الباب الأول

الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني

مقدمة

تعريف الخطأ

الخطأ لغة[1] يأتي على معنيين: يأتي بمعنى العمل المحظور الذي يرتكبه الشخص عمداً عن علم بحظره وقصد إلى نتائجه ، والفعل منه: خَطِيء يخطأ ، وصاحبه خاطيء ، وبهذا يُفسَّر الخطأ في قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِرْعَوْنَ وَهَامَانَ وَجُنُودَهُمَا كَانُوا خَاطِئِينَ﴾ [القصص: ٨] .

ويأتي الخطأ أيضاً بمعنى ضد العمد ، كمن رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ، والفعل منه أخطأ يخطيء ومنه قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] .

وقوله ﷺ: «وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرهوا عليه»[2].

وتعريف الفقه الإسلامي والقانون المدني للخطأ بالمعنى الثاني وليس الأول ، فالفقه الإسلامي يُعرِّف الخطأ بأنه: «ما أصبت مما كنت تعمدت غيره»[3]. وبشكل أوضح: «مجاوزة ما ينبغي أن يُقْتَصَر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة»[4].

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ١/ ٦٦. المعجم الوسيط ، ص ٢٥١.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب: الطلاق ، باب: طلاق المكره والناسي ، رقم (٢٠٤٣): ١/ ٦٥٩. وصححه ابن حبان والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. نصب الراية ، الزيلعي: ٢/ ٦٤.

(٣) المبسوط ، السرخسي: ٢٦/ ٦٦.

(٤) فصول من الفقه الإسلامي ، د. فوزي فيض الله ، ص ٥٤.

أما في القانون المدني فقد درج الشُّراح على تعريف الخطأ إبَّان شرحهم للمادة (١٦٤) من القانون المدني المصري أنه: «الإخلال بواجب سابق». وبأنه: «انحراف في السلوك بحيث لا يُقْدِم عليه الرجل الفطن إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول»[١].

ويتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، وتقصيره فيما كُلِّف القيام به، وهو ما تفرضه القاعدة المقررة في المادة (١٤٧) مدني مصري يقابلها المادة (١٤٨) مدني سوري وهي: «العقد شريعة المتعاقدين». وما تنص عليه المادة (١٧٨) من التقنين المدني المصري القديم بقولها: «إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه رسمياً أُلزم بالتضمينات».

وهذا يتفق مع الشريعة الإسلامية على وجوب الوفاء بالالتزامات إلى مستحقيها، وأن على كل عاقد أن يوفي بالمتطلبات التي يرتبها التعامل، وفي الشريعة نصوص كثيرة تؤكد هذه الحقيقة، مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وقوله جل شأنه: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤]. وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢].

بعد تعريف الخطأ أبين فيما يأتي كيف تتحقق المسؤولية العقدية بأركانها الثلاث وهي ـ كما مر سابقاً ـ: الخطأ ثم الضرر ثم علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

* * *

---

(١) المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) الحديث سبق تخريجه، ص ٥٤.

كيف تتحقق المسؤولية العقدية في الفقه والقانون

لم يرد اصطلاح المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي ، وإنما ورد معناه تحت اسم آخر هو «الضمان». وإذا كانت المسؤولية تعني المؤاخذة ، فإن الضمان ـ في أحد معانيه ـ يعنيها كذلك عند الفقهاء.

أقول: لا تتحقق المسؤولية العقدية في القانون إلا في ظل عقد صحيح ، فإذا كان العقد صحيحاً وحصل إخلال (خطأ) بالالتزام العقدي وترتب ضرر ناجم عن عدم تنفيذ العقد وعند ذلك نكون أمام مسؤولية عقدية ، كأن لم يقم البائع بالتزامه بالتسليم رغم إعذاره فهنا يُسأل البائع عن الضرر الذي يحيق بالمشتري وهذا هو مضمون المادة (٤٩٥) مدني مصري والمادة (٤٠٥) مدني سوري.

وهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية[١] الذين اشترطوا صحة العقد لقيام ضمان العقد واستحقاقه ، أما الحنفية[٢] فأجازوا ضمان العقد الفاسد أيضاً إذا تم فيه التقابض.

---

(١) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/ ١٤٥، روضة الطالبين ، النووي: ٣/ ٤٠٨ ، المغني: ٤/ ١٦٤.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٢/ ٢٩٩.

ويجب أن يترتب ضرر يلحق المتعاقدين من جراء الخطأ الذي ينشأ عن عدم تنفيذ العقد ، ويجب أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وهذا ما سأبحثه إن شاء الله في هذا الباب وفيما يأتي بعده.

* * *

الفصل الأول

الالتزام بتحقيق غاية
في الفقه الإسلامي
والقانون المدني

مقدمة

تعريف الالتزام

الالتزام كما عَرَّفه الأستاذ السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت: «حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية»[1].

يتحقق الضمان في المسؤولية العقدية إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، كالالتزام بالتسليم، أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليه، سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أم إهمال، وهذا هو المُراد بالخطأ العقدي[2].

وقد يكون التزام المتعاقد بتحقيق نتيجة أو غاية، أي التزاماً بتحقيق غرض أو غاية معينة للدائن، كالتزام المقاول بإقامة بناء أو التزام الناقل بتوصيل بضاعة، وفي هذه الحالة يتوافر الخطأ العقدي إذا لم تتحقق النتيجة وهي في هذا المثال إقامة البناء أو توصيل البضاعة، بصرف النظر عما بذله المتعاقد من جهد وعناية.

وقد يكون التزام المتعاقد التزاماً ببذل عناية أو وسيلة، أي التزاماً ببذل جهد معين سواء تحققت النتيجة أو الغاية أو الغرض الذي يرجوه الدائن منه أم لم يتحقق ذلك، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الوديعة، وفي هذه الحالة يتوافر الخطأ إذا لم يبذل العاقد العناية المطلوبة، وهي عادة عناية الشخص العادي، ما لم ينص القانون على عناية أكبر أو أقل، أما إذا

---

(١) انظر: نظرية الالتزام، أحمد حشمت أبو ستيت، ص ٢١، ٢٢. نقلاً عن السنهوري رحمه الله.

(٢) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ٢٣٥.

بذل العناية اللازمة للمحافظة على الوديعة فلا يكون مسؤولاً عما يصيب الوديعة من تلف أو هلاك[1].

أما الفقه الإسلامي فلم يَعْقِد فصلاً خاصاً يبحث فيه عن الالتزام ومصادره وآثاره ، بل يجب على الباحث أن يستعرض أبواب الفقه وفصوله ، لا سيما ما يختص منها بالعقود العينية ليستقصي ما يراه يصلح أساساً لنظرية في هذا الموضوع[2].

ويمكن القول إن الفقه الإسلامي يتسع للتميز بين الالتزام بتحقيق غاية وبين الالتزام ببذل عناية كما ورد في القانون[3].

وبناء على ذلك فإن الالتزام بتحقيق غاية يكون بتحقيق غاية بالفعل ، فإذا لم تتحقق كان المدين مخطئاً دون النظر إلى مساعيه أو البحث عن سبب إخفاقه.

وتنفيذ الالتزام ببذل عناية ، يكون ببذل عناية ما يُسمى (عناية الرجل المعتاد) وهو الإنسان الوسط في تصرفاته ومداركه وحرصه ، وسيأتي توضيح ذلك لاحقاً إن شاء الله تعالى.

والالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي والقانون المدني يشمل ما يلي:

١ ـ التزام البائع بضمان العيب.

٢ ـ التزام البائع بنقل المبيع وتسليمه.

٣ ـ التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق.

٤ ـ التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة.

٥ ـ التزام المؤجر بضمان التعرض وبضمان العيب.

* * *

---

(١) مصادر الالتزام ، د. عبد الناصر العطار ، ص ١٥٠.

(٢) نظرية العقد ، عبد الرزاق السنهوري ، ص ٦٢.

(٣) مصادر الحق ، السنهوري: ١٣٨/٦.

المبحث الأول
التزام البائع بضمان العيب

ويتضمن:

- تعريف عقد البيع ومشروعيته.
- العيب الموجب لضمان البائع ونتائجه.

أولاً: تعريف عقد البيع ومشروعيته.

البيع لغةً: مقابلة شيء بشيء مالاً أو لا، كبيع الميتة بالميتة، وغير ذلك، وهو والشراء من الأسماء المترادفة المشتركة، حيث يُطلقان على أخذ السلعة ودفعها، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ [يوسف: ٢٠]. أي دفعوه، وقوله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه»[١]. أي: لا يأخذ السلعة.

والبيع قد يتعدى لمفعول واحد، مثل قوله: بعت السلعة، وقد يتعدى لمفعولين فتقول: بعته السلعة، ثم قد يكون تعديه ذاتياً كما تقدم، وقد يكون بمن أو اللام فتقول: بعت السلعة منه، أو بعت السلعة له[٢].

وشرعاً: عرَّف فقهاء الإسلام عقد البيع بما يطابق تعريفه اللغوي، فعرفته المجلة العدلية في المادة (١٠٥) بأنه: «مبادلة مال بمال».

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: لا يبيع على بيع أخيه..، رقم (٢٠٢٣): ٢/٧٥٢.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ٨/٢٣. محيط المحيط، بطرس البستاني، ص ٦٤.

وعرفه ابن عابدين بقوله: «مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص»[1]. وهذا تعريف الحنفية.

وعند الشافعية جاء في مغني المحتاج: «البيع: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص»[2].

وعند المالكية جاء في الشرح الكبير: «عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة ولالذة»[3].

وعند الحنابلة جاء في المغني: «مبادلة المال بالمال تملكاً وتمليكاً»[4].

ويُلاحَظ أن الشافعية ومعهم الحنبلية اعتبروا بيع المنافع ـ إذا كان بصفة مؤبدة وهو متصور في حالات معينة ـ بيعاً. خلافاً للمالكية الذي استثنوا المنافع والحنفية لأنهم لا يعتبرون المنفعة مالاً[5].

تعريف القانون للبيع:

جاء في المادة (٤١٨) مدني مصري يقابلها المادة(٣٨٦) مدني سوري أن البيع: «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابلة ثمن نقدي».

ويتبين أن عقد البيع في القانون من عقود التراضي، فلا يُشترط لانعقاده اتباع إجراءات معينة بل يكتفي لتمامه مجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عُرفاً... وهذا الحكم يطابق ما قرره فقهاء الإسلام من أن البيع ينعقد

---

(١) رد المحتار، ابن عابدين: ٤/٤.
(٢) مغني المحتاج، الشربيني الخطيب: ٢/٣. انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، البغوي: ٣/٢٨٢.
(٣) الشرح الكبير، الدردير: ٣/٢.
(٤) المغني، ابن قدامة: ٤/٣.
(٥) البيوع الشائعة، د. توفيق رمضان البوطي، ص ٣١.

بالإيجاب والقبول خطاباً كما ينعقد بهما تحريراً (كتابة) وكذلك ينعقد بالإشارة المعروفة للأخرس[1].

ويُؤخَذ على التعريف أنه متأثر بما كان عليه القانون الروماني، الذي اعتبر البيع بحد ذاته ليس ناقلاً للملكية، بل يُنشئ التزاماً بذلك. بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى أن انتقال الملكية أمر يترتب تلقائياً على عقد البيع، ويلتزم البائع بموجب ذلك بتسليم المبيع للمشتري أو التخلية بينه وبينه.

كما يُلاحظ على تعريف القانون أنه يَشترط أن يكون الثمن في البيع نقداً، وهذا الشرط غير موجود في تعريف البيع عند فقهاء الشريعة، بل يشترطون مالية العوضين بما تعنيه كلمة المالية على اختلاف المذاهب في ذلك[2].

مشروعية البيع:

البيع مشروع بالكتاب والسنة والإجماع[3].

١ ـ الكتاب:

يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وقوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

٢ ـ السنة:

فقد سئل ﷺ: «أي الكسب أطيب؟ فقال: عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور»[4].

---

(١) المادة (٢٥٢) من مرشد الحيران. الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، عبد الستار آدم، ص ٦٣.

(٢) البيوع الشائعة، د. توفيق البوطي، ص ٣٢.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني الخطيب: ٢/ ٤.

(٤) أخرجه الإمام أحمد، مسند الشاميين، حديث رافع بن خديج، رقم (١٦٦٢٨): ٣/ ٤٦٦. والطبراني في المعجم الكبير، رقم (٤٤١١): ٤/ ٢٧٦. والبيهقي في سننه، كتاب: البيوع، رقم (١٠١٧٧): ٥/ ٢٦٣. جاء في مجمع الزوائد =

٣ ـ **الإجماع**: فقد أجمع الفقهاء على جواز البيع[١].

بعد تعريف عقد البيع ومشروعيته أقول:

إن البيع أهم العقود على الإطلاق، وهو أول العقود المسماة في القانون كما أنه أول عقد يبحثه الفقهاء.

فقد قسم الفقهاء العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة:

فالعقود **المسماة** هي: العقود التي عرفت بأسماء معينة كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض.... الخ. وقد احتواها القانون في مواده وبين أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود... وإن شيوع العقود المسماة في التعامل وتنظيمها في القوانين لا يعني الحصر والتقييد، بل يبقى للناس حرية الاتفاق والتعاقد بما يؤمن مصالحهم ويحقق حاجتهم، فإن اتفقوا على عقد ما زيادة على العقود المسماة فإن اتفاقهم صحيح وعندئذ تسمى هذه الاتفاقات بالعقود غير المسماة.

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

ويتجلى الاتفاق في النتيجة أن جميع كتب الفقه الإسلامي قد دونت العقود المسماة في الكتب الفقهية وخصصوا لكل عقد باباً مستقلاً وبحثوا في هذه العقود ـ في الغالب ـ بالتتابع: باب البيع، باب السلم، باب القرض، باب الإجارة، ... وعرضوا هذه العقود عقب العبادات مباشرة.

أما الاختلافات في المبدأ، فالقانون نظم العقود التي شاعت وانتشرت بين الناس، فكان عمل القانون رصد التعامل بين الأفراد، وتدوين الأحكام المتداولة بين الناس. أما الفقه الإسلامي فقد بادر ـ وبشكل مباشر ـ لبيان معظم أحكام المعاملات التي تحقق أهداف الشريعة ومقاصدها

= للهيثمي تعليقاً على رواة الحديث: «وفيه المسعودي وهو ثقة ولكنه اختلط وبقية رجال أحمد رجال الصحيح»: ٤/ ٦٠.

(١) الإجماع، ابن المنذر، ص ٩٠.

العامة في تأمين مصالح الناس ، بجلب النفع لهم ودفع المضار عنهم[1].

إن أهم نتائج عقد البيع هو استحقاق البائع ثمن المبيع ، واستحقاق المشتري السلعة موضوع العقد ، ويكون الاستحقاق بنقل المبيع ، فعلى البائع التزام بهذا النقل وبتسليم المبيع للمشتري.

كذلك على البائع التزام آخر هو ضمان سلامة المبيع ، ويشمل ضمان العيب ، وضمان التعرض والاستحقاق ، وهو التزام بتحقيق غاية معينة وهو موضوع البحث التالي.

وإن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للتعاقد ، وإن لم يشترطها صراحة. فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد ، والرضا أساس العقود.

وإذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات.

وقد بين الشرع أن على البائع أن يبين العيب مهما كان نوعه إذا كان يعلمه قال ﷺ: «المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب ، إلا بينه له»[2].

والدليل على أن سلامة المعقود عليه من العيوب أساس الرضا ، أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به. وهو لا يكون كاملاً إلا مع السلامة فكانت مطلوبة.

وضمان العيوب الخفية في القانون لا يقتصر الالتزام بها على عقد البيع ، وإنما يشمل جميع العقود التي تنقل الملكية ، وخاصة إذا كان من

---

(١) بتصرف عن العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ١٨ ، ١٩ ، ٢٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: التجارات ، باب: من باع عيباً فليبينه ، رقم (٢٢٤٦): ٢/٧٥٥. والحاكم ، كتاب: البيوع ، رقم (٢١٥٢): ٢/١٠. وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. انظر: تلخيص الحبير ، ابن حجر: ٣/٢٢.

عقود المعاوضات ، ولكن القانون بحث هذا الموضوع في عقد البيع لأنه أهم هذه العقود ، فوضع القواعد العامة لضمان العيوب الخفية في البيع ، ثم أشار إليها في بقية العقود مع النص على التعديل الخاص الذي يتفق مع كل عقد ، ولذلك تطبق هذه الأحكام على المقايضة والشركة والإيجار والمقاولة والعارية[1].

ولكن الفقه الإسلامي فصل أحكام ضمان العيب في عقد البيع ، وبحثه مع الخيارات وخصوصاً في «خيار العيب».

ثانياً: العيب الموجب لضمان البائع ونتائجه:

لا بد أن أعرف العيب قبل البدء بأحكام الضمان الخاصة به.

تعريف العيب:

العيب في **اللغة**: العاب والعيب والعيبة: الوصمة ، والجمع أعياب. وعاب المتاع صار ذا عيب ، وعيبه تعييباً: نسبه إلى العيب ، وعيبه أيضاً جعله ذا عيب[2].

وجاء في رد المحتار تعريف العيب لغة أنه: «ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً»[3].

والمراد من الفطرة السليمة ، الحالة الأصلية المعتادة في الشيء ، فما لا يخلو عنه الشيء عادة لا يعد عيباً كالحصى ، والتراب اليسير في القمح ، وكالفساد في بعض أفراد الجوز. بخلاف ما لو كثر ذلك وفحش بحيث يكون أغلب الأحوال خلافه فإنه عيب عندئذ[4].

وشرعاً: عرفه الحنفية بأنه: «العيب الذي يرد به المبيع ما ينقص الثمن

---

(١) الوسيط ، السنهوري: ٤/ ٧١٢. العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٢٤.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١١/ ٦٣٣. مختار الصحاح ، الرازي: ١/ ١٩٤.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٧١.

(٤) عقد البيع ، مصطفى الزرقا ، ص ١٣٣.

أي الذي اشتري به». أما إذا كان العيب لا ينقص من قيمة المبيع في عرف التجار لا يكون عيباً ، وذلك كخرق يسير في جانب قطعة جوخ ، وكخط يسير في هامش كتاب ، أو خدش خفيف في جلده.

والسبب أن ثبوت الرد بالعيب كان بتضرر المشتري ، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ، ونقص الثمن ـ أي المتعارف عند التجار وأرباب المعرفة ـ ولو يسيراً وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين. وتفسيره: أن يقوم سليماً بألف ، ومع العيب بأقل ، وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً. والفاحش ما لو قوم سليماً بألف وكل قوموه مع العيب بأقل[1].

وهذا العيب يوجب إما أن يأخذه المشتري بكل ثمنه أو يرده إلى البائع.

وعند الشافعية العيب هو كل: «ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه ، سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض ولو حدث بعده فلا خيار ، إلا أن يستند إلى سبب متقدم على القبض أو العقد ويجهله المشتري»[2].

وعرفه الحنابلة بأنه: «نقص عين المبيع كتلف يد الدابة أو انهدام بيت من الدار ، ولو لم تنقص به القيمة بل زادت أو نقص قيمته في عرف التجار ، وإن لم تنقص عينه»[3].

وعرفه المالكية بأنه ما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو تخاف عاقبته كعور المبيع وقطع ولو أنملة منه»[4].

من خلال التعاريف يلاحظ أن الفقهاء متفقون على ماهية العيب ، وهو ما ينقص قيمة السلعة أو عينها والذي يقرر ذلك هو عرف التجار.

---

(١) المرجع السابق: ٥/ ٤ انظر تعريف العيب عند الحنفية في بداية المبتدي ، المرغيناني ، ص ١٣٣.
(٢) مغني المحتاج ، الشربيني الخطيب: ٢/ ٧٠.
(٣) كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ٢١٥.
(٤) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٠٨.

التمييز بين الرداءة والعيب:

إن الأشياء التي توجد في أصل فطرتها السليمة على وجوه مختلفة عادة بين أدنى وأعلى ، يعتبر اختلاف حالاتها المعتادة من قبيل الجودة والرداءة ، لا من قبيل السلامة والتعيب.

فالرداءة ليست عيباً بالمعنى الفقهي وإنما هي مجرد وصف ، وإن كان سعر الرديء دون الجيد بين الناس ، إذ القيم تختلف أيضاً باختلاف الأوصاف. وذلك كما لو كان القمح خفيف الوزن أو حمراوي اللون ، أو كما لو كانت الفرس مسنة أو صغيرة الحوافر ، أو كان الحمار بطيء السير ، أو كان البطيخ والجوز غليظ القشر. فكل ذلك ليس من قبيل العيب بل من قبيل الرداءة؛ إلا إذا كان ذلك شديداً إلى درجة نادرة غير معتادة فيعد عندئذ عيباً.

وثمرة التمييز بين الرداءة والعيب ، أن الرداءة تطبق فيها أحكام خيار الرؤية وخيار فوات الوصف المرغوب ، على تقدير كون المبيع حاضراً مشاراً إليه عند البيع أو غائباً ، ولا يجري فيه حكم خيار العيب الآتي بيانه.

فلو اشترى الإنسان حماراً مثلاً فظهر بطيء السير أو سيارة فظهرت أنها أبطأ من مثيلاتها ، أو اشترى البطيخ أو الجوز الحاضر المشار إليه مثلاً ، فظهر بالكسر أنه غليظ القشر ، يكون البيع لازماً ، ولا يحق للمشتري فسخه لهذه الأسباب إلا إذا كان قد اشترط السرعة في الحمار ، ورقة القشر في البطيخ والجوز. بخلاف ما لو ظهر الحمار مريضاً والجوز فاسداً والبطيخ حامضاً مما يعد عيباً ، فإن البيع يكون غير لازم في حق المشتري ويكون البائع ملتزماً بموجب خيار العيب[1].

قيود العيب الموجب للضمان:

ذكر ابن نجيم الحنفي ستة قيود للعيب وهي:

الأول: أن يكون العيب قديماً عند البائع ، سواء أكان موجوداً قبل

---

(١) عقد البيع ، مصطفى الزرقا ، ص ١٣٤ ، ١٣٥.

العقد أم حادثاً بعده قبل التسليم. أما العيب الذي يحدث في المبيع بعد التسليم عند المشتري فهو على ضمان المشتري ومسؤوليته وليس للبائع به علاقة ويسمى: العيب الحادث.

الثاني: ألا يعلم به عند القبض.

الرابع: أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة، وإلا لم يكن عيباً، كالنجاسة أو الوسخ في ثوب لا يضره الغسل.

الخامس: أن لا يشترط البراءة منه خصوصاً أو من العيوب عموماً.

السادس: أن لا يزول قبل الفسخ فإن زال ليس له الرد، مثل بياض العين إذا انجلى والحمى إذا زالت[1].

ويؤخذ منه أن الحنفية ومعهم الحنابلة ذهبوا إلى أن العيب الذي يرد به المبيع هو ما ينقص الثمن في عرف التجار، سواء أكان نقص الثمن كبيراً أم يسيراً دون تحديد لقدر العيب الذي يعتد به شرعاً[2].

وعند الشافعية هناك أربعة ضوابط للعيب وهي[3]:

١ ـ أن يكون العيب قد نقص العين، أو المنفعة دون العين.

٢ ـ أن يكون العيب قد نقص القيمة، دون العين أو المنفعة.

٣ ـ أن يكون الغالب في جنس المبيع السلامة من هذا العيب.

٤ ـ أن يكون هذا العيب مقارناً للعقد، أو حدث قبل القبض، أو بعد القبض مستنداً إلى سبب متقدم، وقريب من هذا مذهب المالكية[4].

وقد اختلفت المذاهب كثيراً في التطبيق تبعاً لاختلاف وجهة النظر في تفسير العيب، وللعرف الساري في العصور الذي وضعت فيه هذه المسائل

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: ٣/٣٩. انظر: المواد (٤١٨ إلى ٤٣٠) من مرشد الحيران لقدري باشا.

(٢) البيوع الشائعة، د. محمد توفيق البوطي، ص ١٢٦.

(٣) المهذب، الشيرازي: ٣/ ١٢٤.

(٤) حاشية الدسوقي: ٣/١٠٨.

المختلف عليها ، لأن المرجع فيها أولاً وأخيراً إلى العرف ، وما دام العرف هو الحكم فلنترك الخوض فيها تاركين الأمر لعرف التجار وأرباب البياعات (السلع)[1].

فإذا ثبت العيب كان للمشتري رد المبيع على التفصيل التالي:

اتفق الشافعية والحنفية على أن المشتري ، إذا وجد المبيع معيباً ، تخير بين أمرين: إما أن يأخذ المبيع معيباً دون أن يستحق الأرش[2] ، أو أن يرده ويستحق الثمن ، ، هذا ما بينته المادة (٤٢٥) من مرشد الحيران.

وجاء في رد المحتار: «من وجد بمشتريه (السلعة المشتراة) ما ينقص الثمن عند التجار أخذه بكل الثمن أو رده ، وشمل ذلك ما إذا رده فوراً أو بعد موته»[3].

وقال النووي في الروضة: «فرع: ليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش ، وليس للبائع أن يمنعه من الرد ويدفع الأرش ، فلو رضيا بترك الرد على جزء من الثمن أو مال آخر ففي صحة هذه المصالحة وجهان: أصحهما المنع فيجب على المشتري رد ما أخذ. وهل يبطل حقه من الرد وجهان: أصحهما لا ، والوجهان إذا ظن صحة المصالحة فإن علم بطلانها بطل حقه جميعاً[4].

وعند الحنابلة يجوز أخذ الأرش وإمساك المبيع أو الرد وأخذ الثمن. جاء في المبدع: «فمن اشترى معيباً لم يعلم عيبه ثم علم فله الخيار بين

---

(١) حاشية التهذيب ، البغوي ، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض: ٤٥٨/٣.

(٢) سبق تعريفه في الصفحة: ٣٤. وذكر الشافعية مثالاً له في المبيع المعيب: يقوم المبيع بلا عيب ، فيقال قيمته مئة ، ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون ، فيعلم أنه قد نقص العشر فيرجع على البائع بعشر الثمن ولا يرجع بما نقص عن قيمته لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت. المهذب ، الشيرازي: ٣/ ١٢٠.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٧٢.

(٤) روضة الطالبين ، النووي: ٤٧٨/٣. انظر: المهذب ، الشيرازي: ١/ ٢٨٤.

الرد وأخذ الثمن ، والإمساك مع الأرش هذا هو المذهب المشهور»[1].

ويستدل الحنابلة على مشروعية الرد وأنه لا نزاع فيه ، إذ مقتضى العقد يقتضي السلامة منه: «بأن النبي ﷺ اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم المسلم»[2]. وأما الإمساك مع الأرش فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض ، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله وهو الأرش»[3].

وأما عند المالكية فالعيوب ثلاثة أنواع: عيب ليس فيه شيء ، وعيب فيه قيمة ، وعيب رد.

فأما الذي ليس فيه شيء ، فهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

وأما عيب القيمة: فهو اليسير الذي ينقص الثمن ، فيحط المشتري من الثمن بقدر نقص المبيع وذلك كالخرق في الثوب والصدع في حائط الجدار ، وقيل: إنه يوجب الرد في العروض بخلاف الأصول.

وأما عيب الرد: فهو الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن ، ونقص العشر يوجب الرد عند ابن رشد، وقيل الثلث. . . فالمشتري في عيب الرد بالخيار بين أن يرده على بائعه ، أو يمسكه ولا أرش له على العيب. وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب ، إلا أن يفوت في يده ، هذا التقسيم في

---

(١) المبدع ، إبراهيم بن محمد الحنبلي: ٤/ ٨٧. انظر: المحرر في الفقه ، عبد السلام الحراني: ١/ ٣٢٤.

(٢) أخرجه الترمذي وابن ماجه بلفظ: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ» باب: ما جاء في كتابة الشروط ، رقم (١٢١٦): ٣/ ٥٢٠. وقال: حديث حسن غريب. وابن ماجه ، كتاب: التجارات ، باب شراء الرقيق ، رقم (٢٢٥١): ٢/ ٧٥٦. قال ابن حجر: والحديث حسن في الجملة. تغليق التعليق: ٣/ ٢١٩.

(٣) المبدع ، إبراهيم بن محمد الحنبلي: ٤/ ٨٧.

غير الحيوان ، أما الحيوان فيرد بكل ما يحط من القيمة قليلاً أو كثيراً»[1].

والراجح عند المالكية ، أن عيب الرد هو العيب الذي ينقص ثلث المبيع أو أقل ، كما استثنى الإمام الدسوقي الدار من الرد: «لأن عيبها قد يزول بالإصلاح»[2].

الترجيح:

رأي الشافعية والحنفية أن المشتري إذا وجد المبيع معيباً تخير بين أن يأخذ المبيع معيباً كما هو أو يرده ويستحق الثمن ، هو الراجح ، لأن المشتري دفع الثمن ليستلم مبيعاً سليماً من العيوب ، ولم يتحقق ذلك ، فيرد المبيع ويأخذ الثمن ، هذا هو العدل ، فإن شاء أن يستبقي المبيع المعيب فله الخيار دون استحقاق الأرش (النقص في الثمن) ، وهذا أسلم من الناحية العملية ، وحتى لا يكون الرد مع الأرش ذريعة لتقدير الأرش زيادة على المعتاد ـ مع عدم توفر أهل الخبرة لكل سلعة ـ والله أعلم.

هذه هي أقوال الفقهاء في الرد بالعيب والحكمة من ذلك هي دفع الضرر عن المشتري ما أمكن.

موقف القانون:

نص القانون المدني على ضمان العيب الخفي في المادة (٤٤٧) مدني مصري يقابلها المادة (٢/٤١٥) مدني سوري واقتبس أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق ذكرها وقد جرى نصها كالآتي:

١ ـ يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كَفِل المشتري وجودها فيها ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أُعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.

---

(١) القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٢٦٤.
(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ١١٤.

٢ ـ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكَّدَ له خلوَّ المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمَّد إخفاء العيب غشاً منه.

أما الفقرة الأولى من المادة (٤١٥) مدني سوري فقد حددت شروط العيب الموجب للضمان ، وهي شروط مستفادة أيضاً من الفقه الإسلامي والشروط هي:

١ ـ أن يكون العيب خفياً.

٢ ـ أن يكون العيب مؤثراً.

٣ ـ أن يكون موجوداً وقت تسليم المبيع.

٤ ـ أن يكون غير معلوم من المشتري[١].

فالعيب الذي يوجب الضمان على البائع هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو ينقص من نفعه بحسب الغاية التي قصدها المشتري منه. وتوسع القانون في تحديد الغاية بأن تستفاد إما من طبيعة الشيء كالمرض في الحيوان ، والعفن في الحبوب ، وإما بحسب الغرض والغاية الشخصية التي ذكرت في العقد كالشاة للأضحية ، والكتب للقراءة أو الصر والتغليف ، والسيارة للركوب أو الشحن أو الصهر أو السباق ، والخيل للعمل أو السباق أو الركوب ، وإما أن يكون النقص في المنفعة التي أعد المبيع لها ، كالورد للزينة والرائحة ، والكرسي للجلوس مع وجود كسر فيه.

ويلاحظ أن القانون توسع في الغاية المقصودة من المبيع ، فشملت الغاية الموضوعية التي وجد المبيع من أجلها ، وقصد لذاتها ، والغاية الشخصية التي يقصدها المشتري لمصلحته الخاصة ، ويصرح بها أو تشير الظروف المحيطة إليها.

---

(١) الوسيط ، السنهوري: ٤/ ٧١٤.

ويتفق القانون في هذا التوسع مع المذهبين المالكي والشافعي للذين توسعا في العيب الذي يوجب الخيار بما يشمل الغاية الموضوعية والشخصية فعرف الشربيني الشافعي خيار العيب أو خيار النقيصة بأنه: «المعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفي ، أو التزام شرطي ، أو تغرير فعلي»[1]. فيشمل هذا التعريف خيار العيب وخيار الوصف وخيار التغرير المعروف عند الحنفية.

أما مجرد وجود النقص في المبيع فلا يوجب الضمان ، وإنما يجب أن ينقص القيمة التي تترتب على نقص المنفعة والغرض المقصود للمشتري[2].

تطبيقات حديثة على رد المبيع عند وجود نقص أو تلف أو عيوب أخرى.

ورد سؤال إلى بيت التمويل الكويتي هذا نصه:

السؤال:

إذا قام بيت التمويل الكويتي بشراء بضاعة من تاجر ، ثم ظهر نقص أو تلف أو عيب فيها ، فهل يجوز لبيت التمويل أن يخصم من البائع بقدر ما ظهر فيها من نقص أو تلف؟.

الجواب من هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي:

إن المشتري في هذه الحالة مخير بين أن يسلك أحد الأمرين:

أولاً: إما أن يفسخ العقد ويرجع الحال إلى ما كان عليه الطرفان البائع والمشتري قبل العقد ، ويرد كل طرف للطرف الآخر ما أخذ منه.

ثانياً: وإما أن يشتري بيت التمويل هذه البضاعة من البائع بموجب عقد جديد يتم تحديده والاتفاق عليه وفقاً لوضع البضاعة الحالي الموجود عليه في حال ظهور التلف أوالنقص بها ، ويكون هذا الأمر بمثابة عقد بيع جديد

---

(١) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/٦٨.

(٢) المرجع السابق: ٢/٥١. حاشية الدسوقي: ٣/١٠٨. المهذب ، الشيرازي: ١/٢٩٣ و٢٩٤. انظر: العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٢٧.

وافق عليه الطرفان البائع والمشتري وأقروه بحيث يصبح العقد الأول لاغياً وغيره معتبراً باتفاق الطرفين[1].

وهذا يوافق ما أقره جمهور الحنفية والشافعية من عدم جواز إبقاء المبيع وإنقاص الثمن بما يقابل التلف أو العيب.

وفي سؤال آخر خالف بيت التمويل رأي الجمهور وأخذ بمذهب الحنابلة القاضي بجواز إسقاط حصة التالف من الثمن ، ولا أدري ما هو وجه المصلحة في ذلك؟.

والسؤال هو:

تقدم أحد العملاء إلى بيت التمويل الكويتي برغبة في شراء بضاعة وتم شراؤها من قبل البيت ، وبعد تملكنا للبضاعة ووصول المستندات تم توقيع عقد البيع وعند تخليص العميل للبضاعة تبين له أن هناك تالفاً ، فكيف يعالج موضوع التالف ، مع العلم أن عقد البيع تم على أساس أن البضاعة كاملة ، هل هناك أي ربط بين استلام بيت التمويل الكويتي التعويض من شركة التأمين أو عدمه وتصفية المسألة مع العميل ، حيث إن القسط الأول حسب العقد يستحق بعد أسبوع؟.

الجواب:

الحكم الشرعي في حالة تلف جزء من الكمية المتعاقد عليها من البضائع هو إسقاط حصة التالف من الثمن حسب النسبة المئوية بين كامل الثمن وبين جميع كمية البضاعة المتعاقد عليها ، ولا علاقة بين عقد البيع المبرم مع العميل وبين اتفاق التأمين بين بيت التمويل الكويتي وبين شركة التأمين أو أخذ التعويض أو عدمه ، سواء تسلم التعويض قبل التفاهم مع العميل أم بعده ، فهناك عمليتان مستقلتان[2].

---

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، الأجزاء (١) (٢) (٣) بيت التمويل الكويتي الفتوى رقم ١٤١.

(٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، الأجزاء (١) (٢) (٣) بيت التمويل الكويتي ، فتوى رقم (٣٠٧).

وكان الأولى لبيت التمويل الكويتي أن يثبت على الفتوى السابقة نفسها، مع عدم وجود المبرر لتغيير الفتوى ، وحرصاً على كسب ثقة العملاء وسلامة التعامل.

كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه:

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبه أي قبل قبضه من الآخر ، فينفسخ العقد بقول العاقد الآخر: رددت ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ، ولا إلى التراضي ، باتفاق الحنفية والشافعية.

وأما إن قبضه المتملك فلا ينفسخ إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي عند الحنفية لرفع النزاع الذي قد يقع بين المتعاقدين بسبب احتمال كون العيب جديداً عند القابض ، فلا يوجب الرد ، أو كونه قديماً عند المالك الأصلي ، فيوجب الرد[1]. وقال الشافعية والحنابلة: ينفسخ العقد بقول المتملك: رددت ، بغير حاجة إلى التراضي أو قضاء القاضي ، كالفسخ بخيار الشرط أو خيار الرؤية ، لأن خيار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار ، وغير اللازم يجوز فسخه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر ، ولا إلى قضاء القاضي[2].

الرد بالعيب هل هو على الفور أم على التراخي؟:

هناك رأيان للفقهاء:

الرأي الأول: للحنفية والحنابلة أن الرد بالعيب على التراخي ، فمتى علم بالعيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا من قول: كرضيت البيع أو المبيع ، أو دلالة كلبسه الثوب.

والسبب في ذلك أن خيار الرد بالعيب لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي ، كخيار القصاص لولي القتيل بين القصاص والدية أو العفو على

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٨١.

(٢) روضة الطالبين ، النووي: ٣/ ٤٧٦. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ١١٤.

سبيل التراضي ، أما إمساك المبيع بعد الاطلاع على العيب مع القدرة على الرد فلا يدل على الرضا به[1].

الرأي الثاني: للمالكية والشافعية أن الرد بالعيب على الفور بعد العلم بالعيب ، فيبطل التأخير بلا عذر والمبادرة إلى الرد معتبرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ، ولو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخياً[2].

لكن المالكية أجازوا التأخير ليوم أو يومين فقط ، بعد أن يحلف أنه ما كان سكوته رضا ، أما التأخير لأقل من يوم فلا يمنع من الرد مطلقاً[3].

والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير ، فإذا تأخر في رد المعقود عليه دون عذر سقط حقه ولزم العقد. ولأن الأصل في البيع هو اللزوم ، وجواز الفسخ عارض له للحاجة فيتقدر بقدرها وهي تندفع بمضي وقت يتمكن فيه من الفسخ ، فإذا لم يفسخ لزم البيع ، لأن عدم الفسخ دليل على الرغبة في إمساك المبيع[4].

وعند الشافعية يعذر المشتري في التأخير برد المبيع المعيب بجهله بحكم فورية الرد ، كأن يكون بعيداً عن العلماء ، حتى لو فرض أن أهل محل يجهلون ذلك وهم قريبون ممن يعرف ذلك كان حكمهم كذلك ، وهذا الصنف من الناس يطلق عليه الفقهاء اسم «العوام» لأن هذا الحكم يخفى عليهم[5].

وهذا رأي مهم ، لأن كثيراً من الناس اليوم بعيدون كل البعد عن

---

(١) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/٦٦. المغني ، ابن قدامة: ٤/١٠٩. المحرر في الفقه ، ابن تيمية: ١/ ٣٢٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/١٢١. المهذب ، الشيرازي: ١/ ٢٨٤. روضة الطالبين ، النووي: ٣/٤٧٦. حاشية البيجوري: ٢/ ٥٩٤.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٢١.

(٤) التهذيب، البغوي، حاشية (١) ت: عادل عبد الموجود وعلي معوض: ٣/ ٤٨٥.

(٥) روضة الطالبين ، النووي: ٣/٤٧٩. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٧٧. إعانة الطالبين ، الدمياطي البكري: ٣/ ٣٤.

العلماء وعن الكتب الفقهية ، ويجهلون أحكام الفروض الأساسية كالصلاة والصيام فكيف بمسألة من مسائل العيب في المبيع ، وهؤلاء من الممكن أن يستفيدوا من هذا الحكم ، ولذلك من الملاحَظ أن الفقهاء في كثير من المسائل يفرقون بين العالم بالحكم والجاهل به كما في بعض أحكام الصلاة والصيام وغير ذلك ، والله أعلم.

وبعد عرض المذاهب في كيفية الرد بالعيب بعد العلم به أقول: تتفق المذاهب على أنه في أي وقت ظهر العيب وعلم به المشتري جاز الرد ولو بعد سنة من تاريخ العقد.

الرأي الراجح:

الرأي الراجح هو رأي من اشترط الفورية بعد العلم بالعيب ، حتى تنضبط معاملات الناس مع كثرتها وتنوعها في هذا العصر. أما التأخير في الرد دون عذر فيفتح باباً للخصومات وإنكار العيب والله أعلم.

موقف القانون:

حددت المادة (٤١٧) مدني سوري هذه المسألة بما يلي:

١ ـ إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يُخْطِرَه به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعْتُبر قابلاً للمبيع.

٢ ـ أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتُبِر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب.

فالقانون يتفق لحد كبير مع من اشترط الفورية في الرد بالعيب لكنه يعطي العرف والمألوف في التعامل مجالاً أكبر في هذه المسألة.

موانع الرد بالعيب:

هناك حالات يسقط فيها حق المشتري في رد المبيع وهي:

١ ـ الرضا بالعيب بعد العلم به:

وذلك يكون إما بالقول أو بالفعل أو بالسكوت ، أما القول كأن يقول: رضيت بالعيب ، أما الفعل كأن يركب المشتري السيارة ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب فإنها تلزمه ، وإن ركبها ليردها فلا شيء عليه ويبقى له خيار الرد ، وإن بنى فوق الأرض التي اشتراها بعد علمه بالعيب سقط خياره وكذلك إذا قبض عوض العيب ، وأما السكوت كأن يعلم بالعيب ولا يطالب بالرد ، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

والسبب في ذلك أن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد ضمناً ، ولما رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فذلك يدل على أنه رضي بالضرر، وإذا سقط رده بتقصيره فليس له أن يرجع على البائع بقيمة العيب.

٢ ـ إسقاط الخيار:

ويكون الإسقاط صراحة كقول المشتري: أسقطت خياري ، أو دلالة كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود عليه ، لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه[٢].

٣ ـ المانع الطبيعي:

أي: هلاك المعقود عليه بآفة سماوية أو تعيبه بعيب جديد في يد صاحب الخيار ، أو تغيره تغيراً تاماً ، كطحن الحنطة ، وخبز الدقيق وأكل الطعام ونحوه ، فإذا هلك المبيع ثم علم بالعيب رجع بالأرش (النقص) لتعذر الرد بفوات المبيع حساً أو شرعاً ، والأرش جزء من ثمن المبيع نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليماً ، والأصح اعتبار أقل قيمة

---

(١) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/ ٧٠. شرح فتح القدير ، السيواسي: ٦/ ٣٦٨. مجلة الأحكام العدلية: ١/ ٦٧. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٢١. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٧٦. التاج والإكليل ، محمد بن يوسف العبدري: ٤/ ٤٤١. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٨٠. الكافي ، ابن قدامة: ٢/ ٨٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٣١. البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/ ٢٠٧.

من يوم البيع إلى القبض. أما إذا تلف الثمن في يد المشتري ثم اطلع البائع على عيب وأراد رده ، ردَّه وقبض مثل الثمن إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً ، وهذا باتفاق الفقهاء[1].

٤ ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل:

قال الحنفية[2]: إذا زاد المعقود عليه في يد صاحب الخيار زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض ، وصبغ الثوب. أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمرة فإن هذه الزيادات تمنع الرد بالعيب ، أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن والكبر والجمال ، والزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغلة والكسب فلا تمنع الرد بالعيب.

وقال الشافعية[3] والحنابلة[4]: إن كانت الزيادة لا تتميز كالسمن واختار الردَّ ، رُدَّ مع الزيادة ، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلا يجوز أن ترد دونها.

وإن كانت الزيادة منفصلة كالكسب والغلة ، فله أن يرد ويمسك الكسب خلافاً للحنفية. والدليل: ما روت السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ ورد عليه. فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[5].

وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده (أي المشتري) وولدت أو شجرة فأثمرت عنده ـ وهي الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل ـ رد الأصل

---

(١) البحر الرائق ابن نجيم: ٦/ ٥٨. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٢٤. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٧٤ ، ٧٥. المحرر في الفقه ، ابن تيمية: ١/ ٣٢٥.

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/ ٥٦.

(٣) المهذب ، الشيرازي: ١/ ٢٨٥.

(٤) الكافي ، ابن قدامة: ٢/ ٨٤.

(٥) الحديث سبق تخريجه ، ص ٣٠.

وأمسك الولد والثمرة لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل[1].

وأما إذا كان المبيع بهيمة حملت عند البائع وولدت عند المشتري ردها مع ولدها في الأظهر عند الشافعية[2].

وخالف الحنابلة الشافعية في المبيع إذا كان حاملاً فعندهم يرد الولد مع أمه لأن الولادة عندهم نماء متصل.

وقال المالكية: إذا كانت الزيادة أحدثها المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ والخياطة... وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه إلا بفساد فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يتمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكاً.

وأما إذا كانت الزيادة هُزال الدابة فهذا العيب يكون به المشتري مخيراً بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد ما نقصه الهزال، وهذا ما رجَّحه ابن رشد. وأما سِمَنُ الدابة فاخْتُلف فيه، قال ابن رشد: «اختلف قول مالك في سمن الدواب فمرة رآه فوتاً يكون المبتاع فيه مخيراً بين أن يرد أو يمسك ويرجع بقيمة العيب، ومرة لم يره فوتاً وقال ليس له إلا الرد»[3].

٥ ـ المانع لحق الغير:

وذلك كما لو أخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التمليك كبيع أو هبة أو صلح، ثم اطلع على أنه كان معيباً بعيب قديم، وفي هذا لا يمكن للمشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه، لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد أنشأه المشتري نفسه[4].

---

(١) المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٨٥. الكافي، ابن قدامة: ٢/ ٨٤.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٨٥.

(٣) مواهب الجليل، الحطاب: ٤/ ٤٤٨.

(٤) البحر الرائق، ابن نجيم: ٦/ ٥٩. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٢٥. روضة الطالبين، النووي: ٣/ ٤٧٣.

٦ ـ زوال العيب قبل الرد:

كأن يشتري شاة مصراة[١] ، ثم يرجع لبنها إلى عادته قبل الرد ، في هذه الحالة يمتنع الرد ولا خيار للمشتري لأن الضرر قد زال[٢].

هذه هي أهم الحالات التي يمتنع فيها على المشتري رد المبيع المعيب ، ويمكن بدل ذلك أن يرجع على البائع بقيمة نقص المبيع.

موقف القانون:

خالف القانون الفقه الإسلامي في حال هلاك المعقود عليه في يد المشتري فقرر الفقه الإسلامي ـ كما سبق ـ أن ذلك يمنع رد العيب بسبب فوات المبيع. أما المادة (٤٥١) مدني مصري ويقابلها المادة (٤١٩) مدني سوري ، فقد نصت على أنه: «تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب». ويبقى الضمان مقرراً للمشتري يرجع به على البائع.

وفي هذا الحكم بعض الظلم على البائع ، إذ لا يمكنه استرداد المبيع ويُطالَب بالضمان في الوقت نفسه.

عدم ضمان العيوب في المزاد العلني:

نصت المادة (٤٥٤) مدني مصري ويقابلها المادة (٤٢٢) مدني سوري على أنه: «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

والحكمة من هذا الاستثناء أو الشرط أن هذه البيوع يُعلن عنها سابقاً

---

(١) التصرية هي: حبس اللبن في الثدي مدة معينة لإيهام المشتري بأن الشاة ونحوها غزيرة اللبن. المعجم الوسيط ، ص ٥٣٣. وهي فعل حرام لقوله ﷺ: «من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر». أخرجه مسلم ، كتاب: البيوع ، باب: حكم بيع المصراة ، رقم (١٥٢٤): ٣/ ١١٥٩. والتصرية من التدليس الفعلي في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٨٦.

(٢) الكافي ، ابن قدامة: ٢/ ٨٨.

قبل مدة من وقوعها ، والوقت كافٍ للاطلاع على الأشياء المراد بيعها سواء من قبل المشتري أو من قبل أهل الخبرة ، فإن قصَّر المشتري فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله ، وخاصة أن القانون بيَّن هذا الاستثناء أصلاً ، ولا يصح الجهل بالقانون ، ولا يُقبَل عذراً لصاحبه[1].

ويتفق القانون المدني في هذا الاستثناء مع المذهب المالكي الذي اعتبر أن البيع الذي يتم عن طريق الحاكم يعتبر كالبيع المشروط فيه البراءة من كل عيب وإن لم يشترط ذلك ، ولا يرجع المشتري بنقصان الثمن ، ولا يثبت له الخيار أصلاً[2].

الاتفاق على تعديل ضمان العيب:

تنص المادة (٤٥٣) مدني مصري ويقابلها المادة (٤٢١) مدني سوري على ما يلي:

«يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

مثال على زيادة الضمان: كأن يتفق المتبايعان على أن يضمن البائع كل عيب في المبيع لم يتبينه المشتري وقت التسليم.

مثال على نقصان الضمان: كأن يشترط البائع ضمان عيب معين دون سواه.

مثال على إسقاط الضمان: بأن يشترط البائع عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع وأن كل ما يظهر من عيب يقع على عاتق المشتري[3].

وبذلك يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي خاصة المذهب الحنفي

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٤٧. القانون المدني المصري ، أسامة أحمد شتات ، ص ١٠٦.

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/ ١١٨.

(٣) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي: ٣٦٠ ، ٣٦١.

في جواز الاتفاق على عدم الضمان ، الأمر الذي سماه الفقه الإسلامي «البيع بشرط البراءة من العيوب: مع اختلاف المذاهب في تفصيل بعض الأمور. وهذا ما سأدرسه مفصلاً تحت عنوان «اشتراط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية».

ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل:

وهذه صورة شائعة بين الناس لتعديل ضمان العيب بزيادته وتعديل كثير من أحكامه ، وذلك بأن يضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معينة بعد القبض والتسليم ، وهذا ما أقره القانون المدني وبين أحكامه الخاصة التي يختلف بها عن ضمان العيب ذاته ، فنص في المادة (٤٢٣) مدني سوري على ما يلي:

«إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

ففي هذه الحالة يتكفل البائع للمشتري هذا الضمان تحت اسم «الكفالة» ويكثر هذا الأمر في الأشياء الدقيقة التي يسرع إليها الخلل ، وتحتاج إلى دقة فنية في الاستعمال والإصلاح لتركيبها الخاص ، كالآلات الكهربائية والساعات والسيارات... الخ. فيضمن البائع صلاحيتها للاستعمال لمدة سنة أو سنتين أو أكثر ، ويطمئن المشتري إلى المبيع وحسن الانتفاع به. وتشمل هذه الكفالة جميع أنواع الخلل في المبيع ولو لم يكن فيه عيب.

ويكون التعويض عادة في هذا الضمان بأن يقوم البائع بإصلاح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، فإن لم يقبل الإصلاح التزم البائع بتبديله بآخر مثله يصلح للعمل[1].

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٦٣. وما بعدها. الوسيط ، السنهوري: ٤/٧٥٨. العقود المسماة ، الزرقا ، ص ٢٣٤.

وليس لهذا الحكم نص خاص في الفقه الإسلامي ، وإنما يخضع لسلطان الإرادة العقدية ونظرية الشروط عند الفقهاء ، لأنه شرط يحقق مصلحة ومنفعة لطرف على حساب آخر ، فيقره المذهب الحنبلي والمالكي ، كما يمكن تخريجه على المذهب الحنفي باعتباره شرطاً فاسداً ، لكن إن جرى التعامل والعرف عليه صار صحيحاً[1].

لكن العرف الصحيح في تعامل الناس بهذا الشرط أدى إلى زوال الشرط الفاسد ، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: «وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط ، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد ، كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس ، وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي ، أو منافية لمبادىء الشريعة ومقاصدها العامة»[2].

والحنابلة أوسع المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد ، فيقولون: الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق ، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز.

ويؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ، ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة ، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء[3].

وأرى أن هذا الشرط يحقق مصلحة الطرفين معاً ، فالمشتري عندما

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/ ١٧٢. المبسوط ، السرخسي: ١٣/ ١٣ ـ ١٨. المبدع ، ابن مفلح: ٤/ ٥١. دليل الطالب ، مرعي الحنبلي: ١/ ١٠٨. الفروع ، ابن مفلح: ٤/ ٤٣. المحرر في الفقه ، ابن تيمية: ١/ ٤١٤ . كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ١٨٩. رسائل وكتب وفتاوى ابن تيمية: ٢٩/ ١٢٧ ، ١٣٢ ، ٣٤٦.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي: ٤/ ٢٠٤.

(٣) المرجع السابق: ٤/ ٢٠٢.

يطمئن إلى المبيع تزداد الثقة بالبائع ، ويزداد استهلاك السلعة المبيعة مما يعود بالربح على الشركة المنتجة ، وهذا يتفق مع مذهب الإمام أحمد الذي يجيز هذا الشرط ، والله أعلم.

* * *

المبحث الثاني
التزام البائع بنقل المبيع وتسليمه

وهذا التزام بتحقيق غاية ، اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح يَنْتُج عنه ثبوت ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع[1].

واتفق الفقهاء على أن المبادلة عندما تكون عيناً[2] بعين ، فالتسليم يتم بوقت واحد لأنه العدل ، إذ ليس أحدهما أولى بالتقديم من الآخر ، وكذلك إن تبايعا ديناً بدين كما في عقد الصرف ، لأن القبض فيه حق للشرع وكذلك إن تبايعا عيناً بدين وكان الثمن مؤجلاً أُجبِر البائع على تسليم المبيع أولاً ، وعلى المشتري أداء الثمن عند حلول أجله[3].

أما عندما يكون البيع بين عين وثمن حال فقد اختلف الفقهاء فيمن يبدأ بالتسليم.

ذهب المالكية والحنفية[4] إلى وجوب تسليم الثمن أولاً من قبل

---

(١) فتاوى ابن تيمية: ٢٩/٤٥٦. المغني ، ابن قدامة: ٥/١٩٦. الفصول في الأصول ، الجصاص: ٢/١٨٣.

(٢) الدَّين: ما يصح أن يثبت بالذمة سواء أكان نقداً أم غيره ، والعين: ما لا يصح أن يثبت ديناً في الذمة. رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/٢٥.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/٤٢. مواهب الجليل ، الحطاب: ٤/٣٠٥. حاشية الدسوقي: ٣/١٤٧. الروض المربع ، البهوتي: ٢/٩٩. المغني ، ابن قدامة: ٤/١٤٠. المهذب ، الشيرازي: ١/٢٩٥.

(٤) رد المحتار، ابن عابدين: ٤/٤٢، حاشية الدسوقي: ٣/١٤٧.

المشتري ، وعلى البائع تسليم المبيع ثانياً ، لما رواه ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «الزَّعيم غارِم ، والدَّيْن مَقْضي ، والعارية مُؤدَّاة، والمِنحة[1] مردودة»[2]. ومحل الشاهد قوله ﷺ: «الدين مقضي» ، فقد أمر المشتري بأداء الدين (الثمن) أولاً.

فإن قال أحدهما: لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه ، أُجبِر المشتري على تسليم الثمن ، ثم أُخذ المبيع من البائع ، وللبائع أن يتمسك بالمبيع (وهو حق حبس المبيع) حتى يقبض الثمن ولو بقي منه درهم ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن.

واستثنى الحنفية من ذلك ما يلي:

أولاً: المسلَم فيه لأنه دين مؤجَّل.

والثاني: الثمن المؤجل ، فيجب تسليم المبيع للحال ، لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل.

الثالث: ألا يكون في المبيع خيار للمشتري فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار.

وقال الشافعية والحنابلة[3]: يُجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يُجبر المشتري على تسليم الثمن ، لأن حق المشتري المتعلق بالعين مقَدَّم على

---

(١) المنحة: دابة أو أداة أو أرض تُعيرها أخاك ينتفع بها زماناً ثم يردُّها عليك. المعجم الوسيط ، ص ٩٢٣.

(٢) أخرجه الترمذي ، كتاب: البيوع عن رسول الله ، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة ، رقم (١٢٦٥): ٣/٥٦٥. وقال: حديث حسن غريب. وأبو داود ، كتاب البيوع ، باب: في تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٥): ٣/٢٩٦. وأحمد ، باقي مسند الأنصار ، حديث عبد الله بن سعد ، رقم (٢١٤٦٩). وأخرجه ابن عدي في الكامل وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني وقال إنه منكر الحديث. نصب الراية ، الزيلعي: ٤/٥٨.

(٣) المهذب الشيرازي: ١/٢٩٥. المبدع ، ابن مفلح: ٤/١١٥. الكافي ، المقدسي: ٢/١٠٧. الإنصاف ، المرداوي: ٤/٤٥٨.

ما تعلق بالذمَّة ، ولأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار المبيع وتمامه فكان تقديمه أَوْلى وكذلك تقديم ما يتعلق بالعين (المبيع) أولى من المتعلق بالذمة (الثمن).

وذهب الظاهرية[1] إلى أنه لا يُقَدَّم أحدهما على الآخر في البداءة بالتسليم بل يُجبَران معاً على دفع المبيع والثمن ، لتساوي الحقين في وجوب تسليم كل واحد منهما ما بيده إلى صاحبه ، وتخصيص أحدهما بالتقديم جَوْر وظلم.

الترجيح:

أرى أنه حينما يكون البيع بين عين ودين والثمن حالُّ الأداء ، يُجبر المشتري على تسليم الثمن ، والبائع على تسليم المبيع في الوقت نفسه ، فليس أحدهما أَوْلى من الآخر وهذا هو مقتضى العدالة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية ، وهذا هو مذهب الظاهرية ، والله أعلم[2].

موقف القانون:

اتفق القانون مع مذهب الحنفية والمالكية على وجوب تسليم الثمن من المشتري أولاً ، لأن القانون قرَّر للبائع الحق في حبس المبيع حتى استيفاء الثمن من المشتري ، وهذا ما قررته المادة (٤٢٧) مدني سوري ، وإن كان الثمن مؤجلاً وقد دفع المشتري القسط المعجل منه فيكلف البائع بتسليم المبيع قبل قبض الثمن إلا إذا وُجِد اتفاق على غير ذلك ، وإن كان المبيع مؤجل التسليم فلا يكلف المشتري بدفع الثمن إلا وقت تسليم المبيع ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك. . .[3].

كيفية التسليم:

إن التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو أهم التزام عملي في عقد

---

(١) المحلى ، ابن حزم: ٨/٤٠٨.

(٢) الحيازة في العقود ، د. نزيه حماد ، ص ٢٣٧.

(٣) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٧٥.

البيع ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام يكون بطرق متعددة وأساليب شتى ، وقد تختلف الأنظار في حصول التسليم أو عدم حصوله ، وأن بعض الطرق تحقق هذا الالتزام أم لا.

وتسليم الشيء يعني: إعطاؤه وجعله سالماً خالصاً ، يقال سَلَّمَ الشيء له: أخلصه وأعطاه إياه ، وسَلِمَ فلان لفلان أي: خَلُصَ له ، قال تعالى: ﴿ وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ ﴾ [الزمر: ٢٩] . أي: سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد. وهو قريب من التخلية في المعنى كما سيأتي ، حتى إن الحنفية قالوا: التسليم عندنا هو التخلية[١].

وفي القانون التسليم هو: وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته بنفسه أو بمن ينيبه عنه. بعد التعريف أقول: إن التسليم يتم بالتخلية والقبض.

والتخلية تعني: أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل مع الإذن له بالقبض[٢].

والقبض لغة من معانيه: تناول الشيء بجميع الكف ، ومنه قبض السيف. ويُستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف ، نحو: قبضت الدار والأرض من فلان: أي حُزْتها ، قال تعالى: ﴿ وَٱلْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾[٣] [الزمر: ٦٧] .

وفي الاصطلاح: هو حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن. قال الكاساني: «معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة»[٤].

وبالنظر إلى القبض في معناه اللغوي وفي معناه الاصطلاحي يُلاحظ أن

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٤٤.
(٢) المرجع السابق. نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٤٦.
(٣) لسان العرب ، ابن منظور: ٧/ ٢١٤. معجم مقاييس اللغة ، ابن فارس: ٥/ ٥٠.
(٤) البدائع ، الكاساني: ٥/ ١٤٨.

بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق ، لأن القبض يستعمل في اللغة لتحصيل الشيء وإن لم يمكن فيه مراعاة الكف ـ أي التناول باليد ـ ، وهو معناه الاصطلاحي ويستعمل لمعان أخرى ، فكان كل قبض بالمعنى الاصطلاحي يتحقق في ضمن المعنى اللغوي ولا عكس[1].

كيفية التسليم في القانون:

عرض القانون لحقيقة التسليم ، وبيَّن مفهومه ومضمونه ، ووضع بعض الأسس والضوابط لاعتباره وذلك في المادة (٤٣٥) مدني مصري ويقابلها المادة (٤٠٣) مدني سوري والتي تنص على ما يلي:

١ ـ يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

٢ ـ ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية.

وتبين الفقرة الأولى من المادة السابقة أن التسليم الحقيقي يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، متى أعلمه البائع بذلك[2].

وما لم يتمكن المشتري من تسليم المبيع بقبضه بالفعل أو بالتخلية لا يبرأ البائع من التزامه ، وبالتسليم ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري.

كيفية القبض:

تختلف كيفية القبض باختلاف الشيء المقبوض فإما أن يكون عقاراً وإما

---

(١) الحيازة في العقود ، د. نزيه حماد ، ص ٤١.

(٢) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٢٤٧.

أن يكون منقولاً ، والمنقول إما أن يكون عينياً مادياً ، وإما أن يكون معنوياً كحق التأليف.

أولاً: قبض العقار:

العقار في اللغة: هو المنزل والأرض والضياع ، مأخوذ من عَقْر الدار وهو أصلها[1].

أما في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في معنى العقار على قولين:

أحدهما: للحنفية ، العقار عندهم: ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله كالأراضي والدور ، أما البناء والشجر فيُعتبران من المنقولات إلا إذا كانا تابعين للأرض فيسري عليهما حكم العقار بالتبعية ، وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية القائلة: «التابع تابع»[2].

والثاني: للجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة أن العقار هو: الأرض والبناء والشجر[3].

ويتفق القانون المدني مع تعريف الجمهور فقد جاء في صدر المادة (٨٢) مدني مصري يقابلها المادة (٨٤) مدني سوري أن:

١ ـ كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

وواضح أن الشيء الذي لا يمكن نقله دون تلف هو البناء والشجر ، لأن البناء بنقله يصير أنقاضاً والشجر بقطعه يصير حطباً.

٢ ـ ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

ولم يذكر القانون مثلاً لهذا المنقول ، وواضح أنه يقصد الآلات الرافعة

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٤/٥٩٦. تحرير ألفاظ التنبيه ، النووي: ١/١٩٧.

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٥/٣١٧. المبسوط ، السرخسي: ٢٣/٥٣.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/١٤٥. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/٩٧. المغني ، ابن قدامة: ٤/١٣١.

للمياه من سواق وخلافها ، مما يساعد في استقلال الأرض الزراعية يثبتها مالك الأرض بصفة مستديمة في أرضه ، فتعتبر عقاراً لأنها خُصصت لخدمة العقار[1].

بعد تعريف العقار أقول: اتفق الفقهاء على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف ، فإن لم يتمكن منه بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه ، فلا تُعتَبر التخلية قبضاً[2].

وقيَّد الشافعية ذلك بما إذا كان العقار غير مُعتَبر فيه تقديراً ، أما إذا كان معتبراً فيه ـ كما إذا اشترى أرضاً مذارعة ـ فلا تكفي التخلية والتمكين ، بل لا بد مع ذلك من الذرع[3].

كما اشترط الحنفية أن يكون العقار قريباً ، فإذا كان بعيداً فلا تُعتبر التخلية قبضاً وهو رأي الصاحبين وظاهر الرواية والمعتمد في المذهب ، خلافاً لأبي حنيفة فإنه لم يعتبر القرب والبعد ، واستظهر ابن عابدين أن المراد بالقرب في الدار بأن تكون في البلد ، ثم إنهم نصوا على أن العقار إذا كان له قفل ، فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته ، بحيث يتهيأ له فتحه من غير تكلف[4].

وألحق الحنفية والشافعية والحنابلة الثمر على الشجر بالعقار في اعتبار التخلية مع ارتفاع الموانع قبضاً له ، لحاجة الناس إلى ذلك وتعارفهم عليه[5].

---

(١) حيازة العقار ، الطيب الفكي موسى ، ص ٥٩.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٤٣. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٧. فتح الوهاب ، زكريا الأنصاري: ١/ ٣٠٢. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨٩. المبدع ، ابن مفلح: ٥/ ٢٣٠.

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٧. روضة الطالبين ، النووي: ٣/ ٥١٧.

(٤) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٤٣. المجلة العدلية ، المادة (٢٧٠ ، ٢١).

(٥) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٥/ ٣١٨. المبسوط ، السرخسي: ٢٣/ ٥٣. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٧. قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام: ٢/ ٧٢.

موقف القانون في قبض العقار:

عنيت القوانين المعاصرة، وخاصة في سورية، بالعقارات وأولتها أهمية خاصة لما لها من قيمة اقتصادية مهمة في الثروة، ولِمَا تتمتع به من استقرار في حيِّز معين، فيسهل وصفها وتحديدها... ومن هنا قرر القانون المدني السوري أن الملكية والحقوق العينية العقارية (قبض العقار) لا تُكتسب ولا تنتقل بين العاقدين، ولا بالنسبة إلى الغير إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري، ونصت المادة (٨٢٥) على ذلك صراحة فقالت:

١ ـ تُكْتَسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها بالسجل العقاري[١]. وقد تقرر هذا المبدأ بعد إنشاء السجل العقاري بالقرار رقم (٨٨) الصادر بتاريخ ١٥/ آذار/ ١٩٢٦.

ويَأخذ حكم العقار، الحقوق العينية العقارية كحق الانتفاع وحق الارتفاق والوعد بالبيع والرهن العقاري والتأمين العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٤) مدني مصري ويقابلها المادة (٢٠٥) مدني سوري[٢].

وهذا الحكم بنقل ملكية العقار بعد تسجيله من الأحكام الجديدة التي رآها المشرع وأن العقد لا يزال رضائياً، وينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وينتج آثاره، لكنه لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا بعد التسجيل، مع إلزام البائع بأن يقوم بكل ما هو لازم لنقل الملكية إلى المشتري، وإلزامه بالامتناع عن كل ما يعرقل ذلك، وإلا تحمل المسؤولية أمام البائع[٣].

بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

إن اشتراط القانون نقل ملكية العقار إلى المشتري بعد تسجيله في السجل العقاري لا يمنع منه الفقه الإسلامي، ويدخل تحت السياسة الشرعية التي يراها الإمام، بالقيام بكل التصرفات التي تحقق مصلحة

---

(١) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٢١٩.
(٢) العقود المسماة، د. عبد السلام ترمانيني، ص ٨٤، ٩٤.
(٣) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٢٢٠.

الناس ، بجلب المنافع لهم ودفع الضرر والأذى عنهم ، ولذلك وضعت القاعدة الفقهية المشهورة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» ولذلك قرر الفقهاء جواز تقييد بعض التصرفات في العقود للمصلحة كالتسجيل وغيره[1].

ثانياً: قبض المنقول:

المنقول هو: كل ما يمكن نقله وتحويله ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات من الطعام وغيره والطائرات والسفن والسيارات وما أشبه ذلك ، والطعام يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأُدم بجميع أنواعها ، كالزيت والعسل ونحوهما[2].

وهذا التعريف متفق عليه في الفقه الإسلامي والقانون المدني[3].

واعتبر الشافعية السفينة الكبيرة الراسية في البر كالعقار ، تكفي فيها التخلية من غير نقل كما قالوا في قبض المنقول بسبب عسر النقل ، بشرط تفريغها من أمتعة البائع ونحوه[4].

وقد ذكر فقهاء الإسلام ثلاث حالات للمنقول[5]:

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة ، كالنقود والثياب والجواهر والحلي وما إليها ، وقبضه يكون بمتناول اليد عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة[6].

الحالة الثانية: أن يكون مما لا يُعتَبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع

---

(١) المرجع السابق. انظر القاعدة في الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ٢٣١.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١١/ ٦٧٤. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٨.

(٣) مرشد الحيران ، المادة (٣). المجلة العدلية ، المادة (١٢٨). مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٨. المادة (٨٢) مدني مصري والمادة (٨٤) مدني سوري.

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٨.

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢/ ٢٦٠ وما بعدها.

(٦) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥. المجموع ، النووي: ٩/ ٢٦٣. مغني المحتاج الشربيني: ٢/ ٩٨. المحرر في الفقه ، ابن تيمية: ١/ ٣٢٣.

أو عد ـ أو ليس فيه حق توفية عند المالكية ـ إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه، لكنه لم يُراع فيه ، كالأمتعة والعروض والدواب والصُّبَرُ جزافاً[1] ، وفي هذه الحالة اختلف المالكية مع الشافعية والحنابلة في كيفية قبضه على قولين:

أحدهما: للمالكية يجوز عندهم في هذه الحالة البيع قبل القبض ، لأن المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد[2].

واستدلوا على جواز بيع غير الطعام قبل قبضه بما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»[3].

فالنهي في هذه الأحاديث عن بيع المشترى قبل قبضه مخصوص ببيع الطعام ، فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له في الحكم.

وأما جواز بيع الطعام جزافاً قبل القبض فدليله قوله ﷺ في الأحاديث السابقة: «حتى يستوفيه» فلم يقل حتى ينقله أو يأخذه ، بل علق الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء ، وهو المكيل والموزون والمعدود. أما الجزاف فاستيفاؤه بتمام العقد ، إذا ليس فيه توفية أكثر من ذلك[4].

والثاني: للشافعية والحنابلة: وهو أن قبضه يكون بنقله وتحويله[5].

واستدلوا على ذلك بالمنقول والعرف ، أما المنقول فما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام جُزافاً

---

(١) الجزاف: بكسر الجيم وضمهما وفتحها ، والكسر أفصح وأشهر وهو: البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير. شرح صحيح مسلم ، النووي: ١٠/ ١٦٩.

(٢) التاج والإكليل ، العبدري: ٤/ ٤٧٧. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥.

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب: البيوع ، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض ، رقم (٢٠٢٨): ٢/ ٧٥١. ومسلم ، كتاب: البيوع ، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (١٥٢٥): ٣/ ١١٥٩.

(٤) الحيازة في العقود ، د. نزيه حماد ، ص ١٧٢.

(٥) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٩٨. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨٠.

فنهانا رسول الله ﷺ أن نَبِيْعَه حتى ننقُلَه من مكانه»[1]. وقيس على الطعام غيره.

وبما روي عن زيد بن ثابت عن النبي ﷺ أنه: «نهى أن تبتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[2].

وأما العرف فلأن أهله يعدون احتواء اليد عليه قبضاً من غير تحويل، إذ البراجم[3] لا تصلح قراراً له[4].

الحالة الثالثة: أن يكون مما يُعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد ـ أي فيه حق توفية عند المالكية ـ، كمن اشترى صُبرة حنطة مكايلة أو متاعاً موازنة أو ثوباً مذارعة أو معدوداً بالعدد، وفي هذه الحالة اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن قبضه يكون باستيفائه بما يُقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أوعد[5].

واشترط الشافعية بالإضافة إلى ذلك نقله وتحويله، مستدلين بنفس أحاديث الحالة الثانية.

أما دليل جمهور الفقهاء على أن قبض المقدرات من المنقولات إنما تكون بتوفيتها بالوحدة القياسية العرفية المراعاة فيها من الكيل أو الوزن أو الذرع أو العد هو: ما روي عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع الطعام حتى

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم (١٥٢٦): ٣/ ١١٦١. وابن ماجه، كتاب: التجارات، باب بيع المجازفة، رقم (٢٢٢٠) وأحمد، مسند المكثرين من الصحابة، باقي المسند السابق، رقم (٥٩٩٣).

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، رقم (٣٤٩٩): ٣/ ٢٨٢. وأخرجه الحاكم في مستدركه وصححه، رقم (٢٢٧١): ٢/ ٤٦.

(٣) البراجم: جمع برجمة وهي مفصل الأصبع. المعجم الوسيط، ص ٤٨.

(٤) المجموع، النووي: ٩/ ٢٦٨. المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٠.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٩. الفواكه الدواني، ابن غنيم: ٢/ ١١٧. المغني، ابن قدامة: ٤/ ٨٢.

يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري»[1]. وقوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»[2]. فدل ذلك على أنه لا يحصل فيه القبض إلا بالكيل ، وقيس عليه الباقي.

قال الشوكاني مرجحاً رأي جمهور الفقهاء: «استدل بهذه الأحاديث على أن من اشترى شيئاً مكايلة وقبضه ، ثم باعه إلى غيره ، لم يجز تسليمه بالكيل الأول ، حتى يكيله على من اشتراه ثانياً ، وإليه ذهب الجمهور ، كما حكاه ابن حجر في فتح الباري عنهم. والظاهر ما ذهب إليه الجمهور من غير فرق بين بيع وبيع ، للأحاديث المذكورة في الباب التي تفيد بمجموعها ثبوت الحجة ، وهذا إذا كان الشراء مكايلة»[3].

والسبب في عدم صحة هذا البيع ، أن فيه شبهاً بالربا ، لأن المشتري الأول إذا دفع دراهمه إلى البائع في سلعة ثم عمد إليها ، فباعها قبل أن يقبضها ، فكأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً ، بمجرد دفعها إلى البائع دون القيام بعمل ما ، وهذا شبيه بالربا. قال ابن عباس حينما سُئل عن بيع ما لا يقبض ، فقال: «ذلك درهم بدرهم ، والطعام مرجأ»[4].

وقال الحنفية: قبض المنقول مطعوماً كان أو غير مطعوم ، وسواء بيع

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: التجارات ، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، رقم (٢٢٢٨): ٢/ ٧٥٠. وأشار ابن حجر في التلخيص إلى تضعيف إسناده ، ثم خرجه عن صحابة آخرين ، ونقل عن البيهقي أنه قواه بطرقه. تلخيص الحبير: ٣/ ٢٧.

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب: البيوع ، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (١٥٢٥): ٣/ ١١٦٠. والنسائي ، كتاب: البيوع ، باب: بيع الطعام قبل أن يُستوفى ، رقم (٦١٨٩): ٤/ ٣٦. وأبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفى ، رقم (٣٤٩٦): ٣/ ٢٨١.

(٣) نيل الأوطار ، الشوكاني: ٥/ ٢٦٠.

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم (٢٠٢٥): ٢/ ٧٥٠. ومسلم ، كتاب: البيوع ، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم (١٥٢٥): ٣/ ١١٦٠.

مقدراً أم جزافاً يكون بالتناول باليد ، أو بالتخلية على وجه التمكين وهو ما يسمى بالقبض الحكمي. مستدلين بالأدلة نفسها التي استدل بها الجمهور على منع بيع المشترى قبل قبضه مطلقاً.

فقد جاء في المجلة العدلية المادة (٢٧٤): «تسليم العروض يكون بإعطائها ليد المشتري أو بوضعها عنده أو بإعطاء الإذن له بالقبض مع إراءتها له».

واستدل الحنفية على اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضاً بأن تسليم الشيء في اللغة معناه جعله سالماً خالصاً لا يشاركه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية ، وبأن من وجب عليه التسليم لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، أما الإقباض فليس في وسعه ، لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز[١].

وأخيراً اشترط الحنفية لاعتبار التخلية قبضاً أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله ، أو كان بعيداً لم يصر قابضاً ، والمراد به الإذن بالقبض ، لا خصوص لفظ التخلية[٢].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في كيفية قبض العقار والمنقول ، أرجح عدم جواز بيع الأشياء المشتراة قبل قبضها مطلقاً ، طعاماً كانت أو غير طعام ، عقارات كانت أم منقولات ، سواء اشتريت بتقدير أم جزافاً ، لصحة الأحاديث وصراحتها في التحذير من البيع قبل قبض المبيع ، لأن البيع قبل القبض فيه شبهاً بالربا ، فكأنما دفع المشتري درهماً واستفاد بها ربحاً دون القيام بعمل ما ، والله أعلم.

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٤٤.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٤٣.

منشأ الخلاف في كيفية قبض العقار والمنقول:

إن منشأ الخلاف في الحقيقة هو اختلاف العرف والعادة فيما يكون قبضاً للأشياء.

قال الخطيب الشربيني: «لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاماً، ولم يبينه، ولا حدَّ له في اللغة، فرجع فيه إلى العرف»[1]. وقال ابن تيمية: «وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس، كالقبض المذكور في قوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»[2].

موقف القانون:

إذا كان المبيع منقولاً، وكان مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً، فيتفق القانون مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الملكية تنتقل إلى المشتري باستيفاء قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عداً، ويُسمِّي القانون هذه العملية «فرزاً» ويكون بعزل المقدار المبيع عن بقية الصنف بحيث يصير هذا المقدار معيناً بالذات، ويبقى المبيع ملكاً للبائع حتى يتم فرزه على النحو المتقدم، فإذا كان البائع قد وضع في مستودعه ألف طن من الحبوب أو القطن، وباع منه مئة طن لشخص آخر، وقبل أن يفرز البائع المبيع أوقع دائنه حجزاً على كل ما هو موضوع في المستودع من حبوب وأقطان أو على بعضه، فليس للمشتري أن يعترض على الحجز أو يطلب استرداد القدر الذي اشتراه استناداً إلى عقد شرائه، لأن هذا العقد لم ينقل إليه ملكية القدر المبيع، ما دام لم يجر إفرازه وهذا هو مضمون المادة (٢٠٥) مدني مصري يقابلها المادة (٢٠٦) والفقرة الأولى من المادة (٨٩٥) مدني سوري[3].

---

(١) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٩٧.

(٢) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية: ٢٩/ ١٦. انظر: الحيازة في العقود، د. نزيه حماد، ص ٥٠.

(٣) العقود المسماة، د. عبد السلام ترمانيني، ص ٩٢.

وإذا كان المبيع منقولاً فيتم تسليمه أيضاً بمناولته للمشتري ، أو بوضعه أمامه ، أو نقله من محل البائع لتسليمه إلى المشتري ، أو من ينوب عنه ، أو إلى متعهد النقل حينما يكون البيع بالمراسلة بين غائبين ، وذلك حسب اتفاق الطرفين على طريقة التسليم وإتمامه بمجرد تسليمه للنقل ، أو بإتمام الشحن أو بوصول البضاعة إلى المشتري ، فإن لم يكن هناك اتفاق خاص فقد حدد القانون المدني المصري والسوري أن التسليم لا يتم إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري ، وهذا مضمون المادة (٤٦٣) مصري والمادة (٤٠٤) سوري[١].

ويتفق القانون بهذا الرأي مع الحالة الأولى التي ذكرها الفقهاء للمنقول وهو ما يتناول باليد عادة فقبضه يكون بتناوله باليد حقيقة.

وإذا كان المبيع حقاً من الحقوق المجردة كحق المرور فيكون تسليمه بتسليم سنده وأوراقه الرسمية كالرخصة في ممارسته ، كما يكون بالسماح للمشتري والترخيص له باستعمال الحق المبيع وإزالته ما يحول بينه وبين استعماله ، أو تقديم المساعدة والأدوات لاستعماله.

وإذا كان المبيع حقاً شخصياً كحوالة الحق أو حق التأليف والاختراع فيكون تسليمه بتسليم سند الحق وتسليم براءة الاختراع ، والموافقة مثلاً على نقل البراءة لاسم المشتري في سجل الملكية التجارية والصناعية[٢].

وهذه الصورة من القبض يقرها الفقه الإسلامي ، ويسميها القبض الحكمي الذي يقابل القبض الحسي الحقيقي ، وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال.

كيفية التسليم بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في معنى التسليم الحقيقي للمبيع ، وأنه يُشترط توفر عنصرين هما: تمكين المشتري للمبيع ، ويسمى القبض أو

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٢٤٨.

(٢) المرجع السابق.

وضع اليد أو التخلية ، وأن يتم التمكين والتخلية بإعلام من البائع للمشتري وتمكينه من التصرف ، ويتم تسليم المنقول بتحويله أو نقله إلى حيِّز آخر أو وضع اليد عليه مع مراعاة العرف في ذلك[1].

مُؤْنَة القبض في المبيع أو نفقات التسليم:

مؤنة القبض: المؤنة مشتقة من الأين وهو: التعب ، والمقصود بها هنا: عِبء القبض وتعبه وما يلزمه من مصاريف ، مشتقة من الأين وهو التعب والشدة. فإذا احتاج الإقباض في المبيع إلى مؤنة فأي العاقدين يكون ملزماً بتحملها؟.

اتفق الفقهاء[2] على أن المبيع إذا كان عيناً يتعلق بها حق توفية ، كانت مصاريف تسليمها كأجرة الكيل والوزن والذرع والعد على البائع ، لأن تسليم المبيع واجب على البائع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ولقوله تعالى: ﴿وَجِئْنَا بِبِضَٰعَةٍ مُّزْجَىٰةٍ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ﴾ [يوسف: ٨٨]. والمخاطب بذلك سيدنا يوسف ـ عليه السلام ـ إذ كان هو البائع للطعام من إخوته ، وأما المصاريف المتعلقة بتسليم الثمن كأجرة عده ووزنه وكيله وإحضاره إن كان غائباً فتكون على المشتري. لأنه عليه أداء الثمن إلى البائع. وقيَّد المالكية قولهم بما إذا لم يكن هناك شرط أو عرف بخلاف ذلك.

وذكر الحنفية أن مصاريف كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري لأنها تكون لمصلحته ، وهذا مضمون المادة (٢٩٢) من المجلة العدلية.

وكذلك رسوم التسجيل في البيوع العقارية اليوم ، وأجور تسيير معاملاتها ، فإنها جميعاً على المشتري. بخلاف الضرائب المستحقة على العقار قبل البيع ، التي يتوقف على أدائها تسجيل بيعه في المكتب

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٤٩.

(٢) المادة (٢٨٩) من المجلة العدلية والمادة (٤٦٥) من مرشد الحيران. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ١٠٠. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨٢.

العقاري ، فإنها على البائع ولا علاقة للمشتري بها ، لأنها ليست ناشئة عن عقد الشراء[1].

كما أن المجلة العدلية في المادة (٢٩٠) نصت على أن: «الأشياء المبيعة جزافاً مؤنتها ومصاريفها على المشتري . . .» أما لو بيعت كيلاً أو وزناً مثلاً ، فإن الأجرة عندئذ على البائع ، لأن الكيل والوزن من لوازم تسليم المبيع.

موقف القانون:

استفاد القانون من الفقه الإسلامي بشأن مؤنة القبض ، فهو يتفق تماماً مع جمهور الفقهاء في أن البائع يتحمل نفقات التسليم ما لم يقض الاتفاق أو العرف بخلاف ذلك ، مطابقاً بذلك القيد الذي ذكره فقهاء المالكية.

ولكن المشرع قد خرج على هذه القاعدة بالنسبة لعقد البيع فجعل نفقات التسليم على المشتري وهو الدائن ، وبذلك نصت المادة (٤٦٤) مصري والمادة (٤٣٢) سوري بقولها: «نفقات تسليم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك» ومع هذا فلا يمنع أن يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك بأن يتحمل المشتري نفقات التسلم ويتحمل البائع نفقات التسليم[2].

التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال:

بعد دراسة آراء الفقهاء حول مسألة قبض الأموال والسلع ، واشتراط البعض منهم القبض الحقيقي أو الحسي ، بينما أجاز آخرون القبض الحكمي للأموال.

وبناء على ذلك يمكن تخريج بعض الفروع والمسائل المستجدة التي يجري بها التعامل في المصارف وبيوت التمويل المعاصرة ، وبناء أحكامها على قاعدة القبض الحكمي للأموال وذلك على النحو التالي:

---

(١) عقد البيع ، مصطفى الزرقا ، ص ١١٢ ، ١١٣.

(٢) العقود المسماة ، د. ترمانيني ، ص ٩٣.

أولاً: يُعتبر القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل إذا أودعه في حساب شخص آخر ، أو جعله فيه بحوالة مصرفية قبضاً حكمياً من المستفيد صاحب الحساب ، وتبرأ ذمة الدافع بذلك إذا كان مديناً له به.

ثانياً: إذا كان للعميل حساب لدى مصرف بعملة ما ، فأمر المصرف بقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أُخرى بناء على عقد صرف ناجز ، تم بينه وبين المصرف ، واستيفاء المبلغ الذي اشترى به من حسابه ، فيُعتبر القيد المصرفي المعجل بالعملة المشتراة قبضاً حكمياً من قبل العميل الآمر ، ويُعتبر الاقتطاع الناجز من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضاً حكمياً له من المصرف ، ويُعد مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البدلين في الصرف ، وإن اتحدت يد القابض والمقبض حساً.

ثالثاً: إذا اشترى شخص نقداً من مصرف بنقد آخر ، فدفع إليه البدل ، وأخذ منه في المجلس شيكاً بعوضه من النقد الآخر مسحوباً على البنك المراسل للمصدر فيعتبر قبضه للشيك قبضاً حكمياً لمضمونه ، ويكون ذلك بمنزلة التقابض في البدلين قبل التفرق.

رابعاً: إذا اشترى شخص نقداً من مصرف بنقد آخر ، فدفع إليه البدل ، وأرسل المصرف ـ بناء على طلب المشتري ـ برقية (تلكس) إلى بنكه المراسل يأمره فيها بدفع العوض من النقد الآخر لحساب المشتري أو لحساب مستفيد آخر لدى مصرف ثالث ، فيُعتبر أمر المصرف الناجز (التلكس) لبنكه المراسل بأداء بدل الصرف حالاً إقباضاً حكمياً للمشتري ، وينزَّل التعامل بتلك الكيفية منزلة التقابض الناجز بين البدلين في الصرف.

خامساً: إذا تصارف العميل مع المصرف الذي له فيه حساب ، فأمر المصرف باقتطاع البدل الذي اشترى به من حسابه ، وتسلم من المصرف شيكاً بالنقد الذي اشتراه مسحوباً على البنك المراسل للمصرف الذي أصدره ، فيعتبر اقتطاع المصرف الناجز لبدل الصرف من حسابه قبضاً حكمياً للبدل من العميل المشتري ، ويعتبر تسلم العميل الشيك قبضاً

حكمياً لمضمونه ، وإذا تم ذلك في المجلس فإنه يُعدُّ بمثابة التقابض في البدلين قبل التفرق.

سادساً: إذا اشترى شخص من مصرف نقداً بنقد آخر ، وكان للمشتري حساب لدى مصرف آخر بالعملة نفسها التي باعها ، فأعطاه أمراً برقياً ناجزاً (بالتلكس) بتحويل المبلغ الذي باعه للمصرف الذي اشتراه منه أو لمن ينوب عنه ، ثم قبض المشتري في المجلس شيكاً بمضمون البدل الذي اشتراه منه من المصرف المشتري ، أو قيده المصرف في حسابه لديه ، أو أرسل المصرف برقية (تلكس) لبنكه المراسل يأمره حالاً بتحويل ذلك المبلغ لحساب المشتري أو لحساب مستفيد آخر طلب المشتري الدفع إليه في مصرف آخر ، فيعتبر ذلك كله إقباضاً حكمياً للنقد الأول من المشتري للمصرف ، وللنقد الآخر من المصرف للمشتري ، وينزل التعامل بهذه الكيفية منزلة التقابض الناجز بين البدلين في الصرف.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩ م إلى ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ ، الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩ م في بعض التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال. . . وبعد البحث والدراسة قرر المجلس ما يلي:

أولاً: يقوم تسلم الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود في المصارف.

ثانياً: يُعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى ، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه.

ثم عقب ذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، رقم ٥٣ (٦/٤) في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧ ـ ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ ، الموافق ١٤ ـ ٢٠ آذار ١٩٩٠ م بخصوص موضوع (القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها) ونصه:

أولاً: قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد ، أو الكيل أو الوزن في الطعام ، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض ، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ، ولو لم يوجد القبض حساً ، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها.

ثانياً: من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً.

١ ـ القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

أ ـ إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

ب ـ إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

ت ـ إذا اقتطع المصرف ـ بأمر العميل ـ مبلغاً من حساب له في حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو المستفيد الآخر.

وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

ويُغتَفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمُدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المُغتَفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسليم الفعلي.

٢ ـ تسليم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه للمصرف ، والله أعلم.

ولهيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي فتوى شرعية ، تحمل الرقم (١٧٦) تقول: «إعطاء شيك واجب الدفع وغير مُؤجَّل ، والأمر بالدفع غير المؤجل ، أو عن طريق التلفون ، كل ذلك يُعتبر قبضاً ،

ولا بأس من تخلل العطل المتعارَف عليها». وذلك جواباً لمن سأل: ما حكم شراء عملة، ويكون استلام العملة وتسليم المقابل في يومين مختلفين؟.

مثال ذلك: شراء ريال سعودي مقابل دولار من أحد المصارف في السعودية، فيدفع الريال لحسابنا يوم الأحد ونسلم مقابل ذلك دولاراً يوم الإثنين، وذلك لوجود عطلة في أمريكا يوم الأحد؟[1].

ومن تطبيقات ذلك ما قاله الدكتور سامي حمود في كتابه «تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية»: «..... فإذا انتقلنا لتطبيق المسألة على واقع العمل المصرفي، فإننا نجد أن الصرف إما أن يكون على الصندوق أو بالحساب. فإذا كان الصرف بالحساب، فإن المودع يتسلم إيصال الإيداع الذي يحمل تاريخ اليوم الذي يتم فيه الإيداع ويقوم المصرف بقيد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية ـ بحسب سعر يوم الإيداع ـ لحساب العميل لديه بالعملة الوطنية، وهذا قبض، لأن فيه تعييناً لحق العميل تجاه المصرف... وهكذا يتبين أن القبض في بيوع الصرف ـ على أساس السعر الحاضر ـ لا يمثل مشكلة بالنسبة للعمل المصرفي المراعى فيه الخضوع لضوابط الشريعة الغراء. وذلك لأن التقابض سواء كان يدوياً بالمناولة أو حسابياً (بالقيود الدفترية) مبني على إثبات الحق المنجز بالنسبة للطرفين المتبايعين»[2].

مناقشة المسألة:

يتبين من خلال ما ذُكر حول مسألة القبض الحكمي أن هناك صورتين لهذا القبض وهما:

ـ قبض الشيك المصرفي.

---

(١) انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، للمؤلف، ص ٢٠٦.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية، سامي حمود: ص ٣١٦، ٣١٧.

ـ القيد المصرفي (القيود المحاسبية).

أولاً: قبض الشيك المصرفي:

يمكن اعتبار الشيك شكلاً من أشكال النقود ويمكن اعتبار قبضه قبضاً شرعياً بشروط وهي:

١ ـ أن يتمتع الشيك بشروط وضوابط تضمن حق صاحبه.

٢ ـ أن تُسَن القوانين الحازمة التي تحول دون تغرير حامله به[١].

ثانياً: القيد المصرفي:

صورة المسألة: إن المودع الذي يريد الصرف من حسابه في المصرف يتسلم إيصال الإيداع الذي يحمل تاريخ اليوم الذي يتم فيه الإيداع، ويقوم المصرف بقيد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية ـ بحسب سعر يوم الإيداع ـ بحساب العميل لديه بالعملة الوطنية.

وقد استدل العلماء باعتبار القيد المصرفي قبضاً حكمياً بالأدلة التالية:

١ ـ بحديث عبد الله بن عمر: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم ...»[٢] فأُلحق القيد المصرفي بمسألة اقتضاء الدراهم من الدنانير واقتضاء الدنانير من الدراهم.

وجه الاستدلال ما ذكره الشوكاني في نيل الأوطار إذ يقول: «....

---

(١) البيوع الشائعة، د. محمد توفيق البوطي، ص ٣٦١.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب، رقم (٣٣٥٤): ٣/ ٢٥٠. والترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الصرف، رقم (١٢٤٢): ٣/ ٥٤٤. والنسائي، كتاب البيع، باب: بيع الفضة بالذهب، رقم (٦١٨١): ٤/ ٣٤. جاء في الدراية لابن حجر: «صححه الدارقطني والحاكم وروي موقوفاً على سعيد بن جبير وهو أرجح»: ٢/ ١٥٥. قال الخطابي: «واشتراط أن لا يتفرقا وبينهما شيء لأن اقتضاء الدراهم من الدنانير صرف، وعقد الصرف لا يصح إلا بالتقابض». بذل المجهود: ١٥/ ١٢.

فدل على أن ما في الذمة كالحاضر»[1].

وبصحة المقاصة فيما إذا شغلت ذمة الدائن تجاه مدينه بمثل ما له على المدين ، في الجنس والصفة والحلول. فتبرأ ذمة المدين مقابل المثل من غير حاجة إلى تقابض. . . وبأدلة أخرى أكتفي بهذه.

ويعقب الدكتور محمد توفيق البوطي على هذا الرأي بقوله: «إذا كان القيد المصرفي ينطبق عليه القاعدة القائلة: «الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة». فهل يُعتَبر (إلزام الذمة) بمثابة الذمة الحاضرة؟.

وإذا كانت القاعدة الشرعية قد اغتفرت في الاستمرار ما لا تغتفر في الابتداء. فإن اعتبار الالتزام ، من خلال القيد المصرفي ، قبضاً بمثابة الذمة الحاضرة موضع نظر. ولكن الذي أراه أن ثمة فرقاً بين قبضٍ قائم حقق الحيازة مع التمكين من التصرف فناب مناب تجديده ، وبين التزام في الذمة بشيء لم يُقبَض أصلاً. ويؤيد ما أقول:

ـ حديث الترمذي وغيره عن مالك بن أوس قال: من يصطرف الدراهم؟ فقال له طلحة بن عبيد الله: أرنا ذهبك ، ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك ورقك. قال له عمر: كلا والله. لتعطينه ورقه أو لتردن إليه ذهبه. فإن رسول الله ﷺ قال: «الورق بالذهب ربا ، إلا هاء وهاء»[2]. قال الترمذي: يداً بيد[3].

ـ حديث النبي ﷺ أنه قال: «. . . ولا تبيعوا غائباً منها بناجز»[4]. قال

---

(١) نيل الأوطار ، الشوكاني: ٥/ ٢٥٥.

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: البيوع ، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم (٢٠٢٧): ٢/ ٧٥٠. ومسلم كتاب: البيوع ، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ، رقم (١٥٨٦): ٣/ ١٢٠٩.

(٣) سنن الترمذي: ٣/ ٥٤٥.

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب: البيوع ، باب: بيع الفضة بالفضة ، رقم (٢٠٦٨): ٢/ ٧٦١.

في تحفة الأحوذي: «المراد بالغائب أعم من المؤجل، كالغائب عن المجلس مؤجلاً أو حالاً»[1].

وقال ابن عبد البر في الكافي: «وإذا باع الذهب بالفضة اشترط التقابض دون التماثل. وقد منع مالك في الصرف الحوالة والضمان والخيار والعدة والنظر. بل يتقابضان في مجلس واحد ووقت واحد. ولا يجوز الصرف على ما ليس عنده، ولا على ما ليس حاضراً...»[2].

وهذا موضع اتفاق إجمالاً، إلا أنه يصح عند غير مالك الصرف على معين في مجلس العقد، وعلى موصوفين في الذمة أيضاً، وعلى أن يتم التعيين والتقابض قبل التفرق[3].

اقتراح:

ثم يقترح الدكتور محمد توفيق البوطي كي يصبح القيد المصرفي قائماً مقام القبض الحقيقي الحل التالي الذي أراه مناسباً لإبعاد هذه المعاملة عن شبهة الحرام فيقول: «فالذي أراه: أن يتم قبض الحق المالي في عقود الصرف ونحوها، في حال عدم إمكان دفع العملة الورقية أو عدم الرغبة في ذلك، بصورة شيك بالمبلغ المستحق، بدلاً من مجرد القيد في الدفاتر المصرفية. ثم إذا أراد صاحبه إيداعه في المصرف دفعَه إليه ليسجل بذلك الوصف أو إذا أراد تحويله طلب ذلك. وبصورة أوضح:

في حال إجراء صرف وحوالة معاً (كتحويل ريالات سعودية إلى دنانير أردنية لإرسالها إلى الأردن) يتم الصرف أولاً مع التقابض الحقيقي، ثم يدفع العميل المبلغ المصروف مع الدنانير أو شيكاً بها إلى كوة التحويل لتحول إلى الأردن.

---

(١) تحفة الأحوذي، المباركفوري: ٢/ ٢٣١.
(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر، ص ٣٠٢.
(٣) فتح القدير، السيواسي: ٦/ ٢٦١. مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٥.

وفي الحقيقة لا يمكن أن نطلق على هذا الفعل أنه قبض حقيقي بل يبقى قبضاً حكمياً كافياً ومشروعاً.

أو يحول الريالات إلى الأردن، ريالات ليقبضها المستحق هناك ريالات أو يصارف ثمنه في الذمة.

ويُشتَرط في الشيك ليكون ضمانة شرعية صحيحة يمثل نقوداً ائتمانية فعلاً ويضمن حق صاحبه أن يكون مصدقاً بالدرجة الأولى[1].

ما جاء في القانون بشأن القبض الحكمي:

أقَرَّ القانون مبدأ القبض الحكمي للمنقولات، فذهب إلى أن حيازة السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل والمودعة في المخازن تقوم مقام حيازة البضائع نفسها، وهذا مضمون المادة (٩٥٤) مدني مصري يقابلها المادة (٩١٣) مدني سوري.

فإذا اشترى شخص البضاعة من غير مالك، وتسلم منه وهو حسن النية سندات الشحن أو الإيداع، كان له قبل أن يتسلم البضاعة ذاتها، أن يتمسك في مواجهة مالكها بقاعدة ح.م.س أي (الحيازة في المنقول سند الحائز).

لكن إذا تسلم شخص السندات وتسلم الآخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، ففي هذه الحالة لا يستطيع أن يتمسك بالقاعدة السابقة إلا من تسلم البضاعة، المادة (٩١٣/ ٢)[2].

تطبيقات معاصرة لبيع البضاعة قبل قبضها وللقبض الحكمي:

وردت ثلاثة أسئلة لبيت التمويل الكويتي حول هذا الموضوع هذا نصها:

السؤال الأول:

إذا قام بيت التمويل الكويتي أو وكيله بشراء سلع باسم بيت التمويل

---

(١) البيوع الشائعة، د. محمد توفيق البوطي، ص ٣٦٥.

(٢) الحقوق العينية، محمد وحيد سوار، ص ٤٩٢.

الكويتي ثم باعها للغير ، فهل يُشترط حصول القبض أو المعاينة من بيت التمويل الكويتي أو من وكيله قبل التصرف بالسلع ، علماً بأن هذه السلع موجودة في مخازن عمومية ومؤجرة لأصحاب البضائع وتحفظ بسجلات وتمنح شهادات تخزين لأصحابها ، وهذه الشهادات مُعتَرف بها عالمياً ويجري العرف بالاكتفاء بتسلم هذه الشهادات عندما يجيز للمشتري تسلم البضاعة تظهر هذه الشهادات للمالك الجديد ويمكّن من تسلم البضاعة ونقلها إلى أي مكان يشاء؟.

وكان الجواب من هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي:

إذا كانت هذه السلع من قبيل الطعام فلا بد من حيازتها الفعلية قبل التصرف وهذا أمر مُجمع عليه ، أما إذا كانت هذه السلع ليست من قبيل الطعام فالإمام مالك لا يشترط قبضها قبل التصرف ، ولكن يكتفي بالتملك ـ أي: تضمن بالعقد لا بالقبض ـ ، وترى الهيئة الأخذ برأي الإمام مالك تيسيراً على الناس. وبعد النظر والتدقيق في شهادات المخازن العمومية المعتمدة عالمياً والموثقة من قبل الجهات المختصة ، ترى الهيئة أن وجود السلع في تلك المخازن ومنح الشهادات بها تُعتبر حيازة ، وأنَّ تظهير الشهادات للمالك الجديد هو بمثابة القبض ، وتقع تبعة الهلاك على من ظهرت له هذه الشهادة أخيراً.

السؤال الثاني رقم (٦٥٩) فتوى رقم (٢٢٥):

ما حكم شراء بعض السلع نقداً من عدد من الشركات التجارية... وإبقاء البضاعة المشتراة في حيازة البائع ، ومن ثم توكيله في بيعها إلى الغير ، بحيث يستعمل هذا البائع اسمه وأوراقه في عمليات البيع إلى الغير.. ومن ضمن شروط التعاقد أن يضمن هذا البائع تحصيل ثمن هذا المبيع خلال مدة محددة... بحيث يلتزم بتوريده للإدارة خلال المدة المحددة فهل هذه الإجراءات والشروط شرعية؟.

الجواب:

هذه المعاملة غامضة حيث يلتبس فيها الضمان من حيث تحديد من

يترتب عليه من الأطراف المختلفة ، لأنه ليست هناك حيازة بحيث يبدأ بعدها ضمان المشتري ، ثم يتلوه التوكيل ، فضلاً عن التوكيل اشترطت فيه شروط تحدث شبهة ، من حيث إن المبيع يتم باسم وأوراق الوكيل وكذا كفالته ، ولذا يصبح بيت التمويل عبارة عن ممول لأنه لا يتحمل الضمان والخراج بالضمان فالهيئة ترى عدم الدخول في هذه المعاملة.

وأرى أن هذه المعاملة فيها شبهاً بالربا ـ كما مر ـ ، حيث يدفع المشتري نقوداً ثمن السلعة ، ثم بعد مدة يبيعها دون أن يقبضها ، فيربح دون أن يقوم بأي عمل ، وهذا ما أشار إليه ابن عباس حينما سُئل عن بيع ما لم يقبض فقال: «ذلك درهم بدرهم ، والطعام مرجأ»[1].

السؤال الثالث:

الفتوى رقم (١٤٦):

في عمليات إنجاز المرابحة الداخلية التي تقوم بها الدائرة التجارية يوجد مندوب متخصص من عمله أن يقوم بمهمة استلام البضاعة لبيت التمويل الكويتي وتسليمها. ولكن ما المقصود بالتسلم؟.

الجواب:

التسلم إما أن يكون فورياً بمعاينة المبيع وعزله عن غيره وتحديده. بحيث تكون البضاعة تحت حيازتك وأنت المسؤول عما يحدث لها وقت تسلمك. وإما أن يكون تسلماً مؤجلاً بأن تشتري البضاعة وتمتلكها ولكن يؤجل التسلم إلى حين بيعها للغير ، وحينئذ تذهب إلى مخازن البائع وتتسلمها منهم كلياً أو جزئياً فيصير المشتري متسلماً.

ويمكن تسلمها عند البيع وعزلها في مخازن البائع بصورة مميزة وتكون حينئذ مضمونة على المشتري وهو بيت التمويل الكويتي وأمانة لدى البائع في مخازنه.

وفي الجملة: قال الإمام مالك بجواز بيع ما لم يقبض فيما عدا

---

(١) سبق تخريجه ص ١٢٢.

الأطعمة ، فيجوز عنده للمالك أن يبيع البضاعة التي يتملكها ولو لم يحزها إذا لم تكن طعاماً.

نتائج تسليم المبيع:

يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني أنه بالقبض والتخلية (التسليم) ينتقل الضمان من ذمة المُخلي إلى ذمة القابض ، وهو يتحمل الخسارة ، ففي عقد البيع مثلاً إذا حصل القبض بالتخلية بين المبيع والمشتري فالضمان على المشتري ، لأن ضمان المبيع بعد القبض على المشتري بالاتفاق ، جاء في المادة (٢٩٤) من المجلة العدلية: «إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ، ولا شيء على البائع»[١].

وزاد المالكية أن الضمان يحصل في البيع الصحيح بمجرد العقد ، ولا يحتاج إلى القبض إلا في مواضع منها: بيع الغائب والبيع الفاسد والبيع بالخيار ، وبيع ما فيه حق التوفية بالكيل أو الوزن أو العدد ، وهذا هو رأي الحنابلة[٢].

والقول الراجح هو قول جمهور الحنفية والشافعية أن الضمان ينتقل إلى المشتري بالتسليم والقبض ، لأن موجب العقد انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، ومقتضاه التزام البائع بالتسليم وفاء بحقوق العقد لأن الملك لا يثبت لعينه وإنما يثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم ، والله أعلم[٣].

وأما التفصيل في هذه المسألة فهناك حالات تطرأ على المبيع فإما أن يهلك كله أو بعضه ، وإما أن يهلك قبل القبض أو بعده ، أو يكون الهلاك متعلقاً بالزوائد المتعلقة بالمبيع وهو ما يسمى هلاك النماء.

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٢٦٤.

(٢) الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم: ٢/ ١٣٠. التاج والإكليل ، العبدري: ٤/ ٤٧٧. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨١.

(٣) الحيازة في العقود ، د. نزيه حماد ، ص ١٩٤.

فهناك إذاً ثلاث حالات:

الحالة الأولى: ضمان الهلاك الكلي.

الحالة الثانية: ضمان الهلاك الجزئي.

الحالة الثالثة: ضمان هلاك الزوائد.

الحالة الأولى: ضمان الهلاك الكلي:

أ ـ هلاك المبيع الكلي قبل القبض:

إذا هلك المبيع كله قبل القبض والتسليم فإما أن يكون ضمانه على البائع أو على المشتري.

قال الحنفية[1] والشافعية[2]: إذا هلك المبيع بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع ينفسخ البيع ويسقط الثمن، بدليل ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»[3]. وفي هذه الحالة يكون الضمان على البائع، فيفسخ البيع ويسقط الثمن، ولا يجوز مطالبة المشتري البائع بالمبيع لأنه من ربح ما لم يضمن المذكور في الحديث السابق.

ومن المعقول: قال الكاساني: «لو بقي البيع صحيحاً أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن، فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم، فتمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة.

---

(١) البدائع، الكاساني: ٥/٢٣٨.

(٢) منهاج الطالبين، النووي: ١/٤٩. التهذيب، البغوي: ٣/٣٩٤.

(٣) أخرجه الترمذي، كتاب: البيع عن رسول الله، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤): ٣/٥٣٥. وقال: حديث حسن صحيح. وابن ماجه، كتاب: التجارات، رقم (٢١٨٨): ٢/٧٣٧. وأبو داود، كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤): ٣/٢٨٣. وقال الحاكم: صحيح على شرط جملة من أئمة المسلمين. المستدرك ٢/٢١.

وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري ، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل ، كأن لم يكن»[1]. وهذا مضمون المادة (٣٦٦) من مرشد الحيران ، والمادة (٢٩٣) من المجلة العدلية.

ولو أبرأ المشتري البائع عن الضمان قبل القبض لم يبرأ في الأظهر من المذهب الشافعي ولم يتغير الحكم ، لأن ضمان المبيع حق الشرع فلا يسقط بإسقاط أحد[2].

فإن كان الهلاك بفعل المشتري ، فلا ينفسخ البيع ، ويكون عليه الثمن ، لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع ، لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه ، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن[3].

وإن كان الهلاك بفعل أجنبي فلا ينفسخ العقد ، ويكون المشتري مُخيراً فإما أن يفسخ البيع لتعذر التسليم ، ويسقط عنه الثمن حينئذ وللبائع الرجوع على من أتلف المبيع ، وإما أن يتمسك بالبيع ، ويرجع على الأجنبي وعليه أداء جميع الثمن للبائع ورجوعه على الأجنبي بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً ، وهذا هو مذهب الحنفية والحنابلة والصحيح عند الشافعية[4].

وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه ، فذكر الحنفية أن حكمه حكم ما لو كان بآفة سماوية.

وفرق المالكية والحنابلة بين ما يكون فيه حق توفية وبين ما لا يكون فيه. قال المالكية: إن كان البيع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد ، فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض مطلقاً ، فإذا هلك المبيع قبل القبض

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٣٨.

(٢) التهذيب ، البغوي: ٣/ ٣٩٧.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/ ٤٢. منهاج الطالبين ، النووي: ١/ ٣٩. المرجع السابق: ٣/ ٣٩٥.

(٤) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٣٩. مرشد الحيران ، المادة (٣٦٨). التهذيب ، البغوي: ٣/ ٢٩٥.

يكون من ضمان البائع ، وينفسخ العقد بذلك ، وكان الخيار للمشتري بين الفسخ لعدم تمكنه من المبيع والتماسك ويرجع على البائع بالمثل أو القيمة[1].

وبهذا قال الحنابلة إن كان الهلاك بفعل آفة سماوية[2].

أما إذا كان بفعل المشتري ، فيستقر عليه الثمن ، لأنه بالإتلاف صار قابضاً للمبيع. وأما إذا كان بفعل البائع أو الأجنبي فللمشتري فسخ البيع ، ويسقط عنه الثمن ، أو إمضاؤه وأخذ مثله من المتلف إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً[3].

وأما ما ليس فيه حق توفية كالثوب وغيره من المكيلات والموزنات إذا بيعت جزافاً. فقد اتفق المالكية والحنابلة على أن ضمانه يكون من المشتري وإن لم يقبضه لأنه يدخل بضمانه بالعقد[4].

وقيَّد الحنابلة قولهم بما إذا لم يمنعه البائع من قبضه ، فإن منعه كان من ضمانه لأنه صار بمنعه كالغاصب[5].

وتفريق الإمام مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية وما ليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل[6].

موقف القانون:

أخذ القانون المدني المصري ومثله السوري بما ذكره الفقه الإسلامي ، وخاصة المواد (٣٦٦ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨) من مرشد الحيران واستفاد منها في

---

(١) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/ ١٣٩. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٧.
(٢) كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ٢٤٣.
(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ١٥٠.
(٤) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/ ١٣٩. حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٦. المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨١.
(٥) المغني ، ابن قدامة: ٤/ ٨١.
(٦) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/ ١٤٠.

وضع المادتين (٤٣٧ ، ٤٣٨) مدني مصري ويقابلها المادتان (٤٠٥ ، ٤٠٦) مدني سوري.

وتنص المادة (٤٣٧) مصري والمادة (٤٠٥) مدني سوري على ما يلي:

«إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

أما المادة (٤٣٨) مصري والمادة (٤٠٦) سوري فقد جرى نصها كالآتي:

«إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن»[1].

وأيضاً نص القانون المدني السوري على ما يلي:

١ ـ إذا هلك المبيع بفعل المشتري فيتحمل هذا تبعة هلاكه ، ويلتزم بدفع الثمن كاملاً ولا يسترد منه شيئاً إن كان قد دفعه.

٢ ـ وإذا هلك المبيع بفعل البائع ، فيتحمل هذا تبعة هلاكه. ويلتزم برد الثمن كاملاً إذا كان قد استوفاه ، وللمشتري الحق بطلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر.

٣ ـ إذ هلك المبيع بسبب لا يد فيه للبائع كقوة قاهرة أو حادث مفاجىء ، فيتحمل البائع تبعة هلاكه. ويترتب على ذلك فسخ البيع وانقضاء الالتزام ، ويزول التزام البائع بالتسليم لزوال محل العقد ، كما يزول التزام المشتري بدفع الثمن لاستحالة التسليم ويسترده إن كان قد دفعه[2].

وبذلك يتفق القانون المدني السوري وأصله المصري مع رأي الجمهور في الفقه الإسلامي في ربط تبعة هلاك المبيع بتسليمه ووضع اليد عليه

---

(١) الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، عبد الستار آدم ، ص ٧٠.

(٢) العقود المسماة ، د. عبد السلام ترمانيني ، ص ٩٩.

لا بملكيته ، فقد صَرَّحت مجلة الأحكام العدلية على أن تبعة هلاك المبيع على البائع قبل تسليمه ، ونصها: «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع لا شيء على المشتري». ويُعتَبر المبيع من وقت الإعذار في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإن هلك قبل التسلم الفعلي فيكون هلاكه على المشتري لا على البائع[1].

ب ـ هلاك المبيع الكلي بعد القبض:

قال الحنفية[2]:

١ ـ إن كان الهلاك بآفة سماوية ، أو بفعل المشتري ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل أجنبي فلا ينفسخ البيع ، ويكون هلاكه على ضمان المشتري ، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري ، فتقرر الثمن عليه ، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه.

٢ ـ إذا هلك بفعل البائع فينظر في حالتين:

أولاً: إذا كان المشتري قبضه بإذن البائع أو دون إذنه، لكنه نقد الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً ، فيكون هلاكه من قبل البائع ، كهلاكه من قبل الأجنبي فعليه ضمانه.

ثانياً: أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع من دون إذن البائع ، والثمن حال غير منقود ـ أي غير معطى للبائع ـ فيتوجب فسخ البيع ، ويكون البائع باعتدائه مسترداً للمبيع وعليه ضمانه.

وقال المالكية[3]: الضمان ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه في كل بيع إلا في خمسة مواضع:

الأول: بيع الغائب على الصفة.

الثاني: ما بيع على الخيار.

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٢٦٨ ، ٢٦٩.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٥/ ٢٣٩.

(٣) القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٦٤.

الثالث: ما بيع من الثمار قبل كمال طيبها.

الرابع: ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد بخلاف الجزاف.

الخامس: البيع الفاسد، فالضمان في هذه الخمسة من البائع حتى يقبضه المشتري.

وقال الشافعية[1]: كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري.

وقال الحنابلة[2]: إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً فتلف قبل قبضه، فهو من مال البائع، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض وإن تلف فهو من مال المشتري، لأنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه.

الحالة الثانية: ضمان الهلاك الجزئي:

يختلف الحكم في هذه الحالة فيما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعده.

أ ـ إذا هلك بعض المبيع قبل القبض:

قال الحنفية[3]: إذا هلك بعض المبيع بآفة سماوية يُنظَر إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن، لأن كل قدر من المبيع معقود عليه فيقابله شيء من الثمن، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره، والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه.

وإن كان النقصان نقصان وصف، كما لو كان المبيع ثوباً فاحترق جانبه، أو دابة فتلفت يدها أو قلعت عين نفسها، أو داراً فانهدم بيت

---

(١) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/٨٩.

(٢) المغني، ابن قدامة: ٤/٧٩، ٨٠، ٨١.

(٣) البدائع، الكاساني: ٥/٢٣٩ وما بعدها.

منها ، فلا ينفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن.

والدليل على ذلك أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية ، لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية ، فالمشتري بالخيار إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن وإن شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض.

والضابط في التمييز بين القدر والوصف: أن كل ما يدخل في المبيع بلا ذكر يعتبر وصفاً فيه كأطراف الحيوان والبناء والشجر المستقر في الأرض ، ورسن الدابة ، أما ما لا يدخل في المبيع إلا بذكر صريح فيعتبر قدراً منه.

وإن هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه ، لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ، لأن جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية... والمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لتغير المبيع.

وإن هلك بفعل البائع يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكل ، سواء كان النقصان نقصان قيمة (قدر) أو نقصان وصف ، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل ، فتقابل بالثمن ، والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه.

أما الشافعية[1]: ففرقوا بين نقصان جزء في المبيع ينقسم عليه الثمن ، وبين نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن.

فإن وُجد المبيع ناقصاً نظرت ، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كشاتين تلفت إحداهما ، أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها ، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن وضرب مع الغرماء بثمن ما تلف ، لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن. ثم إذا وجد أحد

---

(١) المهذب ، الشيرازي: ١/ ٣٢٣ ، ٣٢٤.

العينين في يد البائع الآخر هالكاً كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف فكذلك البائع. . . . .

فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد الدابة وذهاب غرفة من الدار فهناك حالتان:

أحدهما: إن أتلفها المشتري أو ذهبت بآفة سماوية ، فالبائع بالخيار بين أن يأخذ بالثمن وبين أن يتركه ويضرب بالثمن مع الغرماء ، وإن أتلفها البائع فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويرجع بالثمن.

ثانيهما: إن أتلفها أجنبي فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن. . . كالمشتري شاة فقطع الأجنبي يدها فهو بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش (النقص).

وقال الحنابلة: إن كان التلف بآفة سماوية ، ينفسخ العقد في القدر التالف ، ويُخيَّر المشتري في الباقي بين أخذه بقسطه من الثمن ، وبين رده وأخذ الثمن كله لتفريق الصفقة. هذا إذا كان في المبيع حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود. أما إذ لم يكن فيه حق توفية ، فلا ينفسخ العقد ، ويكون التلف من المشتري لدخول المبيع في ضمانه بالعقد لا بالقبض[1].

وقال المالكية: لو تلف بعض المبيع قبل القبض وكان فيه حق توفية كما لو كان ثماراً وتلف بعضها بآفة سماوية ، فإن كان الباقي النصف أو أكثر لزم المشتري التمسك بذلك الباقي بحصته من الثمن ويرجع بحصة ما تلف أو استحق من الثمن. لأن بقاء النصف كبقاء الكل فيلزم المشتري.

وإن كان الباقي أقل من النصف حَرُمَ التمسك بذلك الأقل ووجب رد المبيع وأخذ جميع ثمنه.

---

(١) كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ٢٤٣.

أما لو تلف بعض المبيع بفعل البائع عمداً أو خطأً أو بفعل أجنبي فيلزم البائع الأرش من غير تخيير[1].

موقف القانون:

أخذ القانون أحكام الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض من أحكام الفقه الإسلامي ، فالهلاك الجزئي قبل التسليم للمشتري إما أن يكون بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجىء.

١ ـ فإن كان الهلاك بفعل المشتري فيتحمل تبعة هذا الهلاك ، وعليه أن يدفع الثمن إن لم يكن قد دفعه.

ويُعتبر المشتري في هذه الحالة مستلماً للمبيع حكماً ، وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني السوري وأصله المصري ، ولكن أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أخذاً من الشريعة الإسلامية ، وهذا يتفق مع القواعد العامة في القانون وتحميل مسؤولية الضمان والهلاك على الفاعل أو المسبب.

٢ ـ وإن كان بفعل البائع فيتحمل تبعة الهلاك ، لأنه ملتزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وعليه رد الثمن إن كان قد استوفاه ، وللمشتري أن يطلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر. وهذا يتفق مع مذهب الحنفية[2].

٣ ـ وإن كان بسبب لا يد للبائع فيه ، كقوة قاهرة أو حادث مفاجىء ، فقد ميَّز المشرع بين أن يكون التلف يسيراً أو أن يكون جسيماً.

فإن كان التلف يسيراً فليس للمشتري أن يطلب فسخ البيع ، وإنما يقتصر حقه على طلب إنقاص الثمن.

وأما إن كان التلف جسيماً بحيث لو طرأ قبل إبرام العقد لامتنع المشتري عن الشراء. فالمشتري بالخيار ، إما أن يطلب فسخ العقد ، وإما

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/١٤٨ ـ ١٥٠.

(٢) انظر: ص ١٤٤ ، ١٤٥ من الرسالة.

يستبقي العقد مع إنقاص الثمن مع ما يتناسب وما هلك من المبيع أو نقص قيمته. وبذلك نصت المادة (٤٠٦) من القانون المدني السوري بقولها:

«إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ المبيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن» وهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء.

وليس للمشتري في هذه الحالة أن يطلب التعويض، لأن الهلاك الجزئي قد حدث بقوة قاهرة، ويُعفى البائع من تحمل تبعة الهلاك الجزئي إذا وقع على المبيع في يد البائع بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ولم يتسلمه، أو إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لاستيفاء الثمن[١].

والفرق بين هلاك المبيع بآفة سماوية كلياً أو جزئياً أنه في الهلاك الكلي ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون، أما في الهلاك الجزئي فلا ينفسخ إلا بحكم القاضي وبشرط أن يكون جسيماً[٢].

ب ـ هلاك بعض المبيع بعد القبض:

إذا تلف بعض المبيع بعد القبض، فقد اتفق **جمهور الفقهاء** (المالكية والشافعية والحنابلة) على أنه يكون في ضمان المشتري مطلقاً لأنه ملكه وتحت يده. وهذا هو مذهب الحنفية إذا كان الهلاك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشتري، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري[٣].

وكذا إذا هلك بفعل أجنبي فالهلاك على المشتري ويرجع الضمان على الأجنبي.

---

(١) العقود المسماة، د. عبد السلام ترمانيني، ص ١٠٠. العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٢٧٢.

(٣) القوانين الفقهية، ابن جزي، ص ١٦٤. مغني المحتاج، الشربيني: ٢/٨٩. المغني، ابن قدامة: ٤/٧٩، ٨٠، ٨١.

وإن هلك بفعل البائع يُنظَر: إن لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه بإذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً، فهذا وما لو أتلفه أجنبي سواء (أي يهلك على المشتري ويرجع بالضمان على الأجنبي).

وإن كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير إذنه والثمن غير منقود، ينفسخ البيع في قدر المتلَف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لأنه صَار مسترداً لذلك القدر بالإتلاف، فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن، ولا يكن مستَرداً لأنه لم يوجَد منه إتلاف الباقي، لأنه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته من الثمن، إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيصير مسترداً ويسقط عن المشتري جميع الثمن، لأن تلف الباقي حصل مضافاً إلى فعله فصار مسترداً للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن[1].

موقف القانون:

يتفق القانون مع جمهور الفقهاء أن المبيع يهلك على حساب المشتري إذا هلك جزئياً أو كلياً بعد التسليم، إلا إذا كان التلف والهلاك بفعل البائع فإنه يضمنه بسبب فعله الضار، وإذا حصل الهلاك قبل إبرام العقد فيقع البيع باطلاً لعدم وجود المبيع عند العقد، وإذا حصل الهلاك الجزئي الجسيم قبل العقد، ولم يعلم به المشتري فيكون ذلك عيباً في المبيع، ويعتبر غلطاً جوهرياً وقت انعقاد العقد في رضاء المشتري[2].

قبض السوم[3]:

بما أن الكلام السابق يبحث في تسليم المبيع وتبعة هلاكه، فمن الضروري البحث عن تبعة هلاك المبيع في قبض السوم.

---

(١) البدائع، الكاساني: ٥/ ٢٤١.
(٢) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٢٧٩.
(٣) انظر: عقد البيع، مصطفى الزرقا، ص ١٢٥.

وقبض السوم هو: أن يقبض الإنسان شيئاً بإذن صاحبه لينظره أو ليشتريه إن أعجبه ، فعلى من يكون ضمانه إن هلك؟

وقبض السوم نوعان:

الأول: قبض على سوم النظر: وهو أن يأخذ الإنسان شيئاً بإذن صاحبه لينظره أو يريه غيره دون أن يصرح بأنه يريد شراءه.

الثاني: قبض على سوم الشراء: وذلك بأن يقول مثلاً: أعطنيه لأنظره فإن أعجبني اشتريته.

ففي القبض على سوم النظر يكون المقبوض أمانة في يد القابض مطلقاً سواء بَيَّن صاحبه له ثمناً عند التسليم أو لم يبين ، فإن هلك في يد القابض بلا تعد أو تقصير في حفظه يهلك من حساب صاحبه لا قابضه.

وأما في القبض على سوم الشراء فإن لم يبين للمقبوض ثمناً عند القبض كان أمانة أيضاً غير مضمونة ، كما في سوم النظر. وإن بين ثمناً كما لو قال البائع: ثمن هذه الدابة كذا دينار ، خذها فإن أعجبتك اشترها ، كان المقبوض مضموناً على القابض ، لأن بيان الثمن مع التصريح بالشراء يفيد أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس الضمان كالمبيع ، بخلاف سوم النظر فإن بيان الثمن فيه مع عدم التصريح بقصد الشراء يُحمل على غرض الترغيب ببيان المعلومات التي يحتاج إلى معرفتها عن المبيع.

وعندئذ إذ هلك المقبوض على سوم الشراء في يد القابض فإنما يضمن قيمته إذا كان قيمياً أو مثله إذا كان مثلياً ، ولا يضمن الثمن المبين ، لأن الثمن لا يثبت إلا بعقد ولا عقد في قبض السوم. وهذا عند الحنفية والحنابلة[1].

أما عند الشافعية فقبض السوم مضمون مطلقاً ضمان يد ، لأنه قبضه لمصلحة نفسه[2].

---

(١) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/١١. الفروع ، ابن مفلح: ٤/١٠٧.

(٢) روضة الطالبين ، النووي: ٣/٤٨٢. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/٩٥. الوسيط ، الغزالي: ٣/٣٨٨.

الحالة الثالثة: ضمان هلاك الزوائد:

في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: للشافعية[1] والحنابلة[2] أن زوائد المبيع المنفصلة من الولد والثمرة واللبن والكسب تكون للمشتري قبل القبض وبعده، ويكون عليه ضمانها قبل القبض وبعده، ولا تدخل في البيع وليست بمبيعة أصلاً وإنما يملكها المشتري بملك الأصل ومن ملك الأصل ملك التَّبع. ولذلك إذا رد المبيع يرد الأصل ويمسك الولد والثمرة لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل، أما الزيادة المتصلة كالسِّمَن والكبر فهي ترد بلا خلاف لأنه لا يمكن فصلها.

الثاني: للحنفية[3]: أن الأصل في زوائد المبيع أن تكون مبيعة تبعاً، سواء كانت متصلة متولدة من الأصل(كالحسن والجمال والكبر) أو غير متولدة منه (كصبغ الثوب أو خياطته وكالبناء والغرس على الأرض). أو منفصلة (إما متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن، أو غير متولدة كالغلة الناتجة من استثمار المباني والعقارات) إلا الهبة والصدقة والكسب، والقاعدة في ذلك: «التابع تابع»[4].

والدليل على أن زوائد المبيع مبيعة تبعاً أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف، والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع أوجب الملك في الأصل، ومتى ثبت الملك في الأصل ثبت في التبع فكان ملك الزيادة بوساطة ملك الأصل مضافاً إلى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة.

---

(١) المهذب، الشيرازي: ١/ ٢٨٥. المجموع، النووي: ٦/ ١٣٤.

(٢) كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٢٤٤.

(٣) البدائع، الكاساني: ٥/ ٢٥٦ و ٢٥٧. انظر: نظرية الضمان. د. وهبة الزحيلي، ص ١٤٩. الحيازة في العقود، د. نزيه حماد، ص ٢٠٢، ٢٠٣. شرح القواعد الفقهية، الزرقا، ص ٢٥٤.

(٤) قواعد الفقه، البركتي، ص ١٧٩.

ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١ ـ عند الحنفية يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يستوفي الثمن ، وعند الشافعية لا يجوز.

٢ ـ عند الحنفية إذا أتلف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن ، وعند الشافعية يضمن البائع قيمتها للمشتري إذ لا حصة لها من الثمن.

٣ ـ عند الحنفية إذا وجد المشتري عيباً في الزوائد ردها بحصتها من الثمن أو بالأصل رده أيضاً بحصته من الثمن ، وعند الشافعية لا يرد الزوائد بالعيب أصلاً ويرد الأصل بكل الثمن.

٤ ـ عند الحنفية إذا أتلف المشتري الزوائد قبل القبض وجب عليه دفع حصتها من الثمن لأنه صار قابضاً لها بالإتلاف ، وعند الشافعية لا حصة لها من الثمن بحال.

٥ ـ عند الحنفية إذا هلك المبيع وبقيت زوائده بقي العقد في القدر الزائد وكانت لها حصة من الثمن ، وعند الشافعية ينفسخ العقد أصلاً في المبيع وزوائده جميعاً.

حالات هلاك الزيادة:

قد تهلك الزيادة في المبيع قبل القبض وبعده.

أ ـ قبل القبض:

قال الحنفية:

١ ـ إذا هلكت الزيادة بفعل البائع ضمنها وسقطت حصتها من الثمن عن المشتري كما لو أتلف جزءاً من المبيع. ولا خيار للمشتري عند أبي حنيفة وعند الصاحبين يثبت له الخيار.

٢ ـ لو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع وإن كانت مبيعة ، لأنها مبيعة تبعاً فكانت كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ،

ولا خيار للمشتري لأن الصفقة لم تتفرق عليه لأن العقد ما أضيف إليها (أي للزيادة وإنما العقد على الأصل).

٣ ـ إذا هلكت بفعل المشتري يكون ضامناً لها ، ولا يسقط عنه شيء من الثمن (أي يصير لها حصة من الثمن) لأنه صار قابضاً لها بالإتلاف.

٤ ـ وإذا أتلفها أجنبي ضمنها ، ويكون المشتري بالخيار إن شاء اختار الفسخ ويرجع البائع على الجاني بضمان الجناية ، وإن شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن ، كما لو أتلف الأصل[١].

أما عند الشافعية والحنابلة فهلاك الزيادة قبل القبض من ضمان المشتري ، لأن زوائد المبيع ملكه قبل القبض وبعده[٢].

موقف القانون:

أخذ القانون من الفقه الإسلامي حكم زوائد المبيع ونمائه ، فالمشتري يتملك المبيع ونماءه ومنتجاته وثمراته بعقد البيع لأنها من أصل المبيع كما نصت على ذلك المادة (٢/٤٥٨) مدني مصري يقابلها المادة (٢/٤٣٦) مدني سوري بقولها: «وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع...».

بعد القبض:

إذا هلكت زوائد المبيع بعد القبض يكون ضمانها من المشتري لأنها مبيعة ، حتى لو وجد المشتري بالأصل عيباً فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب ، وهذا باتفاق الفقهاء[٣].

* * *

---

(١) البدائع ، الكاساني: ٥/٢٥٦ ، ٢٥٧.

(٢) المهذب ، الشيرازي: ١/٢٨٥. كشاف القناع ، البهوتي: ٣/٢٤٤.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٥/٢٥٦ ، ٢٥٧. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٦٤. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/٨٩. المغني ، ابن قدامة: ٤/٧٩ ، ٨٠ ، ٨١.

المبحث الثالث
التزام البائع بضمان التَّعَرُّض والاستحقاق

هذا التزام يقع على عاتق البائع في عقد البيع يلتزم به تجاه المشتري. فالبائع يتعهد حكماً للمشتري في عقد البيع ، بأن ينقل له ملكية المبيع أو أحد الحقوق العينية الأخرى بشكل كامل ، كما يلتزم له بتسليم المبيع تسليماً صحيحاً وسليماً وكاملاً لتكون حيازته مستمرة وهادئة.

كما يجب على البائع أن يضمن للمشتري حق الانتفاع الكامل والهادىء بالمبيع أو بأحد الحقوق العينية الأخرى. وهذا يعني أن يحول بين المشتري وبين ما يُعَكِّرُ حقه في الانتفاع الكامل بالمبيع بالحيازة والتصرف والاستغلال ، دون أن يقف أحد في وجه المشتري ، أو يمنعه من الانتفاع بالمبيع ، ويقيم حاجزاً بينه وبين حقوقه المقررة والثابتة على المبيع.

وينتج عن ذلك أن يثبت ضمان الاستحقاق والتعرض على البائع حكماً بالشريعة والقانون ، وبمقتضى عقد البيع ، دون أن يحتاج هذا الضمان إلى اشتراط في المبيع ، أو الاتفاق عليه في العقد. فقد جاء في مرشد الحيران ، المادة (٤٨٩) أن: «البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان في العقد»[١].

تعريف التعرض والاستحقاق في الفقه والقانون:

التعرض في اللغة: من الاعتراض ، واعترض الشيء دون الشيء أي

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٢٨٠ ، ٢٨١.

حال دونه ، واعترض فلان فلاناً ، أي وقع فيه ، وتعرض لفلان تصدى له[1].

والاستحقاق لغة: إما ثبوت الحق ووجوبه ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا ﴾ [المائدة: ١٠٧]. أي وجبت عليهما عقوبة بسبب خيانتهما ، وإما بمعنى طلب الحق[2].

مثلاً: اشترى رجل داراً من رجل ، فادعاها رجل آخر وأقام بينة عادلة على دعواه وحكم له حاكم ببينة ، فقد استحقها على المشتري الذي اشتراها ، أي ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها ورجع المشتري على البائع بالثمن الذي أداه له.

وفي الحقيقة إن التعرض والاستحقاق لهما نفس المعنى وهو: أن يحول شخص بين المشتري وبين السلعة المبيعة لسبب من الأسباب.

وأما التعرض والاستحقاق في اصطلاح الفقهاء: فقد ورد في الفقه الإسلامي اصطلاح ضمان الاستحقاق وضمان الدرك.

فكتب الفقه الحنفي والمالكي أفردت بشكل خاص باباً مستقلاً خاصاً بالاستحقاق. فقد عرَّف الأحناف الاستحقاق بأنه: «طلب الحق ، أي ظهور أن على الشيء حقاً للغير»[3].

ويُنتقد هذا التعريف أن الاستحقاق ليس ظهور حق فقط ، لأنه لا يتحقق إلا إذا ثبت بالبينة أو الإقرار ، والشيء الثابت بالإقرار أو البينة لا يقال له: ظاهر ، بل يقال له ثابت ، كما ينتقد هذا التعريف بأنه يؤدي إلى الدور[4] ، والدور باطل ، وبيانه: أن الاستحقاق مشتق من الحق ، لذلك فإنه يتوقف فهم معناه على معرفة معنى الحق ، كما يتوقف فهم معنى

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٧/ ١٧٩. مختار الصحاح ، الرازي: ١/ ١٧٨.
(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١٠/ ٥٣. انظر: تفسير ابن كثير: ٢/ ١١٣.
(٣) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٦/ ١٥١. رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/ ١٦٨.
(٤) الدور: هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه ذلك الشيء ، وبالعكس. انظر قواعد الفقه ، البركتي: ١/ ٢٩٤.

الحق على معرفة معنى الاستحقاق ، وهذا دور[1].

وعَرَّفه فقهاء المالكية بأنه: «رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض»[2].

ويُنتقد هذا التعريف بأنه يستحيل رفع الملك بثبوت ملك قبله ، لأن الملك الأول إذا كان باقياً لا يمكن أن يثبت الملك الثاني ولا يمكن رفعه بالملك الثاني.

أما ضمان الاستحقاق عندهم فيُقصد به: «ما يجب من مال عوضاً عما تلف من مال على صاحبه».

أو هو: الكفالة برد ثمن المبيع للمشتري عند استحقاق المبيع.

وعند الشافعية والحنابلة ضمان الاستحقاق هو نفسه ضمان الدَّرك. وهو: أن يضمن البائع للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً.

وعللوا صحة ضمان الدرك بأن الحاجة داعية إليه: «لأن المشتري يُسَلِّم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً ، ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة ، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان ، ولا يمكنه أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فيفي عن الجهالة فيه»[3].

والخلاصة: استحقاق المبيع هو: أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع ، كما لو ظهر أن المبيع وقف ومثل ذلك استحقاق رأس المال.

---

(١) نظرية الاستحقاق ، محمد أحمد الكزني ، ص ٢٩.
(٢) التاج والإكليل ، العبدري: ٥/ ٢٩٤. الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ٢/ ٢٣٢.
(٣) المهذب ، الشيرازي: ١/ ٣٤٢. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٢٧٣.

التعريف الراجح:

الاستحقاق هو: ثبوت كون المعقود عليه غير مملوك للمتصرف فيه، ولا ولاية له عليه.

هذا التعريف يشمل كون الشيء المعقود عليه غير مملوك أصلاً، مثل الأشياء الصادرة في حقها قانون خاص استثناء من جريان الملكية عليها، ومثل الوقف الخيري على رأي بعض الفقهاء، ويشمل كون الشيء مملوكاً لغير المتصرف فيه، كما لو تصرف في ملك غيره[1].

تعريف الاستحقاق في القانون:

لم يتعرض القانون المدني المصري والسوري إلى موضوع الاستحقاق بصفته موضوعاً مستقلاً، إنما تعرض لفكرة الاستحقاق ضمناً في المواد التي عالجت ضمان الاستحقاق.

ولكن شراح القانون المدني تعرضوا لفكرة الاستحقاق، وتعرضوا لتعريفه في دعوى الاستحقاق وفي ضمان استحقاق المبيع.

فعرفه بعضهم بأنه: نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي.

وعرفه بعضهم بأنه: فقدان المشتري حقاً من الحقوق التي له على المبيع بحكم قضائي.

ويبقى التعريف الراجح السابق هو الأولى من هذه التعاريف، لأن شراح القانون عرَّفوا الاستحقاق على ضوء المادة (٤٣٩) من القانون المصري الجديد، وهذه المادة لا تتكلم عن الاستحقاق فقط، بل تتكلم عن التعرض القانوني للمشتري، والتعرض القانوني أوسع مدى من الاستحقاق بكثير، فهو يشمل الاستحقاق وحالات أخرى كثيرة تؤدي إلى فقدان المشتري للمبيع أو نقصه[2].

---

(١) نظرية الاستحقاق، محمد الكزني، ص ٢٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٠.

ضمان الاستحقاق الكلي:

قال الحنفية: إذا استحق المبيع كله بأن ظهر أنه مملوك لغير بائعه، أو أنه موقوف، أو مسروق، كان البائع مسؤولاً عن ذلك ويتحمل هو تبعة الضمان، والضمان هنا بفسخ البيع ورد الثمن على المشتري إذا رجع المشتري على البائع مطالباً بالثمن. وعندئذ ينفسخ العقد، لا أنه ينفسخ بمجرد الاستحقاق وإنما يتوقف على إجازة المستحق[1].

جاء في المادة (٤٨٩) من مرشد الحيران: «البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير، ولو لم يشترط الضمان في العقد».

والمادة (٤٩٠): «لا يصح اشتراط عدم الضمان لثمن المبيع عند استحقاقه المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط».

وهذا الضمان متفق عليه عند فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة والحنفية[2].

شرائط الرجوع بالثمن:

يشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع من يده شرائط أربع:

١ ـ أن يكون المستحق إنما أثبت ملكيته بالبينة، أما إذا كان المستحق قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري أو نكوله عن اليمين عند عجز مدعي الاستحقاق عن البينة وطلبه تحليفه، فإن المشتري يخسر المبيع من حسابه ولا يحق له الرجوع على البائع بشيء، لأن مستند الاستحقاق عندئذ إنما هو بإقراره، والإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا يكون سواه ملزماً بإقراره، ونكول المشتري عن اليمين إذا طلب منه الحلف هو في حكم

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: ٦/ ١٥٢.

(٢) رد المحتار، ابن عابدين: ٥/ ٨٩، ٩٠. مواهب الجليل، الحطاب: ٥/ ٢٩٥. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٧٠. مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٢٧٣. كشاف القناع، البهوتي: ٣/ ٣٦٩.

الإقرار لمدعي الاستحقاق بملكيته للمبيع.

٢ ـ أن يكون الاستحقاق سابقاً لملك البائع. وذلك بأن يكون المستحق إنما يدعي ملكاً مطلقاً أو مؤرخاً بتاريخ أقدم من تاريخ الشراء. فلو ادعى المستحق أن المبيع ملكه منذ شهر وكان شراء المشتري من سنة مثلاً فلا رجوع له على بائعه، لأن سبب الاستحقاق يعتبر عندئذ حادثاً على ملك المشتري لا على ملك البائع.

٣ ـ أن لا يحصل بعد الحكم بالاستحقاق صلح بين المشتري والمستحِق على أن يدفع المستحق إلى المشتري بعض الثمن ويأخذ المبيع، لأن المشتري عندئذ يكون بهذا الصلح على الثمن مع المستحق قد أبطل حق رجوعه على البائع.

أما إذا كان الصلح على أن يترك المستحق المبيع للمشتري لقاء شيء يدفعه إليه المشتري، فإنه لا ينقطع بذلك رجوعه بالثمن على البائع، كما لو اشترى المبيع من المستحق شراءً جديداً.

٤ ـ ألا يكون البائع قد أبرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق. فلو كان قد أبرأه عنه فلا رجوع للمشتري عليه بشيء لأنه لا ثمن له[١].

ضمان الاستحقاق الجزئي:

ذكر الحنفية[٢] حالة استحقاق بعض المعقود عليه قبل القبض وبعده:

أ ـ إن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض، ولم يجز المستحِق، بطل العقد في القدر المستحق لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملكَ البائع، ولم تُوجَد الإجازة من المالك، فبطل العقد، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي بحصته من الثمن، وإن شاء رده سواء أحدث عيباً في الباقي أم لا، وسواء استحق الجزء المقبوض أو غيره، لأنه إذا لم

---

(١) عقد البيع، مصطفى الزرقا، ص ١٢٩، ١٣٠.
(٢) البدائع، الكاساني: ٥/٢٨٨.

يرض المستحق ، فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل تمام العقد ، والتفرق يوجب الخيار ، فكذا هذا.

ب ـ وإن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض أو بعد قبض الكل ، بطل البيع في القدر المستحق.

والخلاصة: في حال استحقاق بعض المبيع تتفرق الصفقة على المشتري الأخير ، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة[1]، فإن شاء احتفظ بباقي المبيع ، وإن شاء فسخ العقد فيه ورده للبائع ، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع ، ولم تضر المبيع التجزئة فلا يثبت للمشتري حينئذ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض ، بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن[2].

وعند المالكية إن استحق أقل الشيء (جزء منه) يرجع المستحق على المشتري بقيمة ما استحق في يده ، وليس له أن يرجع بالجميع[3].

وعند الشافعية: إذا استحق المبيع ففيه خيار تفرق الصفقة ، والأظهر من القولين عندهم في تفريق الصفقة تجزئة البيع ، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه ، فيصح البيع فيما يأخذه المشتري ، ويبطل في المستحق ، ويرجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن[4].

وعند الحنابلة استحقاق كل المبيع أو بعضه يوجب رجوع المشتري على البائع بالثمن ، وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض ، لأن البائع غرَّ المشتري ببيعه الأرض مثلاً وأوهمه أنها ملكه ، لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان ولا بخراج الأرض ، لأن المشتري التزم ضمان النفقة باعتبار أن

---

(١) تفرق الصفقة يعني: أن يشتمل العقد على ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة ، فيكون في شق منه صحيحاً وفي الشق الآخر باطلاً.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي: ٥/ ٣٥٢.

(٣) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/ ٢٣٠. حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٧٠.

(٤) المهذب ، الشيرازي: ١/ ٢٦٩ ، ٢٨٨.

عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه ، ولمستحق الأرض قلع الغراس والبناء[1].

هذه هي أحكام استحقاق كل المبيع أو بعضه في الفقه الإسلامي ، ولكن هل يُعَوَّض في الفقه الإسلامي عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق وما فاته من كسب؟.

ينفي الفقهاء التعويض عن هذه الأشياء وإنما التعويض يكون عن خسارة مادية تُقَدَّر بمال ، أما هذه الأشياء فليست أموالاً. يقول الدكتور وهبة الزحيلي ـ حفظه الله ـ: «ولا نجد عند فقهائنا تصريحاً بالتعويض عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق ونحوه ، وإنما يتحمل هو الغرم كما يكون له الغلة والغنم ، وهذا مخالف لما عليه القانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع»[2].

فعناصر ضمان الاستحقاق في الفقه الإسلامي هي:

١ ـ فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع كاملاً وسالماً للمشتري.

٢ ـ كما يحق للمشتري أن يطلب إبطال البيع في بيع ملك الغير ، ويسترد المشتري الثمن الذي دفعه للبائع[3].

ويمكن للبائع أن يسد الطريق أمام المشتري بدعوى الاستحقاق في حال أجاز المالك المستحق بيع البائع ، فينفذ العقد عند الجمهور ، ويصبح البائع كوكيل عن المالك، بحسب القاعدة الفقهية: «الإجازة اللاحقة كالوكالة

---

(١) كشاف القناع ، البهوتي: ٤/١٠٣.

(٢) مجمع الضمانات ، البغدادي، ص: ٢٣٧ ، ٢٤١. القوانين الفقهية: ٢٣٤، نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص: ٢٣٧. المادة (٤٤٣) مدني مصري، المادة (٤١١) مدني سوري.

(٣) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص: ٣٠٨.

السابقة»[1]. ويسلم المبيع للمشتري ويرجع المستحق على البائع بالثمن[2].

موقف القانون:

أخذ القانون المدني المصري والسوري من حيث المبدأ أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من الفقه الإسلامي، مع مراعاة المبادىء القانونية التي تجيز الفوائد عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق، وتوجب تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع[3].

فقد نصت المادة (٤٣٩) مدني مصري والمادة (٤٠٧) مدني سوري على أحكام التعرض بقولها: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

ونصت المادة (٤٠٨) مدني سوري على التزام البائع المزدوج في حال الاستحقاق فجاء فيها:

١ ـ التزام الدفاع عن المشتري في الدعوى القائمة بينه وبين الغير.

٢ ـ التزامه بتعويض المشتري إذا لم يمكن توقي الاستحقاق. والالتزام بالضمان التزام بعمل، والأصل أنه يجب تنفيذه عيناً ما دام التنفيذ العيني ممكناً. فإذا لم يمكن التنفيذ العيني لم يكن أمام البائع سوى التنفيذ بطريق التعويض.

عناصر ضمان الاستحقاق في القانون:

يحق للمشتري أن يسلك إحدى الطرق التالية لدفع الضرر عنه نتيجة استحقاق المبيع بعد أن دفع الثمن للبائع:

---

(١) قواعد الفقه، البركتي، ص٥٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) العقود المسماة، د. عبد السلام ترمانيني، ص١١٦ وما بعدها. الوسيط، السنهوري: ٤/ ٦٢٣.

١ ـ فسخ البيع:

يحق للمشتري فسخ البيع سواء كان الخلل بسبب البائع وتقصيره أم كان بقوة قاهرة ، ويحق للمشتري طلب التعويض إذا كان الخلل بتقصير من البائع ، ولا يحق له ذلك إذا كان بقوة قاهرة ، المادة (١٥٧ و٢١٥) مدني مصري يقابلها المادة (١٥٨ و٢١٦) مدني سوري.

وفي كلتا الحالتين يزول العقد وينتهي بين الطرفين ، ويترك تقدير التعويض للقاضي ، ويخضع للتقادم خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد[١].

٢ ـ إبطال العقد:

عندما يظهر أن المبيع ملك لأجنبي ، وأن البائع تصرف في ملك غيره فيطلب البائع إبطال العقد وفقاً للمادة (٤٦٦) مدني مصري ويقابلها المادة (٤٣٤) مدني سوري في بيع ملك الغير ، ويزول في هذه الحالة ، ويطلب المشتري التعويض من البائع مطلقاً ، سواء كان حسن النية أم سيىء النية ، المادة (٤٦٨) مدني مصري يقابلها المادة (٤٦٣) مدني سوري. بخلاف طلب الفسخ فلا يحق له طلب التعويض إلا في حالة التقصير أو تعمد البائع بيع ملك غيره ، أو بيع ملكه مرتين.

تنفيذ البيع بطريق التعويض:

في حال استحقاق المبيع يصبح تنفيذ العقد العيني مستحيلاً ، ويمكن للمشتري أن يتمسك ببقاء العقد ، ويطلب تنفيذه بطريق التعويض مستفيداً مما منحه إياه القانون في تعويضات ضمان الاستحقاق.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

مما سبق يتبين أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في عنصرين من

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣٠٩.

عناصر ضمان الاستحقاق وهما: الفسخ وإبطال العقد. أما الاختيار الثالث الذي ذكره القانون وهو التنفيذ بطريق التعويض فلم يُقِرَّه الفقه الإسلامي ولا يجوز طلب التنفيذ بعدما تبين أن المبيع ملك لغير البائع، ويتحدد ضمان البائع للمشتري بالثمن[1].

وذكر الفقه الإسلامي حالة ثالثة وهي إذا أجاز المالك المستحق بيع البائع فإن العقد ينفذ، ولا يجوز للمشتري في هذه الحالة المطالبة بدعوى الاستحقاق، والقانون وإن سكت عن هذه الحالة فإن قواعد الاستحقاق تشمل هذه الصورة ـ كما يرى الدكتور محمد الزحيلي ـ لأنه يشترط في ضمان الاستحقاق أن يقع التعرض فعلاً، فإذا أجاز المالك البيع فلم يقع التعرض فعلاً، وكذلك الحال إذا رفع الدعوى ثم أجاز البيع وأسقط حقه في التعرض والاستحقاق، فلم يبق محل للتعرض والاستحقاق[2].

تعويضات ضمان الاستحقاق الكلي:

في حالة الاستحقاق الكلي إذا اختار المشتري تنفيذ البيع بطريق التعويض، فيحق له تضمين البائع بجميع عناصر الضمان المقررة في المادة (٤٤٣) مدني مصري ويقابلها المادة (٤١١) مدني سوري وهي:

١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢ ـ قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها مع المبيع لمستحقه.

٣ ـ المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق. وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيىء النية.

٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة (٤٤٠) مدني مصري والمادة(٤٠٨) مدني سوري.

---

(١) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٣٠٩.
(٢) المرجع السابق.

٥ ـ جميع ما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع[١].

ويلاحظ أن هذه المادة قررت للمشتري الحق في ضمان قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، دون نظر لقيمته وقت البيع ، لأنه تنفيذ بطريق التعويض ، ودون النظر إلى الثمن الأصلي ، سواء كانت القيمة أكثر من الثمن أم أقل منه ، خلافاً لحالتي الفسخ والإبطال فالعبرة فيهما لاسترداد نفس الثمن المدفوع من المشتري.

أما الفقه الإسلامي فلم يوجب على البائع في ضمان الاستحقاق الكلي إلا رد الثمن الذي دفعه للمشتري ، سواء تم إبطال البيع أو فسخه من قبل المشتري ، أم اعتبر البيع منفسخاً من تلقاء ذاته بسبب الاستحقاق.

أما تعويض المشتري بسبب الاستحقاق فلا يجوز في الفقه الإسلامي كما سبق ، ويرى الدكتور محمد الزحيلي أن من أسباب ذلك مجانية القضاء في الإسلام ، ولم يكن هناك محامون يتقاضون الأجور على رفع الدعاوى ومتابعتها ، وحرمة الفوائد شرعاً.

لكن فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا يرى أن قواعد الفقه الإسلامي: تقبل تضمين الأضرار المالية المحققة التي تصيب المشتري من جراء الاستحقاق، «كنفقات المحاكمة» في وقتنا الحاضر ، وغيرها من النفقات التي تحملها المشتري أو صرفها على المبيع بحسن نية ، والتي تدخل في نظرية الضمان الشرعية ، وهذا ما صرح به الحنابلة إذا بنى المشتري على الأرض ثم ظهر مستحق للأرض فأخذها ونقض البناء، فالأنقاض للمشتري لأنها أعيان ماله، ويرجع بالثمن على البائع أو كفيله ، ويرجع بقيمة التالف على البائع لأنه غرَّه[٢].

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري: ٤/ ٦٧٣.

(٢) كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ٣٦٩. انظر: العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣١٣.

تعويضات ضمان الاستحقاق الجزئي:

يفرق القانون المدني في الاستحقاق الجزئي بين كون القسم المستَحق من المبيع جسيماً ويلحق بالمشتري الخسارة الجسيمة ، وبين كون القسم المستحق غير جسيم.

فإذا كان القسم المستَحق من المبيع جسيماً وقد بلغ قدراً لو علمه المشتري من قبل ما أتم العقد ، كما لو اشترى قطعة من الأرض لإقامة بناء أو معمل ، وأصبح الجزء الباقي لا يفي بذلك ، فإنه مُخَير بين أن يرد المبيع إلى البائع مع ما أفاد منه ، ويطالبه بالتعويضات المقررة في ضمان الاستحقاق الكلي ، وبين أن يحتفظ بالباقي مع المبيع بعد الاستحقاق ، ويطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ، وهذا يقدره القاضي بالمقارنة بين الثمن ومقدار النقص ومقدار الضرر اللاحق بالمشتري ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٤٤٤) مدني مصري ويقابلها المادة (٤١٢) مدني سوري.

أما إذ كان القسم المستَحق غير جسيم ، ولم يبلغ قدراً يمنع المشتري من إتمام البيع لو علم به قبل العقد ، فينحصر حق المشتري في طلب التعويض من البائع عما لحقه من الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي، ولا يحق له طلب فسخ البيع ورد الباقي ، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة السابقة.

وبذلك يتفق القانون مع المذهب الحنفي مع بعض الاختلاف في التكييف والتعويض[1].

تعديل ضمان الاستحقاق:

يجوز للمتعاقدين في القانون أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان. . ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٤٤٥) مدني مصري والمادة (٤١٣) مدني سوري.

مثال على زيادة الضمان: أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه

---

(١) انظر ص١٥٩ من الرسالة.

إذا نزعت منه ملكية العقار للمنفعة العامة. أو أن يرجع بكامل التعويض في حال استحقاق المبيع استحقاقاً جزئياً.

أما إنقاص الضمان: كما لو اشترط البائع على المشتري ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً[1].

أما إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن سبب من فعل البائع نفسه، كما لو باع العقار من شخص ثم باعه بعد ذلك من آخر وسجله له، واشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق، فيكون هذا الشرط باطلاً، ويبقى البائع مسؤولاً عن ضمان الاستحقاق بجميع تعويضاته، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة(٤١٣) والفقرة الثانية من المادة (٤١٤) مدني سوري[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

يخالف الفقه الإسلامي الاتجاه القانوني بشأن تعديل ضمان الاستحقاق، ويَعتبر أن ضمان الاستحقاق من النظام العام والقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو تعديلها.... ولذلك قرر الفقهاء بطلان الشرط بإلغاء ضمان الاستحقاق مع فساد البيع، وقرر عدم إجازة الغرر والضرر، ولو رضي به صاحبه، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٩٠) و(٤٩٢) من مرشد الحيران، فجاء في المادة (٤٩٠): «لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق البيع، ويفسد البيع بهذا الشرط».

وجاء في المادة (٤٩٢): «عِلْم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق البيع»[3].

بقي أن أقول: إن ضمان التعرض والاستحقاق لا يقتصر على عقد البيع، بل يشمل كل عقد ناقل للملكية، فيشمل المقايضة والشركة

---

(١) العقود المسماة، د. عبد السلام ترمانيني، ص ١٢٢ وما بعدها.
(٢) العقود المسماة، د. محمد الزحيلي، ص ٣٢١.
(٣) المرجع السابق، ص ٣٢٣.

والصلح والقسمة والإيجار ، وبصورة أضيق التبرعات كالهبة. وكان من الممكن عرضه كنظرية عامة في العقد والالتزامات ، ولكن يغلب وقوعه في البيع ، فعرض القانون قواعده العامة في عقد البيع ، وأحال إليها في بقية العقود مع الإشارة إلى الفوارق والخصوصيات التي تختص بها عن القواعد العامة[1].

* * *

(١) المرجع السابق ، ص ٢٨٠.

المبحث الرابع
التزام المُؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة
(تسليم العين المؤجرة)

أولاً: تعريف الإيجار ومشروعيته:

الإجارة لغة: اسم للأجرة على وزن فعالة، من أَجَرَ وهو: ما يستحق على عمل الخير ولذا يُدْعى به يقال: أعظم الله أجرك[1].

وشرعاً: عبارة عن تمليك المنافع بعوض[2]، بشروط معينة[3]. وكل تعاريف الفقهاء متقاربة في المعنى وإن اختلفت بالعبارة.

فالإيجار كالبيع باعتبار أنه تمليك أي نقل الحق من طرف إلى آخر، مع الفارق أن التمليك في البيع يقع على العين بشكل دائم، ويقع التمليك في الإيجار بشكل مؤقت.

أما القانون المدني فقد عرَّف الإيجار في المادة (٥٥٨) مدني مصري

---

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٤/١٠. المعجم الوسيط، ص ٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤/٢. رد المحتار، ابن عابدين: ٥/٣. مغني المحتاج، الشربيني: ٢/٤٤٩. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، عمر النسفي، ص ٢٦١.

(٣) هذه الشروط ذكرت في تعريف الفقهاء مثل تعريف الحنابلة، فقد جاء في الروض المربع: «الإجارة: عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة». ص ٣٤٩.

والمادة (٥٢٦) مدني سوري فقال: «الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم».

وهذه المادة تعرف الإيجار بآثاره والالتزامات التي تترتب عليه، وإن أول التزام وأهم التزام في الإيجار هو تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع، وأن هذا التزام إيجابي لا سلبي على المؤجر، فهو ملزم بأن يمكن المستأجر من الانتفاع، لا أن يترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة.

أدلة مشروعية الإجارة:

أ ـ القرآن: وذلك في قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦].

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

ب ـ السنة: قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[(١)].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[(٢)].

ج ـ من الإجماع: فقد أجمع السلف الصالح من الصحابة والتابعين على جواز الإجارة[(٣)].

د ـ المعقول: فإن الناس بحاجة إليها كحاجتهم إلى الأعيان، لتوفير السكنى في الدور، والاتجار في المحلات التجارية والركوب للمسافر وغيرها من الدواب والسيارات والسفن والقطارات والطائرات، ولا يمكن

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب: المساقاة، باب: لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة... رقم (١١٤٣٤): ٦/ ١٢٠. وابن ماجه، كتاب: الرهون، باب: أجر الأجراء، رقم (٢٤٤٣): ٢/٨١٧. والمعجم الصغير للطبراني، رقم (٣٤): ١/ ٤٣. وأخرجه في مجمع الزوائد وضعفه لضعف أحد الرواة: ٤/ ٩٨.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب: من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، رقم (٢١١٠٩): ٤/٣٦٦. ورجح أبو زرعة وقفه على أبي هريرة. انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/ ١٨٦.

(٣) البدائع، الكاساني: ٤/ ١٧٤ الإجماع، النيسابوري، ص ١٠١.

كل أحد عمل ذلك فلا بد من الإجارة ، بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق ، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع كما قال ابن قدامة في المغني[1] .

ثانياً: الالتزام بتسليم العين المؤجرة:

اتفق الفقهاء على أن عقد الإيجار إذا تم ترتب عليه التزامات ، منها أن المؤجر يلتزم بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر ، فلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور ، أياً كانت الأسباب ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر أو كانت سبباً أجنبياً فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه ، لأن تحقيق الغاية فعلاً ـ وهي تمكين المستأجر من الانتفاع ـ هو المعتد به في هذا الالتزام[2] .

كما يلتزم المؤجر شرعاً بتسليم الشيء المؤجر خالياً من حوائجه الخاصة وأمتعته الشخصية ويجبر على تخلية البيت مثلاً ، ليسلم إلى المستأجر ، ويستطيع الانتفاع به حسب الاتفاق بين الطرفين ، أو بما أعد له الشيء المؤجر ، وما يتعارف الناس عليه في الانتفاع بمثل العين المأجورة ، وأن تبقى العين المأجورة في يد المستأجر طوال مدة الإيجار[3] . وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المواد (٥٢٣ ، ٥٨٢ ، ٥٨٣) ، وذكره المرحوم قدري باشا في مرشد الحيران في المادتين (٥٦٨ ، ٦٢٤).

ومن تطبيقات ذلك أن الأجرة لا تلزم للمؤجر إلا من وقت تسليم المأجور ، فليس للمؤجر المطالبة بأجرة مدة مضت قبل التسليم وإن انقضت

---

(١) المغني ، ابن قدامة: ٥/ ٢٦١.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٧. المهذب ، الشيرازي: ١/ ٤٠٠. المغني ، ابن قدامة: ٥/٢٦٨. انظر: نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٢٣٩. مصادر الحق ، السنهوري: ٦/ ١٤٢.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٧. المهذب ، الشيرازي: ١/ ٤٠١. الكافي ، ابن قدامة: ٢/ ٣٢٠.

مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق المؤجر شيئاً من الأجرة ، المادة (٤٧٧) من المجلة.

ونصت المادة (٤٧٨) على أنه: «لو فات الانتفاع بالمأجور كلية سقطت الأجرة ، مثلاً: لو احتاج الحمام إلى الترميم وتعطل في أثناء ترميمه ، تسقط حصته تلك المدة من الأجرة ، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت ، ويسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر من بيت الرحى بغير الطحن فليزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة».

ويشمل التسليم توابع العين المؤجرة التي لا يتحقق الانتفاع المطلوب إلا بها حسب العرف. ويترتب على أن التسليم تمكين من الانتفاع أن ما يعرض أثناء مدة الإجارة مما يمنع الانتفاع بغير فعل المستأجر يكون على المؤجر إصلاحه كعمارة الدار ، وإزالة كل ما يخل بالسكن كانسداد مجاري المياه ، وتعطل الأدوات الصحية للماء وانقطاع تيار الكهرباء.

وبناء على ذلك يجب على المؤجر تسليم مفتاح الدار للمستأجر وتطيين السطح وإصلاح المنكسر ، فإن امتنع المؤجر عن فعل ذلك فللمستأجر الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه ، وذلك لتضرره بنقص المنفعة[1].

ويلتزم المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة بمجرد العقد أي الإيجاب والقبول ، دون توقف على إرادة العاقد ، وتحقيق هذا الأثر منوط بإرادة الشرع ، فالعقود جعلية شرعية[2].

وفي إجارة العمل يكون الأجير هو المؤجر لخدماته ، وقيام الأجير بالعمل هو التزامه بالتسليم ، فإن كان العمل يجري في عين تُسَلم للأجير ـ وهو أجير مشترك ـ كان عليه تسليم المأجور فيه بعد قيامه بالعمل. وإن

---

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٩. المهذب: ١/٤٠١. إعانة الطالبين: ٣/١٩٨. مغني المحتاج: ٢/٤٦٨. الروض المربع ، ص ٣٥٢.

(٢) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٢٣٨.

كان العمل لا يجري في عين تسلم للأجير فإن مجرد قيامه بالعمل المطلوب يُعتبر تسليماً ، كالطبيب والسمسار.

وإن كان الأجير خاصاً كان تسليم نفسه للعمل في محل المستأجر تسليماً مُعتبراً.

موقف القانون:

تنص المادة (٥٦٤) مدني مصري والمادة (٥٣٢) من القانون المدني السوري على ما يلي:

«يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة ، وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين».

ويتفرع عن هذا الالتزام أن يقوم المؤجر بتهيئة الشيء المؤجر بشكل كامل لتحقيق هذا الغرض ، وأن يقوم بالإصلاح والترميم الذي يستلزم تحقيق المنفعة.

ويجوز للطرفين أن يتفقا على شروط معينة زيادة في الالتزام أو نقصاً كأن يطلب المستأجر مثلاً تركيب مدخنة ، أو بناء جدار معين ، أو إضافة مغاسل ، أو تركيب جهاز خاص في البيت ، أو يطلب المؤجر رفع بعض الأشياء الخاصة في البيت والمطبخ والحمام ، أو عدم القيام بإضافة أجهزة لازمة ، أو الاكتفاء بتسليم الشيء المؤجر على الحالة التي هو عليها وقت العقد[1].

وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أحكام تسليم الشيء المؤجر.

جزاء الإخلال بتسليم الشيء المؤجر:

إذا امتنع المؤجر عن تسليم الشيء المؤجر إلى المستأجر دون عذر

---

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٥٤٧.

فيحق للمستأجر طلب التنفيذ الجبري للعقد ، كما يحق له طلب فسخ الإيجار ، والامتناع عن دفع الأجرة أو المطالبة باستردادها إذا كان قد دفعها ، وتطبق الأحكام السابقة إذا هلك الشيء المؤجر وفات الانتفاع بالمأجور بالكلية فتسقط الأجرة ، وإن هلك أثناء مدة الإيجار فتسقط حصة الأجرة عن المدة الباقية ، وإن هلك بعض المأجور كبيت من دار فيحق للمستأجر أن ينقص الأجرة بمقدار المأجور ، كما يثبت له حق فسخ الإجارة ، وإن سلمه المأجور ناقصاً كدار ولم يسلمه حجرة منها سقط مقدار حصة تلك الحجرة ، ويخير المستأجر في الباقي[1].

الوضع القانوني:

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في جزاء الإخلال بتسليم الشيء المؤجر في حالة صالحة للانتفاع ، فجاء في المادة (٥٦٥) مدني مصري يقابلها المادة (٥٣٣) مدني سوري:

١ ـ إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله ، أو إذا نقص الانتفاع نقصاً كبيراً ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع ، مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتضى.

٢ ـ فإذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له أن تنازل عن هذا الحق.

* * *

---

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٨. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٨٣. المهذب ، الشيرازي: ١/٤٠٥. الكافي ، ابن قدامة: ٢/٣١٥.

المبحث الخامس
التزام المؤجر بضمان التعرض وبضمان العيب

أولاً: التزام المؤجر بضمان التعرض:

يلتزم المؤجر في عقد الإيجار بالامتناع عن التعرض للمستأجر في منافع الشيء المؤجر، ويشمل هذا الالتزام التعرض الشخصي من المؤجر ومنع تعرض الغير للمستأجر.

والمقصود **بضمان التعرض**: هو ما يُعَكِّر على المستأجر حيازته وانتفاعه، سواء كان يهدد بنزع العين المؤجرة كلها أم بعضها من تحت يده، أو يترتب عليه فقط مجرد فوات الانتفاع المقصود أو نقصه. والمؤجر يجب أن يحمي المستأجر ضد كل تعرض من هذا القبيل، فإذا لم يستطع منع التعرض وترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر، كان لهذا الأخير أن يرجع على المؤجر مطالباً بالفسخ أو إنقاص الأجرة على حسب الأحوال، وأن يقتضي منه فضلاً على ذلك التعويض اللازم[1].

وهذا المبدأ متفق عليه بين الفقه والقانون:

فالفقه الإسلامي يقرر أن المؤجر يضمن للمستأجر عدم التعرض في المدة المعينة في العقد، فلا يتعرض له في استيفاء المنفعة، ولا يحق له أن يحدث في العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة

---

(١) التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق، علي إبراهيم الجاسم، ص ٦٢. انظر: نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٦٣.

المعقود عليها ، سواء حصل التعرض من نفس المؤجر أم من أتباعه كالأولاد والزوجة والخادم أو من غيرهم[1].

جاء في مرشد الحيران المادة (٦٣٢) أنه: «إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر ، ثم عرض له ونزع منها بيتاً من بيوتها ، رفع عن المستأجر من الأجرة بقدر حصته ، وكذلك إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتاً من بيوت الدار المستأجرة فإن حصته تسقط من الأجرة المسماة».

وجاء في المبسوط للسرخسي أنه: «ليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار المستأجرة بعد ما سكن المستأجر فيها ، ويضمن المؤجر ما أعطبته لكونه متعدياً في التسبب»[2].

وجاء أيضاً أنه: «إذا استأجر شخص داراً شهراً، فأقام معه صاحب الدار فيها إلى آخر الشهر ، فقال المستأجر: لا أعطيك الأجر لأنك لم تخل بيني وبين الدار، فإن عليه من الأجر بحساب ما كان في يده، لأنه استوفى بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذي فيه فيلزمه الأجرة بقدره أي الجزء»[3].

ومن هذه التطبيقات للمذهب الحنفي يتبين أنه إذا تعدى شخص على المستأجر ومنعه من الانتفاع بالدار كلاً أو بعضاً ، فلا يخلو إما أن يكون مالكاً أو غير مالك. فإن كان مالكاً أجبره الحاكم على تسليم المنفعة للمستأجر ، فإن كان قد هدم منه شيئاً أو أحدث به عيباً يفوت النفع المقصود ، كان المستأجر بالخيار بين فسخ العقد وبين السكن في الباقي بما يقابله من الأجرة وإن كان قد هدمه كله بطلت الإجارة.

موقف القانون:

نصت المادة (٥٧١) من القانون المدني المصري ، ويقابلها المادة

---

(١) مرشد الحيران ، المادة (٦٣١). القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٨٣. المهذب ، الشيرازي: ١/ ٤٠٦. الكافي ، ابن قدامة ٢/ ٣١٧.

(٢) المبسوط ، السرخسي: ١٥/ ١٤٩.

(٣) المرجع السابق: ١٥/ ١٥٢.

(٥٣٩) من القانون المدني السوري على ضمان المؤجر للتعرض للمستأجر ، فقالت:

١ ـ على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يُخِل بهذا الانتفاع.

٢ ـ ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر.

وهذا يتفق تماماً مع ما سبق من قول الفقهاء في أحكام التعرض الشخصي وخاصة المذهب الحنفي.

الجزاء المترتب على تعرض المؤجر:

في حال تعرض المؤجر للمستأجر أو غيره ، يحق للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ أو إنقاص الأجرة.

ويتم التنفيذ العيني بأن يطلب المستأجر من المحكمة إجبار المؤجر على الامتناع عن التعرض بإيقاف العمل ومنعه في المستقبل...

ويحق للمستأجر طلب فسخ الإيجار بسبب التعرض إذ كان الإخلال جسيماً ، وأن الانتفاع بالعين المؤجرة تعرض لنقص كبير...

ويحق للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة بمقدار ما أصابه من نقص الانتفاع بالعين بسبب التعرض ، ويسري نقص الأجرة من وقت وقوع الخلل في الانتفاع ، كتعطيل المصعد ، أو قطع الإنارة...

ويحق للمستأجر أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر في الحالات الثلاث السابقة ، وتطبق قواعد المسؤولية العقدية من إنذار المؤجر ، وتقدير الأضرار التي لحقت المستأجر ، والمنافع والمكاسب التي فاتته ، ومراعاة الاتفاق على تعديل أحكام الضمان[1].

---

(١) بتصرف عن العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٥٦٧ ، ٥٦٨. انظر: =

وبذلك يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في الجزاء المترتب على تعرض المستأجر ، وقد نص الفقهاء على الجزاء السابق إلا التعويض وهذا ما بينته المادة (٦٣٢) من مرشد الحيران السابقة الذكر.

ضمان المؤجر للتعرض من الغير:

نصت المادة السابقة من القانون المدني في الفقرة الثانية أن: «ضمان المؤجر لا يقتصر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر ، أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر».

وفي الفقه الإسلامي إذ قام المؤجر بتأجير العين المؤجرة مرة ثانية فإنه يتحمل مسؤولية عمله للمستأجر، ولا تنعقد الإجارة الثانية، ولا تعتبر شرعاً ويقدم المستأجر الأول، كما عرض الفقهاء صورة للتعرض المادي من الغير بأن غصبت الدار المستأجرة مثلاً من المستأجر ، وتعذر عليه الانتفاع بها ، ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب، فهنا تسقط الأجرة عن المستأجر ، ولو وقع الغصب في بعض المدة سقطت الأجرة بقدره. وهذا ما بينته المادة (٦٣٣) من مرشد الحيران والمادة (٥٨٩) من المجلة العدلية[1].

ثانياً: التزام المؤجر بضمان العيب:

اتفق الفقهاء على أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب في مدة عقد الإجارة ، وكان هذا العيب يُخِل بالانتفاع بالمعقود عليه ، ويُفوِّت المقصود بالعقد مع بقاء العين ، كانجراح ظهر الدابة المعينة المؤجرة للركوب وانهدام الحائط في الدار. . . فإن ذلك يؤثر على العقد ويجعله غير لازم بالنسبة لمن أضر به وجود العيب.

فلو اشترى شيئاً فآجره ، ثم اطلع على عيب به يكون له أن يفسخ

= البدائع ، الكاساني: ٤/١٧٩. عقد الإيجار ، البدراوي ، ص ٦٥.

(١) البدائع ، الكاساني: ٤/١٧٩. انظر: العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٥٧١. عقد الإيجار ، البدراوي ، ص ٦٦.

الإجارة ، ويرد المبيع ، فحق الرد بالعيب يكون عذراً يخوِّل له فسخ الإجارة وإن سبق له الرضا بالعيب لأن المنافع تتجدد بخلاف البيع[1].

وقال أبو يوسف: إن أصاب إبل المؤجر مرض فله أن يفسخ إذا كان الإبل مستأجرة بعينها[2].

وفي المهذب: «إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع ، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وللمستأجر أن يرد بما يحدث في يد البائع من عيب كالمبيع»[3].

أما إذا كان العيب لا يفوت المنافع المقصودة من العقد كانهدام بعض محال الحجرات ، بحيث لا يدخل الدار بَـرْد ولا مطر ، وكانقطاع ذيل الدابة ، وكانقطاع الماء عن الأرض مع إمكان الزرع دون ماء ، فإن ذلك وأمثاله لا يكون مقتضياً الفسخ. والعبرة فيما يستوجب الفسخ أو عدمه من العيوب بقول أهل الخبرة[4].

فإذا عاد الشيء المؤجر صحيحاً في مدة الإيجار، هل يعود عقد الإجارة؟.

ذهب المالكية والحنفية إلى أن ذلك لا يمنع استمرار الفسخ ، فقد سئل الإمام مالك عن الدابة إذا مرضت في السفر ثم صحت هل ترجع الإجارة أو لا؟. فأجاب بعدم رجوعها[5].

أما الشافعية والحنابلة فإن عود المؤجر صحيحاً في مدة الإيجار لا يؤثر

---

(١) عمدة الفقه ، ابن قدامة: ١/ ٦١. فتاوى ابن تيمية: ٣٠/ ١٦١. حاشية الدسوقي: ٤/ ٣١. البدائع ، الكاساني: ٤/ ١٩٩. المهذب ، الشيرازي: ١/ ٤٠٥.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٤/ ١٩٩.

(٣) المهذب ، الشيرازي: ١/ ٤٠٥.

(٤) المجلة العدلية: ١/ ٩٧. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٤٨٢. انظر: الموسوعة الكويتية: ١/ ٢٧٥.

(٥) حاشية الدسوقي: ٤/ ٣٢. بداية المبتدي ، المرغيناني ، ص ١٩٢.

على عقد الإجارة ، وبذلك يسقط خيار الفسخ للمستأجر[1].

موقف القانون:

تضمنت المادة (٥٧٦) مدني مصري الفقرة الأولى منها ويقابلها المادة (٥٤٤) مدني سوري الفقرة الأولى منها الكلام على ضمان المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب ، إلا ما جرى العرف على التسامح به ، كما يضمن خلو العين من الصفات التي تعهد المؤجر صراحة بتوافرها ، أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع ، وبذلك جمع القانون في هذه المادة بين العيوب الخفية وبين فوات الأوصاف التي تم الاتفاق صراحة على توافرها في العين المؤجرة.

ونصت المادة (٥٧٧) مدني مصري ويقابلها المادة (٥٤٥) مدني سوري على الجزاء القانوني الذي يترتب على توافر العيوب الخفية في العين المؤجرة ، وهو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة أو التنفيذ العيني بإصلاح العيب، ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على حق المستأجر بالتعويض ما لم يثبت المؤجر جهله بوجود العيب ، أو فوات الوصف ، ويستمر حق المستأجر بدعوى ضمان العيب وفوات الوصف مدة خمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، بخلاف دعوى ضمان العيب في المبيع فإنها تسقط بمضي سنة واحدة من تسليم المبيع للنص صراحة عليها.

وإن ضمان العيب الخفي أو فوات الوصف في القانون يتفق في الجملة مع الفقه الإسلامي ، ولذلك نصت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري على ذلك باختصار فقالت: «وهي وإن كانت مأخوذة من نصوص بعض التقنينات الأجنبية ، إلا أنها تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية»[2].

* * *

---

(١) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٤٨٢. الكافي ، ابن قدامة: ٢/ ٣١٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ٤/ ٥٢٠. العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٥٧٦ وما بعدها.