



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

رئاسة جامعة بابل

عمادة كلية القانون

فرع القانون الخاص

آثار تغير المبيع

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

من الطالبة

عاليه حسن علي ضايف

بإشراف

أ.م.د. أيناكس مكي عبد نصار

أستاذ القانون المدني المساعد

2023م

1444هـ

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Babylon
college of Law



**Triggered sales change
(comparative study)**

**A Dissertation Submitted to the Council of the College of
Law / University of Babylon**

**A part of the Requirements for Obtaining a Master's Degree
in law / Private Law**

**by the student
Alua Hassan Ali Daif,**

**Under the supervision of
Enas Makki Abde Nassar,
Professor of Civil Law**

1444 A.H

2023 A.D

Summary

The changes that affect the sold item in the sales contract are many and varied, outweighing other changes that affect the constituent elements of the contract, as they transfer it from its original form that the buyer was satisfied with when concluding the contract to another form that misses the buyer's interest and purpose in concluding the sale contract and obtaining the thing sold. The sold is a defect that is discovered after delivery and affects the value of the sold or a benefit. The change may occur by missing a desirable description of the sold or a description that the purchaser stipulated to be present in the sold according to his personal need for the use of the sold, and the sold comes after that contrary to what the buyer stipulated. In the amount of the sold item that the two contracting parties agreed upon in the sale contract, as the seller should deliver the sold item in the amount agreed upon in the contract, after that the buyer finds that the amount of the thing sold is more or less than what was agreed upon with the seller, as the change may occur with loss and it may be This total loss leads to the disappearance of the sold item, or partial The effect of these loss affecting part of the parts of the sale changes differs according to the difference in their division, some of which are related to the time of change, and accordingly the judgment differs in it based on what is among Including what is the variables before or after the delivery related to the effect of the cause of the change, so a difference in the ruling is made between whether it is because of the seller, or because of the buyer, or because of a person who is foreign to the contract, or because of force majeure .

الإهداء

" إلى منقذ البشرية من الظلم والطغيان.... إلى من تترقبه القلوب والأبصار.... إلى من نحيا بأمنه وحفظه إلى

مقام مولاي صاحب العصر والزمان الامام الحجة المهدي المنتظر عجل الله فرجه الشريف " .

إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي ... إلى من أقتدي به طوال عمري هو راحتي وامني وأماني وسندي إلى أعظم وأعز رجل في الكون ... أبي الغالي .

إلى من علمتني الصبر والوفاء الى من وجودها يعني الحياة إلى أروع امرأة في الوجود أُمي الحبيبة.

إلى من شاطروني اوقات الشدة والرخاء وشاركوني في السراء والضراءإخوتي (رؤى - زيد- غدير) .

إلى شريك الحياة ورفيق الدرب والساند الداعم زوجي العزيز.

إلى روعي ونبضي وسر فرحتي أبنني الحبيب .

إلى من ارشدني الى الصواب وجنبني الخطأ.... أساتذتي الاعزاء .

إلى بلدي الجريح .

أهدي بحثي المتواضع

الباحثة

شكر وامتنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين "ربي اوزعني ان اشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي ، وأن اعمل صالحا ترضاه، وادخلني في عبادك الصالحين".

يسرني في هذا المقام وانا أنهي رسالتي ان أتوجه بخالص شكري وببالغ تقديرني الى الصرح الكبير ينبوع العلم والمعرفة الى جامعة بابل _ كلية القانون، ولا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بتحية الحب والامتنان محاطة بالورود الى جميع اساتذتي في كلية القانون الذين ساعدوني في إتمام رسالتي وتشرفت بكوني تلمذت على أيديهم طوال مرحلة الماجستير، وأخص بالذكر استاذتي ومعلمتي (د. ايناس مكي عبد نصار) التي أبدت موافقتها على الإشراف على هذه الرسالة والتي كانت لملاحظاتها الأثر البالغ في اظهارها بالصورة المثلى، جزاها الله خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر والتقدير وخالص الامتنان الى الدكتور (خير الدين كاظم عبيد) الذي كان له الأثر الكبير في تطوير مهاراتي وقدراتي على كتابة الرسالة لا املك سوى الدعاء له بالسداد والموفقية. كما اتوجه بخالص شكري وببالغ تقديرني الى أساتذتي الافاضل الذين كان لهم الفضل الكبير علي واخص منهم (د. عبد الأمير جفات كروان) وأيضا (د. عباس حسين فياض) . كما أتوجه بالشكر والثناء لكل من عانى معي مشقة البحث وساعدني طوال خطة الرسالة وفي كل الأوقات زملائي وزميلاتي في كلية القانون /جامعة بابل، وكل من ساعدني من الأهل والأصدقاء.

وفي الختام أتوجه بعبارات الثناء والتقدير الى جميع العاملين في المكتبات القانونية لاسيما موظفي مكتبة كلية القانون في جامعة بابل ومعهد العلمين للدراسات العليا والعاملين في مكتبات العتبات المقدسة.

الملخص

إن التغيرات التي تطال المبيع في عقد البيع كثيرة ومتنوعة أذ تنقله من صورته الأصلية التي رضى بها المتعاقدان عند أبرام العقد الى صورة أخرى تفوت عليه مصلحة المشتري وغرضه من أبرام عقد البيع والحصول على المبيع ، فقد يطرأ على المبيع عيب يكتشفه بعد التسليم ويكون مؤثراً في قيمة المبيع او منفعة ، قد يحصل التغير بفوات وصف مرغوب فيه بالمبيع أو وصف اشترط المشتري وجوده في المبيع بحسب حاجته الشخصية من الإنتفاع بالمبيع ،ويأتي المبيع بعد ذلك على خلاف ما اشترطه المشتري ، كما يمكن أن يحصل التغير في مقدار المبيع الذي اتفق عليه المتعاقدين في عقد البيع ، اذ ينبغي على البائع أن يسلم المبيع بالقدر المتفق عليه في العقد ، كما قد يحصل التغير بالهلاك ومن الممكن أن يكون هذا الهلاك كلياً فيؤدي الى زوال المبيع ،أو هلاك جزئياً يؤثر على جزء من أجزاء المبيع .

وتختلف آثار هذه التغيرات تبعاً لأختلاف تقسيمها، فمنها ما ترتبط آثاره بزمان التغير، وعليه يختلف الحكم فيه بناءً على ما هو من التغيرات قبل التسليم أو بعده.

ومنها ما يتعلق أثره بالمتسبب بالتغير فيفرق في الحكم بين ما إذا كان بسبب البائع، أو بسبب المشتري ،أو بسبب شخص اجنبي عن العقد، أو بسبب قوه قاهرة.

ويكون الاعتبار في النهاية هي لما كان من التغيرات كبيراً ومؤثراً في المبيع، ويتجاوز عن التغيرات البسيطة التي تحصل في المبيع وهي غير مؤثره، إذ يحكم العرف بعدم اعتبارها لعدم تأثيرها على المبيع، وذلك ببيان صور تلك التغيرات وأقسامها، والوصول الى معرفة آثارها على العقد، و كيفية التعامل معها في تحقيق مصلحة طرفي العقد وفق مقاصد الشريعة والقوانين الوضعية .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية الكريمة	
الاهداء	أ
شكر وأمتنان	ب
الملخص	ت
المحتويات	ث-ج
المقدمة	٤-١
الفصل الأول : ماهية تغير المبيع	٥٦-٥
المبحث الأول: مفهوم تغير المبيع	٢٥-٥
المطلب الأول : تحديد معنى تغير المبيع	١٧-٦
الفرع الأول: تعريف تغير المبيع لغة وأصطلاحاً	١٢-٦
الفرع الثاني: تمييز تغير المبيع عما يشبهه به من حالات	١٧-١٢
المطلب الثاني : وقت حدوث التغير المبيع	٢٥-١٧
الفرع الأول : التغير الحادث في المبيع قبل التسليم	٢٢-١٨
الفرع الثاني :التغير الحادث في المبيع بعد التسليم	٢٥-٢٢
المبحث الثاني :صور تغير المبيع	٥٦-٢٦
المطلب الاول : التغير بالتعيب وفوات الوصف	٤٣-٢٦
الفرع الأول : تغير المبيع بالعيب	٣٥-٢٧
الفرع الثاني : تغير المبيع بفوات الوصف	٤٣-٣٥
المطلب الثاني :تغير مقدار المبيع وتغير المبيع بالهلاك	٥٦-٤٣
الفرع الأول :تغير مقدار المبيع	٥٠-٤٣
الفرع الثاني :تغير المبيع بالهلاك	٥٦-٥١
الفصل الثاني : أحكام تغير المبيع	١٠٤-٥٧
المبحث الأول : حكم تغير المبيع بالعيب وفوات الوصف	٨٠-٥٧
المطلب الأول : حكم تغير المبيع بالعيب	٦٦-٥٨
الفرع الأول : حكم تغير المبيع بالعيب في الفقه الإسلامي	٦١-٥٨
الفرع الثاني :حكم تغير المبيع بالعيب في القانون	٦٦-٦١
المطلب الثاني : حكم تغير المبيع بفوات الوصف	٨٠-٦٦
الفرع الأول : حكم تغير المبيع بفوات الوصف في الفقه الإسلامي	٧١-٦٧
الفرع الثاني :حكم تغير المبيع بفوات الوصف في القانون	٨٠-٧١
المبحث الثاني : حكم تغير مقدار المبيع وتغير المبيع بالهلاك	١٠٤-٨٠
المطلب الاول : حكم تغير مقدار المبيع	٩٠-٨٠
الفرع الأول : حكم تغير مقدار المبيع في الفقه الإسلامي	٨٥-٨١
الفرع الثاني : حكم تغير مقدار المبيع في القانون	٩٠-٨٥

١٠٤-٩٠	المطلب الثاني :حكم تغيّر المبيع بالهلاك
٩٨-٩١	الفرع الأول : حكم تغيّر المبيع بالهلاك في الفقه الإسلامي
١٠٤-٩٨	الفرع الثاني : حكم تغيّر المبيع بالهلاك في القانون
١٠٦-١٠٥	الخاتمة
١١٨-١٠٧	المصادر

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

إِيا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِيمَةً الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى
عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ
إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

[سورة المائدة: آية ١]

مقدمة

أن محل عقد البيع الذي يثبت فيه أثر البيع وحكمه، والذي يتكون من جزأين : المبيع والثمن، ويترتب على هذا الركن مع غيره من أركان العقد ، آثار الالتزام بين أطراف العقد من نقل الملكية ، و التسليم وانتقال الضمان، وغيرها، أذ أن هنالك مجموعة من التغيرات والتحويلات التي تطرأ على المبيع فتسبب في إلحاق الضرر بأحد أطراف العقد، وتفتت المصلحة عليه .

أن التغيرات التي تنال المبيع قد تكون هلاكاً يلحق بالمبيع أو عيباً يلحق به أو وصفاً يتخلف عنه وقد يكون نقصاً أو زيادة يتعرض لها .

أولاً : جوهر فكرة البحث

أن البحث يدور حول فكرة جوهرية مفادها أن المشتري عندما يقدم على إبرام عقد البيع فإنه يهدف إلى أشباع حاجته وهذا الأمر لا يتم إلا بحصوله على مبيع سليم خال من أي تغير يحقق الأهداف التي يبتغيها ، فإذا ما تغير انعكس تأثير هذا التغير على حقوق والتزامات أطراف العقد ، لذا فإن تدخل القانون يصبح لازماً ومن ثم تفعيل الحماية التي تكفل بها، وتدخل القانون هنا يكون بطريق تحديد صاحب الحق أو تحديد الملتزم تبعاً لنوع التغير سواء كان بالعيب أو فوات الوصف أو الهلاك أو نقص وزيادة مقدار المبيع ، ولما كان التغير هو السبب ، فإنه يلزم تحديد معناه وتمييزه مما يشته به ، وعدم الإغفال عن انواعة وأشكاله ، وإن كان هذا الموضوع فإن الإحاطة به لم تكن إلا بقصد بلورة التمهيد لترتيب الآثار القانونية عليه .

ثانياً : أهمية البحث

يمثل عقد البيع أساس النشاط الاقتصادي في سوق التعامل بين الناس ، ويحتاج هذا العقد الذي تنبثق عنه العقود الأخرى ، وتعتمد عليه أكثر التعاملات إلى مزيد من الاهتمام بأحكامه، وتوضيح متعلقاته ، إذ يعالج هذا البحث مسألة التغير الذي يحدث للمبيع والأحكام المترتبة عليه، ببيان مصطلح التغير وأبعاده الواسعة ، وأنواعه المختلفة ، وما يؤثر منها على العقد وما لا يؤثر عليه وتحديد ضوابط ذلك ، في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

ويمكن أرجاع أهمية الدراسة كوننا سنعالج تغير المبيع لأعتبارات من أبرزها أشتغال التقنيات الوضعية على تطبيقات كثيرة لتغير المبيع ، ويمثل هذا في الواقع انعكاساً طبيعياً لحقيقة تغير المبيع ، إذ أن هذا الموضوع وأن نال القسط الكافي من الاهتمام والبحث بصورة شاملة وإن كانت هنالك محاولات إلا أنها قاصرة على تناول بعض صور التغير بشكل غير

مباشر دون تحديد لمعنى التغير ، كما أن تلك المحاولات لم تعبأ بترتيب آثاره ، وأذن فهو بحاجة إلى دراسة أختصاص شاملة متأنية.

ثالثاً : نطاق البحث ومنهجيته

سنخصص موضوع هذا البحث عن آثار التغير الحاصلة في المبيع المتمثلة بالتغيرات المادية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل الانسان ، وهذا التغير قد يكون كلياً أو جزئياً، ومن ثم لا يدخل في نطاق البحث حالة التغير القانوني الذي يحدث للمبيع ، ويتحقق التغير المادي عندما يخل البائع بتسليم مبيع يتضمن التغيرات سواء حصل ذلك التغير نتيجة لوجود عيب في المبيع ، أو فوات وصف مرغوب فيه أو وصف مشروط، أو وجود زيادة ونقص في مقدار البيع ، أو حالة هلاك المبيع كلياً أو جزئياً.

مما سبق يتحدد نطاق البحث بحالة تغير المبيع قبل التسليم أو بعده ، فمن هو الطرف الذي يتحمل تبعه ذلك التغير ؟ هل هو المشتري أم البائع الذي يقع عليه الالتزام بالتسليم ؟ .

ومن أجل الوصول إلى أهداف البحث سوف نعتمد في هذه الدراسة ، (المنهج التحليلي) عند تحليل الأدلة من أقوال الفقهاء ، وتحليل القواعد القانونية الخاصة بمفهوم تغير المبيع وطبيعته وصوره وبيان الآثار المترتبة عليه .

كما سنستخدم (المنهج المقارن) من خلال المقارنة بين أقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية المتمثلة بالمذهب الجعفري والمذهب الحنفي والمذهب الشافعي والمذهب المالكي والمذهب الظاهري، كما جرت المقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري والقانون الأردني والقانون الفرنسي .

رابعاً : أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة إلى عدة أمور منها ، بيان مفهوم التغير بتحديد معناه، وصوره، وأقسامه، وتميزه عما يشته به من حالات ، وتناول التغيرات التي تنال المبيع ، وتوضيح آثارها على أطراف العقد .

كما نسعى إلى التأصيل لموضوع التغير من الناحية الفقهية ، وأيضاً في القوانين الوضعية، وتناول بعض صور التطبيقات المعاصرة للتغير في المبيع، والوقوف على الآثار والأحكام المترتبة على العقد نتيجة التغير الحادث على المبيع.

خامساً : أشكالية البحث

تشير في هذه الدراسة مشكلة بالتطبيق والأحكام غير المتطابقة ، أذ نسعى إلى وضع نظرية عامة للتغير، حيث أن المشرع لم يتناول تغير المبيع وأحكامه بشكل واضح بمادة صريحة في القانون المدني بل جاءت أحكامه متناثرة ، فلا بد من الدراسة والتعمق في فكرة تغير المبيع وبيان معناها وأثارها .

ومن ثم التوصل إلى بيان الضوابط التي تحكم التغيرات التي تطرأ على المبيع ، وأهم الآثار المترتبة على الالتزام بالعقد فيما إذا حدث تغير في المبيع ، وكيف عالج الفقهاء والقانون الوضعي هذا التغير بما يكفل مصلحة طرفي العقد .

ومن أجل الوصول إلى غايات عديدة منها تحديد مفهوم تغير المبيع بعد أن لا يسته الاختلافات والاجتهادات ، وحيث أن المفهوم ينسب على معنى تغير المبيع وعلى غيره من الجوانب فإن المعنى وحدة قد أثار نقاط عديدة من أبرزها ، معرفة ما إذا كان التغير يحصل في المال فقط ام بالشيء .

ولما كان تحديد معنى تغير المبيع أو منع دخول غيره تحت مظلته يستلزم تمييز الأوضاع الأخرى التي قد تختلط أو تشبه بتغير المبيع ، فلا بد من سوق هذه الأوضاع ووضع خط فاصل بينه وبينها من دون أغفال لما قد يجمعها من نقاط الالتقاء.

وإذا أستطعنا تحديد معنى تغير المبيع والمتسبب فيه وأقسامه ، وفك التداخل بينه وبين الأوضاع الأخرى التي قد تختلط فيه ، أمكننا أن نلتمس آثاره حسب كل صورة من صور التغير المتمثلة بالتغير في مقدار المبيع والتغير بالعيب وفوات الوصف والهلاك .

سادساً: خطة البحث

من أجل الوصول إلى غاية البحث سنقسمه على فصلين ، نتحدث في الفصل الأول عن ماهية تغير المبيع وهو بدوره ينقسم على مبحثين يتضمن المبحث الأول : مفهوم تغير المبيع وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين ، المطلب الأول : تحديد معنى تغير المبيع ، أما المطلب الثاني : اقسام التغير الحاصلة في المبيع ، والمبحث الثاني فيتضمن : صور تغير

المبيع، وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، المطلب الأول :تغيّر المبيع بالعيب وفوات الوصف ، أما المطلب الثاني : تغيّر المبيع بالهلاك والتغيّر في مقداره.

أما الفصل الثاني سنتحدث فيه عن أحكام تغيّر المبيع ، وهو بدوره ينقسم على مبحثين يتضمن المبحث الأول : حكم تغيّر المبيع بالعيب وفوات الوصف ، وتم تقسيمه على مطلبين ، المطلب الأول : حكم تغيّر المبيع بالعيب ، أما المطلب الثاني : حكم تغيّر المبيع بفوات الوصف ، والمبحث الثاني يتضمن : حكم التغيّر في مقداره والتغيّر بالهلاك، وتم تقسيمه على مطلبين ، المطلب الأول : حكم التغيّر في مقدار المبيع، أما المطلب الثاني : حكم تغيّر المبيع بالهلاك.

الفصل الأول

ماهية تغير المبيع

يقوم عقد البيع على أساس تبادل العوضين ، فلا بد لكل طرف أن يكون على بينه وعلم مما يأخذ ويعطي علماً كافياً نافياً للجهالة ، وعليه فإن البائع ملزم بأن يقدم مبيع مطابق وفقاً لما تم المتفق عليه في عقد البيع، فإذا لم يكن تقديم المبيع بتلك الصورة، عدّ البائع مخالفاً بالتزامه بتسليم المبيع المتفق عليه في العقد صراحةً أو ضمناً ، وتحققت مسؤولية البائع عن تسليم مبيع متغير .

لذلك في حالة حدوث تغير يطرء على المبيع يؤدي إلى خلق مشكلة وحالة تترتب عليها أحكام معينة، فقد يكون هنالك زيادة أو نقصان في المبيع، أو أن وصف قد اشترطه المشتري في المبيع وتختلف ذلك الوصف، أو قد يكون ذلك المبيع معيباً ، أو انه قد هلك بين مرحلة إبرام العقد وقبل التسليم أو قد يكون هلك بعد التسليم ، أذ أن هدف المشتري من عقد البيع هو الحصول على منفعة الشيء الذي يريد شراؤه ، ومن أجل تحقق هذا الهدف فإن البائع يلتزم بتسليم مبيع سليم دون أي تغير من أجل الانتفاع به .

أن التغير الذي قد يحصل في المبيع يكون متفاوتاً فهناك تغير له تأثيراً كبيراً على المبيع ويذهب ذات المبيع ومنفعته ، أما البعض الآخر من التغير قد لا يؤثر على المبيع بشيء أو أن هذا التأثير يكون قليلاً لا يعتد به.

اذ أن أي تغير في المبيع قد يؤدي إلى الأضرار بالمشتري ، ومن أجل تحديد ماهية تغير المبيع ، فإنه لا يكتمل إلا بتحديد مفهوم تغير المبيع ، من خلال بيان تعريف التغير اصطلاحاً وتعريفه في القوانين ، وتمييزه مما يشبهه به من حالات ، وبعد ذلك نبين صور التغير المتمثلة بالعيب وفوات الوصف وحالات الهلاك وتغير مقدار المبيع ، ولهذا سنعالج هذا الفصل في مبحثين نخصص أولهما لتحديد مفهوم تغير المبيع ، ونكرس ثانيهما لبيان صور تغير المبيع.

المبحث الأول

مفهوم تغير المبيع

يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع انتفاعاً تاماً متى توافرت فيه المنافع أو الخصائص أو الصفات التي تمكنه من استيفاء المنافع والتي تسمح باستعماله فيما اعد له وفقاً لقصد المتعاقدين ، أو طبيعة المبيع ، أو وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد ، فإذا خلا المبيع من الصفات المتفق عليها بين المتعاقدين أو ظهر به عيب انقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به ، فعندئذ يعد البائع غير منفذ لالتزامه بتسليم المبيع دون أي تغير ، وتترتب على ذلك مسؤوليته العقدية اذ أن المبيع قد تعرض للتغير ، وسبب هذا التغير قد يكون من نيجة لفعل البائع أو فعل المشتري أو بسبب شخص أجنبي ، وقد يكون التغير قد حصل بعد أن تم العقد وقبل أن يتم تسليم المبيع إلى

البائع ، وقد يحصل ذلك التغيّر بعد التسليم ، ومن أجل بيان بمفهوم تغيّر المبيع ، سوف نقوم بتقسيمه على مطلبين ، سنتناول في المطلب الأول : تحديد معنى تغيّر المبيع ، أما المطلب الثاني سيكون : اقسام التغيّر الحاصلة في المبيع .

المطلب الأول

تحديد معنى تغيّر المبيع

أن معنى تغيّر المبيع لا يتحدد على نحو دقيق ، إلا بالأحاطة بتعريف تغيّر المبيع ، حيث يلزم معالجة هذا التعريف من جانبين : الجانب الأول وهو جانب اللغة أما الجانب الثاني فهو جانب الاصطلاح في الفقه الاسلامي والفقه القانوني والقانون العراقي والقوانين المقارنة ، وكما أن تحديد معنى تغيّر المبيع أو منع دخول غيره تحت مضلته ، يستلزم تمييز الاوضاع الاخرى التي قد تشبه أو تختلط بتغيّر المبيع ، فلا بد من بيان هذه الاوضاع ورسم خط فاصل بينها وبين تغيّر المبيع ، ومن دون اغفال لما قد يجمعها من نقاط الالتقاء ، وعليه فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، يكون الفرع الأول : تعريف تغيّر المبيع لغة واصطلاحاً ، أما الفرع الثاني فسوف يكون لتمييز تغيّر المبيع عما يشبهه به من حالات .

الفرع الأول

تعريف تغيّر المبيع لغةً واصطلاحاً

أولاً : التغيّر في اللغة

مشتق من كلمة (غيّر) والجمع تغيّرات ، ومعناه في الأصل الاختلاف ، حيث نقول هذا الشيء غير ذاك ، أو هو سواء أو خلافه^(١) .

ويقال غيرت الشيء فتغيّر وتغايرت الأشياء أختلفت ، وتغيّر الشيء عن حالة وتحول ، وجاء في لسان العرب التغيّر وتغيّر الشيء عن حالة تحول وغيره حوله وبدله كأنه جعله غير ما كان^(٢) . وجاء في القرآن الكريم قوله تعالى : (ذلك بأن الله لم يك مغيراً نعمه انعمها على قوم حتى يغيروا ما بانفسهم)^(٣) ، وقالوا في تفسير هذه الآية حتى يبدلوا ما امرهم الله به^(٤) .

(١) ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، ج٣ ، ط١ ، دار الفكر ، ١٩٧٩ ، ص ٨١٨ .

(٢) ابن منظور ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ، لسان العرب ، المجلد الخامس ، بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٥٦ ، ص ٤٠ .

(٣) سورة الانفال ، الآية (٥٣) .

(٤) أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، بدون مكان وسنة طبع ، المكتبة العلمية ، ص ٤٥٩ .

وأسم التغيّر هو : الغير^(١)، وجاء من قولك غيرت الشيء فتغيّر ، وما ورد في حديث كره تغيير الشيب : أي نتفه ، فإن تغيّر لونه في حديث آخر قد أمر به^(٢)، فالتغيّر ، والتغيير تدور معانيها في اللغة حول التحويل والتبديل.

وعليه تغيّر الأمر : أي حوله ، وأيضا تغيّرت الأشياء ، أي اختلفت وغير الدهر : أحواله المتغيرة ، وجاء في حديث الاستسقاء من يكفر بالله يلق الغير ، أي تغيّر الحال ، وانتقالها من الصلاح إلى الفساد^(٣) .

ومن الألفاظ ذات الصلة بالتغيّر هو لفظ التحول، والتبدل والتنقل، أي تحول الشيء من حال إلى حال آخر أو التنقل من موضع إلى موضع آخر مثل تحول العين المغصوبة إلى شيء آخر له أسم خاص^(٤) ، وهذه الألفاظ تعطي معنى لكلا من التغيّر الايجابي والسلبي ، ذلك أن التغيّر قد يحصل بمؤثر خارجي أو لسبب من ذات المبيع وقد يكون هذا تغيّراً سلبياً أو إيجابياً ، فمن الامثلة على التغيّر الايجابي هو عندما يقوم شخص بصيغ داره ويغير من لونها وازالته عن حالة إلى حال مختلف افضل مما كان عليه ، أما التغيّر السلبي فمثلاً عندما يقوم شخصاً بهدم أحد جدران الدار ، هنا قد قام بتغيّره إلى وضع اقل مما كان عليه ، يمكن أن يكون التغيّر بالعيب ، ومعنى العيب يضم فقط التغيّر السلبي ، حيث أن التعيب هو حدوث ضرر يؤثر بشكل سلبي على المبيع ، وهذا يعني أن أن لفظ التغيّر هو لفظ اوسع واعم من لفظ التعيب الذي يدخل ضمن معنى التغيّر اذ أنه يتعلق بالجوانب السلبية للتغيّر^(٥) .

ثانياً : تغيّر المبيع اصطلاحاً

عرّف التغيّر بأنه انتقال الشيء من حالة إلى حالة أخرى على وجهين، احدهما لتغيّر صورة الشيء وذاته، إذا يقال أن شخص غير داره أي بناها على غير الذي كان عليها أما الثاني فهو لتبديله بغيره نحو غيرت غلامي ودابتي ابدلتها بغيرهما^(٦).

واطلق بعض الفقه قد اطلق على التغيّر معنى المقابلة ، وتعني المقابلة: مقابلة من وصف إلى وصف بمعنى انشاء المقابلة على ذلك الوصف^(٧)، كما في قوله تعالى (أن الله لا يغير ما يقوم حتى يغيروا ما بانفسهم)^(٨) ، أي أن لا يغير ما بهم من نعم حتى يعملوا بالمعاصي فيرفع الله عنهم النعم^(٩) .

(١) لسان العرب ، مصدر سابق ، ص ٤٠

(٢) لسان العرب ، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٣) لسان العرب ، المصدر نفسه، الصفحة نفسها .

(٤) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، تغيّر الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية ، ط ١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ٦٠ ، هامش رقم ١ .

(٥) تهذيب اللغة ، لابن منظور محمد بن أحمد الازهري ، تحقيق محمد عوض مرعب ، ط ١ ، ج ٨ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ١٦٦ - ١٦٧ .

(٦) انظر في ذلك التعريفات ، للجرجاني ابو حسن علي بن محمد بن علي ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٩٨٨ ، ص ١٧٠ .

(٧) المحيط البرهاني ، لابن مازة برهان الدين محمود بن أحمد النيجاري ، ج ٦ ، مطبعة دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع ، ص ٥٦٤

(٨) سورة الرعد ، الاية (١١)

(٩) جلال الدين السيوطي ، الدر المنثور ، ج ٤ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص ٦١٦ .

أما بالنسبة للفقهاء في مسألة تحديد محل التغيّر فانهم جعلوا المال هو محل للتغيّر وانهم لم يجمعوا على معنى معين للمال، و أنهم في ذلك انقسموا على اتجاهين :

الاتجاه الأول : وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية ^(١) ، والشافعية ^(٢) ، والجعفرية ^(٣) ، إلى تعريف المال بأشكال مختلفة ، ويمكن أن يؤخذ منها بأن المال يطلق على ما له قيمة مادية بين الناس ، وأجاز الشرع الانتفاع بها في حالة الاختيار والسعة ، وعليه فانهم يستلزمون شرطين من أجل أن يكون الشيء مالا وهما ^(٤) :

١- أن يكون لهذا الشيء قيمة بين الناس، سواء أكان عينا ام منفعة ، مادي أو معنوي .

٢- أن يكون الشرع أباح الانتفاع به في حالة الاختيار والسعة .

الاتجاه الثاني: وهو ما أخذ به فقهاء الحنفية ^(٥) ، وقد عرفوا المال على أنه ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن أدخاره لوقت الحاجة ، وعليه يشترط من أجل أن يكون الشيء مالا توافر شرطين :

١- العينية ، ويقصد بأن يكون الشيء مادي أي له وجود خارجي يمكن حيازته ، فإن لم يكن له وجود خارجي ، لا يعد مالا لعدم إمكانية حيازته ، وان الحنفية بذلك ذهبوا إلى أن المنافع لا تعد أموالا لأنها غير قابلة للاحراز والادخار.

التمول ، ويعني التنافس وبذل العوض، وان المالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم.

ونخلص مما تقدم أن المال قد يكون قانونياً وقد يكون معنوياً ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، وعليه فإن التغيّر يشمل الأموال المادية والأموال المعنوية على حد سواء ، أما الحنفية فد ذهبوا إلى خلاف ذلك أن المال عندهم هو مادي فقط ، ويعني ذلك أن التغيّر لديهم ينحصر في الأموال المادية .

أما التغيّر عند فقهاء القانون فقد عرفت على أنه (تبدل الشيء من حالة إلى أخرى كما أو كيفاً، أو كمأ وكيفاً معاً) ^(٦) .

(١) إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (الشاطي) ، الموافقات ، ج٢، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص١٧.

(٢) السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ، ص٣٢٧.

(٣) جعفر بن حسن الهذلي (المحقق الحلي) ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٣ ، مؤسسة مطبوعاتي أسماعليان، بدون سنة طبع، ص١١٢.

(٤) ناصر جميل محمد الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الاصدار الأول، مطابع الأرز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان _ الاردن ، ١٩٩٨، ص٥١ .

(٥) محمد أمين بن عمر ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص٥١

(٦) د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، المكتبة القانونية، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص٣٠٤-٣٠٥.

وان المعنى القانوني من تغيّر المبيع هو يراد به التحول والتبدل ، وان التركيز يظهر أكثر على أنواع التغيّر وأثاره من تعريفه^(١) ، وان كان التغيّر يتعلق بحالة الشيء ، إلا أنه مع ذلك إذا تعلق الأمر باحد أنواع تغيّر المبيع والمتمثل بتغيّر الذات، والذي يعرف بانتقال الشيء من حالة إلى حالة اخرى مع وجود قيد اضافي متعلق بتغيّر الذات ، وهو زوال أسم المبيع وصورته وحصول المبيع على أسم وصوره جديده^(٢) .

وإذا دققنا في ذلك فإنه يشمل تغيّر الوصف وتغيّر الذات ، وان هذان النوعان من التغيّر يلتقيان في أن الشيء المبيع إذا ما تغيّر أصبح بمنزلة شيء آخر ، والالتقاء هذا على سبيل القياس ، ذلك لأنه أن كان تغيّر وصف الشيء المبيع من شأنه أن يجعل الشيء بمنزلة شيء اخر وهو تغيّر لم يرتقي إلى ازالة أسم الشيء ، فمن باب اولى إنه إذا لحقه تغيّر في الذات، فيكون الشيء بمنزلة شيء اخر ، وذلك لأن تغيّر الذات يزيل أسم الشيء^(٣) .

أما القانون المدني العراقي فلم ترد فيه إشارة إلى تعريف التغيّر ومفهومه ولكن نص بطريقه غير مباشرة إلى أحكام التغيّر فيما يتعلق بالمال المغصوب وذلك من خلال نص المادة (١٩٤) منه حيث نصت على أنه (١- إذا تغيّر المغصوب عند الغاصب..... ٢- أما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل أسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له ، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه كان ضامنا وبقي المحصول له) ، وفي بعض الاحيان نجد الفقهاء يستعملون مصطلح تبدل أسم الشيء للدلالة على التغيّر الحاصل في ذات المبيع^(٤) ، وكذلك المادة (٥٢٢) من القانون المدني العراقي فقد جاء فيها(من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مده وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغيّر عن الحال الذي رآه فيه) .

وكذلك الحال في القانون المصري لم يعط تعريف ، أو مفهوم للتغيّر وانما ذكر أهم صور التغيّر الحاصلة واثاره^(٥) .

ونجد أيضاً بأن القانون المدني الفرنسي، لا يختلف شيئاً عن القانون المدني المصري ولا القانون المدني العراقي في تعريفه للتغيّر حيث لم يورد نص خاصا يبين فيه تعريف التغيّر ،

(١) د.عباس سمير حسين الجبوري ، تغيّر قيمة المال المرهون ، اطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٦ ، ص ٤٨ .

(٢) د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٥٧-٥٨ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مجلد ٢ ، البيع والايجار والكفالة ، ط١ ، دار الجبل ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ٢٧٨ .

(٤) د.حسن علي الذنون ، المصدر سابق ، ص ٥٨ .

(٥) حيث نصت المادة (١٩) من قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ (على أنه لايعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ، ولا ازالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذي يزيل أسم الموصى به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذي يوجب زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينه أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية. وتعد هذه المادة من اظهر النصوص القانونية التي تناولت الصور التي يحدد بها التغيّر ، إلا انها مع ذلك لم تعطي تعريفاً محدداً للتغيّر وانما اقتصرت فقط على تعداد لبعض صور التغيّر، وبذلك لا يختلف القانون المصري مع القانون العراقي في تعريف التغيّر) انظر في ذلك . د.محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، مصدر سابق ص ١٥ .

ويتضح ذلك من خلال نص المادة (١٧٢٠) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على أن يلتزم المؤجر بتسليم الشيء بحالة جيدة، وخال من أي نوع من التصليحات^(١) من خلال هذا النص يلتزم المؤجر في أن يغير من حالة المأجور ليجعله على الدوام في حالة جيدة من أجل أن ينتفع به، ولو دققنا في هذا النص لتكشف لنا أن القانون المدني الفرنسي ينقل المعنى اللغوي للتغير ويجعله معنى قانوني وإن لم يصرح بذلك، فمثلاً المادة (١٢٤٥) التي تنص على أنه (أن ذمة المدين بشيء معين بالذات تبرأ إذا سلمه بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم) وكذلك من خلال نص المادة (١٧٢٠) التي تلزم المؤجر من أن يغير من حالة المأجور ليجعله على الدوام بحاله جيدة تصلح للانتفاع به^(٢).

في احيان اخرى يجعل المشرع محل التغير هو المال على الرغم من الشيء هو محلا للتغير ابتداءا وليس المال، حيث أن هنالك خلط شائع بين الشيء والمال وتسمية الشيء بالمال مع أن لكل من المصطلحين مدلولاً خاصاً به^(٣).

إلا أنه بالتدقيق في نص المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي^(٤)، ومن خلال التعبير الذي استخدمه المشرع العراقي يتضح أن القانون لا يرتب أثراً على التغير ما لم يرافقه تغير في قيمة الشيء فهذا يعني أن التغير قد حصل بالمال أيضاً، وأن التغير لا يعتد به إذا لم يرافقه تغير في المال أو القيمة، وهذا لا ينفي بأن الشيء هو محل التغير، وأن اهتم القانون المدني بالاموال بوصفها حقوقاً، فانه اهتم بالاشياء بوصفها محالاً أو وعاءاً للحقوق، وإذا كان كان الشيء هو محلاً للتغير فمن الممكن أن تكون هذه الأشياء مادية أو معنوية (والمبيع من ضمن هذه الأشياء)، وقد جاءت النصوص القانونية مطلقة لم تقيد التغير بالشيء المادي أو المعنوي، لذلك فإن التغير يشمل كليهما، إلا أن التطبيق الواقعي للتغير يشير إلى عكس ذلك حيث أن التغير يحتاج إلى حصول حالتين مختلفتين للشيء قبل حصوله وبعده، وهذا لا يمكن تصوره في الشيء المعنوي، إذ يقصد بالشيء المعنوي بانه ذلك الشيء الذي لا يدرك بالحس فانه امر ذهني ليس له حيز مادي يتجسد فيه، إلا أنه من الممكن إذا تجسد الشيء المعنوي في شكل مادي، هنا يمكن

L'article (1720) du Code civil français stipule que (le bailleur est tenu de remettre ^(١) le bien en bon état, libre de toute réparation) .

Planiol et Ripert par Hamel: Traite pratique de droit civil Francais, 7e ed, TX, ^(٢) contracts civils, premiere partie, Paris, 1956, NO505, P654.

^(٣) انظر للمزيد في ذلك د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التنعية)، ج ١، مديرية النور للطباعة والنشر، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٤٥ وما بعدها .

^(٤) نصت المادة (٦٢٣) يمنع الرجوع في الهبة على أنه (أ – أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع. ب – أن يموت أحد المتعاقدين. ج – أن يتصرف الموهوب له تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً فإذا اقتصر التصرف في بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي. د – أن تكون الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة. هـ – أن تكون الهبة لذي رحم محرم. و – أن يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب أجنبي أو بسبب الاستعمال، فإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي، وكذلك إذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة إذا طحنت دقيقاً. ز – أن يعطي للهبة عوض يقبضه الواهب بشرط أن يكون العوض بعض الموهوب، فإذا كان العوض بعض الموهوب فللواهب أن يرجع في الباقي وإذا استحق العوض عاد حق الرجوع. ح – أن يهب الدائن الدين للمدين. ط – أن تكون الهبة صدقة) .

الاستدلال عنه عن طريق الشيء المادي من أجل اثبات حصول تغيّر في الشيء المعنوي ، وحتى لو افترضنا قد حصل فإن اثباته يكون صعباً^(١).

وعلى أية حال فإنه يتفق القانون المدني المصري مع القانون المدني العراقي بأن التغيّر لا يعتد به قانوناً ما لم يصاحبه تغيّر في القيمة وهذا ما جاء في المادة (٥٠٢) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (أ- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة.... قيمته....) كما يشترط في التغيّر أن يحصل في الشيء المادي وهذا ما جاء في المادة (٤٣١) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد) .

كذلك الحال في القانون المدني الفرنسي فإن التغيّر قد يحصل في الشيء المادي والشيء المعنوي، حيث أشارت إلى ذلك المادة (٢١٠٢/ف٤) المتعلقة بامتياز بائع المنقول، حيث أن المبيع إذا تغيّرت حالته عند المشتري، فهنا يسقط امتياز البائع سواء كان المبيع المنقول قانونياً أو معنوياً، وذلك لأن النص قد جاء مطلقاً^(٢).

والمعروف في القانون أنه لا يهتم بالأشياء إلا باعتبارها محلاً للحقوق وان هذه الحقوق التي يعنى بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية، فهذه الحقوق هي الاموال أما الأشياء فهي محال هذه الحقوق^(٣).

حيث أن المقصود من المال في الفقه القانوني هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه ومحلّه، سواء كان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً معنوياً، أما الشيء فيدل على محل ذلك الحق سواء اكان مادي أم غير مادي^(٤).

(١) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) L'article (2102), alinéa 4 du Code civil français dispose que (le prix des meubles impayés s'ils sont encore en la possession du débiteur, qu'ils aient été acquis à terme ou sans terme, et si la vente est intervenue sans terme, le vendeur peut revendiquer ces meubles tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur et empêcher leur vente, à condition que la réclamation soit complétée dans les huit jours de la livraison, et que ces meubles soient dans le même état qu'au moment de la livraison) .

(٣) انظر للمزيد في ذلك د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية بوجه عام ، القاهرة، ١٩٤٩ ، ص ٤٦٠ .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوي ، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية ، ط ٢ ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٦ ، ص ١٢٤ ، وانظر كذلك ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج ١ ، حق الملكية ، طباعة جامعة الكويت ، بدون سنة طبع ، ص ١٩-٢٠ .

وعند قراءة نص المادة (٦٥)^(١) يتضح بأن المال هو الحق ذو القيمة المادية^(٢)، وهذا الحق ذو القيمة المادية يكون دائما معنويا اي ليس له جسم محسوس يتجسد فيه، لذلك لا يدرك بالحواس وانما يدرك بالفكر^(٣).

كما أن لا ماله للشيء اذ كان لا يمكن احرازه بسبب الطبيعة كالهواء والماء، أو مما يمكن احرازه ولكن القانون منع التعامل به كالحشيش والافيون^(٤).

وكذلك الحال في القانون المصري فإن التغير الحاصل في الشيء هو نتيجته، والشيء هو محل التغير وليس المال لأن المال هو الحق والشيء محله^(٥).

ولا يمكن تصور حصول تغير في الحق وذلك لأن الحق وجود معنوي غير متجسد ابدا^(٦)، وان التغير حالة مادية تحصل في الشيء وتشمل الهلاك والتلف والزيادة والنقصان تلحق بالشيء^(٧).

وعليه يمكن أن نعرف تغير المبيع على أنه حالة تحدث في المبيع تؤدي إلى تغيره، وهذا التغير ممكن أن يؤدي إلى الانتقاص من منفعة المبيع أو يعدمها بشكل كامل .

الفرع الثاني

تمييز تغير المبيع مما يشته به من حالات

أن تغير المبيع يمكن أن نجد مضمونه في أكثر من وضع قانوني قائم ، فتمتثل آثار هذا التغير مع ما يشته به من بعض الاوضاع القانونية ، التي تقترب منه لاسباب متعددة ، حيث توجد مناطق تداخل بين تغير المبيع وبين كل من الغلط وابدال المبيع ، مع الاشارة إلى وجود اختلاف في التسلسل الزمني لهذا الاختلاط ، فيقترب تغير المبيع من الغلط إذا وقع المتعاقد في غلط لصفه جوهريه في الشيء المبيع وكانت هي الدافع للتعاقد ، وإذا كان اقصى ما يوصل اليه التغير هو حصوله في ذات المبيع ، دون أن يؤدي إلى ابدال المبيع بغيره ، لذلك فإن تغير المبيع يتميز عن حالة ابداله ، ولهذا سوف نفرد لتمييز تغير المبيع الفقرتين التاليتين :

(١) نصت المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه (المال هو كل حق له قيمة مادية).

(٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد ، ١٩٥٤، ص ١٠٣ .

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، حق الملكية في شرح مفصل للأشياء والاموال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٧٤-٢٧٥ .

(٤) د. محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ونظرية الحق ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧١- ١٧٣ .

(٥) نصت المادة (٨١) الفقرة ٢ من القانون المدني المصري (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية)

(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .

(٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤ .

أولاً : تمييز تغير المبيع من الغلط في محل العقد

يمكن تعريف الغلط على أنه وهم في ذهن شخص، يظهر له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد^(١)، أما تعريف الغلط في الفقه فهو (توهم يتصور فيه العقد غير الواقع عن فيحمله ذلك على إبرام عقد لو لا الوهم لما أقدم عليه)^(٢).

أما الغلط في القانون فهو وهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير الواقع والحقيقة ويكون هو الدافع إلى التعاقد^(٣).

وبعد أن وضحنا تعريف الغلط ، يمكن أن ندرج صور اوجه الشبه والاختلاف بين الغلط وتغير المبيع وذلك في الفقرتين الاتيتين :

الفقرة الأولى : اوجه الشبه بين تغير المبيع والغلط في محل العقد

نجد في الغلط في المبيع توقع صفات موجوده في المبيع، والتي كانت سببا في التعاقد فلولا هذه الصفات في المبيع لما تم التعاقد، ويظهر ذلك في تغير المبيع عندما يتوقع المشتري في المبيع مواصفات معينة او منافع يحصل عليها من المبيع ، فإن لم تكن في المبيع هذه المواصفات او تلك المنافع التي تتوقع وجودها، فقد تحقق تغير المبيع بذلك التخلف الحاصل فيه إذا جاء على غير ما متوقع في العقد ،اذ يحق للمشتري أن يطلب فسخ العقد عندما يكون التغير مؤثراً في العقد، ويشترط في التوقع أن يكون معقول أو مشروعاً وهذا ما يشته به الغلط في المبيع^(٤).

الفقرة الثانية : اوجه الاختلاف بين تغير المبيع والغلط في محل العقد

على الرغم من اوجه الشبه بين الغلط و تغير المبيع إلا أن هنالك تفاوتاً بينهما وهو أن الغلط مجرد وهم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع، أما التغير في المبيع فهو تغير واقعي فعلي من حيث النقصان أو الزيادة أو تخلف وصف في المبيع أو هلاكه.

وهذا يعني بأن الغلط مجرد حالة نفسية تكمن في نفس المتعاقد، أما تغير المبيع فهو حالة مادية تتعلق بالمبيع ذاته أو مواصفاته، وهذا الأمر يكون في مرحله تسليم المبيع حيث يشترط فيه أن يكون مطابقاً لما متفق عليه في العقد أو الغرض الذي من أجله اعد المبيع، في حين أن

(١) د.أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مطبعة العاتك ، بدون سنة طبع ، ص ٩٠ .

(٢) مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج ١ ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط ٨ ، دار الفكر ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ٤٢١ .

(٣) د.ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، القسم الأول ، ط ١ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان - الاردن ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٥٣ .

(٤) محمد صبحي خلف المتراس ، الغلط وأثاره في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣ .

الغلط يكون في مرحلة إبرام العقد ويشترط فيه من أجل أن يكون العقد موقوفاً أن يكون الغلط جوهرياً ويتصل بعلم المتعاقد الآخر^(١).

وتتمثل أوجه الاختلاف بالنقاط التالية:

١- من حيث جهة المصدر

فالغلط مصدره واحد فقط سواء حدث من المتعاقدين أو غيرهم وهو بذلك إرادي ، أما التغير في المبيع فمن الممكن أن يكون مصدره الإنسان كما لو قام بفعل التغير البائع أو المشتري، أو شخص آخر وهو إرادي، أو غير إرادي مصدره سبب أجنبي كالقوة القاهرة والظروف الطارئة^(٢).

٢- من حيث الإثبات

نستنتج أن إثبات تغير المبيع يكون أسهل من إثبات الغلط، عندما يدعي المشتري وجود تغير في المبيع الذي يتم الاتفاق عليه في العقد وبين ما تم تسليمه إليه من قبل البائع ، حيث يمكن الكشف على المبيع من خلال تقديمه إلى خبراء تنتدبهم المحكمة، لبيان مدى مطابقه المبيع لما متفق عليه في العقد والذي قد يختلف عند تسليم المبيع^(٣) .

٣- من حيث الأحكام

أن الأحكام تختلف في كلا الحالتين فعندما يتغير المبيع قبل أن يتم التسليم فالبائع يكون مسؤولاً عن ذلك التغير، وذلك لأنه يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري بحاله التي كان عليها وقت إبرام العقد، هذا التغير قد حصل بسبب أجنبي وليس بفعل من البائع، أما في حالة الغلط فمثلاً من يقع في غلط عندما يشتري سياره على أنها موديل معين و يظهر بعد ذلك انها غير موديل، فهنا لا يحق للمشتري التمسك بالغلط ما لم يكن البائع قد وقع في نفس الغلط أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يعلم به^(٤) ، وان اختلاف هذا الحكم ناتج من اختلاف الحقيقة، فتغير المبيع لا يستطيع كلا من البائع والمشتري أن ينكر وقوعه وبخلاف ذلك يستطيع مدعي التغير اثبات ذلك، من خلال اثبات حالة المبيع السابقة، أما الغلط فهو امر نفسي لا يمكن البائع أن يطلع عليه إلا إذا وقع فيه، هو كان عالماً بما يدور في ذهن المشتري أو من السهل عليه أن يعلم بذلك^(٥).

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٤٢.

(٢) د. محمد عبد الوهاب الزبيدي ، مصدر سابق ، ص ٣٩.

(٣) نوفل مشرف حردان ، الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٩.

(٤) نصت المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي على أنه (لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده).

(٥) د. محمد عبد الوهاب محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٩.

أن المبيع قد يزيد أو ينقص بالتغير، ومن صور هذا النقصان هو العيب وعليه يعد العيب الحادث صور من صور التغير في المبيع وبهذا المعنى يقف على طرف نقيض مع الغلط (١)

كما يمكن أن نجد اختلاف بين الغلط والتغير في المبيع وذلك بأن تغير المبيع لا يعتد به قانوناً إذا لم يكن له تأثيراً على المبيع أو على منفعة المبيع، أو الغرض الذي قصده المتعاقدان من حصوله على المبيع، أما في حالة الغلط لا يرافقه تغير فعلي في الشيء المبيع حتى لو تبين للمتعاقد حقيقة الشيء، أن كان هنالك تغير فهو بالمتعاقد نفسه دون الشيء، لأن الشيء باق على حالة.

ثانياً: تمييز تغير المبيع عن الأبدال

يقصد بالأبدال في اللغة هو جعل الشيء مكان شيء آخر، وكذلك الاستبدال له نفس المعنى أو قريب من الأبدال، فلا فرق عند أهل اللغة بين اللفظين في المعنى (٢)، وفي القانون المدني العراقي قد استخدم الاستبدال وأراد به المعنى اللغوي، فعلى سبيل المثال جاء في المادة (٤٠١) من التقنين المدني العراقي التي نصت على أنه (يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على أن يستبدل بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره).

وكذلك نصت المادة (١/٣٩٠) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى)، ويتضح من خلال هذه المادة القانونية أنه إذا كان موضوع الالتزام شيئاً معيناً بالذات، فلا يجوز للمدين أن يوفي بشيء آخر بدلاً عنه، حتى وإن كان ذلك الشيء مساوياً في القيمة أو كان أكثر قيمة إلا في حالة موافقة الدائن (٣).

وبدلالة هذا النص فإنه لا يجوز للبائع بأن يجبر المشتري على قبول شيء آخر غير المبيع، حتى وإن كان هذا المبيع الجديد أفضل في الجودة وأكثر قيمة من المبيع الأصلي (٤).

أما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٣٥٢) على أنه (يتجدد الالتزام : أولاً : بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدل بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره.....).

ويعني ذلك بأن تجديد الالتزام قد يقع بتغيير الدين، حيث يستبدل بالالتزام الأصلي التزام جديد يختلف عنه من حيث موضوعه ومصدره (١)، وفي الحقيقة أن تجديد الالتزام ماهو إلا ابدال المبيع موضوع الالتزام بمبيع آخر.

(١) د.علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٩٨-١٠٠.

(٢) لسان العرب، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣) د.عبد المجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ٢٦٩.

(٤) د.حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، مصدر سابق، ص ١٥٢.

وبذلك لا يجوز للمدين اجبار الدائن على قبول شيء آخر بدلا من موضوع الالتزام الأصلي، إلا أن من الممكن أن يكون ذلك بموافقة الدائن، فإذا وافق الدائن هنا على قبول شيء آخر غير الشيء المستحق، فإنه يحصل الابدال مباشرة بتسليم الشيء الجديد للدائن فوراً^(١).

ومن خلال معرفة معنى الابدال يمكن أن ندرج صور اوجه الشبه والاختلاف بين الابدال وتغيّر المبيع وذلك في الفقرتين الاتيتين :

الفقرة الأولى : اوجه الشبه بين الأبدال وتغيّر المبيع

حيث أن الأبدال يتفق على قدم المساواة مع تغيّر المبيع في الحكم ، فكما لا يجوز للبائع أن يغير من حالة المبيع ، فكذلك لا يجوز له ابداله بدون موافقة المشتري ، إلا أن هذا الحكم لا يلزم الابدال اذ قد يكون واجبا في بعض الحالات^(٢) ، فكلا من حالة الابدال وحالة تغيّر المبيع يتمتع على البائع القيام به ولأنه عندما يقوم بذلك يعني أنه قد خالف ما التزم به بموجب عقد البيع الذي ابرمه الطرفان، إلا أن هذا الحكم لا يسري في حالة كون المبيع معين بالنوع، ففي هذه الحالة يستطيع البائع أن يلزم المشتري بقبول شيء آخر مثله، وهذا يعني أن الابدال لا يظهر في حالة الشيء المعين بالذات ، فإن كان من الممكن ابدال المبيع، لكن لايجوز له تغيّره ، فمثلاً إذا كان المبيع عبارته عن حنطة من نوع معين، وكانت هذه الحنطة مخزونه عند البائع، فإنه يجوز لهذا البائع أن يسلم المشتري حنطه من هذا النوع المعين، ولكن من غير الحنطة الموجودة عنده في المخازن، إلا أنه لا يجوز له أن يسلم الحنطة مطحونه للمشتري حتى وإن كانت معينه بالنوع^(٣).

الفقرة الثانية : اوجه الاختلاف بين الأبدال وتغيّر المبيع

وأن كانت هنالك نقاط التقاء بين الابدال وتغيّر المبيع إلا أنه هنالك أوجه اختلاف تتمثل بالآتي:

أولاً : من حيث المعنى والأثر

أن التغيّر يحصل في ذات المبيع أو في وصفه، أما الابدال يقتضي ابدال المبيع نفسه بمبيع آخر يحل محله، كما أن الابدال ينحصر وقوعه بفعل الانسان فقط ، أما التغيّر فقد يحصل بفعل الانسان أو بفعل الطبيعة أو بفعل المبيع نفسه ، أما الاختلاف من حيث الأثر فإن الابدال قد يترتب عليه تغيّر في القيمة إذا ما كان البديل اعلى أو اقل قيمة من المبيع المبدل عنه، كما من

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف-الحوالة -الانقضاء ، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨ ، ص٨٢٤ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣، المصدر السابق ، ص٨٢٣ .

(٣) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، مصدر سابق ، ص٥٢ .

(٤) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، المصدر نفسه ، الصفحة نفسها.

الممكن أن لا يؤدي إلى تغيير القيمة إذا ما كان البديل مساوياً في قيمته للمبيع المبدل عنه^(١)، في حين أن تغيير المبيع لا يعتد به القانون ما لم يصاحبه تغيير في قيمة المبيع^(٢)،

ثانياً: من حيث المصدر والسبب

الاببدال يكون بفعل ارادي دائماً، أما التغيير في المبيع فقد يكون بفعل ارادي من قبل البائع أو المشتري أو الغير ، أو قد يكون بفعل غير ارادي ، كالسبب الاجنبي او القوه القاهرة، وعندما يوافق الدائن على حالة الابدال فانه عمله هذا هو تصرفاً قانونياً يسمى وفاء بمقابل، في حين أن تغيير المبيع هو تصرف مادي^(٣).

كما أن الحالتين تختلفان من حيث أن تغيير المبيع ما هو إلا انتقال الشيء من حالة إلى حالة أخرى، في حين أن الابدال هو وضع شيء محل شيء آخر^(٤).

المطلب الثاني

وقت حدوث تغيير المبيع

للزمن أثر مهم وكبير في تحديد أقسام التغييرات والاحكام المترتبة عليها، حيث تختلف أحكام التغيير الحادثه في المبيع تبعاً لاختلاف الزمن، والمقصود بالزمن هو الوقت الذي ينتقل فيه ضمان المبيع من أحد الاطراف إلى الآخر، أو هو الوقت الذي يكون فيه تحت سلطة المشتري ، وهو يعتبر وقت انتقال الضمان.

وان معنى التسليم هو واقعه ماديّه متمثله بالتخلية حيث يستطيع المشتري من أن يمارس سلطاته كاملة دون أن يكون هنالك عائق يمنعه من ذلك، ومن خلال ذلك التعريف فانه التسليم يتم بطريقتين ، مادية ومعنوية^(٥).

(١) انظر المادة (٢/٣٩٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: (..... أما إذا كان مما لا يتعين بالتعين وعين العقد فللمدين دفع مثله وان لم يرضى الدائن) .

(٢) عباس سمير حسين الجبوري، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٣) د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة (عقد البيع) مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٤) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٨٢٣ .

(٥) وذهبت إلى ذلك القوانين المقارنة فقد نص في القانون المدني المصري تعريف التسليم في المادة (١/٤٣٥) وتضمن التعريف عناصر التسليم وهما العنصر المادي ويعني التخلية بين المبيع والمشتري، ووضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمارس سلطاته من حيازه وتصرف وانتفاع، حتى وان لم يجوز المشتري البيع، العنصر المعنوي فيتمثل باعلام المشتري عن طريق البائع بأن المبيع قد وضعه تحت تصرفه، وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة أما المشرع العراقي لم ينص على ذلك صراحة ، أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة (٤٨٨) على أنه (يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية اليه) ، أما في القانون المدني الفرنسي فقد تم تعريف التسليم في المادة (١٦٠٤) حيث نصت على أنه (نقل المبيع إلى سلطه وحيازه المشتري).

وعليه فقد يحصل تغير المبيع قبل التسليم أو بعده، وبذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول الفرع الأول : تغير المبيع قبل التسليم ، أما في الفرع الثاني سنتناول : تغير المبيع عند التسليم .

الفرع الأول

التغير الحادث في المبيع قبل التسليم

قد يحصل في المبيع تغير ما مثل زيادة أو نقصان أو تعيب أو هلاك أو فوات وصف تنقله من صورته الأصلية التي رضا بها المشتري ورغبته في شراؤه إلى صورة أخرى تفوت عليه مصلحه الشراء، ويكون هذا التغير قد حصل قبل التسليم ، وعليه سوف نوضح موقف الفقه الإسلامي من ذلك وموقف القانون في الفترتين الآتيتين :-

أولاً: موقف الفقه الاسلامي

يعرف القبض بأنه أخذ المشتري للمبيع وضمه إلى ملكه^(١).

اذ اختلفوا الفقهاء في الآثار الفقهية المترتبة على التغير، من حيث الحاق الضمان باحد المتعاقدين، وكذلك اثبات الخيار وانقسموا في ذلك على اتجاهين :

ذهب الاتجاه الأول: وقد تبناه كل من فقهاء الجعفرية^(٢)، والحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، وقالوا أن ضمان المبيع قبل القبض يكون على البائع وذلك لأن المبيع لا يزال في ملكه.

أما الاتجاه الثاني : والذي أخذ به فقهاء الظاهرية^(٦) ، اذ كان لهم رأي مختلف لرأي جمهور الفقهاء ،حيث قالوا بأن ضمان المبيع على المشتري، ذلك لأن المبيع انتقل اليه بمجرد العقد.

(١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،دار المعرفة ،بيروت ، بدون سنة طبع ،ص٢٦٩.

(٢) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر (الحلي) ، تذكرة الفقهاء ، ج١١ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٣٧٤ هـ ، ص٤٧٤.

(٣) ابو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٥ ، ط٢ ، مجلد ٨ ، دار الكتاب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٢٤٢.

(٤) الصاوي ابو العباس أحمد ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ،دار المعارف ، بدون سنة طبع، ص٢٠١.

(٥) النووي يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط٢ ، المكتب الاسلامي،بيروت، ١٤٠٥ هـ، ص١٦٢.

(٦) ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى بالآثار ، مجلد ٥ ، تحقيق أحمد شاكر ، دار الكتب العلمية . بيروت ، ١٩٨٨ ، ص٢٧١.

بعد طرح هذين الرأيين تبين أن رأي جمهور الفقهاء هو الأكثر صواباً وذلك لأنه يتمشى مع مصلحة المتعاقدين بإرجاع ضمان المبيع على البائع وذلك لأن المبيع في حيازته وملكه، كما أنه غير ملزم بدفع أرش النقص الحادث فيه، لكي لا يجمع بين ضمانين، و اعطي الخيار للمشتري برد المبيع أو قبوله على ما هو عليه دون الارش إذا كانت منفعته لا تزال قائمه.

كما أن التغير الحادث في المبيع قبل التسليم يختلف عند الفقهاء من حيث المتسبب فيه وإن بقاء المبيع في ضمان البائع قبل انتقاله إلى المشتري يرتب مجموعه من الأحكام تختلف باختلاف العناصر المتسببه بالتغير وأهم هذه العناصر التي تتسبب بالتغير، وهي كالآتي :

١- تغير المبيع بسبب البائع

يتحمل البائع مسؤولية المبيع، ما دام تحت يده، ولم ينتقل ضمانه إلى المشتري بالتسليم، فإذا حصل في المبيع تغيراً ما بسبب البائع، كتعيب المبيع مثلاً، أو أي نقص يحصل فيه أو فوات وصفه أو هلاكه وكان هذا التغير قبل تسليم المبيع للمشتري (١) .

٢-تغير المبيع بسبب المشتري

من المتفق عليه بين الفقهاء هو أن المشتري لا يتحمل مسؤولية المبيع إلا بعد أن ينتقل الضمان اليه، وإن الضمان عند اغلب الفقهاء ينتقل بقبض المبيع حقيقةً، أو ينتقل المبيع المعين بالذات إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد (٢).

وعلى الرغم من اختلافهم هذا إلا أنهم يتفقون بأنه إذا حصل تغير في المبيع بسبب المشتري قبل القبض فإنه يعد في هذه الحالة قابضاً للمبيع، فلا يحق له الرد، ويلزم كذلك برد ثمن المبيع كاملاً للبائع، لأن البائع قد اتفق معه مسبقاً على هذا الثمن، كما أنه ليس له الحق بالمطالبة بالارش، لأنه هو الذي تسبب بالتغير وليس البائع، وبذلك يتحمل المشتري ضمان التغير الحادث فيه.

٣-تغير المبيع بسبب شخص أجنبي عن العقد :

إذا تسبب طرف آخر غير المتعاقدين بأحداث تغير في المبيع قبل تسليم المبيع للمشتري فإن اغلب الفقهاء يتفقون على عدم بطلان العقد بهذا التغير، وللمشتري الحق بين فسخ العقد واخذ جميع الثمن أو الإبقاء على العقد ومطالبة الطرف الأجنبي بأخذ الارش الناتج عن التغير، أما إذا

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،مصدر سابق ،ص ١٥ .الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٥،مصدر سابق ، ص ٢٧٢ . ابو عبد الله محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري ،التاج والاكلیل ، ط٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٨ هـ ، ص٤١٦ . ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ،شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج٢، مؤسسة مطبوعاتي أسماعليان ، بدون سنة طبع، ص٢٩. أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ،تحفة المحتاج في شرح المنهاج،مجلد ١٠، دار احياء التراث العربي ،بيروت بدون سنة طبع ، ص٧٧ .

(٢)الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق ، ص٢٠٢ . محمد حسين كاشف الغطاء،تحرير المجلة ،ج١،المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية ، النجف الأشرف ،١٣٦٠هـ ،ص٦٨.

اختار المشتري فسخ العقد فهنا البائع هو الذي يطالب الطرف الاجنبي بأخذ التعويض عن التغير الذي تسبب فيه^(١).

٤- تغير المبيع بسبب آفة سماوية

قد يتعرض المبيع لتغيرات بأسباب خارجيه بسبب ظروف طارئة أو تقلبات جوية، أو تغيرات كونية لا علاقة للإنسان بحصولها، أو آفات سماوية أو جوائح، تؤدي إلى أحداث تغير في المبيع بتعبيه أو هلاكه أو فوات وصفه، فقد ذهب غالبية الفقهاء إلى أن التغير الحاصل في المبيع وفقاً لهذه الحالة، لا تبطل العقد^(٢)، وبذلك أن المبيع قبل أن يتم قبضه فإن التغيرات التي تطرأ عليه يتحملها البائع، فإن تبعة التغير تدور مع القبض لا مع نقل الملكية، وعليه فإن التغير الذي يحصل بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتحمل البائع وحده تبعة ذلك التغير^(٣).

ثانياً : موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة

أن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، هو التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع، وينشئ هذا الالتزام بمجرد انعقاد العقد، ولا يقتصر هذا الالتزام بنقل الملكية فقط، وإنما يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليه وقت انعقاد العقد، ففي الفترة بين انعقاد العقد والتسليم، يلتزم البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه للمشتري، وأن التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه إلى المشتري عناية الشخص المعتاد، دون أن ينزل في ذلك حتى لو كان هو نفسه في عنايته بماله الخاص اقل حرصاً من الشخص المعتاد، وكذلك دون أن يرتفع عن ذلك حتى وإن كان هو نفسه في عنايته بماله الخاص أكثر حرصاً من الشخص العادي، فيكون قد وفى بالتزامه^(٤)، فإذا لم يبذل البائع في المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية اللازمة، فيكون بذلك مقصراً ويتحمل مسؤولية ذلك، ومن ثم تغير المبيع سواءً بالهلاك أو التلف أو التعيب والنقص نتيجة لهذا التقصير فيكون بذلك خطأً ويتحمل نتيجة ذلك التغير، وذلك بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع فالمشتري هنا أن يرجع على البائع بالثمن إذا كان قد دفعه وكذلك يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه له وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٢٧٢. الحاشية على الشرح الصغير، للصاوي، مصدر سابق، ص ٢٠٠. الهيثمي، تحفة المنهاج في شرح المنهاج، مصدر سابق، ص ٣٩٥. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٢، باب آداب التجارة، مؤسسة آله البيت عليهم السلام لأحياء التراث، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٥٧.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ص ٥١. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٢٧٢. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد عليش، بدون سنة طبع، ص ١٤٧. السيد محمد صادق الصدر، منهاج الصالحين، ج ٢، المعاملات، ط ١، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي، بدون مكان نشر، ٢٠٠٨، ص ٤٥.

(٣) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ج ٤، ص ٥٥٧.

(٥) د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقاوله، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الأسكندرية، ١٩٧٠، ص ٢٤.

أما إذا حصل التغير في المبيع وكان بسبب المشتري أو بخطأه، فلا مسؤولية على البائع هنا وتنتفي مسؤوليته على أساس الالتزامين معا ، التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بالتسليم ، ويكون المشتري في هذه الحالة ملزما بأن يستلم المبيع على حالته هذه وان يدفع كامل الثمن المتبقي عنده للبائع^(١) .

وبذلك أن الالتزام بالمحافظة على المبيع والالتزام بتسليمه للمشتري يتفرعان من التزام البائع بنقل الملكية ، وان اتفق بأن كلاهما فرع من التزام أصلي ، إلا انهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع هو التزام ببذل عناية ، والالتزام بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غايه^(٢) .

أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي ، فليس التزاماً بتحقيق غايه ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط مع الالتزام بالمحافظة على المبيع وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي على أنه (الالتزام بالتسليم انما يتم بمجرد التعاقد وهو يجعل الدائن مالكا وأصبح على عاتقه ضمان الشيء)^(٣)، وهذا يعني إذا تغير المبيع قبل التسليم سواء بالهلاك أو التلف أو النقص والتعيب ، وكان بسبب أجنبي وعجز البائع بأن يسلمه بالحاله التي كانت عليه وقت البيع ودون أن يكون ذلك بخطا منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بالثمن ، فيكون المشتري هو الذي تحمل تبعه الهلاك أو التلف أو النقص^(٤) .

وان هذا الحكم مخالف لما هو مقرر في القواعد العامة التي تقضي بأن استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يسقط عن الطرف الآخر التزامه بالمقابل^(٥) ، ، وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي في المادة (١/١٧٩) التي نصت على أنه (١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) ، وهذا ما أشارت اليه المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري^(٦)،

(١) كما اورد ذلك في قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٤١٥) على أنه (إذا هلك الشيء المعين الذي انعقد عليه البيع أو اصاب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضا مقابلا لما نقص من قيمة ، على الشروط التي بمقتضاها يحق له أن يداعي اي شخص اخر، وإذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقدارا ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الاقتضاء) ونصت المادة (٤١٦) على أنه (إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ المشتري ، كان ملزما باستلامه على حالته ، وبدفع ثمنه كاملا) وبعد ذلك تطبيقا للقواعد العامة .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٥٥٦ .
(٣) L'article (1138) du Code civil français stipule que (l'obligation de délivrer n'est remplie que par le contrat, et il rend le créancier propriétaire, et c'est à lui qu'il incombe de garantir la chose) .

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٥٥٦ ، هامش رقم ١ .
(٥) د. عبد المنعم البدر اوي ، الوجيز في عقد البيع ، النسر الذهبي للطباعة ، بدون مكان نشر ، ١٩٩٨ ، ص٢٧٨ .
(٦) نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري على أن (في العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)

فالقاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين هو أن المدين هو الذي يتحمل تبعه الهلاك ، وذلك لأن الدائن يمكن أن يتمسك بانفساخ العقد في التحلل من التزامه بدفع الثمن^(١).

فالمادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي قد نصت على حالات الهلاك وفي القانون المدني المصري فقد أشارت إلى ذلك في المادة (٥٤٧) واما في القانون المدني الأردني فقد نصت في المادة (٥٠٠ و ٥٠١) على ذلك ، والمادة (١٦٢٤) من القانون المدني الفرنسي نصت على ذلك ^(٢) ، لذلك يتضح أن موقف التشريعات المقارنة اغلبها متفق على أن المدين هو الذي يتحمل تبعه تغيير المبيع والمدين بالالتزام هنا البائع ، فالبائع هو الذي يتحمل تبعه تغيير المبيع سواء بالهلاك أو التلف أو النقص ، إذا حدث هذا التغيير بعد العقد وقبل التسليم بقوه قاهرة أو حادث فجائي .

ونستنتج من ذلك بأن الفترة بين انعقاد العقد وقبل أن يتم التسليم ، يكون البائع هو المسؤول عن التغييرات التي تحصل في المبيع ، سواء كانت بفعله أو بسبب شخص أجنبي أو قوه قاهرة ، أما إذا حصل التغيير بسبب المشتري فيكون هو المسؤول عن ذلك التغيير لأن ضمان المبيع ينتقل اليه نتيجة ذلك التدخل .

الفرع الثاني

التغيير الحادث في المبيع بعد التسليم

البائع ملزم بأن يقدم مبيع وفقاً لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع، فإن لم يكن المبيع بتلك الصورة عد البائع مخلاً بالتزامه بتسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها صراحةً او ضمناً في العقد وهنا نتحقق مسؤوليته ، وكالاتي :

(١) د. انور سلطان ، مصدر سابق، ص ٣٨٣ .

(٢) نصت المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع ، فإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فلمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن ، ٢- على أن إذا كان هلاك المبيع ونقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى والتزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية).

أما المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري على أنه (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع له ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع).

والمادة (٥٠٠) من القانون المدني الأردني تنص على أنه (إذا تلف بعض المبيع يخير المشتري أن شاء فسخ البيع أو أخذ الباقي بحصته من الثمن) ، والمادة (٥٠١) منه فقد نصت على (إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضاً للمبيع ولزمه اداء الثمن ، ٢- إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه).

أما المادة (١٦٢٤) من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على أنه (مسالة على من يقع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم على البائع أو على المشتري انما تحمل بمقتضى القواعد الخاصة التي أشارت اليها المواد ١١٣٧ وما بعدها والمواد ١٤٨ و ١٨٢ و ١٣٠٢ و ١٦٤٧) .

أولاً : موقف الفقه الاسلامي

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المشتري إذا تسلم المبيع فإن ضمانه يكون على المشتري لأن المبيع قد أصبح تحت يده ،وان التغيرات التي تطرأ على المبيع بعد التسليم لا تؤثر على العقد ولا تبطله، وانما يتحمل المشتري النقص المترتب عليها، ويد البائع هنا قد زالت عن المبيع لذلك لا يرجع عليه بالضمان أو التعويض^(١).

فالمبيع بعد التسليم يدخل في ضمان المشتري ، وذلك لاستقرار ملكيته في يده، حيث يستقر العقد، ويلزم المشتري بالسلعة، ويملك البائع الثمن، فإذا حدث تغير في المبيع بعد أن يستلمه المشتري فلا يؤثر هذا التغير على صحة العقد، وكذلك لا يرجع على اصل البيع بالفسخ أو البطلان، وعالية لا يعطى للمشتري حق رد المبيع عند حدوث اي تغير فيه، ذلك أن الضمان قد انتقل اليه، ويد البائع ارتفعت عن المبيع، ولم يعد ضامناً للمبيع^(٢).

ويمكن تحديد اقسام التغير الحاصلة في المبيع من حيث المتسبب بعد التسليم وهي كالآتي:

١-تغير المبيع بسبب البائع

في هذه الحالة يعد البائع شخص أجنبي، لأن يده قد زالت بتسليم المبيع إلى المشتري، ولا ضمان للمبيع بعدما انتقلت ملكيته للمشتري.

وعند اغلب الفقهاء^(٣)، إذا احدث البائع تغير في المبيع بعد القبض،فانه يلزم بدفع النقص الناتج عن هذا التغير وليس للمشتري حق في رد المبيع عليه.

٢-تغير المبيع بسبب المشتري

اتفق الفقهاء على أن المشتري يكون هو المالك للشيء المبيع بعد التسليم، وهو بذلك متصرف في كامل ملكه، وهو وحده يتحمل تبعات هذا التغير وليس له الحق بالرجوع على البائع أو أن يطالبه بالتعويض عن النقص الذي حدث بسبب هذا التغير، لأن يد البائع قد زالت عن المبيع^(٤).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ،مصدر سابق، ص٦٠.الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير،مصدر سابق، ص٧٣. الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج،مصدر سابق، ص ١٤٩ .

(٢) نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق ، ص١٨.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ،مصدر سابق ، ص٦٩. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، مصدر سابق ، ص ٢٧٣. الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ،مصدر سابق، ص٧٣ . الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،ج٤،مصدر سابق، ص ١٤٩ . محمد بن عبد الله الخرشى، شرح مختصر خليل ،ج٥،مجلد ٣،دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص١٦٢.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،مصدر سابق ، ص ١٧. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق ، ص ٢٧٣. الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ،مصدر سابق، ص٧٣ . الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،المصدر السابق، ص ١٤٩ . ابو القاسم نجم الدين ،المعروف بالمحقق الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج٢،مصدر سابق، ص٢٩.

٣-تغير المبيع بسبب شخص أجنبي عن العقد

بما أن الملكية تنتقل إلى المشتري بعد التسليم فإن التغير الذي يحصل بسبب طرف أجنبي يكون على المشتري، ويقع على عاتقه أن يتبع الشخص الأجنبي من أجل الحصول على التعويض نتيجة النقص الذي أحدثه بالمبيع، وليس له الحق بالرجوع على البائع^(١).

٤-تغير المبيع بسبب آفة سماوية

أن التغير الحاصل بسبب آفة سماوية بعد التسليم لا يسمح للمشتري برد المبيع، أو فسخ العقد أو أن يرجع بنقص الثمن على البائع، لذلك يتحمل المشتري وحده ما يحصل من نقص في المبيع نتيجة هذا التغير^(٢).

ثانياً : موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة

أما التغير الحاصل في المبيع في القانون والذي يكون عند التسليم فإن البائع ملتزم بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد ،هذا ما يجعله ضامناً أمام المشتري عن أي نقص ممكن أن يصيب المبيع أو أي تلف أو فوات وصف أو تعيب ، وكونه مسؤولاً أمام المشتري عن أي تغير يحصل في المبيع عند التسليم ، فيعطي الحق للمشتري بالحصول على تعويض من البائع كما للمشتري الحق بأن يستنزل من الثمن بشكل كافٍ وما يناسب حجم الضرر الذي لحق بالمشتري نتيجة ذلك التغير^(٣) .

وان التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع معناه هو أنه لا يجوز للبائع أن يغير من هذه الحالة بل يلزم بالمحافظة على هذه الحالة حتى وقت تسليم المبيع إلى المشتري،والاساس هو بقاء الشيء على أصله ، فحالة المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع^(٤) .

فعندما يستلم المشتري المبيع دون أن يعترض وسكت مده كافيه لمعاينة الشيء فيعني قبوله بذلك، وليس له أن يحتج بأن المبيع لم يكن بالحالة التي كان عليها وقت العقد ، فإن سكوته في

(١)أبن عابدين،رد المحتارعلى الدر المختار ،مصدر سابق ، ص٥٧٢ . الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،مصدر سابق،ص٢٧٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ص١٤٧.شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ج ٤٢٧.المحقق الحلي ، تذكرة الفقهاء ،ج١،مصدر سابق،ص٤٧٣.

(٢)أبن عابدين ،رد المحتارعلى الدر المختار ،مصدر سابق ، ص٥٧٢ . الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،مصدر سابق،ص٢٧٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ص١٤٧ . الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،مصدر سابق ، ص٤٢٧. المحقق الحلي ، تذكرة الفقهاء ،ج١،مصدر سابق،ص٤٧٣.

(٣)نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق، ص٥١.

(٤)د. رمضان ابو سعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية، ٢٠١٢ ، ص٢٦٩.

هذه المدة يدل على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع ، أو أن هنالك اختلافا بين الحالتين ولكن المشتري قد تسامح عنه ونزل عن حقه بالتمسك فيه (١) .

أما إذا اعترض المشتري بأن المبيع قد تغيّرت حالته عما كانت عليه وقت البيع عند تسلمه للمبيع أو عند معاينته له أو اختباره بعد التسليم ، فيقع على البائع عب اثبات أن المبيع لم تتغيّر حالته عما كانت عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالالتزام بالتسليم ، وهو الذي ينفذه وعلى المدين أن يثبت براءته من هذا الالتزام (٢).

فإذا تم اثبات تغيّر حالة المبيع وكان هذا التغيّر ضاراً بالمشتري ، فيتحمل البائع مسؤولية ذلك التغيّر ، سواء حصل هذا التغيّر بخطأ منه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ، وذلك لأن البائع ملتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهو التزام بتحقيق نتيجة ، وعندما ثبت أن المبيع قد تغيّرت حالته تغيّرا يضر بالمشتري سواء بالنقص أو الهلاك أو فوات الوصف ، فالبائع ملزم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا إذا كان ممكنا ، وذلك بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع ، والا فإن للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالتعويض (٣).

أما إذا كان التغيّر قد وقع بفعل المشتري أو خطأ ، فالبائع هنا لا يكون مسؤولاً ، ولا يحق للمشتري الرجوع على البائع بشيء ويلتزم باستلام المبيع بحاله جديدة (٤).

وإذا كان التغيّر الضار بالمشتري قد وقع بفعل القوة القاهرة أو حادث فجائي ، فالبائع هو المسؤول عن هذا التغيّر وذلك لأنه هو الملتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، ويعد مخلا بهذا الالتزام إذا لم يسلمه المبيع بهذه الحالة حتى ولو حال دون ذلك سببا اجنبيا (٥) .

أما إذا تغيّرت حالة المبيع وقت التسليم إلى حالة افضل مما كانت عليه وقت البيع ، وكان هذا التغيّر بسبب أجنبي كان تلتحق طمىء الأنهار بأرض زراعية فزادت مساحة الأرض ، فتكون تلك الزيادة من حق المشتري ولا يدفع مقابلها شيئا للبائع ، حيث أن للمشتري نماء المبيع من وقت العقد وايضا له ثمراته (٦) .

وعليه نستنتج من ذلك بأن تغيّر المبيع قد يكون ضار وقد يكون ذلك التغيّر مفيدا ، ويختلف الأثر المترتب عليهما باختلاف المتسبب في حصول التغيّر الذي لحق بالمبيع .

(١) د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص ١٥٨ .

(٢) د. كمال ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد البيع ، دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية ، ط ٢ ، بدون مكان نشر ، ١٩٧٦ ، ص ١٧١ .

(٣) د. عبد المنعم البدرائي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

(٤) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص ١٧١ .

(٥) د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، ط ١ ، مطبعة منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢٢ .

(٦) نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

المبحث الثاني

صور تغير المبيع

أن التغيرات التي تطرأ على المبيع كثيرة ، تحدث في مقومات المبيع المادية ، فقد يكون هذا التغير في كل أجزاء المبيع كما لو كان هلاك كلي يحصل للمبيع فيغيره أو قد يكون هذا التغير في جزء من أجزائه فقط، كما لو حصل عيب في المبيع أو فوات لوصفه أو نقص أو زيادة في مقداره ، كما يمكن أن يكون تغير بهلاك جزء منه ، وعليه سوف تقتصر بتقسيم هذا المبحث على مطلبين ، المطلب الأول :يتضمن التغير بالعيب وفوات الوصف ، أما المطلب الثاني فهو تغير المبيع بمقداره والتغير بهلاكه ، وكما يأتي :

المطلب الأول

التغير بالعيب وفوات الوصف

أن المشتري لا يرغب في اكتساب ملكية المبيع فقط وإنما يهدف إلى إشباع حاجاته ويتم ذلك من خلال حصوله على مبيع يخلو من العيب و يتصف بصفات تلئم احتياجاته فقد يشترط المشتري شرط يلزم بموجبه البائع بتقديم مبيع يتصف بصفات معينة تحقق له الأغراض التي يريدها من العقد وقد تكون دافعا له في التعاقد أو أن المبيع يحتوي على صفات مرغوب فيها يؤدي تخلفها إلى فوات الغرض من عقد البيع وهذه الصورة الأولى ،أما الصورة الأخرى من صور تغير المبيع هو حدوث عيب في المبيع حيث يجب أن يكون ذلك العيب خفي ومؤثر في المبيع ، وان العيب الخفي الموجب لضمان البائع هو ذلك العيب الذي يكون في المبيع وقت التسليم ، ويجعل المبيع على غير الصفات المتفق عليها في العقد ، أو أن يؤدي هذا العيب إلى نقص في قيمة المبيع ،أو يجعل المبيع غير صالح للاستعمال للغرض الذي اعد من أجله ، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول هو :تغير المبيع بالعيب ، أما الفرع الثاني فهو تغير المبيع بفوات الوصف، وكما يأتي :

الفرع الأول

تغير المبيع بالعيب

أن التغير الحاصل للمبيع بسبب العيب يتطلب بيان تعريف العيب ومن ثم بيان شروط العيب التي تؤدي إلى تغير المبيع ، وكالاتي :

أولاً : تعريف العيب

عرف الفقهاء المسلمين العيب، ومنهم فقهاء الجعفرية^(١)، فقد عرفوه على أنه (كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب).

أما فقهاء الحنفية^(٢)، فقد عرفوه بأنه (ما يخلو عنه أصل الفطره السليمة مما يعده ناقصاً) ، وعرفوه تعريف آخر على أنه (كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً)^(٣) .

كما عرفه فقهاء المالكية^(٤) ، على أنه (ما جرت العادة السلامة منه مما ينقص الثمن أو التصرف أو المبيع أو يخاف عاقبته) .

أما فقهاء الشافعية^(٥)، فقد عرفوه على أنه (كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه).

ويمكن أن نستخلص من خلال تعريفات الفقهاء النقاط الآتية :

١- أن العيب الذي يثبت للمشتري رد المبيع هو الذي من شأنه أن ينقص الثمن، أو عين المبيع، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مقدار النقص الذي يمكن المشتري من رد المبيع بالعيب، فالحنفية اجازو الرد للمشتري حتى وان كان النقص يسيراً^(٦)، بخلاف جمهور الفقهاء، فلم يجيزو الرد إلا إذا كان النقص جسيماً، أما النقص اليسير فلا رد فيه^(٧).

(١) محمد حسين كاشف الغطاء، ج١، تحرير المجلة، مصدر سابق، ص ٥٥٢.

(٢) أبين عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٠ . ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق ص ٥٨-٦٣ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤.

(٤) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

(٥) الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصدر سابق ، ص ٥٧ . زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، اسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي ، بدون سنة طبع ، ص ٦٠ .

(٦) أبين عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، المصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٠ . ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر سابق ص ٥٨-٦٣ . الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥ ، المصدر سابق ، ص ٢٧٤.

(٧) محمد حسين كاشف الغطاء، ج١، تحرير المجلة ، المصدر السابق ، ص ٥٥٢. الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، المصدر السابق ، ص ١١٢ . الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المصدر سابق ، ص ٥٧. الأنصاري ، اسنى المطالب شرح روض الطالب، المصدر السابق، ص ٦٠ .

٢- يتفق الفقهاء في أن المرجع لمعرفة ما إذا كان العيب منقصاً لعين المبيع أو قيمته، هم أهل الخبرة والشأن من التجار والصناع^(١)، وإن كان الشافعية قدموا غالب الناس في الوقوف على الغرض الصحيح على أهل الخبرة، إلا أنهم ردوا الأمر إلى أهل الخبرة في حالة عجز أغلب الناس^(٢).

وأما تعريف العيب في الفقه القانوني فقد عرفه على أنه (صفة بالشيء يخلو مثله منها عادة وينقص وجودها من قيمته أو منفعته)^(٣).

وأما بالنسبة لموقف القوانين المقارنة فلم تنص على تعريف صريح للعيب، إلا أن القانون المدني العراقي قد أشار إلى معيار العيب المؤثر في المادة (٢/٥٥٨) منه التي نصت على أنه (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه) .

وعرف العيب بأنه آفة طارئة تجعل المبيع مختلفاً عن حالته الطبيعية في الوضع العادي، وهذا لا يعني أن تقدير وجود العيب أو عدم وجوده امراً ثابتاً في جميع الأحوال ، بل أن هذا التقدير يختلف باختلاف أغراض الأشخاص واستخدامهم للأشياء ، فما يعد عيباً في مبيع لاستخدامه في غرض معين ، لا يعد كذلك في حالة استخدامه لغرض آخر ، فمثلاً الخشب المتصدع يعد معيباً إذا كان الغرض من استخدامه في البناء أو الصناعة ، ولا يعد معيباً إذا كان الغرض من استخدامه للوقود مثلاً^(٤).

وقد عرف العيب أيضاً بأنه النقيصة الموجودة في المبيع والتي لا تظهر بالكشف عليه وتمنع المشتري من استعماله وفقاً للغاية المعدة له، أو بصوره أخرى أن العيب الخفي هو النقيصة التي تصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتماً في كل الأشياء المماثلة^(٥).

وعليه فإن العيب يأخذ شكلاً موضوعياً ، حيث ينظر إلى صلاحية المبيع في ذاته وقدرته على تحقيق الغاية المقصودة منه أو الغرض^(٦) .

أما موقف القانون المدني المصري في المادة (١/٤٤٧) نص على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي يكفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفاده مما هو مبين في

(١) (أبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٠ . ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق ص ٥٨-٦٣ . الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ . محمد حسين كاشف الغطاء ، ج ١ ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ص ٥٥٢ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

(٢) (الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصدر سابق ، ص ٥٧. الأنصاري ، اسنى المطالب شرح روض الطالب، مصدر السابق، ص ٦٠ .

(٣) د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١ ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٣٠٥ .

(٤) د. جميل الشرفاوي ، مصدر سابق، ص ٢١١ .

(٥) د. اسعد دياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، ج ١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٢٦ .

(٦) د. جميل الشرفاوي، مصدر السابق ، ص ٢١١ .

العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده) .

وعلى أساس هذا النص فإن الفقه المصري يفرق بين صورتين من صور العيب الخفي وكالاتي:

أ- الصورة الأولى:

وهذه الصورة أشارت إليها محكمة النقض المصرية^(١) ، حيث قررت أن العيب الذي يترتب عليه الضمان هو العيب الخفي أو الأفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء المبيع، وعلية يعتبر من قبيل العيب الخفي وجود تسوس في الخشب أو وجود شروخ في الجدار وما إلى ذلك، ويلاحظ هنا أن العيب الخفي يأخذ معنى موضوعي، إذا أنه ينظر صلاحية المبيع في ذاته وقدرته على تحقيق الغرض أو الغاية المقصودة منه، وتكون تحديد تلك الغاية وارده في العقد باتفاق المتعاقدين، أو ظاهره من طبيعة الشيء المبيع، أو الغرض الذي اعد له^(٢).

ب- أما الصورة الثانية :

وتكون هذه الصورة في البيع الذي يرد على شيء معين بذاته _ وذلك لأن الأشياء المعينه بالنوع (المثلثية) يمكن أن يتدارك العيب فيها من خلال استبدال الجزء المعيب بشيء آخر من نفس النوع _ فقد يشترط المشتري توافر صفة معينة في المبيع، فعند تخلف هذه الصفة يعتبر عيب في المبيع، ويجوز للمشتري الرجوع للبائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، مع أن تخلف هذه الصفة لا تجعل المبيع غير صالح للاستعمال المقرر له عادة^(٣).

أما موقف القانون المدني الأردني فقد عالج أحكام العيب في موضعين، الأول في القواعد العامة في موضوع خيار العيب (المواد من ١٩٣-١٩٨) والآخرى في عقد البيع في (المواد من ٥١٢-٥٢١) حيث نصت المادة (٢/٥١٢) على أنه (تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية).

وعليه فإن العيب الذي يوجب عليه الضمان هو ما ينقص قيمة المبيع بمنظور أهل الخبرة والتجار أو تفوت به مصلحه معتبره في تقدير المشتري^(٤).

أما في القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (١٦٤١) منه على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له، أو التي تنقص بشدة هذا الاستعمال بحيث أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه ثمناً أقل لو علم به) .

(١) قرار محكمة النقض المصرية ، جلسه ١٩٤٨/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفني -الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ القاعده رقم ٢٩٦ ، ص ٥٨٧.

(٢) د. أحمد عبد العال ابو قرين ، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٨٦.

(٣) د.عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، بدون مكان طبع ، ١٩٦٧ ، ص ٢٩١ .

(٤) مطلوب كافي عبد الله ، التزامات البائع بضمان المبيع في القانون المدني العراقي ، رسالة تقدم بها إلى المعهد القضائي -القسم المدني ، ١٩٩٠ ، ص ٩١.

ثانياً : شروط العيب

بعد أن بينا العيب على أنه ما خلت منه الفطره السليمة للمبيع، فأى زيادة أو نقص يحصل على تلك الفطره يؤدي إلى تعيب المبيع، إلا أنه هناك شروط لابد من تحققها لقيام مسؤوليه البائع وهي كالتالي :

١- أن يكون العيب قديماً :

ويشترط لاعتبار العيب قديماً عند الفقهاء ،أن يكون هذا العيب قد حدث قبل أن يقبض المشتري المبيع ، فإذا حدث العيب بعد العقد وعند قبض المشتري للمبيع ، فيكون هنا العيب حادثاً ، والمشتري وحده يتحمل مسؤوليه ذلك ولا علاقة للبائع به ، ففقهاء المالكية قالو (شرط الرد بالعيب هو ثبوته في زمان ضمان البائع)^(١) ، فإذا كان العيب قد حدث في المبيع قبل انعقاد البيع ، وهذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء فيها باعتبار العيب قديماً ، والبائع هنا هو الذي يضمن العيب ويتحمل الخسارة الناتجة عن التعيب . أما إذا كان العيب قد حدث في المبيع بعد القبض ، وفي هذه الحالة أيضاً اتفق الفقهاء على اعتباره عيباً حادثاً ، والضمان يقع على المشتري ، لأن ملكية البائع قد زالت بعد أن تملك المشتري المبيع^(٢).

أما إذا كان العيب قد حدث في المبيع بعد العقد وقبل أن يتم القبض ، وقد انقسمو الفقهاء في هذه الحالة إلى فريقين : الفريق الأول يرى أن يعد ذلك عيباً، لأن المشتري لم يتسلم المبيع بعد، وهذا رأي الجعفرية^(٣)، والحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

وأما الفريق الثاني : يرى أن هذا العيب هو عيب حادث ، وذلك لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد . وهذا رأي المالكية^(٦).

أما في القانون يشترط ليكون العيب قديماً ، الاتي :

أن يكون العيب موجوداً وقت التعاقد أو بعده وقبل التسليم، وهذا ما جاء في المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

ويتضح من ذلك بأن القانون العراقي اعتمد على التسليم كحد فاصل بين ضمان البائع و ضمان المشتري للعيب، فالعيب الذي يحدث قبل التسليم فهو في ضمان البائع أما ما يحدث بعد

(١) الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

(٢) . السرخسي المبسوط ، مصدر سابق ، ج ١٣ ، ص ٣٢ . الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٧٨ . محمد بن باقر بن محمد مؤمن السبزاوي ، كفاية الأحكام ، ط ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٢٨ هـ ، ص ٤٧٥ ، الحاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

(٣) السبزاوي ، كفاية الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٤٧٥ .

(٤) كمال الدين بن عبد الواحد (أبن همام) ، فتح القدير ، ج ٦ ، دار الفكر ، بدون سنة طبع ، ص ٣٥٦ . السرخسي المبسوط ، مصدر سابق ، ج ١٣ ، ص ٣٢ .

(٥) الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٧٨ . الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٩٣ .

(٦) عليش ، منح الجليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ . الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

التسليم فيقع في ضمان المشتري، إلا إذا ظهر بعد التسليم وكان يستند إلى سبب وجد قبل التسليم، ولم يفرق القانون المدني العراقي بين الأشياء المعينة بالذات والأشياء المعينة بالنوع من حيث الحكم^(١).

٢- أن يكون العيب مؤثراً

يكون العيب مؤثراً عند الفقهاء بأن يكون فاحشاً وجسيماً ولا يعتد بالعيب اليسير غير المؤثر ، الذي لا يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع أو منفعة لدى المشتري ، اذ يترتب على هذا الشرط عدم ثبوت الخيار للمشتري لانعدام الجسامه اذ وضع الفقهاء ضوابط لتحديد جسامه العيب :

الضابط الأول : إلا يكون العيب مما يتسامح فيه عرفاً

ويعني ذلك لكي يكون العيب جسيماً أن لا يتسامح فيه بين الناس ، واما اليسير فهو ما يتسامح به عادة بين الناس وهي تبعات تلحق المبيع كالرطوبة في جدران البيت فهذا لا يعد عيباً جسيماً بل هو عيب يسير غير معتبر ، لأن العرف العام لا يأخذ به ولا يترتب عليه تبعات العيوب، وذلك ما جاء عند فقهاء المالكية (عيوب الدار ثلاثة اقسام يسير لا ينقص ثمنها فلا ترد به ولا يرجع بقيمته كسقوط شرافة ، وخلع بلاطه)^(٢) ، وذلك لكثرة وقوعه في البيع بين الناس .

الضابط الثاني : أن لا يتمكن من إزالة العيب دون تعب :

إذا تمكن المشتري من إزالة العيب دون مشقه فلا يعد ذلك عيب جسيم ، ولا يخول لصاحبه خيار الرد ، وذلك لأن وصف الجسامه يقتضي بذل مجهود ، وفوات منفعه ، إذا لا يكون عيباً مؤثراً إذا امكن ازالته بسهولة ، وهذا ما جاء به فقهاء الحنفية (يشترط للرد في العيب أن لا يتمكن من ازالته بدون مشقه ، فإن تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ، ونجاسة الثوب ، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص ، فلو اشترى ثوبا فوجد فيه دما أن كان إذا غسله من الدم ينقص الثوب كان عيباً لوجود حده ، والا لا يكون عيباً)^(٣).

أما في القانون فالعيب المؤثر يكون بانه العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع، فهنا معيار العيب موضوعي، ويعبر القانون المدني العراقي عن هذا الشرط في المادة (٥٨٨) التي تنص على أنه (ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان في امثال المبيع عدمه) .

وفي القانون المدني المصري يظهر المعيار الموضوعي بوضوح من خلال الضوابط التي وضعها في المادة (١/٤٤٧) ، التي أشارت إلى النقص في قيمة المبيع أو منفعة على حسب الغاية المقصودة التي اتفق عليها الطرفان في العقد، أو بحسب طبيعة الشيء أو الغرض المعد لاجله، فالعيب اذن من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية أو منفعة المادية، فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن يؤدي إلى نقص في منفعة، ويمكن أن ينقص العيب من منفعة الشيء من دون أن ينقص من قيمته، مثلاً أن يكون المبيع اله ميكانيكيه فيها عيب خفي يجعلها غير

(١) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع والأيجار والمقاوله ، الناشر العاتك لطباعة الكتاب ، القاهرة ، وتوزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ١٣٢ .

(٢) منح الجليل ، عيش ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .

(٣) فتح القدير ، ابن همام . ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥ .

صالحه لبعض المنافع ولكنها مع ذلك محتفظة بقيمتها المادية بحيث لو كان المشتري يعلم بالعيب وقت التعاقد لما أبرم العقد أو أنه لا يقبل الشراء بالثمن الوارد بالعقد وإنما بثمن أقل^(١).

أما موقف القانون المدني الفرنسي فأخذ بمعيار واحد فقط وهو العيب الذي يؤدي وجوده في المبيع إلى فوات المنفعة أو النقص منها دون أن ينص على العيب الذي ينقص من ثمن المبيع^(٢).

أما في القانون المدني الأردني فلم يتناول هذه المسألة وإنما فقط أشتراط في المادة (١٩٤) التي تنص على خيار العيب بأن يكون العيب (قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه) .

وهو بذلك لم يتطرق إلى تخلف الوصف الوارد في القانون المدني المصري، ولا إلى فوات الغرض الصحيح الذي نص عليه القانون العراقي.

وقد يحدد المشتري ويبين الأغراض المقصودة من المبيع، فيجب أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً هي منافع مقصودة، فإذا وجد في المبيع عيب خفي يخل من هذه المنفعة اختلافاً محسوساً يحق للمشتري أن يرجع على البائع بضمان العيب الخفي، ولا يشترط أن تكون تلك المنافع التي ذكرها المشتري في العقد هي منافع مألوفة ، فمن الممكن أن تكون منافع أخرى قصد إليها فكلها البائع، كما أن البائع غير مسؤول عن عيب جرى العرف على التسامح فيه^(٣).

ويتبين من ذلك أن هنالك معيارين في تحديد العيب المؤثر، **المعيار الأول** : هو معيار النقص في القيمة الذي يمكن التعرف عليه من خلال تحديد قيمة المبيع في الأسواق، و**المعيار الثاني**: هو معيار النقص في المنفعة الذي يتحدد على أساس الغرض الذي قصده المشتري من المبيع دون النظر إلى قيمة المبيع في الأسواق، ويتم التعرف على هذا الغرض من خلال طبيعة المبيع أو شروط العقد التي اتفق عليها المتعاقدان، فمثلاً من يشتري منزلاً يكون الغرض منه هو السكن ما لم يشترط غير ذلك كما لو أراد استخدامه كمكتب، ومن يشتري سياره يكون الغرض منها هو التنقل فيها، ما لم يشترط غير ذلك كان يستخدمها للسباق^(٤).

٣- أن يكون العيب خفياً :

يشترط من أجل أن يكون العيب خفياً عند الفقهاء المسلمين ، بأن يكون المشتري غير عالماً بالعيب وقت انعقاد العقد ولا عند القبض ، ويضيف الفقهاء شرط الخفاء هو أن يكون غير معلوم للمشتري ، فإذا ثبت أن المشتري قد اطلع على العيب وعلم به ، سواء اطلع عليه بنفسه أو قام البائع بإخباره ، فهنا يفقد حقه في خيار العيب لأن علمه بالعيب قبل القبض دليلاً على رضاه بالعيب ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء^(٥) .

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ، المجلد الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٧١٨ .

(٢) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٧٢١ .

(٤) د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ ، الهيثمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ص ٣٦١ . ابن حزم ، المحلى بالآثار ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

ولا بد من الاشارة إلى أن العيوب التي تصيب المبيع ليست على درجة واحدة وانما عيوب المبيع تكون على نوعين :

وهو ما يكون واضح لا يخفى على أي عاقل يدرك الامور ، فمثلاً يستطيع أن يحكم على القطعه المكسوره بانها معيبه ، والسلعه المختلفه عن مثيلتها بانها ناقصة القيمة .ومن العيوب ماهو خفي لا يدرك إلا بامعان النظر ودقة الملاحظه أو خبرة الخبير ، فمثلاً من يشتري ذهب على أنه من عيار معين ، فيختبره عند الصائغ فيكتشف أنه غير العيار المطلوب ، فيعد لك عيباً خفياً ، ونص المالكية على الخيار بالعيب الخفي فقط ، حيث قالو بأن الرد يحصل بالعيب الخفي أو العيب الذي يظهر بالتأمل دون غيره^(١) .

وحالات خفاء العيب عند الفقهاء هو أن خفاء العيب في المبيع قد يكون بسبب جهل المشتري بالعيب ، كان يشتري شيئاً ويرى الصفه المعيبه فيه ، لكنه لايعد بأن هذه الصفه عيباً ، أو أنه يعلم بانها عيب لكنه يظن انها لا تنقص من قيمة المبيع . ويفرق في هذه الحالة بين العيب الذي يكون مشتهراً لا يخفى بين الناس فلا يثبت فيه للمشتري ضمان العيب ، وبينما إذا كان العيب من الصعوبه التعرف عليه إلا من قبل أهل الاختصاص فيثبت له ضمان العيب في هذه الحالة^(٢) .

وأن يقوم البائع باخفاء العيب عن المشتري ، ويبين له سلامته من العيب ، أو أن البائع يعلم بالعيب لكن يسكت عنه ولا يخبر المشتري بوجود عيب في المبيع ينقص من قيمة المبيع عند التجار ، والمشتري لا يعلم بذلك العيب^(٣) .

أما شرط خفاء العيب في القانون ، هو أما أن يكون العيب ظاهراً أو خفياً، والعيب يعد ظاهراً إذا كان بادياً للعيان، أو أنه غير بائن لكن إذا فحص المبيع من قبل المشتري يسهل عليه اكتشاف وجود العيب، وتتطلب العناية المعتادة في فحص المبيع عند تسلمه، فيكون من المفروض أن المشتري قد فحصه وبذل العناية المطلوبة وبين وجود العيب إلا أنه سكت ولم يعترض، فإن سكوته هذا يعد نزولاً عن حقه ، ولا يحق له بعد ذلك أن يثبت أنه لم يقم بفحص المبيع فعلاً^(٤) .

فإن المطلوب منه هو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد وقت التسليم فإذا لم يفعل ذلك يعد مقصراً وبذلك هو وحده من يتحمل تقصيره، ويعد فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد قرينه على أن المشتري رأى العيب وقت التسليم، وهي قرينه غير قابله لاثبات العكس^(٥) .

ولا تقع مسؤولية على البائع إذا كان البائع قد اثبت أن العيب كان من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد، لكن لا يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت المشتري أمرين وهما :

(١) عليش، منح الجليل، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

(٢) أبن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٧، مصدر سابق ، ص ٦٣ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٣) المغني ، ابن قدامه ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٤) د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج ١ ، البيع ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ١٤٩ .

(٥) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ .

أولاً : هو أن البائع اكد للمشتري خلو المبيع من العيب المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع، ذلك بعد اتفاق ضمني بين المتعاقدين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر في المبيع، ويعتمد المشتري على تأكيد البائع بخلو المبيع من العيب ولا يفحص المبيع ومعتداً كذلك على أن البائع قد ضمن هذا العيب فإذا ظهر في المبيع يرجع عليه بالضمان.

ثانياً : وهو أن البائع تعمد اخفاء هذا العيب غشاً منه، وبذلك يكون قد ارتكب خطأ اكبر من خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة عند التسليم، ويعتبر العيب في هذه الحالة خفياً ولو كان من المستطاع تبينه بالفحص المعتاد.

كما يشترط لا اعتبار العيب خفياً وفقاً لنص المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٤٧) من القانون المدني المصري هو أن لا يكون المشتري عالماً بوجود العيب وقت التسليم ولا يكون بأستطاعته أن يتبين وجوده لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، أما إذا كان المشتري يعلم بوجود العيب بحسب خبرته الشخصية ، أو الاستعانة بخبير، فهنا لا يحق له الادعاء بخفاء العيب حتى وان كان خفياً، لأن المشتري قد اقدم على شراء المبيع مع علمه بوجود العيب ويعد ذلك دليلاً على أنه عند تحديده للثمن قد راعى وجود هذا العيب، إلا أنه لا يؤثر في قيمة المبيع أو منفعة^(١).

وقد يتطلب فحص المبيع الاستعانة بخبير، فيمكن للمشتري أن يستعين بخبير كونه لم تكن عنده الخبرة الكافية، فقد يكون المشتري ليست له خبره في امور المباني مثلاً فيستعين بخبير من المهندسين لفحص المبيع، فإذا فحصه شخصياً في هذه الحالة امتنع عليه الرجوع على البائع بضمان ما يضره من عيب، وذلك لأن هذه العيوب تكون ظاهره يمكن اكتشافها لو رجع في مثل هذه الاحوال إلى أهل الخبرة^(٢).

وهناك عيوب من الصعب كشفها سواء على المشتري العادي أو الخبير، لأنها لا تظهر إلا بعد استعمال المبيع لفترة طويلة وخاصة بالنسبة لعيوب السيارات التي لا تظهر إلا بعد فتره من الاستخدام^(٣)

وعليه فإن العيب الموجب للضمان يكون على صورتين ، الصورة الأولى هو ماكان منقص لقيمة المبيع ، وهذا ما جاء في المادة (١/٥٥٨) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة) ، أما الصورة الثانية فهو ماكان مفوت لغرض صحيح في المبيع ، دون أن يؤدي إلى النقص في قيمته ، وهذا ما عبرت عنه في المادة السابقة (أو مايفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه ، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده ، هو في يد البائع قبل التسليم) .

ويختلف التغير بالعيب عن التغير بالنقص ، وهذا ما جاء في أحد قرارات محكمة تميز العراق الذي نص على : (....لأن نقص المساحة لا يعد عيباً في البيع ، لأن العيب يكون ذاتياً أو

(١) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ .

(٢) وليد محمد بخيت الوزان ، ابراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع ، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية الحقوق -جامعة الشرق الاوسط ، الأردن، ٢٠١١، ص ٢١ .

(٣) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

طارئاً في المبيع مع بقاء مساحته كاملة أن كان من المزروعات حين البيع^(١) ، أن النقص المذكور في القرار يعد تغيّراً في مقدار المبيع ، حيث ظهر نقص في المبيع عند التسليم عما هو متفق عليه في العقد .

الفرع الثاني

تغير المبيع بفوات الوصف

قد يرغب المشتري بأشترط صفه في المبيع تميزه عن غيره، وتحقق له منفعة قد لا تتوفر في المبيع الذي لا يحتوي على هذه الصفه كان يشترط أن تكون السيارة ذات لون معين، أو موديل معين، أو يشترط أن يكون الفرس سريعاً، وفي كثير من الاحيان يكون ذلك الوصف هو الدافع للشراء، ولو تخلف ذلك الوصف لما اتم البيع، وعليه فإن الوصف المشروط في المبيع، هو صفه أو ميزة مرغوبه يشترطها المشتري في المبيع ويتراضى عليها مع البائع عند ابرام العقد وقد تقابل شيء من الثمن، وان اشترط الوصف في المبيع يعد من الشروط الجائزة في العقد، ويجب أن لا تتعارض هذه الشروط مع اصل العقد^(٢).

ولكي نقف على تعريف فوات الوصف ،لابد من بيان معنى الوصف أولاً ومن ثم بيان فوات الوصف ، وكالاتي :

أولاً: تعريف الوصف

يعرف الوصف في الفقه على أنه (كل ما يدخل في البيع من غير تسمية مثل الشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون)^(٣).

وقد عرف الوصف كذلك بأنه (الأعراض القائمة بموضوعاتها الخارجية كالكميات والكيفيات من عوارض الأوصاف..... ، وهذه الأوصاف هي الدواعي والبواعث إلى الرغبة في اقتناء موصوفاتها وهي وان كانت لا تقابل بالأعواض، ولكن باعتبارها تختلف الأعواض دائماً زيادة ونقصاً.....)^(٤).

وان أهم شروط الوصف المعتبرة في المبيع عند الفقهاء المسلمين هي :

حيث يتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط والضوابط التي لا بد من توافرها في الوصف المتعلق بالمبيع حتى يصح اشتراطه، ومن ذلك^(٥):

١- أن يكون الوصف المرغوب موافقاً للشرع :

(١) صدر هذا القرار بالعدد ٥٩٣/مدنية اولى /١٩٧٥ في ١٩٧٦/٢/٣ ، مجموعة الأحكام العدلية ، ١٤، السنة السابعة ، ١٩٧٦، ص ٥٤.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، مجلد ١ ، ج ٢ ، دار الكتب العربية ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٢٨١ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

(٤) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٤٣-٤٤ .

(٥) (السرخسي ، المبسوط ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٠ . أبن همام ، فتح القدير ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧ . الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

أن الأصل في الشروط التي تطرأ على العقد أن تكون موافقة للشرع غير مخالفة له، وهذا الأصل هو السند في إباحة اشتراط الأوصاف في المبيع عند العقد، لأن ما لا يقره الشرع لا يصح الالتزام به، كما لو اشترط (الكبش كونه نطاحاً أو اشترط الديك مناقراً أو اشترط الغناء في الرقيق)^(١)، فهذه الشروط هي أوصاف محظورة ومن ثم عند تخلفها لا يثبت خيار الوصف لأنه لا يمكن الوفاء بها^(٢).

٢- أن ينتفي الغرر عن الوصف المرغوب فيه (أي أن لا يكون الوصف مجهولاً) :

أن الوصف متى ما كان معلوماً قدراً ووجوداً عند العقد، أما إذا كان في الوصف جهالة واحتمالية الوجود أو العدم فلا يصح اشتراطاً، لما روي عن قول الرسول محمد صل الله عليه وآله وسلم (نهى عن بيع الغرر)^(٣).

٣- أن يكون الوصف مقصوداً في ذاته:

المقصود من هذا الشرط هو أن يكون المطلوب وجوده وصفاً، أما إذا كان ليس من قبيل الأوصاف كان تكون ملكية عين أخرى أو منفعة فلا يعد ذلك فواتاً للوصف، وإنما هو من الشروط^(٤)، ومن هنا ذهب الحنفية في الراجح من قولهم^(٥)، إلى أن فساد اشتراط كون الشاة حاملاً، لأن ذلك لا يعد وصفاً بل هو اشتراط مقدار مجهول من المبيع، وإن ضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولاً.

وذكر ابن عابدين في الوصف بانه ما يدخل تحت المبيع بدون ذكر كالأشجار والبناء والجودة^(٦)، وهذا ما أخذ به الجعفرية^(٧)، والمالكية^(٨).

أما عند بعض الشافعية^(٩)، فإن جواز اشتراط الحمل في الشاة وذلك لأن هذه الصفة تغلب عند مثيلتها من المواشي.

٤- أن يكون الوصف مرغوباً فيه:

ويعني ذلك أن العادة تحكم بأن هذا الوصف مرغوب فيه، وذلك لأنه يحقق مصلحة المشتري من الشراء، مثلاً يشترط في البقرة أن تكون حلوباً، وفي الفرس أن تكون سريعة، أما إذا كان الوصف المشروط ليس بمرغوب أصلاً كان يشترط في المبيع أن يكون معيباً، فيعتبر

(١) محمد بن حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٢٣، حققه علي الإخوندي، ط ٧، دار الكتب الإسلامية، بدون مكان وسنة طبع، ص ٢٦٢. الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٢) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج ١٠، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٣) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

(٤) أبين نجم، البحر الرائق، ج ٦، مصدر سابق، ص ٥٦٩.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٦) أبين عابدين، رد المحتار، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٦٩.

(٧) جمال الدين بن مكي العاملي، اللعة الدمشقية، ج ٣، دار العالم الإسلامي، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٥٠٥.

(٨) أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب)، مواهب جليل شرح مختصر خليل، ج ٦، ط ٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ هـ، ص ١٨٤.

(٩) الدسوقي، الحاشية، ج ٣، مصدر سابق، ص ٨٥.

هذا الشرط غير صحيح ولا تترتب عليه اي آثار، كما أنه يمكن أن يعرف بأن الوصف المرغوب فيه من خلال العرف القائم بين المتعاقدين يقضي بذلك حتى وان لم يشترطه، حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية في نص المادة (٤٢٠) على أنه (إذا اشترى شخص بقرة، وظهر بعد الشراء انها غير حلوب فإذا كان المتعارف أن شراء تلك البقرة انما هو لكونها حلوبا فللمشتري أن يردّها، أما إذا كان شراؤها للذبح فليس له ذلك) .

وتختلف اقوال الفقهاء في بيان الضابط الذي يحدد الوصف أن كان مرغوب فيه ام غير مرغوب، فالبعض منهم يرى بأن الوصف الذي يحقق غرض المشتري هو الضابط^(١)، والبعض الآخر من الفقة يرى أن الضابط في الوصف المرغوب فيه هو المالية لاختلاف القيم بوجوده وعدمه^(٢).

وهناك رأي عند فقهاء الشافعية رجح كون الغرض هو المقصود والمعتبر لأن بوجوده يحصل الوفاء بين الطرفين، وبضعفه يحصل الخلاف، وعليه فقد قسم بعض فقهاء الشافعية الأوصاف المرغوبة إلى قسمين^(٣) :

أ - وصف يتعلق به الغرض المقصود ويؤدي إلى ترتيب الآثار عليه، ويثبت الخيار عند تخلفه لصاحبه.

ب- هو وصف لا يتعلق به غرض مقصود، وإن اشترطه بدون فائدة.

٥- أن يكون الوصف مشروطاً في العقد :

من أجل أن يكون الوصف معتبراً فيشترط أن يقبل الطرفان به ويتفقا عليه، حيث أن المشتري يشترط الوصف الذي يريده عند العقد ويوافق البائع على ذلك الشرط، ذلك لأن هذا الوصف لم يكن في المبيع لو لا الشرط فيستحق ذلك في العقد^(٤)، وهذا يعني أن المشتري عندما يشترط وصفاً معيناً في المبيع وعند التسليم وجد المبيع خالياً من ذلك الوصف، كان له الحق في الرد، لأن البائع خالف شروط العقد وفوت عليه الوصف.

أما تعريف الوصف في القانون فإن القانون المدني العراقي لم ينص على تعريف للوصف، وانما تم ذكر مصطلح الوصف المرغوب فيه في الغلط المعيب للرضا، حيث نصت المادة (١١٧) على أنه (١- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فإن تخلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على اجازة العاقد، ٢- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت احمر فظهر اصفر أو بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري) ، وتقابل ذلك المادة

(١)الدسوقي ، مصدر السابق ، ص١١٣ .

(٢)الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص٦٧ .

(٣)النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٧١-٧٢ .

(٤)الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص١٣٧ .

(١٢٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١١١٠) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني.

وان الأوصاف قد تكون ذاتية أو اوصاف عرضية، فالأوصاف الذاتية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود الذات مثل سلامة المبيع من العيوب والأوصاف فهي بهذه الصورة الاصل فيها الوجود، أما الأوصاف العرضية فيشترط أن تذكر في المبيع وان اختلف فيها الاغراض والقيم، فهي ليس بالضرورة أن تلازم موصوفاتها بالوجود بل يكون وجودها طارئاً وعارض وان المبيع يخلو منها والاصل فيها العدم^(١).

ويتبين أن عدم وجود الصفه المرغوبة في المبيع لا يعد عيباً من حيث الاصل لأن المبيع قد يحتويها في البعض من افراد جنسه ، أما إذا اشترطها المشتري في المبيع وكانت هذه الصفه هي الدافعة إلى التعاقد ، ثم زالت عند التسليم ، فإن هذا عيب يستوجب الرد ، وذلك لأن فواتها ينقص من قيمة المبيع^(٢) .

وان هذه الأوصاف قد لا تذكر في العقد، وفي هذه الحالة لا يكون لتخلفها أثرٌ على العقد، كما أنه ممكن أن تذكر في العقد فتصبح جزءاً منه، إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي يذهب إلى أنه لا توجد مقابل بين تلك الأوصاف والعوض بغض النظر عن تأثير قيمة المبيع بالوصف، فانها تزداد بالوصف وان العقد لا يبطل عند تخلف ذلك الوصف، وإنما يصبح العقد غير لازم لتخلف الوصف المرغوب فيه^(٣).

ثانياً : أنواع الوصف

أن المبيع عندما يتصف بوصف معين والذي عند تخلفه يتحقق تغير المبيع قد يكون مرغوباً أو مشروطاً من المشتري بمقتضى شرط مقترن بالعقد ، وكالاتي :

١- الوصف المرغوب فيه :

لم تحدد التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي بشكل واضح مفهوم الوصف المرغوب أو الضابط في بيانه ، إلا أن القانون المدني العراقي قد أشار إلى مصطلح الوصف المرغوب فيه في المادة (١١٧) والتي تتعلق بالغلط ، إلا أن الجمع بين الوصف المرغوب فيه

(١) ايناس مكي عبد نصار ، ضمان فوات الوصف في المبيع ، رسالة ماجستير قدمت إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠١١ ، ص ١١ .

(٢) اياد عبد الحميد نمر ، التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام ، رسالة دكتوراة في الفقه وأصوله ، كلية الدراسات العليا _ الجامعة الاردنية ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٤-٨٥ .

(٣) ضمير حسين ناصر المعموري ، فوات المنفعة المقصودة من العقد ، دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير قدمت إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢ ، ص ٩١-٩٢ .

والغلط في مادة واحدة لا يستقيم ، وذلك للفرق بين الغلط وفوات الوصف المرغوب فيه من حيث الطبيعة والشروط والآثار^(١).

وأياً ما كان الأمر فقد عرف الوصف المرغوب فيه بأنه ما يدل على عمل فكري واتجاه الارادة إلى عمل معين^(٢).

والوصف المرغوب فيه أما أن يسمى في العقد صراحة ، كمن يشتري قطعة من الذهب الابيض ، وإذا هي تظهر بانها ذهب أصفر ، أو يمكن أن يستخلص الوصف المرغوب فيه دلالة ، وذلك من خلال طبيعة المعاملة أو الظروف المحيطة بها ، كما لو يتعامل مع شخص على أنه رسام فإن ملايسات الشهره تدل على أن الوصف المرغوب فيه هو الرسم^(٣) ، أو من خلال العرف اذ يمكن أن يستخلص فيما إذا كان الوصف مرغوب فيه ام لا، كمثّل لو دل عرف بلد معين على أن اللون الابيض مرغوب في السيارات ، فإذا ظهرت بانها ليست بيضاء فيتحقق هنا فوات الوصف المرغوب فيه^(٤) .

إلا أنه قد وجه انتقاد إلى هذا التعريف بأنه لم يشر إلى ماهية الوصف المرغوب فيه وجعل اتجاها الارادة هو من يحدد امر معين بأنه من قبيل الوصف المرغوب فيه، وكذلك لم يحدد الوصف المرغوب فيه يجب توافره في الشيء المبيع، وفي غيره لأن هذه الصفة يمكن أن ترد على اوصاف المتعاقد فيؤثر ذلك على ما يتصف به من صفات ومزايا على المتعاقد الاخر فيتعاقد معه دون غيره^(٥).

أن معيار الوصف المرغوب فيه هو معيار موضوعي يتجسد أما من طبيعة العقد وظروفه أو من خلال العرف السائد، فقد يكون ذلك الوصف قد تم اشتراطه صراحة في العقد، أو يمكن الاستدلال إلى ذلك من ظروف العقد كمن تعاقد مع فنان مشهور بمهارته في الرسم، وايضا يمكن الاستدلال إلى ذلك الوصف من خلال العرف الذي يحدد ما إذا كان وصفاً معيناً مرغوب فيه أو لا^(٦).

واما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من معيار الوصف المرغوب فقد ذهب غالبية الفقهاء من الحنفية^(٧)، والجعفرية^(٨) ، والمالكية^(٩) ، بأنه يتمثل بتحقيق غرض العقلاء سواء كان فيه مالية ام لا، وإذا كان ذلك الوصف لا غرض له فيعد لغواً، ولا يوجب فيه خيار فوات الوصف، إلا أن

(١) نصت المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على اجازة التعاقد).

(٢) د.عبد المجيد الجكيم ، مصدر سابق، ص ١٥٠ .

(٣) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦.

(٤) علي حيدر ، المصدر السابق ، ص ٣٠٧.

(٥) د.ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص ١٧.

(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ . وانظر كذلك ، علي حيدر ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦ .

(٧) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ .

(٨) الحسن بن يوسف المطهر العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١١ ، مصدر سابق، ص ٨١.

(٩) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج ٣، ص ١٠٨.

فقهاء الشافعية^(١)، يرون في الوصف المرغوب فيه بقصد المالية وذلك لاختلاف قيمة المبيع بوجود ذلك الوصف من عدمه، وهذا يعني أن كل وصف منضبط فيه مالية وعند تخلفه يوجب الخيار للمشتري.

ويتضح مما سبق بأن الوصف المرغوب فيه في الفقه الاسلامي قد استمد المشرع العراقي احكامه وبعض القوانين المقارنة، وذلك استنادا إلى المادة (٣١٠) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٣٠١) من مرشد الحيران، حيث يأخذ بذلك الوصف إذا تضمن غرض يعتد به عقلا وإذا كان وصف غير مرغوب، وعليه فإن الضابط في الوصف هو ما يحقق غرض العقلاء، وذلك لأنه من الممكن أن يكون وصف مرغوب فيه بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخر حيث يحقق لهم مصلحة ومنفعة يعتد بها، وبخلاف ذلك يعد الشرط لغوا وعند تخلفه لا يثبت الخيار، ويتضح كذلك أن الوصف المرغوب فيه يمكن أن يذكر صراحة في العقد أو من خلال الظروف المحيطة بالعقد^(٢).

٢- الوصف المشروط :

أن المشتري قد يشترط اوصاف معينة في المبيع عند قيامه بأبرام العقد، تحقق له رغبته من التعاقد وضمان له في مواجهة البائع ، فالشرط الذي يضعه المشتري ويلتزم به البائع بتوفير صفة معينة في المبيع هو شرط اقتراضي وهو ما يتوقف عليه الشيء ويكون خارجا عن ماهية ذلك الشيء ويكون الغرض منه أن يلزم أحد المتعاقدين بصفة معينة يجب أن تكون في المبيع، وعلية فإن الشرط الاقتراضي لا يؤثر على وجود العقد فالعقد موجود بين المتعاقدين تام غير معلق وانما هذا الشرط أمر زائد على ما يقتضيه العقد وعارض يضاف إلى العقد بعد أن يكون موجود موجود وناظرا ويرتب أثرا واحدا وهو التزام البائع بتسليم مبيع يحتوي على الصفة التي اشترطها المشتري في المبيع^(٣) .

وعليه الشرط الذي يضعه المشتري في المبيع من أجل أن يكون فيه صفة معينة هو شرط يقتصر بالعقد ويختلف عن الشرط الذي يكون العقد معلقا فقد يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد أو فسخه، أو إلى استقرار العقد، أما الشرط المقترن في العقد فهو يقيد العقد بأضافة التزام إلى التزامات المشتري عليه بالاضافة إلى تغيير حكم العقد من اللزوم إلى عدمه ويعدل من اثاره^(٤).

ونصت إلى ذلك المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز أن يقتصر العقد بشرط يؤكد مقتضاة أو يلائمة أو يكون جاريا به العرف والعادة، كما يجوز أن يقتصر بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والاداب العامة والا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً) ، وعلية فإن المشتري إذا ما اشترط وصف معين في المبيع فيعد ذلك أمر طارئ حيث أن العقد موجود

(١) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

(٢) د. ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .

(٣) د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي ، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع ، بحث منشور في حولية المنتدى ، يصدرها المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة ، السنة الثانية ، العدد الثالث ، ٢٠٠٩ ، ص ٥ .

(٤) د. ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص ٢١ .

وصحيح ونافذ وهذا الشرط ما هو إلا امر عارض ولا يتعدى اثره سوى أن يكون هو التزام البائع بأن يسلم المبيع وفق الصفات المشروطة في العقد^(١).

ونرى من هذه المادة أن الشروط التي تقتزن بالعقد يجب أن تكون بما يلزم ما يقتضي العقد وكذلك الشرط الذي أخذ فيه بالعرف والعادة، وأما الفقرة الثانية فقد أشارت إلى الشرط الذي يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير إلا أنه يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في نص المادة (١٦٤) وعليه فإن اشتراط صفة معينة في المبيع تكون من ضمن هذه الشروط، فمثلاً يشترط شخص أن يكون جهاز الموبايل يحتوي على سعة تخزينية أكبر من المؤلف فعندما يشترط في العقد ذلك الوصف يكون البائع ملزم بتسليم المبيع يحتوي على هذه الأوصاف المشروطة وإذا تخلف عن ذلك تحققت مسؤولية البائع^(٢).

وان اشتراط وصف معين قد يذكر بشكل صريح في العقد أو قد يكون ضمناً، ويأخذ حكم الشرط كذلك وجود عرف يتطلب هذا الشرط أو وجود هذا الوصف في النموذج الذي تم البيع على أساسه إذ يقدم البائع عينة من المبيع تغني عن تعيينه ورؤية ، ويكون المشتري على علم بطبيعتها وأوصافها ويلتزم البائع بأن يسلم المبيع مطابقاً للنموذج^(٣) .

وهذا ما أشارت إليه المادة (٥١٨) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٤٢٠) من القانون المدني المصري والمادة (٤٦٨) من القانون المدني الأردني.

ويتبين مما تقدم أن الوصف الذي يشترط المشتري أن يتوافر في المبيع يكون على أساس شرط يقتزن بالعقد الذي يضاف إلى العقد أن يكون صحيحاً وناظراً، لا شرط يعلق عليه العقد، فيكون هذا الشرط متعلقاً عليه نشوء الالتزام وزواله كما يشترط أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة^(٤).

كما لم ينص القانون المدني الفرنسي على حكم تخلف صفة من صفات المبيع، حيث لم يشر إلا لضمان العيب^(٥)، وإن الفقه الفرنسي يشير إلى أن في حالة إذا ضمن البائع وجود صفة في المبيع وتخلفت هذه الصفة فإنه يمكن الرجوع عليه بالضمان^(٦).

(١) د.سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٦

(٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٥، مصدر سابق، ص ٦٢٨.

(٣) د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، مصدر سابق، ص ٧٣. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٧٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٠٢. د.حسن علي دنون، مصدر سابق، ص ٧٠. ايناس مكي عبد نصار، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٤) صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصف في عقود البيع، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٦٨. د. ايناس مكي عبد نصار، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٥) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

(٦) Jean Carbonnier – Droit civil – tome second – Les bien et les obligation Paris-1964 (١) p349 .

وكذلك المشرع العراقي لم يشر إلى موضوع تخلف الوصف، إلا أن مجلة الأحكام العدلية أشارت إلى ذلك في المادة (٣١٠) منها^(١)، وكذلك أشارت المادة (٣٨١) من مرشد الحيران إلى خيار الوصف^(٢).

وعليه نرى أنه قد يتغير الوصف المشروط في المبيع لإحدى صور التغير، وقد يكون هذا التغير ايجابيا كان يأتي المبيع على صفة أفضل واجود مما اشترط في العقد، كما أنه من الممكن أن يكون هذا التغير سلبيا كان يأتي المبيع دون الوصف المرغوب، أو قد يتخلف الوصف المشروط فيه، مثال ذلك كمن يشترط أن يكون مبدل الحركة في السيارة اوتوماتيكيا فإذا يظهر عند التسليم بانه يدوي، وبذلك تخلف الوصف المشروط عن المبيع وفات مصلحة المشتري ومقصده من المبيع، وعليه له خيار فوات الوصف في مقابل ذلك.

أذ أن فوات الوصف هو احدى الخيارات التي تعطى للمتعاقد ويثبت له هذا الخيار الحق في الاستمرار بالعقد أو فسخه ويسمى بخيار فوات الوصف ، فالمشتري عندما يشترط صفة في المبيع أو تكون هذه الصفة مرغوبة فيه فعند تخلف هذه الصفة لا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد وانما يختل لزمه بسبب تخلف خيار فوات الوصف الذي يشترط لتحقيقه أن يكون هذا التخلف داخلا تحت جنس المبيع ، فلو اشترط مثلاً أن يكون المبيع قطن فإذا هو يظهر بعد ذلك على أنه كتان فهنا يكون العقد غير صحيح وذلك لأختلاف الجنس^(٣) ، والضابط في اتحاد الجنس أو اختلافه هو عندما يختلف الجنس أو يتحد لكن مع اختلاف فاحش في التفاوت فهذه الحالة نكون أمام جنس جديد غير المتفق عليه وليس فواتا للوصف^(٤) ، كما يلزم لتحقيق الخيار هو أن لا يكون تخلف الصفة في المبيع عيباً وذلك يعد خيار للعيب وليس بخيار فوات الوصف^(٥).

ومن هنا يمكن أن يتغير المبيع إذا جاء على وصف أفضل وأجود من الوصف المشروط وهذا يعني تحقق نفع أكثر للمشتري، كمن يشتري جهاز حاسوب ويشترط حجم معين لسعته التخزينية، وعند تسلمة الجهاز تظهر له سعة التخزين اكبر مما اشترط.

وقد يكون المبيع قد جاء على وصف ادنى واقل من الوصف المشروط فيه مثال ذلك من يشترط في السيارة أن تكون من صنع هذه السنة وعند التسليم تظهر انها من صنع السنة الماضية، لذلك في هذه الحالات جميعا يتحقق تخلف الوصف المشروط أو الوصف المرغوب فيه في المبيع، والذي بدوره يؤدي إلى تغير المبيع^(٦).

ونرى كذلك أن يتغير المبيع عندما يأتي المبيع موصوفاً بوصف مغاير لما هو مشروط في العقد، وتحصل هذه الحالة عندما يشترط المشتري في المبيع وصفاً يرغب به فيأتي هذا الوصف

(١) نصت المادة (٣١٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (إذا باع مالا بوصف مرغوب فيه، فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف....) .

(٢) نصت المادة (٣٨١) من مرشد الحيران على أنه (إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خالياً عن الوصف الذي رغب المشتري فيه من أجله، فله الخيار بين اخذه بكل الثمن المسمى أو ردة بفسخ البيع) .

(٣) د. عبد الستار ابو غده، الخيار وأثره في العقود، ج١، ط٢، مطبعة مقهوي - الكويت ، ١٩٨٥ ، ص٧٢٧-٧٢٨.

(٤) د. سلام عبد زهرة عبد الله الفتلاوي، مصدر سابق، ص١٣ .

(٥) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء، ج٧، مصدر سابق ، ص٣٧١.

(٦) أياد عبد الحميد نمر ، مصدر سابق ، ص١٥٣ .

على درجة مماثلة له ولكن لا يحقق المنفعة التي ارادها من هذا الشرط، مثال ذلك يشترط المشتري عند شرائه للقماش أن يكون لونه اسود وعند تسلمه للمبيع يظهر لون القماش احمر، على الرغم من انها نفس المواصفات المطلوبة من حيث النوعية والجودة إلا انها جاءت مغايره لما اشترطه المشتري.

ونستنتج مما سبق بأنه تغير المبيع بفوات الوصف يتحقق عندما يأتي المبيع على وصف يختلف عما هو مرغوب فيه او وصف يختلف عما اشترطه المشتري في العقد فهنا يثبت الخيار للمشتري .

المطلب الثاني

تغير مقدار المبيع وتغير المبيع بالهلاك

أن من صور تغير المبيع التغير في مقداره وهو الزيادة او النقص في المبيع، وان الزيادة والنقص تلحقان بالمبيع، متى ما كان المبيع معيناً بالذات وقدم تم تعيين مقداره في عقد البيع ، وعندما يتم تعيين مقدار المبيع يصبح البائع ضامناً للمشتري في هذا المقدار المعين ، كما أن الهلاك الذي يطرأ على المبيع ويؤدي إلى التغير في المبيع يأتي بصور متعددة، فقد يكون قبل التسليم أو بعد التسليم، أو قد يكون نتيجة فعل المشتري أو البائع أو سبب أجنبي أو آفة سماوية، وقد يكون الهلاك في اجزاء المبيع كلها وهو الهلاك الكلي، أو قد يقتصر على بعض منها وهو الهلاك الجزئي للمبيع ، وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الأول : تغير المبيع بتغير مقداره ، أما الفرع الثاني ، سنتناول تغير المبيع بالهلاك ، وكالاتي:

الفرع الأول

تغير مقدار المبيع

استمد القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الأردني حكم تغير مقدار المبيع من الفقه الاسلامي حيث أشارت مجلة الأحكام العدليه لذلك في المواد (٢١٧-٢٢٩) (١)، حيث يتضح بأن البيع يكون صحيحاً كلاً ووزناً وذراعاً وعداً ، وكذلك يكون صحيح جزافاً أي بدون الوزن والعد والكيل ، سواء اكان المبيع يضره التبعض مثل فص من الالماس أو لا يضره التبعض مثل قطعة من القماش

(١) نصت المادة (٢١٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدييات والمزروعات كلاً ووزناً وعدداً وذراعاً ، يصح بيعها جزافاً أيضاً) ، ونصت المادة (٢٢٢) على أنه (انما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لاغيره) أما المادة (٢٢٣) من المجله فقد نصت على أنه (المكيلات والعدييات المتقاربه والموزونات التي ليس في تبعضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع سواء سمي ثمنها فقط أو بين وفصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حده ، إلا أنه وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع) .

،وان المبيع أما أن يكون معلوما ، لتعين مقداره وان كان بيعه جزافا فيكون معلوما بالاشارة اليه ،وان بيع المقدرات جملة مع بيان مقدارها و ثمنها يعد صحيحا في الفقه الاسلامي ، كان يقول البائع بعتك قطيع الغنم هذا على أنه عشرين راسا بمليون دينار ، فإذا ظهر المبيع تاما عند التسليم يكون البيع صحيح وإذا ظهر المبيع ناقصا أو زائدا فانه يختلف باختلاف المبيع إذا كان من المثليات التي يضرها التبعض أو لا يضرها التبعض^(١)، وقد تناولت المواد (٥٤٦-٥٤٣) من القانون المدني العراقي أحكام نقص والزيادة في المبيع ويقابلها المواد (٤٣٤-٤٣٣) من القانون المدني المصري ، والمواد (٤٩٢-٤٩٣) من أحكام القانون المدني الأردني ، والمواد (١٦١٤-١٦٢٣) من القانون المدني الفرنسي .

لذا سوف نبين تغير مقدار المبيع من حيث الزيادة والنقصان في الفقرتين الاتيتين :

أولاً : الزيادة في المبيع

الزيادة تعرف بمعنى النمو، وهو خلاف النقصان والزيادة في اللغة لا تخرج عن دائرة الكثرة والنمو، وهي توحى بمعنى الزيادة والذكاء^(٢).

واما في الفقه الإسلامي فالزيادة لا تختلف كثيراً عن اللغة، فمعانيها تدور حول الامتداد والنمو والتكلف والكثرة والادعاء، فالتغير بالزيادة عند الفقهاء يحصل في المبيع على أنواع، فالزيادة التي تعرض للمبيع تكون أما متصلة به أو منفصلة منه، وكل منهما أما متولده من المبيع أو غير متولده منه^(٣).

وان أقسام الزيادة في محل عقد البيع عند الفقهاء تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : وقد تنبأ جمهور الفقهاء، وهم فقهاء الحنفية^(٤)، وفقهاء الشافعية^(٥)، وفقهاء الجعفرية^(٦)، حيث يرون الزيادة تنقسم إلى زيادة منفصلة وهي

أولاً : زيادة منفصلة متولده من المبيع، كمن اشترى مزرعة دواجن فأنجت الدواجن فراخاً صغاراً، أو شجراً فأنثر وغير ذلك من الامثلة تكون الزيادة قيمة مما يتولد من اصل المبيع وانفصل عنه.

ثانياً : زيادة منفصلة غير متولده من المبيع، ومن امثلتها الجوائز التي تكون على بعض السلع، كان يشتري سجادة فيربح معه جائزة ما، وغيرها من امثلة الزيادات التي تتولد بسبب المبيع لا منه.

(١) منير القاضي، شرح المجلة، ج ١، مطبعة العاني والسرياني ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٢٧١.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨.

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ ومابعدا .

(٤) البحر الرائق ، ابن نجيم ، مصدر سابق ، ص ٥٦ . بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣.

(٥) الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٨٥ . الشرييني ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٥٧ . الأنصاري ، اسنى المطالب ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٦) جمال الدين الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١١ ، مصدر سابق ، ص ٤٧٤ .

أما القسم الثاني: وهو رأي فقهاء المالكية^(١)، حيث تنقسم الزيادة في المحل عندهم إلى قسمين :

١-زيادة عين المبيع ، وهذه الزيادة تكون على صورتين :

الصورة الأولى : زيادة في عين المبيع بسبب النماء الحاصل فيه كأرض مزروعة ينضج ثمرها، ويكبر شجرها وهذه الصورة من الزيادة عند المالكية تقابل الزيادة المتصلة المتولدة عند جمهور الفقهاء.

أما الصورة الثانية: وهي زيادة المبيع اي بمعنى هنالك اضافة للمبيع وهي أما أن تكون نماء خارج المبيع أو تكون زيادة في صفة أو صنعة ثانية في المبيع كصبغ قطعة قماش .

٢- زيادة قيمة المبيع

في هذه الحالة يكون التغير الحاصل في المبيع سبباً في زيادة قيمته على الرغم من بقاء عين المبيع على حالها دون تغير، مثلاً ارتفاع سعر محصول ما، بسبب حاجة الناس إليه، وبالتالي زاد الطلب عليه^(٢).

أما معنى الزيادة في القانون بانه حالة إذا زاد المبيع في يد المشتري بعد تسلمه من البائع كما لو كان شجراً فثمر، أو كان حيواناً فكبر أو ولد، فإن هذه الزيادة تكون للمشتري، لأن القاعده في هذا الخصوص هو أن ثمر المبيع ونماؤه حق للمشتري من وقت تمام البيع، ونصت على ذلك المادة (٢/٤٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه (وللمشتري ثمن المبيع ونماؤه من وقت تمام العقد، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره) .

والأمر نفسه في القانون المدني المصري أذ يرى أن السبب في تملك المشتري للثمار من وقت تمام البيع بانه اصبح مالكا للمبيع، وما دام قد اصبح مالكا فانه يملك ثمر ملكه ونماؤه^(٣).

فالمقصود من ثمرات المبيع بانها ما يتولد عنه ويتجدد بصفة دورية دون أن يقطع شيء من اصله، سواء اكانت هذه الثمار ماديه كمحصول الأرض الزراعية وثمار الحديقة ولبن الحيوان، ام ثمار مدنية كريع أو أجره المنزل والأرض^(٤).

وتختلف الثمرات عن المنتجات في أن المنتجات غير متجددة وتؤدي إلى الانتقاص من اصل الشيء، في حين أن الثمرات تتجدد بصفه دوريه دون أن يؤدي ذلك إلى الانتقاص من اصل

(١)الحطاب ،مواهب الجليل ،مصدر سابق ،ج٤ ،ص٤٤٧.عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٥،مصدر سابق، ص١٨٤. الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، مصدر سابق ،ص٤٤٧. عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعه ،ج٢، ط٢، دار الكتب العلميه ،بيروت-لبنان، ٢٠٠٣، ص١٥٠.

(٢)عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص١٨٤.

(٣)د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص٢٣٠.

(٤) د.عبد العزيز عامر ، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

الشيء، وان ثمار المبيع هو كل ما يستجد في المبيع ويضاف إلى أصله بعد البيع مثل كبر الحيوان^(١).

ومن الجدير بالذكر أن الزيادة الحادثة في محل العقد تكون بصور وأشكال متعددة فتأتي الزيادة متصلة بالمحل لا تنفك عنه أو متصلة يمكن انفكاكها، أو زيادة منفصلة عن المحل متولده أو غير متولده، وقد تكون زيادة متعلقة بقيمة المحل أو بعينه أو الاثنين معا.

ويكون ذلك في المثليات التي لا تضرها التبويض ، وهي الأشياء التي لا يحدث لها ضرراً عند تقسيمها ولا يترتب على نقصها عدم صلاحيتها للاستعمال أو التعامل^(٢) ، فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وتم تعيين مقداره في العقد ، فيصبح البائع ضامن للمشتري بالقدر الذي عينه في العقد ، فمثلاً تم تحديد أرض معينه مساحتها ألفي متر أو شي من الأشياء التي تعد أو توزن أو تقاس وبيعت جزافاً ، وعليه إذا ظهرت زيادة في المبيع فالمشتري له حق الرجوع على البائع^(٣).

ثانياً : النقص في المبيع

ورد معنى النقص في اللغة بانه الخسران في الحظ، والنقصان يكون مصدراً ويكون قدر الشيء الذاهب^(٤).

أما النقص في المبيع عند اصطلاح الفقهاء فهو لا يخلو من حالتين أما أن يكون قبل القبض والذي قد يحدث في يد البائع بسبب آفة سماوية أو بفعل البائع نفسه أو بفعل المبيع، أو بفعل أجنبي أو بسبب المشتري، والحالة الثانية يحصل النقص بعد التسليم.

حيث أن النقص الحادث في المبيع هو صفة سلبية تؤثر على المبيع فتتخفص قيمته، وتقل الرغبة فيه، وهنالك صور لنقص المبيع عند الفقهاء حيث تم تقسيمها إلى قسمين :

القسم الأول: وهو رأي فقهاء الحنفية^(٥) ، اذ يرون بأن :

- ١- نقص قدر أو أصل، وهذا النقص يؤثر على أصل المبيع، وينقص من قدره، مثال ذلك، أن ينقص جزء من المبيع بسبب آفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بتدليس من البائع كمن اشترى مجموعة كتب فقهيه ووجد فيها نقص كتاب.
- ٢- نقص وصف فمثلاً شخص اشترط اضافات معينه في المنزل، ووجده دون ذلك الوصف، أو اشترى قطع اثاث ووجد نوعية الخشب مختلفة عما هو مطلوب منه.

(١) د. محمد انور عبد العزيز عبد العال ، اثر تغير المبيع المعيب بالنقصان أو الزيادة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثالث والثلاثون ، المجلد الثاني ، ٢٠١٨، ص ٣٩٨ .

(٢) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٥٧٣ .

(٤) لسان العرب ، لابن منظور ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

(٥) ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ، ص ١٨٥ .
الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ .

القسم الثاني : وهو رأي فقهاء المالكية^(١)، وفقهاء الشافعية^(٢)، وفقهاء الجعفرية^(٣) ، حيث يقسمون النقص في المبيع على نوعين:

النوع الأول : وهو النقص في القيمة، ويكون:

- ١- عندما يحصل تغيّر في حالة المبيع في عينه، كان يمضي الوقت على سلعة ما ، فيقلل من رغبة الناس فيها، وان كان ذلك لا يؤثر على ذات السلعة وانما ينقص الكثير من ثمنها.
- ٢- اختلاف السوق، فيؤدي انخفاض الطلب على سلعه معينه إلى نقص قيمتها.

النوع الثاني : نقص في البدن، ويعني ذلك أن يتعرض جنس المبيع للنقص المادي، وهذا النقص على ثلاثة اشكال :

- ١-نقص يسير لا يؤثر في المبيع، مثل خدش بسيط يحصل في الاثاث المباع، وهو يسير لأنه لا ينقص من قيمة المبيع.
 - ٢-نقص متوسط يؤثر نقصه على المشتري، كنقص زاويه من قطعة اثاث خشبيه.
 - ٣-نقص كبير ومؤثر، قد يؤدي إلى تلف المبيع كعمى الشاه مثلاً.
- وقد يكون ذلك النقص من غير جنس المبيع كان يكون على الغنم اصواف وتذهب قبل الجز.
- وان النقص لا اثر له عند الفقهاء ما لم تتوافر فيه شروط معينة ، وهي^(٤) :-
- أولاً : أن يؤدي النقص في المبيع إلى نقص في القيمة وألا لا يكون له أثر .**
- ثانياً : أن يكون هذا النقص معتبر شرعا .**

واما بالنسبة للنقص في القانون فيمكن أن نبينه من خلال النصوص القانونية التي أشارت إلى التمييز بين المبيع أن كان معيناً بالذات وعين مقداره في العقد فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المتفق عليه، ومثال ذلك أن يكون المبيع قطعة ارض فيتم ذكر مساحتها في العقد ، وبين ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً مما يوزن أو يقاس وبيع جزافا وذكر مقداره اربعون كيلو من الرز مثلاً ، حيث أشارت إلى ذلك المواد (٥٤٣-٥٤٤) من القانون المدني العراقي ، و أيضاً المواد (٤٣٣/٢-٤٣٤) من القانون المدني المصري التي بينت بأن العقد إذا ما تضمن مقدار المبيع ، فالبائع هنا يكون مسؤولاً عن نقص المقدار ، وجاء ذلك في أحد قرارات محكمة النقض المصرية حيث نص على ما يأتي : (البائع يضمن للمشتري القدر الذي تعين بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة ، بل جعل المشرع

(١) عليش ، منح الجليل، ج٨، مصدر سابق ، ص١٦. الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ ، مصدر سابق، ج٤، ص٤٧.

الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص١٣١.

(٢) الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٣٦٣. الأنصاري ، أسنى المطالب، ج٢ ، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(٣) جمال الدين الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٢٧٤.

(٤) ناصر جميل محمد الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الاصدار الأول، مطابع الارز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان -الأردن ، ١٩٩٨ ، ص١٢٠ .

للمشتري الحق في هذا الضمان إذا وجد عجزاً في المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الاحوال ، طالما أن مقدار المبيع قد تعين في العقد^(١) ، وبمفهوم المخالفة فإن البائع لا يكون مسؤول عن نقص المبيع إذا لم يتم ذكر مقداره في العقد ، وهذا الحكم يشمل المبيع المعين بالذات والنوع^(٢).

ويمكن أن نلتبس صور النقص من خلال نص المادة (٥٢٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (من رأى شيئاً بقصد الشراء ، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه) ، حيث يلاحظ من الشق الاخير من نص المادة يثبت بأن المبيع قد يتغير بالنقص إذا أن خيار الرؤية المنصوص عليه هنا لا يثبت لمن كان قد رأى المبيع قبل العقد وكانت رؤيته للمبيع بقصد الشراء^(٣) ، إلا إذا اثبت المشتري حصول تغير في المبيع ، ويمكن أن نجد السبب في وراء ثبوت خيار الرؤية للمشتري على الرغم من الرؤية السابقة هو دفع الضرر الذي قد يصيب المشتري^(٤) ، وان التغير الذي يحصل في المبيع ويضر بالمشتري لا ينحصر في نوع واحد ، فإن كان من الممكن أن يتغير بالزيادة فانه من الممكن أن يتغير بالنقص أيضاً ، ويبدو من نص المادة السابقة أن التغير بالنقص هو الأرجح ، وذلك لأن الخيار جاء لمصلحة المشتري وليس للبائع ، فإن المشتري لا يتضرر من التغير إذا كان بالزيادة ، فمثلاً الحنطة عندما تطحن وتصبح دقيق فقد زادت قيمتها نتيجة لهذا التغير وبالتالي لا يتضرر المشتري بهذا التغير وانما يتضرر إذا وجد نقص في المبيع ، فالمشتري ليس من مصلحته أن يتمسك بخيار الرؤية إذا كان قد رأى المبيع إلا إذا وجد فيه نقصاً^(٥) .

وعليه نرى أن هنالك شرطين يمكن أن نضعهما من أجل أن يكون النقص داخل ضمن المعنى المقصود من التغير وهما :

أولاً : أن يكون النقص قد اثر على المبيع سواء بزوال جزء من المبيع ، أو صفة ، أو شيء مرغوب في المبيع .

ثانياً : أن يكون هذا النقص قد أثر على قيمة المبيع سلباً.

لا يعد نقصاً إذا كان تغير قيمة المبيع بسبب تراجع الاسعار في السوق لتباين العرض والطلب^(٦).

أيضاً، في القانون المدني المصري يمكن أن نلاحظ من خلال المادة (٤٣١) الخاصة بتسليم المبيع وملحقاته التي كان عليها وقت البيع ، فالبائع ملتزم بالمحافظة على المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ولا يجوز له أن يغير منها ، وإذا حصل أي تغير فانه يعد مخلاً بالتزامه

(١) قرار منشور في مجلة المحاماة المصرية ، العدد السابع والثامن ، السنة الثالثة والخمسون ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٧٣ ، ص ٤٨ رقم ٣٩ بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٧٠ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٥٧٠-٥٧١ .

(٣) د. عزيز كاظم جبر ، خيار الرؤية بين نظرية الغلط وقواعد تعيين المبيع ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر ، عدد ٢٠٠٢ ، ص ٢٣٠ .

(٤) د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٥) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٦) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

بالتسليم ، وهذا يعني أن حالة المبيع قد تتغير وقت التسليم نحو الافضل ، أو نحو الأسوء ، أي حصول نقص في المبيع (١)، وهذه الحالة تضر بالمشتري ،فالبائع ليس له الحق بأن يغير في المبيع مما يؤدي إلى نقصاً فيه ، بل أيضاً البائع مسؤول عن أي تغير يحصل في المبيع حتى وان كان سبب التغير يعود إلى عوامل خارجية لا يد للبائع فيها ، وعليه يكون مخطئاً إذا لم يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع (٢).

ونجد أن هنالك أنواع للنقص الحاصل في المبيع يتمثل بالنقص اليسير وهو نقص متسامح فيه بالعرف وهو لا يؤثر في المبيع، وهنالك نقص محسوس لا يتسامح فيه حيث يسمح للمشتري بالرجوع على البائع بالتعويض كمن يشتري سيارة والبائع يسلمها للمشتري والبطارية قد تعطلت بسبب ترك السيارة بدون تشغيل بين فترة انعقاد العقد والى حين وقت التسليم ، والنوع الاخير هو النقص الجسيم بحيث يفوت على المشتري الغرض من شراء المبيع ،فمثلاً لو اشترى شخص قطعة ارض بمساحه معينه لانشاء مشروع لايمكن انشاؤه إذا كانت المساحة اقل من المتفق عليه ، وهو النقص الذي لو كان البائع يعلمه وقت البيع لما ابرم العقد(٣) .

واما المعيار الذي نحدد فيه النقص فهو معيار شخصي بحت ،لا يجعل للنقص مقدارا ثابتاً،بل يختلف بحسب اختلاف ظروف التعاقد وغرض المشتري من البيع(٤) .

ويتضح مما سبق في بيان تغير مقدار المبيع بأن القانون ميز بين بيع المثليات التي لا يضرها التبعض ، وهي الأشياء التي يمكن تجزئتها دون تلف ولا يترتب على نقصها عدم صلاحيتها للاستعمال أو التعامل (٥) ، ، وبيع المثليات التي يضرها التبعض وهنا يفرق بين حالتين ، إذا كان الثمن قد سمي جملة أو إذا كان الثمن قد سمي بسعر الوحدة(٦) .

وإذا كان المبيع هو شيء معين بالنوع والبيع كان بالتقدير فلا يتصور في مثل هذه الحالة يكون نقص أو زيادة في المبيع ،وذلك لأن التسليم يتحدد بمقدار البيع المعين في العقد على حسب الوزن أو الكيل أو العد ، أما إذا كان الشيء معيناً بالذات ، كبيع قطعة ارض مساحتها(٤٠٠٠)متر فانه يمكن أن يظهر المبيع عند التسليم بشكل اقل أو أكثر من المقدار المتفق عليه في العقد الذي ضمنه البائع له ، وكذلك الحال أيضاً على البيع الجزاف مثل بيع شخص كل ما موجود في مخزنه من القمح على أنه خمسة اطنان ،فمن المحتمل عند التسليم قد ينقص هذا القمح أو يزيد(٧) .

وان أحكام التغير في المقدار في القانون المدني العراقي لا تختلف عنها في القانون المدني المصري إلا في ناحيتين، نذكرها كالآتي :

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٥٦٣.

(٢) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢.

(٣) د.سمير سيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩-٢١٠.

(٤) نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق ، ص ٨٣.

(٥) د. ادم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والايجار ، بدون مكان طبع ، ١٩٩٩، ص ٥٢.

(٦) سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١١٩. وانظر أيضاً د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

(٧) د.سمير سيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨.

١- تحديد نسبة ٥% من مقدار التغير في القانون العراقي أما في القانون المصري فالامر متروك للقاضي .

٢- تحديد التقادم في الدعاوي الناشئة عن التغير في القانون العراقي بمدة ثلاثة اشهر أما القانون المصري فهي سنة كامله^(١) .

ويمكن أن نقع في خلط بين نقص مقدار المبيع أو زيادته وبين تغير حالة المبيع إذا ما كان المبيع من الأشياء المعينه بالنوع ، وهذا الخلط يمكن رفعه إذا بينا أن الاتفاق الذي يحدد حالة المبيع يفترض أن المبيع كان يلزم الحالة المتفق عليها ، ومن ثم وجد عند التسليم بحالة اخرى غير التي كان يلزمها ، أما النقص والزيادة الذي يحصل عند التسليم فلا يعني أن المبيع قد تغير عن مقداره الحقيقي ، وانما تغير عن المقدار المتفق عليه في العقد ، فمقدار المبيع عند العقد وليس في العقد هو نفسه عند التسليم لم تلحقه زيادة تطراً عليه أو نقصاً ، وهذا يعني أن نقص مقدار المبيع وزيادته عند التسليم تختلف عن صورة حالة المبيع وما يرافقه من تغير عند التسليم^(٢) .

وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي هو أن تغير حالة المبيع لا تكون إلا للأشياء الموجودة وقت العقد على خلاف نقص المبيع وزيادته الذي لا يكون فقط بالنسبة للأشياء الموجودة وقت العقد ، وانما كذلك الأشياء القابلة للوجود مستقبلاً ، وقد أتجه الفقه مبيناً ذلك في نص المادة (١٦١٤) من القانون المدني الفرنسي ، لا تنحصر في الأشياء الموجودة في وقت العقد وانما تمتد، أيضاً، إلى الأشياء القابلة للوجود مستقبلاً^(٣) ، وهذا ما يشير للبس بين تغير حالة المبيع وحالة تغير مقدار المبيع ، إلا أنه يمكن رفع هذا اللبس إذا اوضحنا أن حالة المبيع الواجب التسليم لا تنحصر في الشيء الموجود وقت العقد ، بل تشمل، أيضاً، المبيع القابل للوجود في المستقبل ، فإذا وجد المبيع وجدت حالته معه ، ومن ثم على البائع أن يسلم المبيع على حالته التي كان عليها وقت وجوده لا وقت العقد ، وذلك لأن المبيع لم يكن موجوداً وقت العقد ، ويدل ذلك على أن عدم وجود المبيع وقت العقد لا يستحيل معه عدم تغير المبيع ، لأن المبيع قد يكون بحاله معينه بعد العقد وقبل التسليم إلا أن هذه الحالة تتغير وقت التسليم ، وهذا ما يؤكد الفقه اذ يقرر أن المبيع إذا كان وجوده مستقبلاً فإن حالة هذا المبيع تثبت وقت وجوده ، ولذلك يكون الفرق موجوداً بين تغير حالة المبيع وبين تغير مقدار المبيع بالنقص والزيادة عند التسليم ، وذلك لأن الاختلاف هنا يقع بين مقدار المبيع وقت العقد ومقداره وقت التسليم^(٤) .

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج٤ مصدر سابق ، ص٥٧٠ ، هامش رقم ١ .

(٢) د.محمد عبد الوهاب الزبيدي ، مصدر سابق ، ص٤٦ .

(٣) Henri , Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil . T 11.3 ° ed , Paris , 1968 . N0937,p.768 .

(٤) Ibid , N0937 , p . 768 .

الفرع الثاني

تغير المبيع بالهلاك

يعد الهلاك من أكثر صور التغير التي تحصل في المبيع واشدها تأثيراً فيه، وأن هنالك بعض الالفاظ اللغوية ذات صلة بالهلاك تستخدم للتعبير عن تغير المبيع بالهلاك ، ومنها :تلف المبيع : من تلف يتلف اتلافاً ، والتلف الهلاك والفناء والعطب في كل شيء ، ومعنى المبيع قد تلف أي اصابة العطب والهلاك في منفعة وعينه^(١) .فإتلاف المال معناه اهلاكه وفناؤه^(٢) .

وعليه سوف نوضح أولاً تعريف الهلاك ومن ثم ننتقل إلى بيان انواعه ، وكالاتي

أولاً : تعريف الهلاك

أن الفقهاء يطلقون لفظ الهلاك على الاتلاف وتارة يطلقون لفظ الاتلاف على الهلاك على أساس انهما يعدان ضرر مادي يلحق بالشيء فيؤدي غالباً إلى فناء المبيع وفساده بما لا يصلح معه للانتفاع المقصود منه، وان التلف عند الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوي وهو الهلاك والعطب في كل شيء، وبعض الفقهاء عرف الاتلاف وهو اخص من التلف وذلك لأنه يقتصر على ما تلف بفعل الانسان دون سواه، وهو إخراج المبيع من أن يكون صالحاً من الانتفاع به المنفعة التي يكون معداً لها^(٣)، وعرف بعض فقهاء الحنفية^(٤)، على أن (الهلاك أو التلف هما عبارته عن خروج الشيء عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة بفعل الآفات السماوية أو الجوائح أو بفعل مادي للانسان) .

ومن خلال هذا التعريف للهلاك يمكن القول بأن المبيع بعد الهلاك لا يكون صالحاً للانتفاع به، لأن مادة الشيء وان بقيت، إلا انها اصابها عطب أو فساد في الغرض المقصود منه عادة، وعليه فإن الفقهاء يقسمون الاتلاف على نوعين :

الأول : الاتلاف الحقيقي، ويعني ذلك أن المبيع يتلف صورة ومعنى بحيث يصبح الشيء غير صالح للانتفاع به، وهذا النوع من الاتلاف أما يقع على المبيع أو على منفعته ، وقد يكون هذا الاتلاف لكل المبيع أو جزءاً منه^(٥).

الثاني : وهو الاتلاف غير الحقيقي، وهو اتلاف المبيع معناً فقط وذلك بأحداث عيب فيه يمنع من الانتفاع به، ومثال ذلك هو خلط الودائع خلطاً يمنع التمييز بينهما فهذا يعد إتلافاً غير حقيقي وكذلك خلط الدراهم المغصوبة^(٦).

(١) لسان العرب ، ابن منظور ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٦٩

(٢) علي السيد عبد الحكيم الصافي ،الضمان في الفقه الاسلامي (اسبابه ومجالاته في العقود)، مطبعة الآداب، النجف الاشرف ، ١٩٧٥، ص ٩٩ .

(٣) علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧، ط ٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٦٥ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٥) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٦) شمس الدين الشحيح محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، دار احياء الكتب العربية ، دون سنة طبع ، ص ٤٢١ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

ونستدل بذلك من القاعدة الفقهية (من اتلف مال غيره فهو له ضامن) والمراد بهذه القاعدة هو من اتلف مال غيره يكون التالف في عهدة من اتلفه ، ولا تفرغ ذمته منه إلا بإعطاء مثله ، أو قيمته^(١) .

وان للاتلاف حالتين وهما : الأتلاف بالمباشرة ، ومثال ذلك من يحرق ثوب غيره أو يضرب حيوانه فيقتله . والاتلاف بالتسبب ومن امثلته من يحفر حفرة في ملك غيره فيقع انسان في تلك الحفرة ، كما أن الأتلاف لا يقتصر على الفعل المادي ، بل يتسع لما هو قولي أيضاً كما هو في الشرط أو الاكراه اللفظي^(٢) .

وان الفقه الاسلامي هو الذي انشأ نقاط الالتقاء بين الهلاك والتلف من جهة والتغير من جهة اخرى، والقانون الوضعي كان متأثراً بذلك، فهناك حالات يلتقيان فيها كل من الهلاك والتغير فمثلاً تبدل أسم المبيع يعد هالكاً حكماً عند الحنفية^(٣) ، وعند فقهاء المالكية^(٤)، وذلك لأن المبيع في نظرهم قد اصبحت شيئاً آخر مما يجعله في حكم الهالك، أما عند فقهاء الجعفرية^(٥) ، فانهم يعدون تغير أسم المبيع انما هو تغير في وصفة لا في ذاته، فهو ليس هالكاً حكماً، كما أن النقص الذي يكون من أهم أنواع التغير سلماً فقد يكون نقصاناً بفوات جزء من المبيع وبذلك يعد مشابهاً للهالك الجزئي، أو حالة من حالاته^(٦)، كما قد يكون النقص بفوات منفعة أو وصفه ما يجعله يلتقي مع التلف الجزئي^(٧) .

أذ نلاحظ أن القانون المدني العراقي نظم حالة هلاك المعقود عليه في المعاوضات بصورة عامه في المادة (١٧٩)^(٨) ، كما قد نظم أحكام هلاك المبيع قبل التسليم في المادة (٥٤٧) ، كما أشار في الفقرة الأولى منها على حالة إذا كان المعقود عليه تحت يد صاحبه، والفقره الثانية من نفس المادة أشارت إلى حكم هلاك المبيع قبل التسليم اذ جعل مسؤولية تحمل تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم، دون أن يذكر تعريف محدد له^(٩).

أما موقف القوانين المقارنة من الهلاك فنجد هنالك تشابه بينهم فالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني لم يوردوا تعريفاً للهلاك ولم يحدد طبيعته،

(١) الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٩ .

(٢) الضمان في الفقه الاسلامي ، المصدر السابق ، ص ١٠٢-١٠٥ .

(٣) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٤) الخرشي ، شرح مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

(٥) محمد بن علي الطوسي ، المبسوط ، ج ٣ ، المكتبة المرتضوية ، ١٣٨٧ هـ ، ص ٨٣ .

(٦) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٧) د. عبد الوهاب محمد الزبيدي ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(٨) نصت المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه (١ - إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد ، سواء كان هلاكه بفعله أم بقوة قاهرة ، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه . ٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) .

(٩) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٧٧٦ ومابعداها . د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج ٦ ، العقود المسماة (عقد البيع وعقد المقايضة) ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦١ . د. عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ . د. حسن علي دنون ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، دون سنة طبع ، ص ١٧٨ . د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١ ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٢٥٨ . د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ . د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .

إلا أن القانون المدني الفرنسي قد عالج أحكام الهلاك قبل التسليم حيث نصت المادة (١١٣٨) على أنه : (الالتزام بتسليم شيء يصير تاماً نتيجة حصول الإيجاب والقبول من الطرفين، وبالالتزام هذا يصبح الدائن للالتزام مالكا للشيء، وعليه هلاكه من الوقت الذي يجب التسليم فيه إليه، حتى ولو لم يحصل التسليم فعلاً إلا إذا سبق فأذن المدين بالتسليم فإن الذي يتحمل الهلاك في هذه الحالة هو المدين) .

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي قد ربط تبعة الهلاك بانتقال ملكية المبيع، حيث أن المشتري يكون مالكا للمبيع ويتحمل تبعة هلاكه من وقت إبرام العقد، فإذا هلك المبيع في يد البائع فهلاكه على المشتري لأنه هو المالك، ولا يلزم البائع بدفع أي تعويض كما يجب على المشتري أن يدفع ثمن المبيع الهالك إلى البائع حتى وإن لم يهلك بسبب المشتري ، وعلى الرغم من أن نص هذه المادة المتعلقة بعقد البيع لم تورد تعريفاً للهلاك أو تحدد طبيعته ونوعه إلا أن المادة (١٧٢٢) ، إلا أنها قد فرقت بين الهلاك الكلي الذي يتحمله المؤجر، وبين الهلاك الجزئي الذي يجوز فيه للمستأجر ، أما طلب نقص قيمة الإيجار أو إلغاء العقد حسب الظروف^(١)، وهذا تطبيقاً لقاعدة هلاك الشيء على مالكة^(٢).

وبذلك قد اختلف المشرع الفرنسي مع المشرع العراقي و المصري والأردني ، إذا نصت المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري على أنه (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع) ، ويتضح من نص هذه المادة هو أن القانون المدني المصري قد جعل هلاك المبيع قبل التسليم على البائع وليس على المشتري، وذلك لأن المشرع المصري ربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية، وكذلك الحال في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني الذي أشار إلى الهلاك في المواد (٥٠١-٥٠٢) و فرق بين الهلاك الجزئي والهلاك الكلي^(٣) ، ويتضح من ذلك أن التشريعات المقارنة أخذت بقواعد الشريعة الإسلامية التي تربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم وليس بانتقال الملكية^(٤).

ثانياً : أنواع الهلاك

قد يؤدي التغير الحادث في المبيع بالهلاك كلياً أو جزئياً فتتلف عينه أو تفوت منفعته، ويمكن أن يكون الهلاك نتيجة أسباب متعددة تحصل قبل التسليم فقد يتعرض المبيع لتغير ما فيتسبب في هلاكه وفوات مقصود المشتري منه، كان يتعاقد شخص مع شركة ما على شراء كميات من الاقمشة وقبل التسليم تتعرض لسرقة جزء منه أو كله أو قد يحصل حريق فيه، وإن تأثر الهلاك

(١) نصت المادة (١٧٢٢) من القانون المدني الفرنسي على أنه (الشيء المؤجر إذا هلك جميعه بقوة قاهرة أثناء مدة الإيجار ألغى العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون. أما إذا هلك الشيء جزئياً جاز للمستأجر حسب الظرف أما طلب تنقيص قيمة الإيجار أو إلغاء العقد ولا محل للتعويض في الحالتين) .

(٢) مثني محمد عبد ، هلاك المبيع قبل التسليم (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٣.

(٣) د. ادم وهيب الندوي ، مصدر سابق ، ص ٥٨-٥٩.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٦١١. د. حسام الدين الاهواني ، عقد البيع ، ط ١ ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ١٩٨٩ ، ص ٤٥٥. د. سمير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥. د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ، ط ٤ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٣٧٢. د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣. د. رمضان ابو سعود ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢. د. عبد العزيز عامر ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩.

على العقد، ومن يتحمل ضمان المبيع الهالك متوقف على معرفة من هو المتسبب في ذلك الهالك كان يكون المشتري أو البائع أو سبب أجنبي أو آفة سماوية، أما إذا هلك الأقمشة بعد تسليمها فانه مما لا شك فيه أن تبعة الهالك تقع على عاتق المشتري سواء كان السبب في ذلك فعله الشخصي، أم قوة قاهرة، وأما إذا حدث الهالك بسبب البائع فانه يعتبر ككل شخص أجنبي عن المشتري ويرجع عليه وفق أحكام المسؤولية التقصيرية^(١).

وبناءً على ما تقدم يكون الهالك للمبيع أما هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً ، وعلى التفصيل الآتي :

١- الهالك الكلي :

نقصد بالهلاك الكلي هو زوال جميع المبيع، دون أن يقتصر على جزء منه، وبذلك ينعدم محل العقد المتفق عليه، وإن الهالك الكلي قد يكون بصورة مادية كما لو احترق كل المبيع، أو بصورة قانونية كما لو تمت مصادرة المبيع، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع العراقي قد سكت عن تنظيم أحكام الهالك الكلي، ويفترض في الهالك الكلي أن يكون في المبيع المعين بالذات ويشترط كذلك أن يكون غير قابل للانقسام بطبيعته مثال ذلك التزام البائع في عقد بيع عقار^(٢).

وجاءت المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي ونصت على أنه (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب رد العوض الذي قبضه لصاحبه) وإن هذه المادة ما هي إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في تحمل التبعة في عقد البيع، حيث يتبين منها بأن تحمل المدين تبعة هلاك المبيع، والمدين هنا هو البائع، فإذا هلك المبيع بعد العقد وقبل التسليم بقوة قاهرة أو سبب أجنبي فإن البائع هو الذي يتحمل التبعة^(٣).

أما في القوانين المقارنة فإن القواعد العامة للعقود الملزمة للجانبين في القانون المدني المصري، هو أن المدين الذي يتحمل تبعة الهالك وذلك لأن الدائن يتمسك بانفساخ العقد ويتحمل من التزاماته بدفع المقابل، وهذا ما جاء في المادة (١٥٩) منه التي نصت على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد فيتحل من التزامه بدفع المقابل) .

كما أنه يتبين كذلك من المادة (٤٣٧) بأنها تربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم، وهذا يعني إذا وقع هلاك المبيع قبل التسليم فالبايع هو الذي يتحمل تبعة ذلك، أما إذا كان الهلاك بعد التسليم فالمشتري هو الذي يتحمل تبعة ذلك، ويتضح من نص المادة بانه لا توجد علاقة بين تبعة هلاك المبيع وبين انتقال الملكية^(٤).

٢- الهالك الجزئي :

ويقصد به هو الهالك المادي لجزء من المبيع، أو هو الذي يترتب عليه نقص في مقدار المبيع لا نقصاً في القيمة، ويعد الهالك الجزئي من أهم أنواع الهالك التي اختلفت التشريعات

(١) د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

(٢) مثنى محمد عبد ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٣) د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ . د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٤) نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

في تنظيم احكامه، وذلك لأنه لا يتعلق بجميع المبيع بل جزء منه^(١)، فالقانون المدني العراقي عالج مسألة الهلاك الجزئي في نص المادة (٥٤٧) في الفقرة الأولى والتي نصت على أنه (.....) وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ العقد وبين بقاءه مع انقاص الثمن (أما القانون المدني المصري فقد أشار إلى أحكام الهلاك الجزئي في المادة (٤٣٨) ، التي أشارت إلى أن النقص الذي يحصل في قيمة المبيع يترتب عليه حق للمشتري في فسخ البيع أو انقاص الثمن^(٢). ويتضح من خلال النصين في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري أن المقصود بنقصان قيمة المبيع الوارد فيهما هو نقصان قيمة المبيع المادية نتيجة تلف أصابه أو نتيجة هلاك جزء منه، وليس بسبب من الأسباب الاقتصادية كهبوط القيمة فلا يعد ذلك هلاكاً جزئياً للمبيع^(٣).

أما في القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (٥٠٠) على أنه (إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما اداه من ثمن، ٢- فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري أن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن) وهذه المادة تطبيقاً للقواعد العامة التي أشارت عليها المادة (٢٤٧) في القانون المدني الأردني إذا كانت الاستحالة جزئية انقضت ما يقابل الجزء المستحيل ، ويكون ذلك بعد العقد وقبل التسليم حيث أن هنالك ثلاث حالات اوردها القانون المدني الأردني، وهي هلاك المبيع بسبب أجنبي، أو بفعل المشتري، أو بفعل الغير^(٤)، وهذا ما أشار إليه في المواد من (٥٠٠-٥٠٢) من القانون المدني الأردني .

ويذهب جزء من الفقه إلى أن التلف الوارد في القوانين هو نفسه الهلاك الجزئي، وللهلاك الجزئي أحكام ينفرد بها ولا يوجد مثلها في الهلاك الكلي^(٥).

ومن الجدير بالذكر فإن الهلاك ينقسم إلى قسمين : هلاك حقيقي ويراد به زوال المبيع من الوجود بصورة كلية ، وهلاك حكمي ويراد به تحول المبيع إلى شيء آخر ، ويترتب على الهلاك الحكمي ذات الأحكام التي يترتبها على الهلاك الحقيقي^(٦) .

وعليه نرى أن نقطة التقاء الهلاك أو الأتلاف الذي قد يكون كلياً أو جزئياً بتغير المبيع هو في الهلاك الجزئي الذي هو في الوقت نفسه نقص بفوات جزء من المبيع، مثل هدم جزء من الدار المبيعة، فهو هلاك جزئي وايضا نقص جسيم حصل في المبيع يؤدي إلى نقص في قيمة الدار، أما التقاء تغير المبيع مع اتلافه، فإذا كان التلف جزئياً، فهو نقص المبيع في معنى أو

(١) د. عباس حسن الصراف ، مصدر السابق ، ص ١٨٨ .

(٢) نصت المادة (٤٣٨) من القانون المدني المصري على (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع حيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن).

(٣) مثنى محمد عبد ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

(٤) د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج ١ ، انعقاد العقد ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠٠٨ ، ص ١٠٦- ١٠٨ .

(٥) د. رمضان ابو سعود ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .

(٦) عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القوانين المصري والكويتي ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، كلية القانون ، ١٩٧٤ ، ص ٤١٦ .

منفعه مرغوبه بها في المبيع، أما إذا كان الاتلاف كلي، كما هو في الخلط، كخلط الماء والزيت، حيث يترتب على خلطهما اخراج الشيء من منفعة وهذا هو الاتلاف^(١).

وان التغير الحاصل في المبيع في ذاته يلحق بالهلاك الجزئي على سبيل القياس، لذلك يمكن تسمية بالهلاك الحكمي، لأن المبيع لا يزول من الوجود وانما يتحول إلى شيء آخر نتيجة تغير صورته، على الرغم من وجود اختلاف حول عد هلاك المبيع صور من صور تغير المبيع وذلك لأنه هنالك فرق بين مصطلح التغير ومصطلح الهلاك أو التلف، وهي العموم والخصوص، فليس كل هلاك أو تلف في المبيع هو تغير فيه، كما أن ليس كل تغير في المبيع هو هلاك فيه، إلا أن هنالك من ذهب إلى عد الاتلاف أو الهلاك الجزئي هو تغير في ذات الشيء المبيع^(٢).

ومن خلال نقاط الالتقاء بين التغير والهلاك والتلف، فإن الفقه قد ميز في هذا الصدد بين ثلاث حالات يمكن أن تحصل في المبيع، وهي الهلاك الجزئي، وحاجة الشيء إلى الترميم، والعيب في المبيع، أي أن الهلاك الجزئي قد يحصل في جزءا من المبيع كان موجودا ثم انعدم، أما حاجة الشيء إلى الترميم فيعني أن منفعته قد تناقصت بسبب قدمه، ولم يعدم في جزء منه، أما العيب في المبيع فانه نقص في المبيع بسبب طبيعته^(٣).

وإذا نظرنا إلى هذه الحالات لوجدنا انها صورا للنقص الذي يعد من ابرز صور التغير، فالنقص يمكن أن يكون بفوات جزء من المبيع وإذا كان ذلك جسيماً فيعد هلاكاً جزئياً، أما بحسب الحالة الثانية فقد يكون بفوات وصف مرغوب به كحادثة بناء العين المبيعة، وهذا الفوات كذلك يعد نقصاً، والعيب يعد نقصاً إذا كان حادثاً، وعليه لا يكون هلاكاً جزئياً إلا إذا كان مفوتا لجزء من المبيع وكان هذا الجزء جسيماً.

ونستنتج مما سبق بأن الهلاك هو صورة من صور تغير المبيع ويكون هذا الهلاك أما كلياً فيعدم كل المبيع او هلاك جزئي يحصل في جزء من المبيع، أذ تختلف حكم كل حالة بحسب نوع الهلاك.

(١) د. محمد عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٢) د. محمد عبد الوهاب، المصدر نفسه، ص ٢٩.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعاريه)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢٧٨-٢٨٨.

الفصل الثاني

أحكام تغيير المبيع

بعد أن انتهينا من معالجة مفهوم تغيير المبيع ، يلزم أن نعالج الأحكام التي تترتب على هذا التغيير، وتختلف أحكام هذه التغييرات تبعاً لأختلاف تقسيماتها ودرجاتها ، أذ هنالك تغيير يؤثر في المبيع تأثيراً واضحاً او في عين المبيع ومنفعته ، وذلك يؤدي إلى فوات المبيع وانعدام المصلحة للمشتري من العقد ، مثال ذلك إذا اشترى شخصاً عملة بلد معين ثم ألغيت هذه العملة بأخرى فان هذا التغيير مؤثراً و يفوت الغرض الذي من أجله تم أبرام العقد على الرغم من أن ذات المبيع على حالة لم يتغير ، كما قد يحصل هنالك تغيير بسيط في ذات المبيع او منفعته إلا أن هذا التغيير يفوت على المشتري ما قصده من الشراء، وعليه فأن هنالك حالات للتغيير، وهي تغيير مؤثر يفوت المقصود من المبيع، وتغيير مؤثر لا يفوت المقصود من المبيع، وتغيير غير مؤثر يفوت المقصود من المبيع وتمثل هذه الدرجات من التغيير الحالات التي تبنى عليها الأحكام القانونية والفقهية.

فمنها ما ترتبط أحكامه بزمان التغيير ، فيختلف الحكم فيها بناءً على ما هو من التغييرات قبل التسليم أو بعده ، وان تطبيقات تغيير المبيع كثيرة ، وأقتصرنا في هذا البحث على صور التغيير المادية التي تم ذكرها سابقاً ، لذلك سوف نعالج الآثار المترتبة على هذه الصور ، و معرفة موقف القانون المدني العراقي والقوانين المدنية المقارنة الاخرى وموقف الفقه الاسلامي في ذلك ، أذ تارة يمنح المشتري الحق في طلب فسخ العقد أو استرداد الثمن وتارة أخرى ليس له الحق إلا بطلب انقاص الثمن ، وذلك حسب كل حالة من حالات تغيير المبيع ، ومن أجل الوقوف على هذه الأحكام ، فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، سنتناول في المبحث الأول : الآثار المترتبة على تغيير المبيع بالعيب وفوات الوصف ، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه : الآثار المترتبة على تغيير المبيع بتغيير مقداره والتغيير بالهلاك ، وكالاتي :

المبحث الأول

حكم تغيير المبيع بالعيب وفوات الوصف

أن البائع يضمن العيوب التي تظهر في المبيع وأن إلزامه هذا لم يعد مقتصرأ على ما قد يوجد في المبيع من عيوب خفية تؤدي إلى النقص في منفعة المبيع أو قيمته ، بل بالاضافه إلى ذلك يكون البائع مسؤولاً وملتزماً بالضمان فيما إذا جاء المبيع خالياً من اوصاف معينة يحددها الطرفين في العقد أو اوصاف مرغوبه فيه ، ومن أجل تسليط الضوء على الاثر الذي يترتب فيما إذا جاء المبيع معيباً أو إذا جاء المبيع خالياً من الوصف ، فسوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في اولهما حكم تغيير المبيع بالعيب ونخصص ثانيهما لحكم تغيير المبيع بفوات الوصف.

المطلب الأول

حكم تغير المبيع بالعيب

أن العقد إذا كان مستوفيا لجميع شروطه فإن اثاره تترتب عليه من انتقال ملكية المبيع للمشتري، والثلث للبايع، ولكن ظهور العيب في المبيع يجعل العقد غير مستقر، لأن من لوازم العقد ومقتضياته هو شرط السلامة من العيوب.

أن العيب الذي يضمنه البائع في مواجهة المشتري هو العيب الذي يؤثر في قيمة المبيع ومنفعته، وان جسامه العيب تؤثر تأثيرا مباشرا في قيمة المبيع، اذ أنه كلما زاد العيب جسامه كلما قلت قيمة المبيع، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول: حكم تغير المبيع بالعيب في الفقه الاسلامي، أما الفرع الثاني فهو: حكم تغير المبيع بالعيب في القانون، وكالاتي:

الفرع الأول

حكم تغير المبيع بالعيب في الفقه الإسلامي

أن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالا، وأيضا ملك الثمن ينتقل للبايع في الحال، وذلك أن البيع مطلق عن الشرط، والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب، والاثر المترتب على خيار العيب هو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار وهذا الرأي عند جمهور الفقهاء^(١)، بخلاف الظاهرية^(٢).

وأن تغير المبيع بالعيب يرتب حكما ببرد المبيع واختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث مذاهب اذ كان الخيار للمشتري بين رد المبيع وفسخ العقد، أو قبول المبيع ودفع الثمن المسمى في العقد، وكما يلي:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٧٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، مصدر سابق، ص٤٠. ابن همام، فتح القدير، ج٦، مصدر سابق، ص٣٥٦. الأنصاري، اسنى المطالب، ج٤، مصدر سابق، ص٣٥٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، مصدر سابق، ص٤٦٣. الشيخ ميرزا علي الإيرواني الغروري، حاشية كتاب المكاسب، ج٣، الخيارات، تحقيق باقر الفخار الأصفهاني، ط١، دار ذوي القربى، قم، ١٣٢١ هـ، ص٢٣٢.

(٢) (ابن حزم، المحلى بالأثر، ج٧، مصدر سابق، ص٥٨٣). (يرون في ظهور العيب بعد اشتراط السلامة ابطالا للعقد).

المذهب الأول : ويتمثل ببعض فقهاء الجعفرية^(١) ، وقالوا أن المشتري له الخيار بين رد المبيع أو امساكه واخذ ارش العيب، ويعطي هذا الخيار للمشتري بأخذ الارش عند امساك المبيع، ويجب على البائع رد التعويض عن البيع إذا اختار المشتري ذلك .

المذهب الثاني : وهو تخيير المشتري بين رد المبيع أو أخذه بجميع الثمن، وأخذ بذلك فقهاء الحنفية^(٢)، وفقهاء الشافعية^(٣)، وفقهاء الظاهرية^(٤)، أذ أنهم يرون أن ظهور العيب في المبيع يخول المشتري الاختيار بين رد المبيع إلى البائع وفسخ البيع، أو الرضا بالعيب الموجود في المبيع، ولا يجبر العاقد على الاستمرار في العقد مقابل التعويض عن العيب.

ويستدلون على هذا الحكم :بأن فوات شرط السلامة في المبيع بظهور العيب قد سبب ضرراً للمشتري، ولرد هذا الضرر عنه يكون بآثبات الخيار له، كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وعلى المشتري أن يختار بين رد المبيع أو امساكه فقط بدون أخذ الارش أو التعويض عن نقص المبيع بالعيب، وذلك لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عند العقد كما أن البائع لم يرضَ بزوال المبيع عن ملكه بأقل من السعر المسمى، وإن التزمه بالارش يلحق به ضرر^(٥).

ويطرح تساؤل فيما إذا رضي المشتري اسقاط حقه في الخيار مقابل أن يأخذ الارش، أو صالح البائع على المشتري بذلك، فهل يصح ذلك عند الفقهاء ذلك ام لا؟

وللاجابة عن هذا التساؤل فإن الفقهاء ينقسمون على اتجاهين:

الاتجاه الأول : يرى بجواز التراضي على امساك المبيع واخذ الارش في مقابل اسقاط الخيار، وحبثهم على ذلك هو أن خيار الرد حق للمشتري يمكن أن يستعويض عنه بمال، وما دام قد ثبت له حق استيفاء الخيار برد المبيع واخذ الثمن، فيجوز أن يتراضي على تركه بعوض^(٦).

الاتجاه الثاني : والذي أخذ به بعض الفقهاء^(٧)، ويرون عدم جواز اسقاط الخيار مقابل امساك المبيع واخذ الارش إذا أنهم لا يجيزون التراضي على الارش مقابل اسقاط الخيار.

(١) المحقق الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١١، ص ٨١. البهوتي ، كشف القناع ، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢١٨. زين الدين العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج ١، ط ١، مطبعة أمير ، قم ، ١٤١٠ هـ، ص ٣٢٨.

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٨١ . السرخسي ، المبسوط ، ج ١٤ ، مصدر سلبق، ص ٦٧. أبين همام ،فتح القدير ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ٣٥٦. أبين نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق، ص ٤٠ .

(٣) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٤.

(٤) أبين حزم ، المحلى بالآثار، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٤٥٩.

(٥) أبين نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٤٠.

(٦) أبين نجيم ، البحر الرائق ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

(٧) يحيى الدين بن شرف النووي ، المجموع في شرح المذهب ، ج ١١ ، ط ١، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٦، ص ٤٥٤. أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ١٨١.

في حين قالو فقهاء الظاهرية ^(١) أن (ليس له أن يمسك ما اشترى ويرجع بقيمة العيب لأنه انما له ترك الرضا بما غبن فيه فقط، ولأنه لم يوجب له حقا في مال البائع قران، ولا سنة بل ماله عليه حرام).

ويظهر من ذلك هو أن فوات الرضا ليس له مقابل إلا الامساك أو الرد، ولا يجوز له أن يأخذ عوض في مقابل عيبة ، وفوات رضاه.

المذهب الثالث : فقد ذهبوا بالقول إلى تخيير المشتري بين الرد أو الامساك بجميع الثمن مع مراعاة اقسام العيب، وهذا رأي أخذ به فقهاء المالكية ^(٢)، وهو يتشابه مع المذهب الأول في تخيير المشتري بين الرد أو الامساك بجميع الثمن دون ارش العيب، إلا أنهم يختلفون معهم فيما إذا كان المبيع عقارا وتغير بالتعب، فينظر فيما إذا كان العيب يسيرا فلا رد فيه، وانما يعطي قيمة العيب فقط، ويرى بعض فقهاء المالكية بأن العيب يسيراً إذا كان دون الثلث والبعض الآخر يتركونه إلى العرف ، أما إذا كان العيب مؤثراً وكبيراً فيثبت له الخيار بين الرد أو الامساك بجميع الثمن، وذلك لأن العقار لا يخلو من العيوب جسيمة كانت ام بسيطة، ويتسامح في التغير الحاصل في المبيع بسبب عيب يسير من أجل أن يستقر البيع في ملك المتعاقدين، ولا يتسامح في التغير الحاصل في المبيع بسبب عيب كبير وذلك من أجل أن لا يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر بالمشتري ^(٣).

ومن خلال آراء الفقهاء في العيب بانه إذا ظهر عيب في المبيع وهو في يد المشتري فإن البيع يفسخ بتصريح من المشتري بالرد، من دون الحاجة إلى القضاء أو التراضي، وهذا متفق عليه بين اغلب الفقهاء أما فقهاء الحنفية ^(٤)، فانهم يقولون وان كان بيد المشتري، إلا أن الفسخ لا يكون إلا بالتراضي بينهما، أو بقرار من القاضي.

ويرجع في تعليل ذلك بأن الفسخ بعد القبض يكون على حسب العقد، وبما أن العقد لا يتم بأحد العاقدين دون الآخر، فالفسخ أيضاً لا يكون بأحدهما دون رضا الطرف الآخر، ومن دون حاجة إلى قرار القاضي، بخلاف الفسخ الذي يحصل قبل القبض، حيث أن صفقة العقد لم تكن تامة في وقتها، وانما التمام يكون بالقبض، فكان ذلك بمنزلة القبض ^(٥).

ولا فرق بين وقوع الرد قبل القبض أو بعده عند فقهاء الشافعية ^(٦)، وذلك عندهم بأن وقوع الفسخ وصحته لا تحتاج إلى قضاء أو رضا المتعاقدين، مثل الفسخ بخيار الشرط، والرد بالعيب يكون قبل القبض وبعد، وان الرد بالعيب عندهم يرفع العقد من اصله ولا يتفاوت الرد.

(١) ابن حزم، المحلى بالأثر ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٥٧٤.

(٢) القرطبي ، بداية المجتهد، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٨٠. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ . عليش ، منح الجليل، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٣٥.

(٣) القرطبي ، بداية المجتهد، ج ٢ ، المصدر السابق ، الصفحة نفسها. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٥ ، المصدر السابق ، الصفحة نفسها . عليش ، منح الجليل، ج ٥ ، المصدر السابق ، الصفحة نفسها.

(٤) فخر الدين عثمان بن علي الحنفي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٤ ، دار الكتب الاسلامي، القاهرة ، ١٣١٣ هـ ، ص ٤٢.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٥٧.

(٦) الشربيني ، المصدر نفسه، ص ٥٤.

وإذا كان الفسخ بغير قضاء بأن كان برضا البائع في (عقد فاسخ) فهو مانع من الفسخ، وذلك لأن الرد وان كان فسخا بحق العاقدین فهو بيع بحق غیرهما^(١).

ولان الرد بالتراضي فيه معنى البيع، ولان البيع هو مبادلة مال بمال على وجه التراضي، إلا أنه اعطى حكم الفسخ بين المتعاقدين ، فيبقى بيعاً جديداً في حق غیرهما، وذلك بخلاف أن يكون الرد بقضاء القاضي، فليس فيه شبهة البيع، وذلك لانعدام التراضي بين العاقدین فهو فسخ في حق الجميع^(٢).

ونرى من خلال اراء الفقهاء بأن الرأي الراجح هو رأي الفريق الأول الذي يعطي الخيار للمشتري بين رد المبيع أو امساكه بجميع الثمن، كما أن من الممكن أن يكون هناك تراضي بين المتعاقدين على اسقاط الخيار في مقابل التعويض عن النقص الحاصل في المبيع بسبب العيب.

ونستنتج مما سبق من آراء الفقهاء أن الأثر المترتب على تغيير المبيع بالعيب هو أن يكون المشتري مخيراً بين أمرين : الأول : وهو أما أن يمضي العقد ويؤدي الثمن كاملاً ، والثاني : أن يفسخ العقد ويسترد الثمن أن كان قد دفعه ويرد المبيع المبيع أن كان قد استلمه.

الفرع الثاني

حكم تغيير المبيع بالعيب في القانون

تناولت التشريعات المدنية الأثر المترتب على تغيير المبيع بالعيب ومنها التشريع العراقي فقد أشار في المادة (١/٥٥٨) على تخيير المشتري الذي يظهر عيباً في سلعته بين رد المبيع وفسخ العقد أو امساك المبيع بعيبه وبالثمن المسمى بالعقد من دون أن يكون له المطالبة بنقصان الثمن، ويعني ذلك أن الاثر المترتب على تغيير المبيع بالعيب هو رد المبيع وفسخ العقد، وكما يلي :

إذا كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد ورد المبيع وبين أن يبقى على المبيع بثمنه، فإنه لا يمنع ومن خلال نص المادة (٥٥٨) بفقرتها الأولى^(٣)، من أن يطالب المشتري بتنفيذ التزامه بشكل عيني استناداً إلى القواعد العامة ويكون التنفيذ العيني من خلال اصلاح المبيع المعيب أو استبداله بغيره ويكون ذلك على نفقة البائع إذا كان ممكناً^(٤).

وهذه الأحكام تنطبق إذا كان المبيع شيئاً واحداً، أما في حالة كون المبيع أشياء متعددة فقد بين حكم ذلك في نص المادة (٥٦١) على أنه (مابيع صفقة واحده إذا ظهر بعضه معيباً فإذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له أن يرد الجميع ما لم يرضى البائع أما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن). ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع العراقي قد ميز بين ما إذا امكن تفريق الصفقة

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢١١.

(٢) ابن همام، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

(٣) المادة (٥٥٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً أن شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى) .

(٤) دغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٣١٦ .

(تجزئة العقد) دون أن يحصل ضرراً فيها وبين ما إذا لم يمكن ذلك، وإذا كان في تجزئة العقد ضرر اي في حالة عدم امكان الانتفاع بكل جزء مستقلاً عن الآخر من دون أن يؤدي ذلك اي نقص في قيمته أو منفعته فيكون للمشتري الحق في رد المبيع وذلك بفسخ العقد أو قبول المبيع بكل الثمن المسمى^(١).

أما إذا كان من الممكن تجزئة العقد دون ضرر فهنا لا يستطيع المشتري رد المبيع كله دون رضا البائع وانما يحق له رد الجزء المعيب مع مطالبة البائع ثمن الجزء المعيب، ويجب على المشتري أن يرد توابع المبيع وقيمة الزيادات أيضاً التي اندمجت في المبيع واصبحت جزءاً منه كما لو كان المبيع سيارة وقام المشتري بطلائها ، ويلتزم المشتري برد توابع المبيع وكل ما حصل عليه نتيجة لاستعمال المبيع^(٢)، وبالمقابل أيضاً يلزم البائع برد جميع فوائد الثمن اذ لا يجوز الجمع بين فوائد الثمن والمبيع وفقاً لقواعد الكسب بلا سبب^(٣).

ويلزم البائع أيضاً بتعويض المشتري عن الضرر الذي أصابه والخسارة التي لحقت به وما فاتته من ربح نتيجة ابرام العقد، وعليه أن يعيد للمشتري ما انفق على المبيع من مصروفات ضرورية وهذا في حالة كون البائع سيء النية يعلم بوجود العيب^(٤).

أما إذا كان البائع لا يعلم بوجود العيب اي أنه حسن النية ولم يتعمد في أخفائه فيقتصر التعويض على المصروفات التي انفقها لابرار العقد، والمصروفات الضرورية التي انفقها على المبيع، ويقع على عاتق المشتري اثبات سوء أو حسن نية البائع^(٥).

ويتضح من ذلك أن القانون المدني العراقي لا يجيز في العيب إلا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن ، وهناك قرار لمحكمة التمييز يبين ذلك فيه إذا قضت في قرارها بأن ظهرت سيارة معيبة وكان المشتري مخيراً بين ردها أو قبولها بكل الثمن المسمى وليس له أن يطالب بنقصان الثمن أو فرق السعر^(٦).

كما وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها بأنه (إذا ظهرت السيارة معيبة كان المشتري مخيراً أن شاء ردها وان شاء قبلها بثمنها المسمى وليس له أن يطالب بنقصان الثمن أو فرق السعر)^(٧)، وهو بذلك قد خالف معظم التشريعات المدنية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني اذ ينبغي معرفة جسامه العيب فإذا ظهر بالمبيع عيب جسيم فإن المشتري مخير بين فسخ البيع أو امضائه مع المطالبة بجزء من الثمن مقابل الجزء الذي فات من المبيع بظهور العيب، أما إذا ظهر العيب غير جسيم فالخيار للمشتري أن شاء رده وان شاء قبله بالثمن

(١) سعدون العامري، مصدر سابق ، ص ١٥٠ .

(٢) ومثال ذلك إذا كان المبيع بقرة وانجبت عند المشتري فيلزم المشتري برد البقرة وابنها، ومثاله أيضاً إذا كان المبيع شاحنة أو سيارة اجرة فيلزم المشتري برد ما جناه منها من ربح للبائع .

(٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤، مصدر سابق ، ص ٧٤٢.

(٤) د. اسعد دياب، مصدر سابق ، ص ٢٠١.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤، مصدر سابق ، ص ٧٤٢.

(٦) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١١٤٤/٢م/١٩٧٦ في ١٢/١٠/١٩٧٦ النشرة القضائية ، العدد الرابع، السنة الخامسة ، ص ٢٨ .

(٧) انظر قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١١٤٤/٢م/١٩٧٦ في ١٢/١٠/١٩٧٦ النشرة القضائية ، السنة الرابعة، ص ٥، ص ٢٨.

المسمى في العقد، ومسألة أن كون العيب جسيم أو غير جسيم هو مسألة وقائع يحددها قاضي الموضوع^(١).

أما موقف القانون المدني المصري من العيب فإنه أحال فيما يتعلق بضمان العيب على أحكام ضمان الاستحقاق حيث نصت المادة (٥٤٠) على أنه (إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (٤٤٤)) إذ نصت المادة (٤٤٤) على أنه (إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المتبقية في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما فاد منه) .

ومن خلال هذا النص فقد ميز المشرع المصري بين فرضين:

الفرض الأول : أن يكون العيب جسيماً وفي هذه الحالة يكون المشتري مخيراً بين رد المبيع وفسخ العقد أو امساك المبيع والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

الفرض الثاني : هو أنه إذا كان العيب غير جسيم فلا يكون للمشتري سوى امساك المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.

واشارت المواد (٤٥٠) و (٤٤٤) من القانون المدني المصري بأنه إذا كان العيب جسيماً يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو الإبقاء على العقد مع التعويض عن العيب وفق ما تقتضيه القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خساره وما فاتته من كسب بسبب العيب، أما إذا لم يكن العيب جسيماً فلا يكون له إلا التعويض، ويزيد التعويض أو ينقص حسب ما إذا كان البائع سيء النية يعلم بالعيب أو حسن النية لا يعلم بالعيب^(٢).

وعلياً أن نفرق بين العيب الخفي الجسيم وبين العيب الخفي غير الجسيم ، فإن كان العيب جسيماً لو علمه المشتري وقت العقد لما أتم البيع ، كان له الحق في رد المبيع وما استفاد منه إلى البائع وله أن يطالب بالتعويض ، أما إذا كان العيب غير جسيم واختار المشتري بقاء المبيع فله أن يطالب البائع بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة تسلمه مبيعاً معيباً، وإذا كان البائع سيء النية فيعوض المشتري بالإضافة إلى ذلك عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ، أما إذا كان البائع حسن النية ويجهل وجود العيب فيقتصر التزامه على تعويض الضرر المتوقع فقط^(٣).

واشارت المادة (٤٤٩) من القانون المدني المصري^(٤)، الى أن المشتري يجب عليه اخطار البائع بالعيوب التي تظهر في المبيع عند كشفه لها، لأن الإبطال في ذلك يجعل اثبات العيب

(١) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٧٥-١٧٦.

(٢) د. محمد شتا أبو سعد ، عقد البيع ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٤٦.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٧٤٠ . د. أحمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٤١٢.

(٤) المادة (٤٤٩) من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه (١ - 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 يخطر به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع. ٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه

عسيرا كما أن مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة، وهي سنة واحدة من وقت تسلم المشتري المبيع^(١).

أما المشرع الأردني فإن أحكام العيب عنده - متأثراً بالفقه الإسلامي - تتمثل في تخيير المشتري بين فسخ العقد برد المبيع واسترداد الثمن وفقاً للمادة (١٦٩) منه التي نصت على أنه (يترتب على فسخ العقد للعيب رد محله إلى صاحبه واسترداد ما دفع) أو امساك المبيع والرجوع بنقصان الثمن وذلك وفقاً للمادة (١٩٨) التي نصت على أنه (لصاحب خيار العيب أيضاً امساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن) ، ولا يهتم هذا الحكم بجسامة العيب ما إذا كان في نظر المشتري بتاريخ التعاقد كافية لأعراضه على الشراء ام لا^(٢).

كما يجب على المشتري أن يقوم بعملية فحص المبيع بعد أن يتسلمه من البائع وعليه اخبار البائع بالعيب الذي كشفه في المبيع نتيجة الفحص المعتاد، فمثلاً لو سلم المشتري سيارة مبيعة فهنا لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيوب بمجرد تسلمه لها، بل لا بد من مضي مدة معقولة تقضي بها ظروف التعاقد أو جرى العرف عليها، فإذا أهمل المشتري ذلك يسقط حقه بالرجوع على البائع ويعتبر راضياً بالمبيع بعد اطلاعه على العيب القديم وهذا ما أشارت اليه المادة (٥١٥) من القانون المدني الأردني كما يقع اثبات وجود العيب الخفي على عاتق المشتري وذلك تماشياً مع المبدأ بأن على المدعي أن يثبت صحة ما يدعيه^(٣).

كما أن للمشتري الخيار بين رد المبيع عن طريق فسخ البيع واسترداد الثمن وبين التمسك بالمبيع ولكن بالثمن المسمى الوارد في العقد وإذا اختار رد المبيع حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو ضمناً^(٤).

وحق المشتري في فسخ البيع بسبب العيب اقتصر المشرع الأردني في المادة (٥١٣) على تخيير المشتري بين رد المبيع أو قبوله بالثمن المسمى وليس له امساك المبيع أو المطالبة بما انقصه العيب من الثمن وهذا ما جاء في المادة (٥١٩)^(٥).

وقد اكتفى على رد المبيع أو قبوله بالثمن المسمى، وإن من القواعد العامة في عقود المعاوضات وخاصة عقد البيع ترتب التزامات على طرفي العقد ومنها حالة الفسخ التي تدخل ضمن ذلك^(٦).

بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وألا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيوب) .

(١) د. محمد شتا ابو سعد، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٢) د. خالد عبد الله عيد، الضمان في عقد البيع، ط ١، دار الفحاء، عمان، ١٩٨٦، ص ١٨٣ .

(٣) د. خالد عبد الله عيد، المصدر السابق، ص ١٩١-١٩٢.

(٤) د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٧٤-١٧٥.

(٥) نصت المادة (٥١٩) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة وظهر في بعضها عيب قبل التسليم فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها) .

(٦) د. غني حسون طه، مصدر سابق، فقره ٥٣٢، ص ٣١٤.

وعليه فإن ليس هنالك ما يمنع المشتري وفقاً للتشريع الأردني بمطالبة البائع بتنفيذ التزامه التي يترتب عليه نتيجة البيع وهو ضمان العيب بأن ينفذه تنفيذاً عينياً وذلك بأصلاح العيب وإزالته أو استبدال المبيع المعيب بغيره على نفقة البائع إذا كان ذلك ممكناً^(١).

أما موقف القانون المدني الفرنسي فقد أشار إلى حكم تغيير المبيع بالعيب في المادة (١٦٤٤) التي نصت على أنه (في الأحوال البينة في المادتين ١٦٤١-١٦٤٣ يخير المشتري بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين بقاء المبيع واسترداد جزء من الثمن حسبما يقدره الخبراء) أما حكم القانون المدني الفرنسي في ضمان العيب الخفي فهو يختلف عن القوانين المقارنة حيث أنه لا يقوم ضمان البائع في ظل القانون الفرنسي إلا بالنسبة للعيوب التي تتعلق بالاستعمال الذي يعده المشتري للمبيع ويجعله غير صالح له إذا تخلف بحيث لو يعلم المشتري ذلك لما قبل على الشراء أو دفع مبلغ أقل من الذي دفعه^(٢).

ونوضح هنا عندما يرد المبيع إلى البائع فيرده المشتري كما هو بالعيب اللاحق الذي فيه، ويرد ما افادة من ثمرات من وقت البيع ويأخذ من البائع مقابل ذلك :

١- قيمة المبيع وهو خالي من العيب وقت البيع مع الفوائد القانونية لقيمته من وقت البيع، ولأن الفوائد القانونية هي بمثابة الثمار، فلا يكون هنالك محل للمطالبة بقيمة الثمار، وإن من المتفق عليه في الفقه والاجتهاد الفرنسي بأن البائع ملزم بدفع فوائد الثمن القانونية منذ القبض وإلى حين الرد^(٣).

٢- كافة المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التي تم اتفاقها على المبيع، وإيضاً المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية يعلم بوجود العيب في المبيع عند التسليم^(٤).

٣- وفي حالة ما اضطر المشتري إلى رفع دعوى ضمان العيب الخفي إذا لم يسلم البائع بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت المناسب، فإن جميع المصروفات تقع على عاتق البائع^(٥).

٤- التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب، ونميز هنا بين إذا كان البائع حسن النية، أي أنه لا يعلم بوجود العيب لم يكن مسؤولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول في وقت البيع، وأما إذا كان البائع سيء النية أي أنه يعلم بوجود العيب فيكون مسؤولاً عن الضرر حتى غير المتوقع، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية، أما في حالة

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤، مصدر سابق، فقره ٣٧٤، ص ٧٤٤. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٢-٢٤٥.

(٢) Planiol et Ripert- traite pratique de Droit civil Francais- tome X- contrats civil - (٢) paris - 1956. n129 p124 ، نقلاً عن د. محمد عبد الوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٣) د. اسعد دياب، مصدر سابق، ص ١٩٥.

(٤) محمد شتا أبو سعد، مصدر سابق، ص ٣٤٨.

(٥) سامي عبد الله الدريعي، معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الخامس والسبعون، ٢٠٠٥، ص ٩٤٠-٩٤١.

استبقاء المشتري للمبيع، فيكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع بدون عيب وقيمتة معيباً، وأيضاً مصروفات دعوى الضمان إذا اضطر المشتري لرفعها^(١).

ويمكن أن نستنتج مما سبق بانه في حالة تغيّر المبيع بالعيب فالمشتري مخير بين رد المبيع وفسخ العقد واسترداد الثمن أن كان قد دفعه ، وبين أمساك المبيع بالعيب الذي فيه وبالثمن المسمى في العقد من دون أن يكون له المطالبة بنقصان الثمن _ وفقاً للقانون المدني العراقي _ إلا في بعض الحالات كحالة حدوث عيب جديد في المبيع بعد التسليم أو في حالة زيادة شيء من مال المشتري على المبيع المعيب .

المطلب الثاني

حكم تغيّر المبيع بفوات الوصف

عندما يكفل البائع توافر وصف معين في المبيع فانه يكون مسؤولاً عن تخلف هذا الوصف عند التسليم ، فعندما يجد المشتري أن الوصف المشروط أو المرغوب فيه غير موجود في المبيع فعليه أن يقوم ببعض الاجراءات التي تحافظ على حقه في مواجهة البائع بالاضافة إلى معرفة الوقت الذي يتوافر فيه الوصف وما يرتبه من آثار عند تخلف ذلك الوصف ، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول نخصه لحكم تغيّر المبيع بفوات الوصف في الفقه الاسلامي ، أما الفرع الثاني فهو لحكم تغيّر المبيع بفوات الوصف في القانون،وكالاتي :

(١) محمد شتا ابو سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩ .

الفرع الأول

حكم تغير المبيع بفوات الوصف في الفقه الإسلامي

ذهب اغلب فقهاء المسلمين ^(١) إلى أن تخلف الوصف في المبيع هو خيار يؤثر في لزوم العقد، على اعتماد أنه أحد الخيارات ^(٢) التي تكفلت الشريعة من خلالها بأعطاء الحق لأحد العاقدين في رد الضرر الواقع عليه أو التخلص من آثاره وعليه سنبين أحكام الخيار عند فوات الوصف أو تغيره، وكالاتي :

أن تناول حكم تغير المبيع بفوات الوصف هو الغاية الأهم في هذا الفرع، ذلك بانه يعطي الحلول العملية للتعامل مع حالات فوات الوصف التي يتعرض لها المبيع فإذا تحقق فوات الوصف في المبيع بإحدى صور الفوات وكان هذا الفوات قد توفر فيه شرطي اثبات الخيار، من كون الوصف المتخلف داخل تحت جنس المبيع ، وان فواته ليس عيباً، فهنا يثبت خيار فوات الوصف للمشتري.

وخيار الوصف يعطي الحق للمشتري في تخييره بين امرين :

١- فسخ العقد (اي حق رد المبيع وإسترجاع الثمن كامل) وإن تبرير رد المبيع يكون فيه عيب قد يفوت على المشتري وصف السلامة الذي يقتضيه العقد بما شرط فيه ^(٣).

٢- الامضاء بالعقد والامساك بالمبيع بجميع الثمن دون التعويض عن الوصف الفات، وذلك لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا ما كانت مقصودة في العقد، وذلك لأنها تابعة للعقد تدخل فيه دون ذكر ^(٤).

ودليل ذلك بانها لو تخلفت بيد البائع قبل التسليم لم ينقص من الثمن شيئاً ^(٥).

وتختلف بعض التفصيلات تبعاً لاختلاف صور التغير الحادث على الوصف المشروط أو الوصف المرغوب فيه، وكما يلي ^(٦) :

(١) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٢٩١. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، مصدر سابق، ص٤. أبو أسحاق أبراهيم بن علي بن يوسف الفيزوابادي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج١، ط١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧م، ص٣٨٠.

(٢) يعرف الفقهاء خيار الوصف على أنه (حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه) د. عبد الستار أبو غده، مصدر سابق، ص٧١٩.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٦. السرخسي، المبسوط، ج١٣، مصدر سابق، ص٩٩. محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٣، مصدر سابق، ص٢٤٨.

(٤) ايراد عبد الحميد نمر، مصدر سابق، ص١٥٧.

(٥) أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، ج٦، مجلد ٥، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع، ص٨. ابن عابدين، رد المحتار، ج٤، مصدر سابق، ص٥٨٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، مصدر سابق، ص٢٦، الزيلعي، تبين الحقائق، ج٤، مصدر سابق، ص٢٢. الشريبي، مغني المحتاج، ج٢، مصدر سابق، ص٩٧. الحر العاملي، للمعة الدمشقية، ج٣، مصدر سابق، ص٣٦٣.

(٦) البابرتي، العناية شرح الهداية، المصدر السابق، ص٨. ابن عابدين، رد المحتار، المصدر السابق، ص٥٨٧. الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص٢٥٦. الزيلعي، تبين الحقائق، المصدر السابق،

١- في حالة تخلف الوصف المشروط في المبيع بتغيّره سلّبا كان يأتي على صورة مغايره للوصف المشروط، أو بأقل من الوصف المرغوب فيه فيعطى للمشتري الخيار بين رد المبيع وأخذ الثمن أو أمساك المبيع دون تعويض.

٢- في حالة أمتناع الرد مثل استهلاك المشتري للمبيع أو حدوث عيب جديد عند المشتري، فهنا يرجع المشتري على البائع بأرّش الوصف الفائت من الثمن، ويمكن أن نحسب هذه الحصه بتقويم المبيع موصوفاً بتلك الصفة، والقيمة التي ما بينهما من تفاوت هي الحصه التي يرجع بها إلى المشتري، والسبب في التعويض في حالة عدم القدرة على رد المبيع هو كون تخلف الوصف المشروط أو المرغوب يعد عيباً في المبيع ويكون البائع قد عجز عن تسليم المبيع إلى المشتري موصوفاً بالسلامة فهنا يحكم بالتعويض كما في العيب.

٣- إذا جاء المبيع موصوف بصفة أجود وأفضل مما هو مشروط أو مرغوب، فهنا لا يخير المشتري ويلزمه البيع، لأنه قد تحقق ما اشترطه وبزيادة، وعندما يأتي المبيع بوصف افضل فهنا تحصل الفائدة للمشتري.

إلا أن للمشتري حق التخيير في حالة النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه^(١).

فعند فقهاء الجعفرية^(٢)، بعض منهم جعلوا خيار الوصف ضمن خيار فوات الشرط، اذ يرون بأن الوصف عندما يذكر بالعقد على شكل شرط فيكون لازماً وعند تخلفه يكون للمشتري الخيار.

أما إذا لم يذكر الوصف في العقد بشكل شرط اي على سبيل التعريف فلا يثبت الخيار للمشتري عند تخلف ذلك الوصف^(٣).

وجاء عند أحد الفقهاء بانه (لو شرط غير المقصود، وظهر الخلاف ولم يكن غرض يعتد به، فلا خيار على الاقوى وليس منه شرط الكفر أو الثوبه أو كون الدابة حائلا فبانت حاملا لتعلق الاغراض بذلك، ولو شرطها حاملا صح ولو شرط الحلب كل يوم شيئاً معلوماً، أو طحن الدابة قدراً معيناً، ففي القواعد لم يصح)^(٤).

وعليه فإن المراد من الخيار هو الرد والالتزام بلا ارش إذا لم يكن فواته عيباً^(٥).

ويجوز الشرط في العقد إذا لم يكن فيه جهاله في العوضين أو أحدهما ولم تمنع منه الشريعة الاسلامية وعليه يبطل الشرط بأشترط غير المقدور كأشترط حمل الدابة فيما بعد، ولو شرط

ص٢٢. الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ص٩٧. الحر العاملي، اللعة الدمشقية، المصدر السابق، ص٣٦٣.

(١) ابن همام، فتح القدير، ج٦، مصدر سابق، ص٢٧٩. الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٤، مصدر سابق، ص٩. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، مصدر سابق، ص٣١٦.

(٢) جمال الدين بن مكي العاملي، اللعة الدمشقية، ج٣، مصدر سابق، ص٥٠٥. محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام في شرائع الاسلام، ج٢٣، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٣) محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٢، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الاشرف، ١٣٦٠هـ، ص٤٢-٤٣.

(٤) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٣، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٥) محمد حسن النجفي، المصدر نفسه، ص٢٦٢.

غير البائع بطل الشرط وابطل العقد لأمتناع بقائه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراده وبلا شرط، والمقصود لم يسلم^(١).

وان اشتراط الصفة الفعلية في العقد، هو أن التزامه بالعقد والوفاء به وانهاؤه متعلق بذلك الوصف فإذا كانت موجودة في المبيع فهو ملزم بالوفاء بالعقد وان لم تكن تلك الصفة موجودة في المبيع فيكون للمشتري الخيار بين الالتزام به على ما هو عليه وبين رفع اليد عنه وابطاله^(٢).

واما بعض فقهاء الجعفرية قد جعلوا خيار فوات الوصف ضمن خيار الرؤية وسبب ذلك هو أن في هذا الخيار يكون في بيع العين الشخصية ولا يجري في العين الكلية كما لو باع صاعاً من صبره موجودة على انها جيدة فظهر خلاف ذلك فلم يثبت له الخيار وانما له المطالبة بالفرد الواحد للوصف^(٣).

وبذلك يتحقق خيار فوات الوصف فيما لو أن شخصاً اشترى موصوفاً ولم يشاهده إلا أنه جزئي وليس كلي ووجده بخلاف الوصف، فيكون للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء ولا فرق في ثبوت هذا الخيار بين أن يكون الوصف المتخلف هو وصف كمال مما تزيد به المالية عرفاً لعموم الرغبة فيه إذا اتفق تعلق غرض المشتري به مثل كون العبد لا كاتباً ولا قارئاً، أو وصفاً مرغوباً فيه عند البعض ومرغوباً عنه عند البعض الآخر مثل اشتراط لون القماش اخضر لا أبيض، والاثار المترتب عن فوات الوصف هو أنه يحق للمشتري الفسخ مع الرد أو ترك الفسخ وامساك العين بالثمن المسمى بدون أي زيادة أو نقص وليس للمشتري المطالبة بالارش عند ترك الفسخ كما أن الخيار لا يسقط ببذل البائع الارش أو ابدال العين بعين أخرى موجود الوصف فيها ومثلما يثبت خيار فوات الوصف للمشتري عند تخلف الوصف بالنقيصة يثبت للبائع أيضاً إذا تخلف الوصف بالزيادة في المبيع^(٤).

ويثبت خيار الرؤية عندما يشتري مبيع موصوف لم يراه فإذا به يجده بخلاف الوصف، فهنا يثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء، ولا يفرق بين كون الوصف موجبا للخيار وبين الأوصاف الكمالية التي تزيد به المالية لعدم الرؤية^(٥).

ونستنتج مما سبق بأن فقهاء الجعفرية لم يبحثوا خيار فوات الوصف بمفرده وانما وضعوه تحت خيار فوات الشرط عند بعضهم وخيار الرؤية عند البعض الآخر منهم.

أما فقهاء المالكية^(٦) فيرون صحة ثبوت خيار فوات الوصف ويعد من أحد خيارات النقيصة، إذ أنه من شرط وصف وكان فواته ينقص من مالية المبيع يثبت الخيار بفواته، أما إذا كان الشرط لا مالية له ولا غرض فيه لا يثبت الخيار ويلغى الشرط لعدم الفائدة.

(١) العاملي، اللعة الدمشقية، ج ٣، مصدر سابق، ص ٥٠٥.

(٢) محمد تقي الخوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج ١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٣، ص ١٨٢.

(٣) السيد محمد صادق الصدر، ج ٢، المعاملات، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٤) السيد محمد صادق الصدر، المصدر السابق، ص ٦٣.

(٥) السيد ابو قاسم الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، مؤسسة احياء آثار الامام الخوئي، قم، ٢٠٠٤، ص ٣٨.

(٦) عبد الله بن محمد الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٦، مصدر سابق، ص ٣٠١-٣٠٢.

اذ يرد المبيع في حالة عدم وجود الوصف الذي اشترطه المشتري في المبيع وكان هذا فيه غرض له مالية^(١).

وأجازو فقهاء المالكية البيع بالدفاتر ويقصد به (الدفتر المكتوب فيه ما في العدل من الثياب المبيعة)^(٢).

ويعني ذلك الدفتر المكتوب فيه اوصاف البضاعة البيع على البرنامج وكان الاصل منعه إلا أنه من أجل رفع الحرج على بائعه فقد اجيز، إذا اجاز بيع وشراء يعتمد على الأوصاف المكتوبة في الدفتر إذا ذكر فيه من اوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة للمشتري على تلك الصفة فإذا وجدت هذه الصفة في الثياب لزم البيع وإذا لم توجد هنا يثبت الخيار للمشتري^(٣).

أما فقهاء الشافعية فقد تبنو وجهة نظر الفقه المالكي من حيث ثبوت خيار الوصف للمشتري إذا تخلف الوصف في المبيع ولم يكن فواته عيباً، وهم أيضاً ادرجوه تحت خيار النقيصة، وهذا متصل بفوات شي المعقود عليه كما لو اشترط توافر صفة معينة في المعقود عليه وجاء خاليا منها فيثبت الخيار له^(٤) ، وجاء عند بعضهم (من اشترى ثوبا أو ارضا على أنه عشرة اذرع فوجده تسعة)^(٥).

أما إذا ظهر المبيع بوصف افضل مما اشترطه المشتري ففيه رأيين عند فقهاء الشافعية:

الرأي الأول : يرى بأن يثبت الخيار للمشتري إذا ظهر المبيع بوصف افضل مما اشترطه في المبيع وذلك لما يحققه من غرض ومصلحه للمشتري^(٦).

أما الرأي الثاني : فيرى بأن لا يثبت الخيار للمشتري لأن الوصف الذي ظهر فيه جاء افضل مما شرط^(٧).

وعليه نرى أن الفقه الشافعي قد ادرج خيار فوات الوصف ضمن خيار العيب وهو ضمن خيار النقيصة.

أما فقهاء الظاهرية^(٨)، فلم يصرحوا بثبوت خيار فوات الوصف للمشتري، إذا أنهم جعلوا العقد فاسداً بذلك الفوات، ولم يفرقوا بين أن يكون الوصف الفائت من الأوصاف الأساسية للمعقود

(١) شمس الدين الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٢) الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٧ .

(٣) شمس الدين الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

(٤) ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

(٥) الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠ .

(٦) محمد بن الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص ٥٤ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح

المنهاج ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ . الشيرازي ، المهذب ، مصدر سابق ، ص ٣٨٠ . يحيى الدين النووي ،

المجموع لشرح المهذب ، ج٩ ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٣٥٦-٣٥٨ .

(٧) الشيرازي ، المهذب في فقه الامامي الشافعي ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ٣٨١ .

(٨) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .

عليه أم وصفاً زائداً، بل أن الوصف الزائد عندهم أولى بالبطلان ، ويستندون في ذلك ببطلان العقد وفسخه عندما يحصل غبن في المبيع أو عيب إذا كانت السلامة مشروطة في العقد^(١) .

وحسب ما تقدم عند البحث في فقهاء الظاهرية عدم ثبوت خيار فوات الوصف للمشتري عنده^(٢).

ويمكن أن نستنتج من خلال استعراض آراء الفقهاء في مسألة تغيير المبيع بفوات وصفه هو أنهم قد تناولوه بطرق مختلفة، فأغلب فقهاء الحنفية، يفردون لها باباً في الخيارات بعنوان: خيار فوات الوصف، والبعض الآخر منهم يجعلها تابعه لخيار الشرط، أما فقهاء الشافعية يذكرون أحكام فوات الوصف داخله في خيار العيب أو تابعه له، أما فقهاء المالكية يذكرون صور فوات الوصف وأحكامه عند الحديث عن خيار العيب ويظهر الترابط بين العيب في المبيع وفوات الوصف فيه من حيث التغيير السلبي الذي يحدث للمبيع بعد أن تم اشتراطه في العقد يعد عيباً، وهذا بمعنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه العيب، أن كلا من الخيارين قد ثبتا بسبب تخلف شرط في المبيع إلا أن الشرط في خيار العيب ثابت دلالة، أما الشرط في خيار الوصف ثابت نصاً.

وعليه نستنتج أن تغيير المبيع بفوات الوصف لا يرجع على أصل العقد بالفساد أو البطلان، وذلك لأن فوات الوصف خارج عن أركان العقد التي يعد تخلفها مبطلاً للعقد أو مفسداً له ، والعقد قد وقع صحيحاً مستوفياً لجميع شروط الامضاء في العقد، واخذ صفة اللزوم من حيث انعقاده فلا يؤثر فوات الوصف على صحته.

الفرع الثاني

حكم تغيير المبيع بفوات الوصف في القانون

تفاوتت مواقف التشريعات المدنية من الأثر المترتب على تغيير المبيع بفوات الوصف فمنها من نظم أحكاماً بنصوص صريحة ، والبعض الآخر منها طبق أحكام ضمان العيب الخفي عليه، كما أن منها من أغفل النص على فوات الوصف ، ونتيجة لذلك فقد كان للفقهاء والقضاء مواقف متباينة في هذا الموضوع .

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي لم يرد فيه نص صريح يعالج موضوع تغيير المبيع بفوات الوصف إلا أنه قد أشار إلى ضمان فوات الأوصاف المشروطة ضمناً واقتصر ذلك على البيع

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار، المصدر سابق ، ص ٢١٤-٢١٦ .

(٢) انتقد هذا الرأي ، وذلك لما فيه من التعسف لأن فوات الوصف في المبيع لا يجعل العقد واقعا على غير المعقود عليه بل كل ما في الأمر يظهر المبيع خالياً من الوصف . انظر للمزيد في ذلك ، د. ايناس عبد مكي نصار ، مصدر سابق ، ص ٧٦-٧٧ .

على وفق النموذج^(١) ، اذ نصت المادة (٥١٨) من القانون المدني العراقي على أنه (١- الأشياء التي تباع على مقتضى نموذج تكفي رؤية النموذج منها فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع). وبناءاً على نص هذه المادة فقد اعطى الحق للمشتري في فسخ العقد ورد المبيع أو إمساك المبيع بكامل الثمن إذا جاء المبيع دون النموذج كما له الحق بمطالبة البائع بالتنفيذ إذا كان ممكناً^(٢).

ويعني ذلك بانه عند تخلف الصفة التي اشترطها المشتري في المبيع أو التي كانت مرغوبة فيمكن أن تختلف بشكل أقل أو أفضل مما اشترط، فإذا جاء المبيع وفيه مواصفات أقل مما اشترط في هذه الحالة وفقاً للمادة (٥١٨) من القانون المدني العراقي فإن المشتري مخير بين أن يفسخ البيع ويرد المبيع أو أن يمسك المبيع بكامل الثمن، بالإضافة إلى المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً^(٣).

أما إذا جاءت الأوصاف أفضل مما هو موجود في النموذج فهنا ليس للمشتري سوى الامساك بالمبيع وفقاً لنص المادة (٥١٨) إلا أن هنالك جانب آخر يرى أن للمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ أو الامساك، إلا أنه لا يمكن قبول هذا الرأي لأن النص اشترط أن يكون المبيع دون النموذج^(٤).

ويعني ذلك أن المشرع العراقي يقضي بمسؤولية البائع عند تخلف الوصف المشروط ضمناً في المبيع وقت البيع على النموذج إذا جاء المبيع أقل من المستوى المطلوب، أما إذا كان المبيع أجود فلا ضمان على البائع^(٥).

كما أشار القانون المدني العراقي في المادة (١٣١) إلى جواز اشتراط الوصف، اذ أن الوصف الذي يشترط المشتري توافره في المبيع هو شرط مقترن بالعقد ، اذ يقيد هذا الشرط حكم العقد عندما يضيف التزاماً إلى التزامات المشتري عليه غير لازمة في العقد في الوضع الطبيعي^(٦).

ونتيجة عدم وجود مادة قانونية صريحة في القانون المدني العراقي تنظم أحكام تغيير الوصف الذي يحصل بفوات الوصف فحصل هنالك آراء في هذه المسألة ، تتمثل (بأن ضمان فوات الوصف ماهو إلا غلط في صفة جوهرية في المبيع ويستند في ذلك في أنه المشتري عندما يقدم على شراء مبيع معين يعتقد أن المبيع يتوافر فيه الوصف الذي يريده فإذا تبين بعد ذلك بانه واهما في

(١) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٧٧-٧٨.

(٢) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ٦٣.

(٣) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٧٦.

(٤) د. ضمير حسين ناصر المعموري ، فوات المنفعة المقصودة من العقد ، مصدر سابق ، ص ١٠٤.

(٥) وهنالك قرار رقم ٢٠٦٥ / حقوقية / ٦٦ في ١٥ / ١١ / ١٩٦٦ الذي جاء فيه (اختلاف وصف السيارة المبيعة وظهور كونها موديل (١٩٤٨) ، (١٩٥٤) يفوت وصفاً مرغوباً فيه ويعتبر غلطاً في صفة جوهرية في نظر المتعاقدين، مما ينطبق عليه حكم المادة (١١٧) والمادة (١١٨) مدني ويرتب على ذلك عدم نفاذ العقد ويكون ويكون طلب الفسخ واسترداد الثمن من قبل المشتري صحيحاً) قضاء محكمة التمييز، مجلد ٤ ، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١ ، ص ١٠٣ .

(٦) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلانمهُ أو يكون جارياً به العرف والعادة ٢- كما يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب).

اعتقاده فهذا دليل على أنه قد وقع في غلط^(١). وهذا أن تخلف الوصف في المبيع من تطبيقات الغلط الذي تتيح للمشتري بأن يرجع بدعوى الغلط على البائع ، وعندما يتم الرجوع بهذه الدعوى يجب على المشتري أن يثبت أن البائع قد اشترك معه في الغلط أو كان يعلم به أو من السهل عليه أن يعلم^(٢) .

أما الرأي الآخر فانه إذا لم يتوافر الوصف الذي كفل البائع وجوده في المبيع عند التسليم يعد ذلك عيباً يبرر ضمان البائع للمبيع المعيب من أجل وضع حد للمنازعات التي تثار بشأن عدم توافر الوصف بهدف استقرار المعاملات^(٣) .

ولو بحثنا في موقف القضاء العراقي لوجدنا أنه في بادئ الأمر جعل فوات الوصف في المبيع هو عيباً ، إلا أن محكمة التمييز قد عدلت عن ذلك اذ عدت تخلف الوصف هو غلط في صفة جوهرية في المبيع ، اذ اكدت ذلك في قرار لها ورد فيه : (بيع السيارة موقوفاً على أجازة المشتري إذا تبين عدم مطابقة طرازها لما ورد فيه بالعقد وللمشتري عند عدم إجازته البيع أن يسترد الثمن وما انفق على السيارة من مصاريف وللبيع مطالبة المشتري بدعوى مستقلة بما عاد عليه من نفع جراء استعماله السيارة)^(٤) .

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة ، فقد نظم القانون المدني المصري فوات الوصف بالمبيع وألحقه بضمان العيب الخفي ، حيث طبق عليه أحكامه وذلك في المادة (١/٤٤٧) التي نصت على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفلها للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من منفعه بحسب الغاية المقصودة مما هو مبين في العقد أو هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعده له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده) ويظهر من خلال هذه المادة أن المشرع المصري لم يشترط أن يتوافر بفوات الوصف الشروط اللازم تحققها في العيب من كونه خفياً قديماً ومؤثراً ، أذ اكتفى بمجرد تعهد البائع بضمان وصف من الأوصاف أو اشتراط المشتري توافره في المبيع يكفي بحد ذاته لإعتباره مؤثراً وتحقق ضمان البائع بمجرد تخلفه عن ذلك^(٥) .

وعلى الرغم من وضوح موقف القانون المدني المصري ، إلا أن هنالك بعض الفقه حاول أن يميز بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع ، إذا يرى بأنه ليس كل تخلف لصفة في المبيع يوجب الضمان وينطبق عليها أحكام ضمان العيوب الخفية ، أذ أن الصفات التي يتصف بها المبيع أو يتفق على وجوب اتصافه بها أما أن تكون لازمة للتعين كما في المثليات أو غير لازمة له كما في القيميات ، فيكون اشتراط صفات معينة مقصوداً به تعيينه ، فيلتزم البائع بتسليم المشتري قدراً من المثليات متصفاً بهذه الصفات فإن سلم المشتري مبيعاً لا تتوافر فيه

(١) د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧.

(٢) د. أبناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

(٣) د. عباس الصراف ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩.

(٤) قرار رقم ١٩٣/مدنية ثالثة/١٠٧٤ في ١٨/٨/١٩٧٤ ، النشرة القضائية ، السنة الخامسة ، العدد الثالث ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٤.

(٥) د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، المصدر السابق ، ص ٢٧.

أحد هذه الصفات ،فلا يعد البائع بأنه قد اوفى بالتزامه بالسليم وفاء صحيحا ، وهنا فقط تتحقق مسؤولية البائع بالضمان على وفق أحكام العيوب الخفية^(١) .

وقد انتقد هذا الرأي وذلك بأنه لا يوجد مبرر للتمييز بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع في ضمان فوات الوصف وان كانت الصفات لازمة للتعين في الحالة الثانية دون الحالة الأولى وتطبيق أحكام ضمان العيب على الحالة الأولى دون الثانية وان كان المبرر يكمن في انتقال الملكية في المبيع المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد وانتقالها في المبيع المعين بالنوع بعد الافراز فذلك لا يشكل مبررا كافيا لقصر تطبيق أحكام ضمان فوات الوصف على المبيع المعين بالنوع دون المبيع المعين بالذات^(٢) .

وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وان لم يكن عيباً فيه..... إلا أنه قد الحقه بالعيب الخفي واجرى عليه احكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن شرط رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفه في المبيع كفل له البائع وجودها فيه يكون بدعوى ضمان العيوب.....)^(٣).

كما أن موقف القانون المدني الفرنسي جاء خاليا من النص عن أحكام ضمان فوات الوصف عند نصّه على ضمان العيب ، وأدى ذلك إلى أختلاف آراء الفقه الفرنسي بشأن أحكام فوات الوصف إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن عدم قيام البائع بتسليم مبيع يتوافر فيه الوصف الذي كفله للمشتري يعدّ أخلافاً بالتزامه بضمان العيوب الخفية^(٤)، أما الجانب الآخر من الفقه ذهب إلى أن فوات الوصف لا يعدّ عيباً فلا يمنح المشتري الحق بإقامة دعوى ضمان العيب عند فوات الوصف ، إلا أنه إذا توافرت شروط الغلط يحق للمشتري أن يطلب ابطال العقد على أساس الغلط وليس على أساس فوات الوصف^(٥) .

وعليه إذا وجد المبيع خالي من الوصف المرغوب فيه أو المشروط فعلى المشتري أن يقوم ببعض الاجراءات التي تحافظ على حقه في مواجهة البائع، كما يجب تحديد الوقت الذي تتوافر فيه الصفة وعليه سوف نتحدث أولاً عن اخطار البائع بتخلف الوصف في المبيع ،أما ثانياً فهو للجزاء المترتب على تغيّر المبيع عند فوات الوصف ، وكالاتي :

(١) د. سليمان مرقس ، المصدر سابق ، ص ٥٦٦-٥٥٧.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار ، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها اساتذة كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، السنة الثالثة عشر ، العدد الثاني ، ١٩٧١ ، ص ٣٣٥

(٣) قرار نقض ٣ / ٥ / ١٩٧٨ طعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٤٦ ق نقلا عن د. محمد شتا ابو سعد، مصدر سابق، ص ٣٤٨.

(4) Jean Carbonnier – Droit civil –source précédente p-349.

(5) Beudant-Lacantinerie-Trait theorique et pratique – de ,droit civil T XIX- de la vente de iechange- p203, n253 Colinet Capitant- Conrs eLementaire de droit francais Tomell p.615- n923.

أولاً : اخطار البائع بتخلف الوصف

عندما يتسلم المشتري المبيع يجب عليه أن يقوم بفحصه والتحقق من حالته من أجل أن يقوم بأخطار البائع بما كشف فيه من تخلف الأوصاف ، فالإخطار هو عمل إجرائي يقوم بيه المشتري لتبليغ البائع بأن المبيع جاء خال من الوصف المرغوب فيه أو المتفق عليه في العقد^(١).

فالأخطار هو تصرف قانوني يصدر عن الإرادة المنفردة للمشتري يعبر فيه عن تمسكه بحقه بضمان التغير الحاصل في المبيع نتيجة لفوات الوصف ، وهذا التعبير عن الإرادة ضروري وذلك لأن سكوته يُفسر على أنه قد قبل بالمبيع على الرغم من التغير الذي وجده فيه^(٢).

يشترط على المشتري عند عدم توافر الوصف في المبيع أن يقوم بأخطار البائع بذلك اذ أن القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة التي عالجت أحكام فوات الوصف مع ضمان العيب الخفي وساوت بينهما بالحكم بقيام المشتري بأخطار البائع بتخلف الوصف بمجرد أن يتحقق من ذلك وبدون ابطاء^(٣).

ومن أجل أن ينتج الإخطار أثره يجب أن يكون مضمونه واضحاً يحتوي على سبب الانذار مع تحديد نوع الصفة والمكان الذي يوجد فيه المبيع ، فضلاً عن أن الإخطار لا يشترط فيه شكل خاص يمكن أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل أو بشكل شفوي ويقع على المشتري اثبات اخطار البائع بتخلف الوصف، وإذا لم يخطر البائع بذلك عد الوصف متوافراً في المبيع وسقط التزام البائع بالضمان^(٤).

ثانياً : الجزاء المترتب على تغير المبيع بفوات الوصف

عندما يخل البائع بتنفيذ التزامه، فطبقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين يحق للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، وإذا لم يمكن ذلك فله حق الفسخ والمحكمة سلطة تقديرية في ذلك، وكالاتي :

١-التنفيذ العيني :

عندما يقوم البائع بتنفيذ التزامه مختاراً ينقضي الالتزام، أما إذا لم يتم بتنفيذ التزامه يمكن للدائن جبره على ذلك بذات ما التزم به، فإذا اثبت المشتري بأن البائع قد سلمه مبيعاً يخلو من

(١) د. أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

(٢) د. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

(٣) د. محمد شتا ابو سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦ .

(٤) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ . د. انور طلبية ، مصدر سابق ، ص ٥٧٧ . د. محمد شتا ابو سعد ص ٣٤٧ . د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، بدون مكان نشر ، ١٩٦١ ، ص ١٩٢ . د. سليمان مرقس ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص ٥٧٢ .

الأوصاف التي كفلها له وقام بكافة الاجراءات القانونية المتمثلة بأخطار البائع وأثبتت التخلف، فللمشتري وطبقاً للقواعد العامة مطالبة البائع بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً^(١).

أن القانون المدني العراقي لم ينص بصورة صريحة على الأثر المترتب على تغيير المبيع بفوات وصفه، وايضاً عدم الحاقه بضمان العيوب الخفية من أجل الرجوع بدعوى ضمان العيب، فنلجأ هنا إلى القواعد العامة، إذا أن للمشتري الحق في مطالبة البائع بتنفيذ عين ما التزم به، وإذا تعذر ذلك يتحول التنفيذ العيني إلى المطالبة بالتعويض ما لم يثبت استحالة التنفيذ بسبب أجنبي وبذلك ينقضي التزام البائع وينقضي تبعاً له التزام المشتري لانفساخ العقد بحكم القانون^(٢).

أما موقف القانون المدني المصري فقد أخضع فوات الوصف إلى أحكام العيب الخفي وبذلك يرجع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيب، إلا أن ذلك لا يمنع حق المشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني، وذلك بأبدال المبيع الخال من الوصف بمبيع آخر يحتوي على الوصف المشروط أو المرغوب فيه^(٣).

وأن أبدال المبيع هي أحد حقوق المشتري التي يخولها له الضمان في نطاق ضمان العيب الخفي، ويكون أساس أبدال المبيع هو القواعد الخاصة بطلب التنفيذ العيني متى ما توافرت شروطه^(٤).

ونجد القانون المدني الأردني قد جاء خالياً، أيضاً، من بيان الأثر المترتب على تغيير المبيع بفوات وصفه، ويرجع في ذلك إلى القواعد العامة التي تقضي بطلب التنفيذ العيني إذا لم يقيم المتعاقد بتنفيذ التزامه أو الفسخ مع التعويض^(٥).

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية نص على أنه (إذا اختلفت مواصفات البضاعة المسلمة إلى المشتري فهو مخير أن شاء بيعها وان شاء رفضها عملاً بالمادة (٣١٠) من المجلة، حتى إذا استلمها وتصرف فيه يسقط حقة بفسخ البيع وبالرجوع على البائع بنقصان القيمة بالمادة (٣١٢) من المجلة^(٦) .

وأيضاً القانون المدني الفرنسي لم ينص صراحة على الجزاء المترتب على تخلف الوصف في المبيع، كما أنه لم يجعل فوات الوصف بدعوى ضمان العيب الخفي وعليه فالمشرع الفرنسي أيضاً ترك حكم المسألة إلى القواعد العامة المتمثلة بأن البائع عندما يضمن للمشتري

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ٣٤٠. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٨.

(٢) د. ايناس مكي عبد نصار، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٣) د. اسعد دياب، مصدر سابق، العقود المسماة، ص ٢٦٨. د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٩٥. كما نصت المادة (٤٤٧) من القانون المدني المصري على أنه (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها).

(٤) وسيم جبار ابراهيم الشمري، ضمان صلاحية المبيع للاستعمال، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١١، ص ١١١-١١٤.

(٥) د. ايناس مكي عبد نصار، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٦) تمييز حقوق ١٥٦ / ٦٤ سنة ١٩٦٤ نقلاً عن المحامي محمد عبد الله ابو هزيم، الضمان في عقد البيع، الضمان في عقد البيع، دراسة مقارنة وفقاً لاحكام التشريع الأردني والمغربي والمقارن، ط١، دار الفحاء، عمان - الاردن، ١٩٨٦، ص ٢٥٣.

توافر وصف معين في المبيع وبعد ذلك يظهر عدم توافر ذلك الوصف^(١)، فهنا يحق للمشتري أجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وهذا ما جاء في نص المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي^(٢).

٢-فسخ العقد :

عندما يخل البائع بتنفيذ التزامه بتسليم مبيع يتوافر فيه الوصف المرغوب أو المشروط، وتعذر التنفيذ العيني للالتزام، فللمشتري الحق وفقاً للقواعد العامة عند عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يطلب فسخ العقد ، مع التعويض إذا كان له مقتضى^(٣).

ويستلزم لرفع دعوى الفسخ القيام (بأعذار البائع ويكون ذلك بانذاره بوجوب تنفيذ التزامه ، إلا إذا أُنقِمت المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه وعليه لا يكون هنالك حاجة لأعذار البائع كما يجوز للبائع أن يقوم بتسليم مبيع يتوافر فيه الوصف الذي أراده المشتري عند رفع الدعوى وقبل صدور الحكم بالفسخ إلا أنه يحكم عليه بالتعويض نتيجة التأخر في التنفيذ إذا حصل ضرر للمشتري وعليه أن يطلب ذلك من المحكمة وعندما يحكم بالفسخ يرتب على ذلك إعادة المتعاقدين للحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، إذ يشترط على المشتري رد المبيع إلى البائع مع الثمرات التي انتجها قبل الفسخ وإن لم تكن موجودة بأن استهلكها فيجب رد قيمتها كما يجب على البائع رد الثمن إلى المشتري مع فوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية فيه، بالإضافة إلى تعويض المشتري عما أصابه من ضرر وما لحقه من خسارة فائته نتيجة تخلف الوصف في المبيع)^(٤).

كما يضاف إلى ذلك الزام البائع برد المصاريف التي انفقها المشتري لحفظ العين المبيعة، أما المصاريف الكمالية فلا يسترد منها شيئاً، وأما المصروفات النافعة فللمشتري أن يستردها من البائع إذا كانت قيمة الشيء أكثر من قيمة ما أحدثه ، ولكن للمشتري أن يتملك الشيء بثمن مثله إذا كانت قيمة ما أحدثه أكثر من قيمة ما أحدثه في المبيع^(٥) ونصت على ذلك المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي^(٦) .

(١) - Georges Ripert et Jean Boulanger – Traite de droit civil francais- Tome II-1957- n1359- p 511 .

(٢) Art1184 (L'acondition resolutoire 'est toujours sous –entendue dans les contrats 'synallagmatiques ,pour le cas ou l'une des deux parties ne satisfera point a 'son) .

(٣) نصت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ) .

(٤) د.سلام عبد الزهرة القتلاوي، مصدر سابق، ص ٢٨ .

(٥) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق، ص ١٩٩ .

(٦) نصت المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض ، مملوكة لغيره بزعيم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة) .

وجاء في القانون المدني الفرنسي بانه عندما يضمن البائع توفر وصف معين في المبيع ثم يجده متخلفا فله الحق برفع دعوى الفسخ، ذلك لأنه لا يمكن تطبيق الجزاء الخاص بدعوى ضمان العيوب الخفية المتمثل برد المبيع واسترداد الثمن أو استبقاء المبيع والرجوع بجزء من الثمن والمنصوص عليه في المادة (١٦٤٤)، وذلك لأن فوات الوصف لا يعد عيباً في القانون المدني الفرنسي، وانما يتم رفع دعوى فسخ البيع وفقاً للقواعد العامة في الالتزام، وذلك لأن الشرط الفاسخ هو شرط ضمنى في العقود الملزمة للجانبين كما أنه له حق الفسخ دون حاجة للنص عليه في العقد^(١).

أما موقف القضاء من الفسخ فقد جاء في قرار لمحكمة التميز العراقية نص على أن (من حق المشتري طلب فسخ عقد بيع السيارة إذا ظهر بأن المبيع لم يكن مستجمعا للشرائط المذكورة في عقد البيع المادة (١٧٧))^(٢).

٣- رد المبيع

أن النتيجة الطبيعية للفسخ هو رد المبيع عندما يتخلف الوصف الذي رغب توافره في المبيع، لأن الاحتفاظ بالمبيع أو الثمن لدى أحد المتعاقدين يكون دون وجه حق، وحق رد المبيع يكون للمشتري دون البائع، ووسيلته في ذلك للحصول على المبيع هو دعوى الرد^(٣).

ويخضع طلب الرد للقضاء ليس الغرض منه الوقوف على توافر شروطه وحسب وانما التأكد من عدم التعسف في استعماله لحقه بالرد ، لأن من الصعب في بعض الاحيان معرفة ما إذا كان المشتري حسن النية أو سيئها عندما يطلب هذا الحق ، فإن كان طلب الرد لا يقصد به سوى الأضرار بالبائع فيكون ذلك تعسفا في استعمال طلب الرد ويكون موجبا لرفضه ، ويمكن للقاضي باستخلاص تلك النية من انتفاء كل مصلحة لصاحب الحق من استعمال طلب رد المبيع^(٤).

وعليه أن حق المشتري في رد المبيع يتخلف الوصف في القانون المدني العراقي يثبت عند فسخ العقد، اذ أن الحكم بالفسخ يرتب عليه اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد^(٥).

أما موقف القانون المدني المصري (فيرجع المشتري على البائع أن تغيّر المبيع بفوات الوصف بمقتضى أحكام دعوى ضمان العيب الخفي وذلك لأن المشرع المصري ساوى بين

(١) Georges Ripert et Jean Boulanger-OP-Cit- n1359- p 511 .

(٢) قرار رقم ٧٤١ / مدنية رابعه / ١٩٧١ في ٩ / ٧ / ١٩٧١ ، النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة تميز العراق، السنة الثانية، العدد الثالث ١٩٧٣ ، ص ٢٣.

(٣) د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، مصدر سابق، ص ١٨٤ .

(٤) د. جعفر الفضلي، حقوق المشتري في حالة استحقال المبيع، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، اصدار كلية القانون، جامعة الموصل، العدد السابع، ايلول، ١٩٩٩ ، ص ٧٩. د. ايناس مكي عبد نصار، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٥) هذا ما نصت عليه المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي على أنه (إذ فسخ عقد المعاوضة الواردة على الاعيان المالية أو انفسخ، سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم بتسليم البديل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يسترد.) .

فوات الوصف والعيب الخفي، وقد اُحال بذلك إلى أحكام ضمان الاستحقاق ، أذ أن المشتري مخيراً بين رد المبيع وما حصل عليه من ثمرات من وقت البيع والبائع ملزم برد قيمة المبيع والمصروفات الضرورية التي انفقها على المبيع وإذا كان البائع سيء النية يلتزم بدفع المصروفات الكمالية أيضاً، أي أنه يعلم بتخلف الوصف عند تسليم المبيع للمشتري، بالإضافة للتعويض إذا كان له مقتضى، أو أن المشتري يستبقي المبيع مع المطالبة بالفرق بين قيمة المبيع متوافراً فيه الوصف وقيّمته عند تخلف ذلك الوصف، بالإضافة إلى مصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها^(١).

وعليه إذا كان تخلف الوصف جسيم وهو الذي يترتب عليه خسارة كبيرة للمشتري بحيث لو كان يعلم لما اتم العقد وللمشتري رد المبيع كلياً وما افاده من الثمرات من وقت البيع وان يسترد من البائع ثمن المبيع بالإضافة إلى التعويض والمصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية كما أن للمشتري الحق في استبقاء المبيع ويطلب من البائع الفرق بين القيمتين، قيمته وهو يتوافر فيه الوصف وقيّمته وهو خالي من الوصف^(٢).

كما يمكن أن يكون المبيع عدة أشياء ويظهر فوات الوصف في أحدهما دون الآخر فيرجع في ذلك إلى حكم القواعد العامة^(٣).

وتقدير ما إذا كان فوات الوصف جسيم، أم غير جسيم إلى سلطة القاضي الموضوعية^(٤)، ويمتنع رد المبيع إذا تغيّرت حالته عند المشتري بعد التسليم لأنه يستلزم عليه رد المبيع إلى البائع بحالته كما استلمه من دون أي تغيّر^(٥).

أما موقف القضاء المصري فجاء قرار في ذلك لمحكمة النقض المصرية (٠٠٠ أن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفه في المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه اخل بالتزام اخر مستقل عن التزامه بالضمان.....)^(٦).

نستنتج مما تقدم بأن المشرع العراقي لم ينص بصورة صريحة على الجزاء المترتب على تغيّر المبيع بفوات وصفه ، وعدم إلحاقه بضمان العيب الخفي ، فلا يكون لنا هنا إلا أن نرجع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني اذ للمشتري الدائن بالوصف المشروط أو المرغوب أن يطلب من البائع تنفيذ عين ما ألتزم به ، فإن تعذر تنفيذ ذلك بسبب فعل البائع فيتحول التنفيذ العيني إلى التعويض ، كما أنه إذا حكم بفسخ العقد فانه النتيجة الطبيعية للفسخ هو أن على المشتري رد المبيع إلى البائع .

(١) د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .
(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤ ، مصدر سابق، ص ٦٤٩. د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٨٢. د. محمد لبيب شنب، ص ١٩٣ .
(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٠٤.
(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج ١، البيع ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٣٠٥.
(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج ٤ مصدر سابق، ص ٦٥٥. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، عقد البيع ، مصدر سابق، ص ٥٧٨. د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٩٣-١٩٤.
(٦) طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٦١ س ٢٠ ، ص ٧٩٦ نقلاً عن د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ج ٢، العقود المسماة ، ط ٣، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٦، ص ١٨٠.

المبحث الثاني

حكم تغيّر مقدار المبيع وتغيّر المبيع بالهلاك

يعد البائع مخلاً بالتزامه بالتسليم إذا خالف أي حكم من أحكام التسليم سواء ما يتعلق منها بمقدار المبيع المتفق عليه في العقد ، أو هلاك المبيع ، والهلاك المعني بالبحث هو زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو بفعل البائع نفسه أو نتيجة فعل المشتري أو بسبب شخص أجنبي ، وهذا الزوال قد يكون كلياً أو جزئياً . ومن أجل معرفة هذه الأحكام سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين ، يكون المطلب الأول لحكم تغيّر المبيع بتغيّر مقداره ، أما المطلب الثاني فهو حكم تغيّر المبيع بالهلاك .

المطلب الأول

حكم تغيّر مقدار المبيع

عندما يتسلم المشتري المبيع ويظهر بانه ليس بالحالة المتفق عليها في العقد ، يلزم هنا التفرقة بين فرضين ، اولهما، إذا كان التغيّر ضاراً و راجعاً إلى فعل البائع أو المشتري، أو شخص أجنبي أو قوة قاهرة.

أما إذا كان التغيّر في حالة المبيع نافعاً، فانه ينظر إلى المسؤول عن هذا التغيّر، إذا كان هذا التغيّر نتيجة فعل غير البائع ، أو كان التغيّر راجعاً إلى فعل البائع، فتطبق في هذه الحالة أحكام البناء في ملك الغير بسوء نية .

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنبيين في الفرع الأول : الأثر المترتب على التغيّر في مقدار المبيع في الفقه الاسلامي ، وسنتناول في الفرع الثاني : الأثر المترتب على تغيّر مقدار المبيع في القانون ، وكالاتي :

الفرع الأول

حكم تغير مقدار المبيع في الفقه الإسلامي

أن تغير مقدار المبيع قد يكون بالنقص أو الزيادة ويحصل هذا التغير قبل التسليم أو عندما يتسلم المشتري للمبيع ويجده فيه نقصاً أو زيادة وكما يأتي :

أولاً : النقص^(١)

أن نقص المبيع قبل التسليم يختلف أثره باختلاف من تسبب فيه فإذا كان المشتري هو سبب النقص، كما لو كان المبيع داراً وحطم أحد جداره، فالفقهاء في هذه المسألة متفقين على اعتبار فعل المشتري بمثابة قبض للمبيع^(٢).

أما إذا كان نقص المبيع قد حصل نتيجة لفعل البائع، فإن الأثر المترتب عليه يختلف فيه، وكالاتي :

فقد ذهب فقهاء الجعفرية^(٣)، فقد ذهبوا إلى اعطاء الخيار للمشتري بين المطالبة بالفسخ، أو قبول المبيع بالنقص مع مطالبة البائع بالتعويض عن مقدار النقص في المبيع.

وعند فقهاء الحنفية^(٤) إلى أن نقص المبيع قبل التسليم بفعل البائع يعطي الخيار للمشتري بين المطالبة بالفسخ أو قبول المبيع بحصته من الثمن.

أما فقهاء المالكية^(٥)، يذهبون إلى أن العقد يبقى لازماً على المشتري، ويلزم البائع بتعويض المشتري بمقدار النقص الحاصل في المبيع.

أما فقهاء الشافعية^(٦)، فيعطون الخيار للمشتري بين المطالبة بالفسخ وبين قبول المبيع بكل الثمن.

ونرى أن الرأي الراجح هو ما جاء به فقهاء الجعفرية لأنه الأقرب إلى الصواب ، إذ اعطوا الخيار للمشتري بين المطالبة بالفسخ ، أو قبول المبيع بالنقص مع المطالبة بالتعويض .

وبالحكم نفسه في حالة تغير المبيع، لنقص بفعل أجنبي، فإن الأثر المترتب عليه كفعل البائع من حيث ثبوت الخيار للمشتري أو عدمه، مع حق المشتري بالمطالبة بالتعويض على من أحدث النقص نتيجة للتغير في المبيع^(١).

(١) ورد معنى النقص بأنه الخسران في الحظ ، ويكون مصدراً ويكون قدر الشيء الذاهب ، والنقصان ضد الزيادة . انظر في ذلك ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ١٠٠.

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ . الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ . أسنى المطالب شرح روض الطالبين ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٣) جمال الدين الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤.

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ . المحقق الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٤٧ .

(٥) ابو عباس الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٦) الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٤٦١ .

أما إذا حصل النقص بسبب قوة قاهرة أو بسبب المبيع نفسه قبل تسليمه للمشتري، فأختلف الفقهاء في ذلك وانقسموا إلى أربع اتجاهات :

الاتجاه الأول : وبه أخذ فقهاء الجعفرية^(٢)، ويفرقون بين ما إذا كان للنقص تأثير على ثمن المبيع أم لا يؤدي هذا النقص إلى تغيير في ثمن المبيع ، فإذا كان للنقص تأثيراً على الثمن فهنا يخير المشتري بين المطالبة بفسخ البيع أو قبول المبيع بحصته من الثمن.

أما إذا كان نقص المبيع ليس له تأثيراً على الثمن ، فالمشتري هنا مخير بين المطالبة بفسخ البيع أو قبول المبيع ناقصاً وبكل الثمن، وعند البعض من فقهاء الجعفرية في الصورة الثانية يكون للمشتري المطالبة بالتعويض بمقدار ما نقص في المبيع إذا أختار قبول المبيع ناقصاً^(٣).

الاتجاه الثاني : واخذ به فقهاء الحنفية^(٤)، ويميزو بين ما إذا كان النقص الحاصل في المبيع هو نقص قدر أو نقص وصف، فإذا كان النقصان هو نقصان قدر كما لو كان المبيع حنطة قدرها اربعين طناً إلا أنه قبل التسليم نقصت عشرة أطنان، فللمشتري الخيار بين المطالبة بالفسخ أو قبول المبيع بحصته من الثمن، أما إذا كان نقصان وصف وهو الذي يدخل في المبيع من غير تسمية كالشجر والجودة في السلعة، فللمشتري الخيار بين المطالبة بالفسخ أو قبول المبيع بكل الثمن والنقص الحاصل في المبيع بفعل نفسه هو نقصان وصف دائماً.

أما الاتجاه الثالث : فقد أخذ به فقهاء المالكية^(٥)، ويبين هذا الاتجاه مقدار النقص الذي لحق بالمبيع، فإذا كان النقص يساوي نصف المبيع أو أقل، فالبيع يعد لازماً على المشتري ولكن بما يقابل المبيع المتبقي من الثمن، أما إذا كان النقص أكثر من نصف المبيع، فللمشتري الخيار بين المطالبة بفسخ البيع، أو قبول المبيع المتبقي بما يقابله من الثمن.

الاتجاه الرابع : وبه أخذ فقهاء الشافعية^(٦)، ويعطي الاتجاه هذا الخيار للمشتري بالمطالبة بفسخ البيع أو قبول المبيع بكل الثمن من دون أي نقص.

ثانياً : الزيادة :

الزيادة^(٧) التي تلحق بالمبيع غالباً ما تكون بعد القبض، ويختلف أثر تغيير المبيع بالزيادة التي تطرأ عليه باختلاف أنواعها، وكالاتي :

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥، مصدر سابق ، ص٢٣٨. أبو عباس الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٠٣ . اسنى المطالب شرح روض الطالبين ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٨٢. المحقق الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٤٧ .
(٢) المحقق الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٤ .
(٣) جمال الدين الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٤٧٤ .
(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٣٩-٢٤٠ .
(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٠٠-٢٠١ .
(٦) الأنصاري ، اسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٨١ .
(٧) الزيادة في اللغة بمعنى النمو ، والكثرة ، وهي توحى بمعنى الزيادة والزكاء ، وهي خلاف النقصان . انظر ابن منظور ، لسان العرب ، ج٧، مصدر سابق ، ص١٠١ .

١- اتفق الفقهاء في حكم الزيادة المتولدة المتصلة، أذ أن هذه الزيادة تمنع من الرد، ويسقط خيار المشتري في رد المبيع، ويعد العقد لازماً للمتعاقدين، مثال ذلك من يشتري دابة وزاد وزنها أو تشافيتها من مرض كان لازماً عند حصول العقد، أو أي زيادة أخرى تؤدي إلى حصول زيادة في قيمة المبيع وعليه.

اذ يرى فقهاء الحنفية^(١)، أن نماء الاصل يمنع رد المبيع في زمن خيار الشرط، ويسري هذا المنع على جميع أنواع الزيادة سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقاً والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف.

٢- أتكف الفقهاء في حكم الزيادة المتصلة غير المتولدة مثال ذلك من غرس اشجاراً ونخيلاً في أرض اشتراها أو من صبغ الثوب الذي اشتراه، فإذا حصلت مثل هذه الزيادة على المبيع بعد قبضه، فالأثر المترتب عليه هو لزوم العقد، ولا يجوز رد المبيع^(٢).

٣- أتكف الفقهاء في مسألة الزيادة المنفصلة المتولدة، مثال ذلك ثمار الاشجار في الأرض التي اشتراها المشتري الذي يحصل بعد القبض، فهنا يتمتع رد المبيع ويلزم العقد^(٣).

٤- اختلف الفقهاء في حكم الزيادة المنفصلة غير المتولدة، مثال ذلك حصول المشتري على أجرة المبيع الذي اشتراه، أو حصوله على الغلة وما شابه ذلك بحيث يكون السبب في الحصول عليه هو قبضه للمبيع، ففي هذه الحالة أن الأثر المترتب هو حق المشتري في رد المبيع وفسخ البيع مع رد الزيادة وهناك رأي لبعض فقهاء الحنفية^(٤)، يقول بوجوب رد تلك الزيادة إلى البائع وبخلافه يبطل خيار الرؤية بالنسبة للمشتري، حيث اعتبر هذه الزيادة من حق البائع والزام المشتري بردها إذا اراد استعمال خياره بالرد، وان عدم ردها يعني بطلان الخيار لديه.

ويمكن أن يطرح تساؤل هنا وهو هل يسري الملك للزيادة الحادثة بعد البيع أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك وكان اختلافهم تابعاً من كون الزيادة في الملك هل هي بسبب سريان الملك إليها من الاصل أم لا؟ وذهب الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول : ويرى أن العقد يسري وينتقل من الاصل المعقود عليه إلى الزيادة الحادثة فيه، وتأخذ هذه الزيادة حكم الاصل قياساً على سريته الملك، وعليه يرتفع العقد من الاصل عند الفسخ، فلا ترد الشجرة مع ثمرها، وهذا ما أخذ به فقهاء الحنفية^(٥) وفقهاء المالكية^(٦).

المذهب الثاني : والذي أخذ به فقهاء الشافعية^(٧) اذ يرى أن الزيادة الحادثة لا تتبع الاصل في العقد، ويقتصر الفسخ على الاصل- المبيع - دون غيره، لأنه لا وجود للزيادة في العقد، والعقد

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٩٧

(٢) الكاساني، المصدر السابق، ص٢٩٦-٢٩٧. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٣) وفي كل الحالات يكون رد المبيع وفسخ العقد لا يحق للمشتري استعمال الخيار فيها، والزيادة تكون له. انظر للمزيد من التفصيل ينظر رزكار عمر نامق السنكاوي، تغيير المعقود عليه وأثره في العقد، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة، جامعة اله البيت، الاردن، ٢٠١٨، ص٤٨.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٥) يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج٨، مصدر سابق، ص٤٠٣-٤٠٤.

(٦) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٨، مصدر سابق، ص٢٩.

لا يشمل من الأوصاف إلا ما كان مقابلاً للثمن، وهذه المقابلة لم تحصل للزيادة وهناك رأي عند الحنفية^(٢)، هو أن الأوصاف في المبيع لا تقابل بثمن، فتكون هذه الأوصاف تابعة للأصل لا غير، إلا إذا تم إفرادها بالمبيع فتصبح في هذه الحالة أصلاً، وعليه يفرق فقهاء الحنفية بين الزيادة الناشئة عن بيع الاجمال، والزيادة الناشئة عن بيع الافراد.

ووضع فقهاء الحنفية^(٣) ضوابط للتمييز بين الاصل والوصف حتى يحكموا فروع مسألة الزيادة في المبيع بناءً على قاعدتهم السابقة، ومن هذه الضوابط هي،

١- أن المبيع إذا تعيب بالتجزئة أو التبعض، فالزيادة والنقص فيه وصف، أما إذا كان لا يتعيب بالتجزئة، فالزيادة والنقصان فيه أصلاً.

٢- الوصف هو ما يؤثر وجوده في تقويم غيره، ويؤثر عدم وجوده في نقصان غيره، أما الاصل ما لا يكون ذلك.

٣- الأصل هو ما لا ينقص الباقي من المبيع بفواته، والوصف هو ما يتأثر وينقص الباقي من المبيع بفواته.

وعليه فإن الزيادة إذا كانت مقصودة وموصوفة في البيع فهي تتبع الاصل، أما إذا كانت غير مقصودة فهي وصف لا تتبع الاصل، ذلك أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

ومن الجدير بالذكر معرفة معنى الفسخ عند الفقهاء، إذا أنهم يرون الفسخ هو رفع حكم العقد من أصله أو من حينه، وإعادة كل من العوضين إلى صاحبه^(٤).

ويترتب على هذا أن من يقول بأن الفسخ يرفع العقد من أصله مع كل زوائده دون تفريق بين ما كان يوم العقد وما انضم للمبيع بعد العقد مما يلحق كل زيادة بالعقد ويعطيها نفس الحكم لأن الفسخ يتناولها، ومن يرى أن الفسخ يرفع الحكم من حينه دون زوائده فهو بذلك يقصر رفع الحكم من حينه دون زوائده فهو بذلك يقصر رفع الحكم على ما كان حين انعقاد العقد ولا يدخل فيه ما لحق بالعقد بعد ذلك.

وعليه لكل مذهب مستند في مسألة الزيادة، وكما يلي :

المذهب الأول: الفسخ يرفع العقد من أصله، وأخذ بهذا كل من فقهاء الحنفية^(٥)، وفقهاء المالكية^(٦)، إذ يرون بأن الفسخ يرفع العقد من أصله قياساً على القول بأن عقد بيع العقار الذي تم فسخه لا تستحق به الشفعة، فلو أن شخصاً باع منزله لشخص آخر ثم فسخ هذا البيع، واسترد

(١) أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرسلي عميره، حاشية قليوبي وعميرة، ج٢، دار احياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، ص٢٦٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٥، مصدر سابق، ص٣١٤.

(٣) ابن نجيم، المصدر سابق، ص٣١٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، مصدر سابق، ص٤٦٥. الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٦.

(٦) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٨، مصدر سابق، ص٢٩.

الثلث، وبعد فتره باع الجار الملاصق للمنزل بيته، فحينها لا يحق لهذا المشتري أن يطالب بالشفعة، لأن لما تنازل عن بيته بالفسخ أرتفع ملكه عنه وعما يتعلق به.

المذهب الثاني : الفسخ يرفع العقد من يوم انعقاده لا من اصله، واخذ به فقهاء الشافعية (١) في القول الاظهر عندهم، اذ الفسخ يرفع العقد من حين انعقاده وتكون الزيادة الحاصلة في ملك المشتري له، لأن الفسخ لا يتناولها.

ومما يستدل به فقهاء الشافعية على أن الفسخ يرفع العقد من حين انعقاده لا من اصله هو عقد الاقالة في البيع، حيث لا تمنع الاقالة في البيع الشفعة فيه، ولو كان الفسخ يرفع العقد من اصله لمنعت حق الشفعة

الفرع الثاني

حكم تغيّر مقدار المبيع في القانون

الأصل أنه إذا عين مقدار المبيع في العقد وجب على البائع أن يسلم القدر المتفق عليه، فإذا تبين وجود نقص أو زيادة في المبيع، فأختلفت الأحكام في ذلك وعلية سوف نبين ذلك في فقرتين، نفرد للفقرة الأولى موقف القانون العراقي من حكم تغيّر مقدار المبيع ، أما الفقرة الثانية فهي لبيان موقف التشريعات المقارنة ، و كالآتي :

أولاً: اثر تغيّر مقدار المبيع في القانون العراقي

يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بالمقدار المذكور بالعقد، وقد عالج المشرع العراقي حكم الزيادة والنقص في المبيع، وقد استمد هذا الحكم من الفقه الاسلامي، المواد (٢٢٣-٢٢٩) من مجلة الأحكام العدلية والمواد (٤٤٨-٤٥٣) من مرشد الحيران، وقد ميز المشرع العراقي بين فرضين في التغيّر للمبيع ، وهي كالآتي :

١- بيع المثليات التي لا يضرها التبعض:

ويقصد بها، أنها تلك الأشياء التي يمكن تجزئتها دون تلف ولا يترتب على نقصها نقص في منفعتها، إذا نصت المادة (٥٤٣) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المزروعات التي ليس في تبعضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع) .

(١) الشربيني ، مغي المحتاج ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤. الأنصاري ، اسنى المطالب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦. القليوبي وعميره ، حاشية قليوبي وعميره ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع يفرق بين حكم ظهور النقص أو الزيادة في المثليات التي لا يضرها التبويض، فإذا وجد المبيع ناقصاً في هذه الحالة يكون الخيار للمشتري بين أن يفسخ العقد أو ابقائه وأخذ الباقي من المبيع بما يقابله من الثمن، أما إذا وجد المبيع زائداً عند التسليم عن المقدار المتفق عليه كانت الزيادة من حق البائع^(١).

٢- بيع المثليات التي يضرها التبويض :

وهنا نميز بين حالتين، تتمثل الحالة الأولى بأنه إذا سمي الثمن جملة، أما الحالة الثانية وهي إذا سمي الثمن بسعر الوحدة، وكالآتي :

الحالة الأولى : إذا سمي الثمن جملة

اذ نصت المادة (٥٤٤) من القانون المدني العراقي على أنه (١-إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبويضها ضرراً أو من العدديات المتقاربة مع مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن.

٢- وإذا وجد المبيع زائداً فالزيادة للمشتري على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطي البائع عوضاً في مقابل الزيادة) .

يظهر من خلال هذا النص بانه إذا سمي الثمن جملة وعند التسليم ظهر فيه نقصاً عن المقدار المتفق عليه، فهنا الخيار للمشتري بين فسخ البيع أو أن يأخذ الباقي من المبيع بجملته الثمن المسمى في العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، أما إذا ظهر المبيع زائداً فتكون هذه الزيادة من حق المشتري، ويمكن أن يتفق المتعاقدان على دفع سعر الزيادة إلى البائع^(٢).

الحالة الثانية : إذا سمي الثمن بسعر الوحدة إذا نصت المادة (٥٤٥) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا بيعت جملة من الموزونات التي في تبويضها ضرر ومن العدديات المتفاوتة مع بيان مقدارها وسمي ثمنها بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن) .

يتضح من خلال هذا النص بانه إذا كان المبيع من الأشياء التي يضرها التبويض وسمي ثمنها بسعر الوحدة وظهر عند التسليم بأن المبيع زائداً أو ناقصاً، فهنا الخيار للمشتري بين فسخ البيع أو أخذ المبيع بما يقابله من الثمن لا الثمن المسمى.

ويعلل الفقهاء حكم عدم الجواز للمشتري بتجزئة المبيع، ذلك أن التجزئة تضر المبيع فبالتالي تضر البائع^(٣).

(١) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص ٩٨.

(٢) د. جعفر الفضلي ، المصدر نفسه ، ص ٩٩ .

(٣) د. حسن علي دنون ،العقود المسماة ،عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

ثانياً : أثر تغير مقدار المبيع في التشريعات المقارنة

يتضمن عقد البيع تحديد مقدار المبيع سواء كان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع وتناولت المادة (٤٣٣) من القانون المدني المصري أحكام الزيادة أو النقص في المبيع، وكالاتي :

١- النقص في مقدار المبيع

نصت المادة (١/٤٣٣) من القانون المدني المصري على أنه (إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضي به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسمامه بحيث لو كان يعلمه لما اتم العقد) .

يظهر من خلال هذا النص بانه إذا عين في العقد مقدار المبيع، فالبائع يكون ضامناً لهذا المقدار، فإذا حصل فيه نقص عن القدر المتفق عليه في العقد كان البائع مسؤولاً، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك، كان يتفق البائع مع المشتري على أنه لا يضمن القدر المتفق عليه، أو أن المقدار المحدد في العقد هو على وجه التقريب وإذا لم يكن هنالك اتفاق في هذه الحالة يقضي بالعرف، اذ يتسامح في بعض الاحيان بالنقص في مقدار المبيع وإذا كان النقص يتسامح فيه بحسب العرف فالبائع لا يكون مسؤولاً عنه^(١) ، وهو منقول - في اساسه - من التشريع الفرنسي^(٢) .

أما إذا لم يكن هنالك اتفاق بين المتعاقدين وحصل نقص في مقدار المبيع و تجاوز الحد المتسامح فيه بحسب العرف، فيكون البائع هنا مسؤولاً عن هذا النقص، ويحق للمشتري طلب فسخ العقد أو انقاص الثمن، إلا أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع إلا إذا ثبت بأن النقص الحاصل في المبيع بلغ من الجسمامه حداً لو كان يعلمه لما تم العقد ، أما إذا لم يبلغ النقص هذا الحد من الجسمامه فلا يكون للمشتري إلا طلب انقاص الثمن بقدر الضرر الذي لحقه من هذا النقص^(٣).

٢- الزيادة في مقدار المبيع

نصت المادة (٢/٤٣٣) من القانون المدني المصري على أنه (أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشتري، إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه) .

(١) قضت محكمة النقض في ذلك بانه (متى ما كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على امر واحد وهو مقدار كمية الحديد التي تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذي يدعيه فانه لا يكون هنالك محل لاثارة الجدل بشأنه أما محكمة النقض) قرار نقض مدني ١٦/١٤/١٩٥٧ مح س ٧ ، ص ٤٧٩ ، نقلا عن د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع والتأمين والضمان والأيجار ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٢٧٦ .

(٢) د. محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩-٢٤٠ .

(٣) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٧٦ .

يظهر من خلال هذا النص، هو أنه إذا كان القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد فيرجع في بيان حكم هذه الزيادة أولاً إلى اتفاق المتعاقدين بشأن هذه الزيادة، وإذا لم يوجد بينهما اتفاق في هذا الشأن وجب هنا التفرقة بين ما إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة أو مقدراً بحساب الوحدة فإذا كان الثمن قد تم تقديره جملة واحدة ثم تبين بعد ذلك في المبيع زيادة في المقدار فتكون هذه الزيادة من حق المشتري، وليس للبائع أن يطالب المشتري بقدر زيادة المبيع، وذلك لأن مقدار المبيع في هذه الحالة جاء على سبيل الوصف، والالوصاف لا يقابلها شيئاً من الثمن، وايضاً يمكن تبرير هذا الحكم بأن المبيع كان بيد البائع وكان يمكنه معرفة مقداره، فإن قصر في ذلك وباعه بثمن محدد جملة، فلا يكمن له أن يطلب زيادة في الثمن وإنما يفسر ذلك بأنه ارتضى بالثمن المتفق عليه^(١).

أما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، فهنا يفرق بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل للتبويض.

إذا كان المبيع غير قابل للتبويض، بأن كان المبيع يتلف بتقسيمه أو في تبويضه ضرر على البائع، فالزيادة تكون للمشتري، ويجب عليه تكملة الثمن على أساس سعر الوحدة المتفق عليها كما يجوز للمشتري طلب فسخ البيع إذا كانت هذه الزيادة في المبيع جسيمة بحيث لو علم بها وقت العقد لما أقدم على إبرامه.

كما أن تقدير جسامه الزيادة في المبيع متروكة لتقدير القاضي، وإن طلب الفسخ خيار جوازي للمشتري^(٢).

أما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض بغير ضرر، فلا يأخذ المشتري إلا المقدار المتفق عليه في مقابل الثمن المحدد على أساس سعر الوحدة، والزيادة تكون للبائع، ولا يجوز للمشتري بأن يلزم البائع بتسليم القدر الزائد بما يقابله من ثمن، ويجوز للمتعاقدين دائماً الاتفاق على خلاف ذلك.

أما في القانون المدني الأردني فبين ذلك في المادة (٤٩٢) ^(٣) منه على أنه عند تسليم المبيع للمشتري قد يسلم البائع مبيعاً يزيد في مقداره عن المقدار المتفق عليه، أو قد يجد البائع بأن المقدار به نقص، ويتضح من خلال هذا النص الأردني بأنه إذا ظهرت زيادة أو نقص في المبيع بعد تسليمه فيجب أن تطبق اتفاق المتعاقدين، وإن لم يكن هنالك اتفاق فتطبق العرف في هذه

(١) د. توفيق فرج صده، مصدر سابق، ص ٢٦١.

(٢) د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٣) نصت المادة (٤٩٢) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١- إذا كان المبيع لا يضره التبويض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محدداً لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع.

٢- وإذا كان المبيع يضره التبويض وكان الثمن محدداً على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع ثمنها والنقص من حسابه.

٣- إذا كان المبيع مما يضره التبويض وكان الثمن المسمى لمجموعة فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

٤- كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافهاً ولا يخل بالنقص في مقصود المشتري.

٥- إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة.)

الحالة، أما إذا لم يوجد هنالك عرف فتتطبق الأحكام القانونية التي جاءت بها المادة (٤٩٢) وفي هذه ابحاله يجب أن نفرق بين مبيع لا تضره التجزئة ومبيع تضره التجزئة وكالاتي :

١- إذا كان المبيع لا تضره التجزئة :

و يمكن ترتيب الأحكام الاتية في حالة المبيع الذي لاتضره التجزئة، وكالاتي :

أ- إذا ظهر في المبيع زيادة، فإن هذه الزيادة من حق البائع يستطيع أن يستردها عينا، يمكنه أن يطالب المشتري بردها اليه عينا ولا يمكن للمشتري أن يتمسك بها ودفع ثمنها إلى البائع ما لم يقبل البائع بذلك، وذلك لأن عدم الاحتفاظ بها خيار مقرر للبائع لا يستطيع أحد أن يلزمه إلا فيها^(١).

فإذا وافق البائع على ابقائها لدى المشتري فيجب عليه أن يقوم بدفع ثمنها، ولا يشترط في الثمن أن يكون نفس ثمن الصناديق الباقية فيمكن أن يزيد أو ينقص عن هذا السعر على اعتبار أنه اتفاق جديد بين الطرفين^(٢).

ب- أما إذا ظهر المبيع ناقصا، فيخصم هذا النقص من ثمن المبيع سواء اكان الثمن محددا لكل وحده، أو محدد لمجموع المبيع، ومعنى ذلك بأن المشتري سوف يخصم من ثمن المبيع ما يعادل ثمن الأجزاء الناقصة^(٣).

٢- إذا كان المبيع مما تضره التجزئة :

فمثلاً من يشتري قطعة قماش ليخيط ثوباً على أساس أنها مترين وربع ثم ظهرت بانها مترين ونصف ليس من السهل على البائع أن يأخذ الزيادة لأن استعادتها تكون بدون فائدة ولم يتمكن من بيعها لأحد لينتفع بها.

وعليه فإذا كان المبيع مما تضره التجزئة فقد فرق القانون بين حكم الزيادة والنقص إذا كان الثمن قد حدد على أساس الوحدة القياسية أو حدد على أساس مجموع المبيع ، وكالتالي :

أ- إذا كان الثمن قد حدد على أساس الوحدة القياسية، فالزيادة تكون من حق البائع يستحق ثمنها والنقص يقابل نقص في الثمن الذي يستحقه البائع ، وإذا كان الأمر يؤدي إلى التزام المشتري بدفع مبلغ أكثر مما كان متفق عليه أو أن النقص قد أدى إلى فوات منفعة له أو تفريق صفقة عليه فإن له الخيار في فسخ العقد، ما لم يكن مقدار الزيادة أو النقص تافهاً، ولا يخل بالمقصود منه فلا يحق له طلب الفسخ^(٤).

ب- إذا كان الثمن قد حدد على أساس مجموع المبيع

(١) زركار عمر نامق السنكاوي ، مصدر سابق، ص٤٧.

(٢) د. محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون الأردني ، كتاب علمي محكم من قبل عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة مؤتة ، بدون مكان وسنة طبع ، ص٢٩٩ .

(٣) زركار عمر نامق السنكاوي ، مصدر سابق، ص٤٠.

(٤) د. محمد يوسف الزعبي ، المصدر سابق ، ص٣٠٢.

فإذا كان الثمن قد حدد على أساس مجموع المبيع فالزيادة تكون من حق المشتري دون أن يدفع مقابلها شيء، وأما النقص في المبيع لا يقابله تنقيص في الثمن إذا يبقى المشتري ملتزماً بدفع كامل الثمن المتفق عليه دون أي نقصان .

وعليه نجد بأنه إذا كان الثمن قد حدد على أساس المجموع وظهر نقص في المبيع فلا يحق للمشتري أن يسترد من البائع مقابلاً له من الثمن، وإذا لم يكن قد دفع الثمن فيجب عليه دفعه كاملاً إلى البائع.

وبالمقابل، أيضاً، إذا ظهرت زيادة في المبيع، فلا يحق للبائع أن يطالب المشتري بثمن إضافي يقابل الزيادة الحاصلة وإنما يكفي فقط بالثمن الأصلي المتفق عليه في العقد.

كما أشارت المادة (٤٩٢) من القانون المدني الأردني على أن ينشأ للمشتري حق بفسخ الصفقة الزائدة أو الناقصة كلما كانت الزيادة أو النقص يلزمه بأكثر مما اشترى أو يفرق عليه الصفقة، ما لم يكن هذا المقدار تافهاً ولا يخل هذا النقص بمقصود المشتري أو أن يتسلم المشتري المبيع ويعلم بأنه ناقص ومن خلال ذلك يتضح بأن للمشتري الحق بفسخ الصفقة الزائدة ، أو الناقصة في حالتين هما :

أ- إذا كانت الزيادة في الصفقة تلزم المشتري بأكثر مما دفع.

ب- إذا كان النقص في المبيع يفرق على المشتري صفقته وفي هذه الحالة لا يكون المبيع مما يتضرر بالتجزئه.

ونستنتج مما سبق بأنه يحصل التغير في مقدار المبيع بعد التسليم متى ما كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وكان مقداره في عقد البيع قد تم تعيينه بدقة ، إذا أن مقدار المبيع إذا لم يعين في العقد ، ومن ثم ظهر – فيما بعد – أكثر أو أقل مما يعتقد أحد المتعاقدان أو كلاهما فنهما يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الغلط ، إذ متى ما عين مقدار المبيع أصبح البائع ضامناً للمشتري في حدود هذا المقدار المعين .

المطلب الثاني

حكم تغير المبيع بالهلاك

أن من المعلوم تبعه هلاك المبيع بعد التسليم تقع على المشتري سواء حصل الهلاك بسببه أو بسبب أجنبي أو بسبب البائع فيكون الرجوع عليه كشخص أجنبي ، وعليه سوف نبحت تبعه هلاك المبيع قبل التسليم فقط ، إذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول : حكم تغير المبيع بالهلاك في الفقه الاسلامي ، أما الفرع الثاني سنتناول : حكم تغير المبيع بالهلاك في القانون ، وكالاتي :

الفرع الأول

حكم تغير المبيع بالهلاك في الفقه الإسلامي

من المتفق عليه بين فقهاء الجعفرية^(١)، وفقهاء الحنفية^(٢)، وفقهاء المالكية^(٣)، وفقهاء الشافعية^(٤)، على أن المشتري إذا قبض المبيع فانه يدخل في ضمانه، فإن تلف المبيع بعد ذلك فلا يفسخ البيع بتلفه، وعلى المشتري جميع الثمن، ولا شيء له أن كان التلف بأفة سماوية أو بفعل، ويستوي في هذه الحالة أن يكون التلف قد اصاب كل المبيع أو جزئه، وعليه سوف نبين تغير المبيع قبل التسليم.

أن معرفة أحكام تغير المبيع بالهلاك متوقف على معرفة المتسبب بهذا الهلاك، وايضا نوع الهلاك إذا كان كلياً أو كان هلاكاً جزئياً، وكالاتي:

أولاً: هلاك المبيع كلياً قبل القبض

المسألة الأولى: هلاك المبيع كلياً قبل القبض بأفه سماوية

أن هذه المسألة تكون ضمن التغيرات المناخية أو الظروف الكونية الخارجة عن حدود الارادة الانسانية كالكوارث والزلازل، وحالات الانجماد والأوبئة والأمراض التي قد يتعرض لها المبيع، إذا اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

(١) الحسن الحلي، تذكرة الفقهاء، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٤٠. ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٣. ابن

عابدين، رد المحتار، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٦٢. ابو الوليد محمد بن يوسف العبدري (المواق)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٤١٦.

(٤) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج ٤، مصدر سابق، ص ٣٦٥. الأنصاري، اسنى المطالب، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٥) الحسن الحلي، تذكرة مختصر خليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٦٢. المواق، التاج والاكلي، ج ٦، مصدر سابق، ص ٤١٦.

(٦) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج ٤، مصدر سابق، ص ٣٦٥. الأنصاري، اسنى المطالب، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٤.

القول الأول: يفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشتري لفوات محله وانعدامه وضمن المبيع من البائع وأخذ بذلك فقهاء الجعفرية^(١) ، وفقهاء الحنفية^(٢) ، وفقهاء الشافعية^(٣) ، وفقهاء المالكية^(٤).

ومن ادلتهم في ذلك هي الأحاديث التي تنهي عن بيع ما لم يقبض أياً كان نوع المبيع، من مثل ما روي عن أبي عباس، رضي الله عنه - أنه قال (أما الذي نهى عنه النبي، صل الله عليه وآله وسلم _ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس، ولا احسب كل شيء إلا مثله)^(٥).

ووجه الدلالة من الحديث هو أن القول بعدم الفسخ يترتب عليه أن يستحق البائع الثمن من المشتري، وهذا الثمن يمثل له ربحاً يحصل عليه دون الضمان المتوجب عليه، وذلك لأن المبيع تحت يده وسيطرته، والاصل أن من عليه الضمان هو الذي يتحمل الخسارة، لأن الضمان في مقابل ما يستحق من ربح المبيع.

القول الثاني: يفرقون بين ما إذا كان المبيع مما يتعلق به حق توفيه^(٦) أم لا، فإذا كان مما يتعلق به حق توفيه على البائع، كالمكيل أو الموزون أو المعدود، أو المدروع، فإن البيع يفسخ بتلفه، ويسقط الثمن عن المشتري، وضمانه من البائع، أما إذا كان المبيع مما لا يتعلق به حق توفية _ وهو عدا ما ذكر _ كالدار، فلا يفسخ البيع بتلف المبيع، وضمانه على المشتري، ويلزمه الثمن، وذلك لأنه مجرد انعقاد العقد صحيحاً يكفي لانتقال الضمان اليه، واخذ بذلك فقهاء الظاهرية^(٧)، ويوافق الظاهرية في هذا الحكم فقهاء المالكية^(٨).

وأدلة هذا الفريق يقولو المبيع الذي يتعلق به حق توفية يفسخ البيع بتلفه، ويسقط الثمن عن المشتري ويكون ضمانه من البائع ، وهنالك من الاحاديث التي تنهي عن بيع الطعام قبل قبضه

(١) السيد محمد الصدر ، المعاملات ، ج٢، مصدر سابق ، ص٤٥.

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج٢٤، مصدر سابق ، ص٢٧ ومابعداها . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٢. ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص١١. الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٣٠٧ .

(٣) الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٥٢. الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٤، مصدر سابق، ص٣٦٥. الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢، مصدر سابق، ص٤٢٧. النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢، مصدر سابق ، ص٨٩ .

(٤) الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج٥، مصدر سابق ، ص١٦٢. الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، مصدر سابق، ص١٤٧ . المواق ، التاج والاكلیل ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٤٢٦ . عليش ، منح الجليل ، ج٥، مصدر سابق ، ص٢٤٠ ومابعداها . الصاوي ، الحاشية ، ج٣، مصدر سابق ، ص٢٠١ .

(٥) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك ، رقم (٢١٣٥) ، ص٣٤٢.

(٦) وهو جاء من فعل وقى ، وفى الشخص حقه ، اوفاه ، أعطاه إياه تاماً أتم ما وعده فيه . ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ص

(٧) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج٧ ، مصدر سابق ، ص٢٦٢-٢٧١.

(٨) خليل ابن اسحاق ، مختصر خليل ، دار احياء الكتب العربية ، الحلبي وشركائه ، بدون سنة طبع ، ص٢٠٨ . صالح عبد السميع الآبي ، جواهر الاكلیل ، ط١ ، تحقيق محمد الخالدي ، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧، ص٧٦ .

من مثل : حديث ابن عمر، رضي الله عنه، أن النبي محمد (صل الله عليه وآله وسلم) قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) (١).

المسألة الثانية : هلاك المبيع كلياً قبل القبض بسبب المشتري.

يتفق كل من فقهاء الجعفرية(٢)، وفقهاء الحنفية(٣)، وفقهاء المالكية(٤)، وفقهاء الشافعية(٥)، على أن المشتري إذا أتلّف كل البيع قبل قبضه فإن البيع لا يفسخ بذلك، ويصبح قابض للمبيع بأتلافه ويلزمه جميع الثمن.

ووجه هذا الاتفاق هو أن المشتري إذا أتلّف كل المبيع صار قابضاً له، لأنه لا يمكنه أتلافه إلا بعد اثبات يده عليه ، وهذا هو معنى القبض، فيتقرر البيع، ويلزمه الثمن(٦).

أما فيما يتعلق بفقهاء الشافعية فإن لهم قولين بهذا الصدد ، وكالاتي:

القول الأول : وهو إذا أتلّف المشتري كل المبيع قبل القبض، وكان عالماً أنه المبيع، فالحكم مثل ما تقدم، أما إذا كان جاهلاً به، فلا يعد قابضاً له، فيفسخ البيع، ويرجع البائع على المشتري بالقيمة، قياساً على ما إذا أتلّف المالك ماله المغصوب في يد الغاصب، وهو لا يعلم بانه ماله حيث لا يعتبر المالك مسترداً لماله بالاتلاف، ولا يبرأ الغاصب بذلك(٧).

ويجاب عنه بأن المقيس عليه غير مسلم، لأن ما ورد فيه مبني على القول غير الاصح في ذلك، اذ القول الاصح في المسألة المقيس عليها هو : أن الغاصب يبرأ من الضمان، ويصبح المالك مسترداً ماله بالاتلاف، ولذا لا يكون القياس عليها ممكناً، ومن هنا يستوي عند الشافعية _ في المعتمد عندهم _ أن يكون المشتري عالماً بالمبيع وقت أتلافه ام جاهلاً به.

القول الثاني : لا يعتبر المشتري قابضاً وان علم بانه المبيع فيفسخ البيع، وعليه القيمة للبائع، ويسترد الثمن(٨).

ولعل السبب في اعتبار المشتري قابضاً للمبيع بإحداثه هذا التغير هو مراعاة لجانب البائع من الحاق الضمان به، وتحمله خساره لا يد له بها، ومن جانب اخر لكي لا يبقى المبيع بلا ضمان يلزم المشتري المتسبب بالتلف برد الثمن.

(١) حديث صحيح ، أخرجه مالك في كتاب المنتقى شرح موطأ مالك ، أبي الوليد سلمان بن خلف بن سعد بن ايوب الباجي ، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا ، ج ٦، ط ١، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢٢-٢٢٣.

(٢) السيد محمد الحسن اله كاشف الغطاء ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٦٩.

(٣) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٩٤ ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ١١.

(٤) الخليل ، مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ . الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ . عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ .

(٥) النووي ، منهاج الطالبين ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩١ ، الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٠-٩١ .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ .

(٧) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٠-٩١ .

(٨) النووي ، منهاج الطالبين ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .

المسألة الثالثة : هلاك المبيع كلياً قبل القبض بسبب البائع.

في هذه الحالة إذا كان البائع هو المتسبب في هلاك المبيع ، وفوت مقصود المشتري منها، كان يشتري شخصاً رأساً من الغنم للاضحية ويؤخر قبضها إلى يوم العيد، فيقوم البائع ببيعها أو التعدي عليها بذبحها أو ضربها، فلفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء ، وهي كالآتي :

الرأي الأول : يقضون بعدم بطلان العقد عند هلاك المبيع أي لا يفسخ البيع، والمشتري بالخيار أن شاء فسخ البيع، فيسقط عنه الثمن، وإن شاء أمضى البيع، ودفع الثمن، ورجع على البائع بالقيمة أو بالمثل، وأخذ بذلك ، فقهاء الجعفرية ^(١) ، وفقهاء الشافعية ^(٢) ، وفقهاء المالكية ^(٣) .

الرأي الثاني : وأخذ به فقهاء الحنفية ^(٤)، إذ يرون بطلان العقد بهذا التغير وسقوط الثمن عن المشتري، بسبب فوات محل العقد، وانعدام قدرة البائع على تسليمه.

وهناك رأي ثالث لبعض فقهاء الحنفية ^(٥)، وبعض فقهاء الشافعية ^(٦) ، إذ يرون بأن يفسخ البيع، ويسقط الثمن عن المشتري وضمانه من البائع.

ووجه هذا القول هو : أن المبيع قبل قبضه مضمون على البائع بالثمن، فلو تلف المبيع هنا سقط الثمن عن المشتري فلا يكون ضامناً عليه بضمان آخر - وهو الضمان بالبدل من القيمة أو المثل - ذلك أن المحل الواحد لا يقبل الضمانين.

ورأي الفقهاء هو الأرجح في هذه المسألة، وذلك من طبيعة العقد الإلزام للطرفين، والقول بأن البائع إذا أتلف المبيع يفسخ العقد يجعل أمر الفسخ في يد طرف دون الآخر، وهذا الأمر يتنافى مع مقتضى العقد.

المسألة الرابعة : هلاك المبيع كلياً قبل القبض بسبب طرف أجنبي

وهذا الهلاك يكون عندما يتعرض المبيع للتلف بفعل شخص أجنبي عن العقد بعد أن تم التعاقد على البيع، والاتفاق على وقت يسلم فيه البائع المبيع للمشتري، كان يشتري شخصاً طناً من الطحين فيعمد شخص إلى أتلافه كان يضع الماء عليه، فهل يبقى البيع قائماً بعد هذا التلف أم يفسخ؟

اتفق الفقهاء ^(١) في هذه المسألة على عدم انفساخ العقد بسبب هذا الهلاك، ويجمع الفقهاء على أن الأجنبي المتسبب بالهلاك يقع عليه ضمان المبيع بمثله أو بقيمته، لأنه قد أتلف مالا مملوكاً للغير

(١) الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٢) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٩١ . الأنصاري ، اسنى المطالب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٥٤ . الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ .

(٣) الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ . الدسوقي ، الحاشية ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ . المواق ، التاج والاكلیل ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٤١٦ . عيش ، منح الجليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ١١ . الزيلعي ، تبیین الحقائق ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ ، ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

(٦) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٩١ .

من دون أدنه، إلا أنهم يختلفون في الأثر الذي يترتب عليه هذا التلف على المتعاقدين ، ويمكن اجمالها بما يلي :

الرأي الأول : وهو ما أخذ به فقهاء الجعفرية^(٢)، وفقهاء الحنفية^(٣) ، وفقهاء الشافعية^(٤)، في الاظهر عندهم، بأن المبيع لا يفسخ، وللمشتري الخيار، أن شاء فسخ البيع، فيسقط الثمن عنه ويرجع البائع على الاجنبي بالقيمة أو بالمثل.

ووجه الدلالة في ذلك هو أن تضمين المشتري في كل حال، فلأنه، اتلف مالا مملوكا لغيره بغير أدنه، ولا يد له عليه، فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة^(٥).

أما الرأي الثاني : والذي أخذ به فقهاء المالكية^(٦) ، أن البيع لا يفسخ، ولا خيار للمشتري بفسخه، وعلية الثمن، سواء كان المبيع من ضمان البائع ام من ضمان المشتري، ويرجع على الاجنبي لمن كان الضمان منه بائع أو مشتر بالقيمة أو بالمثل.

وهناك قول عند فقهاء الشافعية^(٧)، بأن البيع يفسخ، ويسقط الثمن عن المشتري وضمانه من البائع.

ووجه هذا القول هو أن الاجنبي إذا أتلف المبيع، فقد تعذر التسليم، فيفسخ البيع، كما لو تلف بأفه سماوية^(٨).

ثانياً : الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض

أن الهلاك الذي سببه التغير على بعض المبيع دون البعض الآخر فتلف اجزاء منه، وتبقى الاجزاء الاخرى سليمة لا يطرأ عليها تغير، ويعبر عنه الفقهاء هلاك بعض المبيع، وتختلف أحكام الهلاك الجزئي للمبيع تبعاً للمتسبب في الهلاك، وبيان هذه الأحكام نورد المسائل التالية :

المسألة الأولى : هلاك جزء من المبيع قبل القبض بسبب آفة سماوية

-
- (١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ١١ .
- (٢) الحر العاملي ، وسائل الشيعة في تحصيل مسائل الشريعة ، مصدر سابق ، ج ١٢ ، ص ٣٥٨ . الحسن الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٤٧٤ .
- (٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ . ابن نجيم ، البحر الرائق ، المصدر السابق ، ص ٢٣ . ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٧ ، ص ٩٤ .
- (٤) النووي ، منهاج الطالبين ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .
- (٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ .
- (٦) خليل ، مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣-٢٤٤ .
- (٧) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٢ . الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .
- (٨) أن ما استدلل به فقهاء الشافعية منتقد وذلك لأنه وان تعذر تسليم عينه ، إلا أنه له بدلا يقوم مقامه من المثل أو القيمة ، ومن ثم يمكن تسليم بدله ، كما أن القياس على تلف المبيع بأفه سماوية هو قياس مع الفارق . للمزيد في ذلك انظر ، أحمد شحدة علي ابو سرحان ، اثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٣ .

إذا تعاقد شخص مع تاجر على شراء مائة قطعة من القماش، على أن يكون التسليم في يوم معين، وتعرضت هذه البضاعة إلى تلف نتيجة صاعقة جوية أحرقت المخزن الموجود فيه البضاعة فتسبب بأحراق جزء من هذه القطع.

ويطرح تساؤل هنا، هل يبقى العقد على حالة بعد هذا التغير، ومن يتحمل خسارة البضاعة التالفة، فهناك تفصيل للفقهاء في هذه المسألة، ويمكن أدراج اقوالهم ضمن قولين اثنين

القول الأول : والذي أخذ به فقهاء الجعفرية^(١)، و فقهاء الحنفية^(٢)، وبعض فقهاء الشافعية^(٣) ، فعندهم البيع يفسخ في الجزء الهالك فقط، وتسقط حصته من الثمن لأن كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن، وللمشتري الخيار في أن يأخذ باقي المبيع إذا لم يتعرض للتلف، بحصته من الثمن أو أن يرد المبيع ويفسخ العقد، لأن صفقة المبيع قد تفرقت عليه، وقد لا يجد مصلحته في اقتناء المبيع ناقصا.

القول الثاني : وانفرد به فقهاء المالكية^(٤)، ويذهبون فيه إلى التفريق بين التلف الكثير والتلف القليل ومعيار ذلك عندهم النظر إلى المقدار المتبقي من المبيع بعد التلف وكالتالي : أ- إذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر، ينظر إلى المبيع، إذا كان متعددا، كمن يشتري دابتين فتلفت أحدهما، لزم المشتري الباقي بحصته من الثمن، وإن كان المبيع متحدا خير المشتري بين رد المبيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن.

أما إذا كان الباقي بعد التلف أقل من النصف ينظر إلى المبيع، أن كان قيميا، حرم التمسك بالباقي ويجب على المشتري رد المبيع، وأخذ جميع الثمن ، أما إذا كان مثليا، يخير المشتري بين فسخ البيع واخذ ثمنه، أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن.

المسألة الثانية :أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل المشتري

أنفق فقهاء الحنفية^(٥)، وفقهاء المالكية^(٦)، وفقهاء الشافعية^(٧)، وفقهاء الجعفرية^(٨)، على أن المشتري إذا اتلف بعض المبيع قبل قبضه فإن البيع لا يفسخ بذلك، ويصبح قابضا للمبيع بآثاره ويلزمه جميع الثمن.

(١) السيد عبد الأعلى السبزواري، جامع الأحكام الشرعية ، ط٨، مطبعة الديواني ، بغداد ، ١٩٩٢، ص٢٢٢
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٣٩. ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٦، مصدر سابق، ص٢٣. ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٧، مصدر سابق ، ص١٠٣.
(٣) النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢، مصدر سابق ، ص٩٢. الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، مصدر سابق، ص٥٧.

(٤) خليل ، مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص٢٠٨. الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٠-٢٤١. عيش ، منح الجليل ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٤٢. الخرخشي ، شرح مختصر خليل ، ج٥، مصدر سابق ، ص١٦٢.

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٤٠.

(٦) خليل ، مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص٢٠٨. الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٤٤.

المواق ، التاج والاكلیل ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٤١٦. عيش ، منح الجليل ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص٢٤٠.

(٧) النووي ، منهاج الطالبين ، ج٢ ، ص٩٢ .

(٨) الحسن الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢، مصدر سابق ، ص٤٧٣.

ووجه هذا الاتفاق بأن المشتري يصبح قابضاً كل المبيع بأتلاف بعضه، لأنه لا يمكن أتلاف البعض إلا بأثبات يده على الكل، وهذا معنى القبض، فيلزمه جميع الثمن^(١).

المسألة الثالثة: أثر فوات بعض المبيع قبل القبض بفعل البائع

يتفق الفقهاء في هذه المسألة على عدم انفساخ العقد بسبب الهلاك الجزئي الذي تسبب به البائع قبل قبض المشتري للمبيع، إلا أنهم تختلف اقوالهم في تفصيلات الحكم من حيث أثبات الخيار والتعويض بالارش، وكما يلي :

أولاً : وهو رأي فقهاء الجعفرية^(٢) ، وفقهاء الحنفية^(٣) ، بأن المبيع إذا هلك بفعل البائع يفسخ البيع بقدر الجزء الهالك ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن، ويعطى الخيار للمشتري أن شاء اخذه بحصته من الثمن أو تركه لتفرق الصفقة عليه.

ثانياً: يوافق فقهاء الشافعية^(٤)، الرأي السابق في أكثره، إلا أنهم لا يرون تغريم البائع النقص الحادث في المبيع، قياساً على الالفه السماوية، إذا اتلفت وصفاً في المبيع قبل القبض، كون المشتري له حق فسخ العقد فلا يعطي حق التغريم أيضاً.

ثالثاً : يرى فقهاء المالكية^(٥)، في الرأي الناجح عندهم بأن العقد لا يفسخ إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بسبب البائع، ويعطى للمشتري الخيار في فسخه،

وذلك لأن العقد قد وقع صحيحاً فيعامل البائع هنا معاملة الاجنبي عن العقد، وعليه يلزم المشتري برد الثمن كاملاً ويرجع بعد ذلك على البائع بالقيمة أو المثل.

المسألة الرابعة : هلاك جزء من المبيع قبل القبض بسبب طرف أجنبي

يتفق الفقهاء في هذه المسألة على أن الهلاك الجزئي الذي يصيب المبيع قبل القبض بسبب طرف أجنبي عن العقد لا يرجع إلى أصل العقد بالفسخ أو البطلان، لأن العقد وقع مستكملاً لشروط الصحة.

إلا أنهم اختلفوا في إعطاء الخيار للمشتري في قولين:

القول الأول : لا يفسخ البيع، ويعطى الخيار للمشتري في أن يفسخ البيع ويسقط الثمن، ويرجع البائع على الاجنبي بالقيمة أو بالمثل، وهذا ما أخذ به فقهاء الجعفرية^(٦)، وفقهاء الحنفية^(١)، وفقهاء الشافعية^(٢) .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠ .

(٢) السيد عبد الأعلى السبزواري ، جامع الأحكام الشرعية ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، المصدر سابق ، ص ٢٤٠ .

(٤) الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ .

(٥) عليش ، منح الجليل ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

(٦) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

القول الثاني: لا يفسخ البيع، ولا خيار للمشتري في فسخه، وعليه الثمن، سواء اكان المبيع من ضمان البائع ام المشتري، ويرجع على الاجنبي لمن كان الضمان منه من بائع أو مشتر بالقيمة أو بالمثل، وهذا ما أخذ به فقهاء المالكية^(٣).

والرأي الراجح في هذه المسألة هو رأي جمهور الفقهاء^(٤) الذي يتماشى مع المقصد العام في رد الضرر عن المشتري ومع مبدأ الرضائية في العقود الذي خالفه المالكية في هذه المسألة، والذي يمنع التزام المشتري بشرائه لمبيع في اجزائه تلف لا يرغب بأقتنائه.

الفرع الثاني

حكم تغير المبيع بالهلاك في القانون

أن الهلاك المعني بالبحث هو زوال الشيء من الوجود بمقوماته الطبيعية، بسبب آفة سماوية، أو بسبب بفعل الانسان، هذا الزوال قد يكون كلياً أو جزئياً.

ومن المعلوم بأن المبيع بعد التسليم يصبح تحت ملكية المشتري وضمانه وبالتالي هو الذي يتحمل تبعه ما قد يهلك منه ، إذا كان ذلك الهلاك بسبب قوة قاهرة أو بفعل المشتري نفسه ، أما إذا حصل التغير بسبب البائع وهو قد اصبح طرف أجنبي عن العقد فيرجع عليه بقيمة المبيع أو مثله ويفترض أيضاً أن يكون المبيع معيناً بالذات سواء تم تعيينه بذاته عند انعقاد العقد، أو البيع انعقد على مبيع معين بنوعه ثم عينت ذاتيته بالافراز وهلك بعد ذلك، أو كان البيع قد انعقد على مبيع معين بنوعه إلا أنه بيع جزافاً، فهو كذلك يلحق بالمبيع المعين بالذات. إذا كان المبيع معين بنوعه هذا يعني ذاتيته غير محدده، وعليه لا محل للقول بهلاكه، وذلك لأن المثليات لا تهلك لأن بعضها يقوم مقام البعض الآخر في الوفاء^(٥).

ويمكن أن يحصل الهلاك بسبب البائع أو بسبب المشتري، فإذا كان هلاك المبيع بفعل البائع قبل التسليم، فهنا يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم، إذ أن الالتزام بالتسليم يتضمن المحافظة على المبيع أيضاً، إذا يجوز للمشتري طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كما في حالة الهلاك الجزئي الذي يتطلب اصلاحه على نفقه البائع، كما يجوز له أن يفسخ العقد ويمتنع عن سداد الثمن إذا كان لم يدفعه بعد، كما له أن يسترده إذا كان قد دفعه إلى البائع، وايضا يجوز له طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لحصوله على مبيع خير الحال التي كان عليها وقت

(١)الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠. ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

(٢)النووي ، منهاج الطالبين ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٢. الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .
(٣)خليل ، مختصر خليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤ .

(٤)الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠. ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤. زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥. النووي ، منهاج الطالبين ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٩٢. الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .
(٥)مثني محمد عبد ، هلاك المبيع قبل التسليم ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

التعاقد^(١). أو كان الهلاك بسبب فعل المشتري ، اذ حصل الهلاك أو التلف بسبب المشتري لا يجوز له طلب فسخ العقد أو انقاص الثمن لأنه هو المتسبب فيه بل يلتزم بالثمن كاملاً، فيجب عليه دفعه إلى البائع أن لم يكن قد دفعه ويمتنع عليه استرداده^(٢).

وتختلف الأحكام فيما إذا كان الهلاك كلياً أو جزئياً، وسوف نبين ذلك في الفقرات التالية مع أهم الاستثناءات التي يتحمل فيها المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم :

أولاً : الهلاك الكلي قبل التسليم

كما يكون الهلاك بقوه قاهرة لا يد للبائع أو مشتري بهلاكه لأنه إذا كان الهلاك بسبب البائع فهو الذي يتحمل تبعه فعله، وايضا إذا كان الهلاك بسبب المشتري، فالمشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك^(٣).

اذ نصت المادة (١/١٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه (١ - إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعل أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) وجاء في المادة (٢/١٧٩) تطبيقاً للقواعد العامة التي تحمل التبعة على عقد البيع إذا نصت على أنه (٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري) .

أما المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي فقد كررت حكم الفقرة الثانية من المادة (١٧٩) ، وهو تكرار في غير محله إذا كان الأولى الاقتصار في المادة (١٧٩) على القاعدة العامة فقط من دون تطبيقها على عقد البيع، وترك المجال للمادة (٥٤٧) للتطبيق على عقد البيع. ويتضح من خلال هذه النصوص بانها تحمل المدين تبعه هلاك المبيع والمدين بالالتزام بعقد البيع هو البائع، فالبائع هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع إذا هلك بعد أن تم العقد وقبل أن يتم التسليم بقوة قاهرة، كما أن القانون المدني العراقي يربط تبعه هلاك المبيع بالتسليم وليس بانتقال الملكية، وما يترتب على تحمل البائع تبعه هلاك المبيع الكلي قبل التسليم أن ينفسخ العقد وتزول كل اثاره منذ ابرام العقد، ووجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فيرد البائع الثمن إذا كان قد قبضه، أما إذا لم يكن قد قبضه، فليس له حق فيه، وتبرأ ذمة المشتري من دفع الثمن^(٤). أما موقف القانون المدني المصري في مسألة تحمل تبعه الهلاك قبل التسليم اذ جاء المادة (٤٣٧) التي نصت على أنه (إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع) .

يتبين من نص هذه المادة هو أن القاعده في القانون المدني المصري هي تحمل البائع تبعه الهلاك الكلي للمبيع قبل التسليم لأن مناط تبعه الهلاك هو التسليم وليس انتقال الملكية^(٥).

(١) د.توفيق فرج صده ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧ . د. نبيلة رسلان ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ .

(٢) د.نبيلة رسلان ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩ .

(٣) د. مصطفى الزرقا ، نظرة في تبعه الهلاك ، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الرابعة، العدد الثاني ، دار القاهرة للطباعة ، ابريل /يونيو ١٩٦٠ ، ص ٥ .

(٤) د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ . د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٦٠٩ .

ويعني ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع وهي تكون كذلك حتى ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري منذ انعقاد العقد^(١) ، ويكون للمشتري الحق في فسخ العقد ، وعدم دفع الثمن ، كما له أن يطالب البائع بالتعويض^(٢) .

وهو على عكس ما أخذ به القانون المدني الفرنسي حيث جعل تبعة الهلاك تدور مع انتقال الملكية لا التسليم ، اذ نصت المادة(١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي على أنه (الالتزام بالتسليم انما يتم بمجرد التعاقد وهو يجعل الدائن مالكا ويصبح على عاتقه ضمان الشيء).

أما المادة (١٦٢٤) منه نصت على أنه (مسألة على من يقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع أو على المشتري انما تحمل بمقتضى القواعد الخاصة التي أشارت إليها المواد ١١٣٧ وما بعدها والمواد ١٦٤٧، ١٣٠٢، ١١٨٢، ١١٤٨) .

ويتضح من خلال نص المادتين السابقتين على أن تبعة هلاك المبيع بمجرد تمام العقد وقبل التسليم بقوه قاهرة تكون على عاتق المشتري^(٣).

وهنا يعني أنه إذا هلك المبيع وهو لدى البائع في هذه المدة سقط التزام البائع بالتسليم وبقي التزام المشتري بدفع الثمن، وعليه تقع تبعة الهلاك على الدائن بالتسليم^(٤).

ومن الواضح أن هذا الحكم مخالف للقواعد العامة التي تقرر بأن استحاله تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يسقط على طرف الآخر التزامه بالمقابل^(٥).

وحاول شراح القانون المدني الفرنسي تبرير مخالفتهم للقواعد العامة وتأصيل هذا الحكم على أساس احدى القواعد القانونية فذهب راي منهم إلى التوفيق بين هذه النصوص وبين القواعد العامة، اذ ذهبوا بالقول بأن هلاك المبيع يمنع البائع من تنفيذ التزامه خطأ، ذلك أن البائع التزم بنقل الملكية للمشتري، ووفى بالتزامه بمجرد تمام العقد، ولهذا يجب على المشتري أن يقوم بتنفيذ التزامه أيضاً وهو دفع الثمن حتى ولو هلك المبيع^(٦).

وقد انتقد هذا الراي لأنه لأن ما يهم المشتري هو التزام البائع بتسليم المبيع حتى يتمكن من الانتفاع به، وهو ما يقابل التزام المشتري بدفع الثمن^(٧).

أما الراي الآخر يذهب لتعليل أن المدين _اي البائع_ يده على المبيع بعد أن انتقلت الملكية من يده هي يد امانه، ومن ثم الامين يضمن الهلاك كما هو الحال في الوديعة^(٨).

(١) د. نبيلة رسلان ، مصدر سابق ، ص ٢٦٦ .

(٢) د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ .

(٣) Henri , Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil . T 11.3 ° ed , Paris , 1968 , p.778 .

(٤) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ ، هامش ١ .

(٥) د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨ .

(٦) د.علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، البيع والإيجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع ، ٢٠١١ ، ص ١٠٧ .

(٧) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٦٠٩ . د.مصطفى أحمد الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الاسلامي ، عقد البيع ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٢ .

(٨) د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

ويلاحظ أن هذه الأحكام تتفق مع القواعد العامة في الالتزامات وما هي إلا تطبيق لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم فعليه ينقضي التزام المشتري بدفع الثمن وهو الالتزام المقابل له^(١).

ونستنتج من ذلك بأن للمشتري الحق في فسخ البيع واسترداد الثمن وهذا الحكم، أيضاً ينطبق في حالة الهلاك الجزئي إذا كان قبل التسليم، إذ يكون للمشتري إذا كان الهلاك الجزئي أو التلف جسيماً بحث لو كان قد طرأ قبل العقد لما أتم البيع، الخيار للمشتري بين فسخ العقد أو انقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك، دون أن يكون له الحق في طلب التعويض لأن الهلاك قد حدث بقوة قاهرة.

ثانياً : الهلاك الجزئي للمبيع قبل التسليم

أن الهلاك الذي تدور تبعته مع التسليم هو الهلاك الذي ينقص من قيمة المبيع، فإذا لم ينقص من قيمة المبيع فلا يعد عيباً ويشترط فيه أيضاً أن ينجم نقص قيمة المبيع عن تلف مادي يصيب ما هيته ووصافه الطبيعية ، فمثلاً إذا ما اشترى شخص مجموعة من الأجهزة الالكترونية بعدد (٤٠) جهاز، كل جهاز قيمته (٥٠٠,٠٠٠) دينار فتلف منها قبل التسليم عشرة اجهزه، فمن يتحمل تبعة هلاك الجزء التالف، وهل يوجد خيارات للمشتري في ذلك؟

اجاب على ذلك القانون المدني العراقي فقد نص على الهلاك الجزئي في المادة (١/٥٤٧) التي تقضي بانه (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين ابقائه مع انقاص الثمن) .

واما موقف القانون المدني المصري من الهلاك الجزئي قبل التسليم فقد نص على ذلك في المادة (٤٣٨) على أنه (اذ نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وأما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن) .

يفهم من ذلك أن الهلاك الجزئي لا يختلف عن الهلاك الكلي من حيث تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة وقبل التسليم فهو البائع وذلك لأن التزامه بتسليم المبيع ماهو إلا التزام بتحقيق نتيجته وما لم يتم بتنفيذه كان البائع مسؤولاً عنه ولو كان راجعاً إلى قوة قاهرة^(٢).

وايضاً لا تختلف تبعة الهلاك الكلي عن الهلاك الجزئي في أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع انتقال الملكية إلا أنه تختلف مع حكم الهلاك الكلي في وضع معيار وهو جسامته التلف أو الهلاك من عدمه، ويكون هذا التلف جسيماً إذا انقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة، أي أنه لو حصل هذا التلف قبل العقد لما قبل المشتري بالمبيع^(٣).

(١) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٨٦.

(٢) د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوي ، مصدر سابق ، ص ٢٨١.

اذ يكون للمشتري إذا كان الهلاك الجزئي أو التلف جسيماً بحث لو كان قد طرأ قبل العقد لما اتم البيع، الخيار للمشتري بين فسخ العقد أو انقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك، دون أن يكون له الحق في طلب التعويض لأن الهلاك قد حدث بقوة قاهرة، وأما إذا كان الهلاك جزئي أو تلف غير جسيم هنا يقتصر حق المشتري على طلب انقاص الثمن، دون أن يكون له حق في فسخ البيع، ومعيار الجسامة هنا هو معيار شخصي بحث يستمد من تفسير إرادة المتعاقدين وقت العقد، وليس معياراً موضوعياً، أي مبني على خطورة الضرر بحد ذاته^(١).

ومن الجدير بالذكر هو أن هنالك فرق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي وهو أن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كما في الهلاك الكلي، بل أن في الهلاك الجزئي إذا كان جسيماً يكون الفسخ بحكم قضائي، وإن السبب في عدم فسخ العقد تلقائياً هو أن في حالة الهلاك الجزئي لم يصبح الالتزام بالتسليم مستحيلاً كله، كما هو في الهلاك الكلي، ومن ثم يبقى العقد قائماً، ولا يفسخ من تلقاء نفسه^(٢).

كذلك يجب ملاحظة أن المشتري سواء كان خياره هو فسخ البيع أو انقاص الثمن فلا يحق له طلب تعويض عن الهلاك الجزئي، وذلك لأن الهلاك قد حصل بسبب قوة قاهرة ولم يحصل بفعل البائع^(٣).

من خلال هذا النص بانه لا يختلف عن حكم القانون المدني المصري إلا في مساله واحده وهي أن القانون المدني العراقي لم يشترط بأن يكون التلف جسيماً كما هو موجود في القانون المدني المصري، بل أنه ترك الخيال للمشتري بدون أي قيد، اذ يحق له طلب فسخ العقد، له أن يطلب انقاص الثمن بما يقابل الجزء التالف أو الهالك، ويكون امر الاستجابة لطلبه أو رفضه متروكاً لتقدير القضاء^(٤).

وبنفس الحكم أخذ القانون المدني الأردني إذا نصت المادة (٢/ ٥٠٠) على أنه (إذا تلف بعض المبيع يخير المشتري أن شاء فسخ البيع، أو أخذ الباقي بحصته من الثمن) .

ثالثاً : أهم الاستثناءات التي يتحمل فيها المشتري تبعه هلاك المبيع قبل التسليم

أن القاعده العامة هي تحمل البائع تبعه الهلاك الكلي والجزئي قبل التسليم، إلا أن هذه القاعده عليها بعض الاستثناءات التي تكون فيها تبعه هلاك المبيع على المشتري قبل أن يتسلمه، وكالاتي

١- في حالة اتفاق الطرفين على تحمل المشتري لتبعه الهلاك

(١) د. نبيلة رسلان، مصدر السابق، ص ٢٦٧.

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص ٢٥١.

(٤) د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

قد يتفق الطرفان على تحمل المشتري لتبعة هلاك المبيع من حين انعقاد العقد، وان قاعده تحمل تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي هي قاعده مكمله لاراده المتعاقدين، لذلك يجوز أن يتفق المتعاقدين على أن تكون تبعة الهلاك على المشتري منذ انعقاد العقد^(١).

٢- في حالة أضرار البائع المشتري لتسليم المبيع

قد يحصل بأن يكون البائع مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ويكون المشتري هو المتعنت دون مبرر بتسلم المبيع، ففي هذه الحالة يستطيع البائع أن يتوقى تحمل تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي عندما يقوم بأضرار المشتري لتسليم المبيع فمن وقت الاعذار يكون المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري، فعندما يهلك قبل التسليم الفعلي، فالمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لا البائع^(٢).

وان الاعذار الذي ينتقل الهلاك هو عندما يكون التزام المشتري بتسليم المبيع حالاً، أما إذا كان ميعاد التسليم مؤجلاً لأجل مصلحة المشتري، فلا يترتب على الاعذار نقل لتبعة الهلاك^(٣).

كما يمكن أن يتضمن عقد البيع بأن يعتبر المشتري معذراً مجرد حلول اليوم المعين للتسليم طبقاً للقواعد العامة فإذا هلك المبيع بعد ذلك يكون هلاكه على المشتري^(٤).

اذ أشارت اليها المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي التي تؤكد بأن هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم يقع على البائع ثم استثنت من ذلك حالة الاعذار بقولها (إلا إذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع) ، واخذ بهذا الاستثناء القانون المدني المصري في المادة (٤٣٣) ، أما القانون المدني الأردني فقد خالف حكم التشريعات المقارنة ، إذا أنه لم ينص على حكم الاعذار ونرى من العدالة أن ينص المشرع الأردني على حكم الأعذار^(٥) .

٣- حالة هلاك المبيع عندما يكون البائع حاسباً له

إذا أمتنع المشتري بالوفاء بالثمن الحال، فهنا يحق للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، وهذا ما قضت به المادة (٥٧٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٥٩) من القانون المدني المصري، فإذا هلك المبيع بسبب قوه قاهرة خلال مده الحبس فالذي يتحمل تبعة الهلاك هو المشتري لا البائع، وهذا الحكم تقضي به القواعد العامة في القانون المدني العراقي المادة (٤٢٨) على أنه (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنتقل إلى يد امانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام الحبس) .

وسبب قيام الحبس هنا تقصير أو امتناع المشتري عن الوفاء بالثمن الحال، فتتقلب يد البائع من يد ضمان إلى يد امانة، فإذا هلك المبيع فانه يهلك على المشتري لا البائع^(٦).

(١) د. نبيلة رسلان ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩.

(٢) د. كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص ١٥٧.

(٣) د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ١٨٩.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٦١٤.

(٥) د. منذر الفضل ود. صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان -الأردن ، ١٩٨٢، ص ١٠٩.

(٦) د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٧١.

وهذا الاستثناء مستفاد من القواعد العامة في القانون المدني العراقي، أما القانون المدني المصري فقد نصت صراحه على ذلك في المادة (٤٦٠) على أنه (وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع) .

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الاستثناء هو من مقتضيات العدالة لأن عدم التسليم يرجع إلى خطأ المشتري نفسه، وعليه ليس من العدل أن يتحمل البائع نتيجة خطأ المشتري^(١).

ويرى الفقه بأن يشترط من أجل انتقال تبعه الهلاك على المشتري في هذه الحالة هو أن يقوم باعذار المشتري لدفع الثمن ومن ثم بعد ذلك يحبس المبيع، أو على الأقل يخطر المشتري بأنه يحبس المبيع إلى أن يتم دفع الثمن^(٢).

٤- عندما يضع المشتري يده على المبيع

إذا وضع المشتري يده على المبيع وقبل أن يدفع الثمن ومن دون إذن من البائع، وهلك المبيع بقوه قاهرة، هو الذي يتحمل تبعه هلاكه.

وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٥٧٨) القانون المدني العراقي على أنه (٢- وقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل اداء الثمن لا يكون معتبرا وللبيع حق في استرداده، فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ينقلب القبض معتبرا ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من ثمن) .

أما القانون المدني المصري فلم ينص صراحة على ذلك وان وهي مستفاده من المادة (٩٨٤) التي نصت على أنه (إذا كان الحائز سيئ النية فانه يكون مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ذلك ناشأ عن حادث مفاجئ، إلا إذا اثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقى في يد من يستحقه).

وتقضي هذه المادة بمبدأ استرداد المدفوع دون وجه حق إذا هلك في يد من تسلم وكان هذا سيئ النية^(٣).

ونستنتج مما سبق بأن المبيع إذا تغير بالهلاك سواء كان هذا الهلاك جزئياً أو كلياً فانه ينظر إلى المتسبب في ذلك الهلاك، ويمنح الخيار للمشتري بين طلب التنفيذ العيني أو طلب فسخ العقد كما له في الحالتين أن يطلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة لهلاك المبيع ، ما لم يكن سبب الهلاك راجعاً إليه.

(١) نوفل مشرف حردان ، مصدر سابق ، ص ١٢٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٦١٤-٦١٥ هامش ٣.

(٣) د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦.

الخاتمة :

بعد أن عالجنا فيما تقدم موضوع التغيرات التي تحصل على المبيع بتحديد معنى التغير ، وبيان تقسيماته وأثاره في القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، أذ تبين من المقارنة هنالك توافق في الكثير من المسائل ، أما التباين فقد وجد في مسائل محدده ، وإلى هذا فإن هذه الدراسة قد احرزت بعض الآراء والمناقشات ، وتمخضت عن عدد من النتائج التي يتعين الخروج بأكثرها تماساً بجوهر البحث وأهدافه ، ويستلزم بعضها مجموعة من المقترحات التي نراها مجدية أو لأزمة ،ولهذا فقد وضعنا النتائج والتوصيات فيما يأتي :

أولاً: النتائج

- ١- أن القانون المدني العراقي لم يرد فيه تعريف للتغير وانما اورد بعض صور التغير، وذلك في المادة (١٩٤) ، والمادة (٥٢٢) منه.
- ٢- توصلنا إلى تعريف للتغير بانه (يمثل في انتقال الشيء القابل للتعامل به من حالة إلى اخرى ، وان تغير المبيع لا يعتد به ما لم يرافقه تغير في قيمة الشيء التي تقوم بالمال).
- ٣- أن آثار التغير تختلف فيما إذا كان المتسبب البائع أو المشتري أو آفة سماوية أو شخص أجنبي على الصعيد القانوني والفقهاء الاسلامي .
- ٤- أن صور التغير الذي يطراً على المبيع تكون أما بالعيب أو بفوات الوصف أو بالهلاك أو تغير مقدار المبيع .
- ٥- تختلف آثار التغير الحاصلة للمبيع تبعاً لأختلاف وقت حدوثها ، والقاعدة العامة في ذلك أن آثار التغير الحادث تلزم من حصل التغير في زمان ووقت ضمانه للمبيع فما كان من تغير قبل التسليم فيلزم به البائع ، لأنه يده على المبيع ما زالت باقية ، وما كان من تغير بعد التسليم فآثاره تكون على المشتري ، وذلك لانتقال الضمان اليه.
- ٦- من أكبر صور التغير الحادثة في المبيع هو تعرضه للهلاك الكلي ، والذي يؤدي إلى فسخ البيع ، ويمنع استمراره أن كان هذا التغير قد حدث في وقت ضمان البائع ، أو قد يجعل البيع ملزماً إذا كان التغير قد حدث في وقت ضمان المشتري .

ثانياً: المقترحات

- ١- نقترح على المشرع الأخذ بالقيد الوارد في المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري على مسألة حق المشتري في طلب فسخ البيع عند تغير المبيع بالهلاك

الجزئي ، بضرورة أن يكون هذا الهلاك جسيماً ، من أجل أن لا يكون البائع تحت رحمة المشتري ولا يسيء في استعمال حقه بالفسخ.

٢- وأيضاً نقترح على المشرع العراقي إيراد نص صريح ينظم فيه أحكام تغير المبيع بفوات الوصف لعدم وجود نص خاص به.

٣- كما نقترح على المشرع فرض جزاء موحد على البائع الذي سلم المبيع وهو متغير يختلف عما هو متفق عليه في العقد وكان هو السبب في حصول هذا التغير ، ونقترح ذلك في الصياغة التالية :

(للمشتري الحق في طلب استبدال المبيع الذي وجد فيه تغير ، إذا حدث هذا التغير بسبب البائع ، فإن استحال على البائع استبداله، يحكم برد المبيع وإسترداد الثمن مع طلب التعويض في حالتي الاستبدال أو الرد).

المصادر

القران الكريم

أولاً : الكتب

١- في الفقه الاسلامي وأصوله

أ- كتب الفقه الجعفري:

- ١- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، مطبوعاتي أسماعيليان ، بدون سنة طبع .
- ٢- جعفر بن حسن الهذلي (المحقق الحلبي) ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٣ ، مؤسسة مطبوعاتي أسماعيليان ، بدون سنة طبع .
- ٣- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر (الحلي) ، تذكرة الفقهاء ، ج ٧ و ج ١٠ و ج ١١ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٣٧٤ هـ .
- ٤- جمال الدين بن مكي العاملي ، اللمعة الدمشقية ، ج٣ ، دار العالم الإسلامي ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٥- زين الدين العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ط١ ، مطبعة أمير ، قم ، ١٤١٠ هـ .
- ٦- السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، المعاملات ، مؤسسة أحياء آثار الامام الخوئي ، قم ، ٢٠٠٤ م .
- ٧- السيد عبد الأعلى السبزواري ، جامع الأحكام الشرعية ، ط٨ ، مطبعة الديواني ، بغداد ، ١٩٩٢ م .
- ٨- السيد محمد صادق الصدر ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المعاملات ، ط١ ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٨ م .
- ٩- الشيخ ميرزا علي الإيرواني الغروري ، حاشية كتاب المكاسب ، ج٣ ، الخيارات ، تحقيق باقر الفخار الأصفهاني ، ط١ ، دار ذوي القربى ، قم ، ١٣٢١ هـ .
- ١٠- علي السيد عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه ومجالاته في العقود ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٩٧٥ م .

١١- محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، ج١٢ ، باب آداب التجارة ، مؤسسة اله البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، بيروت ، ٢٠٠٣ .

١٢- محمد بن باقر بن محمد مؤمن السبزاوي ، كفاية الأحكام ، ج١ ، ط٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٢٨ هـ .

١٣- محمد بن حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ج٢٣ ، حققه علي الاخوندي ، ط٧ ، دار الكتب الإسلامية ، بدون مكان وسنة نشر .

١٤- محمد تقي الخوئي ، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود ، ج١ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ١٩٩٣ م .

١٥- محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج١ و ج٢ ، المكتبة المرتضوية ومطبعها الحيدرية ، النجف الأشرف ، ١٣٦٠ هـ .

١٦- محمد علي الطوسي ، المبسوط ، ج٣ ، المكتبة المرتضوية ، بدون مكان طبع ، ١٣٨٧ هـ .

ب- كتب الفقه الحنفي:

١- أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، ج١٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦ هـ .

٢- أحمد بن محمد بن مكي أبو العباس شهاب الدين الحموي الحنفي ، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، مجلد ١ ، ج٢ ، دار الكتب العربية ، بيروت ، ١٩٨٥ م .

٣- أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، العناية شرح الهداية ، مجلد ٥ ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٤- زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٥- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٣ و ج٥ ، مجلد ٨ ، ط٢ ، دار الكتاب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٤ م .

٦- فخر الدين عثمان بن علي الحنفي الزيلعي ،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤، دار الكتب الإسلامي ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ.

٧- كمال الدين بن عبد الواحد (أبن همام)،فتح القدير،ج٦، دار الفكر، بدون سنة طبع.

٨- محمد أمين بن عمر أبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ،ج٤ و ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت ، ١٩٩٥ م .

ج-كتب الفقه المالكي:

١- أبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (الشاطي)، الموافقات ،ج٢، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٢- ابو الوليد محمد بن يوسف العبدري (المواق)، التاج والإكليل بمختصر خليل، مجلد ٤، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٣- أبو عباس أحمد الصاوي ،حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج٣، دار المعارف ، بدون سنة طبع .

٤- أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري ، التاج والأكليل ،ط٢،دار الفكر ،بيروت ، ١٣٩٨ هـ .

٥- أحمد بن محمد رشيد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج٢،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٥م.

٦- خليل أبن أسحاق ، مختصر خليل ، دار أحياء الكتب العربية،الحابي وشركائه ، بدون سنة طبع .

٧- شمس الدين الشحيح محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣، دار أحياء الكتب العربية ، بدون سنة طبع .

٨- صالح عبد السميع الآبي ،جواهر الأكليل ،ج٢ ،ط١،دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٧م.

٩- محمد بن أحمد بن محمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل ،ج٥، دار الفكر ،بدون سنة طبع .

١٠- محمد بن عبد الله الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج٥،مجلد ٣، دار الفكر ،بيروت ، بدون سنة طبع .

- ١١- محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق محمد عlish ، بدون مكان وسنة طبع .

د-كتب الفقه الشافعي:

- ١- ابو أسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيزوابادي الشيرازي ، المذهب في فقه الامام الشافعي ، ج١، ط١، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٧م.
- ٢- أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، مجلد ١٠ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٣- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميره ، حاشية قليوبي وعميره ، دار أحياء الكتب العلمية ، بدون سنة طبع .
- ٤- زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون سنة طبع .
- ٥- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م.
- ٦- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ .
- ٧- عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج٦ و ج٤ ، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م.
- ٨- يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط٢، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .
- ٩- يحيى بن شرف النووي ، المجموع لشرح المذهب ، ج٩ و ج١١ ، ط١، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٧هـ .

هـ-كتب الفقه الظاهري:

- ١- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (أبن حزم)، المحلى بالآثار ، مجلد ٥ ، تحقيق أحمد شاكر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٨م.

و-المراجع الإسلامية الحديثة:

- ١- الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠٠م.
- ٢- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان، ٢٠٠٣م.
- ٣- ناصر جميل محمد الشمايلة ، كتب ملكية المضمونات بالضمان (دراسة مقارنة)، ط١، الأصدار الأول ، مطابع الارز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان -الأردن ، ١٩٩٨.

٢- في القانون

- ١- د.أحمد عبد العال أبو قرين ، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء ، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦م.
- ٢- د.أدم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار بدون مكان طبع ، ١٩٩٩.
- ٣- د.أسعد دياب ، القانون المدني ، العقود المسماة ، ج١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧م.
- ٤- د.انور سلطان ، مصادر الإلتزام في القاون المدني ، دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي ، مطبعة العاتك ، بدون سنة طبع .
- ٥- د.توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقاوله ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الإسكندرية ١٩٧٠م.
- ٦- د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع والإيجار والمقاوله، العاتك لطباعة الكتاب ، القاهرة ، وتوزيع المكتبة القانونية ، بغداد، بدون سنة طبع .
- ٧- د.جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢م.
- ٨- د.حسام الدين الاهوائي ، عقد البيع ، ط١، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، ١٩٨٩م.
- ٩- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.

- ١٠- د.حسن علي الذنون ،شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة(عقد البيع) ، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.
- ١١- د.خالد عبد الله عبد ، الضمان في عقد البيع ، ط١، دار الفيحاء، عمان، ١٩٨٦م.
- ١٢- د.رمضان أبو سعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة،دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م.
- ١٣- د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج١، البيع، مطبعة العاني،بغداد، ١٩٧٤م.
- ١٤- د.سليمان مرقس ،شرح القانون المدني ،العقود المسماة، المجلد الأول ،عقد البيع ، ط٤،عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠م.
- ١٥- د.سمير عبد السيد تناغو ،عقد البيع ،ط١، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥.
- ١٦- د.صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع ،ط١،مكتبة الدار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ١٩٩٧م.
- ١٧- د.طارق كاظم عجيل ،الوسيط في عقد البيع ،ج١، انعقاد العقد، ط١،مكتبة السنهوري ،بغداد، ٢٠٠٨م.
- ١٨- د.عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، ١٩٥٦.
- ١٩- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.
- ٢٠- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٤، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، المجلد الأول، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٢١- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٨، حق الملكية في شرح مفصل للأشياء والأموال ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.
- ٢٢- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج٣،نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف -الحوالة -الانقضاء)،مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨.
- ٢٣- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني،ج٦،العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية)،دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٦٣م.

- ٢٤- د. عبد الستار أبو غدة ،الخيار وآثره في العقود ،ج١، ط٢، مطبعة
مقهوى، الكويت ، ١٩٨٥م.
- ٢٥- د. عبد العزيز عامر ،عقد البيع ، دار النهضة العربية ،بدون مكان
طبع ،١٩٦٧م.
- ٢٦- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر
الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦.
- ٢٧- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير،
القانون المدني وأحكام الإلتزام ،ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث
العلمي، ١٩٨٠.
- ٢٨- د. عبد المنعم البدر اوي ، الوجيز في عقد البيع ،النسر الذهبي
للطباعة، بدون مكان نشر ، ١٩٩٨م.
- ٢٩- د. عبد المنعم البدر اوي ،شرح القانون المدني في الحقوق العينية
الأصلية ،ط٢، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٦.
- ٣٠- د. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٢، البيع والإيجار
والكفالة ،ط١، دار الجبل ، بيروت ، ١٩٩١.
- ٣١- د. علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، البيع والإيجار ،دار الثقافة
للنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع ، ٢٠١١م.
- ٣٢- د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ،ج١، البيع ، مطبعة
المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠م.
- ٣٣- د. غني حسون طه ،الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج١،
حق الملكية ، طباعة جامعة الكويت ، بدون سنة طبع .
- ٣٤- د. كمال قاسم ثروت الوند اوي ،شرح أحكام عقد البيع ، دراسة مقارنة
مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية ،ط٢، بدون مكان نشر،
١٩٧٦م.
- ٣٥- د. محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون
ونظرية الحق ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
- ٣٦- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع والتأمين
والضمان والإيجار ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، بدون سنة طبع.
- ٣٧- د. محمد شتا أبو سعد ،عقد البيع ، دار الفكر العربي ، القاهرة،
٢٠٠٠م.
- ٣٨- د. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية ، ط٢، مطبعة
العاني، بغداد ، ١٩٧١.

- ٣٩- د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية -الحقوق العينية التبعية) ،ج١، مديرية النور للطباعة والنشر ، بغداد ، بدون سنة طبع .
- ٤٠- د.محمد عبد الله أبو هزيم،الضمان في عقد البيع ،دراسة مقارنة وفقاً لأحكام التشريع الأردني والمغربي والمقارن ،ط١،دار الفيحاء ، عمان-الأردن، ١٩٨٦م.
- ٤١- د.محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية ، ط١،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٨.
- ٤٢- د.محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية ،ج١، حق الملكية بوجه عام ، القاهرة ، ١٩٤٩.
- ٤٣- د.محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، ج٦، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥م.
- ٤٤- د.محمد لييب شنب ،شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، بدون مكان نشر ، ١٩٦١.
- ٤٥- د.محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون الأردني ، كتاب علمي محكم من قبل عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة مؤتة ، بدون مكان وسنة طبع.
- ٤٦- د.مصطفى أبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع .
- ٤٧- د.مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج١، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط٨، دار الفكر ، بيروت-لبنان، بدون سنة طبع .
- ٤٨- د.مصطفى أحمد الزرقا ،العقود المسماة في الفقه الإسلامي،عقد البيع، ط٢، دار القلم ، دمشق ، ٢٠١٢م.
- ٤٩- د.معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ج٢، العقود المسماة ، ط٣، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- ٥٠- د.منذر الفضل و د.صاحب الفتلاوي ،شرح القانون المدني الأردني،العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية ،مكتبة دار الثقافة للنشر،عمان-الأردن، ١٩٨٢م.
- ٥١- د.نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ،ج١، البيع ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، بدون سنة طبع .

٥٢- دياسين محمد الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني
،ج١،القسم الأول ،ط١، دار وائل للطباعة والنشر ،عمان -إلا رذن ،
٢٠٠٢.

٥٣- منير القاضي ،شرح المجلة ،ج١،مطبعة العاني والسرياني ،بغداد
١٩٤٧م.

٣- في الحديث وتفسيره:

١- أبو عبد الله محمد بن أسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،مجلد ٤، ط٣،
مكتبة اليمامة ،بيروت ،١٩٨٧م.

٢- أبي الوليد سلمان بن خلف بن سعد بن ايوب الباجي ، المنتقى شرح موطأ
مالك ، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا ، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان ، ١٩٩٩م

ثانياً : الرسائل والأطاريح

١- أحمد شحده علي أبو سرحان ،أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في
الفقه الإسلامي ،أطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية الدراسات العليا-الجامعة
الأردنية،٢٠٠٦م.

٢-أياد عبد الحميد نمر ،التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على
الإلتزام ،رسالة دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله ،مقدمة إلى كلية
الدراسات العليا -الجامعة الأردنية ،٢٠٠٨م.

٣-أيناس مكي عبد نصار ،ضمان فوات الوصف في المبيع ،رسالة ماجستير
مقدمة إلى مجلس كلية القانون -جامعة بابل، ٢٠١١م.

٤- رزكار عمر نامق السنكاوي ، تغيير المعقود عليه وأثره في العقد،
دراسة فقهية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة -جامعة اله
البيت ، الأردن ، ٢٠١٨م.

٥-ضمير حسين ناصر المعموري ،فوات المنفعة المقصودة من العقد ،دراسة
مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي والفقه
الإسلامي،رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون -جامعة
بابل،٢٠٠٢.

٦-عباس سمير حسين الجبوري ، تغيير قيمة المال المرهون ، اطروحة دكتوراه
تقدم بها إلى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٦.

- ٧- عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القوانين المصري والكويتي ،رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية القانون –جامعة القاهرة ،١٩٧٢م.
- ٨- مثنى محمد عبد ،هلاك المبيع قبل التسليم (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية القانون –جامعة بغداد ،٢٠٠٧م.
- ٩- محمد صبحي خلف المتراس، الغلط وآثاره في التصرفات القانونية،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق،جامعة النهرين ، بغداد ،٢٠٠٥.
- ١٠- مطلوب كافي عبد الله ،التزامات البائع بضمان المبيع في القانون المدني العراقي ، رسالة تقدم بها إلى المعهد القضائي _القسم المدني، ١٩٩٠م.
- ١١- نوفل مشرف حردان ،الالتزام بالتسليم في عقد البيع (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٤.
- ١٢- وليد محمد بخيت الوزان ،أبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع ، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية الحقوق –جامعة الشرق الاوسط ،٢٠١١م.

ثالثاً : البحوث

- ١- د.جعفر الفضلي ، حقوق المشتري في حالة أستحقاق المبيع ، دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، إصدار كلية القانون –جامعة الموصل ، العدد السابع ، ايلول ، ١٩٩٩م.
- ٢- د.سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي ،ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع ،بحث منشور في مجلة حولية المنتدى ،يصدرها المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة ،السنة الثانية ،العدد الثالث ٢٠٠٨م.
- ٣- د.عبد الناصر توفيق العطار ، أستقرأء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني ، ١٩٧١م.
- ٤- د.عزيز كاظم جبر ، خيار الرؤية بين نظرية الغلط وقواعد تعيين المبيع، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر ، عدد ١ و ٢، ٢٠٠٢م.

- ٥- د. محمد انور عبد العزيز عبد العال ، أثر تغيّر المبيع المعيب بالنقصان أو الزيادة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثالث والثلاثون ، المجلد الثاني ، ٢٠١٨م.
- ٦- د. مصطفى الزرقا ، نظره في تبعة الهلاك ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، دار القاهرة للطباعة ، ١٩٦٠م.
- ٧- سامي عبد الله الدريعي ، معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الأخلال بالالتزام بالتسليم ، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد ، مطبعة كلية الحقوق-جامعة القاهرة ، العدد الخامس والسبعون ، ٢٠٠٥م.
- ٨- وسيم جبار إبراهيم الشمري ، ضمان صلاحية المبيع للاستعمال ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون -جامعة بابل ، ٢٠١١م.

رابعاً : المعاجم اللغوية

- ١- ابن الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج٣ ، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، ط١ ، ١٩٧٩م.
- ٢- ابن منظور أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ، لسان العرب ، المجلد الخامس ، بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٥٦م.
- ٣- أحمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية ، بدون مكان وسنة طبع .
- ٤- بن مازة برهان الدين محمود بن أحمد النيجاري ، المحيط البرهاني ، ج٦ ، مطبعة دار أحياء التراث العربي ، بدون مكان وسنة طبع.
- ٥- الجرجاني أبو حسن علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان ، ١٩٨٨م.
- ٦- جلال الدين السيوطي ، الدر المنثور ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٣م.

سادسا : القوانين

- ١- القانون المدني الفرنسي الصادر لسنة ١٨٠٤م.
- ٢- قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م.
- ٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
- ٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
- ٥- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

باللغة الفرنسية :

- 1- Aubry et Rau : Droit Civil Francais , Sixième Edition , payly , 1952 , Volume 5.
- 2-Beudant-Lacantinerie-Trait theorique et pratique – de droit civil T XIX- de la vente et de iechange, Colinet Capitant- Conrs eLementaire de droit francais Tomell.
- 3- Georges Ripert et Jean Boulanger – Traite de driot civil francais- Tome II-1957.
- 4- Henri , Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil . T 11.3 ° ed , Paris , 1968 .
- 5- Jean Carbonnier – Droit civil – tome second – Les biens et ies et ies, obligation Paris-1964.