جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراســـات العليـــا
قسم القانون

التصرف في المبيع خلال فترة تعليق عقد البيع

دراسة مقارنة

رسالة تقدمت بها الطالبة
بتول حميد سعيد العبادي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

الأستاذ المشرف

الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي

١٤٤٤ هـ ٢٠٢٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنْ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمَّا رَآهُ مُسْتَقِرّاً عِنْدَهُ قَالَ هَذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي أَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

(سور النَّمْل، الآية: 40)

الإهداء

إلى سيدي ومولاي نزيل الكوفة

ميثم التمار عليه السلام

وإلى والدي حفظه الله

وإلى والدتي رحمها الله

أهدي هذا الجهد المتواضع

* * * * *

شكر وعرفان

قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾. لقمان: ١٢.

الحمد لله بجميع محامده كلّها، على جميع نعمه كلّها، وأفضل الصلاة وأتمّ التسليم على رسول الله محمد خير الخلق أجمعين، وعلى آله الطاهرين.

أتقدّم بخالص امتناني إلى من ساهم في وضع الأسس العلمية وتوفير الإمكانات اللازمة؛ لمنح طلّاب العلوم الإنسانية فرصة التحقيق والإبداع، وأتقدّم بجزيل شكري إلى معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الاشرف بجميع اقسامه كوادره العلمية، وجميع أساتذته، وأساتذتي الفضلاء اللذين منحوا حياتهم لكي نصل إلى شاطئ العلم والمعرفة.

وشكر خاص للأستاذ العزيز، الذي أشرف على هذه الرسالة، الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي حفظه الله تبارك وتعالى، وأمدّ في عمره؛ إذ كان أباً حنوناً ناصحاً، وسخّر إمكاناته العلمية جميعها، لإنجازها، من خلال الإرشاد والتوجيه والمتابعة والمراجعة والنصح.

ملخص الرسالة

هذه الرسالة التي بعنوان: «التصرف في المبيع خلال فترة تعليق عقد البيع: دراسة مقارنة:«

جاءت؛ من أجل بيان ماهية (التصرّف في المبيع)، الذي هو في الحقيقة سلعة أو نحوها، ما زالت أو لم تزل، في ملك البائع، (خلال) مدّة معلومة أو مجهولة، لم يتم العقد فيها كاملاً، ولم تترتب عليه، آثار الملكية المتعددة، والتي هي غاية البيع، وإنّما ظلّ هذا المسمى عقداً (تجوزاً) معلّقاً على تحقق شرطه، وقد سمّى بعض المشرّعين والفقهاء هذه المدة الزمنية المستقبلية، بـ (فترة تعليق عقد البيع) تجوزاً أيضاً؛ إذ لم يحصل البيع بعد. وتدرس هذه المسألة وأحكامها والآثار المترتبة عليها (دراسة مقارنة)، بين القوانين: (العراقي والمصري والأردني والفرنسي) مع التركيز على التشريع العراقي.

واتخذت المنهج الوصفي المقارن، المركّب من العرض والتحليل في تدوينها؛ فبعد استقراء المعلومات المناسبة للبحث من مراجعها وتبويبها، تمّ تحليلها والاستنتاج منها.

واعتمدت على القرآن الكريم، وطائفة من المراجع، في: الأصول والتفسير والحديث والفقه واللغة، وغيرها، بلغت ثلاثمائة واثنين وثمانين مرجعاً، مع ملاحظة أنّ جذور هذا الموضوع تناوله فقهاء الشريعة والقانون، إلّا أنّه الأول من نوعه، بهذه الآلية.

وقسّمت البحث فيها على فصلين، مستقلّين من جهة، ومتحدي المحور من أخرى؛ فالأول؛ جعل للتعريف بمفهومي الرسالة، وبيان معنى الشرط وأقسامه؛ من حيث الأثر القانوني، وسلّط الثاني الضوء على بعض تطبيقات الموضوع في الشرطين الواقف والفاسخ.

وتمحورت إشكالية الرسالة في مجموعة من المواد؛ فإنّ المادة (٢/١٣١) نصّت على ما يلي: «كما يجوز أن يقترن بشرط [فيه] نفع لأحد المتعاقدين أو للغير، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وإلّا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد أيضاً». وهذا النص له علاقة بالمادة (٢٨٧)، والمادة (١/٢٨٦) حصرت التعليق بنوعين فقط، هما: (الواقف والفاسخ). في نصّها الآتي: «العقد المعلّق هو ما كان معلّقاً على شرط واقف أو فاسخ». وأدخلت الأنواع الأخرى: (الاحتمالية والإرادية والمختلطة)، تحت هذين النوعين، بطريقة مركّبة.

والمادة (٢/٢٨٦) نصّت على ما يلي: «ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط، معدوماً على خطر الوجود، لا محققاً ولا مستحيلاً». ولم تبيّن نوعي التحقق والاستحالة.

أمّا التحقق، فهو على الضد تماماً مع التعليق، فلا يعدو عن كونه شرطاً تأكيدياً، لا دخل له في توجه الإرادة. وأمّا الاستحالة، فإمّا أن تكون تكوينية، وهو لا يصح؛ لأنّ العقلاء لا يضعون الفعل المستحيل، شرطاً في العقد، كمن يبيع داره لغيره، بشرط أن يطير الثاني. أو أن تكون عرفية، وإذا كان كذلك، فإنّه قد استخدم لفظ أعمّ من معناها المراد. وفي الحالتين لا يصح من المشرّع أن يستخدم ألفاظاً غير واضحة المعاني، كما أنّ هذا القيد لا بدّ أن يكون مبنياً (أو متفرّعاً) على تعريف الشرط تشريعاً، ولكنّه لم يكن قد عرّف معناه، بل ترك تعريفه للغة أو للعرف أو للفقه.

والمادة (٢٨٧) نصّت على أنّه: «١ . إذا علّق على شرط مخالف للنظام العام أو للآداب كان باطلاً، إذا كان هذا الشرط واقفاً، فإن كان فاسخاً، كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر. ٢ . ومع ذلك يبطل العقد الذي علّق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد». مع أنّ كلّ شرط مخالف للآداب أو للنظام العام باطلاً، مع تحقق الدافع الشرعي، وباطلاً مبطلاً مع تحقق الدافع غير الشرعي.

والمادة (٢٨٨) نصّت على أنّ: «العقد المعلق على شرط واقف، لا ينفذ، إلّا إذا تحقق الشرط». وهذا يعني: أنّ العقد يكون موقوفاً، يحتاج إلى الإجازة بتنفيذ الشرط، وهذا في حقيقته لا يختلف من حيث المعنى عن عقد الفضولي. ويكون التنفيذ بأثر رجعي إلى حين صدوره. وإذا لم يتحقق التنفيذ، انعدم الشرط، وأصبح الشرط والعقد باطلين. ولا يمكن تصوّر وجود حاجة بلا مالك ولو لحظة واحدة، فإنّ التصرّف إمّأ أن يكون في ملكه أو في ملك غيره، ولكل أحكامه.

وخلصت إلى أنّ القاعدة العامة تقضي بأنّ التصرّف بالمبيع يتبع الملكية. وأنّ المبيع المعلّق على شرط فاسخ، ملك للمشتري. وأنّ المبيع المعلّق على شرط واقف، ملك للبائع والمشتري في آن واحد، ولكن يكون المدين سواء أكان بائعاً أم مشترياً مالكاً في شرط فاسخ. وأنّ القانون لم يجز التصرّف في المبيع، إلّا أعمال الإدارة الحسنة بالنسبة لصاحب الحق، وتصرّفات صاحب الملكية مع الغير حسن النية.

الكلمات المفتاحية: التصرف، المبيع، تعليق، عقد، البيع

الفهرس

المقدمة	1
أولاً: موضوع الرسالة	1
ثانياً: مشكلة الرساله	1
ثالثاً: ثمرات الرسالة	1
رابعاً: فرضية الرسالة	2
خامساً: المنهج المتبع وخطة الرسالة	2
الفصل الأول: ماهية التصرف في المبيع خلال فترة تعليق عقد البيع	3
المبحث الأول: مفهوم التصرف في المبيع	4
المطلب الأول: معنى التصرف	4
الفرع الأول: التصرف في اللغة والتشريع والفقه	4
الفرع الثاني: قسما التصرف	9
المطلب الثاني: معنى المبيع	11
الفرع الأول: المبيع في اللغة والتشريع والفقه	11
الفرع الثاني: التمييز بين المبيع والثمن	12
المبحث الثاني: مفهوم تعليق عقد البيع	15
المطلب الأول: معنى التعليق	15
الفرع الأول: التعليق في اللغة والتشريع والفقه	15
الفرع الثاني العقد في اللغة والتشريع والفقه	18
المطلب الثاني: معنى البيع	24
الفرع الأول: البيع في اللغة والتشريع والفقه	24
الفرع الثاني: أقسام البيع	29
المبحث الثالث: مفهوم الشرط	32
المطلب الأول: معنى الشرط	32
الفرع الأول: الشرط في اللغة والتشريع	32
الفرع الثاني: الشرط في الشريعة والقانون	34
أولاً: فقه الشريعة	34
ثانياً: فقه القانون	39
المطلب الثاني: أقسام الشرط وشرعيته ومقوماته	41
الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث تحققه وتخلفه	41
الفرع الثاني: شرعية ومقومات الشرط	45
المطلب الثالث: تمييز الشرط من الأجل والبطلان	60
الفرع الأول: تمييز الشرط من الأجل	60
الفرع الثاني: تمييز الشرط من البطلان والخيار والعقد الموقوف	63
الفصل الثاني: أحكام التصرف في المبيع خلال فترة تعليق عقد البيع	67
المبحث الأول: لزوم العقد ونفاذه وملكية المبيع المعلق	68
المطلب الأول: معنيا اللزوم والنفاذ في العقودبشرط	69
الفرع الأول: معنى اللزوم	69

الفرع الثاني: معنى النفاذ	69
المطلب الثاني: حقيقة ملكية المبيع	77
الفرع الأول: حقيقة الملكية على شرط فاسخ	79
الفرع الثاني: حقيقة الملكية على شرط واقف	81
المبحث الثاني: أحكام التصرف في المبيع	85
المطلب الأول: تصرفات صاحب الإدارة	85
الفرع الأول: معنيا الإدارة والدائن	86
الفرع الثاني: أحكام تصرفات صاحب الإدارة	90
المطلب الثاني: تصرفات الغير	93
الفرع الأول: معنى الغير	93
الفرع الثاني: أحكام تصرفات الغير	94
النتائج والتوصيات	103
المصادر	106