا : إن استعمال المبيع لغير التجربة يعتبر اسقاطاً للخيار ، أما إذا كان للتجربة ، أو لمعرفة غرض جديد في المبيع فلا يسقط^(٣) .

ويتسم هذا الحكم بالعدالة والموضوعية ، ويحل مشكلة واقعية كثيرة الوقوع ، ويختلف الناس فيها ، وقد سكت عنها القانونان السوري والمصري .

خيار الشرط وتجربة المبيع في الفقه الإسلامي :

إن البيع بشرط التجربة يمثل صورة من خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، وإن المذكرة الإيضاحية ألمحت في موضوع البيع بشرط التجربة إلى خيار الشرط في المجلة ، وكأنها تريد الربط بين الأمرين أو مجرد التنبيه إلى أن البيع بشرط

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٦ ، وانظر : كشف القناع ١٩٠/٣ ، ١٩٩ ،
مفني المحتاج ٤٥/٢ ، حاشية الدسوقي ١٠٢/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣١١/١ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الذنون ص ٧٧ .

(٣) انظر : الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٩/١ .

التجربة يقابل خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، لذا أزدنا أن نعرض بإيجاز إلى خيار الشرط .

إن خيار الشرط أحد الخيارات المقررة في الفقه الإسلامي ، وقد شرع لتحقيق مصالح الناس ، وتلبية حاجتهم إليه ، ولرفع الغبن عنهم ، وإعطاء المتعاقدين فرصة للتفكير والتروي وضبط النفس والمشاورة ، لما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال لجبان بن مُنقذ الذي كان يغبن في البيع والشراء : « إذا بايعتَ فقل : لا خِلافة ، ولي الخيارُ ثلاثة أيام »^(١) ، واتفق الفقهاء على مشروعيتها ، لكنه لا يثبت إلا بالاشتراط في العقد أو بعد العقد .

واتفق الفقهاء على أن خيار الشرط محدد بمدة معينة ، فإن اشترط الخيار لمدة مطلقة أو مجهولة أو تجرّدة كان العقد فاسداً أو باطلاً ، ولكنهم اختلفوا في تقدير المدة ، فقال الإمام أبو حنيفة وزفر والإمام الشافعي : يشترط ألا تزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام للحديث السابق ، ولأن الحاجة تندفع بالثلاثة غالباً ، وهذا ما نص عليه قدرى باشا في « مرشد الحيران » واكتفت المجلة بشرط المدة المعلومة ، وقال صاحبان من الحنفية والحنابلة يجوز أن تزيد عن الثلاث بحسب اتفاق المتعاقدين في مدة معلومة ، لأن المدة تابعة للعقد ، ولأطراف حرية الاشتراط في ذلك ، والمسلمون على شروطهم ، وقال المالكية : تحدد مدة الخيار في العقد بحسب ما تدعو إليه الحاجة في المبيع ، وتختلف باختلاف الأمور من يوم إلى أكثر من ثلاثة^(٢) .

وإن **الفرض** من خيار الشرط عامة ، وتجربة المبيع خاصة ، هو إعطاء الحرية المطلقة لصاحبه في تقدير ظروفه الخاصة في الخيار والتجربة ، وأن يتمتع بالحرية الكاملة في قبول العقد أو رفضه خلال المدة المعلومة ، وليكون الجواب تابعاً

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر ، ورواه غيرهما عن أنس وابن عمر ومحمد ابن يحيى (انظر : نيل الأوطار ٢٠٦/٥) .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٠ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٢٨ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٤/١ ، مفني المحتاج ٤٧/٢ ، حاشية الدسوقي ٩١/٣ ، فتح القدير ١١٠/٥ ، كشاف القناع ١٩٠/٣ .

من إرادته المستقلة في قبول المبيع أو رفضه بما يتناسب مع أحواله ومنافع المبيع وتحقيقه لرغبته وهواه الخاص، ولا يحق للطرف الثاني أن يناقشه في رأيه، فخير الشرط والتجربة هو مجرد إرادة ومشية لا تناقش، ويحق لصاحبه إبداء القبول والرفض قبل التجربة وبعدها، وسواء كان المبيع صالحا في ذاته، ومحققا لأغراضه ومنافعه في العرف والعادة التي وجد من أجلها أم لا، فالمعيار في الخيار والتجربة والمذاق معيار شخصي محض في الفقه الإسلامي إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك، وهذا ما أخذت به معظم القوانين في العالم، ومنها القانون المصري والسوري والعراقي والأردني كما سبق، خلافا للقانون الفرنسي.

وإن حكم البيع المقترن بخيار الشرط عامة، وشرط التجربة خاصة، عقد صحيح، ولكنه غير لازم بالنسبة لصاحب الشرط سواء كان بائعا أم مشتريا، أم البائع والمشتري معا، ويجوز لصاحب الشرط أن يفسخ العقد أو يجيزه في المدة المعلومة، فيكون البيع معلقا على شرط فاسخ^(١)، وفصل التقييم في ترتيب حكم العقد وتنفيذ آثاره، فقال الحنفية والمالكية في المعتمد: إن حكم العقد كنقل الملكية تكون موقوفة بالنسبة لصاحب الخيار، ولا تنتقل إلا عند سقوط الخيار بإجازة البيع أو فسخه، فإن أجزى العقد ترتب حكمه وانتقلت الملكية بأثر مستند من تاريخ العقد إذا كان قابلا له، وإن فسخ استمر الحكم على حالته السابقة، وقال الشافعية، وهو رأي المجلة: إن كان الخيار للبائع فتبقى الملكية وتوابعها له، وإن كان الخيار للمشتري كشرط التجربة فينفذ العقد وتنتقل الملكية له، وإن كان الخيار لهما توقف الملك، وقال الحنابلة فقط تنتقل الملكية إلى المشتري بنفس العقد، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما^(٢).

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣٠٠، ٣٠١.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٠٨، ٣٠٩، حاشية الدسوقي ١٠٣/٣،

كشف القناع ١٩٣/٣، فتح القدير ١١٥/٥، مغني المحتاج ٤٨/٢، مرشد الحيران، المادة ٣٣٢، الفقه الإسلامي، الزحيلي ٢١٩/١ وما بعدها، العقود المسماة، الدون ص ٧٦.

ويسقط خيار الشرط وشرط التجربة بالإجازة الصريحة بالقول بلزوم البيع كأجزت ورضيت ، وبالفسخ القولي كفسخت وتركت ، كما يسقط بالإجازة الضمنية بالفعل ، وهو كل عمل يدل على الرضى ، كعرض المشتري المبيع للبيع أو الرهن أو القيام بتأجيله^(١) . ويسقط الخيار والشرط بالتقادم ومضي مدة الخيار دون أن يفسخ صاحب الشرط العقد أو يجيزه ، فيلزم البيع ويتم العقد ، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ، وقال المالكية : إن مضي المدّة لا يسقط الشرط ، ولا بد من اختيار الفسخ أو الإجازة^(٢) .

ويسقط خيار الشرط ، ومنه شرط التجربة ، بموت صاحب الشرط عند الحنفية والحنابلة ، ويصبح البيع لازماً ، ولا ينتقل خيار الشرط إلى الخلف كالدائنين والورثة ، وقال المالكية والشافعية ينتقل خيار الشرط ، وشرط التجربة إلى الورثة ، وهو ما أخذ به القانون الأردني ، وكذا إن زالت الأهلية بالجنون أو الإغماء أو النوم أو السكر أو غيره يسقط خيار الشرط عند الحنفية ، ويلزم العقد ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة ينتقل حق الفسخ أو الإجازة إلى الولي أو الوصي أو القيم ، وهو ما أخذ به القانون الأردني أيضاً كما سبق^(٣) .

ويسقط خيار الشرط والتجربة بهلاك المبيع ، ويلزم العقد ، وقال الحنفية والحنابلة : وعلى المشتري دفع الثمن ، وقال الشافعية : يضمن المشتري القيمة ، وقال المالكية : يضمن المشتري المبيع الذي يغيب عن الأنظار دون غيره كضمان

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، مغني المحتاج ٤٩/٢ ، كشاف القناع ١٩٦/٣ ، فتح القدير ١٢٠/٥ ، حاشية الدسوقي ٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٧/١ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٥ ، كشاف القناع ١٠٣/٣ ، حاشية الدسوقي ٩٥/٣ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٦ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٠٩/١ وما بعدها .

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٦ ، مرشد الحيران ، المادة ٣٣٧ ، كشاف القناع ١٩٠/٣ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، فتح القدير ١٢٥/٥ ، حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ .

الرهن والعارية عندهم^(١) ، أما إن كان الخيار للبائع ، وهلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه ، فيلزم البيع ، ويدفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، وقال ابن أبي ليلى : لا يضمن المشتري شيئاً لأن المبيع أمانة عنده^(٢) .

وإن تعيب المبيع يسقط خيار الشرط والتجربة ، ويلزم العقد ، ويجب على المشتري دفع الثمن^(٣) .

أما كيفية الفسخ والإجازة فقد فرق الفقهاء في ذلك بين الفسخ والإجازة بطريق الضرورة، كمضي المدة ، وهلاك المبيع ونقصانه وتعيبه ، فإنه يصح من غير وجود الطرف الثاني ، وبدون علمه ، وبين الفسخ والإجازة بطريق القصد فقال الحنفية : إن كان الخيار للمشتري فتصح الإجازة بدون علم البائع ، أما الفسخ فيشترط أن يكون بعلم البائع ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران والقانون المصري والسوري والأردني ، وقال أبو يوسف في رواية والمالكية والشافعية والحنابلة : لا يشترط علم الطرف الثاني مطلقاً في الإجازة والفسخ ، لأن الخيار يفيد الإذن لصاحبه في الفسخ متى شاء ، والطرف الثاني يتوقع ذلك خلال المدة فلا حاجة لإعلامه^(٤) .

وأخيراً جاء القانون المدني الأردني ففطن الخيارات كلها ومنها خيار الشرط ، واستمد أحكامه التفصيلية من الفقه الإسلامي ، دون أن يلتزم بالمذهب الحنفي،

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣٩٠ ، الفقه الإسلامي، الزحيلي ٣١٣/١ ، حاشية الدسوقي ١٠٤/٤ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣٠٨ ، فتح القدير ١١٧/٥ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣١٤/١ .

(٣) انظر : فتح القدير ١٣٢/٥ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣١٧/١ ، كشاف القناع ١٩٥/٣ ، حاشية الدسوقي ٢٠٥/٣ .

(٤) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٣٣٤ ، مغني المحتاج ٤٨/٢ ، فتح القدير ١٢٢/٥ ، كشاف القناع ١٩٣/٣ ، الفقه الإسلامي ، الزحيلي ٣٢٥/١ وما بعدها .

وإنما اختار ما يراه مناسباً من فقه المذاهب الأربعة ، وعرض لأحكام خيار الشرط في المواد ١٧٧ - ١٨٣ ، وتولت المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني شرح هذه المواد ، وبيان الآراء الفقهية والمذهبية في الموضوع ، والمصدر الذي استقى منه القانون الأحكام التي نص عليها بما لا يخرج عما ذكرناه آنفاً (١) .

الوسيلة الثالثة

البيع بشرط المذاق

تعريفه وبيانه :

إن مذاق المبيع في الحقيقة هو نوع من التجربة التي تقع على نوع من المبيعات ، وهي المطعومات من المأكولات والمشروبات ، لاختبارها وبيان سلامتها وملاءمتها لذوق المشتري ، لاختلاف الناس في أذواقهم .

ولكن القانون المصري الجديد أفرد النص عن مذاق المبيع المطعوم لتمييزه بحكم خاص ، وتبعه القانون المدني السوري ، فالبيع بشرط المذاق يشبه البيع بشرط التجربة في بعض أحكامه ، ويفترق عنه بأحكام أخرى يختص بها ، وأن بعض القوانين الأخرى فرقت بين البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق كالقانون الفرنسي والإيطالي واللبناني ، واتجهت بعض القوانين الأخرى إلى التسوية بينهما ، وعدم التفريق فيهما ، وأن المذاق وسيلة لتجربة المبيع ، كالقانون الأسباني والبرتغالي والهولندي والأرجنتيني ، وهو ما تبناه القانون المدني المصري القديم (٢) .

وجاء النص على البيع بشرط المذاق في المادة ٣٩٠ من القانون المدني السوري ، وهي :

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢٠٠/١ وما بعدها .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٨/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي

وزكي ص ٥٣٤ .

«إذا بيع شيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان» (١) .

ومن تحليل هذا النص نستخلص طبيعة البيع بشرط المذاق ، ثم نبين الالتزامات المترتبة فيه على الطرفين ، ثم نعقد مقارنة بينه وبين البيع بشرط التجربة .

اولا : طبيعة البيع بشرط المذاق :

يتصف البيع بشرط المذاق بعدة صفات تحدد طبيعته ، وهي :

١ - إن شرط المذاق في البيع لا يثبت إلا باتفاق الطرفين ، بأن يشترط المشتري على البائع أن لا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع وقبله ، ويجوز أن يكون الشرط صريحا باللفظ ، ويجوز أن يكون ضمنيا يفهم من الظروف والملاسات والقرائن المحيطة بالعقد وطبيعة المبيع ، كالمبيعات التي لا تدرك حقيقتها إلا بذوقها ، أو أنها لا تعرف بشكل صحيح إلا بعد ذوقها ، أو أن أذواق الناس تختلف فيها ، كالزيت والخل والزيتون والسمن والفواكه والحلويات التي تحدد رغبات الأشخاص على ذوقها في القبول أو الرفض ، لكن إن اتفق الطرفان على استبعاد شرط المذاق ، فلا يحق للمشتري بعدئذ أن يتمسك بهذا الشرط مهما كانت الدواعي والأسباب ، لأن أحكام البيع بشرط المذاق من النصوص المفسرة ، وليست الآمرة (٢) .

٢ - إن البيع بشرط المذاق لا يعتبر بيعا حقيقة ، ولا يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ، كما هو الشأن في البيع بشرط التجربة ، ولكن

(١) يقابلها المادة ٤٢٢ من القانون المصري ، والمادة ٤١١ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٥ من القانون العراقي ، والمادة ٣٩٢ من التقنين اللبناني .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٣٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٧ ، ٩٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

البيع بشرط المذاق هو مجرد وعد بالبيع فقط ، وهذا الوعد ملزم لجانب واحد ، والواعد فيه هو البائع ، والموعود له هو المشتري ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري بقولها : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف ، فالاثنان حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي ، فيبيع المذاق قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد » (١) . وهذا نص صريح في أن البيع بشرط المذاق هو مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، ولا ينعقد البيع إلا إذا قبل المشتري البيع بعد تذوق المبيع ، وأن العقد لا يسري أثره إلا من تاريخ القبول ، وليس له أثر مستند إلى وقت الاتفاق والاشتراط عليه ، خلافا للبيع بشرط التجربة الذي يكون البيع فيه منعقدًا ومعلقًا على شرط واقف أو فاسخ ، وإذا قبل المشتري البيع بعد التجربة فإن العقد ينفذ من التاريخ السابق ، وتنتقل فيه الملكية وبقية الآثار بأثر رجعي من وقت الاتفاق (٢) .

٣ ب إذا مضت المدة المتفق عليها بين الطرفين ، أو المقررة لذلك عرفاً ، ولم يعلن المشتري عن قبوله للبيع والمبيع ، سواء قام بتذوقه أم لم يقم بذلك مع تمكنه منه ، فإن البيع لا ينعقد ، ويسقط الوعد بالبيع ، ويتحلل البائع الواعد من التزامه ، ولا يعتبر السكوت قبولا للبيع ، وإنما هو اسقاط وتنازل عن الاستفادة من الوعد ، تطبيقاً لأصل القاعدة « لا ينسب إلى ساكت قول » ، وخلافاً لسكوت المشتري في البيع بشرط التجربة ، فإن سكوته هنا يعتبر اسقاطاً للشرط وقبولا للبيع (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٨/٤ ، وانظر : التقنين المدني المصري ١٤/٣ .

(٢) انظر : عقد البيع ، عامر ص ٩٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٦ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٤٠/٤ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ١٦٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٨ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ .

ثانيا : الالتزامات الناشئة عن البيع بشرط المذاق :

قلنا في طبيعة البيع بشرط المذاق : إنه مجرد وعد بالبيع ، وإنه ملزم لجانب واحد وهو البائع الذي لا يستطيع أن يرجع فيه ، ويكون ملتزما بالعقد متى قبل المشتري البيع بعد تذوقه للمبيع ، ولكن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد لا تقف عند مجرد إلزام البائع فحسب ، بل أنشأ القانون التزامات أخرى على البائع والمشتري •

فيجب على الموعود له ، وهو المشتري أن يعلن قبوله للمبيع ، وأن يعلن هذا القبول في المدة المتفق عليها بين الطرفين ، أو في المدة التي يقرها العرف لتذوق المبيع ، إن لم يتم الاتفاق على مدة محددة بينهما •

وتقوم علاقة بين البائع الواعد ، وبين المشتري الموعود له بعد الوعد مباشرة ، وخلال فترة تذوق الشيء المبيع ، وذلك بالتزام البائع أن يمكن المشتري من تذوق الشيء المبيع ، والتزام المشتري أيضا بالتذوق متى مكنه البائع من ذلك ، وإلا كان كل منهما مخلا بالتزامه ، ويمكن لكل منهما أن يطلب من المحكمة التنفيذ العيني ، وإلا طلب الفسخ مع التعويض ، كما هو مقرر قانوناً (١) •

وإن الرضا بالشراء يرجع إلى مشيئة المشتري الذي يقرر بحسب إرادته المحضة قبول المبيع ومناسبته إذا كان موافقاً له ، أو يقرر رفضه إذا لم يوافق ، ولا يحق لغيره أن يعقب عليه أو يناقشه في إرادته إلا إذا ورد في العقد إخضاع شرط المذاق لرأي أهل الخبرة ، وهكذا يتفق البيع بشرط المذاق مع البيع بشرط التجربة في القانونين المصري والسوري اللذين أخذوا بالمعيار الشخصي في تجربة المبيع ، لكن شراح القانون ورجال القضاء يحاولون التخفيف من هذا المعيار وتقدير ظروف

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤ / ١٤٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، العقود المسماة ، البدرأوي ص ١٦٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ •

العقد ، وتحديد شرط المذاق بحسب المشتري ، فالتاجر الذي يشتري السمن والزيت للتجارة ، يختلف عن الشخص الذي يشتري ذلك لاستعماله في البيت ، فالأول يخضع للذوق التجاري ، والثاني للذوق الشخصي (١) .

أما القوانين والأظمة التي أخذت بالمعيار الموضوعي في تجربة المبيع فإن البيع بشرط المذاق يختلف عندها عن البيع بشرط التجربة التي يكون الغرض منها التأكد من صلاحية المبيع في ذاته بحسب العرف والعادة ، وبالتالي يحق للبائع مناقشة المشتري بنتيجة التجربة وصلاحية المبيع وعدم صلاحيته ، والمحكمة تبت في الأمر بعد الاعتماد على أهل الخبرة والاختصاص .

وإن تبعة الهلاك للشيء المبيع بشرط المذاق تقع على المالك وهو البائع ، قياساً على تبعة الهلاك للشيء المبيع بشرط التجربة ، وهو قياس أولوي لعدم انعقاد البيع أصلاً في شرط المذاق .

ويكون قبول المشتري صريحاً بالقول كرضيت وقبلت ، ويكون ضمناً ، كما لو تسلم المبيع ، أو وضع ختمه عليه (٢) .

ثالثاً : مقارنة بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة :

بعد بيان طبيعة البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة ، وعرض الالتزامات المترتبة على كل منهما ، نستطيع أن نقارن بينهما لمعرفة أوجه الشبه وأوجه الاختلاف .

أوجه الاتفاق : يتفق البيع بشرط التجربة مع البيع بشرط المذاق بما يلي :

١ - إن شرط التجربة أو شرط المذاق لا يثبت إلا بالاشتراط صراحة أو ضمناً .

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر : شرح القانون المدني ، الهلاي وزكي ص ٥٣٢ ، القانون المدني ، عقد

البيع ، جراح ص ٤٣ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٥٧ ،

العقود المسماة ، البدرابي ص ١٦٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٨٥ ، ٨٦ ،

العقود المسماة ، الذنون ص ٨٠ .

- ٢ - يجب على البائع في الحالتين تمكين المشتري من تجربة المبيع أو ذوقه .
- ٣ - يملك المشتري في الحالتين الحرية المطلقة في قبول المبيع أو رفضه ، دون أن يناقشه فيه البائع أو القاضي ، لأن المعيار الشخصي في الحالتين في القانون المصري والسوري .
- ويظهر الفرق في هذه النقطة بين البيعين في القوانين التي أخذت بالمعيار الموضوعي في البيع بشرط التجربة ، بينما أخذت بالمعيار الشخصي في البيع بشرط المذاق ، وهذا هو الدافع الأساسي للتفريق بينهما عندهم .
- ٤ - الغرض في البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة محصور بملاءمة المبيع لذوق المشتري وهواه الشخصي ، ولا مجال فيه لتقدير الخبراء ، ويقوم المشتري ذاته بالذوق والتجربة ، وقد يستأنس بآخر ، وهذا هو الأصل في القانون المصري والسوري .
- لكن قد يتم الاتفاق في البيع بشرط التجربة على أن يكون المقصود هو الاستيثاق من صلاحية المبيع في ذاته بحسب العرف والعادة ، إما بالاتفاق صراحة ، وإما ضمناً ، وإما بحسب القانون الفرنسي .
- ٥ - إن تبعة الهلاك في البيع بشرط المذاق ، والبيع بشرط التجربة ، يقع على البائع بمقتضى القانون المدني السوري والمصري ، إلا إذا كان البيع بشرط التجربة مغلقاً على شرط فاسخ باتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً فتقع تبعة الهلاك على المشتري .
- وإن أوجه الشبه والاتفاق هي التي دفعت الكثيرين إلى التسوية بينهما وعدم الفصل في أحكامهما (١) .

أوجه الاختلاف : يختلف البيع بشرط المذاق عن البيع بشرط التجربة بمقتضى القانون المصري والسوري بما يلي :

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٨١ .

- ١ - البيع بشرط المذاق غير منعقد أصلاً ، وهو مجرد وعد بالبيع ، أما البيع بشرط التجربة فهو بيع منعقد وكامل ، ولكنه معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ .
- ٢ - ويتفرع عن الفرق السابق أن المشتري إذا سكت في البيع بشرط المذاق خلال المدة فيعتبر سكوته إنهاءً للوعد وإسقاطاً له ، أما إذا سكت المشتري في البيع بشرط التجربة فإن سكوته يعتبر إسقاطاً للشرط وقبولاً للبيع ورضاء بالمبيع .
- ٣ - يلتزم البائع في البيع بشرط التجربة بتسليم كامل المبيع لتجربته ، أما في البيع بشرط المذاق فلا يلتزم إلا بمجرد التمكين من المذاق ، وذلك بجزء من المبيع ، ولا يسلم المبيع إلا بعد القبول والرضى .
- ٤ - إذا وقع حجز على أموال البائع أو إفلاس أثناء مدة التجربة والمذاق فإن كان البيع بشرط التجربة فلا يؤثر ذلك على المشتري ، لأنه إن قبل فيسري البيع من تاريخ العقد بأثر رجعي ، وإن كان البيع بشرط المذاق فيقع الحجز على المبيع ، ويشمله الإفلاس ، ويتضرر المشتري بذلك .
- ٥ - وأخيراً فإن المبيع في شرط المذاق لا يكون إلا في الأموال الاستهلاكية التي يكون الانتفاع بها بزوال العين كالزيت والفاكهة ، أما البيع بشرط التجربة فلا يكون إلا في الأموال الاستعمالية التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، ومن هنا يجب أن يكون المذاق لمقدار معقول عادة وعرفاً من المبيع ، بما يتم معه التذوق ، كما يشترط في استعمال المبيع بشرط التجربة أن يكون بمقدار معرفة المبيع (١) .

مقارنة مع الفقه الإسلامي :

أقر الفقه الإسلامي الحق في الاشتراط في البيع لكل من البائع والمشتري ،

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ١٤٢/٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ٦٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٩٩ ، ١٠٠ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٥٣٥ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ١٦٩ ، عقد البيع ، الجراح ص ٤٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ٧٩ .

وأقر عدداً من الخيارات، بعضها بحكم الشرع وإن لم ينص عليها في العقد، وبعضها بالاتفاق بين الطرفين في العقد ، كما أقر الفقه الحنفي خاصة بعض الاتفاقات التي تعتبر تمهيداً للبيع ، ورتب لها أحكاماً خاصة ، ونصت عليها مجلة الأحكام العدلية، وجاء القانون المدني المصري والسوري وأشار إليها للمطابقة والمقارنة والمقابلة مع بعض الاتفاقات والعقود التي أقرها ، ومنها البيع بشرط المذاق الذي اعتبره القانون وعداً بالبيع ، والبيع بمحط التجربة الذي اعتبره بيعاً بشرط واقف ، وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى ما ذكره الفقهاء عن « البيع على سوم النظر » وهو أن يقبض الشخص مالاً من آخر لينظر إليه أو يريه الآخر ، سواءً بين ثمنه أو لا ، ويتضمن ذلك أنه إن أعجبه اشتراه ، ويكون ذلك المال أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع ^(١) ، كما أقر الفقه الحنفي « البيع على سوم الشراء » وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن ، فإن هلك أو ضاع في يده ، وكان من القيميات لزمته عليه القيمة ، وإن كان من المثليات لزم عليه أداء مثله للبائع ، وإن أخذه بدون أن يبين له ثمناً كان ذلك المال أمانة في يد المشتري ، فلا يضمن إذا ضاع أو هلك بلا تعدٍ ^(٢) .

وبالمقارنة بين الفقه والقانون نلاحظ التشابه إلى حد كبير بينهما في الشروط العامة والمبادئ الأساسية للعقود مع الاختلاف في بعض التفاصيل والفروع ، فالبيع على سوم النظر ، والبيع على سوم الشراء ليسا بيعين كاملين ، وأن البيع على سوم النظر أقرب إلى كونه مجرد إيجاب من البائع ، وأن البيع على سوم الشراء يشبه الوعد بالبيع أو البيع بشرط المذاق .

أما البيع بشرط الخيار فإن العقد فيه منعقد وتام أي نافذ ، وأن آثاره تترتب عليه بين البائع والمشتري، مع الحق لصاحب الخيار ، سواء كان بائعاً أو مشترياً أو هما معا ، أن يفسخ العقد خلال المدة المتفق عليها ، أو التي يقرها الشرع ، وإذا

(١) انظر المادة ٢٩٩ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر المادة ٢٩٨ من مجلة الأحكام العدلية .

مضت المدة بدون فسخ صار العقد لازماً ، واستقرت جميع الآثار عليه ، وهو ما يتفق تماماً مع البيع بشرط التجربة إذا كان الشرط فاسخاً .

واستمد القانون المدني العراقي أكثر أحكامه من الفقه الإسلامي ، وسار على منهج الفقهاء في الخيارات ، وأضاف ما نصت عليه القوانين المستمدة من القانون الفرنسي ، فنص على خيار الشرط ، ثم على البيع بشرط التجربة ، والبيع بشرط المذاق (١) .

وسار القانون المدني الأردني على هذا المنوال وذكر الخيارات الفقهية ثم نص على البيع بشرط التجربة ، واعتبر البيع بشرط المذاق نوعاً من البيع بشرط التجربة مع فارق واحد ، وهو عدم انتقال شرط المذاق إلى الورثة لأنه ذو طابع شخصي ومزاجي محض ، واقتصر في الحديث على شرط المذاق على مادة واحدة التي تنص على ما يلي : « تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يورث » (٢) .

وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني لهذه المواد مع مقارنة البيع بشرط التجربة مع سوم الشراء وسوم النظر وخيار الشرط في المجلة ، ومع المواد السابقة في القانون المدني السوري أيضاً (٣) .

وبهذا تنتهي من الحديث عن المبيع ، وننتقل بالكلام عن الثمن .

(١) يرى الدكتور حسن الذنون أنه لا حاجة للنص على البيع بشرط المذاق في القانون العراقي ، وأن القواعد العامة فيه والنصوص الخاصة بخيار الرؤية التي أخذها من الفقه الإسلامي تفني عن بيع المذاق . (العقود المسماة ص ٨٢) .

(٢) المادة ٤٧٧ من القانون المدني الأردني .

(٣) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٤٩٧/٢ .

وانظر : مرآة المجلة ١/١٣٧ ، ١٣٩ ، الوسيط للسنهوري ٤/١٤٣ .

المبحث الثالث

الثمن

الثمن أحد أركان البيع ، وأحد العناصر الأساسية التي يتوقف عليها عقد البيع^(١) ، والثمن هو العوض الذي يقدمه المشتري في مقابل المبيع ، لأن البيع من عقود المعاوضات ، وقد اكتشفت البشرية الثمن ليكون وسيلة لتسهيل البيع والمعاملات ، ومع كونه غير مقصود لذاته ، ولكنه مهم وضروري ، لأن صاحب السلعة لا يتنازل عنها ، ولا يتخلى عن ملكيتها ، ولا يقدمها إلى المحتاج إليها إلا بعوض ومقابل ، فإذا انعدم الثمن لم ينعقد البيع ، وهذا يبين أهميته ومكانته في عقد البيع .

والمهم في الثمن الاتفاق عليه في البيع ، وتقديره ، وتوفر شروطه ، أما كيفية أداء الثمن فليست مهمة ، ويكون الثمن صحيحا مهما كانت الطريقة التي يتم بها وفاء الثمن بحسب اتفاق الطرفين ، سواء كان الوفاء حالا أو مؤجلا ، وسواء تم دفعه جملة أم على أقساط .

وسوف ندرس الثمن في هذا المبحث ، ونقسم الحديث عنه إلى ثلاثة فروع :

— تعريف الثمن وشروطه .

— تحديد الثمن .

— الغبن في الثمن .

(١) يرى شراح القانون أن محل التزام المشتري في عقد البيع هو الالتزام بأداء الثمن ، ويختصرون ذلك للتسهيل ، ويقولون إن الثمن هو محل التزام المشتري ، ويرون أن للبيع محلين : المبيع والثمن ، وقد اشرنا لذلك سابقا .
انظر : شرح احكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٠ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٩ .

الفرع الأول

تعريف الثمن وشروطه

تعريف الثمن :

يعرف شراح القانون الثمن بأنه : مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه إلى البائع في مقابل المبيع ^(١).

وهذا التعريف مأخوذ من المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري التي عرفت عقد البيع وذكرت في آخره بأنه « في مقابل ثمن نقدي » .

والثمن هو المبلغ من النقد الذي يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري في عقد البيع ، ويختلف عن قيمة المبيع ، وعن سعره ، فالقيمة هي المعيار المساوي للمبيع بين الناس عادة ، من غير زيادة ولا نقصان ، والسعر هو الثمن المقدّر للسلعة في السوق بشكل عام ، والثمن هو المقدار المتفق عليه بين المتبايعين في العقد ، وقد يتفق الثمن مع السعر ، وقد يزيد عنه أو ينقص ، وقد يتفق الثمن مع القيمة ، وقد يزيد عنها ، وقد ينقص ، والأصل في تحقيق العدالة والتوازن الاقتصادي بين الأطراف أن يكون الثمن مساوياً للسعر والقيمة ، ولكنه قد يختلف عنهما في الغالب ، لاختلاف القواعد والأسس والبواعث والمعايير في تقدير كل منها ^(٢) .

(١) انظر : العقود المسماة ، بدرأوي ص ١٩٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٩ ، عقد البيع ، جراح ص ١٠٧ .

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٨/١ ، مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٥٢ - ١٥٤ ، حاشية ابن عابدين ٥٧٥/٤ .

حرية المتعاقدين في تقدير الثمن :

الأصل في الثمن أن يتم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري بمطلق الحرية، تطبيقاً لحرية المتعاقدين في العقد، وتنفيذاً لسلطان الإرادة العقدية بين الطرفين، ولا تعقيب على الطرفين في تحديد الثمن في البيع بعد المناقشة الحرة بينهما^(١) .

ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، وقد يتم تحديد الثمن بأز يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر، أو أن يفرض عليهما معاً .

فقد يفرض المشتري الثمن في العقد، وذلك في البيع بالمزاد العلني، فإن المشتري يستقل في تحديد الثمن، ويلزم البائع بإبرام البيع بالثمن الذي يعلنه المزاود الأخير، بشرط ألا يقل عن الحد الأدنى المحدد في بدء المزاودة^(٢) .

وقد يفرض البائع الثمن في البيع، ويستقل في تحديده، ليكون السعر محدداً للجميع، وذلك كالمؤسسات التي تعرض إنتاجها للبيع بسعر محدد، ولا تقبل المساومة مع المشتري في زيادة الثمن أو نقصه، ومثل البيوع التي تتم بعقود الإذعان التي تعرض فيها المبيعات بأثمان معينة ومقدرة مسبقاً، وعلى المشتري أن يقبلها كما هي أو يتخلى عن الشراء نهائياً، كما يتم تحديد الثمن من البائع في حالات البيع بالجملة، فإن البائع يحدد ثمناً إلزامياً لإعادة بيع المبيع، ولا يجوز للمشتري أن يتجاوزه أو ينزل عنه، بهدف المحافظة على ثمن موحد للبضاعة في جميع المحلات لترويج بيعها، وكسب الثقة بها^(٣) .

وقد يتم فرض الثمن قانوناً من قبل الدولة، وهو ما يعرف بالتسعير الجبري، وذلك عندما تتدخل الدولة في المعاملات إما لحماية ضعاف المستهلكين، وإما لتأمين

-
- (١) انظر: العقود المسماة، بدرأوي ص ٢١٥، العقود المسماة، سلطان وعدوي ص ٨٩، شرح أحكام عقد البيع، عمران ص ١٤٣، العقود المسماة، الذنون ص ١١٠ .
(٢) انظر: العقود الشائعة، حكيم ص ١٤١ .
(٣) انظر: العقود الشائعة، حكيم ص ١٤١، العقود المسماة، البدرأوي ص ٢١٥ .

العدالة بين الأطراف ، وإما لتوحيد الأنظمة في مختلف أنحاء البلاد ، وإما لتقديم العون والمساعدة للمواد الضرورية ، وإما بسبب ظروف معينة كالحرب والأزمات الاقتصادية ، وغالباً ما يتم ذلك للسلع الرئيسية التي تتحمل الدولة فيها فارق القيمة بما تقدمه من دعم أو إعانات أو تخفيض الضرائب وغيرها لتأمين السلع إلى المواطنين بأسعار متهاودة، كالخبز والسكر والأرز وغيرها ، وقد تتدخل الدولة لتحديد الأسعار لجميع المواد .

ويتم التسعير الجبري في الغالب لتحديد الحد الأعلى للثمن الذي لا يجوز تجاوزه ، ولكن يسمح بالنزول عنه ، وفي هذه الحالة تبقى حرية المتعاقدين مطلقة في تحديد الثمن بشرط ألا يتجاوز الحد القانوني الأعلى ، أما إذا حدد القانون الثمن ، ومنع الزيادة عليه أو النقص ، فهنا يحل القانون محل إرادة المتعاقدين في تحديد الثمن .

فإن تم البيع مخالفاً للتسعيرة الجبرية فإن القانون يحدد المؤيد لتنفيذه ، ويبين الجزاء المترتب على المخالف إما بإبطال البيع بشكل كامل وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد ، وإما بتنفيذ العقد مع العودة إلى الثمن المحدد قانوناً، وهذا هو الغالب ، مع ما يرافق ذلك من عقوبات جزائية وإدارية كالحبس والغرامة ومنع مزاولة المهنة وإغلاق المحل^(١) .

شروط الثمن :

يشترط في الثمن أن تتوفر فيه الشروط التالية :

١ - أن يكون الثمن نقوداً :

والنقود هي العملة التي تصدر عن الدولة ، وتتمتع بقدرة مالية معينة ، وكانت في السابق من مسكوكات الذهب أو الفضة أو المعادن المختلطة ، ثم اقترنت معها

(١) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٦ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٤ ، العقود المسماة ، بدراوي ص ٢١٥ .

الأوراق المالية التي تمثل الذهب أو الفضة ، وأخيراً حصرت النقود بالعملة الورقية التي تصدرها الدولة ، وتمنحها الحماية والضمان في المعاملات ، وتكفل قيمتها المالية في التملك .

ويشترط في عقد البيع أن يكون في مقابل ثمن نقدي ، وهذا ما يميزه عن المقايضة التي يتم فيها تبادل الأعيان والحقوق الماثية بأعيان وحقوق مالية أخرى ، أما إذا كان المقابل في العقد أداء عمل أو امتناعاً عن العمل فلا يكون العقد بيعاً ولا مقايضة ، وإنما يدخل في أحداً العقود المسماة الأخرى ، أو يخرج إلى دائرة العقود غير المسماة .

ويتناول وصف النقد ما يطلق عليه ذلك قانوناً أو عرفاً ، سواء كان نقداً معدنياً ، أو ورقياً ، أو خطياً كالشيك والحوالات المصرفية .

ولا يصح الآن أن يكون النقد ذهباً أو فضة ، لأن المش في سورية حظر التعامل بالذهب بموجب قرار المفوض السامي رقم ١٨ لـ ٢٠٠٠ تاريخ ٢٦/١/١٩٤٠ ، ولا يزال هذا القرار ساري المفعول حتى وقتنا الحاضر ، وقد قضى ببطالان الالتزامات والاتفاقات التي تتم بالنقد الذهبي^(١) .

ويصح أن يكون الثمن ايراداً مؤبداً ، أو مرتباً مدى الحياة على أن يدفع بالنقد وبشرط أن يكون العقد في هذه الحالة مكتوباً خطياً^(٢) .

٢ - أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً :

وذلك بأن تنبج إرادة المتعاقد حقيقة إلى تكليف المشتري بأداء الثمن المتفق

(١) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣٩ ، شرح احكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٠ ، الوسيط ، السنهوري ٣٦٤/٤ ، العقود المسماة ، البدر اوي ص ١٩٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٠ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٦٦/٤ ، العقود المسماة ، البدر اوي ص ١٩٣ .

عليه إلى البائع بشكل جدي وثابت وصحيح ، فإن اتفاقاً في العقد على عدم دفع الثمن نهائياً فلا ينعقد البيع ، وكذلك إذا ذكرنا ثمناً ، وصرحاً بعدم دأئه للبائع ، أو قام البائع بإعفاء المشتري منه أو هبته إليه أو أبرأته من أدائته ، ويكون الثمن في هذه الحالات صورياً ، ولا ينعقد البيع به ، ومثل ذلك إذا كان الثمن تافهاً لا يتناسب نهائياً مع المبيع ، أما إذا كان الثمن بخساً فلا يضر في العقد ، وينعقد البيع صحيحاً ، لأن الثمن البخس جدي وحقيقي ، ويكون البائع قد رضي به لحاجة ، أو جاهلاً لقيمة المبيع أو لسبب آخر .

الفرق بين الثمن الصوري والتافه والبخس :

ولا بد هنا من التفريق بين هذه الحالات الثلاثة السابقة .

١ - **الثمن الصوري** : وهو أن يذكر في البيع ثمن معين ليتم البيع من الناحية الخارجية ، ولكن البائع لا يقصد أن يتقاضى الثمن من المشتري ، كأن يتفقا على عدم دفع الثمن ، أو بادر البائع لإعفاء المشتري منه أو هبته إياه ، ويكون العقد في هذه الحالة هبة مكشوفة .

أما إذا اتفق الطرفان على الثمن بشكل جدي وحقيقي ، ثم أبرأ المشتري البائع من الثمن أو وهبه إياه فيبقى البيع صحيحاً في هذه الحالة .

وإذا كان المقصود من صورية الثمن هو تحقيق مصلحة الطرفين بإخفاء الثمن الحقيقي بينهما ، كأن يذكرنا ثمناً أدنى من الواقع ، ويتفقا على ثمن حقيقي للأداء فلا يؤثر ذلك على العقد ، ويكون البيع صحيحاً ، وتكون الصورية هنا للتحايل على بعض أحكام القانون للتهرب من رسم الانتقال على العقار المبيع^(١) .

لكن قد تنشأ مشاكل في هذه الحالة ، كما إذا اختلف المتبايعان فيما بعد في

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٨٤/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢١١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤١ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٩ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٥ ، ١٠٧ .

العقد ، فالأصل أن يلتزم المتعاقدان بالعقد الذي تمّ الاتفاق عليه فعلاً^(١)، وعلى من يدعي الصورية في العقد الظاهر مع وجود عقد خفي أن يتحمل عبء الإثبات، ويخير غير المتعاقدين بالتمسك بالعقد الظاهر الصوري أو العقد المستتر الخفي ، وعليهم إثبات الصورية ، وإن تباينت طلبات الدائنين أو الخلف الخاص فيقدم العقد الظاهر على العقد المستتر^(٢) .

وقال الشافعية يعتبر البيع الثاني الظاهر ، ولا أثر للاتفاق السابق^(٣) .

ب - الثمن التافه : وهو الثمن الذي يذكر في عقد البيع ، ولكنه قليل جداً ، ولا يتناسب نهائياً مع قيمة المبيع ، مما يدل على أن الاتفاق غير جدي على أداء ثمن حقيقي للمبيع ، كأن يتم بيع سيارة جديدة وصالحة للاستعمال بألف ليرة سورية ، أو يتم بيع شقة سكنية ممتازة بعشرة آلاف ليرة سورية ، فيقع العقد باطلاً ، كما في حالة الثمن الصوري .

والفرق بين الثمن الصوري والثمن التافه أن الثمن الصوري يكون في العادة متناسباً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه حقيقة ، أو لا يقصد الحصول عليه حقيقة ، أما الثمن التافه فإنه قليل جداً ، ولا يتناسب مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً^(٤) .

ج - الثمن البخس : وهو الثمن الذي يذكر في عقد البيع ، ولكنه يقل عن

(١) المادة ٢٤٦ من القانون المدني السوري ، وانظر : العقود الشائعة ، حكيم ص

١٤٨ .

(٢) المادة ٢٤٥ من القانون المدني السوري ، وانظر : العقود الشائعة ، حكيم ص

١٤٨ .

(٣) انظر : المجموع ، للنووي ٣٦٧/٩ .

(٤) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٨٥/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٧١ ، شرح

القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٠٥ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٢ .

القيمة الحقيقية للمبيع ، ولا يتناسب في الواقع مع الشيء المبيع ، لوجود غبن فاحش فيه ، والشن البخس لا يمنع انعقاد البيع ، فينعتقد صحيحاً بين الطرفين وينفذ حسب الاتفاق بينهما ، ويعتبر الشن البخس غبناً في البيع ، ولا يضره ذلك ، لأن القانون لا يمنع الغبن في العقود ، إلا في حالات استثنائية سنذكرها بعد قليل ، ومثال الشن البخس أن يبيع شخص سيارة قيمتها مائة ألف بستين ألف ، أو أن يبيع داراً ، قيمتها خمسون ألف ، ثلاثين ألف .

والفرق بين الشن التافه والشن البخس أن الأول قليل جداً ، ولا يتناسب نهائياً مع المبيع ، ويعتبر بمثابة العدم ، ويكون البيع باطلاً نهائياً ، أما الثاني فالشن له وجود حقيقي ، ويتناسب مع جزء من المبيع ، لكنه لا يتناسب مع كامل المبيع ، مما يوقع الغبن في البائع ، فإن كان البائع كامل الأهلية ورضي بالشن البخس فلا معقب عليه ، وقد يكون له هدف وحاجة من العقد ، أما إذا رافق الغبن حالات خاصة في البائع كالطيش أو الهوى أو نقص الأهلية فيكون الغبن سبباً للإبطال كما سنبين ذلك ، فالفرق بين الشن التافه والشن البخس هو في درجة التناسب مع القيمة الحقيقية للمبيع ، كما أن الشن البخس ثمن حقيقي ، ويقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري بشكل جدي ، خلافاً للشن الصوري^(١) .

٣ - أن يكون الشن معلوماً :

الشن عنصر أساسي في عقد البيع ، وهو أحد مقوماته الرئيسية ، وركن من أركانه ، ولذلك يشترط أن يكون معلوماً عند العقد ، حتى تتحدد الالتزامات على الطرفين بدقة ، ويعرف كل طرف حدود التزامه ، ولأن البيع من عقود المعاوضات ، وأن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري لقاء ثمن نقدي ، ولذلك يشترط أن يكون الشن معلوماً ، بأن يعرف مقداره وجنسه ونوعه ووصفه ، إن كانت النقود المتداولة

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٠/٤ ، عقد البيع ، عامر ص ٧١ ، العقود المسماة ، البدرأوي ص ٢٠٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥١ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٨ .

قانوناً و عرفاً تختلف بالجنس والشوع والوصف •

ولكن هذا الشرط طرأ عليه تطور كبير ، واتجهت الأنظار القانونية الحديثة إلى التوسع في تقدير الثمن ومعلوماته عند العقد ، تسهلاً على المتعاقدين ، وتنشيطاً للمبادلات والتبادل التجاري ، وتصحيحاً لأكبر قدر ممكن من البيوع القائمة بين الناس ، وقد سار القلمون المدني المصري ثم السوري في هذا التيار ، واشترط أن يكون الثمن معلوماً عند العقد ، ثم توسعاً في وسائل معلومية الثمن أكبر قدر ممكن لتصحيح البيوع ، وذلك بتحديدده في العقد أو الاتفاق صراحة أو ضمناً على وسيلة أخرى لتحديدده فيما بعد ، وهو ما سندرسه بالتفصيل في الفرع الثاني ، فإن لم يتم تحديد الثمن وتقديره في العقد ، ولم يتفق الطرفان على وسائل أخرى لتحديدده في المستقبل كان العقد باطلاً ، ولا ينعقد البيع بين الطرفين ، لخلوه عن أحد العناصر الأساسية فيه (١) •

وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي جاء فيها : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه » (٢) •

شروط الثمن في الفقه الإسلامي :

يعتبر الثمن عند الحنفية أحد مقومات العقد الأساسية التي يتوقف عليها البيع ، ولكنه خارج عن الماهية ، فلا يعتبر ركناً عندهم ، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الثمن ركن من أركان البيع ، وإذا فقد الثمن في البيع كان العقد فاسداً عند الحنفية ،

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٠ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٦ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٨ ، الوسيط ، السنهوري ٣٨٢/٤ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٣/٤ •

وباطلاً غير منعقد عند الجمهور •

وعرف المرحوم قدرى باشا الثمن بأنه « هو ما تراضى عليه العاقدان ، سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص ، والقيمة هي ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار ، من غير زيادة ولا نقصان »^(١) ، ويعتقد الفقهاء المسلمون بحثاً طويلاً للتفريق بين المبيع والثمن ، وأن المبيع في الأصل هو ما يتعين بالتعيين ، وأما الثمن فلا يتعين بالتعيين ، وأن الثمن إما أن يكون نقداً أو مالاً مثلياً ، والنقود تشمل العملة المسكوكة من الذهب أو الفضة أو الفلوس المعدنية الرائجة^(٢) •

ويشترط الفقهاء في الثمن شرطاً واحداً وهو أن يكون معلوماً عند المتعاقدين حتى لا يؤدي إلى الجهالة الفاحشة بينهما ، ولا يشترط أن يكون نقداً فيجوز أن يكون الثمن نقداً أو مالاً مثلياً آخر ، كما يجوز أن يكون عيناً قيمية ، لأن البيع في الشريعة يشمل البيع المطلق ، والمقايضة ، فإن تم البيع على عين مقابل نقد ، كان النقد ثمناً ، وإن تم البيع على عين بعين ، فإن كانت إحداها مثلية وهي المكيلات والموزونات والعديدات والذريعات ، والأخرى قيمية ليست من ذوات الأمثال ، فإن العين المثلية هي الثمن ، وإن كان البيع بين عين قيمية وعين قيمية أخرى فإن كلا من العوضين يعتبر مبيعاً من وجه وثنماً من وجه آخر^(٣) ، وهذا التفريق بين المبيع والثمن لتطبيق الأحكام الخاصة بكل منهما عليه • وأما اشتراط كون الثمن جدياً وحقيقياً فهذا ركن في العقد وليس شرطاً •

وجاء القانون المدني الأردني واقتبس نص المجلة باشتراط معلومية الثمن ،

(١) المادة ٤١٣ من مرشد الحيران •

(٢) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٧/١ وما بعدها ، بدائع الصنائع

٣٢٢٤/٧ •

(٣) انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٩/١ ، درر الأحكام ١٤٥/٢ ، أدب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٤٧٨ ، المجموع ، للنووي ٣٦٥/٩ ، المادة ٤١٤ من مرشد الحيران ، المادة ٢٣٨ من مجلة الأحكام العدلية ، بدائع الصنائع ٣٢٢٣/٧ وما بعدها •

فقال : يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً^(١) ، وأما كيفية معلومية الثمن ووسائلها فنبحثه في الفرع التالي •

الفرع الثاني

تحديد الثمن

إن معلومية الثمن في البيع تقتضي أن يتم تحديده بين الطرفين ، وهذا التحديد إما أن يكون كاملاً وتاماً وصريحاً في العقد ، وهو الأصل الذي اقتضت عليه التشريعات السابقة ومنها الفقه الإسلامي ، وإما أن يكون التحديد غير مباشر ، وذلك بالإحالة الصريحة أو الضمنية إلى أسس صالحة ومعينة يتم بمقتضاها تحديد الثمن فيما بعد ، وهذا ما اتجهت إليه الأقطار القانونية الحديثة ، وذلك للتوسع في البيوع ، والتسهيل على المتبايعين ، وهو ما نصت عليه المادتان ٣٩١ ، ٣٩٢ من القانون المدني السوري •

وتفيد هاتان المادتان على أن تحديد الثمن يتم بإحدى الوسائل التالية :

- ١ - الاتفاق الصريح الكامل بين المتعاقدين في عقد البيع •
- ٢ - الاتفاق بين الطرفين على بيان أسس صالحة لتحديد الثمن في المستقبل •
- ٣ - نية الاعتماد على أسس صالحة لتحديد الثمن ، وتؤخذ هذه النية من ظروف العقد واتجاه الطرفين لقبول هذه الأسس •

فإن تمّ العقد دون تحديد الثمن بإحدى هذه الوسائل الثلاثة كان العقد باطلاً لخلوه عن أحد العناصر الأساسية فيه ، ويصبح الثمن في هذه الحالة مجهولاً جهالة

(١) المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني •

فاحشة تؤدي إلى النزاع بين الطرفين ، وتمنع تنفيذ العقد^(١)، وسوف نبحث كل وسيلة على حدة .

اولا : الاتفاق الصريح على تحديد الثمن في العقد :

كثيراً ما يتفق البائع والمشتري على تحديد الثمن في العقد ، فيعينا مقداره وجنسه ونوعه ، بحيث يصبح معلوماً بشكل كامل ، ويقع البيع في هذه الحالة صحيحاً متى توفرت بقية الشروط الأخرى ، ويلتزم المشتري بالثمن المحدد ، ويجب عليه الوفاء به ، وتنفذ الالتزامات بين الطرفين بسهولة ويسر^(٢) .

ويتم الاتفاق على تحديد الثمن في العقد بالمساومة والمناقشة الحرة بين الطرفين ، سواء حدداه جملة ، أو بسعر الوحدة في المثليات ، وسواء عرض أحد الطرفين ثمناً فرضيه الآخر ، أم ناقشه فيه ، والمهم حصول الرضا والاتفاق على تحديد الثمن في العقد .

ولم ينص القانون المدني على هذه الوسيلة لأنها تطبيق لسلطان الإرادة العقدية والقواعد العامة في العقود .

وفي هذه الحالة لا يثير الأمر أية صعوبة في الغالب ، ولكن قد يصادف في بعض الأحيان بعض المشاكل ، كما لو كان للنقد المسى عدة أنواع في مكان الاتفاق ، وكانت هذه الأنواع مختلفة القيمة ، كالدينار مثلاً ، والليرة ، فما هو الواجب على المشتري ؟ هل يدفع الأعلى قيمة أم الأوسط أم الأدنى ؟

لم يتعرض القانون المدني لهذه المشكلة ، بينما عرضها الفقه الإسلامي وقرر أن يكون الثمن من النوع الأروج الذي يكثر تداوله والتعامل به ، فإن تساوى

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٨ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ١٩٥ ،

العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٩٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص

الرواج في النوعين مع تفاوت القيمة بينهما فسد البيع لتحقيق الجهالة الفاحشة في الثمن بين المتبايعين^(١) .

وفي الفقه الإسلامي اشترط أن يكون الثمن معلوماً ، وأن معلومية الثمن تكون بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً ، أو ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً في مجلس العقد ، وهذا ما صرحت به واقتصرت عليه مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، ثم أخذ به القانون المدني الأردني ، وأضاف إليه حالة ثالثة تلتقي مع القانون المدني السوري وهي : أن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتهي معها الجهالة حين التنفيذ^(٢) .

وإذا كان للنقد أجزاء متعددة كالليرة السورية ، ففيها ورقة ذات الخمسمائة ليرة ، وفيها أجزاء الليرة الواحدة حتى خمسة قروش ، وكلها ذات قيمة واحدة رسمياً ، ومع ذلك فإن المشتري يلتزم بدفع الأجزاء المتناسبة مع مقدار الثمن عرفاً ، فالثمن المقدر بالآلاف لا يقبل عرفاً أدائه بالقروش والفئات الصغيرة ، وبالعكس فالثمن المقدر بالقروش لا يمكن أدائه بالفئات الكبيرة وهكذا .

وقد نص على هذا الحكم مجلة الأحكام العدلية في المادة ٢٤٤ ، ثم جاء القانون المدني الأردني وأخذ به ، فنص في المادة ٤٨١ منه أنه « إذا حدد الثمن بنوع من

(١) نص على ذلك مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٢٤٠ ، ومرشد الحيران ، المادة

٤١٦ .

ويرى استاذنا الزرقا انه يمكن الأخذ بالنوع الأروج في ظل القانون ، وعند تساوي الرواج يكلف المشتري بدفع المتوسط ، أخذاً بالمادة ١٣٤ من القانون المدني السوري التي تقضي بتسليم الصنف المتوسط ، بينما يرى الأستاذ الدكتور سوار أن العقد يصبح باطلاً في هذه الحالة لأننا لا نستطيع تعيين مقدار الثمن فيه . (انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠١ ، أبحاث إضافية ، سوار ص ٢٤ ، المغني ٤/١٤٨ ، الروضة ، للنووي ٣/٣٦٣ ، المجموع للنووي ٩/٣٦٣ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٣٦ ، كشاف القناع ٣/١٦٣ ، درر الحكام ٢/١٤٦) .

(٢) المادة ٤٧٩ من القانون المدني الأردني ، وانظر : مرشد الحيران ، المادة ٤١٥ ،

مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٣٩ .

النقود ، وكان له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولاً في مكان البيع»^(١) .

ثانياً : الاتفاق الصريح في العقد على أسس صالحة لتحديد الثمن :

قد لا يتفق الطرفان على تحديد الثمن مباشرة في العقد ، وإنما يتفقان على بيان أحد الأسس التي تصلح لتحديد الثمن ، دون بيان نوعه وقدره ، ويكون تحديد الثمن قد تمَّ في العقد بين المتبايعين ولكن بطريقة غير مباشرة ، وهذه الحالة ترجع للحالة السابقة ، ويكون الثمن محددًا فعلياً ، ومتفقاً عليه بين الطرفين وفي عقد البيع ، ويكون الثمن في حكم المعلوم ، لأن نتيجة الاتفاق توصل إليه بما لا يدع مجالاً للشك أو الاختلاف بين المتبايعين ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٩١ الفقرة الأولى من القانون المدني :

« يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد »^(٢) .

ولم يبين القانون هذه الأسس التي تصلح لتحديد الثمن ، وإنما اقتصر على ذكر حالة واحدة في الفقرة الثانية من نفس المادة ، وهي حالة الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق ، بينما توجد حالات أخرى ، وأشهرها ثلاث وهي :

١ - تحديد الثمن بسعر السوق :

وهذه الحالة أكثر الحالات شيوعاً في الحياة والتعامل ، وذلك بأن يسكت الطرفان عن تحديد الثمن في العقد ، ويتفقا على أن يتم البيع بسعر السوق ، وبالتالي يكون الثمن محددًا بالسعر الذي تباع فيه السلعة في السوق ، ويقع البيع

(١) انظر : المجموع ، للنووي ٣٦٢/٩ ، حاشية ابن عابدين ٥٣٦/٤ .

(٢) يقابلها المادة ٤٢٣ من القانون المصري ، والمادة ٤١٢ من القانون الليبي ،

والمادة ٥٢٧ من القانون العراقي ، والمادة ٣٨٦ من التقنين اللبناني .

صحيحاً، ويلتزم المشتري بأداء الثمن بحسب السعر التجاري^(١) .

ولكن أسعار المبيعات تختلف من زمان إلى زمان ، كما تختلف من مكان إلى آخر ، لذا كان من المفروض على المتبايعين أن يحددوا مكان السوق وزمانه اللذين يحدد على أساسهما سعر المبيع ، فإن اتفقا على ذلك وجب السعر بحسب الزمان والمكان المتفق عليهما ، حسب إرادة المتعاقدين واتفاقهما، ولا يبقى مجال للاختلاف بينهما .

أما إذا اتفقا على تحديد الثمن بسعر السوق ، ولم يحددوا الزمان والمكان المعبرين لسعر السوق فإن الأقطار تختلف في هذه الحالة ، ولذلك تدخل المشرع، ووضع حكماً مكملاً لإرادة المتعاقدين ، وافترض أنهما يقصدان سعر السوق في المكان والزمان اللذين يتم فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩١ على ما يلي :

« وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » .

ويلاحظ على هذه المادة أنها صريحة في عدم كونها ملزمة للطرفين، وأنها حكم مفسر لإرادة المتعاقدين عند سكوتها ، وعدم اتفاقهما على ما يخالفها ، كما أنها افترضت عدم وجود سوق في مكان التسليم كالقرى أو الجبال أو الأمكنة النائية، فأوجبت الرجوع إلى سعر السوق الذي يقضي العرف باعتماده والرجوع إليه، وأنه يجب الرجوع إلى عقد البيع لمعرفة الزمان والمكان المتفق عليهما لتسليم

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٣ ، الوسيط ، السنهوري ٣٧٥/٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ١٩٧ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٤٧ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٠ .

المبيع إلى المشتري، فإن لم يتضمن العقد اتفاقاً على تحديد زمان تسليم المبيع ومكانه ، فيكون زمان التسليم فور انعقاد العقد ، ما لم يقض العرف بغير ذلك^(١)، ويكون مكان التسليم هو المكان الموجود فيه المبيع وقت البيع إذا كان عيناً معينة بالذات أو موطن البائع إذا كان معيناً بالنوع فقط، وإن كان المبيع مصدراً إلى المشتري فيكون مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري^(٢)، كما سنبين ذلك تفصيلاً في التزامات البيع .

وقد يتفاوت سعر السوق في اليوم الواحد ، ولذلك يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بسعر السوق عند الفتح ، أو عند الإقبال أو بمتوسط الأسعار ، كما يدخل في تحديد الثمن بسعر السوق الاتفاق على تحديد الثمن حسب جدول التسعيرة الجبرية عند التسليم^(٣) .

ولا بد من الوقوف عند اختيار القانون سعر المبيع في زمان تسليم المبيع ومكانه ، وهو ما استمدته من القانونين الألماني والبولوني ، وقد وصفته المذكورة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري بأنه « حل معقول »^(٤) .

والواقع أن هذا الحل معقول بالنسبة لمكان التسليم ، أما بالنسبة لاعتبار زمان التسليم فهو أمر غريب ، ويتنافى مع العدالة والمبادئ القانونية العامة ، وخاصة إذا كان التسليم في زمان لاحق وبعيد عن زمان العقد ، لأن مراد المتعاقدين في الغالب يتجه إلى تحديد الثمن بسعر السوق في وقت العقد ، وأنه لا يمكن التنبأ عادة بسعر السوق في المستقبل ، وأنه ليس من المعتاد أن يتم البيع على سعر غير معروف المصير ، وأن الأصل القانوني في تحديد الالتزامات أن يتم عند إنشاء سببها لا عند تاريخ تنفيذها ، والتمن التزام على المشتري يلتزم به بموجب العقد ، فيجب

(١) المادة ٣٤٤ من القانون المدني السوري .

(٢) المادة ٣٤٥ ، المادة ٤٠٣ ، المادة ٤٠٤ من القانون المدني السوري .

(٣) انظر : العقود المسماة ، البدرأوي ص ١٩٨ .

(٤) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٢/٤ ، الوسيط ، للسنة ٣٦٨/٤ .

تحديده عند العقد ، وهو اختيار الفقه الإسلامي^(١) .

تحديد الثمن بسعر السوق في الفقه الإسلامي :

ذهب أكثر الفقهاء المسلمين إلى منع البيع إذا حدد الثمن بسعر السوق ، لأن الثمن مجهول عند العقد ، وقد يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين .

قال ابن عابدين : « وقال : خذه بسعر البلد ، والسعر لهما معلوم كان بيعاً ، وإن لم يعلماه ، فلا »^(٢) .

بينما ذهب بعض الحنابلة إلى جواز البيع مع تحديد الثمن بسعر السوق ، وسميت هذه الطريقة باسم : « البيع بما ينقطع عليه السعر » وهو اتفاق بين الطرفين على أساس صالح لتحديد الثمن في المستقبل ، وليس عند العقد ، وأن هذا الاتفاق يؤول إلى تحديد الثمن ، ونفي الجهالة عنه ، وحسم النزاع بين الطرفين^(٣) .

وأجاز متأخرو الحنفية بيعاً شبيهاً بذلك ، وسموه « بيع الاستجرار » وهو أن يأخذ الإنسان حاجاته اليومية من اللحم أو البقال أو الخضري دون أن يسأله عن الثمن ، أو يدفعه له عند العقد ، وإنما يحاسبه كل مرة ، على أن يكون الثمن بينهما هو سعر المبيع في السوق في وقت البيع ، وهو الشائع اليوم كثيراً في التعامل^(٤) .

وجاء القانون المدني الأردني وتبنى قول الحنابلة ومتأخري الحنفية في تحديد

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٤ ، ونصت المادة ٤١٨ من مرشد الحيران على ما يلي : « يعتبر الثمن في مكان العقد وزمانه لا في زمن الإيفاء » .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥١٥/٤ .

(٣) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٣ ، المدخل الفقهي العام ، الزرقا

٤٩٤/١ اعلام الموقعين ، ابن قيم الجوزية ٨/٤ .

(٤) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٤٩٤/١ ، حاشية ابن عابدين ٥١٦/٤ .

ثمن المبيع بسعر السوق ، وتدارك الخطأ الذي وقع فيه القانونان السوري والمصري ، ونصّ على اعتبار سعر السوق في زمان ومكان البيع ، وليس في زمان ومكان تسليم المبيع^(١) .

٢ - تحديد الثمن على أساس تكاليف البائع :

يكون تحديد الثمن كثيراً باتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً على أساس تكاليف المبيع على البائع، وهذه التكاليف إما أن تتحدد بالثمن الذي اشترى به البائع وما يلحقه من نفقات لاحقة ، وإما أن تكون مجموع أثمان المواد الأولية التي وضعها البائع في المبيع .

ويتفق المتبايعان على أن يكون الثمن بمثل تكاليف المبيع أو بأكثر منه أو بأقل ، وقد تكون الزيادة أو النقصان بمقدار نسبي من رأس المال ، وقد تكون بمقدار مقطوع .

وتصبح تكاليف المبيع أمراً جوهرياً في العقد ، ولا بد من معرفتها في الحال أو الاستقبال ، ولا بد من التثبت منها حتى يستطيع المتبايعان تقدير الثمن على أساسها ، وعلى البائع أن يبين هذه التكاليف ، وإن حصل عليها اختلاف ، فيحق للمشتري أن يثبت الزيادة عن التكاليف الحقيقية بجميع طرق الإثبات ، لأنه إثبات واقعة مادية ، وتنطوي على إتهام البائع بالغش ، ويرجع المشتري على البائع بالزيادة^(٢) .

وهذه الطريقة لتحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع تتفق تماماً مع ما جاء في الفقه الإسلامي ، وتسمى **بيوع الأمانة** ، وهي أن يحدد فيها الثمن على أساس رأس مال البائع ، وهي ثلاثة أنواع ١ - المراجعة ، وهي أن يتم البيع

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢/٤٨٠ ، المادة ٤٧٨ من القانون الأردني .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٣٧١ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٧ .

بإضافة ربح محدد على رأس المال ، ٢ - التولية ، وهي أن يتم البيع على أساس رأس المال بدون ربح ولا خسارة ، ٣ - الوضعية ، وهي أن يتم البيع بخسارة محددة من رأس المال ، وهذا إن أخذ المشتري كل المبيع ، فإن أخذ جزءاً منه على طريق بيع الأمانة سمي البيع إشراكاً^(١) ، فإن زاد البائع في الثمن فيكون خيانة وغشاً ، ويمنح المشتري في هذه الحالة حق إبطال العقد عند الإمام محمد والمالكية وقول للشافعية وقول للحنابلة ، وقال الإمام أبو يوسف والشافعية في القول الصحيح والحنابلة يحط المشتري من الثمن بمقدار الزيادة مع مقدار نسبتها من الربح ، وفصل الإمام أبو حنيفة فقال يحط المشتري الزيادة في التولية ، وله خيار الفسخ في المراجعة^(٢) .

وأخذ القانون المدني العراقي بهذه البيوع من الفقه الإسلامي ، فنص في المادة ٥٣٠ منه على أنه « ١ - يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكاً أو وضعية ٢ - والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه ٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرراً عن الخيانة والتهمة » .

وجاء القانون المدني الأردني وأخذ بهذه البيوع من الفقه الإسلامي ، وتوسع

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٣٦٩ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ١٥٤/٢ ، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، وهبة الزحيلي ٥٠٦/١ .

(٢) انظر : فتح القدير ٢٥٣/٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ، ابن جزى ص ٢٨٩ ، المذهب ، للشيرازي ٢٩٥/١ ، المغني لابن قدامة ١٣٦/٤ ، مغني المحتاج ٧٦/٢ ، حاشية الدسوقي ١٥٩/٣ ، حاشية ابن عابدين ١٣٢/٥ ، الروضة ٥٢٥/٣ وما بعدها ، كشاف القناع ٢١٧/٣ ، بدائع الصنائع ٣١٩٣/٧ ، درر الحكام ١٨٠/٢ .

في أحكامها زيادة عن القانون العراقي ، وبين حكم ظهور الزيادة في الثمن الأول، وأنه يحق للمشتري أن يحطّ الزيادة ، كما أجاز البيع إذا لم يكن رأس المال معروفاً عند العقد ، ومتى عرفه المشتري فله حق فسخ العقد ، كما يحق للمشتري فسخ العقد إذا كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال (١) .

والفارق بين القانون المدني وبين الفقه الإسلامي أنه يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون رأس مال المبيع وتكاليفه معلومة عند العقد ليبنى الثمن عليه ، ويكون معلوماً عند العقد ، أما في القانون فلا يشترط ذلك ، ويكفي أن يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع ، ولا مانع من معرفة ذلك فيما بعد ، وقد يتفق القانون مع المذهب الحنبلي الذي أجاز البيع بما ينقطع عليه السعر ، فالثمن لم يحدد عند العقد ، وإنما يحدد فيما بعد (٢) ، ولذلك نلاحظ أن القانون الأردني قد جمع بين الأمرين فاشتراط معرفة رأس مال المبيع عند العقد (الفقرة الأولى من المادة ٤٨٠) ، ثم أشار إلى صحة البيع وإن لم يعرف رأس المال عند العقد، ومنح المشتري خياراً متى عرفه (الفقرة ٣ من المادة ٤٨٠)

٣ - تفويض تحديد الثمن إلى الغير :

الأصل أن يقوم المتبايعان بتحديد الثمن بمحض إرادتهما وحرتهما في العقد ، وقد يتفقا في العقد على تفويض شخص آخر أو أكثر بتحديد الثمن .

وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني السوري ، وأصله المصري ، وإنما تدخل تحت المبدأ العام الذي نصا عليه « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد » ، وفي هذه الحالة يقع البيع صحيحاً ، لأن الثمن ، وإن لم يقدره الطرفان في العقد ، يمكن تحديده ، لأنهما اتفقا على

(١) المادة ٤٨٠ من القانون المدني الأردني .

(٢) العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٧

وما بعدها .

أساس صالح للتقدير ، فيكون العقد ملزماً لهما ، ومتى حدد الطرف الثالث ثمناً للمبيع أصبح سائراً عليهما بمقتضى القاعدة القانونية « العقد شريعة المتعاقدين » ، وقد يتفق المتبايعان على تعيين القاضي لتحديد الثمن ، فيكون اتفاقهما صحيحاً •

ولكن هذه الحالة نص عليها بالذات القانون المدني الفرنسي ، وبين تكليف العقد فيها ، وأن المبيع يقع معلقاً على شرط واقف ، فإذا امتنع المفوض عن تحديد الثمن أو عجز عن تحديده ، أو اختلف المفوضان في الثمن ، كان العقد باطلاً •

وتتجعة للنص على صفة العقد والشرط في القانون الفرنسي ، وعدم النص عليه في القانونين المصري والسوري اختلف شراح القانونين اختلافاً عريضاً في هذه الحالة ، فذهب أكثرهم إلى تقليد القانون الفرنسي واستمداد أحكامه الخاصة لتكون تفسيراً للقانونين المصري والسوري ، وقال بعض الشراح بتطبيق القواعد العامة القانونية على هذه الحالة ، وفصلها نهائياً عن القانون الفرنسي (١) •

ولذلك يرى أكثر شراح القانون أن العقد في هذه الحالة يكون معلقاً على شرط واقف ، وأنه إذا امتنع المفوض عن تحديد الثمن أو عجز ، أو تعارضت آراء المفوضين ، أو اختلف المتبايعان في تعيين الخبراء ، فإن العقد باطل ، ولا يحق للطرفين الرجوع إلى القضاء لفض النزاع وتحديد الثمن أو لتعيين مفوض آخر لتحديد الثمن ، لأن مهمة القضاء إنهاء النزاع بين الأطراف وتفسير إرادة المتعاقدين وتطبيق العقود القائمة ،

(١) كما حصل اختلاف كبير بين شراح القانون الفرنسي في تحديد صفة المفوض ، هل هو وكيل عن الطرفين ، أم هو محكم ، أم هو مجرد خبير ، وانتقلت هذه الآراء مع حججها وأدلتها إلى شراح القانون المصري ، وأخذ كل واحد برأيه ، وتحمس للاستدلال به .

(انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٩/٤ ، العقود المسماة ، البداروي ص ٢٠١ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١١) •

وليس من مهمة القضاء إنشاء العقود والالتزامات بين الناس^(١) .

ويرى بعض الشراح أن العقد صحيح ومنجز، لأن الطرفين اتفقا على النواحي الجوهرية في العقد ، وأن القانون المصري والسوري لم ينصا على كون العقد معلقاً على شرط واقف ، وأنه يجب الرجوع للقواعد العامة فيهما ، وأن الاتفاق على النواحي الجوهرية في العقد وتأخير البت في بعض التفاصيل الفرعية كاف لتمام العقد، وعند الاختلاف على تحديد التفاصيل يرجع إلى المحكمة لتحديداتها والفصل فيها ، لأن المحكمة تختص بإنشاء النواحي الفرعية في العقود بتفويض من القانون ، بل إن القانون منح القاضي سلطة إنشائية لحسم النزاع في الأمور الفرعية ، ومنحه سلطة كبيرة في تعديل المشاركات العقدية لإقامة التوازن النسبي بين الطرفين^(٢)

وإذا قام المفوض بتحديد الثمن فقد اتفق الشراح على انعقاد البيع مستنداً من وقت الاتفاق السابق ، لا من وقت تقدير المفوض للثمن ، كما أن تحديد الثمن من المفوض ملزم للطرفين ، ويكون الثمن مقدراً في البيع ، كما لو قدره بأتفسهما ، وليس لأحدهما أن يعترض على تحديده الثمن المقدّر من المفوض مادام أنه التزم حدود المهمة الموكولة إليه، كما لا يحق للقاضي أن يعدل الثمن الذي عينه المفوض ، حتى ولو كان المفوض معيناً من نفس القاضي، بناء على اتفاق الطرفين بتفويض القاضي بتحديد ثالث لهذا الأمر^(٣) .

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٩/٤ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ٢٠٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٦ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٦ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٤ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٠ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٤ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٧ .

(٣) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٧٨/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١٣ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٠ ، عقد البيع ، عامر ص ٦٦ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ٢٠٥ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١١٤ .

ويقبل الطعن في الثمن - استثناء - من أحد الطرفين عند تقدير الثمن من المفوض لأحد الأسباب التالية :

أ - إذا تواطأ المتعاقد الآخر مع المفوض في تحديد الثمن، لأن هذا التواطؤ عمل غير مشروع ، ويوجب إلزام فاعله بالتعويض ، ويعتبر غشاً مفسداً لعمل المفوض .
ب - إذا جاوز المفوض حدود مهمته ، كأن يفوض إليه تقدير ثمن المبيع في الحالة القائمة عليه ، وبالوقت الحاضر ، فيقدر ثمنه بالنظر إلى المستقبل ، وما قد يطرأ عليه من تغييرات .

ج - إذا ارتكب المفوض خطأ جسيماً في تقدير الثمن لوقوعه بتدليس أو غلط في صفة جوهرية من صفات المبيع ، أو بنى تقديره على خطأ فاحش (١) .

ويصح تفويض تحديد الثمن إلى مفوض واحد أو إلى اثنين أو أكثر ، كما يصح أن يتفق الطرفان في العقد على تفويض شخص في المستقبل على تحديد الثمن ، وحصل اختلاف بين الشراح في جواز تفويض تحديد الثمن إلى المتبايعين ، فذهب بعض الشراح إلى عدم جواز توقف تحديد الثمن على إرادة أحد المتعاقدين اللاحقة ، لأنه يضع الطرف الثاني تحت رحمة الطرف الأول ، ويكون تحديد الثمن متوقفاً على شرط إرادي محض ، مما يجعل العقد عرضة للبطلان ولعدم اتفاق الطرفين على ركن من أركان العقد ، وقال أكثر الشراح بصحة تحديد الثمن من أحد الطرفين فيما بعد ، إذا لم يكن التحديد متوقفاً على محض إرادته ، وأنه يستبعد أن يتحكم البائع أو المشتري تحكما مطلقاً في تحديده ، وإنما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تفويض أحدهما بتحديد الثمن في الحدود المعقولة ، كأن يقدر الثمن بما يعرضه شخص آخر على البائع ، أو بالثمن الذي يساويه عادة ، أو بالثمن الذي سيشترى به المشتري أمثال المبيع من آخرين ، وهكذا (٢) .

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٩ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران

ص ١٤٩ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩٣ ، شرح أحكام عقد البيع ،

عمران ص ١٤٦ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١١ .

ثالثاً : نية الاعتماد في تحديد الثمن على أساس ملحوظ :

توسع القانون في كيفية تحديد الثمن ، وقطع خطوة أخرى ، وفتح باباً جديداً ، لاعتبار العقد صحيحاً ، واعتبار الثمن معلوماً فيه بما يدور حول العقد من الظروف والملاسات التي تدل على أن نية الطرفين اتجهت أثناء العقد إلى اعتبار أساس ما ، يجعل الثمن قابلاً للتحديد ، فنص في المادة ٣٩٢ على مايلي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما » (١) .

فهنا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، وكان المفروض أن يكون العقد باطلاً ، لانعدام ركن من أركانه ، ولكن القانون كلف القاضي أن يبحث عن نية المتعاقدين ، وأن يدرس ظروف التعاقد ، لعله يجد أساساً صالحاً لتحديد الثمن ، وأرشده القانون إلى مثاليين .

الأول : أن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني بينهما ، بحسب الظروف التي تحيط بالتعاقد بينهما ، وهو أن يكون تحديد الثمن بحسب السعر التجاري المتداول في الأسواق ، وهنا يكون الثمن قابلاً للتحديد ، وذلك بالرجوع إلى السعر المتداول بين التجار في الأسواق المحلية ، أو في البورصة ، سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية ، ويمكن للقاضي أن يستعين بخبير في معرفة السعر المتداول للسلعة في زمان ومكان العقد ، أو في زمان ومكان تسليم المبيع كما ذكرنا سابقاً .

الثاني : أن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني بينهما

(١) يقابلها المادة ٤٢٤ من القانون المصري ، والمادة ٤١٣ من القانون الليبي ، والمادة ٥٢٨ من القانون العراقي .

على اعتبار السعر الذي جرى عليه التعامل السابق بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر لتحديد الثمن ، ويجري هذا الأمر كثيراً بين التجار ، بأن يورد أحدهما سلعة معينة بسعر معين ، أو بسعر السوق أو بأي ثمن متفق عليه ، ثم يطلب منه كمية من نفس السلعة ، ويفهم ضمناً أن يكون ثمنها بحسب السعر السابق الجاري بينهما ، وبالتالي تكون النية متجهة إلى اعتماد أساس ملحوظ لتحديد الثمن ، ولو لم يصرح الطرفان به (١) .

وهذان المثالان ليسا للحصر ، ويمكن للقاضي أن يستخلص من ظروف العقد نية المتعاقدين في اعتماد أساس ما في تحديد الثمن .

ونلاحظ أن القانون قد توسع كثيراً في وسائل تحديد الثمن ، وفتح الباب على مصراعيه لاعتماد أية وسيلة اتفق عليها الطرفان في العقد على تقدير الثمن ، تطبيقاً للقاعدة العامة التي سار عليها القانون وهي الاكتفاء بالاتفاق على الأمور الجوهرية في العقد ، وترك الاتفاق على الأمور التفصيلية والجزئية فيما بعد .

فإن لم يتفق الطرفان على تحديد الثمن في العقد ، ولم يتفقا على أسس صالحة لتحديده فيما بعد ، ولم يمكن استخلاص ذلك من نية الطرفين وظروف العقد ، فيعتبر الثمن مجهولاً ، ويقع البيع باطلاً .

(١) انظر : الوسيط : السنهوري ٣٧٦/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٠٩ ،
العقود المسماة ، البدراوي ص ١٦ .

الفرع الثالث

العبن في الثمن

على الرغم من أن الثمن ركن في البيع ، وأنه يمثل ناحية جوهرية فيه ، إلا أن القانون ترك للمتعاقدين الحرية الكاملة لتقديره ، ومتى اتفق المتبايعان على ثمن معين فلا معقب عليهما في ذلك ، إذا توفرت فيه الشروط السابقة: الجدية والنقدية والمعلومية ، ويقع البيع صحيحاً وتاماً ، سواء كان الثمن يساوي قيمة المبيع الحقيقية في السوق ويتناسب معها ، أم كان أكثر منها أو أقل ، وسواء كان النقص عن القيمة كبيراً أو صغيراً ، مادام البائع قد رضي به ليكون ثمناً للمبيع الذي يريد بيعه والحصول على مقابله ، ومادام المشتري قد رضي بدفع المبلغ المتفق عليه في سبيل الحصول على المبيع ، وقد يقنع البائع بثمن بخس لأهداف خاصة وشخصية ، وقد يكون المشتري مستعداً لدفع الثمن مهما غلا وارتفع في سبيل اقتناء المبيع لأهداف خاصة ، وقد يكون ارتفاع الثمن وانخفاضه ، أو غلاؤه وبخسه ، ناتجاً في الواقع عن جهل أحدهما بقيمة المبيع ، أو عدم خبرته في البيع والمساومة ، وقد يقوم أحدهما باستغلال الطرف الثاني فيزيد الثمن أو ينقصه ، ومع ذلك فلا يتدخل القانون بينهما ، ولا يتعرض البيع للبطلان أو قابلية الإبطال ، ولو كان العبن في بخس الثمن أو زيادته فاحشاً ، ويزيد عن خمس القيمة أو ثلثها أو نصفها أو أكثر من ذلك •

ولكن القانون تدخل في العبن في الثمن استثناء من القاعدة السابقة في حالتين فقط ، إحداهما نص عليها في القواعد العامة للعقد ، وهي حالة العبن الاستغلالي ، والثانية نص عليها في عقد البيع في حالة خاصة محددة ، وهي العبن في بيع عقار القاصر ، ووضع القانون لكل حالة شروطاً تختلف عن الأخرى ، كما رتب على كل حالة آثاراً تختلف عن آثار الثانية ، وسوف نعرض كل حالة على حدة ، ثم نعقد مقارنة بينهما •

الحالة الأولى : الغبن الاستغلالي :

اعتبر القانون المدني الغبن الاستغلالي عيباً من عيوب الرضا ، وأنه يقع في أكثر العقود ، فنص في نظرية الالتزام العامة في المادة ١٣٠ على مايلي :

« ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يطل العقد ، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة ٣ - ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

شروط الغبن الاستغلالي :

وتفيد هذه المادة أنه يشترط في الغبن الاستغلالي مايلي :

١ - وجود الغبن الفاحش :

وهو العنصر المادي في الغبن الاستغلالي ، وذلك بوجود تفاوت كبير بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الآخر ، وعبر عنها القانونون « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » ويعبر عن ذلك باختصار بالغبن الفاحش ، أما إذا كان الغبن يسيراً أو بسيطاً فلا يؤثر في العقد ، ولا يتعرض البيع للإبطال ، ولم يحدد القانون في هذه الحالة حداً للغبن الفاحش ، وهل هو الخمس أم الثلث أم النصف ؟ وترك تقديره للقاضي مستعيناً فيه بأهل الخبرة مع مراعاة الظروف الخاصة للعقد وعرف الناس ، فإن رأى القاضي عدم التعادل في العقد أو في الالتزامات كاذ ، الغبن فاحشاً وجسيماً^(١) .

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ٢٠٨/١ ، ٢١١ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١١٥/١ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٢ ، عقد البيع ، جراح ص ١٢١ .

٢ - وجود الطيش البين والهوى الجامع لدى المغبون :

يشترط في الغبن الاستغلالي وجود عنصر معنوي في العاقد ، وهذا العنصر المعنوي يمثل عيباً في إرادته ، ويدل على ضعف الإدراك ، والتجاوز للحدود ، والانقياد للميول والأهواء ، وعدم الدقة والاتزان والتعقل في تقدير الأمور ومعرفة الراجح منها ، وهو ما عبر عنه القانون بالطيش البين والهوى الجامع ، والطيش هو الخفة وقلة الاتزان في الأعمال والتصرفات ، ولا بد أن يكون بيناً وظاهراً للناس ، ولا يكفي وجود الطيش الخفي والدفين في نفس صاحبه ، والهوى هو الميل النفسي الذي تغلب فيه العاطفة على الإرادة والعقل في اختيار الأمور ، ولا بد أن يكون جامعاً بحيث يدفع صاحبه إلى التصرف بموجه ، كالشاب الطائش الذي ورث ثروة كبيرة ، ويطمح لتحقيق حاجاته بين أيدي المرايين والمستغلين ، والرجل المسن الذي يتزوج شاباً ، فتستغل حبه وهواه لا يتراز أمواله في عقود شكلية ، ولا يكفي وجود الطيش البين أو الهوى الجامع لدى المتعاقد ، بل لا بد أن يكون هذا العنصر دافعاً له فعلاً للتعاقد ، ولولاه لما أبرم العقد .

٣ - وجود الاستغلال من الغابن :

ولا يكفي توفر العنصر المعنوي في الغبن الاستغلالي ، ولا بد من مؤثر ومحرك ومستغل ، وهو الطرف الثاني في العقد الذي يقوم باستغلال الطيش البين أو الهوى الجامع لدى صاحبه ويشترى منه المبيع بغبن فاحش ونقص جسيم ، بحيث لا تتعادل الالتزامات بينهما ، أما إذا كان العاقد الثاني لا يعلم بوجود الطيش البين أو الهوى الجامع فلا يؤثر ذلك على العقد ، وكذلك إذا علم بالطيش البين أو الهوى الجامع ولكن لم يحاول الاستفادة منه ، ولم يستغله ، وإنما كان الثمن معادلاً تقريباً أو كاملاً لقيمة المبيع ، فلا أثر لمجرد وجود الطيش أو الهوى لدى العاقد الأول .

أما إن استغل المشتري مثلاً وجود الطيش البين أو الهوى الجامع لدى البائع ودفع له ثمناً فيه غبن فاحش أو جسيم ، فهنا تنطبق المادة السابقة ، ويتعرض البائع للأثر والجزاء الذي رتبته القانون .

اثر الغبن الاستغلالي :

إذا وقع الغبن الاستغلالي في العقود ، وتوفرت شروطه السابقة فإن القانون منح المغبون الحق في طلب إبطال العقد ، لإزالة الاستغلال الذي لحق به ، ولمنع الالتزامات غير المتعادلة في العقد^(١) ، ويجب على مدعي الغبن أن يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد خلال سنة من تاريخ إبرام العقد ، ولو استمر وجود الطيش فيه أو الهوى الجامح خلال هذه المدة أو طوال هذه المدة ، فإن انقضت هذه المهلة سقط حقه في طلب إبطال العقد^(٢) .

ولكن القانون لم يحصر حق المغبون في طلب إبطال العقد ، وإنما منحه طرقاً أخرى لحماية حقه ، وإعادة التعادل في الالتزامات ، مع المحافظة على بقاء العقد واستمرار أحكامه وآثاره ، وذلك عن طريق إزالة التفاوت الكبير بين التزامات المغبون والتزامات الطرف الآخر ، وذلك بأن يبادر القاضي إلى نقص التزامات المتعاقد المغبون ، أو أن يعرض الطرف الثاني ما يرفع الغبن أو يقلل من التفاوت الكبير بينهما ، بحيث يقنع القاضي بذلك ، ويتحقق الحد المعقول في التعادل بالالتزامات ، ويترك للقاضي الحرية في اختيار الطريق المناسب ولا يلزم بطلب المغبون بإبطال العقد ، كما لا يلزم بما يعرضه الطرف الثاني من نقص الالتزامات أو زيادة الثمن ، ولكن يرجح غالباً المحافظة على العقد مع إزالة الغبن بانقاص الالتزامات إلى الحد المعقول على المغبون ، أو زيادة التزامات الغائب إلى الحد المعقول^(٣) .

(١) المراجع السابقة .

(٢) يختلف حكم التقادم هنا عن حكم التقادم في بقية عيوب الإرادة الأخرى كالكراه والتدليس والغلط ، فإن التقادم فيها يبدأ من تاريخ زوال هذا العيب ، وليس من تاريخ إبرام العقد ، أما في الغبن الاستغلالي فيبدأ التقادم من تاريخ إبرام العقد ، ولذلك تسمى بمدة السقوط .

(٣) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ٢١٤/١ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ١١٩/١ ، عقد البيع ، جراح ص ١٢٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢١٨ .

الغبن الاستغلالي في الفقه الإسلامي :

يتفق القانون المدني السوري مع الفقه الإسلامي في عدم اعتبار الغبن المجرد في العقد عند جمهور الفقهاء إلا في حالات استثنائية كالغبن في حق القاصر أو الغبن في حق الوقف أو الغبن في حق بيت المال ، وأنه لا بد أن يكون الغبن في هذه الحالات فاحشاً ، أما التغابن اليسير الذي تختلف فيه الأقطار ويدخل تحت تقويم المقومين ولا تخلو منه المعاملات فلا يضر^(١) ، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٥٦ ، وهي :

« إذا وجد غبن فاحش ، ولم يوجد تغير ، فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم »^(٢) .

أما إذا اقترن بالغبن الفاحش تغير فيحق للمغبون إبطال العقد لدفع الضرر عنه ، والتغير هو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لحمل الطرف الثاني على إبرام العقد ، ويقع التغير القولي في الأسعار ، كالتناجش عند الأئمة الثلاثة خلافاً للمحنفية ، وتلقي الركبان ، ويقع التغير الفعلي في الأوصاف كجس ماء الطاحون واللعب بعدد السيارة اليوم ، وتصرية الإبل والغنم ، وقرر جمهور الفقهاء أن التغير الفعلي في الوصف يمنح صاحبه حق الخيار في إبطال العقد ولو لم يصحبه غبن في الثمن ، لأن الغبن هذا وقع في الوصف المقصود من العقد^(٣) .

ويرى الحنابلة أنه يكفي الغبن المجرد عن التغير في بعض الحالات لاعتبار

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ٢٠٩/١ ، مرآة المجلة ١٧١/١ .

(٢) انظر : مرشد الحيران ، المادة ٥٣١ ، حاشية الدسوقي ١٤٠/٣ ، الروضة

٤٧٠/٣ ، بلغة السالك ٦٣/٢ .

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام ٣٧٠/١ ، ٣٧٢ ، وما بعدها ، مجلة الأحكام

العدلية ، المادة ٣٥٧ ، مرشد الحيران ، المادة ٥٣٠ ، المغني ١٥٩/٤ ، ١٦٤ ، الروضة

٤١٣/٣ ، ٤١٤ ، المهذب ٢٩٩/١ .

العقد غير لازم ، ومنح المغبون الخيار والحق في إبطال العقد ، منها حالة الشخص المسترسل وهو الذي يستسلم للمتعاقد الآخر ، مع جهله بالسعر ، فإن غبنه فله الخيار في إبطال العقد ، وهو رأي المالكية أيضاً ، ومنها تلقى الركبان بأن يخرج شخص إلى ضاحية البلد ليتلقى القادمين بالبضاعة من البوادي والقرى ، فيشتري منهم ما معهم^(١) .

ولكنني أرى أن أن تلقى الركبان بحد ذاته تغير ، بدليل مبادرة صاحبه إلى خارج البلد ، فإن اقترن بذلك غبن في السعر ، فيكون غبناً مع التغير .

كما أرى أن هذه الصور لمجرد التمثيل ، وأنه يمكن القياس عليها ويمنح المغبون الحق في إبطال العقد متى اقترن التغير مع الغبن ، ولذلك قاس المالكية التناجش من المشتري ، وهو التواطؤ مع زملائه بمنع الزيادة في الثمن أثناء المزاد العلني ، على التناجش من البائع ، وأنه يحق للمغبون إبطال العقد في الحالتين^(٢) .

وفصلت مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران أحكام الغبن والتغير ، وأن التصرف بالمبيع بعد الاطلاع على الغبن الفاحش يسقط الحق في الفسخ ، وكذلك إذا هلك المبيع أو استهلك أو تعيب عند المشتري فيسقط حقه في الفسخ ، وإذا مات المغبون بغبن فاحش مع التغير فيسقط حق الفسخ ولا ينتقل للوارث عند الحنفية^(٣) .

وجاء القانون المدني الأردني وأقر أحكام الغبن من الفقه الإسلامي ، وعرف الغبن الفاحش في العقار وغيره بأنه مالا يدخل تحت تقويم المقيمين (المادة ١٤٦) واعتبر أن الغبن الفاحش المجرد عن التغير لا يفسخ العقد إلا في مال المحجور

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ١/٣٨٢ ، المغني ، لابن قدامة ٣/٤٠٤٩٧ ، ١٦٠/١٦٤ ، ١٦٦ ، كشف القناع ٣/١٩٩ ، ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٤ ، بلغة السالك ٢/٦٣ .

(٢) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٣٧٢ .

(٣) انظر : مجلة الأحكام العدلية المواد ٣٥٨ - ٣٦٠ ، مرشد الحيران ، المواد

ومال الوقف وأموال الدولة ، (المادة ١٤٩) وإذا حصل الغبن الفاحش مع التغيرير فيحق للمغيرر به أن يفسخ العقد ، وكذلك إذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين ، وأثبت المغيرر أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغيرير وقت العقد (المادتان ١٤٥ ، ١٤٨) ، كما اعتبر مجرد السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغيرر ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (المادة ١٤٤) .

واستثنى القانون المدني الأردني حالة واحدة باعتبار الغبن ولو كان يسيراً ، وهي إذا وقع الغبن في مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت ، وكان دينهما مستغرقاً لمالهما ، ويقع العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل (المادة ١٤٧) .

وبين القانون الأردني أن حق الفسخ بسبب التغيرير والغبن الفاحش يسقط بموت من له الحق بالفسخ ، وبالتصرف في العقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجازة ، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعييه وزيادته (المادة ١٥٠) (١) . وإن بقي لنا من كلمة في ختام الكلام عن الغبن الاستغلالي فإننا نرى الاتفاق الكامل بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في القواعد العامة والمبادئ الرئيسية في الغبن والاستغلال والتغيرير ، مع اختلاف في بعض الجزئيات والتفصيلات ، التي يعود تقديرها للقاضي ، مع ملاحظة أن دائرة الفقه الإسلامي في الغبن الاستغلالي أوسع منها في القانون المدني ، وأن الفقهاء ذكروا حالات أعم وأشمل مما ذكره القانون .

الحالة الثانية : الغبن في بيع عقار القاصر :

هذه حالة خاصة تدخل فيها القانون لحكمة خاصة وشروط معينة وأثر محدد .

أولاً : حكمة تدخل المشرع في حالة الغبن :

قلنا إن التشريع في الشريعة والقانون لا يمنع الغبن في الثمن إذا كان مجرداً

(١) انظر تفصيل هذه المواد مع مستنداتها ومراجعها في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١٣٩/١ ومابعداها .

عن الاستغلال والتغريب ، لأن هدف التشريع إقامة التوازن القانوني بين الأطراف ، بأن يكون كل منهم متمتعاً بالأهلية الكاملة لممارسة التصرفات ، ولا يسعى لإقامة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ، لأن توفر التوازن القانوني ووجود الأهلية الكاملة كافيان لحمل المتعاقدين للسعي وراء المصلحة الشخصية لكل منهم ، لأن البواعث الفطرية عند الإنسان تدفعه لتحقيق أسمى المنافع الذاتية ، بجلب النفع له ودفع الضرر والخسارة عنه .

أما إذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية فهذا يتدخل التشريع ، وتقف الشريعة والقانون لحماية ناقص الأهلية ، لتحقيق التوازن القانوني بينه وبين المتعاقدين معه ، ولتأمين مصالح ناقص الأهلية بأكبر قدر ممكن ، ودفع الضرر اللاحق به بقدر المستطاع ، ولذلك تدخل القانون والفقه الإسلامي لحماية القاصر ، ومنع الغبن الفاحش عنه في تصرفاته والمعاملات المتعلقة به ، لأنه يمثل الجانب الضعيف في التعامل ، وهذا يستدعي الوقوف معه ، وتقوية جانبه .

وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في هذه النظرة العامة في الغبن ، واتفقا في حماية القاصر ، ومنع الغبن الفاحش عنه ، ولكنهما اختلفا في محيط الدائرة التي يستحق القاصر فيها الحماية والتدخل ومنع الغبن عنه ، فتوسعت الشريعة الإسلامية في ذلك لاعتبارات مالية وأخلاقية واجتماعية ودينية ، بينما ضيق القانون من إطار تدخله ، وحصر حماية القاصر في حالة واحدة ، وهي الغبن في بيع عقار القاصر ، وسوف نعرض النصوص القانونية لبيان حكم القانون ، ثم نقارنه بأحكام الفقه الإسلامي في ذلك .

ثانياً : النص القانوني لمنع الغبن في بيع عقار القاصر :

نصت المادة ٣٩٣ من القانون المدني السوري على ما يلي :

« ١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ، ، وذكرت المادة ٣٩٤ مدة التقادم للدعوى ، وأن هذا الحق لا يلحق ضرراً بالغير حسن النية ، ثم ذكرت المادة ٣٩٥ عدم جواز الطعن بالغبن إذا تم البيع بالمزاد العلني (١) .

ومن دراسة هذه المواد وتحليل نصوصها نستخلص شروط الغبن في بيع عقار القاصر وبيان الأثر الذي رتبته القانون على وجود الغبن في بيع عقار القاصر ، وهو الطعن في العقد ، واعتباره قابلاً للفسخ .

ثالثاً : شروط الغبن في بيع عقار القاصر :

يشترط في اعتبار الغبن في بيع عقار القاصر ، وقبوله للطعن فيه ، أربعة شروط ، وهي :

١ - أن يكون المبيع مملوكاً لناقص الأهلية :

يشترط أن يكون المبيع مملوكاً لناقص الأهلية ، ويشمل نقص الأهلية حالة النقص بسبب السن كالصغير ، أو نقص الأهلية للإصابة بمرض عقلي كالمجنون والمعته ، كما يشمل نقص الأهلية المحجور عليه لغفلة أو سفه .

والمراد بالأهلية هنا أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان لممارسة التصرفات الصحيحة منه ، وتبدأ هذه الأهلية ناقصة بالتمييز ، وتكمل بالبلوغ عاقلاً لسن الثامنة عشرة ، ولا عبرة هنا لأهلية الوجوب التي تثبت للإنسان كاملة منذ ولادته ،

(١) يقابلها المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من القانون المصري ، والمواد ٤١٤ - ٤١٦ من القانون الليبي ، والمادتان ٢١٣ - ٢١٤ من التقنين اللبناني مع فارق بعدم تحديد الغبن بالخمس ومزجه بين الغبن والاستغلال ، وقصر الغبن على القاصر ، وليس على ناقص الأهلية ، وأن الجزاء إبطال العقد لا تكملة الثمن ، ويقابلها المادة ١٢٤ من القانون العراقي مع فارق عن السوري بأن الجزاء في العراقي هو بطلان العقد أصلاً .

واقصر النص القانوني على منع الغبن في المبيع المملوك لناقص الأهلية ، فيشمل المبيع المملوك لفاقد الأهلية بالأولى .

ويمنع الغبن في هذه الحالة سواء باشر البيع ناقص الأهلية نفسه كالصغير المميز والمعتوه والسفيه^(١) ، أم باشره عنه نائبه القانوني أو ممثله الشرعي كالولي والوصي والقيم .

لكن إن باشر ناقص الأهلية بيع عقاره ، فإن هذا العقد يتعرض للطعن بالإبطال بسبب نقص الأهلية ، ولو لم يكن فيه غبن فاحشاً ، إلا إذا أجاز له الولي أو الوصي أو القيم أو أجاز له ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته ، وإن كان فيه غبن فاحش فإنه يقبل الطعن بالإبطال لنقص الأهلية ، ويقبل الطعن بسبب الغبن ، فإن تمت إجازة العقد ممن تصح إجازته بقي معرضاً للطعن بسبب الغبن .

ولا تشمل هذه المادة ناقص الأهلية المحجور عليه لعقوبة جنائية ، ولا من أقيم له مساعد قضائي لعاهة ، ولا المحجور عليه للغبية^(٢) .

ولا ينطبق منع الغبن الفاحش للقاصر إلا إذا كان بائعاً لعقاره ، لأن القانون اعتبره مضطراً للحصول على المال ببيع عقاره ، أما في حالة الشراء ، فإن المشتري يتوفر لديه المال الكافي ، ويسعى لتملك أعيان أخرى ، فلم يعتبره القانون بحاجة

(١) إذا كان مالك العقار فاقد أهلية الأداء فلا ينعقد منه البيع أصلاً ، ويكون بيعه باطلاً لفقد الأهلية ، كما لا ينعقد بيع وليه أو وصيه أصلاً إلا بإذن المحكمة ، لكنه ينعقد بيع عقار فاقد الأهلية من الوصي إذا أذنت له المحكمة بذلك ، كما ينعقد بيع عقار فاقد الأهلية من الولي في الحدود التي لا يشترط فيها إذن المحكمة ، فإن وقع غبن فاحش في هاتين الحالتين فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ السابقة .

(٢) انظر : الوسيط ، السهوري ٣٩١/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٤ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٤ ، العقود المسماة ، البدرأوي ص ٢٢٢ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٥ .

إلى نفس الحماية ، فلو اشترى ناقص الأهلية عقاراً بغبن فاحش في الثمن فلا يحق له أن يطلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد .

أما الفقه الإسلامي فقد شمل بحمايته ناقص الأهلية بشكل كامل سواء كان بائعاً أو مشترياً ، لأن نقص الأهلية بحد ذاته يعتبر ضعفاً في الشخص ، ويستحق صاحبه الحماية ، كما يستحق من التشريع عامة ، ومن جميع الناس ، رعاية شؤونهم ، والوقوف إلى جانبه ، وتحقيق مصالحه المالية وغيرها ، ولذلك اهتم الفقه الإسلامي برعاية ناقص الأهلية من جميع النواحي المالية والاجتماعية والانسانية والتربوية حتى يأخذ بيده للتي هي أقوم ، كما يمنع الفقه الإسلامي الغبن الفاحش عامة في البيع والشراء في مال الوقف وأموال بيت المال (١) .

٢ - أن يكون المبيع عقاراً :

اقتصر القانون على منع الغبن الفاحش لناقص الأهلية في بيع العقار فقط ، أما إذا كان المبيع منقولاً لناقص الأهلية فلا يمنع القانون الغبن الفاحش فيه ، ولا يتعرض العقد فيه للطعن ، ولو كانت قيمة المنقول أكثر من العقار بكثير . ويستوي في الحكم أن يتم بيع كامل العقار أو يبيع جزء منه أو يبيع أي حق عيني عقاري آخر كالارتفاق وحق الانتفاع بدار .

وإذا وقع البيع على عقار ومنقول في صفقة واحدة بثمن واحد ، فإن أمكن التجزئة بينهما جزئ العقد وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن في العقار فقط ، وإن لم يمكن الفصل بينهما جاز الطعن في البيع كله ، ولا يحسب بالغبن إلا قيمة العقار وحده بالنسبة إلى حصته من الثمن (٢) . ويرجع سبب التفرقة بين العقار والمنقول إلى الأزمان القديمة التي كانت تعتبر

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣ ، العقود المسماة ، الذنون ص ١٠٣ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٣/٤ ، شرح احكام عقد البيع ، عمران

أن العقارات تمثل العنصر المهم في الثروة ، دون المنقولات التي تقل قيمتها عن ذلك بكثير ، كما يرجع سبب التفرقة في القانون إلى التقاليد الموروثة عن القانون الروماني الذي يعتبر ملكية العقار معيارا للشراء ، وفي وقتنا الحاضر فاقت قيمة بعض المنقولات على العقار ، وأصبحت أعلى ثمنًا ، وأكثر ربحًا وإيرادًا كالأسهم والسندات والسيارات والطائرات والبواخر والعوامات والآلات الميكانيكية ، وهذا يكشف النقص في القانون ، مما دعا الكثيرين من رجال القانون إلى المطالبة بالعدول عن هذه التفرقة البالية ، ويطالبون بالمساواة في حكم الغبن بين المنقول والعقار^(١) .

ولا يفرق الفقه الإسلامي بين المنقول والعقار ، ويمنع الغبن الفاحش في بيع القاصر ، سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً ، وبهذا تتحقق العدالة الكاملة ، والحماية الصحيحة لناقص الأهلية^(٢) .

٣ - أن يكون الغبن فاحشاً :

إذا بيع العقار المملوك لناقص الأهلية بنفس القيمة أو بمن قريب منها ، وكان الغبن يسيراً فلا يطعن بالبيع ، فإن كان الغبن فاحشاً أجاز القانون الطعن فيه .

وقد حدد القانون هنا مقدار الغبن الفاحش ، وهو أن يزيد عن خمس

(١) انظر : شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٥ ، الوسيط ، السنهوري ٣٩٢/٤ ، العقود المسماة ، البدرابي ص ٢٢٢ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٦ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٤ .

(٢) فرق الفقهاء بين المنقول والعقار في بعض الحالات ، مثل أحكام تعيين العقار وتعيين المنقول ، ومثل البدء ببيع منقولات القاصر للنفقة عليه قبل بيع عقاره ، ومثل تفريق الحنفية بين جواز التصرف بالعقار المبيع قبل قبضه ، وعدم جوازه في المنقول ، وهذا التفريق يرجع للاختلاف بينهما في الطبيعة التي لا تتغير بحسب الزمان والمكان ، ولا بتفاوت القيمة ، وأن المنقول معرض للتلف والهلاك أكثر من العقار ، فالمنقول معرض للأخطار مهما كانت قيمته كالطائرة أو السفينة أو الآلة الميكانيكية التي قد تتلف بلحظة واحدة .

قيمة العقار وقت إبرام العقد ، فإن كان الغبن خمس القيمة أو أقل من خمس القيمة فيعتبر يسيراً ، وإن كان أكثر من الخمس اعتبر فاحشاً وجسيمياً ، وقد تابع القانون المدني المصري ، ثم السوري ، في ذلك مجلة الأحكام العدلية^(١) ، وهذا معيار موضوعي يطبق على جميع الأشخاص والأحوال .

والعبرة في قيمة العقار وقت عقد البيع ، فإن زادت قيمته بعد العقد أو نقصت فلا يؤثر ذلك ، كما أنه لا عبرة لقيمة العقار وقت رفع الدعوى والطعن بالعقد والمطالبة بتكملة الثمن ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ من القانون المدني السوري ، وهذا معيار جيد وسليم ، ويضع حداً لاضطراب الأسعار وتفاوتها واختلاف قيمة العقارات هبوطاً وصعوداً من وقت إلى آخر ، ويمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في ذلك عند الحاجة^(٢) .

واشترط الغبن الفاحش وتحديدده بالخمس يعودان إلى الأصل الشرعي في الفقه الإسلامي ، وقدر الفقهاء قديماً الغبن الفاحش بأنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، وهو ما اعتمدته القانون المدني الأردني (المادة ١٤٦) ، ولكن الفقهاء المتأخرين حددوا هذا المقدار في العقارات بأنه الخمس ، وهو ما نصت عليه المجلة (المادة ١٦٥) وتبناه القانون المدني المصري ثم السوري ، مع فارق طفيف ، وهو

(١) المادة ١٦٥ من مجلة الأحكام العدلية .

وحدد القانون الفرنسي الغبن الفاحش بما يزيد عن سبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من القيمة الحقيقية للعقار ، وحدده المشروع الفرنسي الإيطالي بما يزيد عن النصف ، لكن القانونين أثبتا حق الإبطال في بيع العقارات عامة سواء كانت لناقص الأهلية أم لكامل الأهلية ، ولا يقتصر فيهما على مجرد طلب تكملة الثمن كما هو الشأن في القانونين المصري والسوري .

(انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٧) .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣ ، الوسيط ، السنهوري ٣٩٧/٤ ،

العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٣ ، العقود الشائعة حكيم ص ١٥٦ ، عقد البيع ،

الجراح ص ١١٥ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٧ .

أن الخمس غبن فاحش في الفقه ، ولكنه لا يعتبر كذلك في القانون ، وإنما يبدأ الغبن الفاحش فيه بما يزيد عن الخمس .

وقال المالكية يحدد الغبن بالثلث فأكثر ، وقيل لا حد له ، وإنما يرجع فيه للعوائد ، ويثبت الخيار كذلك للمغبون كالمسترسل والمستسلم^(١) .

٤ - ألا يكون البيع قد تم في مزاد علني :

نصت المادة ٣٩٥ من القانون المدني السوري على أنه « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم وفقاً للقانون بطريق المزاد العلني » .

ولذلك يشترط في الطعن بالغبن في بيع عقار القاصر ألا يكون قد تم بطريق المزاد العلني ، وفقاً لأحكام القانون ، لأن القانون اعتبر أن البيع بالمزاد العلني يحقق أفضل وسيلة للبيع بأعلى ثمن ممكن وقت البيع ، لما يرافقه من إجراءات بموجب قانون أصول المحاكمات من النشر والاعلان وإعطاء حق المزاودة على الثمن لكل شخص يرغب بالمبيع ، وهذا يوفر الظروف الملائمة للثمن المناسب ، مما يمنع احتمال جهل البائع بالثمن ، أو عدم إلمامه بالتعامل ، أو تفريط الولي أو الوصي أو القيم وتقصيرهم في حق ناقص الأهلية ، أو التحايل في البيع ، أو سوء التصرف من نفس ناقص الأهلية ، ويعتبر الثمن الذي رسا عليه المزاد هو أحسن الأثمان ، ولا يوجد شخص آخر - غالباً - يشتري العقار بأكثر من هذا الثمن ، ولذلك فلا محل للطعن في المبيع بالغبن ، ولو وقع فيه الغبن فعلاً ، ولو كان هذا الغبن يزيد عن خمس قيمة المبيع في الواقع .

ويهدف القانون من ذلك حماية المشتري في المزاد العلني من التعرض للطعن

(١) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٩٤ ، حاشية الدسوقي ٣/١٤٠ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٢ ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١/١٤٠ .

في شرائه ودعوى تكملة الثمن بسبب ادعاء الغبن ، مما يدفعه للإحجام عن الدخول في المزاد ، ويعطل الإجراءات القانونية التي يلجأ إليها القانون والقضاء لبيع أموال المدين يبعاً جبرياً لدى دائرة التنفيذ أو الدوائر المالية ، ويبيع المال الشائع الذي يصعب قسمته عينا ، والبيع الإداري الجاري بالمزاد العلني^(١) .

ولكن الواقع في الحياة العملية يثبت عكس ما قصده القانون ، وأن وسيلة الإعلان والإجراءات المعقدة في المزاد العلني جعلته محصوراً على بعض الناس ، ويقتصر عملياً على عدد ضئيل منهم اتخذوا هذا الأمر مهنة وحرقة ، مع الاحتكار والتواطؤ فيما بينهم على تقدير الأسعار ، مما يقلب الهدف إلى عكسه ، وبالتالي تضعف الحماية التي وضعها القانون لمنع الغبن في بيع عقار القاصر ، مما يستدعي إلغاء هذا الشرط^(٢) .

ولذلك لم يشترط الفقهاء المسلمون هذا الشرط ، وبقيت الحماية الشرعية والقضائية تظلل القاصرين وناقصي الأهلية من الغبن الفاحش في بيعهم وشرائهم .

رابعاً : الأثر المترتب على وقوع الغبن في بيع عقار القاصر :

إذا تمَّ بيع عقار القاصر بغبن يزيد عن خمس قيمته فإن ذلك يكون سبباً للطعن بالبيع ، وذلك للمطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة ، ولا يعتبر هذا الغبن سبباً من أسباب إبطال العقد ، وإنما قصر القانون حق البائع بتكملة الثمن^(٣) ، ويلزم المشتري في هذه الحالة بدفع الزيادة والتزامه بالبيع وآثاره

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٣/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٤ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٠ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٧٩ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٥٩ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٥ ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٧ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٦ .

(٢) انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٠ .

(٣) خلافاً للقانون المدني الفرنسي الذي منح البائع مباشرة حق طلب إبطال

الأخرى ، ولم يترك القانون للمشتري خياراً بقبول الزيادة أو فسخ العقد ورفضه ، وهذا حجر على إرادة المشتري ، لأنه لم يقدم على شراء هذا العقار إلا بالثمن الذي وافق عليه سابقاً ، بحيث لو عرض عليه بالثمن مع الزيادة لما وافق على الشراء ، وقد لا تتوفر لديه الامكانيات على تسديد الزيادة ، وإذا لم يسدد المشتري الزيادة يحق للبائع التنفيذ الجبري على أموال المشتري لاستيفاء الزيادة .

لكن يحق للبائع فقط أن يطلب فسخ البيع عند عدم تسديد المشتري لقارق الثمن ، مع مطالبته بالتعويض لعدم الوفاء بالتزاماته ، ويعود المتعاقدان عندئذ إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، بأن يسترد البائع عقاره مع إرادته ، ويسترد المشتري الثمن مع فوائد القانونية .

ويشترط في حق البائع بالمطالبة بتكملة الثمن أو فسخ البيع أن يتم خلال ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار ، وانتقال هذا الحق إلى ورثته ، ولا يتوقف هذا التقادم ولو كان بين الورثة قاصر ، فإن لم يمارس البائع أو خلفه هذا الحق خلال هذه المدة سقط حقهم بالادعاء^(٢) .

وبما أن هذا الوقت قد يطول لأنه سيبدأ من اليوم الذي سيزول فيه سبب نقص الأهلية أو الوفاة ، فقد قصره القانون على نفس المتعاقد الذي اشترى عقار القاصر بغبن فاحش ، وألزمه بتحمل بقاء العقد على خطر الزيادة في الثمن أو الفسخ والزوال ، أما إذا انتقل العقار لشخص ثالث انتقالاً كاملاً ، كنقل الملكية

البيع⁼ ، ما لم يعرض المشتري رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن أو تكملة الثمن إلى الحد الأدنى للغبن كما سبق .

(انظر : العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٢ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٣) .

(١) المواد ١٥٨ - ١٦٢ من القانون المدني السوري .

(٢) نصت المادة ٣٩٤/١ من القانون المدني السوري على أنه : « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

بالشراء أو الهبة ، أو اكتسب عليه حقاً عينياً كالرهن ، بشرط أن يكون حسن النية ، فلا يستطيع البائع أن يفسخ العقد ويسترد المبيع ، لأن ذلك يلحق به ضرراً .

وحسن النية هو أن يكون الغير لا يعلم بالغبن اللاحق بالبائع الأول ، أما إن كان يعلم ذلك ، فلا يمنع حقه في المبيع من تنفيذ الفسخ عليه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٩٤ من القانون المدني السوري : « ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع » .

ويرفع دعوى الغبن الفاحش صاحب العقار المبيع بعد بلوغه سن الرشد وإجازته للعقد إذا كان هو الذي باشره ، فإن مات قبل البلوغ ، أو مات بعد البلوغ وقبل تقادم دعوى الغبن فإن الدعوى يرفعها ورثته من بعده ، كما يحق للولي أو القيم أو الوصي أن يرفع هذه الدعوى نيابة عن ناقص الأهلية مادام قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره الولي بعد إذن المحكمة (١) .

أما الفقه الإسلامي فإنه يختلف عن القانون في الأثر الذي رتبته على وقوع الغبن الفاحش في بيع القاصر وشرائه ، في العقار والمنقول ، فقد اعتبر الفقهاء وجود الغبن الفاحش سبباً في إبطال العقد ، ومنحوا القاصر المغبون - بنفسه بعد بلوغه أو عن طريق نائبه الشرعي - أن يطلب فسخ العقد أو مطالبة المشتري بتكسلة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة ، كما منحوا المشتري الخيار بين تكسلة الثمن لرفع الغبن عن القاصر أو فسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه (٢) .

وفي هذا تحقيق للعدالة بين البائع والمشتري ، واحترام لإرادة المشتري ،

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٣٩٨/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٦ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ١٥٨ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٦٢ ، عقد البيع ، عامر ص ٧٨ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٨٠ ، عقد البيع ، الجراح ص ١١٩ ، العقود المسماة ، البدرائي ص ٢٢٣ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ٢١٨ ، مرآة المجلة ٩٨/١ وما بعدها .

وتقدير لظروفه وأحواله التي يقرر على أساسها إبقاء البيع مع دفع الزيادة أو فسخ العقد ، كما أن فيه رحمة وتوسعة للقاصر بمنحه حق الفسخ ، وعدم قصر حقه على المطالبة بتكملة الثمن .

خامساً: مقارنة بين الغبن الاستغلالي والغبن في بيع عقار قاصر:

يظهر من الدراسة السابقة أن الغبن الاستغلالي يختلف عن الغبن في بيع عقار القاصر من عدة نقاط ، وهي :

١ - مقدار الغبن :

لم يحدد القانون مقدار الغبن في الغبن الاستغلالي ، وإنما اكتفى فيه بمبدأ عام وهو عدم التناسب والتعادل البتة بين الالتزامات في العقد ، وترك تقدير ذلك للقاضي بحسب الظروف والأشخاص .

أما الغبن في بيع عقار القاصر فقد حدد بدقة بما يزيد عن خمس قيمة العقار وقت العقد ، فمتى عرفت قيمة العقار وقت العقد ، وقورنت مع الثمن المتفق عليه تحقق القاضي حتماً من وجود الغبن أو عدمه ، دون اعتبار نهائي للأشخاص أو الظروف .

فيشترط في الحالتين وجود الغبن الفاحش ، والنقص الجسيم في الثمن ، لكنه في الحالة الأولى يقدره القاضي ، وفي الحالة الثانية قدره القانون بالنص .

٢ - وجود الاستغلال وعدمه :

يشترط في الغبن الاستغلالي وجود الاستغلال من أحد المتعاقدين للهوى الجامح أو الطيش البين عند المتعاقد الآخر ، فلو كانت القدرات العقلية والملكات الشخصية متوفرة في الشخص فلا مجال للطعن بالعقد ولو وجد فيه غبن فاحش ، ولو وجد الطيش البين أو الهوى الجامح عند الشخص ولم يعلم به الطرف الثاني ، أو علم به ولم يستغله في إبرام العقد بالثمن البخس فلا مجال للطعن بالعقد

أيضاً ، حتى ولو وجد الغبن الجسيم في العقد •

أما الغبن في بيع عقار القاصر فلا يشترط فيه نهائياً وجود الاستغلال من طرف لآخر ، ويثبت حكم الغبن في بيع عقار القاصر ، ولو لم يتم فيه الاستغلال لهوى ناقص الأهلية أو طيشه البين •

فالمعيار موضوعي في غبن القاصر ، ولكنه شخصي في الغبن الاستغلالي ^(١) •

٣ - محل الغبن :

يقع الغبن الاستغلالي في مختلف العقود ، ولا ينحصر في البيع أو المعاوضات مثلاً ، ولذلك نص القانون عليه في نظرية الالتزام العامة ، واعتبره من عيوب الإرادة في انعقاد العقد •

أما الغبن على القاصر فمحصور في البيع خاصة ، وفي عقار القاصر على شكل أخص ، ولذلك لا يشمل شراء القاصر ، ولا يشمل العقود الاحتمالية التي تحتل الكسب والخسارة ، كيبيع حصة القاصر من العقارات الموروثة له قبل أن تعرف نسبة الديون التي عليها ، وكذا بيع عقار القاصر بمقابل أراد مرتب لمسدى الحياة للبائع ^(٢) •

٤ - الجزاء :

اعتبر القانون الغبن الاستغلالي عيباً من عيوب الرضا ، وجعله سبباً لإبطال العقد من قبل المغبون •

أما الغبن في بيع عقار القاصر فقد رتب القانون عليه منح البائع أو خلفه حق المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع وقت العقد ، ولم يمنح البائع

(١) انظر : الوسيط ، السنهاوي ٣٩٧/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٦ •

(٢) انظر : العقود المسماة ، البدراوي ص ٢٢٠ •

حق طلب إبطال البيع ، لكن إن لم يدفع المشتري الزيادة جاز للبائع طلب فسخ البيع تطبيقاً للقواعد العامة في انحلال العقد^(١) .

٥ - التقادم :

فرق القانون بين الغبن الاستغلالي والغبن في بيع عقار القاصر في مدة التقادم ، وفي بدء سريانه .

ففي الغبن الاستغلالي يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، (المادة ١٣٠ / ٢) .

أما التقادم في الغبن في بيع عقار القاصر فمدته ثلاث سنوات ، وتبدأ من وقت توفر الأهلية لناقص الأهلية ، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع ، (المادة ٣٩٤ / ١) .

وإلى هنا ننتهي من الحديث عن الغبن في الثمن ، كما ننتهي من الكلام عن الثمن بشكل عام ، ونكون قد انتهينا من دراسة أركان البيع وهي الرضا في البيع ، والمبيع ، والثمن ، ونتنقل لبحث آثار البيع في الفصل القادم .

* * *

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١١٦ .