

ماستر القانون المدني

جامعة الحسن الثاني . عين الشق

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية

. الدار البيضاء .



رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص

حول موضوع:

بيع الثنينا

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور محمد خيرى

إعداد الطالب:

شفيق استيتو

لجنة المناقشة

• الدكتور محمد خيرى: رئيسا

• الدكتور : عضوا

• الدكتور : عضوا

السنة الجامعية: 2010/2011

بسم الله الرحمن الرحيم وبك اللهم نستعين وصلى الله وسلم على أشرف المرسلين

مقدمة

يشكل الائتمان ركيزة أساسية للخروج من الضائقة المالية وقيام المشاريع الاقتصادية، ذلك أن ضعف القدرة الذاتية للفرد وكذلك تراكم الديون على أصحاب العقارات بدرجة كادت تذهب بها، فرضت عليهم ضرورة اللجوء إلى أصحاب رؤوس الأموال وبالتالي المؤسسات البنكية قصد تمويل هذه المشاريع، وهذا ما جعل التعامل مع الأبنك أمرا ضروريا في الوقت الحاضر.

والائتمان¹ هو التزام جهة لجهة أخرى بالإقراض أو المداينة، ويراد به في الاقتصاد الحديث: أن يقوم الدائن بمنح المدين مهلة من الوقت، يلتزم المدين عند انتهائها بدفع قيمة الدين، فهو صيغة تمويلية استثمارية يعتمدها الخواص كما تعتمد المصارف بأنواعها.

ويرتبط هذا الأخير . أي الائتمان . ارتباطا وثيقا بالضمانات، حيث أن الدائن يجب أن تتوفر لديه الثقة² عن طريق تقديم إحدى الضمانات القانونية.

وعمليات الائتمان هي التي يعتبرها المشرع المغربي بأنها "كل تصرف، بعوض، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص:

. وضع أموال أو التزام بوضعها رهن تصرف آخر يكون ملزما بإرجاعها.

. أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع، في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر.

¹ أو أصل معنى الائتمان في الاقتصاد هو: القدرة على الإقراض.

² Mohamed Azzedine BERRADA : "Les techniques de banque de crédit et de commerce extérieur au Maroc", Editions SECEA, 5^{ème} Edition, 2007, P. 450 : «.. Les garanties permettent aux banques d'avoir un surcroît de sécurité quant à la sortie de leurs engagements. Elles leur confèrent, en effet un moyen de pression sur le client douteux, au à la limite les prémunissent confre l'éventuelle défaillance du débiteur.. ».

كما يعتبر في حكم عملية الائتمان:

- عملية الائتمان الإيجاري الذي فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات المعتبرة في حكمها.
- عملية شراء الفاتورات.

- عملية البيع الاستردادي فيما يتعلق بالأوراق والقيم المنقولة وعملية الاستحفاظ كما هو منصوص عليها في التشريع الجاري به العمل³.

وإذا كان المشرع المغربي قد نظم البيع الاستردادي فيما يخص الأوراق والقيم المنقولة بمقتضى القانون رقم 34-03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، فإنه بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده قد عمد في الباب الثالث من الكتاب الثاني إلى تنظيم هذا الأخير (بيع الثنيا) الذي يكون محله إما منقولات أو عقارات وذلك في الفصل 585 منه الذي جاء فيه : "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثنيا على الأشياء المنقولة أو العقارية".

وبيع الثنيا كما عرفه الفقيه المغربي الدكتور الحسن بلحساني: "... (المعبر عنه أيضا ببيع الوفاء) هو الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد المصاريف و أداء المصروفات النافعة "⁴.

وفي تعريف آخر لجميل صبحي برسوم بشأن هذا الأخير، يقول : "بيع الثنيا هو ما يسمى في القوانين الأخرى ببيع الوفاء (vente à réméré) أو البيع مع خيار الاسترداد، الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع... خلال اجل

³ المادة 3 من قانون 34-03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر في 14 فبراير 2006.
⁴ الحسين بلحساني ، البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة ، طبعة 2003/2002 ، ص55 ، بتصرف.

معين، مقابل رد الثمن والمصروفات النافعة التي أنفقها المشتري على الشيء المبيع".⁵

فهذا النوع من البيوع . أي بيع الثنيا . كان أول ظهور له بين العصر الخامس والسادس في ديار بخارى⁶، ويرجع أصله أن تلك الديار تراكمت فيها الديون على أصحاب العقارات بدرجة كادت تذهب بها. وذكر العلامة الشيخ مصطفى الزرقا في بحثه " بيع الوفاء وعقد الرهن " أن أول ظهوره وتعامل الناس به كان في القرن الخامس الهجري في مدينة بلخ.

أما بالنسبة للمغرب، فإن الحديث عن بيع الثنيا يقتضي التمييز بين مرحلتين:

الأولى: وكان التعامل خلالها ببيع الثنيا جائزا.

الثانية: وأثناءها اهتم الفقهاء السوسيون ببيع الثنيا اهتماما كبيرا نظرا لعدد الفتاوى التي أصدروها في هذا الشأن ومن ثم اختلافهم حول حكمه و طبيعته.

وعليه تبرز لنا أهمية دراسة الموضوع، ذلك أن المشرع المغربي خصص له ستة عشر فصلا في الفصول من 585 إلى 600 من ق.ل.ع، وأنه من المواضيع التي لم تتناولها أنامل الباحثين بالكتابة بشكل كبير إذ لا يكاد يتعدى عددها رؤوس الأصابع، هذا فضلا عن كونه من أكثر المواضيع إثارة للإشكالات على المستوى الفقهي، ولذلك اعتمدت فيه بالأساس المقارنة بين القانون القضاء المغربي المصري والفرنسي و كذلك اللبناني إيماننا منا بأهمية ذلك في توسيع المدارك القانونية والفقهية للباحث الناشئ وتطوير البحث نفسه في الآفاق القانونية الجديدة التي لا غنى عنها في مجال البحث العلمي.

⁵ جميل صبحي برسوم ، بيع الثنيا، مجلة الميادين ، وجدة ، العدد 02 ، طبعة 1987 ، ص 95. بتصرف.

⁶ للمزيد من الايضاح ،انظر المادة32 من المجلة العثمانية.

ولم نغفل المنهج التحليلي، الذي أفادني في الشرح والتحليل والتفسير لكل ما غمض من المقتضيات والمواقف القانونية والقضائية الواردة في هذا العمل، رغبة مني في إجلائه وتوضيحه، وذلك كله احتراما للمنهج التسلسلي للأفكار.

ويتميز بيع الثنيا بعدة خصائص، من أهمها كونه من العقود الموصوفة والائتمانية؛

وآية ذلك أن البائع قد يضطر إلى بيع ماله رغبة في الاستفادة مؤقتا من ثمنه، ولذلك أجاز له الاتفاق مع المشتري على استرداده منه إذا أرجع له الثمن والمصاريف في الأجل المتفق عليه، لأن المشتري يعتبر في منزلة الدائن مقرض النقود، والبائع يعد في منزلة المدين المقرض، و الشيء المبيع بمثابة المال المرهون، ولكن هناك فارقا بين عمليتي بيع الثنيا والرهن، سببه أن المقرض هنا متمتع بضمانة أوفي إذ تنتقل إليه ملكية الشيء، فحقه إذن حق عيني أصلي وليس حقا عينيا تبعا كما هو الحال في عقد الرهن.

فهذا العقد له صورة البيع وتنطبق عليه بعض أحكامه كانتفاع المشتري بالمبيع والبائع بالثمن، كما أن له صورة الرهن، لأن المشتري يلتزم برد ما اشترى إذا رد له البائع الثمن.

هذه الوضعية، هي التي جعلت فقهاء المذاهب الأربعة من جهة، وكذا فقهاء القانون الوضعي من جهة أخرى يختلفون. كما سيتضح ذلك من بعد. حول طبيعته، لذلك كان التساؤل مشروعا حول تكييفه الفقهي أو طبيعته القانونية؟

كما أن هذا العقد. بيع الثنيا.، يندرج ضمن نطاق الاستثناء⁷ الذي يخول لكل من طرفيه أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد، بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه، لأن زواله يكون مربوطا بشرط

⁷ الأصل هو ما تضمنته الفقرة الأولى من الفصل 112 من ق.ل.ع التي جاء فيها: "يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم".

شفيق أستيتو

فاسخ إرادي، يتمثل في رخصة استرداد البائع للمبيع (الفصل 585 من ق.ل) وذلك داخل أجل ثلاث سنوات من تاريخ انعقاده.

وباعتباره كذلك؛ أي من العقود الموصوفة، فهو يطرح إشكالية التعرف على الآثار . الحقوق و الواجبات . التي تترتب عليه بالمقارنة مع البيع البسيط، خصوصا فيما يتعلق برخصة الاسترداد.

هذان الإشكالات الجوهريان، وغيرهما من الإشكاليات الأخرى التي يتمحور حولها موضوع البحث جعلتني أقسمه إلى فصلين، معنونا كل فصل على الشكل التالي:

الفصل الأول: الأحكام العامة لبيع الثنيا.

الفصل الثاني: انعقاد بيع الثنيا.

الفصل الأول

الأحكام العامة لبيع الثنيا

بيع الثنيا هو العقد الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يرد إليه المبيع متى أتاه بالثمن ، الذي دفع إليه إذا لم يحدد لذلك أجلا معيناً أو أن يتقفا على أن يرد إليه المبيع إذا أتاه بالثمن في أجل مسمى متفق عليه.⁸

و يسمى هذا البيع أيضا ببيع الوفاء ، ووجه تسميته بذلك أن فيه وعد بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، و بعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على انه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشترطه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه، كما يسمى بيع الطاعة ووجهه أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه، فصار معناه بيع الانقياد.⁹

وتأسيسا على ما سبق، فإن البائع في بيع الثنيا يتجرد عن ملكه للمشتري على أمل استرداده في المستقبل¹⁰ بناء على اتفاق بينهما عند إبرام عقد البيع الذي بموجبه تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بصفة مؤقتة، على أن البائع عندما يرجع الثمن يسترد ملكية المبيع، فإن لم يفعل أصبح البيع باتا ونهائيا. وعلى هذا فبيع الثنيا عقد خاص واستثنائي يختلف عن باقي العقود، إذ له خصائص تميزه عن غيره من العقود، وهو بذلك احتل مكانة كبرى لدى فقهاء سوس كما تجلّى ذلك من خلال عدد الفتاوى التي أصدروها بشأنه.

وهذا ما سأحاول، بعون الله، معالجته في إطار هذا الفصل من خلال بحثين وفقا لما

يلي:

المبحث الأول: ماهية بيع الثنيا.

المبحث الثاني: بيع الثنيا في الفقه الإسلامي.

⁸ الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا و أعلام من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشر هجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 448.

⁹ الشيخ محمد عابدين، رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ج 4، دار إحياء التراث العربي ببيروت، ص: 264.

¹⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية - البيع و المقايضة، م 1، ج 4، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، 1960، ص 148.

المبحث الأول: ماهية بيع الثنيا.

سأحاول في إطار هذا المبحث أن أتطرق إلى التعريف ببيع الثنيا (الفقرة الأولى)، ثم انتقل بعد ذلك إلى التعريف بتاريخ ظهوره (الفقرة الثانية)، على أن أعالج في فقرة ثالثة وأخيرا خصائصه، ذلك كله في مطلب أول، على أن يكون موضوع المطلب الثاني دراسة مميزات بيع الثنيا عن غيره من العقود (في فقرة أولى)، ثم محاولة استجلاء مزاياه و عيوبه (في فقرة ثانية).

المطلب الأول : تعريف بيع الثنيا، نشأته وخصائصه.

سأتطرق في هذا المطلب لكل من تعريف بيع الثنيا (الفقرة الأولى)، وكذا نشأته (الفقرة الثانية)، ثم خصائصه (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: تعريف بيع الثنيا

إن تعريف بيع الثنيا يقتضي منا التطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي من جهة (أولا)، وتعريف التشريعات العربية لبيع الثنيا من جهة أخرى (ثانيا).

أولا - التعريف اللغوي والاصطلاحي لبيع الثنيا:

1 - التعريف اللغوي:

الثنيا بالضم والقصر على وزن الكبرى، اسم من الاستثناء ويقال أيضا: الثنوى على وزن الطرفى.¹¹

وقد جاء في لسان العرب لابن منظور بمعاني متعددة منها: أنها تطلق على الشيء المستثنى، فقد ورد في الحديث " من اعتق أو طلق ثم استثنى فله ثنياه " أي من شرط في ذلك شرطا أو علقه على شيء فله ما شرط أي فله ما استثنى .

¹¹ المفهم (403/4-404).

كما تطلق على الاستثناء، فقال هذه هبة لي فيها مثنوية وثنيا : أي
استثناء.¹²

كذلك تأتي الثنيا بمعنى الرأس والقوائم من الجزور¹³ وكل ما استثنيت
كالثنوى والثنية ولا ثنية ولا مثنوية ولا استثناء كله بمعنى واحد، ويطلق لفظ الثنية
أيضا على النحلة المستثناة من المساومة.¹⁴

والثنيا فسرت بالاستثناء في البيع،¹⁵ وقد استعمل بهذا المعنى في الحديث
الذي رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى فيمن أعرى عمرى له و لعقبه فهي له بثلة لا يجوز للمعطي فيها شرط
ولا ثنيا.¹⁶

وكلمة بيع الثنيا كما يطلق عليها باللغة الانجليزية Sale with a right
أو Sale with option of reprurchase¹⁷ وباللغة الفرنسية la vente à réméré،
نجد مصطلح « réméré » مشتق من الكلمة اللاتينية « redimerie » والتي تعني
إعادة الشراء أي « le rachat ».¹⁸

¹² أساس البلاغة .

¹³ ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة الطاهر ، احمد الحمزاوي ج 1 ، ص 424 كلمة
ثني دار الفكر .

¹⁴ لسان العرب ن ابن منظور الافريقي ، م 1 ص ، 355 كلمة ثني ، الطبعة الأولى سنة 1997 دار صادر بيروت .

¹⁵ شرح النووي على مسلم (42/4) .

¹⁶ اخرجه مسلم في كتاب الهبات ، باب العمرى .

¹⁷ واحدة مصطلحات القانون المدني، اعداد، وترجمة ايمن السباعي ، الموقع الالكتروني
<http://www.egyforums.com/vb/member>:

¹⁸ Rachat est issu du verbe racheter , lui-même formé (au 10 siècle) du préfixe re-et du verbe
acheter .En premier lieu , le verbe acheter(issu du latin populaire accaptare , dead et captare)
signifie « obtenir, se procurer quelque chose- en payant ».En second lieu , le préfixe re-a pour
rôle principal de « marquer la répétition d'une action ou indiquer une mouvement rétrograde ,
le retour à un ancien état .

Petit Larousse illustré , sens N 01

انظر في نفس الاتجاه :

GREVISSE , le bon usage , par A.Goosse, éd.Duculot , 13 éd,1993,p.229,S 172,c

وفي التفرقة بين مصطلح كل من: « Rachat » و « Vente à réméré ».

انظر: ه

Ph.MALAUURIE et L.AYNES ,droit civil ,les contrats spéciaux ,cujas,7e éd.,1993,p.68,N 86

2 - التعريف الاصطلاحي لبيع الثنیا:

بيع الثنیا اصطلاحاً، كما فسره الهروي، هو أن يستثنى من البيع شيء مجهول، فيفسد البيع، وقريب منه قول القتيبي: أن يبيع شيئاً جزافاً ويستثنى منه شيئاً.¹⁹

وقد ورد في نص حديثي عند الإمام مسلم من حديث جابر رضي الله عنهما قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة"²⁰ والمعاومة والمخابرة. قال أحدهما: بيع السنين هي المعاومة. وعن الثنیا ورخص في العرايا²¹ وهذه إحدى الروايات لهذا الحديث عند مسلم، ورواه أيضاً أصحاب السنن الأربعة.

وورد عند الترمذي في استثناء من الثنیا وهو يظهر أن من الثنیا ما هو جائز ولولا هذا الاستثناء لكان النص عام النهي عن كل الثنیا، فقد جاء في سنن الترمذي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنیا إلا أن تعلم.²²

وفي نفس المعنى نجد الاجهوري يقول :

وقول بائع متى بالثمن ***** أتيت فالمبيع لي فبين
بأنها ثنیا بها البيع قصد ***** إذا بعقد وقعت بمن رشد

¹⁹ المفهم (403/4)

²⁰ فقد ورد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المزابنة في احاديث صحيحة منها : ما في الصحيحين عن ابن عمر قال "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ان يبيع الرجل تمر حائطه ان كان نخلا بتمر كيلا ، وان كان كرماً يبيعه بزبيب كيلا ، و ان كان زرعاً ان يبيعه بكيل من طعام نهى عن ذلك كله ولمسلم في رواية "وعن كل تمر بخرصه" يستفاد من الاحادي السابقة عدم جواز المزابنة وهي بيع التمر على رؤوس النخيل خرصاً ، أي بقدر ما فيه اذ صار تمر ، بالتمر على الارض كيلا ولا يجوز بيع العنب خرصاً بالزبيب كيلا ، و الحق الجمهور بهذا كل ثمر له حال جفاف كالتين و المشمش والعلة في التحريم عدم علم المماثلة في الصنفين في الكيل وبالتالي يكون من باب ربا الفضل .

اما فيما يخص الماقلة ، فقد ثبت كذلك النهي عنها في عدة احاديث منها : عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة و المحاقلة ، و المزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل ، و المحاقلة كراء الارض بالحنطة . و المحاقلة مأخوذة من الحقل ، و هو الموضع البكر الذي لم يزرع فيه قط ، سميت بذلك لتعلقها بزرع حقله ، والعلة في تحريمها هي نفسها على ما تقدم في تحريم المزابنة .

= للمزين من الشرح والتوضيح يراجع : محمد الوفا ، ابرز صور البيوع افاصة "بيوع الربا والعرايا والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، طبعة 1984 ، ص ، 56 إلى 64 .

²¹ اخرجه مسلم في البيوع ، باب البيوع المنهي عنها .

²² سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن الثنیا ، وقال : حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر .

للمزيد من التعمق ، يراجع : محمد جميل برسوم "الرهن وبيع الثنیا : بحث في التسمية والمضمون وعلاقتهما بالعمل السوسي " مجلة المذهب المالكي : عدد 02 ، طبعة 2006 ، ص ، 10 وما بعدها .

شفيق أستيتو

كما نجد الفقيه ابن هلال يعرف بيع الثنیا في معرض قوله بأن: "الثنیا هو أن يشترط المشتري لبائع متى جاءه بالثمن فالمبيع له".²³ في حين عرفه الحطاب، إذ قال: "وهو (أي بيع الثنیا) على أن آتيك بالثمن إلى مدة كذا، أو متى آتيك به فالمبيع مصروف عني".²⁴

ويعرفه ابن عرفة في حدوده بالكيفية الآتية: "من ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له".²⁵

فحاصل القول ، يتبين أن المعنى والمقصود بالثنیا في اصطلاح الفقهاء هو البيع الذي يشترط فيه البائع استرداد المبيع متى أتى بالثمن. وعليه، فإذا أطلقت كلمة الثنیا عندهم فالمقصود بها غالبا هذا النوع من البيوع، أو بتعبير آخر، هو أن يبيع الشخص شيئا بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أدى الدين الذي له عليه يرد له العين المباعة وفاء.²⁶

وإنما سمي ببيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط، هذا ويسميه المالكية (بيع الثنیا)، والشافعية (بيع العهدة)، والحنابلة (بيع الأمانة)، ويسمى أيضا (بيع الطاعة) و(بيع الجائز) وسمي في بعض كتب الحنفية (بيع المعاملة) .

و يقصد ببيع الثنیا لدى اصطلاح الفقهاء ، البيع الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يرد إليه المبيع متى أعاد له الثمن في الأجل الذي سبق أن دفعه ولو لم يحدد لذلك أجلا، إلى أن يرد إليه المبيع متى أعاد له الثمن في الأجل المتفق عليه²⁷ وفي ذلك يقول ابن عاصم الغرناطي في التحفة :

والشرح للثنیا رجوع ملك من **** باع إليه عند إحضار الثمن

²³ المقدمات الممهدة لابن رشد القرطبي ص 541 و 542 والقوانين الفقهية لابن جزي ، ص 171 ، دار الكتاب العلمية بيروت ، دون ذكر الطبعة والسنة .

²⁴ الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام .

²⁵ انظر للمزيد من الايضاح حول الموضوع : ميارة الفاسي ، شرح ميارة لتحفة ابن عاصم ، الجزء الثاني ، دار الفكر ، ص 02 وما بعدها .

²⁶ للمزيد من الايضاح ، يراجع : الفتاوى الهندية 902/3 ، م911، 811 ، من مجلة الاحكام العدلية م568-165 من مرشد الحيران ، بغية المسترشدين ص 331 ، كشاف القناع 941/3 من مواهب الجليل 373/4 ، التعريفات الفقهية ص 512 .

²⁷ محمد الكشور ، بيع الثنیا ، مجلة المناهج ، العدد 04 ، ص 145 . وفي نفس الاتجاه : البهجة في شرح التحفة "60/2" ، وحاشية الدسوقي على الدردير "22/3" ، مشار إليه عند الحسن العبادي ، فقه النوازل في سوس ك قضايا واعلام ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الاولى.

شفيق أستيتو

وعرفه الفقيه محمد العلوي العبادي كالآتي: "من باع شيئاً واشترط أنه مهما رد البائع الثمن للمشتري رد المشتري إليه المبيع سواء ضرباً له أجلاً أم لا....".²⁸

ولقد حظي بيع الثنیا بتعريفات كثيرة ومتعددة سواء من قبل الفقه المغربي أو المصري أو اللبناني أو الفرنسي، والتي ولئن كانت مختلفة من حيث المبنى فهي تكاد تكون متشابهة من حيث المعنى، أعرض أهمها وفق الشكل التالي :

فد عرفه الفقيه المغربي الدكتور الحسن بلحساني، حيث قال: "بيع الثنیا والمعبر عنه أيضاً ببيع الوفاء هو الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في استرداد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد المصاريف وأداء المصروفات النافعة".²⁹

وفي تعريف آخر لجميل صبحي برسوم، إذ يقول: "بيع الثنیا هو ما يسمى في القوانين الأخرى ببيع الوفاء (vente à réméré) أو البيع مع خيار الاسترداد، الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع... خلال أجل معين، مقابل رد الثمن و المصروفات النافعة التي أنفقها المشتري على الشيء المبيع".³⁰

وفي نفس الاتجاه يقول الدكتور عبد الرحمان بلعكيد: "... ففي العصر الجاهلي عرف كاستثناء من البيع العام لما اصطلح عليه بالثنیا أو استثنى من الحكم العام والبائع يستبقى رخصة الاسترداد خلال مدة معينة حتى إذا ما اعتراه الندم أو تغيرت الظروف رجع ليطالب المشتري باسترداد المبيع مع رد الثمن".³¹

وفيما يتعلق بالفقه المصري، فقد عرفه الدكتور سليمان مرقس باعتباره . أي بيع الثنیا . "هو البيع الذي يحتفظ البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة في مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التي يكون المشتري قد أنفقها على المبيع".³²

²⁸ محمد العلوي العبادي ، الاموال في الفقه المالكي ، مطبعة افريقيا الشرق 1991 ، ص 125.

²⁹ الحسين بلحساني ، البيع والكراء وفقاً للقواعد العامة والتشريعات الخاصة ، طبعة 2003/2002 ، ص 55 .

³⁰ جميل صبحي برسوم ، بيع الثنیا ، مجلة الميادين ، وجدة ، العدد 02 ، طبعة 1987 ، ص 95. بتصرف.

³¹ عبد الرحمان بلعكيد ، محاضرات في آثار البيع القيت على طلبة السنة الأولى من السلك الثاني ، شعبة القانون الخاص ، السنة الدراسية 2000/1999 ، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء.

³² سليمان مرقس ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، مطبعة نهضة مصر بالجيزة ، طبعة 1955 ، ص 430.

شفيق أستيتو

وفي تعريف آخر للدكتور مأمون الكزبري: "ليس بيعا بالمعنى المألوف للكلمة، بل هو نوع من الضمانات العقارية، يقوم على اعتبار المبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن، يخوله في حالة عدم دفع البائع الدين ملاحقة بيع العقار موضوع الضمانة، واستيفاء دينه من ثمنه".³³

وفي نفس السياق، عرفه أنور العمروسي على أساس انه: "... أي بيع الوفاء . البيع الوفاي ذلك البيع الذي يشترط فيه حق البائع في استرداد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد والمصرفات التي يكون المشتري قد أنفقها على المبيع".³⁴

وفي تعريف آخر للفقير سمير عبد السيد تناغو لبيع الثنيا حيث جاء فيه: "بيع الوفاء هو بيع معلق على شرط فاسخ، فلا تزول الملكية عن البائع بصفة نهائية ولا يكتسب المشتري ملكية المبيع بصفة نهائية، بل يكون من حق البائع إذا هو رد للمشتري الثمن ومصرفات البيع ومصرفات الاسترداد وما يكون المشتري قد أنفق على المبيع، أن يسترد المبيع من المشتري خلال مدة معينة من تاريخ العقد، فينسخ البيع ويعتبر كأنه لم يكن".³⁵

وعرفه الفقير زهدي يكن على النحو التالي: "بيع الوفاء مع حق طلب الاسترداد هو البيع الذي يتفق فيه الفريقان على منح البائع الحق في إلغاء العقد واسترداد المبيع إذا رد إلى المشتري الثمن وملحقاته خلال مدة معلومة".³⁶

كما عرفه الفقير الفرنسي Jean – louis Falcous على الشكل التالي: "بيع الثنيا كأداة قرض، تسمح لأي مالك للأموال، خصوصا العقارات، بأن يحصل على الأموال التي هو في حاجة لها مع إمكانية أن يصبح مالكا ...".³⁷

³³ مأمون الكزبري ، التشريع العقاري ، ج 1 ، طبعة 1949 ، ص 241.

³⁴ أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، البيع المقايضة الهيئة الشركة القرض والدخل الدائم الصلح ، الطبعة الأولى 2002 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ص 253.

³⁵ سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية ، طبعة ص 377.

³⁶ زهدي يكن ، عقد البيع ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا بيروت ، ص 132.

³⁷ « La vente en réméré est considéré comme un instrument de crédit permettant au propriétaire d'un bien , souvent un immeuble , d'obtenir (prix de vente) les fonds dont il a

وفي تعريف آخر: "بيع الثنيا هو وسيلة للبيع، يحتفظ بواسطتها البائع على حقه في إعادة شراء أمواله المباعة داخل مدة محددة، مع منح المشتري الثمن والمصروفات".³⁸

ثانيا - تعريف التشريعات العربية لبيع الثنيا:

سأحاول في مطلع هذا الجزء . وبإيجاز . عرض لمجموعة من التعاريف لبيع الثنيا في التشريعات العربية وذلك وفق الآتي بيانه أسفله:

تنص المواد 421/338 (المعدلة بالقانون رقم 50/49 لسنة 1923) من القانون المدني المصري على أن: "حق الاسترداد أو الشرط الوفاي، هو شرط يحتفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المباعة في مقابل المبالغ المنصوص عليها في المادة 344 في الميعاد المتفق عليه".

ومما تجدر إليه الإشارة أن المشرع المصري قد ألغى بمقتضى القانون الجديد بيع الثنيا ونص صراحة على أن بيع الثنيا يكون باطلا وذلك بمقتضى المادة 465³⁹ منه وكذلك هو الشأن في المادة 433 من القانون المدني السوري والمادة 454 من القانون المدني الليبي و المادة 684⁴⁰ من مجلة الالتزامات و العقود التونسية.

كما عرفت المادة 473 من قانون الموجبات اللبناني بيع الثنيا بأنه البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاي:"هو الذي بموجبه يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام

besoin avec la possibilité d'en revenir propriétaire en cas de retour à meilleure fortune et en indemnisant son acquéreur évincé ».=

= Memento du 22/07/2009 par Maître –jean-louis Falcous, avocat à PARIS, sur le site web : <http://www.vnteenremere.com/définitin-du-réméré>.

³⁸ « La vente à réméré est le mode de vente dans lequel le vendeur se réserve le droit de racheter le bien vendu dans un délai fixé , en remboursant à l'acquéreur le prix et les frais » Bertin KEMBOU YEMELE , les garanties de crédits bancaires au Cameroun , Mémoire de DEA , Droit des affaires , université de DOUALA , FSJP , 2003-2004 , sur le site internet: <http://www.memoireonline.com>.

³⁹ للمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع ، يراجع : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، العقود التي تقع على الملكية ،المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، طبعة 1960 ، ص 143 وما بعدها .

⁴⁰ ألغى هذا القسم المتركب من الفصول 684 إلى 699 بالقانون رقم 1 لسنة 1958 المؤرخ في 28 يناير 1958 المتعلق بتحرير التعامل ببيع الثنيا وبيع السلم ورهن الانتفاع .

شفيق أستيتو

أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاي أشياء منقولة وغير منقولة".⁴¹

ومما ينبغي الالتفات إليه هو تقادي الخلط بين بيع الوفاء الذي أوردت أحكامه المادة 91 من قانون الملكية العقارية اللبنانية والبيع مع حق الاسترداد، ذلك أن البيع مع حق الاسترداد . بيع الثنیا . نوع آخر وكان يستحسن بالمشرع أن يحسن تسميته حتى لا يلتبس الأمر على احد، مع أنه قد التبس على المحاكم.⁴²

أما في القانون المدني العراقي فقد اعتبرت المادة 1333 منه أن: "بيع الوفاء يعتبر رهنا حيازيا".⁴³

وأما فيما يتعلق بالمشرع المغربي ، فقد عرف بيع الثنیا في الفصل 585 من قانون الالتزامات والعقود والتي جاء فيها: "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنیا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن، ويسوغ أن يرد بيع الثنیا على الأشياء المنقولة أو العقارية".

فالملاحظ إذن، أن مجمل التعريفات العربية لبيع الثنیا تكاد تكون متشابهة فيما بينها باستثناء المشرع العراقي الذي اعتبره بمثابة رهن حيازي والذي جعل أحكام هذا الأخير تسري عليه.

الفقرة الثانية : نشأة بيع الثنیا.

لم يكن التعامل بهذا البيع معهودا في الصدر الأول، ولذلك لم يرد له ذكر في الحديث الشريف، ولا في الآثار المروية عن الصحابة . رضوان الله عليهم . ولا في أقوال التابعين، بل ذهب كثير من الفقهاء الذين بحثوا أحكامه إلى أن نشأته كانت في القرن

⁴¹ تجدر الإشارة إلى ان المشرع اللبناني نظم بيع الثنیا في أربعة عشر فصلا وذلك في الفصول من 473 إلى 486 من قانون الموجبات اللبناني .

⁴² زهدي يكن ، م س ، ص 131

⁴³ يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن : "...وتوسط التقنين العراقي بين موقف الفقه الغربي من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التقنين المصري وهو يبطله كما سبق القول ، فجعل بيع الوفاء لا بيعا صحيحا ولا بيعا باطلا ، بل جعله رهنا حيازيا ...".
عبد الرزاق السنهوري، م.س، ص 145.

الخامس الهجري ببلاد ما وراء النهر، وفي هذا يقول العلامة محمد بن محمد يرم الثاني .
من علماء الحنفية . في كتابه " الوفاء فيما يتعلق ببيع الوفاء ":

"اعلم انه لما كان الغالب على الناس في عصر المجتهدين وما قرب منه قصد النفع الأخرى، حتى كان المقرض منهم يقرض لوجه الله عز وجل لم يكن لهذا العقد وجود في دائرة الشهود، فلما انقلبت الأوضاع وغل حب الدنيا على الطباع وصار الإنسان كما قال صاحب الفصول (لا يقرض غيره شيئاً كثيراً من ماله من غير أن يطمع بحصول مالي) أحدثوه لتحصيل الأرباح بطريق مباح، وأظن أن مبدأ ظهوره كان بسمرقند، لأن الكلام فيه للسمرقنديين .

وقال الأستاذ المحاسني في شرح على المجلة العثمانية: "إن بيع الوفاء حدث اعتباره والقول به بين العصر الخامس والسادس في ديار بخارى وبين أن أصله أن تلك الديار تراكمت فيها الديون على أصحاب العقارات بدرجة كادت تذهب بها".⁴⁴

وذكر العلامة الشيخ مصطفى الزرقا في بحثه " بيع الوفاء وعقد الرهن " أن أول ظهوره وتعامل الناس به كان في القرن الخامس الهجري في مدينة بلخ.

وكما هو معروف فإن الشرائع الإلاهية حرمت التعامل بالربا، وحرفته تبعا لذلك في سالف الزمن بعض التشريعات الوضعية، كالقانون الفرنسي القديم، ولكن فيما بعد عمدت تلك التشريعات الوضعية إلى تغيير موقفها بأن جعلته حلال.

لذلك حين اشتدت الحاجة لإقراض الأموال وأصبح رب المال لا يرضى أن يقرض ماله بلا نفع يعد عليه مقابل حرمانه من ماله الذي سينتفع به غيره، والمقترض لا يميل أن يبيع شيئاً مما هو في حوزته كلما أوجته الحاجة للاقتراض، والرهن بالقانون الوضعي لا يفي بهذه الأغراض، إذ القانون يقضي باستئصال غلة المرهون من أصل الفوائد ورأس المال ويحرم المقرض من امتلاك العين المرهونة عند عدم الوفاء فيضطر إلى طرح العقارات المرهونة بالمزاد العلني وإتباع إجراءات طويلة لبيعها للحصول على دينه وقد لا يحصل عليه بأكمله، لذلك احتال الناس على إيجاد وسيلة لانتزاع الملك من مالكه نهائياً

⁴⁴ للمزيد من الايضاح، انظر المادة 32 من المجلة العثمانية.

شفيق أستيتو

إذا أراد الاقتراض ولم يقدر على الدفع، فاهتدوا عن طريق الاستغلال إلى البيع مع حق طلب الاسترداد "بيع الثنيا"، وبذلك يأخذ الدائن العقار ليستغله وينتفع به مقابل حرمانه من الدين الذي يدفعه بصفة ثمن للمدين البائع، وهذا ينتفع بالدائن سدا لحاجته ومتى قدر على الوفاء رد الدين واسترد ملكه.

وبيع الثنيا كان معروفا لدى الرومانيين بالفيدوشيا (بقت الأمان أو الائتمان)،⁴⁵ مع اختلاف جوهري بين أحكامه وأحكام القانون الحديث، لأن بيع الوفاء عند الرومان كان يعهد المشتري فيه مالكا ملكا تاما، وللبائع فقط مجرد حق إلزام المشتري بأن يبيع له المبيع ثانية.

أما في فرنسا فكان الغرض من هذا النوع من بيع الوفاء الفرار من أحكام رهن الاستغلال "antichrèse" لأن القانون يحرم فيه ملكية المرهون للدائن عند عدم الوفاء فكان المتعاقدان يستتران غرضهما من الرهن بسترار البيع فيذكران ألفاظ البيع ويريدان الرهن ويصورانه بصورة البيع ثم يترك المرتهن الشيء المرهون تحت يد الراهن بصفة إجارة لتكون قيمتها في مقابل الفوائد.

الفقرة الثالثة: خصائص بيع الثنيا.

لبيع الثنيا مجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود الخاصة والتي سأعرض لها تباعا كما هو مبين أسفله.

أولا - بيع الثنيا من البيوع الرضائية:

يعد بيع الثنيا من العقود الرضائية، ذلك أنه يكفي لانعقاده ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ، حيث إنه بمجرد تراضي طرفي العقد. أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على العناصر الجوهرية وهي المبيع والثلث ينشأ العقد⁴⁶ وهو الأمر الذي نص عليه المشرع المغربي في تعريفه لعقد البيع عموما، وذلك في الفصل 488 من قانون

⁴⁵ وهو البقت الذي افضى إلى ظهور الرهن، يراجع في هذا الشأن: محمد الشليح، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت احكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مكتبة الجامعيين، طبعة 2004، ص 126.

⁴⁶ محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة البيع والمقايضة والكراء، طبعة 2005، ص 20.

شفيق أستيتو

الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى".

وهو إن وقع على منقول، كان البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، وإن وقع على عقار أو حق عقاري أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له اثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل وفق الشكل الذي يحدده القانون.⁴⁷

ثانيا - بيع الثنيا من العقود المؤقتة:

بيع الثنيا ولئن كان من العقود ذات التنفيذ الفوري التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذها، فإنه رغم ذلك يكون محددًا إما بمدة اتفاقية، يتفق عليها أطراف العقد القانونية، ثلاث سنوات كما نص عليها المشرع المغربي في الفصل 586 من ق.ل.ع،⁴⁸ إذ خلال هذه المدة يملك المشتري تحت شرط فاسخ، كما يملك البائع نفس المبيع تحت شرط واقف، فهناك إذن حالة عدم الاستقرار يترتب عنها عدم معرفة من هو المالك الحقيقي النهائي.

ثالثا - بيع الثنيا من العقود الانتمانية:

كما هو معلوم، فالبائع في بيع الثنيا لا يضطر إلى بيع عقاره الحريص عليه ببيعا باتا إلا عند حاجته إلى المال، لاسيما عند أمله في اليسر مستقبلا والوفاء بدينه، لذلك أجاز له الاتفاق مع المشتري على استرداده منه . أي العقار . إذا عوضه عن الثمن والمصاريف في الميعاد المتفق عليه أو المحدد قانونا وبالتالي تملك منفعة الشيء المبيع للمشتري في مقابل ثمن البيع الذي يستفيد منه البائع مؤقتا وذلك بصورة مشروعة، لذلك اعتبر هذا البيع من العقود الانتمانية.

رابعا - بيع الثنيا من العقود الموصوفة:

⁴⁷ الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود .
⁴⁸ جاء في الفصل 586 من ق.ل.ع : لا يسوغ ان تشتتر رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات ، فان اشترطت لمدة اطول من هذا القدر ، ردت اليه .

بيع الثنيا هو أحد البيوع الموصوفة التي وضع لها قانون الالتزامات والعقود المغربي أحكاما خاصة تميزها عن باقي أنواع البيوع الأخرى.

ويقصد بالبيع الموصوفة ، تلك البيوع التي يقترن الالتزام فيها بأحد الأوصاف، كالشرط والأجل،⁴⁹ فيكون تنفيذ هذا الالتزام مقترنا بأجل أو معلقا على شرط . فاسخ . كما هو الشأن بالنسبة لبيع الثنيا المتمثل في حق البائع في استرداد المبيع خلال المدة المتفق عليها في العقد، مقابل رد الثمن، فهو بيع مع إعطاء البائع حق العدول عنه خلال اجل معين، فيعتبر العدول هنا شرطا فاسخا.⁵⁰

إن بيع الثنيا، نظرا لكثرة التسميات التي تطلق عليه . كما أشير إلى ذلك أعلاه ، ولاشتباهه من حيث أحكامه بغيره من العقود، فهو غالبا ما قد يختلط بها، لذلك كان التمييز بينه وبينها ضروريا ، كذلك هو الشيء نفسه في التعرف على مزاياه وعيوبه، الأمر الذي سأحاول أن أوضحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: تمييز عقد بيع الثنيا عن غيره من العقود وعيوبه ومزاياه.

يقتضي منا هذا المطلب تقسيمه إلى فقرتين، نتناول في الأولى تمييز عقد بيع الثنيا عن غيره من العقود، على أن نتناول في الفقرة الثانية ما يشوب هذا العقد من عيوب وما تنهض به من مزايا.

الفقرة الأولى: تمييز عقد بيع الثنيا عن غيره من العقود.

في مستهل هذه الفقرة سيتم التركيز على استجلاء كل من الفرق والشبه بين بيع الثنيا وعمليات الاستحفاظ والبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية وكذلك عقد الرهن وبيع الخيار، ثم وأخيرا الإقالة باعتبار هذه الأخيرة كثيرا ما تشتبه - على غير المختصين - ببيع الثنيا ويسمونها باسمه.

أولا - تمييز بيع الثنيا عن عمليات الاستحفاظ:

⁴⁹ للاطلاع على احكام الشرط والاجل ، تراجع الفصول 107 إلى 139 من ق.ل.ع.

⁵⁰ جميل صبحي برسوم ، م س ، ص 96.

شفيق أستيتو

لقد نظم المشرع المغربي عمليات الاستحفاظ بمقتضى القانون 24.01،⁵¹ ويعرفه بعض الفقه على أساس أنه تقويت مؤقت لديون يصاحبه تحويل عيني للملكية،⁵² في حين يعرف لدى كتاب آخرين على أنه: "قرض نقدي مضمون بملكية كاملة لسندات أو أوراق مالية أو قيم يعرضها المفوت إليه".⁵³

ويعتبر الاستحفاظ بمثابة تطور وامتداد لبيع الثنیا في فرنسا، ذلك أن بيع الثنیا كان منبثقا للاستحفاظ بفرنسا في إطار عمليات تداول القيم المنقولة تحديدا، حيث كان الثمن المدفوع فيه لا يشكل مقابلا للمبيع، وكان نقل الملكية تابعا فقط للثمن المعتبر قرضا بحسب الأصل، مما يعني أن المضاربون في مجال القيم المنقولة طوروا بيع الثنیا لخدم مساعيهم الربحية التجارية، جاعلين إياه سبيل ضمان ليس إلا.⁵⁴

وبيع الثنیا أو بيع الوفاء أو البيع الاستردادي الذي من شدة التباسه بالاستحفاظ قيل إنه الاستحفاظ نفسه مثلما قيل أن هذا الأخير هو بيع الثنیا بعينه، وشدة الالتباس ترجع إلى تقاطع العقدين في انتقال الملكية من طرف لآخر مقابل ثمن محدد وفي استرداد كل منهما ما دفع للآخر، فضلا عن غاية الضمان التي قد تكون أيضا موضع تقاطع .

أما نقل الملكية ففي الاستحفاظ يحول المفوت للمفوت إليه بكامل الملكية قيما أو سندات أو أوراقا مالية مقابل ثمن يدفعه الثاني للأول ، كذلك الحال في بيع الثنیا ، إذ بمقتضاه ينتقل محل العقد بكامل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن محدد .

وأما عنصر الاسترداد فحاضر كخاصية مميزة في كل من الاستحفاظ وبيع الثنیا ، على أساس أن ذلك العنصر يرجع كل طرف للآخر ما تسلمه منه تنفيذًا للعقد الذي هو طرف فيه .

⁵¹ ظهير شريف رقم 1.04.04 صادر في فاتح ربيع الأول 1425 (21 أبريل 2004) بتنفيذ القانون 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ ، الجريدة الرسمية عدد 5207 بتاريخ 2004/04/26 الصفحة 1826 .

⁵² Gilles KOLIFRATH et Thomas Journel .Marchés monétaire et obligataire. Revue banque édition .PARIS . 2002.p 21.

⁵³ Pierre GISSIGER ,Hubert BLANC-JOUVAN et Hervé EKUé.

⁵⁴ الجابري عبد الجليل ، عمليات الاستحفاظ ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 2008-2009 ، ص 9.

شفيق أستيتو

وأما غاية الضمان فإنها لأشد وقعا في إقامة الخلط بين العقدين والإيهام بكون احدهما هو الآخر ، ففي الاستحفاظ يمنح المفوت إليه (الدائن) للمفوت (المدين) تمويلا مضمونا بالملكية المنتقلة للمفوت إليه كتطبيق من تطبيقات الملكية الائتمانية (la fiducie)، وهذا الجوهر الذي يقوم عليه الاستحفاظ هو ما قد يقصده طرفا بيع الثنيا.

وفيما يتعلق بالفوارق بين بيع الثنيا والاستحفاظ يقول الباحث الجابري عبد الجليل: "إن ابرز ما يعين التمييز بين العقدين هو عنصر استرداد الملكية، فالاسترداد في بيع الثنيا يقوم على شرط مصدره الإرادة لأنه من البيوع الموصوفة، والشرط فيه شرط فاسخ يؤدي تحققه . بممارسة الاسترداد . إلى زوال العقد بالفسخ، أما في الاستحفاظ فالاسترداد لا ينبني على شرط وإنما يقوم على التزام قانوني ناتج عن العقد، وممارسته تقضي إلى زوال الاستحفاظ بالتنفيذ لا الفسخ"، ويضيف قائلا: "فضلا عن ذلك يعد الاسترداد في بيع الثنيا مجرد رخصة للبائع، إن شاء مارسها وإن لم يشأ فله ذلك، بخلاف ما عليه الحال في الاستحفاظ ... ويترتب على اعتبار الاسترداد في بيع الثنيا رخصة بخلاف الاستحفاظ، إذ الملكية بيد المشتري مؤقتة في بيع الثنيا ومهددة بإمكانية استردادها من طرف البائع، فإذا انصرف أجل الرخصة دون ممارستها استقرت الملكية لدى المشتري بصورة نهائية واستقرارها ذلك يكون بموجب البيع ذاته، أما الاستحفاظ فيؤدي فقط إلى ملكية مؤقتة لصالح المفوت إليه، وإذا كان من الممكن صيرورة الملكية نهائية بيد المفوت إليه، فإن ذلك يكون ناتجا عن إخلال احد الطرفين بالتزامه حسب الفقرة الأولى من القانون رقم 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ، لا عن الاستحفاظ ذاته".⁵⁵

ثانيا - تمييز بيع الثنيا عن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية:

يعتبر عقد البيع . عموما . من العقود الفورية التنفيذ والتي تنعقد بمجرد تبادل التراضي بين البائع والمشتري، فتنقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع ولو لم يتم تسليم البيع إلى دفع الثمن، وتلك هي القاعدة العامة في قانون الالتزامات والعقود طبقا للفصل 491،⁵⁶ غير انه يمكن الاتفاق على تأخير نقل الملكية إلى حين أداء كامل الثمن

⁵⁵ الجابري عبد الجليل ، م س ، ص 09 .

⁵⁶ امينة ناعمي ، الشرط في القانون المدني المغربي، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص 26.

شفيق أستيتو

ولم يتم تسليم المبيع، وهو ما يعرف بالبيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط،⁵⁷ إذ يحتفظ البائع بالملكية ضمانا لاستيفاء كامل الثمن المؤجل.

ويلعب شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه الحالة دورا تأمينيا هاما لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع في هذا الفرض ائتمانيا بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتّم المشتري على الثمن ويأتّم المشتري البائع على الملكية.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، لا نجده يتضمن أي نص صريح ينظم هذا النوع من البيوع. البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية،⁵⁸ إلا أن هناك تنظيم لهذا النوع من البيوع على مستوى ظهير 07 يوليوز 1936 المتمم بظهيري 06 يوليوز 1953 و 22 ابريل 1957 والمتعلق ببيع السيارات بالطلق، وكذلك على مستوى مدونة التجارة في عقد الائتمان الإيجاري.⁵⁹

فانطلاقا مما سبق، واستنادا إلى تعريف المشرع المغربي لبيع الثنيا في الفصل 585 من قانون الالتزامات والعقود،⁶⁰ يتبين أن أهم فارق بين هذا التخيير والبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يكمن في انتقال الملكية، ذلك أنه في بيع الثنيا، بمجرد إبرامه ينشئ التزاما على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وينفذ هذا الالتزام بمجرد تمام العقد و بقوة القانون، إذا كان البيع واردا على منقول معين بالذات، ويتعلق بتنفيذ هذا الالتزام على الإفراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار،⁶¹ ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، فتخلف المشتري عن الوفاء

⁵⁷ محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف بالاسكندرية، تاريخ الطبعة غير مذكور، ص 18.

⁵⁸ للمزيد من الاطلاع حول مشروعية هذا النوع من البيوع ومجالاته وكذلك طبيعته القانونية في كل من القضاء و الفقه والتشريعات الفرنسية والالمانية و المصرية، يراجع: محمد حسين منصور، م س، ص 20 و 221 وما بعدهما.

⁵⁹ نظمت مدونة التجارة هذا النوع من العقود ضمن الباب الخامس من الفصول 431 إلى 442. ظهير شريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، ج.ر عدد 4418، ص 2187.

⁶⁰ جاء في الفصل 585 من ق.ل.ع مايلي: "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، إلى بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن، و يسوغ أن يرد بيع الثنيا على الاشياء المنقولة أو العقارية".

⁶¹ الفصل 489 من ق.ل.ع الذي يقضي ب: " إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية لاشياء اخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب ان يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أي اثر في مواجهة الغير الا اذا سجل بالشكل المحدد بمقتضى القانون".

بالثمن الواجب الأداء فورا لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه،⁶² أما في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في وقت لاحق على إبرام البيع، وهو وقت دفع كامل الثمن وتكون ملكية المبيع قبل هذا الوقت معلقة على شرط فاسخ هو دفع المشتري كامل الثمن.

ثالثا - تمييز بيع الثنيا عن الرهن:

عنيت الشريعة الاسلامية الغراء برسم القواعد التي تحكم عقد الرهن في أدق جزئياته وتفاصيلاته، وهكذا نجد له تعريفات عدة لدى الفقهاء المسلمين، فعرفه الفقيه التسولي في كتابه البهجة في شرح التحفة بأنه: لغة الحبس واللزم وكل شيء محبوس فهو رهن ، قال تعالى : " كل نفس بما كسبت رهينة " أي محبوسة.

وعرفه ابن عرفة: " الرهن مال مقبوض توثقا به في الدين ".⁶³

أما المشرع المغربي فقد عرف الرهن الحيازي في الفصل 1170 من ق.ل.ع والرهن الرسمي في الفصل 157 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة.⁶⁴

فبعد هذه التوطئة عن عقد الرهن ومدى الاختلاط الذي قد يحصل بينه وبين بيع الثنيا، اعرض الآن وبإيجاز لأوجه التشابه والاختلاف بينهما في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

فأما أوجه التشابه بينهما فتكمن في أن كل منهما يعتبران بمثابة وسائل ائتمانية يلجأ إليها البائع في بيع الوفاء والراهن في عقد الرهن عند الحاجة، هذا من جهة .

⁶² في هذه الحالة و امام هذا الوضع يمكن للبائع حبس المبيع و الامتناع عن تسليمه إلى حين استيفاء كامل الثمن ، الا ان ملكية المبيع المحبوس تكون للمشتري .

⁶³ عرف الحنابلة الرهن بأنه " المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ضمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه " ، اما الشافعية فقد عرفته بأنه " جعل عين وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وقاؤه " ، و اما المالكية فقد عرفته " بأنه شيء متمول يؤخذ من مالكه توثقا به في دين لازم أو صار إلى اللزوم " .

وهبة الزحيلي ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية 1409-1489 ، ص 181 وما بعدها .

⁶⁴ جاء في الفصل 1170 من ق.ل.ع على ان عقد الرهن : " عقد بمقتضاه يخصص المدين اة احد من الغير يعمل لمصلحته شسءا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام و هو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالاسبقية على جميع الدائنين الاخرين اذا لم يف له به المدين " .

وجاء في الفصل 157 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة بان : " الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لاداء التزام وهو بطبيعته لا يتجزء ويبقى باكملة على العقارات المخصصة له و على كل واحد وعلى كل جزء منها و يتبعها في أي يد انتقلت اليها " .

شفيق أستيتو

ومن جهة أخرى، يتسلم البائع . في بيع الثنیا . والراهن . في عقد الرهن . باعتبارهما مدينين ، مبلغ من المال ، على أن يبقى المبيع أو المرهون (في الرهن الحيازي) بيد المشتري . والمرتهن . حتى يردوا إليهما الثمن أو الدين ، باعتبارهما كذلك معا دائنين .

وعلى عكس ذلك ، فرغم أوجه التشابه هذه بين العقدين أعلاه ، فهناك فروق عدة بينهما لا على مستوى أدلتها الشرعية فحسب ، بل كذلك على مستوى الغلة وحكم الحيازة فيهما ، بالإضافة إلى الضمان والانتفاع بمنافعهما ..

هذه باختصار نقط الافتراق بين العقدين المذكورين والتي سأعرض لها تباعا وفق الشكل الآتي بيانه أسفله .

فغني عن البيان أن أدلة البيع في القرآن والسنة جاءت على الإطلاق وعامة ، منها قوله تعالى في محكم كتابه : "و احل الله البيع و حرم الربا" .⁶⁵

فيما هذه الأدلة هي خاصة في الرهن ، إذ جاء في قول جل جلاله : "وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة" ،⁶⁶ ولقول الرسول صلى الله عليه و سلم : "الرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه" ،⁶⁷ وقوله أيضا : "الرهن محلوب و مركوب" ،⁶⁸ وفي حديث آخر له صلى الله عليه و سلم : "لا يغلق الرهن" .⁶⁹

أما فيما يتعلق بالغلة ، يقول الدكتور جميل صبحي برسوم : "... إنما تتجلى ثمرة الخلاف بينهما في غلة المبيع بيع الثنیا ، هل تكون للمشتري أو للبائع ؟

فمن ذهب إلى انه بيع فاسد ، جعل الغلة للمشتري عملا بالقاعدة "من له النماء ، فعليه التوا" .

⁶⁵ سورة ، الآية .

⁶⁶ سورة البقرة ، جزء من الآية 282 .

⁶⁷ أخرجه ابن ماجة : الرهون 816/2 ، رقم الحديث (2441) .

⁶⁸ أخرجه الدارقطني في سننه : 34/3 ، رقم الحديث 136 .

⁶⁹ أخرجه ابن ماجة ، م س ، رقم الحديث (2441) .

ومن ذهب إلى انه رهن جعل الغلة للبائع ، لان الرهن يبقى في ضمانه فيما يطرأ عليه ما لم يتسبب المشتري فيما طرأ عليه"،⁷⁰ هذا من زاوية نظر الفقه الإسلامي.

اما من حيث نظر المشرع المغربي ، فللمشتري الحق في ان يقبض ثمار المبيع،⁷¹ بينما في عقد الرهن فلا يسوغ للمرتهن ان ينتفع بالمرهون بأي وجه من الوجوه ولا ان يتصرف فيه ما لم يؤذن له في ذلك.⁷²

فالملاحظ أن الأساس الذي ارتكز عليه هذا الفقيه هو قوله صلى الله عليه وسلم: "الرهن لمن رهنه له غنمه و عليه غرمه".⁷³

وفي نفس الاتجاه صدر قرار للمجلس الأعلى الذي جاء فيه: "وان المحكمة لم تثبت إلا وفق طلب المدعي الرامي إلى افتداء المبيع مقابل رده للطاعن المبلغ الذي قبضه منه دون أن تلزمه برد الغلة وهي النقطة التي يختلف فيها الرهن عن الثنيا".⁷⁴

كما يختلفا من حيث الحيابة، ذلك انه في بيع الثنيا يتجرد الأول - البائع - عن ملكه للثاني . المشتري . على أمل استرداده في المستقبل، أما في الرهن (الحيابي) فلا يتجرد الراهن عن ملكه، بل عن الحيابة فقط، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيابة.⁷⁵

فالظاهر انطلاقا مما سبق أن الأشخاص الراهنين يفضلان بيع الثنيا من هذه الناحية الهامة .

⁷⁰ محمد جميل صبحي برسوم ، الرهن وبيع الثنيا ، بحث في التسمية و المضمون وعلاقتهما بالعمل السوسي ، مجلة المذهب المالكي ، انزكان ، عدد 02 ، طبعة 2006 ، ص 15 .

⁷¹ الحسن العبادي ، البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة ، دون ذكر مكان النشر ، طبعة 2002/2003 ، ص 57 .

⁷² عبد الكريم السالمي ، بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة القرويين ، كلية الشريعة فاس ، السنة الجامعية 2002 / 2003 ، ص 84 .

وينص الفصل 1207 من ق.ل. ع على مل يلي : " لا يجوز للدائن ان يستعمل الشيء المرهون أو ان يرهنه للغير أو ان يتصرف فيه بآية طريقة اخرى لمصلحة نفسه ما لم يؤذن له في ذلك صراحة " .

⁷³ اخرجه ابن ماجه : 816/02 ، الرهون ، رقم الحديث (2441) ، و الدارقطني في السنن : 32/03 رقم الحديث (125).

⁷⁴ قرار صادر عن المجلس الاعلى رقم 179 ، منشور بمجلة القضاء و القانون ، العدد 139 ، ص 75 وما بعدها .

⁷⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المجلد الاول ، البيع ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، طبعة 1960 ، ص 148 .

أما من حيث الضمان، في الفقه الإسلامي، فالمشتري في بيع الثنيا عليه الضمان إذا كان الشيء في يده، فإذا لم يكن الشيء في يده فلا غلة له ولا ضمان عليه،⁷⁶ وأما الضمان في الرهن فانه يكون على عاتق الراهن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الرهن لمن رهنه له غنمه و عليه غرمه". قال الدكتور الحسن العبادي: "إذا اعتبرنا أن الثنيا بيع فاسد، فإن المشتري يضمن البيع بالقبض، وإذا اعتبرنا أن الثنيا رهن، فإن المرتهن لا يضمن المرهون إلا إذا تلف أو تعيب بفعله، بل الذي يضمن فهو الراهن".⁷⁷

وبخصوص القانون الوضعي، فالفصل 597 من ق.ل.ع ينص على انه: "يسأل المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمهم المسؤولية عنهم، كما انه يسأل عن التغييرات التي ترتب عنها تحول الشيء تحولا اساسيا اضرازا بالبائع .

ولا يسأل المشتري عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ولا عن التغييرات اليسيرة التي لحقت الشيء وليس للبائع في هذه الحالة طلب انقاص الثمن".

مما يفيد بان هلاك الشيء في بيع الثنيا سيكون على عاتق المشتري بمجرد انتقال ملكية الشيء المبيع اليه، اما في الرهن فالدائن المرتهن هو الذي يسأل عن كل شيء يحدث للشيء المرهون من اضرار وعيوب سواء كان الشيء بيده أو بيد احد الاشخاص الذين هم تحت ولايته.⁷⁸

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن من أحكام القضاء المصري الحديثة ما ورد من بينها أن بيع الثنيا المقصود به اخفاء رهن يعتبر باطلا، سواء بصفته بيعا أو رهنا، وبان العقد يعتبر مقصودا به اخفاء الرهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بيعت العين المباعة في حيازة البائع بأية صفة من الصفات .

⁷⁶ محمد العلوي العبادي، الاموال في الفقه المالكي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 1991، ص 27.

⁷⁷ محمد العلوي العبادي، الاموال في الفقه المالكي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 1991، ص 27.

⁷⁸ ينص الفصل 1211 من ق.ل.ع على انه " يضمن الدائن هلاك المرهون وتعيبه اذا حصل بفعله أو خطئه أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم، وهو لا يضمن الحادث الفجائي والقوة القاهرة الا اذا حصل بعد ان اصيح في حالة مطل أو بعد ان صدر منه خطأ ويقع عليه عبء اثبات الحادث الفجائي والقوة القاهرة ".
اما الفصل 1212 فينص على انه : " يضمن الدائن الشيء المرهون في حدود قيمته وقت تسليمه اليه دون اخلال بالحق في تعويض اكبر ان اقتضى الحال ".

شفيق أستيتو

وهاتين القرينتين، تعتبر من القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداها كان ذلك قاطعا في الدلالة على أن القصد من العقد هو اخفاء رهن مانعا من اثبات العكس.⁷⁹

رابعاً - تمييز بيع الثنيا عن بيع الخيار:⁸⁰

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية بيع الخيار⁸¹ على⁸² أساس انه: ثبوت حق فسخ عقد البيع من قبل البائع أو المشتري أو منهما معا، وهو أنواع: إما شرطي أو حكمي:

فالشرطي: هو الذي يشترطه احد الطرفين على الآخر أو يشترطه كل منهما على الآخر. ومثاله أن يقول المشتري: أشتري هذه الأرض ولي الخيار مدة أسبوع. فإذا رضي البائع تم البيع وثبت الخيار للمشتري، فيكون له حق إرجاع الأرض وأخذ الثمن خلال الأسبوع.

والخيار الحكمي: هو الذي يثبت لأحد الطرفين بحكم القاضي عند ظهور ما يوجبه من عيب أو غش أو تدليس أو اكراه أو سفه أو نحو ذلك.⁸³

⁷⁹ انظر في هذا الشأن، الطعن رقم 214 سنة 18 ق، جلسة 1950/11/23 والذي جاء فيه: "بقاء العين في حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دلالة - قرينة قضائية - على أن نية العاقدین لم تنصرف إلى معنى البيع والشراء بل انصرفت إلى معنى الرهن و اخفاءه في صورة بيع ولو كان العقد موضوع النزاع قد ابرم قبل العمل بالقانون رقم 14 لسنة 1923 وتقدير هذه القرينة مسألة موضوعية لا معقب فيها على محكمة الموضوع اذا ما اطمأنت إليها...".

و انظر كذلك: الطعن رقم 20 سنة 30 ق جلسة 1964/12/3 س 15 ص 1091، الكل عند: انور العمروسي، م س، ص 254 وما بعدها.

⁸⁰ من الامثلة لو وثقة ابتياع املاك على الخيار اورد النموذج الاتي: (اوجب فلان بن فلان البيع في جميع الملك إلى كذا الذي بموضع كذا و حده كذا ايجابا صحيحا دون شرط (مفسد)، ولا ثنيا، بعد معرفة الموجب فلان بقدر ما اوجب فيه البيع لفلان بن فلان، بثمان (عده) كذا و كذا من سكة كذا، (الوقت) كذا، وللمستوجب فلان له خيار الرؤية، والخيار خمسة عشر يوما إلشهر، إله تاريخ هذا الكتاب، ودفع المبتاع فلان جميع الثمن جميع القمن المذكور إلى البائع فلان، طائعا متبرعا من غير شرط كان بينهما في اصل التبائع، و قبض البعنع (فلان المذكور) ذلك منه وأبرأه منه على سهة المسلمين في مواجباتهم، و مرجع ذكرهم، شهد عليهما بالمذكور عنهما في هذا الكتاب، من عرفهما وسمعه منهما، وهما بحال الصحة، و (جواز الامر)، وذلك في تاريخ كذا (من سنة كذا).

محمد البوعزاوي، المقنع في عقد الشروط لابي جعفر احمد بن مغيث الصدفى الطليطلي - ت 459 هـ، دراسة وتحقيق، اطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، وحدة الاحوال الشخصية و التبرعات، جامعة القرويين، كلية الشريعة بفاس، ص: 256، 257.

⁸¹ الخيار: الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين: إما إمضاء البيع أو فسخه، لسان العرب لابن منظور، مادة خير 267/4.

⁸² يستدل فقهاء الشريعة على مشروعية الخيار بالسنة و الإجماع، أما السنة فيستدلون بحديث محمد ابن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان قال: "هو جدي منقذ ابن عمرو، وكان رجلا قد أصابته امة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع لى ذلك التجارة، وكان لا يزال يغيب فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك، فقال له: "إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك، وإن سخطت فاردها على صاحبها".

وأما الإجماع على مشروعية خيار الشرط فقد نقله غير واحد من العلماء، قال النووي رحمه الله: "الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاث أيام" مشار إليه عند: عبد العزيز بن محمد بن عثمان الریش، مجلة المجمع الفقه الاسلامي، السنة 13، العدد 15، طبعة 2002، ص: 231.

اما على صعيد التشريعات الوضعية، فنجد المشرع المغربي قد نظم بيع الخيار بمقتضى الفصول 601 إلى 612 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك انه قد عرفه في الفصل 601 على النحو التالي: " يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة ، ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي.

فالملاحظ اذن ان بيع الثنيا، كما تم تعريفه سابقا، وبيع الخيار يجتمعان في عدة نقط ويفترقان في نقط اخرى.

فمن جهة أولى، ولئن كان بيع الثنيا معلق على شرط فاسخ وبيع الخيار معلق على شرط واقف، فإمكانية تحولهما إلى بيع بات تبقى واردة إذا ما انتهت مدة التعليق.

أما من جهة ثانية، فحق الخيار الممنوح للمشتري في بيع الخيار يورث كما يورث حق الاسترداد في بيع الثنيا .

ومن جهة ثالثة، فهذه المدة⁸⁴ المتحدث عنها اخيرا، تختلف من عقد لآخر، ففي بيع الثنيا نجدها حسب مقتضيات الفصل 586 لا يمكن ان تتجاوز ثلاث سنوات، أما في بيع الخيار فقد عمد المشرع المغربي إلى تحديدها في العقارات والاراضي الفلاحية في ستين يوما من تاريخ العقد، و في الحيوانات والاشياء المنقولة في خمسة أيام.⁸⁵

ومن جهة رابعة، فتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع في كلا البيعين يتحملها المشتري و ذلك كله اذا ما ثبت اهماله أو تقصيره .

خامسا - تمييز بيع الثنيا عن الاقالة:

⁸³ محمد العلوي العابدي ، م س : 24
⁸⁴ ففي الفقه الاسلامي قد اجمع العلماء على ان الحد الأدنى لمدة خيار الشرط لا توقيت لها ، و ليس لها قدر محدود بحيث لا يقل عنه ، فيجوز مهما قل ، لان جواز الاكثر يدل بالاولوية على جواز الاقل ، اما الحد الاقصى فقد اختلفوا فيه ، الا ان الرأي الراجح قد استقر على تحديده بمقتضى اتفاق العاقدین ولو كان باكثر من ثلاثة ايام بشرط ان تكون هذه المدة معلومة.
⁸⁵ عبد الرحمان بلعكيد ، محاضرات القيت على طلبة الماستر بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية و الاقتصادية ، عين الشق ، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء ، السنة الدراسية 200/200.

ففي الفقه الاسلامي، نجد ابن عرفة يعرف الاقالة على النحو التالي: "هي ترك المبيع لبائعه بثمنه،⁸⁶ فلقد جاء في الحديث الصحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من أقال نادما بيعته أقال الله عسرته يوم القيامة). وفي رواية ابي داود، و ابن ماجة (من أقال مسلما أقال الله عثرته).⁸⁷

فالذي يمكن ان نستخلصه مما سبق ان الاقالة هي عقد يفسخ به عقد سابق، يعني اذا تم البيع بين المتبايعين وندم احدهما فطلب من الآخر ان يقيله في بيعه، فرضي الآخر وأقاله، فهذا يعد من اجل الاعمال عند الله جل جلاله.⁸⁸

وبالتالي فالاقالة هنا جائزة ومدة ارجاع المبيع فيها غير مقيدة، عكس بيع الثنیا الذي اختلف الفقه الإسلامي في احكامه من جهة،⁸⁹ وحددت مدة الاستغلال فيه اما بصفة قانونية أو اتفاقية من جهة اخرى.

وفي قانون الالتزامات والعقود تعتبر الاقالة سببا من أسباب انقضاء الالتزامات لا بيعا حسب مقتضيات الفصلان 242 و 393 منه، الا انه قد يمكن اعتبارها نقضا للبيع اذا ما وردت على الطعام.⁹⁰

ويجوز بيع المبيع وفاء من المشتري الاول لمشتري ثان، بينما لا يوجد هذا في الاقالة .

ومن اوجه الشبه بين بيع الثنیا والاقالة . من حيث الاثار . ان الاقالة يترتب عنها عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها المتعاقدين وقت ابرام العقد الأمر نفسه الذي يمكن ان نستشفه من خلال قراءة الفصل 589 من قانون الالتزامات والعقود.⁹¹

⁸⁶ شرح حدود ابن عرفة للفقهاء الامام العلامة ابي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي ، دون ذكر مكان النشر ن طبعة 1992 ، ص.385.

⁸⁷ الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان للامير علاء الدين علي بن لبنان الفارسي ، مشار اليه عند ، عبد الكريم السالمي م.س. ص 87.

⁸⁸ وبالرجوع لقانون الالتزامات والعقود نجده يعرف الاقالة في الفصل 394 بقوله : تنتضي الالتزامات التعاقدية اذا ارتضى المتعاقدان عقب ابرام العقد التحلل منه وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون.

⁸⁹ راجع ما سيأتي بعده بخصوص طبيعة بيع الثنیا.

⁹⁰ شرح العلامة عبد السلام بن سيدي محمد الهواري لوثائق الفقيه النوازلي سيدي محمد بن احمد بن حمدون بناني ، الشركة المغربية ، شارع السبطين ، فاس ، طبعة 1949، ص. 315 .

⁹¹ ينص هذا الفصل على انه :اما اذا باشر البائع حقه في الاسترداد فان الشيء المبيع يعتبر كان لم يخرج عن ملكه اصلا .

الفقرة الثانية : بيع الثنيا ، مزاياه و عيوبه.

دراسة هذا الموضوع تقتضي مني تقسيمه إلى جزئين، أعالج في الجزء الاول مزايا بيع الثنيا (المطلب الأول)، على أن أقوم بالدفع بعيوب بيع الثنيا إلى دائرة الضوء في (جزء ثان) .

أولا - مزايا بيع الثنيا:

لبيع الثنيا مجموعة من المزايا سيتم التطرق إليها وفق المنهاج التالي :

يعد بيع الثنيا من الوسائل الائتمانية⁹² التي يتم بمقتضاها وضع المبيع من طرف البائع، في حيازة المشتري . الدائن . تأمينا لأداء الدين . فالبائع، يقول جميل صبحي برسوم، يلجأ عادة إلى إبرام مثل هذا البيع عندما يكون في حاجة إلى المال، فيتصرف بالبيع في شيء يملكه، مقابل حصوله على الثمن والاستفادة منه خلال فترة معينة، حتى تنتهي ضائقة المالية، ثم يسترد الشيء المبيع مرة أخرى.⁹³

كما انه يسمح للمشتري الانتفاع بغلة العقار مقابل فوائد الثمن، عكس ما عليه الأمر بالنسبة للرهن، مما يعتبر معه ذلك وسيلة للتخلص من القرض بفائدة.⁹⁴

ويعضد بعض الفقه هذه المزايا بإباحة التعامل بهذا النوع من البيوع لما فيه من كفاية للمحتاجين لئلا يندفعوا إلى بيوت الاموال الربوية للاقتراض منها، فانه إن سد على الناس هذا الباب لم يجدوا مناصا على التعامل بالرأيا المحض .

ثانيا - عيوب بيع الثنيا:

نجد في المقابل، لبيع الثنيا أي بيع الوفاء مفاصد جمة، لا تقل عن فوائده، حيث أصبح المجتمع يعاني من ويلاتها فكم من محتاج لزت به حاجته اليه ورجا ان يجد فيه

⁹² يلجأ البائع اليها اذا لم يتيسر له اللجوء إلى وسيلة اخرى ، أو إذا وجد الوسائل الاخرى اكثر تعقيدا أو اكثر ارهاقا أو اكثر بظما .

⁹³ جميل صبحي برسوم ، م س ، ص. 97

⁹⁴ ينص الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود على انه : " اشترط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا ، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع أخر للمقرض أو لأي شخص أخر غيره يتخذة وسيطا له .

شفيق أستيتو

المخلص من مشكلته فإذا به يخسر الطرف والتلبد ويبقى عائلا مسكينا بسبب استغلال المشتري وجشعه الذي لا يرق معه لحالة مضطر.

فالدائن يملك العقار بمجرد انقضاء الوقت المحدد بثمن اقل من الثمن الذي يباع به الشيء عادة بيعا تاما وبالتالي تستقر ملكيته للمشتري بالثمن البخس الذي اشتراه به.⁹⁵

ولهذا يفضل الدائنون بيع الثنيا على الرهن لأنهم متأكدون أن المدين قد لا تتفرج ضائقته المالية ويؤدي دينه في الوقت المتفق عليه وبذلك يمتلكون ما بيع لهم بهذه الصفة على أهون سبيل وبثمن أقل.⁹⁶

فبيع الثنيا يبقى معلقا على شرط فاسخ، ويترتب على وجود هذا الشرط حالة عدم الاستقرار لأنه أثناء قيام هذا الشرط يكون الشيء مملوكا لشخصين ومن شأن هذه الوضعية إحجام الغير عن التعامل مع المشتري بخصوص المبيع،⁹⁷ كما أنه من شأن هذا الشرط عدم الاعتناء بالمبيع، لأن المشتري يعلم مسبقا بإمكانية استرداده من طرف البائع وبالتالي عدم الاستقرار في التصرف،⁹⁸ كما ينبغي أن لا نهمل بعض النزاعات الممكن أن تثار بين المشتري والبائع إذا كان المبيع أرضا زراعية.

المبحث الثاني: بيع الثنيا في الفقه الإسلامي.

لقد ساهم المغاربة في بناء صرح الثقافة الإسلامية بنصيب وافر، ولهم في كل العلوم الإسلامية تآليف مفيدة، منها ما شرق وما غرب، وصار معول المدرسين والدارسين في البلاد السوسية، مقتدين في ذلك بالمذهب المالكي، إذ كان ما يثير الإعجاب والإكبار أنهم خصوا شؤون الفتوى والنوازل بعناية واهتمام تفوق كل وصف وتتجاوز كل تقدير، حيث نقلوا نصوص الفقه النظري من الأمهات الفقهية إلى مواقع العمل بها تطبيقا وتنفيذا، هذا وإن أبرز القضايا التي عالجتها النوازل السوسية هي قضايا بيع الثنيا، إذ أنها قد أخذت حيزا كبيرا، ونقاشا عميقا ومريرا أحيانا، ولفترة طويلة من الزمن في سوس، لذلك

⁹⁵ جميل صبحي برسوم، م، س، ص 97.

⁹⁶ زهدي يكن، م، س، ص 134.

⁹⁷ إبراهيم قضا، م، س، ص.

⁹⁸ عبد الكريم السالمي، م، س، ص 65.

كانت معرفة حكم هذا النوع من البيوع لدى الفقهاء المسلمين أمراً مهماً (المطلب الأول)، ثم التطرق (في مطلب ثاني) إلى أبرز وأهم الفتاوى السوسية التي صدرت بشأنه وكذلك طبيعة .

المطلب الأول: حكم بيع الثنيا في الفقه الإسلامي.

سوف نتعرض في هذا المطلب لحكم بيع الثنيا في المذاهب الفقهية الأربعة وذلك في فقرتين، مخصصين مذهبين لكل فقرة.

الفقرة الأولى: حكم بيع الثنيا في المذهب الحنفي و المالكي.

سأحاول في مطلع هذا الفقرة أن أطرف إلى حكم بيع الثنيا في كل من المذهب الحنفي (أولاً)، والمالكي (ثانياً) وفق المبين أسفله.

أولاً - حكم بيع الثنيا في المذهب الحنفي:

لقد اشتهر الحنفية بالتسامح في المعاملات والتوسع في كثير من الاحكام حسبما يوحي به الظاهر احيانا من عدم مجانية شرع الله، لذلك كانوا أكثر المذاهب توسعا في احكام هذا البيع، بل الاصل نشأته كانت في أكنافهم، ولكنهم مع ذلك اختلفوا في حكمه إلى آراء متعددة، وقد انهى العلامة البزازی في جامعہ وهو من علماء الحنفية خلافهم في ذلك إلى ثمانية اقوال،⁹⁹ وهي مشروحة في امهات كتبهم كما اوسعت في بحوثهم ورسائلهم بيانا وتفصيلا، ولكن العلامة بيزم الثاني ردها إلى خمسة اقوال ثم قال " وما زاد عليها راجع بقليل تأمل اليها " و هي:

اولها . أن هذا العقد لا يعدوا ان يكون رهنا في حكمه ولو عبر عنه بلفظ البيع، حتى لا يكون للمشتري فيه غير حبس العين فيما يكون له على البائع من دين، ومعناه انه ليس له ان ينتفع بشيء من ريعه، وهو مذهب أبي الشجاع وابنه والسعدي وابي حسن الماتريدي والقاضي الامير استدلالا منهم أن العبرة في الوعود بمعانيها لا بمبانيها والذي يهم من الخيرية أن هذا هو رأي أكثر الحنفية، وما من ريب ان الأخذ بهذا الرأي يفوت

⁹⁹ البحر الاثق، شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت 970 هـ) الطبعة الثانية 8/6-9 بتصرف، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ص .

شفيق أستيتو

على ذوي الاطماع ما يرومونه من التذرع بهذه المعاملة إلى أكل الحرام، فإنهم لا يجدون سبيلا إلى استغلال العين التي اشتروها.

ثانيهما . انه بيع جائز لازم اذا عقد بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه لا فرق بينه وبين البيع البات الصحيح في حكم ما، فلا يسوغ فسخه من طرف واحد وانما بالتراضي بين الطرفين على جهة الاقالة، وهو الذي نقل غير واحد عن النسفي اتفاق شيوخه في زمنه عليه، وحجتهم ان متعاقديه تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط الفسخ فيه وان اظماره بقلوبهما، إذ ذاك أو شرطاه نصا قبل العقد بناء ان العبرة في الشرط المفسد بقرانه للعقد ذكرا باللسان دون تقدم ذكره عليه ولا قرانه به مضمرا بالجنان .

ثالثهما . انه بيع جائز لكنه غير لازم، فيحل للمشتري الانتفاع بالمبيع لجواز هـ ويفسخ بطلب احدهما لعدم لزومه، وهو الذي ذكره قاض خان اثناء كلام له، غير انه يفيد انه ان ذكرنا البيع بلا شرط ثم ذكرنا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد، هو كما ترى يقتضي ان لا يعتبر الشرط في صميم عقد البيع بل تسمية ذلك شرطا من باب المجاز ليس الا، اذ الشرط ليس كالوعد وقد عدوه من باب المواعدة، لذلك انكر بيرم ما جاء من تصويره نقلا عن حواشي جلال الدين على الهداية بأن يقول: "بعت منك هذه العين بالف على أنني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين إلي"، اذ قال على اثره: "ولا يخفى ان هذا هو اذكر على وجه الشرط لكون كلمة "على" من أدواته عند الفقهاء لا المواعدة، ليت شعري ان لم يكن هذا ذكرا على وجه الشرط فما صورته، وانا صورة الذكر علة وجهها ان يقول احدهما للآخر بعد الايجاب والقبول: "اريد منك متى رددت عليك ما قبضت منك ترد علي ما قبضت مني فيقول نعم أو يقول للبائع ابتداء: ان رددت علي الثمن رددت عليك المبيع" .

رابعهما . انه بيع فاسد سواء كان شرط الفسخ مقرونا به أو سابقا عليه أو جاء بعد العقد في مجلس العقد وقيل لو بعده وهو الصحيح عندهم كما في الخانية أو لم يكن ملفوظا قط وانما تواطى عليه حسب العرف بينهما، وعلى الفساد صاحب العدة واختار ظهير الدين.

خامسهما . انه مركب من رهن وبيع جائز بات، على معنى انه يعتبر رهنا بالنسبة للبائع حتى يسترد العين عند قضاء ما عليه من الدين ويضمنها له المشتري بالهلاك أو الانتقاص ضمان الرهن، وبيعا باتا صحيحا بالنسبة للمشتري في حق نزوله ومنافعه حتي يطيب له أكل ثمره والانتفاع به سكنا وزراعة وإيجارا، وعليه استقر عمل شيوخ النسفي، وذكر العمادي ان فتوى جده برهان الدين وأولاده ومشايخ زمانه على أن الملك يثبت للمشتري شراء جائزا في زوائد المبيع ولا يغرم ولو استهلكها.¹⁰⁰

عموما، فإن أبا حنيفة يرى فساد البيع لجهالة قدر المبيع حال العقد، وهو لازم في استثناء ابطال معلومة مما على الاشجار، وان لم يفض إلى المنازعة.¹⁰¹

ثانيا - حكم بيع الثنيا في المذهب المالكي:

يرى المالكية فيما إذا باع صبرة أو ثمر شجرة واستثنى قدرا معيناً من ذلك ان كلا من البيع والاستثناء جائز وصحيح اذا كان المستثنى الثلث فأقل، ويمنع اذا كان أكثر من ذلك،¹⁰² فشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما.

كما يجوزون استثناء سقط الدابة من رأس وجلد وكوارع سفرا وحضرا.

فإن كان المستثنى مشاعا كالثلث والربع ونحوهما جاز في الحيوان وغيره حضرا وسفرا لعدم الجهالة حينئذ،¹⁰³ فتقييد مالك للمسالة بشرط عدم زيادة المستثنى عن الثلث، منسجم مع قاعدة شائعة في كثير من أبواب الفقه في مذهبه، وهي: "إن الثلث فما دونه قليل".¹⁰⁴

¹⁰⁰ للمزيد من التوسع، يراجع: ابي قاسم محمد بن احمد بن جزى الكلبي، ضبطه وصححه محمد امين الضاوي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، ص، 194.

¹⁰¹ فتح القدير، الجزء الثاني، ص، 293.

¹⁰² علي بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها نصا في الشريعة الاسلامية واثار النهي فيها من حيث الحرمة والبطالان، طبعة 1410 هـ-1990 م، ص، 149.

¹⁰³ حاشية الدسوقي والشرح الكبير، الجزء الثالث، ص، 18 و 19.

وانظر كذلك: عمر بن عبد الكريم الجدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، دن ذكر مكان وتاريخ الطبعة، ص 461.

¹⁰⁴ محمد جميل صبحي برسوم، بحث في التسمية والمضمون وعلاقتها بالعمل السوسي، مجلة المذهب المالكي، انزكان، عدد 02، طبعة 2006، ص، 12.

شفيق أستيتو

إلا أن ابن الماجشون وسحنون منعاه، كما ذهب المتيطي إلى أن بيع الثنيا لا يجوز انعقاده في شيء من الأشياء.¹⁰⁵

ومع اختلاف الفقه المالكي في علة فساده فإنه بيع فاسد¹⁰⁶ ومفسوخ سواء اعتبرنا علة فساده أنه سلف جر نفعا أو أنه من أنواع بيع الشروط التي تنافي المقصود من البيع وهو التصرف في الشيء تصرف المالك الحقيقي.¹⁰⁷ وفي ذلك يقول الإمام ابن عاصم متحدثا عن هذا النوع من الشروط:

والشرط إن كان حراما بطلا *** به المبيع مطلقا إن جعل¹⁰⁸**

وقال الشيخ التسولي في شرح كلامه : "...أو اشتراه على شرط أن البائع إذا أتاه بالثمن فالمبيع مردود عليه، وهي مسألة الثنيا. فهذا كله مما يدخل في النظم. فإذا وقع شيء من ذلك بطل به المبيع مطلقا، حذف الشرط أم لا، اثر في الثمن خلا أم لا.¹⁰⁹

وكملاحظة يمكن التنبيه إليها، هو أن الخلاف حول حكم بيع الثنيا لم يكن خلافا مذهبيا فقط، بل تعداه إلى اختلاف فقهي داخل المذهب الواحد. والأكثر من هذا أن الفقيه الواحد له أكثر من حكم في بيع الثنيا بحسب وقت ورود الشرط وهو ما صرح به ابن عاصم الغرناطي قائلا :

والباع بالثنيا لفسخ داع *** والخرج بالضمان للمبتاع**
ولا كراء فيه هبة لاجل *** أولا وذا الذي به جرى العمل**

¹⁰⁵ انظر شرح ميارة للتحفة، م.س، ص 42 .

¹⁰⁶ يقول الأستاذ محمد الكبشور : فالفقه المالكي الذي يذهب إلى أن الثنيا بيع فاسد يرى أن الأركان الواجب توفرها في عقد البيع والشروط التي تشترط فيه جميعا متوفرة في بيع الثنيا ، ومن ثم فهو بيع كامل بيد أن الفساد تسرب إليه من حيث تعليقه على شرط يتنافى مع أحكام البيع فالبيع يقصد به نقل الملكية واشتراط الإقالة ينافي ذلك. ويذهب فقه آخر إلى أن الثنيا تتردد بين البيع والسلف ، فإذا لم يقم البائع باسترداد ما باع فهو بيع وإذا قام باسترداده فهو سلف غير أنه سلف جر نفعا ، والسلف في الشريعة الإسلامية لا يكون إلا لوجه الله تعالى، وقد جاء في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى ... عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعومة والثنيا...

محمد الكبشور ، م س ، ص 146 .

¹⁰⁷ فقه النوازل في سوس ، قضايا واعلام ، الدكتور الحسن العبادي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ص 449-450 .

ويراجع كذلك : محمد وفا ، م س ، ص 95 .

¹⁰⁸ أحكام الأحكام على تحفة الحكام للكافي ، ص 132 ، مشار إليه عند : ثرية اقصي ، المعاملات المحرمة في البيع في الفقه المالكي ، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، أشراف الدكتور لحسن البيهي ، وحدة فقه المعاملات ، جامعة القرويين كلية الشريعة ، فاس ، السنة الجامعية 1999 م-2000 م .

¹⁰⁹ البهجة في شرح التحفة للتسولي ، ج 2 ص 8.

شفيق أستيتو

والشرح الثنيا رجوع ملك من ***** باع اليه عند احضار الثمن
وجاز ان وقع بعد العقد ***** طوعا بحد وبغير حد¹¹⁰

وفي ذلك يقول عبد الكريم السالمي،¹¹¹ فابن عاصم ذهب وكما هو جلي في البيت الأول إلى ان بيع الثنيا يجب فسخه لفساده، قال ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي في قول ابن عاصم: "(والبيع بالثنيا) أي بشرطها بان يقول له في صلب العقد: ابيعك هذه السلعة على شرط أني إن آتيتك بثمنها وقت كذا أو مهما آتيتك بثمنها فهي مردودة علي (الفساخ لداع) ". وهو ما اكده ابو عبد الله محمد التاودي في قول ابن عاصم: "(والبيع بالثنيا لفسخ داع) أي: ممنوع ويجب فسخه بعد الوقوع، وهذا ما لم يفت بيد المشتري والا مضى بالقيمة وفوات الأصول بالهدم والبناء والغرس لا بحوالة سوق خلافا لأشهب واصبغ.

أما الحكم الثاني فهو ما أشار إليه في البيت الرابع بقوله :

جاز إن وقع بعد العقد ***** طوعا بحد وبغير حد

أي أن الثنيا متى تفضل بها المشتري طوعا بعد العقد اعتبر العقد صحيحا سواء كانت لأجل محدد، بعيد أو قريب كالعشرين سنة أو السنتين، أو لأجل غير محدد.

الفقرة الثانية: حكم بيع الثنيا في المذهب الشافعي والحنبلي.

الشافعية والحنابلة يفرقون فيما اذا باع الصبرة الا صاعا، بين اذا ما كانت صيعانها معلومة، وما اذا كانت مجهولة، فيجوزونه في الأول، ويمنعونه في الثاني، للجهالة في الباقي.¹¹²

وحكمه . أي بيع الثنيا . انه فاسد عند الحنابلة والمتقدمين من الشافعية لأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم،

¹¹⁰ تحفة الحكام بشرح احكام الحكام للعلامة المحقق الموفق ذي التحقيق الوافي الشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي الغرناطي (ت 829 هـ) فيما يلزم القضاة من الاحكام في مذهب الامام مالك بن انس رضي الله عنه " الطبعة الاولى ، ص 153 ، دار الرشاد الحديثة ، الدار البيضاء ، 1411 هـ / 1991 م .

¹¹¹ عبد الكريم السالمي ، م س ، ص 51 .

¹¹² مغني المحتاج ، الجزء الثالث ، ص 16 وشرح منتهى الارادات ، الجزء الثاني ، ص 148 .

شفيق أستيتو

وهو إقراض المال إلى أجل بزيادة ربوية، وهي الانتفاع بالمبيع مدة الأجل.¹¹³ على أنه هناك البعض من هذا الرأي الأخير من ذهب إلى أن بيع الوفاء . أي الثنیا . جائز . وحجتهم في ذلك: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه، فراراً من الربا، فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشتراطه فيه، وإن كان مخالفاً للقواعد، لأن القواعد تترك بالتعامل، كما في الاستصناع.

وقال بعض متأخري الشافعية: بيع العهدة . أي بيع الوفاء . صحيح جائز وثبتت به الحجة شرعاً وعرفاً على قول القائلين به، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم وحكمت بمقتضاه الحكام، وأقره من يقول به من علماء الإسلام، مع أنه ليس من مذهب الشافعي، وإنما اختاره من لفقته من مذاهب، للضرورة الماسة إليه، لان الضرورات تبيح المحضورات، ويضربون مثلاً لذلك بان شخصاً يملك أراضٍ وهناك ظالم يريد أن يغتصبها فأراد أن يحتال على الظالم ويبين له أنه باعها لشخص قوي لا يتعرض له الظالم، فاتفق معه أن يبيع له أرضه على أن يرد له ماله، والقوي هذا يرد له أرضه حينما يغفل عنه الظالم، ففي هذه الحالة يجوز لأن فيه دفع ظلم عن أخيه .

ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفرع عليه، لا يخفى على من له إلمام بالفقه.¹¹⁴

ولتجاوز الخلاف بشأن حكم بيع الثنیا، اصدر المجمع الفقهي قراراً بتاريخ ماي 1992 بشأنه، إذ جاء فيه:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء وحقيقته " بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع " قرر:

¹¹³ موسوعة الفتاوى، فقه المعاملات، البيع، أنواع البيع، البيع غير الصحيح، فتوى رقم 96958 حول حكم بيع الوفاء، مشار إليها في الموقع الإلكتروني <http://www.islamweb.net> كما تم تصفحه بتاريخ 2010/03/20 .
¹¹⁴ يوسف الفراج، ملتقى الأخبار العقارية، بيع العقار وفاء، الموقع الإلكتروني <http://www.hosting-ksa.ma> كما تم تصفحه بتاريخ 2010/01/02 .

1- أن حقيقة هذا البيع "قرض جر نفعا" فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء.

2- يرى المجمع ان يبقى هذا العقد غير جائز شرعا".¹¹⁵

المطلب الثاني: طبيعة و نوازل بيع الثنيا في العرف السوسي¹¹⁶.

تجدر الإشارة إلى ان منطقة سوس الحالية تشغل جزءا لا باس به من البلاد التي يطلق عليها "المصامدة"، و التي تبتدئ حدودها الشمالية من نهر ام الربيع، وهذا التحديد ينطبق على "سوس" الاوسط و الاقصى في اطلاق بعض الجغرافيين القدماء.

وان اهتمام الفقهاء السوسيون ببيع الثنيا اهتماما كبيرا، كما سيتجلى معنا ذلك من خلال عدد فتاويهم التي اصدروها في هذا الشأن، يرجع إلى العدد الهائل، في المنطقة، لمراكز التعليم في سوس منذ الفتح الاسلامي كما هو الشأن بالنسبة لمسجد ورباط ماسة واكلو وهرجة ومركز الكست ونول لمطة،¹¹⁷ حيث اختتمار العلوم اللغوية والدينية ونضجها خلال القرن التاسع الهجري، وذلك بعد الدراسات والمحاولات التي عالجها علماء سوس في ميادين التأليف والترسل خلال القرون السابقة، بالإضافة إلى عناية دولة السعديين القائمة بإقليم سوس. سابقا. وتشجيعهم غير المحدود لرجال الفكر فيه بعد ان احتضنت هذه الارض الطيبة دولتهم الناشئة، وتغاني السوسيون في نصرتها بالسيوف والاقلام.

هذا، و انه نظرا لكثرة النوازل السوسية في مسألة بيع الثنيا واختلافهم حول حكمه وطبيعته، فاني ساركز ضمن هذا المطلب على ابرزها،¹¹⁸ حتى تحصل الافادة، ناهجا في ذلك التركيز الشديد وناقلا. بعض الاحيان. لصنف من الفتاوى نظرا لاهميتها، كما ساحاول تبيان طبيعة هذا النوع من البيوع وذلك كما عالجها فقهاء سوس واصحاب المذاهب الفقهية الاربعة.

¹¹⁵ قرار المجمع الفقهي الدورة السابعة، جدة، ذو القعدة 1412، مايو 1992، مشار اليه في: عبد السلام احمد فيغو، عقد البيع، طبعة 2002، ص 89.

¹¹⁶ الحسن العبادي، م.س، ص 345.

¹¹⁷ الحسن العبادي، م.س، ص 324.

¹¹⁸ للاطلاع على نماذج لبيع الثنيا في سوس و ترجمتها الى اللغة الفرنسية، انظر الملحق.

الفقرة الأولى: طبيعة بيع الثنيا.

تجدر الإشارة إلى ان مسألة طبيعة بيع الثنيا، قد طرحت عدة صعوبات، بين فقهاء المذاهب الأربعة من جهة والفقه المذهبي من جهة أخرى؛ فهذا العقد له صورة البيع وتنطبق عليه بعض احكامه كانتفاع المشتري بالمبيع و البائع بالثمن، كما ان له صورة الرهن، لان المشتري يلتزم برد ما اشترى اذا رد له البائع الثمن هذا انه شبيه بالاقالة خاصة وان الطرفين معا لهما حق الفسخ ، لذلك فانه . غالبا . لا يخرج عن كونه اما بيع فاسد أو سلف جر نفعا.

وبالرجوع إلى المذهب المالكي، فالمسألة لا تخرج عن قولان، الاول منها لابن قاسم وثانيهما لسحنون وابن الماجشون، فالفقه الذي يذهب إلى ان الثنيا بيع فاسد يرى أن الأركان الواجب توفرها في عقد البيع والشروط التي تشترط فيها جميعا متوفرة في بيع الثنيا، ومن ثم فهو بيع كامل، بيد ان الفساد قد تسرب اليه من حيث تعليقه على شرط يتنافى مع احكام البيع، فالبيع يقصد به نقل الملكية واشتراط الاقالة ينافي ذلك.

اما الفقه الآخر الذي يذهب إلى أن الثنيا تتردد بين البيع والسلف، فانه يقول، اذا لم يقم البائع باسترداد ما باع فهو بيع واذا قام باسترداده فهو سلف، غير انه سلف جر نفعا.¹¹⁹

ولقد جاء في البيان و التحصيل لأبي الوليد بن رشد في شرح ما سلف ما يلي: "إن وقع فسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد ، وكانت الغلة للمبتاع بالضمان، فان فات صحح بالقيمة، والحائط لا يفوت في البيع الفاسد بالبناء اليسير، فلذلك قال: انه يكون على رب الحائط اذا رد اليه ما انفق المبتاع في بنیان جدار أو حفر بئر، وقد قيل: قيمة ما انفق، وليس ذلك باختلاف قول، وانما المعنى في ذلك ان النفقة ان كانت بالسداد رجع بما انفق، وان كانت بغير السداد مثل ان يستاجر الاجراء بأكثر مما يستاجر به مثلهم بغبن جرى عليه في ذلك، أو بمعروف صنعه اليهم رجع بقيمة ذلك على السداد.

¹¹⁹ محمد الكبور ، رقابة المجلس الاعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية ، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون ، هامش ط ، 2001-1422 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، ص 173 .

وقيل فيه انه ليس بيعا ، وانما هو سلف جر منفعة ، قال سحنون ذلك في المدونة ، وهو قول ابن الماجشون وغيره ، لانه كان المبتاع اسلف البائع الثمن على ان يغتل حائطه حتى يرد اليه سلفه ، فعلى هذا القول ترد الغلة للبائع ولا تكون للمبتاع ، لانه ثمن السلف فهي عليه حرام¹²⁰ .¹²¹

واذا كان الامام مالك يعتبر ذلك بيعا ، وتبعه ابن القاسم على ذلك ، فكثير ممن تناولوا بيع الثنيا ذهبوا إلى ترجيح قول مالك وابن القاسم في عده بيعا لا رهنا وعلى ذلك جرت الفتيا.¹²²

والذي يظهر جليا ان الاختلافات الفقهية حول طبيعة بيع الثنيا في المذهب المالكي سادت بين القدامى فيما بينهم من جهة ، والمحدثين فيما بينهم من جهة ثانية ، وخاصة في المناطق السوسية ، اذ انقسم الفقهاء حول طبيعته إلى طائفتين :

أ- فجماعة منهم ترى انه رهن، انما تحايل الناس والموثقون فسموه في العقد بيعا لما رأوا ان القرض الذي يجر منفعة للمقرض حرام ، ولكن المقرضين لا تطيب نفوسهم بالقرض إلا إذا جنوا من ورائه منفعة ، فامتنعوا من الاقراض الا برهن ثابت وهو العقار يستغلونه ، وبما ان غلة الرهن للراهن كما تقدمت الإشارة إليه، رأوا ان المخرج من الاشكال هو تسميته بيع الثنيا ، وهو بيع صوري فقط ، واما المقصود الحقيقي للمتعاقدين وفي عرف الناس عموما ، انما هو الرهن ، ومن اشهر هؤلاء: ابو عثمان سعيد بن علي الهوزالي، وابو مهدي عيسى السكتاني والعلامة الحاج احمد الجشتيمي.

ب- طائفة¹²³ ترى ان الرهن الجاري به العمل في سوس ما هو الا بيع الثنيا المعروف في الفقه، لان مقصود الناس انما هو بيع الثنيا لا رهن ، هذه الطائفة تشبث بما يكتبه الموثقون ، والواقع انه لا ذكر للرهن في ثائقهم.¹²⁴

¹²⁰ ابو الوليد ابن رشد ، البيان والتحصيل (ت520 هـ) الطبعة الاولى ، دار الغرب الاسلامي 1408 هـ/1988 م .
¹²¹ ، للمزيد من الايضاح ، يراجع : ابن العابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، كتاب البيوع ، ص 424 و 425 .
¹²² محمد جميل ، م س ، ص 16 .

وحول طبيعة بيع الثنيا جاء في نونية الجشتيمي¹²⁵ ما يلي :

فانا على ما نكثر البحث لم نجد له غير ذكر شاع في كل ديوان
بكونه بيعا فاسدا لمناقض من الشرط أو قرضا على شرط حلوان
ولكن ذا المعنى لم يختلف به على ما بدا مما سنذكره اثنان
وما الراى في من كان من فقهاءنا وقرائنا ياتيه اشنع اتيان
ينفذه انى بدى ويقره ويرنو له دابا بمقلة رضوان
يرى اكلا أو وكلا أو مساعدا لمن عقده شاهد أي معوان
يصلي اماما دون نهى وتقبل الشهادة منه أو يبوء بحرمان
فذاك ربي قلنا مبيع فاسد إلى جعلناه قرضا جر نفعا لمنان.

وقال ايضا :

واما اذا ما القرض و الرهن عينا كما شاع في ناء البلاد و الداني
فما كان فيه من مضاهاة بيعنا وحقك الا اسم لدى كل يقضان.

اما في المذهب الحنفي ، فيتخذ بيع الثنيا صورتين :

الصورة الاولى : " ان يقول البائع للمشتري : بعت منك هذا العين بمالك علي
من الدين على أي متى قبضته فهو لي ".¹²⁶

الصورة الثانية : " ان يقول بعت منك على ان تبيعه مني متى جئت بالثمن
فهذا البيع باطل وهو رهن و حكمه حكم الرهن ".¹²⁷

على ان الاتجاه الفقهي الغالب، في المذهب الحنفي، يعتبر بيع الثنيا رهن، اذ
جاء على لسان صاحب الفتاوى الحنفية ما يلي: "واختلفوا في البيع الذي يسميه الناس بيع

¹²³ يمثل هذه الطائفة كل من الفقهاء الاجلاء الحسن بن عثمان التلملي ومحمد بن محمد التمانرتي وابن طيفور والشيخ احمد الحوزي الهشتوكي .

ابراهيم قضا ، م س ، ص : 112 .

¹²⁴ الحسن العبادي ، م س ، ص : 459-485 .

للمزيد من الايضاح ، يراجع : البهجة في شرح التحفة ، للفقهاء المالكي (أبو الحسن) علي بن عبد السلام التسولي، ص .

¹²⁵ محمد المختار السوسي ، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، م س ، ص : 30 .

¹²⁶ رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، 264/4 .

¹²⁷ رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، م.س، 264/4 .

شفيق أستيتو

الوفاء أو البيع الجائز قال اكثر المشايخ(...) حكمه حكم الرهن لا يملكه المشتري ويضمنه المشتري بالكل من ثمره ...".¹²⁸

ويرى الامام الشافعي ان بيع الثنيا نوع من البيوع الفاسدة، واستند في قوله هذا على الحديث النبوي الشريف الذي نهى فيه الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط.

اما الامام احمد بن حنبل، فقد رأى بان البيع المقرون بشرط واحد بيع صحيح، وهذا ما يفهم من قوله: انما النهي عن شرطين في البيع، اما الشرط الواحد فلا باس به. واستدل على ذلك بان محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرر¹²⁹ حطب، وشارطه على حمله".¹³⁰

و الذي يستخلص مما سبق انه:

اولا : بيع الثنيا بيع مبتدع لم يكن معهودا في عهد النبي ولا في عهود الصحابة و التابعين ومن جاء بعدهم من ائمة السلف ، و انما حدث ذلك بقرون ، و هو خلاف ما يروجه اولئك الذين يسعون إلى التلبيس على عوام الناس باضفاء صفة الشرعية على هذه المعاملة .

ثانيا: ان جميع فقهاء الاسلام . رحمهم الله . لم يختلفوا قط في حرمة التعامل ببيع الثنيا عندما يكون القصد منه التوصل إلى ما حرم الله من الربا، ولو كان ذلك بمجرد ان يقصد المشتري الانتفاع بالغلة من غير قصد امتلاك الاصل، لان هذه النية وحدها كافية في اضفاء حكم الربا على هذه المعاملة.

ثالثا: ان الخلاف بين علماء المذهب قائم فيما اذا ضبطت هذه المعاملة بالقيود الشرعية لصونها من تسرب آفة الربا اليها، فمنهم من يحرمها على الاطلاق لما يشوبها من العلل، ومنهم من يبيحها بشرط مراعاة جميع تلك القيود والحذر من التقريط في اتقاء المحارم والشبهات .

¹²⁸ محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ،دون ذكر مكان وتاريخ الطبعة ، ص 60 .

¹²⁹ الجرزة ، الحزمة من القث ونحو - لسان العرب ، مادة (ج ر ز) .

¹³⁰ المغني لموفق الدين ابي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي(541هـ - 620هـ)تحقيق د . عبد الله بن المحسن التركي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، الطبعة الرابعة 6 / 166 دار عالم الكتب 1419 / 1999 م .

رابعاً : ان المسألة تخرج عن دائرة الراي إلى حكم الدين القطعي عندما تكون المعاملة سبباً للتدفع إلى ما حرم الله من الربا واكل المال الباطل، لذلك نص من نص من أولئك العلماء على لعن من وقع في ذلك والبراءة منها واستحقاقه وعيد الله الشديد لأكله الربا .

الفقرة الثانية : نوازل¹³¹ بيع الثنيا في سوس.

أولاً - فتوى احمد بن محمد بن داوود احوزي الهشتوكي¹³² حول بيع الثنيا، وهو البيع المشترط في نفس عقده الإقالة إما قولاً أو عرفاً :

جاء جواب الشيخ احوزي حيث قال: فاجيته، والله ولي التوفيق، ومرشد إلى معالم الصواب، ومناهل التحقيق، بان الاقدام على ذلك لا يجوز، والعرف لا يجوز، لان العرف والعادة لا بد من موافقتهما للشرع.

وحول ورود شرط الثنيا في صلب عقد البيع، أجاب مستدركا:

نعم إذا بنيت عقدة البيع على شرط يفسده، كاشتراطهما ذلك في صلبها، واقترانها بها في الوثيقة معاً، كفرسي رهان، فهذا ضلال وخذلان، كأن يكتب الشهود: ابتاع فلان بن فلان الفلاني من فلان بن فلان الفلاني كذا، و اشتراط البائع على المشتري الاقالة فيه، و كتباً كذلك، فهذا بيع فاسد ما لم يفت بيع اخر صحيح ان لم يقصد به التوقيت، و إلا رد ،الخ.¹³³

وفي جواب له حول من ابتاع ملكاً بشرط الثنيا ، ثم باعه قبل ان يقبضه لآخر بيعاً قاطعاً بقصد الافاتة ، هل يصح البيع الثاني أو لا ؟

¹³¹ النزول لغة ، هو الحلول كما جاء في " القاموس " ، يقال : نزلهم ، فيتعدي بنفسه ، ونزل بهم ، و عليهم ، ينزل نزولاً ومنزلاً ، بمعنى حل ، ومنه اسباب نزول القرآن .

والنوازل الفقهية ، كما عرفها الدكتور الحسن العبادي ، هي تلك الحوادث والوقائع اليومية التي تنزل بالناس ، فيتجهون إلى الفقهاء للبحث عن الحلول الشرعية لها.

¹³² هو احمد بن محمد بن داوود بن يعزى بن يوسف الجزولي التملي نسباً ، احوزي لقباً ، المنصوري مولداً ، الهشتوكي شهرة ، ولد بقبيلة "املن" وسط قبائل جزولة بسوس ، منتصف رجب الفرد علم 1057 هـ .

الحسن العبادي ، م س ، ص 21 و ما بعدها.

¹³³ الحسن العبادي ، م س ، ص 243.

قال : لا يصح البيع الثاني لعدم انتقال الملك عن ذمة ربه بالعقدة الاولى . بل ولو ضمانه لعدم قبضه و لقصد الافاتة ، فيعامل بنقيض قصده ، لان ذلك من تحايلات الفجار لأكل أموال الناس ظلما ولأجل هذا يقول الموثقون في بيع الأصول ونزل المبتاع فيما ابتاع وبرء البائع من درك النزول ، لان الشأن أن يسقط بنزوله الضمان عن البائع في المبيع اتفاقا وقبل نزوله لا يسقط على قول اشهب ، لأنه يقول ان البيع هو العقد مع القبض لا العقد فقط.¹³⁴

ثانيا - فتوى محمد المهدي الوزاني العمراني¹³⁵ حول مدى إمكانية ممارسة الورثة لشرط الاسترداد بعد مرور المدة المتفق عليها:

جاء فيها: وسئلت عمن اشترى ربعا شائعا في بلاد من رجل، وبعد البيع بينهما اشهد المشتري انه يتطوع بالاقالة للبائع لمضي خمسة اعوام، بحيث ان قبض ما خرج من يده يمكنه من مبيعه ...الخ. ثم بعد سبعة عشر عاما قام ورثة البائع بعد موته، وطلبوا الاقالة في الربع المذكور من المشتري، فهل لهم ذلك ام لا ؟

فأجبت، الحمد لله، اشهاد المشتري بانه يتطوع بالاقالة لمضي المدة المذكورة ظاهر في انه وعد بها فقط لانه الاصل في المضارع ، والمشهور ان الوعد لا يقضى به الا ان اوقع في ورطة ، قال الحطاب في التزاماته : وانما العدة ان يقول الجل ، انا افعل ، و اما اذا قال قد فعلت فهي عطية .(هـ)... وايضا فعلى تقدير فعلا تقدير ان الاشهاد المذكور غير وعد ، فلا يلزم هذا المشتري اقالة الا في الاجل أو ما قاربه بيوم و نحوه ، و اما بعد ذلك فلا تلزمه . قال في المعين : ويجوز للمشتري ان يتطوع للبائع بعد العقد انه ان جاء بالثمن إلى اجل كذا فالمبيع له، و يلزم المشتري متى جاء بالثمن في خلال الاجل أو عند انقضاءه أو بعده على القرب منه، ولا يكون للمشتري تقويته في خلال الاجل ، فان فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك نقض ان اراده البائع ورد اليه، وان لم يات بالثمن الا على بعد من انقضاء الاجل فلا سبيل له اليه . (هـ) ونحوه ... في الزرقاني: ولا يقال: تاريخ الاقالة متحد مع تاريخ البيع، وذلك يدل على فسادها، لانا نقول: المضر هو وقوع

¹³⁴ محمد المختار السوسي ، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، منشورات كلية الشريعة باكادير ، سلسلة كتب تراثية 1 ، طبعة 1995 ، ص 51 وما بعدها .

¹³⁵ هو ابي عبد الله سيدي محمد المهدي بين محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسني المتوفي عام 1342 هـ .

الاقالة مع البيع في عقد واحد، واما حيث كتبت على حداثها وتقيد في البيع انه بلا شرط ولا ثنيا و لا خيار فلا يضر ذلك . قال ابو زيد الفاسي في عملياته :

والقول قول مدعي الطوع اذا **** كتب في الثنيا عليه اخذا¹³⁶

ثالثا - فتوى العلامة الجشتيمي حول طبيعة بيع الثنيا:

لقد ذكر العلامة الجشتيمي ان الرهن الذي جرت به العادة في الاقطار السوسية لا شك انه من السلف الجار نفعا ، و انه ليس من بيع الثنيا في شيء و ان سمي باسمه و علل ذلك بان : " بيع الثنيا المختلف في خراج مبيعه بعد قبض المشتري له هو الذي تنزل عليه حد البيع وصدقت عليه حقيقته ... و لا يكاد يوجد فرد من افراده في هذا الاوان ، و لعل التعامل به كان في زمن من افتي به من السادات بكون الخراج فيه للمبتاع بضمانه ثم ذهب رسمه و بقي اسمه فسمي به الرهن فضل بسبب ذلك من ضل، و العياد بالله " .¹³⁷

رابع - فتوى احمد الجزولي حول جواز منع اولاد المشتري لأبناء البائع من استرداد بعض أملاك أبيهم قبل أن يؤدوا لهم الدين الذي ترتب في ذمة أبيهم قبل وقوع البيع:¹³⁸

وجاء فيها : " وبعد فان لورثة البائع افتداء ما باع مورثهم بيع اقالة وعليهم غرم الدين الواجب على موروثهم الثابت كما ينبغي ، و لا يسقط عنهم حدوث البيع بعد الدين لاحتمال المقاصة لان الاصل بقاء ما كان على ما كان لان البائع بالثنيا ، كانه عليه دينان رهن في بعضه ، ذلك الملك ، وبقي البعض عليه بلا رهن وعليه غرم الكل حيث حل اجله ، و إلى المسالة اشار شيخنا الفقيه ابو زيد الجشتيمي بابيات نحو ثمانية ، و فرق بين ان يكون البائع بتا يسقط الدين السابق على البائع وبين كونه فاسدا فلا يسقط وبه اعلمكم مذاكرة الفقير إلى الله محمد بن احمد الادكلي لطف الله به ءامين والابيات المشار اليها المنسوبة لابي الجشتيمي رحمه الله:

¹³⁶ محمد المهدي الوزاني ، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية ، الجزء الثالث ، دون ذكر مكان الطبعة ، طبعة 1413 هـ -1993م ، ص 17 وما بعدها .

¹³⁷ محمد جميل ، الرهن و بيع الثنيا ، م س ، ص 10 .

¹³⁸ محمد المختار السوسي ، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، م س ، ص 142 و 143 .

شفيق أستيتو

رسم الشراء ان يكن تاخرا	عن دين مبتاع على من قد شرى
في ثمن المبيع انه انفصل	ثم ادعى المدين انه دخل
قالوا يصدق مع اليمين	فاخذه لم ادره في حين
لكن له قرينة تؤيده	وحلفه مبين معتمده
تقييد هذا بحيازة البائع	موجه لكل حبر بارع
اما اذا مات المدين فظهر	دين فحكمه جلي في النظر
يغرمه مع حلفة القضاء	في مقتضى الفقه بلا امتراء
بيع الصحيح قصدنا بالبيع	لا ما بدا فساده في الشرع
اذ شبهوا ثنياهم بالرهن	فلم يؤثر خلا في الدين
اذ حجة المبتاع ان يقول لي	عليك دينان لدى التامل
دين رهننت فيه هذا الملك	وءاخر من غير رهن منك

تلك، كانت بعض الامثلة عن العدد الهائل من الفتاوى بشأن بيع الثنيا التي اصدروها فقهاء وقضاة سوس إلى غاية القرن العاشر الهجري،¹³⁹ والتي يمكن للقارئ ان يستشف من خلالها، نهج معظمهم فيها . رحمهم الله .، منهج الدقة والمنع والتحريم، مهتدين في ذلك إلى كلام صاحب الشريعة صلوات الله عليه وسلامه الذي لا ينطق عن الهوى الذي جاء فيه: " ان الحلال بين والحرام بين وبينهما امور متشابها من تركها فقد استبرا لدينه ومن اخذها كان المراتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه الا وان لكل ملك حمى وحمى الله محارمه". إلى غير ذلك من الاحاديث الواردة في نفس الباب.

كما يظهر من خلال تحليل هذه النوازل ومن القرائن الدالة على قصد المتعاملين ببيع الثنيا ، انه عقد رهن لا عقد بيع و الدليل على ذلك أمور:¹⁴⁰

أ . ان المصطلح الشائع اطلاقه على هذا العقد في كثير من البلدان: هو الرهن، وان كان يطلق عليه احيانا بيع الثنيا و احيانا الإقالة.

¹³⁹ للاطلاع على جل هذه الفتاوى ، يراجع الحسن العبادي ، فقه النوازل في سوس ، الفصل الثاني من الباب الثاني ، م س

وكذلك : محمد المختار السوسي ، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، م س.

¹⁴⁰ محمد جميل ، م س ، ص 19 .

ب . ان قصد المتعاملين به هو الرهن لا البيع ، فيتفق اللفظ المصطلح عليه مع المقصود به ، وللقصود في العقود كامل الاعتبار ، و اذا عبروا بالبيع أو الاقالة فإنما مقصودهم الرهن.

وقد صرحوا بان القصد بهذا العقد في بلاد إفريقيا هو الرهن، قال ابن محرز: "لما كثر بإفريقية هذا البيع وقصد به مجرى الرهن، اجري على ذلك".

ج . ان الثمن المدفوع في بيع الثنيا ، اقل بكثير جدا من الثمن الحقيقي للسلعة مما يؤكد ان القصد هو الرهن وليس البيع .

د . ان صاحب السلعة المبيعة بيع الثنيا : " اذا سئل عن سلعته أو ارضه يقول : انها مرهونة " و معنى ذلك : انه ما زال يعتقد بقاءها على ملكه ، و بقاء الملكية خاصة الرهن لا البيع كما قال القاضي السكتاني ، و في قول آخر إذا قلت له : هل بعت؟ قال : لم أبع، وانما رهننت غير واف بالمراد...¹⁴¹

الفصل الثاني

انعقاد بيع الثنيا

إن قانون الالتزامات والعقود المغربي أولى أهمية كبيرة لعقد البيع، حيث افرد له القسم الأول من الكتاب الثاني من نفس القانون الصادر في رمضان 1331 هـ، الموافق ل 12 غشت 1913 م وعرفه في الفصل 478 بما نصه: "البيع عقد بمقتضاه ينقل احد المتعاقدين للأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له".

¹⁴¹ الحسن العبادي، م س، ص 346.

وتأسيسا على الفصل الثاني من نفس القانون والذي جاء فيه بأن: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: (1) الأهلية للالتزام (2) تعبير صريح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام (3) شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام (4) سبب مشروع للالتزام، فإنه يلزم لانعقاد بيع الثنيا صحيحا أن يتوفر على الأركان والشروط المنصوص عليها أعلاه حتى ينتج أثره القانوني، هذه الشروط و الأركان هي التي ستكون محل الدراسة ضمن المبحث الأول على أن أعالج ضمن المبحث الثاني آثار بيع الثنيا.

هذا ما سأحاول ، بعون الله ، معالجته في إطار هذا الفصل من خلال الآتي:

المبحث الأول: أركان بيع الثنيا وشروطه.

المبحث الثاني: آثار بيع الثنيا.

المبحث الأول: أركان بيع الثنيا وشروطه.

سأتطرق ضمن المطلب الأول لأركان بيع الثنيا، ثم أتناول في المطلب الثاني شروطه، على أن أتناول في المطلب الثالث حق الاسترداد وذلك وفق المبين أسفله.

المطلب الأول : أركان بيع الثنيا

بيع الثنيا، هو عقد صحيح، بحيث ينشأ صحيحا منتجا لآثاره التي يربتها عليه الاتفاق أو القانون منذ وقت انعقاده، وأركانه هي أركان أي بيع آخر، ألا وهي رضا المتعاقدين والمبيع والثمن والسبب وهي التي سوف اعرض لها في الفقرات التالية تباعا.

الفقرة الأولى : التراضي.

يستلزم حتى يتحقق الرضا وينعقد بيع الثنيا وجود إرادتين، إحداهما إرادة الموجب . البائع . وتسمى إيجابا والأخرى تسمى قبولا-من قبل المشتري، و يجب على هاتين الإرادتين أن تتطابقا حتى ينعقد العقد¹⁴²، أي . عموما، يجب على هذه الإرادة أن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب¹⁴³.

وتبعا لذلك ينعقد العقد إذا حدد الثمن والعناصر الأساسية للعقد والشروط الأخرى المشروعة، ذلك أنهما استعمالا ألفاظا تستعمل عرفا لإنشاء العقود وهو الأمر الذي يفسر بان بيع الثنيا لا ينعقد إلا تبعا لسلطان إرادة المتعاقدين، حيث جاء في الفصل الأول من قانون الالتزامات و العقود ما يلي¹⁴⁴: " تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة...". ولا يعتد بالتعديلات اللاحقة كذلك إلا بالاتفاق الصريح، جاء في الفصل 19 من قانون الالتزامات و العقود: "...والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي و ذلك ما لم يصرح بخلافه".

ويترتب على ما سبق،¹⁴⁵ أن بيع الثنيا لابد فيه من تراضي المتبايعين على المبيع، و على الثمن و الشروط الأخرى التي يراها المتعاقدان أساسية في البيع. فان وقع على منقول كان البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، وإن وقع على عقار أو حقوقا عقارية أو على أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب عندئذ أن يجري البيع كتابة في محرر

¹⁴² محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، مطبعة دار الثقافة، طبعة 2004 .
¹⁴³ فالإيجاب، تعبير عن الإرادة ، موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين ، يعرض عليه أو عليهم الدخول في رابطة عقدية تنتج عنها آثار قانونية معينة يحددها في هذا الالتزام بالنسبة لما يلتزم به هو و بالنسبة لما يطلب اليهم الالتزام به.
 أما القبول فهو التعبير عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب، وإذا كان الايجاب هو الارادة الأولى التي تظهر في العقد، فإن القبول هو الإرادة الثانية، و العقد لا ينعقد الا باتفاق إرادتين.
 ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام- نظرية العقد، دون ذكر مكان الطبعة ، طبعة 1416هـ-1996 م، ص: 168 .

¹⁴⁴ عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر و العمل، م س، ص 19 .
¹⁴⁵ خالد عبد الله عيد، العقود المسماة و فقا لأحكام قانون الالتزامات و العقود المغربي، الجزء الأول، أحكام عقد البيع، دون ذكر مكان الطبعة، طبعة 1984-1985 .

شفيق أستيتو

ثابت التاريخ، كما لا يمكن أن يكون له اثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل وفقا للشكل المحدد بمقتضى القانون (الفصلين 488 و 489 من قانون الالتزامات والعقود)¹⁴⁶.

والخلاصة، انه لصحة الرضا، يجب أن تكون كل من الإرادتين خالية من العيوب، وصادرة من شخص ذي أهلية لمباشرة بيع الثنيا، ويخضع عقد بيع الثنيا في كل ذلك، للقواعد العامة التي تحكم نظرية العقد ولا يختص بأي حكم خاص . باستثناء شرط الاسترداد.

الفقرة الثانية : المبيع.

لقد انتهيت من الكلام في الركن الأول و الدعامة الأساسية التي يرسى عليها بيع الثنيا و هي الرضا، و أتناول في هذه الفقرة الركن الثاني وهو المبيع .

المبيع في بيع الثنيا هو محل التزام البائع، ويجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام (المواد من 57 إلى 61 من ق.ل.ع) و هي شروط متعددة منها ما هو منصوص عليه في النظرية العامة للعقد، و منها ما هو منصوص عليه في النصوص الخاصة بعقد البيع، و تتركز كل هذه الشروط في وجوب كون محل الالتزام موجودا و معينا أو قابل للتعيين، و داخلا في دائرة الأموال التي يجوز التعامل فيها وأخيرا أن يكون مشروعا .

هذه الشروط التي سأعرض لها . بتركيز شديد . على أن محلها يكمن في الرجوع للنظرية العامة للعقد، وفق الآتي بيانه :

(1) أن يكون المبيع . بيع الثنيا . داخلا في دائرة الاموال التي يجوز التعامل

فيها:

¹⁴⁶ جاء في الفصل 488 من ق.ل.ع ما يلي : "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، احدهما بالبيع و الاخر بالشراء، و باتفاقهما على المبيع و الثمن و شروط العقد الاخرى".
كما نص الفصل 489 من نفس القانون على انه : " اذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو اشياء اخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب ان يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. و لا يكون له اثر في مواجهة الغير الا اذ سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

شفيق أستيتو

الأصل أن الأموال قابلة للتداول، لذلك يجوز التعامل فيها ما لم توجد مبررات تحرم هذا التعامل بسبب وجود نص في القانون أو عرف أو أحكام شرعية تقضي بالمنع. وهكذا يحظر التعامل في الأشياء التي يكون محلها مستحيلا إما بطبيعته أو بحكم القانون و يبطل الالتزام المتعلق بها وفقا للفصل 59 من ق.ل.ع.

و بالرجوع إلى الفصلين 57 و 484 من ق.ل.ع يتضح أن الأشياء الخارجة عن التعامل نوعان¹⁴⁷:

أ . أشياء تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وهي التي لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها.

ب . وأشياء تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون و هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

(2) أن يكون المبيع . بيع الثنيا . موجودا:

وهذا الشرط مستفاد من نص الفصل 61 من ق.ل.ع، إذ من خلاله نخلص إلى انه يجب أن يكون محل الالتزام¹⁴⁸ ممكنا غير مستحيل، ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام، و تؤدي بالتالي إلى بطلان العقد الذي كان من شأنه ان يولده، الاستحالة المطلقة¹⁴⁹، أي استحالة القيام بالأمر الذي التزم به المدين على الناس كافة، و ليس فقط على هذا المدين بالذات .

ويفهم مما تقدم¹⁵⁰، أن المقصود بالوجود المتعلق بالأشياء و الوجود المتعلق بالحقوق هو أن يكون المبيع قائما وقت انعقاد البيع، أو ممكن الوجود بعد ذلك. أما إذا كان المبيع غير موجود أصلا، أولا يمكن وجوده في المستقبل فإن البيع الثنيوي يعد باطلا .

¹⁴⁷ ادريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، م س ، ص 434 .

¹⁴⁸ والذي هو اما ان يكون شيئا أو حقا امستقبلا.

¹⁴⁹ الاستحالة نوعان؛ اما مطلقة وهي اما ان تكون قانونية أو طبيعية، واستحالة نسبية لا تحول دون قيام العقد .

¹⁵⁰ محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة؛ البيع و الكراء والمقايضة، م س، ص : 56

(3) أن يكون المبيع -بيع الثنيا- معينا أو قابلا للتعين:

ويجب أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين على الأقل، لأن المبيع يشكل محل التزام البائع و لا يجوز أن يكون مجهولا، لأن جهالة المبيع بمثابة البيع المعدوم. لذلك وجب إذا جرى البيع على شيء معين بذاته وجب تحديده تحديدا دقيقا كي لا يختلط بغيره¹⁵¹ وينفي عنه بذلك الجهالة الفاحشة إذ هي التي تفضي إلى المنازعة بين أطراف عقد بيع الثنيا، و في ذلك يقول الأستاذ عبد الرحمان بلعكيد أن: "الغاية من تعيين المبيع تعيينا جامعا لأوصافه مشتملاته وبياناته وحدوده مانعا للجهل به وخلطه بغيره هو حصول العلم به، والتحقق من معرفته ولو لم يره المشتري، ومن ثم كانت القواعد العامة لا تشترط رؤية المشتري للمبيع بل تكتفي بالتعيين البين ليس غير"¹⁵² وتلك هي الغاية التي قصدها المشرع من الفصل 486 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو القياس والصنف، على نحو يجيء معه رضا المتعاقدين على بينة وتبصر".

(4) يجب أن يكون المبيع -بيع الثنيا- مشروعا :

الأصل في القواعد العامة أن يكون المبيع مشروعا و صالحا للتعامل فيه، فإذا كان التعامل في الحق المبيع يصطدم بقاعدة أمرة متصلة بالنظام العام أو الآداب العامة لم يكن هذا التعامل مشروعا و يعد عقد بيع الثنيا تبعا لذلك عندئذ باطلا مطلقا .

ومن التطبيقات الهامة على بطلان بيع الثنيا لكون محله مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة،

¹⁵¹ محمد بونبات، العقود المسماة البيع و الكراء، سلسلة الكتب، العدد الثامن، طبعة 1997 .
وكمثال على التحديد الدقيق للمبيع اورد نموذج لعقد بيع الثنيا الذي تم التحديد فيه للمبيع تحديدا دقيقا؛ اذ جاء في العقد المذكور بان:

"Une propriété dite « bled si hamida ben larbi » immatriculée suivant titre foncier numéro mille deux cent quatre vingt seize, située contrôle civil de chaouia-Centre, annexe des Ouled Saïd, tribu des Guedana, fraction des Beni M'Hamed, douar Ouled Ali, consistant en treize hectares cinquante et un ares vingt centiares de terrain de culture en trois parcelles »

عقد بيع للثنيا محرر بالدار البيضاء في 1934/10/22 ، رسم عقاري رقم 296 .
وللاطلاع على هذا النموذج من عقد بيع الثنيا، انظر الملحق.

¹⁵² عبد الرحمان بلعكيد، م س ، ص : 148 .

شفيق أستيتو

نجد البيع الثنيوي الذي ينصب على بيع بيت للدعارة أو لعب القمار أو شراء مفروشات له وسائل ما يتصل باستغلال مثل هذه الدور...

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أنه ليس من الممكن إطلاقاً أن تحصر الأمور التي تدخل في النظام العام أو الآداب العامة، ومن ثم لم يكن المفر من أن يترك زمام الأمر لفطنة القاضي، الذي يقدر، بمناسبة كل حالة، ما إذا كان محل بيع الثنيا يتماشى مع النظام العام أو الآداب العامة أو يخالفها .

الفقرة الثالثة: الثمن .

إذا كان الثمن كما عرفه بعض الفقه بأنه: "المال الذي يلتزم المشتري بأدائه للبائع لقاء حصوله على المبيع"¹⁵³، فإنه هو الحلقة الأساس التي يدور عليها هذا النوع من البيوع-أي بيع الثنيا، ذلك أن الصورة العملية لهذا البيع غالباً ما تتم في نطاق الواقع عندما تكون ظروف البائع المالية سيئة، حيث يعتمد إلى هذا النوع من البيع للحصول على مبلغ مالي هو ثمن المبيع على أمل أن تتحسن ظروفه المالية في المستقبل فيتمكن من إعادة هذا المبلغ إلى المشتري و يسترد ملكيته للمبيع، إلا أن ما قد يحصل . غالباً . هو أن يشترط المشتري على البائع أن يدفع عند الاسترداد، وذلك بعد انتهاء المدة المتفق عليها، ثمناً يكون في الواقع أكثر من الثمن الواقعي الذي قبضه وعليه يكون بالتالي الثمن المشترط هو المعدل الربوي الفاحش والذي لا يتماشى . طبعاً . مع الشرط الجوهري و الأساسي الذي ينبغي أن يكون عليه الثمن ألا وهو الجدية¹⁵⁴.

والمقصود بالجدية هو أن يكون الثمن حقيقياً ومناسباً لا صورياً¹⁵⁵ أو فاحشاً، أي أن الثمن الذي يؤديه المشتري للبائع يجب أن يكون مقابل للقيمة الفعلية للمبيع، والعبرة بالعقد المستثير لا بالعقد الظاهر، و في هذا الصدد ورد حكم صادر عن محكمة النقض

¹⁵³ محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع، م س، ص: 163 .

¹⁵⁴ عبد الله الدرقاوي، أحكام عقد البيع، مطبعة دار القلم، طبعة 2005 ، ص: 55، بتصرف .

¹⁵⁵ المقصود بالثمن الصوري الثمن الذي لم يكن مطابقاً لحقيقة ما اتفق عليه الطرفان، أو إذا لم يقصد البائع ان يقتضيه من المشتري وإنما ذكر في العقد لاستيفاء الشكل.

والصورية يمكن اثباتها بجميع وسائل الإثبات طبقاً للفصل 448 والفقرة الثانية و الثالثة من الفصل 419 من ق.ل.ع. ولقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية ان: "الصورية النسبية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقاً للمادة 465 من القانون المدني" انور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، م س، ص: 255 .

شفيق أستيتو

المصرية إذ جاء فيه: "متى كان الحكم إذا قضى ببطلان عقدي بيع الوفاء على اعتبار أنهما يخفيان رهنا قد أقام قضاءه على أن الثمن الوارد بهما لا يتناسب مع الثمن الحقيقي للصفقة فان ما استدل إليه الحكم هو تقدير موضوعي لا مخالفة فيه للقانون ذلك بان القرينتين المنصوص عنهما في المادة 339 من القانون المدني القديم قد وردت على سبيل التمثيل لا الحصر"¹⁵⁶

أما باقي الشروط التي يجب أن تتوفر في الثمن المدفوع في البيع الثنيوي فهي نفسها في عقد البيع عموما و التي يمكن الرجوع إلى المؤلفات العامة في نظرية العقد للاطلاع عليها، وفيما يتعلق بالشرط على العموم واشتراط رخصة الاسترداد في بيع الثنيا فهي التي سأعرض لها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الشرط في بيع الثنيا.

لقد سبق الحديث - وبتفصيل - ضمن المطلب الأول عن أركان بيع الثنيا، ليبقى التساؤل مطروح عن الكيفية التي يتم بها في عقد بيع الثنيا اشتراط رخصة الاسترداد، الأمر الذي سأدفع به إلى دائرة الضوء ضمن الفقرات التالية .

الفقرة الأولى: في ماهية الشرط و أنواعه.

لقد عالج المشرع المغربي الشرط باعتباره وصفا قد يلحقه المتعاقدان بالالتزام بعد أن يصبح كاملا ومستوفيا لكافة عناصره بغية تحديد مصيره في المستقبل من الأيام، وذلك في القسم الثاني من قانون الالتزامات والعقود، فافرد له الفصول من 107 إلى 126 .

والشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الالتزام أو زواله، و هذا يعني أن قيام الاتفاق أو نفاذه يصبح أمرا محتملا هو الآخر، قد يتحقق أولا يتحقق، مع تحقق الشرط أو تخلفه¹⁵⁷، أما فقهاء الشريعة الاسلامية فيميزون في مفهوم الشرط بين:

¹⁵⁶ الطعن رقم 121 سنة 2 ق جلسة 1952/05/08، سعيد احمد شعلة، قضاء النقض المدني في عقد البيع، ص: 428 .

¹⁵⁷ ادريس العلوي العبدلاوي، م س، ص: 243

شفيق أستيتو

. شرط شرعي، ويسمونه "الشريطة" ويفيد الارتباط بإرادة المشرع.

- **وشرط جعلي**، و يسمونه "الشرط"، و هو يفيد الارتباط بإرادة المتعاقد أو المتصرف، ويستحسن أن يأخذ الفقه القانوني بهذا النظر الدقيق من الفقه الإسلامي.¹⁵⁸

ويقسم الشرط إلى نوعين؛ واقف و فاسخ.

فأما الشرط الواقف فهو الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود، مثال ذلك أن تتعهد شركة التأمين بدفع أقساط التعويض لمالك محل تجاري أصابها الحريق، فالشرط في هذا المثال شرط واقف لان التزام شركة التأمين لا ينشأ إلا إذا تحقق الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام وهو حدوث الحريق¹⁵⁹.

أما الشرط الفاسخ فهو الذي يتوقف عليه سقوط الالتزام عند تحققه كإعطاء مبلغ من المال هبة على أن تسقط تلك الهبة إذا توفي الموهوب له قبل الواهب، و هو بذلك . أي الالتزام . يبقى مصيره من حيث استمرار وجوده أو زواله مجهول.

والملاحظ أن وجود احد نوعي الشرط يتضمن بالضرورة وجود النوع الآخر.

صفوة القول، أن بيع الثنیا يكون مقترنا بشرط فاسخ، و هو شرط استرداد المبيع خلال اجل محدد، في مقابل رد الثمن المدفوع .

الفقرة الثانية : في اشتراط رخصة الاسترداد.

بادئ ذي بدء تنبغي الإشارة إلى أن مسألة تحديد كيفية تحقق الشرط في التشريع المغربي تخضع لسلطان إرادة المتعاقدين مع الأخذ بعين الاعتبار ضوابط تحقق الشرط،

كما جاء في الفصل 107 من ق.ل.ع ان: " الشرط تعبير عن الارادة يعلق على امر مستقبل و غير محقق الوقوع، اما وجود الالتزام ا و زواله

والامر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح ان يكون شرطا وان كان مجهولا من الطرفين"
¹⁵⁸ عبد الرحمان مصلح الشراي، الشرط والاجل في قانون الالتزامات و العقود المغربي، مطبعة الامنية-الرباط، طبعة 2004، ص : 12.

وللمزيد من الاطلاع حول الشرط في الفقه الاسلامي، يراجع : عبد الرفيع بن طاهر، الشروط واثرها في عقود المعاملات "عقد البيع نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة الاسلامية، شعبة فقه المعاملات، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 2001-2002، ص 174 وما بعدها
¹⁵⁹ ابراهيم قضا، م س ، ص : 139 .

شفيق أستيتو

من بينها انقضاء المدة لتحقيق الشرط، و استحالة وقوع الحادث الشرطي، وخطا المدين و غش الدائن.

أما فيما يتعلق بمسألة اشتراط رخصة الاسترداد في عقد بيع الثنیا فهي محل خلاف لا من قبل الفقه الإسلامي و لا من قبل فقهاء القانون الوضعي.

فأما في الفقه الإسلامي، يقول محمد العلوي العابدي: "من باع شيئاً واشترط أنه مهما رد البائع الثمن للمشتري رد المشتري إليه المبيع سواء ضرباً لها أجلاً أم لا فهذا البيع هو المسمى (الثنیا) وهو ممنوع فاسد إن وقع شرطاً في صلب العقد...". ويستترسل قائلاً: "يظهر الفرق واضحاً بين الثنیا الطوعية و الثنیا الشرطية ورهن المنفعة عندما يموت المشتري أثناء الأجل فإن اعتبرناها طوعية فهي هبة منه لم تقبض حتى مات الواهب فلا شيء للبائع وإن اعتبرناها شرطية فهي بيع فاسد..."¹⁶⁰

يستخلص مما سبق، أن الأثر الذي يترتب من منظور الفقه الإسلامي المالكي و الحنفي . على رخصة الاسترداد التي تأتي طوعاً في عقد بيع الثنیا هو الجواز وذلك لقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

وجاز إن وقع بعد العقد *** طوعاً بحد و بغير حد**

أما من منظور فقهاء القانون الوضعي، فقد انقسموا إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: وهي التي تبنت فكرة ضرورة أن يرد شرط الاسترداد في صلب عقد البيع، معللة رأيها بأن الشروط الفاسخة يجب اشتراطها وذكرها في نفس العقود المعلن فسخها عليها وإلا انعقدت مطلقة بآفة غير مقيدة بشرط، مراعاة في ذلك لمصلحة غير المتعاقدين الذين يجب أن يعلموا بالشرط الوفاي من نفس العقد حتى لا يضاروا بتعاقدهم مع المشتري وهم جاهلون بالشرط¹⁶¹ و عملاً كذلك بالفقرة الثانية من المادة 388 من القانون المدني المصري التي جاء فيها "مع اشتراط البائع استرداد المبيع".

¹⁶⁰ محمد العلوي العابدي، الاموال في الفقه المالكي، م س، ص: 26 و 28 .
¹⁶¹ ينزع هذه الطائفة الفقيه المصري احمد نجيب الهلالي بك ومحمد عيسى حلمي بك، مشار اليه في: ابراهيم قضا، م س، ص: 156 و 157 بتصرف .

كما أن الفقه الفرنسي ينحوا نفس المنحى، إذ يقول Annick PERROT "الفصل 1659 لا يسمح إلا بفرضية هشة: تضمين شرط الاسترداد في صلب عقد البيع أمر ضروري. الفقه و القضاء يظهر انه يتماشى و نفس الاتجاه"¹⁶². ويقول مسترسلا: "أغلبية الفقه يهتم بالجانب الشكلي؛ شرط الاسترداد يجب على الإطلاق أن يرد في صلب عقد البيع حتى يكون الاسترداد الاتفاقي فاسخ للبيع"¹⁶³

وفي نفس السياق يقول الفقيه Jacque GEHSTIN:

"La faculté de rachat doit être stipulée dans le contrat pour permettre au vendeur de redevenir propriétaire de la chose rétroactivement".¹⁶⁴

أما الطائفة الثانية: فتري بأنه إذا لم يقترن عقد البيع عند انعقاده بشرط الاسترداد فانه ينعقد غير موصوف، الأمر الذي يقتضي أن تكون هناك معاصرة ذهنية في الاتفاق على البيع و الشرط معا، ولو لم يثبت الشرط في المحرر المثبت لعقد البيع ذاته، إذ يكفي إثباته في ورقة مستقلة ولو كانت ذات تاريخ لاحق للورقة المثبتة للبيع طالما انه كان ثابتا أن الاتفاق على البيع قد انعقد منذ البدء مقتربنا بهذا الشرط¹⁶⁵.

وفي نفس السياق صدرت قرارات عدة عن محكمة النقض المصرية من أهمها: "على المحكمة . إذ هي عدلت عن المعنى الظاهر لمستندات الدعوى إلى معنى غيره . أن تورد في أسباب حكمها ما يبرر هذا العدول فإذا كان المعنى الظاهر لورقة أنها شرط وفائي حفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل رد الثمن واعتبرت المحكمة هذه الورقة وعدا من المشتري بالبيع فان حكمها قاصرا إذ أن مجرد تأخير كتابة

¹⁶² L'article 1659 ne permet qu'une hypothèse fragile : l'inclusion du pacte dans l'acte de vente serait nécessaire. La doctrine et la jurisprudence paraissent en ce sens.

Annick Perrot, la vente à réméré de valeurs mobilières, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique. Paris.N°01 1993,p 8 .

¹⁶³« La doctrine majoritaire se tient à une constatation de forme : la clause de réméré doit absolument être incluse dans le contrat de vente pour que le retrait conventionnel opère résolution de la vente »

Annick Perrot, op cité, p 8

¹⁶⁴ Jaques Ghestin, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, DELTA, GGDJ,preses universitaires de France, Paris,p 364 .

¹⁶⁵ يتزعم هذه الطائفة الفقيه سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، م س، ص : 495 .

شفيق أستيتو

شرط الاسترداد ليس من شأنه أن ينفي كونه شرط الاسترداد¹⁶⁶. وفي قرار آخر: "مجرد تأخير كتابة شرط الاسترداد ليس من شأنه أن ينفي هذه الصفة"¹⁶⁷.¹⁶⁸

فالذي يمكن استخلاصه مما جاء عند أصحاب الرأي الثاني، أن شرط الاسترداد حتى يعتبر صحيحا يجب توافر أمرين:

أولا . أن يكون الشرط معاصرا لعقد البيع ولو لم يكن مذكورا في عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفي .

ثانيا . إذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع ينعقد باتا، و يكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين.

وفي نفس الإطار، يقول الفقيه محمد الشليح: "والحقيقة فإن هذا التصور بيع الثنيا يطبعه التكلف لمجافاته الواقع الذي يشهد على اعتبار الثنيا شرطا في العقد وليست على الطوع. ومع ذلك يكفي لإرضاء متطلبات الفصل 585 من ق.ل.ع . والتي يرتاح لها الفقه الإسلامي، أن يشار في البيع ذاته أوفي ملحق له إلى أن الثنيا جاءت على الطوع لكي يقوم العقد صحيحا. ومتى وقع النزاع حول إذا ما كان سبب خيار الاسترداد شرطا أو تطوعا، وجب تصديق المتمسك بالطوع لما في ذلك من أعمال للعقد بخلاف الشرط فانه يفضي إلى فسادة (إبطاله) والقاعدة أن أعمال الكلام أولى من إهماله (الفصم 465 من ق.ل.ع.م).¹⁶⁹

وأخيرا، وبعد تناولت أركان بيع الثنيا وشروطه، خاصة فيما يتعلق بكيفية اشتراط رخصة الاسترداد، فإن التساؤل يبقى مطروحا حول الأشخاص المؤهلون لممارسته والمطالبين به، وكذلك مدته ومسطرته، وهو ما سيكون موضوع المطلب الثالث من هذا المبحث.

¹⁶⁶ طعن رقم 59 سنة 16 ق جلسة 1947/03/27 ، مشار اليه عند ، سعيد احمد شعلة، م س، ص : 424 .

¹⁶⁷ نفس المرجع السابق، طعن رقم 122 سنة 21 ق جلسة 1954/12/16 ، ص 424 .

¹⁶⁸ ان مسألة استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع و حق البائع في استرداد المبيع في بيع الثنيا، يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

سعيد احمد شعلة، م س، ص : 449 .

¹⁶⁹ محمد شليح، مرشد الحيران الى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في ق.ل.ع، م س، ص : 129 .

المطلب الثالث: حق الاسترداد.¹⁷⁰

يعتبر حق الاسترداد أهم خاصية يتميز بها بيع الثنيا عن باقي البيوع الأخرى، هذا الحق الذي يستعمله البائع ضد المشتري في حياتهما.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه و بحدّة، هل استعمال حق الاسترداد مخول للبائع وحده، و ضد المشتري فقط، أم أن هناك أشخاصا آخرين مطالبين بهذا الحق، ومطالبين به؟

وعلى فرض تعدد هؤلاء الأشخاص، ما هي المدة المعتبرة لممارسة عملية الاسترداد وكيفيته؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات هي التي سأطرق لبعضها من خلال الفقرات الآتية.

الفقرة الأولى: الأشخاص المؤهلون لممارسة حق الاسترداد.

سبق القول بأن بيع الثنيا هو البيع الذي يلتزم فيه المشتري برد المبيع وزوائده، إذا ما قام البائع برد الثمن والمصروفات داخل أجل معين، إن حددا لذلك أجلا، أو متى أتاه بالثمن إن كان الأجل غير محدد، لكن ما هو الحل في حالة وفاة البائع؟

إن أول من يقوم باسترداد المبيع في بيع الثنيا هو البائع قبل موته، ثم ورثته من بعد ذلك أو دائنيه أو المتنازل لهم أو كتلة الدائنين، وهو ما سأبسط القول فيه على النحو التالي:

أولا - البائع وورثته:

ينص الفصل 589 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا لم يباشر البائع حقه في الاسترداد في الأجل الذي حدده العاقدان، فقد حقه في استرجاع المبيع.

¹⁷⁰ هو ما يسمى باللغة الفرنسية: faculté de restitution.

وللمزيد من الاطلاع حوله يراجع :

Jaques Ghestin, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, DELTA, GGDJ, presses universitaires de france, Paris, p 109 et 110.

شفيق أستيتو

أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد، فإن الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلاً".

فالذي يستشف من هذا الفصل، أن ممارسة حق الاسترداد . على نفس المبيع . إنما يتم بإرادة منفردة هي إرادة البائع، على أن البائع إما أن يكون شخص طبيعي¹⁷¹، وإما أن يكون شخص اعتباري¹⁷²، الذي عليه قبل المطالبة بالمبيع أن يرد الثمن إلى المشتري حالة وجوده أو إلى ورثته عند وفاته.

لكن، ما هو الحل حالة تعدد البائع، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً كما لو باع عدة أشخاص بالاشتراك فيما بينهم، وب عقد واحد شيئاً يملكونه على الشياع من غير أن يحتفظوا لأنفسهم بحق مباشرة كل واحد حصته؟

بالرجوع إلى الفصل 591 من ق.ل.ع نجده ينص على أنه: "إذا مات البائع، قبل أن يباشر حقه في الاسترداد، انتقل هذا الحق إلى ورثته لما بقي من المدة التي كانت له".¹⁷³

ففي هذه الحالة، لا يمكن لورثة البائع أو للبائعين الشركاء على الشيوع أن يباشروا حق الاسترداد إلا مجتمعين وبالنسبة إلى المبيع بكامله¹⁷⁴، وفي حالة عدم الاتفاق فيما

¹⁷¹ الشخص الطبيعي هو الانسان الذي ميزه الله تعالى عن سائر المخلوقات بالنطق و العقل. والذي كفل له التمتع بالحقوق و التحمل بالواجبات ليكون محل خلافة الله في الارض.

عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر و العمل، م س، ص : 78 .

¹⁷² والشخصية الاعتبارية هي مجموعة من الاشخاص أو الاموال يعترف لهم القانون باهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات كالجمعيات و الشركات والمؤسسات الخاصة والعامة والمرافق العمومية.

نفس المرجع السابق، ص : 85 .

¹⁷³ يقابله الفصل 478 من قانون الموجبات و العقود اللبناني الذي جاء فيه : " اذا توفي البائع قبل ان يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق الى ورثته، فيستعملونه في المدة الباقية لمورثهم من المهلة "

¹⁷⁴ لهذا السبب قضا حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بعدم قبول دعوى استرداد مبيع بيع الثنيا لكون ممارسة حق الاسترداد تم من قبل احد البائعين دون الاخر، والذي جاء فيه : " وحيث ان الثابت من عقد البيع الذي تضمن احتفاظ البائعين بشرط ممارسة الثنيا قد ابرم من طرف المدعي بصفته الشخصية من جهة، ومن جهة ثانية بصفته رئيسا لمجلس ادارة الشركة المسماة معمل الزيتون بمكناس، عقد بيع العقار المطلوب بممارسة الثنيا بشانه، وبالتالي فان حق ممارسة هذا الحق ليس قاصرا على المدعي وحده بصفته الشخصية، بل ان هذا الحق ثابت كذلك لفائدة شركة الزيوت بمكناس كطرف بائع في العقد المستدل به، ومن ثم فانه القول بحق المدعي بممارسة الثنيا لوحده معناه اعتباره شريكا وحيدا في العقار والحال ان الطرفين المذكورين شريكان فيه، ويملكان سلطة التصرف في ممارسة الثنيا حسب العقد المذكور، الامر الذي يتعين معه عدم قبول الدعوى "

ملف عدد 07/9/1245 ، حكم عدد 813 الصادر بتاريخ 2008/06/10 عن المحكمة الابتدائية بمراكش. وللإطلاع على مجمل هذا الحكم، انظر الملحق.

شفيق أستيتو

بينهم كان لمن يرغب منهم في الاسترداد أن يباشر هذا الحق لحساب نفسه شريطة أن يقع ذلك على المبيع كله تطبيقاً للفصل 592 من ق.ل.ع¹⁷⁵.

على أن ورثة البائع إن كانوا قصراً فلوصيهم ممارسة حق الاسترداد إن كان للقاصر مال وفي الاسترداد مصلحة له لأنه واجب على الوصي أن يعمل كل ما فيه مصلحة وخير للقاصر، كما أن النائب القانوني للمحجور عليه، إما لسفه أو جنون، أن يسترد المبيع ويفسخ البيع مقابل قيامه بالشروط القانونية، وذلك لأنه لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال الاسترداد .

ثانيا - دائنو البائع: 176

إن اثر عقد البيع من حيث الأشخاص لا يقتصر على الخلف العام والخلف الخاص، إضافة إلى المتعاقدين، بل يمتد هذا النطاق ليشمل الدائنين أيضاً.

وفي بيع الثنيا حق الاسترداد مخول أصلاً للبائع، ولكنه يجوز استعماله لمن يقومون مقامه، وهؤلاء هم دائنو البائع المتنازل لهم بمقابل وورثة البائع وذلك باعتبار أموال المدين . البائع . ضمان عام لدائنيه¹⁷⁷.

وقد قيد المشرع المغربي هذا الحق المخول لهم . كما يستفاد من الفصلين 589 و594 من ق.ل.ع . بشرطين:

الأول . وهو إعلان إعسار المدين البائع.

الثاني . استعمال هذا الحق قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد التي كانت للمدين.

¹⁷⁵ عبد الله الدرقاوي ، م س ، ص : 58 .
ولقد جاء في الفصل 592 من ق.ل.ع ما يلي : " لا يسوغ لورثة البائع أن يباشروا حق الاسترداد إلا مجتمعين، وبالنسبة إلى المبيع كله.

وإذا لم يتفقوا فيما بينهم ، ساغ لمن يرغب منهم في الاسترداد ان يباشره على المبيع كله لحساب نفسه.
ويسري نفس الحكم اذا باع عدة أشخاص، بالاشتراك فيما بينهم ، وب عقد واحد شيئاً يملكونه على الشياع، من غير ان يحتفظوا لأنفسهم بحق مباشرة استرداد كل واحد حصته".

¹⁷⁶ تجب الإشارة الى ان كتلة الدائنين لم يعد لها وجود قانوني اذ تم الغاؤها بمقتضى القانون رقم 15-95 يتعلق بمدونة التجارة وبالتالي فالذي له الصلاحية في ممارسة حق الاسترداد في هذه الحالة هو السنديك الذي يتولى تسيير مسطرة التسوية القضائية و التصفية القضائية تحت اشراف القاضي المنتدب .

¹⁷⁷ حسبما يقضي به الفصل 1241 من ق.ل.ع

شفيق أستيتو

وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: " لما كان حق الاسترداد العين المبيعة وفائيا مخول أصلا للبائع ولورثته، فانه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة، وهو الدائن لهم، والملتزم قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه.

وإذن، فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى بطلب الاسترداد من المشتري وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم في الثمن المودع، فان الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضمًا إلى باقي المدعين في طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون " 178

والذي ينبغي الإشارة إليه، أن ما سبق الحديث عنه بشأن ورثة البائع أو بشأن تعدد البائعين على الشيوع، ينطبق على دائني البائع أيضا.

ثالثا - المتنازل لهم عن الاسترداد:

هناك أشخاص غير الذين سبقوا، لهم حق المطالبة بالاسترداد، و هؤلاء هم المتنازل لهم عن حق الاسترداد من طرف البائع بمقابل؛¹⁷⁹ " لان حق الاسترداد حق مالي لا يرتبط بشخص البائع، و مصلحة البائع في ذلك تظهر في حالتين:

الأولى . إذا كانت قيمة المبيع أكثر من الثمن الذي قبضه المشتري و ليس للبائع أموال تمكنه من استرداده.

الثانية . إن كان الثمن مناسبًا ولكن المبيع زادت قيمته في مدة الاسترداد، ففي هاتين الحالتين ينقح البائع ببيع حقه في الاسترداد، وسنرى فيما بعد أن جمهور الشراح والمحاكم يرون أن البائع لو باع العين نفسها في فترة الاسترداد وجب تأويل بيعه للعين بأنه إنما أراد التنازل لمشتريها عن حق استردادها".

¹⁷⁸ ابراهيم قضا، م س، ص : 196 .

¹⁷⁹ احمد نجيب الهلالي بك، م س، ص: 497 بتصرف

الفقرة الثانية : الأشخاص المطالبين بالاسترداد.

سبق الحديث عن البائع وأن ورثته هم الذين يخلفونه في ممارسة حق الاسترداد ما لم يكن له دائنين (الفصلين 593 و 594 من ق.ل.ع) أو المتنازل لهم عن حق الاسترداد، والآن أمام دراسة الأشخاص المطالبين بالاسترداد وبالضبط المشتري الأول والثاني وورثة المشتري.

أولا - المشتري الأول والثاني:

لقد جاء الفصل 590 من ق.ل.ع بما يلي: "يحصل طلب الاسترداد بإخطار البائع للمشتري برغبته في أن يرد له المبيع ومن الضروري أن يقوم البائع في نفس الوقت بعرض الثمن".

وفي الفصل 595 من نفس القانون نص كذلك على انه: "يسوغ للبائع بالثنيا مباشرة دعواه ضد المشتري الثاني، ولو لم يقع التصريح برخصة الاسترداد في البيع الحاصل لهذا الأخير".

فبمقتضى الفصلين أعلاه، يتضح أن المشرع المغربي خول للبائع أن يطلب الاسترداد من المشتري الأول والثاني، وممن انتقلت إليهم ملكية المبيع بمقابل أو بدون مقابل، وذلك لأن حقوقهم مستمدة من المشتري، وهي قابلة للفسخ في حق المشتري الذي ملكهم، حتى ولو لم يقع التصريح برخصة الاسترداد في البيع الحاصل للمشتري الثاني . الذي يعتبر خلفا خاصا¹⁸⁰ للمشتري الأول.

ويكون استعمال حق الاسترداد في هذه الحالة وفقا لشروطه المحددة في العقد الأصلي الذي أنشأه، سواء من حيث مدة الاسترداد أو من حيث الثمن الذي يجب رده في مقابل استرداد المبيع.

¹⁸⁰ والخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا معيناً كان قائماً في ذمة هذا السلف، سواء كان الحق عينياً أم كان شخصياً.

شفيق أستيتو

فإذا كان الخلف قد اشترى بثمن أعلى من الثمن الذي باعه به صاحب الحق في الاسترداد فإنه لا يكون له أن يطالب ذلك البائع إلا بالثمن الذي قبضه هذا من المشتري الأول. وإذا كان الخلف قد اشترى بثمن اقل من الثمن الأول ربح الفرق بين الثمنين.

كما تنبغي الإشارة إلى أن حق البائع في استرداد المبيع تحت يد الغير-بالنسبة لبعض من الفقه- قد يعطله بالنسبة للمنقولات قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية¹⁸¹، فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثاني حسن النية، فإنه يملك المبيع ملكاً باتاً، وفي هذه الحالة، فإن البائع يرجع على المشتري بدعوى شخصية، وذلك لمطالبته بالتعويض، بموجب هذا الحق، وليس له أن يرفع عليه دعوى الاسترداد¹⁸². إلا أن هناك من يعارض هذا التوجه؛ حيث يقرر بأن نص الفصلين 593 و 595 سالف الذكر هو نص عام ينطبق على بيع الثنيا، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً، إذ لم يفرق بين الحالتين، وبالتالي يرى¹⁸³ أنه من الواضح والصراحة، بحيث لا يمكن معه القول باستبعاد الخلف حسن النية من أحكامه، ولا أدل على ذلك من أن الجملة الأخيرة من الفصل 595 قد قطعت بجواز الاسترداد من الخلف الخاص للمشتري، حتى ولو كان هذا الخلف حسن النية، أي لا يعلم بوجود الحق في استرداد المبيع.

والقول بجواز تمسك الخلف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إذا كان المبيع منقولاً، ينتهي بنا أيضاً إلى القول بجواز تمسك الخلف بانتقال ملكية العقار إليه بالتسجيل، إذا كان المبيع أيضاً عقاراً، وبالتالي تعطيل تطبيق نص الفصلين 593 و 595 سالف الذكر.

وعلى ذلك نرى، أمام عمومية حكم الفصلين المذكورين، وعدم تفرقه بين العقار و المنقول، وبين التسجيل أو عدمه، وبين حسن النية أو سوء النية. أمام كل هذا لا يسعنا إلا أن نقول أن حكم هذين الفصلين ينطبق على بيع الثنيا، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً، ولا سند للتفرقة بين الحالتين.

¹⁸¹ وهي نفس القاعدة المقررة في الفصل 2279 من القانون المدني الفرنسي.

¹⁸² إبراهيم قضا، م س، ص: 201.

¹⁸³ جميل صبحي برسوم، م س، ص: 108.

ويلاحظ بعض الفقه أن استرداد البائع من المشتري الثاني يكون بموجب دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد، وللبائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول، وتظهر فائدتها في حالتين: إذا كان البائع ليس متأكدا من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني وهو لا يعلم أين ذهبت العين، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحا

184.

ثانيا - ورثة المشتري:

كما سبق وأشرت إليه أعلاه، فإن للبائع كذلك طلب استرداد المبيع من ورثة المشتري . باعتبارهم من خلفه العام . وهو الأمر الذي قرره المشرع المغربي في الفصل 593 من ق.ل.ع الذي جاء فيه : " يسوغ مباشرة دعوى الاسترداد ضد ورثة المشتري مجتمعين، ولكن إذا قسمت التركة، ووقع الشيء المبيع في نصيب احد الورثة، أمكن مباشرة دعوى الاسترداد ضده من اجل المبيع كله "

فإذا توفي المشتري خلال اجل الاسترداد، ولم يكن البائع قد استعمل حقه في الاسترداد بعد، فانه يستطيع، خلال ما تبقي من الأجل، مطالبة ورثة المشتري مجتمعين بالمبيع كله.

غير أنه إذا كان الشيء المبيع قد اختص به احد الورثة بعد توزيع التركة، فمن حق البائع مباشرة حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث وحده، وبالنسبة للمبيع بأكمله، وليس بنسبة نصيب هذا الوارث في الميراث فقط¹⁸⁵.

والحكمة من انتقال التزام المشتري برد المبيع إلى ورثته هي انه لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما يملك، و بالتالي لا يثبت للخلف من الحقوق على المبيع أكثر مما كان للمشتري نفسه.

¹⁸⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، م س ، ص : 156 .

¹⁸⁵ جميل صبحي برسوم، بيع الثنيا، م س، ص : 107 .

الفقرة الثالثة: مدة الاسترداد.

مدة الاسترداد كما عرفها بعض من الفقه¹⁸⁶ هي المدة التي يتوقف عليها مصير العقد، إذ بانتهائه دون أن يستعمل البائع حقه في استرداد المبيع تأيد البيع نهائياً، أما إذا استعمل هذا الحق خلالها انفسخ العقد.

وقد حدد الفصل 800 من المشروع التمهيدي لسانتيانا مدة الثنیا في ثلاث سنوات و هذا النص هو الذي انتقل إلى الفصل 586 من ق.ل.ع وبموجبه فان الثنیا التي لا يتفق على تحديد اجلها تعتبر محددة الأجل قانوناً بثلاث سنوات، كما أن المدة الاتفاقية لا يمكن أن تتجاوز الأجل المحدد قانوناً للثنیا وإلا ردت إليه.¹⁸⁷ وفيما يلي نموذج لعقد بيع الثنیا الذي حدد فيه الأطراف مدة الاسترداد في سنتين، إذ جاء فيه بأن: "السيد محمد بن عبد الرحمان العراقي باع تحت شرط الاسترداد لمدة سنتين تبتدئ من 18 أكتوبر 1955 وتنتهي في 17 أكتوبر 1957".¹⁸⁸

وهي نفس المدة التي نص عليها قانون الموجبات و العقود اللبناني في المادة 474، أما المشرع المصري في التقنين المدني السابق، فقد جعل اجل مدة الاسترداد في خمس سنوات بموجب المادة 341¹⁸⁹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فيقول الفقيه Jacques Ghestin: "شرط الاسترداد يجب أن يمارس داخل مدة خمس سنوات من تاريخ البيع حسب الفصل 1660 من القانون المدني الفرنسي".¹⁹⁰

والذي تنبغي الإشارة إليه، أن هذه القوانين تتشابه من حيث أحكام المدة، حيث إذا اتفقا الطرفان على تجاوزها ترد إلى المدة القانونية، كما يمكن لهما أن يشترطا مدة اقل من المدة القانونية ولكن ليس لهما أن يزيدا عليها وإذا اتفقا على مدة أزيد فلا يكون العقد

¹⁸⁶ جميل صبحي برسوم، بيع الثنیا، م س ، ص : 100

¹⁸⁷ محمد الشبلح، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت احكام البيع المنضود في ق.ل.ع، م س، ص: 130.
¹⁸⁸ " Si Mohamed ben Abderrahman EL Arraki, vend sous réserve de réméré(délai de DEUX ans, commençant le 18 OKTOBRE 1955 et expirant le 17 OKTOBRE 1957)"

نموذج عقد لبيع الثنیا، للاطلاع عليه، انظر الملحق.

¹⁸⁹ عبد الرزاق احمد السنهوري، م س ، ص : 158 .

¹⁹⁰ «Le rachat doit être effectué dans un délai de cinq ans suivant la vente(art.1660)...».

Jacque Gehstin, op cit, p 364 .

شفيق أستيتو

باطلا، وإنما يصير تنزيل المدة إلى الأجل الذي نص عليه القانون، وإذا لم يعين المتعاقدان مدة الاسترداد في العقد اعتبرت المدة القانونية، إذ يعتبر الفريقان آثرا إتباع الأحكام القانونية في سكوتهما.¹⁹¹

وقد ثار الخلاف حول ما إذا اتفق الطرفان على مدة معينة، ثم قاما بمدها لفترة أخرى، فقال البعض انه يجوز لهما ذلك ما دامت المدتان لم تتجاوزا الحد الأقصى . وهو هنا ثلاث سنوات.

بينما اعترض البعض الآخر على هذا الرأي، مقررًا انه بانتهاء المدة الأولى يسقط حق البائع في الاسترداد نهائيا، ولا يجوز تجديده.

وتوسط فريق ثالث بين الرأيين السابقين، مقررًا انه في حالة ما إذا كان الاتفاق على المدة قد حدث قبل انتهاء المدة السابقة، فيجوز. أما إذا كان هذا الاتفاق قد تم بعد انتهاء المدة السابقة، فلا يجوز¹⁹².

كذلك من بين أحكام مدة الاسترداد ما نص عليه الفصل 587 من ق.ل.ع أن الأجل المحدد للاسترداد قاطع، فلا يجوز للقاضي تمديده ولو كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى سبب خارج عن إرادته.

وإذا كان هذا النص يبدو في ظاهره يخاطب القاضي، ولم يتعرض لاتفاق الطرفين على المدد. إلا انه يلاحظ أن العبارة الأولى في النص - وهي أن "الأجل المحدد للاسترداد قاطع" - هي عبارة عامة و حاسمة في دلالتها على القطع بعدم جواز مد اجل الاسترداد سواء من الطرفين أو من المحكمة".

أما ما جاء في النص بعد ذلك، من منع القاضي من مد هذا الأجل، فانه يلاحظ أن مجرد تطبيق للمنع العام الوارد في صدر النص، المقصود به معالجة الحالة التي يلجا فيها البائع إلى المحكمة طالبا مد اجل الاسترداد.

¹⁹¹ ز هدي يكن، عقد البيع، م س، ص : 137 .

¹⁹² جميل صبحي برسوم، م س، ص: 100 .

ولا يجوز هذا المد، سواء بمعرفة الطرفين، أو بمعرفة القاضي، حتى لو كان للبائع عذر في عدم تمكنه من استعمال حقه في الاسترداد خلال المدة المحددة.¹⁹³

أما فيما يتعلق بالتمديد الاتفاقي الضمني، فيلاحظ بعض الفقه¹⁹⁴، أنه يمكن أن يتأسس على كون رد الثمن للمشتري يستلزم توفره لدى البائع. وتوفره لدى البائع يستلزم زوال الضائقة النقدية عنه.

وإذا كان من شأن التمديد الاتفاقي أن يتعارض، حتى عندما يكون صريحا وبالأحرى متى كان ضمنيا، مع متطلبات مدونة التسجيل و التبرير المغربية لسنة 1958 (الفصلين 90 و 92 من الكتاب الأول من هذه المدونة)؛ فإن الحرص على احترام مقتضيات هذه المدونة، لما يوفره من المالية للدولة، ليس من شأنه أن يمنع القاضي من تطبيق ق.ل.ع.م على علاقة البائع بالمشتري في بيع الثنيا وفقا للفهم المراعي للأسباب الاقتصادية و / أو الاجتماعية الدافعة إلى إبرام بيع الثنيا. وهذه الأسباب هي التي يمكن أن يبرر بها التمديد الاتفاقي الضمني للأجل القانوني للثنيا.

وفي المقابل، إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى خطأ المشتري أو إلى غش أو تدليس منه فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 587 من ق.ل.ع .

وتتبعي الإشارة أخيرا، إلى أن مدة الاسترداد تبتدئ من تاريخ البيع أي تاريخ العقد لا من تاريخ التسليم ولا من تاريخ دفع الثمن بشرط أن لا يكون الغرض من ذلك التحايل على جعل المدة تتجاوز ثلاث سنوات المقررة قانونا.

وتحسب مدة الاسترداد بحسب القواعد العامة فلا يحسب اليوم الأول الذي وقع فيه البيع وإنما يحسب اليوم الأخير.

¹⁹³ لكن رغم ذلك فقد قررت محكمة النقض المصرية جواز مد المتبايعين للأجل في عبارات يؤخذ عليها اغراقها في الاطلاق، وكانت في حاجة الى شيء من التقييد فقضت ان المادة 342 مدني، وان منعت المحاكم من مد الاجل المحدد من الاسترداد، فانها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كليا بالتنازل عن صيرورة البيع باتا، نهائيا أوجزئيا بمد الاجل المحدد للاسترداد، و الاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الاجل المحدد للاسترداد، كما هو جائز بعد فواته، دون ان ياتر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به ان يكون عقد بيع وفائي.

نقض مدني مصري، 4 نوفمبر سنة 1948 رقم 33 ص 655 م، عبد الرزاق احمد السنهاوري، م س، ص : 159 .
¹⁹⁴ محمد الشيلح، م س، ص : 131 .

شفيق أستيتو

وبما أن القانون قضى بعدم تجاوز الثلاث سنوات فيجب أن يقع الاسترداد قبل انقضاء الأجل في آخر يوم لا في اليوم التالي¹⁹⁵.

من خلال ما تم التطرق إليه أعلاه، استنتج ما يلي:

. إن القوانين الوضعية اختلفت في تحديد أقصى مدة الاسترداد، فهناك من أوصلها إلى ثلاثين سنة كالقانون المدني الفرنسي قديما و هناك من حددها في خمس سنوات كالقانون المدني الفرنسي الحالي حاليا والقانون المدني المصري، وهناك من اكتفى بتحديددها في ثلاث سنوات كقانون الموجبات والعقود اللبناني وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

- إن القوانين منعت القاضي من تمديد المدة وإطالتها وهو تكريس لمبدأ الحياد والاستصغاء للذين يتصف بهما القاضي ولكنها لم تمنع المتعاقدين من ذلك .

. إن البيع يصبح باتا و نهائيا إذا لم يتقدم البائع في مدة الاسترداد بمطالبة الشيء المبيع.

. إن مدة الاسترداد إما أن تكون قانونية أو اتفاقية في اجل لا يتعدى الأجل الذي حدده القانون.

هذا فيما يتعلق بأجل الاسترداد، أما كيفية ممارسة رخصة الاسترداد فهي التي ستكون محل موضوع الفقرة الموالية.

الفقرة الرابعة : مسطرة ممارسة شرط الاسترداد.

سبق الحديث عن مدة الاسترداد، و الآن أتحدث عن طريقة ممارسة هذا الحق، والذي لا يخلو من فرضيتين، الأولى وهي بناءا على طلب عادي (أولا)، وهي الطريقة العادية والثانية - الطريقة القضائية- بناء على دعوى قضائية (ثانيا).

أولا - الاسترداد بناء على طلب عادي:

¹⁹⁵ زهدي يكن، م س، ص : 137 .

نص الفصل 590 من ق.ل.ع¹⁹⁶ على الكيفية التي يجري بها الاسترداد فقال: "يحصل طلب الاسترداد بإخطار البائع للمشتري برغبته في أن يرد له المبيع ومن الضروري أن يقوم البائع في نفس الوقت بعرض الثمن".

ويقابل هذا الفصل نص المادة 477 من قانون الموجبات و العقود اللبناني والتي جاء فيها: "إن حق الاسترداد يجري بان يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع، ويجب عليه في نفس الوقت أن يعرض رد الثمن".

فالذي يظهر من هذه النصوص أن استعمال البائع حقه في الاسترداد يكون بإخطار يوجهه إلى المشتري قبل انقضاء المدة المعينة لذلك يخطر فيه برغبته في استرداد المبيع يعرض عليه به الثمن المتفق عليه و نفقات البيع و الاسترداد وما قد يكون مستحقا للمشتري من مصروفات أخرى، وهذا الإخطار لا يشترط فيه المشرع المغربي أي شكل خاص، وهو ما أكدته الأستاذ محمد الشليح بقوله: "إن تبليغ العزم على الاسترداد لا يشترط فيه أي شكل خاص، ولكن ينبغي أن يوجه إلى المشتري وهو متمتع بأهلية قبض الدين، وإلا وجب توجيهه لمن له حق القبض بالنيابة عنه الفصل 279 من ق.ل.ع¹⁹⁷".

والإخطار¹⁹⁸ المتحدث عنه في الفصل 590 من ق.ل.ع ، طالما لم يحدد المشرع المغربي و لا اللبناني شكل خاص له، فهو ممكن أن يأتي بطرق عدة، منها :

- الإخطار المباشر: وهو الذي يتم عندما يتصل البائع بالمشتري مباشرة قبل انتهاء اجل الاسترداد فيطلب منه أن يرد له المبيع مقابل دفع الثمن له والمصروفات اللازمة¹⁹⁹.

- الإخطار غير المباشر: تتبغى الإشارة إلى أن المشرع المغربي حدد وسائل التبليغ بمقتضى الفصل 37 من ق.م.م في الطرق الآتية:

¹⁹⁶ وهو الفصل المنقول عن الفصل 804 من المشروع التمهيدي لسانتيانا.

¹⁹⁷ محمد الشليح، م س، ص : 133 .

¹⁹⁸ فالإخطار هو اجراء محله اخبار المعني بالامر بشيء معين، ويتولى القيام بهذا الاجراء في التشريع المغربي اما موظف تابع لوزارة العدل أو العون القضائي أو كاتبه المحلف أو السلطة الادارية أو موظف تابع لمصلحة البريد أو الاعوان الدبلوماسيون والقنصليون أو غيرهم ممن اسند لهم القانون هذه المهمة.

¹⁹⁹ ابراهيم قضا، م س ص: 213 .

شفيق أستيتو

أ- التبليغ عن طريق أعوان كتابة الضبط.

ب- التبليغ عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

ج- التبليغ بالطريقة الإدارية.

د- التبليغ بالطريقة الدبلوماسية إذا كان المرسل إليه يسكن خارج المغرب.

فتبليغ البائع للمشتري بالثنيا برغبته في استرداد المبيع يمكن أن يتم من قبل احد أعوان كتابة الضبط في المحكمة بناء على الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية المغربي والذي يخول لرئيسها سلطة استصدار أمر بتبليغ هذا الإخطار للبائع كما يمكن أن يتم من قبل المفوضين القضائيين وذلك بناء على مقتضيات الفصل 15 من الظهير المحدث المفوضين القضائيين²⁰⁰.

أما التبليغ عن طريق البريد المضمون للمشتري بالثنيا فلا يمكن أن يلجا إليه البائع إلا عند تعذر التبليغ عن الطريق العادي أو الإداري²⁰¹، لعدم العثور على المشتري بالثنيا في موطنه أو محل إقامته.

وأما تعذر العثور على المشتري بالثنيا، يمكن للبائع أن يقوم برفع دعوى رامية إلى إخبار المشتري برغبته في الاسترداد و في الوقت نفسه بعرض الثمن بصندوق المحكمة، حيث يتولى مهمة القيم احد أعوان كتابة الضبط الذي يعين من قبل القاضي لهذه لغاية، وتكون مهمته البحث عن المشتري بالثنيا بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية حتى يحصل على عنوانه أو الشخص نفسه، وإذا تم الحصول عليه فإنه يخبر المحكمة بذلك وتنتهي آنذاك مهمته.

وأما فيما يتعلق بعرض الثمن وإيداعه من قبل البائع، فهي محل خلاف، لا بالنسبة للفقهاء فحسب، بل على مستوى القضاء كذلك²⁰².

²⁰⁰ للاطلاع على نموذج لمحضرتبليغ انذار بواسطة مفوض قضائي، انظر الملحق.

²⁰¹ لا يلجا الى هذه الوسيلة الا في حالة وجود المشتري بالثنيا أو خلفه خارج المغرب، عندها يوجه الاستدعاء اليه عن طريق اجهزة وزارة الخارجية .

ففي فرنسا، يقول احمد عبد الرزاق السنهوري²⁰³، "اختلف الرأي في الفقه، ففريق يذهب إلى ان البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن و المصروفات على المشتري عرضا حقيقيا، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار على العرض الفعلي دون العرض الحقيقي، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلاقا ويكفي إظهار البائع للمشتري استعدادة أن يدفع له فورا الثمن و المصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعدادة لرد الثمن و المصروفات. وبهذا الرأي الأخير يؤخذ القضاء في فرنسا، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف، و يتحقق الشرط بان يرد البائع للمشتري فعلا الثمن و المصروفات، فان لم يردها اعتبر الاسترداد كان لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتا ويأمن بذلك مزاحمة دائني البائع.

أما في مصر فالقضاء و الفقه، يذهب إلى انه لا يشترط في فسخ بيع الوفاء - الثنيا - قيام البائع برد هذه المبالغ فعلا، ولا حتى قيامه بعرضها عرضا حقيقيا، بل يكفي منه بإعلان رغبته في الاسترداد إلى المشتري مع إبداء استعدادة لدفع المبالغ المذكورة، فإذا تم هذا الإعلان في المدة المعينة لاستعمال حق الاسترداد، كان ذلك كافيا لفسخ البيع ولو لم يتم وفاء المبالغ المستحقة للمشتري إلا بعد انقضاء هذه المدة²⁰⁴.

وقد رتب الفقيه زهدي يكن على العرض غير المستوفي لشروطه القانونية والذي يليه الإيداع عدم سقوط حق البائع في الاسترداد مبررا رأيه بان بطلان إجراءات لم يتطلبها القانون لا يترتب عليه ضياع حق استعمال في الأجل المعين له.²⁰⁵

أما فيما يخص المشرع المغربي فقد اكتفى في الفصل 590 من ق.ل.ع بضرورة العرض الحقيقي (التقديم الفعلي) للثمن دون المصروفات، وفي ذلك يقول محمد الشليح: "وإذا كان هذا النص يتلاءم والمبدأ القاضي بكون الشخص لا يلتزم بما لا يعلم، فان فهم الفصل

²⁰² حول قبول العرض العيني من قبل البائع، انظر الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 20 يناير 1937 الذي قضى بقبوله، ملف عدد 20.561 والذي جاء فيه :
"Déclare valable et satisfaisante l'offre réelle faite dès le 21 Mars 1936 selon les formes prescrites ».

للاطلاع على هذا الحكم، انظر الملحق.

²⁰³ احمد عبد الرزاق السنهوري، م س، ص : 160 .

²⁰⁴ سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول عقد البيع، مطبعة عالم الكتب، الطبعة الرابعة 1980 ، ص، 503 .

²⁰⁵ زهدي يكن، م س، ص : 143 .

279 من نفس القانون، يسمح بالذهاب إلى أن ما يشمل العرض الحقيقي إنما يتمثل في الثمن المعلوم وكل ما يعلمه من المصروفات المتفق عليها أو الواجب أدائها قانونا في حالة السكوت العقد، أما المصروفات التي لا يكون لصاحب الحق في الاسترداد علم بها فلا يلتزم إلا عند العلم الثابت بها والمصروفات التي يلتزم البائع بأدائها هي التي حددها الفصل 596 من (ق.ل.ع) المنقول من الفصل 811 من المشروع التمهيدي لسانتيانا".

والملاحظ أن موقف القضاء المغربي بشأن طريقة ممارسة رخصة الاسترداد يتماشى وما صار عليه الفقه والقضاء في مصر، حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة عن ابتدائية مراكش ما يلي: "وحيث دفع المدعى عليه كون المدعي سبق له أن تقدم بطلب يرمي إلى الحكم ببطلان نفس عقد بيع الثنيا أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء وأن البنك العارض قدم من جهته طلبا مضادا وبالنسبة لطلب المدعي أعلاه والمتعلق بممارسة استرداد بيع الثنيا فهو مختل لخرقه مقتضيات الفصلين 590 و 275 من ق.ل.ع إذ أن المدعي لم يرفق رسالته التي عبر فيها عن رغبته في استرداد المبيع بأي عرض عيني كما أنه لم يعرض ثمن البيع و المصاريف في المحل المتفق عليه ولم يقيم بإيداع حقيقي، وأخيرا فإن هناك خرق للشروط العقدية المتفق عليها وفق ما تم تفصيله بمذكرته المذكورة والمشار إلى مضمونها صدره.

حيث أنه و استنادا لمقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع فإن الالتزامات العقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها برضاها معا أوفي الحالات المنصوص عليها في القانون.

وحيث ثبت من خلال تصفح وثائق الملف أن الطرفين اتفقا معا و في إطار مقتضيات الفصل 585 من ق.ل.ع والمتعلقة ببيع الثنيا وبمقتضى العقد المبرم بينهما بتاريخ 2004/11/10²⁰⁶ على أن يبيع المدعي للمدعي عليه بيع الثنيا عقارين المحفظين تحت عدد 12803/م و 1025/م واحتفظ لنفسه باستردادهما داخل أجل أقصاه ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ: 2004/11/10 وأنه و بتاريخ 07/09/26 اشعر المدعي المدعى عليه برسالة توصل بها يوم 07/9/27²⁰⁷ بممارسة حقه ورغبته في استرداد

²⁰⁶ للاطلاع حول هذا العقد ، انظر الملحق.

²⁰⁷ للاطلاع على هذا الالتزام، انظر الملحق.

العقارين المذكورين ثم بعد ذلك وجه الموثق الأستاذ عدنان قريون يشعره بحيازة مبلغ العين وكافة المصاريف اللازمة لاسترداد العقارات المحفوظة.

وحيث إنه وخلافا لما ذهب إليه المدعى عليه من كون المدعي لم يحترم مقتضيات الفصلين 590 و 275 من ق.ل.ع إذ ثبت ومن خلال ما سلف ذكره أن المدعي أعرب عن رغبته للمدعى عليه في ممارسة حق استرداد المبيع داخل الأجل المتفق عليه كما أشعره ودائما داخل الأجل المذكور بواسطة الموثق عدنان قريون بكون ثمن الشراء يوجد رهن إشارته لدى الموثق المذكور²⁰⁸.

وحيث انه و باستقراء الفصول المتعلقة ببيع الثنيا وهي الفصل 585 وما يليه من ق.ل.ع يتضح أن المشرع قد حدد له مسطرة خاصة و أعطى له صبغة خاصة تختلف عن مثيلتها بالنسبة لباقي العقود خاصة من حيث جعل إرادة الطرفين تلعب دورا أساسيا في تنظيم هذه العلاقة.

وحيث انه وفي نازلة الحال فانه و بمقتضى العقد الرابط بينهما يتضح أنهما اتفقا على أن إيداع ثمن الاسترداد يجب أن يتم داخل الأجل المحدد له، بين يدي البنك المدعى عليه أو بين يدي الموثق الأستاذ الحجري الذي أبرم العقد وهذا طبعا يغني المدعي عن سلوك مسطرة العرض العيني والإيداع كما هي محددة بمقتضى الفصل 275 من ق.ل.ع لحسب ما يدعيه المدعى عليه بهذا الخصوص إذ أن المدعي وكما سلف ذكره قام داخل الأجل المحدد بمقتضى الاتفاق بالإعلان عن رغبته في الاسترداد عن طريق رسالة وجهها للمدعى عليه وأعقب ذلك مباشرة ودائما داخل الأجل بعرض مبلغ الشراء بواسطة الموثق عدنان قريون على المدعى عليه وإن عمله هذا يدخل فقط في إطار النيابة عن المدعي في عرض المبلغ المذكور وإن ذلك لا يعتبر بمثابة إيداع هذا بالإضافة إلى انه واستنادا للفصل 277 من ق.ل.ع فانه لا ضرورة للعرض الحقيقي من جانب المدين إذا كان الدائن قد سبق أن

²⁰⁸ للاطلاع على نسخة من التزام الموثق، انظر الملحق.

شفيق أستيتو

صرح له بأنه يرفض قبول تنفيذ الالتزام وهو فعلا ما يستفاد من جواب المدعي عليه الذي أكدته في رسالته غير السرية التي وجهها إلى المدعي²⁰⁹

وتتلخص وقائع هذا الحكم فيما يلي: "وذلك حول مقال الدعوى الذي تقدم به المدعي المسمى مولاي مسعود اكوزال لدى المحكمة الابتدائية بمراكش والذي يعرض فيه انه ابرم مع المدعى عليه . التجاري وفا بنك(بحضور السيد المحافظ العقاري) . عقدا بتاريخ 2004/11/10 بشأن بيع الثنيا واحتفظ بحقه في استرداد العقار داخل اجل ثلاث سنوات من تاريخ تحرير العقد، وانه مارس حق الاسترداد داخل الأجل القانوني بمقتضى رسالة للبنك، وتم ايداع مبلغ الاسترداد لدى الموثق عدنان الذي اشعر البنك بحيازته للمبلغ، وانذر البنك بضرورة توقيع العقود بدون جدوى، والتمس الحكم باسترداده للعقار المسمى اكوزال وأمر السيد المحافظ العقاري بتسجيله بالصك العقاري مع النفاذ المعجل"

وأخيرا مما تنبغي الإشارة إليه، انه عندما يمارس البائع حقه في الاسترداد، ويقبل المشتري العرض المقدم له، يكتب اتفاق الاسترداد الذي يسجل في السجل العقاري عندما يكون المبيع عقارا محظا²¹⁰ والذي ينبغي أن يكون بوثيقة رسمية حتى يمكن للبائع أن يدلي بها في الوقت الذي يمتنع فيه المشتري عن استرداد المبيع وتكون المحكمة في حاجة إلى ما يثبت هذا البيع.

ثانيا - الاسترداد بناء على دعوى قضائية:

إن البائع أو من يحل محله إذا ما أراد استرداد المبيع بعد تعذر استرداده بطريقة حبية، يستطيع أن يراجع القضاء بغية القيام بإجراءات التنفيذ الجبري على المشتري بعدما رفض التنفيذ الاختياري وذلك بواسطة مقال افتتاحي متوفر على الشروط الموضوعية والشكلية يبين فيه المدعي من المدعى عليه وكذا السبب المبني عليه الطلب وموضوعه الذي يكون استرجاع المبيع . إما عقارا أو منقولا

²⁰⁹ ملف عقاري عدد 1251 / 07/9 الصادر بتاريخ 2008/12/008 عن المحكمة الابتدائية بمراكش.

وللاطلاع على مجمل هذا الحكم، انظر الملحق.

²¹⁰ فيما يخص طريقة اهل سوس في كتابة بيع الثنيا، يراجع؛ محمد الكشور، بيع الثنيا، م س، ص : 150 .

ماديا أو معنويا . حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى بخصوص بيع الثنيا ما يلي: "وحيث اعتمد من جهة أخرى في حكمه بإلغاء طلب الاستئناف على سببية حكم عدد 399 في القضية دون أن يبين موضوع الدعويين اللاحقة و السابقة ومضمن الحكم الذي ذكر سبقيته فيها و دون أن ينص على أن خصوم الثانية هم نفس خصوم الأولى و أنها متحدة معها أيضا محلا وسببا مما لا يتأتى معه للمجلس الأعلى ممارسة مراقبته الأمر الذي يصبح به خارقا لقاعدة جوهرية للمرافعات ومخالفا في الوقت نفسه لمقتضيات الفصلين المشار إليهما أعلاه وبالتالي متعرضا للنقض²¹¹.

وطبيعته والجهة القضائية المرفوعة لها كما يمكن له أن يتقدم أمامها بطلبات إضافية وذلك بناءا على فصول قانون المسطرة المدنية قصد إصدار حكم في الموضوع²¹².

المبحث الثاني: آثار بيع الثنيا.

إن بيع الثنيا بيع مؤقت في جميع القوانين التي تم التطرق إليها، أما في الفقه الإسلامي فإنه إما أن يكون مؤقتا أو غير مؤقت، إلا أن هذا التوقيت أو عدمه لم تترتب عليه آثار مثل ما يترتب على الشرط الرضائي الذي يمنح البائع حق الاسترداد خلال المدة المحددة إما اتفاقا أو قانونا، ويعطي كل من المتعاقدين حقوقا وواجبات سواء قبل الاسترداد أو بعده، فما هي إذن هذه الحقوق والواجبات التي تترتب على بيع الثنيا؟ هذا ما سأطرق

²¹¹ قرار شرعي عدد 147 الصادر في 9 ذي القعدة 88 موافق 28 يناير 1969.

للاطلاع على هذا القرار، أنظر الملحق.

²¹² للمزيد من الاطلاع حول كيفية الاسترداد بناء على دعوى قضائية يراجع، ابراهيم قضا، م س، ص : 222 وما يليها.

له في مطلبين اثنين، اخصص الأول منهما لآثار بيع الثنيا قبل الاسترداد، والثاني لآثاره بعد ممارسة الاسترداد، و ذلك كله وفق الشكل التالي:

المطلب الأول: آثار بيع الثنيا قبل اجل الاسترداد.²¹³

إن فترة قبل الاسترداد، فترة اختلفت القوانين في تحديدها كما يتجلى ذلك من خلال الفصل 586 من ق.ل.ع والمادة 341 من القانون المدني المصري القديم والمادة 474 من قانون الموجبات و العقود اللبناني، ولذلك فان الحقوق التي يتمتع بها البائع والمشتري في بيع الثنيا تكون مقيدة بالمدة التي يحددها قانون بلادهما وهو ما سأوضحه من خلال الفقرة الأولى التي خصصتها للحديث عن حقوق المشتري، والفقرة الثانية التي عقدتها لحقوق البائع على الشكل التالي :

الفقرة الأولى: حقوق المشتري أثناء اجل الاسترداد.

كما مر معنا، فبيع الثنيا هو بيع معلق على شرط فاسخ ، فلا تزول الملكية عن البائع بصفة نهائية، بل يكون من حق البائع إذا هو رد للمشتري الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد وما يكون المشتري قد أنفقه على المبيع، أن يسترد المبيع من المشتري خلال مدة معينة من تاريخ العقد، فينفسخ البيع ويعتبر كأن لم يكن.

وهذه الفترة . مرحلة الاسترداد . تمتد منذ إبرام الثنيا بين البائع و المشتري، وحتى ممارسة البائع حقه في استرداد المبيع مقابل رد الثمن والمصرفات النافعة التي أنفقها المشتري على العين المبيعة له، على أن هذا الفترة لا يجوز أن تتجاوز مدة ثلاث سنوات.²¹⁴

ولذلك، فبموجب الفصل 588 من ق.ل.ع²¹⁵ فان المشتري بالثنيا يعد مالكا المبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، بينما يبقى البائع مالكا إياه ملكية معلقة على شرط واقف،

²¹³ للاطلاع على آثار بيع الثنيا في الفقه الاسلامي أثناء اجل الاسترداد، يراجع عبد الكريم السلمي، م س، ص : 129 الى

132

²¹⁴ خالد عبد الله عيد، م س، ص : 66 .

²¹⁵ ينص الفصل 588 من ق.ل.ع على مايلي: "المشتري بشرط الاسترداد، خلال الاجل المحدد له، ان ينتفع بالشيء المبيع باعتباره مالكا له، مع عدم الاخلال بما هو مقرر في الفصل(595) وله ان يقبض ثماره، و ان يباشر كل الدعاوى المتعلقة به، بشرط ان يحصل ذلك منه بغي غش.

وللمشتري ان يتخذ الاجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون الرسمية التي تنقله"

شفيق أستيتو

ويتحقق الشرطان بمجرد تمام عملية الاسترداد.²¹⁶ وهو نفس الأثر الذي رتبته المادة 476 من قانون الموجبات و العقود اللبناني التي تنص على أن: "إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكا للمشتري تحت شرط الوفاء، بمعنى المشتري يبقى مالكا له إذا لم يقم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده، أما إذا قام بهذه الشروط فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع. وفي كل حال يتمتع المشتري بالمبيع كمالك إلى أن تنتهي المهلة وان يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين 482 و 485 ، فيحق له أن يجني ثمار المبيع، وان يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا".

والمشتري طوال مرحلة الاسترداد يعتبر مالكا للشيء المبيع²¹⁷، و هو يملك أن يمارس بشأنه كل المميزات المخولة للملاك من استغلال و انتفاع²¹⁸.

إجمالا، فالحقوق التي يتمتع بها المشتري خلال هذه الفترة يمكن إبرازها على الشكل التالي:

أولا - المطالبة والتنفيذ الجبري:

من المعلوم انه من حق المشتري أن يتسلم ويحوز الشيء المبيع سواء كان منقولاً أو عقارا اللهم إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك. فالبائع . في بيع الثنيا . بمقتضى الفصل 498 من ق.ل.ع²¹⁹

²¹⁶ محمد محجوبي، خالد بنيس، الوجيز في العقود المسماة في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي، الجزء الأول، عقد البيع و عقد الكراء، الطبعة الأولى 1997/1996 .

²¹⁷ « et l'acquéreur aurait bien été propriétaire dans la période intermédiaire ».

Alain benabent, droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7è édition, montchrestien, p 80 et 81 .

²¹⁸ الحسين بلحساني، البيع و الكراء، م س، ص : 57 .

²¹⁹ ينص الفصل 498 من ق.ل.ع على ان : " يتحمل البائع بالتزامين اساسيين:

(1) الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

(2) الاتزان بضمانه"

شفيق أستيتو

يقع على عاتقه التزام جوهري يتمثل في أن يحوز²²⁰ المشتري المبيع حيازة هادئة و ينتفع به انتفاعا كاملا، وفي حالة إخلال البائع بالتزامه وذلك عبر امتناعه عن تسليم المبيع الثنوي كليا أو جزئيا أو تأخر في تسليمه، أو سلمه في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع، أورد التسليم إلى مكان أو زمان غير المتفق عليه، جاز للمشتري . وذلك إعمالا لحكم القواعد العامة . بعد إنذار البائع أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى²²¹.

وهكذا فبعد تسلم المشتري للمبيع من البائع وفقا لأحكام الفصلين 498 و 499 من ق.ل.ع فانه يصبح حرا في إدارته وتصرفه وهو ما أتطرق إليه في النقطة الثانية.

ثانيا - التصرف في الحق:

بعد تسلم المبيع من قبل المشتري بالثنيا، فإن الأثر الذي يترتب على ذلك هو استعماله، و استعمال المبيع يخوله حق استعماله و استغلاله بل والتصرف فيه كذلك؛ حيث يجوز له أن يبيعه وان يهبه وان يوقع عليه رهنا حيازيا أو رهنا رسميا وأن يرتب حقوق ارتفاق و غيرها من الحقوق العينية وما أشبه ذلك من التصرفات القانونية، على أن تكون هذه التصرفات جميعها معلقة على الشرط الفاسخ الذي يتصف به حق ملكيته للمبيع، فان تحقق هذا الشرط فسخت تبعا لذلك كل هذه التصرفات²²².

ثالثا - مباشرة دعاوى الملكية و الحيازة:

ينص الفصل 588 من ق.ل.ع على أن: "للمشتري بشرط الاسترداد، خلال الأجل المحدد له، أن ينتفع بالشئ المبيع باعتباره مالكا له، مع عدم الإخلال بما هو مقرر في

²²⁰ والحيازة هنا اما ان تكون حكمية أو افتراضية كما هو عليه الامر بالنسبة لحقوق الملكية الادبية و الفكرية.
²²¹ ينص الفصل 255 من ق.ل.ع على ان : " المدين يصبح في حالة مطل بمجرد حلول الاجل المقرر في السند المنشأ للالتزام، فان لم يعين للالتزام اجل لم يعتبر المدين في حالة مطل الا بعد ان يوجه اليه اوالى نائبه القانوني انذار صريح بوفاء الدين، و يجب ان يتضمن هذا الانذار:

(1) طلبا موجها الى المدين بتنفيذ التزامه في اجل معقول.
(2) تصريحاً بأنه اذا انقضى هذا الاجل فان الدائن يكون حرا في ان يتخذ ما يراه مناسبا ازاء المدين ويجب ان يحصل هذا الانذار كتابة ويسوغ ان يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو المطالبة القضائية ولو رفعه الى قاضي غير مختص "

ومما تنبغي الإشارة اليه، ان القضاء المغربي دعب على انه بمجرد رفض المدين (أو خلفه) تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه (ولو بمذكرة جوابية)، يستغني عن الشروط الواردة في الفصل اعلاه ويعتبر معه تبعا لذلك المدين في حالة مطل.
²²² للمزيد من الاطلاع، يراجع : عبد الله الدرقاوي، م س، ص: 57 .

شفيق أستيتو

الفصل (595) وله أن يقبض ثماره، وأن يباشر كل الدعاوى المتعلقة به، بشرط أن يحصل ذلك منه بغير غش.

وللمشتري أن يتخذ الإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون الرسمية التي تنقله".

ويستفاد مما سبق، أن المشتري بالثنيا له حق ممارسة جميع الدعاوى أمام القضاء بشأن المبيع، بما في ذلك دعاوى الاستحقاق²²³ ودعوى استرداد الحيازة ووقف الأعمال الجديدة وكذلك دعوى منع التعرض²²⁴.

رابعاً - الأخذ بالشفعة:

إن السؤال المطروح في هذا الشأن يتعلق بالإجابة على ما إذا كانت تجوز الشفعة في بيع الثنيا أم لا؟

فبيع الثنيا وقد اجتمع فيه المالك تحت شرط واقف وهو البائع بالثنيا والمالك تحت شرط فاسخ وهو المشتري بالثنيا.

وباعتبار بيع الثنيا كذلك، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول أن الشفعة لا تكون إلا في ما كان ملكه باتاً مطلقاً لا لمن كان ملكه موقوفاً على شرط واقف أو فاسخ، فالمالك تحت شرط فاسخ يزول ملكه عند تحقق الشرط ويعتبر كأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع، وبالتالي فإنه لا يجوز المطالبة بالشفعة بخصوص هذا العقار ما دام العقار لازال على ملكية بائعه، وقد ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك واعتبر أن المالك تحت شرط واقف وهو البائع بالثنيا لا يكون مالكا وقت بيع شريكه، وبالتالي فإنه لا يجوز له المطالبة بالشفعة.

²²³ للمزيد من الاطلاع، يراجع: حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق "دراسة مقارنة" اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2008/2009.

²²⁴ للمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع، يراجع: الوالي المفضل، محاضرات في قانون المسطرة المدنية، مسلك القانون الخاص وحدة 15 القانون الاجرائي، السنة الجامعية 2008/2007.

وكذلك: عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، مطبعة المركز الثقافي العربي، طبعة 1996.

شفيق أستيتو

وهو الموقف نفسه الذي اعتمده القضاء المصري، إذ ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى القول بأنه لا تجوز الشفعة في حالة البيع الوفاي إلا إذا سقط حق البائع في الاسترداد وأصبح حق المشتري نهائيا، و في حكم آخر: "الشفعة إنما تكون في البيع الصحيح التام الغير معلق على شرط"²²⁵

لكن هذا الرأي تنتابه . في اعتقادي . بعض الشوائب، فهو إذ نفى إمكانية الشفعة على كل من المالك تحت شرط واقف والمالك تحت شرط فاسخ فمن له حق الشفعة إذن؟ فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ أي المشتري بالثنيا لا يحق له المطالبة بالشفعة باعتبار انه غير مالك، فان الملك لازال داخلا في ذمة البائع، و هو الذي له بالتالي حق الشفعة لأنه هو المالك للعقار المشفوع، وحتى خلال زمن تحقق الشرط المعلق عليه إمضاء البيع.

ويجب التنبيه إلى أن هذه الإشكالات لا تطرح حسب الفقه المالكي إذا كان شرط الاسترداد قد ضمن في العقد الأصلي . أي عقد البيع . أما إذا ضمن في عقد جديد لاحق بالعقد الأصلي، فان البيع يكون صحيحا و بالتالي تجوز فيه الشفعة.

ومثل الموقف السابق أكدته المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 1973/01/26 الذي جاء فيه أن: "بيع الثنيا المتعلق بعقار في طور التحفيظ صحيحا ولو خالف أحكام ق.ل.ع و التشريع المطبق على العقارات المحفظة إذا ثبت لقضاة الموضوع . بما لهم من سلطة في تمحيص العقد وتأويله انه لا يتناقض مع قواعد الفقه الإسلامي المطبقة عليه والمقصود بالعبارة الأخيرة أن لا يكون العقد متضمنا لشرط الخيار، أما إذا تضمن هذا الشرط فانه يكون فاسدا، و البيوع الفاسدة ممنوعة فيها الشفعة لأنها مفسوخة شرعا، أما إذا تطوع بها بعد ذلك – أي في عقد لاحق، فان البيع يكون صحيحا وتجوز فيه الشفعة حسب هذا الرأي".²²⁶

²²⁵ الشفعة في البيوع بين الفقه المالكي والتقنين المغربي، الزهراوي خالد، بحث نهاية التميرين، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية وزارة العدل، 1994/1996 .

²²⁶ عبد السلام حادوش، مدى اوجه التشابه بين الثنيا و الاقالة وبين الرهن، مجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد 4 ، ص:

شفيق أستيتو

والخلاصة في هذه النقطة، أن تحقق الشرط الفسخ في عقد بيع الثنيا يزيل ملكية المشتري تحت شرط فاسخ للعقار المشفوع به دون العقار المشفوع فيه²²⁷.

خامسا - تطهير العقار:

إن المشتري مالك العقار الذي آل إليه عن طريق عقد بيع الثنيا باستطاعته أن يقوم بالتطهير، أي : يمارس حقه القانوني في إبقاء أو وقف إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائن المرتهن على هذا العقار، بما له من ميزة التتبع وذلك بان يقوم بناء على الإجراءات القانونية بعرض المبلغ الذي يمثل قيمة الدين الذي رهن العقار به²²⁸.

وإلى هذا أشار الفصل 588 من ق.ل.ع بما نصه: "للمشتري بشرط الاسترداد، خلال الأجل المحدد له، أن ينتفع بالشيء المبيع، باعتباره مالكا له، مع عدم الإخلال بما هو مقرر في الفصل 595، وله أن يقبض ثماره، وأن يباشر كل الدعاوى المتعلقة به، بشرط أن يحصل ذلك منه بغير غش.

وللمشتري أن يتخذ الإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون الرسمية التي تنقله".

إلا إن محيي الدين إسماعيل علم الدين انتقد الفقرة الأخيرة من هذا الفصل حيث قال: "ويبدو أن المقنن في هذا الموضوع قد غفل عن حكم تطهير العقار من الرهون الرسمية التي تنقله، فقد نسي المقنن هنا أنه قرر في الفصل 213 من التقنين المطبق على العقارات المحفوظة عدم جواز تطهير العقار من الرهن الرسمي وعلى ذلك فليس هنا إجراءات مقررة للتطهير يمكن اتخاذها إذ هو ممنوع، وبذلك تبقى الفقرة الأخيرة من الفصل 588 متعذرا تطبيقها".²²⁹

ويرد على هذا الاتجاه بعض الفقه، حيث جاء على لسانهم بأن: "المشتري بالثنيا يعتبر مالكا لا مجرد حائز" فهو حسب نفس الفقه : "مالك على شرط فاسخ كما مر، لا

²²⁷ إبراهيم قضا ، م س، ص : 158 .

²²⁸ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشرعية الإسلامية. ص : 408 .

²²⁹ عبد الكريم السالمي ، بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس ، السنة الجامعية 2002 / 2003 ، ص 139 .

مجرد غير حائز... وبالتالي لا نرى أي تعارض بين نص الفصل 588 من ق.ل.ع والفصل 213 أعلاه (أي من الظهير المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة)²³⁰.

سادسا - طلب القسمة:

لم يعرف المشرع المغربي . أسوة بغيره من المشرعين الآخرين . القسمة، وبالإضافة إلى ذلك فإننا لم نعثر على تعريف للقضاء خاص بالقسمة.

وبالنسبة للفقهاء المالكي الكبير ابن عرفة، فالقسمة هي: "...تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو قراض..."²³¹.

فالمشتري في بيع الثنيا أعطى له المشرع الحق في قسمة المال المشاع، حيث نص في الفصل 978 من ق.ل.ع-وذلك تقريراً للمبدأ العام-، على أنه : "لا يجبر احد على البقاء في الشيعاء ويسوغ دائماً لأي كان من المالكين طلب القسمة"، فهذا الحق هو من متطلبات الحق العام، فلا يجبر احد على البقاء في الشيوع رغماً عنه، ما لم يوجد في شيوع إجباري أو مقيد باتفاق²³².

وإذا فرض وتحقق الشرط بإرجاع الثمن من قبل البائع إلى المشتري بعد أن تمت القسمة، فإن هذه القسمة تبقى و تنفذ في مواجهة المتصرف الذي آل إليه العقار، والحكمة في ذلك أن القسمة إجراء من إجراءات الإدارة التي تبقى حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ²³³.

والنتيجة مما سبق، أن البائع يكون مالكا بشرط تعليلي، والمشتري مالك بشرط الغائي والشرطان معلقان على حادثة واحدة، هي طلب الاسترداد، فإذا حصل و زال احد الحقين، بقي الآخر، فإما أن يبقى حق المشتري أو يبقى حق البائع، وأيهما ثبت حق الغير

²³⁰ محمد محجوبي و خالد بنيس، م س، ص : 97 .

²³¹ محمد الكشور، القسمة الفضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1416-

1996، ص : 16

²³² نفس المرجع السابق، ص: 19 .

²³³ ابراهيم قضا ، م س، ص : 167 .

المكتسب منه، و تسقط حقوق الغير الصادرة من الآخر (بعد الانتهاء من حقوق البائع).²³⁴

الفقرة الثانية: حقوق البائع أثناء اجل الاسترداد.

اختلفت آراء الفقهاء القانونيين في طبيعة حق البائع أثناء مدة الاسترداد، هل هو حق شخصي أو عيني؟

فمن قال بان حق البائع حق شخصي، استند "في تأييد رأيه إلى انه بمجرد بيع الوفاء تنتقل الملكية كلياً و جزئياً إلى المشتري بحيث لا يبقى للبائع أي حق عيني، والبائع لم يحفظ لنفسه سوى حق الاسترداد فهو دائن بالنسبة لهذا الحق لا مالك، و شرط استرداد الملك نفسه يفيد ذلك²³⁵ ويترتب على الأخذ بهذا الرأي . الذي قال بأن حق البائع شخصي . كما جاء بذلك زهدي يكن، ما يلي:

أ- أن البائع لا يملك بيع العقار المبيع وفاء لا بيعاً تاماً و لا بيعاً معلقاً على شرط الاسترداد، وإذا باع كان بيعه باطلاً لصدوره عن غير مالك.

ب- ليس للبائع وفاء أن يرهن العقار المبيع أو يرتب عليه حق ارتفاق أو أي حق عيني آخر؛ لأنه ليس بمالك وعلى هذا يجوز للمتنازل إليه بعد استرداده أن يطلب محو الرهون و التسجيلات التي تكون وقعت على العقار المبيع أثناء تعليق الشرط أي في غضون المدة المحددة للاسترداد لان المتنازل إليه يكتسب حقوق بائعة.

ج- يجوز للمشتري أن يفك العقار من الرهون التي ترتبت من البائع على العقار المبيع مع حق الاسترداد ويكون لهذا الفك اثر نهائي حتى بعد الاسترداد.

وماذا كان الرأي الأول يقول بعدم ملكية البائع للمبيع وفاء، و عدم تمتعه به كحق عيني، فإن الرأي الثاني ذهب إلى أن البائع قبل الاسترداد يعتر مالكا تحت شرط واقف . أي أن حقه حق عيني، وان هذه النتيجة من مستلزمات الشرط الفاسخ؛ لأنه إذا ملك

²³⁴ بيع الثنيا، محاضرات في مادة الضمان تحت اشراف الاستاذ محمد خيرى، ماستر القانون المدني المعمق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية-عين الشق الدار البيضاء، الموسم الجامعي 2008/2009 .
²³⁵ زهدي يكن، عقد البيع، م س، ص: 146 .

شفيق أستيتو

شخص شيئاً تحت شرط فاسخ لزم أن يكون هنا كمالك آخر تحت شرط واقف؛ لأن تحقق الشرط الفاسخ يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، أي يعتبر أن المبيع لم يخرج قط من ملك البائع.

وعليه، فلو رجح الرأي الأول . القائل بأن حق البائع حق شخصي - وتحقق الشرط الفاسخ، وزالت ملكية المشتري بأثر رجعي، لوجب اعتبار أن المبيع كان في الفترة بين انعقاد العقد والاسترداد غير مملوك لأحد، أي كان مالا مباحا، وهو ما لا يقصده المقنن²³⁶.

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي، انه يجوز للبائع أن يقرر للغير حقوقا عينية على المبيع على أن تكون هذه الحقوق معلقة على نفس الشرط الواقف المعلقة عليه ملكيته، بمعنى أنه إذا تم الاسترداد تبث الحقوق المكتسبة منه، وان مضت مدة الاسترداد دون أن يستعمل حقه، تبث حق المشتري نهائيا، وتبث بالتالي الحقوق التي قررها للغير على المبيع.

فالبائع، يصبح في هذه المرحلة من بيع الثنيا مالكا للمبيع على شرط واقف،²³⁷ بدلالة الفقرة الثانية من الفصل 589 من قانون الالتزامات والعقود حيث قضت بأنه: "إذا باشر البائع حقه في الاسترداد فان الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلا". فإذا تصرف المشتري في المبيع ثم تحقق هذا الشرط، فان ملكية المبيع تعود للبائع بالثنيا مستندة بأثر رجعي يمكن البائع من أن يسترد المبيع من المشتري الثاني بطريق الدعوى المباشرة ضد هذا الأخير حتى لو أن اشترى الأول كان قد كتم حق الاسترداد المخول للبائع بموجب بيع الثنيا ولم يصرح به عند قيامه ببيع المبيع للمشتري الثاني(الفصل 595 من ق.ل.ع)²³⁸.

²³⁶ ز هدي يكن، م س، ص 312 يتصرف.

²³⁷ في هذا الصدد يقول Annick Perro :

"le vendeur à réméré ne perd donc pas toute prérogative sur le bien vendu ; il en reste un propriétaire conditionnel ce qui permet de l' aliéner ou de l' hypothéquer sous la meme condition".

op.cit,p : 13

²³⁸ جاء في الفصل 595 من ق.ل.ع : "يسوغ للبائع بالثنيا مباشرة دعواه ضد المشتري الثاني ، ولو لم يقع التصريح برخصة الاسترداد في البيع الحاصل لهذا الأخير.

شفيق أستيتو

ويترتب على كون البائع مالكا المبيع على شرط واقف، في نطاق هذه المرحلة من بيع الثنيا، أن يكون له:

أ- حق التصرف في ملكية المبيع، على أن هذا التصرف يكون معلقا على نفس الشرط الواقف المعلق حق ملكيته عليه.

ب- وحق رهن المبيع رهنا رسميا، إذا كان المبيع يقبل الخضوع لهذا النوع من الرهن. ويكون الرهن عندئذ خاضعا أيضا لنفس الشرط الواقف الذي يتعلق حق ملكية البائع عليه.

ج- وحق شخصي يترتب في ذمة المشتري بالثنيا، و يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع في مواجهته حتى ولو كان المبيع قد انتقل إلى يد أجنبي نتيجة تصرف المشتري به

239.

هذه، كانت على العموم، حقوق المشتري و البائع خلال مرحلة الاسترداد، ليبقى التساؤل مطروحا حول حقوق هذين الأخيرين خلال مرحلة المطالبة بالاسترداد، الأمر الذي سأطرق إليه في مبحث ثاني.

المطلب الثاني: آثار بيع الثنيا بعد الاسترداد.²⁴⁰

من المعلوم أن البائع يسترد المبيع إما بطريقة عادية أو بطريقة قضائية، وكيفما كانت طريقة الاسترداد فالنتيجة هي رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، هذا ما سأفصل القول فيه في فقرتين، الأولى خاصة بالآثار التي تتعلق بالبائع، و الثانية بتلك التي تتعلق بالمشتري وذلك على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: واجبات البائع بعد الاسترداد.

يترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية:

²³⁹ عبد الله الدرقاوي، احكام عقد البيع، م س، ص 57 .

²⁴⁰ للاطلاع على هذه الآثار في الفقه الاسلامي، يراجع : عبد الكريم السلامي، م س، ص : 141 و 142 .

شفيق أستيتو

أولا . يفسخ بيع الثنيا ويعتبر كان لم يكن، فتتفسخ تصرفات المشتري بالثنيا في المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط . وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بالشفعة والإيجار، وتنفيذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضا.²⁴¹

ثانيا . يصبح البائع مدينا بما يلي : أصل الثمن (أولا) والمصرفات النافعة (ثانيا) التي ترتب عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة وهي التي ستكون محل الدراسة من خلال الآتي :

أولا - أصل الثمن:

جاء في الفصل 596 من ق.ل.ع ما يلي : "البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يحوز الشيء المبيع إلا بعد دفع:

أولا : الثمن الذي قبضه.

ثانيا: المصرفات النافعة التي ترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة. أما مصرفات الترف فلا يكون للمشتري إلا حق إزالة التحسينات التي أحدثها إذا أمكن ذلك بغير ضرر، و ليس له أن يسترد لا المصرفات الضرورية ولا مصرفات الصيانة، ولا مصرفات جني الثمار".²⁴²

من خلال هذا الفصل يتبين، أن ممارسة حق الاسترداد لا يمكن أن يتم إلا بعد أن يدفع البائع الثمن الذي قبضه من المشتري²⁴³، إذ يقول احمد نجيب الهلالي بك: "ومن

²⁴¹ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط ما يلي: "حيث إذا مارس البائع بيع الثنيا الفصل 585 بشرط استرداد حقه في إسترجاع المبيع فإن هذا الأخير يعتبر كأنه لم يخرج من ملكه أصلا، وأن المشتري يعد كأنه لم يكن أبدا مالك له". قرار عدد 2660 الصادر بتاريخ 1945/2/2، عبد العزيز توفيق، م.س، ص 77.

²⁴² ولقد جاء في الفصل 1659 من القانون المدني الفرنسي ما يلي :

"La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673".

²⁴³ خالد عبد الله عيد، م س ، ص: 69 .

شفيق أستيتو

رأيي انه لا يجوز أن يشترط على البائع أن يدفع وقت الاسترداد ثمننا اكبر مما قبض وقت البيع؛ لان الفرق يكون في الغالب عبارة عن أرباح ويدل أن العقد رهن لا بيع".²⁴⁴

لكن، يذهب بعض الفقه إلى أكثر من ذلك ويقرر بأنه: "ليس من المحتم أن يكون الثمن الذي يردده البائع هو نفس الثمن الذي دفعه المشتري، وان كان هذا هو الذي يقع غالبا ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمننا أكثر أو اقل، إلا انه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجب للشك في أن العقد رهن برضا فاحش"²⁴⁵، وهو ما عبر عنه Annick بالاتي:

" A l'opposé, d autres auteurs indiquent qu'un prix de rachat majoré masque le paiement d'un intérêt".

والثمن الذي يتعين على البائع رده هو الثمن المذكور في عقد البيع بالثنيا، وإذا ادعى البائع أن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي فعليه إثبات ذلك، وإثبات الصورية - كما مر معنا - يتم بجميع وسائل الإثبات.

ثانيا - رد المصاريف:

لقد اوجب المشرع المغربي بمقتضى الفصل السابق (أي الفصل 596 من ق.ل.ع²⁴⁶) على البائع رد المصاريف النافعة إلى المشتري²⁴⁷.

ويقصد بالمصاريف النافعة²⁴⁸ تلك المصاريف غير اللازمة التي تزيد في قيمة المبيع، هذه الزيادة التي تنبغي أن تكون ناشئة عن المصاريف النافعة؛ فإذا زادت قيمة

²⁴⁴ احمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في عقود البيع و الحوالة والمقايضة، مطبعة فتح الله الياس واولاده، طبعة 1939 ص: 516 .

الامر الذي اقره كذلك الفقيه Annick Perrot ، إذ قال:

"Le vendeur doit, tout d 'abord restituer le prix principal du bien racheter. Il s'agit du prix reçu lors de la vente initiale et non celui de la valeur de la chose au moment du rachat ".

انظر للمزيد من التوسع، زهدي يكن، م س، ص: 150 .

²⁴⁵ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، م س / ص: 161-162 .

²⁴⁶ يقابله الفصل 1673 من القانون المدني الفرنسي .

²⁴⁷ تنبغي الإشارة الى ان هناك مصاريف اخرى وهي اما ان تكون ضرورية أو كمالية أو مصاريف صيانة.

فالمصاريف الضرورية هي التي يصرفها المشتري لحفظ المبيع من الهلاك أو التلف.

اما المصاريف الكمالية فهي التي يراد بها مصاريف الزينة والزخرف وهي لا تلزم البائع، لانها لا تفيده شيئا. وتعتبر مصاريف الصيانة من التكاليف الواجبة على المشتري نفسه في مقابل استغلاله للمبيع وقبضه ثماره.

²⁴⁸ هذه المصروفات التي لا ينبغي ان تكون فاحشة، إذ قد يعتمد المشتري تحسين المبيع تحسينا يعجز البائع عن رد مصروفاته، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها، وفي نفس السياق جاء في حكم صادر عن محكمة النقض

شفیق استیتو

المبيع زيادة طبيعية أو لأسباب خارجة عن تلك النفقات كإنشاء شارع وتسبب عن ذلك ارتفاع في قيمة العقار فلا تدخل هذه الزيادة في قيمة التحسين.

وتشمل هذه المصروفات رسوم التسجيل ومصروفات الاسترداد من نقل المبيع و التأشير على هامش التسجيل وغير ذلك ...

وفيما يخص واجبات التسجيل يمكن التمييز بين حالتين ²⁴⁹:

- 1 - الحالة الأولى : إذا قام البائع بالثنيا داخل مدة ثلاث سنوات المسموح بها قانونا باسترداد المبيع ورد الثمن إلى المشتري طبقت واجبات التسجيل بنسبة 1%، طبقا لمقتضيات المادة (133 - I - دال - 7!) من المدونة العامة للضرائب.
- 2- الحالة الثانية : إذا انقضت المدة المذكورة دون أن يقوم البائع باسترداد المبيع ورد الثمن، طبقت التسعيرة بنسبة 3%، أو 6% بحسب الحالات، تمشيا مع أحكام المادة (133 - I - ألف - 1! وباء - 3!) من المدونة العامة للضرائب.

- أما فيما يخص الضريبة على الدخل المترتبة على الأرباح العقارية فيمكن التمييز كذلك بين حالتين اثنتين:

1. الحالة الأولى: إذا انقضت المدة المحددة في أجل أقصاه ثلاثة سنوات دون أن يقوم البائع بالثنيا بمباشرة حقه في استرداد الشيء المبيع ورد الثمن إلى المشتري منه، اعتبر البيع تاما ونهائيا وقانونيا بكل ما تحمله الكلمة من معنى، وأصبح المشتري هو صاحب حق الملكية بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إنجاز العقد، وعندئذ تصبح العملية خاضعة للضريبة على الدخل صنف الأرباح العقارية طبقا لمقتضيات المواد من 61 إلى 65 من المدونة العامة للضرائب.

المصرية ما يلي: "البائع وفائيا لا يلزم وفقا لنص المادة 344 من القانون المدني القديم الا بالمصروفات الضرورية التي =صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك وكذلك بالمصروفات التي تزيد في قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط ان لا تكون فاحشة..."

سعيد احمد شعلة، م س، ص : 425 .

²⁴⁹ المختار السريدي مفتش إقليمي للضرائب، بيع الثنيا بين القانون الجبائي وقانون الإلتزامات والعقود، مقال منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.startimes2.com/f.aspx> كما تم تصفحه بتاريخ : 2009/12/23 .

شفيق أستيتو

وفي هذه الحالة يجب على البائع أن يودع إقرارا . إذا لم يكن قد قام بذلك . إلى قابض إدارة الضرائب مع أداء الضريبة المستحقة إن اقتضى الحال، وذلك وفق مقتضيات المادتين 23 و 173 من المدونة العامة للضرائب، وفي حالة العكس فإن مفتش الضرائب سيقوم بفرض الضريبة بكيفية تلقائية بعد سلوك المسطرة المنصوص عليها في المادة 228 من نفس المدونة.

2 - الحالة الثانية: إذا قام البائع داخل المدة المحددة قانونا باسترداد المبيع ورد الثمن إلى المشتري بعدما انتفع هذا الأخير بالشئ المبيع واستعمله واستغله وفق أشكال الانتفاع والاستعمال والاستغلال المتوافقة مع طبيعته كزراعة الأرض والانتفاع بغلها وجني ثمارها وإيجار المساكن والدور والمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال والانتفاع بأجرتها وعائداتها المادية إلى غير ذلك من أوجه الاستعمال والاستغلال والانتفاع المشابهة والمماثلة.

في هذه الحالة هل تفرض الضريبة على مجرد تفويت استعمال واستغلال العقار دون التصرف فيه، مع العلم أن حق التصرف يكون إما ماديا كتغيير الشئ في شكله أو هندسته أو معالمة أو القيام بعمليات بناء أو هدم أو غرس أو تجهيز... أو قانونيا كبيعته أو هبته أو مقايضته أو تقرير حق عيني عليه؟

إن حقي الاستعمال والاستغلال ركنين أساسيين من أركان حق الملكية الذي يُخول صاحبه حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبالتالي فإن الضريبة يجب أن تفرض فقط على تفويت الاستعمال والاستغلال دون التصرف، لأن التصرف لم يتحقق نتيجة مباشرة للبائع لحقه في استرداد المبيع ورد الثمن إلى المشتري.

كانت هذه هي الالتزامات الملقاة على عاتق البائع اتجاه المشتري أثناء مرحلة الاسترداد، فما هي إذن الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير اتجاه البائع في نفس المرحلة؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: واجبات المشتري بعد الاسترداد.

ممارسة البائع لحق الاسترداد يترتب في ذمة المشتري الالتزام برد المبيع وملحقاته بالإضافة إلى الثمار التي قبضها من تاريخ دفع الثمن أو إيداعه (أولاً) على أن التساؤل يبقى مطروحاً حول مدى مسؤولية المشتري عن تعيب المبيع أو هلاكه (الذي سيكون موضوع الجزء الثاني)

أولاً - رد المبيع وملحقاته:

قلت فيما سبق، أن بيع الثنیا سمي بأسماء عدة و من بينها بيع الأمانة، لذلك فالمبيع في يد المشتري وفاء كالأمانة يحافظ عليه حتى يرده إلى البائع حال مطالبته بالاسترداد وأداء ما عليه من التزامات .

وباستقراء الفصل 596 من ق.ل.ع نلاحظ انه ينص في فقرته الثانية على أن من واجب المشتري بالثنیا أن يرد للبائع :

(1) الشيء وكل الزيادات الطارئة عليه بعد البيع.

(2) الثمار التي قبضها من تاريخ دفع الثمن أو إيداعه.

فكما هو معلوم، بيع الثنیا يرد على المنقولات كما يمكن أن يرد على العقارات، وهو الشيء المقصود في الفصل أعلاه. وبمجرد ما يرد البائع الثمن إلى المشتري، يجب على هذا الأخير أن يرد إليه المبيع وملحقاته؛ أي يجب عليه أن يتخلّى عنه هو أو من ينوب عنه ووضعه تحت تصرف البائع أو نائبه وتمكينه منه وذلك بالحالة التي كان عليها وقت البيع دون زيادة أو نقصان بمشتملاته كافة، وإذا ما حصل العكس فعلى المشتري التعويض طبقاً للقواعد العامة .

وعليه، فإذا ما كان المبيع عقاراً وجب على المشتري التخلي عنه لفائدة البائع، أو عن طريق تسليم مفاتيحه إذا كان من المباني²⁵⁰.

²⁵⁰ راجع الفقرة الأولى من الفصل 500 من ق.ل.ع

شفيق أستيتو

وأما إذا كان المبيع منقولاً فإن تسليمه يتم عن طريق المناولة اليدوية أو بتسليم مفاتيح الصندوق أو المنزل أو الشقة أو غيره من الأماكن التي قد يكون المبيع المنقول موضوعاً فيها، " أو بأي وجه آخر جرى به العرف".²⁵¹

وأما فيما يتعلق برد ملحقات المبيع وتوابعه التي يتعين تسليمها مع الشيء المبيع فقد بسط المشرع المغربي أحكامها في الفصول 517 إلى 531 من ق.ل.ع.

فبخصوص العقارات، فقد خصص لها المشرع عدة فصول: إذ في الفصل 517 من ق.ل.ع نجد أن بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار، و يشمل أيضاً المزروعات التي لم تنبت والثمار التي لم تعقد و في الفصل 518 من ذات القانون عرض لبيع البناء الذي يشمل الأرض التي أقيم عليها كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب و النوافذ و في الفصل 519 قرر أن بيع العقار يشمل تسليم الخرائط وتقدير المصروفات و الحجج و الوثائق المتعلقة بالملكية...

وعن المنقولات، فيلاحظ أن المشرع الغربي لم يحدد بصورة مفصلة توابعها، إلا أن هناك بعض الأمثلة كالفصل 523 من ق.ل.ع الذي قرر فيه أن بيع الحيوان يشمل صغيره الذي يرضعه و الصوف أو الوبر أو الشعر المتهى للجز...

وفي المقابل، للمشتري حق الحبس ضماناً للمدفوعات المستحقة له .

وعلى ذلك، ليس للبائع الحق في أن يجبر المشتري على تسليم المبيع إذا لم يقيم بوفاء هذا الواجب، والحكمة في ذلك هي الرغبة في إكراه البائع على الإسراع في هذه المبالغ...

وكنتيجة يمكن أن اختتم بها هذا المطلب . آثار بيع الثنيا بعد الاسترداد . هو أن البائع يسترد المبيع خالياً من كل ما يثقله من حق أو رهن رتبه عليه المشتري، اللهم ما كان من الأكرية المبرمة بدون غش وهو ما نص عليه الفصل 598 من ق.ل.ع بما يلي: "إذا استرد البائع العين تنفيذاً لشرط الاسترداد، ترتب على ذلك رجوعها إليه خالية من كل ما عسى أن يكون المشتري قد حملها من تكاليف ورهون رسمية، ولكن البائع يلتزم

²⁵¹ الفقرة الثانية من الفصل 500 السالف الذكر

شفيق أستيتو

بتنفيذ عقود الاكزية التي ابرمها المشتري بدون غش إذا كانت مدتها لا تتجاوز الأجل المشترط للاسترداد، وكان تاريخها ثابتاً".

وقد يتسائل البعض، لماذا يلتزم البائع بعقود الإجارة دون غيرها؟ فذلك لان الإجارة ليست عملاً من أعمال التصرف وإنما هي عمل من أعمال الإدارة، وللمشتري في فترة الاسترداد الحق في وضع يده على المبيع و الانتفاع به فلا بد من السماح له بأعمال الإدارة التي يقتضيها انتفاعه؛ لأننا لو حرمانه من حق التأجير أو أسقطنا الإيجارات التي يعقدها، لما أمكنه أن يستفيد من المبيع ولتعذر عليه أن يجد مستأجراً يقدم على استئجاره وهو عالم بان عقده مهدد بالفسخ في كل لحظة²⁵².

فالبائع إذن، يسترد المبيع داخل الأجل القانوني أو الاتفاقية وان كان مثقلاً بكراء، أما إذا كان المبيع أرضاً زراعية وزرعها المشتري أو إكراها لأحد من الغير وقام بزراعتها، ثم استردها البائع خلال السنة الزراعية، فان المشتري يستمر في وضع يده على تلك الأرض حتى نهاية السنة الزراعية، دون الأخذ في الاعتبار بالأجل المحدد لاستعمال حق البائع في استرداد الأرض الزراعية، وإنما يتعين على المشتري أن يدفع كرائها حسبما يقدره أهل الخبرة، وذلك عن المدة ما بين تاريخ حصول الفسخ والذي بموجبه يحق للبائع استرداد تلك الأرض، ونهاية السنة الزراعية، وهذا ما نص عليه الفصل 599 من ق.ل.ع بقوله: " إذا ورد بيع الثنيا على أرض زراعية ، وزرعها المشتري بنفسه أو أكرها لأحد من الغير قام بزراعتها، ثم حصل الاسترداد من البائع خلال السنة الزراعية كان للمشتري الحق في الاستمرار في وضع يده على الأجزاء المزروعة حتى نهاية السنة الزراعية، في مقابل دفع كرائها، حسبما يقدره أهل الخبرة، عن المدة ما بين حصول الفسخ ونهاية تلك السنة".

ثانيا - مسؤولية المشتري عن هلاك أو تعيب المبيع:

عالج المشرع المغربي هذه النقطة من خلال الفصل 597 من ق.ل.ع الذي يقضي بما يلي : " يسال المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطاه

²⁵² عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى و محاكم النقض العربية، المكتبة القانونية، طبعة 1988، ص: 521.

شفيق أستيتو

أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما انه يسال عن التغييرات التي ترتبت عنها تحول الشئ تحولاً أساسياً إضراراً بالبائع.

ولا يسال المشتري عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة²⁵³، و لا عن التغييرات اليسيرة التي لحقت الشئ، وليس للبائع في هذه الحالة طلب إنقاص الثمن".

لذلك، فكيفما كان المبيع، فان المشتري ملزم بتسليمه للبائع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فلا يستطيع البائع أن يستبدل به شيئاً آخر، والبائع ملزم بالا يحدث أي تغيير في المبيع لا بالزيادة ولا بالنقصان، و يلتزم تبعاً لذلك بالمحافظة على المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام عقد البيع إلى حين انتهاء حق ممارسة الاسترداد من طرف البائع.

وترى إحدى الآراء²⁵⁴، انه لتحديد ما إذا كان المشتري قد سلم المبيع ثنيوياً وفق الحالة التي كان عليها يجب إعمال معيار الرجل العادي ، وذلك حتى يتم التأكد مما إذا كان المشتري قد بذل في المحافظة على المبيع عناية هذا الرجل ، وعلى ضوءه إذا هلك المبيع أو تعيب بفعل المشتري أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذي تلزمه المسؤولية عنهم وقعت تبعة الهلاك على عاتقه تطبيقاً للفصل أعلاه، وكان من حق البائع . تطبيقاً للقواعد العامة (الفصل 513 من ق.ل.ع) . أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في القيمة.

ومن ثم إذا وجد نقص في المبيع، فان حكمه يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين، فإذا وجد اتفاق خاص بسببه وجب إعمال الاتفاق، وإذا لم يوجد الاتفاق يتم الرجوع إلى العرف، وإذا لم يوجد العرف أصلاً كان الخيار للمشتري بين فسخ العقد أو إنقاص الثمن اعتماداً على ما أوجبت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 527 من ق.ل.ع.

²⁵³ للاطلاع حول مفهوم القوة القاهرة والظروف الطارئة يراجع، محمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1993 .

²⁵⁴ سليمان مرقس، في العقود المسماة، عقد البيع، م س، ص: 486 .

خاتمة:

لا شك أن بيع الثنيا لم يظهر عبثاً أو سدى، بل ظهر نتيجة للحاجة والضرورة اللتين جعلتا الناس يتعاملون به، باعتباره بيعاً من بيوع الشروط يحقق منافع وفوائد متبادلة بين الطرفين.

وهكذا رأينا أن المشرع المغربي كان حريصاً على تنظيم أحكامه، ووضع له قواعدا تتفق مع طبيعته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود بصفة عامة، وعن باقي أنواع البيع بصفة خاصة.

ولاحظنا، من خلال استعراضنا لأحكام هذا العقد، مدى عناية المشرع المغربي بالجوانب المختلفة في بيع الثنيا، ومدى حرصه على عدم التضحية بمصلحة طرف على حساب الطرف الآخر، حتى لا يتخذ هذا البيع وسيلة للإضرار بأحد طرفيه، وهو . أي هذا الاهتمام . ما لم أجده من طرف فقهاء القانون الوضعي، إذ جل الدراسات التي اطلعت عليها تركز على شرح أحكامه من خلال الفصول المنظمة له، مقابل القفز على إشكالية التكييف أو الطبيعة القانونية والاكتفاء بالتلميح فقط لبعض نقاطها.

ولا شك أن القانون المغربي، وهو يسير على هذا النهج، قد حاول تفادي ما رأيناه من عيوب لبيع الثنيا، أو على الأقل حاول التقليل من مخاطره، حتى لا يكون ستارا لأي تلاعب أو استغلال أو غبن، حيث قضى في الفصل 600 من ق.ل.ع بما يلي: "إذا سمي الاتفاق (بيع الثنيا) مع كونه يتضمن في الحقيقة رهنا، فإن آثار هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازي للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقا لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير، إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازي على منقول أو الرهن الرسمي".

لكن، ورغم ذلك فبيع الثنيا يحمل عدة مخاطر منها:

1 - ضياع الملك على الطرف البائع المقترض إذا هو لم يسترجع ملكه داخل الأجل الاتفاقي أو القانوني.

2 - انه من العقود الصورية ذلك كونه يخفي قرضا مضمونا برهن حيازي، الذي هو محرم شرعا و قانونا.

3- انه يبقى معلقا على شرط فاسخ، ويترتب على وجود هذا الشرط حالة عدم الاستقرار لأنه أثناء قيام هذا الشرط يكون الشيء مملوكا لشخصين ومن شأن هذه الوضعية إحجام الغير عن التعامل مع المشتري بخصوص المبيع.

4- كما انه من شأن هذا الشرط الفاسخ عدم الاعتناء بالمبيع، لان المشتري يعلم مسبقا بإمكانية استرداده من طرف البائع وبالتالي عدم الاستقرار في التصرف.

5- وأخيرا ينبغي أن لا نهمل بعض النزاعات الممكن أن تثار بين المشتري والبائع إذا كان المبيع أرضا زراعية.

وأمام هذه المخاطر التي تشوب بيع الثنيا وما قد يتحمله، لا يسعنا إلا أن نناشد الفقه الذي يدافع عن فكرة ضرورة إلغاء المشرع المغربي للفصول المنظمة له . من 585 إلى 600 من ق.ل.ع . ومن ثمة الاكتفاء بأحكام الرهن الحيازي أو الرهن الرسمي وذلك أسوة بما فعله كل من المشرع السوري والمصري والليبي والتونسي.

الملحق

المراجع المعتمدة

المراجع باللغة العربية:

أولا - المؤلفات:

-  ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، كتاب البيوع، دون ذكر الطبعة والسنة.
-  ابن جزى، القوانين الفقهية ، دار الكتاب العلمية بيروت، دون ذكر الطبعة والسنة.
-  ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات.
-  ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، دون ذكر الطبعة والسنة.
-  ابن ماجة، السنن.
-  ابن منظور الافريقي، لسان العرب، الطبعة الأولى سنة 1997 دار صادر بيروت.
-  ابن منظور، لسان العرب.
-  أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المالكي، البهجة في شرح التحفة.
-  ابو الوليد ابن رشد ، البيان والتحصيل (ت520 هـ) الطبعة الاولى، دار الغرب الاسلامي 1408هـ/1988م .
-  ابي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي، شرح حدود ابن عرفة، دون ذكر مكان النشر، طبعة 1992.
-  ابي قاسم محمد بن احمد بن جزى الكلبي ، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه محمد امين الضاوي، ، دار الكتب العلمية.
-  احمد الحمزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة الطاهر، ج 1 ، دار الفكر .
-  احمد نجيب الهاللي بك، شرح القانون المدني في عقود البيع و الحوالة والمقايضة، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، طبعة 1939 .

- ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام .
نظرية العقد، دون ذكر مكان الطبعة ،طبعة 1416هـ-1996 م.
- الأمير علاء الدين علي بن لبنان الفارسي، الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان، دون ذكر الطبعة والسنة.
- أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، البيع المقايضة الهبة الشركة القرض والدخل الدائم الصلح، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
- تحفة الحكام بشرح احكام الحكام للعلامة المحقق الموفق ذي التحقيق الوافي الشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي الغرناطي (ت 829 هـ) فيما يلزم القضاة من الاحكام في مذهب الامام مالك بن انس رضي الله عنه " الطبعة الاولى، دار الرشاد الحديثة ، الدار البيضاء، 1411 هـ / 1991 م .
- حاشية الدسوقي على الدردير .
- حاشية الدسوقي والشرح الكبير ، الجزء الثالث.
- الحسن العبادي ، البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة ، دون ذكر مكان النشر ، طبعة 2002/2003 .
- الحسن العبادي ، فقه النوازل في سوس ، قضايا و اعلام من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشر هجري، منشورات كلية الشريعة باكادير ، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، دون ذكر السنة.
- الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا واعلام، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، دون ذكر السنة.
- الحسين بلحساني ، البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة ، طبعة 2002/2003.
- الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دون ذكر الطبعة والسنة.

- خالد عبد الله عيد، العقود المسماة و وفقا لاحكام قانون الالتزامات و العقود المغربي، الجزء الأول، أحكام عقد البيع، دون ذكر مكان الطبعة، طبعة 1984-1985 .
- الدارقطني في سننه .
- زهدي يكن، عقد البيع ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا بيروت، دون ذكر الطبعة والسنة.
- زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت 970 هـ)، البحر اللائق ، شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية 8/6-9 بتصرف ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت -لبنان، دون ذكر السنة.
- سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول عقد البيع، مطبعة عالم الكتب، الطبعة الرابعة 1980 .
- سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ،مطبعة نهضة مصر بالجالة، طبعة 1955.
- سمير عبد السيد تتاغو، عقد البيع ، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية. سنن الترمذي.
- شرح العلامة عبد السلام بن سيدي محمد الهواري لوثائق الفقيه النوازلي سيدي محمد بن احمد بن حمدون بناني ، الشركة المغربية ، شارع السبطين، فاس ، طبعة 1949.
- شرح النووي على مسلم.
- شرح منتهى الارادات ، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والسنة.
- عبد الرحمان مصلح الشراي، الشرط والاجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة الامنية-الرباط، طبعة 2004.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية ،المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، طبعة 1960 .

- عبد السلام احمد فيغو ، عقد البيع ، طبعة 2002. 
- عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات و العقود بقضاء المجلس الأعلى و محاكم النقض العربية، المكتبة القانونية، طبعة 1988. 
- عبد العلي العبودي، الحيازة فقها و قضاء، مطبعة المركز الثقافي العربي، طبعة 1996 . 
- عبد الله الدرقاوي، احكام عقد البيع، مطبعة دار القلم، طبعة 2005 . 
- علي بن عباس الحكمي ، البيوع المنهي عنها نصا في الشريعة الاسلامية واثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان ، طبعة 1410 هـ -1990 م. 
- عمر بن عبد الكريم الجديدي ، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب ، دن ذكر مكان وتاريخ الطبعة . 
- الفتاوى الهندية. 
- الكافي، احكام الاحكام على تحفة الحكام، دون ذكر الطبعة والسنة. 
- مامون الكزبري ، التشريع العقاري، ج 1، طبعة 1949. 
- مجلة الاحكام العدلية. 
- محمد العروصي ، المختصر في بعض العقود المسماة البيع والمقايضة والكراء، طبعة 2005 . 
- محمد العلوي العبادي ، الاموال في الفقه المالكي ، مطبعة افريقيا الشرق، 1991. 
- محمد الكشور، رقابة المجلس الاعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، 1422-2001، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء. 
- محمد الكشور، القسمه الفضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1416 - 1996. 
- محمد الكشور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1993 . 

- محمد المختار السوسي ، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية ، منشورات كلية الشريعة باكادير ، سلسلة كتب تراثية 1 ، طبعة 1995 .
- محمد المهدي الوزاني ، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية ، الجزء الثالث ، دون ذكر مكان الطبعة ، طبعة 1413 هـ -1993م.
- محمد الوفا ، ابرز صور البيوع الفاسدة "بيوع الربا والعرايا والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، طبعة 1984.
- محمد بونبات ، العقود المسماة البيع و الكراء ، سلسلة الكتب ، العدد الثامن ، طبعة 1997 .
- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، تاريخ الطبعة غير مذكور.
- محمد شتا ابو سعد ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية.
- محمد شليح ، مرشد الحيران الى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود ، مكتبة الجامعيين ، طبعة 2004.
- محمد عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، حاشية ابن عابدين ، ج 4 ، دار احياء التراث العربي ببيروت.
- محمد محجوبي ، خالد بنيس ، الوجيز في العقود المسماة في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي ، الجزء الأول ، عقد البيع و عقد الكراء ، الطبعة الأولى 1996/1997 .
- محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، مطبعة دار الثقافة ، طبعة 2004 .
- محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، دون ذكر مكان وتاريخ الطبعة.

- مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت احكام البيع المنضود
في القانون المغربي للالتزامات والعقود ، مكتبة الجامعيين ، طبعة 2004 .
- مسلم، كتاب الهبات.
- موفق الدين ابي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي
الدمشقي الصالحي الحنبلي(541هـ -620هـ)، المغني، تحقيق د .عبد الله بن
المحسن التركي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، الطبعة الرابعة 6 / 166
دار عالم الكتب 1419 هـ / 1999 م .
- ميارة الفاسي ، شرح ميارة لتحفة ابن عاصم ، الجزء الثاني ، دار الفكر.

ثانيا - الأطروحات والرسائل:

- امينة ناعمي ، الشرط في القانون المدني المغربي، اطروحة لنيل الدكتوراه في
القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية عين الشق ، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 2006-2007.
- ثرية اقصي ، المعاملات المحرمة في البيع في الفقه المالكي، رسالة دبلوم
الدراسات العليا المعمقة، اشراف الدكتور لحسن البيهي، وحدة فقه المعاملات،
جامعة القرويين كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1999 م-2000 م.
- الجابري عبد الجليل، عمليات الاستحفاظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في
قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2008-2009.
- حليمة بن حفو، نظرية الاستحقاق "دراسة مقارنة" اطروحة لنيل الدكتوراه في
القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية
والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2008/2009 .
- الزهرابي خالد، الشفعة في البيوع بين الفقه المالكي والتقنين المغربي، بحث
نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية وزارة
العدل، 1994/1996 .

عبد الرفيع بن طاهر، الشروط واثرها في عقود المعاملات "عقد البيع نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة الإسلامية، شعبة فقه المعاملات، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 2001-2002.

عبد الكريم السالمي، بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2002 / 2003 .

عبد الكريم السالمي، بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2002 / 2003 .

محمد البوعزاوي ، المقنع في عقد الشروط لابي جعفر احمد بن مغيث الصدفى الطليطلي . ت 459 هـ، دراسة وتحقيق، اطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، وحدة الاحوال الشخصية و التبرعات، جامعة القرويين، كلية الشريعة بفاس.

ثالثاً - المقالات والمداخلات عبر ندوات ومحاضرات:

جميل صبحي برسوم، بيع الثنيا، مجلة الميادين، وجدة ، العدد 02، طبعة 1987.

جميل صبحي برسوم، بيع الثنيا، مجلة الميادين، وجدة، العدد 02، طبعة 1987.

عبد الرحمان بلعكيد، محاضرات في اثار البيع القيت على طلبة السنة الأولى من السلك الثاني، شعبة القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الدراسية 1999/2000.

عبد السلام حادوش، مدى اوجه التشابه بين الثنيا والاقالة وبين الرهن، مجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد 4 .

عبد العزيز بن محمد بن عثمان الريش، مجلة المجمع الفقه الاسلامي، السنة 13 ، العدد 15 ، طبعة 2002.

المجلة العثمانية.

مجلة القضاء و القانون، العدد 139.

محمد الكشور، بيع الثنيا ، مجلة المناهج ، العدد 04.

محمد جميل برسوم، الرهن وبيع الثنيا : بحث في التسمية والمضمون وعلاقتها بالعمل السوسي " مجلة المذهب المالكي : عدد 02 ، طبعة 2006.

محمد جميل صبحي برسوم ، الرهن وبيع الثنيا ، بحث في التسمية والمضمون وعلاقتها بالعمل السوسي ، مجلة المذهب المالكي ، انزكان ، عدد 02 ، طبعة 2006.

محمد جميل صبحي برسوم ، بحث في التسمية والمضمون وعلاقتها بالعمل السوسي ، مجلة المذهب المالكي ، انزكان ، عدد 02 ، طبعة 2006.

محمد خيرى، بيع الثنيا، محاضرات في مادة الضمان، ماستر القانون المدني المعمق، الفصل الثالث، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . عين الشق الدار البيضاء، الموسم الجامعي 2009/2008 .

الوالي المفضل، محاضرات في قانون المسطرة المدنية، مسلك القانون الخاص وحدة القانون الاجرائي، الفصل الرابع، السنة الجامعية 2007/2008.

المراجع باللغة الأجنبية:

Alain benabent, droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7è édition, montchrestien.

Gilles KOLIFRATH et Thomas Journel .Marchés monétaire et obligataire. Revue banque édition .PARIS, 2002.

-  GREVISSE , le bon usage , par A.Goosse, éd.Duculot , 13 éd,1993.
-  Jaques Ghestin, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, DELTA, GGDJ,presses universitaire de france, paris.
-  Mohamed Azzedine BERRADA : "Les techniques de banque de crédit et de commerce extérieur au Maroc", Editions SECEA, 5éme Edition, 2007.
-  Memento du 22/07/2009 par Maître –jean-louis Falcous, avocat à PARIS, sur le site web:
-  Petit Larousse illustré , sens N 01.
-  Ph.MALAUURIE et L.AYNES ,droit civil ,les contrats spéciaux ,cujas,7e éd.,1993.
-  Si Mohamed ben Abderrahman EL Arraki, vend sous réserve de réméré(délai de DEUX ans,commençant le 18 OKTOBRE 1955 et expirant le 17 OKTOBRE 1957).
-  trimestrielle de droit commercial et de droit économique. Paris.N'01 1993.

ثالثا - المواقع الالكترونية:

 المختار السريدي مفتش إقليمي للضرائب، بيع الثنيا بين القانون الجبائي وقانون الإلتزامات والعقود، مقال منشور على الموقع الالكتروني : <http://www.startimes2.com/f.aspx> كما تم تصفحه بتاريخ: 2009/12/23 .

موسوعة الفتاوى ، فقه المعاملات ، البيع ، انواع البيع ، البيع غير الصحيح
 ، فتوى رقم 96958 حول حكم بيع الوفاء ، مشار اليها في الموقع الالكتروني
<http://www.islamweb.net> كما تم تصفحه بتاريخ 20/03/2010 .

واحة مصطلحات القانون المدني، اعداد، وترجمة ايمن السباعي ، الموقع
 الالكتروني: <http://www.egyforums.com/vb/member:>

يوسف الفراج، ملتقى الاخبار العقارية ، بيع العقار وفاء ، ، الموقع
 الالكتروني <http://www.hosting-ksa.ma> كما تم تصفحه بتاريخ
 2010/01/02 .

 Bertin KEMBOU YEMELE , les garanties de crédits
 bancaires au Cameroun , Mémoire de DEA , Droit des
 affaires , université de DOUALA , FSJP , 2003-2004 , sur le
 site internet: <http://www.memoireonline.com>.

 <http://www.vnteenremere.com/définitin-du-réméré>.

الفهرس

1	مقدمة.....
6	الفصل الأول: الأحكام العامة لبيع الثنيا.....
7	المبحث الأول: ماهية بيع الثنيا.....
7	المطلب الأول : تعريف بيع الثنيا، نشأته وخصائصه.....
7	الفقرة الأولى: تعريف بيع الثنيا.....
7	أولا - التعريف اللغوي والاصطلاحي لبيع الثنيا:.....
7	1 - التعريف اللغوي:.....
9	2 - التعريف الاصطلاحي لبيع الثنيا:.....
13	ثانيا - تعريف التشريعات العربية لبيع الثنيا:.....
14	الفقرة الثانية : نشأة بيع الثنيا.....
16	الفقرة الثالثة: خصائص بيع الثنيا.....
16	أولا - بيع الثنيا من البيوع الرضائية:.....
17	ثانيا - بيع الثنيا من العقود المؤقتة:.....
17	ثالثا : بيع الثنيا من العقود الائتمانية.....
17	رابعا : بيع الثنيا من العقود الموصوفة.....
18	المطلب الثاني: تمييز عقد بيع الثنيا عن غيره من العقود، عيوبه ومزاياه.....
18	الفقرة الأولى: تمييز عقد بيع الثنيا عن غيره من العقود.....
18	أولا : تمييز بيع الثنيا عن عمليات الاستحفاظ.....
20	ثانيا - تمييز بيع الثنيا عن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية:.....
22	ثالثا - تمييز بيع الثنيا عن الرهن:.....
26	رابعا - تمييز بيع الثنيا عن بيع الخيار:.....
27	خامسا - تمييز بيع الثنيا عن الاقالة:.....
29	الفقرة الثانية : بيع الثنيا ، مزاياه و عيوبه.....
29	أولا - مزايا بيع الثنيا:.....
29	ثانيا - عيوب بيع الثنيا:.....

شفيق أستيتو

- 30المبحث الثاني: بيع الثنيا في الفقه الإسلامي.
- 31المطلب الأول : حكم بيع الثنيا في الفقه الإسلامي.
- 31الفقرة الأولى : حكم بيع الثنيا في المذهبين الحنفي و المالكي.
- 31أولا - حكم بيع الثنيا في المذهب الحنفي:
- 33ثانيا - حكم بيع الثنيا في المذهب المالكي:
- 35الفقرة الثانية: حكم بيع الثنيا في المذهب الشافعي والحنبلي.
- 37المطلب الثاني: طبيعة و نوازل بيع الثنيا في العرف السوسي.
- 38الفقرة الأولى: طبيعة بيع الثنيا.
- 42الفقرة الثانية : نوازل بيع الثنيا في سوس.
- أولا - فتوى احمد بن محمد بن داوود احوزي الهشتوكي حول بيع الثنيا، وهو
- 42البيع المشترط في نفس عقده الإقالة إما قولاً أو عرفاً :
- ثانيا - فتوى محمد المهدي الوزاني العمراني حول مدى إمكانية ممارسة
- 43الورثة لشرط الاسترداد بعد مرور المدة المتفق عليها:
- 44ثالثاً - فتوى العلامة الجشتيمي حول طبيعة بيع الثنيا:
- رابع - فتوى احمد الجزولي حول جواز منع أولاد المشتري لأبناء البائع من
- استرداد بعض أملاك أبيهم قبل أن يؤديوا لهم الدين الذي ترتب في ذمة أبيهم قبل
- 44وقوع البيع:
- 46الفصل الثاني: انعقاد بيع الثنيا.
- 47المبحث الأول: أركان بيع الثنيا وشروطه.
- 47المطلب الأول : أركان بيع الثنيا.
- 48الفقرة الأولى : التراضي.
- 49الفقرة الثانية : المبيع.
- 52الفقرة الثالثة: الثمن .
- 53المطلب الثاني: الشرط في بيع الثنيا.
- 53الفقرة الأولى: في ماهية الشرط و أنواعه.
- 54الفقرة الثانية : في اشتراط رخصة الاسترداد.

شقيق أستيتو

- المطلب الثالث: حق الاسترداد..... 58
- الفقرة الأولى: الأشخاص المؤهلون لممارسة حق الاسترداد..... 58
- أولا - البائع وورثته:..... 58
- ثانيا - دائنو البائع: 60
- ثالثا - المتنازل لهم عن الاسترداد:..... 61
- الفقرة الثانية : الأشخاص المطالبين بالاسترداد..... 62
- أولا - المشتري الأول والثاني: 62
- ثانيا - ورثة المشتري:..... 64
- الفقرة الثالثة: مدة الاسترداد..... 65
- الفقرة الرابعة : مسطرة ممارسة شرط الاسترداد..... 68
- أولا - الاسترداد بناء على طلب عادي: 68
- ثانيا - الاسترداد بناء على دعوى قضائية:..... 74
- المبحث الثاني: آثار بيع الثنيا..... 75
- المطلب الأول: آثار بيع الثنيا قبل اجل الاسترداد..... 76
- الفقرة الأولى: حقوق المشتري أثناء اجل الاسترداد..... 76
- أولا - المطالبة والتنفيذ الجبري:..... 77
- ثانيا - التصرف في الحق:..... 78
- ثالثا - مباشرة دعاوى الملكية و الحيازة:..... 78
- رابعا - الأخذ بالشفعة:..... 79
- خامسا - تطهير العقار:..... 81
- سادسا - طلب القسمة:..... 82
- الفقرة الثانية: حقوق البائع أثناء اجل الاسترداد..... 83
- المطلب الثاني: آثار بيع الثنيا بعد الاسترداد..... 85
- الفقرة الأولى: واجبات البائع بعد الاسترداد..... 85
- أولا - أصل الثمن:..... 86
- ثانيا - رد المصاريف:..... 87

شففق أفتفتو

90	الفقرة الثانية: واجبات المشتري بعد الاسترداد.....
90	أولا - رد المبيع وملحقاته:.....
92	ثانيا - مسؤولية المشتري عن هلاك أو تعيب المبيع:.....
94	خاتمة:.....
96	الملحق.....
97	المراجع المعتمدة.....
107	الفهرس.....