الأستاذ بعجي أحمد

عقد البيع

دراسة مقارنة في فعليّة القانون الوضعي بفعاليّة الفقه الإسلامي

دار الإمامة للنشر والتوزيع
Editions LAIMMA

الفهرس

مقدّمة:..... 9

أوّلا: عموميات حول أُصُلِ عقد البيع:..... 9

1. حقيقة الفقه الإسلامي:..... 9

أ. الفقه الإسلامي: " فقهيُّ الصياغة"..... 10

ب. الفقه الإسلامي:" فروعيُّ القواعد"..... 11

ج. الفقه الإسلامي: " واقعيُّ الحلول"..... 12

د. الفقه الإسلامي: " إسلاميُّ الشريعة"..... 13

هـ. الفقه الإسلامي: " استنباطيُّ المصدر"..... 14

ع. الفقه الإسلامي: " ماليُّ المعاملة"..... 16

2. حقيقة القانون المدني:..... 17

أ. القانون المدني: " وضعيُّ المنشأ"..... 17

ب. القانون المدني: " موضوعيُّ الحقوق"..... 18

ج. القانون المدني: " نظريُّ التصوّر"..... 18

د. القانوني المدني: " يوميُّ الوجود"..... 20

هـ. القانون المدني: " تقنينيُّ الصياغة"..... 20

ع. القانون المدني: " تجريديُّ الحلول"..... 21

غ. القانون المدني: " تقنيٌّ لا ثقافيٌّ"..... 22

ثانيا: تحدّيات على نُظُمِ عقد البيع: 24
1.قانون البيع: تحدّيات لا متناهية 24
أ. البيع: محور العقود الخاصة 24
ب. البيع: نموذج لوحدة قانون العقود 26
ج. البيع: مصدر لاضطراب قانون العقود 28
د. البيع: مصدر لتعقّد القواعد التعاقدية 31
هـ. البيع: مصدر لصعوبة التكييف 35
2. فقه البيع: إنجازات محقّقة 37
أ. التفريع و التخصّيص في قواعد البيع: ميزة لا نقمة 37
ب. تكييف العقود: بين استقلالية الحكم و استباقية التحريم 39
ثالثا: مقاربات حول فُصُلِ عقد البيع: 41
1. بحسب فلسفة التنظيم: 41
أ. من حيث تصنيفه: 42
ب. من حيث تسميته: 43
ج. من حيث ضبطه: 43
د. من حيث اعتباره: 44
هـ. من حيث مصادره: 44
ع. من حيث مقاصده: 44
ص. من حيث ضوابطه: 45

ب. من حيث التزاماته: 45
س. من حيث قواعده: 46
ن. من حيث أصوله و مبادئه : 47
2. بحسب أسلوب الصياغة: 48
أ. من حيث التأصيل و التفصيل: 48
ب. من حيث التخريج: 52
3. بحسب محتوى القواعد: 52
أ. من حيث المرونة في الأحكام : 52
ب. من حيث التفريع: 53
ج. من حيث معالجة المسائل التعاقدية: 54
د. من حيث التصوّر التعاقدي: 54
رابعا: اعتبارات حول حُصُلِ عقد البيع 55
1. البعد العلمي: 55
2. البعد النظري: 57
3.البعد الحداثي: 62
4. البعد المنهجي: 69
الفصل الأوّل: حقيقة عقد البيع 72
المبحث الأوّل: أصالة عقد البيع 72
المطلب الأوّل: مسلّمات عقد البيع 72

الفرع الأوّل: المسلّمات العامة..... 73
أوّلا: البيع "عقد"..... 73
1.العقود الازمة:..... 74
2.العقود الملزمة لجانبين: 75
3.البيع" محدّد"..... 75
ثانيا: البيع "تمليك" 76
1. البيع "تراضٍ" 79
2.البيع " عوض"..... 79
ثالثا: البيع "تأبيد" 79
الفرع الثاني: المسلّمات الخاصة: "المال" 80
الفرع الثالث: تفريد عقد البيع:..... 82
أوّلا: تفريد البيع من جهة التملّك:..... 82
1- تمييز عقد البيع عن عقد الايجار:..... 83
2- تمييز عقد البيع عن عقد القرض الاستهلاكي:..... 84
ثانيا: تفريد البيع من جهة المقابل..... 85
1- تمييز عقد البيع عن عقد الهبة:..... 85
2. تمييز عقد البيع عن الوصية:..... 86
3. تمييز عقد البيع عن تقديم حصة في الشركة:..... 86
4.تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة:..... 87

المطلب الثاني: تباينات عقد البيع 88
الفرع الأوّل: التباين المذّهبي 88
أوّلا: من حيث ضابط المال 89
1. التوسّع في المال مع ضابط " التحريم" 89
2. التوسّع في المال مع ضابط " المنفعة" 93
3. التوسّع في المال مع ضابط " المدّة" 94
ثانيا: من حيث ضابط التعميم و التخصيص 94
1. الاتجاه الموسّع من التعميم 95
2.الاتجاه الموسّع من التخصيص 95
3. الاتجاه الموازن ما بين التعميم و التخصيص 96
ثالثا: من حيث ضابط المحاذير الشرعية 97
1. المحاذير التأصيلية 97
2. المحاذير التفصيلية 97
3. المحاذير التفضيلية 98
الفرع الثاني: التباين التقنيني 98
أوّلا: من حيث جوهر البيع: 99
1. أنصار النزعة العقدية 99
2. أنصار النزعة التملّكية 102
3. الترجيح: 104

ثانيا: من حيث التصوير: 105
1. انصار النزعة الالتزامية 106
2. انصار النزعة التلقائية 108
3. الترجيح 110
ثالثا: من حيث المجال: 110
1. محل البيع "الحق" 110
2. محل البيع " الملكية" 111
رابعا: من حيث الأشخاص: 111
1. الاتجاه المضيّق 112
2. الاتجاه الموسّع 113
خامسا: من حيث المقابل: 113
1. اتجاه نقدية المقابل 114
2. اتجاه مالية المقابل 115
3. اتجاه ثمنيّة المقابل 115
الفرع الثالث: التباين النزّعوي 116
أوّلا: من جهة التنظيم 116
1. من حيث التعريف: 116
2.من حيث الطبيعة: 117
3.من حيث المصدر: 117

ثانيا: من جهة المضمون: 118
1.من حيث التصوير : 118
2.من حيث التكوين: 118
3.من حيث شروط الثمن: 119
4.من حيث الضوابط: 119
المبحث الثاني: انعقاد البيع 120
المطلب الأوّل: جدلية أركان عقد البيع: 120
الفرع الأوّل: من جهة التأصيل: مسلّمات متفاوتة 121
الفرع الثاني: من جهة التفصيل: تباين نسبي 123
المطلب الثاني: المتعاقدان 124
الفرع الأوّل: ضوابط من جهة التنظيم: 124
أوّلا: ضابط المتعاقدان: شرط أم شروط؟ 124
ثانيا: ضابط المتعاقدان: بين الإحالة و الجدّة 125
ثالثا: ضابط المتعاقدان: بين الانعقاد و الصحة 126
الفرع الثاني: ضوابط من جهة التفصيل 128
أوّلا: موضوع الأهلية: موضوع توافق 128
1.على المستوى المذهبي: 128
2. على المستوى التقنيني: 130
ثانيا: أوصاف الأهلية: موضوع اختلاف 135

1. صفة المتعاقدين: بين الشرعية و القانونية 135
أ. الصفة الشرعية: 136
ب. الصفة القانونية: 136
2. ميزة التملّك: بين الفعلية و الوصفية 142
أ. على المستوى المذهبي 142
ب. على المستوى التقنيني 144
3. صفة المتعاقدين: بين التعدّد و التفرّد 147
أ. على المستوى المذهبي 147
ب. على المستوى التقنيني 148
المطلب الثالث: تأصيل التراضي 150
الفرع الأوّل: جدّيّة التراضي: بين الافتراض و التحقيق 150
أوّلا: تفعيل التراضي من حيث التنظيم 150
1. قاعدة البيان " إنّما البيع عن تراضٍ" 151
2. قاعدة الإحالة " القواعد العامة و القواعد الخاصة" 152
ثانيا: تفعيل التراضي من حيث الممارسة 153
1. التراضي القولي و الفعلي 154
2. التراضي القولي: 156
ثالثا: تفعيل التراضي من حيث المضمون: 157
1. التراضي المُجْتَمِعْ : 157

2. التراضي المُجزّئ :..... 158
رابعا: نازلة الشكلية الرسمية:..... 162
1. مبرّرات فرض الشكلية الرسمية:..... 163
أ. مبرّرات تاريخية: 163
ب. مبرّرات قانونية: 164
2. ضوابط الشكلية الرسمية: 165
أ. ضرورة تحرير العقد من قبل ضابط عمومي:..... 165
ب. ضرورة تحرير العقد وفق الأشكال قانونية: 166
الفرع الثاني: تنوير التراضي:..... 170
أوّلا: من جهة التنظيم: 170
ثانيا: من جهة القاعدة:..... 171
1. التأصيل من جهة الفقه الإسلامي: "الخيارات" 172
أ. خيار الرؤية:..... 172
ب. خيار التعيين: 174
2. التأصيل من جهة التقنين الوضعي:..... 175
أ. التأصيل العام " تعيين المبيع":..... 176
ب. التأصيل الهجين: "العلم الكافي بالمبيع"..... 176
ج. التأصيل المجرّد: "خيار الرؤية"..... 184
د. التأصيل ب" قاعدة الخاص يقيّد العام"..... 186

ثالثا: فعالية "خيار الرؤية" في مواجهة "العلم الكافي بالمبيع" 191
1. من حيث التصوير: 192
2. من حيث القاعدة: 192
3. من حيث المجال: 193
4. من حيث التنازل: 193
5. من حيث الجزاء: 193
المطلب الرابع: محل عقد البيع 195
الفرع الأوّل: المبيع 196
أوّلا: وضعية المذاهب الفقهية 196
1. مالية و نفعية المبيع: 197
2. وجودية المبيع: 198
3. مقدورية المبيع: 199
4. معلومية المبيع: 199
5. تملّكية المبيع: 199
ثانيا: وضعية التقنينات الوضعية: 200
1. الاتجاه الموسّع: 200
2. الاتجاه المضيّق: 203
أ. على مستوى القواعد العامة: 203
ب. على مستوى القواعد الخاصة: 212

الفرع الثاني: الثمن 215
أوّلا: وضعية المذاهب الفقهية 215
1. موضوع الثمن: 215
2. معلومية الثمن: 216
3. وقت تحديد الثمن: 218
4. طرق تحديد الثمن: 218
ثانيا: وضعية التقنينات الوضعية 219
1.التقنينات ذات التوّجه المذهبي: 219
2.التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: 222
أ. القيمة النقدية للثمن: معيار لتكييف عقد البيع 222
ب. الثمن: شرط لقيام عقد البيع 223
ج. تحديد و تعيين قيمة الثمن: 225
المطلب الخامس: الضوابط التصنيفية للبيع 237
الفرع الأوّل: المقاربة التنظيمية 237
أوّلا: من حيث القاعدة: 237
ثانيا: من حيث التسمية: 238
ثالثا: من حيث التصوير: 238
رابعا: من حيث التصنيف: 239
خامسا: من حيث الاجتهاد: 239

الفرع الثاني: المقاربة التفصيلية 240
أوّلا: القاعدة الشرعية" درء المفاسد أولى من جلب المصالح" 240
1. شمولية الضوابط العدلية: 241
أ. الضوابط المَنْهية: 241
ب. الضوابط الترغيبية: 244
ج. الضوابط التخريجة: 246
2. المعيارية في تصنيف البيوع: 247
ثانيا: القاعدة القانونية " أولوية المصلحة" 249
1. محدودية الضوابط العدلية: 249
أ. اهمال ضابط" الرّبا " 251
ب. محدودية ضابط " الغرر" 252
ج. تباينية معيار " الغبن" 257
د. نسبية فكرة " العدل": 264
2. العشوائية في تصنيف البيوع: 267
أ. التقنينات ذات التوجّه المذهبي: 267
ب. التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: 270
المطلب السادس: التقنيات التعاقدية في البيع 281
الفرع الأوّل: التقنيات من جهة الفقه الإسلامي: سبيل للعدل 281
أوّلا: تقنيات اشتراطية 282

ثانيا: تقنيات مقصدية 282
ثالثا: تقنيات وظيفية: 284
1.من جهة المبيع: 285
2.من جهة الثمن: 286
الفرع الثاني: التقنيات من جهة التقنين الوضعي: سبيل للحرّية 289
أوّلا: وضعية التقنينات ذات التوجّه المذهبي: 289
1. تقنيات اشتراطية: 289
2. تقنيات وظيفية: 290
ثانيا: وضعية التقنينات ذات التوّجه اللاتيني: 292
1. تقنيات في خدمة التراضي: 292
أ. تقنيات تمهيدية : 293
ب. تقنيات تنويرية : 303
ج. تقنيات تحفّظية: 306
د. تقنيات تعبيرية: 310
2. تقنيات معدّلة لقواعد البيع: 317
أ. تقنيات تأجيليّة: 318
ب. تقنيات هجينة: 322
الفصل الثاني: آثار عقد البيع 341
المبحث الأوّل: الأثر اللازم للبيع 342

المطلب الأوّل: وضعية الفقه الإسلامي: " مسألة جوهرية" 343
المطلب الثاني: وضعية التقنين الوضعي 344
الفرع الأوّل: وضعية التقنينات ذات التوجّه المذهبي: "مسألة متفاوتة" 344
الفرع الثاني: وضعية التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: " مسألة عارضة" 345
أوّلا: مهملة التفكير: 346
ثانيا: حق التراجع: 347
المبحث الثاني: الأثر التمليكي للبيع 349
المطلب الأوّل: تأصيل "التملّك" 349
الفرع الأوّل: وضعية الفقه الإسلامي 349
أوّلا: وقت ترتيب حكم البيع 350
ثانيا: كيفية ترتيب حكم البيع 351
الفرع الثاني: وضعية التقنين الوضعي 352
أوّلا: وضعية التقنينات ذات التوجّه المذهبي 353
1. تلقائية الأثر التملّكي: 353
2. الفرز: إجراء للتملّك 356
ثانيا: وضعية التقنينات ذات التوجّه اللاتيني 357
1. الانتقال الفوري للملكية: القاعدة 357
2. الانتقال المتراخي للملكية: الاستثناء 364
أ بحكم طبيعة الأشياء 364

ب. بحكم الاتفاق 366
3. بحكم القانون: 368
أ. الانتقال التدريجي لملكية البناء: 368
ب. انتقال الملكية العقارية: الشهر العقاري 369
المطلب الثاني: تفعيل " التملّك" 372
أولا: وضعية الفقه الإسلامي: " التمليك المقيّد " 372
ثانيا: وضعية التقنين الوضعي: 373
1. التقنينات ذات التوجّه المذهبي: 373
2. التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: " التمليك المطلق " 374
أ. الجانب الايجابي: حق مضاف 374
ب. الجانب السلبي: عبء مضاف 376
المبحث الثالث: الأثر الانشائي للبيع 377
المطلب الأوّل: التزامات البائع 378
الفرع الأول: الالتزام بتسليم المبيع: 380
أولا: تأصيل فكرة التسليم: بين الافتراض و التحقيق 380
1. من جهة الفقه الإسلامي:" أولوية التحقيق" 380
أ. تحقّق التسليم: 381
ب. تكلفة التسليم: 385
ج. المبادرة بالتسليم: 387

2. من جهة التقنين الوضعي: 388
أ. التقنينات ذات التوجّه المذهبي:" الموازنة بين الافتراض و التحقيق" 388
ب. التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: " أولوية الافتراض" 399
ثانيا: وظائف التسليم: 437
1. من جهة الفقه الإسلامي:" تفعيل مطلق " 438
أ. اقتران سلطات التملّك بالقبض: 438
ب- اقتران الضمان بالقبض: 441
ج- اقتران الهلاك بالقبض: 442
2. من جهة التقنين الوضعي: " تفعيل نسبي" 444
أ.التقنينات ذات التوجّه المذهبي: 444
ب. التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: 447
ثالثا: مقابلة بين التخريج الفقهي و الاعتبار القانوني 452
1.من حيث الجوهر: 452
2.من حيث التصوير: 453
3.من حيث الوظائف : 453
4.من حيث القرينة: 454
5.من حيث القبض: 454
6.من حيث العدالة : 455
7.من حيث تغيّر وضعية المبيع: 455

8.من حيث الصياغة التعاقدية: 456
9.من حيث ترابط التملّك بالتسليم: 456
10.من حيث فعالية الضمان التعاقدي: 457
11.من حيث انتقال الضمان: 457
12.من حيث المبادرة: 459
13.من حيث التكلفة: 459
14.من حيث الإعفاء: 459
15.من حيث الجزاء: 460
الفرع الثاني: الالتزام بالضمان 460
أولا: ضمان التعرّض و الاستحقاق 461
1. حقيقته: 461
أ. من جهة الفقه الإسلامي: 461
ب. من جهة التقنين الوضعي: 463
2. صوره: 467
أ. من جهة الفقه الإسلامي: 467
ب. من جهة التقنين الوضعي: 468
3. أحكامه: 473
أ. من جهة الفقه الإسلامي: 473
ب. من جهة التقنين الوضعي: 474

3. مقابلة بين التخريج الفقهي و الاعتبار القانوني: 482
أ. من حيث تفعيل الضمان: 483
ب. من حيث المجال: 483
ج. من حيث الخيارات: 483
ثانيا: ضمان العيوب الخفية: 484
1. حقيقة ضمان العيوب: 484
أ. من جهة الفقه الاسلامي: مدلول شامل 484
ب. من جهة التقنينات الوضعية: 486
2. ضوابط ضمان العيب: 503
أ. من جهة الفقه الإسلامي: 503
ب. من جهة التقنين الوضعي: 507
3. خيار ضمان العيوب: 519
أ. من جهة الفقه الإسلامي: خيارات عملية متعدّدة 519
ب. من جهة التقنين الوضعي: 522
4. المقارنة بين التخريج الفقهي و الاعتبار القانوني: 532
أ. من حيث المصدر: 532
ب. من حيث التصوير: 533
ج. من حيث التخريج: 534
د. من حيث الموازنة بين المصالح: 534

هـ. من حيث مجال العيب:..... 535
ع. من حيث مجال البيوع: 535
ص. من حيث تفعيل الضمان: 536
ف. من حيث محتوى الخيارات:..... 536
س. من حيث زمن المطالبة: 537
م. من حيث السقوط: 537
ن. من حيث الإعفاء: 538
المطلب الثاني: التزامات المشتري 539
الفرع الأوّل: الالتزام بأداء الثمن 539
أولا: من جهة الفقه الإسلامي..... 539
ثانيا: من جهة التقنين الوضعي: 540
1. التقنينات ذات التوجّه المذهبي:..... 540
2. التقنينات ذات التوجّه اللاتيني: 542
أ. استحقاق الثمن من حيث المكان: 543
ب. استحقاق الثمن من حيث الزمان:..... 545
ج. أوصاف الوفاء بالثمن:..... 547
د.امتناع المشتري عن دفع الثمن :..... 548
الفرع الثاني: الالتزام بتسلّم المبيع:..... 551
أولا: من جهة الفقه الإسلامي:..... 551

ثانيا: من جهة التقنين الوضعي: 552
1. التقنينات ذات التوجه المذهبي: 552
2. التقنينات ذات التوجه اللاتيني: 553
أ. تنفيذ الالتزام بالتسلّم: 553
ب. نفقات التسلّم: 554
ج. اخلال المشتري بالالتزام بالتسلّم: 554
الفرع الثالث: الالتزام بدفع المصاريف: 555
أولا: من جهة الفقه الإسلامي: 555
ثانيا: من جهة التقنين الوضعي: 556
1. التقنينات ذات التوجّه المذهبي: 556
2. التقنينات ذات التوجه اللاتيني: 557
خاتمة: 558
قائمة المصادر و المراجع 563
الفهرس 577