شروط العيب في المبيع

دراسة مقارنة بين الفقه الوضعي العربي والفقه الإسلامي

قاسم هيال رسن

كلية القانون - جامعة بابل

المقدمة

اللهم صل على محمد واله الطيبين الطاهرين ، الغرباء في الارضين . ان هدف هذا البحث يكمن في الاجابة عن سؤال طالما تردد في دراستنا القانونية ، هل حقا ان الفقه الاسلامي يقف ندا بل اكثر من ند للفقه الوضعي ؟ ام ان هذا القول فيه مغالاة نتيجة لانتمائنا الديني ؟. ولتحقيق هذا الهدف ، سيتم تحديد نطاق البحث في عينة من فقهاء الفقه الوضعي العربي ممثلة فقه العراق ومصر والاردن والجزائر ولبنان ، وعينة من فقهاء الفقه الاسلامي ممثلة فقه الامامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية ، والعينتان المذكورتان في قائمة المصادر. وستكون منهجية البحث ، باختيار تسع مسائل أساسية في شروط العيب في المبيع ، ثم يعرض موقف الفقه الوضعي العربي منها ، ويتبعه عرض موقف الفقه الاسلامي ، بعد ذلك سيتم مقارنة الموقفين لبيان الأرجح منهما حسب ضوابط ومبادئ القانون الوضعي. وعليه ستكون خطة البحث كالآتي :-

تمهيد في تعريف العيب

عرف العيب بانه (ما يخلو عن اصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها) ، وشاع هذا التعريف في اغلب المؤلفات الفقهية الوضعية (1) .

وقد ناقش ابو القاسم الخوئي التعريف المشهور بين الفقهاء بما يأتي :-

1. ان هذا التعريف يقتصر على ما خلقه الله سبحانه من الطبائع دون صنائع المخلوقات (2) ، فالحصان الأعرج معيب لمخالفته الفطرة السليمة ، بينما الدار الذي جميع غرفه لا تسع الا فردا واحدا يعتبر في نظر العرف معيبا رغم عدم وجود فطرة سليمة للدار ليقاس عليها.
2. ان مقتضى الطبيعة الأولية للفطرة السليمة ربما يكون عيبا عرفا مثل الغلظة وعدم الختان في العبد المسلم (3).
3. ان المراد بالعيب هو العيب في مقام المعاملة والبيع لا العيب في الموجود بما هو موجود (4) فالأسنان الزائدة في فم الخروف المعد للذبح لا يعد عيبا عرفا لانه لا ينقص من قيمته المالية ، بينما يعد عيبا حسب التعريف المشهور.
4. ان هذا التعريف يحصر العيب في الأوصاف الذاتية الخلقية ولا يشمل الأوصاف العرضية (5) فلا يعد العبد السارق معيبا .

بعدما ناقش الخوئي التعريف المشهور للعيب عرف العيب بانه (نقص الوصف القائم بالشيء الذي له دخل في ماليته عند العرف والعقلاء) (6). لكن رغم مناقشة الخوئي للتعريف المشهور الا انه يتبناه في رسالته العملية منهاج الصالحين حيث يقول (المراد من العيب ما كان على خلاف مقتضى الخلقة الاصلية) (7) ، ولم نعلم سبب هذا التباين ، الا اننا نرجح ان الخوئي يختار التعريف الاول ، لانه ذكره في بحثه الخارج

(أعلى مرحلة دراسية في حوزة النجف الأشرف حيث يصبح الطالب بعد التخرج منها مجتهداً مستقلاً بالفتوى) مع اعتراضه على التعريف المشهور ، بينما التعريف الثاني ذكره في رسالته العملية ، التي هي مجرد تعليقة على رسالة المرجع السابق .

ونرجح تعريف الخوئي الأول للعيب لأنه :-

1. ينسجم مع عقود البيع الحديثة ، حيث ان تعريف الفطرة السليمة يلائم عقود البيع القديمة .
2. خال من نقاط الاعتراض الكثيرة مقارنة بتعريف الفطرة السليمة .

-
- (1) نقلا عن د.اسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، الطبعة الثالثة ، دار أقرأ ، بيروت 1983 ، ص 31 .
 - (2) الشيخ ميرزا علي الغروي ، التنقيح في شرح المكاسب تقريراً لإبحاث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، الجزء 39 ، الطبعة الأولى ، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي ، إيران 2005 ، ص 310 .
 - (3) المصدر نفسه ، ص 307 .
 - (4) المصدر نفسه ، ص 313 .
 - (5) المصدر نفسه ، ص 313 .
 - (6) المصدر نفسه ، ص 314 .
 - (7) السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، الطبعة الثامنة ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف ، 1397 ، ص 45 .

المبحث الأول

تأثير العيب

سيتم اختيار اربعة مسائل أساسية متعلقة بشرط تأثير العيب ، وهي نقصان ثمن المبيع ونقصان منفعة المبيع وفوات الوصف والعيب المتسامح فيه ، وستبحث في اربعة مطالب .

المطلب الأول : نقصان ثمن المبيع

في حدود عينة البحث ، اجمع الفقه في العراق (1) ومصر (2) والأردن (3) والجزائر (4) ولبنان (5) على ان نقصان ثمن المبيع بسبب العيب يمكن المشتري من الرجوع على البائع بالضمان .
ويؤيد غالبية الفقه الاسلامي موقف الفقه الوضعي ، فذهب الى ذلك بعض فقهاء الامامية (6) وفقهاء الحنفية (7) والمالكية (8) والشافعية (9)

-
- (1) د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، الطبعة الثانية المنقحة ، (لم يذكر اسم الدار الناشرة) ، عمان ، 1997 ، ص 127 و د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج 1 ، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص 149 و د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 ، ص 209 و د.كمال ثروت الوندواوي ، شرح احكام عقد البيع ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 ، ص 229 .
 - (2) د.أنور سلطان ، شرح العقود المسماة ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، مصر ، 1952 ، ص 330 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الرابع ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص 718 و د.محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، ج 6 ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1952 ، ص 338 .

(3) محمد عبدالله ابو هزيم ، الضمان في عقد البيع ، دار الفيحاء ، عمان ، 1986، ص 175 ود.محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع في القانون الأردني ، (لم تذكر الدار الناشرة ولا مكان ولا سنة الطبع)، ص410.
(4) د.محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994، ص 155.

(5) د.اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 55.

(6) محمد باقر الصدر ، منهاج الصالحين ، ج2 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، 1980، ص 55.

(7) الشيخ ابو الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي ، مختصر القدوري في الفقه الحنفي ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997، ص 81 والامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق ، المجلد الرابع ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2000، ص 336 وكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج6 ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995، ص 330.

(8) ابو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر ابن الحاجب المالكي ، جامع الامهات ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2004، ص 218 و الشيخ علي الصعيدي العدوي ، حاشية العدوي ، ج2 ، دار احياء الكتب العربية ، (لم يذكر مكان وزمان الطبع)، ص 139. وعبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني ، المجلد الخامس ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2002، ص 227.

(9) الشيخ سليمان بن محمد بن عمر ، حاشية البجيرمي ، المجلد الثاني ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2000، ص 324 و ابو محمد الحسين بن مسعود بن محمد ، التهذيب في فقه الامام الشافعي ، المجلد 3 ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997، ص 444 وشهاب الدين ابي العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2005، ص 136.

والحنابلة (1) ، ويخالف ذلك بعض فقهاء الامامية كالخوئي والسيستاني ، يقول السيستاني (لا يشترط في العيب ان يكون موجبا لنقص المالية بل ربما يوجب ازديادها ، كما اذا اشترى دابة فوجدها ذا راسين ، فانه قد يبذل بإزائها مال كثير من قبل المهتمين بحفظ امثالها من عجائب المخلوقات ، ولكنه على كل حال عيب يحق للمشتري ان يفسخ البيع به وان لم يثبت الارش) (2) . ويلاحظ ان بعض الفقه الاسلامي اشترط نقصان عين المبيع ، ولم نفرد له مطلبا خاصا به ، بل أدخلناه في من قال بنقصان الثمن لانه اذا نقص جزء من المبيع نقص ثمنه.

على العموم نجد ان موقف الفقه الوضعي العربي متفق مع موقف الفقه الاسلامي حول مسألة نقصان ثمن المبيع ولا يؤثر مخالفة بعض فقهاء الامامية في ذلك ، ولكن علينا تسليط الضوء على موقف فقهاء الامامية الذين خالفوا ذلك وهم الخوئي و السيستاني.

ان الخوئي في تقارير بحثه الخارج يعارض رأيه السابق فهو يقول (ان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب في المبيع ، بل ما كان موجبا للنقص من مالية المبيع) (3). ونرجح القول الثاني للخوئي كونه حصيلة بحثه الخارج بخلاف قوله الاول المذكور في رسالته العملية الموجهة للمقلدين ، وبذلك يدخل الخوئي مع إجماع الفقهاء.

ولم يكتف الخوئي بذلك ، بل انه يرد على حالة مماثلة لما ذكره السيستاني فيقول (فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب في المقام ، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أي يكون خارجا عن العيب حكما من هذه الجهة) (4).

يبقى أخيرا ملاحظتان على رأي السيستاني :-

1. من خلال المثال الذي ذكره ، يتضح انه يتبنى التعريف المشهور بين الفقهاء للعيب ، والذي نقضه السيد الخوئي كما مر في التمهيد.
2. ان رأيه يمثل حالة نظرية بحثة بعيدة عن الواقع العملي ، فان خيار العيب من حق المشتري ، فعليه نعتقد ان المشتري لن يقبل بإعادة هذا الكنز الذي حصل عليه لمجرد كونه في حالة موافقة للعيب اصطلاحا ، لذلك نؤيد رأي الخوئي بخروج هذه الحالة من حكم العيب.

-
- (1) علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن احمد المرادوي الحنبلي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل ، المجلد الرابع ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997 ، ص 394 ومنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج2 ، عالم الكتب بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع) ، ص 175.
 - (2) السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج2 ، الطبعة الثالثة ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2001 ، ص 55 والسيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج2 ، الطبعة الثامنة ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف 1397 هجرية ، ص 46.
 - (3) الميرزا محمد علي التوحيد ، مصباح الفقاهة في المعاملات تقريرا لباحث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي دامت افاضاته ، ج7 ، الطبعة الاولى ، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت 1992 ، ص 223.
 - (4) المصدر السابق ، ص 224.

المطلب الثاني : نقصان منفعة المبيع

اجمع الفقه في العراق ومصر والأردن والجزائر ولبنان على ان نقصان منفعة المبيع بسبب العيب يمكن المشتري من الرجوع على البائع بالضمان (1).

اما في الفقه الاسلامي ، فذهب الى اشتراط نقصان منفعة المبيع بعض المالكية (2) وبعض الشافعية (3). من خلال ذلك نجد ان الفقه الوضعي العربي اجمع على اشتراط نقصان منفعة المبيع ، بينما الغالب من الفقه الاسلامي جاء ساكتا عن ذلك ، واكتفى باشتراط نقصان ثمن المبيع.

ونحن نرجح موقف الفقه الاسلامي ، ونعتقد ان الفقه الاسلامي سكت عن الإشارة الى نقصان منفعة المبيع بسبب العيب لانها داخلة ضمن نقصان ثمن المبيع ، أي اننا نرى انه كلما حدث نقص في المنفعة فلازمه نقص في الثمن.

ويذكر السنهوري مثالا لنفي الملازمة بين نقصان المنفعة ونقصان الثمن ، وردده من بعده بالقبول معظم الفقهاء الوضعيين حيث يقول (وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون ان ينقص من قيمته ، كما اذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفا لما قلل من هذه القيمة) (4).

نقول ان هذا الكلام نظري وغير صحيح من الناحية العملية ، فلو قلنا للمشتري في هذا المثال أيهما تختار هذه الآلة الميكانيكية المبتلاة بالعيب الخفي ام آلة ميكانيكية اخرى مشابهة لها في الاداء لكنها خالية من ذلك العيب الخفي؟ فقطعا انه سيختار الآلة الثانية لانه الاختيار الراجح عقلا وعرفا ، ورغبة المشتري هنا ، خير شاهد

على تأثير النقصان في المنفعة على رغبة المشتري وهذه بدورها تشير الى التأثير على الثمن حسب قانون العرض والطلب.

-
- (1) راجع هوامش ص 3 ، لان الفقهاء يعطفون ذكر نقص المنفعة على نقصان الثمن في نفس الفقرة عادة.
 - (2) ابن الحاجب المالكي ، مصدر سابق ، ص 218 وعبد الباقي الزرقاني ، مصدر سابق ، ص 227.
 - (3) الشيخ سليمان بن محمد ، مصدر سابق ، ص 324 وابن حجر الهيتمي ، مصدر سابق ، ص 136.
 - (4) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 718.

المطلب الثالث : فوات الوصف

حسب عينة البحث ، اختلف الفقه العربي في شمول العيب لفوات الوصف الذي يشترطه المشتري على البائع على اتجاهين ، مؤيد وهو موقف غالبية الفقه العربي في مصر (1) والاردن (2) والجزائر (3) ولبنان (4) ومعارض ويتمثل في موقف الفقه العراقي (5) وشذ عنهم عباس حسن الصراف (6).

اما في الفقه الاسلامي ، فقد ذهب بعض فقهاء المالكية (7) الى شمول العيب لفوات الوصف الذي يشترطه المشتري على البائع.

من خلال ذلك ، نجد ان الاتجاه الغالب في الفقه الوضعي العربي يذهب الى شمول العيب لفوات الوصف بينما الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي يخالف ذلك ، حيث يدخل حالة تخلف الوصف المشترط من قبل المشتري ضمن احكام خيار تخلف الشرط (8). ونرجح الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي وذلك لان مفهوم فوات الوصف المشروط من قبل المشتري ينطبق تماما مع خيار تخلف الشرط ، ويتعد عن مفهوم العيب.

- (1) د.أنور سلطان ، مصدر سابق، ص330 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 719 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق، ص 338.
- (2) محمد عبدالله ابو هزيم مصدر سابق، ص 175 و د.محمد يوسف الزغبى ، مصدر سابق، ص411.
- (3) د.محمد حسنين ، مصدر سابق، ص 155.
- (4) د.اسعد دياب ، مصدر سابق، ص 73.
- (5) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 131 و د.كمال ثروت الوندواوي ، مصدر سابق، ص 231.
- (6) د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق، ص 209.
- (7) ابن الحاجب المالكي ، مصدر سابق ، ص 218 و عبد الباقي الزرقاني ، مصدر سابق ، ص 226.
- (8) الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر سابق ، ص 222 .

المطلب الرابع : العيب المتسامح فيه

بموجب عينة البحث ، اجمع الفقه في العراق (1) ومصر (2) والأردن (3) والجزائر (4) ولبنان (5) على اخراج العيب المتسامح فيه من دائرة الضمان، وشذ عنهم د.كمال ثروت الوندواوي من العراق (6). و اجمع الفقه الاسلامي بمذاهبه الخمسة من الامامية (7) والحنفية (8) والمالكية (9) والشافعية (10) والحنبلية (11) على ان العيب المتسامح فيه لا يعتد به ، وان اختلفت تعابيره حول ذلك ، مثل قولهم العيب الغالب في جنسه او الذي لا يعتبر عند التجار او الذي لا ينقص القيمة عادة وما شاكل ذلك.

فعليه نجد ان الغالب من الفقه الوضعي العربي يتفق مع الفقه الاسلامي في هذه المسألة ، اما رأي الوندواوي من العراق فقد جاء نتيجة لجموده على نص القانون فهو يقول (ويظهر من الحكم العام الذي جاءت به الفقرة 2 من المادة 558 من القانون المدني بان المشتري يستطيع الرجوع على البائع بالضمان حتى وان كان النقص في ثمن المبيع يسيرا نتيجة لوجود العيب ، حيث ان المشرع لم يميز بين النقص الفاحش والنقص اليسير بهذا الخصوص وعليه فان أي نقص في الثمن يوجب مسؤولية البائع) (12) ، لكننا لا نقبل رأيه ، لان نص الفقرة 2 من المادة 558 من القانون المدني العراقي تقول (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة) ، صحيح ان نقص الثمن جاء مطلقا شاملا للجسيم واليسير لكن النقص اليسير استبعد بقرينة عدم اعتباره عند التجار وأرباب الخبرة لتفاهته.

- (1) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 132 و د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص150 ود.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص 210.
- (2) د.أنور سلطان ، مصدر سابق، ص331 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 721 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق، ص 339.
- (3) محمد عبدالله ابو هزيم مصدر سابق، ص 176 ود.محمد يوسف الزغبي ، مصدر سابق، ص412.
- (4) د.محمد حسنين ، مصدر سابق، ص 156.
- (5) د.اسعد دياب ، مصدر سابق، ص 71.
- (6) د.كمال ثروت الوندائي ، مصدر سابق ، ص 229.
- (7) السيد علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ، ص 54 والسيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، مصدر سابق ، ص 46. محمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ص 56.
- (8) الشيخ ابو الحسن القدوري الحنفي ، مصدر سابق، ص 81 والامام فخر الدين الحنفي ، مصدر سابق ، ص 336 و ابن الهمام الحنفي ، مصدر سابق ، ص 330.
- (9) ابن الحاجب المالكي ، مصدر سابق ، ص 218 والعدوي ، مصدر سابق، ص 139. وعبد الباقي الزرقاني ، مصدر سابق ، ص 227.
- (10) الشيخ سليمان بن محمد ، مصدر سابق ، ص 324 وأبو محمد الحسين بن مسعود ، مصدر سابق، ص 444 وابن حجر الهيتمي ، مصدر سابق ، ص 136.
- (11) المرادوي الحنبلي مصدر سابق ، ص 394 و منصور البهوتي ، مصدر سابق ، ص 175.
- (12) د.كمال ثروت الوندائي ، مصدر سابق ، ص 229.

المبحث الثاني

خفاء العيب

سيتم اختيار اربعة مسائل أساسية متعلقة بشرط خفاء العيب ، وهي حالة عدم علم المشتري بالعيب وحالة عدم استطاعته العلم بالعيب وحالة تأكيد البائع خلو المبيع من العيوب وحالة إخفاء العيب غشا من البائع ، وستبحث في أربعة مطالب.

المطلب الاول : عدم علم المشتري بالعيب

حسب عينة البحث ، يجمع الفقه في العراق (1) ومصر (2) والاردن (3) والجزائر (4) ولبنان (5) على ان حالة عدم علم المشتري بالعيب تعطي المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان .
اما في الفقه الاسلامي ، فقد أشار الى عدم علم المشتري للعيب كشرط للضمان فقهاء الامامية (6).
فمن خلال ذلك ، نجد ان الفقه الوضعي العربي يجمع على اشتراط عدم علم المشتري بالعيب للضمان ، بينما الموقف الغالب في الفقه الاسلامي لم يشترطه ، ونعقد ان سبب ذلك راجع لكون علم المشتري بالعيب قرينة واضحة على رضاه بالعيب ، أي ان المشتري يتنازل عن حقه بالرجوع على البائع ، فلذا لا مبرر لذكر هذا الشرط لوضوحه ، فعليه نرجح موقف الغالبية من الفقه الاسلامي .

المطلب الثاني : عدم استطاعة المشتري العلم بالعيب

يجمع الفقه في العراق ومصر والاردن والجزائر ولبنان (7) على ان حالة عدم استطاعة المشتري العلم بالعييب تعطي المشتري حق الرجوع على البائع بالضمنان.

اما في الفقه الاسلامي ، فلم نجد من يشترط عدم استطاعة المشتري العلم بالعييب للضمنان ، الا ان العدوي من فقهاء المالكية يرى ان العيب الظاهر كالعور لاضمان فيه (8) ، والعييب الظاهر هو احد مصاديق العيب الذي يستطيع المشتري العلم به ، فوافق في هذه الحالة الفقه الوضعي العربي.

ونرجح موقف غالبية الفقه الاسلامي بعدم اشتراط عدم استطاعة علم المشتري بالعييب للضمنان ، لان المشتري قد لا يبذل عناية الرجل المعتاد في فحص المبيع ، لسبب ما ، مثلا لتقته بالبائع او لاستعجاله ، فسقوط ضمان العيب في هذه الحالة إجحاف بحق المشتري ولا يشجع على نشر الثقة والاطمئنان بين المتبايعين الذي هو اساس الحياة الاقتصادية ، وهذا ما لا ينسجم مع مجتمعنا الاسلامي الذي يشجع على حسن الظن بالناس ، نعم ينسجم مع المجتمعات الغربية المبنية على المصلحة الفردية والأناية (9).

-
- (1) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 124 و د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 148 و د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص 206 و د.كمال ثروت الوندأوي ، مصدر سابق ، ص 218. (2) د.أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 331 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 724 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص 340. (3) محمد عبدالله ابو هزيم مصدر سابق ، ص 161 و د.محمد يوسف الزغبي ، مصدر سابق ، ص 402. (4) د.محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص 154.
- (5) د.اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 99. (6) السيد علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ، ص 54 والسيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، مصدر سابق ، ص 45. محمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ص 55. (7) راجع الهوامش أعلاه ، لان الفقهاء يذكرون حالة عدم علم المشتري وحالة عدم استطاعته العلم بالعييب في نفس الفقرة عادة. (8) العدوي ، مصدر سابق ، ص 139.
- (9) صاحب عيبد عبد الزهرة ، ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، 1979 ، ص 112.

المطلب الثالث : تأكيد البائع خلو المبيع من العيب

حسب عينة البحث ، يجمع الفقه في العراق (1) ومصر (2) والاردن (3) والجزائر (4) ولبنان (5) على ان حالة تأكيد البائع خلو المبيع من العيب تعطي المشتري حق الرجوع على البائع بالضمنان.

اما في الفقه الاسلامي ، فلم نجد اشتراط تأكيد البائع خلو المبيع من العيب للضمنان.

من خلال ذلك ، نرى ان الفقه الاسلامي لم يذكر هذه الحالة لانها خاضعة للقواعد العامة ، فالبايع اذا أكد خلو المبيع من العيب التزم بقوله ، فعليه ان الفقه الوضعي العربي يتفق مع الفقه الاسلامي في النتيجة ، ولكننا مع موقف الفقه الاسلامي في عدم الإسهاب بلا مبرر.

المطلب الرابع : إخفاء العيب غشا من البائع

يجمع الفقه في العراق (6) ومصر (7) والاردن (8) والجزائر (9) ولبنان (10) على ان حالة إخفاء العيب غشا من البائع تعطي المشتري حق الرجوع على البائع بالضمنان.

اما في الفقه الاسلامي ، فقد انفرد العدوي من فقهاء المالكية باشتراط إمكانية التديس للضمنان فيقول (ومن ابتاع عبدا) او غيره (فوجد به عيبا) يمكن التديس به ينقص من الثمن كثيرا (فله) أي المبتاع الخيار (11)

ونعتقد ان غالبية الفقه الاسلامي لم يشيروا لهذه الحالة لانها خاضعة لخيار التغرير مع الغبن ، فعليه نجد ان الفقه الوضعي العربي يتفق مع الفقه الاسلامي في النتيجة ، ولكننا مع موقف الفقه الاسلامي في عدم ذكر هذه الحالة ضمن خيار العيب.

-
- (1) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 126 و د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 149 و د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص 207 يلاحظ ان هذا الفقيه يجمع بين تأكيد البائع خلو المبيع من العيب وإخفائه غشا في حالة واحدة و د.كمال ثروت الوندواوي ، مصدر سابق ، ص 222.
 - (2) د.أنور سلطان ، مصدر سابق، ص 333 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 726 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق، ص 340.
 - (3) محمد عبدالله ابو هزيم ، مصدر سابق ، ص 167 .
 - (4) د.محمد حسنين ، مصدر سابق، ص 154.
 - (5) د.اسعد دياب ، مصدر سابق، ص 108.
 - (6) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 127 و د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 149 و د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص 207 و د.كمال ثروت الوندواوي ، مصدر سابق ، ص 221.
 - (7) د.أنور سلطان ، مصدر سابق، ص 333 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 726 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق، ص 340.
 - (8) محمد عبدالله ابو هزيم مصدر سابق، ص 169 و د.محمد يوسف الزغبي ، مصدر سابق، ص 408.
 - (9) د.محمد حسنين ، مصدر سابق، ص 154.
 - (10) د.اسعد دياب ، مصدر سابق، ص 109.
 - (11) العدوي ، مصدر سابق، ص 139.

المبحث الثالث

قدم العيب

هنالك اتجاهان في تحديد وقت قدم العيب او الحد الفاصل للضمان في الفقه الوضعي العربي ، الاول وهو الغالب يجعله وقت التسليم ، فلا ضمان على البائع بعد التسليم ، وهو موقف الغالبية من الفقهاء العرب حسب عينة البحث ، كما في العراق (1) ومصر (2) والاردن (3) والجزائر (4). والثاني يجعله وقت انتقال الملكية ، فلا ضمان على البائع بعد وقت انعقاد عقد البيع في القيميّات او بعد الإفراز والتسليم في المثليات حيث يحصل التسليم عادة وقت الإفراز ، وهو موقف بعض الفقهاء العرب كما في لبنان (5) ، فيتفق الاتجاهان في المثليات بجعل الحد الفاصل للضمان التسليم ويختلفان في القيميّات ، فالأول يجعله وقت التسليم اما الثاني فيجعله وقت انعقاد العقد. اما في الفقه الاسلامي ، فقد اجمع فقهاء الامامية (6) والحنفية (7) والشافعية (8) والحنبلية (9) على ان البائع يضمن العيب قبل القبض.

ونرجح موقف الفقه الاسلامي وغالبية الفقه الوضعي العربي باعتبار وقت التسليم لا وقت انتقال الملكية الحد الفاصل للضمان ، وذلك لان البائع يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم ، والعيب يعد بمثابة الهلاك الجزئي للمبيع (10)، فعليه يكون الفقهاء متفقين في هذه المسألة.

- (1) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 132 و د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص 150 و د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص 210 و د.كمال ثروت الوندواوي ، مصدر سابق ، ص 223.
- (2) د.أنور سلطان ، مصدر سابق، ص 329 و د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 722 و د.محمد كامل مرسي ، مصدر سابق، ص 337.
- (3) محمد عبدالله ابو هزيم مصدر سابق، ص 172 و د.محمد يوسف الزغبي ، مصدر سابق، ص 399.
- (4) د.محمد حسنين ، مصدر سابق، ص 153.
- (5) د.اسعد دياب ، مصدر سابق، ص 78.
- (6) السيد علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ، ص 55 والسيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، مصدر سابق ، ص 46. محمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ص 56.
- (7) الشيخ ابو الحسن القدوري الحنفي ، مصدر سابق، ص 82 والامام فخر الدين الحنفي ، مصدر سابق ، ص 340 و ابن الهمام الحنفي ، مصدر سابق ، ص 329.
- (8) الشيخ سليمان بن محمد ، مصدر سابق ، ص 327 وأبو محمد الحسين بن مسعود ، مصدر سابق، ص 444 وابن حجر الهيتمي ، مصدر سابق ، ص 133.
- (9) المرادواوي الحنبلي مصدر سابق ، ص 404 ، عبد السلام بن عبدالله ابن تيمية ، المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1999، ص 476.
- (10) د.اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبة ، 1963، ص 236 نقلا عن صاحب عبيد عبد الزهرة ، مصدر سابق ، ص 99.

الخاتمة

بعد هذه الجولة بين الفقه الوضعي العربي والفقه الاسلامي في رحاب شروط العيب في المبيع ، نختم بحثنا ببيان النتائج والتوصيات .

اولا : النتائج :-

لدينا نتائج عامة وأخرى خاصة وكما يأتي :-

ا : النتائج العامة

1. ان نسبة الرأي النهائي للفقهاء وخاصة في الفقه الاسلامي تستدعي الاطلاع على معظم مؤلفاته المتعلقة بالبحث ، اذ ربما يتبنى الفقيه رأياً يطور او يخالف رأيه السابق ، وهذا ما لمسناه مع الخوئي بشأن تعريف العيب ونقصان ثمن المبيع ، وهذه النتيجة تؤكد ضرورة تركيز وتضييق نطاق البحث من اجل الوصول الى أكمل النتائج.

2. نجد ان معظم فقهاء الفقه الوضعي العربي حسب عينة البحث لا يتمتعون باستقلالية الرأي ، فهم غالبا يكتفون بمجرد توضيح وشرح متون القوانين من دون بيان رأي مخالف ، هذا من جهة ومن جهة اخرى هم يتبعون ويقلدون بعضهم البعض ، فمثلا في اثبات ان نقصان ثمن المبيع يغير نقصان منفعة المبيع وجدناهم يكررون نفس المثال الذي ذكره السنهوري وتقريبا بنفس كلماته.

ب : النتائج الخاصة

لقد تم مقارنة الفقه الوضعي العربي والفقه الاسلامي في تسع مسائل متعلقة بشروط العيب في المبيع ، وكانت النتائج حسب الجدول الآتي :-

المسائل التي رجح فيها الفقه الاسلامي	المسائل التي تم الاتفاق عليها	المسائل التي رجح فيها الفقه الوضعي العربي
نقصان منفعة المبيع	نقصان الثمن المبيع	
فوات الوصف	العيب المتسامح فيه	
عدم علم المشتري بالعيب	قدم العيب	
عدم استطاعة المشتري العلم بالعيب		
تأكيد البائع خلو المبيع من العيب		
إخفاء العيب غشا من البائع		

ومن هذه النتائج ، نصل الى إجابة واضحة عن السؤال المذكور في مقدمة البحث ، فلقد وجدنا فعلا ان الفقه الاسلامي أدق وأعمق من للفقه الوضعي.

ثانيا : التوصيات :-

كنت اعتقد ومن خلال دراستي لأراء السنهوري في كلية القانون ، ان السنهوري يقف على الطرف المقابل للفقه الاسلامي ، لانه يعد واضع القانون المدني المصري والعراقي والسوري والليبي والكويتي والدستور الكويتي والسوداني والإماراتي ومؤسس جامعة الاسكندرية في مصر واول كلية للقانون في العراق ، وشغل العديد من المناصب المهمة كوزارة المعارف ورئاسة مجلس الدولة المصري .

ولكني أخيرا وجدت بحثا للسنهوري غير هذا الاعتقاد كليا ، فلقد وجدت السنهوري صاحب هدف ومشروع إسلامي ، نعم مشروع إسلامي ومتكامل ، ونظرا لأهمية الموضوع ، فسننقل ملخص مشروع السنهوري رغم طوله، فهو يقول :-

(ويعينني الان وأنا أشرف أبواب المستقبل ان ابين ان القانون المصري والقانون العراقي لم يوضعا للتنازع والتعارض بل وضعا للتالف والتكامل ، وقد كنت وانا اعمل في كل من القانونين ادرك إدراكا تاما ان

القانون العراقي ما كان يتم على النحو الذي تم به قبل اتمام القانون المصري ليستعير الاول من الثاني تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ، ليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لا يجدها ممهدة في الفقه الاسلامي .

والهدف الذي قصدت اليه هو ان يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يشتق رأسا من الشريعة الاسلامية. ولكن هذا الهدف بعيد المنال ، وانا العليم بما يحوطه من صعاب كأداء وما يقتضيه من مشقة بالغة وما يتطلبه من زمن طويل يقتصر عنده الاجل ويفنى دونه العمر وكنت وانا اعلم ان الشقة بعيدة اعلم في الوقت ذاته ان السبيل ايضا غير ممهد . فلا بد من تعبيد الطريق للوصول الى الهدف المنشود . ولن نصل الى المرحلة الأخيرة الا بعد ان نجتاز مرحلتين تسبقانها:-

(المرحلة الاولى) :-

هي استخلاص ما وصلت اليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها الى العصر الذي نعيش فيه ، وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني المصري الجديد . وكان وضعه على هذا النحو طبيعيا لان مصر كما قدمت الفت القوانين الغربية فلا تستطيع ان تدعها الى الفقه الاسلامي في يوم وليلة قبل ان يتم تطور هذا الفقه.

(المرحلة الثانية) :-

هي وضع هذه الثقافة المدنية الغربية الى جانب الفقه الاسلامي بعد ان تم تقنينه نصوصا في المجلة ومرشد الحيران ، وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني العراقي الجديد . وكان هذا ايضا طبيعيا لان العراق الف الفقه الاسلامي عن طريق المجلة فكان الواجب ان يستقبه بالقدر الممكن وان يضيف عليه ما يكمله من نصوص القانون المصري الجديد.

واقدر بعد ان اجتزنا هذه المرحلة الثانية وبعد ان أصبح الفقه الاسلامي والقانون المدني الغربي جنبا الى جنب في صعيد واحد ان يتكامل القانونان وان يتفاعلا ، هذا يؤثر في ذلك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدني الغربي . وهذه الدراسة هي التي قصدت ان اصل إليها حتى اذا آتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامي الى الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدني يجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود.)

ثم يضيف :-

(الفقه الاسلامي هو فقه محض لا نقل عرافته في ذلك عن عرافة القانون الروماني ، وهو لا يقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور ، وهو مثله صالح ان يكون قانونا عالميا بل كان بالفعل قانونا عالميا يوم امتدت دولة الاسلام من أقاصي البلاد الآسيوية الى ضفاف المحيط الأطلسي ، وكما اثبت القانون الروماني بعد ان أحييت دراسته في العصور الوسطى القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهي القوانين التي تعيش أوروبيا اليوم في ظلها ، كذلك الفقه الاسلامي اذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد

قمين ان ينبت قانونا حديثا لا يقل في الجودة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية ويكون هذا القانون مشتقا من الفقه الاسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العتيق.

هذه هي عقيدتي في الفقه الاسلامي تكونت لا عن العاطفة والشعور فحسب بل تضافر في تكوينها الشعور والعقل ومكن لها شيء من الدرس . وأكثر ما كان درسي للفقه الاسلامي عند وضع القانون المدني العراقي ، فان هذا القانون كما قدمت مزاج صالح من الفقه الاسلامي والقانون المصري الجديد . فأتاح لي إطلاعي على نصوص الفقه الاسلامي ، سواء كانت مقننة في المجلة ومرشد الحيران او كانت معروضة عرضا فقهييا في أمهات الكتب وفي مختلف المذاهب ، ان الحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الاصاله والابتداع وما يكمن فيه من حيوية وقابلية للتطور (1) .

وبعد هذا التصريح من مؤسس القانون الوضعي في البلاد العربية ، نوصي الباحثين في مجال القانون والفقه الوضعي والفقه الاسلامي بالسعي الى تحقيق أمل وهدف السنهوري فضلا عن حلم فقهاء الاسلام بل وعامة المسلمين ، بإعادة الحاكمية الى الفقه الاسلامي.

واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، القانون المدني العربي ، شركة الطبع والنشر الأهلية (مسئل من مجلة القضاء العراقية ، العددان الاول والثاني لسنة 1962) ، بغداد ، 1965 ، ص 23 - ص 26 .

مصادر البحث

اولا : مصادر الفقه الوضعي العربي

ا - الفقه العراقي

د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، الطبعة الثانية المنقحة ، (لم يذكر اسم الدار الناشرة) ، عمان ، 1997 .

د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج1 ، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 .

د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 .

د.كمال ثروت الوندواوي ، شرح احكام عقد البيع ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 .

ب - الفقه المصري

د.أنور سلطان ، شرح العقود المسماة ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، مصر ، 1952.

د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الرابع ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000.

د.عبد الرزاق السنهوري ، القانون المدني العربي ، شركة الطبع والنشر الأهلية (مستل من مجلة القضاء العراقية ، العددان الاول والثاني لسنة 1962) ، بغداد ، 1965.

د.محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، ج6 ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1952.

ج - الفقه الأردني

محمد عبدالله ابو هزيم ، الضمان في عقد البيع ، دار الفيحاء ، عمان ، 1986.

د.محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع في القانون الأردني ، (لم تذكر الدار الناشرة ولا مكان ولا سنة الطبع).

د - الفقه الجزائري

د.محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994.

و - الفقه اللبناني

د.اسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، الطبعة الثالثة ، دار اقرأ ، بيروت ، 1983.

ثانيا : مصادر الفقه الاسلامي

ا - الفقه الامامي

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج2 ، الطبعة الثامنة ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف 1397 هجرية.

السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج2 ، الطبعة الثالثة ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2001.

الشيخ ميرزا علي الغروي ، التتقيح في شرح المكاسب تقريراً لباحث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، الجزء 39 ، الطبعة الاولى ، مؤسسة إحياء آثار الامام الخوئي ، ايران ، 2005 .

محمد باقر الصدر ، منهاج الصالحين ، ج2 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، 1980.

الميرزا محمد علي التوحيدى ، مصباح الفقاهة في المعاملات تقريراً لباحث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي دامت افاضاته ، ج7 ، الطبعة الاولى ، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1992.

ب - الفقه الحنفي

الشيخ ابو الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي ، مختصر القدوري في الفقه الحنفي ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997.

الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق ، المجلد الرابع ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2000.

كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج6 ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995.

ج - الفقه المالكي

ابو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر ابن الحاجب المالكي ، جامع الامهات ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2004.

الشيخ علي الصعيدي العدوي ، حاشية العدوي ، ج2 ، دار احياء الكتب العربية ، (لم يذكر مكان وزمان الطبع).

عبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني ، المجلد الخامس ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2002.

د - الفقه الشافعي

الشيخ سليمان بن محمد بن عمر ، حاشية البجيرمي ، المجلد الثاني ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2000.

ابو محمد الحسين بن مسعود بن محمد ، التهذيب في فقه الامام الشافعي ، المجلد 3 ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997.

شهاب الدين ابي العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 2005.

و - الفقه الحنبلي

عبد السلام بن عبدالله ابن تيمية ، المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1999.

علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداوي الحنبلي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل ، المجلد الرابع ، الطبعة الاولى ، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت ، 1997.

منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج2 ، عالم الكتب بيروت ، (لم تذكر سنة الطبع).

ثالثا : الرسائل الجامعية

صاحب عبيد عبد الزهرة ، ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، 1979.