

تعيين محل عقدي البيع والسلم  
"دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"

**Determining Contract of Sale and the Sale of debt  
leaning**

**"A Comparative Study between the Sharia and the Law"**

إعداد الطالب

حسين عزيز حسين الحميري  
(401310122)

إشراف

الأستاذ الدكتور وليد عوجان

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الثاني/2015م

## تفويض

أنا الطالب حسين عزيز حسين أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "تعيين محل عقدي البيع والسلم - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.


الاسم: حسين عزيز حسين الحميري  
التوقيع:  
التاريخ: 2015/1/14م

## قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "تعيين محل عقدي البيع والسلم  
- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون".

وأجيزت بتاريخ 14 / 1 / 2015م.

### التوقيع



رئيساً ومشرفاً  
عضواً داخلياً  
عضواً خارجياً

### أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور وليد هويمل عوجان  
دكتور مهند عزمي أبو مغلي  
دكتور ياسين محمد الجبوري

## شكر وتقدير

لله أولاً وإلى الأستاذ الكبير بعلمه الأستاذ الدكتور وليد هويل عوجان الذي أشرف على هذه الدراسة بجهد وإخلاص، وإلى جميع الأساتذة في جامعة الشرق الأوسط وإلى كل من ساهم في اتمام هذه الدراسة شكري وتقديري.

الباحث

## الإهداء

إلى

روح أبي الذي فارقنا حيا ولم تفارقنا ذكراه ...

إلى

والدتي الحنونة ... حفظها الله وأطال في عمرها

إلى

من وقفت بجانبك كل أو تعب... زوجتي العزيزة

إلى

زهرتي حياتي... رهف ونور

إلى

أخوتي و أخواتي الأعزاء

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

## قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	التفويض .....
ج	قرار لجنة المناقشة .....
د	شكر وتقدير .....
هـ	الإهداء .....
و	قائمة المحتويات .....
ي	الملخص باللغة العربية .....
ل	الملخص باللغة الإنجليزية .....
1	الفصل الأول: مقدمة الدراسة
1	ولاً: تمهيد: فكرة عامة عن موضوع الدراسة .....
4	ثانياً: مشكلة الدراسة .....
5	ثالثاً: أهداف الدراسة .....
5	إبعاً: أهمية الدراسة .....
6	خامساً: أسئلة الدراسة .....
7	سادساً: حدود الدراسة .....
7	سابعاً: محددات الدراسة .....
7	ثامناً: مصطلحات الدراسة .....
9	تاسعاً: الإطار النظري للدراسة .....
9	عاشراً: الدراسات السابقة .....
11	إحدى عشر: منهج الدراسة .....

الموضوع	الصفحة
الفصل الثاني: مفهوم تعيين محل العقد	12
المبحث الأول: التعريف بالتعيين .....	12
المطلب الأول: معنى التعيين وتمييزه عن غيره .....	12
الفرع الأول: معنى التعيين .....	12
الفرع الثاني: تمييز التعيين عن غيره .....	14
ولاً: تمييز التعيين عن التعيّن .....	15
ثانياً: تمييز تعيين الشيء عن العلم به .....	15
ثالثاً: تمييز التعيين عن الشرط في العقد .....	17
المطلب الثاني: الحكمة التشريعية من التعيين في العقد .....	18
المطلب الثالث: أثر التعيين في العقد .....	20
المبحث الثاني: وسائل تعيين محل العقد .....	22
المطلب الأول: تحديد المعيّن والمعيّن له في العقد .....	23
المطلب الثاني: التعيين بالتسمية .....	24
المطلب الثالث: التعيين بالعرف والعادة .....	26
المطلب الرابع: التعيين بالقول .....	31
المطلب الخامس: التعيين بالكتابة .....	35
المطلب السادس: التعيين بالإشارة .....	41
المطلب السابع: التعيين بالوصف .....	46
المطلب الثامن: التعيين بالنية .....	50

الصفحة	الموضوع
52	المطلب التاسع: التعيين بالرؤية .....
56	المطلب العاشر: التعيين بالقرعة .....
61	الفصل الثالث: تعيين المحل في عقد البيع
61	المبحث الأول: التعريف بعقد البيع .....
62	المطلب الأول: معنى البيع .....
62	الفرع الأول: معنى البيع لغةً .....
62	الفرع الثاني: معنى البيع في الشريعة الإسلامية .....
66	الفرع الثالث: معنى البيع في القانون .....
67	المطلب الثاني: مشروعية عقد البيع .....
67	الفرع الأول: أدلة مشروعية عقد البيع .....
70	الفرع الثاني: حكم عقد البيع .....
71	الفرع الثالث: حكمة مشروعية البيع .....
72	المطلب الثالث: خصائص عقد البيع وأركانه .....
75	المبحث الثاني: كيفية تعيين المحل في عقد البيع .....
76	المطلب الأول: المقصود بالمحل في عقد البيع .....
	المطلب الثاني: تعيين محل عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني
80	العراقي .....
81	الفرع الأول: تعيين محل عقد البيع في الفقه الإسلامي .....
97	الفرع الثاني: تعيين محل عقد البيع في القانون المدني العراقي



الصفحة	الموضوع
124	الفصل الرابع: تعيين المحل في عقد السلم
122	المبحث الأول: التعريف بعقد السلم .....
122	المطلب الأول: معنى السلم .....
122	الفرع الأول: معنى السلم في اللغة .....
123	الفرع الثاني: معنى السلم في الشريعة الإسلامية .....
124	الفرع الثالث: معنى السلم في القانون .....
127	المطلب الثاني: مشروعية بيع السلم .....
127	الفرع الأول: أدلة مشروعية بيع السلم .....
129	الفرع الثاني: حكمة مشروعية بيع السلم .....
130	المطلب الثالث: شروط بيع السلم .....
138	المبحث الثاني: كيفية تعيين المحل في عقد السلم .....
138	المطلب الأول: تعيين المتعاقدين بالسلم .....
138	المطلب الثاني: تعيين صيغة السلم .....
139	المطلب الثالث: تعيين المسلم فيه .....
151	المطلب الرابع: تعيين رأس مال السلم .....
154	الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات
154	أولاً: الخاتمة .....
154	ثانياً: النتائج .....
155	ثالثاً: التوصيات .....
158	قائمة المصادر والمراجع

## تعيين محل عقدي البيع والسلم "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"

إعداد

حسين عزيز حسين الحميري

إشراف الأستاذ الدكتور

وليد هويل عوجان

### الملخص

إن موضوع "تعيين المحل في عقدي البيع والسلم" يعدّ من الموضوعات المهمة شرعاً وقانوناً، وهو موضوع يتعلّق بحاجة الناس في هذا العصر، لكثرة التساهل في عدم التعيين، الأمر الذي قد يؤدي إلى المنازعة بسبب الجهالة الفاحشة والضرر.

لقد جاءت هذه الدراسة في إطار مقارنة ما بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي فيما يخص عقد البيع، وكذا القانون المدني الأردني فيما يتعلّق بعقد السلم.

هدفت الدراسة إلى بيان الحكم الشرعي والقانوني في تعيين محل عقدي البيع والسلم والأحكام الناظمة لهذه المسألة في الشريعة والقانون.

وقد حاولت الدراسة الوقوف على أوجه القصور التشريعي لدى المشرّع العراقي بخصوص تعيين المحل في عقدي البيع والسلم؛ نظراً لما للتعين من أثر بالغ في رفع كثير من الإشكالات بصدد تنفيذ العقد.

وخرجت الدراسة بعدد من النتائج، من أهمها: أن الشريعة الإسلامية قد عالجت هذا الموضوع بأسلوب رصين، وهناك العديد من التطبيقات التي أوردها الفقهاء بشأن التعيين للدلالة

ك

على أهميته، كما أن المشعّ العراقي لم يكن موفقاً في مسألة صياغة بعض النصوص المتعلقة بتعيين المبيع والتمن في عقد البيع، وأنه لم يعالج عقد السلم بنصوص خاصة في القانون المدني. وأوصت الدراسة المشعّ العراقي ضرورة إعادة صياغة نصوص المواد (1/128، 1/514، 2/526) مدني.

كما أوصت المشعّ العراقي ضرورة تنظيم عقد السلم بنصوص خاصة على غرار ما ورد في القانون المدني الأردني بهذا الشأن.

# **Determining Contract of Sale and the Sale of debt leaning**

**“A Comparative Study between the Sharia and the Law”**

**By  
Husain Aziz Husain**

**Supervisor  
Prof. Dr. Waleed Owajan**

## **Abstract**

The theme of "determining contract of sale and the sale of debt leaning" is one of the important topics by law and, with a topic related to people in need in this day and age, for frequent indulgence in indeterminacy, which could lead to the dispute because of ignorance and outrageous damage.

I came to study in a comparative framework between Islamic law and the Iraqi Civil regarding the contract of sale, as well as the Jordanian civil law with regard to the holding of peace.

The study aimed to the statement of the legitimate government and legal domiciles in the contract of sale and peace and the provisions governing the matter in the law and the law.

The study tried to stand on legislative inadequacies with the Iraqi legislature regarding the appointment of the shop in the contract of sale and peace; Given the set of a major impact in raising a lot of problems in the process of execution of the contract.

The study has come out with a number of results, including: that Islamic law has addressed this issue calmly, and there are many applications cited by scholars on appointment to signify its importance, and

the Iraqi legislature was not successful in a matter of drafting some of the texts concerning the appointment of Sales and price in the contract sales, and that it did not address the provisions of the peace held in a private civil law.

The study recommended the Iraqi legislature need to rework text of articles (128/1, 514/1, 526/2) civilians.

It also recommended the need to organize the Iraqi legislature to hold peace texts, especially along the lines of what is stated in the Jordanian civil law in this regard.

## الفصل الأول

### مقدمة الدراسة

أولاً: تمهيد: فكرة عامة عن موضوع الدراسة:

يعدّ العقد من أكثر مصادر الالتزام أهمية في الحياة القانونية، وأكثرها تطبيقاً في الواقع العملي، وعادة ما تبحث أحكامه في قسمين في القانون المدني: قسم يخص للقواعد العامة وتطبق على كافة العقود، وقسم يتضمن القواعد الخاصة ببعض العقود دون سواها. وهذا هو حال القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته، وهو ما يؤكد نص المادة (76) من هذا القانون<sup>(1)</sup>.

لقد عرف الفقه الإسلامي مبدأ سلطان الإرادة، وأن الناس أحرار في إنشاء العقود، وجاء التشريع الإسلامي بإطلاق العقود من القيود، وبإخضاعها للإرادة المشتركة الحرة العاقلة، واعتبر التراضي وحده هو الملزم، ولا يعرف تشريع سبقه في مضمار تحرير العقود من الشكليات المثقلة<sup>(2)</sup>.

إن العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه<sup>(3)</sup>، وهذا يعني أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد الإيجاب والقبول، والعاقدان، والمحل أي المعقود عليه، وعلى هذا اتفق الفقهاء المسلمون، ولكنهم يختلفون في اعتبار

(1) تنص المادة (76) مدني عراقي على أنه: "1- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل، 2- أما القواعد التي تتفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية".

(2) أحمد، محمد شريف (2009). مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار الخامس، ص24-25؛ وداوود، أحمد محمد علي (2011). أحكام العقد في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1، ص139.

(3) زيدان، عبد الكريم (1410هـ - 1989م). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة القدس، بغداد، العراق، ط1، ص242.

هذه الأمور كلها أركان العقد، فغير الحنفية يقولون: أنها أركان العقد، والحنفية يقولون: إن أركان العقد هي الإيجاب والقبول فقط، وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للإيجاب والقبول، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل، ووجودهما مرتبطتين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط<sup>(1)</sup>. هذا ولم يحدد القانون المدني العراقي أركان العقد في نص معين، ولكن من الأمور التي عالجها تحت عنوان (أركان العقد) يتبين لنا أن هذه الأركان ثلاثة: التراضي، والمحل، والسبب، وما يهمنا في هذه الدراسة هو محل العقد.

وقد عالج القانون المدني العراقي المحل مرتين: الأولى في بداية كلامه عن العقد، والثانية عند كلامه عن المحل والسبب.

ففي المرة الأولى جاء في المادة (74) منه ما يلي: "يصح أن يرد العقد: 1- على الأعيان، منقولة كانت أو عقاراً، لتمليكها بعوض ببيعاً أو بغير عوض هبة، لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً، 2- وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض إعاره، 3- وعلى عمل معين أو خدمة معينة".

وجاء في المادة (75) ما يلي: "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام أو للأداب".

وفي المرة الثانية، جاء في المادة (126) ما يلي: "لا بدّ لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل".

(1) السنهوري، عبد الرزاق (1954). مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، ص17-18؛ وسلطان، أنور (1987). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط1، ص44-45.

وسواء اعتبر المحل ركناً في الالتزام أم في العقد، فلا بدّ من توفر شروط معينة فيه ليكون

العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، وهذه الشروط هي<sup>(1)</sup>:

1. أن يكون موجوداً أو ممكناً.
2. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. أن يكون قابلاً للتعامل فيه، أو مشروعاً.

وما يهمننا من هذه الشروط هو الشرط الثاني، إذ تتعلق هذه الدراسة بموضوع تعيين المحل

في عقدي البيع والسلم؛ إذ يعد البيع من أهم المعاملات المالية نظراً لانتشاره في التعامل بين الناس وتداوله في حياتهم اليومية لإشباع حاجاتهم الأساسية، وهو يعدّ من أقدم العقود التي عرفتھا المجتمعات ولم يسبقه إلا عقد المقايضة الذي يعدّ صورة من صور البيع<sup>(2)</sup>.

هذا ويعدّ بيع السلم صورة خاصة لعقد البيع بصورته التقليدية، وهنا جاءت رغبة الباحث

بتناوله بهذه الدراسة؛ نظراً لأهمية بيع السلم الذي يعد في الأصل في الفقه الإسلامي من قبيل بيع المعلوم الباطل والذي أجاز استثناءً على سبيل الاستحسان استجابة لحاجة الناس إليه<sup>(3)</sup>.

وقد عالج المشرع العراقي مسألة تعيين محل العقد في المادتين (128، 129) من القانون

المدني، كما نظم الأحكام الناظمة لعقد البيع في المواد (من 506 إلى 587) من القانون

المدني، إلا أنه لم يعالج "بيع السلم" ضمن بعض أنواع البيوع التي نظمها في المواد (من 588 إلى

(1) الحكيم، عبد المجيد (دون سنة نشر). الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، ط5، ص181.

(2) العبيدي، علي هادي (2012). العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار السادس، ص115.

(3) عبد الباقي، عبد الفتاح (1984). نظرية العقد، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص264.



600) من القانون ذاته، وهذا بخلاف المشرع الأردني الذي نظم (بيع السلم) في المواد (من 532 إلى 538) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976م.

إن بيع السلم يعدّ متفقاً مع القواعد العامة وليس استثناءً عليها كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ولهذا فليس هناك ضرورة تستدعي بحث هذا النوع من البيوع في قواعد خاصة كما فعل المشرع الأردني، ذلك لأن القانون المدني العراقي أجاز التعامل بمحل معدوم وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر<sup>(1)</sup>.

وهناك تطبيقات عملية لبيع السلم في العراق في مختلف مجالات الحياة مثل الزراعة، والتجارة، والصناعة وغيرها، وفي ظل عدم وجود تنظيم قانوني لبيع السلم في القانون المدني العراقي، فإنني أشير هنا إلى أنني سأبحث (بيع السلم) ضمن أحكام القانون المدني الأردني.

#### ثانياً: مشكلة الدراسة:

إن هذه الدراسة تناولت مشكلة هامة تعرض كل يوم في الحياة العملية القانونية وهي مشكلة تعيين محل العقد في البيع، وما يطرأ عليه أحياناً من غموض وإبهام، وعدم وضوح الغرض الذي من أجله أبرم العقد، وما يترتب على هذا من عدم صحة، أو بطلان، أو فساد في تنفيذ العقد، وما يحدث من نزاعات مختلفة حول بعض القضايا نتيجة لعدم التعيين في العقد، وما يترتب على هذا من الجهالة والضرر التي نهى الشارع الحكيم عنها.

لذا، تأتي هذه الدراسة لبيان أوجه القصور التشريعي - إن وجدت - لدى المشرع العراقي بخصوص تعيين المحل في عقدي البيع والسلم؛ نظراً لما للتعين من أثر بالغ في رفع كثير من الإشكالات بصدد تنفيذ العقد، وبخاصة أن القانون المدني العراقي لم ينظم بيع السلم بنصوص

(1) انظر: نص المادة (129) مدني عراقي، وانظر أيضاً: الزعبي، محمد يوسف (1993). العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، عمان، ط1، ص478.

خاصة، مما يثير إشكالية تتعلق بمدى ملائمة القواعد العامة النازمة لمحل العقد للتطبيق في هذه الحالة.

### ثالثاً: أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. الوقوف على مفهوم التعيين مع بيان ما يتعلق به من مسائل في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي بصفة أساسية.
2. بيان الحكمة التشريعية في تعيين محل عقدي البيع والسلم.
3. بيان المسائل التي يحصل بها تعيين العقد.
4. تحديد أثر التعيين في عقدي البيع والسلم.
5. معالجة القصور التشريعي في القانون المدني العراقي بخصوص تعيين محل العقد وبخاصة في بيع السلم.

### رابعاً: أهمية الدراسة:

إن لتعيين محل عقدي البيع والسلم أثر كبير في المعاملات المالية، إذ يعدّ هذا الموضوع من الموضوعات المهمة والحيوية والمعاصرة في هذا الوقت؛ نظراً لأن الموضوعات التي تتصل بتعيين محل هذين العقدين تعدّ ذات دلالة معاصرة، والحاجة إليها متجددة في هذا العصر الذي تتلاحق ظروفه ومستجداته، وبخاصة في ظل إبرام المعاملات المدنية عبر شبكة الإنترنت وغيرها من وسائل إلكترونية لتبادل البيانات والمعلومات.

إن دراسة تعيين محل عقدي البيع والسلم تعدّ ذات أهمية قانونية وشرعية، ذلك أن تناول هذا الموضوع يتصل بأمور لها مساس قوي بمصالح الناس ومنافعهم، بغية معرفة الحكم الشرعي والقانوني فيها، وتقليل الضرر وما يترتب على عدم التعيين من نزاعات، وكذلك ما يترتب عليه من

مفاسد إما في المعين مهما كان جنسه ونوعه، وإما في المنتفع من المعين، وقد يتضرر المعين نفسه عند ترك التعيين.

ومن الأسباب التي دعيتي لدراسة هذا الموضوع أيضاً:

1. اهتمام الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع لما ورد فيه من النصوص الشرعية وعناية الفقهاء به.
2. تفريط كثير من الناس في عدم تعيين المحل في عقدي البيع والسلم، مما يعرض عقودهم إلى عدم الصحة، أو إلى الغموض، لعدم دلالتها على الغرض المعقود من أجله.
3. قلة الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية في هذا الموضوع.

**خامساً: أسئلة الدراسة:**

تطرح الدراسة عدة أسئلة، وسنحاول الإجابة عنها، وتتمثل بالآتي:

1. ما المقصود بالتعيين في الشريعة والقانون؟
2. ما الحكمة التشريعية في تعيين محل عقدي البيع والسلم؟
3. ما المراد بأثر التعيين في عقدي البيع والسلم؟
4. ما كيفية تعيين البيعين في عقد البيع؟
5. ما وقت تعيين المبيع في عقد البيع وما الأمور التي تعين فيه؟
6. ما الأمور التي يحصل بها التعيين في بيع السلم؟
7. ما أوجه الاختلاف والتشابه بخصوص تعيين محل عقدي البيع والسلم؟
8. ما مدى ملائمة تطبيق قواعد تعيين محل عقد البيع على بيع السلم في القانون المدني العراقي؟

### سادساً: حدود الدراسة:

- **الحدود الموضوعية:** سيقترن موضوع هذه الدراسة على تعيين المحل في عقدين فقط من العقود المسماة، هما: البيع والسلم باعتبارهما من أهم نماذج البيوع الواردة على نقل الملكية، ومن ثم يخرج من نطاق موضوع هذه الدراسة البحث في البيوع الأخرى كالمخارجة، والبيع في مرض الموت، والمقايضة، وبيع الأولياء والوكلاء وشراؤهم لأنفسهم، وبيع الحقوق المتنازع فيها، كما يخرج من نطاق هذه الدراسة البحث في شروط المحل الأخرى وهي شرط أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً، وشرط أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، أو مشروعاً.

- **الحدود الزمانية:** نأمل أن تتضح معالم هذه الدراسة مع نهاية الفصل الدراسي الأول من العام الجامعي 2014/2015م.

- **الحدود المكانية:** إن الموطن الرئيس لموضوع هذه الدراسة هو النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية وآراء الفقه القانوني واجتهادات القضاء، وكذلك نصوص القانون المدني العراقي النافذ المفعول بخصوص عقد البيع ومقارنته مع القانون المدني الأردني النافذ المفعول بخصوص بيع السلم حصراً.

### سابعاً: محددات الدراسة:

لا توجد أية قيود تحدّ من تعميم هذه الدراسة في العراق وباقي الدول العربية، باعتبار أن موضوع هذه الدراسة من الموضوعات المهمة والحيوية والمتجددة في هذا العصر الذي تتلاحق مستجداته وظروفه.

### ثامناً: مصطلحات الدراسة:

تورد الدراسة أهم معاني المصطلحات الإجرائية المتعلقة بموضوعها، وهي:

- الركن: هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته<sup>(1)</sup>.
- الشرط: هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء<sup>(2)</sup>.
- العقد: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه<sup>(3)</sup>.
- البيع: مبادلة مال بمال<sup>(4)</sup>، ويعرف بأنه: تملك مال أو حق مالي لقاء عوض<sup>(5)</sup>.
- السلم: بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل<sup>(6)</sup>.
- محل العقد: هو العملية القانونية المراد تحقيقها منه<sup>(7)</sup>.
- محل الالتزام: هو الأداء الذي يلزم به المدين<sup>(8)</sup>.
- المال: هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل<sup>(9)</sup>.

---

(1) الفتلاوي، صاحب (2014). السهل في شرح القانون المدني، ج2، مصادر الالتزام، مطبعة دار الجمل، عمان، ط1، ص39.

(2) زيدان، عبد الكريم (1998). الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، ص59.

(3) انظر: نص المادة (73) مدني عراقي.

(4) انظر: نص المادة (506) مدني عراقي.

(5) انظر: نص المادة (465) مدني أردني.

(6) انظر: نص المادة (532) مدني أردني.

(7) السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد (2012). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، ط1، الإصدار السادس، ص162.

(8) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص180.

(9) المادة (53) مدني أردني.

- **العقد المالي:** هو ما كان المال فيه مقصوداً لذاته غير تابع لغيره، كالبيع والسلم، أما إن كان المال فيه تبعاً لغيره غير مقصود فيه لذاته فلا يسمى عقداً مالياً كعقد النكاح، فإن المهر فيه تبع للنكاح وليس هو مقصوداً فيه لذاته<sup>(1)</sup>.

#### تاسعاً: الإطار النظري للدراسة:

تقسم هذه الدراسة إلى خمسة فصول، يتناول الفصل الأول مقدمة الدراسة، ويبحث الفصل الثاني في مفهوم تعيين محل العقد، ويقسم إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول التعريف بالتعيين، ويتناول المبحث الثاني الأمور التي يحصل بها التعيين.

ويخصص الفصل الثالث لتعيين المحل في عقد البيع، ويقسم إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول التعريف بعقد البيع، ويتناول المبحث الثاني كيفية تعيين المحل في عقد البيع.

ومن خلال الفصل الرابع سنبحث في تعيين المحل في عقد السلم وفيه مبحثان، نتناول في المبحث الأول التعريف بعقد السلم، وفي المبحث الثاني نتناول كيفية تعيين المحل في عقد السلم، وفي الفصل الخامس سنورد الخاتمة والنتائج والتوصيات.

#### عاشراً: الدراسات السابقة:

- الزميلي، محمد علي محمد (1979): **محل عقد البيع**، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، الرياض.

تناولت هذه الدراسة تعريف المحل والبيع وشروط المحل في إطار مقارنة بين القانون والفقهاء الإسلامي، وقد جاءت دراسة عامة تناولت شروط محل عقد البيع، وهذا ما يميز دراستي الحالية

<sup>(1)</sup> الشربيني، عبد الرحمن بن محمد الخطيب (1998). مغني المحتاج، ج2، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة منقحة، ط1، ص44 (فقه شافعي).

عن الدراسة السابقة في أن الدراسة الحالية تبحث في جزئية محددة في محل العقد، وهي التعيين في عقد البيع وكذلك تتميز عنها في تناولها هذا الموضوع في عقد السلم.

- الفقيه، هاشم بن علي صالح (1425هـ - 2004م): **التعيين وأثره في غير العقود المالية في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.

تناول الباحث في رسالته المذكورة التعيين وأثره في العبادات وكذلك أثره في فقه الأسرة، وأيضاً أثره في الجنايات والحدود والإيمان والنذور والكفارات والقضاء والشهادات والإقرار. ومن هنا تختلف دراستي الحالية اختلافاً جوهرياً في المضمون والمحتوى عن الدراسة السابقة التي اقتصرت حدودها الموضوعية على دراسة التعيين وأثره في غير العقود المالية، في حين أن الدراسة الحالية تبحث في التعيين في عقدي البيع والسلم وهما من العقود المالية.

- محاسنة، نسرين (2006): **بيع السلم وبيع البضائع المستقبلية**، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع والعشرون.

تناولت الباحثة بيع السلم وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني مقارنة مع القانون الإنجليزي من خلال بيان ماهية هذا النوع من البيوع، وشروطه، وآثاره القانونية، وما يميز دراستي الحالية عن الدراسة السابقة في أن الدراسة الحالية تبحث في تعيين محل عقدي البيع والسلم في إطار مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون وبخاصة القانون المدني العراقي، الأمر الذي لم تبحث فيه الدراسة السابقة المذكورة.

- حمزة، محمود جلال (2008): **بيع السلم - دراسة موازنة بين الفقه والقانون**، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، الأردن - عمان.

تناول الباحث أدلة مشروعية بيع السلم وشرائطه في إطار مقارنة بين القانونين الأردني واللبناني والفقهاء الإسلامي، وتتشابه الدراسة السابقة مع دراستي الحالية كونهما يبحثان في بيع السلم في الفقه الإسلامي، إلا أن دراستي الحالية تتميز عنها في أنها تبحث في بيع السلم في الفقه الإسلامي مقارنة مع القانون المدني العراقي.

- الدويكات، هيفاء شفيق سليمان (2010): **عقد السلم كأداة للتمويل في المصارف الإسلامية**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن - إربد.

تناولت الباحثة عقد السلم كونه أداة للتمويل في المصارف الإسلامية من خلال التعريف به وبيان شروطه وآثاره، وقد جاءت دراستها في إطار اقتصادي تمويلي، ولم تتعرض لبيان موقف الشريعة الإسلامية من هذا البيع ولم تبحث في أحكامه الشرعية، وتتميز دراستي الحالية عن الدراسة السابقة كونها تبحث في تعيين محل بيع السلم في إطار مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

**أحد عشر: منهج الدراسة:**

ستعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال إيراد النصوص الشرعية والقانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة وتحليلها والمقارنة فيما بينها بغية الخروج بنتائج تجيب على أوجه القصور التشريعي لدى المشرع العراقي، وكذلك إيراد آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وآراء الفقه القانوني بشأن موضوع هذه الدراسة. ويشير الباحث أن المقارنة مع القانون المدني الأردني ستحصر فقط فيما يخص بيع السلم دون سواه.



## الفصل الثاني

### مفهوم تعيين محل العقد

إن هذه الدراسة تتطلب من الباحث أن يبحث في مسألة أولية تتمثل في بيان مفهوم تعيين محل العقد حتى يُصار إلى فهم ومعرفة كيفية تعيين المحل في عقدي البيع والسلم، لذا لا بد من التعريف بالتعيين (المبحث الأول)، ومن ثم بيان المسائل التي يحصل بها تعيين المحل في العقد (المبحث الثاني) وسأتناول هذين المبحثين تباعاً .

### المبحث الأول

#### التعريف بالتعيين

إن التعريف بالتعيين يتطلب بيان معناه، وتمييزه عن غيره (المطلب الأول)، ومن ثم بيان حكمته التشريعية (المطلب الثاني) وسأبحث هذين المطلبين تباعاً .

#### المطلب الأول: معنى التعيين وتمييزه عن غيره:

سأتناول معنى التعيين في الفرع الأول، ومن ثم تمييزه عن غيره في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: معنى التعيين:

سأبين معنى التعيين في اللغة والاصطلاح.

التعيين في اللغة مصدر عَيَّنَ، والياء والنون أصل واحد يدل على عضو به يبصر وينظر

ثم يشتق منه، ومعناه: التخصيص؛ فتعيين الشيء تخصيصه من الجملة، وعينت النية في الصوم،

إذا نويت صوماً معيناً<sup>(1)</sup>.

(1) ابن منظور (1999). لسان العرب، ج4، دار صادر، بيروت، ط6، ص3115.

ورد مصطلح "التعيين" كثيراً في غير باب من أبواب الفقه، ويرتبط تعريف التعيين في اصطلاح الفقهاء بتعريفه لغة، فهو في الاصطلاح: ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غيره، وقيل: هو تخصيص الشيء من الجملة<sup>(1)</sup>.

وعند الشافعية يُراد بالتعيين: التمييز والمشاهدة والتنصيب على الشيء والتشخيص وتخصيصه والعلم به، وهو ضد الشبوح والإبهام والإجمال<sup>(2)</sup>.

وبالنظر في هذه المعاني، يلاحظ أنها تدور حول معنى واحد منها، هو: التمييز، وعليه فالتعيين في الاصطلاح: تمييز الشيء عما سواه<sup>(3)</sup>، أما بقية تلك المعاني، فهي: إما أداة للتعيين، وهي المشاهدة، والتنصيب على الشيء، والتشخيص له، وتخصيصه، ولما مرادفة التعيين، وهي: العلم بالشيء، وضد الشبوح، والإبهام، والإجمال؛ فإنها معان مرادفة للتمييز؛ لأن العلم بالشيء: تعيين له، وعدم شبوحه: تمييز لذاته، وكذا عدم إبهامه وعدم إجماله<sup>(4)</sup>.

ويُقصد به: تمييز الشيء عما سواه ورفعته عن الإبهام، فلا يشاركه غيره فيما أُريد به، ولا يلزم من تمييز الشيء عدم المشاركة له في صفته؛ فمن عين مبيعاً لا يلزم من تعيينه عدم مشابهته غيره في صفته، وإنما يختص البيع بالمعين فقط، لأنه المميز في العقد<sup>(5)</sup>.

(1) الفقيه، هاشم بن علي، مرجع سابق، ص18.

(2) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ص269.

(3) الزحيلي، وهبة (1405هـ). الفقه الإسلامي وأدلته، ج24، دار الفكر العربي، دمشق، ط1، ص402.

(4) الفقيه، هاشم بن علي، مرجع سابق، ص19.

(5) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص403.

وقد ورد تعريف مصطلح "خيار التعيين" في كتب الفقه الحديثة، وجل هذه الكتب تشابه

أصحابها في تحديد مفهوم "خيار التعيين"، من ذلك<sup>(1)</sup>:

1. أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في تعيين أحد شيئين، أو ثلاثة أشياء بيع أحدها لا بعينه، وبين لكل واحد ثمن مخصوص وقت العقد.

2. أن يكون المشتري أو البائع بالخيار بمقتضى شرط في العقد في أن يعين واحداً من شيئين، أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها.

3. أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الشيئين، أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه.

4. أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن، والصفة التي ذكرت في العقد.

هذا ويرتبط خيار التعيين في القانون بالعقد غير اللازم الذي يكون لأحد العاقدين أو كليهما الرجوع عنه بإرادته المنفردة، "ولم يعالج القانون المدني العراقي عدم لزوم العقد في نظرية عامة، كما أنه لم يعالج الخيارات التي تقترن بالعقد ومنها خيار التعيين بنصوص خاصة عند الحديث عن مراتب العقد، وإنما عالجهما في نصوص متفرقة ومبعثرة"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز التعيين عن غيره:

هناك عدة مصطلحات ترتبط نوعاً ما بمصطلح التعيين، مما يقتضي من الباحث التمييز بينهما نظراً لتداخل مفاهيمها مع ما يدل عليه التعيين، ومن ذلك التعيين والعلم بالشيء والشرط في العقد.

(1) انظر: الزرقا، أحمد (1996). شرح القواعد الفقهية، ج13، دار القلم، دمشق، ط4، ص40؛ والزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص469.

(2) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص315.

## أولاً : تمييز التعيين عن التعيّن:

ورد مصطلح "التعيين" في مصادر الفقه المختلفة، وتكرر استخدامه بين الفقهاء، وهو يختلف عن مصطلح "التعيين" الذي أوردنا تعريفه سابقاً لغةً واصطلاحاً، فبقي أن نعرف معنى التعيين حتى يظهر لنا الفرق بينهما.

فالتعيين في اللغة: مصدر للفعل الخماسي تعين؛ يقال: تعين عليه الشيء: لزمه بعينه؛ فالتعيين اللزوم<sup>(1)</sup>.

ولا يختلف مفهوم التعيين في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي؛ إذ يُقصد به: اللزوم والوجوب<sup>(2)</sup>.

يظهر لنا من ذلك أن التعيين غير التعيّن، فالأول يُراد به التمييز والتحديد، أما الثاني فيُطلق على اللزوم والوجوب. "ويفترقان في الفعل المشتق منه، فالتعيين من عَيّن، والتعيّن من تعيّن مع أنهما ينتقان في أصل الاشتقاق (عَيّن)"<sup>(3)</sup>.

ثانياً: تمييز تعيين الشيء عن العلم به:

يختلف تعيين الشيء عن العلم به من حيث كون أن العلم بالشيء يعدّ أكثر شمولاً من مجرد المعرفة المتحققة بالتعيين، فهدف التعيين في عقد البيع هو تمييز المبيع عن سواه، في حين يُقصد بالعلم بالإحاطة بخصائص المبيع<sup>(4)</sup>.

(1) الفيروزآبادي (1998). القاموس المحيط، ج8، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، ص461.

(2) الفقيه، هاشم بن علي، مرجع سابق، ص31.

(3) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (دون سنة نشر). المعجم الكبير، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، نقلاً

عن: زيدان، عبد الكريم، أصول الفقه، مرجع سابق، ص240.

(4) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص48.

فمثلاً: لو كان المبيع سيارة، فإنه يكفي لتعيينها بيان النوعية والموديل واللون، أما العلم بها يستلزم فضلاً عن ذلك الإحاطة بمعلومات أخرى تتعلق بمحركها وعجلاتها وأجزائها الأخرى<sup>(1)</sup>. ويمكن القول: أن العلم بالمبيع يشتمل على التعيين ويغني عنه.

ففي المثال السابق: من قال لصاحب السيارة: اشتريت هذه السيارة، فهو معين لها، لأنه ميزها بكون ما اشتراه سيارة معينة، ولا يلزم أن يكون عالماً بصفات الأخرى على حقيقتها.

وقد سبق أن بين الباحث بأن تعيين الشيء هو تمييزه عن غيره، ومن هنا يفترق في المعنى عن العلم بالشيء "وهو اعتقاد الشيء على ما هو به على سبيل الثقة"<sup>(2)</sup>.

كما يفترق تعيين الشيء عن العلم به من حيث حقيقة كل منهما في البيع، فتعيين المبيع يعدّ ركناً للبيع، إذ لا يتم البيع إلا على مبيع معين للعاقدين، ويكون ذلك: إما بالتصريح به عند العقد، وإما بالاتفاق السابق للعقد، كمن اتفقا على بيع دار معلومة، ثم عقدا بيعها بعد ذلك دون أن يصرحا بها عند العقد؛ اكتفاءً بما سبق من اتفاقهما عليها. أما العلم بحقيقة المبيع فهو شرط للبيع، وشرط الشيء يسبقه، ويكفي أن يكون كلاً من الطرفين عالماً بحقيقة المبيع قبل العقد، وإن لم يكن عالماً بعلم الآخر لتلك الحقيقة؛ لأن الأصل في المتبايعين أنهما محمولان على المعرفة بالمبيع حتى يثبت الجهل به، وغالباً العلم بالمعقود عليه سابق لتعيينه في العقد، ولا يلزم من العلم به أن يكون تم تعيين، كما لا يلزم من تعيينه أن يكون معلوماً به، لكن إن عينه العاقد دون علمه به كان

(1) الجبوري، ياسين محمد (2011). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط2، ص233.

(2) عبد الباقي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص348.

اختلال شرط، وإن علم به ولم يعينه في العقد كان اختلال ركن، وفرق بينهما، أما إن علم به وعينه في العقد فقد تحقق الشرط والركن<sup>(1)</sup>.

وسوف نبحث في وسائل العلم بالمبيع وتعيينه في القانون المدني العراقي في مكانه المناسب من هذه الدراسة.

### ثالثاً: تمييز التعيين عن الشرط في العقد:

الشرط في العقد: إلزام أحد العاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة<sup>(2)</sup>، والشرط في العقد ثلاثة أقسام؛ الأول: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط تسليم المبيع للمشتري، أو من مصلحة العقد كاشتراط تأجيل الثمن في غير الربويات واشتراط صفة في المعقود عليه ككون السيارة غير مستعملة وهذا جائز باتفاق الفقهاء في الجملة وله أثر في العقد، الثاني: ما لا يقتضيه العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، وإنما فيه نفع أحد العاقدين كاشتراط البائع أن يسكن داره التي باعها شهراً، وهذا منعه الحنفية والشافعية وأفسدوا به العقد، وأجازته المالكية في اليسير والحنابلة إذا كان الشرط واحداً، الثالث: ما كان منافياً لمقتضى العقد، فلا يجوز، لكنه عند الحنفية والمالكية والشافعية يبطل معه العقد، وعند الحنابلة يبطل هو دون العقد في الجملة<sup>(3)</sup>.

ويفترق التعيين في العقد بأنه لا يصح العقد في الجملة إلا به، فهو وسيلة معرفة أركان العقد كتعيين المبيع في البيع والسلم، أما الشرط في العقد فيصح العقد بدونه؛ فالأصل عدمه، وما

(1) انظر: الضرير، الصديق محمد الأمين (1386هـ). الغرر وأثره في العقود، دار الثقافة، القاهرة، ط1، ص211؛  
والموسوعة الفقهية (1440هـ). وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط2، ص169.

(2) داوود، أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص89.

(3) انظر تفصيلاً في هذا الخلاف: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص108-110.

يوجد منه تقدم إن أوضحنا أن منه المتفق على جوازه، والمتفق على منعه، والمختلف فيه، ثم الجائز منه لا بد من تعيينه أيضاً<sup>(1)</sup>.

وقد نظم المشرع العراقي مسألة الشرط في العقد بنص المادة (131) من القانون المدني بأنه: "1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة 2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً".

يتضح للباحث من خلال قراءة نص المادة سالفة الذكر، أن المشرع العراقي قد أخذ هذا النص عن الفقه الإسلامي وبخاصة الرأي الذي أجاز الشرط في العقد بالنظر إلى مقتضاه كما سبق أن رأينا.

فمثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد أن يشترط البائع دفع الثمن نقداً، أو أن يشترط المشتري تسليم المبيع في الحال.

ومثال الشرط الملائم لمقتضى العقد البيع بثمن مؤجل ويشترط البائع على المشتري أن يعطيه كفيلاً أو رهناً بالثمن، ومثال الشرط الذي جرى به العرف والعادة أن يشترط المشتري قيام البائع بإيصال المبيع إلى محل المشتري.

## المطلب الثاني

### الحكمة التشريعية من التعيين في العقد:

إن بيان مسائل التعيين المتعلقة بمحل العقد وأحكامه الشرعية والقانونية من شأنه أن يمنع الأشخاص من الوقوع في الحرج والمشقة، حيث قد يلتزم الشخص بشيء معين أو زمان أو مكان

(1) زيدان، عبد الكريم، أصول الفقه، مرجع سابق، ص70.

معين فيقع في الحرج والضيق<sup>(1)</sup>، كما أن عدم التعيين يؤدي غالباً إلى الخلاف والمنازعات والخصومات، والتعيين يمنع مثل ذلك وهذا ما تبغيه الشريعة الإسلامية وتدعو إليه.

لقد جاء بتأليف القلوب في مختلف المجالات، ومنها المعاملات المالية، قال الله تعالى:

﴿وَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَفَقَّتْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلَّفَتْ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَئِنَّ اللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾<sup>(2)</sup>، وذلك بأمره بالطيب من الأخلاق والمكاسب ونحوها، ونهيه عما يخالف ذلك.

والتعيين في العقد سبب من أسباب تأليف القلوب، ويتضح مما اشتمل عليه من أحكام تشريعية جليلة، أهمها: "في التعيين محافظة على الأخوة الإيمانية ونماء الأموال؛ لأن به تتضح الأمور بين العاقدين فتنتفي الجهالة التي تؤول عند عدم صلاحية المعقود عليه إلى عدم رضا العاقدين أو أحدهما، فيحصل النزاع بينهما، أو ضياع ماليهما أو مال أحدهما"<sup>(3)</sup>.

"والتعيين في العقد من أعظم موانع الوقوع في الربا المهدد لاقتصاد الأمة مع ما توعد الله تعالى عليه بالحرب منه ومن رسوله محمد ﷺ؛ لأنه بتعيين المعقود عليه، يعرف الربوي من غيره، فيحتاط في الربوي بما أمر به الشارع الحكيم، ويتوسع في غير الربوي بما أبيح شرعاً"<sup>(4)</sup>.

والتعيين وسيلة لمنع الوقوع في الإثم بتعاطي العقود الفاسدة<sup>(5)</sup>، فعدم التعيين في العقد في الجملة يفسدها، والعقد الفاسد غير المضطر إليه يحرم تعاطيه؛ لحق الله تعالى؛ لنهيه عنه وتجب التوبة منه، ومما تكون به التوبة من العقد الفاسد فسخه<sup>(1)</sup>.

(1) الفقيه، هاشم بن علي، مرجع سابق، ص2.

(2) سورة الأنفال، الآية 63.

(3) بدائع الصنائع، ج4، مرجع سابق، ص180-181.

(4) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص193.

(5) اختلاف الفقهاء في المراد بالعقد الفاسد على قولين؛ الأول: ما اختل فيه شرط العقد الصحيح واليه ذهب الحنفية والحنابلة، وهو عندهم مناف للعقد الباطل؛ لأنه ما اختل فيه ركن العقد الصحيح، ويفرقون بينهما في ضمان المعقود عليه وعدمه في التبرعات ونحوها، ويعبر الحنفية أحياناً عن الفاسد بما شرع أصله دون وصفه، وعن الباطل بما لم يشرعاً جميعاً. القول الثاني: الفاسد ما اختل ركنه أو شرطه، وهو مذهب المالكية والشافعية، ومرادف عندهم للباطل في كثير من العقود المالية، وعبر المالكية عن الفاسد ما لم يترتب عليه آثار العقد الصحيح إلا بدليل يخصه، ومنشأ القولين: اختلافهم في النهي هل



### المطلب الثالث

#### أثر التعيين في العقد:

إن للتعين أثر في العقد، ويعرف هذا الأثر من خلال النتائج المترتبة على التعيين من عدمه، والنتائج هي: الصحة، والفساد، واللزوم، وعدمه مما يتعلق بذات العقد، وتظهر هذه بمعرفة حكم التعيين في العقد<sup>(2)</sup>.

إن الحكمة من تقرير قاعدة اشتراط تعيين المحل في العقد في القانون الوضعي ومنه القانون المدني العراقي تكمن في أن يتم تعيين المحل تعييناً تتقي معه الجهالة الفاحشة والغرر، وهذا ما نصت عليه المادة (128) من القانون المذكور بأنه: "1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ...، 2- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل".

ومن ناحية أخرى فإن قاعدة اشتراط وجود محل العقد في القانون المدني العراقي ليست قاعدة شاملة ومطلقة، وإنما من الممكن أن يكون الشيء المعقود عليه شيئاً مستقبلاً وقت انعقاد العقد، غير أنه يشترط فيه أن يتم تعيينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر، وهو ما أشارت إليه المادة (1/129) من القانون المدني العراقي بأنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر".

وإن مما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن القانون المدني العراقي قد خالف ما يذهب إليه غالبية الفقهاء المسلمين من حيث اعتبار بيع المعدوم باطل، إلا على سبيل الاستثناء، ولكن هنالك بعض الفقهاء من يرى أنه لا يوجد ما يحول دون بيع بعض الأشياء المعدومة، إذ يرى هؤلاء أن

يقضي الفساد أو لا؟". انظر تفصيلاً: ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي (1990). المغني، دار فجر

للطباعة، القاهرة، ط1، ج2، ص30-31 (فقه حنبلي).

(1) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص138.

(2) الضرير، الصديق محمد، مرجع سابق، ص148.

المنع من بيع المعدوم معلل، ففي قوله ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>(1)</sup>، ليست العلة في العدم، وإنما هي في الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم<sup>(2)</sup>.

نخلص مما سبق أن الفقه الإسلامي ومعه القانون المدني العراقي لم يحرم بيع المعدوم إلا بقدر ما ينطوي عليه من جهالة وغرر، فإن كان الغرر فاحشاً كان البيع تبعاً لذلك باطلاً، وإذا كان الغرر معدوماً كان العقد صحيحاً.

وتطبيقاً لما سبق، إن بيع المحصولات الزراعية قبل نضجها، أو قبل أن تثبت بثمن مقدر جزافاً بسعر الوحدة جائز، إذا تم تعيينها تعييناً ينتفي معه الجهالة والغرر، وهو ما يؤكد نص المادة (1/129) مدني عراقي سالف الذكر.

(1) أخرجه الطبراني.

(2) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج1، ص357-361، مشاراً إليه لدى: الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص227.

## المبحث الثاني

### وسائل تعيين محل العقد

تعدّ الإرادة الأساس في قيام العقد، وأن العقد يتم بتوافق الإرادتين معاً، كما ينبغي أن تتوافق الإرادتان على محل مشروع، لذا فإن تعيين المحل في العقد يعدّ من المعاني التي يحتاج العاقد إلى التعبير عنها، فكيف يحصل التعبير عن التعيين؟ بمعنى آخر ما وسيلة التعبير عن التعيين في العقد؟

إن التعيين في معناه الذي أوضحناه سابقاً يُقصد به تمييز الشيء عما سواه، وهو يحصل في العقد بعدة وسائل، هي: التسمية، العرف، العادة، القول، الكتابة، الإشارة، الوصف، النية، الذوق، القرعة.

وفي هذا السياق تنص المادة (128) مدني عراقي بأنه: "1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت التعاقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف، 2- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر، 3- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل".

وبما أن محل العقد يعدّ ركناً فيه، فإنه لا بدّ من حصول التوافق بين الإرادتين على هذا المحل، لذا نصت المادة (79) مدني عراقي بأنه: "كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي".

ومن خلال هذا المبحث سأتناول دراسة وسائل تعيين المحل في العقد وذلك ببيان المعين والمعين له (المطلب الأول)، وبالتسمية (المطلب الثاني)، وبالعرف والعادة (المطلب الثالث)، وبالقول (المطلب الرابع)، وبالكتابة (المطلب الخامس)، وبالإشارة (المطلب السادس)، وبالوصف (المطلب السابع)، وبالنية (المطلب الثامن)، وبالذوق (المطلب التاسع)، وبالقرعة (المطلب العاشر) وسأبحث هذه المطالب تباعاً .

## المطلب الأول

### تحديد المعين والمعين له في العقد:

المعين في العقد هو العاقد نفسه أصيلاً كان أو وكيلاً، فإن كان المعين أجنبياً أو رسولاً في القبض فلا عبرة بتعيينهما؛ لعدم علاقتهما بالعقد<sup>(1)</sup>.

والمعين له في العقد يختلف باختلاف نوع العقد، فإن كان مما له طرفان كالبيع والسلم، فكلّاً من العاقدين يعين لنفسه، ومن ثم لا بدّ من بيان البائع والمشتري (العاقدان) والصيغة بألفاظها والمعقود عليه، وهذه هي الأمور التي تعين في العقد كما هو الحال في عقدي البيع والسلم.

فالعاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول، وليس كل إنسان يصلح أن يكون عاقداً يعتبر إيجابه وقبوله، فمن الناس من لا قيمة لعبارته، فلا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر، ومنهم من تعتبر عبارته في بعض العقود والتصرفات دون البعض الآخر، وبموافقة إرادة أخرى أو بدون هذه الموافقة، ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات على وجه الاستقلال أي بدون توقف على موافقة الآخرين، واختلاف العقود، واختلاف الناس في ذلك يرجع إلى مدى تمتعهم بالأهلية، فمن فقدهما لم يكن لعبارته أي اعتبار، ومن نقصت فيه إحداها أو

(1) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد (1996). الأحكام السلطانية، تحقيق: عصام الحرساني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، ص198 (فقه شافعي).

كلاهما كان لعبارته اعتبار ناقص، ومن توافرت فيه على وجه الكمال والتمام اعتبرت عبارته الاعتبار الكامل في جميع العقود والتصرفات<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني العراقي يشترط في العاقد أن يتمتع بالأهلية القانونية وأن تخلو إرادته من العيوب، ويصبح الشخص كامل الأهلية عندما يبلغ سن الرشد وهو ثماني عشرة سنة كاملة<sup>(2)</sup> متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وتكون إرادته سالمة من العيوب إذا لم تتعرض للإكراه والغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال، وقد عالج القانون المدني العراقي هذه العيوب في المواد (من 112 إلى 125).

ويعدّ عقد البيع والسلم من عقود المعاوضات المالية الدائرة بين النفع والضرر التي إذا ما صدرت عن الصغير المميز تكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداءً وهو ما جاء بنص المادة (1/97) مدني عراقي، وحيث أن بحث هذه الموضوعات يكون في النظرية العامة للعقد، لذا فإننا نحيل إليها.

## المطلب الثاني

### التعيين بالتسمية

التسمية في الاصطلاح: ذكر الشيء باسمه، وهو معيّن قوي في العقود<sup>(3)</sup>. يعين بها أركان العقد في الجملة، كمن يقول: بعني سيارتك العراقية، ففيهما تعيين العقد بأنه بيع، والمعقود عليه بأنه سيارة عراقية مضافة للعاقد، والأصل في التعيين بالتسمية أنها في المعقود عليه الغائب وقت العقد، ومبناها على علم سابق به، لذا يحتمل الخطأ فيه<sup>(4)</sup>.

(1) زيدان، عبد الكريم، المدخل إلى الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 261.

(2) انظر: المادة (106) مدني عراقي.

(3) السيوطي، جلال الدين (دون سنة نشر). الأشباه والنظائر، مكتبة محمد نهاد هاشم الكتبي، القاهرة، ص 314.

(4) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 54.

ويشترط في حصول التعيين بالتسمية في العقد أن يفهما العاقدان سواء أكانت باللغة العربية أم بغيرها، وقد استخدم أهل اللغة كلمات "التسمية، اللفظ، القول، الكلام" بمعنى واحد، فلم يميزوا بينها وعوّها من المترادفات<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة (1/77) مدني عراقي بأن: "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".

فمن خلال الإيجاب والقبول يتم التعبير عن الإرادة ومن ثم التعبير عن تعيين المحل في العقد، إذا يتحقق التراضي على محل العقد بمطابقة القبول للإيجاب، ولتحقق ذلك لا بدّ من قيام كل من العاقدين بالتعبير عن إرادته، ومن حصول التوافق بين الإرادتين وفقاً للنظرية العامة للعقد المنصوص عليها في المواد (من 77 إلى 125) مدني عراقي.

وفي هذا السياق جاء نص المادة (2/77) مدني عراقي بأنه: "ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال". وتتص المادة (78) من نفس القانون بأن: "صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد المتعاقدين".

وتعليقاً على نص هاتين المادتين، لخص المرحوم السنهوري القواعد المتقدمة بما يأتي: "الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الواضحة، فإن تمخضت الصيغة للحال انعقد العقد، وإن تمخضت للاستقبال لا ينعقد، أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة،

(1) الفقيه، هاشم بن علي، مرجع سابق، ص32.

بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال، فعندئذ يتعين الرجوع إلى النية؛ أي الإرادة الباطنة، فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد، وإلا لم ينعقد<sup>(1)</sup>.

نخلص مما تقدم، أن تعيين محل العقد بطريق التسمية قد يكون بصيغة الماضي وهو الأصل، كما قد يكون بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر أو بصيغة الاستقبال وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي كما رأينا في المادتين (2/77)، (78).

### المطلب الثالث

#### التعيين بالعرف والعادة:

يتعاقد الناس في كثير من الحالات على أشياء يجري تعيينها عندهم بما تعارفوه واعتادوه بينهم، وأكثر ذلك يقع في البيع والسلم.

يستخدم العرف في اللغة للدلالة على المعاني الآتية<sup>(2)</sup>:

1. المعروف: وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتطمئن إليه، يقال: أولاه عرفاً " أي: معروفاً، أي: لا يضيع عند الله معروف إذا ما ضاع عند الناس.
2. الصبر: يقال: نزلت به مصيبة فوجد عروفاً، أي صبوراً.
3. الجود: العرف اسم من الاعتراف: يقال: له على ألف عرفاً أي اعترافاً، ويقال: "أتيت متكرراً ثم استعرفت"، أي: عرفته من أنا.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، ط1، ص90.

(2) لسان العرب، مرجع سابق، ج9، ص239-241.

5. التتابع: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَالرِّسَالَاتِ عُرْفًا ﴾<sup>(1)</sup>، أي: الملائكة أرسلت متتابعة، أو هي الرياح إذا هبت شيئاً فشيئاً، قال ابن كثير<sup>(2)</sup>: "والأظهر: أن المرسلات هي الرياح"، كما قال تعالى: ﴿ وَالرِّسَالَاتِ عُرْفًا ﴾<sup>(3)</sup>.

6. كل عال مرتفع: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَطَى الْأَعْرَافَ رِجَالٌ ﴾<sup>(4)</sup>، قال الزجاج: "الأعراف أعالي السور"، وقال ابن جرير: "الأعراف جمع، واحدها عرف، وكل مرتفع من الأرض عند العرب فهو عرف، وإنما قيل لعرف الديك عرفاً لارتفاعه على ما سواه من جسده"<sup>(5)</sup>.

أما العادة في اللغة فهي<sup>(6)</sup>: الدين يعاد إليه، وهي مفرد، جمعها: عادات وعوائد، وإنما سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي: يرجع إليها مرة بعدى مرة، ومنه قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ يَوْنُونَ لَمَّا قَالُوا ﴾<sup>(7)</sup>. اختلف الفقهاء والأصوليون في تعريفهم للعرف والعادة؛ ومبنى الخلاف على اختلافهم في تحديد العلاقة بينهما، هل هي الترادف أو العموم والخصوص؟ وقد أنتج هذا الخلاف ثلاثة أقوال:

الأول: لابن أمير حاج، والطرابلسي، وابن فرحون، واختاره الدكتور أحمد فهمي أبو سنة<sup>(8)</sup>: وقد ذهبوا إلى أن العادة أعم من العرف؛ لأنها الأمر المتكرر مطلقاً سواء كان مصدره العقل أو أمراً طبعياً - كسرعة البلوغ في المناطق الحارة - وسواء أكان قولاً أو فعلاً صادراً من فرد

(1) سورة المرسلات، الآية 1.

(2) تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ص 459.

(3) سورة الحجر، الآية 22.

(4) سورة الأعراف، الآية 46.

(5) تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ص 464.

(6) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مرجع سابق، ص 336.

(7) سورة المجادلة، الآية 3.

(8) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 458.



أو من جماعة. وعلى ذلك تكون النسبة بينهما: العموم والخصوص المطلق، والعادة أعم من العرف الذي اقتصر إطلاقه على عادة الجمهور، التي للعقد فيها مدخل.

الثاني: للكمال بن الهمما والبزدوي والتفتازاني<sup>(1)</sup>، وقد ذهبوا إلى أن العرف أعم من العادة التي هي قسم منه، يعني بها العرف العملي، وهذا القصر لا معنى له؛ لأن الفقهاء أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً، ومن الشواهد الدالة على أن العادة تجري في الأقوال: ما أجاب به محمد بن الحسن الشيباني عن الحلف بأمانة الله هل هو يمين؟ فقال: يمين، ثم سئل عن معناه، فقال: لا أدري!! فعقب السرخسي قائلاً: فكأنه قال: وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة، فجعله يميناً<sup>(2)</sup>.

الثالث: للنسفي وابن عابدين، وابن نجيم، وعلي حيدر<sup>(3)</sup>: وقد ذهبوا إلى أنه لا فرق بين العادة والعرف، وهما بمعنى واحد.

وعلى ذلك يكون عطف العادة على العرف في أقوال الفقهاء من باب الترادف؛ لأنهم أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً، وجعلوا العرف والعادة بمعنى واحد. وبالتدقيق في الآراء السابقة، يجد الباحث أنه يميل إلى الرأي الذي يسوي بين العرف والعادة؛ لعدم الدليل في التفرقة بينهما، ولا استخدام الفقهاء لهما في أبواب الفقه المختلفة بمعنى واحد.

وعلى ذلك يرى الباحث أن تعريف العرف والعادة في الاصطلاح بأنيهما: "ما استقر في

النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول".

(1) نقلاً عن: الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص 65.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 8، ص 133.

(3) ابن نجيم، مرجع سابق، ص 174.

ويقوم التعيين بالعرف والعادة في المعاملات الجارية بين الناس - مقام التعيين باللفظ، قال شيخ الإسلام العز بن عبد السلام: "فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرها، ومن الأمثلة على ذلك: التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد؛ تنزيلاً للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ، وكذلك حمل الإذن في النكاح على الكفاء ومهر المثل؛ لأنه المتبادر إلى الإفهام فيمن وكل آخر بتزويج ابنته، وقال ابن القيم: وهذا أكثر من أن يحصر، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي - رضي الله عنه - حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري به شاة، فاشتري شاتين بدينار، فباع إحدهما بدينار وجاء بالدينار والشاة الأخرى<sup>(1)</sup>، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي؛ اعتماداً منه على الإذن العرفي، الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع<sup>(2)</sup>، فالعرف العملي أو العادة في الفعل هي المحكمة فيما يجري بين الناس في معاملاتهم، ما يجب منها وما لا يجب، تبعاً للعرف الجاري بينهم، وما يدخل في العقود تبعاً وما لا يدخل، وقد ذكر الفقهاء أن الشرط العرفي كاللفظي<sup>(3)</sup>، ومن القواعد الفقهية في ذلك: المعروف كالمشروط، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، قال السرخسي: والمعلوم بالعرف كالمشروط، وفيه أيضاً: الثابت بالعرف كالثابت بالنص"<sup>(4)</sup>.

هذا ويعدّ العرف مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في حال عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه في مسألة تعيين محل العقد وذلك استناداً إلى نص المادة (2/1) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: "2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم المحكمة بمقتضى العرف...".

(1) أخرجه البخاري، ج4، ص252.

(2) إعلام الموقعين، ج2، ص412، نقلاً عن: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص358.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص330.

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص331-332.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي ما يؤكد المشرع بقولها: "الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة، فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو خروجها عن النص، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء"<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب من الشراح المعروفين في العراق كالأستاذ الدكتور صاحب الفتلاوي<sup>(2)</sup> بأن القانون المدني العراقي لم يفرق بين العادة والعرف، وقد استعملهما في بعض المواد بصورة مترادفة، ومثال ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (131) مدني عراقي التي جاء فيها: "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة".

ويضرب الدكتور عبد المجيد الحكيم مثلاً على ذلك بقوله: "ومثال الشرط الذي جرى به العرف والعادة أن يشترط المشتري قيام البائع بإيصال المبيع بعد تعيينه إلى محل المشتري، أو بتصليح الآلة أو السيارة إذا حصل بها خلل بعد تعيينها"<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة (164) مدني عراقي بأنه: "1. أن العادة محكمة، عامة أو خاصة، 2.

استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، وزارة العدل، ج1، مطابع بغداد، 1953م، ص187.

(2) الفتلاوي، صاحب (2011). السهل في شرح القانون المدني، مدخل لدراسة علم القانون، ج1، دار وائل، عمان، ط1، ص193.

(3) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص212.

وحسب المادة (163) مدني عراقي فإن: "1. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، 2. والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، 3. والممتع عادة كالممتع حقيقة".

في ضوء النصوص سالفه الذكر، يتضح للباحث أنه بمجرد توافر الركن المادي (ركن الاعتياد أو التكرار) والركن المعنوي (الشعور بالإلزام)، فإن العرف يرتب أثره القانوني، ويعدّ ملزماً بخاصة في مسألة تعيين محل العقد كما يفيد نص المادة (1/163) سالفه الذكر.

في حين يفترق العرف عن العادة، إذ إن الأخيرة يتوافر فيها الركن المادي دون الركن المعنوي، ومن العادات التي تتصل بمسألة تعيين محل العقد، ما يسمى بالعادات الاتفاقية بين الأفراد، "وهذه العادات قد تكون محلية تختلف باختلاف الجهات، كما قد تكون معنية خاصة بأحد المهن"<sup>(1)</sup>.

"ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجري عليه التعامل بين الأفراد في حالة تعيين بعض أثمان أنواع الفاكهة على أساس المائة، فقد اختلفت العادة بالنسبة لما يباع على أنه مائة، إذ تحسب المائة كما هي أو أن تحسب بمائة وعشرة أو مائة وعشرين أو ثلاثين"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الرابع

#### التعيين بالقول

القول في اللغة: "اسم للمركب من الحروف المبرز بالنطق"<sup>(3)</sup>، "والتعيين بالقول أقوى منه بالكتابة والإشارة؛ لأنه صريح في التعيين، وغير محتمل لعدم صحة نسبته لقائله، بخلاف

(1) الفتلاوي، صاحب، مدخل لدراسة علم القانون، مرجع سابق، ص192.

(2) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص415.

(3) لسان العرب، ج9، ص113.

الإشارة فإنها محتملة لتعيين المشار إليه وغيره، وبالكتابة معرضة لعدم صحة نسبتها لكتابها<sup>(1)</sup>.

هل يشترط في التعيين بالقول في العقد سماع العاقد ما صدر من الآخر؟  
اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

"القول الأول: يشترط سماع العاقد ما صدر من الآخر، وإليه ذهب الحنفية في المعتمد، واستدلوا بثلاثة أدلة:

الدليل الأول: الكلام من الكَلْم وهو الجرح، وسمي به؛ لأنه يؤثر في نفس السامع، وعليه فتكليم المرء لغيره لا يحصل إلا بسماعه.

الدليل الثاني: كلام المرء لغيره لا يكون إلا بسماعه له، وإلا كيف يكلمه وهو لا يسمعه، فمن حلف لا يكلم فلاناً، فناداه من بعيد ولم يسمعه، لا يحنث؛ لأنه شرط الحنث وجود الكلام معه، ولم يوجد.

الدليل الثالث: مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف، وهو للحروف المنظومة الدالة على ما في ضمير المتكلم، ولا يكون ذلك إلا بصوت مسموع<sup>(2)</sup>.

"القول الثاني: المعتبر تلفظ العاقد بما يدل على رضاه، ولا يشترط إسماع نفسه ولا نظيره ولا غيره، وإليه ذهب الحنفية في قول، واستدلوا: اللفظ فعل اللسان ويكون بنظم الحروف على وجه مخصوص، وقد حصل، أما الإسماع ففعل الأذنين دون اللسان كالقراءة تحصل من الأصم مع أنه لا يسمع نفسه<sup>(3)</sup>.

(1) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص 70.

(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 1، ص 162-163.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 1، ص 163.

"القول الثالث: يكفي تلفظ العاقد بما يدل على رضاه بالعقد، بحيث يسمعه من يقرؤه، ولا يشترط أن

يسمع كل من العاقدين الآخر، وإليه ذهب الشافعية، واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول: العقد المالي هو كاليمين، ومن حلف لا يكلم زيدا، فإنه يحنث إن كلمه بحيث يسمعه

من يقرب الحالف، سواء أسمع زيدا أم لم يسمعه.

الدليل الثاني: يصح البيع بين الغائبين، وليس فيه سماع كل منهما ما صدر من الآخر<sup>(1)</sup>.

والراجح قول الشافعية: عدم اشتراط سماع العاقد للآخر؛ وذلك لقوة دليلهم الثاني في حق

الموجب، ولا فرق بينه وبين القابل إذا صدرت الصيغة من العاقدين والمبيع معلوم فهما مع توفر

بقية شروط العقد كتوافق الإيجاب والقبول، فيصح العقد ويبقى إثباته، وحصول العقد شيء وإثباته

شيء آخر، وهو يثبت بالبينة أو اليمين كما لو اختلف البيعان في قبول الغائب منهما، فإن العقد

صحيح لكن لا يثبت إلا بيمين الغائب<sup>(2)</sup>.

والتعيين بالقول يصح باللغة العربية وغيرها المفهومة للعاقدين، وإن أجادا لغتهما؛ قال

النووي: بلا خلاف، ويستوي في ذلك ما لو تتادى العاقدان وهما مجتمعان في مكان واحد أو

متفرقان في مكانين تقارباً أو تباعداً، قال النووي: بلا خلاف<sup>(3)</sup>.

ويصح التعيين بالقول عن طريق الهاتف، إذا غلب على ظن كل من العاقدين أنه يتكلم مع

نظيره، وما قد يرد من احتمال كون المتكلم غير العاقد، فهو من قبيل إثبات العاقد<sup>(4)</sup>.

وقد تمت الإشارة إلى موضوع الإيجاب والقبول في القانون المدني العراقي عند دراسة

التعيين بالتسمية ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث، فلا داعي للتكرار هنا، ولكن نكتفي

(1) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص345.

(2) بدائع الصنائع، ج1، مرجع سابق، ص164.

(3) انظر: الدمياطي، أبو بكر بن محمد، إعانة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص181.

(4) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص108-109.

بالقول: أنه قد يصدر الإيجاب والقبول والعاقدان يجمعهما مجلس واحد، وهذا هو التعاقد بين حاضرين، وقد يصدران والعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد، وهذا هو التعاقد بين غائبين.

وقد مر معنا سابقاً أنه لا بدّ لتمام العقد من صدور إيجاب من أحد العاقدين، يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، ويكون التعاقد بين غائبين إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد، ويتم ذلك بواسطة رسالة أو برفقية أو رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة<sup>(1)</sup>.

ويعدّ التعاقد بالتلفون في القانون المدني العراقي بين حاضرين بالنسبة للزمان؛ لأن كلاً من المتعاقدين يسمع كلام الآخر، وبين غائبين بالنسبة للمكان؛ لأن الموجب والقابل يوجدان في مكانين مختلفين<sup>(2)</sup>.

وقد نظم المشرّع العراقي إبرام العقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة بموجب قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م، والذي عرف بالمادة الأولى منه/عاشراً العقد الإلكتروني بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية".

ويثير التعاقد الإلكتروني بالنسبة إلى تعيين محل عقد البيع إشكاليات قانونية سنعرض لها في مكانها المناسب من هذه الدراسة، وهو الفصل الثالث المخصص للتعيين في عقد البيع، وذلك تجنباً للتكرار هنا وهناك.

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص 90.

(2) انظر: نص المادة (88) مدني عراقي.

## المطلب الخامس

### التعيين بالكتابة:

يمكن تعريف الكتابة في اللغة بأنها: الخط، يقال: كتب الكتاب كتباً وكتابة: خطه، واستكتبه الشيء واکتبه، أي: سأله أن يكتب له، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَقَالُوا أَسَاطِيرُ الْأَوَّلِينَ اكْتَتَبَهَا فَهِيَ تُمَلَىٰ عَلَيْهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا﴾<sup>(1)</sup>، أي: استكتبها، والكتاب: ما يكتب فيه، والكتاب أيضاً: الفرض والحكم والقدر<sup>(2)</sup>، والمعنى الأول للكتابة - وهو الخط - هو المراد هنا.

ويمكن تعريف الكتابة في الاصطلاح بأنها: صور ونقوش مصطلح عليها عند أهلها، تدل على لغتهم<sup>(3)</sup>.

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء والأصوليين في ماهية الكتابة، هل هي فعل أم قول، أم مشتركة بينهما؟

أما الجمهور فذهب إلى أن الكتابة فعل؛ لأن حقيقتها تخطيط باليد، وأما الكلام فهو ما انتظم من الحروف المسموعة المتميزة<sup>(4)</sup>.

وذهب بعض الفقهاء والأصوليين: إلى أن الكتابة قول؛ لأنها أمانة على الكلام، ويفهم المراد منها بواسطة فهم ما تدل عليه من الكلام<sup>(5)</sup>.

وذهب القاضي عبد الجبار وأبو الحسن البصري إلى أن الكتابة قسيم لهما؛ لأنها تدل على المراد بعبارة غير ملفوظة، وقد يطلع عليها فتفهم، دون أن يتوسط ذلك تلفظ أصلاً<sup>(6)</sup>.

(1) سورة الفرقان، الآية 5.

(2) لسان العرب، ج5، ص381.

(3) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص346.

(4) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص1674.

(5) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص345.

(6) المغني، مرجع سابق، ص251.



ويميل جانب من أكثر الباحثين<sup>(1)</sup> إلى القول الأول القائم بأن الكتابة فعل؛ وذلك لأن الكلام مسموع وآلته اللسان، بخلاف الكتابة؛ فهي مرئية وآلتها العين.

يمكن تقسيم الكتابة إلى ثلاثة أنواع: مستبينة، وغير مستبينة، ومستبينة مرسومة، والنوع الثالث زاده الحنفية؛ إذ اقتصر جمهور الفقهاء على النوعين الأول والثاني، وفيما يلي نقدم موجزاً عن كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة.

#### النوع الأول: الكتابة المستبينة المرسومة:

ويقصد بكونها مستبينة: أن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، وذلك بأن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه: كالكتابة على الألواح والأوراق وأمثالهما، ويقصد بكونها مرسومة: أن تكون مصدرية بالعنوان على وجه المخاطبة بالطريقة المعتادة بين الناس: بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل، ومثالها: كأن يكتب في صدره: من فلان بن فلان إلى فلان، أما بعد: فقد بعثك سيارتي مثلاً، على ما جرت به العادة، وهذا النوع يلزم حجة، ويكون صريحاً لا يحتاج إلى نية، حتى لو قال: لم أنو به الخطاب - لم يصدق، وهذا عند الحنفية<sup>(2)</sup>.

#### النوع الثاني: الكتابة المستبينة غير المرسومة:

وهي بأن تكون على شيء يظهر كما تقدم، إلا أنها ليست على الوجه المعتاد، وهذه الكتابة كتابة لا تكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليها: كالنية والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق، وبهذه الأشياء تتعين الجهة، وعلى ذلك

(1) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص 47.

(2) انظر: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 103، والزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص 326.

فالكتابة المستبينة غير المرسومة معتبرة، إلا أنها أقل في القوة من الكتابة المستبينة المرسومة؛ لأنها كناية تحتاج إلى النية<sup>(1)</sup>.

### النوع الثالث: الكتابة غير المستبينة:

وهي ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها، كأن كانت على شيء لا يثبت عليه خط: كالكتابة على الماء وفي الهواء، أو الكتابة بالإصبع على وسادة، وجمهور الفقهاء على أنها لغو ولا أثر لها، لأن هذه الكتابة بمنزلة الهمس بلسانه بما لا يسمع، ولأن ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فكان محققاً بالعدم<sup>(2)</sup>.

للكتابة - كوسيلة من وسائل التعيين - عدة مميزات، يمكننا إجمالها فيما يأتي:

أولاً: أن الفكرة يمكن تصويرها على مهل تصويراً منضبطاً لا ينتشر ولا يضيع.

ثانياً: أن رسوم الكلمات يبقى على ما هو عليه ما لم تغيره يد قاصدة، أو يد الزمن؛ ذلك يمكن أن يفهمه الحاضر والغائب ومن يوجد بعد ذلك على مر العصور<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: يمكن مراجعة ما كتب مرة بعد أخرى للاستيثاق منه؛ ولذلك كانت الكتابة واسطة اتصال مهمة، دائرتها أوسع من حيث الزمان والمكان؛ ولذلك امتن الله سبحانه وتعالى على البشر بتعليمهم بالقلم، وأقسم سبحانه وتعالى بالقلم وما يسطرون؛ حتى يعرف الإنسان قدر الكتابة<sup>(4)</sup>، فقال تعالى: ﴿ ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَبْطُرُونَ ﴾<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: إغاثة الطالبين، مرجع سابق، ج3، ص339.

(2) إبراهيم، محمد علي سلامة (2009). التعاقد بالأفعال، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص595.

(3) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص49.

(4) إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص596.

(5) سورة القلم، الآية 1.

رابعاً: أن الكتابة وسيلة مهمة من وسائل الإثبات والتوثيق للحقوق والحفاظ على الأموال من الضياع؛ ولذلك أمر الله عز وجل بكتابة الدين، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَاسَّيْتُمْ بَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(1)</sup>، فدل ذلك على وجوب حفظ الأموال في التصرفات والمنع من تضييعها.

ولكن، ما حكم التعيين بالكتابة في العقد؟

اتفق الفقهاء على صحة التعيين بالكتابة في العقد للأخرس، سواء كان حاضراً في مجلس العقد أو غائباً عنه؛ وذلك لأن الكتابة تدل على كما في فؤاده ما يدل عليه النطق من الناطق<sup>(2)</sup>.  
وأما معتقل اللسان: فجمهور الفقهاء على صحة تعاقد بالكتابة كالأخرس، وخالف في ذلك الحنفية - كما خالفوا في تعاقد بإشارته - فقالوا: لا يصح التعاقد بالكتابة لمعتقل اللسان إلا إذا امتدت عقلته<sup>(3)</sup>.

وأما التعيين بالكتابة بالنسبة للقادر على النطق، فإما أن يكون ذلك في حال الغيبة: بأن كان أحد العاقدين في بلد والآخر في بلد آخر، أو في حال الحضور: بأن كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد.

إذا كان المتعاقدان غائبين بأن كان أحدهما في مكان والآخر في مكان آخر، اختلف الفقهاء في صحة التعيين بالكتابة، وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه صحة التعاقد بالكتابة للغائبين، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، وهو الأصح عند الشافعية، وقول الحنابلة<sup>(4)</sup>، وحجة الجمهور هو أن

(1) سورة البقرة، الآية 282.

(2) نقلاً عن: إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص 600.

(3) نقلاً عن: إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص 600.

(4) انظر: إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج 3، ص 338-339.

المقصود في العقود إنما هو مجرد التراضي، وقد حصل ذلك بالكتابة؛ لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر؛ لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب، وتارة بالخطاب، وكان ذلك سواء في كونه مبلغاً ولا يضر التراخي في القبول لغيبة المشتري؛ لأن هذا التراخي لا يدل على الإعراض<sup>(1)</sup>.

القول الثاني: ويرى أصحابه أنه لا يصح التعيين بالكتابة بين الغائبين، وهو مقابل الأصح عند الشافعية، وحجة هذا القول: أن الغائب يقدر على الحضور، فلا ضرورة لتعاقده بالكتابة بخلاف الأخرس، كما أن القبول شرط، وقد تأخر عن الإيجاب، وهذا التراخي يدل على الإعراض<sup>(2)</sup>.

واختلف الفقهاء في صحة التعيين بالكتابة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس واحد، وكان خلافهم على رأيين:

الرأي الأول: ويرى أصحابه عدم صحة التعاقد بالكتابة بين الحاضرين في مجلس العقد، وهو رأي الحنفية والحنابلة<sup>(3)</sup>. ودليلهم في ذلك هو أن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إعراضه عن الإيجاب بخلاف ما لو كانا حاضرين، ولأنه قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره؛ لأن الأصل هو اللفظ، ولأن الكتابة إنما تقوم مقام النطق للضرورة، ولا ضرورة في ذلك، وقالوا أيضاً بقياس الكتابة على الإشارة من الناطق<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص148.

(2) انظر: ابن حزم، علي بن أحمد الظاهري، المحلى، دار الجيل، بيروت، دون طبعة، ص348.

(3) انظر: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص2994.

(4) المغني، مرجع سابق، ج2، ص154.

الرأي الثاني: ويرى أصحابه صحة التعيين بالكتابة بين الحاضرين في مجلس واحد، وهو رأي المالكية والشافعية<sup>(1)</sup>، وحجة هذا الرأي هو أن المعتبر في العقد إنما هو مجرد الرضا، والكتابة مما يحصل بها إفادة الرضا، وأن الكتابة أولى من المعاطاة؛ لأنها أبين وأدل على المراد، وهي تكاد أن تكون نطقاً حقيقياً؛ ولذلك يقولون: القلم أحد اللسانين<sup>(2)</sup>.

ولأن العقود الآن أصبحت تتضمن الكثير من الشروط والمواصفات التي يحرص الطرفان عليها، ويصعب على كل منهما أن يستحضرها في ذهنه، فإن الباحث يرى بأن إفراغها بالكتابة يسهل على الطرفين أن يعرف كل منهما ما له وما عليه، وليس في هذا إهدار للإيجاب والقبول؛ لأن توقيع كل من الطرفين على العقد دال على رضاهما به، فيقوم التوقيع مقام الإيجاب والقبول، وتكون الكتابة حينئذ كالنطق وأكثر.

والأصل في القانون المدني العراقي أن الإيجاب والقبول لا يخضعان وفقاً لمبدأ الرضائية في العقود لشكلية ما، فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له، ومن قبيل ذلك أن يكون التعبير عن الإرادة في التعيين بالكتابة، وهذا ما صرحت به المادة (79) مدني عراقي. ولا يوجد في القانون ما يلزم أن تكون الكتابة فوق الورق فقط، فالكتابة رموز تعبر عن الفكر والقول، حيث يجوز أن تكون محررة على الورق أو الخشب أو الحجر أو الرمال، بل إنها في لغة الأدب والشعر جائزة على الماء أيضاً<sup>(3)</sup>، فالمشرع العراقي جعل الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة في التعاقد، كما أنه جعلها وسيلة صالحة لتعيين المحل في العقد وفقاً للنظرية العامة للعقد.

(1) انظر: مغني المحتاج، ج2، ص778.

(2) إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص596.

(3) لطفى، محمد حسام محمود (2011). الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ص27.

وبناءً على ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة كوسيلة للتعيين في العقد محررة على دعامات وسائل الاتصال الحديثة وبخاصة الإنترنت حتى لو لم تكن في صورتها التقليدية، فالكتابة عندما تتخذ الطابع الإلكتروني توصف بأنها كتابة إلكترونية، وهذا ما عرّف عنه المشرع العراقي في المادة الأولى/ رابعاً من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م بأن الكتابة الإلكترونية هي كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم، ومن ثم فإن الكتابة بصورتها التقليدية وكذا الإلكترونية تصلح كوسيلة لتعيين المحل في العقد سواء في الشريعة أم في القانون.

## المطلب السادس

### التعيين بالإشارة

الإشارة في اللغة: مصدر الفعل الرباعي: أشار؛ جاء في لسان العرب: أشار إليه، وشور: أوماً، يكون ذلك بالكف والعين والحاجب<sup>(1)</sup>.

وفي الحديث: "كان يشير في الصلاة"<sup>(2)</sup>، أي: يومئ باليد، والرأس، أي: يأمر وينهى بالإشارة، ومنه قوله رسول الله ﷺ لذي كان يشير بإصبعه في الدعاء: "أحد أحد"<sup>(3)</sup>.

ومنه ما جاء في الحديث أنه ﷺ: "كان إذا أشار بها كلها"<sup>(4)</sup>، أراد أن إشاراته كلها مختلفة؛ فما كان منها في ذكر التوحيد والتشهد، فإنه كان يشير بالمسبحة وحدها، وما كان في غير ذلك

(1) لسان العرب، ج2، ص854.

(2) أخرجه الترمذي، ج5، ص522، أبواب الدعوات.

(3) أخرجه مسلم، ج4، ص2020.

(4) أخرجه أبو داوود، ج1، ص471، كتاب الصلاة.

كان يشير بكفه كلها؛ ليكون بين الإشارتين فرق. وعلى ذلك فالإشارة في اللغة: هي التلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق.

لا يكاد الفقهاء وأئمة المذاهب في استعمالاتهم لكلمة (إشارة) يخرجون على ما ورد في استعمال اللغويين لها؛ فهي في استعمالهم تفيد الإيماء أو التلويح، سواء كان ما يشار به يداً أو رأساً أو إصبعاً، أو اسم إشارة، أو غير ذلك.

وقد عرف التهانوي الإشارة اصطلاحاً بأنها: تعيين الشيء بالإشارة الحسية بالامتداد الموهوم، الآخذ من المشير، المنتهي إلى المشار إليه<sup>(1)</sup>.

والخلاف بين العلماء من المفسرين والفقهاء حول ماهية الإشارة، هل هي فعل أو كلام؟ ومبني هذا الخلاف على الخلاف في نوع الاستثناء الوارد في قوله تعالى: "قال رب اجعل لي آية قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا، وأذكر ربك كثيرا وسبح بالعشي والإبكار"، فمن عد الاستثناء متصلاً عد الإشارة كلاماً، ومن جعله منقطعاً عدّها فعلاً، والراجح أن الإشارة فعل<sup>(2)</sup>؛ لمباينتها لحقيقة الكلام الذي هو حروف وأصوات مسموعة.

هناك اعتبارات يمكن الاستناد إليهما عند تحديد أنواع الإشارة، الاعتبار الأول: النظر فيمن صدرت منه الإشارة، الاعتبار الثاني: النظر في دلالة الإشارة.

تنقسم الإشارة بالنظر إلى من صدرت عنه إلى ثلاثة أنواع:

(1) نقلاً عن: إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص440.

(2) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص358.

### النوع الأول: إشارة الأخرس:

الأخرس: هو الممنوع من الكلام خلقة، أي: خلق ولا نطق له، يقال: خرس الإنسان خرساً، أي: منع الكلام خلقة فهو أخرس، والأنثى: خرساء، والجمع: خرس<sup>(1)</sup>. وفي الاصطلاح: هو العجز الكلي الدائم عن الكلام لعاهة<sup>(2)</sup>.

وإشارة الأخرس المفهومة معتبرة شرعاً، وتقوم مقام عبارة الناطق فيما لا بدّ فيه من العبارة، وذلك في جمع العقود: كالبيع والشراء والسلم وغيرها، والحلول: كالطلاق والعتاق والإبراء، والأقارير - ما عدا الإقرار بالحدود - والدعاوى والإسلام. وإذا كان الأخرس أعمى، فعند المالكية إذا كان يسمع اعتبرت إشارته وجازت معاملته، وإذا كان لا يسمع فلا تعتبر إشارته<sup>(3)</sup>.

### النوع الثاني: إشارة معتقل اللسان أو المصمت:

معتقل اللسان هو من خلق ناطقاً ثم طرأ عليه مرض؛ ترتب عليه اعتقال لسانه<sup>(4)</sup>. والاعتقال هو الحبس، يقال: اعتقلت الرجل: حبسته، واعتقل لسانه: إذا حبس عن الكلام أي: منع فلم يقدر عليه<sup>(5)</sup>.

"وقد اختلف الفقهاء في إلحاق معتقل اللسان بالأخرس في الاعتداد بإشارته، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه كالأخرس يعند بإشارته المفهومة، وعند الحنفية يقولون بوقف معاملته كلها حتى

(1) لسان العرب، مادة (خرس)، مرجع سابق، ج1، ص218.

(2) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص103.

(3) انظر: المدونة الكبرى لمالك ابن أنس، تحقيق أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، ص358.

(4) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص43.

(5) معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص429.



تمتد عقلته. وقال بعض الحنابلة - ومعهم بعض الفقهاء - بأنه لا تصح إشارته المفهمة في الوصية<sup>(1)</sup>.

### النوع الثالث: إشارة الناطق:

للفقهاء اتجاهان في إقامة إشارة الناطق مقام النطق:

"الاتجاه الأول: وهو لجمهور الفقهاء أنها لا تعتبر، وتكون لغواً إلا في مسائل معدودة استثنوها، وهي:

1. الإشارة في عقد الأمان، وهذا باتفاق الفقهاء تغليباً لحقن الدماء، فلو أشار المسلم إلى الكافر بالأمان فانحاز إلى صف المسلمين - لم يحل قتله؛ لقول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: والله، لو أن أحدكم أشار بإصبعه إلى السماء إلى مشرك، فنزل إليه على ذلك فقتله لقتلته به.

2. إشارة المفتي بالجواب، وإشارة الشيخ برواية الحديث.

3. الإشارة بالأصابع إلى عدد الطلاق، وذلك في قوله: "أنت طالق هكذا" وأشار.

4. الإشارة من المحرم إلى الصيد فَصِيدَ - حرم عليه الأكل منه.

وزاد الحنفية: إشارة الناطق في الإسلام والكفر، وفي النسب، وفي اليمين - كحلفه: لا يستخدم فلاناً، أو لا يظهر سره، أو لا يدل عليه، وأشار - حنث، وفي تعديل الشاهد من العالم بالإشارة، فإنها تكفي<sup>(2)</sup>.

"الاتجاه الثاني وهو للمالكية: أن إشارة الناطق تعتبر، إلا في أشياء: في اعتناق الإسلام،

وفي الإيجاب في عقد النكاح باتفاق عندهم، وفي القبول على خلاف بينهم<sup>(1)</sup>.

(1) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص304-305.

(2) نقلاً عن: إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص286 - 287.

بذلك يتبين لنا أن القاعدة عند جمهور الفقهاء هي عدم الاعتداد بإشارة الناطق، إلا في

أشياء استثنوها، وأما عند المالكية فعلى خلاف جمهور الفقهاء؛ القاعدة اعتبارها، إلا في أشياء.

أما أنواع الإشارة باعتبار دلالتها، فإشارة الأخرس عند جمهور الفقهاء: إما أن تكون مفهومة

أو غير مفهومة، فغير المفهومة لا تعتبر مطلقاً، والمفهومة تعتبر صريحة في حقه، لا تحتاج إلى نية،

وقسم بعض الشافعية إشارة الأخرس إلى صريحة مغنية عن النية، وهي: التي يفهم المقصود منها

كل واقف عليها، وإلى كتابية مفتقرة إلى النية، وهي التي يختص بفهمها المخصوص بالفطنة

والذكاء، وتعرف نية الأخرس - فيما إذا كانت إشارته كتابة - بإشارة أخرى أو كتابة<sup>(2)</sup>.

وفي القانون المدني العراقي، يصح أن يكون التعبير عن الإرادة في التعيين بالإشارة

المتعارف عليها بين الناس، كإشارة الأخرس أو أية إشارة أخرى جرى العرف عليها، كحركة الرأس

إلى الأسفل دلالة على القبول وحركته إلى الأعلى أو أفقياً دلالة على الرفض، وكحركة الكتفين

دلالة على الرفض كذلك<sup>(3)</sup>.

وهذا ما صرحت به المادة (79) مدني عراقي، كما ألزم المشرع العراقي أن يكون محل العقد

معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أم بأية وسيلة أخرى حسب ما

نصت عليه المادة (1/128) مدني عراقي.

ويثير الباحث في هذا السياق مسألة السكوت وهل يصلح كوسيلة للتعيين في العقد؟

(1) زيدان، عبد الكريم، المدخل إلى الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص304.

(2) انظر: الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص45.

(3) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص62؛ والفتلاوي، صاحب، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص93.

الأصل في السكوت أنه لا يفيد شيئاً لأنه عدم، والعدم لا ينتج إلا العدم، ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: "لا ينسب إلى ساكت قوله"<sup>(1)</sup>، فالذي يلزم جانب الصمت لا يمكن أن يقال عنه أنه أفاد شيئاً.

لكن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها، فقد يفيد السكوت الرضى والقبول إذا لابسته بعض الظروف، ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم: "السكوت في معرض الحاجة بيان"، وقد نقل القانون المدني العراقي في المادة (81) منه كلاً من الأصل والاستثناء الوارد عليه، فنصت على أنه: "1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً. 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط".

يتضح للباحث مما سبق أن التعيين في العقد أمر ضروري، وهو قد يتم بطريق السكوت باعتباره تعبيراً عن الإرادة، والسكوت في إطار محل عقد البيع يلعب دوراً هاماً في تعيين المبيع وفي تحديد الثمن، وسوف يبحث الباحث مسألة صلاحية السكوت للتعبير عن التعيين في مجال عقد البيع في مكانه المناسب ضمن الفصل الثالث من هذه الدراسة.

## المطلب السابع

### التعيين بالوصف:

الوصف هو: "العلامة المعرفة بالشيء من هيئة، أو لون أو قدر أو نحوها"<sup>(1)</sup>، والتعيين بالوصف هو ذكر العلامة المميزة للشيء الموصوف.

(1) تنسب هذه القاعدة إلى الإمام الشافعي رحمه الله، وقد نقلها عنه السيوطي في الأشباه والنظائر في الفروع، ص127، ونقلها عن السيوطي مجلة الأحكام العدلية ثم القانون المدني العراقي، الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص79، الهامش (1).

ويصح التعيين بالوصف في العقد، بشرط أن يكون مما يوضح الشيء ويزيل عنه اللبس وذلك لحصول العلم به، إلا أنه دون التعيين بالتسمية وبالإشارة؛ لأن التسمية تكون لشيء معلوم للعاقدين فلا تحتل الخطأ الذي يحتمله التعيين بالوصف؛ لعدم استيعابه جميع صفات المعين<sup>(2)</sup>، والإشارة تكون لمشاهد للعاقدين جميعاً بخلاف الوصف؛ فإشارة المشتري للصانع إلى ما يريد صناعته مثله ليست كوصفه له، فمن رأى ثوباً فقال للخياط: خط لي ثوباً مثل هذا، ليس كمن وصفه له<sup>(3)</sup>.

والتعيين بالوصف يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة وبالسماح المتواتر، وهو أن تشتهر بالتواتر صفة سلعة بين الناس، فيتم التعاقد عليها بناءً على ذلك السماع فقط، دون ذكر صفاتها، نحو خط لي ثوباً حجازياً<sup>(4)</sup>.

وقد اشترط الفقهاء في الوصف عدة شروط، بعضها متصل بوجود الوصف، وبعضها مرتبط بتخلف الوصف أو فواته، ويشترط لكي يكون الوصف معتبراً عدة أمور:

أ. أن يكون الوصف منضبطاً؛ فلو كان في الوصف المشروط غرر مثلاً، بأن اشترى ناقة على أنها حامل، أو على أنها تحلب قدر كذا من اللبن، فهذا بيع غير صحيح؛ لعدم القطع بوجود الحمل ويحلب القدر المذكور؛ لأن كلا منهما مغيب لا يوقف على حقيقته، والحنفية هم الذين عللوا هذا التعليل، ونسب إلى الشافعية أنهم يصححون البيع في الصورتين المذكورتين<sup>(5)</sup>.

ب. أن يكون المطلوب وجوده وصفاً، أما لو كان ملكية عين أخرى أو منفعة ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف - فليس من باب فوات الوصف؛ وإنما هو من باب الشروط، وقد ذكر

(1) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص358.

(2) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص58-59.

(3) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص91.

(4) إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص484.

(5) المبسوط، مرجع سابق، ص242.

ابن عابدين أن الوصف ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر، كالجودة والأشجار والبناء والأطراف؛ لأن المشروط صفة محضة للمبيع أو الثمن، لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، ولو كان موجوداً عند العقد لدخل فيه من غير تسمية<sup>(1)</sup>.

ج. أن يكون الوصف المرغوب مباحاً في الشرع، أو مقررراً منه؛ فاشتراط المحذور من الأوصاف لاغٍ، كاشتراطه في الكبش كونه نطاحاً، أو الديك صائلاً؛ لاستعماله في صور من اللهو المحذور، وما لا يقره الشرع يمتنع الالتزام به<sup>(2)</sup>.

د. أن يكون الوصف مرغوباً فيه، وذلك بحسب العادة، فلو اشترط ما ليس بمرغوب، كأن يكون معيباً، فإذا هو سليم - فلا خيار له، وإذا تبين أن الوصف خير مما اشترطه فلا خيار له أيضاً والعقد لازم.

"وقد اختلف الفقهاء في ضبط الوصف المرغوب فيه، على ثلاثة مذاهب<sup>(3)</sup>:

الأول: مذهب المالكية: أن المعتبر في الوصف المرغوب فيه أن يكون فيه غرض للعاقد سواء كان فيه مالية أم لا؛ لأن الغرض أعم من المالية.

والثاني: مذهب الشافعية: أن المعتبر في الوصف المرغوب فيه أن يكون فيه مالية؛ لاختلاف القيم بوجوده وعدمه.

والثالث: مذهب إمام الحرمين والغزالي والرافعي: أن الصفات المشروطة تنقسم إلى ثلاثة:

- أن يتعلق بها زيادة مالية، فيصح التزامها ويثبت الخيار بتخلفها.
- أن يتعلق بها غرض صحيح غير المال، فتخلفها يثبت الخيار على خلاف.
- ألا يتعلق بها مالية ولا غرض مقصود، فاشتراطها لغو لا خيار يفقده."

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص172.

(2) مغني المحتاج، مرجع سابق، ص242.

(3) انظر تفصيلاً: الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص59-60.

أما بالنسبة لتخلف الوصف أو فواته فإنه يشترط فيه ليكون البيع صحيحاً: "أن يكون هذا التخلف داخلياً تحت جنس المبيع، كأن يشتري قمحاً على أنه هندي، فإذا هو بلدي، فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار؛ لأن كلاً من الهندي والبلدي قمح، أما لو كان الوصف غير داخل في جنس المبيع، بأن يكون جنساً آخر: كأن يشتري ثوباً على أنه قطن، فإذا هو كتان، فالبيع غير صحيح؛ لأن الكتان والقطن جنسان"<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني العراقي يتحقق تعيين محل العقد ببيان أوصافه، وقد نصت على ذلك المادة (1/128) منه بأن: يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي معه الجهالة الفاحشة، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

ومن ثم يتحقق تعيين محل العقد ببيان أوصافه المميزة له، فمثلاً لو كان المبيع سيارة فإنه يكفي لتعيينها بيان النوعية والموديل واللون، أما بيان أوصافها يستلزم فضلاً عن ذلك ذكر معلومات أخرى تتعلق بمحركها وعجلاتها وأجزائها الأخرى، كما أن المشرع العراقي أورد قاعدة استمدها من الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup> في المادة (161) مدني والتي تنص بأن: "الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر".

(1) إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص 695.

(2) الفتلاوي، صاحب، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 94.

## المطلب الثامن

### التعيين بالنية

اللفظ أقوى ما يحصل به التعيين في العقود المالية ومنها عقدي البيع والسلم، لكن بعض الألفاظ تحتمل أكثر من معنى، فإذا صدر في العقد لفظ يدل على أكثر من معنى للتعيين، فالمعين لنوع العقد هو النية، وهي لا تعرف إلا بالتصريح بها أو بالقرينة الدالة عليها كما لو أعطى شخص لآخر شيئاً، وقال له: انتفع به، فإنه يحتمل مع الانتفاع بالعين تملكه لها فيكون هبة، ويحتمل الانتفاع فقط مع رد العين فيكون عارية، فإذا تلفظ بقصده أو دلت قرينة عليه، تعين به، ففي المثال المذكور إذا قال: انتفع بها مدة، كانت عارية؛ لتلفظه بالمدة<sup>(1)</sup>. والنية في اللغة لها عدة معانٍ، منها: "قصد الشيء والعزم عليه"<sup>(2)</sup>.

وفي الاصطلاح: عرفها الفقهاء بعدة تعريفات من أجمعها وأقواها: "عزم القلب على عمل فرض أو غيره"<sup>(3)</sup>.

والنية يصح بها التعيين في عقدي البيع والسلم إلا أنها أضعف ما يحصل به التعيين فيهما ولا سيما أيضاً ما كان من العقود بين طرفين لتعلقها بأكثر من واحد، إذ النية لا يعلمها إلا صاحبها، وأحياناً لا تعدّ أصلاً كمن تلفظ بالبيع، وقصد غيره، فإنه ينعقد بيعاً، ولا يقبل قوله: إنه لم يقصد البيع إلا بيمين مع قرينة تدل على ذلك<sup>(4)</sup>.

وهناك نظريتان للتعبير عن الإرادة، ومنه تعيين المحل في العقد، هما: نظرية الإرادة

الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص116.

(2) لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص400.

(3) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص68.

(4) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص548.

إن الفقه الإسلامي لم ينحز انحيازاً تاماً إلى إحدى هاتين النظريتين دون الأخرى، فالفقهاء المسلمون يعرفون العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>(1)</sup>، وهذا أخذ بالإرادة الظاهرة في نشوء العقد.

فما الإيجاب والقبول إلا تعبير عن الإرادة النفسية، أو الإرادة الباطنة، وقد يصدق هذا التعبير وقد يخطئ في إظهار الإرادة على حقيقتها، ولكن هذا الحكم يخفف منه قاعدة فقهية أخرى هي: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، معنى هذه القاعدة أنه إذا لم تدل الألفاظ على نية المتعاقدين الحقيقية، فالعبرة بما قصد إليه المتعاقدان لا بما دل عليه اللفظ<sup>(2)</sup>. ويعمل الفقهاء المسلمون ذلك بأن الألفاظ ليست إلا أداة لإظهار نية الإنسان، فإذا لم تظهر هذا القصد على حقيقته فلا عبرة بها، وإنما العبرة بما قصد إليه العاقدان، وهذا أخذ صريح بالإرادة الباطنة في إنشاء العقد<sup>(3)</sup>، وكذلك في إطار تعيين المحل فيه.

وقد تأثر القانون المدني العراقي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فلم يأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى، ويظهر ذلك من خلال تعريفه للعقد المستمد من الفقه الإسلامي في المادة (73) وقد سبقت الإشارة إليها ضمن مصطلحات هذه الدراسة في الفصل الأول، وقد نص كذلك في الفقرة الأولى من المادة (100) على قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". في ضوء ما تقدم، فإن الباحث يرى بأن النية تصلح في القانون المدني العراقي كوسيلة لتعيين المحل في العقد، وذلك من خلال تفسير الإرادة وما اتجهت إليه في ضوء القاعدة التي قننها المشرع العراقي في المادة (100) سائلة الذكر.

(1) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص513.

(2) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص68.

(3) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص411.



## المطلب التاسع

### التعيين بالرؤية:

من وسائل التعيين التي تكتسب مزيداً من القوة والأهمية التعيين بالرؤية، وتستمد هذه الوسيلة أهميتها وقوتها من قول رسول الله ﷺ: "ليس الخبر كالمعاينة"<sup>(1)</sup>.

تطلق الرؤية في اللغة على عدة معان: "فقد تأتي بمعنى الإبصار، ومنه رؤية العين، أي: معاينتها للشيء، وتتعدى إلى مفعول واحد، وقد تأتي بمعنى الحلم في المنام، ومنها: رؤيا العين، أي: ما رآته العين في المنام، كما تأتي بمعنى العلم، وتتعدى - حينئذ - إلى مفعولين، وتأتي - كذلك - بمعنى الظن؛ فهي لفظ مشترك بين هذه المعاني، وقد يتميز بعضها بالمصدر، فمصدر البصرية: رؤية، والحلمية: رؤيا، والرأي: لغير ذلك، وقد يجيء في البصرية كقوله تعالى: ﴿رَأْيَ الْعَيْنِ﴾<sup>(2)</sup>، قال ابن سيده: الرؤية النظر بالعين والقلب"<sup>(3)</sup>.

وفي الاصطلاح، تعني الرؤية: "إدراك المرئي، وذلك أضرب بحسب قوى النفس: الأول بالحاسة ونحوها، والثاني بالوهم والتخيل"<sup>(4)</sup>.

وقد اشترط الفقهاء في صحة العلم بالمبيع؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾

ويتحقق العلم بالمبيع برويته، ويقصد بالرؤية هنا الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو لمذاق وذلك حسب طبيعة المبيع<sup>(5)</sup>.

(1) أخرجه الطبراني، الحديث رقم (12451).

(2) سورة آل عمران، الآية 13.

(3) لسان العرب، ج6، ص1535، مادة (رأى).

(4) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص292.

(5) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص49.

والرضا يعتمد توجه الإرادة إلى الشيء والعلم به، فلو كان مجهولاً لفقد عماد الرضا وهو العلم به، فلا يجوز بيعه.

وعلمه يكون بالإشارة إليه إن كان في مجلس العقد، وبيان صفاته التي تميزه عن غيره إن لم يمكن الإشارة إليه، ويكفي عن هذا كله أن يكون معلوماً للمشتري قبل العقد، فإذا كان المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة - وهي ما تنشأ من جهالة الجنس، أو من التفاوت الفاحش بين قيم ما يتاوله بيع المجهول من الأفراد، أو كان متردداً بين حالتين محتملتين يوجد في إحدهما ولا يوجد في الأخرى - لم يصح العقد، وعلى ذلك فلا يجوز بيع شجرة من هذه الأشجار أو ثوب من هذه الأثواب دون تعيينه بإشارة أو نحوها، ولا البيع بالرقم<sup>(1)</sup>، وعلى هذا اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

"ومن الأمور التي يحصل بها العلم بالمبيع: الرؤية المقارنة للعقد، فإذا رأى المتعاقدان المبيع حال العقد يكون البيع لازماً، فلا يكون فيه خيار الرؤية، وهذا باتفاق، ويقوم مقام الرؤية المقارنة للعقد الرؤية السابقة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع غالباً تغيراً ظاهراً فيه؛ لحصول العلم بالمبيع بتلك الرؤية، أشبه ما لو شاهداه حالة العقد، والشرط إنما هو العلم، وإنما الرؤية طريق العلم، ولا حد للزمن الذي لا يتغير فيه المبيع؛ إذ المبيع منه ما يسرع تغيره، وما يتباعد، وما يتوسط، فيعتبر كل بحسبه، فإذا وجد المبيع على حاله لم يتغير أصبح البيع لازماً ولا خيار فيه، وإن وجد المبيع متغيراً عن الحالة التي رآه عليها - ثبت الخيار للمشتري، وجواز البيع بالرؤية السابقة على العقد هو رأي الحنفية والمالكية، وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة، وقال أبو القاسم

(1) هو أن يبيع السلعة بما هو مكتوب عليها من الثمن دون أن يعلم به المشتري. المصدر: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص412.

(2) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص649 وانظر تفصيلاً: الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص68-70؛ والزميلي، محمد، مرجع سابق، ص24-25.

الأنماطي من الشافعية: لا يجوز في القول الجديد للشافعي حتى يريا المبيع حال العقد، وهو رواية عن أحمد، وحكي ذلك عن الحكم وحما؛ لأن الرؤية شرط في العقد، وما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد<sup>(1)</sup>.

ولا يلزم رؤية جميع أجزاء المبيع؛ لاحتمال تعذر ذلك واستحالتة، بل تكفي رؤية بعض أجزائه، إذا حصل بها المقصود، ثم عليه أن يقيس غير المرئي، منها على المرئي ولذلك تفصيل نذكره فيما يلي: للمبيع حالان، فإما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، فإن كان واحداً اكتفي برؤية ما يحصل به المقصود، فإن كان المبيع فرساً اكتفي برؤية الوجه والمؤخرة، وإن كان بقرة حلوباً اكتفي برؤية الضرع، وإن كان المبيع أشياء متعددة، فإن كانت آحاده لا تتفاوت، وهو ما يعبر عنه بالمتلي، ومن علامته أن يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون - فإنه يكتفي برؤية بعضه، إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى، فحينئذ يكون للمشتري الخيار، ولو كان المبيع أثواباً متعددة وهي من نمط واحد لا تختلف عادة؛ بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد - فقد استظهر ابن عابدين أنه يكفي رؤية ثوب منها؛ لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار، ويلحق بما لا تتفاوت آحاده العدديات المتقاربة كالجوز، فيكتفي برؤية البعض عن رؤية الكل؛ لأن التفاوت بين صغير الجوز وكبيره متقارب ملحق بالعدم عرفاً وعادة، وهو الأصح؛ خلافاً للكرخي؛ حيث ألحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها في الصغر والكبر، وجعل للمشتري الخيار، وإن كانت آحاد المبيع تتفاوت - وهو ما يعبر عنه بالقيمي - ويسمى العدديات المتفاوتة، ولا يباع بالنموذج - كالدواب والخياب المتفاوتة ونحو ذلك - فلا بد من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد أو رؤية ذلك من كل واحد، إن كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء المتفاوتة: كعدد من الدواب، هذا

(1) انظر: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص292-293.

مذهب الحنفية، والحكم كذلك في بقية المذاهب في الجملة<sup>(1)</sup>، مع اختلاف المذاهب - وكذا فقهاء المذهب الواحد - في تحديد ما يتم به العلم بالمقصود ليكتفي برؤيته.

وهذه الأحكام محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة على العموم.

هذا ولم يعالج القانون المدني العراقي خيار الرؤية في نظرية عامة، بل عالج هذا الخيار في نصوص متفرقة ومبعثرة، فنص مثلاً في المادة (517) مدني بأن: "1- مَنْ اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره، 2- والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق".

ولا يغني الوصف عن الرؤية إلا أن رؤية الأنموذج في البيع بالأنموذج تغني عن رؤية المبيع، فلا يثبت فيه خيار الرؤية<sup>(2)</sup>. وقد نظم المشرع العراقي البيع بالأنموذج في المادة (518) مدني عراقي.

ويثبت خيار الرؤية في القانون المدني العراقي في المعقود عليه المعين بالذات أو المعين بالتعيين بحسب تعبير المشرع العراقي<sup>(3)</sup>. أما الأشياء المعينة بالنوع أو التمثيلات فلا يثبت هذا الخيار بشأنها، لأن وصفها كان لبيان حالها ولوجود مثيلاتها في السوق، فيقوم ذلك مقام الرؤية، ولأن الفسخ الذي يثبت لمن له خيار الرؤية إنما يرد على المملوك بالعقد، أي ما يتعين بالتعيين (القيميات)، أما ما لا يتعين بالتعيين، فلا تنتقل ملكيته إلا بالقبض، وإذا تم القبض تمت الرؤية، فلا فائدة من الخيار عندئذ<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص19-20.

(2) حيدر، علي (1388 هـ - 1968م). شرح مجلة الأحكام العدلية، ص320 - 321.

(3) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص210.

(4) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص228.

والتعيين بالرؤية قد يكون من خلال اللمس، ويقصد به إدراك بظاهر البشرة، ومن اللمس بمعنى مس البشرة، قوله تعالى: ﴿لَمَّسُوهُ بِأَيْدِيهِمْ﴾<sup>(1)</sup>، وقد يعبر به عن الوصول إلى الشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا السَّمَاءَ﴾<sup>(2)</sup>، وفي الحديث: "نهى عن الملامسة"<sup>(3)</sup>، فيه تفسيران: أحدهما أنه كان يقول: إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي فقد وجب البيع، والثاني: أن يلمس المتاع من وراء ثوب، ولا ينظر إليه، ثم يوقع البيع عليه، وهذا أحد أنواع بياعات الجاهلية: كالمناذة وبيع الحصاة ونحوها، نهى الشارع عنها للغرر، واللامسة والمامسة: المقاربة<sup>(4)</sup>.

"ويعرف اللمس في الاصطلاح بأنه: قوة مثبتة في جميع البدن تدرك بها الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ونحوها عند الاتصال به، وعبرة الراغب: اللمس إدراك بظاهر البشرة، ويعبر به عن الطلب"<sup>(5)</sup>.

"ويقوم اللمس مقام الرؤية في التعيين، وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه يحصل العلم بحقيقة المبيع باللمس، أما الشافعية: فلا يعتدون باللمس في حصول العلم بالمبيع؛ وذلك لأنهم يرون أن كل عقد اشترطت فيه الرؤية، فلا يصح بغيرها"<sup>(6)</sup>.

وقد عالج القانون المدني العراقي هذه المسألة في المادة (520) مدني والتي نصت بأنه:

"1- إذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً، 2- ويسقوا على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس...".

(1) سورة الأنعام، الآية 7.

(2) سورة الجن، الآية 8.

(3) أخرجه البخاري، ج3، كتاب البيوع، باب بيع المناذرة، الحديث رقم (2146).

(4) تفسير الطبراني، مرجع سابق، ص393.

(5) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص71.

(6) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص72.

يتضح من النص السابق أن المشرع العراقي قد جعل اللمس من الوسائل القانونية المعتبرة في تحقق العلم بالمبيع من خلال رؤيته بطريق اللمس بخاصة للأعمى، كما قد يكون التعيين بالرؤية من خلال الشم.

الشم في اللغة: مصدر شمته أشمه، وشمته أشمه شما، والشم: حس الأنف، وإدراك الروائح، وقال أبو حنيفة: تشم الشيء واشتمه: أدناه من أنفه؛ ليجتذب رائحته<sup>(1)</sup>، ومدلول الشم في الاصطلاح لا يخرج عن مدلوله في اللغة، وليس يخفى أن الرائحة تقصد في بعض الأشياء المتعاقدة عليها، وذلك كالعطوف، وسبيل حصول العلم بها الشم. "وقد يحصل الشم من وراء الحائل أو عند عدمه؛ فإن كان ثمة حائل يحجب الرائحة مطلقاً: كالحديد أو الزجاج، أو يمنع كمالها: كالورق - لم يحصل التعيين حينئذ، أما إذا كان الحائل رقيقاً لا يمنع كمال الرائحة حصل التعيين، كما لو لم يكن ثمة حائل"<sup>(2)</sup>.

ويتحقق العلم بالمبيع برؤيته من خلال الشم في القانون المدني العراقي الذي أشار إلى ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة (520) مدني بأنه: "2- ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات...".

كما قد يحصل التعيين بالرؤية من خلال مذاق.

"الذوق في اللغة: تناول الشيء بالفم؛ لإدراك الطعم، وهو أحد الحواس الخمس، وأصله تناول ما يقل دون ما يكثر؛ يقال فيه: أكل، واختير في القرآن لفظ الذوق في العذاب؛ لأنه وإن كان في العرف لما يقل فهو صالح، فاستعمل ليعم الأمرين"<sup>(3)</sup>.

(1) لسان العرب، مادة (شمم)، ج4، مرجع سابق، ص71.

(2) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص74.

(3) لسان العرب، مرجع سابق، مادة (ذوق)، ج4، ص360.

والذواق: ما يذاق من طعام وشراب؛ فعال بمعنى مفعول، وفي الحديث "لم يكن يذم ذواقاً"<sup>(1)</sup>، وفيه صفة أصحابه عليه الصلاة والسلام: "لا يتفرقون إلا عن ذواق"<sup>(2)</sup>، هذا كناية عما يتعلمون من العلم؛ فإنه يقوم مقام الطعام والشراب؛ فإن العلم يحفظ أرواحهم كما يحفظ الطعام والشراب أبدان غيرهم، وفي الحديث "لم يكن الله ليحب الذواقين"<sup>(3)</sup>، أي: السريعي النكاح السريعي الطلاق، قوله: ﴿ فَذَاقَتْ وَبَالَ أَمْرِهَا وَكَانَ عَاقِبَةُ أَمْرِهَا خُسْرًا ﴾<sup>(4)</sup>، أي: خبرت مكرهه، أو وصل إليها وصول المذاق<sup>(5)</sup>، والذوق في الاصطلاح: قوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان تدرك بها الطعوم بمخالطة الرطوبة اللعابية<sup>(6)</sup>.

وقد عالج المشرع العراقي رؤية المبيع من خلال تعيينه بالذوق في الفقرة الثانية من المادة (520) مدني بأنه: "2- ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات"، كما أجاز المشرع العراقي البيع بشرط المذاق في المادة (525) مدني بأنه "إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي تم فيه هذا الإعلان".

(1) أخرجه الطبراني، ج2، ص172.

(2) أخرجه الطبراني، ج2، ص172.

(3) أخرجه الطبراني، ج2، ص173.

(4) سورة الطلاق، الآية 9.

(5) تفسير الجلالين، ج2، ص112.

(6) لسان العرب، مرجع سابق، مادة (ذوق)، ج4، ص361.

فالتعيين من خلال المذاق هو الذي يقوم فيه المشتري بذوق المبيع ليرى مدى توفر الخصائص التي يرغب فيها ويحصل ذلك في الأشياء التي لا يمكن معرفة نوعيتها وجودتها إلا بذوقها، كالعسل، واللبن، والجبن، والخل وغير ذلك<sup>(1)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي قد ذهب إلى أن هذا البيع لا ينعقد إلا من تاريخ إعلان المشتري قبوله بالمبيع، ومن ثم فالطبيعة القانونية للبيع بشرط المذاق في هذا القانون هو بمثابة وعد بالبيع من جانب واحد هو البائع<sup>(2)</sup>.

## المطلب العاشر

### التعيين بالقرعة

تعدّ القرعة وسيلة من وسائل التعيين، والقرعة في اللغة - بضم القاف وسكون الراء - من القرع، وهو الضرب، والقرعة السهمة، والمقارعة هي المساهمة، يقال: اقترع القوم وتقارعوا إذا حصل التساهم والاقترسام بطريق القرعة فيما بينهم<sup>(3)</sup>.

والقرعة في العرف: طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله، إذا لم يمكن تعيينه بحجة، وسميت السهمة بالقرعة؛ لأنهم كانوا يجرون القرعة بسهام على عدد المتقارعين، وعليها علامات يصطلحون على المراد بها، ثم استعملوها - أيضاً - بقطع رقاع صغيرة مستوية يكتب في كل رقعة لقب اصطلاحي للقطعة المقتسم عليها أو أسماء المقترعين، وتطلى تلك الرقاع بالطين في شكل بندقات متساوية ويجفف طينها، ثم توضع في وعاء يسترها، ثم يدخل كل واحد يده ويخرج

(1) الزعبي، محمد يوسف، مرجع سابق، ص88؛ والعبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص45.

(2) العامري، سعدون (1976). عقد البيع في القانون المدني العراقي، مطبعة جامعة بغداد، ط1، ص67.

(3) لسان العرب، ج5، مرجع سابق، ص3594.



نصيبه، فمن خرجت الرقعة المرادة معه فقد أصابته القرعة، ولها طرق أخرى<sup>(1)</sup>. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للقرعة عن معناها اللغوي.

ومن المتصور قانوناً أن يتم تعيين محل العقد بالقرعة إذا كان هذا المحل مالاً شائعاً. ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (4/1072) مدني بأنه: "وإذا كان المشاع منقولاً لا يفرز إلى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه، وتوزع على الشركاء بالقرعة".

يتضح من النص السابق أن المشرع العراقي أجاز تعيين المال الشائع إذا كان منقولاً بطريق القرعة، ومن ثم يتبين لكل شريك نصيبه من هذا المال، وتتم القرعة من خلال مراجعة محكمة البداية المختصة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (1072) مدني عراقي.

(1) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص75.

## الفصل الثالث

### تعيين المحل في عقد البيع

إن دراسة عقد البيع تحتل أهمية بالغة خاصة باعتباره الطريقة الأساسية لتداول القيم الاقتصادية بين الأشخاص، ومن أجل ذلك لا بدّ من تعيين المحل في هذا العقد، وقبل أن نتناول الأحكام الناظمة لتعيين محل عقد البيع في الشريعة والقانون، فإنه يجدر بنا أن نقوم بالتعريف بهذا العقد، لذا سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين؛ يتناول المبحث الأول التعريف بعقد البيع، وندرس في المبحث الثاني كيفية تعيين المحل في عقد البيع.

### المبحث الأول

#### التعريف بعقد البيع

يعتبر عقد البيع من أخطر العقود وأهمها في حياة الأشخاص باعتباره الوسيلة المألوفة لتبادل الأموال بعد أن حل البيع مكان المقايضة بتطور الصناعة والتجارة وتنامي حاجات الناس، مما أدى إلى ظهور عقد البيع، وعلى هذا الأساس أصبح عقد البيع من أهم عقود التجارة الداخلية والخارجية، حيث أصبح المتنافس الطبيعي لتلبية احتياجات الناس، سواء كانت احتياجات فردية أم اجتماعية.

ولكي نلقي الضوء على عقد البيع، سنتطرق إلى معنى البيع (المطلب الأول)، ومشروعيته

(المطلب الثاني)، وخصائصه وأركانه (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### معنى البيع

سأتناول معنى البيع لغةً، وفي الشريعة الإسلامية، ومن ثم في القانون، وذلك في ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول: معنى البيع لغةً:

هو مقابلة شيء بشيء<sup>(1)</sup>، وهو من أسماء الأضداد التي تطلق على الشيء وعلى ضده مثل الشراء<sup>(2)</sup>، كما في قوله تعالى: ﴿وَشَوْهٌ بِذَمِّهِ بَخْسٌ﴾<sup>(3)</sup>، بمعنى باعوه، وقوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ أُتِغَاءً مِّمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾<sup>(4)</sup>، بمعنى أن يبيع نفسه، ويطلق أيضاً على كل من المتعاقدين البائع والمشتري<sup>(5)</sup>.

#### الفرع الثاني: معنى البيع في الشريعة الإسلامية:

إما أن يكون ثمناً بتمون وهذا البيع المطلق "أي بيع العين بتمن معلوم"، أو أن يكون مثموناً بتمون وهو بيع المقايضة، وهي مبادلة العين بالعين، ولما أن يكون ثمناً بتمن وهذا هو الصرف، ولما أن يكون بيع العين الآجل بتمن عاجل وهو بيع السلم<sup>(6)</sup>.  
وسأبحث تعريف البيع عند فقهاء المسلمين على النحو الآتي:

(1) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص79.

(2) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص15؛ أيوب، حسن (1998). فقه المعاملات المالية في الإسلام، ج1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، جدة، ص5.

(3) سورة يوسف، الآية 20.

(4) سورة البقرة، الآية 207.

(5) كامل، موسى (1998). أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، ص234.

(6) أبو السعود، رمضان (2009). عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص10.

أولاً: تعريف البيع عند فقهاء الحنفية<sup>(1)</sup>:

قيل في تعريف البيع عندهم بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب، وقيل

أيضاً: مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص توضيحاً للتعريفات السابقة باختصار.

لفظ المبادلة: يتناول البيع اللغوي وسائر العقود التي يتحقق فيها المبادلة كالإجارة، والنكاح،

كما يتناول عقود التبرعات من الجانبين.

أما لفظ المال: فهو قيد يخرج النكاح والإجارة وذلك لأن المنفعة وملك البضع ليسا بمال

لأن مبادلة المال هي التملك المطلق، والمنفعة هي الإجارة، والنكاح مملوكتان ملكاً مقيداً.

أما كون المال مرغوباً فيه، فهو قيد يخرج الشيء التافه، أو الذي لا فائدة فيه،

والمراد بالوجه المخصوص: الإيجاب والقبول سواء كان قولاً في الصيغة أو فعلاً

كالتعاطي.

ويخرج بالوجه المخصوص: التبرع من الجانبين لأنه لو تبرع لرجل بشيء ثم عوضه الآخر

عليه بشيء بلا شرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة.

ثانياً: تعريف البيع عند فقهاء المالكية<sup>(2)</sup>:

عرف عندهم بأنه عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ذو مكايسة أحد عويضه

غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.

قولهم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة: أي أنه عقد على ذات لا على منافع أو

انتفاع لذة، والفرق بين مالك المنفعة ومالك الانتفاع هو أن مالك المنفعة يكون له حق التصرف في

(1) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج5، ص277.

(2) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص33-34.

هذه المنفعة الحاصلة وله أن يستوفيها بنفسه وغيره، مثل أن يستأجر سيارة ليركبها مدة معينة كان له أن يركبها بنفسه أو يؤجرها في هذه المدة.

أما مالك الانتفاع فإنه يستوفي المنفعة بنفسه فقط، فلا يجوز عقلاً ولا شرعاً أن يعير الزوج زوجته لآخر.

ومعنى قولهم: "ذو مكايسة": أي فعالية ومشاحة، لأن المشتري يجتهد في تقليل الثمن، والبائع يجتهد عكس ذلك، وهو قيد خرج به هبة الثواب لأنه لا مكايسة فيها.

ويخرج به أيضاً التولية والشركة والإقالة لأنه لا فعالية في هذه العقود.

وقولهم غير ذهب ولا فضة: قيد لإخراج الصرف والمراطلة، فليس أحدهما غير ذهب ولا فضة، وإنما العوضان أحدهما ذهب والآخر فضة، ولأن الصرف بيع النقد بالنقد مغاير لنوعه، أما في المراطلة فالعوضان ذهبان أو فضتان لأنها بيع نقد بنقد من نوعه.

وكون المبيع معين غير العين فيه بمعنى أنه معين في العقد، والعين يراد بها ما ليس في الذمة، فيشمل الغائب وليس الحاضر، فيخرج السلم لأن المسلم فيه ليس عيناً حاضرة إذ من شروطه أن يكون ديناً في الذمة.

### ثالثاً: تعريف البيع عند فقهاء الشافعية<sup>(1)</sup>:

يعرف البيع عندهم بأنه عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرية.

قولهم عقد: جنس وشأنه الإدخال، لكن إذا كان بينه وبينه عموم من وجه يخرج بكل منهما ما دخل في عموم الآخر، ولذلك قالوا خرج بالعقد المعاوضة: نحو الهدية. وخرج بالمالية: نحو النكاح. وخرج بإفادة ملك العين: الإجارة. وخرج بغير وجه القرية: القرض.

(1) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص3.

والمراد ببيع المنفعة: نحو حق الممر. والتقييد بالتأييد قيد لإخراج الإجارة أيضاً، وإخراج الشيء الواحد بقيد غير معيب.

رابعاً: تعريف البيع عند فقهاء الحنابلة<sup>(1)</sup>:

قيل في تعريف البيع عندهم بأنه مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة على الإطلاق. مبادلة مال: من نقد أو غيره، معين أو موصوف، ولو في الذمة: أي ولو كان المال في الذمة كعبد أو ثوب صفته كذا، أو منفعة مباحة على الإطلاق: أي أو مبادلة منفعة مباحة بأن لا تختص بإحتمال بحال دون حال، كنفع ممر الدار.

بعد ذكر تعريفات الفقهاء لعقد البيع، فإنني ألاحظ الآتي:

1. تعدد عبارات الفقهاء في تعريف البيع نظراً لتعدد الآراء في أركانه وأقسامه وشروط صحته.
2. بالنظر في تعريف الحنفية، نجد أنه جاء مطلقاً غير مانع من دخول البيوع الفاسدة فيه لأن التراضي لا يجعل البيع المنهي عنه صحيحاً، والعقد الفاسد - كما نعلم - هو من قال به الحنفية دون غيرهم.
3. اتفق فقهاء الحنفية والحنابلة على تعريف البيع بأنه مبادلة مال بمال، بينما نرى فقهاء المالكية والشافعية قد عرفوه بأنه عقد معاوضة، وهذا الأخير أوضح لأن البيع ليس هو المقابلة وإنما هو العقد.
4. تعريف الشافعية جاء جامعاً مانعاً بعبارة واضحة، فهو تعريف جامع لأقسام البيع، لأنه يشمل كل معاوضة سواء كان أحد العوضين نقداً أم في الذمة، كما أنه لا يتناول القرض لأنه ليس معاوضة، وإن قصد فيه المبادلة لكن المقصود الأعظم فيه الإرفاق.

(1) انظر: البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص145.

### الفرع الثالث: معنى البيع في القانون:

يعرف المشرع العراقي البيع في المادة (56) مدني بأنه: "مبادلة مال بمال".

يتضح للباحث بأن هذا التعريف يتفق مع ما اتفق عليه فقهاء الحنفية والحنابلة على تعريف البيع بأنه مبادلة مال بمال، بخلاف الملكية والشافعية الذين عرفوه بأنه عقد معاوضة، وهذا الأخير - كما رأينا سابقاً - هو الأوضح، لأن البيع ليس هو المقابلة، وإنما هو العقد.

وقد عرف القانون المدني الأردني البيع في المادة (465) بأنه: "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض".

يتضح للباحث من هذا النص أن البيع يتكون من عناصر ثلاثة، هي: التمليك، وأن يرد على مال أو حق مالي، وأن يكون لقاء عوض، ويرى جانب من الفقه القانوني<sup>(1)</sup> أن استخدام مصطلح "تمليك" يوحي بأن البيع لا يرد إلا على حق الملكية، وهذا خلاف الواقع، لأن البيع يرد على جميع الحقوق المالية، ويرى هذا الجانب أن المشرع العراقي كان موفقاً عندما استخدم مصطلح "مبادلة".

وتعرف المادة (105) من مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه: "مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد".

وعرفته المادة (418) من القانون المدني المصري بأن: "البيع عقد به يلتزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

وعرفته المادة (351) من القانون المدني الجزائري بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

(1) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 16.

أما المادة (372) من قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد نصت على أنه: "عقد يلتزم فيه البائع أن يفرغ عن ملكية شيء ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه".

وعرفته المادة (343) من مرشد الحيران بأنه: "تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع".

وعرفته المادة (386) من القانون المدني السوري بأن: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

### المطلب الثاني

#### مشروعية عقد البيع:

سأبحث في أدلة مشروعية عقد البيع، ومن ثم حكمه، وحكمة مشروعيته، وذلك في ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول: أدلة مشروعية عقد البيع:

يعدّ البيع من المعاملات المالية الجائزة شرعاً، فقد ثبتت مشروعيته في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

#### أولاً: الكتاب:

قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة:

هذه الآية تفيد بظاهرها أن الأصل في البيع الحل، وأنه مشروع، وما يترتب عليه من نقل الملك واكتساب الربح الذي يتضمنه فهو مشروع أيضاً بخلاف الربا فإنه غير مشروع<sup>(2)</sup>.

(1) سورة البقرة، الآية 275.

(2) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 14.



وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِذْ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

مِنْكُمْ ﴾ (1).

وجه الدلالة:

أمر الله سبحانه وتعالى في الآية البائع والمشتري أن يشهدا على عقد البيع خوفاً من

النزاع، وبهذا يكون البيع مشروع، لأن الشرع أمر بالإشهاد عليه (2).

وقال جل شأنه: ﴿ ذِينَ ظَلَمْتُمْ جُحَّاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (3).

وجه الدلالة:

يقول ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما: إن هذه الآية نزلت في التجارة في مواسم

الحج، ولهذا كانت التجارة مشروعة، ولا حرج فيها، والتجارة ما هي إلا بيع وشراء بطريقة

مشروعة (4).

ثانياً: السنة النبوية الشريفة:

روي رافع بن خديج قال: قلنا يا رسول الله: أي الكسب أفضل؟ قال: عمل الرجل بيده،

وكل بيع مبرور (5).

وجه الدلالة:

دل الحديث على مشروعية البيع وأنه مباح وكسبه حلال.

(1) سورة النساء، الآية 29.

(2) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص 445.

(3) سورة البقرة، الآية 198.

(4) صحيح البخاري، ج 2، ص 32، كتاب البيوع - باب الأسواق التي كانت في الجاهلية.

(5) أخرجه الطبراني.

روي قيس الجهي قال: خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نتبايع بالسوق، وكنا نسمي السماسرة، فقال: يا معشر التجار واشرب القوم<sup>(1)</sup>، وكان أول من سمانا التجار، فقال: إن الشيطان يحضر البيع فشوبوا<sup>(2)</sup> بصدقة<sup>(3)</sup>.

روي البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: "اشتري رسول الله ﷺ طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد"<sup>(4)</sup>.

### وجه الدلالة:

الحديث يدل دلالة واضحة على أن النبي ﷺ قد باشر الشراء بنفسه، والشراء يتضمن البيع أيضاً، وسواء كان من المسلم أو غيره، وهذه المباشرة منه ﷺ تدل على مشروعية البيع ولباحته، لأنه لو لم يكن مباحاً ومشروعاً لما باشره ﷺ<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً: الإجماع:

أجمع مجتهدي الأمة المحمدية من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا على حل البيع ومشروعيته، وأنه سبب من أسباب الملك<sup>(6)</sup>.

### رابعاً: المعقول:

الحكمة تقتضيه، والعقل السوي يؤيده، لأن الناس بحاجة إليه، فلو لم يشرع البيع لاستولى الناس عما يحتاجون إليه بطريق محرمة كالغصب، أو النهب، أو السرقة، أو غير ذلك مما هو

(1) واشرب: أي مد عنقه، لسان العرب، ج4، ص2225.

(2) الشوب: الخبط، لسان العرب، ج3، ص202.

(3) سنن البيهقي، ج5، ص265.

(4) صحيح البخاري، ج2، ص43.

(5) صحيح البخاري، ج2، ص44.

(6) انظر: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص14؛ والزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص445؛ وإبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص19؛ وأيوب، حسن، مرجع سابق، ص6؛ وكامل، موسى، مرجع سابق، ص237؛ وسليمان، مصطفى (1990). المعاملات المالية في الإسلام، دار المستقبل للنشر، عمان، ط1، ص71.

ممنوع شرعاً<sup>(1)</sup>، لذا فكل إنسان محتاج إلى ما في يد أخيه الإنسان، ولكن بطرق مشروعة ومنها البيع<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: حكم عقد البيع:

حكم عقد البيع الأصلي الإباحة، فالمكلف مخير بين فعله وتركه ولا ثواب فيه، ولا عقاب عليه، وقد يعرض له جميع الأحكام الشرعية غير الإباحة، أي الوجوب والندب والكرهية والتحریم، لكن لا لذات العقد بل لأمر خارج عنه.

فقد يكون البيع واجباً، وذلك في حالة الاضطرار إليه: كأن يكون الشخص اشتد به الجوع حتى يكاد يموت ومعه نقود وليس عنده ما يأكله، فيجب عليه أن يشتري ما يسد به الرمق، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾<sup>(3)</sup>.

"وجاء في مواهب الجليل للحطاب: وقد يعرض له الوجوب كمن اضطر إلى شراء طعام أو غيره"<sup>(4)</sup>.

وقد يكون مندوباً<sup>(5)</sup> وذلك في حالة بيع الطعام زمن الغلاء بقصد التخفيف على الناس، أو كمن أقم على إنسان أن يبيع سلعة لا ضرورة عليه في بيعها، فيندب إلى إجابته<sup>(6)</sup>.

وقد يكون حراماً<sup>(1)</sup> كبيع الشيء النجس، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ

وَالْمَيْسِرُ وَالْأَصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عِندِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(2)</sup>. وقد يكون البيع

مكروهاً<sup>(3)</sup> كالبيع عند أذان الجمعة.

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص24.

(2) الواجب: المطلوب الفعل طلباً جازماً، زيدان، عبد الكريم، أصول الفقه، مرجع سابق، ص305.

(3) سورة البقرة، الآية 195.

(4) نقلاً عن: الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص26.

(5) المندوب: المطلوب الفعل طلباً غير جازم، زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص320.

(6) الفقيه، هاشم، مرجع سابق، ص45.

### الفرع الثالث: حكمة مشروعية البيع:

شرع الإسلام البيع لحاجة الناس إليه، فالإنسان حاجته تتعلق بما في يد صاحبه، وهذا الآخر لا يبذل ما عنده بغير عوض، ففي شرعية البيع وسيلة إلى بلوغ الحاجات من غير حرج، فقد ذكر حسن أيوب في كتابه فقه المعاملات الإسلامية عن الشوكاني بأنه قال: "وقد ذكر العلماء للبيع حكماً كثيرة منها اتساع أمور المعاش والبقاء، ومنها إطفاء نار المنازعات والنهب والسرقة والخيانات والحيل المكروهة، ومنها بقاء نظام المعاش وبقاء العالم، لأن المحتاج يميل إلى ما في يد غيره، فبغير المعاملة يفضي إلى التقاتل والتنازع وفناء العالم واقتلال نظام المعاش وغير ذلك"<sup>(4)</sup>.

واتسع البيع في الفقه الإسلامي ليشمل البيع المطلق وهو مبادلة العين بئمن، وبيع السلم وهو مبادلة العين بئمن معجل، وبيع الصرف وهو مبادلة الثمن بئمن، وبيع المقايضة وهو مبادلة العين بالعين، وظهر في العصور الحديثة البيع بالتقسيط أو بيع المرابحة أو ما يسمى ببيع الآجال<sup>(5)</sup>.

إذن نستنتج أن للبيع آثاراً وفوائد هامة على مستوى النشاط الاجتماعي، فهو تلبية لحاجات الناس وإشباع لمتطلباتهم، أما على الصعيد الاقتصادي فهو يعمل على دوران عجلة الاقتصاد بالبيع والشراء والتجارة، وتحقيق المكاسب المادية على المستوى الفردي والجماعي، وفيه يتحقق تداول المال والعين، وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية.

(1) الحرام: المطلوب الترك طلباً جازماً، زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص 328.

(2) سورة المائدة، الآية 90.

(3) المكروه: المطلوب الترك طلباً غير جازم، زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص 333.

(4) أيوب، حسن، مرجع سابق، ص 26.

(5) إبراهيم، محمد علي سلامة، مرجع سابق، ص 46.

ومما لا شك فيه أن حفظ النفس من الضروريات، والناس في حاجة إلى البيع حفظاً للنفس.

ويقول الكمال بن الهمام: "وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل، وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض، ثم بذر القمح، وخدمته وحراسته، وحصده، ودراسته، ثم تذييته، ثم تنظيفه، وطحنه بيده، وعجنه، وخبزه، لم يقدر على مثل ذلك، وفي الكتان والصوف للبس وبناء ما يظله من الحر والبرد إلى غير ذلك، فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري شيئاً، وبيئته مزاولة شيء، فلو لم يشرع البيع سبباً للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاورة، أو السؤال، أو يصبر حتى يموت، وفي كل منها ما لا يخفي من الفساد، وفيه أيضاً من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد، فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين، ودفع حاجتهم على النظام الحسن"<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث خصائص عقد البيع وأركانه

من التعريفات السابقة للبيع، يتضح لنا خصائص عقد البيع، وأركانه التي سنتناولها بإيجاز، وهي:

#### 1. عقد البيع عقد رضائي:

إن عقد البيع هو من العقود الرضائية، حيث ينعقد العقد بمجرد التقاء الإرادتين "الإيجاب بالقبول" وتراضيهما على البيع والشراء واتفاقهما على شروط العقد.

ويكفي لقيام العقد أن يتم التعبير عن إرادتيهما، سواء أكان هذا التعبير صراحةً أم ضمناً، ولا يشترط لتمام عقد البيع أية شكلية خاصة<sup>(2)</sup>، فالقاعدة العامة هي رضائية البيع أيًا كانت الطريقة، إلا أن

(1) البدائع والصنائع في ترتيب الشرائع، لابن همام وهو من علماء الحنفية، ج2، ص304.

(2) الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب (1986). العقود المسماة، بغداد، ط1، ص22.

هذه الرضائية أحياناً تكون غير كافية لإتمام انعقاد العقد، وهذه القاعدة ليست مطلقة، فقد يخرج المشرع عليها لسبب من الأسباب، ويجعل العقد الرضائي لأصل عقداً شكلياً لا يتم إلا باستيفاء هذا الشكل كما في بيع العقارات، فقد نص القانون المدني العراقي في المادة (508) بأنه: "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون". إذن فالتسجيل أو الشكلية هو إجراء قانوني طلبه المشرع وأكده واعتبره جزءاً لا يتجزأ من صحة العقد المتعلق بالعقارات.

## 2. عقد البيع عقد ملزم للجانبين:

عقد البيع هو من العقود الملزمة للجانبين، أي أنه من العقود التبادلية التي تنشأ عنها التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد، بحيث يصبح كل طرف منهما دائناً في جانب، ومدين في الجانب الآخر، وبناءً عليه فإن عقد البيع يختلف عن غيره من العقود كالوديعة، والهبة بغير عوض، لأنه ملزم للجانبين، بينما عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الواهب. ونتيجة العقد يتحمل البائع التزامات أساسية، يمكن تلخيصها في نقطتين:

أ. التزامه بنقل ملكية الشيء ثم تسليمه.

ب. **الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب وتخلف المواصفات في المبيع.**

ويتحمل المشتري أيضاً التزامات مهمة، تتجلى في:

أ. التزامه بدفع ثمن المبيع.

ب. التزامه بتسلم الشيء المبيع وتحمل نفقاته<sup>(1)</sup>.

(1) الزعبي، محمد يوسف، مرجع سابق، ص22.

### 3. عقد من عقود المعاوضة:

إن عقد البيع هو عقد معاوضة أي أنه يتم مقابل عوض نقدي، فكل طرف يقبض مقابل ما يعطي، فالبايع يقبض الثمن مقابل تسليم المبيع، والمشتري يتسلم المبيع مقابل تأدية الثمن، ويكون الثمن قيمة نقدية، وهذا ما يميز عقد البيع عن المقايضة<sup>(1)</sup>.

### 4. عقد البيع محدد القيمة:

الأصل في عقد البيع أن يكون محدداً، فالعقد المحدد هو الذي يستطيع المتعاقدان أن يحددا مقدار المبيع ومقدار الالتزام، أي أن التزام كل طرف فيه محدد المقدار، وكل من البائع والمشتري يعلم وقت إبرام العقد مقدار ما يعطي للطرف الآخر، ومقدار ما يأخذه منه. وقد يتفق المتعاقدان على تحول العقد إلى عقد احتمالي كما لو كان الثمن عبارة عن مرتب يدفع لمدى الحياة، حيث يعتبر الثمن من عقود الانتفاع<sup>(2)</sup>، ويعتبر أيضاً العقد هنا غير محدد لأن مقدار الثمن لا يمكن تحديده مقدماً لأنه مرتبط بمدى حياة البائع<sup>(3)</sup>.

### 5. عقد البيع عقد فوري التنفيذ:

الأصل في عقد البيع أنه فوري التنفيذ، وهذا يتطلب من أطراف العقد تنفيذ ما عليهما من التزامات دفعة واحدة، ولكن لا مانع من أن يتم التنفيذ على شكل متعاقب أو دوري كما في عقود التوريد أو في عقود المشاركة في النشرات الدورية<sup>(4)</sup>.

(1) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص 18.

(2) فرج، توفيق، مرجع سابق، ص 13.

(3) طه، غني حسون (1977). عقد البيع في القانون العراقي، بغداد، ط 1، ص 19.

(4) طه، غني حسون، مرجع سابق، ص 31؛ والزعبي، محمد، مرجع سابق، ص 22-23.

## 6. عقد ناقل للملكية:

إن عقد البيع هو من عقود التملك، حيث يلتزم البائع بمقتضاه بأن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع، وعقد البيع وإن كان من العقود الناقلة للملكية، فهو لا يقتصر على نقل الملكية فحسب، وإنما على حقوق أخرى كحق الانتفاع، أو أي حق مالي آخر، أو حق من حقوق الارتفاق<sup>(1)</sup>، ويعتبر عقد البيع من عقود التصرف<sup>(2)</sup>، وهذا ما يميزه عن العقود الأخرى.

أما أركان عقد البيع، فهي الأركان العامة لأي عقد والتي يجب توافرها فيه من محل، ورضا، وسبب، وشكلية، إذا تطلبها، والمشرع بالنسبة للعقارات والمنقولات ذات السجلات الخاصة كالسيارات والسفن والطائرات، ومنعاً للخروج عن موضوع الدراسة، فقد اكتفى الباحث بذكر هذه المسائل دون التعمق فيها والدخول في تفاصيلها، وإنما جاء ذكرها ضمن الحد الذي يفيدنا في معرفة الأحكام القانونية الناظمة لعقد البيع بشكل عام.

### المبحث الثاني

#### كيفية تعيين المحل في عقد البيع

إن بيان الكيفية التي ييم فيها تعيين المحل في عقد البيع يتطلب تحديد المقصود بالمحل (المطلب الأول)، ومن ثم بيان المسائل التي تعين في عقد البيع (المطلب الثاني)، وذلك في إطار مقارنة ما بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي، وسأبحث هذين المطلبين تباعاً.

(1) الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب، مرجع سابق، ص 21.

(2) فرج، توفيق، مرجع سابق، ص 15.



## المطلب الأول

### المقصود بالمحل في عقد البيع

بما أن موضوع هذه الدراسة يتناول تعيين محل عقد البيع، فإنه لا بد للباحث من بيان معنى هذا المحل.

المحل لغةً من حل، قال الفيروزآبادي: "حل المكان، وبحل يحل (الأول تعدى بنفسه والثاني تعدى بالياء) ويحل حلاً وحلولاً وحلاً محرّكة نادر نزل به كاحتله، وحلّه إياه فهو حال، وحلول وحلال، كعمال وركع، وأحلّه المكان وبه وحلّه إياه، وحل به جعله يحل"<sup>(1)</sup>.

وقال الزبيدي: "والمحل بكسر الحاء مصدر حل حلولاً إذا نزل"، وقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ يَلِغَ إِلَٰهُنَّ نِيَّ مَحَلَّهُ ﴾<sup>(2)</sup>، قيل محل من كان حاجاً يوم النحر، ومحل من كان معتمراً يوم يدخل مكة، وقيل الموضع الذي يحل فيه نحره ومحل الدين أجله<sup>(3)</sup>.

والمقصود بالمحل شرعاً هنا محل عقد البيع، وفيه قول صاحب مجلة الأحكام العدلية بالمادة (150): "محل البيع هو المبيع"، وعلق عليه علي حيدر باشا في شرح المجلة فقال: "فمحل البيع والمبيع معناهما واحد، فهما كلمتان مترادفتان"<sup>(4)</sup>، ثم ذكر في المجلة في المادة (151): "المبيع يباع وهو العين التي تتعين في البيع، وهو المقصود الأصلي من البيع، لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان، والأثمان وسيلة للمبادلة"<sup>(5)</sup>.

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج3، ص370.

(2) سورة البقرة، الآية 196.

(3) الزبيدي، مجد الدين أبو الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج7، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ص287.

(4) حيدر، علي، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، مرجع سابق، ص195.

(5) حيدر، علي، مرجع سابق، ص196.

فمن هذا الكلام يظهر لنا أن الحنفية يرون أن محل عقد البيع إنما يشمل المبيع دون الثمن، وإذا شمله فذلك لا يكون إلا ضناً، وهذا خلاف رأي المذاهب الأخرى، فهي ترى أن المحل يشتمل على المبيع والثمن، وفي هذا يقول الشيخ الدردير المالكي: "(وشرط للمعقود عليه) أي شرط لصحة بيع المعقود عليه ثمناً أو مئماً"<sup>(1)</sup>.

وقال الفتوحى الحنلى فى شرح الكوكب المنير: "فى معرض كلامه على دلالة معانى ألفاظ متداولة بين الجدليين، فقال (و) الثالثة (محل النزاع) وهو (الحكم المفتى به فى المسألة المختلف فيها) وهو أيضاً كالمقارن للفرض والتقدير، فمحل النزاع: هو المتكلم فيه من الجانبين بين الخصمين، والمتكلم فيه بين الطرفين المتبايعين هو محل العقد وهو المبيع والثمن، فمحل العقد يشملهما معاً؛ لأنهما فى مقابل محل النزاع بين الخصمين"<sup>(2)</sup>.

إن محل عقد البيع هو الركن الثانى من أركان العقد عند جمهور الفقهاء، وأما الحنفية فقد اعتبروا محل العقد لازماً من لوازم العقد<sup>(3)</sup>.

يتضح للباحث مما سبق أن محل الشيء مكان حلوله الذى يقع عليه، وهنا محل البيع هو الشيء الذى يقع عليه العقد، ويقصد به هنا المعقود عليه الذى نعني به المبيع والثمن، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان، هما: المبيع والثمن<sup>(4)</sup>.

اختلف الفقه القانونى حول كون المحل ركن فى الالتزام أم فى العقد، فذهب رأى إلى أن المحل ركن فى الالتزام لا فى العقد لكنه يبحث فى العقد لأن محل الالتزام غير الإرادى يحدده

(1) الشيخ أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج3، ص9.

(2) نقلاً عن: الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص4.

(3) انظر: المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص194-195.

(4) السنهورى، مرجع سابق، ص190.

القانون، وهو بالتالي مستوف لجميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، أما محل الالتزام العقدي فيحدده المتعاقدان وهو قد يكون غير مستوف لشروط المحل التي اشترطها القانون<sup>(1)</sup>.

فيما ذهب رأي آخر إلى أن المحل هو ركن في العقد، لأن الدقة لتقضي بأن تتطلب الأركان في تلك الواقعة، أي في ذلك المصدر الذي ولد النتيجة<sup>(2)</sup>، وأخيراً فإن كثيراً من الفقهاء يرى أن لكل من الالتزام والعقد محل مختلف، فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن، أما محل العقد فهو المال الذي ورد عليه العقد وأضيف إليه حكمه<sup>(3)</sup>.

وعلى أية حال فإن المشرع العراقي في القانون المدني قد تكلم عن المحل في ثلاثة نصوص، فقد نصت المادة (74) على ما يأتي: "يصح أن يرد العقد: 1- على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتملكها بعوض بيعها أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع فيها قرضاً، 2- وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجازة أو بغير عوض إعاره، 3- على عمل معين أو على خدمة معينة".

أما المادة (75) فقد جاء فيها: "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب"، وأخيراً فإن المادة (126) نصت بأنه: "لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون المحل ملاً عينياً كان أو دينياً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل".

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص190؛ والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص5.

(2) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص173.

(3) انظر: أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص40؛ وعبد الباقي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص188؛ وزيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص257.

الظاهر من هذه النصوص أن المشرع العراقي لم يحسم موقفه من الخلاف الفقهي المتقدم، أما معالجته للمحل جاءت متضاربة، فهو قد عالج المحل تحت عنوان أركان العقد، لكنه أضاف المحل إلى الالتزام، وهو ما يعني أنه لم يحسم موقفه من الرأيين السابقين.

وقد اعتمد في المادة (126) مدني عراقي على المادتين (267 و 302) من مرشد الحيران<sup>(1)</sup>، وجاء في المذكرة الإيضاحية<sup>(2)</sup>: "المعقود عليه هو ما يظهر فيه أثر العقد وحكمه، وهو المال المبيع في عقد البيع، والمنفعة في عقد الإجارة، وعمل المزارع في الأرض في عقد المزارعة، والعين المرهونة في عقد الرهن، وهكذا، فإذا تبين أن المحل كان موجوداً ثم هلك قبل العقد كان العقد باطلاً لانعدام المحل".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية<sup>(3)</sup> بشأن المادة (74) مدني عراقي بأنه: "أريد في هذه المادة بيان ما يصح أن يرد العقد عليه، ومنها يتبين أن العقد لا يرد فقد على الأعيان المادية، بل يرد أيضاً على الأموال المعنوية؛ كحق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وقد تقدم أنها مال، ولا يرد على الأعيان فقط، بل يرد على منافعها أيضاً، وقد تقدم أنها مال، وحرصاً من المشرع على أن لا يفوت شيء رؤي احتياطياً النص على أنه يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر، أي سواء كان عيناً أم منفعة مادياً أم معنوياً، لم يحرم التعامل فيه بنص في القانون، أو لمخالفته للنظام العام والآداب".

يتضح للباحث مما سبق أن المبيع بوصفه محلاً لعقد البيع، يقصد به الحق المالي الذي

يرد عليه عقد البيع سواء كان عينياً أو شخصياً أو معنوياً.

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص310.

(2) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص93.

(3) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص94.

ويجب أن تتوافر في المبيع شروط محل الالتزام وهي أن يكون موجوداً أو ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين - وهذا هو محل دراستنا - وأن يكون مما يجوز التعامل فيه. كما ويشترط في المبيع طبقاً لمجلة الأحكام العدلية أن يكون مقدور التسليم، فقد نصت المادة (209) على أن: "بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل، كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر، أو حيوان فار لا يمكن إمساكه وتسليمه".

كما يتضح للباحث بأن المعقود عليه عند الفقه القانوني هو المحل، ولكنه ليس ركناً في العقد عند بعضهم، وإنما هو ركن في الالتزام المتولد عن العقد عند البعض الآخر، وهذا الموقف القانوني لا يؤثر - برأي الباحث - في حقيقة العقد، وإن الموقف لدى الفقه الإسلامي هو الأدق وهو الصحيح في هذه المسألة سواء اعتبر المعقود عليه ركناً على رأي جمهور الفقهاء أم لم تعتبره ركناً على رأي الحنفية، ولكن العقد لا يتصور بدونه، وذلك لأننا إذا اعتبرنا المحل ركناً في الالتزام المتولد عن العقد طبقاً لاصطلاح الفقه القانوني، فمعنى ذلك أن العقد يمكن أن ينشأ بدون معقود عليه ثم بعد ذلك يتولد عنه هذا المعقود عليه، وهذا برأي مستحيل قانوناً وفقهاً.

ومن أجل ذلك نرى أن الفقه القانوني الذي يرى أن المحل ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد غير صحيح ويتناقض مع حقيقة العقد الذي لا يتصور نشوؤه بدون معقود عليه أو محل، فالتراضي ينصب من العاقدين على محل معين ثم هما يلتزمان به طبقاً للقوة الملزمة للعقد.

## المطلب الثاني

### تعيين محل عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

إن لعقد البيع محلان، هما: المبيع والثمن، لذا لا بد من بيان مسألة تعيينهما في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، لذا سأقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ أتناول في الفرع الأول

تعيين محل عقد البيع في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني تعيين هذا المحل في القانون المدني العراقي.

### الفرع الأول: تعيين محل عقد البيع في الفقه الإسلامي:

يمكن القول أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة، ذلك أن المحل يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد، وإلا كان العقد صحيحاً.

ولكن، كيف يحصل العلم بمحل عقد البيع في الفقه الإسلامي؟

يجب التمييز بين فرضيتين: فإما أن يكون المحل موجوداً في مجلس العقد، ولما أن يكون غائباً عن مجلس العقد.

أولاً: فإن كان المحل موجوداً في محل العقد، يكون العلم به بالإشارة إليه، لو كان ذلك في مكان مستتر كالحنطة في الكيس، والسكر في الصندوق، هذا عند الحنفية والحنابلة<sup>(1)</sup>.

وعند المالكية لا يصح بيع الشيء الحاضر في مجلس العقد إلا برؤيته ما لم تكن في رؤيته مشقة، فيباع على الصفة، جاء في "الموافقات": "... لأن البيع لا يباع إلا برؤية أو صفة، والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر، إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر"<sup>(2)</sup>.

وعند الشافعي لا يحصل العلم بالشيء إلا برؤيته، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشيء حاضراً في المجلس أو غائباً عنه<sup>(3)</sup>.

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص40.

(2) انظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، ج4، ص285-286.

(3) انظر: داوود، أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص40.

ثانياً: وإن كان المحل غائباً عن مجلس العقد، حصل العلم به بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة.

فإن كان شيئاً معيناً بالذات، وصف بما ينفي عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً، كأن يقول: بعثك جملي وليس له جمل سواه، أو بعثك داري وليس له دار سواها<sup>(1)</sup>.

وإن كان شيئاً غير معين بالذات، فعند الحنفية يتعين بالوصف بما يرفع عند الجهالة الفاحشة، أي ببيان الجنس والنوع والمقدار، ولا تضر الجهالة اليسيرة، لأن المشتري له خيار الرؤية فيما لم يره<sup>(2)</sup>.

وعند المالكية يتعين الشيء كذلك بالوصف، أي ببيان جنسه، ونوعه، ومقداره، ويجوز البيع على البرنامج، أي على الدفتر الذي تكتب فيه صفة ما في العدل، ولكن البيع على الصفة عند المالكية لا يكون فيه خيار الرؤية، خلافاً للحنفية فيما قدمناه، ويجوز بيع الغائب عن مجلس العقد دون وصف على أن يشترط المشتري خيار الرؤية، ويخلص من ذلك أن مذهب مالك لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية، فإما أن يباع الشيء على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية، ولما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون في حاجة إلى الوصف<sup>(3)</sup>، وهذا بخلاف الحنفية، إذ يجمعون بين الوصف وخيار الرؤية، فيجب الوصف في الشيء الغائب ثم يثبت فيه مع ذلك خيار الرؤية.

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف، أي بذكر جميع الصفات التي تضبطه ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه التغيير، فيجب إذن أن يكون الشيء معلوماً برؤية أو صفة

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 41.

(2) مشار إليه لدى: السنهوري، مرجع سابق، ص 47.

(3) الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ص 287.

تحصل بها معرفته، فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له، أو رآه ولم يعلم ما هو، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي، لم يصح البيع<sup>(1)</sup>.

وعند الشافعي لا يتعين الشيء إلا بالرؤية على قوله الجديد، وفي قوله القديم يتعين الشيء بذكر جميع صفاته أو بذكر صفاته المقصورة دون رؤية، وقيل يصح البيع دون وصف وللمشتري خيار الرؤية فيما لم يره<sup>(2)</sup>.

نخلص من استعراض مختلف المذاهب سالفه الذكر أن الفقهاء - فيما عدا الشافعي - يكتفون في تعيين المحل في عقد البيع بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، ولما كان الفقه الإسلامي غنياً بوجه خاص في التطبيقات، فنورد بعضاً منها كما وردت في النصوص الواردة في المراجع الفقهية.

#### أولاً : تطبيقات تعيين محل عقد البيع في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة:

جاء في "البدائع": "إذا قال بعثك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل، فالبيع فاسد، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع، فإن عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضي به، جاز، ويكون ذلك ابتداءً ببيع بالمرضاة ... وكذا إذا قال بعثك هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد، وجه القياس أن المبيع مجهول، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو

(1) انظر: المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ص308.

(2) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ص405.



باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار، وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الثمن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء، فيحتاج أن يأمر غيره، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر، فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي، فجوزنا ذلك لتعامل الناس، ولا تعامل فيما زادة على الثلاثة فبقي الحكم فيه على أصل القياس، وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم، مع أن هذه جهالة لا تقضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة... وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبيدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه... ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمي، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه، فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي<sup>(1)</sup>.

فهذه طائفة من التطبيقات في تعيين محل عقد البيع في الأشياء المتفاوتة، يجب في هذه الأشياء تعيين المحل بالذات، ولا يكفي أن يبيع شاة غي معينة بالذات من قطع غنم لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة، فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، وكذلك الأمر في بيع ثوب

(1) انظر: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص156-158.

من العدل، لتفاحش التفاوت بين ثوب وثوب، ولو باع شيئين متفاوتين، كثوبين أو عبيدين أو دابتين، وأوجب في أحدهما - دون أن يعينه - خيار الشرط، فقد شاعت الجهالة المفضية إلى المنازعة في كل من المبيعين، إذ لا يعلم أيهما يبيع ببيعاً باتاً وأيهما يبيع بخيار الشرط، ولو باع عدداً معلوماً من جملة معدودات متفاوتة، كالبطيخ والرمان، وكانت الجملة أكثر من هذا العدد، فلا يمكن عزل ما زاد عن الجملة للتفاوت ما بين المعدودات، فكان المبيع مجهولاً تقضي إلى المنازعة.

أما بيع أحد أثواب متفاوتة تزيد على الثلاثة مع إعطاء خيار التعيين للمشتري يختار أيها شاء، فقد كان ينبغي أن يجوز، لأن المبيع، ولو لم يكن معيناً قابل للتعيين باختيار المشتري، وصاحب "البدائع" نفسه يقول في الخيار فيما لا يزيد على الثلاثة: "وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم، مع أن هذه جهالة لا تقضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة"<sup>(1)</sup>. وهذه العبارة تصدق تماماً على الخيار فيما يزيد على الثلاثة كما صدقت على الخيار فيما لا يزيد على ذلك.

هذا إذا كانت الأشياء متفاوتة، أما إذا كانت متقاربة فالأمر يختلف ولا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات حتى يكون المحل معلوماً، بل يكفي أن يكون واحداً من عدة أشياء، فأبي واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر، فيتعين المحل بذلك وتتقي الجهالة الفاحشة التي تقضي إلى المنازعة، وقد ورد في "البدائع" في هذا المعنى: "ولو قال بعثك قفيزاً من هذه الصبرة صح، وإن كان قفيزاً من صبرة مجهولاً، لكن هذه جهالة لا تقضي إلى المنازعة، لأن الصبرة الواحدة متمثلة القفزان، بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة، لأن بين شاة وشاة تفاوتاً

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص157.

فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب<sup>(1)</sup>. وكان ينبغي أن يصح البيع في الصبرة كلها بثمن معلوم جملة أو على أساس سعر القفيز، لأن المبيع في هذه الحالة يكون معيناً وكذلك الثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين<sup>(2)</sup>. "أما أبو حنيفة فعنده أن من باع صبرة كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحد لأن ثمنه معين وهو درهم، ولا يصح في الباقي لأن ثمنه غير معين ويحتاج في تعيينه إلى كيل الصبرة، فإن كيلت في المجلس وعين الثمن قبل تقرر الفساد صح البيع، ولا شك في أن رأي صاحبين هو الذي تمشى مع الفقه الغربي على النحو الذي أوضحناه. وهو فوق ذلك الرأي الذي يتمشى مع المبدأ القاضي بأن المحل لا يلزم أن يكون معيناً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين"<sup>(3)</sup>. ونورد هنا ما جاء في "الموافقات" في هذه المسألة: "ومن باع صبرة كل صاع بدرهم، صح في صاع، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا (أي الصحابان) جاز في الكل، لأن المبيع معلوم بالإشارة لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع، وجهالة الثمن بأيديهما رفعها، فيجوز كما لو باع عبداً من عبيد على أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف ما إذا أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلا في شهر واحد، لأن الشهور لا نهاية لها، فلا تمكن إزالة الجهالة فيها فينصرف إلى الأقل، ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به، وما عداه مجهول فيفسد، كما إذا باع الثوب برقمه، بخلاف ما استشهد به لأن الرفع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد، وفي تلك مقارن لأن اختياره موجود حالة التبايع، ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولو كاله في المجلس، جاز بالإجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد"<sup>(4)</sup>. وجاء في "البدائع" في هذه المسألة أيضاً: "أما المكيلات فإن لم يسم جملتها، بأن

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص158.

(2) داوود، أحمد محمد، مرجع سابق، ص42.

(3) المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ص283.

(4) الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ص290.

قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع إلا في قفيز منها بدرهم، ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة، ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كالهيا فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افتراقاً عن المجلس، تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم، علم أو لم يعلم ... وجه قولهما ... إن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها بالكيل ... فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع، كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة، فتجب فساد العقد، كما إذا باع الشيء برقمه، ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة، لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست معلومة حالة العقد، فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة ... وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع، وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد، والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبي حنيفة رحمه الله ... ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم، ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمي جملة الثمن، لم يذكر هذا في الأصل، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز، وصحيح لأنه المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها، وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع، ولو سمي جملة المبيع لجاز ... (فلو) قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم، سمي لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمي لكل ثمناً واحداً هما سواء، فلا شك في جواز البيع، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة. ثم إن وجدها كما سمي، فالأمر ماض ولا خيار للمشتري، وإن وجدها أزيد من مائة قفيز، فالزيادة لا تسلم للمشتري، بل ترد إلى البائع، ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمي وهو مائة قفيز ولا خيار له، وإن وجدها أقل من مائة

قفيز، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها، وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبغيضه لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصل، فلا بد أن يقابله الثمن، ولا ثمن للزيادة، فلا تدخل في البيع، فكانت ملك البائع، فتدرد إليه، والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة، فإذا وجدها أنقص مما سمي، نقص من الثمن حصة النقصان، وإن شاء ترك لأن الصفة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له، فأوجب خللاً في الرضا، فيثبت له خيار الترك، وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تبغيضها ضرر، لأن الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصل بنفسها، وكذلك المعدودات المتقاربة<sup>(1)</sup>.

"والصورة الجديدة التي أوردها صاحب "البدائع" هي ما إذا سمي جملة الثمن وسعر الوحدة وترك المبيع جزافاً تمكن معرفة مقداره من نسبة جملة الثمن إلى سعر الوحدة، أو سمي جملة المبيع وسعر الوحدة، أو سمي جملة المبيع وجملة الثمن، فباع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم، في جميع هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن أو في القليل يكون كل منهما قابلاً للتعيين، فيصح لبيع إجماعاً<sup>(2)</sup>. ففي المذروعات تجري الزيادة أو النقص مجرى الصفة لا الأصل، إلا إذا سمي لكل وحدة من المنروع ثمناً على حدة، وهذا ما يقوله صاحب "البدائع" في ذلك "وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها، فإن سمي لجملة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال بعث منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فالباع جائز، لأن البيع وثمانه معلومان، ثم إن وجده مثل ما سمي، لزمه الثوب بعشرة دراهم، ولا خيار له، وإن وجده أحد عشر ذراعاً، فالزيادة سالمة للمشتري، وإن وجده تسع أذرع، لا يطرح من أجل

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 159.

(2) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 43.

النقصان شيء من الثمن، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضا ضرر والعدييات المتقاربة، ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعات جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً، الجودة والرداءة صفة، والثمن يرد على الأصل دون الصفة، إلا أن الصفة تملك للموصوف لكونها تابعة قائمة به. فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئاً فإذا هو جيد، كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتباً أو خياطاً، أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العيني، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرًا، تسلم له ولا خيار للبائع، كذا هذا، وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً، كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين، أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً، ولا يطرح شيئاً من الثمن، لكن يثبت له الخيار، كذا هذان بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال الباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة، وإن سمي لكل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال بعث منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال بعث منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فالبيع جائز لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمي فالأمر ماض، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم، وإن وجده أحد عشر ذراعاً، فهو بالخيار إن شاء أخذه كله بأحد عشر درهماً وإن شاء ترك، وإن وجده تسعة أذرع، فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهماً وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك

لتفرق الصفقة عليه، وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا، وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة، فأما إذا أفرد به، فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجه، فمن حيث إن التبويض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمي لكل ذراع ثمناً على حدة كان كل ذراع معقوداً عليه، فكانت الزيادة أصلاً من وجه وصفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل البيع تبعاً كما بينا، ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة ثمن، اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها، لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد، واختل رضاه فوجب الخيار. وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً لجهة الأصالة، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه، وأجب خلافاً في الرضا، وذا يوجب الخيار<sup>(1)</sup>.

إن هذه التطبيقات من الفقه الإسلامي مثل بارز في دقة التحليل وروعة الصنعة، فقد جعل الفقهاء الزيادة والنقصان فيما لا يضره التبويض أصلاً لا وصفاً، وفيما يضره التبويض وصفاً لا أصلاً.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 160-161.

## ثانياً: تطبيقات بشأن الاكتفاء بقابلية المحل للتعين في عقد البيع:

يبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معيناً فعلاً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين، جاء في "الموافقات": "ويجوز بإناء يعينه لا يعرف مقدارهن وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره، قد قيد الإناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز، وعلى هذا بيع ملء قرية بعينها وفي رواية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القرية، لكن أطلق في المجرد جوازه، ولا بدّ من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين ... وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار، وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً كما لا يجوز في السلم"<sup>(1)</sup>. فهنا المحل لم يعين فعلاً، ولكن وضعت عناصر تعينه فكان قابلاً للتعين، فهو ملء إناء بعينه، أو ملء قرية من القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين، أو وزن حجر بعينه.

"وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية في قابلية المحل للتعين، فقد ذكر الفقهاء أنه يجوز بيع الحمام في البرج ولو جزافاً لما في العد من مشقة، على أن في المسألة خلافاً، فهناك رأي يذهب إلى عدم جواز البيع إلا بالعد لما في البيع جزافاً من غرر، وعند الحنفية لا يجوز بيع الحمام في البرج إلا بالليل، لأن الحمام بالنهار يكون بعضه خارج البرج فلا يكون قابلاً للتعين ... فعنصر الزمان هنا ضروري، لأن الحمام إذا بيع جزافاً لا يمكن أن يحاط به كل الإحاطة، فلا بدّ من الاكتفاء بقابليته للتعين، ولا يكون قابلاً للتعين إلا ليلاً عندما يأوي إلى برجه"<sup>(2)</sup>. ويقول صاحب "البدائع" في بيع الحمام جزافاً أو بالعد ما يأتي: "من سماع أصبغ من

(1) الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ج5، ص296.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص53.



جامع البيوع عن ابن القاسم أنه أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزراً. قال ابن رشد لعبد الله بن نافع في المدونة إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافاً للغرر، ولا يباع إلا عدداً، وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روي عنه أصبغ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو يبيعه بحمامه جزافاً. وحكى في التوضيح القولين من غير ترجيح، ورجح في الشامل الجواز وهو الظاهر<sup>(1)</sup>.

"والفقه الإسلامي لا يجيز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا ببيع الشيء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، ويذهب الفقه الإسلامي في وجوب تعيين المحل إلى مدى أبعد من الفقه القانوني، فلا يجيز، كما يجيز الفقه القانوني، أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلاً للتعيين بتقدير الحكم، بل يعتبره مجهولاً جهالة فاحشة فلا يصح البيع"<sup>(2)</sup>. ويقول صاحب "البدائع" في هذه المسائل ما يأتي: "ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد، لأنه جعل ثمنه قيمته، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولاً... وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلا فكان الثمن مجهولاً"<sup>(3)</sup>.

جاء في "الموافقات": "ولا يجوز (البيع) إلا بثمن معلوم القدر، فإن باع بثمن مجهول، كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهماً لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره"<sup>(4)</sup>. وجاء في "البدائع": "ولو باع شيئاً بريح... ولم يعلم المشتري رأس ماله، فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع، هكذا روى ابن رستم عن محمد، لأنه إذا

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص157.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص54.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص158.

(4) الموافقات، مرجع سابق، ص266.

لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع. فإذا علم ورضي به، جاز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد، وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد، فصار كأنه كان معلوماً عند العقد وإن لم يعلم به حتى إذا افترقا، تقرر الفساد ... وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله، فهو كما إذا باع شيئاً بريح ... ولم يعلم ما اشترى به"<sup>(1)</sup>. "ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه القانوني أن الثمن وإن لم يكن معيناً، قابل للتعيين، ومن ثم يكون البيع صحيحاً، أما الفقه الإسلامي فما هو يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن، وكأنه لا يكتفي بأن يكون الثمن قابلاً للتعيين، بل يشترط أن يكون معلوماً من المشتري حال قيام مجلس العقد"<sup>(2)</sup>.

وجاء في "بدائع": "وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع، فالبيع فاسد، وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو من هذا الفخذ، على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز، وكذا روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز"<sup>(3)</sup>. "فهنا بيع الشيء، وقد عين جنسه، ومقداره، وثمانه، والموضع من الشاة الذي يؤخذ منه جنباً كان أو فخذاً، وهذا كاف في الفقه القانوني لاعتبار الشيء معيناً، أما في الفقه الإسلامي، بين أبي حنيفة وصاحبيه وإذا كان الصاحبان يقولان بجواز البيع في هذه الحالة، فأبو حنيفة يقول بعدم الجواز لجهالة المبيع"<sup>(4)</sup>.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 158.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص 55.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 158.

(4) داوود، أحمد محمد، مرجع سابق، ص 43؛ والزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 49.

### ثالثاً: تطبيقات تعيين محل عقد البيع إذا كان نقوداً:

في الفقه الإسلامي، إذا وقع العقد على نقود، وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها، ويذكرون في الفقه الإسلامي أنه إذا أطلق الثمن عن ذكر الصفة، انصرف إلى المتعارف من نقد البلد، فإذا تعددت العملات في البلد الواحد، وتساوت في الرواج مع التفاوت في المالية، ولم يعين العقد إحداها، كانت هناك جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد، أما إذا اختلفت في الرواج، سواء اختلفت في المالية، فالعقد صحيح أو اتحدت ويصرف إلى الأروج، وكذلك إذا تساوت في المالية والرواج معاً، صح العقد، ويؤدي من أيها شاء المدين إذ لا فضل لإحداها<sup>(1)</sup>. وقد جاء في "الموافقات" في هذه المسألة ما يأتي: "ومن أطلق الثمن في البيع، أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد، بأن قال عشرة دراهم مثلاً، انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه ... فإن كانت النقود مختلفة المالية، كالذهب الأشرفي والناصري بمصر، لكنها في الرواج سواء، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر، لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة، لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى، فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقررره، وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً، فالبيع صحيح، ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة، وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج، يصح البيع، ويؤدي من أيها شاء، لأنه لا فضل لأحدها، فلو طلب البائع أحدها بعينه، كان للمشتري أن يعيطه من الصنف الآخر، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت، وبهذا قلنا

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 52-53.

الدرهم والدنانير لا تتعين، حتى لو رآه درهماً اشترى به، ثم حبسه وأعطاه درهماً آخر، يعني إذا كانا متحدي المالية<sup>(1)</sup>.

وجاء في "بدائع": "ومطلقه على النقد الغالب، أي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد، ومراده من الإطلاق هنا أن يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمي قدره، بأن قال عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص، لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه، قال وإن اختلفت النقود، فسد وإن لم يبين، وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان، فإن كانت في الرواج مختلفة، ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا، وإن كانت في المالية سواء جاز البيع كيفما كان، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا، وإن كانت في الرواج سواء، كالأحادي والثنائي والثلاثي، جاز، لأن مالية كل واحد سواء، غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم، ونظيره الكاملى والعادلي والظاهري والمنصوري والناصرى اليوم بمصر، فإذا اشترى بدراهم معلومة، فأعطى من أيها شاء، جاز لأنه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية<sup>(2)</sup>.

وجاء في "المبسوط": "قال في كتاب الصرف من المدونة: ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين دينار، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها، فله نقد البلد، فإذا كان نقد البلد في الدنانير مختلفاً فلا صرف بينهما، إلا أن يسميا الدنانير انتهى، وقال اللخمي إذا صرف دراهم بدنانير، أو باعه سلعة بدنانير، والدنانير التي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة السكك، كان ذلك فاسداً، إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما يتصرفون به منها وغيره نادر قليل،

(1) الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص165.

(2) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص193-194.

ويحملان على الغالب انتهى، وذكر البرزلي فيما تعددت السكك وكان الغالب أحدهما قولين، قال وظاهر المدونة في كتاب الأكرية الجواز، ويحمل على الغالب انتهى ونص ما في أكرية الدور منها: ومن اكرى داراً بدنانير، ولم يصفها، والنقد مختلف، فإن عرف لنقد الكراء سكة قضى بها، وإلا فسخ الكراء، وعليه فيما سكن كراء مثله، قال أبو الحسن قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة: قلت وهذا إذا اختلفت السكك في النفاق، وأما إذا استوت في النفاق، فإن ذلك جائز، ويجبر البائع على أن يقبض ما جاء به المشتري، قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع: البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فضل لبعضها على بعض، ليس من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه، كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة، فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية، وكما أن البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد، لا يجوز البيع فيه حتى يسمى بأي سكة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً<sup>(1)</sup>.

رابعاً: تطبيقات تعيين المحل إذا كان عملاً:

وإذا وقع العقد على عمل، وجب في الفقه الإسلامي أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين، ونكتفي هنا بعقد الاستصناع؛ ذلك أن الاستصناع يلحقه الفقهاء عادة بالبيع، ويجعلون المعقود عليه فيه العين دون العمل، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول إن المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل<sup>(2)</sup>. "والواقع أن للاستصناع شبهةً بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع، وشبهةً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع، ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل، ومحل الاستصناع هو المستصنع وهو يجمع بين العين

(1) المبسوط، مرجع سابق، ص 368.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص 57.

والعمل، فلا بد أن يكون المستصنع إذن معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته، وإلا فسد العقد<sup>(1)</sup>. جاء في "المبسوط": "والمعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وفيه نفي القول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين، لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان، وأجيب بأن للاستصناع شبيهاً بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهاً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع<sup>(2)</sup>."

وجاء في "البدائع": "وأما شرائط جوازه (أي الاستصناع) فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته<sup>(3)</sup>".

### الفرع الثاني تعيين محل عقد البيع في القانون المدني العراقي

يشترط في محل عقد البيع - المبيع والثمن - أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وتسري في تعيين محل عقد البيع أو قابليته للتعيين القاعدة العامة التي تسري في تعيين محل الالتزام بوجه عام التي نصت عليها المادتين (128، 129) مدني عراقي.

فالمادة (128) تنص بأنه: "1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت التعاقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتقي به الجهالة الفاحشة، ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2- فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل".

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 53.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ص 196.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 283.

ونصت المادة (129) بأنه: "1- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، 2- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل".

وقد أكد المشرع العراقي على شرط التعيين في عقد البيع بموجب المادة (514) بأنه: "1- يلزم أن يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، 2- ويصح بيع الأشياء والحقوق المستقبلية إذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والغرر".

كما أكد على هذه المسألة بشأن الثمن، فنصت المادة (2/526) مدني عراقي بأنه: "2- ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة".

وقد أورد أسساً معينة لتعيين الثمن في المواد (527، 528، 530) مدني عراقي، كما أن المشرع العراقي تطرق لنموذجين شائعين من البيوع التي تمثل تطبيقاً لشرط تعيين المبيع، هما: البيع الجزاف والبيع بالنموذج.

كذلك قضت محكمة تمييز العراق بأنه: "لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً، أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل"<sup>(1)</sup>.

في ضوء النصوص القانونية المتقدمة، ما المقصود بالجهالة الفاحشة والغرر؟ وما طريقة

تعيين المبيع والثمن في القانون المدني العراقي؟

<sup>(1)</sup> تمييز حقوق عراقي رقم 2001/126، تاريخ 2001/5/14، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، المجلد الثالث عشر، ص115.

## أولاً : المقصود بالجهالة الفاحشة والغرر:

الجهالة الفاحشة هي التي تنشأ من تجهيل جنس المحل، كأن يبيع شخص آخر دابة دون أن يبين جنسها، كما قد تنشأ من التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الأفراد، كأن يبيع شخص لآخر داراً من دوره التي يملكها في مدينة ما بعشرة آلاف دينار؛ لأن هذا النوع من الجهالة سيؤدي كذلك إلى الغرر والخداع، والجهالة الفاحشة هي التي تؤثر على العقد<sup>(1)</sup>.

فهذه الجهالة تؤدي إلى المنازعة بين الطرفين<sup>(2)</sup>، أما الجهالة اليسيرة فهي التي يكون معها الجنس معلوماً، ولا يكون معها تفاوت فاحش في القيم، فلا تحول دون صحة العقد، لأن العرف جرى بين الناس على التساهل في أمرها، بحيث لا تفضي إلى منازعات<sup>(3)</sup>.

"هذا ويلاحظ أن أثر الجهالة الفاحشة تقتصر فيما يتعلق بصحة العقد على المعاوضات دون التبرعات، فعقود التبرعات اغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر في عقود المعاوضات لامتناع المنازعة في التبرعات، ولذا تصح وصية الشخص بجزء من ماله دون بيان مقدار هذا الجزء، ويكون البيان للورثة"<sup>(4)</sup>.

أما الغرر فهو ما شك في حصول أحد العوضين<sup>(5)</sup>، وعرف أيضاً بأنه: هو ما لا يعلم أهو موجود أو معدوم وإن كان موجوداً فصفاً وحقائقه مجهولة<sup>(6)</sup>.

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص103.

(2) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص26.

(3) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص103.

(4) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، ج1، ص156.

(5) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص485.

(6) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص48.



وبناءً على ذلك، وضع جانب من الفقه<sup>(1)</sup> معايير تقريبية لكثرة الغرر وقلته لكي نتمكن من معرفة ما فيه غرر يسير، فيجوز بيعه، وما فيه غرر كثير فلا يجوز بيعه، وهو غير محقق الوجود مستقبلاً.

فمثلاً اللبن في الضرع، أو الحمل في البطن، أو السمك في البحر، هذه ثلاثة أشياء كلها غير محققة الوجود مستقبلاً، فلو اشترى شخص مثلاً لبناً في ضرع واتفقنا على ثمنه بمبلغ معين، فالمشتري والبائع لا يعلم عن هذا الذي في الضرع هل هو انتفاخ لورم فيه وليس لبناً قطعاً، أو أنه دم في الضرع، أو أن اللبن قليل أو كثير، أو غير ذلك، فإن لم يكن لبناً فقد حصل الغبن على المشتري ودخل عنصر الغرر الكثير، وإن كان اللبن قليلاً فهو نفس الغبن عليه، وإن كان اللبن كثيراً فالغبن على البائع، ودخل عليه الغرر، وفي كل الصور الغرر واقع على الطرفين، لذا لا يجوز في مثل هذه الصورة، ومثله الحمل في البطن، فقد يكون حملاً، وقد لا يكون حملاً، وقد يكون الحمل مفرداً، وقد يكون توأمين، وقد يكون حياً، وقد يكون ميتاً، وقد يكون ناقص الخلقة وقد يكون تامها، وقد يكون حسن الخلقة وقد يكون قبيحها، إلى غير هذه الاحتمالات المتوقعة، فمن هنا يدخل الغرر، والغرر إما على البائع إذا كان الحمل حسناً، أو توأمين، وأما على المشتري إذا لم يكن حملاً أو كان الحمل قبيحاً أو نحو ذلك، لأن الثمن قد تعين ولم يحصل البائع ولا المشتري على مقابل ما دفعه بحسب الاتفاق، أو حصل عليه أحدهما بخلاف ما كان يتوقع الطرف الآخر فهو ضرب من المقامرة ومن ثم لا يجوز، ومثله السمك.

إنما لو اشترى المشتري الشيء كاللبن مثلاً بمقدار محدد بعد خروجه من الضرع كل كمية منه بثمن معين، فهذا ما ليس فيه غرر مؤثر يوجب الجواز.

(1) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 52-53.

وبشأن التفريق بين الجهالة والغرر، فإن تحديد الجهالة من الغرر مسألة هامة لنعلم مدى تأثير كل منهما، فنعلم ما دخله الغرر وما دخلته الجهالة، وقد بحث الكلام في هذا الموضوع صاحب "الموافقات" بقوله: "اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداها موضع الأخرى، وأصل الغرر هو: الذي لا يدري هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء، والسماك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كفه، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو؟ فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الأبق المعلوم قبل الإباق، لا جهالة فيه وهو غرر، لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟ والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت شاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به، وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الأبق المجهول الصفة قبل الإباق، ثم إن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء، في الوجود كالأبق قبل الإباق، والحصول إن علم الوجود، كالطير في الهواء، وفي الجنس كسلعة لم يسمها، وفي النوع كعبد لم يسمه، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصة، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها، فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة، تم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام:

- كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء.
- وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة.
- ومتوسط اختلف هل يلحق بالأول أو الثاني فلارتفاعه عن القليل الحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير الحق بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة<sup>(1)</sup>.

(1) الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ج3، ص265.

وقضت محكمة تمييز العراق بأن: "الحكم المميز قد صدر برد دعوى المدعي المميز لعدم صحة التزام المدعى عليه المميز عليه في الورقة المؤرخة 1996/2/27 لمخالفة ذلك الالتزام النظام العام، وحيث أن ما تعهد به المدعى عليه لم يكن معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ولم يكن ملزماً قانوناً فيكون التزامه باطلاً بحكم المادة (128) مدني ويكون الحكم المميز موافقاً للقانون من حيث النتيجة"<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تعيين المبيع في القانون المدني العراقي:

تختلف طريقة تعيين المبيع في عقد البيع باختلاف طبيعته، وما إذا كان حاضراً في مجلس العقد أو لا، وذلك بحسب الآتي:

1. إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات، أي من القيميات وهي الأشياء التي تتفاوت آحادها وتختلف اختلافاً يعتد به على نحو لا يقوم بعضها مقام بعضها الآخر في الوفاء، فإن كان الشيء حاضراً أي موجوداً وقت التعاقد، فتكفي الإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، أما إذا كان غير حاضر وقت التعاقد، فيجب وصفه وصفاً دقيقاً يبين ما يتميز به عن غيره<sup>(2)</sup>. فإذا باع شخص سيارة، فيجب عليه أن يبين نوعها وتاريخ صنعها، وإذا كان لدى البائع أكثر من سيارة من نوع واحد، فيجب أن يبين كذلك رقمها الذي يميزها عن غيرها من السيارات، ومثلاً: إذا قال شخص لآخر: بعتك هذه السيارة أو هذا الحصان بكذا، وقبل الآخر فالعقد ينعقد، وإذا وصف المبيع في هذه الحالة وكان الوصف مغايراً لحقيقة المبيع فلا عبرة بالوصف بخلاف ما إذا لم يكن المبيع موجوداً عند العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (161) مدني عراقي بأن: "الوصف في

(1) تمييزي حقوق عراقي رقم 1997/1273، تاريخ 1998/7/22، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية،

العدد الرابع، المجلد الثاني عشر، ص118.

(2) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص172-173.

الحاضر لغو وفي الغائب معتبر". وقضت محكمة تمييز العراق بأن: "العبرة في تعيين المبيع هي الوصف الوارد في عقد البيع"<sup>(1)</sup>.

2. إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع؛ أي من المثليات وهي الأشياء التي تتفق آحادها أو تختلف اختلافاً بسيطاً لا يعتد به، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعضها الآخر في الوفاء<sup>(2)</sup>، فإذا كان المحل من هذا النوع حاضراً فتكفي الإشارة إليه، أما إذا كان غائباً فيجب تحديد كميته ونوعيته<sup>(3)</sup>.

3. إذا كان المحل مبلغاً من النقود؛ فبالإضافة إلى ما أورده المشرع العراقي من قواعد تتعلق بتعيين الشيء المثلي، يجب مراعاة نص المادة (162) من القانون المدني الذي يقضي بأنه: "إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً، لزم بيان قدر عددها المذكور في التصرف دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر"<sup>(4)</sup>.

(1) تمييز حقوق عراقي رقم 99/1583، تاريخ 2000/5/17، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، المجلد الخامس عشر، 2001، ص 266.

(2) انظر: نص المادة (1/64) مدني عراقي.

(3) يتم تحديد الكمية ببيان مقدارها بوحدها الكمية المخصصة لكل نوع من أنواع المثليات وهي العد، والكيل، والوزن، والقياس... إلخ، أما النوعية ففي حالة عدم تحديدها يتم الرجوع في تحديدها إلى العرف أو التعامل السابق بين طرفي العقد أو بالنظر إلى الثمن الذي دفعه المشتري مقابل المبيع.

(4) من الملاحظ وجود مشكلات قد تطرأ في حالة أن كان المحل مبلغاً من النقود، نذكر منها: 1- مشكلة تغير قيمة العملة أو النقد للارتفاع أو الانخفاض في الفترة الواقعة ما بين إبرام العقد وما بين تنفيذ الالتزام الناتج عنه والمتمثل بدفع مبلغ من النقود، والمهم هنا أن القانون المدني العراقي ذهب إلى إلزام المدين بالوفاء بعدد النقد المذكور في العقد ودون النظر إلى تغير قيمته عند الوفاء (المادة 162 مدني)، 2- مشكلة عدم تحديد المحل إن كل نقداً تحديداً كاملاً، وذلك بأن يغفل الطرفان تحديد نوع النقد الذي يجب فيه الوفاء، وإن تم تحديد جنس هذا النقد، كأن يكون مثلاً (... دينار)، وهنالك أكثر من نوع من الدينارين متداول في السوق، هنا المشرع العراقي لم يضع قاعدة عامة عند بحثه لشروط محل العقد، ولكن بالرجوع إلى نص المادة (527) من القانون المدني الذي يقضي بأنه: إذا حدد الثمن بنوع من النقود وكانت له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولاً في مكان البيع، ومع ذلك نقول أن هنالك حالات يأخذ فيها المشرع بالعرف أو تغليب الحالة السائدة في مكان معين أو تفسير نية طرفي العقد لتحديد نوع النقد". انظر: الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص 191-192.

ومهما يكن من أمر، فإن شرط التعيين أو القابلية للتعيين في محل عقد البيع المبرم عبر الإنترنت يتمتع - بالإضافة إلى ما ذكرناه بخصوص هذا الشرط لمحل أي عقد بشكل عام - بشيء من الخصوصية، فإذا علمنا أن وصف محل العقد المبرم عبر الإنترنت يتم عادة على الخط أي على الشبكة نفسها، فإنه غالباً ما يكون مصحوباً بصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي، كما يلاحظ أن المتعاقد المحتمل قد يتلقى بعض الرسائل الإلكترونية عبر الشبكة والتي تتضمن تأكيداً لنوع وصفات كل ما يتعلق بمحل العقد المزمع إبرامه، ويبدو أن هذه العملية تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاماً قانونياً يقع على عاتق طرف العقد الآخر المدين بالمحل، ومع ذلك نقول أن عملية وصف الحل قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاماً من الطرف المدين به يؤديه عبر ضمان جودة المحل وصحة ودقة ومطابقة الصفات المطلوبة فيه والمنصوص عليها في العقد المراد إبرامه عبر الإنترنت، وعلى الرغم من ذلك تجدر الإشارة إلى أن المدين بالمحل في العقد المبرم عبر الإنترنت قد يحرص على التأكيد - من خلال ذلك العقد - على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المحل بأكبر قدر من الدقة والعناية وبين ما هو عليه ذلك المحل في الواقع، عبر النص صراحةً على ذلك في أحد بنود العقد المزمع إبرامه بينهما، وذلك درءاً لأي مسؤولية قد تترتب عليه، وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن أي غلط قد يقع في المحل خاصة إذا وردت عبارة نرجو قراءة أوصاف المحل بعناية، ومع ذلك نقول أنه إذا كان بوسع طرف العقد المبرم عبر الإنترنت المدين بالمحل أن يضع مثل ذلك الشرط الذي يعفيه من المسؤولية دائماً، إلا أن ذلك لا يسري في حالة الغش أو الخطأ الجسيم المرتكب من قبله، ويلاحظ عموماً أن بعض العقود على الشبكة قد تتضمن بنداً يعرف بالضمان الصريح للمحل، ومثال ذلك التعاقد بناءً على تقديم عينة من محل العقد المزمع إبرامه تعتبر بمثابة صورة - أو نموذج - تدل على صفات المحل النهائي للعقد، وفي هذه الحالة يجب أن تتم المطابقة بين المحل

النهائي والعينة المقدمة، وهذا ضمان يقع على عاتق المدين بالمحل، ومهما يكن من أمر يمكننا القول أن وصف المحل بتفصيل وعناية ودقة بالغة على شبكة الإنترنت يمكن أن يعد من قبيل ضمان المطابقة ولو لم يرد أي بند بخصوص ذلك في العقد المزمع إبرامه، ويقاس ذلك بقدر تأثير هذا الوصف على إرادة الطرف الذي يرغب بإبرام ذلك العقد عبر الإنترنت<sup>(1)</sup>.

4. وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود، ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل، كان البيع باطلاً<sup>(2)</sup>؛ فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع، جاز أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل، وقد نصت المادة (2/514) مدني عراقي بأنه: "2- ويصح بيع الأشياء والحقوق المستقبلية إذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والضرر". فيجوز بيع الأشياء المستقبلية، كالمحصولات قبل أن تثبت، بثمن مقدر بسعر الوحدة أو مقدر جزافاً<sup>(3)</sup>، ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود، وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود، كما إذا باع شخص نتاج ماشية، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتاج<sup>(4)</sup>.

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك، وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها، ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه، بل قبل أن يبدأه، ويبيع

(1) انظر: مجاهد، أسامة (2003). التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص114.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص19.

(3) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص192.

(4) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص289.

مقاول الحق الذي له في مقابله لم ترس عليه بعد، فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل، وهي صحيحة، وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي.

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة أنواعاً من التعامل في الشيء المستقبل، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهنًا رسمياً أو رهنًا حيازياً<sup>(1)</sup>. وقد يحرم جميع أنواع التعامل في شيء خاص من المال المستقبل، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية<sup>(2)</sup>.

وقضت محكمة تمييز العراق بأن: "بيع المستقبل جائز قانوناً شريطة أن يتضمن الاتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفاً دقيقاً للمراد ببيعه والثمن المتفق عليه وفقاً لأحكام القانون المدني"<sup>(3)</sup>.

وقد يقيد التباعد في شيء محتمل الوجود، كما فعل المشرع العراقي في بيع الحقوق المتنازع فيها، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها<sup>(4)</sup>.

5. إن تعيين المبيع إذا لم يكن معيلاً بالذات يحصل بالتقدير، وقد يكون البيع جزافاً، كذلك قد يختار المتعاقدان طريقة النموذج لتعيين المبيع، وقد نظم المشرع العراقي هذه المسائل بنصوص قانونية خاصة، سأتناولها تباعاً.

#### أ. تعيين المبيع في حال البيع بالتقدير والبيع الجزاف:

تنص المادة (515) مدني عراقي بأنه: "يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات كميلاً ووزناً وعدداً وذرعاً، كما يصح بيعها جزافاً، ويعتبر البيع جزافاً حتى ولو وجب لتحديد الثمن تعيين مقدار المبيع".

(1) انظر: المادة (1287، 1325) مدني عراقي.

(2) انظر: المادة (2/129) مدني عراقي.

(3) تمييز حقوق عراقي رقم 2004/104، تاريخ 2004/3/16، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد الأول، المجلد الثامن عشر، ص 314-315.

(4) انظر: المواد (593 - 596) مدني عراقي.

يتضح من النص المتقدم، أن المبيع إذا كان من المثليات "وهي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"<sup>(1)</sup>، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً أو ذرعاً، فإذا باع شخص من آخر مائة أوقية من السكر، فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن، أو باع ستين طناً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل، أو مائتي ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد.

إن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقاس أو عدد أو ذراع، كان البيع بالتقدير، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً أو ذرعاً، ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب فيه التسليم، ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحضر من المشتري أو نائبه"<sup>(2)</sup>.

وقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه: "إذ عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة فإذا كان المبيع لا يضره التبعض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عيناً والنقص من حسابها..."<sup>(3)</sup>.

وإذا كان الشيء مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات، فالبيع جزاف، فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو

(1) انظر: نص المادة (1/64) مدني عراقي.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 227.

(3) تمييز حقوق عراقي رقم 2000/1013، تاريخ 2000/11/13، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، المجلد السادس عشر، 2002، ص 804-805.



القماش أو البيض التي توجد في مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً، فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير، بل يكون جزافاً<sup>(1)</sup>.

وبيع الجزاف هو ذلك البيع الذي يرد على مجموعة أشياء دون أن يحدد مقدارها بالوسائل المعتادة، وإنما يحدد بالمكان الذي توجد فيه<sup>(2)</sup>. وقد نصت المادة (141) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "الجزاف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير".

والحكم القانوني لهذا البيع هو أنه بيع صحيح، لأنه يتفق مع القواعد العامة المتعلقة بتعيين المحل، كل ما في الأمر أن مقداره لم يحدد بالطرق المعتادة كالوزن والعد والقياس، وإنما حدد بواسطة المكان الذي يوجد فيه المبيع، وهي طريقة تنفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، ذلك أن بيع الجزاف يغني عن ذكر مقدار المبيع ولكنه لا يغني عن ذكر أوصافه<sup>(3)</sup>.

وقد نصت المادة (217) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعدداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً أيضاً، مثلاً لو باع صبرة حنطة أو كرم تين أو أجر أو حمل قماش جزافاً صح البيع".

ويرد هذا النوع من البيوع على الأشياء المثلية فقط لأنها هي وحدها التي يستلزم تعيينها

بيان المقدار<sup>(4)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن البيع يعدّ جزافاً حتى ولو كان تحديد مقدار الثمن متوقفاً على مقدار البيع، كما لو باع شخص كل صناديق التفاح الموجودة في المخزن على أن يكون سعر الصندوق الواحد عشرة دنانير، فالبيع هنا يبقى جزافاً لأن مقدار المبيع تحدد بالمكان وهذا هو المهم، والفرق

(1) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 293.

(2) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 50.

(3) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 233.

(4) وقد ذكر المشرع العراقي في المادة (515) مدني الأشياء التي يصح فيها بيع الجزاف وهي: المكيلات، والموزونات، والمعدودات، والمذروعات، كلها أشياء مثلية.

بين هذه الحالة والحالات التي سبقتها هو أن الثمن غير محدد وإنما قابل للتحديد على أساس سعر الوحدة<sup>(1)</sup>.

إن ملكية المبيع في البيع الجزاف تنتقل إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات، وعليه فهي تنتقل بمجرد تمام العقد، وهذا أمر طبيعي لأن المبيع جزافاً هو مبيع معين بذاته من خلال المكان الذي يحويه<sup>(2)</sup>.

وهذا بخلاف بيع التقدير، فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد المبيع وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً أو ذرعاً<sup>(3)</sup>. أي أنه ينتقل بذات طريقة انتقال الملكية في الأشياء المعنية بنوعها وليس كما هو الحال في الأشياء المعنية بذاتها بالنسبة للبيع الجزاف.

وقد مر معنا عند بحث هذه المسألة في الفقه الإسلامي أن أئمة المذاهب الأربعة اتفقوا على جواز بيع الصبرة جزافاً، والصبرة هي ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن، كما اتفقوا على صحة بيع الجزاف إذا كان البدلان من جنسين مختلفين، أما إذا اتحد جنس البدلين فلا يصح بيع الجزاف لاشتمال العقد على الربا، وذلك لوجود مظنة الزيادة والنقصان، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه.

#### ب. تعيين المبيع في حال البيع بالنموذج:

تنص المادة (518) مدني عراقي بأنه: "1- الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها، فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه، كان المشتري متميزاً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع، 2- فإذا تعيب النموذج أو هلك في

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص124.

(2) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص51.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص21.

يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ فيه، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً، أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له".

قد يتفق الطرفان على أن يكون البيع على أساس نموذج يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها، وهذا البيع يعتبر بيعاً باتاً وفقاً للرأي الراجح<sup>(1)</sup>.

يلاحظ من خلال النص المتقدم أن المبيع في البيع بالنموذج يكون معيناً ومعلوماً لدى المشتري تعييناً وعلماً كافياً لمجرد اطلاعه على النموذج، وعلى ذلك إذا لم يسلم البائع مبيعاً مطابقاً للنموذج فليس معنى هذا أن المشتري لم يكن عالماً بالمبيع علماً كافياً، ومن ثم لا يجوز له التمسك بالمادة (518) مدني عراقي بالمطالبة بفسخ البيع بدعوى عدم العلم بالمبيع.

وإذا ثار الخلاف مع وجود النموذج فيما إذا كان المبيع مطابقاً له أو غير مطابق، فعلى البائع إثبات أن المبيع مطابق للنموذج ويجوز الالتجاء إلى الخبراء في ذلك.

أما إذا هلك النموذج، فينبغي التفرقة، وفقاً لنص المادة (518) مدني عراقي بين ما إذا كان النموذج في يدي المشتري أو في يد البائع، فإذا كان النموذج في يد المشتري ثم هلك ولو بغير خطأ منه ثم ادعى أن المبيع غير مطابق للنموذج، فعليه هو أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، وإذا كان النموذج في يد البائع ثم هلك ولو بغير خطأ منه وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها، فعلى البائع أن يثبت المطابقة بكافة طرق الإثبات أيضاً<sup>(2)</sup>.

ويجب على البائع أن يقدم شيئاً مطابقاً للنموذج، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أي جزء منه لا يكون مطابقاً له، حتى ولو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من النموذج ذاته، فإذا لم يكن المبيع مطابقاً للنموذج، كان للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني، فيجبر البائع على

(1) انظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص235؛ ومرقس، سليمان، مرجع سابق، ص290.

(2) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي.

تسليمه شيئاً آخر مطابقاً للنموذج، ويستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، وللمشتري كذلك بدلاً من طلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه إن كان له محل، وذلك وفقاً للقواعد العامة<sup>(1)</sup>، وأخيراً يستطيع المشتري أن يقبل المبيع غير المطابق للنموذج ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للنموذج<sup>(2)</sup>.

لا يتم البيع - كما رأينا - إلا إذا كان الشيء المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة بالقدر الذي يميزه عن غيره، ومن ثم يمنع الجهالة الفاحشة، بل إن بعض التشريعات اتجهت إلى منع الجهالة اليسيرة أيضاً، فاشتطت علم المشتري بالشيء المبيع علماً كافياً، ومنها: القانون المدني الأردني في المادة (466) بقوله: "1- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة، 2- يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه".

يتضح من هذا النص أنه في حالة كون المبيع ليس حاضراً لدى المتعاقدين، فإن البيع يتم على أساس بيان أحواله وأوصافه المميزة له، كأن تكون سيارة فيذكر أنها من نوع كذا وموديل الصنع سنة كذا، وسعة المحرك كذا، وكذلك قوته، وغير ذلك، أما إذا كان المبيع حاضراً فليس هناك داع لبيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإنما تكفي الإشارة إليه، فيقول البائع للمشتري: بعتك هذا التلفاز مثلاً، فيقول المشتري قبلت.

(1) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص 166.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 237.

لا بدّ إذن أن يكون المبيع معيناً بذاته أو بنوعه، ويحق للمشتري الذي لم يتوفر له العلم الكافي بالمبيع أن يطلب فسخ العقد، وقد يثبت للمشتري خيار الرؤية إذا لم يرَ المعقود عليه، فإن رأى المشتري الشيء المبيع وسكت بحيث يفهم من سكوته رضاه بالمبيع، فقد سقط خياره، لكنه إذا أعلن أن المبيع ليس على النحو المطلوب، فيعد العقد غير لازم بالنسبة له، ويستطيع المطالبة بفسخه<sup>(1)</sup>.

وفي هذا السياق، تنص المادة (517) مدني عراقي بأنه: "1- من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره، 2- والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق".

### ثالثاً: تعيين الثمن في عقد البيع:

بما أن عقد البيع من عقود المعاوضة وهو عقد ملزم للجانبين، فمن بين التزامات المشتري هو دفع الثمن، فالثمن هو محل ثاني في عقد البيع، فما المقصود بالثمن؟ وما طريقة تعيينه؟

#### 1. تحديد المقصود بالثمن:

يعرف المشرع العراقي الثمن في المادة (526) مدني بأنه: "1- الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة".

يتضح للباحث من النص المتقدم أن المشرع العراقي قد أخذ بالمعنى الواسع للثمن، فشمّل الثمن بنوعيه: النقدي والعيني، إلا أن المشرع العراقي مع ذلك عالج موضوع الثمن بطريقة تتسجم مع الثمن النقدي.

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص204.

ويعرف جانب من الفقه القانوني<sup>(1)</sup> الثمن بأنه: "مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه في مقابل انتقال الحق بالمبيع إليه".

فالثمن هو جزء من جزئي محل عقد البيع وهو - أي الثمن - المقابل للمبيع، ويكون من كل أنواع المال سواء النقود، أو المكيلات، أو العدديات، أو الموزونات، أو غيرها من الأعيان<sup>(2)</sup>.  
 "والثمن نوعان: ثمن مسمى، وثن مثلي قيمي، فالثمن المسمى: هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع وسواء أكان مطابقاً للثمن الحقيقي للسلعة أو ناقصاً أو زائداً عنه، وأما الثمن المثلي أو القيمة للشيء فهو: الثمن الحقيقي للسلعة المباعه دون زيادة ولا نقصان"<sup>(3)</sup>.

## 2. طريقة تعيين الثمن في عقد البيع:

ألزم المشرع العراقي بأن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة<sup>(4)</sup>.

لذا، يجب أن يتفق المتعاقدان في عقد البيع على الثمن بأن يعينا تعييناً كافياً لا يدع مجالاً للمنازعة في مقداره مستقبلاً، وإلا خلا العقد من أحد أركانه الجوهرية، ومن ثم لا ينعقد بسبب ذلك.

ولم يبين المشرع العراقي كيف يكون الثمن معلوماً؟

لذا، "يرى جانب من الفقه القانوني العراقي بأن المشرع العراقي لم يكن موقفاً في نص المادة (2/526) ويرى بأن الثمن حين البيع يكون معلوماً بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً، وبيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً"<sup>(5)</sup>.

(1) خضرة، خميس (1999). العقود المسماة، دار الفكر العربي، مصر، ط1، ص94.

(2) الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص84.

(3) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص625.

(4) انظر: نص المادة (2/526) مدني عراقي.

(5) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص213.

وفي البيع المطلق أوجب المشرع العراقي أن يكون الثمن مقدراً بالنقد<sup>(1)</sup>، وهو الغالب، ولكن قد يكون تعيين الثمن تعييناً ضمناً، وقد يكفي في تعيينه ببيان الأسس التي يقوم عليها حسابه، وهذا ما صرحت به المادة (1/527) مدني عراقي بأنه: "... ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد".

والغالب أن يعين الثمن صراحةً في عقد البيع بمبلغ محدود من النقود، ولكن قد يكون تعيين الثمن تعييناً ضمناً، وقد يكفي في تعيينه ببيان الأسس التي يقوم عليها حسابه. والأصل أن للعاقدين حرية مطلقة في تحديد الثمن، غير أن المشرع يفرض أحياناً على هذه الحرية قيوداً تقتضيها المصلحة العامة.

هذا النص يفيد أنه لا يشترط أن يكون الثمن معيناً في العقد وأنه يكفي أن يبين العقد الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتعيين فيما بعد، فيجوز الاتفاق على أن يحسب الثمن بإضافة ربح معين إلى الثمن الذي اشترى به البائع أو إلى ثمن "التكلفة"، أو أن يحسب الثمن على أساس متوسط الأثمان التي باع بها البائع في يوم أو في أسبوع معين<sup>(2)</sup>. أو على أساس التسعيرة الرسمية في تاريخ البيع أو تاريخ التسليم، أو على أساس سعر السوق في تاريخ معين.

ويشترط في كل ذلك أن تكون الأسس المبينة بحيث تسمح بتعيين الثمن على وجه لا يثير خلافاً أو منازعة، وإلا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلاً للتعيين.

فمثلاً، إذا اتفق العاقدان على أن ينقل البائع ملكية المبيع إلى المشتري مقابل قيمته أو في مقابل ثمنه العادل، فإن ذلك لا يكفي لاعتبار الثمن قابلاً للتعيين، لأنه يدع مجالاً كبيراً للاختلاف على تقدير الثمن، وهو يعدل عدم الاتفاق على ثمن، فلا ينعقد البيع<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: نص المادة (1/527) مدني عراقي.

(2) الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب، مرجع سابق، ص 264.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 165.

"وكذلك لا يكفي الاتفاق على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشتري به أي شخص آخر، لأن ذلك يفتح باب الغش والتواطؤ مع الغير على أن يتقدموا للشراء بسعر صوري مرتفع حتى يصير هذا السعر ملزماً للمشتري، وإذا كان مثل هذا الشرط جائزاً في الوعد بالترفضيل، فلأن هذا الوعد لا يقيد الموعد له بل يخوله الحق أن يقبل الشراء بالثمن الذي يعرض غيره أن يشتري به أو لا يقبل، ويجوز أن يعتبر عقد البيع الذي يرد فيه مثل هذا الاتفاق على الثمن مجرد وعد بالترفضيل"<sup>(1)</sup>.

"وإذا اتفق على أن يترك تحديد الثمن لأحد العاقدين، فإن كان المقصود أن يكون ذلك العاقد حراً في تحديد الثمن أو عدم تحديده وفي المبلغ الذي يحدده، فإن هذا الاتفاق لا يكفي ولا ينعقد به العقد لأنه يعلق العقد وما ينشأ عنه من التزامات على محض مشيئة ذلك العاقد، أم إذا كان المقصود به أن يتولى ذلك العاقد تحديد الثمن دون إبطاء وأن يكون تحديده إياه أساس عادل بحيث أو أبطأ أو خالف العدالة، جاز للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لتحديد الثمن، كان ذلك كافياً لاعتبار الثمن قابلاً للتعيين، ولا يعتبر هذا الشرط إرادياً محضاً ما دام يجوز التغلب على إرادة العاقد باللجوء إلى المحكمة"<sup>(2)</sup>.

ومن أهم الاتفاقيات التي تجعل الثمن قابلاً للتعيين في القانون المدني العراقي، الاتفاق على البيع بسعر السوق، وكذا الثمن الذي اشترى به البائع (بيوع الأمانة).

#### أ. الاتفاق على البيع بسعر السوق:

إذا اتفق على حساب الثمن وفقاً لسعر السوق في تاريخ معين، كان ذلك كافياً لجعل الثمن قابلاً للتعيين ولانعقاد العقد.

(1) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 360.

(2) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 363.



ولأن هذا الاتفاق كثير التداول عملاً، رأى المشرع العراقي أن ينص على حكمه وأن يبين تفاصيل تطبيقه، فنص في المادة (2/527) مدني على أنه: "وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

يبين من ذلك أنه إذا تم الاتفاق على البيع بسعر السوق، وكان الطرفان قد عينا مكان السوق والتاريخ الذي يعتبر السعر فيه أساساً لتحديد الثمن، وجب العمل بما اتفقا عليه، وإذا لم يعينا شيئاً من ذلك وتعذر الاستهداء إلى نيتهم في شأنه، اعتبر أنهما قصداً الإحالة على سعر السوق في المكان الذي يجب فيه تسلمي المبيع وفي اليوم المعين للتسليم، والمكان الذي يجب فيه التسليم هو المكان الذي اتفق عليه لذلك، فإن لم يوجد اتفاق في هذا الشأن كان هو المكان الذي وجد فيه المبيع وقت نشوء الالتزام إذا كان المبيع معيناً بالذات، وإلا فالمكان الذي يوجد فيه موطن البائع وقت وجوب التسليم أو الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقاً بهذه الأعمال<sup>(1)</sup>.

وإذا اتفق على وجوب إيصال المبيع للمشتري، اعتبر مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري، ووجب الاعتماد على سعر السوق في هذا المكان.

وإذا لم يوجد في المكان المتفق عليه أو الذي يجب فيه التسليم سوق يستبين منها سعر المبيع، وجب الرجوع إلى سعر السوق التي يقضي العرف الجاري في هذا المكان بالاعتماد عليه في مثل هذه الأحوال.

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص 294.

## 2. الثمن الذي اشترى به البائع:

تنص المادة (530) مدني عراقي بأنه: "1- يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكاً أو وضعية، 2- والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه، 3- ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة".

### وهناك بيع المرابحة والوضعية والتولية والإشراك:

وتعرف هذه الأنواع الأربعة من البيوع في الفقه الإسلامي باسم "بيوع الأمانة"، ويراد بها تلك البيوع التي يحتكم فيها المشتري إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته فيشتري منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع هذه السلعة، فأما أن يزيد البائع على الثمن الأصلي مقداراً معلوماً وهذا هو بيع الوضعية، أو يبيع السلعة بمثل ثمنها الأصلي دون زيادة أو نقصان وهذا هو بيع التولية، أو يبيع جزء منها بما يقابل هذا الجزء من الثمن الأصلي وهذا هو بيع الإشراك<sup>(1)</sup>. يتضح من النص المتقدم أنه يصح البيع دون تعيين الثمن إذا كان قابلاً للتعيين على أساس الثمن الذي اشترى به البائع، وذلك بشرط أن يكون هذا الثمن مع مقدار الزيادة أو النقصان معلومين حين العقد.

"وبالإضافة إلى بيان مقدار الثمن الذي اشترى به البائع ومقدار الزيادة أو النقصان يجب على هذا الأخير بيان كل أمر ذي تأثير في المبيع أو رأس المال والا جاز للمشتري فسخ العقد، ومن الأمثلة على ذلك يجب على البائع أن يبين فيما إذا كانت السلعة قد بقيت عنده على حاله أو أصيبت بعيب، وفيما إذا كان الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً، وفيما إذا دفع الثمن نقداً أو بدين

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص166.

له على البائع، وغير ذلك من الملابس التي من شأنها أن تؤثر على رضا المشتري بالصفحة<sup>(1)</sup>.

"ومن الأمثلة على هذه البيوع كما لو باع شخص سيارته بالثمن الذي اشتراها به، وبين مقدار هذا الثمن للمشتري، أو حصل الاتفاق على أن يبيعها له بثمنها مع زيادة بمقدار ألف دينار أو بمقدار 5% من ثمنها، أو مع نقصان بمقدار ألف دينار"<sup>(2)</sup>.

هذا ولا يشترط أن يكون تعيين الثمن أو تعيين الأسس التي تؤدي إلى تحديده تعييناً صريحاً، بل يجوز أن يكون تعييناً ضمناً، وقد نصت المادة (528) مدني عراقي على أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوي اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما". فإذا اعتاد تاجر التجزئة مثلاً أن يطلب من تاجر الجملة كل يوم أو كل أسبوع قدراً معيناً من سلعة دون أن يحدد له الثمن، فيستفاد من ذلك أنه قصد ضمناً أن يكون الثمن هو الثمن الذي جرى به التعامل بينهما ما دام البائع لم ينبه على عميله برفع هذا الثمن.

من المعلوم أن الثمن ركن في عقد البيع لا يقوم إلا به، وفي حالة عدم تحققه لا يمكن وصف العقد بالبيع، لكن المتعاقدين قد لا يحددان الثمن وقت العقد، ويقتصران على بيان الأسس التي يتحدد الثمن بناءً عليها في وقت لاحق، تحديداً يمنع النزاع وينفي الجهالة، ومن ثم فإن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن عند العقد، واعتماد بعض الأسس التي يتحدد بمقتضاها مستقبلاً لا يجعل العقد باطلاً طالما أمكن استخلاص ذلك من الملابس المحيطة بالعقد.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 373.

(2) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص 69.

إن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن في العقد يتوقف على إمكانية هذا التحديد فيما بعد من عدمه، فإن لم يكن ممكناً تحديد الثمن، فالبيع باطل لتخلف ركن الثمن، وإن كانت الأخرى وأمكن تحديد الثمن كان العقد صحيحاً، فالعقد يعدّ صحيحاً بالرغم من سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن وقت العقد، طالما قد حدداً أسساً لاحتساب ذلك مستقبلاً أو أمكن استخلاص ذلك من إرادتهما<sup>(1)</sup>.

ويعد الثمن غير قابل للتحديد إذا سكت عن بيانه المتعاقدان، ولم يحدداً بعض الأسس التي يمكن تقديره بناءً عليها فيما بعد، ولم يكن هناك من الملبسات التي يستفاد منها هذا التحديد، ففي كل هذه الحالات لا نستطيع القول إن المتعاقدين قد ارتضيا ثمناً معيناً، ومن ثم يكون العقد باطلاً لانعدام الثمن.

وعلى العكس يكون الثمن قابلاً للتقدير، إذا سكت المتعاقدان عن تحديده، ولكنهما حدداً الأسس التي يتم بمقتضاها هذا التقدير، أو كانت هناك من الملبسات ما يبيح على ذلك، كاعتماد العر المتداول في التجارة أو الذي جرى عليه التعامل بينهما، عندئذ يفسر سكوت المتعاقدين على انصراف نيتهما إلى اعتماد الثمن المحدد حسب الأسس المتفق عليها سواء كان ذلك صراحةً أو ضمناً<sup>(2)</sup>.

ومن الأسس التي يقول بها الفقه والتي يعتمد عليها في تقدير الثمن عند سكوت المتعاقدين، سعر السوق والثمن الذي اشترى به البائع، وأيضاً السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين، أو قد يحدداً شخصاً أو عدة أشخاص ليقوموا بهذا التقدير<sup>(3)</sup>.

(1) منصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص 168.

(2) انظر: المادة (528) مدني عراقي.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 195؛ ومرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 368.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة تمييز العراق بأنه: "من الجائز أن يعين ثمن الأرض على أساس المتر المربع سواء أكان الثمن محدداً لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع"<sup>(1)</sup>.

ووفقاً للمادة (1/31) مدني عراقي يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز العراق بأنه: "ظهر من اعتراف المدعين المميزين بأنهما كانا قد باعا السيارة التي ادعيا ملكيتها إلى الشخص المدعو - وهذا قد باع السيارة إلى الغير رغم اشتراطهما عليه بعدم بيعها قبل تسديد ثمنها كاملاً بموجب مقابلة تحريرية بينهما لذلك يطلبان رفع الحجز الاحتياطي الموضوع عليها من قبل الغير وتسليمها إليهما، وحيث أن هذا الشرط لا أثر له في هذه المقابلة لمنافاته لمقتضى العقد وبذا يكون القرار المميز القاضي برد دعوى المميزين موافقاً للقانون"<sup>(2)</sup>.

(1) تمييز حقوق عراقي رقم 98/118، تاريخ 1999/10/24، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد السادس، المجلد الثالث عشر، ص 604.

(2) تمييز حقوق عراقي رقم 2007/245، تاريخ 2008/5/13، مجلة القانون والقضاء، وزارة العدل العراقية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص 124.

## الفصل الرابع

### تعيين المحل في عقد السلم

تكلم الفقهاء المسلمون عن عقد السلم المعروف لديهم منذ عصر ما قبل الإسلام وبيّنوا تعريفه وأحكامه ودلالاته الشرعية، ولم ينظم القانون المدني العراقي لم ينظم أحكام هذا العقد على الرغم من كثرة التعامل به في الواقع العملي، بخلاف القانون المدني الأردني فقد نظم أحكام عقد السلم على أنه تطبيق من تطبيقات عقد البيع.

لذا، سنبحث في موضوع تعيين المحل في عقد السلم في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني اتساقاً مع منهجية الدراسة التي أوضحنا فيها هذه المسألة. وعليه سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في المبحث الأول التعريف بعقد السلم، وفي المبحث الثاني سأبحث كيفية تعيين المحل في عقد السلم.

## المبحث الأول

### التعريف بعقد السلم

إن التعريف بعقد السلم يتطلب من الباحث بيان معنى السلم، ومشروعيته، وشروطه، وذلك في ثلاثة مطالب.

#### المطلب الأول: معنى السلم:

سأبحث معنى السلم لغةً، وفي الشريعة الإسلامية، ومن ثم في القانون وذلك ضمن ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول: معنى السلم لغةً:

من الناحية اللغوية السلم - بالتحريك - السلف، وأسلم إليه الشيء دفعه، وسمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفاً لتقديم رأس المال - الأول لغة أهل الحجاز، والثاني لأهل العراق<sup>(1)</sup>.

"والسلم في اللغة: أسلف في الشيء سلم، والسلف هو نوع من أنواع البيوع، حيث يعجل فيه الثمن وتحدد السلعة بالوصف إلى أجل معلوم، وقد أسلف في كذا واستلف منه دراهم وسلف أي أقرضه"<sup>(2)</sup>. والسلم والسلف معنى واحد<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: عمر، محمد عبد الحليم (2013). الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر، بحث تحليلي مقم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، مصر، ص13.

(2) لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص110.

(3) انظر: القضاة، زكريا محمد فالح (1984). السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر، عمان، ط1، ص21.

## الفرع الثاني: معنى السلم في الشريعة الإسلامية:

إن بيع السلم ببيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود، والإسلام نهى عن بيع المعدوم واعتبره باطلاً في الفقه الإسلامي، إلا ببيع السلم فقد استثنى من هذه القاعدة.

وعرفه الفقه الإسلامي بأنه: "بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم، ويسعى المشتري المسلم أو رب السلم، ويسعى البائع المسلم إليه، ويسمى المبيع المسلم فيه، ويسمى الثمن رأس مال السلم"<sup>(1)</sup>.

إن استثناء السلم من عدم جواز بيع المعدوم جاء تيسيراً للعباد ولحاجة الناس إليه وفقاً للشروط والقيود التي تخرجه من أن يكون بيع معدوم، لأن الاستثناء يجعله في حدود ضيقة وفقاً للحاجة إليه<sup>(2)</sup>.

وتعرض الفقه الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي لتعريف عقد السلم، على النحو التالي:

أ. الفقه الحنفي عرفه بأنه: "هو شراء أجل بعاجل يدفعه فوراً كان ذلك سلماً ويسمى المشتري "مسلم" والبائع "مسلم إليه" والمبيع "مسلم فيه" والثمن "رأس مال السلم" ولا يشترط بلفظ السلم أو لفظ السلف بل ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم أيضاً"<sup>(3)</sup>.

ب. أما الفقه المالكي فقد عرفه بأنه: "تقديم الثمن وتأخير المثلون، وقيل هو عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين"<sup>(4)</sup>.

ج. أما الفقه الشافعي فقد عرف السلم بأنه: "بيع شيء موصوف في الذمة"<sup>(5)</sup>.

(1) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص 99.

(2) محاسنة، نسرين، مرجع سابق، ص 315.

(3) نقلاً عن: القضاة، زكريا، مرجع سابق، ص 23.

(4) نقلاً عن: الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص 194.

(5) نقلاً عن: عمر، محمد عبد الحليم، مرجع سابق، ص 13.



د. أما الفقه الحنبلي فقد عرفه بأنه: "أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل"<sup>(1)</sup>.

وبالنظر في هذه التعريفات واستقرائها، يمكن أن نستنتج ما يأتي:

1. أن جميع التعريفات، وإن اختلفت صياغتها، إلا أن دلالتها واحدة، في أن السلم عملية مبادلة ثمن بمبيع، والثمن عاجل أو مقدم، والمبيع أجل أو مؤجل.
2. إن الخلاف بين التعريفات ينحصر في ذكر بعض القيود التي يراها فقهاء المذهب.

### الفرع الثالث: معنى السلم في القانون:

عرفت المادة (532) من القانون المدني الأردني السلم بأنه: "بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل".

من خلال ما تقدم، يلاحظ الآتي:

- 1" اعتمد هذا القانون على المذهب الحنفي في تعريف عقد السلم.
2. يعدّ عقداً فورياً فيتميز عقد السلم عن عقد البيع على الرغم من كونه تطبيقاً له من ناحية تأجيل تسليم المبيع في حين ينبغي تسليم محل عقد البيع لطرفيه فوراً أو بمجرد انعقاد العقد.
3. هو عقد معاوضة يعوض فيه كل طرف عن الشيء الذي يفقده.
4. هو عقد محدد المدة فينتهي العقد بانتهاء المدة المحددة باتفاق الطرفين أو حسب طبيعة محل العقد.
5. هو عقد ملزم للجانبين يرتب عقد السلم التزامات وحقوق على الطرفين، فيصبح كل طرف دائن ومدين للطرف الآخر بالوقت نفسه"<sup>(1)</sup>.

(1) نقلاً عن: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص103.

ومن القوانين العربية التي نظمت بيع السلم وأفردت له مواداً في قوانينها المدنية، قانون الموجبات اللبناني من المادة (487 - 492)، والقانون المدني الإماراتي من المادة (568) - (579)، والقانون المدني السوداني من المادة (217 - 222)، والقانون المدني اليمني من المادة (592 - 599)، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المواد من (380 - 387)، أما القانون المدني السوري فقد خلا من مثل تلك النصوص ويرجع ذلك إلى أن القانون السوري قد فتح الباب واسعاً أمام التعامل في الشيء المستقبلي، أما في القانون المدني العراقي أيضاً فلم ينظم القانون مواداً لعقد السلم ضمن نصوصه، على الرغم من تطبيقاته العملية في مناحي الحياة كافة، مثل: الزراعة، والتجارة، والصناعة وغيرها، و القانون المدني المصري لم يتعرض لنص خاص بعقد السلم، لأن بيع الشيء المستقبلي جائز ما دام أنه ممكن الوجود والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة، ويرى أن من الأصلح النص عليه في القوانين العربية التي لم تتناوله لما له من أهمية وتيسير لأموال الناس.

ورغم عدم تنظيم المشرع العراقي لبيع السلم، إلا أنه بالوقت ذاته أجاز التعامل بمحل معدوم وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل، فنصت المادة (1/129) مدني عراقي بأنه: "1- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر".

ويرى جانب من الفقه القانوني أن بيع السلم يعدّ متفقاً مع القواعد العامة الناظمة لمحل العقد وليس استثناءً عليها كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ويرى بأنه ليس هناك ضرورة تستدعي بحث السلم في قواعد خاصة<sup>(2)</sup>.

(1) محاسنة، نسرين، مرجع سابق، ص321-322.

(2) العبيدي، علي، مرجع سابق، ص173، والهامش (5) من الصفحة ذاتها.

ولأهمية بيع السلم فقد نظم القانون المدني الأردني بيع السلم ووضع تعريفاً له كما رأينا وشروطاً لصحته، فقد أفرد له المواد (من المادة 532 لغاية المادة 538) والتي جاء نصها على النحو التالي: "يشترط لصحة بيع السلم:

1. أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

2. أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه.

3. إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد".

المادة (534): "يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوماً قدرًا ونوعاً، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة لا تزيد عن بضعة أيام".

المادة (535): "يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه".

المادة (536): "إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ كان المشتري مخيراً بين انتظار وجوده أو فسخ البيع".

المادة (537): "إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة أو شاء انتظر حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلاً مليوناً يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله".

المادة (538):

1. إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشتري منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط

مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو

الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان

والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقاتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف.

2. وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع، وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء.

3. ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواءً أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه أو كان صورة التزام آخر مفصل أياً كان نوعه".

ومن نصوص المواد السابقة، يتضح للباحث أن القانون المدني الأردني قد اهتم ببيع السلم، وبيّن في نصوصه تعريف بيع السلم، وبيّن شروطه وأحكامه، وتطرق إلى تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل، وتطرق إلى موت البائع قبل حلول الأجل، وأعطى للمشتري خياران إما الفسخ ولما الانتظار لحين حلول الأجل، ثم نظم نظرية الاستغلال في السلم بأن عرفها ووضع شروط تطبيقها، وبيّن أثر توافر شروط هذه النظرية.

## المطلب الثاني

### مشروعية بيع السلم

لا بدّ ونحن نتحدث عن بيع السلم، من بيان مشروعيته في الشريعة الإسلامية من خلال بيان أدلة مشروعيته، وحكمة مشروعيته، وسوف أبحث هذه المسائل في فرعين.

#### الفرع الأول: أدلة مشروعية بيع السلم:

إن بيع السلم هو بيع جائز ومشروع، وقد أجز في الكتاب والسنة والإجماع بالأدلة التي

سنوضحها على النحو التالي كأدلة على مشروعيته:

أولاً : في الكتاب :

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا تَلَوْنَاهُ عَلَيْكُمْ فَكُنْ لَهُمْ سَمْعًا مَسْمُوعًا﴾<sup>(1)</sup>، وروى سعيد

عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه" ثم قرأ هذه الآية<sup>(2)</sup>.

ثانياً : في السنة :

روي عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة وأهلها يسلفون في الثمار السننتين

والثلاث فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>(3)</sup>.

"وروي أيضاً عن البخار عن محمد بن أبي المجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبد الله بن

شداد إلى عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى فسألتهما عن السلف فقالا: كنا نصيب

المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط "نصارى" من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير

والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك"<sup>(4)</sup>.

وروي أيضاً عن النبي ﷺ أنه نهى عن "بيع ما ليس عند الإنسان" ورخص في السلم<sup>(5)</sup>.

ثالثاً : في الإجماع :

أجمع جميع فقهاء العلم على جواز بيع السلم<sup>(1)</sup>، وهذا لأن المثمن في البيع أحد عوضي

العقد فيجوز أن يثبت في الذمة كالمثمن وخاصة أن مثل هذه البيوع فيها تيسير على الناس لحاجتهم

إليها<sup>(2)</sup>، وخاصة في مجالات الزرع والثمار والتجارة.

(1) سورة البقرة، الآية 282.

(2) نقلاً عن: كامل، موسى، مرجع سابق، ص 223؛ وأيوب، حسن، مرجع سابق، ص 192.

(3) متفق عليه، وورد في صحيح البخاري، باب السلم، رقم 2125.

(4) نقلاً عن: أيوب، حسن، مرجع سابق، ص 192.

(5) نقلاً عن: كامل، موسى، مرجع سابق، ص 223، وأشار إليه: حمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص 24.

## الفرع الثاني: حكمة مشروعية بيع السلم:

إن الشريعة الإسلامية الغراء تسعى دائماً لمنهجية التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات الإسلامية وتيسيراً للناس ولقضاء حوائجهم فيما يحتاجونه في حياتهم، فقد أجازت بيع السلم لما بها من تيسير لحوائج الناس بالرغم من أن الشريعة الإسلامية تنهى عن بيع المعدوم لوجود الجهالة والغرر إلا أنها استثنت بيع السلم من هذه البيوع وأجازته تسهياً للناس وقضاء لاحتياجاتهم<sup>(3)</sup>.

ويقول الدكتور كامل موسى في كتابه أحكام المعاملات<sup>(4)</sup>: أن النبي ﷺ قد جوزه للحاجة إليه مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عدم وجوده في ملكه، ولكن بطريقة إقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصه، لأن الوجود في ملكه يقدر على التسليم، وبالأصل كذلك فإنه يقدر على التسليم، إما بالتكسب في المدة أو بمجيء أوان الحصاد.

ويرى الباحث أن ذلك فيه دوران لعجلة التنمية الاجتماعية وتداول للمال في أيدي البشر مما يؤدي إلى التكامل الاجتماعي والاقتصادي والتنمية الاقتصادية، وهذا ما تسعى إليه الدول لتحقيق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية لشعوبها، ومن ثم فإن بيع السلم فيه استحسان واستجابة لحاجة الناس.

(1) المغني، مرجع سابق، ج4، ص305؛ وكامل، موسى، مرجع سابق، ص223-224؛ وأيوب، حسن، مرجع سابق، ص192؛ وحمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص23.

(2) إن هذا الاستثناء لجواز بيع السلم هو لحاجة الناس إليه وتيسيراً لمصالحهم، وهذا ما تسعى إليه الشريعة الإسلامية من تلبية مصالح العباد شريطة أن يكون هناك أجل معلوم في بيع السلم، لأن انتفاء وجود الأجل يعني الغرر في العقد، وهذا ما يدعو للجهالة والنزاع، وعندها يصبح البيع من البيوع المنهي عنها لوجود الغرر.

(3) حمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص25.

(4) كامل موسى، مرجع سابق، ص223.

## المطلب الثالث

### شروط بيع السلم

سأبحث شروط بيع السلم وآثاره وذلك في فرعين.

#### الفرع الأول: شروط عقد السلم:

ينهض عقد السلم على أركان عقد البيع ذاتها لأنه تطبيق له، إلا أنه يختلف عن عقد البيع في بعض الشروط الواجب توافرها لصحته، وسيوضح تفصيل ذلك من خلال بيان هذه الشروط في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

#### أولاً: شروط عقد السلم في الفقه الإسلامي:

يرى أصحاب المذهب الحنفي إن عقد السلم لا يصح إلا بسبعة شرائط، هي:

1. جنس معلوم مثل حنطة أو شعير.
2. نوع معلوم مثل سقية أو بخيسة (ديمية).
3. مقدار معلوم مثل كذا الكيل بمكيال معروف وكذا وزنا.
4. أجل معلوم مثل لأن الجهالة فيه مفضية وأن لا يتجاوز الشهر أي من نصف يوم إلى حد الشهر لا أكثر.
5. صفة معلومة مثل رديء أو جيد.
6. القبض لرأس المال قبل أن يفارقه فيه أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، أما إذا كان عيناً فلان السلم أخذ عاجل بأجل إذا ينبئان عن التعجيل، فلا بدّ من قبض أحد العوضين لتحقيق معنى الاسم.

7. تسمية المكان الذي يوفيه إذا كان له حمل ومؤنة، وقال بعضهم لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ولا إلى مكان التسليم في موضوع العقد<sup>(1)</sup>.

وجملة الشروط لديهم جمعوها في قولهم: إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله.

"ويرى المالكية في شروط عقد السلم أن قسماً منها يرجع إلى المحل وهو المبيع أي المسلم فيه، فأجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت في حديث ابن عباس، قال النبي ﷺ وهم يسلمون في التمر السننتين والثلاثة، فقال الرسول ﷺ: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"، وانتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار. وشروط السلم لديهم هي:

1. أن يكون رأس المال والمسلم فيه مما يجوز النساء فيه وامتناعه فيما لا يجوز النساء فيه وذلك باتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله.
2. أن يكون مقدراً بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان من شأنه أن يلحقه التقدير.
3. أن يكون المبيع أي المسلم فيه موجود عند حلول الأجل.
4. أن يكون منضبطاً بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة.
5. يجوز السلم في غير وقته أي في إبانة، وعمدة المالكية في ذلك أن الناس كانوا يسلفون في التمر السننتين والثلاثة، فأقروا على ذلك ولم ينتهوا عنه.
6. يجوز عندهم البيع جزافاً إلا فيما يعظم الضرر فيه.
7. أن لا يكون الثمن مؤجلاً أجلاً بعيداً لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ.
8. أجاز مالك اشتراط تأخير ليومين ولثلاثة، وأجاز التأخير بلا شرط.

(1) المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ص 282.



9. أن يكون الأجل من الشروط لعقد السلم<sup>(1)</sup>.

وعند الفقهاء المحدثين<sup>(2)</sup> فإن قسماً من الشروط يتعلق بالبذل أي (رأس المال) والقسم

الآخر منها يرجع إلى المسلم فيه.

أ. الشروط التي ترجع إلى رأس المال:

1. بيان صفة كقولنا دراهم، ودنانير، وحنطة، وتمر.
2. بيان نوعه إذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا فرنكان سويسريان.
3. بيان صفته كقولنا جيد، أو ردي، أو وسط.
4. بيان قدره إذا كان العقد مما يتعلق بقدره في الميلكات والموزونات والمعدودات ولا يكتفي بالإشارة إليه وصورة.

5. أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد وذلك لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وهذا منهي عنه.

ب. الشروط التي ترجع إلى المسلم فيه:

1. أن يكون المسلم فيه معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير.
2. أن يكون المسلم فيه معلوم النوع مثل حنطة أمريكية أو تمر بربري.
3. أن يكون المسلم فيه معلوم الصفة مثل جيد، متوسط، أو ردي.
4. أن يكون المسلم فيه معلوم القدر وذلك بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذرع.
5. أن يكون المسلم فيه معلوم الكيل والوزن الذي علم به قدره، المسلم فيه يؤمن عليه من أيدي الناس إن كان لا يؤمن فالمسلم فاسد.

(1) انظر: بداية المجتهد لابن رشد، مرجع سابق، ص 197.

(2) انظر: حمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص 26-27؛ ومحاسنة، نسرين، مرجع سابق، ص 320-321؛ وعمر، محمد عبد الحليم، مرجع سابق، ص 16-17.

من خلال ما تقدم، يمكن للباحث إبداء الملاحظات الآتية:

1. اتفق فقهاء الحنفية والمالكية على أن يكون المسلم فيه شيء يجوز التعامل فيه.
2. أن يكون المسلم فيه من الموزونات والمكيلات، والمعدودات، والذريعات.
3. أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفة ومعين بالمقدار.
4. أن الفقه الحنفي يحدد الأجل من نصف يوم إلى شهر على أن لا يزيد أكثر من شهر.
5. الفقه المالكي يجيز التأخير ليومين أو ثلاثة أيام.
6. الأجل عند الحنفية من شروط صحة عقد السلم.
7. الأجل عند المالكية يعدّ من الشروط الرئيسية.
8. القبض يعدّ عند الحنفية شرطاً رئيساً يقوم عليه عقد السلم، فلا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يتفارقا كل من (المسلم) أي المشتري، والمسلم إليه أي (البائع) في مجلس العقد.
9. أما إذا كان من النقود فإنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبي ﷺ عنه، أي الكالئ بالكالئ، وإن كان المبيع عيناً فإن السلم أخذ عاجل بآجل، فلا بدّ من قبض أحد العوضين، يجيز الفقه المالكي بيع الجزاف إلا فيما يعظم الضرر فيه<sup>(1)</sup>.
10. تسمية المكان لدى المالكية يكون عندما يكون المسلم فيه له حمل ومؤنة، أما إذا كان معيناً يسلم في مكان العقد ولا يحتاج إلى تعيين المكان.
11. لدى الحنفية لا يجوز التصرف في رأس المال قبل قبضه بمعنى قبل قبض المسلم إليه (رأس المال) وقبل قبض رب السلم أي المشتري المسلم فيه بشركة أو تولية، والسبب لأن المسلم فيه بيع والتصرف قبل القبض لا يجوز، ولأن رأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وذلك لأنه في التولية تملكه بعوض وفي الشركة تملكه بعضه، فلا

(1) حيدر، علي، مرجع سابق، ص360.

يجوز وصورة الشركة أن يقول: "رب السلم للمسلم إليه" أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لله وصورة التولية أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه ليكون المسلم فيه - لك وإن خصها بالذكر لأنها أكثر وقوعاً من غيرها<sup>(1)</sup>.

ونرى أن القانون المدني الأردني استمد نصوصه من المذهب الحنفي، حيث نص في المادة (532) منه عند تعريف السلم بأنه: "بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل".  
ب. أما الفقه المالكي فقد عرفه بأنه: "تقديم الثمن وتأخير المثمن، وقيل هو عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين.

### ثانياً: شروط بيع السلم في القانون المدني الأردني:

ذكرنا سابقاً أن جواز بيع السلم هو الاستثناء على بيع المعدوم، ولكن هذا الاستثناء مقيد بشروط لأن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، والقانون المدني الأردني حدد في المادة (533) منه الشروط الواجب توافرها في عقد السلم، ليكون بيع السلم صحيحاً، فقد نص في نفس المادة على:

1. أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار، ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

2. أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه ومقداره وزمان إيفائه<sup>(2)</sup>.

3. إذا لم يعين في العقد مكان التسليم، لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد.

مما تقدم نلاحظ أن هناك شروطاً تتعلق برأس مال السلم وشروطاً تتعلق في المسلم فيه،

وشروطاً تتعلق بالمدة في عقد السلم.

(1) حيدر، علي، مرجع سابق، ص362.

(2) تنص المادة (381) من مجلة الأحكام العدلية المستمدة من الفقه الإسلامي بأن: السلم يكون صحيحاً في الأشياء التي تقبل التعيين بالقدر والوصف، كالحب، والجودة اللتين يمكن ضبطهما بخلاف ما لا يمكن كالريس والفحم".

### أ- شروط رأس المال "الثلث":

يشترط بالثلث أن يكون معلوماً قدرًا ونوعاً بغض النظر عما إذا كان الثلث نقداً أو عيناً، لأن اشتراط المعلوماتية ينفي الجهالة المفضية إلى المنازعة، ويشترط القبض قبل الافتراق وذلك لأن القبض قبل الافتراق هو بيع السلم بعينه وهو أخذ العاجل بالآجل، فيجب قبض أحد البديلين قبل الافتراق ليتحقق معنى بيع السلم، ولا يصح السلم في الجواهر التي لا تنضبط بالصفة كاللؤلؤ والياقوت لاختلاف صفاتها، ولا يجب في مجلس العقد قبض المسلم فيه، فيجب قبض رأس المال فقط<sup>(1)</sup>، بينما الإمام مالك أجاز تأخيره إلى أيام قليلة ما لم يكن مشترطاً.

ومن الشروط أيضاً أن لا يجتمع الثلث مع المبيع حتى لا يشكل أحد أوصاف علة الربا، وعندها يصبح ربا نسيئة وهو ما نهى عنه الإسلام.

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "يجب تعيين جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره في بيع السلم بحيث يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ويتبع في ذلك القواعد العامة المتعلقة بطريقة تعيين المعقود عليه عندما يكون من المثليات"<sup>(2)</sup>.

### ب- شروط المسلم فيه "المبيع"<sup>(3)</sup>:

إن المسلم فيه هو المبيع، وهو محل السلم الذي يتم التعاقد عليه، ونرى أن الفقهاء قد بحثوا في المسلم فيه من حيث الوجود وعدمه، ومن حيث النوع، ومن حيث الصفات.

(1) وهذا هو قول الحنفية والشافعية والحنابلة، وللمزيد انظر: كامل، موسى، مرجع سابق، أحكام المعاملات،

ص224؛ وأيوب، حسن، فقه المعاملات المالية، ج1، مرجع سابق، ص193.

(2) تمييز حقوق أردني رقم 2013/1113، تاريخ 2014/5/16، منشورات مركز القسطاس القانوني.

(3) كامل، موسى، أحكام المعاملات، مرجع سابق، ص224.

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى جواز التعاقد، في حين أن المسلم فيه غير موجود، ودليلهم أن النبي ﷺ قدم إلى المدينة ووجد أهلها يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>(1)</sup>.

ووجه الاستدلال أن النص لم يذكر فيه الوجود ولو كان شرطاً للوجود لذكر في حديث النبي ﷺ وبما أنه يثبت في الذمة ويوجد محله غائباً فيجوز السلم فيه كالموجود تماماً<sup>(2)</sup>.  
بينما ذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي<sup>(3)</sup> إلى أنه لا يجوز السلم ولا يصبح إلا في وقت الشيء المسلم فيه، لأنهم يقولون لا بد من وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت التسليم وذلك لأن القدرة على التسليم إنما تكون بالقدرة على الاكتساب في المدة، ولربما يفضي إلى العجز عن التسليم، مما يؤدي إلى التنازع.

### ج- شرط المدة في السلم:

يشترط في بيع السلم أن يكون التأجيل لمدة قصيرة والغالب تكون محددة بالأيام، والعلة في ذلك أن بيع السلم الثمن فيه معجل والمبيع فيه مؤجل، لذلك يجب أن يكون التأجيل لفترة قصيرة وإلى أجل معلوم<sup>(4)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة (534) من القانون المدني الأردني بقولها: "يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوماً قدرًا ونوعاً، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة لا تزيد عن بضعة أيام".

وخلاصة ما تقدم نرى أن القانون المدني الأردني أوجز شروط بيع السلم بثلاثة شروط في

المادة (533) منه على النحو التالي: "يشترط لصحة بيع السلم:

(1) متفق عليه. وورد في صحيح البخاري، رقم 2150.

(2) بداية المجتهد، ج2، مرجع سابق، ص232.

(3) انظر: المبسوط للسرخسي، ج12، ص80.

(4) الزعبي، محمد يوسف، مرجع سابق، ص481؛ ومنذر، الفضل، وصاحب، الفتلاوي، مرجع سابق، ص142.

1. أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار، ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

2. أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع، ونوعه، وصفته، ومقداره، وزمان إيفائه.

3. إذا لم يعين في العقد مكان التسليم، لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد".

ومن الجدير بالذكر أن بعض المذاهب الفقهية لم تجز التصرف بالمبيع قبل قبضه، إلا أن

المذهب المالكي أجاز التصرف في المبيع قبل قبضه.

أما إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده أو لوجود عارض طارئ

كالقوة القاهرة، فقد عالج المشرع الأردني في المادة (536) بنصها: "إذا تعذر تسليم المبيع عند

حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ كان المشتري مخيراً بين انتظار وجوده أو فسخ

البيع".

كما عالج المشرع الأردني حالة موت البائع قبل حلول أجل المبيع، وأعطى الخيار

للمشتري إما بفسخ العقد واسترداد الثمن من التركة، أو انتظار حلول الأجل، ونصت المادة (537)

من القانون المدني بأنه: "إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار إن

شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة، أو شاء انتظر حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من

التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلاً مليوناً يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله".

## المبحث الثاني

### كيفية تعيين المحل في عقد السلم

حيث إن السلم تطبيق لعقد البيع، فالحديث عن التعيين في السلم سبق بعضه في الكلام عن التعيين في البيع، لذا فإن الباحث هنا يكتفي بدراسة تعيين المتعاقدين بالسلم (المطلب الأول)، وتعيين صيغة السلم (المطلب الثاني)، وتعيين المسلم فيه (المطلب الثالث)، وتعيين رأس مال السلم (المطلب الرابع).

#### المطلب الأول: تعيين المتعاقدين بالسلم:

لا يتم السلم إلا بعاقدين، يقال لصاحب المثلن مسلم إليه، ولصاحب الثمن مسلم<sup>(1)</sup>، ويشترط تعيين كل منهما للآخر؛ حتى يصح العقد وينفذ، وسبق مفصلاً في تعيين المعين والمعين في العقد<sup>(2)</sup>، وبيان ما يعين في العاقدين، وكيفية تعيينهما، ومن آثار ذلك التعيين أنه لا يصح هبة المسلم فيه إلا لمن هو عليه؛ لعدم القدرة على تسليمه<sup>(3)</sup>.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية النازمة لبيع السلم في القانون المدني الأردني، نلاحظ

بأن المشرع الأردني قد سمى صاحب المثلن بالبائع<sup>(4)</sup>، وسمى صاحب الثمن بالمشتري<sup>(5)</sup>.

#### المطلب الثاني

##### تعيين صيغة السلم

لا ينعقد السلم إلا بصيغة، ويشترط تعيينها ليطمئن عن غيره من العقود ويعمل بموجبه، ويصبح تعيين صيغته بلفظ السلم والسلف؛ لأنهما حقيقة فيه، وبألفاظ البيع الصريحة والكنائية ما

(1) حمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص 20.

(2) (إحالة) انظر: المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(3) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 102.

(4) انظر: نص المادة (537) مدني أردني.

(5) انظر: نص المادة (535) مدني أردني.

دامت تدل على السلم عند العاقدين، "وعند الشافعية قول: ألفاظ البيع إذا لم يعقبها ذكر السلم، كبعثك ثوباً صفته كذا بهذه المائة، فإنه يقع بيعاً لا سلماً، أما لو أعقبها ذكره وقع سلماً كبعثه سلماً، وهذا مبني على الاعتبار في البيوع المعنى أو اللفظ"<sup>(1)</sup>.

ويجري في صيغة السلم من الوفاق والخلاف بين الفقهاء والآثار المترتبة على ذلك ما جرى في صيغة البيع؛ لأن السلم بيع سواء أكانت الصيغة بلفظ الماضي كأسلمتكم أو بعثكم عيناً صفتها كذا بهذا ألف دينار، أم غيره من الأمر والمضارع والجملة الاسمية كأتعطيني سلعة وصفها كذا بهذه مائة دينار، فيجيبه الآخر: قبلت، أو نعم أو نحوهما<sup>(2)</sup>.

وما قيل بشأن التعيين بالتسمية وبالقول وبالكتابة في القانون المدني<sup>(3)</sup>، ينطبق في هذه الحالة، فلا داعي للتكرار هنا.

### المطلب الثالث

#### تعيين المسلم فيه (المبيع)

المسلم فيه هو المثلث، وهو أحد جزأي المبيع في السلم، وفيه يظهر الفرق بين السلم والبيع؛ ففي البيع يشترط وجود المثلث عند العقد ولو في غير مجلسه، وملكية البائع له، أما في السلم فيشترط عدم ذلك عند العقد<sup>(4)</sup>.

والحديث عن تعيين المسلم فيه يتناول حكم هذا التعيين، ووقته، وبم يتم، وكيفية، ووقت تسليمه، ومكانه، وذلك في ثلاثة فروع:

(1) نقلاً عن: الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص 99.

(2) حمزة، محمود جلال، مرجع سابق، ص 26.

(3) راجع: المطلب الثاني والرابع والخامس من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(4) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 174.



## الفرع الأول: حكم تعيين المسلم فيه، ووقته:

سأبحث أولاً حكم تعيين المسلم فيه، ومن ثم وقته.

### أولاً: حكم تعيين المسلم فيه:

اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين المسلم فيه، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"<sup>(1)</sup>، وهذا وإن ورد في تعيين قدر المسلم فيه وأجله، إلا أنه يدل على تعيين صفة ذاته من باب أولى، ولأن عدم تعيين ذات المسلم فيه، يؤول إلى عقد على غير معقود عليه، فلا يكون حينئذ عقداً؛ لاختلال أحد أركانه وهو المعقود عليه، ولأن بتعيين المسلم فيه يعرف كونه مما يصح السلم فيه أو لا، وهل يصح إسلامه للمسلم إليه كما لو أسلم في رقيق مسلم لكافر، وكذا استبداله بغيره فيما لو عدم المسلم فيه عند تسليمه أو سلم أكثر أو أقل أو اختلفت بعض صفاته<sup>(2)</sup>.

وذات الأمر لدى المشرع الأردني، فقد اشترط تعيين المبيع في السلم، إذ يجب تعيينه بالوصف والمقدار وهي الأموال المثلية التي تكال أو توزن أو تقاس أو تعد كالحبوب والفواكه والأقمشة والبيض وغير ذلك، وهذا ما أكدته المادة (1/533) مدني أردني، وقد نصت المادة (552) من مرشد الحيران على أنه: "لا يصلح السلم إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتعيينها قدراً ووضعاً كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدييات المتقاربة وأما العدييات غير المتقاربة في القيمة فلا يجوز السلم فيها عدداً إلا بمميز كطول وغلظ ونحو ذلك".

(1) صحيح بخاري رقم 1263.

(2) انظر: مغني المحتاج، ج2، مرجع سابق، ص102.

## ثانياً: وقت تعيين المسلم فيه:

الأصل أن يعين المسلم فيه أثناء العقد ليطمئن المعقود عليه، فإن عين بعد العقد لم يصح العقد، وإن كان قبل العقد صح إن اتفق عليه العاقدان، حينئذ ثم أبرم العقد كأن يتشاورا في سلم عشرين مناً من التمر بعشرين ألف دينار، وبعده بيوم أو أكثر أو أقل، قال أحد العاقدين للآخر: هل وافقت؟ فقال نعم، ثم عقداه، فإن لم يتفقا على تعيينه قبل العقد، فلا يصح العقد؛ للجهل بالمسلم فيه كأن يسمع شخص رجلين يتساومان في سلم عشرين كيساً من الأرز، فيقول للمسلم إليه: قبلت، والمسلم إليه لا يدري على ماذا القبول<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني: ما يعين به المسلم فيه، وكيفية تعيينه:

سأبحث أولاً في ما يعين به المسلم فيه، ومن ثم كيفية تعيينه.

### أولاً: ما يعين به المسلم فيه:

سبق أن المسلم فيه عند الجمهور لا يكون إلا معدوماً، وعند الشافعية يكون معدوماً وموجوداً وغائباً من مجلس العقد، وعلى القولين لا يعين المسلم فيه إلا بوصفه، من ذكر لون أو قدر أو نحوهما، ولذلك يشترط في المسلم فيه أن يكون مما يمكن ضبط صفاته؛ لأن ما لا تنضبط صفاته يختلف كثيراً فيفضي إلى المنازعة، وإلى عدم القدرة على التسليم<sup>(2)</sup>، وهذا ما أكدته المادة (533) مدني أردني بأن: "يشترط لصحة بيع السلم: 1- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم".

### ثانياً: كيفية تعيين المسلم فيه:

سأبحث صفات المسلم فيه ومن ثم كيفية تعيين مقدره.

(1) مغني المحتاج، ج2، مرجع سابق، ص108.

(2) المبسوط، مرجع سابق، ص289.

## 1. صفات المسلم فيه:

صفات المسلم فيه نوعان:

النوع الأول: صفات اتفق الفقهاء على اشتراط تعيينها، وهي القدر كألف كيل، والجنس كتمر، والنوع كبرني، واشتراط هذه الصفات الثلاث؛ لما جاء في الحديث السابق أن النبي ﷺ قال: "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم..."، قال ابن الهمام: "أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات ... إذا بين الطول والعرض"، وقال ابن قدامة: "فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف الجنس والنوع و ... لا بدّ منها في كل مسلم فيه، ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها"، ولأنّ عدم تعيين هذه الصفات يفضي الجهالة بالمسلم به المفضية إلى المنازعة التي تمنع المسلم إليه من التسليم، والمسلم من التسلم، فوجب إزالة ذلك بتعيين تلك الصفات<sup>(1)</sup>.

"ومن الصفات ما اتفق الفقهاء على عدم صحة السلم إذا عينت فيه، وهي المبالغ فيها التي تجعله عديم النظر فيعز وجوده كاشتراط الأجد؛ فإنه لا يقدر عليه، وإن قدر عليه فهو نادر، أو تجعل المسلم فيه محتمل الوجود وعدمه كاشتراط مزرعة بعينها في السلم في التمر مثلاً، ودابة بعينها في السلم في الحيوان"<sup>(2)</sup>.

هذا ويجب تحديد جنس المبيع في السلم ونوعه وصفته ومقداره، وهذا ما يؤكد نص المادة (2/533) مدني أردني بأن: "يشترط لصحة بيع السلم: 2- أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه"، وهذا الشرط لا يختلف عما هو موجود في القواعد العامة المتعلقة بطريقة تعيين المعقود عليه عندما يكون من المثليات، ومثال ذلك كأن يتفق المتعاقدان

(1) انظر: المغني، مرجع سابق، ج4، ص310؛ والمبسوط، مرجع سابق، ج12، ص124.

(2) نقلاً عن: الزميلي، محمد، مرجع سابق، ص104.

على بيع طنين من الأرز الأمريكي الممتاز، أو مائة متر من القماش التتروني الصيني المتوسط الحبة<sup>(1)</sup>.

### النوع الثاني: الصفات المختلف في تعيينها:

من الصفات إذا عين بها المسلم فيه تعيينت ووجب العمل بها؛ لأن العاقدين إذا عيناها تبين أنها مقصودة لهما وغرضهما مرتبط بها كالسمن والسن والمكان واللون والثخانة مما يمكن ضبطها ووجود المسلم فيه الموصوف بها.

"لكن اختلف الفقهاء في اشتراط تعيينها على قولين<sup>(2)</sup>:

القول الأول: يشترط تعيين جميع الصفات التي لها أثر ظاهر عرفاً في اختلاف الثمن، واليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول، والحنابلة. واستدلوا تلك الصفات يختلف الغرض في المسلم فيه باختلافها، وعدم تعيينها يفضي إلى المنازعة بين المسلم والمسلم إليه عند تسليم المسلم فيه.

القول الثاني: يشترط تعيين الصفات التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً، وينضبط بها المسلم فيه، وليس الأصل عدمها، واليه ذهب الشافعية في الأصح. واستدلوا هذه الصفات تقرب المسلم فيه إلى المعاينة، والقيمة تختلف بسببها، أما ما لا يختلف الغرض بها اختلافاً ظاهراً فالناس يتسامحون في إهماله كالسمن في الرقيق، وما لا ينضبط بها المسلم فيه؛ فإن العبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها كالمختلطات من عدة أجناس كلها مقصودة مثل طيب الغالية، فإنه مركب من عنبر ومسك ومعهما دهن أو عود

(1) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 174.

(2) انظر: الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ج 4، ص 613-614.

وكافور، ومثله الأحذية المصنعة من عدة أجناس، وكذا ما كان الأصل عدمها، فإن تجعل المسلم فيه معدوماً، وذلك كوصف العبد بزيادة قوة على المعتادة".

## 2. كيفية تعيين مقدار المسلم فيه:

تقدم أن قدر المسلم فيه هو من الصفات التي يشترط تعيينها بالإجماع، للحديث الشريف السابق: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم..."، ويشترط أن يعين قدر المسلم فيه بما هو معلوم لدى العامة؛ ليتمكن الرجوع إليه عند التسليم.

"ويختلف تعيين قدر المسلم فيه باختلاف جنسه، وهو إما مكيل كالحبوب، أو موزون كالحديد، أو معدود كالثياب، أو مذروع كالأقمشة غير المخيطة، فيعين القدر المسلم فيه من هذه الأشياء بذكر القدر المطلوب منها كمائة صاع من التمر، وثلاثين طناً من الحديد، وخمسين ثوباً، وأربعين ذراعاً أو متراً من القماش، وهكذا يكون تعيين القدر في جميع أنواع المسلم فيه، للحديث السابق، وهو وارد في المكيل والموزون؛ لغلبتهما، وفيه التنبية على غيرهما مما يمكن ضبط صفته ومقداره"<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني الأردني يجب أن يكون المبيع في السلم مما يتوافر وجوده عادة وقت التسليم وكما يجب تحديد مقداره، وهذا ما يؤكد نص الفقرة الأولى من المادة (533) مدني، وعليه لا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية أو أرض بعينها وذلك لعدم تحقق القدرة على التسليم، وهذا غرر، في حين يجوز السلم إذا كان المسلم فيه مما لا يحتمل الانقطاع كأن يسلم في حنطة إقليم أو بلدة كبيرة<sup>(2)</sup>.

(1) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ج4، ص615.

(2) الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ج4، ص608.

### الفرع الثالث: تعيين أجل تسليم المسلم فيه ومكانه:

سبق الخلاف في جواز السلم الحال، وبناءً على القول بعدم جواز السلم إلا مؤجلاً، فإنه لا

بد من أجل ومكان يسلم فيهما المسلم فيه، والحديث عن تعيينهما في نقطتين، هما:

#### أولاً: تعيين أجل التسليم:

وفيه سأبحث حكم تعيين الأجل، وقدره، وتعيينه بالأزمنة، والأعياد، والمناسبات، ونحوها.

#### 1. حكم تعيين الأجل:

في تأجيل تسليم المسلم فيه خروج من بيع المرء ما ليس عنده حال العقد؛ لأن تأجيله بأجل

معلوم يحصل عنده المسلم فيه غالباً، يكون من بيع المرء ما عنده، واتفق الفقهاء على اشتراط

تعيين أجل تسليم المسلم فيه<sup>(1)</sup>؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِثَنِينَ إِلَى أَجَلٍ

مُسَمًّى فَآكْتُذِبُوهُ ﴾<sup>(2)</sup>، ففي الآية أن الدين لا بد فيه من أجل مسمى، والسلم دين فيدخل في عمومها،

فلا بد في أجله من تسمية له<sup>(3)</sup>.

ولما تقدم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "من أسلف في

شيء ... إلى أجل معلوم"<sup>(4)</sup>.

ولأن الجهالة بالأجل مفضية إلى المنازعة؛ فأحد العاقدين قد يطلب التسليم في مدة قريبة

والآخر في بعيدة، والذي يمنع هذا هو تعيين الأجل، فإن لم يعين لم يصح السلم.

(1) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص107.

(2) سورة البقرة، الآية 282.

(3) تفسير الطبراني، مرجع سابق، ص170.

(4) مسبق تخريجه.

## 2. قدر الأجل المعين:

يشترط في الأجل المعين أن لا يبلغ أقصاه ما لا تقي به مدته، وذلك مما لا تبلغه أعمار

غالب الناس كمائتي سنة<sup>(1)</sup>، "أما أقل الأجل، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أقل مدة السلم شهر واحد، وإليه ذهب الحنفية في المفتى به. واستدلوا الشهر أدنى

الأجل وأقصى العاجل، فلا يؤجل بأكثر من ذلك.

القول الثاني: أقلها خمسة عشر يوماً، وإليه ذهب الحنابلة والمالكية بشرط كون القبض في بلد

العقد، وإلا فبوقت يكفي للذهاب إلى بلد القبض، واستدلوا السلم شرع للرفق

بالمحتاجين ويكون بمدة لها وقع في الثمن، وهي تحصل بخمسة عشر يوماً، وأضاف

المالكية: هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً ومظنة حصول المسلم فيه، فكأنه

مما عند المسلم إليه، ولذا إذا كان القبض خارج بلد العقد كفى لذلك وقت للذهاب؛

لأن الأسعار تختلف في البلدين.

القول الثالث: يصح التأجيل بأقل من خمسة عشر يوماً وهؤلاء اختلفوا: فمنهم من أجاز به بنصف

يوم، ومنهم من حدده بثلاثة أيام، ومنهم من لم يحده بحد معين وإنما جعل العبرة

بمقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وإليه ذهب الحنفية في قول، وممن روي عنه

الأقل ثلاثة أيام، الأوزاعي، واستدلوا في الجملة الأصل في المسلم فيه عدمه، لكون

السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس، فلا بد من الأجل ليحصل ويُسلم، وهذا

يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها، إلا أن من حده بثلاثة أيام قال: إنها آخر حد

القلة، وأنها المدة التي يجوز فيها الخيار<sup>(2)</sup>.

(1) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص116.

(2) انظر: المغني، مرجع سابق، ج4، ص323-324.

### 3. تعيين الأجل بالأزمنة والأعياد والمواسم ونحوها:

تنقسم الأزمنة ونحوها مما يعين به أجل السلم من حيث حكمه ثلاثة أقسام:

**القسم الأول: ما اتفق على صحة التعيين به:**

اتفق الفقهاء على صحة تعيين أجل السلم بما يعرفه العاقدان من الشهور الهلالية

كرمضان، وما يعلم بالأهلة كعيدي الفطر والأضحى، ويومي عرفة وعاشوراء<sup>(1)</sup>؛ وذلك لقول الله

تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾<sup>(2)</sup>.

**القسم الثاني: ما اتفق على عدم صحة التعيين به:**

"لا يصح باتفاق الفقهاء التعيين بما لا يعلمه العاقدان كإلى الميسرة ونزول المطر، وبما

يعلمه أحدهما كإلى قدومه من سفره - وهو أو الآخر لا يعلمه - وبما لا يعرفه إلا الكفار كأعيادهم

غير المشهورة لدى المسلمين كالشعانين والفتير؛ وذلك لأن التعيين بما لا يعرفه العاقدان أو

أحدهما تعيين بمجهول، فلا يصح للجهالة به، وأعياد الكفار غير المشهورة للمسلمين لا يعرفها إلا

الكفار وهم يقدمونها ويؤخرونها، فلا يجوز تقليدهم فيها؛ لأن قولهم غير مقبول"<sup>(3)</sup>.

**القسم الثالث: ما اختلف في صحة التعيين به:**

"اختلف الفقهاء في صحة تعيين أجل السلم بالمواسم والأعياد والشهور"<sup>(4)</sup>، وهي نوعان:

**النوع الأول: المواسم:**

من المواسم المشهورة لدى الناس الجذاذ والحصاد ووقوم الحجاج، وهذه إن عين بها أجل

السلم، فإن قصد العاقدان وقتها لا حصولها، صح التعيين بها للعلم به.

(1) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص105.

(2) سورة البقرة، الآية 189.

(3) المغني، مرجع سابق، ج4، ص322-323.

(4) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص105-106.



## النوع الثاني: أعياد غير المسلمين، والشهور غير العربية:

من الأعياد والشهور ما ليس منوطاً بالأهلة لكنه منضبط ومشهور لدى بعض المسلمين، ومن ذلك عيد النيروز والمهرجان والشهور الشمسية كالجدي والميزان، والشهور الرومية أو الفارسية كشباط وآذار، والفقهاء اختلفوا في صحة التعيين بهذه الأعياد والشهور على قولين: القول الأول: يصح التعيين بهما، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد، إلا أن الحنفية والمالكية اشترطوا معرفة العاقدين بهما، واكتفى الشافعية والحنابلة بمعرفة بعض المسلمين لذلك؛ ولو عدلان منهم، واستدلوا هذه الأعياد والشهور معلومة لدى بعض المسلمين، فيرجع إلى من يعرفها للعاقدين، وهي منضبطة أشبهت أعياد المسلمين والشهور العربية.

القول الثاني: لا يصح التعيين بهذه الأعياد والشهور، وإليه ذهب الحنابلة في رواية، واستدلوا هذه الأعياد والشهور لا يعرفها كثير من المسلمين، فأشبهت أعياد الكفار غير المنضبطة كالشعانيين<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني الأردني يجب تحديد وقت معلوم لتسلم المبيع، وإذا تم الاتفاق على السلم دون تحديد لوقت التسليم كان البيع باطلاً، ونستنتج هذا الحكم من نص المادة (2/533) مدني أردني بأنه: "يشترط لصحة بيع السلم: 2- أن يتضمن العقد ... وزمان إيفائه"، ونصت المادة (554) من مرشد الحيران على أنه: "شروط صحة السلم سبعة: الخامس: بيان الأجل وأقله شره في السلم".

(1) انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص107.

ويرى جانب من الفقه القانوني<sup>(1)</sup> عدم بطلان السلم في حالة عدم تحديد وقت التسليم، إذ بالإمكان تحديد الوقت في اتفاق لاحق وفي حالة الاختلاف يؤخر الأمر على القضاء لتحديد الوقت.

### ثانياً: تعيين مكان تسليم المسلم فيه:

مكان تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، إما مكان العقد وإما غيره، ويختلف حكم تعيينه باختلاف المسلم فيه، وله ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون المسلم فيه مما لا أجره لحمله ولا مشقة فيه، كقليل المسك والكافور، ويمكن تسليمه في مكان العقد كدار وسوق لا كسفينة وطائرة، وهذا لا يشترط تعيين مكان تسليمه بالإجماع، لكن أيوفى في مكان العقد أم أي مكان آخر؟<sup>(2)</sup>.

الحالة الثانية: ما لا أجره لحمله ولا مشقة فيه، لكن لا يمكن تسليمه في محل العقد، كمن تعاقد في سارة أثناء سفر أو في برية على سلم في قليل مسك<sup>(3)</sup>.

الحالة الثالثة: ما يحتاج حمله إلى أجره أو في حمله مشقة، والعقد في محل يمكن تسليمه فيه، وفي اشتراط تعيين مكان التسليم حينئذ اختلف الفقهاء على قولين، منشؤهما اقتضاء عقد السلم التسليم في مكان العقد أم لا:

القول الأول: يشترط تعيين مكان التسليم، وإليه ذهب أبو حنيفة والشافعية.

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول: تسليم المسلم فيه غير واجب حال العقد؛ لعدم حضوره فيه، ولا بد من مكان لتسليمه، والأغراض تختلف باختلافه؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان، ولأن كلا

(1) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص68؛ والزعبي، محمد، مرجع سابق، ص480.

(2) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص105.

(3) المغني، مرجع سابق، ج4، ص338.

من العاقدين يريد التسليم في المكان الأسهل له، فوجب تعيين مكان التسليم؛ دفعاً للجهالة به المفضية للنزاع، فالحاجة إلى تعيينه كالحاجة لتعيين الصفة والأجل.

الدليل الثاني: عقد السلم في مكان لا يتأتى فيه التسليم، لا يوجب التسليم فيه، وكذا فيما يتأتى فيه التسليم، فوجب تعيين مكان التسليم دفعاً للجهالة به المفضية للنزاع.

القول الثاني: لا يشترط تعيين مكان التسليم، وإليه ذهب صاحباً أبي حنيفة والمالكية وعند الحنابلة عند عدم التشاح فيه والاوجب، واستدلوا بأربعة أدلة.

الدليل الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، إلى أجل معلوم"، في هذا بيان ما يعين في السلم، ولم يذكر مكان التسليم، فدل على عدم اشتراطه.

الدليل الثاني: عن عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما قال: "كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة والشعير والزيت في كيل معلوم إلى أجل معلوم". أثبت هذا الأثر السلم بين أهل المدينة ونبيط أهل الشام، ولم يذكر فيه مكان تسليم المسلم فيه، فدل على عدم اشتراطه.

الدليل الثالث: السلم عقد معاوضة، فمطلقه يوجب التسليم في مكان العقد كبيع العين، فلا يشترط تعيين مكان التسليم.

الدليل الرابع: القرض والغصب يجب التسليم في مكانهما فكذلك السلم يجب التسليم في مكان عقده، فلا يشترط تعيين غيره<sup>(1)</sup>.

أما تحديد مكان تسليم المبيع في السلم في القانون المدني الأردني فليس من شروط صحة بيع السلم، لأنه إذا لم يتم الاتفاق عليه وجب على البائع تسليمه في مكان العقد، وهذا ما يؤكده

(1) انظر: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج7، ص93-94؛ ومغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص114-115.

نص المادة (3/533) مدني بأنه: "3- إذا لم يعين في العقد مكان التسلم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد"، وقد ورد في مرشد الحيران أن من شروط صحة السلم بيان مكان الإيفاء<sup>(1)</sup>.

### المطلب الرابع

#### تعيين رأس مال السلم

رأس مال السلم هو ثمن المسلم فيه، ويجب تسلميه حالاً في مجلس العقد ولا يصح تأجيله بالإجماع<sup>(2)</sup>.

ورأس مال السلم نوعان:

النوع الأول: ما كان في الذمة - وهو غير عين مشار إليها - وهذا إما أن يكون عيناً كرياض أو ثوب، فيشترط تعيينه بما يرفع الجهالة به عند العاقدين<sup>(3)</sup>، وذلك ببيان جنسه لدينا، ونوعه إن تعدد كعراقي، ما لم يغلب نوع في مكان العقد فيحمل المطلق عليه كالدينار الأردنية إن كان العقد في الأردن، وكذا بيان صفته كثوب كتان، وقدره كعشرة ثياب، ولما أن يكون منفعة، فيشترط تعيينها والعين المنتفع بها ومدة الانتفاع كأسلمتك سكنى داري الفلانية شهراً في عشرين كيس أرز، فإن اختل شيء مما ذكر لم يصح العقد كأسلمتك حملك إلى مكة بمائة كيل من القمح؛ لأن التحميل هنا منفعة غير معلومة؛ لعدم تعيين زمن الانتفاع ونوع المنتفع به وهو المركوب<sup>(4)</sup>.

النوع الثاني: ما كان عيناً مشاراً إليها كهذه الدابة وهذه الصبرة من الدراهم، وينقسم هذا النوع إلى

قسمين:

(1) انظر: المادة (554) من مرشد الحيران.

(2) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص116-117.

(3) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص201.

(4) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص104.

القسم الأول: ما لا يتعلق العقد بقدره، وهو ما لا تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه، فيشمل ما يتفاوت من الذرعات كالثياب، والعديدات كالأغنام، فلا يشترط تعيين قدره بالتسمية كأسلمت مائة من المعز بكذا، بل يكفي تعيينه بالإشارة إليه إجماعاً كأسلمت هذه الأغنام بكذا، دون ذكر لعدد الأغنام ونوعها؛ اكتفاءً بمشاهدتها وسبق نظيره في بيع الجملة<sup>(1)</sup>.

القسم الثاني: "ما يتعلق العقد بقدره من مكيل وموزون ومعدود، فيصح إن عين هذا بما تعين به العين التي في الذمة من وصف الجنس والنوع والصفة والقدر، أما إن عين الإشارة دون الوصف كأسلمتكَ عشرين ثوباً - موصوفة - بهذه النقود، والعاقدان لا يعلمان قدرها، فالفقهاء في صحة العقد بهذا التعيين قولان:

القول الأول: لا يصح العقد بهذا التعيين، وإليه ذهب أبو حنيفة والشافعية في قول والحنابلة في المعتمد، واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول: هذا قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وقول الصحابي الفقيه مقدم على القياس. الدليل الثاني: عدم تعيين قدر رأس المال بالوصف يؤدي إلى الجهالة به، فلو احتيج بعد إنفاقه إلى الرد عند عدم تحصيل المسلم فيه، أو إلى استبداله، لظهور عيب فيه، لم يكن ذلك لعدم العلم بقدر رأس مال السلم"<sup>(2)</sup>.

القول الثاني: يصح العقد بتعيين ثمن المسلم فيه بالإشارة إليه دون وصف قدره، وإليه ذهب صاحباً أبي حنيفة والمالكية بشروطهم في بيع الجزاف، والشافعية في أظهر القولين<sup>(3)</sup>.

(1) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص201-202.

(2) مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص108-109.

(3) المغني، مرجع سابق، ج4، ص330-331؛ ومغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص104.

هذا ويجب أن يكون الثمن معلوماً قدرماً ونوعاً سواء أكان نقداً أو عيناً، كأن يقول الثمن ألف دينار، أو طن من الأرز الأمريكي، وهذا ما يؤكد نص المادة (534) مدني أردني بأن: "يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوماً قدرماً ونوعاً...".

ولقد ورد في مرشد الحيران أن من شروط صحة رأس المال في السلم بيان قدره إن كان مكيلاً أو موزوناً أو عددياً غير متفاوت<sup>(1)</sup>.

كما يجب ألا يكون الثمن في السلم مؤجلاً لأكثر من بضعة أيام؛ "لأن الأساس الذي يقوم عليه بيع السلم هو أن يكون المبيع مؤجلاً والثمن معجلاً"<sup>(2)</sup>، مع ذلك أجاز المشرع الأردني في المادة (534) مدني تأجيل دفع الثمن لبضعة أيام، "أي لمدة لا تزيد على تسعة أيام"<sup>(3)</sup>.

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس السلم انفسخ العقد وأنه لا يصح الثمن في السلم إلا إذا اتفق على مقداره ووضعه إن كان من المكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات المتقاربة"<sup>(4)</sup>. ويرى الباحث أن ما قرره المشرع الأردني بهذا الشأن يعد استثناء من أجل تيسير التعامل؛ تلبية لحاجة الناس، بحيث إذا زاد الأجل عن بضعة أيام اعتبر الثمن ديناً في الذمة وأصبح التعامل بين الطرفين بمثابة بيع دين بدين، وهذا لا يجوز شرعاً.

(1) انظر: المادة (554) من مرشد الحيران.

(2) العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص 175.

(3) محاسنة، نسرين، مرجع سابق، ص 345.

(4) تمييز أردني رقم 2011/2118، تاريخ 2012/3/16، منشورات مركز القسطاس القانوني.

## الفصل الخامس

### الخاتمة والنتائج والتوصيات

#### أولاً: الخاتمة:

إن موضوع "تعيين محل عقدي البيع والسلم" ذو أهمية كبرى في الحياة القانونية، لارتباطه بمعاملات الأشخاص اليومية المتعلقة بهذين العقدين، وأثر تعيين المعقود عليه من حيث الصحة واللزوم أو البطلان، وما يؤول به إلى أبعاد هذين العقدين عن النزاع وأكل المال بالباطل عند تعاطي الأشخاص مثل هذين العقدين.

#### ثانياً: النتائج:

خرج الباحث من خلال هذه الدراسة بعدد من النتائج، يمكن إجمالها بالآتي:

1. أن مفهوم تعيين محل العقد ينصرف إلى تمييز الشيء عن غيره، وهو أخص من العلم بالشيء، ويختلف عن تعين الشيء، ويفترق التعيين في العقد عن الشرط فيه.
2. يحصل التعيين في عقدي البيع والسلم بالتسمية والوصف والإشارة والعرف والعادة، وبالقول والكتابة والنية والرؤية والقرعة، وذلك تبعاً لاختلاف الشيء المعين فيما إذا كان شيئاً مثلياً أو شيئاً قيمياً.
3. إن التعيين يتعلق بأركان العقد، وأركان العقد إجمالاً هي ثلاثة: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه.
4. تبين للباحث أن موضوع تعيين محل عقدي البيع والسلم من الموضوعات المهمة التي ينبغي البحث فيها، وأن الناس بحاجة إليه في عصرنا هذا؛ لكثرة التساهل في عدم التعيين، مما قد يدخلنا في الجهالة الفاحشة والغرر المؤدية إلى المنازعة.

5. إن الشريعة الإسلامية الغراء عالجت موضوع تعيين محل عقدي البيع والسلم بأسلوب متين ويصلح في كل زمان ومكان، وهذا يظهر لنا سر من أسرار هذه الشريعة، هو أنها تتضمن أحكاماً عادلة من شأنها أن تحقق سعادة البشرية كافة، وذلك بالنظر إلى التطبيقات التي أوردتها فقهاء الشريعة بشأن تعيين محل هذين العقدين.

6. إن القانون المدني العراقي فيما يخص محل عقد البيع، وكذا القانون المدني الأردني فيما يتعلق بعقد السلم جاء متوافقين في كثير من الأحكام مع الشريعة الإسلامية الغراء.

7. إن المشرع العراقي لم ينظم ضمن نصوص القانون المدني عقد السلم بخلاف المشرع الأردني الذي نظم هذا العقد ضمن باب "بيوع مختلفة" إلى جانب نصوص عقد البيع الذي يعدّ السلم تطبيقاً له.

8. إن المشرع العراقي أخذ بالمفهوم الواسع للثمن في عقد البيع، فشمّل الثمن النقدي والعيني مع أنه عالج موضوع الثمن بطريقة تتسجم مع الثمن النقدي.

9. لم يوضح المشرع العراقي المقصود بمصطلح أن يكون الثمن معلوماً "الوارد في المادة (1/526) مدني.

10. لم يعالج المشرع العراقي مسألة أن يكون المبيع معلوماً لدى المشتري" في نص المادة (1/514) مدني.

### ثالثاً: التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة، فإن الباحث خرج بعدد من التوصيات، وهي على النحو الآتي:

1. أوصي المشرع العراقي الكريم بتعديل نص المادة (1/514) مدني المتعلقة بتعيين المبيع، بحيث يعاد صياغتها على النحو الآتي: "يشترط في المبيع أن يكون معلوماً وذلك بتعيينه تعيناً



نافياً للجهالة الفاحشة، ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه".

2. أوصي المشرع العراقي الكريم بتعديل نص المادة (2/526) مدني، بحيث يعاد صياغته على النحو الآتي: يلزم أن يكون الثمن معلوماً وذلك بتعيينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة أو بالاتفاق على أسس صالحة لتحديد بطريقه تنتقي معها الجهالة عند التنفيذ".

3. أوصي المشرع العراقي الكريم بتعديل نص المادة (1/128) مدني بحيث يتم تضمين النص الوسائل الأخرى في تعيين محل العقد، وأقترح الصياغة الآتية: "يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالتسمية أو بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بالقول أو بالكتابة أو بالوصف ببيان الأوصاف المميزة له إن كان غائباً مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو تعيينه بالنية أو بالرؤية أو باللمس أو الشم أو السمع أو المذاق أو بالقرعة، أو بنحو ذلك مما تنتقي به الجهالة الفاحشة".

4. أوصي المشرع العراقي الكريم بأن يعالج عقد السلم ضمن نصوص القانون المدني على غرار القانون المدني الأردني إلى جانب نصوص عقد البيع، وفي هذا السياق نفتح النصوص الآتية:

أ. بخصوص تعريف عقد السلم يفضل تعريفه الوارد في القانون المدني الأردني مع إعادة

صياغته بالشكل الآتي: "عقد بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل ولفترة زمنية محددة".

ب. بخصوص أركان العقد يفضل النص عليها بشكل شروط عقد السلم بالصيغة الآتية: "يجب

أن يكون محل العقد أموال تعين حسب نوعها وطبيعتها وأن تكون موجودة وقت التسليم ما

لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك".

ج. أما بالنسبة لشروط محل العقد من جهة المشتري، فيفضل النص الآتي: "يجب أن يكون رأس مال السلم معلوماً قدرًا ونوعاً"، ويضاف شرط التسليم خلال مدة محددة بالاتفاق.

د. بالنسبة إلى شرط التسليم خلال مدة محددة بالاتفاق، أقترح النص الآتي:

1. للمشتري أن يتصرف بالمبيع قبل قبضه.
2. إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل لوجود عارض طارئ، فللمشتري الخيار بين فسخ العقد أو انتظار وجود المبيع.
3. إذا مات أحد الطرفين، يحق للطرف الآخر فسخ العقد أو استرداد محل العقد من التركة.

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة.

ثالثاً: مصادر اللغة:

1. ابن فارس، أحمد (1979). معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون.
2. يعقوب، مجد الدين محمد الفيروزآبادي (1998). القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6.
3. ابن منظور (1999). لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط6.
4. المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ط18.

رابعاً: مصادر الفقه الإسلامي وتفسيرها:

1. ابن جزئي (1989). القوانين الفقهية، دار الكتب العربي، بيروت، ط2 (فقه مالكي).
2. ابن حزم، علي بن أحمد الظاهري (دون سنة نشر). المحلى، دار الجيل، بيروت.
3. ابن رشد، محمد بن أحمد (1998). بداية المجتهد، دار الفكر، بيروت، ط1 (فقه مالكي).
4. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (1998). حاشية ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1 (فقه حنفي).
5. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي (1990). المغني، دار هجر للطباعة، القاهرة، ط1 (فقه حنبلي).
6. ابن نجيم، زين الدين المصري (1993). البحر الرائق كنز الرقائق، دار المعرفة، بيروت،

- ط3 (فقه حنفي).
7. بن أنس، مالك (1994). *المدونة الكبرى*، تحقيق: أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (فقه مالكي).
8. البهوتي، منصور بن يونس (دون سنة نشر). *الروض المربع*، دار الكتب العلمية، بيروت (فقه حنبلي).
9. الحصفكي، محمد علاء الدين (1998). *الدر المختار*، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1 (فقه حنفي).
10. الدمياطي، أبو بكر بن محمد (1995). *إعانة الطالبين*، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (فقه شافعي).
11. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد (1986). *المبسوط*، دار المعرفة، بيروت، ط1 (فقه حنفي).
12. السيوطي، جلال الدين (دون سنة نشر). *الأشباه والنظائر*، مكتبة محمد نهاد هاشم الكتبي، القاهرة.
13. الشربيني، عبد الرحمن بن محمد الخطيب (1998). *مغني المحتاج*، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة منقحة، ط1 (فقه شافعي).
14. الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (دون سنة نشر). *المعجم الكبير*، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
15. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (1996). *بدائع الصنائع*، دار الفكر، بيروت، ط1 (فقه حنفي).
16. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد (1996). *الأحكام السلطانية*، تحقيق: عصام

الحرستاني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1 (فقه شافعي).

### خامساً: كتب في الشريعة والقانون:

1. إبراهيم، محمد علي سلامة (2009). التعاقد بالأفعال، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2.
2. أبو السعود، رمضان (2009). عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.
3. أحمد، محمد شريف (2009)، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، الإصدار الخامس.
4. أيوب، حسن (1998). فقه المعاملات المالية في الإسلام، ج1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، جدة.
5. الجبوري، ياسين محمد (2011). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط2.
6. الحكيم، عبد المجيد (دون سنة نشر)، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، ط5.
7. حيدر، علي (1388هـ - 1968م). مجلة الأحكام العدلية، دار الفكر العربي، بيروت، ط5.
8. خضرة، خميس (1999). العقود المسماة، دار الفكر العربي، مصر، ط1.
9. داوود، أحمد محمد علي (2011)، أحكام العقد في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1.
10. الزحيلي، وهبة (1405هـ). الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، دمشق، ط1.
11. الزرقا، مصطفى (1996). شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط4.

12. الزعبي، محمد يوسف (1986). العقود المسماة - شرح عقد البيع، دار الثقافة، عمان، ط1.
13. زيدان، عبد الكريم (1410هـ - 1989م)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة القدس، بغداد، العراق، ط1.
14. زيدان، عبد الكريم (1998). الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2.
15. السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد (2012)، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الإصدار السادس، ط1.
16. سلطان، أنور (1987)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط1.
17. السنهوري، عبد الرزاق (1954)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1.
18. السنهوري، عبد الرزاق (1981). الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، بيروت.
19. الضير، الصديق محمد الأمين (1386هـ). الضرر وأثره في العقود، دار الثقافة، القاهرة، ط1.
20. طه، غني حسون (1977). عقد البيع في القانون العراقي، بغداد، ط1.
21. العامري، سعدون (1976). عقد البيع في القانون المدني العراقي، مطبعة جامعة بغداد، ط1.
22. عبد الباقي، عبد الفتاح (1984)، نظرية العقد - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه

- الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.
23. العبيدي، علي هادي (2012)، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار السادس.
24. الفتلاوي، صاحب (2011). السهل في شرح القانون المدني، مدخل لدراسة علم القانون، ج1، دار وائل، عمان، ط1.
25. الفتلاوي، صاحب (2014). السهل في شرح القانون المدني، ج2، مصادر الالتزام، مطبعة دار الجمال، عمان، ط1.
26. الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب (1995). شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ط2.
27. القضاة، زكريا محمد فالح (1984). السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر، عمان، ط2.
28. كامل، موسى (1998). أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2.
29. لطفي، محمد حسام محمود (2011). الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.
30. مرقس، سليمان (1968). شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة دار النهضة الجديدة، مصر.
31. الموسوعة الفقهية (1404هـ). وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت.
- سادساً: الرسائل والأبحاث:

1. حمزة، محمود جلال (2008)، بيع السلم - دراسة موازنة بين الفقه والقانون، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول - الأردن، عمان.

2. الدويكات، هيفاء شفيق سليمان (2010)، **عقد السلم كأداة للتمويل في المصارف الإسلامية**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن - إريد.
3. الزميلي، محمد علي محمد (1979)، **محل عقد البيع**، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، الرياض.
4. محاسنة، نسرین (2006)، **بيع السلم وبيع البضائع المستقبلية**، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع والعشرون.
5. الفقيه، هاشم بن علي صالح (1425هـ - 2004). **التعيين وأثره في غير العقود المالية في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.
6. عمر، محمد عبد الحليم (2004). **الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر**، بحث تحليلي مقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة.

#### سابعاً: القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته.
  2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
  3. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م.
- سابعاً: مجلة الأحكام العدلية (1388هـ - 1968م)، دار الفكر العربي، بيروت، ط5.
- ثامناً: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني العراقي (1952م)، وزارة العدل العراقية، بغداد، ط1.