

مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع بين الفقه الإسلامي وقانون العقود والالتزامات المغربي



الدكتور بوزيد الغلي دكتوراه في الدراسات الإسلامية
من كلية الآداب جامعة محمد الخامس الرباط

تتأتى أهمية بيان مدى تبعية فروع أو توابع الحل وملحقاته منقولا كان أو عقارا من كونها تندرج ضمن أهم قواعد التسليم والتسلم في عقد البيع فضلا عن كونها غالبا قد تكون موضوع تنازع بين طرفي العقد البيع عند التسليم أو بعده ،

ونظرا لأهمية مسألة الفروع والملحقات ومدى تبعيتها لأصلها وشمول العقد لها ، فقد حظيت بوافر عناية أنظار فقهاء الشريعة والقانون ، وسنحاول فيما يأتي أن نسلط بعض النور على ما تمخض عنه النظر الفقهي والتشريعي في المسألة ، وذلك وفق الترتيب الآتي :

أولا : مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع بين الفقه الإسلامي:

ذكر الزركشي في المنشور بعض تطبيقات تبعية التابع للمتبوع أو الأصل للفرع حيث قال:

" - التابع لا يفرد :

من فروعه : (أنه) يملك عرصة الدار ببناء الدار.

ومنه : يدخل الحمل في بيع الأم، ولو باع الحمل لم يصح. نعم لو أعتقه صح، (و لو) لم تعتق الأم لأنها لا تتبعه بخلاف العكس.

- التابع يسقط بسقوط المتبوع :

- التابع لا يتقدم على المتبوع ... كما لو باع بشرط الرهن، فقدم لفظ الرهن على البيع لا يصح
"1.

و قال السيوطي في الأشباه والنظائر :

" التابع تابع : يدخل في هذه العبارة قواعد ، الأولى (أنه لا يفرد بالحكم، لأنه إنما جعل تبعاً ...
ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها فلا يفرد بالبيع "2.

ويتخلص من هذين النصين أن تبعية الفروع للأصول قاعدة مؤهلة مؤصلة عند الفقهاء،
وتندرج تحتها صور وتطبيقات ورد ذكر بعضها أعلاه، بيد أن السؤال الذي يفرض نفسه هو: هل
هذه القاعدة عامة مطردة ، أم أن الأمر لا يخلو من استثناءات معينة ؟.

للإجابة عن هذا السؤال الهام يتعين الاستهداء - في تقديري - بهذا التفصيل الذي ورد عند
الزركشي في المنثور:

" التبعية ضربان :

أحدهما : مع الاتصال بالمتبوع ، فيلتحق به (التابع) لتعذر انفراجه عنه كذكاة الجنين ذكاة أمه ...
وكذلك تبعية الحمل في العتق والبيع وتبعية المغرس للأشجار والأس للدار .

والثاني : بعد الانفصال كالصبي إذا أسير معه أحد أبويه ، فإنه يتبعه وإن كان منفصلاً عنهما "3
يظهر من خلال هذا الكلام، أن عتبة الجواب عن السؤال الآنف الذكر، هي إدراك طبيعة علاقة
الفرع بالأصل هل هي علاقة اتصال أم علاقة انفصال.

* حالة اتصال التابع بالمتبوع :

إذا كان الفرع والأصل يشكلان وحدة متلاحمة، بحيث يصعب الفصل بين الأجزاء المكونة لها
كالجنين في بطن أمه، فإن عبارات الفقهاء تكاد تجمع على أن الفرع يتبع الأصل ويتخذ حكمه. فإذا
انتقل الأصل من ملكية صاحبه إلى ملكية غيره بمقتضى عقد البيع مثلاً، فإن الفرع ينتقل أيضاً
بانتقال أصله، فالأشياء المتصلة بالعقار اتصال قرار تنتقل بمقتضى العقد على العقار من البائع إلى
المشتري ، كما أن الثمار غير المأبورة تسلم إلى المشتري الذي انتقلت إليه ملكية أشجارها أو
أصولها . قال الشيرازي في هذا المعنى : " ثمرة النخل للحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية ... ثم
الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبعه "4 .

وقال أبو الحسن التسولي في المعنى ذاته : " وإذا كان في الشجرة ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر، فلا
يجوز للبائع استثناء ذلك، كالجنين في بطن أمه، وهو للمشتري بمقتضى العقد "5 .

وقال ابن مفلح : " كل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه
الأصل، وغير المؤبرة لمن انتقل إليه "6 .

¹ المنثور في القواعد ج 1 ص 235-236 .

² الأشباه والنظائر في الفروع السيوطي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص 81 .

³ المنثور في القواعد ج 1 ص 238-239 .

⁴ المهذب ج 1 ص 341 .

⁵ البهجة ج 2 ص 16 .

⁶ المبدع ج 4 ص 165 .

و لا ريب أن علة قياس الزرع الكامن والثمر غير المأبور على الحمل الكامن، هي كمونه وعدم ظهوره ، مما يعني ترده بين الوجود والعدم ، و ما كان كذلك فالعقد عليه يعد من باب الغرر نظرا لأن له خطر العدم ، ومعلوم أن الاتفاق الفقهي الحاصل بشأن انتقال ملكية الثمار غير المعقودة بانتقال ملكية أصلها ، يستند إلى فحوى الحديث الصحيح " عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلا قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع 1 " .

* حالة انفصال التابع عن المتبوع :

إذا كان الفرع منفصلا عن الأصل، فإن الأمر لا يخلو من حالتين مختلفتين من حيث الجملة في الحكم، فإما أن يكونا منفصلين، ولكن الفرع من مصلحة الأصل كما يعبر الفقهاء، أي أنه لا غنى عنه، كالسُّلم والدرج بالنسبة للبناء العلوي 2، فيعتبر من ملحقاته أو حقوقه التي تتبعه بنفس العقد. أما إذا لم يكن من مصلحته، فإن حكمه يختلف عن حكم سابقه، إذ قد لا يعتبر عند الفقهاء من توابع الأصل التي تلتحق به، كما هو الحال في صغير الحيوان، إذ يجيز بعض الفقهاء التفرقة بينه وبين أمه في العقد بحيث لا يشملها، خلافا للمقرر في الفصل 523 ق.ل.ع.م كما سيأتي بيانه. قال الإمام الشافعي في هذا المعنى : " فإن الناس لم يختلفوا في أن كل ذات حمل من بني آدم ومن البهائم بيعت، فحملها تبع لها، كعضو منها داخل في البيع بلا حصة في الثمن ، لأنه لم يزايلها، ومن باعها وقد ولدت ، فالولد غيرها ، وهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، فيكون قد وقعت عليه الصفقة " 3 .

و الواضح من كلام الإمام الشافعي أن التفرقة بين الأم وولدها جائزة - عنده - ما دام منفصلا عنها، سواء تعلق الأمر بالإنسان أم بالحيوان ، خلافا لبعض فقهاء المالكية والحنابلة الذين لا يجيزون التفرقة بين الأم الآدمية وولدها إلا بعد التأكد من استغنائه - ولو جزئيا - عن خدماتها وخاصة الرضاعة ، فقد اشترط ابن عاصم حصول الإثغار (وهو تمام نبات بدل روضعه كلها بعد سقوطها ، ولا يكتفي بنبات بعضها) 4 حيث قال :

امتنع التفريق للصغار من أمهم إلا مع الإثغار 5

قال التسولي موضحا معنى هذا النظم : " ... ومفهوم قول الناظم (من أمهم) أن التفرقة من الأب جائزة ، وفهم منه أيضا أن التفرقة في الحيوان البهيمة جائزة ، وبه صرح ابن سلمون قال : " و لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها الصغير بخلاف غيرها من الحيوان ... وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي " 6 . قال الخطاب في السيق نفسه : " ومن البيوع المنهي عنها البيع الذي يفرق بين الأم وولدها ، والأصل فيه ما أخرجه الترمذي عن أبي أيوب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :

¹ رواه مسلم في كتاب البيوع باب من باع غلا عليها ثمر رقم الحديث 1543 ص 156 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ج 5 طبعة 1995-1415

² أنظر في هذا المعنى : المذهب ج 1 ص 341.

³ الام تأليف محمد بن ادريس الشافعي (150-204 هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية (1403-1983 هـ) ج 4 ص 161.

⁴ البهجة ج 2 ص 44 .

⁵ المجموع الكبير من المتون - متن ابن عاصم

⁶ البهجة ج 2 ص 44 .

" من فرق بين الوالدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة 1 " ... قلت: هذه شاة وابنتها صغيرة معها ، فلا يجوز التفريق بينهما، فقد روى عيسى ابن القاسم في البهائم وأولادها مثل أولاد بني آدم ، و قال ابن ناجي في شرح الرسالة : والتفرقة جائزة في الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب. وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز ... وتأوله بعض شيوخنا بأن معناه أن التفرقة تعذيب لها، فهو من النهي عن تعذيب الحيوان 2 .

و الحاصل من تأمل مضامين المتون الفقهية السابقة ، أن أنظار الفقهاء اختلفت بشأن حكم التفرقة بين الام وصغيرها ، ويمكن أن نرد المختلفين إلى فريقين :

الفريق الأول : يرى جواز التفرقة بين الام وصغيرها، وهذه التفرقة جائزة خاصة ومقصورة على الحيوان البهيمي دون الإنسان عند ابن سلمون، وعامة شاملة لهما عند الإمام الشافعي الذي لا يرى حرجا في التفرقة بين الأم الأدمية و ولدها كما يظهر من كلامه الأنف الذكر.

الفريق الثاني : يرى عدم جواز التفرقة بين الحيوان وصغيره لاعتبارات شرعية وأخرى أخلاقية، واقصد بالاعتبار الشرعي ما ورد في الحديث أعلاه من نهى عن التفرقة بين الأم وولدها، أما الاعتبارات الأخلاقية فتنبعث من وجوب الرفق بالحيوان، وتتجسد فيما علل به البعض عدم جواز التفرقة بوصفها تعذيبا غير مشروع للحيوان. ومن المفيد الإشارة في هذا المقام إلى أن ابن سلمون قد قصر جانب النظر إلى هذه الاعتبارات الأخلاقية على الأدمي فذهب إلى القول بعدم جواز التفرقة بين الأم الأدمية وولدها خلافا للحيوان كما أسلفنا.

و إذا ما رمنا عقد مقايضة أو مقارنة في هذا الموضوع بين ما لمسنه عند الفقهاء من تنوع في الرأي واختلاف في الموقف من التفرقة بين الحيوان وصغيره، وما نجده مبثوثا في ثانيا الفصل 523 ق.ل.ع.م الذي صرح بأن بيع الحيوان يشمل :

1- صغيره الذي يرضعه.

2- الصوف أو الوبر أو الشعر المتهيء للجز.

نستخلص أن هذا الموقف يتفق إلى حد كبير مع موقف بعض فقهاء المالكية الذين لا يميزون التفرقة بين الحيوان وصغيره ، إلا إذا أصبح الصغير مستغنيا عن أمه بانتهاء فترة رضاعه وبقدرته على الرعي من أجل تحصيل قوته. فقد نقل الخطاب والتسولي رواية عن ابن القاسم مفادها أن التفرقة بين الحيوان و ولده لا تجوز، وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي 3 .

ويستشف من فحوى هذا الكلام، أن من يرى من الفقهاء عدم جواز التفرقة بين الحيوان وصغيره ، يقيم رأيه على علة مقبولة، وهي عدم جواز تعذيب الصغير بفصله عن أمه قبل أن يقوى على الاستقلال عنها والاستغناء عن خدماتها، ولعل المشرع المغربي قد نظر أيضا إلى هذا الجانب الأخلاقي ، فاعتبر أن الرضيع يلحق بأمه ويشمله العقد ، ويفهم من ذلك، أنه إذا حان فطامه عُد مستقلا عنها ، فلا يشملها العقد.

¹ سنن الترمذي - كتاب البيوع باب ماجاء في كراهية الفرق بين الاخوين او بين الوالدة وولدها في البيع رقم الحديث 1283.

² مواهب الجليل ج 4 ص 370 .

³ البهجة ج 2 ص 44 - مواهب الجليل ج 4 ص 370 .

قال السنهوري في هذا المعنى: "إن صغير الحيوان الذي يعد من ملحقاته هو الرضيع، أما إذا كان الصغير قد شب عن الرضاعة فلا يدخل في المبيع¹". وإلى هذا المعنى أشار ابن حزم حيث قال: "وجائز بيع الصغار حين تولد، ويجبر كلاهما على تركها مع الأمهات إلى أن يعيش دونها عيشا لا ضرر فيه عليها، وكذلك يجوز بيع البيض المحضونة، ويجبر كلاهما على تركها إلى أن تخرج وتستغني عن الأمهات²".

أما مسألة شمول بيع الحيوان الصوف أو الوبر أو الشعر المتهى للجز كما صرح بها الفصل الآنف الذكر، فإن قواعد الفقه الإسلامي القائمة على أن "التابع تابع" تقبل تبعية الصوف أو الوبر للحيوان المبيع، لكن يجدر التنبيه إلى أن جمهور العلماء قالوا ببطلان بيع الصوف على ظهر الغنم³، خلافا لسعيد بن جبير ومالك والليث وأبو يوسف الذين قالوا بجواز بيعه بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع، كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل⁴.

والحق أن النظر الفقهي الإسلامي قد أبعد النجعة، فتناول هذه المسألة تناولا يقي المكلفين من شر النزاع حول تكلفة ومصاريف جز الصوف أو الوبر إذا بيع على ظهر الحيوان. أي إذا بيع التابع منفردا دون المتبوع. قال ابن حزم في هذا السياق: "و من باع صوفا أو شعرا على الحيوان، فالجز على الذي له الصوف والشعر والوبر، لأن عليه إزالة ماله عن مال غيره...⁵".

ومن المفيد الإشارة في هذا المقام أيضا إلى أن ابن حزم ناقش حكم بيع فراخ الحمام ومدى تبعيتها لأصلها، حيث قال رحمه الله: "لا يحل بيع فراخ الحمام في البرج مدة مسملة كسنة أو ستة أشهر أو نحو ذلك لأنه بيع ما لم يخلق. وبيع غرر لا يدرى كم يكون... وإنما الواجب الحلال في ذلك بيع ما ظهر منها بعد أن يقف البائع أو وكيله، والمشتري أو وكيله عليها، وإن لم يعرفا أو أحدهما عددها أو يرها أحد ممن ذكرنا، فيقع البيع بينهما على صفة الذي رآها منهما، فإن تداعيا بعد ذلك في فراخ، فقال المشتري: كانت موجودة حين البيع فدخلت فيه، وقال الآخر: لم تكن موجودة حينئذ، ولا بينة، حلفا معا، وقضى بها بينهما، لأنها في أيديهما معا، فهي بيد المشتري بحق الشراء للفراخ التي في البرج، وهي بيد صاحب الأصل بحق ملكه للأصل من الأمهات والمكان، وبالله تعالى التوفيق، إلا إن كان المشتري قبض كل الفراخ، وعُرف ذلك، ثم ادعى أنه بقي له شيء هنالك، فهو للبائع وحده مع يمينه، لأنه مدعى عليه فيما بيده⁶".

وتتلخص من هذا الكلام النفيس فائدتان:

- أولاها: عدم جواز بيع الفراخ قبل أن توجد، لانه عقد احتمالي أو عقد غرر، وفي هذا يختلف الفقه لإسلامي مع نظرة القانون المدني عموما، إذ يبيح أن يكون العقود عليه محتمل أو ممكن الوجود ما عدا بعض الاستثناءات التي بسطناها في بحث يتعلق بنظرية العقد في الشريعة والقانون المدني.

¹ مصادر الحق ج 4 ص 585.

² - المحلى 8/ 458.

³ - البدائع 138/5.

⁴ - المجموع 328/9.

⁵ - المحلى 8/ 404.

⁶ - المحلى 8/ 408.

- ثانيتهما: جواز بيع الفراخ منفردة عن أمهاتها.

ودفعا لما قد ينشأ من خلاف بين طرفي البيع حول الشيء المبيع وزوائله، اعتبر الفقهاء انه بتمام العقد تنتقل ملكية المعقود عليه الى المشتري، وتبعاً لذلك فان الزيادات التي تطرأ على الشيء يستحقها المشتري بنفس العقد. جاء في المادة 480 من مرشد الحيران ما نصه: "الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمار والنتاج تكون حقا للمشتري". وفي هذا، يتفق الفقه الاسلامي مع ما جاء في المادة 515 ق.ل.ع.م كما سنرى لاحقا بإذن الله.

وعلاوة على هذا، اعتبر الفقه الاسلامي خلفه الشيء ملكا للبائع، إذ أن العقد لا يشملها، إذ لم يقع إلا على ما كان موجودا لحظة العقد، أما ما تجدد من غلال بعد العقد، فليس من حق المشتري، الا إذا تم الإتفاق على ذلك. قال ابن عاصم في هذا المعنى:

وخلْفَةُ القَصِيلِ ملكُهُ حَرِيٌّ * لبائع إلا بشرط المشتري¹**

و لنا عود لهذا الموضوع لمزيد من التوضيح في سياق مقارنته برأي ق.ل.ع.م في هذا الشأن.

ثانيا: مدى تبعية الفرع للأصل وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي:

طبقا لقاعدة الفروع والملحقات ذات الأصل الروماني²، أقر المشرع المغربي تبعية الملحقات والتوابع لأصولها، سواء أكانت تلك الأصول عبارة عن عقارات أم منقولات.

- إذا وقع البيع على عقار معين ألحقت به توابعه وملحقاته، وذلك تبعا للمنصوص عليه في الفصول 517-518-519 ق.ل.ع.م:

- صرح الفصل 517 ق.ل.ع.م بأن بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني و أشجار، كما يشمل المزروعات التي لم تنبت، و الثمار التي لم تعقد، و لا يشمل البيع الثمار المعقودة و لا المحصولات المعلقة بالأغصان أو الجذور، و لا النباتات المغروسة في الأوعية، و لا تلك المعدة لقلعها و إعادة غرسها و لا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا خشباً، و لا الأشياء المدفونة بفعل الإنسان و التي لا يرجع عهداها إلى قديم الزمان.

- قرر الفصل 518 ق.ل.ع.م بأن بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب و النوافذ و المفاتيح التي تعتبر جزءا متما للآفقال، و يشمل كذلك الأرحية و الأدراج و الخزائن المثبتة فيه، و أنابيب المياه و المواقد المثبتة بجدرانها. و لا يشمل بيع البناء الأشياء غير الثابتة التي يمكن إزالتها بلا ضرر، و لا مواد البناء المجمعة لإجراء الإصلاحات، و لا تلك التي فصلت بقصد استبدال غيرها بها.

- و أضاف الفصل 519 ق.ل.ع.م أن بيع العقار يشمل كذلك الخرائط و تقدير المصروفات و الحجج و الوثائق المتعلقة بملكيتها³.

ويلاحظ أن منطوق هذا النص يتفق تماما مع المقرر في الفقه المالكي، فقد جاء في حاشية الدسوقي ما يفيد أن على البائع أن يسلم للمشتري "وثائق العقار"³، وبصيغة أعم نقول، إن على

¹ - المجموع الكبير في المتنون - متن ابن عاصم ص 102.

² - للتوسع أكثر بخصوص هذه القاعدة، أنظر:

Gilles Goubreaux : « La règle de l'accessoire en droit privé - Paris 1969 ».

³ - حاشية الدسوقي ج 3 ص 174.

المتعاقدين أن يتبادلا تسليم الوثائق والمستندات المتعلقة بالأشياء التي يقع عليها التعاقد. بيد أن أهم ما يسترعي الانتباه ، هو أن الفقه الإسلامي قد سلم من العثرات التي وقع فيها التقنين المغربي، ولعل أبرزها أن "المشرع قد وقع في نوع من التناقض عند صياغته للفصلين 517 و 524 ق.ل.ع.م¹ ، إذ لا يمكن للأرض والأشجار الموجودة فوقها أن تكون أصلا وفرعا في نفس الوقت²"

وبخلاف هذا التناقض الذي وقع فيه المشرع المغربي فإن الناظر المتفحص للتراث الفقهي الإسلامي، يلمس لدى الفقهاء تفاديا - عن وعي - للوقوع في هذا المزلق، إذ صرح السرخسي بما لا يدع مجالا للتناقض ، بأن "الأصل هو الأرض للثمار والنخل جميعا³" ، معللا هذا الرأي تعليلا جميلا حيث قال : "ألا ترى أن بقوة الأرض تزداد الثمار جودة⁴" . وقد زاد صاحب المبدع المسألة بيانا ، فأوضح أن الأرض أصل، والشجر والثمر فرع ، والأصل ليس تابعا للفرع حيث قال : "... فإن باعه شجرا ، لم تدخل الأرض ... لأن الاسم لا يتناولها ، ولا هي تبع للمبيع ، فإن باعه شجرة ، فله تبقيتها في أرض البائع كالثمر على الشجر... وفي الرعاية : يبقى بالاجرة ، إذ مغرسها للبائع"⁵

تنبذ قيمة هذا النص في كشفه ان مغارس الاشجار تعد اصولا يستحيل ان تتحول إلى فروع !. ولذلك، فإن البيوع الواقعة على الأشجار، لا تنتقل بها ملكية مغارسها إلى المشتري خلافا لما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 524 ق.ل.ع.م⁶ الأنف الذكر:

و بإجمال، فإن البيع الواردة على عقار يشمل كل توابعه المصروح بها في الفصول الآتية الذكر، غير أن ما يسترعي الاهتمام في هذا الصدد ، هو أن المشرع المغربي قد اعتمد في تحديد تلك التوابع على مصادر معينة، لعل من أهمها الفقه الإسلامي، بدليل أن اعتبار الثمار غير المعقودة من جملة توابع الشجر الموجود على الأرض المبيعة يشي باقتباس هذا الحكم من الفقه المالكي، فقد أورد ابن عرفة تفصيلا لآراء فقهاء المالكية بهذا الخصوص حيث قال : "... وإذا كان على الشجر الذي دخل تبعا للأرض ثمر مؤبر فهو للبائع للسنة، خلافا لابن عتاب محتجا بأنه حيث تناولت الأرض الشجر و هو أصل الثمر المؤبر فتتناوله بالأولى، أما إن كان غير مؤبر فهو للمشتري اتفاقا⁶" ، و بهذا يظهر أن الثمر غير المعقود أو غير المؤبر يدخل في عقد البيع الواقع على الأرض تبعا لأصله (الشجر) الذي يتناوله العقد ، أما الثمر المؤبر أو المعقود فلا يشمل العقد بل يبقى على ملك صاحبه.

و يعلل صاحب البهجة التفرقة بين الثمار المعقودة و غير المعقودة في الحكم، و في شمول العقد على الأرض و الشجر لها بقوله نقلا عن ابن فتحون⁷ و إذا كان في الشجرة ثمرة لم تؤبر أو زرع لم

¹ - صرح الفصل 517 ق.ل.ع.م بأن معاوضة أو بيع الأرض تشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار.
صرح الفصل 524 ق.ل.ع.م بأن بيع الأشجار يشمل الأرض القائمة عليها، كما يشمل ثمارها التي لم تعقد...

² - الوجيز - العراري ص 108.

³ - المبسوط ج 13 ص 169.

⁴ - نفسه - ج 13 ص 169.

⁵ - المبدع ج 4 ص 161

⁶ حاشية الدسوقي ج 3 ص 170-171.

يظهر، فلا يجوز للبائع استثناء ذلك، كالجنين في بطن أمه، و هو للمشتري بمقتضى العقد¹، فقد اعتبر الثمر غير المعقود كالجنين في بطن أمه، إذ يتأرجح بين الوجود و العدم، و لذلك فإن اشتراطه و استثناءه يُدخل العقد في باب الغرر المنهي عنه شرعا، وبالتالي كان الأولى و الأجدر أن يتبع أصله، و يحوزه المشتري بمقتضى العقد اعتبارا لكون حيازته غير مقصودة لذاتها، و إنما تمت حيازته بحيازة محله أو أصله. وعطفا على ما سبق ذكره، فإن البيع الواردة على الأشجار يشمل الأرض القائمة عليها طبقا لمقتضى الفصل 524 ق.ل.ع.م، و قد لاحظ عبد القادر العراري كما تقدم أن صيغة هذا الفصل تخرج عن نطاق قاعدة تبعية الفرع للأصل، إذ أن الأصل (الأرض التي تقوم عليها الشجرة) يغدو بمقتضى هذا الفصل تابعا للفرع (الشجرة)، الأمر الذي يفهم منه " أن المشرع قد وقع في نوع من التناقض عند صياغته للفصلين 517 و 524 ق.ل.ع.م، إذ لا يمكن للأرض والأشجار الموجودة فوقها أن تكون أصلا و فرعاً في نفس الوقت² " إلا أن هذا التناقض البين في صياغة الفصلين، لا ينشأ عنه تناقض في الحكم الوارد فيهما، إذ تقرر في كلتا الحالتين أن الأرض و الشجر و الثمر غير المعقود، يشملها جميعا العقد بيعا كان أو معاوضة.

ب - بالنسبة للبيع الوارد على المنقولات، أورد فيه المشرع تطبيقات لقاعدة تبعية الفرع للأصل، نذكر منها ما يلي :

- نص الفصل 523 ق.ل.ع.م على أن بيع الحيوان يشمل: صغيره الذي يرضعه.

- الصوف أو الوبر أو الشعر المتهيج للجز.

وقد سبق أن بينا موقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن، وذكرنا الخلاف الحاصل بين الفقهاء فيما يتصل بالترقية بين الحيوان وصغيره في عقد البيع.

- نص الفصل 520 ق.ل.ع.م على أن أبراج الحمام وخلايا النحل، لا تعد جزءا من العين المبيعة، وفي هذا تمييز واضح بين النحل وكوآرته (الخلية). أما الفقهاء فقد ناقشوا مسألة بيع النحل في باب بيع الغائب على الصفة.

وفضلا عن مضامين الفصل 524 ق.ل.ع.م الأنف الذكر، تناول المشرع المغربي حكم الثمار والمنتجات باعتبارها ملحقات أو توابع للشيء المعقود عليه، و ذلك في المادتين 515 و 522 ق.ل.ع.م، إذ قضت أولاهما بأن للمشتري كل ثمار الشيء وزوائده سواء كانت مدنية أم طبيعية ابتداء من وقت تمام البيع، و يجب تسليمها إليه معه ما لم يقض الاتفاق بخلافه، بينما قررت ثانيتهما بأن البيع إذا ورد على الأشياء التي تتجدد بعد قطعها أو جني غلتها كالدرق والفصّة، وكانت واردة على قطعة أو جنة منها، فإنه لا يشمل خلفها، و يشمل بيع الخضر و الأزهار و الفاكهة ما وجد منها معلقا بأصله، وكذلك ما ينضج منها أو ينفث بعد البيع، إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف. وغير خاف أن مناط التفرقة بين ما يعد من ملحقات الشيء المعقود عليه بحيث يشمل العقد، و ما لا يعد كذلك، هو التمييز بين ما يعد من التوابع و ما يعد من الخلف، فما كان تابعا شمله العقد، و لهذا نص الفصل 522 ق.ل.ع.م على أن بيع الخضر والأزهار

¹ البهجة ج 2 ص 16.

² الوجيز - العراري ص 108.

والفاكهة مثلا يشمل ما وجد منها معلقا بأصله ، وكذلك ما ينضج منها أو يفتح بعد البيع إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف، أما ما كان من الخلف فلا يشمل العقد. وفي تقديري، فإن إيراد هذا المعنى في صلب متن هذا النص القانوني الأنف الذكر ينم عن مدى استمداد المشرع المغربي من الفقه الإسلامي ، إذ أن للفقهاء شرف السبق في تقرير كون خلفه الشيء لا تنتقل ملكيتها إلى المشتري ، وإنما تبقى على ملكية المالك الأصلي ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. قال صاحب البهجة شارحا قول ابن عاصم¹

و خلفه القصيل * ملكه حري **** لبائع إلا بشرط المشتري
" (و خلفه القصيل ملكها حري) أي حقيق (لبائع) فإذا بيع القصيل و نحوه مما يجوز و يخلف كالقرط² و القضب³ ، فخلفته مملوكة للبائع، و إنما يملك المشتري الجزء الأولى (إلا بشرط المشتري) عند العقد أي أنه يشتري القصيل بخلفته، فتكون له الخلفة حينئذ⁴ .
وفي تقديري، فإن استبعاد خلفه الشيء عن دائرة التوابع و الملحقات التي تنتقل من بائع لمشتري بمقتضى العقد ، يرتد إلى علة معقولة ، و هي أن العقد لا يشملها ، لأنه إنما يقع على ما كان موجودا من غلة لحظة التعاقد ، أما ما يستجد و ينتج بعد ذلك ، فلا يشمل العقد إلا إذا اتفق العاقدان على أن يحوز المشتري ما تجود به الأرض من غلة تستجد و تظهر بعد حصاد المحصول القائم حين التعاقد.

وملاك الأمر ، إن بحث قاعدة الملحقات والتوابع والفروع ومدى تبعيتها لأصولها في العقود المبرمة وفقا لأحكام الشريعة والقانون الوضعي يحتاج دراسة مفصلة تنظر الى القاعدة في ضوء تطبيقاتها التي تعم بها البلوى.

¹ المجموع الكبير من المتون – متن ابن عاصم ص 102.

* القصيل : القصل: القطع. و القصيل ما اقتصل من الزرع أخضر – و الجمع قصلان – لسان العرب – مادة قصل-.

² القرط : هو العشب الذي تأكله الدواب

³ القضب: القطع – و القضب اسم يقع على قضبت من أغصان لنتخذ منها سهاماً أو قسيا – لسان العرب – مادة قضب – و المراد بالقضب في

سياق النص أعلاه : ما يقضب أو يقطع مرة بعد أخرى- أنظر البهجة ج 2 ص 31

⁴ البهجة ج 2 ص 31.