

التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير: دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي

د. علاء وصفي المستريحي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون، جامعة اليرموك

المملكة الأردنية الهاشمية

المخلص

لئن كان عقد البيع يُعد كأصل عام من العقود التي لا تتطلب شكلية معينة، ونظراً لأنه يُعد من أقدم العقود وأكثرها انتشاراً، لذا فإنه من الطبيعي وجود عقود بيع تتعلق بمال لا يملك عليه البائع الولاية. ونظراً لمدى أهمية تحديد التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير، وما يترتب على ذلك من تحديد للمراكز القانونية، فقد جاء هذا البحث لتحديد التكييف القانوني لبيع مال الغير في مجلة الأحكام العدلية وفي القانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي، وقد تم إعداد هذا البحث ضمن مبحثين عالجتا في أولهما ماهية بيع مال الغير، وفي ثانيهما حكم بيع مال الغير.

ومن أهم النتائج التي خلصنا إليها، أن المشرع الأردني وقع في التناقض عند تنظيمه لعقد بيع مال الغير، معتبراً هذا العقد بموجب القواعد العامة موقوفاً على إجازة المالك وحده، وبذلك يكون أخذ بما ورد في القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية التي اقتصر فيها تنظيم هذا العقد على القواعد العامة، أما بموجب القواعد الخاصة فإن المشرع الأردني اعتبر هذا العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ليتقاطع بذلك مع المشرعين المصري والكويتي، علماً بأن الأخيرين اقتصر تنظيمهما لهذا العقد بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع في القانون المدني، وهذا التناقض الموجود في القانون المدني الأردني أفضى لاختلاف الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأردنية.

كلمات دالة: عقد بيع مال الغير، الولاية على المبيع، العقد الموقوف، العقد الباطل بطلاناً نسبياً، الفضولي.

المقدمة

عرّفت المادة (105) من مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه: «مبادلة مال بمال ويكون منعقداً أو غير منعقد»، وعرّف المشرع الأردني البيع بموجب المادة (465) من القانون المدني بأنه: «تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض»، وعرّفه المشرع المصري في المادة (418) من القانون المدني بأنه: «عقد يلتزم بموجبه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي»، وعرّف المشرع الكويتي البيع بموجب نص المادة (454) من القانون المدني بأنه: «عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي»، ومن خلال هذه النصوص، فإنه وعلى الرغم من الاختلاف بين العوض الذي ينبغي أن يؤدي من المشتري للبائع بموجب مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني وكل من القانونين المدنيين المصري والكويتي، إلا أنه يظهر بصورة جلية بأن القاسم المشترك بين جميع هذه النصوص هو اعتبار عقد البيع كعقد من عقود المعاوضة ينصب في جله على تمليك المبيع من البائع للمشتري، وهذا يتطلب أن يكون للبائع ولاية على المبيع بأن يكون مالكا له وقت إبرام العقد، أو بأقل تقدير مخلواً قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً بببيع المبيع، فلا يمكن للبائع أن ينفذ التزامه بنقل الملكية إلا إن كان له ولاية التصرف بالمبيع، فمن ليس مالكاً أو مخلواً بالببيع فلا بيع منه؛ لأنه لا يملك سلطة نقل الملكية للمشتري، ففاقد الشيء لا يعطيه.

إشكالية البحث

إن الإشكالية الأساسية التي يبحثها هذا البحث تتمثل بتساؤل أساسي يتفرع عنه مجموعة من التساؤلات وهو: ما هو التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير؟ وبعبارة أخرى، هل يُعد هذا العقد عقداً موقوفاً أم أنه باطل بطلاناً نسبياً؟ والإجابة عن هذا التساؤل تتطلب البحث عن إجابة للتساؤلات التالية:

ما هو التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب القواعد العامة وبموجب القواعد الخاصة في مجلة الأحكام العدلية وفي كل من القانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي؟ وهل ثمة اختلاف بين القواعد القانونية العامة الناظمة لبيع مال الغير والقواعد القانونية الخاصة الناظمة لهذا البيع في القوانين محل المقارنة في هذه البحث؟ وفي حال وجود الاختلاف، فما هي القواعد القانونية الواجبة التطبيق لتحديد حكم بيع مال الغير؟

أهمية البحث

تنبثق أهمية هذا البحث من جانبين أحدهما نظري والآخر عملي، فعلى الصعيد النظري، فإن من شأن هذا البحث أن يساهم في تحديد مدى التطابق والاختلاف بين القواعد

القانونية العامة الناظمة لعقد بيع مال الغير، وبموجب القواعد القانونية الخاصة الناظمة له في القوانين محل المقارنة في هذه البحث، وفي حال وجود الاختلاف، فإن من شأن هذا البحث تحديد موقفي الفقه والقضاء من القواعد القانونية الواجب تطبيقها.

كما أن من شأن هذا البحث تحديد مدى تطابق واختلاف القواعد القانونية الناظمة لعقد بيع مال الغير في كل من القانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي مع أحكام الفقه الإسلامي، والذي تم الأخذ به بصورة أساسية عند تشريع مجلة الأحكام العدلية، والتي لا تزال مطبقة في المملكة الأردنية الهاشمية لغاية الآن بموجب نص المادة (1447) من القانون المدني⁽¹⁾، وفي حال وجود الاختلاف، فإن من شأن هذا البحث تحديد أثر ذلك على موقفي الفقه والقضاء في تحديد النصوص القانونية الواجب تطبيقها على عقد بيع مال الغير، خاصة إذا ما لاحظنا بأن أحكام الفقه الإسلامي تعتبر المصدر الثاني من مصادر القاعدة القانونية بموجب نص الفقرة الثانية من المادة (2) في القانون المدني الأردني، ونص الفقرة الثانية من المادة (1) في القانون المدني الكويتي، وذلك على خلاف القانون المدني المصري الذي تم النص فيه بموجب الفقرة الثانية من المادة (2) بأن المصدر الثالث من مصادر القاعدة القانونية هو أحكام الفقه الإسلامي⁽²⁾.

أما على الصعيد العملي، فإن من شأن هذا البحث المساهمة في الإرشاد إلى النصوص القانونية الواجب تعديلها فيما يتعلق ببيع مال الغير، بما يزيل أي تعارض بين النصوص القانونية الناظمة لهذا الموضوع في القوانين ذات العلاقة في هذا البحث، علاوة على إرشاد القضاة والمحامين والباحثين القانونيين إلى النصوص القانونية الواجب تطبيقها في سبيل تحديد التنظيم القانوني لعقد بيع مال الغير.

أهداف البحث

تتمثل أهداف البحث في التالي:

1. تحديد مفهوم عقد بيع مال الغير ونطاقه.
2. تحديد التكييف القانوني لبيع مال الغير بموجب القواعد العامة والقواعد الخاصة

(1) نص المشرع الأردني في المادة (1447) من القانون المدني على أنه: «يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية».

(2) نص المشرع الأردني في المادة (2/2) من القانون المدني على أنه: «فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي». ونص المشرع الكويتي في المادة (2/1) من القانون المدني على أنه: «2- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف». ونص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (2) من القانون المدني على أنه: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

- الناظمة لهذا البيع في مجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الأردني وكل من القانونين المدنيين المصري والكويتي.
3. تحديد أوجه التطابق والاختلاف بين تنظيم كل من المشرع الأردني والمشرعين المصري والكويتي لعقد بيع مال الغير.
4. تحديد مدى انسجام تنظيم كل من المشرع الأردني والمشرعين المصري والكويتي لعقد بيع مال الغير مع ما ورد من تنظيم لهذا العقد بموجب مجلة الأحكام العدلية.
5. تحديد النصوص القانونية الواجب تعديلها فيما يتعلق ببيع مال الغير، بما يزيل أي تعارض بين النصوص القانونية الناظمة لهذا البيع في القوانين محل المقارنة في هذا البحث.

نطاق البحث

جاء هذا البحث لمعالجة موضوع التكييف القانوني لبيع مال الغير، وذلك تحديداً بموجب مجلة الأحكام العدلية لسنة 1286هـ/1869م، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 2645 بتاريخ 1976/8/10، والقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والقانون المدني الكويتي الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 1980 والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1335 بتاريخ 1981/1/5، والمعدل بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996.

منهج البحث

اتبع الباحث في إعداد هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي، فتم من خلاله تحليل ووصف النصوص القانونية الناظمة لعقد بيع مال الغير في القوانين محل المقارنة في هذا البحث، وصولاً لتحديد التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير، ومن ثم وصولاً لإيجاد الحل لإشكالية هذه البحث وتحقيقاً لأهدافه. وإلى جانب ذلك، اتبع الباحث المنهج المقارن، من خلال المقارنة بين ما ورد النص عليه من تنظيم قانوني لعقد بيع مال الغير بموجب القواعد العامة وبموجب القواعد الخاصة في القوانين محل المقارنة في هذا البحث، والمقارنة بين الحكم القانوني لهذا البيع في القوانين محل المقارنة في هذا البحث.

تقسيم البحث

من أجل إلقاء الضوء على التساؤلات التي يثيرها هذا البحث، وفي إطار اتباع نسق بحثي متكامل، فقد تم إعداد هذا البحث ضمن مبحثين، وهما:

- المبحث الأول: ماهية بيع مال الغير.
- المبحث الثاني: حكم بيع مال الغير.

المبحث الأول ماهية بيع مال الغير

إن المتتبع للدراسات الفقهية الإسلامية - في الفقه الحنفي - المتعلقة ببيع مال الغير، يلاحظ بأن جمهور الفقهاء المسلمين عالجوا هذا الموضوع تحت عنوان بيع الفضولي، نظراً لأن تصرف البائع بما لا يملك ودون علم المالك، لا يعدو عن كونه صورة من صور تصرف الفضولي في ملك غيره⁽³⁾، ونظراً لأن تحديد التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير، يستدعي بالدرجة الأولى تحديد ماهية بيع مال الغير، وذلك من خلال التعريف بعقد بيع مال الغير (المطلب الأول)، وتحديد نطاق بيع مال الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بعقد بيع مال الغير

أشرنا منذ بداية هذا المبحث بأن بيع مال الغير لا يعدو عن كونه تصرفاً من الفضولي بما لا يملك، وبالتالي، فإن تحديد المقصود بعقد بيع مال الغير يتطلب بداية تحديد المقصود بالفضولي، لننتقل بعد ذلك لتحديد السلطة التي ينبغي أن تتوفر في البائع على المبيع، حتى يُعد البيع الصادر منه صحيحاً من الناحية القانونية، وصولاً لوضع تعريف جامع لعقد بيع مال الغير. ورد في المادة (112) من مجلة الأحكام العدلية تعريف الفضولي بأنه: «من تصرف بحق الغير دون إذن شرعي». وعرف الفقه الحنفي الفضولي بأنه: «من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي، فكان تصرفه هذا من بيع ما لا يملك، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك، وكمن يشتري شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه وليس له ولاية الشراء، وكمن يُوْجِر ملك غيره وما أشبه ذلك»⁽⁴⁾.

أما المشرع الأردني، وعلى غرار كل من المشرعين المصري والكويتي، فإنه لم يُعرّف الفضولي، ومن جانبنا فإننا لا نجد أن هذا الموقف، سواء بالنسبة للمشرع الأردني أو المشرعين المصري والكويتي، هو موقف منتقد نظراً لأن مهمة المشرع ليست التعريف، وإنما ذلك من مهمة الفقه والقضاء. لكن وعلى الرغم من عدم تعريف الفضولي في القانون المدني الأردني، فإننا نلمس مدى تأثير المشرع الأردني بمجلة الأحكام العدلية في تنظيمه لتصرفات الفضولي في القانون المدني، وكذلك نلاحظ أن المشرع المصري نظم الأحكام

(3) زين الدين «ابن نجيم» محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر، ص130.

(4) فرج عبد الرزاق، نظرية العقد الموقوف في الفقه الحنفي: دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص43. عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الحنفي، بدون ناشر، 1979، ص48.

المتعلقة بتصرفات الفضولي في القانون المدني، وذلك على خلاف المشرع الكويتي الذي لم يشر إلى التنظيم القانوني للتصرفات الصادرة من الفضولي في القانون المدني.

ولكون ما هو ثابت بإجماع جمهور الفقهاء المسلمين أن لعقد البيع أركاناً ينبغي توافرها حتى ينعقد العقد صحيحاً منتجاً لأثاره، ومن ضمن ذلك ما اشترطه الفقهاء المسلمون من وجوب وجود سلطة للبائع في التصرف بالمبيع، وهو ما لا يكون إلا من خلال الولاية على المحل، والمتمثلة بوجود حق الملكية أو النيابة عن المالك، سواء أكانت نيابة اتفاقية كالوكالة أم قانونية كنيابة الولي عن ناقص الأهلية، أم قضائية كنيابة الوصي عن المحجور عليه لسفه أو غفلة، فإذا انعدمت الولاية لبائع المال فإن التصرف يُعد تصرفاً من فضولي في مال غيره⁽⁵⁾.

وقد أجمعت المادة (365) من مجلة الأحكام العدلية شروط الولاية على محل العقد بالنص على أنه: «يشترط في نفاذ البيع أن يكون البائع مالكاً للمبيع أو وكيلاً لمالكة أو وليه أو وصيه، وأن لا يكون في المبيع حق لآخر»⁽⁶⁾.

وبالمقابل فإننا نجد أنه سواء بموجب القانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي، فقد تم النص على شرط الولاية على محل عقد البيع حتى يكون العقد صحيحاً وناظراً، حيث نصت المادة (1018) من القانون المدني الأردني على أنه: «1. حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعة واستغلالاً. 2. ومالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة، وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً». ومن جهتها، نصت المادة (802) من القانون المدني المصري على أنه: «مالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»، وجاء في المادة (810) من القانون المدني الكويتي النص على أنه: «مالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه في حدود القانون».

وعطفاً على هذه النصوص، فإن أهم شرط من شروط نفاذ عقد البيع هو أن يكون للبائع سلطة التصرف بالمبيع بأن يكون مالكاً له، ويجوز أن يتم البيع من قبل الوكيل بموجب وكالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية تخوله سلطة التصرف بالمبيع. وعليه ومن خلال ما سبق، فإنه يمكن تعريف عقد بيع مال الغير بأنه: «بيع الشخص لمال غير مملوك له وغير مخول ببيعه». وقد عالج المشرع الأردني بيع مال الغير من خلال معالجته لتصرفات

(5) محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني: دراسة موازنة بالفقه الحنفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 38.

(6) علي حيدر، مجلة الأحكام العدلية، المجلد الأول، دار الكتب العالمية، بيروت، 2015، ص 324.

الفضولي في القواعد العامة وتحديداً بموجب نص المادة (171) من القانون المدني⁽⁷⁾، وعاد ليعالج بيع مال الغير بموجب القواعد الخاصة في عقد البيع، وتحديداً بموجب نص المادتين (550، 551) من القانون المدني، أما المشرع المصري، فإنه لم ينظم بيع مال الغير ضمن القواعد العامة في القانون المدني، وإنما أفرد نصوصاً خاصة بمعالجة هذا البيع عندما عالج عقد البيع، فنظم بيع مال الغير بموجب نصي المادتين (466، 467) من القانون المدني، وهذا الموقف هو ذات موقف المشرع الكويتي الذي لم ينظم بيع مال الغير بموجب القواعد العامة، وإنما أفرد نص المادة (509) كنص خاص لمعالجة هذا البيع عندما عالج عقد البيع.

المطلب الثاني

نطاق بيع مال الغير

أشرنا منذ بداية هذا البحث إلى أن عقد البيع يقوم في جوهره على أساس انتقال ملكية المبيع من البائع للمشتري، وهذا ما يستدعي أن يكون البائع مالكاً للمبيع، أو بأقل تقدير مخلولاً ببيع هذا المال، أما بخلاف ذلك فالأصل أن هذا البيع يُعد بيعاً لمال الغير، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، فإن هناك حالات لا يُعد فيها البيع بيعاً لمال الغير على الرغم من أن المبيع لا يكون مملوكاً للبائع وقت إبرام عقد البيع؛ مما يجعل من عقد البيع المبرم في أي من هذه الحالات بيعاً صحيحاً نافذاً من الناحية القانونية، ولا يدخل ضمن بيع مال الغير.

وبناء عليه، فإننا في هذا المطلب سنعمد لتحديد نطاق بيع مال الغير، من خلال تحديد الأموال التي تخرج من منطقة بيع ملك الغير، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً- بيع المال المعين بالنوع قبل الإفراز، وبيع المال المستقبلي

لئن كانت الأموال تقسم إلى أموال قيمية وأخرى مثلية⁽⁸⁾، فإن البيع حتى يصطلح عليه

(7) نصت المادة (171) من القانون المدني الأردني على أنه: «يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة، إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نص القانون على ذلك».

(8) عرّف المشرع الأردني الأشياء المثلية في الفقرة الأولى من المادة (58) من القانون المدني بأنها: «ما تماثلت أحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن». وعرّف المشرع الأردني الأشياء القيمية في الفقرة الثانية من ذات المادة بأنها: «ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التداول». أما المشرع المصري، فإنه عرّف في القانون المدني الأشياء المثلية دون أن يعرف الأشياء القيمية، فنصت المادة (58) من القانون المدني المصري على أن الأشياء المثلية: «هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل

بيعاً لمال الغير لا بد أن ينصب على مال معين بالذات - قيمي - إذ إن بيع ملك الغير يقتضي أن نكون أمام عقد بيع، وهذا يعني نقل الملكية في الحال، وهو لا يتسنى بمجرد إبرام عقد البيع إن كان المبيع مالاً معيناً بالنوع - مثلي - قبل إفرازه، ذلك لأن البائع إن باع مالاً معيناً بالنوع، فإن أول التزام يقع على عاتقه هو إفراز المال المباع قبل نقل ملكيته، فإن وقع الإفراز انتقلت الملكية، أما إن كان المال المباع هو مال معين بالنوع، مفرز وتم بيعه من غير ذي ولاية عليه، فإن هذا البيع يُكيف على أنه بيع لمال الغير⁽⁹⁾.

ويأخذ ذات الحكم القانوني بيع المال الذي لم يوجد وقت التعاقد ولكنه سوف يوجد في المستقبل، فمثل هذا البيع لا يُعد بيعاً لمال الغير لأن المال وقت التعاقد لم يكن موجوداً وإنما سوف يوجد في المستقبل، لا بل إن الملكية لا تنتقل في هذا البيع إلا بعد وجود المبيع، فعند وجود المبيع تنتقل الملكية بأثر رجعي منذ تاريخ انعقاد عقد البيع.

ثانياً- البيع المعلق على شرط اكتساب البائع ملكية المبيع⁽¹⁰⁾

إن بيع البائع لمال ليس مملوكاً له وقت التعاقد يُعد صحيحاً قانونياً إن كان معلقاً على شرط واقف يتمثل باكتساب البائع ملكية المبيع، فمثل هذا البيع لا يُعد بيعاً لمال الغير نظراً لأنه تم التراضي بين طرفي العقد على تعليق نفاذ هذا العقد على شرط واقف وهو اكتساب البائع ملكية المبيع، فإن اكتسب البائع ملكية المبيع نفذ العقد، وإن لم يكتسب ملكية المبيع، فإن العقد يُعد كأن لم يكن⁽¹¹⁾.

ثالثاً- البيع المعلق على شرط فاسخ

إن تم التراضي بين طرفي العقد على تعليق عقد البيع المبرم بينهما على شرط فاسخ يتمثل باستحقاق ملكية المبيع للغير، فإن عقد البيع المبرم بين الطرفين هو عقد صحيح ونافذ ولا يُعد بيعاً لمال الغير حتى وإن ثبتت ملكية المبيع مستقبلاً لغير البائع؛ لأنه عند إبرام عقد البيع كان المبيع ملكاً للبائع، ولا يطعن بصحة العقد أن ملك البائع للمبيع لم يكن باتاً عند إبرام عقد البيع، ففي هذا البيع، فإن ملكية المبيع بوصفه سوف تنتقل إلى المشتري، فإن لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري باتة، أما إن تحقق الشرط الفاسخ،

أو الوزن». أما المشرع الكويتي فإن موقفه كان مماثلاً لموقف المشرع الأردني، فعرف الأشياء المثلية والأشياء القيمية في المادة (28) من القانون المدني بأنها: «1. الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو تقاربت، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو الكيل أو الوزن أو القياس. 2. والأشياء القيمية ما تتفاوت آحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً أو بندر وجود آحادها في التداول».

(9) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة عقد البيع، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1969 - 1970، ص 272.

(10) المرجع السابق، ص 397.

(11) أنور سلطان، العقود المسماة: شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص 386.

فإن عقد البيع يفسخ ويصبح كأن لم يكن.

رابعاً- التعهد عن المالك ببيع ملكه

إن محل الالتزام بالتعهد عن المالك ببيع ملكه هو القيام بعمل يتمثل بحصول المتعهد على موافقة المالك ببيع ملكه، فإن استطاع ذلك فحتى تنتقل ملكية المال، فإنه ينبغي وجود عقد بيع يبرم بين المالك والمتعهد له، وإلا فإن على المتعهد الالتزام تجاه المتعهد له بالتعويض عن الضرر الذي لحق الأخير جرّاء عدم الوفاء بالتعهد؛ لذا فإن مجرد التعهد ببيع مال الغير لا يُعد بيعاً لمال الغير⁽¹²⁾.

خامساً- بيع الشريك لمال مفرز مملوك على الشيوع

إن بيع أحد الشركاء لمال مفرز مملوك على الشيوع لا يُعد بيعاً لمال الغير طالما أن البيع وقع في نصيب الشريك البائع⁽¹³⁾، ومثل هذا البيع لا يمكن أن يكون إلا بشأن المال غير الخاضع في انتقال ملكيته لإجراءات التسجيل⁽¹⁴⁾. ويرى جانب من الفقه بأن تصرف الشريك في مال مفرز شائع يستتبع ضرراً على الشركاء الآخرين؛ لأنه يُعد إفرازاً لحصة شريك واحد دون إرادة ورضا باقي الشركاء⁽¹⁵⁾، وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الفقهية الإسلامية - فعلى حد اطلاقنا - فإننا لم نجد أي من تلك المذاهب تعرضت لبحث موضوع حكم بيع الشريك لمال مفرز شائع، فيما عدا متأخري الحنفية، حيث قالوا بعدم جواز هذا البيع؛ ويحق لباقي الشركاء نقضه، وقد عللوا هذا الموقف نظراً لتضرر باقي الشركاء، ونظراً لسكوت الفقه الإسلامي عموماً عن معالجة حكم هذا البيع، فقد ذهب البعض للقول بعدم جوازه نظراً للضرر الذي يلحق بباقي الشركاء⁽¹⁶⁾.

وعلى الرغم من عدم معالجة هذا البيع في مجلة الأحكام العدلية، وفي المذاهب الفقهية الإسلامية عامة، فإننا نرى بأن بيع الشريك لمال مفرز شائع قبل القسمة وتحديد حصة

(12) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، ج4، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص272. أيمن ناصر، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، الضفة الغربية، فلسطين، 2006، ص26.

(13) انظر: نص المادة (1071) من مجلة الأحكام العدلية، ونص المادة (1/1031) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (1/826) من القانون المدني المصري، ونص المادة (819) من القانون المدني الكويتي.

(14) يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، عمان، الأردن، 2011، ص57.

(15) جمال النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص169.

(16) جمال النشار، مرجع سابق، ص 173 وما بعدها. ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، دار الفكر الجامعي، بيروت، 1993، ص 302 - 303. ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر، ص323.

كل شريك من الشركاء، يُعد بيعاً صحيحاً ونافاً بالنسبة لحصة الشريك البائع، وما يطبق على هذا البيع بالنسبة لحصص باقي الشركاء هو ما نصت عليه المادتان (111، 368) من المجلة، باعتبار أن هذا البيع بالنسبة لحصص الشركاء هو بيع من فضولي، نظراً لأنه تعلق في المبيع حق للغير، فهو موقوف على إجازة باقي الشركاء بالنسبة لحصة كل واحد منهم في المبيع. وفي هذا الصدد فإن التساؤل الذي يُطرح هو: إن تمت القسمة قبل الإجازة أو النقض من باقي الشركاء ووقع المال المباع في حصة الشريك البائع، فهل تنتقل ملكية المال المباع تلقائياً للمشتري أم أنه ينبغي تجديد عقد البيع من البائع؟

نظراً لأن بيع الشريك لمال مفرز مملوك على الشيوع بموجب مجلة الأحكام العدلية سوف تطبق عليه أحكام بيع الفضولي، وحيث إنه لم يرد نص في المجلة يفيد بانتقال ملكية المبيع للمشتري تلقائياً أم لا في حال انتقال ملكية المبيع للفضولي قبل إجازة أو رفض عقد البيع ممن له الحق بالإجازة؛ لذا فإنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الحنفي المتعلقة بهذه المسألة، فإنه وفقاً للرأي الراجح فإن الملكية لا تنتقل تلقائياً ولا ينفذ عقد البيع تلقائياً، بل ينبغي أن يجدد العقد من البائع الذي انتقلت له الملكية، فإذا لم يجدد البائع ذلك البيع، فإنه يبطل فلا يمكن أن يجتمع الملك البات مع الملك الموقوف⁽¹⁷⁾، وقياساً على ذلك، فإن تمت القسمة قبل الإجازة أو النقض من باقي الشركاء ووقع المال المباع في حصة الشريك البائع، فإن العقد لا ينفذ تلقائياً بل ينبغي أن يجدد من الشريك البائع الذي وقع المبيع في حصته، فإن لم يجدد البائع ذلك البيع فلا يكون البيع نافذاً بحق البائع والمشتري.

أما إن كانت نتيجة القسمة هي وقوع المال المباع في نصيب شريك آخر غير الشريك البائع، فإن هذا العقد يُعد موقوفاً على إجازة الشريك الذي وقع المال المباع في نصيبه، ويعامل العقد معاملة بيع مال الغير، وفي هذه الحالة فإنه يحق للمشتري طلب فسخ العقد إن كان حسن النية؛ نظراً لأنه يكون قد وقع بالغلط في ذات المتعاقد الآخر وصفة من صفاته⁽¹⁸⁾.

(17) علي حيدر، مرجع سابق، ص 343. زين الدين «ابن نجيم» محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، مرجع سابق، ص 253. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م، ص15. أبو زكريا النووي، المجموع - شرح المهذب، ج9، مكتبة الإرشاد، الرياض، بدون سنة نشر، ص 314. عبد الرزاق فرج، مرجع سابق، ص189.

(18) ليس في مجلة الأحكام العدلية معالجة لنظرية الغلط كعيب من عيوب الرضا تحت باب واحد ومحدد، وإنما يمكن القول بوجودها في مواقع متعددة من المجلة، وذلك مثلاً من خلال شرح الخيارات كخيار الوصف، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وغيرها، ومن خلال الرجوع لشروحات القانون المدني الأردني الخاصة بالمادة (151) والتي عالج فيها المشرع نظرية الغلط. وبالرجوع إلى المواد (من 310 إلى 340) من مجلة الأحكام العدلية والمواد (من 301 إلى 310) والمادة (342) من مرشد الحيران يتضح وبشكل جلي مدى تأثر المشرع الأردني بالفقه الحنفي عند تشريعه لنص المادة (151) من القانون المدني. انظر بالتفصيل: ياسين الجبوري، الضوابط الموضوعية للكشف عن الغلط الجوهرية في العقد ومدى اتصاله بعلم الآخر في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد رقم

أما المشرّع الأردني، فإننا نجده عالج بيع المال المفرز الشائع قبل القسمة بموجب نص المادة (2/1031)⁽¹⁹⁾ من القانون المدني، معتبراً أن هذا البيع صحيح ونافذ بالنسبة لحصة الشريك البائع، وهو موقوف على إجازة باقي الشركاء كل بمقدار حصته، فإن تمت إجازته نفذ وإن لم تتم إجازته بطل، فالشريك البائع لا يملك شيئاً مادياً محدداً وإنما يملك حصة شائعة، وعليه فإن الجزء المفرز «المتصرف فيه» يكون مملوكاً لكل الشركاء⁽²⁰⁾، وعطفاً على ذلك، فإن المشرّع الأردني يكون قد عامل هذا البيع بالنسبة لحصص الشركاء كالتصرف الصادر من الفضولي في مال غيره، وهو ما ينسجم وحكم بيع مال الغير بموجب القواعد العامة.

أما المشرّع المصري، فإنه لم ينص على حكم بيع الشريك لمال مفرز شائع قبل القسمة؛ لذا فإننا نتفق مع الرأي القاضي بوجوب الرجوع لما ورد في القواعد العامة لمعالجة التكييف القانوني لهذا البيع، وذلك على التفصيل التالي⁽²¹⁾:

إن بيع الشريك لمال مفرز شائع قبل القسمة يُعد بيعاً صحيحاً بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز «المبيع»، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصة كل منهم في الشيوع في الجزء المفرز «المبيع»، ولا يستطيع المشتري إبطال العقد بالنسبة لحصة البائع لأن الشريك البائع يكون قد باع ما يملك، ولأن المشتري لم يقع بالغلط لأنه يعلم بأن ما يشتريه هو مال مملوك على الشيوع، فلا يستطيع إبطال العقد بالنسبة لحصص باقي الشركاء، لأن هذا البيع بالنسبة لحصص باقي الشركاء ليس بيعاً لمال الغير؛ لأن حصص الشركاء في المبيع قد تقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك وقت البيع⁽²²⁾.

ومن جانبنا، فإننا نرى بأنه بموجب نص المادتين (121/2، ب، 122) من القانون المدني

10، العدد 1، سنة 2013، ص 44.

(19) نصت المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني على أنه: «وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وإذا كان المتصرف إليه مجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً».

(20) هادي العبيدي، الحقوق العينية - الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 62.

(21) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 873 وما بعدها.

(22) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكاً على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع مع علم المشتري بالشيوع». نقض مدني 7 ديسمبر 1950، مجموعة أحكام النقض 2، رقم 138، ص 27.

المصري⁽²³⁾ فللمشتري الحق بإبطال عقد البيع المتعلق بمال مفرز شائع إن كان البيع تم قبل القسمة وكان المشتري يجهل بأن هذا المال المفرز مملوك على الشيوع؛ لأنه يكون قد وقع بالغلط في ذات المتعاقد الآخر في صفة جوهرية من صفاته، كما أنه يكون قد وقع بالغلط في صفة جوهرية في المعقود المبيع. هذا ويجوز قبل القسمة أن يقر باقي الشركاء البيع الصادر من الشريك البائع، وعندئذ يصبح البيع نافذاً في حق كل شريك مقر في حدود حصته من المال المفرز الشائع «المباع».

وبموجب كل من القانونين المدنيين الأردني والمصري، فإن تمت القسمة قبل إجازة أو إبطال البيع فإن ذلك يعني أن تكييف البيع سوف يتوقف على نتيجة القسمة، وذلك على التفصيل التالي:

(1) إن كانت نتيجة القسمة هي دخول المبيع في حصة الشريك البائع، فإن أي من المشرعين الأردني والمصري لم يشر صراحة للحكم القانوني الخاص بعقد البيع في هذه الحالة عند معالجة بيع الشريك لمال مفرز شائع بموجب المادة (1031) من القانون المدني الأردني والمادة (826) من القانون المدني المصري، إلا أننا نتفق في هذا الصدد مع الرأي القاضي بأن العقد في هذه الحالة يكون صحيحاً ونافاً ولا يحق للبائع نقضه طبقاً لقاعدة من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض، كما لا يحق للمشتري إبطال هذا العقد حتى وإن كان جاهلاً عند إبرام العقد بأن المبيع مملوك على الشيوع، والسبب في ذلك أن هدف المتصرف إليه أن تخلص له ملكية المبيع «الجزء المفرز»، أما وأنه قد تحقق هذا الهدف، فإنه ليس له أن يتمسك بالبطلان وإلا كان سيئ النية، فحسن النية يقتضي منه عدم التمسك بالبطلان⁽²⁴⁾.

(2) إن كانت نتيجة القسمة هي دخول المبيع في غير حصة الشريك البائع، فإنه بموجب كل من القانونين المدنيين الأردني والمصري ينبغي التمييز بين فرضين، وهما على التفصيل التالي⁽²⁵⁾:

– **الفرض الأول:** إن كان المشتري حسن النية، حيث إنه يجهل وقت التعاقد أن البائع لا يملك المال المتصرف فيه، نظراً لأن القسمة لم تكن تمت بين الشركاء ويستمر جهله

(23) نصت المادة (2/121) من القانون المدني المصري على أنه: «2. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص. ب. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

(24) يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 59. هادي العبيدي، الحقوق العينية – الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ص 62-63.

(25) انظر: نص المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (2/826) من القانون المدني المصري.

بذلك لحين إجراء القسمة، فإن وقع المال المباع في حصة شريك آخر غير البائع، فالمشتري يكون مُخَيَّرًا بين قبول انتقال حقه إلى المال الذي وقع في نصيب البائع بعد القسمة، أو إبطال العقد.

– **الفرض الثاني:** إن كان المشتري سيئ النية – فكان يعلم وقت التعاقد أن البائع لا يملك المال المتصرف فيه، نظراً لأن القسمة لم تكن تمت بين الشركاء – فإن حقه ينتقل حكماً إلى المال الذي وقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، ولا يحق له إبطال العقد.

إلا أن الإشكالية تثور في الحالة التي لا يعلم فيها المشتري وقت التعاقد بأن القسمة لم تتم ويتحقق لديه العلم قبل إجراء القسمة، فهل يبقى له الحق بطلب إبطال العقد إن وقع المال المفرز المباع بعد القسمة في نصيب شريك آخر غير البائع؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، فإننا نرى من جانبنا بأن علم المشتري بعد إبرام عقد البيع وقبل القسمة بأنه اشترى مالا مفرزاً مملوكاً على الشيوع، وسكوته عن ذلك وعدم إبطال العقد لحين القسمة يُعد قبولاً ضمناً منه بالنتيجة التي سوف تفضي لها القسمة، وبالتالي يسقط حقه بإبطال العقد.

وعند تقييمنا لما ورد النص عليه في المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني، فإننا نرى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في صياغته لنص المادة (2/1031)، وذلك تحديداً عندما اعتبر أن العقد في الفرض الأول يكون قابلاً للإبطال من جانب المتصرف له، لأن المشرع وعلى غرار أحكام الفقه الحنفي لم يأخذ بنظرية البطلان النسبي، فمراتب العقد بموجب المواد (167-176)⁽²⁶⁾ في القانون المدني هي: العقد الصحيح، والعقد الباطل، والعقد الموقوف، والعقد الفاسد، والعقد غير اللازم⁽²⁷⁾، كما أن جزء الغلط بموجب نص المادة (153)⁽²⁸⁾ من القانون المدني الأردني هو فسخ العقد وليس إبطاله، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي أخذ بنظرية البطلان النسبي للعقد بموجب المواد (138-144)⁽²⁹⁾، واعتبر أن جزء الغلط هو إبطال العقد وليس فسخه.

وعطفاً على ذلك، فإنه كان أجدد بالمشرع الأردني النص في المادة (2/1031) على اعتبار أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يُعد قابلاً للفسخ من المتصرف له حسن

(26) انظر: نصوص المواد (من 167 ولغاية 176) من القانون المدني الأردني.

(27) علي حيدر، مرجع سابق ص 93-95. يوسف عبيدات، مصادر الالتزام، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 143.

(28) نصت المادة (153) من القانون المدني الأردني على أنه: «للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه».

(29) انظر: نصوص المواد (من 138 ولغاية 144) من القانون المدني المصري.

النية، إذا وقع الجزء المفرز الشائع في نصيب شريك آخر غير البائع، نظراً لأن المتصرف له في هذه الحالة يكون قد وقع في غلط جوهرى يتعلق في صفة جوهرية في المحل، كما ويتعلق في ذات التعاقد الآخر وصفة من صفاته؛ مما يجعل العقد قابلاً للفسخ.

أما المشرع الكويتي، فإن موقفه من بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع قد جاء مغايراً لموقف كل من المشرعين الأردني والمصري، إذ اعتبر بموجب نص المادة (829)⁽³⁰⁾ عقد بيع المال المفرز الشائع بيعاً معلقاً على شرط واقف وهو أن يقع المال المباع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فهذا العقد لا ينتج أي آثار فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى قبل قسمة المال المفرز الشائع، فإن تمت القسمة ووقع المال المفرز المباع في نصيب الشريك البائع، فإن هذا العقد يُعد نافذاً وتنتقل ملكية المال المباع إلى المشتري، وبخلاف ذلك فإن العقد يُعد عديم الأثر. وما يُلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الكويتي لم يميز في هذا البيع بين المشتري حسن النية والمشتري سيئ النية، وإنما من خلال تحليل نص المادة (829) من القانون المدني، نجد أن المشرع الكويتي اعتبر أن هذا البيع هو بيع صحيح ونافذ، إن كان المال المباع قد وقع في حصة الشريك البائع بعد القسمة، وأنه يُعد برمته عديم الأثر، فلا يرتب أي آثار فيما يتعلق بنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى إن لم يقع المال المباع بعد القسمة في نصيب الشريك البائع، وبالتالي فإن العقد سوف يكون مستحيل التنفيذ إن كان المال المباع بعد القسمة قد وقع في حصة شريك آخر غير الشريك البائع.

ومن جانبنا، فإننا نرى أن المشرع الكويتي بهذا الموقف يكون قد وفر الحماية القانونية بالنسبة للمشتري حسن النية من أثر الغلط الذي يكون قد وقع فيه، وكذلك يكون قد وفر الحماية القانونية للمشتري سيئ النية الذي يكون على علم مسبق بأنه يشتري مالاً مفرزاً شائعاً، وجل ما يكون للمشتري حسن النية أن يطالب البائع بالتعويض عن الضرر الذي لحق به سنداً لأحكام المسؤولية المدنية العقدية، كما أننا نرى أنه يمكن له أن يطالب بالتعويض سنداً لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية إن كان البائع وقت البيع يعلم بأنه يبيع مالاً مفرزاً شائعاً وسكت عن ذلك، فتصرف البائع في هذه الحالة يُعد بحد ذاته فعلاً ضاراً؛ لذا فإننا نجد أنه كان من الأجدر بالمشرع الكويتي التمييز بين فرضين، وهما: 1- إن كان المشتري يعلم وقت التعاقد بأنه يشتري مالاً مفرزاً مملوكاً على الشيوع، فإن حقه ينتقل حكماً إلى المال الذي وقع في نصيب البائع بعد القسمة. 2- إن كان المشتري لا يعلم وقت التعاقد بأنه يشتري مالاً مفرزاً مملوكاً على الشيوع، فله الحق بإبطال العقد، إن لم

(30) نصت المادة (829) من القانون المدني الكويتي على أنه: «إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف».

يقع المال المباع في حصة الشريك البائع بعد القسمة، ما لم يقبل المشتري بعد القسمة أن ينتقل حقه على المال الذي وقع في حصة الشريك البائع.

سادساً- الوعد بالبيع الصادر من غير مالك

لا يُعد الوعد ببيع الشيء الصادر من غير المالك بيعاً لمال الغير، ذلك لأن محل هذا الوعد يتمثل بالتزام شخصي بالقيام بعمل معين، وهو حصول المتعهد على رضا المالك لبيع للمتعهد له الشيء الذي رغب في شرائه، فلا يلتزم المتعهد بنقل ملكية الشيء المرغوب في شرائه، وإنما يلتزم فقط بحمل المالك لبيع ذلك الشيء، وفي حال رفض المالك فلا يكون للمشتري سوى الرجوع على الواعد بطلب التعويض⁽³¹⁾.

سابعاً- بيع الوارث الظاهر

يُقصد بهذا البيع أن شخصاً يظهر بمظهر المالك يبيع مالاً معيناً بالذات لشخص آخر حسن النية، ويظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس بالمالك، كالوارث الأبعد في درجة الإرث، فيكون مثلاً قد حاز مال المتوفى مع وجود من يحجبه في الإرث لجهله و جهل من حوله عموماً، وذهب الفقه الحنفي إلى القول بصحة ونفاذ بيع الوارث الظاهر بحق المشتري حسن النية مراعاة لحسن نية المشتري وضماناً لاستقرار المعاملات بين الناس⁽³²⁾.

وإن كان الفقه الحنفي عموماً عالج بيع الوارث الظاهر معتبراً أنه ليس بيعاً لمال الغير، فإن ما يلاحظ أنه لم ترد في مجلة الأحكام العدلية وكذلك في القانون المدني الأردني والقانونين المدنيين المصري والكويتي نصوص ناظمة لهذا البيع، وبالرجوع إلى الأحكام القضائية بهذا الصدد، فإننا نجد أن القضاء الفرنسي عالج بيع الوارث الظاهر معتبراً أن هذا البيع يُعد صحيحاً وناظماً، مبرراً هذا الحكم بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في الفقه الفرنسي وهي: «أن الغلط الشائع يولد الحق»⁽³³⁾. أما القضاء المصري، فإنه استقر على معاملة هذا النوع من البيوع معاملة بيع مال الغير مطبقاً عليه ذات النصوص القانونية الناظمة لبيع مال الغير، ولم يأخذ بقاعدة (الغلط الشائع يولد الحق)؛ لأن من شأن أعمال

(31) إسماعيل شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 56. خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 126 - 127.

(32) جميل الشراوي، شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 118 - 119. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 2714.

(33) يقصد بقاعدة «الغلط الشائع يولد الحق» أن من يتعامل بحسن نية مع شخص يظهر للناس بصفة معينة، ويعامله الناس فعلاً بهذه الصفة، ثم يتضح بعد ذلك عدم صحة هذه الصفة، فإنه يكون بحاجة إلى حماية القانون نظراً لحسن النية وشيوع الغلط في حقيقة هذا المظهر الكاذب. انظر في التفصيل: أيمن ناصر، مرجع سابق، ص 30. إسماعيل شاهين، مرجع سابق، ص 61 - 62.

هذه القاعدة في بيع الوارث الظاهر مخالفة النظام العام⁽³⁴⁾.

وعلى حد اطلاقنا فإنه لا يوجد في القضاء الأردني وكذلك في القضاء الكويتي أي حكم قضائي يتعلق بهذا النوع من أنواع البيوع؛ لذا فإننا نرى أن هذا البيع سواء في مجلة الأحكام العدلية أو في التشريع الأردني أو في التشريع الكويتي ينبغي معالجته على أنه بيع مال الغير.

(34) القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية، نقض مدني، تاريخ 1979/3/29، طعن رقم 401. منقول عن: رمضان كامل، أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاً، مكتبة الألفي القانونية، القاهرة، 1998، ص 19-20.

المبحث الثاني حكم عقد بيع مال الغير

لاحظنا من خلال المبحث الأول بأن جوهر عقد البيع هو انتقال ملكية المبيع من البائع للمشتري، وهذا ما يستدعي بالضرورة أن يكون للبائع ولاية التصرف بالمبيع، ولكن التساؤل الذي يثور ليكون محلاً لدراستنا في هذا المبحث هو حول الحكم القانوني لعقد بيع مال الغير، فلو تم تكييف عقد البيع على أنه عقد بيع لمال الغير، فما هو الحكم القانوني لهذا العقد؟ وبعبارة أخرى، ضمن أي مرتبة من مراتب العقود يمكن إدراجه؟

وحتى يتم تحديد الحكم القانوني لعقد بيع مال الغير، فإن ذلك يستدعي الرجوع للقواعد العامة والقواعد الخاصة بهذا البيع، وتحديد الحكم القانوني لهذا البيع في كل منهما، الأمر الذي يستوجب تقسيم هذا المبحث لمطلبين؛ نعالج في أولهما حكم عقد بيع مال الغير في مجلة الأحكام العدلية وفي القواعد العامة في القوانين محل المقارنة، ثم نعالج في ثانيهما حكم عقد بيع مال الغير في القواعد الخاصة في مجلة الأحكام العدلية - إن وجدت - وفي القوانين محل المقارنة في هذا البحث.

المطلب الأول

حكم بيع مال الغير في القواعد العامة

نصت المادة (111) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «البيع الموقوف: بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي»، ونصت المادة (365) من المجلة نفسها على أنه: «يُشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكاً للمبيع أو وكيلاً للمالكه أو وليه أو وصيه، وألا يكون في المبيع حق للغير»، وجاء في المادة (368) منها أيضاً على أن: «البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً بإجازة ذلك الغير». كما نصت المادة (378) من المجلة على أن: «بيع الفضولي إذا أجازته صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا انفسخ، إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً، وإن كان أحد المذكورين هالكاً فلا تصح الإجازة».

وعليه، فإنه وبصريح نص المادة (378) من المجلة، يُعد عقد بيع مال الغير عقد بيع صحيح موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن لم يجزه فسخ، على أنه بموجب نص المادة (377)⁽³⁵⁾ من مجلة الأحكام العدلية، فإنه إن تمت إجازة عقد البيع من قبل المالك، فإن البيع يُقيد حكمه بأثر رجعي منذ إبرام العقد لا منذ إجازته⁽³⁶⁾، ولكن إن انتقلت ملكية المبيع

(35) نصت المادة (377) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «البيع الموقوف يقيد الحكم عند الإجازة».
(36) نصت المادة (1453) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، مثلاً لو باع أحد مال الآخر فضولاً، ثم أخبر صاحبه فأجازته، يكون كما لو وكله أولاً». انظر في التفاصيل:

للبيع «الفضولي» قبل إجازة عقد البيع أو رفضه، فإنه - وكما سبق وأن أشرنا - وفقاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي، فالملكية لا تنتقل تلقائياً ولا ينفذ عقد البيع تلقائياً، بل ينبغي أن يجدد العقد من البائع الذي انتقلت له الملكية، فإذا لم يجدد البائع ذلك البيع فإنه يبطل، فلا يمكن أن يجتمع الملك البات مع الملك الموقوف، فإن أصبح الفضولي لأي سبب كان هو مالك للمبيع قبل إجازة أو نقض البيع من المالك السابق، فله أن ينقل ملكية المبيع للمشتري بعقد جديد لا بإجازة العقد السابق.

وبالمقابل فإن هناك رأياً آخر للحنفية - وهو ما نميل إليه - ذهب للقول إنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف يتحول العقد الموقوف لعقد نافذ بأثر رجعي منذ نشأته؛ لأن المانع من النفاذ هو احتمال عدم رضا المالك، وقد زال هذا المانع بكسب البائع «الفضولي» ملكية المبيع⁽³⁷⁾.

وعطفاً على ما سبق، فإنه يمكن تحديد التكليف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب مجلة الأحكام العدلية، بأنه عقد بيع موقوف على إجازة المالك، وليس لأطراف العقد أي دور في إجازته، أو عدم إجازته حتى وإن كان المشتري حسن النية ولا يعلم بأن البائع ليس مالكا للمبيع.

وبالمقابل، فإن المتتبع لموقف المشرع الأردني والمشرعين المصري والكويتي من تنظيم عقد بيع مال الغير في القواعد العامة يلمس التطابق بين موقف المشرع الأردني ومجلة الأحكام العدلية، وذلك على خلاف كل من المشرعين المصري والكويتي اللذين لم ينصا على هذا البيع في القواعد العامة، وذلك على التفصيل التالي: فقد نص المشرع الأردني في المادة (171) من القانون المدني على أن: «يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة، إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك».

ومن خلال هذا النص، يُلاحظ أن المشرع الأردني شرع نصاً عاماً عالج بموجبه كافة تصرفات الفضولي في ملك غيره، سواء أكان هذا التصرف يتمثل ببيع مال الغير أم تأجيله أم هبته أم ترتيب رهن عليه، أم غير ذلك من تصرفات قانونية. وبإعمال هذا النص على بيع مال الغير، نجد أن موقف المشرع الأردني تقاطع مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية بشأن التكليف القانوني لعقد بيع مال الغير، عندما اعتبر أن هذا العقد

محمد عبد البر، العقد الموقوف، بلا ناشر، عمان، الأردن، 1998، ص 8.
(37) شمس الدين الدسوقي، شرح حاشية الدسوقي، ج 3، دار الفكر للطباعة والتوزيع، القاهرة، دون سنة نشر، ص 11.

موقوف على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ العقد مستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة⁽³⁸⁾، إلا أن موقف المشرع الأردني بهذا الشأن، اختلف حول النتيجة المترتبة على عدم إجازته، وذلك على التفصيل التالي:

فموجب مجلة الأحكام العدلية وتحديد نص المادة (378)، فإن عقد بيع مال الغير إن لم تتم إجازته من قبل المالك، فإنه يفسخ حكماً، وهذا يعني أن عقد البيع يُعد صحيحاً من حيث أركانه، وأن الجزاء المترتب على عدم إجازته من المالك هو الفسخ وليس البطلان، وذلك على خلاف المشرع الأردني الذي اعتبر بموجب المادة (2/175) أن الجزاء المترتب على عدم إجازة هذا العقد هو البطلان.

وعند المقارنة بين الموقفين السابقين، فإننا نجد من جانبنا بأن كلاً من الموقفين هو موقف سلبي ومننقد، الأمر الذي يمكن تسليط الضوء عليه على التفصيل التالي:

وفقاً لما ورد النص عليه في المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية، فإن عقد بيع مال الغير إن لم تتم إجازته من المالك يفسخ، وهذا مصطلح غير دقيق نظراً لأن الفسخ يرتبط بالمرحلة الموالية لتكوين العقد، حيث إن العقد ينشأ صحيحاً منتجاً لآثاره ثم يصار لفسخه، فالفسخ يكون واقعاً بعد صدور التصرف، فالأخير يُعد صحيحاً وناظراً ولكن يجوز فسخه بنص القانون أو باتفاق الأطراف أو بنص بالعقد أو بصدور حكم قضائي، وهذا لا ينطبق على عقد بيع مال الغير؛ لأن هذا العقد لا ينتج أثره إلا إن تمت إجازته من قبل المالك.

أما المشرع الأردني، فإننا نجد بأنه لم يكن موفقاً عندما اعتبر بموجب المادة (2/175)⁽³⁹⁾ أن الجزاء المترتب على عدم إجازة العقد هو بطلان العقد، لأن البطلان يعني أن العقد منذ البداية اختل ركن من أركانه، فترتب على ذلك بطلانه، وهذا ما يتناقض ومفهوم العقد الموقوف الذي يكون نشأ منذ البداية صحيحاً، ولكنه لا ينتج آثاره إلا بالإجازة، وفي هذا الصدد فإننا نرى بأنه كان أجدر بالمشرع الأردني استخدام مصطلح (كأن لم يكن) للدلالة على تصرف الفضولي في مال غيره في حال عدم إجازة التصرف ممن يملك حق الإجازة.

وسواء بموجب نص المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية أو نص المادة (174)⁽⁴⁰⁾ من القانون المدني الأردني، فإن الإجازة لعقد بيع مال الغير بوصفه عقداً موقوفاً لا بد من أن

(38) نصت المادة (1/175) من القانون المدني الأردني على أنه: «إذا أجزى التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة».

(39) نصت المادة (2/175) من القانون المدني على أنه: «وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف».

(40) نصت المادة (174) من القانون المدني على أنه: «يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عيناً وقت الإجازة».

تتوفر فيها مجموعة من الشروط حتى تكون محل اعتبار ويتم الأخذ بها، وهذه الشروط هي⁽⁴¹⁾:

1) وجود أطراف التصرف الثلاثة وقت الإجازة «المالك والبائع والمشتري»

وهذا الشرط يعني أنه وقت الإجازة ينبغي أن يكون كل من المالك والبائع والمشتري على قيد الحياة، فلا تكون الإجازة صحيحة إذا ما كان أي منهم قد توفي قبل الإجازة⁽⁴²⁾، لأن الحق بالإجازة لا يورث إلا في حال إذا كان العقد موقوفاً لتعرض أحد العاقدين للإكراه، فينتقل حق المكره بالإجازة أو عدما إلى خلفه العام حال وفاته⁽⁴³⁾. وفي هذا الصدد، فإن محكمة التمييز الأردنية قضت بأن: «المادة (174) من القانون المدني اشترطت لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الحق بالإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عيناً وقت الإجازة، فإن كانت الإجازة بعد أن خرج المتصرف فيه من ملكية المميز، فإن ذلك يعني أن المتصرف فيه غير موجود حين حصول الإجازة، ولا تعتبر في هذه الحالة بحكم الوكالة السابقة لفقدان شرط قانوني من شروطها»⁽⁴⁴⁾، إلا أن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد، هل يشترط وجود المشتري في مجلس الإجازة لاعتبار الإجازة صحيحة؟ وبالرجوع لنص المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية ونص المادة (174) من القانون المدني الأردني وتحليلهما، فإننا نجد من جانبنا بأنه لا يُشترط لصحة الإجازة وجود المشتري في مجلس الإجازة، نظراً لأن هذا العقد يكون قد انعقد بحق المشتري منذ تاريخ إبرامه، فهو صحيح ولكنه معلق النفاذ على إجازة المالك.

2) وجود المبيع وقت الإجازة:

حتى تكون الإجازة محل اعتبار من الناحية القانونية، فإن المعقود عليه ينبغي أن يكون مازال موجوداً وقت صدور الإجازة، أما إن كان هلك قبل الإجازة فلا تصح إجازة البيع⁽⁴⁵⁾. وفي الحالة التي يهلك فيها المبيع قبل الإجازة، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه، إلى أي حد يملك مالك المبيع الحق بالرجوع بضمان المبيع على الفضولي وعلى المشتري؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، فإنه ينبغي التمييز بين

(41) علي حيدر، مرجع سابق، ص 344

(42) يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 167.

(43) انظر: نص المادة (147) من القانون المدني الأردني.

(44) تمييز حقوق رقم 1986/844، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1989، ص 1819.

(45) إن هلك المبيع يكون إما حقيقياً كما هو في حال التلف، وإما حكماً كأن يتم إحداث تغيير جوهري في المبيع يُعتبر معه الأخير شيئاً آخر، كأن يكون المبيع قماشاً ويتم تفصيله من المشتري ثوباً.

فرضين، وهما⁽⁴⁶⁾: أ- إذا كان المبيع هلك قبل تسليمه للمشتري، ففي هذه الحالة، فإن البيع يُعد كأن لم يكن ويحق للمالك الرجوع بالضمان فقط على البائع. ب- إذا كان المبيع هلك بعد تسليمه للمشتري، ففي هذه الحالة، فإن البائع يكون مُخيراً بين الرجوع بالضمان إما على البائع أو على المشتري، وإن رجع على أحدهما، فإن ذمة الآخر تبرأ تجاه المالك. وما يلاحظ عند بحث شروط صحة الإجازة الوارد النص عليها في المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية ونص المادة (174) من القانون المدني الأردني تقاطعهما في شرط وجود الأطراف على قيد الحياة عند الإجازة ووجود المبيع، إلا أن المشرّع الأردني وعلى خلاف مجلة الأحكام العدلية، فإنه لم يكتف لصحة الإجازة بتوفر هذين الشرطين فقط، بل أضاف لجانبهما ثلاثة شروط لصحة الإجازة، وهي:

- أن يقبل التصرف الإجازة وقت صدوره، فإذا لم يكن للتصرف المنعقد شخص يملك الإجازة وقت التعاقد، فلا يرد على هذا التصرف الإجازة، كما لو كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً وصادراً عن صغير غير مميز، فلا تصح إجازته إن أصبح له مجيز بعد ذلك.

- أن يقبل التصرف الإجازة وقت صدورها، فلو ملك الفضولي ملك الغير الذي باعه كان عقد البيع المبرم بين الفضولي والمشتري صحيحاً ونافاً بدون إجازة من أحد وفقاً لنص المادة (2/551) من القانون المدني⁽⁴⁷⁾، ومن جانبنا، فإننا نجد أن نص المشرّع في هذه المادة على هذا الشرط تحديداً هو نص إيجابي ومحمود، لأنه يكون قد سد باب الجدل والاختلاف حول التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير حال انتقال ملكية المبيع إلى الفضولي قبل إجازة عقد البيع أو عدم إجازته من مالك الحق بالإجازة، وبذلك، فإنه يكون قد تجنب الخلاف الذي لاحظناه سابقاً في الفقه الحنفي حول تكييف هذا العقد إن كان نافذاً أم أنه يبقى موقوفاً على الإجازة⁽⁴⁸⁾.

- أن يكون البديل «العوض» قائماً «موجوداً» وقت الإجازة إن كان عيناً، مع ملاحظة أن البديل إن كان من المثليات، فإنه لا يهلك نظراً لإمكانية توفير ما يماثله.

وإن كان المشرّع الأردني في القواعد العامة في القانون المدني تقاطع مع ما ورد في مجلة الأحكام العدلية بشأن حكم عقد بيع مال الغير، إلا أننا نجد أن المشرّعين

(46) علي حيدر، مرجع سابق، ص 344.

(47) يوسف عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 166-167.

(48) نصت المادة (2/551) من القانون المدني الأردني على أنه: «وينقلب صحيحاً في حق المشتري، إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد». انظر ما سبق في هذا البحث بشأن الآراء الفقهية حول تكييف عقد بيع مال الغير حال انتقال ملكية المبيع للبائع «الفضولي» قبل إجازة البيع أو رفضه من مالك الحق بالإجازة.

المصري والكويتي كان موقفهما في القواعد العامة مختلفاً تماماً عما جاء في المجلة، وعن موقف المشرع الأردني من تنظيم عقد بيع مال الغير، وذلك على التفصيل التالي:

– إن المتتبع للنصوص القانونية النازمة لمراتب العقد في القانونين المدنيين المصري والكويتي يلمس بوضوح أن كلاً من المشرعين قسم العقود لثلاث مراتب، وهي: العقد الصحيح، والعقد الباطل، والعقد القابل للإبطال (العقد الباطل بطلاناً نسبياً⁽⁴⁹⁾)، وذلك على خلاف ما جاء في مجلة الأحكام العدلية وفي القانون المدني الأردني من حيث تقسيم العقود لعقد صحيح، وعقد باطل، وعقد موقوف، وعقد فاسد، وعقد غير لازم.

– وعند البحث في القواعد العامة المتعلقة بالعقود في القانونين المصري والكويتي، فإننا لا نلمس أي إشارة لتنظيم أي من المشرعين لعقد بيع مال الغير في القواعد العامة، وإنما عمداً لتنظيم هذا النوع من العقود بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع وتحديداً في المادتين (467، 468) من القانون المدني المصري، والمادة (519) من القانون المدني الكويتي.

– وعلى الرغم من عدم معالجة عقد بيع مال الغير في القواعد العامة في القانون المدني المصري، فقد ظهر في الفقه المصري ونظيره الكويتي العديد من النظريات الفقهية التي حاول أصحابها إيجاد التكييف القانوني لهذا العقد وفقاً للقواعد العامة، وأهم هذه النظريات وأكثرها انتشاراً تقوم على أساس اعتبار عقد بيع مال الغير بموجب القواعد العامة عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً، والخلاف الذي يكمن بين أصحاب هذه النظرية هو حول التأصيل القانوني للبطلان النسبي لهذا العقد في القواعد العامة.

أولاً- البطلان النسبي لبيع ملك الغير على أساس قواعد الغلط

إن من بين أهم النظريات التي ظهرت في سبيل إيجاد التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير في القواعد العامة في القانون المدني المصري اعتبار هذا العقد عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً، نظراً لأن المشرع المصري أخذ بصورة واضحة في القواعد العامة في القانون المدني بنظرية البطلان النسبي ولم يأخذ بنظرية العقد الموقوف أو الفاسد أو غير اللازم، فلا مجال لتكييف هذا العقد بموجب القواعد العامة إلا بأنه عقد باطل بطلاناً نسبياً⁽⁵⁰⁾.

(49) عصمت بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة، دار الكتب العالمية، بيروت، 2015، ص 77. صالح عبد الرؤف، شرح القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 92. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 532 وما بعدها.

(50) سلطان أنور، مرجع سابق، ص 188-189. سليمان مرقس، العقود المسماة - شرح عقد البيع، عالم الكتاب، القاهرة، 1980، ص 528. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية: البيع والمقايضة، دار النهضة

فوفقاً لأصحاب هذا الرأي، فإن بيع ملك الغير هو بيع قابل للإبطال سنداً للأحكام المتعلقة بالغلط كعيب من عيوب الإرادة، فهذا العقد يُعد باطلاً بطلاناً نسبياً نظراً لما اعتراه من غلط في الصفة الجوهرية في الشيء المبيع، أو في شخص المتعاقد أي البائع (غير المالك)، وهم بذلك يقيمون البطلان على أساس الغلط وفقاً للقواعد العامة، فملكية البائع للشيء المبيع هي صفة جوهرية والجهل بها يُعد غلطاً مؤدياً للبطلان، والأمر كذلك بالنسبة للغلط بصفة المتعاقد⁽⁵¹⁾.

ومن جانبنا، فإننا نرى بأن تطبيق هذه النظرية لا يؤدي دائماً لاعتبار أن عقد بيع مال الغير هو عقد باطل بطلاناً نسبياً، وذلك لأن تطبيق هذه النظرية يستدعي دائماً أن يكون المشتري حسن النية، بحيث يجهل بأن البائع ليس مالكا للمبيع، أما إن كان المشتري سيئ النية بحيث يعلم بأن البائع ليس هو مالك المبيع، فإن ذلك يعني أنه لا يوجد هناك غلط في شخص المتعاقد الآخر وهو البائع، الأمر الذي يعني أنه وفقاً لهذه النظرية، فإن عقد بيع مال الغير لن يكون عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً.

ثانياً- البطلان النسبي على أساس خطأ البائع في تنفيذ الالتزام

يؤسس أصحاب هذا الرأي البطلان النسبي لعقد بيع مال الغير على أساس استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع، فهم يرون أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلي وهو استحالة التنفيذ، ومن ثم فالبطلان هنا بطلان نسبي يقترب من آثار البطلان بسبب الوقوع بالغلط وقد تم تشريعه لمصلحة المشتري⁽⁵²⁾.

وعند تقييمنا لهذا الرأي، فإننا نتفق مع من ذهب إلى القول بأن أصحاب هذا الرأي قد وقعوا في اللبس عندما فرقوا بين الجزاء المترتب على عدم استحالة التنفيذ العرضي للعقد وعدم استحالة تنفيذ العقد منذ إبرامه، فجزاء الأول هو فسخ العقد، أما جزاء الثاني فهو بطلان العقد. ونظراً لأن عقد بيع مال الغير منذ إبرامه يكون غير قابل للتنفيذ من البائع، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو بطلان العقد منذ البداية، وبالتالي فإنه إن تم تبني هذه النظرية لتكييف عقد بيع مال الغير بموجب القواعد العامة، فإن ذلك بالنتيجة سوف يقود للقول بأن هذا العقد هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً، وهذا لا ينسجم وما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي بأن هذا العقد هو عقد باطل بطلاناً نسبياً⁽⁵³⁾.

العربية، القاهرة، 1991، ص153.

(51) مصطفى الجمال، مصادر الالتزامات - شرح مفصل لأحكام التقنيات المستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، ط1، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996، ص194.

(52) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود التي ترد على الملكية، ج4، مرجع سابق، ص278.

(53) مصطفى منصور، البيع والمقايضة والإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1956-1957، ص286.

ثالثاً- البطلان النسبي على أساس الاستحالة النسبية

وفقاً لأصحاب هذا الرأي، فإن عقد بيع مال الغير هو صورة من صور التصرفات الواردة على شيء مستقبلي غير مستحيل استحالة مطلقة، فيكون الجزاء المناسب للعقد هو البطلان النسبي أي القابلية للإبطال من ناحية المشتري، وأن ما تفرضه الاعتبارات العملية هو اعتبار بيع مال الغير تصرفاً باطلاً بطلاناً نسبياً أي أنه عقد قابل للتصحيح⁽⁵⁴⁾. ونرى أن تطبيق ذلك سوف يقود إلى تطبيق أحكام بيع المال المستقبلي - والذي كما رأينا سابقاً لا يُعد بيعاً لمال الغير - ولذلك، فإننا نتفق مع الرأي الذي ذهب للقول بأن أعمال هذا الرأي سوف يقود لوجود نوع جديد من العقود غير المعروفة في القواعد العامة وهي العقود القابلة للتصحيح⁽⁵⁵⁾.

رابعاً- البطلان النسبي بنص خاص⁽⁵⁶⁾

نظراً لأن كافة الآراء المشار إليها آنفاً تعرضت للانتقاد، فقد ظهر جانب من الفقه يرى بأنه لا يمكن تأسيس قابلية بيع مال الغير للإبطال من خلال القواعد العامة في القانون المدني المصري، فبيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص قانوني خاص، وهو بذلك يصبح من ضمن الحالات التي يترتب عليها البطلان النسبي، ومن هنا جاء تشريع نص المادتين (466، 467) من القانون المدني المصري. -ومن جانبنا - فإننا نتفق مع هذا الرأي، فعند تحديد التكليف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب القواعد العامة في القانون المدني المصري وكذلك في القانون المدني الكويتي، فإنه لا يمكن اعتبار عقد بيع مال الغير باطلاً بطلاناً نسبياً بموجب القواعد العامة، وذلك لأن كلاً من المشرعين المصري والكويتي نظم في القانون المدني بصورة حصرية الحالات التي يُعد فيها العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، وهي⁽⁵⁷⁾: 1- نقص الأهلية بحالة الصغير المميز إن كان التصرف دائراً بين النفع والضرر. 2- الغلط. 3- الإكراه. 4- التدليس. 5- الاستغلال.

(54) جمال الشرقاوي، مرجع سابق، ص 153.

(55) عبد الرحمن جمعة، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 1998، ص 160.

(56) زينة خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013 - 2014، ص 66 وما بعدها. خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1972، ص 590-591. بهجت بدوي، بطلان بيع مال الغير، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الأولى، 1931، ص 599. حسين عبد الظاهر، دعاوى عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود التي ترد على الملكية، ج 4، مرجع سابق، ص 282-285.

(57) انظر: نصوص المواد (من 138 إلى 144) من القانون المدني المصري، ونصوص المواد (من 150 إلى 166) من القانون المدني الكويتي.

المطلب الثاني

حكم بيع مال الغير في القواعد الخاصة

إن المتتبع لنصوص مجلة الأحكام العدلية يلمس بوضوح أنه لم يتم تنظيم بيع مال الغير إلا في القواعد العامة، وذلك على خلاف المشرع الأردني الذي نظم هذا البيع بموجب قواعد خاصة، إلى جانب تنظيمه في القواعد العامة. لذا فإن دراستنا في هذا المطلب سوف تنصب على تحديد التكييف القانوني لبيع مال الغير بموجب القواعد الخاصة في القانون المدني الأردني، وفي القانونين المدنيين المصري والكويتي.

نصت المادة (550) من القانون المدني الأردني على أنه: «1. إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع. 2. ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازها المشتري»، وجاء في المادة (551) من القانون ذاته أنه: «1. إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري. 2. وينقلب صحيحاً في حق المشتري، إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد». وقد جاء في المادة (466) من القانون المدني المصري النص على أنه: «1. إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل. 2. وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد». وجاء في المادة (467) من القانون ذاته النص على أنه: «1. إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري. 2. وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري، إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

ولو أمعنا النظر في هذه النصوص، فإننا نلمس بوضوح أن المشرع الأردني قد تطابق مع نظيره المصري بشأن تنظيم بيع مال الغير في القواعد الخاصة، إذ إن المشرعين لم يعتبروا بيع مال الغير بيعاً موقوفاً على الإجازة، بل اعتبروا بيعاً باطلاً بطلاناً نسبياً، وذلك على التفصيل التالي:

- فبالنسبة للمشتري، فإن المشرع الأردني بموجب نص المادة (550) منحه الحق بطلب فسخ العقد، أما المشرع المصري بموجب نص المادة (466) فإنه منحه الحق بطلب إبطال العقد، وعليه وسواء أكان عقد بيع مال الغير قابلاً للفسخ أم للإبطال من المشتري، وعلفاً عليه فسواء أكان المشتري حسن النية أم سيئ النية، فإن عقد بيع مال الغير يُعد بحقه صحيحاً وناظراً منذ إبرامه، ولكنه قابل للفسخ منه بموجب القانون المدني الأردني، وقابل للإبطال منه بموجب القانون المدني المصري⁽⁵⁸⁾.

(58) هادي العبيدي، العقود المسماة - البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2017، ص 68-69.

لذا فإن هناك من الفقه من يرى بأن عقد بيع مال الغير بالنسبة للمشتري يُعد بيعاً صحيحاً وناظراً وغير لازم⁽⁵⁹⁾، إلا أنه يشترط حتى يجوز طلب فسخ العقد من المشتري بموجب نص المادتين (550، 551) من القانون المدني الأردني، ونص المادتين (466، 467) من القانون المدني المصري توفر الشرطين التاليين: 1- أن لا يكون المالك أقر عقد البيع قبل طلب فسخه أو إبطاله من المشتري. 2- أن لا تكون ملكية المبيع انتقلت إلى البائع قبل طلب فسخ أو إبطال عقد البيع من المشتري.

أما إن كان المالك قد أقر عقد البيع قبل طلب فسخه أو إبطاله من المشتري أو انتقلت ملكية المبيع إلى البائع قبل طلب فسخ أو إبطال العقد من المشتري، فإنه لا يحق للمشتري طلب فسخ العقد أو إبطاله وإنما يصبح العقد باتاً ونهائياً بحق المشتري، وعليه الالتزام به. أما بالنسبة للمالك، فإنه بموجب نص المادتين (550، 551) من القانون المدني الأردني، ونص المادتين (466، 467) من القانون المدني المصري، فإن هذا العقد يُعد عقداً صحيحاً ولكنه غير نافذ بحقه حتى ولو أقره المشتري، فحتى ولو أقر المشتري عقد بيع مال الغير فإن هذا العقد لا يُعد عقداً نافذاً بحق المالك ما لم يتم الأخير بإقراره، علماً بأن المالك يفقد الحق بإقراره هذا العقد في الحالة التي يطلب فيها المشتري فسخه أو إبطاله قبل إقراره من المالك⁽⁶⁰⁾.

وفي هذا الصدد - فإننا نرى من جانبنا - وجود تناقض بين ما جاء النص عليه في القواعد العامة في القانون المدني الأردني وتحديداً في نص المادة (171) وما يليها بشأن اعتبار عقد بيع مال الغير عقد بيع موقوف على إجازة المالك، وبين ما جاء النص عليه في المادتين (550، 551) من القانون المدني الأردني من اعتبار عقد بيع مال الغير عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً. ولذلك، فإن المشرع الأردني لم يكن موفقاً عندما شرع نص المادتين (550، 551) من القانون المدني، كونه عارض في هاتين المادتين ما جاء النص عليه في القواعد العامة بشأن مراتب العقد، والتي لم يأخذ بها بنظرية العقد الباطل بطلاناً نسبياً، هذا علاوة على أنه عارض بموجب هاتين المادتين ما هو عليه الحال بشأن التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب أحكام الفقه الحنفي، والذي عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية بموجب نص المادة (378) على الرغم من أن أحكام القانون المدني الأردني بمجموعها مستمدة من أحكام الفقه الحنفي.

(59) محمد الزعبي، العقود المسماة - شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 2006، ص 563.

(60) جباري رضا، التصرف في ملك الغير: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016-2017، ص 14-15. مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع، دار القلم، دمشق، 1999، ص 256.

وفي ظل هذا التناقض الموجود بين القواعد العامة والقواعد الخاصة في القانون المدني الأردني بشأن التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير، فإن الإشكالية التي تكون ماثلة أمامنا حول القواعد القانونية الواجب تطبيقها على التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب القانون المدني الأردني. ولحل هذه الإشكالية، يقع لزاماً علينا التعرض لموقف الفقه والقضاء الأردنيين، وذلك على التفصيل التالي:

فعلى الصعيد الفقهي، فقد ظهر في الفقه رأيان، أولهما ذهب أصحابه للقول بأن النص الواجب التطبيق هو نص المادة (171) من القانون المدني الأردني، نظراً لأنه يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي وتحديداً أحكام الفقه الحنفي، الأمر الذي يحقق الانسجام مع نص المادة (3) من القانون المدني⁽⁶¹⁾، ويُعد أكثر انسجاماً مع موقف المشرع الأردني بشأن تقسيمه للعقود من حيث مراتبها باعتباره أخذ بالعقد الموقوف ولم يأخذ بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً⁽⁶²⁾. أما الرأي الثاني، فإن أصحابه ذهبوا للقول بأن الحكم الأصح هو ما ورد في نص المادة (171) لا ما ورد في نص المادتين (550، 551) من القانون المدني، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك وفي ظل التناقض الموجود، فإن ما ينبغي أن يطبق على التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير هو نص المادتين (550، 551) وليس نص المادة (171)، نظراً لأن الأخير جاء نصاً عاماً تم بموجبه معالجة تصرفات الفضولي بصورة عامة، أما المادتان (550، 551) فإنه تم النص عليهما كنصين خاصين يعالجان بصورة خاصة عقد بيع مال الغير، وإعمالاً للقاعدة الفقهية القاضية بأن الخاص يقدم على العام، والقاعدة الفقهية القاضية بأن اللاحق ينسخ السابق، فإنه ينبغي أن يتم تطبيق نص المادتين (550، 551) وليس نص المادة 171⁽⁶³⁾.

أما عن موقف القضاء الأردني، فإننا نجد أن موقف محكمة التمييز كان غير ثابت في هذا الصدد، فنجدها في بعض قراراتها طبقت على عقد بيع مال الغير نص المادة (171) من القانون المدني، معتبرة هذا العقد عقداً موقوفاً، ونجدها تارة أخرى طبقت في بعض قراراتها نص المادتين (550، 551)، معتبرة العقد عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً. وقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية أن: «بيع مال الوكيل المعزول هو بمثابة بيع الفضولي وبيع الفضولي لا يقع باطلاً، بل موقوفاً عملاً بأحكام المادة (171) من القانون المدني، والمالك هو وحده صاحب الحق في ترتيب البطلان على هذا العقد بعدم إجازته، عملاً

(61) نصت المادة (3) من القانون المدني الأردني على ما يلي: «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي».

(62) زينة خريسات، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

(63) هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 69.

بأحكام المادة (175) من القانون المدني وليس للفضولي ولا للمشتري الحق في ذلك»⁽⁶⁴⁾. بيد أنها قضت في قرار آخر بالقول: «إذا كانت الوكالة الخاصة غير قابلة للعزل ومقبوضة الثمن، وتُحوّل الوكيل إزالة الشيوخ وإفراز وتجزئة قطعة الأرض رقم 27 حوض 13، وإن قطعتي الأرض موضوع الدعوى رقمي 367، 374 حوض رقم 13 من ضمن القطع التي أفرزت من القطعة الأم رقم 27، فإنه يتوجب على محكمة الاستئناف بحث هذه المسألة قبل تطبيق أحكام المادتين (550،551) من القانون المدني باعتبار أن الوكيل تصرف في ملك الغير، مما يجعل قرارها سابقاً لأوانه قبل معالجة هذه المسألة»⁽⁶⁵⁾.

وقضت المحكمة ذاتها بقرار آخر بالقول: «2. وإذا كانت وكالة الممثلة المدعوة سلوى ... لبيع حصصها في قطعة الأرض بوكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها بقبضها الثمن على اعتبار أن حصصها هي 2376 حصة من أصل 41724 حصة تبين أن المساحة المبيعة من الوكالة تتجاوز مساحة حصصها، فإن بيعها بما يتجاوز حصصها هو بيع ملك الغير، وبالتالي فهو بيع باطل يجيز للمشتري فسخه، ولا يسري في حق المالك وفقاً لأحكام المادة (550) من القانون المدني»⁽⁶⁶⁾.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية النص على أنه: «وإذا لم تجز المدعية بيع باقي حصصها في قطعة الأرض موضوع الدعوى وذلك بإقامتها هذه الدعوى، فلا يسري ذلك البيع بحقها، مما يجعل ذلك البيع باطلاً كونه صدر عن غير أهله وممن لا يملك الحصاص المتنازل عنها، إذ تبقى غير صحيحة ويتعين إبطالها لأنها بمثابة بيع ملك الغير وفقاً لمفهوم المادة (550) من القانون المدني»⁽⁶⁷⁾. ومن خلال هذه القرارات، نجد بأن القضاء الأردني لم يكن موقفه ثابتاً بشأن تحديد التكييف القانوني لبيع مال الغير، فهو تارة يطبق القواعد العامة فيُعد هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك حصراً، وتارة أخرى يطبق القواعد الخاصة فيُعدّه بيعاً باطلاً بطلاناً نسبياً، فهو يجيز لكل من البائع والمشتري فسخه.

ومن جانبنا فإننا نؤيد الرأي القاضي بأن ما ينبغي أن يطبق هو نص المادة (171) من القانون المدني الأردني، باعتبار أن بيع مال الغير هو بيع موقوف على إجازة المالك وحده،

(64) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 79/374، تاريخ 1979/3/13، منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية. <http://www.adaleh.info> تاريخ زيارة الموقع 2018/7/22.

(65) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 2014/372، تاريخ 2014/8/10، منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية. <http://www.adaleh.info> تاريخ زيارة الموقع 2018/7/22.

(66) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 2013/2296، تاريخ 2013/12/29، منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية. <http://www.adaleh.info> تاريخ زيارة الموقع 2018/7/22.

(67) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 2013/657، تاريخ 2013/3/9، منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية. <http://www.adaleh.info> تاريخ زيارة الموقع 2018/7/22.

نظراً لأنه يتوافق مع أساسيات القانون المدني وأصوله، ويحقق الانسجام بين قواعد القانون المدني. أما عن التكييف القانوني لعقد بيع مال الغير بموجب القواعد الخاصة في القانون المدني الكويتي، فإننا أشرنا سابقاً بأن المشرع الكويتي عالج هذا البيع بموجب نص المادة (509) من القانون المدني والتي نصت على أنه: «إذا باع شخص مالا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا ألت إلى البائع أو أقر المالك البيع». وعطفاً على هذا النص، فإن المشرع الكويتي يكون اعتبر أن بيع مال الغير هو بيع صحيح ولكنه موقوف وغير نافذ لا بحق المالك ولا بحق المشتري إلا في حالتين، وهما:

1. إن قام المالك بإقرار هذا البيع.
2. إن انتقلت ملكية المبيع من المالك للبائع قبل إبداء المالك رغبته بإقرار عقد البيع أو عدم إقراره.

على أنه إن تم عدم إقرار البيع من المالك، فإن هذا البيع يُعد كأن لم يكن، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: «وإذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة (509) من القانون المدني على أنه: «إذا باع شخص مالا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا ألت إلى البائع أو أقر المالك البيع، ما مفاده أن بيع ملك الغير لا يكون نافذاً بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره أو ألت الملكية إلى البائع، ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع. ومن المقرر كذلك أن التسجيل وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1959 بقانون التسجيل العقاري هو نظام شخصي يجري وفقاً للأسماء لا بحسب العقارات وليست له حجية كاملة في ذاته، فهو لا يصحح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة أو يجعل من البائع غير المالك مالكاً. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الأولى هي المالكة الأصلية لأرض النزاع، وقد قضي في الدعوى رقم 2000/497 مدني ببطلان عقد البيع الصادر للمطعون ضدها الثالثة (عالية ...). المؤرخ 18/3/96 والمسجل برقم 2858 وبذلك بقيت الملكية للمطعون ضدها الأولى وزال عن المطعون ضدها الثالثة صفة المالك، كما قضي في الاستئناف رقم 2002/756 مدني بشطب ومحو الوثيقة رقم 2000/7522 - وهي عن بيع ذات العقار موضوع العقد السابق من المطعون ضدها الثالثة إلى المطعون ضده الخامس - وبذلك زال سند ملكية العقار عن الأخير وتبقى الملكية للمطعون ضدها الأولى ويصبح البيع الصادر من المطعون ضده الخامس إلى الطاعنين صادراً من غير مالك، وتبقى المطعون ضدها الأولى؛ التي لم تقر ذلك العقد مالكة للعقار دون غيرها، ولا يغير من ذلك أن الطاعنين سجلاً عقد شرائهما للعقار أو كانا حسني النية لا يعرفان أنه مملوك لغير البائع؛ ذلك أن الحماية المقررة، لحسن النية توجب أن يكون قد تلقى حقه من شخص يكون هو نفسه قد تلقاه بمقتضى عقد قائم، وهو ما

لم يتوفر بالنسبة للطاعنين، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي يكون على غير أساس»⁽⁶⁸⁾.

وعند مقارنة موقف المشرع الكويتي من حكم عقد بيع مال الغير مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية ومع موقف المشرعين الأردني والمصري، فإننا نجد منسجماً مع ما جاء في القواعد العامة في كل من مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني من اعتبار أن هذا العقد موقوف على إجازة المالك، وبالمقابل فإن موقف المشرع الكويتي لا ينسجم مع ما جاء في الأحكام الخاصة بعقد بيع مال الغير في القانونين المدنيين الأردني والمصري من اعتبار عقد بيع مال الغير هو عقد باطل بطلاناً نسبياً.

إلا أنه وعلى الرغم من تقاطع موقف المشرع الكويتي مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، وموقف المشرع الأردني بموجب القواعد العامة من تنظيم حكم بيع مال الغير، إلا أن ما يلاحظ على موقف المشرع الكويتي أنه خالف ما ورد في القواعد العامة في ذات القانون المدني الكويتي؛ نظراً لأنه لم يأخذ أصلاً بنظرية العقد الموقوف، بل كان موقفه من تنظيم مراتب العقد مطابقاً لموقف المشرع المصري من اعتبار العقد إما أن يكون عقداً صحيحاً، أو باطلاً، أو قابلاً للإبطال (العقد الباطل بطلاناً نسبياً)، فكان من الأجدر بالمشرع الكويتي اعتبار عقد بيع مال الغير عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً بما ينسجم مع القواعد العامة في القانون المدني.

(68) قرار صادر عن محكمة التمييز الكويتية - الدائرة المدنية- في الطعنين رقمي 7، 2005/8، جلسة 2005/5/30. نقلاً عن الموقع الإلكتروني - محاماة نت - <https://www.mohamah.net/law> تاريخ زيارة الموقع 2018/8/2.

الخاتمة

تم التوصل من خلال هذا البحث إلى النتائج، والمقترحات التالية:

أولاً- النتائج

1. إن المشرّع الأردني وكذلك المشرّع المصري نظماً أحكام التصرفات الصادرة من الفضولي بموجب أحكام القانون المدني، وذلك على خلاف المشرّع الكويتي الذي لم ينظم في القانون المدني أحكام التصرفات الصادرة من الفضولي.
2. يقصد ببيع مال الغير بيع الشخص مال غير مملوك له وغير مخول ببيعه، ويخرج من نطاق هذا البيع: بيع المال المعين بالنوع قبل الإفراز، وبيع المال المستقبلي، والبيع المعلق على شرط اكتساب البائع للملكية المبيع، والبيع المعلق على شرط فاسخ، والتعهد عن المالك ببيع ملكه، وبيع الشريك مال مفرز مملوك على الشيوع طالما أن البيع وقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، بشرط أن لا يكون هناك نقض من باقي الشركاء قبل القسمة.
3. لم يتم تنظيم الحكم القانوني لبيع الشريك مال شائع مفرز بموجب مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الفقهية الإسلامية فيما عدا متأخري الحنفية الذين قالوا بعدم جواز هذا البيع ويحق لباقي الشركاء نقضه.
4. يمكن تكييف بيع الشريك مال شائع مفرز بموجب مجلة الأحكام العدلية، بأنه:

أ. قبل قسمة المال الشائع

1. بالنسبة لحصّة الشريك البائع فهو بيع صحيح ونافذ.
2. بالنسبة لحصّة باقي الشركاء فهو موقوف على إجازة الشركاء بالنسبة لحصّة كل منهم من الشيوع.

ب. بعد قسمة المال الشائع إن تمت القسمة قبل إجازة أو نقض البيع من الشركاء

1. إن وقع المال المباع في حصّة الشريك البائع فإن البيع لا ينفذ تلقائياً بل ينبغي أن يجدد من الشريك البائع.
2. إن وقوع المال المباع في نصيب شريك آخر غير الشريك البائع، فالبيع يُعد موقوفاً على إجازة الشريك الذي وقع المال المباع في نصيبه ويعامل العقد معاملة بيع مال الغير، وفي هذه الحالة يحق للمشتري طلب فسخ العقد إن كان حسن النية؛ نظراً لأنه يكون قد وقع بالغلط في ذات المتعاقد الآخر وصفة جوهرية من صفاته، كما أنه يكون قد وقع بالغلط في صفة جوهرية في المعقود المبيع.

5. اختلف موقف المشرّع الأردني وكل من المشرّعين المصري والكويتي من تنظيم الحكم القانوني لبيع الشريك لمال مفرز شائع وذلك:

أ. قبل قسمة المال الشائع

1. بموجب القانون المدني الأردني فإن هذا البيع يُعد صحيحاً ونافاً في حدود حصة الشريك البائع.
2. إن المشرّع المصري سكت عن تنظيم الحكم القانوني لبيع الشريك لمال مفرز شائع قبل القسمة، الأمر الذي يستدعي تطبيق ما ورد في القواعد العامة، فهو بيع صحيح ونافذ بين العاقدين بشأن كامل المال المباع المفرز، ولا يستطيع المشتري إبطال هذا العقد لا بحصة الشريك البائع ولا بحصة باقي الشركاء، ما لم يكن حسن النية فيكون قد وقع بالغلط.
3. إن المشرّع الكويتي اعتبر أن بيع الشريك لمال مفرز شائع قبل القسمة هو بيع موقوف على نتيجة القسمة، ولم يرتب أي أثر عليه بشأن إنشاء وانتقال الحقوق العينية، وقابل للإبطال بالنسبة للمشتري حسن النية وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

ب. بعد القسمة:

1. إن كانت نتيجة القسمة دخول المال المفرز الشائع في حصة الشريك البائع، فبموجب القانون المدني الأردني والمصري والكويتي فإن البيع يُعد صحيحاً ونافاً ولا يحق للبائع نقضه طبقاً لقاعدة من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض، ولا يحق للمشتري إبطال هذا العقد حتى وإن كان جاهلاً عند إبرام العقد بأن المبيع مملوك على الشيوع، لأن الهدف من هذا البيع أن تخلص ملكية المبيع للمشتري.
2. إن كانت نتيجة القسمة دخول المال المفرز الشائع في حصة شريك غير البائع، فبموجب القانونين المدنيين الأردني والمصري فإن للمتصرف له إن كان حسن النية إبطال العقد، وإن كان سيئ النية فإن حقه ينتقل حكماً إلى المال الذي وقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة ولا يحق له إبطال العقد.
3. يسقط حق المشتري بإبطال عقد البيع إن علم بأي شكل من الأشكال بعد إبرام عقد البيع بأنه اشترى مالاً مفرزاً شائعاً.
4. بموجب القانون المدني الكويتي إن كانت نتيجة القسمة دخول المال المفرز الشائع في حصة شريك غير البائع، فإن عقد البيع يُعد عديم الأثر سواء أكان المشتري حسن النية أم سيئ النية، وبالتالي فإن العقد سوف يكون مستحيل التنفيذ؛ لذا إن كان

المشتري حسن النية فله الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به سنداً لأحكام المسؤولية المدنية العقدية، كما أننا نرى أنه يمكن له أن يطالب بالتعويض سنداً لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية إن كان البائع وقت البيع يعلم بأنه يبيع مالاً مفزراً شائعاً وسكت عن ذلك، فتصرف البائع في هذه الحالة يُعد بحد ذاته فعلاً ضاراً.

6. لم ترد في مجلة الأحكام العدلية ولا في التشريعات الأردنية والمصرية والكويتية نصوص قانونية خاصة ببيع الوارث الظاهر، لذا، فإن هذا البيع يعامل على أنه بيع مال الغير.

7. لم يرد في مجلة الأحكام العدلية النص على الحكم القانوني الخاص بعقد البيع الذي يبرمه الفضولي إن انتقلت ملكية المبيع للبائع «الفضولي» قبل إجازة البيع أو رفضه من المالك، ولكن وفقاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي فإن البيع لا ينفذ تلقائياً بل ينبغي أن يجدد من البائع «الفضولي» الذي انتقلت له الملكية، وإلا بطل البيع، وبالمقابل فإن هناك رأياً آخر في الفقه الحنفي وهو ما أخذ به المشرع الأردني والمشرعان المصري والكويتي وهو: إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف يتحول العقد الموقوف لعقد نافذ بأثر رجعي منذ نشأته؛ لأن المانع من النفاذ هو احتمال عدم رضا المالك قد زال بكسب البائع ملكية المبيع.

8. يُعد عقد بيع مال الغير بموجب مجلة الأحكام العدلية وبموجب القواعد العامة في القانون المدني الأردني موقوفاً على إجازة المالك وليس لأطراف العقد أي دور في إجازته أو عدم إجازته، وهو قابل للفسخ من المشتري حسن النية سنداً للقواعد العامة الناظمة للغلط، أما بموجب القواعد العامة في القانونين المدنيين المصري والكويتي فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال بالنسبة للمشتري حسن النية سنداً للقواعد القانونية الناظمة للغلط.

9. بموجب مجلة الأحكام العدلية، فإن الجزاء المترتب على عدم إجازة عقد بيع مال الغير هو فسخ التصرف حكماً، أما بموجب القواعد العامة في القانون المدني الأردني، فإن الجزاء هو البطلان.

10. بموجب القواعد الخاصة في القانونين المدنيين الأردني والمصري، فإن عقد بيع مال الغير هو عقد باطل بطلاناً نسبياً لا ينفذ بحق المالك إلا إن أجازه، ويحق للمشتري سواء أكان حسن النية أم سيئ النية طلب فسخه بموجب القانون المدني الأردني، ويحق له طلب إبطاله بموجب القانون المدني المصري بشرط أن لا يكون المالك أقر البيع مسبقاً، وأن لا تكون ملكية المبيع انتقلت للبائع مسبقاً.

11. في ظل التعارض الموجود بين القواعد العامة والقواعد الخاصة في القانون المدني الأردني بشأن تكييف عقد بيع مال الغير فقد ظهر في الفقه رأيان: أولهما يدعو لتكييف هذا العقد على أنه موقوف، والآخر يدعو إلى تكييفه على أنه باطل بطلاناً نسبياً، وقد تفاوتت قرارات محكمة التمييز الأردنية بين اعتبار عقد بيع مال الغير عقداً موقوفاً، وبين اعتباره عقداً باطلاً بطلاناً نسبياً.
12. بموجب القانون المدني الكويتي، فإن عقد بيع مال الغير يُعد عقداً موقوفاً على إجازة مالك المبيع، ويُعد نافذاً إن انتقلت ملكية المبيع إلى البائع قبل نقض البيع من المالك، وبهذا الموقف تقاطع المشرع الكويتي إلى حد كبير مع تنظيم هذا العقد بموجب مجلة الأحكام العدلية والقواعد العامة في القانون المدني الأردني، ولكنه بالمقابل لم ينسجم مع موقف المشرعين الأردني والمصري من تنظيم هذا العقد بموجب القواعد الخاصة في القانونين المدنيين الأردني والمصري.
13. إن المشرع الكويتي في تنظيمه لعقد بيع مال الغير خالف القواعد العامة في القانون المدني الكويتي، نظراً لأنه لم يأخذ فيها بنظرية العقد الموقوف، بل اعتبر أن العقد إما أن يكون صحيحاً، أو باطلاً، أو قابلاً للإبطال (العقد الباطل بطلاناً نسبياً).

ثانياً - المقترحات

1. نقترح على المشرع الأردني تعديل نص المادة (2/1031) من القانون المدني ليصبح على النحو التالي: «إن كان تصرف الشريك منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان مجهول أن المتصرف، لا يملك العين المتصرف فيها الحق بفسخ العقد».
2. نقترح على المشرع الكويتي أن يعدل نص المادة (816) من القانون المدني بما ينسجم والقواعد العامة في القانون المدني ليصبح على النحو التالي: «إن كان تصرف الشريك منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها المفرزة الحق في إبطال التصرف مع حقه بالتعويض».
- أو أن يصبح النص على هذا النحو: «إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى لحين القسمة، فإن لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك البائع

- انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل للمتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه حق إبطال العقد إن كان جاهلاً بأنه يشتري مالاً مفرزاً مملوكاً على الشيوع مع حقه بالتعويض».
3. نقترح على المشرّع الأردني تعديل نص المادة (2/175) من القانون المدني ليصبح على النحو التالي: «وإذا رفضت الإجازة، فإن التصرف يُعد كأن لم يكن».
 4. نقترح على المشرّع الأردني أن يضيف إلى المادة (171) النص التالي: «ويكون صحيحاً نافذاً في حق المتصرف له إذا آلت ملكية المتصرف فيه إلى المتصرف بعد صدور التصرف».
 5. نقترح على المشرّع الأردني اعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، كما هو الحال في القانونين المدنيين المصري والكويتي.
 6. نقترح على المشرّع الأردني التخلي عن نص المادتين (550، 551) من القانون المدني، والاكتفاء بما ورد في القواعد العامة بشأن تكييف عقد بيع مال الغير.
 7. نقترح على القضاء الأردني والباحثين الأردنيين إعمال ما جاء في القواعد العامة في القانون المدني على عقد بيع مال الغير من حيث كونه عقداً موقوفاً على الإجازة بما يحقق الانسجام مع الأصول والثوابت التي يقوم عليها القانون المدني الأردني.
 8. نقترح على المشرّع الكويتي وانسجاماً مع القواعد العامة في القانون المدني تعديل نص المادة (509) من القانون المدني وتبني نصي المادتين (550، 551) من القانون المدني الأردني، ونص المادتين (466، 467) من القانون المدني المصري.
 9. نقترح على المشرّع المصري تعديل نص المادة (58) من القانون المدني بأن يضيف لها تعريف المقصود بالأشياء المثلية على غرار ما جاء النص عليه في المادة (58) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (28) من القانون المدني الكويتي.

المراجع

الكتب

- ابن عابدين محمد أمين
- رد المحتار على الدر المختار «ج5»، دار الفكر الجامعي، لبنان، 1993.
- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية «ج1»، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة نشر.
- أبو زكريا النووي، المجموع - شرح المهذب - «ج9»، مكتبة الإرشاد، السعودية، بدون سنة نشر.
- إسماعيل شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- أنور سلطان، العقود المسماة: «شرح عقدي البيع والمقايضة»، دار النهضة العربية، لبنان، 1980.
- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- جمال النشا، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.
- هادي العبيدي:
- العقود المسماة «البيع والإيجار»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- الحقوق العينية «الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- زين الدين «ابن نجيم» محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق «ج6»، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، دون سنة نشر.
- حسين عبد الظاهر، دعاوى عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- يوسف عبيدات:
- مصادر الالتزام، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
- الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، 2011.
- مصطفى الجمال، مصادر الالتزامات شرح مفصل لأحكام التقنيات المستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

- مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي «عقد البيع» دار القلم، سوريا، 1999.
- محمد الزعبي، العقود المسماة « شرح عقد البيع في القانون المدني»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني « دراسة موازنة بالفقه الحنفي»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- مصطفى منصور، البيع والمقايضة والإيجار، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- سليمان مرقس، العقود المسماة «شرح عقد البيع»، عالم الكتاب، 1980.
- عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الحنفي، بدون طبعة، بدون ناشر، 1979.
- عبد الرزاق السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد «مصادر الالتزام» ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- الوسيط في شرح القانون المدني «حق الملكية» ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة)، ج4 المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1960.
- عبد الرزاق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الحنفي «دراسة مقارنة بالقانون المدني»، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع «ج5»، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.
- عصمت بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية «دراسة مقارنة»، دار الكتب العالمية، لبنان، 2015.
- عبد الرحمن جمعة، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 1998.
- علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العالمية، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
- صالح عبد الرؤوف، شرح القانون المدني الكويتي «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- رمضان كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، مكتبة الألفي القانونية، مصر، 1998.
- شمس الدين الدسوقي، شرح حاشية الدسوقي «ج3»، دار الفكر للطباعة والتوزيع،

- مصر، دون سنة نشر.
- خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1972.
 - خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
 - غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع « ج 1»، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970.

الرسائل الجامعية

- أيمن ناصر، بيع ملك الغير «دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006.
- جباري رضا، التصرف في ملك الغير «دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2017م.
- زينة خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي «دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن، 2013-2014م.

الأبحاث العلمية المحكمة

- بهجت بدوي، بطلان بيع مال الغير، علة هذا البطلان، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، 1931.
- ياسين الجبوري، الضوابط الموضوعية للكشف عن الغلط الجوهري في العقد ومدى اتصاله بعلم الآخر في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد رقم 10، العدد رقم 1، 2013.

المجلات القانونية

1. مجموعة أحكام النقض المصرية رقم 27.
2. مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1989.

المواقع الإلكترونية:

1. مركز عدالة للمعلومات القانونية: <http://www.adaleh.info> / تاريخ زيارة الموقع 2018/7/22.
2. محاماة نت: <https://www.mohamah.net/law> / تاريخ زيارة الموقع 2018/8/2.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
521	الملخص
522	المقدمة
525	المبحث الأول- ماهية بيع مال الغير
525	المطلب الأول- التعريف بعقد بيع مال الغير
527	المطلب الثاني- نطاق بيع مال الغير
537	المبحث الثاني- حكم عقد بيع مال الغير
537	المطلب الأول- حكم بيع مال الغير في القواعد العامة
545	المطلب الثاني- حكم بيع مال الغير في القواعد الخاصة
551	الخاتمة
556	المراجع

