



التأصيل القانوني لبيع الفضولي

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

Legal Rooting of officious sale A Comparative Study Under Islamic Jurisprudence & Positive Law

إعداد الطالبة

زينه أحمد خريسات

إشراف

الأستاذ الدكتور وليد عوجان

قدمت الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص.

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2014 - 2013

التفويض

أنا الموقعة أدناه "زينة أحمد خالد خريسات" أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي للمنظمات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنيين بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الإسم: زينة أحمد خالد خريسات

التوقيع: 

التاريخ: ١٤ / ١ / ٢٠١٤

١- الأستاذ الدكتور وليد عويان (رئيساً ومقرراً)

٢- الدكتور منصور المصطفى (عضواً نائبين)

٣- الدكتور أحمد المومني (عضواً مقررهما)

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها:

"التأصيل القانوني لبيع الفضولي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"

وأجيزت بتاريخ 1/1/2014م

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

.....
.....

.....
.....

.....
.....

1- الأستاذ الدكتور وئيد عوجان (رئيساً ومشرفاً)

2- الدكتور منصور الصرايرة (عضواً داخلياً)

3- الدكتور أحمد المومني (عضواً خارجياً)

الإهداء

إلى رمز العطاء والنجاح

أمي وأبي حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى معنى الحياة ومن شغلني عنهم مطلب العلم

زوجي وأولادي

إلى من كانوا سنداً لي بكل إخلاص ومحبة

إخوتي وأصدقائي

إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة وشجعني على تحقيق غايتي.

إلى موطن الحرية والأمان وطني الحبيب الأردن أهدي هذا العمل

المتواضع.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بعث فينا محمدا نبيا ورسولا ، والحمد لله الذي أسبغ علينا نعمه .

فلك الحمد يا رب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك .

من لا يشكر الناس لا يشكر الله ، فأتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الجليل الأستاذ الدكتور وليد عوجان على ما قدمه لي من رعاية وتشجيع منذ توليه الإشراف على هذه الرسالة فاستفدت من فكره العلمي وخبرته الواسعة فله مني كل الشكر والتقدير .
وكل الشكر والعرفان إلى جامعة الشرق الأوسط وإلى أعضاء هيئة التدريس فيها على ما قدموه لي من عون وتوجيه طيلة فترة الدراسة .
وأتوجه بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأجلاء رئيس وأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة ممتنة إلى ما سيبدونه من ملاحظات وتوجيهات قيمة بغية إثراء هذه الرسالة وتصويبها بما هو أمثل .
وكل الشكر والعرفان إلى من ساهم في إنجاح عملي وتسهيل مهمتي في إتمام هذه الرسالة .

فلهم مني جميعاً جزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير

الباحثة

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	التفويض
ج	قرار لجنة المناقشة
د	الإهداء
هـ	الشكر والتقدير
و	فهرس المحتويات
ط	المخلص باللغة العربية
ك	المخلص باللغة الإنجليزية
1	الفصل الأول المقدمة
1	أولاً: مقدمة الدراسة
3	ثانياً: مشكلة الدراسة
4	ثالثاً: أهمية الدراسة
5	رابعاً: هدف الدراسة
6	خامساً: أسئلة الدراسة
6	سادساً: حدود الدراسة
7	سابعاً: محددات الدراسة
8	ثامناً: الإطار النظري
8	تاسعاً: الدراسات السابقة
11	عاشراً: منهجية الدراسة

الصفحة	الموضوع
12	الفصل الثاني مفهوم بيع الفضولي
13	المبحث الأول: التعريف ببيع الفضولي
13	المطلب الأول : معنى بيع الفضولي في الفقه الإسلامي
16	المطلب الثاني : معنى بيع الفضولي في القانون الوضعي
17	المطلب الثالث: المقارنه بين المعنى القانوني والفهمي لبيع الفضولي
22	المبحث الثاني: نطاق بيع الفضولي
22	المطلب الأول: عناصر بيع الفضولي
26	المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق بيع الفضولي
39	الفصل الثالث الطبيعة القانونية لبيع الفضولي
40	المبحث الأول : الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي
41	المطلب الأول: بطلان بيع الفضولي
45	المطلب الثاني: بيع الفضولي موقوف
52	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الوضعي
52	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون المدني الأردني
55	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون المدني المصري
69	الفصل الرابع آثار بيع الفضولي
71	المبحث الاول :آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي
71	المطلب الأول: ماهية العقد الموقوف

الصفحة	الموضوع
74	المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي وفق العقد الموقوف
83	المبحث الثاني: آثار بيع الفضولي في القانون الوضعي
83	المطلب الأول: آثار بيع الفضولي في القانون المدني الأردني
93	المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي في القانون المدني المصري
104	الفصل الخامس الخاتمة والنتائج والتوصيات
105	أولاً: الخاتمة
107	ثانياً: النتائج
110	ثالثاً: التوصيات
112	قائمة المراجع

ملخص باللغة العربية

التأصيل القانوني لبيع الفضولي

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

إعداد الطالبة

زينه أحمد خريسات

إشراف

الأستاذ الدكتور وليد عوجان

يعد عقد البيع هو العقد الأول في حياتنا، إذ لولاه لما تمكن الإنسان من الحصول على حاجاته ولكسدت أعماله، فالبايع والمشتري هما أطراف عملية البيع، ولا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري إلا إذا كان مالكا للمبيع، وعلى الرغم من ذلك قد يحصل أن يبيع الشخص ما لا يملكه، وهنا نكون أمام أحد تصرفات الفضولي، وهو بذلك يبيع ملك الغير.

فبيع الفضولي مشكلة يثيرها الواقع العملي، فكيف يبيع الإنسان ما لا يملك؟ ففاقد الشيء لا يعطيه، إلا أن حدوث مثل ذلك في حياتنا العملية، قد فرض على المشرع تنظيم وتقييد هذه العملية فخص بيع الفضولي بأحكام خاصة .

وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى أن بيع الفضولي يتنافى والطبيعة القانونية لعقد البيع ، لأن عقد البيع ينقل الملكية بحد ذاته، ولكن قد يحصل أن يبيع الشخص ملك الغير بتحقق الشروط التالية: أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات وأن يكون البائع ليس مالكا أو يتمتع بالنيابة الشرعية للتصرف.

وبحثت هذه الدراسة في موقف الفقه الإسلامي، وقد كان أكثر يسراً وأقل تعقيداً من مسألة بيع الفضولي، فقد عرف الفقه الإسلامي بيع ملك الغير ببيع الفضولي، وانقسم الفقه الإسلامي حول بيع

الفضولي إلى فريقين، فريق من فقهاء المسلمين ذهبوا إلى تحريم بيع الفضولي وبالتالي بطلانه ، أما الفريق الآخر فقد ذهب إلى توقف البيع على إجازة المالك، وقد استند كل فريق من هؤلاء إلى ما يبرر موقفه لأدلة القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والمعقول، والراجح هو أن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك.

كما عرضت هذه الدراسة إلى محاولة فقهاء القانون المدني المصري البحث عن الطبيعة القانونية لهذا البيع من خلال القواعد العامة، فبحثوا في نظرية البطلان المطلق وذهب آخرون لنظريات أخرى ، كنظرية العقد الموقوف ونظرية الفسخ و نظرية البطلان النسبي وقد كان لكل نظرية ما يبررها من حجج ، مقابل ما لاقتته من انتقادات، إلا أن الراجح أن بيع ملك الغير قابل للإبطال بنص خاص لصالح المشتري، وتظهر آثار بيع ملك الغير في ظل البطلان النسبي عاجزة عن حماية المالك الأصلي الذي يعد غريباً عن هذا العقد، لولا الاستعانة بفكرة عدم سريان العقد في حق المالك .

أما التشريعات التي جعلت من الفقه الإسلامي مصدراً قانونياً لكثير من أحكامها، ومن ذلك التشريع الأردني، فقد أخذ المشرع الأردني بنظرية توقف بيع الفضولي، والتي تعد نظرية إسلامية بحتة، وبذلك هدفت الدراسة في النهاية إلى أن بيع الفضولي ينعكس بآثار إيجابية أكثر انسجاماً و بيع الفضولي، فهو يشكل الحماية الأفضل للمالك ، فالقول بتوقف آثار البيع على إجازة المالك يغنينا عن الوقوع في كثير من الإشكاليات التي قد تقع إذا ما نفذ هذا البيع و ترتب آثاره ، وعليه فقد أوصت الدراسة بأن يتدارك المشرع الأردني بعض الهفوات التي تتعارض مع موقفه التشريعي المتأثر بالفقه الاسلامي، ومن ذلك ما جاء في المواد (551، 550) التي تناولت أحكام بيع ملك الغير بشكل يتعارض مع نظرية العقد الموقوف المنصوص عليها في المادة (171) من القانون المدني الأردني، آمليين أن يقوم المشرع الأردني بتعديلها في أقرب فرصة ممكنة .

Legal Rooting of officious sale

Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Positive Law

Student preparation

By

Zeena Ahmad Khraisat

Supervision

Prof. Walid H. Awajan

The contract of sale, is the first contract in our lives , as it otherwise man wouldn't have been able to get its rights of access to its needs and does not sell his work, the seller and the buyer are parties to this process , the ownership of the sale does not transmit from the seller to the buyer unless he is the owner , and although it may get to sell the person what they do not own, and here we are in front of a curious behavior , and so is selling the property of others.

Sale of the others problem raised by the practice, how can a person sells what does not have? A person who lacks something cannot give, therefore, the occurrence of such a process in our lives, it may impose on the legislator to regulate and restrict this process which is organized by the provisions of the officieuse.

Oficiouse sale contrary to the legal nature of the contract of sale which conveys the property itself, but it might get verification conditions: To be held in connection with the sale , and to have a certain thing in particular sales, and that the seller is not the owner or has the legitimacy to act on behalf of others.

The position of Islamic jurisprudence has been more accessible and less complicated than the sale of the curious, has been known Islamic jurisprudence sale of the property of others selling the curious, and split the Islamic jurisprudence of the sale of the curious into two teams, a team of Muslim jurists went to the prohibition of sale of the curious and therefore void, and the other team has he went to stop selling off the owner, was based on each of these to justify his position to evidence the Koran and the Sunnah measurement and reasonable, and likely is that the officious sale suspended leave the owner.

The theory of the contract suspend the theory of relative invalidity that have justified arguments, which compared to what is to avoid criticism , however, it is likely that the sale of the property of others is voidable with special provision for the benefit of the buyer , and that show the effects of selling the property of others in light of the relative nullity which unable to protect the original owner who is a stranger to the contract , not for the use of the idea of non- validity of the contract in the owner's right.

The legislation that made the Islamic jurisprudence, it is legal source for many of its provisions, including the Jordanian legislation, has taken the theory stopped selling the curious, and although it seems to us the extent of confusion , which occurred when transport literal result of the legal texts which dealt with the sale of Egyptian king of others, that shows the confusion between (550,551) texts and (171) text of Jordanian Civil Code, which stood him in some detail in the hope that the Jordanian legislator those lapses that are inconsistent with the legislative position and modifiable at the earliest opportunity.

الفصل الأول

المقدمة

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽¹⁾ صدق الله العظيم

يعد عقد البيع من أقدم العقود التي عرفت البشرية ولعله أكثر العقود انتشاراً وشيوعاً، فهو العقد

الذي يشمل التطبيقات العملية لنظرية العقد مما جعله يحظى باهتمام القوانين كافة.

وقد عرفت المادة (343) من مرشد الحيران البيع بأنه "تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً

للمبيع"⁽²⁾، ومن ذلك يمكن القول: أن محور عقد البيع يدور حول نقل الملكية، ولا بد بالضرورة أن

يكون البائع مالكا للمبيع حتى يستطيع نقل ملكيته.

ونعلم أن من شروط المبيع في البيع أن يكون مملوكاً للعاقد، أو مأذوناً فيه من جهة المالك،

ولكن قد يصدر البيع من غير المالك ويسمى ذلك عند الفقهاء المسلمين ببيع الفضولي، وهو ما يعد

في القانون الوضعي بيع ملك الغير، ومن الجدير بالذكر أن بعض الباحثين (من غير رجال القانون)

يخطئون في هذا الخصوص، إذ يظنون أن الفضولي في القانون الوضعي هو نفسه الفضولي في الفقه

الإسلامي، والحقيقة أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي التصرف في

(1) سورة المائدة، آية (1).

(2) قدرتي، محمد قدرتي باشا، (1978). كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، تقديم وتعليق وفهرسة صلاح

الدين الناهي، ط1، عمان: الدار العربية للتوزيع ، ص93.

ملك الغير⁽¹⁾، ويعد هذا البيع أحد تطبيقات العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، فقد نصت المادة (171) منه على أن "يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة اذا 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" ويتضح من هذا النص أن المشرع الأردني قد تأثر بالتسمية الفقهية لمن يبيع ملك الغير "الفضولي" متأثراً بذلك بالفقه الإسلامي ، ولم يكتفي المشرع الأردني بالنص على تصرف الفضولي في المادة (171) من القانون المدني الأردني، وإنما عالج أحد تطبيقاته من خلال بيع ملك الغير أي بيع الفضولي، فخصه في نصين آخرين ووضح أحكامه ، أما ما المشرع المصري فقد نص على بيع ملك الغير في المادة (466) من القانون المدني المصري .

وعليه يعد بيع ملك الغير أحد تطبيقات تصرفات الفضولي، فإن وقع البيع أو الشراء دون إذن المالك الحقيقي، فإن هذا يعتبر من بيع الفضولي.

وعلى الرغم من أن بيع الفضولي يناقض طبيعة عقد البيع، إلا أنه كثيراً ما يحصل في الواقع العملي فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائباً عنه بل أصيلاً عن نفسه، والزوج قد يبيع ملك زوجته والوارث قد يبيع عينا ليست في التركة، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، والشريك في الشيوخ قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصته فيها، وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين

(1) شوشاري، صلاح الدين محمد (2001). نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص41.

فهذه كلها تعتبر ببيعاً لملك الغير⁽¹⁾. ويعتبر بيع الفضولي من المواضيع ذات الأهمية الكبرى نظراً لما يترتب عليه من آثار تنعكس في نطاق الحياة العملية للمجتمع.

ولذلك نجد أن التشريعات الوضعية قد بحثت في هذا التصرف ولم يكن موقفها موحداً منه، والأمر كذلك في الفقه الإسلامي، فقد اختلف الفقهاء المسلمون حول التأصيل الشرعي لبيع الفضولي، ومن هنا استوقفني هذا التباين والتضارب حول تحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي، وأي الآراء أكثر ملاءمةً لتصرف الفضولي في ملك الغير؟ مما أيقظ في داخلي روح البحث والتحليل فشرعت جاهدةً بإعداد هذه الرسالة راجية من الله عز وجل العون والتوفيق.

مشكلة الدراسة:

عندما يبيع الشخص مالا، فيجب أن يكون هو صاحب الحق في التصرف ، فإن فاقد الشيء لا يعطيه ، وهذا ما تؤيده القواعد المنطقية والبديهيات القانونية⁽²⁾، فإنه لا يجوز أن يبيع الشخص ما لا يملك أصلاً ، وإن عدم ملكية البائع لما يبيعه تثير - بلا شك- مشكلة هي جوهر هذه الدراسة فكيف يبيع الشخص ملك الغير؟ وماهي الآثار المترتبة على ذلك ؟

وأمام حدوث هذا التصرف على أرض الواقع لا بد من إيجاد الحلول القانونية بما يكفل حماية المالك الذي يبيع الفضولي ملكه دون إذن شرعي، وفي حال كان الفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك وليس فيه أي ضرر، فنتور هنا مشكلة أخرى فكيف نوازن بين ذلك في ظل الآراء الفقهية والقانونية المتضاربة؟

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1954). مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4 ، ط1، لبنان: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ص275.

(2) جمعه، عبد الرحمن (1998). بيع ملك الغير، دراسة مقارنة ، ط1، عمان: دار وائل للطباعة والنشر، ص74.

وقد عرفت المادة (167) من القانون المدني الأردني _ والذي يعد الفقه الإسلامي منبعه القانوني_العقد الصحيح بأنه "العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محله قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له" .

ويتبين من هذا النص أن العقد وفق القانون المدني الأردني يكون صحيحاً إذا ما كان مستجماً لأركانه الأساسية التي لا يقوم بدونها وهي التراضي، المحل والسبب⁽¹⁾ فهل يعد بيع الفضولي إذاً عقداً صحيحاً ، ينتج آثاره رغم عدم ملكية البائع للمبيع ؟ وما هي الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية ؟ وهل تصلح القواعد العامة كأساس للتأصيل القانوني لبيع الفضولي أم أن هناك أساس آخر لذلك؟

أهمية الدراسة:

إن موضوع الدراسة يدور حول مسألة كانت ولا تزال محللاً لجدل فقهي كبير، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول بيع الفضولي، فمنهم من نهى عن هذا البيع واعتبره باطلاً ، ودليلهم في ذلك قول رسول الله: "لَا طَلَّاقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا عِنَقَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ"⁽²⁾، والفضولي لا يملك ما يبيعه فتصرفه إذاً باطل، والبعض الآخر اعتبره عقداً موقوفاً على إجازة المالك ولهم في ذلك أيضاً حجج ومبررات.

كما تضاربت الآراء عند شراح القانون الوضعي حول الطبيعة القانونية لبيع الفضولي أو كما هو متعارف عليه ببيع ملك الغير وفق التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الغربي ، فإذا ما صدر البيع

(1) منصور، أمجد محمد، (2011). النظرية العامة للالتزامات: دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية، ط6 ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص142.

(2) الترمذي، محمد بن عيسى، دار الكتب العلمية، بيروت، 222/1، ابن ماجه (2047) ابن أبي شيبة (7/ 79 /1_ الطحاوي، أحمد بن محمد، مشكل الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م "، 1/ 280 - 281. الحاكم، محمد بن عبدالله ، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، 1411، 305/2.

من غير المالك فهذا هو بيع ملك الغير وهو بيع قابل للإبطال⁽¹⁾، ويرجع سبب هذا الإختلاف إلى تأثير بعض التشريعات العربية بالفقه الغربي وبعض الآخر بالفقه الإسلامي.

وهنا تكمن أهمية هذه الدراسة بضرورة الوقوف على النظريات الفقهية التي بحثت في الطبيعة القانونية لبيع الفضولي حيث أن لكل نظرية مبررات استندت لها بالإضافة إلى انتقادات قانونية ومنطقيه نالت منها .

كما أن تحديد الآثار القانونية التي يترتبها مثل هذا التصرف يكمن بلا شك في التأصيل القانوني لبيع الفضولي، فتختلف الآثار باختلاف النظرية التي يمكن الأخذ بها عند تحديد الطبيعة القانونية لهذا البيع.

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بغية التوصل إلى الربط القانوني ما بين نصوص القانون المدني الأردني التي تناولت بيع الفضولي في مواده نوات الأرقام (171،550،551).

كما تهدف هذه الدراسة إلى إيجاد الحلول القانونية لمشكلة الدراسة من خلال الوقوف على النظريات التي بحثت في تحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي، ومن ثم التحليل القانوني والمنطقي لمبررات كل نظرية بالإضافة إلى الإنتقادات التي وجهت لها سواء ما قيل في ذلك في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، لنتمكن من الموازنة بين تلك النظريات آملين الوصول إلى التأصيل القانوني الملائم لبيع الفضولي.

(¹) السنهوري، عبد الرزاق أحمد ، مرجع سابق، ص268.

أسئلة الدراسة:

- 1- هل يجوز تصرف الغير في غير ملكه؟
- 2- ما هو مفهوم بيع الفضولي في القوانين الوضعية؟
- 3- ما المقصود ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي؟
- 4- أي النظريات هي الأصلح للتأصيل الشرعي والقانوني لبيع الفضولي؟
- 5- هل تختلف الآثار القانونية لبيع الفضولي باختلاف النظريات المؤصلة لهذا البيع؟

حدود الدراسة:

الحدود الزمنية: من المؤمل أن تقوم الباحثة بإعداد هذه الدراسة خلال الفصل الدراسي الأول 2013-2014.

الحدود المكانية: تقتصر هذه الحدود على الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية ممثلةً بالقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، مع الإشارة إلى قانون الموجبات والعقود اللبناني و القانون المدني العراقي.

الحدود الموضوعية:

تقتصر الحدود الموضوعية لهذه الدراسة على التحليل والمقارنة ما بين النظريات التي قيلت في بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ومن ثم يخرج عن هذه الدراسة أي مسألة لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتأصيل القانوني لبيع الفضولي، ويخرج عن نطاق بيع الفضولي النصوص الخاصة بالفضالة وهي المواد ذوات الأرقام (301-309) من القانون المدني الاردني، والجانب الجزائي لهذا البيع في حال توافر أركانه.

محددات الدراسة:

تعد هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تبحث في التأصيل القانوني لبيع الفضولي ومن ثم لا يوجد أية قيود تحد من تعميم نتائجها في الأردن.

المصطلحات الإجرائية للدراسة:

1. **عقد البيع:** تملك مال أو حق مالي لقاء عوض نقدي⁽¹⁾.
2. **العقد الموقوف:** التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً⁽²⁾.
3. **العقد الباطل:** ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة⁽³⁾.
4. **الفضولي:** من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً و فعلياً دون تفويض مشروع⁽⁴⁾.
5. **بيع ملك الغير:** البيع الذي يبيع الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلاً أو ولياً عليه⁽⁵⁾.

(1) المادة (465) القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة(1976).

(2) فرج، عبد الرزاق حسن، مرجع سابق، ص 241

(3) المادة (1/168) القانون المدني الأردني.

(4) الزرقاء، مصطفى أحمد(2004). المدخل الفقهي العام ، ج1، دمشق ، دار القلم، ص(503).

(5) الصراف، عباس، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (2004). دراسة مقارنة. بدون سنة نشر، بدون طبعة، الكويت، دار البحوث العلمية، ص262.

الإطار النظري:

ستقوم الباحثة بتقسيم الدراسة إلى خمسة فصول، حيث سيخصص الفصل الأول لمقدمة الدراسة وأهميتها ومشكلة وفرضيات وأسئلة الدراسة بالإضافة إلى حدود ومحددات ومنهج هذه الدراسة، ثم ستنقل الباحثة إلى الفصل الثاني الذي سيتناول مفهوم بيع الفضولي و نطاقه، أما الفصل الثالث فستقوم الباحثة بالوقوف على الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الوضعي ، بالإضافة الى موقف الفقه الإسلامي ، أما الفصل الرابع فيتناول آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ممثلاً بالقانونين الأردني والمصري، وفي الفصل الخامس فيحتوي على الخاتمة والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها الباحثة.

الدراسات السابقة:

1. المرتضى ،عبد الكريم أحمد (2006) . بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني دراسة مقارنة، جامعة عين شمس.

حيث بدأ الباحث دراسته موضحاً فيها تعريف البيع في القانون المدني اليمني والفقه الإسلامي، وكذا التطور التاريخي لانتقال الملكية بالبيع ثم تناول شروط بيع ملك الغير، وما يخرج عن نطاق بيع ملك الغير و أشار إلى علاقة بيع ملك الغير ببعض التصرفات كما واستطرد الباحث الحديث عن أحكام بيع ملك الغير حيث فرق بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال،وتناول آثار رفض بيع ملك الغير، بالتفصيل، بالنسبة للعلاقة بين المالك الحقيقي وغيره من الأطراف، وبالنسبة لأطراف التصرف وبالنسبة للغير، ثم تناول آثار تحقق الإجازة.

وتفرق دراستنا عن هذه الرسالة كون دراستنا تركز على الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون الاردني فيما يخص بيع الفضولي من جهة ومن جهة أخرى تقف على النصوص الناظمة لبيع الفضولي كتطبيق تشريعي لبيع ملك الغير.

2. شوشاري ، صلاح الدين محمد (2001). نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، دراسة

موازنة بالفقه الإسلامي، عمان- الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

يتناول هذا الكتاب نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، فيعرف العقد الموقوف ويوازن بين غيره من مراتب العقد في الفقه الإسلامي والفقه الغربي، ثم يستعرض موقف القوانين المدنية العربية من نظام العقد الموقوف، وفي الفصل الأول يبحث الكتاب وقف العقد لانعدام الولاية على محل العقد والتصرف الصادر من فضولي في مال غيره ويشير إلى حكم تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، ويتعرض إلى التصرف الصادر من النائب الذي تجاوز حدود نيابية في القدر الذي تجاوز فيه حدود النيابة المعطاة له والتصرف الصادرة عن مالك في حالة له تعلق به حق الغير.

ويتناول في الفصل الثاني وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف ومنها التصرفات الصادرة عن نقص الأهلية، ثم يشير إلى أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني إذ لا بد للمتعاقد من توافر الأهلية القانونية حتى يكون أهلاً للتعاقد، وأهلية الإنسان هي قدرة على التعبير عن إرادته، أما أهلية الوجوب وهي صلاحية لاكتساب الحقوق، ويبين أن الأهلية تتأثر بالسن فالصبي غير المميز لا أهلية له كما تتأثر الأهلية بعوارض كالجنون والغفلة.

ثم يعرج على أنواع التصرفات التي يباشرها ناقص الأهلية كالتصرفات النافعة نفعا محضاً والتصرفات الضارة ضرراً محضاً والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وهنا ينتقل إلى الولاية على ناقص الأهلية ويبين فيها لمن تثبت الولاية حيث يثبتها الأب للصغير، ثم الوصي الذي يعينه الأب ويجد الصغير ثم الوصي الذي يعينه، ثم القاضي، ثم الوصي الذي يعينه مبينا ومؤكداً، الشروط التي يجب توافرها في الولي والوصي، ويتناول أيضاً في هذا الباب الإكراه تعريفه ونوعه وشروطه.

وتفرق دراستنا عن ذلك كون الرسالة تركز على تصرف الفضولي بمال الغير دون إذنه كأحد أهم التطبيقات لنظرية العقد الموقوف، بالإضافة إلى تحليل الآراء الفقهية الإسلامية والقانونية التي بحثت في التأصيل القانوني لبيع الفضولي، وأيها أكثر ملائمة لبيع الفضولي ملك غيره دون إذن أو ولاية شرعية.

3. جمعة، عبد الرحمن (1998). بيع ملك الغير دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع.

بيّن المؤلف مفهوم البيع وطبيعته وخصائصه، ومن ثم شرح أحكام بيع ملك الغير وتحديد طبيعته القانونية وشرائطه وكذلك آثاره القانونية، مع التركيز على موقف المشرع المغربي في بيع ملك الغير، معرجاً باختصار على الآراء الفقهية الإسلامية والقانون الأردني، وتفرق دراستنا عن ذلك كونها تركز على تصرف الفضولي أو بيع ملك الغير في القوانين الوضعيه والفقه الاسلامي مع الربط بينهما وبين موقف المشرع الاردني، مع تمسك دراستنا بإطلاق مصطلح بيع الفضولي على هذا البيع كمصطلح قانوني أشارت إليه المادة (171) من القانون المدني الأردني والمتأثرة بالفقه الإسلامي.

منهجية الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية مع الوقوف على الاجتهادات القضائية، بالإضافة إلى اعتماد المنهج المقارن بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي حول الطبيعة القانونية لبيع الفضولي، والآثار المترتبة عليه في الفقه والقانون .

الفصل الثاني

مفهوم بيع الفضولي

- المبحث الأول: معنى بيع الفضولي
- المبحث الثاني: نطاق بيع الفضولي

الفصل الثاني

مفهوم بيع الفضولي

إن البيع كما عرفته المادة (465) من القانون المدني الاردني هو "تمليك مال او حق مالي لقاء عوض"، وهذا ما يستلزم بالضرورة أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، فالانسان لا يستطيع أن يبيع ما لا يملكه ففاقد الشيء لا يعطيه، ولكن قد يحصل أن يبيع الشخص ملك غيره ، وهنا نكون أمام بيع الفضولي .

فما هو المقصود ببيع الفضولي؟ ولنجيب على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث نقف في المبحث الأول على مفهوم بيع الفضولي حتى نتمكن في المبحث الثاني من تحديد نطاق بيع الفضولي .

المبحث الأول: معنى بيع فضولي

نبحث مفهوم بيع الفضولي من خلال مطلبين، المطلب الأول نبين فيه مفهوم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني نبين فيه مفهوم بيع الفضولي في القانون الوضعي.

المطلب الأول: معنى بيع الفضولي في الفقه الإسلامي

يبحث الفقهاء المسلمين بيع ملك الغير تحت عنوان الفضولي⁽¹⁾، والفضولي في اللغة من الفضل وهو الزيادة وجمعه فضول كفلس وفلوس وقد غلب استعماله على ما لا خير فيه واستعمل الجمع استعمال المفرد فقول فضولي لمن يشتغل بما لايعنيه.⁽²⁾

(¹) ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بدون طبعة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص130.

(²) الفيومي، أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير (2000). ط1، القاهرة : دار الحديث، ص282.

أما اصطلاحاً فقد عرف فقهاء المسلمين الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"⁽¹⁾.

ولقد جاء في مجلة الأحكام العدلية- المتأثرة بالفقه الحنفي- المادة (112) أن الفضولي "من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي"⁽²⁾ ، والفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له 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 يؤجر ملك غيره وما أشبه ذلك⁽³⁾.

ولم يرد في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة لفظ الفضولي ، وإنما وردت كلمة فضل في مواضع عدة في القرآن الكريم ومن تلك المواضع قوله تعالى " قل إن الفضل بيد الله يؤتية من يشاء"⁽⁴⁾ وفي السنة النبوية وردت في قول رسول الله(صلى الله عليه وسلم) : "يا ابن آدم إنك إن تبذل الفضل خير لك، إن تمسكه شر لك"⁽⁵⁾ ولفظ الفضل هنا يختلف عما نقصده .

وقد ورد على لدى فقهاء المسلمين لفظ الفضولي ، ومن ذلك قول الحنابلة: "من يشتري أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له"⁽⁶⁾، وعند بعض الإمامية "من يتولى العقد بدون إذن لا من المالك الوكيل ولا من الشارع كالولي" ، وعليه فإن من يبيع ملك الغير دون إذن شرعي - عند فقهاء المسلمين- يندرج تحت عنوان بيع الفضولي .

⁽¹⁾ ابن نجيم، ج6، مرجع سابق، ص160.

⁽²⁾ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1991). تعريب المحامي فهمي حسني، الكتاب الأول. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، ص218.

⁽³⁾ فرج، عبد الرزاق حسن، مرجع سابق، ص43.

⁽⁴⁾ آل عمران الآية (73).

⁽⁵⁾ رواه مسلم، صحيح مسلم (1036)

⁽⁶⁾ ابن قدامة، عبدالله بن قدامة المقدسي أبو محمد (1367هـ). المغني، ج4 ، ط3، مطبعة المنار ، من خلال الحكيم ، عبد الهادي(1979). عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ، النجف: مطبعة الاداب ، ص48.

ومن المسلم به أن للعقد أركاناً ينبغي توافرها ليرتب الأثر المطلوب منه⁽¹⁾ ، وبذلك نجد أن الفقه الإسلامي قد اشترط لإتمام التعاقد ووقوعه صحيحاً نافذاً أن يكون للعاقِد سلطة على المعقود عليه وهذا الأمر لا يتحقق إلا بوسيلة من الوسائل التالية :

الوسيلة الأولى: وهي الملك، فيكون المبيع وهو الشيء المعقود عليه مملوكاً للبائع وقت البيع، فلا يصح بيع ما ليس مملوكاً له، واستثنى جمهور الفقهاء بيع السلم فأجازوه للضرورة ولحاجة الناس إليه⁽²⁾.

الوسيلة الثانية: أن يكون العاقِد ولياً أو وصياً على صاحب الشيء المعقود عليه، ومعنى ذلك أن يكون مأذوناً له بالتصرف من الشرع⁽³⁾.

الوسيلة الثالثة: أن يكون العاقِد وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابةً عن غيره بناءً على وكالة بين الوكيل والموكل، على أن يتصرف الوكيل في حدود وكالته ولا يتجاوزها⁽⁴⁾.

ويكون بأحد هذه الوسائل الثلاثة صفة شرعية للمتعاقد، فإذا لم تتوافر فيه صفة من هذه الصفات تبيح له التصرف في المعقود عليه سمي المتصرف فضولياً⁽⁵⁾.

(1) منصور، أمجد محمد مرجع سابق، ص 50.

(2) شوشاري، صلاح الدين محمد، مرجع سابق، ص 39.

(3) فرج، عبد الرزاق حسن، مرجع سابق، ص 43.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 129.

(5) الغياثي، لاشين، محمد يونس (1986). بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي ، ط1، مصر: جامعة جامعة طنطا، ص 114.

المطلب الثاني: معنى بيع الفضولي في القانون الوضعي

لقد عرف القانون الوضعي بيع ملك الغير كأحد تطبيقات تصرفات الفضولي⁽¹⁾، وقد ابتعد المشرع الأردني عن الخوض في إيجاد تعريف لبيع الفضولي - وقد أحسن في ذلك - تاركاً الأمر للفقهاء، إلا أنه قد تناول بيع الفضولي من خلال القواعد العامة للعقد الموقوف وذلك في المادة (171) من القانون المدني الاردني بقوله: " 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 " كما تناول المشرع الأردني أحكام هذا البيع تحت عنوان بيع ملك الغير في المواد (550،551) فنصت المادة (550) على أنه " 1- اذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .2- ولا يسري البيع في حق مالك العين المباعة ولو أجازته المشتري. أما المادة (551) من ذات القانون فقد نصت على أنه " 1- اذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري. 2- وينقلب صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

أما المشرع المصري فقد تناول بيع ملك الغير في المادة (466) من المدني المصري⁽²⁾ بقوله "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع"، ونجد بعض فقهاء القانون يعرفون بيع ملك الغير بأنه "البيع الذي يكون المبيع فيه معيناً بالذات ، ولا يكون مملوكاً

(1) العبودي، عباس(2011). شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار ، ط3، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص216.

(2) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948.

لأحد من الطرفين"⁽¹⁾، وفي تعريف آخر فبيع ملك الغير هو "البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه"⁽²⁾.

ويرى جانب آخر بأن "البيع الذي يبيع الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلاً عن المالك أو ولياً عليه"⁽³⁾، ويتميز هذا التعريف بضرورة صدور البيع عن غير المالك وعدم كون البائع وكيلاً عن المالك في التصرف في المبيع أو أنه غير ولياً عليه⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: المقارنة بين المعنى القانوني والفقهى لبيع الفضولي

نخلص مما سبق أن بيع الفضولي في الفقه الاسلامي يرادف بيع ملك الغير في القانون الوضعي ، ونستطيع أن نستخلص مما سبق أننا نكون أمام حالة بيع الفضولي إذا ما كان شيء معين بالذات مملوكاً للغير وتصرف فيه غير مالكة.

ونجد أن المشرع الأردني قد أطلق على من باع ملك غيره بأنه فضولي متأثراً بما جاء في الفقه الإسلامي، أي أن البيع هنا بيع الفضولي، فالفضولي الذي قصده المشرع الأردني هو من يتصرف في ملك غير دون إذن شرعي، ويؤخذ على مشرعنا هنا ما وقع به من ازدواجية في المصطلحات القانونية، فالفضولي الذي قصده المشرع في المادة(171) يختلف تماماً عن الفضولي الذي يتصرف استناداً إلى قواعد الفضالة كأحد تطبيقات الفعل النافع ، ولذلك كنا قد أخرجنا المواد (301-309) التي تبحث في الفضاله كأحد تطبيقات الفعل النافع من نطاق هذه الدراسة .

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 271_272.

(2) تناغو، سمير عبد السيد، عقد البيع، بدون سنة نشر، بدون طبعة، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، ص382.

(3) الصراف، عباس، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، بدون تاريخ نشر، بدون طبعة، الكويت، دار البحوث العلمية ، ص 261.

(4) جمعة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص112.

استخدم المشرع الاردني في المواد (550،551) من القانون المدني الأردني مصطلحاً قانونياً آخر هو بيع ملك الغير وقصد به الفضولي الذي يبيع ملك الغير كما هو وارد في المادة (171) من ذات القانون.

ونجد أن المادة (466) من المدني المصري تنص على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع" ، ونستطيع أن نحدد بموجب هذه المادة عناصر بيع الفضولي في حين لم يفصل المشرع الأردني ذلك، وترك الأمر إلى القواعد العامة.

ويؤخذ على المشرع المصري إغفاله لحالة النيابة الشرعية، حيث يقتصر النص إلى الدقة، فالمفهوم من النص المصري أن البائع لا يملك المبيع ولكن قد لا يكون مالكا في حين هو نائب شرعي، وإغفاله أيضاً لضرورة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني يعلق نقل الملكية على القيام بعمل ما، أو أن يضيفه إلى أجل معين.

أما الفقه الإسلامي فكان تعريفه أشمل وأدق لبيع ملك الغير، فعندهم أن بيع الفضولي بيعٌ صادرٌ من غير إذن صاحبه، وهذا يعني عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع (1).

إذاً بيع ملك الغير هو ذاته بيع الفضولي في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني ، ولكن هل الفضالة التي عرفها القانون هي ذات الفضالة التي عند فقهاء المسلمين؟

من خلال التعرف على معنى الفضالة في القانون الوضعي نجده يعرفها " أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك" (2)، ومن ذلك فالفضالة حسب القوانين الوضعية تقوم على ثلاثة شروط :

(1) راجع ماجاء في هذه الدراسة ص15.

(2) المادة (188) من القانون المدني المصري يقابلها المادة (301) من القانون المدني الاردني" من قام بفعل نافع لغيره دون أمره ولكن اذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الاحكام .

1- أن يقوم الشخص (الفضولي) بشأن عاجل لحساب شخص آخر .

2- أن يقصد الفضولي من عمله تحقيق مصلحة رب العمل.

3- أن لا يكون الفضولي ملتزماً بالقيام بالعمل⁽¹⁾.

فالفضالة في القانون هي أحد التطبيقات لمصدر من مصادر الالتزام ألا وهو الفعل النافع⁽²⁾، وقد بيّن الفقه الفرنسي أحكام الفضالة وأدرجها تحت عنوان شبه العقد، أما الفضالة أو الفضولي حسب الفقه الإسلامي - كما ذكرنا- فهي أن يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذوناً له بذلك وعليه فإن الفقهاء المسلمون لا يشترطون أن يكون تصرف الفضولي لأمر عاجل أو ضروري. يتبين لنا مما سبق أن القوانين الوضعية قد قصرت الفضالة على تصرف الفضولي وتدخله لأمر عاجل وضروري فقط⁽³⁾، بينما أعطت حكماً آخر للتصرف في ملك الغير، وعلى ذلك فالفضالة في القانون لا تعني بيع ملك الغير أما بيع الفضولي حسب الفقه الاسلامي فيقابله بيع ملك الغير في القانون.

فلم يشترط الفقهاء المسلمين أن يكون تدخل الفضولي لأمر عاجل أو ضروري، فالفضولي عندهم من الفضول أي التصرف في شؤون الغير وإن انتفى أو تحقق عنصر الضرورة .

(1) منصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص379_381.

(2) سلطان، أنور (1987). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط1، عمان: منشورات الجامعة الأردنية، ص459.

(3) السنهوري، مرجع سابق، ص 122 .

إذاً الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الفضالة⁽¹⁾، فالفضالة في الفقه يقابلها بيع ملك لغير ، والفضالة في القانون وهي تصرف الغير لضرورة أو أمر عاجل، والفضالة في الفقه الإسلامي تشمل الفضالة في القانون، وعليه فتصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي سواء كانت لضرورة أم لا، يقابلها في القانون الوضعي التصرف في ملك الغير و الفضالة⁽²⁾.

ونجد أن مجلة الأحكام العدلية والقانون العراقي قد تأثرا بالفقه الاسلامي من هذه الناحية_ فلم يعرفا الفضالة القانونية⁽³⁾، وإنما اعتبروا بيع ملك الغير هو ذاته بيع الفضولي ، فهم بذلك اتبعوا المفهوم الواسع للفضالة كما فعل فقهاء المسلمين فتصرف الفضولي يشمل الفضالة إذا توافر عنصر الضرورة ، ويشمل بيع ملك الغير أيضاً إذا انتفى عنصر الضرورة⁽⁴⁾.

أما ما قصده المشرع الاردني في المواد (171،551،550) من القانون المدني ، هو بيع ملك الغير أي بيع الفضولي لمال غيره ، وكان الأولى على مشرعنا أن يكون أكثر دقة في مصطلحاته، فلا يخلط بين تصرف الفضولي في مال غيره وهو بيع ملك الغير الذي قصده في المادة (171)، وبين الفضولي الذي يتصرف بناء على الفعل النافع باستخدام ذات اللفظ لكليهما، فنلاحظ في المادة (301) من القانون المدني أنها تنص: "من قام بفعل نافع لغيره دون أمره ولكن اذنت به المحكمة أو أوجبتة ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية"، أما المادة (303)

(¹) الألفي، محمد جبر (1980). الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وقوانين الشرق الأوسط ، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثالث، ص50.

(²) الغياثي، لاشين محمد يونس، مرجع سابق، ص122.

(³) اعتمد القانون العراقي المفهوم الواسع للفضالة كما جاءت في الفقه الاسلامي، فلم ينص القانون على فضاله كفعل نافع.

(⁴) حورية، كميح (1983). بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، ص65.

فمفادها "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه..."(1). وبذلك استخدم المشرع الأردني ذات لفظ الفضولي ،على الرغم من اختلاف أحكامه واختلاف مصدر الإلتزام لكليهما، وعلى الرغم من ذلك قد نصل إلى ذات النتيجة واحدة لهما، بأن تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي(2).

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2003/2731 (هيئة خماسية) تاريخ 2003/12/2، منشورات مركز عدالة، "من أوفى دين غيره دون أمره فليس له الرجوع بما دفعه على المدين إلاّ وفقاً للمادة (301) من القانون المدني عملاً بالمادة (310) من القانون ذاته.

(2) اذا دفعت المدعية أقساط التأمين التي تطالب بها عن المدعى عليها دون امرها ولم تقدم أية بينة على أنّ الدفع أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف ، فانه لا يجوز لها الرجوع على المدعى عليها بما دفعته عنها ، عملاً بالمادة (301) من القانون.

المبحث الثاني

نطاق بيع الفضولي

نكون أمام حالة بيع الفضولي عند توافر عناصر محددة ، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نقتف فيه على عناصر بيع الفضولي، لنتمكن من إخراج مايتشابه من أنظمة أخرى من نطاق بيع الفضولي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: عناصر بيع الفضولي

لم يفرد القانون المدني الأردني نصاً قانونياً صريحاً يحدد فيه العناصر التي يقوم عليها بيع الفضولي، وإنما اكتفى ببحث تصرفات الفضولي الذي يتصرف في ملك الغيره من خلال العقد الموقوف، وهو ما رأيناه سابقاً في المادة (171) منه، أما المواد (550،551) من القانون المدني الأردني فقد نصت على أحكام هذا البيع تحت عنوان بيع ملك الغير.

إلا أننا نستطيع استخلاص هذه العناصر من خلال القواعد العامة والفقہ الإسلامي، مع الإستعانة بما نصت عليه المادة (466) من القانون المدني المصري بأنه"إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ، وهو لا يملكه جاز للمشتري إبطال البيع" ، وبذلك فقد حددت هذه المادة ثلاث شروط لبيع ملك الغير ألا وهي⁽¹⁾:

1. أن نكون بصدد عقد بيع.
2. أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات.
3. عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع.

(¹) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 325.

4. أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال (1).

وسأبحث هذه الشروط تباعاً على النحو التالي

أولاً: أن نكون بصدد عقد بيع

إنه لا يتصور وجود حالة بيع الفضولي اذا لم يوجد عقد بيع أصلاً، وعقد البيع عقد رضائي⁽²⁾، وقد نصت المادة (90) من القانون المدني الأردني "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، وبالتالي نكون بصدد عقد بيع إن تبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتهما بانتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل الثمن النقدي، فعقد البيع ينعقد صحيحاً بتوافر أركانه التراضي، المحل والسبب، كما هو الحال في أي عقد آخر⁽³⁾.

ثانياً: أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات

إن بيع الفضولي يقتضي أن نكون أمام عقد بيع يرد على أشياء معينة بالذات، وبذلك تنتقل الملكية فور العقد وبمجرد إبرامه وهو ما نصت عليه المادة (1146) من القانون المدني الأردني "تنتقل

(1) جمعة عبد الرحمن، مرجع سابق ص 45.

(2) أخضع الاسلام العقود إلى الإرادة الحرة ولم يشترط غير الرضا لانعقاد العقد، فهو الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة للعقد، فلم يتمسك الاسلام بالشكل إلا إذا توقف على العقد مصلحة معينة لها أهمية أو خطورة على النظام الاسلامي كاشتراط الشهود لصحة النكاح أو تأكيد لإرادة المتعاقدين كاشتراط القبض في بعض العقود، انظر في ذلك الكاساني، علاء الدين أبو بكر الكاساني الحنفي (2002). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الطيب العلمية، ص 230-235.

(3) الدكتور السرحان، عدنان و الدكتور خاطر، نوري (2005). مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص53.

الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون".

والأشياء المعينة بالذات هي ما تفاوتت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التداول⁽¹⁾، أما البيوع العقارية والمنقولات ذات الطبيعة الخاصة⁽²⁾ فلا تنتقل ملكيتها إلا باتباع شكلية التسجيل و تعد الشكلية هنا ركن من أركان الانعقاد وبدونها فالعقد باطل ، فلا يتصور وقوع البيع ممن لا يملك العقار ، إذ لا وجود للعقد طالما لم يتم تسجيله⁽³⁾، أما الفقه الإسلامي فلم يشترط ذلك واعتمد الرضائية لكافة العقود وأخضعها لمجرد الإيجاب والقبول الصادرين بالتراضي الحر والاختيار السليم القائم أساس الوعي والإدراك وأهلية المتصرف في ماهو مشروع ، وبذلك لم يتقيد الإسلام قط بشيء من الشكليات⁽⁴⁾ فيصح أن يبيع الفضولي عقاراً أو منقولاً له سجلات خاصة لغيره .

ثالثاً: عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع

إن هذا الشرط هو ما جعلنا بصدد بيع الفضولي، فالفضولي يبيع ملكاً ليس له وإنما لغيره ، فالمبيع هنا غير مملوك للبائع ولا للمشتري، ولا تنثور مشكلة إذا ما كان البائع مالكاً للمبيع ولا يكون البائع فضولياً ، وأما ملكية المشتري للشيء المبيع فتضعنا أمام عقد باطل حيث لا ينعقد العقد من

(1) المادة (2/56) القانون المدني الاردني .

(2) العبيدي، علي هادي (2000). شرح أحكام عقدي البيع والايجار، ط1، إريد : المركز القومي للنشر، ص99.

(3) قد يلجأ البائع الفضولي الى بيع عقار الغير أو المنقول عن طريق وسائل احتيالية أو التزوير، وهو ما قد يرتب المسؤولية الجزائية على هذا البيع ، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدراسة.

(4) الكاساني، مرجع سابق ، ص 235 ، من خلال الزرقاء، مصطفى أحمد، ج2، مرجع سابق، ص21.

الأصل لاستحالة تحقيق الغرض المستهدف استحالة مطلقة، ألا وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك فعلاً المبيع⁽¹⁾.

رابعاً: أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال

إن المشكلة التي يثيرها بيع الفضولي تدور وجوداً وعدمياً حول هذا الشرط حيث يتصل حكم بيع الفضولي بطبيعة عقد البيع الذي من شأنه نقل الملكية، وحيث أن بيع الفضولي لم يعد يتلاءم وطبيعة البيع الناقل للملكية في ذاته، فإن نقل الملكية لا بد أن يصدر عن يملك الشيء المبيع حتى يتحقق قصد المتعاقدان من نقل الملكية في الحال، وأما إذا انتفى قصد المتعاقدان من نقل الملكية في الحال انتفت معه حالة بيع الفضولي، وقد تمسك بهذا الشرط الدكتور الفاضل عبد الرحمن جمعة⁽²⁾، وترى الباحثة أن عقد البيع عقد ينقل الملكية حكماً⁽³⁾، وأن طبيعة البيع تحتم نقل الملكية بمجرد إبرام العقد، ولذلك لا ضرورة لاشتراط انتقال الملكية في الحال طالما أن الأشياء المعينة بالذات تنتقل ملكيتها بمجرد التعاقد، إلا إذا تم الاتفاق أو نص القانون على ذلك.

ونخلص إلى أن توافر هذه الشروط مجتمعة تجعلنا أمام بيع الفضولي أي بيعاً لملك الغير، أما تخلف شرط من تلك الشروط فيخرجنا عن نطاق بيع ملك الغير وندخلنا في نطاق آخر وهو ما سنبحثه في المطلب التالي.

(1) الغياثي ، لاشين ، مرجع سابق، ص26.

(2) جمعة ، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص102.

(3) تنص المادة (199) من القانون المدني الاردني على أنه "يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف عل القبض أو أي شيء آخر مالم ينص القانون على ذلك".

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق بيع الفضولي

يجدر بنا أن نحدد ما لا يعد بيعاً لفضولي، وحيث أن عدم توفر أي شرط من الشروط التي بحثناها سابقاً يضعنا أمام نوع آخر من البيوع ، ولذلك سنخرج من نطاق بيع الفضولي ما قد يدق ويختلط معه.

الفرع الاول: بيع الأشياء المستقبلية

إذا وقع البيع على شيء مستقبلي فإن البيع هنا لا يؤدي إلى نقل ملكية الشيء، حيث أن المبيع غير موجود ولم يعين بذاته بعد⁽¹⁾، ولا يمكن إذاً القول بأن المبيع مملوك للبائع أو لغيره إلا عند تواجده أصلاً وقت إبرام العقد، وهناك فرق بين أن يبيع الشخص ما يملكه غيره وبين أن يبيع ما لا يملكه.⁽²⁾ وعلى ذلك فإن بيع الأموال المستقبلية لا تعد بيعاً لملك الغير، ونضيف أنه حتى في البيوع المستقبلية، فالبيع لا ينقل الملكية بالحال وإنما يتراخى الى حين تحقق وجود المحل⁽³⁾.

الفرع الثاني: الوعد بالبيع

لا يعدو أن يكون الوعد بالبيع مجرد التزاماً يتمثل بالقيام بعمل معين، ويكون هذا الوعد صحيحاً حتى وإن صدر من غير المالك، وذلك لأن الوعد لا يرتب حكم عقد البيع في انتقال ملكية المبيع ، فهو مجرد بيع احتمالي بحيث يتفق المتعاقدان بأن يكون البيع مجرد احتمال، قد يتحقق بأن

(1) جمعة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص93

(2) طه، غني حسون (1970). الوجيز في العقود المسماة: عقد البيع، ج1، بدون طبعة، بغداد: مطبعة المعارف، ص396.

(3) الغياثي، لاشين، بيع ملك الغير، ص33.

يملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري ، وهنا يحق للمشتري الرجوع على الواعد لعدم تنفيذ وعده⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التعهد عن الغير

تنص المادة (209) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا ما تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه " وتطابق ذلك المادة (153) من القانون المدني المصري "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده فاذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه".

ونرى هنا أننا لسنا بصدد عقد بيع أصلاً ، وإنما تعهد عن الغير بحيث يترتب على عاتق الشخص القيام بعمل وهو الحصول على رضا المالك بأن يبيع ما لديه ، فإذا لم يستطع القيام بذلك يحق للطرف الآخر أن يطالبه بالتعويض جراء ما لحق به من ضرر بسبب عدم تنفيذه لالتزامه⁽²⁾، فالأمر لا يعدو أن يكون التقاء إرادتين بقصد التعهد للقيام بعمل لا أكثر.

الفرع الرابع: بيع الشيء المعين بالنوع

يعرف المشرع الاردني في المادة (2/56) من القانون المدني الأشياء المثلية بأنها " ما تماثلت أحادها أو أجزاءها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن".

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، هامش ص273.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص272.

وحتى تنتقل ملكية الأشياء المعينة بنوعها فلا بد من فرزها أولاً وتعيينها عن مثيلاتها، ومثالها بيع شخص مائة طن من الطحين بعد فرزه⁽¹⁾، وهو مانصت عليه المادة (1147) من القانون المدني الاردني "لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه الا بفرزه طبقاً للقانون"⁽²⁾، فبعد الفرز تثبت الملكية و يسهل معرفة المالك من غير المالك، فإن وقع البيع من المالك فيكون البيع بذلك صحيحاً ، وإن وقع من غير المالك عد البيع بيعاً فضولياً لمال الغير .

الفرع الخامس: تعليق البيع على شرط التملك

إن هذا البيع يعلق على شرط إما واقف فيتوقف على وجوده الالتزام وإما شرط فاسخ فيترتب على وجوده زوال الالتزام، والشرط الواقف يتمثل باكتساب البائع لملكية المبيع، وهنا يعلق البائع التزامه بنقل ملكية المبيع على تحقق شرط تملك الشيء المبيع، فإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع، بمعنى أن الملكية للبائع غير بائنة إلى حين تحقق الشرط⁽³⁾، ونجد أن المشرع الأردني في المادة (400) من القانون المدني قد نصت على أن "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"، وتفيد هذه المادة أن لتحقق الشرط أثر فوري لا رجعي، على خلاف التقنيات المقارنة التي جعلت من تحقق الشرط أثر رجعي وفق القواعد العامة⁽⁴⁾.

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق ، ص369.

(2) تجدر الإشارة الى وجود خطأ في صياغة هذه المادة ويجب الغاء كلمة "غير " ليستقيم المعنى.

(3) لا شين، الغياثي، مرجع سابق، ص31.

(4) سلطان ،أنور، مرجع سابق ، ص325.

أما إذا كان الشرط فاسخاً فإن تحقق الشرط يترتب عليه زوال الملكية⁽¹⁾، وبذلك إن كان البيع مثقل بشرط التملك، فإن البائع هنا لا يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً بل علق التزامه على شرط وليس هذا بيع ملك الغير⁽²⁾ الصادر من فضولي .

الفرع السادس: بيع الوارث الظاهر

لا يوجد نص صريح في القانون (المصري أو الأردني) يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر⁽³⁾، ولكن الاعتبارات العملية التي تفرض استقرار المعاملات وحماية للأوضاع الظاهرة والمتعاملين بحسن نية تفرض علينا أن يكون بيع الوارث الظاهر بيعاً صحيحاً نافذاً بحق حصة الوارث الحقيقي.

ونجد أن القضاء الأردني قد تبنى ذات المبدأ الذي سار عليه القضاء المصري من خلال الاستعانة بالقواعد العامة، ويتضح ذلك من خلال ما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية⁽⁴⁾، تثبتت حقوق الورثة بمجرد وفاة المورث في التركة وحجة حصر الإرث الصادرة للورثة هي كاشفة لتلك الحقوق وليست منشئة لها فتكون المميّزة غير وارثة وليس لها حقوق في التركة والتصرفات التي قامت بها وهي بيع (250) سهماً من أسهم البنك العربي والتي كانت مملوكة للمرحوم فاروق هي تصرفات وقعت في ملك الغير غير أن تلك التصرفات تمت أثناء أن كانت حجة حصر الإرث قائمة وقبل صدور الحكم بإبطالها وتصويب أسماء الورثة الحقيقيين، وحيث صدر الحكم القضائي بإبطالها بتاريخ 2001/7/17 بينما كان تصرفها وبيعها للأسهم موضوع الدعوى في سوق الأوراق المالية (بورصة

⁽¹⁾ العبيدي، عبد الهادي (2013). الوجيز في شرح القانون المدني: الحقوق العينية، ط10، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص188.

⁽²⁾ السنهوري، مرجع سابق، ص272-273.

⁽³⁾ ناصر، أيمن محمد حسين (2006). بيع ملك الغير في القانون الوضعي والفقاه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، ص56.

⁽⁴⁾ تمييز حقوق رقم (2004/2043)، هيئة عامة، تاريخ 2005/9/4 منشورات مركز عدالة.

عمان) بتاريخ 1999/2/1 الأمر الذي يقتضي اعتبار بيع الوارث الظاهر إذا كان في حقيقته بيعاً لملك الغير لان الوارث الظاهر لا يملك المبيع إلا أن هناك اعتبارات توجبها العدالة واستقرار المعاملات في المجتمع تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي ومن ثم يمتلك المشتري المبيع. وهذا تطبيقاً للقواعد العامة والتي أشارت إليها المادة (114) والمادة 1/1189 من القانون المدني الأردني . وحيث أن عقد تحويل وبيع الأسهم موضوع الدعوى من المميز ضدها الأولى للمميز ضدها السادسة كانت أثناء قيام حجة حصر الإرث والتي تم إبطالها لاحقاً وحيث أن المتعاقدة السادسة حسنة النية لأنها كانت تعتقد بتلقي ملكية الأسهم من مالكتها الحقيقية التي كانت تحمل حجة حصر ارث صادرة عن محكمة شرعية مختصة، وحيث أن المتعاقدين يجهلان معاً وقت إبرام العقد أن حجة حصر الإرث التي باعت المميز ضدها بموجبها الأسهم موضوع الدعوى للمميز ضدها السادسة كانت غير صحيحة ولم تقدم الجهة المميّزة أية بينة لإثبات خلاف ذلك. وحيث أن التعاقد المبرم بين المميز ضدها الأولى والمميز ضدها السادسة تم بعوض وليس على سبيل التبرع، فإن ما بنى على ذلك أن عقد البيع المذكور هو عقد صحيح ونافذ في حق الوارثين الحقيقيين ومن ثم تتملك المشتريّة - المميز ضدها - السادسة - المبيع - ولا يجوز للمدعين - الورثة الحقيقيين - استرداد الأسهم المباعة وانما مطالبة البائعة بقيمة الأسهم التي باعتها".

في المقابل تضاربت قرارات المحاكم المصرية في تحديد موقفها من بيع الوارث الظاهر، ونجد أنها في بداية الأمر قد اعتبرت بيع الوارث الظاهر بيعاً لملك الغير، حيث لا يجوز مخالفة القانون بحجة استقرار المعاملات⁽¹⁾.

إلا أن ما استقر عليه القضاء المصري هو⁽²⁾ اعتبار أن الوارث الظاهر يبيع ملك غيره فعلاً، فهو من حيث المبدأ بيع لملك الغير⁽³⁾، مالم يتبين أنه قد صدر عن أطرافه بحسن نية، فالمشتري في هذه الحالة يملك المبيع وينفذ البيع، نزولاً لمقتضيات حسن النية وحماية الأوضاع الظاهرة، ويشترط لتطبيق قاعدة المتعاملين بحسن نية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة توافر مايلي : ظهور الشخص بمظهر الوضع الحقيقي، فيعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي ويحمله الناس على ذلك، وأن يكون صاحب الحق "طبقاً للوضع الحقيقي" قد أسهم بخطأه - سلباً أو إيجاباً - في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه، أن يتعامل معه آخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، أي أنه كان يجهل مخالفة هذا المظهر للواقع الحقيقي، ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول، ويكون هذا التعامل بعوض حقيقي، لأنه لو كان بغير عوض أو عوض صوري، فإن التعامل مع صاحب الوضع الظاهر لا يكون جديراً بحماية القانون.⁽⁴⁾

(1) نقض مدني 1979/3/29 راجع في هذا القرار من خلال: شعلة، سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال اربعة وستين عام، بدون سنة نشر، بدون طبعة، ص 457.

(2) نقض مدني، 1986/2/26، من خلال شعلة، سعيد احمد، مرجع سابق، ص 258.

(3) الحلالشة، عبد الرحمن جمعه (2005). الوجيز في شرح القانون المدني الاردني: عقد البيع ط5، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ص 591.

(4) مرقس، سليمان (1990). الوافي في شرح القانون المدني: ج 3، العقود المسماة المجلد الاول، البيع، ط3، بدون ناشر، ص 730-731.

وعليه لا حاجة لإعمال أحكام بيع ملك الغير⁽¹⁾، أما إذا تبين أن المشتري لم يبذل بعض الجهد ليعلم أنه يتعامل مع غير المالك ، فيجب اعتبار أنه يبيع ما ليس في ملكه ، فهو بيع الفضولي.

الفرع السابع: بيع الشريك الشيء الشائع

في حالة بيع أحد الشركاء على الشيوع حصته إلى أجنبي، نكون أمام احتمالين: الأول هو أن المشتري اعتقد أن البائع يملك الحصة مفرزة، والفرض الثاني أن المشتري كان يعلم أن البائع يملك المبيع شائعاً، ولذا لا بد أن نعرض كل احتمال، ونبين إن كان لهما ذات حكم بيع الفضولي؟

يجوز للشريك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف وقد نصت المادة (1031) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان التصرف منصبا 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 أيضا"⁽²⁾.

يتضح من هذا النص أن للشريك الحق بالتصرف في حصته معاوضةً ، كأن يبيعها أو يقايض عليها أو تبرعاً كأن يهبها، ويجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء أو إلى جميعهم كما يمكن أن يصدر إلى أجنبي من غير الشركاء⁽³⁾.

الاحتمال الأول وهي جهل المشتري بأن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، فإذا ثبت أن المشتري كان مجهل وقت إتمام عملية البيع وبعد القسمة ، أن المتصرف في العين المفرزة لا

(1) السنهوري، عبدالرزاق ، مرجع سابق ، ص274.

(2) يقابله نص المادة (826) من القانون المدني المصري.

(3) القسوس، وليد نجيب (1993). إدارة وإزالة المال الشائع ، عمان: الجامعة الأردنية ، ص118 .

يملكها منفرداً، استقر البيع وكان صحيحاً ، وذلك لأن المتصرف بعد القسمة قد أصبح مالكا ملكية مفرزة، ولم يعد هناك ما يسوغ التمسك بالإبطال حسب المادة (1031) من القانون المدني الاردني وعملاً بأحكام المادة (156) من القانون المدني الأردني "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ماتقتضي به حسن النية " (1).

أما إن لم يقع هذا الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف، فيطبق عليه أحكام المادة(2/1031) وهي تقضي بأنه "إذا كان التصرف منصّباً 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"، وبذلك فمن حق المتصرف إليه الذي يجهل أن المتصرف لا يملك العين مفرزة عند العقد أن يبطل التصرف ، فيثبت له الحق في الإبطال على أساس قواعد الغلط(2) .

أما الاحتمال الثاني وهو علم المشتري بالشيوع ، فلا يعتبر المشتري واقعا في غلط لأنه يعلم عندما اشترى أن الحصة غير مفرزة حين اشتراها ، حيث يعتبر التصرف صحيحا للمتصرف إليه وامتنع على المشتري أن يطلب الإبطال.

(1) سوار ، وحيد الدين (1997). حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص129.

(2) العبيدي، علي هادي(2013). الوجيز في شرح القانون المدني :الحقوق العينية، ط10، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ص188.

ولم يعرض المشرع بنص صريح للتصرف قبل القسمة⁽¹⁾ ، وبذلك يخضع هذا التصرف إلى القواعد العامة في الشبوع وبمقتضاها يعد الشريك المشتاع الذي تصرف في جزء مفرز من المال الشائع قد تصرف فيما يملك ويعد تصرفه صحيحا فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ، ويرى بعض الشراح أن للمشتري أن يطلب الابطال قبل القسمة على اعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير ، فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء⁽²⁾ .

وقد نشأخلاف فقهي حول التصرف قبل القسمة ، فهل يحق للمشتري إبطال البيع دون الحاجة إلى انتظار نتيجة القسمة سواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشبوع أو كان يجهله⁽³⁾ ، ويرى البعض أن للمشتري الحق بإبطال البيع ولا يجبر على انتظار القسمة .

والرأي الراجح هو وجوب تعليق حكم البيع على نتيجة القسمة ، فإذا ما وقع الجزء محل البيع في نصيب البائع نفذ البيع إن كان يجهل البيع ، وينحصر التصرف في النصيب الذي آل إلى المتصرف⁽⁴⁾ .

يتضح لنا أن الشريك قد يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، وبذلك قد يبيع ما لا يملك من المال بالإضافة إلى ما يملكه⁽⁵⁾ ، فإذا ما وقع الجزء المفرز في نصيب البائع كان البيع صحيحاً نافذاً

(¹) راجع في غانم ، اسماعيل (1961) . الحقوق العينية الاصلية: حق الملكية ، ط2 ، ص181 . كبيرة ، حسن (1965) . أصول القانون المدني: الحقوق العينية الاصلية ، ج1 ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، ص363 .
(1) السنهوري ، عبد الرزاق (1967) . الوسيط في شرح القانون المدني ، ج8 ، ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص870 .

(³) السنهوري ، الوسيط ، ج8 ، مرجع سابق ، ص844 .

(⁴) جمعة ، عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص99_101 .

(⁵) البدرابي ، عبد المنعم (1970) . الوجيز في عقد البيع ، بدون طبعة ، مكتبة سيدا عبدالله وهبة ، ص162 .

أما إذا كان الجزء المفرز من نصيب باقي الشركاء فهنا نكون أمام صورة من بيع ملك الغير⁽¹⁾، فبيع المال الشائع هو بيع فضولي فيما يتجاوز حصة البائع⁽²⁾، ويكون للمتصرف الذي لا يملك العين حق ابطال التصرف، وهو ما نصت عليه مجلة الحكام العدلية في المادة (1075) منها على أن "كل من الشركاء في شركة الملك الأجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر وكيلًا عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه.....".

أما المشرع الأردني فقد أعطى لهذا النوع من البيوع أي بيع المال الشائع حكماً آخر يختلف عن أحكام بيع الفضولي، فللمشتري الحق بإبطال البيع إذا ما كان يجهل أن المال شائعاً، أما المشتري في بيع الفضولي فله حق فسخ البيع سواء كان على علم أو جهل بملكية البائع للمال، ويؤخذ على مشرعنا الأردني أخذه بإبطال البيع من قبل المشتري في التصرف في المال الشائع، في حين أن المشرع الأردني لم يأخذ بالإبطال واعتمد الفسخ كما جاء في الفقه الإسلامي.

وخلاصة القول أن بيع المال الشائع في ظاهره بيع الفضولي ولكن ذو طبيعة خاصة، خرج فيه المشرع الأردني عن أحكام بيع الفضولي، فالنص القانوني الخاص بالمال الشائع أي أحكام المادة (1031) من القانون المدني الأردني وما يقابلها في القانون المدني المصري⁽³⁾، تخرج بيع المال الشائع من نطاق بيع الفضولي وتعطيه أحكاماً مختلفة، حيث فرقت هذه الأحكام بين المشتري حسن النية وسيء النية، وبذلك أفرد القانون حكماً خاصاً لكل حالة، مختلفاً بذلك عن حكم بيع ملك الغير⁽⁴⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، فقره 169، ص303.

(2) سلطان أنور، مرجع سابق، ص336-339.

(3) المادة 862 / 2 من القانون المدني المصري.

(4) جمعة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص101.

الفرع الثامن: البيوع العقارية

اتجه المشرع الأردني إلى شكلية البيوع العقارية، حيث جعل التسجيل ركناً من أركان انعقاد البيع، فنصت المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة (1952) على أنه " في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع، والمبادلة، والإفراز، والمقاسمة في الأرض، أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل" كما نصت المادة الثانية من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 على أنه "ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف... وإعطاء سندات تسجيل بها في دائرة تسجيل الأراضي" كما نصت المادة الثالثة من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 على أن تجرى معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأراضي في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتري، وعندما يتم البيع تشطب أسماء البائعين من صحيفة سجل الأموال غير المنقولة، ويدون فيه اسم المشتري مع رقم وتاريخ عقد البيع."

وقد أكد القضاء الأردني في أكثر من قرار له على أن عقد بيع العقار عقداً شكلياً، أي لا بد لإتمامه من إجراء معاملة البيع لدى دوائر التسجيل⁽¹⁾.

وعليه قضت محكمة التمييز بأنه " لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والقسمة في الأرض أو الماء في المناطق التي تمت فيها التسوية صحيحاً ما لم يسجل في دوائر التسجيل"⁽²⁾

كما نصت المادة (1148) من القانون المدني الأردني على أنه "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية في المواد العقارية إلا بالتسجيل"، ومتى تم التسجيل، تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من

(¹) تمييز حقوق رقم (79/166) تاريخ 1979/2/11، منشورات مركز عدالة.

(²) تمييز حقوق رقم (93/170) تاريخ 1993/4/5، منشورات مركز عدالة.

وقت التسجيل لأن سبب نقل الملكية هو العقد، وبذلك ترك تنظيم أحكام التسجيل إلى القوانين الخاصة في الأردن⁽¹⁾، كما يطبق ذات الأمر على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، حيث نص قانون السير الأردني رقم (14 لسنة 1984) في المادة (1/4) منه "أن المنقولات التي لها سجلات خاصة كالسيارات والسفن لا تنتقل ملكيتها إلا بتسجيلها في دائرة الترخيص".

إذاً مما تقدم ننتهي إلى أن بيع العقار في القانون الأردني والمنقولات ذات السجلات الخاصة هي عقود شكلية، وتخلف الشكلية فيها يؤدي إلى بطلان هذا البيع، وقد اتخذ المشرع الأردني موقفاً مغايراً للفقهاء الاسلامي في هذا الجانب، إذ العقد في الشريعة الإسلامية هو نفسه الذي ينقل الملكية دون حاجة لأي إجراء آخر، فالفقه الإسلامي لم يفرق في الحكم بين بيع المنقول وبيع العقار، إذ متى أبرم العقد صحيحاً ترتب عليه حكمه الأصلي، وهو ثبوت ملك المبيع للمشتري وملك البائع للثمن في الحال، وهذا هو ما نصت عليه المادة (369) من مجلة الأحكام العدلية والمادة (74) من مرشد الحيران، وبما أن حكم العقار يأخذ حكم المنقول، فحكم بيع العقار هو صحة البيع دون ضرورة توافر شكل معين لصحة البيع، وبما أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً في الفقه الإسلامي على إجازة المالك، فإن بيع عقار الغير هو الآخر ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، إن أجازته نفذ و إن لم يجزه بطل⁽²⁾.

وقد علمنا أن حكم بيع الفضولي في القانون الأردني هو توقف العقد على إجازة المالك فإن أجازته نفذ بأثر رجعي وإن لم يجزه بطل، أما بيع العقار فلا ينعقد إلا بالتسجيل، وبذلك يكون بيع

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني ج2، ص795_760 انظر في ذلك العبيدي، ملاحظات ومقترحات على بعض نصوص عقد البيع في القانون المدني الاردني، ص146.

(2) الزحيلي، محمد (1989). العقود المسماة: البيع والايجار والمقايضة، بدون طبعة، دمشق: مطبعة دار الكتاب، ص220.

عقار الغير أيضا باطلا، وقد ذكرنا أن من أحد شروط بيع الفضولي أن نكون بصدد عقد بيع، وهو ما لا يتوافر في بيع العقار، لأن بيع العقار بموجب القانون الأردني في أصله باطلٌ ما لم يسجل في دائرة التسجيل، وبذلك نخرج هذه البيع من نطاق بيع الفضولي.

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية لبيع الفضولي

- المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي
- المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الوضعي

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية لبيع الفضولي

تباينت آراء الفقهاء المسلمون فيما بينهم حول تحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي، فمنهم من اعتبره عقداً باطلاً، أما البعض الآخر منهم فقد أخذ بنظرية العقد الموقوف، فعقد الفضولي عندهم عقد صحيح غير نافذ.

أما التشريعات الوضعية والمتأثرة في أغلبها بالفقه الغربي، فقد تناولت بيع الفضولي تحت عنوان بيع ملك الغير، وقد تضاربت هذه الآراء في محاولة للبحث عن الطبيعة القانونية لبيع الفضولي. ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى بحثين: المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي، المبحث الثاني نقف فيه على الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الوضعي.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي

لقد عرف الفقهاء المسلمون ببيع الفضولي، واستقر بهم الأمر عند قولين قول بالصحة وتوقف النفاذ على الإجازة وقول آخر بالتحريم والبطان⁽¹⁾.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما يعرض الرأي القائل ببطان بيع الفضولي، وفي المطلب الثاني سيعرض الرأي الفقهي الثاني والذي يعتبر أن بيع الفضولي موقوف.

(1) الحكيم ، عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص65.

المطلب الأول: نظرية بطلان بيع الفضولي

إن من المسلم به أن للعقد شروطاً ينبغي توافرها ليؤتي الأثر المطلوب منه⁽¹⁾، ومنها أن يكون للعاقِد سلطة على المعقود عليه، وهذا الأمر لا يتحقق إلا بأمرين، وهما الملك أو الولاية الشرعية، كأن يكون العاقِد ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو ماذوناً له في التصرف من الشرع⁽²⁾.

ولكن اختلف فقهاء المسلمين حول شرط الملكية للمعقود عليه إن كان شرطاً للانعقاد وبدونه لا يقع العقد، أو أنه شرط للنفاذ فيقع العقد وبدونه صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، وبهذا صرح بعض الفقهاء بقولهم (شروط لزوم البيع الملك أو ما يقوم مقامه)⁽³⁾. وفي رأي آخر يقول الكاساني في بدائعه (وكذا الملك والولاية ليس بشرط انعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي)⁽⁴⁾ وأما عند الشافعي رحمه الله فهو شرط للانعقاد والعقد لا ينعقد بدونه⁽⁵⁾.

إذاً منشأ اختلاف الفقهاء المسلمين حول الطبيعة القانونية لبيع الفضولي يعود إلى اختلافهم حول شرط الملك في عقد البيع، باعتباره شرطاً للانعقاد أو النفاذ، ولذلك سنعرض إبتداءً في هذا المطلب آراء الفقهاء الذين يذهبون نحو بطلان بيع الفضولي ومنهم أبو المنذر وابن حزم الظاهري وبعض المالكية والشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في إحدى الروايتين.

(1) الحكيم، عبد الهادي، مرجع سابق، ص54.

(2) لاشين، الغياثي، مرجع سابق، ص114.

(3) أنظر في ذلك القرافي، شهاب الدين أحمد ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (1344هـ). الفروق، ج3، القاهرة.

(4) الكاساني، مرجع سابق، ص146.

(5) السرخسي، أبي بكر بن محمد بن سهل السرخسي (1331). المبسوط، ج 13، ط1، دار السعادة، ص148.

ويؤسس فقهاء هذه النظرية آرائهم على أدلة من القرآن الكريم ،السنة النبوية ،القياس والمعقول

ونعرضها على التوالي:

الفرع الأول: أدلة من القرآن الكريم

استدل فقهاء هذه النظرية بقوله تعالى "وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى"⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أن هذه الآية الكريمة أفادت بطريقة الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه، لا على غيره ولوصح تصرف الفضولي كان ذلك إسناداً لكسب الإنسان إلى غيره ، وهو ماينافي ما دلت عليه الآية الكريمة⁽²⁾، وقيل بأن الآية الكريمة تدل على أن الفضولي في عقد البيع لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع ولا أن يملك الثمن⁽³⁾، وفي الرد على ذلك يمكن القول بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالاجازة وقبلها لا ينتج العقد أي أثر⁽⁴⁾.

واستدل آخرون من مؤيدي هذه النظرية من قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ "⁽⁵⁾، ووجه الدلالة من الآية الكريمة، هو أن البيع ملك الغير يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل، لعدم وجود رضا المالك، وهنا بيع الفضولي تجارة عن غير تراض ، ولو لحقته الإجازة، وذلك لوقوعه من دون اطلاع المالك فيكون باطلا⁽⁶⁾، وبهذا يكون التصرف باطلا لانقضاء ركن من أركان العقد أي الملكية، فالولاية عندهم شرط لانقضاء العقد والإجازة

(1) سورة الأنعام الآية (164).

(2) النووي، ابو زكريا النووي ، المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية، ج9، بدون سنة نشر، القاهرة ، ص286

(3) ابن حزم، مرجع سابق، ج8، ص435.

(4) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (2000). نيل الاوطار شرح ملتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ج5،

ط5، القاهرة ، دار الحديث، ص252.

(5) سورة النساء الآية 29.

(6) راجع الكاساني ، مرجع سابق، ج6، ص575.

اللاحقه لا تصح التصرف الباطل⁽¹⁾، ويمكن الرد على ذلك بأن تصرف الفضولي لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة وقبل ذلك يكن موقوفا فلا يرتب عليه أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾ كما أن الآية الكريمة قد جاءت خاصة بالتجارة وليس في بيع الفضولي نقل أو انتقال كما هو حاصل بالتجارة، ولذلك فليس في بيع الفضولي أكل للمال وإن صدر عن غير رضا المالك⁽³⁾ .

الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية

ومن الأحاديث الواردة عن النبي (صلى الله عليه وسلم) والناهية عن بيع ما ليس عند الانسان، قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ما رواه حكيم ابن حزم قال: "أتيت رسول الله فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعته؟ قال: " لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ " ⁽⁴⁾، فهذا الحديث بنظرهم نهي صريح من الشارع عن بيع الشيء غير المملوك والنهي عند هؤلاء الفقهاء يعني البطلان⁽⁵⁾.

إذاً هذا نص في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، والفضولي يبيع ما ليس عنده، والنهي عند هؤلاء يقتضي البطلان، كذلك جاء قول رسول الله "لا طلاق ولا عتاق ولا بيع إلا فيما يملك ابن آدم" ، ونفى بذلك رسول الله البيع في غير ملك، ولم يفصل بين الإجازة وما تلحقه⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي(2000). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ، ط 2 ، بيروت: دار الكتب العلمية، ص143.

⁽²⁾ النووي ، المجموع ، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 262.

⁽³⁾ ابن قدامة، مرجع سابق، من خلال عبد الهادي الحكيم ، مرجع سابق، ص 85.

⁽⁴⁾ أخرجه ابن أبي شيبة 129/6، والترمذي (1232) ، والنسائي في "المجتبى" 289/7، وفي "الكبرى" (6206)، والطبراني في "الكبير" (3099)، والبيهقي في "السنن" 317/5، وأبو داود (3503)، والطبراني في "الكبير" (3098).

⁽⁵⁾ الشوكاني، مرجع سابق ، ص 163.

⁽⁶⁾ النووي ، ج 9، مرجع سابق، ص 286.

ويمكن الرد على ما جاء في تفسير الحديث النبوي "لا تبع ما ليس عندك" أن النهي الوارد في الحديث خاص ببيع المعدوم، فمعنى لا تبع ما ليس عندك أي لا تبع المعدوم⁽¹⁾، أما المراد من الحديث أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ثم يشتريه ثم يسلم بحكم البيع السابق على دخوله في ملكه وهذا غير ممكن وباطل في الفقه الاسلامي، لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكم سببه⁽²⁾ ، فالحديث خاص ببيع المعدوم وليس ببيع الفضولي، وبهذا يخرج الحديث عن محل النزاع⁽³⁾.

الفرع الثالث: أدلة القياس

استدل أصحاب هذا الرأي بأن تصرف الفضولي باطل ، لأنه لا يقدر على تسليم ما باعه ممن لا يملكه فهو كمن باع الطير في الهواء أو السمك في الماء ، وهذه البيوع كلها باطلة وكذلك يقاس على تصرفات الفضولي دون إذن أو ولايه⁽⁴⁾.

ويرد على ذلك بأن هذا القياس مع الفارق، فبيع السمك في الماء باطل لعدم وجود محل العقد، بخلاف تصرفات الفضولي، فهو يبيع محلاً موجوداً، ولكنه لا يملكه فيكون العقد موقفاً على إجازة المالك الحقيقي⁽⁵⁾، وأما بيع الآبق أو الطير في الهواء فينعقد فاسداً مقيداً للملك عند القبض وهذا هو مذهب الحنفية⁽⁶⁾.

(1) الشوكاني، ج5، مرجع سابق، ص252

(2) الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (1316هـ). فتح القدير شرح الهداية، ج5، بدون ناشر بدون طبعة، ص309.

(3) عبد الرزاق، حسن فرج، مرجع سابق، ص65.

(4) النووي، مرجع سابق، ج9، ص263.

(5) الغياثي، لاشين ، مرجع سابق، ص110.

(6) السرخسي، مرجع سابق ، ص154.

الفرع الرابع: أدلة المعقول

واستدل الفقهاء بالمعقول حيث أن العقد لا يوجد شرعاً إلا إذا كان العاقد له ولاية إصداره، وهذه الولاية لا تتحقق بالملك أو الإذن من المالك فالولاية كالأهلية، فكما لا يوجد العقد من فاقد الأهلية، لا يوجد من فاقد الولاية، والفضولي ليس مالئاً للمتصرف فيه ولا مأذوناً بالتصرف من المالك، فلا يكون لتصرفه وجود في نظر الشارع ولا يترتب عليه شيء من الآثار⁽¹⁾.

ويرد على ذلك بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، وتخلف شرط النفاذ يؤدي إلى وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعاً لا أن يقال ببطانها⁽²⁾.

مما تقدم نجد أن بيع الفضولي في ظل هذه النظرية باطل بصريح القرآن الكريم، والسنة تخلف المحل، ولكننا رأينا أن المحل في بيع الفضولي موجود ولو كان غير مملوك للفضولي، وفي العقد الموقوف رد سديد على الآراء التي عرضناها⁽³⁾.

المطلب الثاني: بيع الفضولي موقوف

إن مذهب الأحناف وأغلب المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين والشافعية في المذهب القديم يتبنون نظرية العقد الموقوف لبيع الفضولي، ويتفق معهم أيضاً في ذلك الزيدية والإمامية والإباضية في إحدى الروايتين .

(1) عبد البر ،محمد زكي ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي ومايقابله في القانون

المصري، مقالة في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون ، ص126.

(2) ابن نجيم، ج5، مرجع سابق، ص281.

(3) عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص67-68.

وينقسم العقد عند الحنفية من حيث الصحة والبطان إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح⁽¹⁾،
والعقد غير الصحيح إما باطل أو فاسد، أما العقد الصحيح - الذي لا نهى فيه - فهو ثلاثة: النافذ
اللازم، النافذ ليس باللازم، والعقد الموقوف⁽²⁾.

والعقد الموقوف هو ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك⁽³⁾،
وفي تعريف آخر فهو العقد المشروع بأصله ووصفه وبفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق
حق الغير⁽⁴⁾، والمستفاد أيضاً من أقوال المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين أن العقد الموقوف كبيع
الفضولي فهو عقد توقف إفادته الحكم ممن يملكها شرعا⁽⁵⁾.

ويرى أنصار هذه النظرية أن بيع الفضولي بيع صحيح موقوف على إجازة المالك، إن أجازه
نفذ، وإن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلاً، واعتبر كأن لم يكن فالولاية والملكية عندهم من شروط
النفذ لا من شروط الانعقاد⁽⁶⁾، فالتصرف يتوقف على الإذن مخافة أن يلحقه من هذا التصرف ضرر،
ويستدل هؤلاء الفقهاء مشروعية توقف بيع الفضولي من عدة أدلة مستقاة من المصادر التالية:

(1) النووي ، المجموع ، ج9، ص258.

(2) فرج، عبدالرزاق حسن، مرجع سابق، ص20.

(3) السرخسي ، ج11، مرجع سابق، ص421.

(4) القرافي، شهاب الدين أحمد ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (1344). الفروق، ج3، القاهرة من خلال فرج،
عبدالرزاق حسن ، مرجع سابق، ص41.

(5) ابن نجيم ، مرجع سابق، ص213. ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي

الأندلسي (2000). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 ، ط2 ، بيروت، دار الكتب العلمية ، ص141-142.

(6) ابن نجيم ، مرجع سابق، ص218.

الفرع الأول: القرآن الكريم

يستدل أصحاب الرأي بعدم بطلان بيع ملك الغير من قوله تعالى "وأحل الله البيع" (1) ومن قوله تعالى "فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله" (2)، ووجه الدلالة من الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والتجارة وطلب الفضل، وهذه النصوص عامة تشمل جل البيع، سواء كان نافذاً أو موقوفاً وإن وجود الرضا من المتعاقدين في الإبتداء أو وجودها عند صدور الاجازة ممن يملكها في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل (3).

كما استدلوا بقوله تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"، وإن وجه الدلالة في الآية الكريمة أن إمضاء بيع الفضولي بعد الإذن فيه هو من التعاون على البر والتقوى، ويكفي المالك عناء المشقة، وهو ما يعد تعاوناً على البر والتقوى والأولى القول بصحته ومشروعيته (4).
ومشروعيته (4).

إلا أن هناك من رد على ذلك بالقول أن بيع مال الانسان دون إذنه ليس من البر والتقوى، وإنما عدوان وافتراء على حقوق الغير بلا إذن منه، وهو بلا شك اثم وعدوان (5)، وفي قول معارض آخر نجد بأن العموم الوارد في الآيات القرآنية لا يشمل عقد الفضولي قبل الإجازة، ذلك أن هذا العقد قبل إجازته لا يستوجب الوفاء على المالك، والتمسك بالعموم بعد الإجازة يتوقف على جواز الرجوع الى العام بعد خروج الفرد منه (6).

(1) سورة البقرة اية 275.

(2) سورة الجمعة اية 10.

(3) الكاساني ج5، مرجع سابق، ص148.

(4) القرافي، الفروق، ج3، ص343.

(5) الشافعي، عبد الرحمن، ص65.

(6) السرخسي، ج11، مرجع سابق، ص117، من خلال عبد الهادي الحكيم، مرجع سابق، ص74.

الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة

واستدل الفقهاء على قولهم بمشروعية بيع الفضولي، ودليل ذلك ما جاء عن عروة البارقي قال: بعثني رسول الله ﷺ بدينار لأشتري له به شاة، فاشتريت له به شاتين بعت إحداهما بدينار، وجئته بدينار وشاة، فقال لي: "بارك الله لك في صفقة يمينك"⁽¹⁾.

ففي هذا الحديث أن عروة . رضي الله عنه . اشترى الشاة الثانية، وباعها دون إذن مالكها وهو النبي (صلى الله عليه وسلم)، فلما رجع إليه وأخبره أقره ودعا له، فدل ذلك على صحة شرائه الشاة الثانية وبيعه إياها، وفي هذا ما يدل على صحة بيع الإنسان ملك غيره وشرائه له دون إذنه.

وروي عن حكيم بن حزام أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أعطاه دينارا يشتري به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين واشترى أضحية بدينار وجاء بأضحية ودينار فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "ضح بالشاة وتصدق بالدينار" فتصدق بالدينار ودعا له بالبركة.⁽²⁾

ووجه الدلالة من الحديث أن الصحابي حكيم بن حزام اشترى وباع مالم يوكل بشرائه، ثم باع ما لم يوكل ببيعه ، وأقره الرسول الكريم وعلى ذلك فيكون تصرف الفضولي أمر جائز وصحيح متوقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإلا فلا، كما أن تصرف العاقل محمول على الوجه الحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن هنا لأنه قصد البر والاحسان والإعانة على ما هو خير المالك⁽³⁾.

⁽¹⁾ سنن الترمذي 48/5، برقم: 1179، سنن أبي داود 230/9، برقم: 2937، قال الألباني: صحيح. انظر: إرواء الغليل 128/5، برقم: 1287.

⁽²⁾ سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في مضارب يخالف 256/3، وسنن الترمذي، كتاب البيوع باب حدثنا أبو كريب 855/3 ورقم (1257).

⁽³⁾ ابن رشد، ج5، مرجع سابق، ص209.

ونجد أيضاً من يعترض على هذا الرأي ، ذلك أن حديث ابن حزام لا يصح الاستدلال به لأنه حديث ضعيف من حيث السند، فقد رواه أبو داود لما فيه من راو مجهول⁽¹⁾، كما أن حكيم ابن حزام كان وكيلاً للنبي وكالة مطلقة⁽²⁾، وفي الرد على هذه الانتقادات، نرى من يقول: بأن حكيم لم يكن وكيلاً وكالة مطلقة، وإنما أمره النبي بتصرف خاص وهو شراء شاة وبهذا لا يصير وكيلاً مطلقاً بالتصرف⁽³⁾.

الفرع الثالث: القياس

واستدلوا بالقياس فقالوا: إن عقد الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يصح موقوفاً على الإجازة قياساً على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها تجوز وتكون موقوفه على إجازة الورثة ، كما يقولون بأنه يجوز بيع الفضولي قياساً على البيع بشرط الخيار، فهو بيع صحيح⁽⁴⁾.

إن الفقهاء المعارضين لفكرة العقد الموقوف يرفضون قياس بيع الفضولي على الوصية التي تجاوزت ثلث التركة ، وقالوا أن الوصية تصح بالمجهول والمعدوم وهوما لا يصح في بيع الفضولي⁽⁵⁾، ويمكن الرد على ذلك بأن الوارث ينشأ تصرفاً، وأما في بيع الفضولي فإن البائع يتصرف فيما لا يملك، والمالك هنا يجيز تصرفاً وقع على ماله⁽⁶⁾.

(1) الشافعي ، مرجع سابق، ص65.

(2) النووي ، ج9، مرجع سابق، ص285_287.

(3) السرخسي، مرجع سابق، ص154.

(4) القرافي، الفروق ، ج3، مرجع سابق، ص244.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص285-278.

(6) ناصر، أيمن محمد حسين(2006). **بيع ملك الغير: دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة النجاح، ص82.

الفرع الرابع: المعقول

استدل أصحاب الرأي بمشروعية بيع الفضولي بالمعقول، وذلك لأن تصرف الفضولي تتوافر فيه جميع أركان التصرف الصحيح، فمثلا لو باع الفضولي مال غيره، فالبائع والمشتري قد عبرا بإرادتهما تعبيراً صحيحاً سليماً بتلاقيهما محل العقد متقوم مشروع، وكونه غير مملوك للبائع لا يؤثر على وجود العقد. فلو باعه بإذن مالكة فالبيع جائز، والعقد في هذه الحالة سليم، وكل ما في الأمر وجود مانع أوقف نفاذه وهو احتمال عدم رضا المالك به، فإذا أجاز المالك لهذا البيع زال المانع ونفذ العقد وترتبت آثاره من وقت انعقاده⁽¹⁾، وعلى ذلك فقد اعتبر أصحاب هذه النظرية صورة من صور العقد الموقوف وهذا العقد عقد صحيح ولكنه تتوقف آثاره على إجازة المالك، فإن صدرت الإجازة نفذ وإن بطل البيع اعتبر كأن لم يكن⁽²⁾.

ولكن أي الرأيين أرجح؟ عندما أرسى الإسلام قواعد البيع جعل جوهر العقود ولحمتها في الإرادة الحرة والرضائية النقية ولم يشترط غير ذلك وفيه قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "إنما البيع عن تراض"، ولذلك فإن الأصل هو منفعة الناس وتحقيق الخير لهم بما لا يخالف حدود الله ولا يتعدها طالما تم الأمر بالتراضي، فالراجح مشروعية بيع هذا النوع من البيوع أي بيع ملك الغير لما فيه من تفريج وتسهيل على الناس، كما أن البيع هنا لا يرتب آثاره إلا بإجازة المالك الحقيقي ولا ضرر يلحقه ولا عدوان يصيب ملكه قبل ذلك، فعند أغلب فقهاء المسلمين هو اعتبار ملكية المحل شرط من شروط النفاذ وليس الانعقاد، وإنما تواجد المحل يعد ركناً من أركان العقد، والحكم في الحالتين مختلف

(1) الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج5، مرجع سابق، ص309.

(2) عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص61.

تماما فالاولى ترتب وقف العقد والثانية تؤدي به إلى البطلان، وليس من المنطق أن نساوي بين الحالتين، ومن الحكمة والعقل ترجيح بيع الفضولي كبيع موقوف على إجازة المالك.

وخلاصة القول أن بيع الفضولي في الفقه الاسلامي عقد موقوف ، فالعقد يمكن أن ينعقد مع تخلف حكمه، والعقد هنا ينعقد صحيحا موقوفا على اجازة المالك ، وكل ما في الأمر أن انتقال الملكية في هذا البيع يتأخر إلى حين الإجازة .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الوضعي

سنقوم في هذا المبحث بعرض موقف التشريعات الوضعية من بيع الفضولي ، وحيث أن منها من تأثر بالفقه الإسلامي كالمشرع الاردني، والبعض الآخر تأثر بالفقه الفرنسي كالقانون المصري ، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :الأول نتناول فيه الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون الأردني، والمطلب الثاني نعرض فيه الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون المصري.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون المدني الأردني

لقد تأثر القانون المدني الأردني بالفقه الإسلامي ، فأخذ عن مجلة الاحكام العدلية أغلب أحكامه والتي أخذت بدورها أحكامها عن الفقه الحنفي ، كما أنه يستند القانون المدني الأردني إلى الفقه الإسلامي بموجب المادة (2/2) منه " فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة"، ولذلك فقد أخذ المشرع الاردني بنظرية العقد الموقوف على عكس المشرع المصري الذي تعتبر هذه النظرية غريبة عنه ، حيث يفضل موقف المشرع الاردني موقف المشرع المصري- كما سنرى لاحقا- ، فالقانون الأردني قد حدد أقسام العقد متأثرا بالفقه الاسلامي (1).

والعقد الموقوف لا ينفذ ولايرتب آثاره إلا من تاريخ إجازته، وقد ميز المشرع الأردني في المادة (199) من القانون المدني بين حكم العقد وآثاره ويقصد بحكم العقد "الأثر الاصلي للعقد أو الغرض الذي قصد اليه المتعاقدان من انشائه"، فحكم العقد يختلف عن حقوقه والتي يقصد بها ما يستتبع العقد

(1) أنظر ما جاء في هذه الدراسة ، ص71.

من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله ، فحكم عقد البيع يتمثل في نقل الملكية المبيع إلى المشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع، أما حقوقه فتتمثل في التزام البائع بتسليم المبيع⁽¹⁾، ويتضح من نص المادة (199) من القانون المدني الأردني، أن حكم العقد يثبت مباشرة ومن تلقاء نفسه، وبالنسبة للعقد الموقوف فهذا يعني أن التصرف قد انعقد صحيحا كونه صدر من أهله مضاف إلى محل قابل لحكمه، لكن نفاذه لا يتحقق إلا بعد صدور الإجازة ممن يملكها فإن تم رفضه بطل العقد واعتبر كأن لم يكن⁽²⁾.

ونرى تطبيق العقد الموقوف في القانون المدني الاردني في المواد (171-175) منه "يكون التصرف موقوف النفاذ على إلا إذا صدر التصرف من فضولي في ملك غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الاهلية في ماله وكان التصرف دائرا بين النفع والضرر أو كان من مكره أو اذا نص القانون على ذلك"، كما تنص الفقرة الثانية من الماد (133) من القانون المدني الأردني على أن "إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال" فهذا نص على أن العقد الموقوف عقد صحيح، وإنه إذا كان العقد نافذ -غير موقوف- فهو يفيد الحكم فور إنشائه، وبذلك يدل النص بمفهوم المخالفة على أن العقد الموقوف هو عقد صحيح، فبييع الفضولي في التشريع الأردني بيع صحيح مكتمل الأركان، إلا أن تخلف ولاية المحل (الملك) قد أوقفت نفاذ هذا العقد وجردته من آثاره.

(¹) الفار، عبد القادر(2001). مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، بدون طبعة، عمان: مكتبة دار الثقافة ، ص125.

(²) الدكتور المومني، عيسى(1989). العقد الموقوف في القانون المدني، رسالة دكتوراة، غير منشورة، جامعة عين شمس، ص89.

توصلنا إلى أن بيع الفضولي في القانون المدني الأردني هو عقد موقوف، فما يهمننا الآن هو التمعن في هذا النص وتحديد ما أراده المشرع الأردني.

أن بيع الفضولي في التشريع الاردني موقوف النفاذ على اجازة المالك⁽¹⁾ وحده فإن أجاز البيع نفذ وإن لم يجزه بطل، فالمانع هنا هو عدم ملكية البائع للمبيع⁽²⁾ ، لا يمكن الحكم ببطلانه بل الأولى أن يبقى موقوفا ما دام هذا المانع موجودا، وبالتالي لا يمكن انتقال الملكية أو استحقاق الثمن حتى يزول المانع، فإما يرضى المالك في البيع الذي وقع على ملكه دون إذنه أو علمه، فيجيز البيع وتمتد آثاره بأثر رجعي أي وقت انعقاد العقد فبزوال المانع يعود الممنوع⁽³⁾ ، وإما يرفض البيع فيعتبر كأن لم يكن.

نجد أن القانون المدني الاردني قد نص على أحكام هذا البيع في نصوص خاصة أخرى هي المواد (550,551) ، فنصت المادة (550) منه على أنه "1- اذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع، 2 - ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعه ولو أجاز

(1) قرار محكمة التمييز الاردنيه رقم 1999/479 قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقيقية رقم 1999/479 (هيئة خماسية) تاريخ 1999/11/28 المنشور على الصفحة 326 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 2000/1/1 * حق اجازة عقد الفضولي يعود لمالك السابق للعقار لانه من الحقوق الشخصية التي لا تنتقل للمالك اللاحق. * ايجار الفضولي ينعقد موقوفا على اجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتمدة كما تقضي بذلك المادة 2/260 من القانون المدني وان التصرف الصادر من الفضولي في مال غيره يكون موقوف النفاذ على الاجازة بالمعنى المقصود بالمادة 171 من القانون المذكور والاجازة تكون بالفعل او بالقول او باي لفظ يدل عليها صراحة او دلالة بالسكوت ان دل على الرضا عرفا بالمعنى المقصود بالمادة 173 من ذات القانون وعليه فان سكوت المالك الاصلي على وجود المدعى عليه بالعقار مدة ست عشرة سنة يشكل اجازة لعقد الاجارة الذي ابرمه الفضولي وتكون يد المدعى عليه على العقار يدا مشروعة تستند لعقد ايجار صادر عن فضولي اجازة المالك الاصلي وتكون الدعوى المقدمة من المالك الجديد بمنع المعارضة مستوجبة الرد .

(2) ناصر، أيمن محمد حسين ، مرجع سابق، ص88.

(3) المادة من القانون المدني الاردني وهذا ما نصت عليه المادة (24) من مجلة الأحكام العدلية.

المشتري "كما نصت المادة 551 على مايلي : اذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " وتحدثت هذه المادة عن آثار بيع الفضولي، ويتبين أن هذا البيع تتحكم بها ثلاث إرادات⁽¹⁾: إرادة المشتري نفسه، وإرادة المالك وإرادة البائع (الفضولي)، وسنرجئ البحث فيها في الفصل الرابع .

ونخلص بالقول أن المشرع الأردني قد جعل من بيع الفضولي أحد تطبيقات تصرفات الفضولي التي نص عليها سابقا في المادة (171) أي أن بيع ملك الغير هو بيع الفضولي في التشريع الأردني، فهل خالف المشرع الاردني نهجه القانوني المستمد من الفقه الاسلامي عندما نص على أحكام هذا البيع في المواد (550،551)! ولذلك سنقوم بعرض لموقف المشرع المصري من بيع الفضولي أو بيع ملك الغير كما هو معروف عندهم، لنرى أي المواضيع قد تشابه بها مع التشريع المصري.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في القانون المدني المصري

يثير التساؤل حول التأصيل القانوني لبيع الفضولي في القانون الوضعي جدلاً كبيراً بين كثير من شراح القانون- والمعروف عندهم ببيع ملك الغير⁽²⁾- فهل تتفق أحكامه مع القواعد العامة أم أنها تعتبر أحكاماً استثنائية، وهو ما سنبحثه في هذا المبحث باستعراض النظريات التي قيلت في الطبيعة القانونية لبيع الفضولي من خلال القانون الوضعي، وقد اعتمدنا بذلك على القانون المصري باعتباره الممثل الأبرز للقانون الوضعي المتأثر بالفقه الفرنسي، وذلك على النحو التالي مع الاستئناس ببعض نصوص قانون العقود والموجبات اللبناني لما من تشابه بينهما .

(¹) الزعيبي، محمد يوسف(1993). العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، بدون ناشر، ص535.
 (²) يجدر التنويه اننا سنعمد الى استخدام مصطلح بيع ملك الغير في هذا المبحث كما ورد في القانون المصري ويقابله بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

الفرع الأول: نظرية البطلان المطلق

تضاربت الآراء الفقهية في مصر حول التأصيل القانوني لبيع الفضولي والمعروف عندهم ببيع ملك الغير، والسبب في ذلك هو غموض النص القانوني الفرنسي الذي تأثر به القانون المدني المصري⁽¹⁾، ويفترض بعض الفقهاء ضرورة البحث في نطاق القواعد العامة لمعرفة مصير بيع ملك الغير.

ويؤسس أنصار هذه النظرية قولهم في أن جزء بيع ملك الغير هو البطلان المطلق، فهم يعزرون هذا البطلان - وفق القواعد العامة- إلى سببين رئيسين، هما استحالة المحل أو انعدام السبب، ولذلك نجد جانب من الفقهاء يذهبون بالقول إلى أن البطلان المنصوص عليه في المادة (1599) في القانون المدني الفرنسي هو بطلان مطلق تأسيساً على انعدام السبب أو استحالة المحل، ولهذا ينال البطلان من بيع ملك الغير.

وباستعراض النظرية التي تؤسس البطلان على انعدام السبب، يرى مؤيدو هذه النظرية أن حالة بيع ملك الغير ينعدم فيها السبب، إذ أن التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، ولهذا يعد بيع ملك الغير باطلاً لانعدام السبب⁽²⁾.

إن تأسيس البطلان على انعدام السبب قول يجانب الصواب، وذلك لأن عقد البيع يعد من العقود الملزمة للجانبين التي تنتقل فيها الملكية بحكم العقد، وعليه فلو صحت مسألة انعدام سبب التزام المشتري لكان الأخرى تطبيق نظرية الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ لأننا أمام عقد بيع فيه تبادل للالتزامات، ومجرد إخلال طرف في تنفيذ التزامه يرتب الحق للطرف الآخر بفسخ العقد حسب القواعد

(1) السنهوري، ج8، مرجع سابق، ص281. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، ص719.

(2) منصور، منصور مصطفى (1956). البيع والمقايضة والإيجار، بدون طبعة، بدون ناشر، ص227.

العامة وليس بطلانه⁽¹⁾، بالإضافة إلى أن مجرد تعذر تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية للمشتري فور العقد لا يكفي للقول بانعدام السبب، فالبايع قد يملك الشئ المبيع مستقبلاً، أو قد يقر المالك الأصلي البيع.

إذاً الأمر ليس بمستحيل استحالة مطلقة حتى نحكم على البيع بالبطلان⁽²⁾، وبناء على ما سبق فلا بد من استبعاد تأسيس بطلان بيع ملك الغير لانعدام السبب.

أما عن إسناد البطلان المطلق لاستحالة المحل، فالقول في ذلك يتمثل بأن البائع يستحيل عليه أن ينقل الملكية الى المشتري، وبالتالي فإن بيع ملك الغير هو بيع باطل بطلانا مطلقاً⁽³⁾، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة يتبين أن البطلان المطلق لا يترتب إلا على الاستحالة المطلقة⁽⁴⁾، وهي الاستحالة التي تستحيل على الكافة وليس الاستحالة النسبية التي تستحيل على البعض دون البعض الآخر أو التي تسحيل في وقت دون الآخر، وبالتالي فإن احتمالية إجازة هذا البيع من المالك أو أن يصبح هو نفسه مالكا أمر لا يعد مستحيلا استحالة مطلقة⁽⁵⁾، ومن هنا يبدو أن الفقهاء قد وقعوا بتناقض باعتبار المحل غير الموجود هو المحل الذي يكون غير مملوك للبائع، فهناك فرق بين أن يكون المتصرف في المبيع غير المالك وبين أن يكون المحل منعدم⁽⁶⁾، ففي الحالة الأولى لا يعد ذلك

(1) غانم، اسماعيل، مرجع سابق، ص 21-22.

(2) الغياثي، لاشين محمد يونس، مرجع سابق، ص 36.

(3) الشرقاوي، جميل (1993). نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، بدون طبعة، دار النهضة العربية، ص 281

(4) تنص المادة 132 من القانون المدني المصري على أنه "إذا كان محل التزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا" والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المطلقة لا النسبية.

(5) الشرقاوي، جميل، مرجع سابق، ص 280.

(6) منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 254.

سببا لبطلان العقد، لأن العقد مستوف لأركانه فهو عقد صحيح، أما في الحالة الثانية فقد نصت عليها المادة (132) من القانون المصري "إذا كان المحل مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا" وهنا مصير العقد لانعدام المحل هو البطلان⁽¹⁾.

كما ينبغي أن يراعى في الحالات التي يؤدي فيها البيع بذاته إلى نقل ملكية، بأن البائع يلتزم بنقلها، فإذا لم يتم بذلك فإنه يوجد في مركز المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بمقتضى عقد صحيح، وليس في مركز متعاقد غير ملتزم لأن العقد باطل، فإذا توافرت شروط الانعقاد في بيع ملك الغير، فمن الأولى تصحيحه وإذا ما تعذر ذلك بطل⁽²⁾.

ونخلص بالقول أن البطلان هو الجزاء الذي يقرره المشرع لعدم توفر ركن من أركان العقد، وبه يندم الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير لأن العقد باطل⁽³⁾، كما لا تلحقه الإجازة ولكل ذي مصلحة التمسك به وللمحكمة أيضا أن تقضي به من تلقاء نفسها، بينما نجد أن عقد بيع ملك الغير يختلف تماما عن ذلك فقد توافرت أركانه وينتج آثاره عدا نقل الملكية، ولا يتمسك ببطلانه إلا المشتري كما تلحقه إجازة المشتري⁽⁴⁾، فنقاط الضعف التي نالت من نظرية البطلان المطلق لا تمكننا من التعويل عليها عند التأصيل القانوني لبيع ملك الغير، سواء كان هذا البطلان لاستحالة المحل أو

(1) تقابلها المادة 159 من القانون المدني الاردني "إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلا" راجع في ذلك المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ج1، ص162.

(2) فرج، توفيق حسن، العقد الموقوف، ص46.

(3) ناصر، أيمن محمد حسين، مرجع سابق، ص53.

(4) منصور، مصطفى منصور، مرجع سابق، ص76.

السبب، بعبارة أخرى فأحكام بيع ملك الغير لا تتفق نهائياً مع أحكام البطلان المطلق، كما أنه يتعارض مع النص الصريح⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نظرية العقد الموقوف

استعان بعض الفقهاء المصريين بفكرة العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي بمحاولة منهم لتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير⁽²⁾، وتقوم هذه النظرية على أن العقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فتوقف تصرف البائع في ملك غيره على إقرار المالك نفسه يحقق الغاية من أن لا يضر المالك من تصرف غيره ، وأن هذا البيع يسري في حقه وفي حق غيره إذا ما أقره ، أما إذا لم يقره يظل التصرف معدوم الأثر كأن لم يكن⁽³⁾، وبذلك فإن المشتري لا يملك اجازة هذا العقد ولا يملك الاجازة إلا المالك الحقيقي⁽⁴⁾ خلاف ما جاء في صريح المادة (446) من القانون المدني المصري) ، والتي تقضي بقبالية بيع ملك الغير للإبطال وإعطاء المشتري الحق بإبطاله أو اجازته دون أن تكون لهذه الاجازة أي أثر على المالك الحقيقي.

وعلى الرغم من قوة نظرية العقد الموقوف وإمكانية أعمالها من خلال الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر القانون، وهو ما أتاحتها المادة (1/2) من القانون المدني المصري إلا أن ذلك لا

⁽¹⁾ السنهوري ج4، الوسيط، المرجع السابق، ص190-208.

⁽²⁾ وأشار الى هذا الرأي عبد البر، محمد زكي(2009). العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقالة من مجلة القانون والاقتصاد، السنة 25، القسم 1، ص74-75.

⁽³⁾ شحاتة، شفيق(1952). النظرية العامة للتأمين العيني، بدون طبعة، بدون ناشر ، ص79.

⁽⁴⁾ فرج ، عبد الرزاق حسن ،مرجع سابق ، ص129.

يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي لا يمكن تطبيقه، وفي حالة بيع ملك الغير لامجال للاجتهاد بوجود النص الصريح⁽¹⁾.

إن الانتقاد الموجه لنظرية العقد الموقوف وفقاً لمفهوم الفقه الإسلامي لا يعني أبداً انعدام صحتها، فنظرية العقد الموقوف من ناحية السياسة التشريعية تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في حالة بيع ملك الغير⁽²⁾، وتجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية تعد من القواعد العامة حسب القانونين الأردني والعراقي، أما المشرع المصري فقد فضل استبدالها بنظرية البطلان النسبي تأثراً منه بالقانون الفرنسي، وسنقوم بالبحث مفصلاً في العقد الموقوف لاحقاً ضمن البحث في آثار بيع الفضولي.

الفرع الثالث: نظرية الفسخ

تبنى هذه النظرية عدد من الفقهاء، حيث اعتمدوا في قولهم على القواعد العامة باعتبار أن عقد البيع عقد رضائي ملزم للجانبين⁽³⁾، ويترتب على اعتبار عقد البيع عقداً ملزماً للجانبين عدة نتائج أهمها: أنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، ولذلك يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ أن المشرع المصري وإن نص على بطلان بيع ملك الغير في المادة (466) من القانون المدني إلا أنه في الحقيقة لم ينظم إلا الفسخ، والحالة بنظرهم هي كذلك في

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 281.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، هامش ص 281.

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة (24) من القانون المدني الأردني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه" أنظر كذلك الفقرة الأولى من المادة (156) من القانون المدني المصري.

(4) الشرقاوي، جميل (1993). نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة: دار النهضة، ص 278-281.

بيع ملك الغير، لأن بائع ملك غيره لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، لأنه غير مالك فيكون من حق المشتري فسخ العقد.

ويرى بعض الفقهاء أن نظرية الفسخ لا يمكن إعمالها إلا في حالة واحدة، وهي معرفة المشتري بأن البائع يبيع ما لا يملك، وهو بذلك يضعنا أمام عقد اتجهت فيه إرادة المتعاقدين إلى التزام البائع بتخليص ملكية المبيع لنفسه، ليتمكن من الوفاء بالتزامه أمام المشتري، فإن لم يتم ذلك كان للمشتري أن يطلب فسخ العقد⁽¹⁾.

وبالرغم من قوة حجج أنصار هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من أن تطالها انتقادات قوية ومنطقية تعود إلى الفرق ما بين الفسخ والقابلية للإبطال وفي هذا الشأن، استقر الفقه والقضاء على أن قواعد الفسخ تقضي بأن لا يجوز طلب فسخ العقد إلا بعد اعدار المدين في حين أن للمشتري أن يطلب فسخ عقد بيع ملك الغير دون اعدار البائع، كما إن قواعد الفسخ تعطي للمحاكم سلطة تقديرية في منح اجل للمدين للوفاء في حين أنها لا تملك تلك السلطة التقديرية في طلب الإبطال، وهو الحاصل اذا ما طلب المشتري ابطال بيع ملك الغير حتى ان أصبح البائع مالكا وذلك بعد رفع الدعوى⁽²⁾، ولذلك لا يمكننا الاعتماد على هذه النظرية في تحديد طبيعته القانونية لبيع ملك الغير لعدم انسجامها وأحكام بيع ملك الغير.

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 188-189.

(2) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 716.

الفرع الرابع: نظرية البطلان النسبي

نظرية البطلان النسبي موجودة، وعلى سبيل الحصر في التشريعات المتأثرة بالفقه الغربي وأبرزها القانون المدني المصري والقانون اللبناني والسوري_تأثراً بالفقه الفرنسي- فعرفوا العقد القابل للإبطال وصاغوا أحكامه ، ولذلك سنقوم باستعراض هذه النظرية من خلال القانون المصري .

ويرى أصحاب هذه النظرية أن البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير هو بطلان نسبي، ويعزرون

هذا البطلان الى أحد الاسباب التالية⁽¹⁾:

1. الإبطال على أساس قواعد الغلط

2. الإبطال على أساس خطأ البائع بالتزام لا يمكنه الوفاء به.

3. الإبطال على أساس الاستحالة النسبية .

4. الإبطال بموجب نص قانوني خاص.

وسنبحث في هذه الاسباب لنعرف فيما اذا ما كانت تتفق والطبيعة القانونية لبيع ملك الغير أم

لا ، ولنبدأ بتأسيس البطلان النسبي لبيع ملك الغير على أساس قواعد الغلط.

أولاً: البطلان النسبي لبيع ملك الغير على أساس قواعد الغلط :

وهنا نجد أن جانب من فقهاء القانون المدني المصري يذهبون إلى أن بيع ملك الغير بيع قابل

للإبطال لما لحقه من غلط في الصفة الجوهرية في الشيء المبيع أو في شخص المتعاقد أي

البائع(غير المالك)، وهم بذلك يقيمون البطلان على أساس الغلط وفق القواعد العامة حيث أن ملكية

(1) تقضي المادة (1110) من القانون الفرنسي بأنه لا ينعض الغلط سبباً لإبطال الاتفاق إلا إذا وقع على مادة الشيء محل الالتزام وهو ليس سبباً لإبطال كذلك إذا وقع على شخص مالم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسي للاتفاق من خلال عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون العراقي ج1، مصادر الالتزامات ط، 1960، ص، 194.

البائع للشيء المبيع هي صفة جوهرية والجهل بها يعتبر غلطا مؤديا للبطلان، والأمر كذلك بالنسبة للغلط بصفة المتعاقد باعتباره مالكا وهو ليس كذلك ، وهو ما يعد غلطا في شخص المتعاقد .

ويعرف الغلط بأنه عدم توافق الإرادة الحقيقية مع الإرادة المعبر عنها، وقيل :تصور غير

موافق للحقيقة يدفع بالإرادة إلى التعاقد⁽¹⁾، وبالرجوع الى المادة (120) من القانون المدني المصري⁽²⁾

نجدها تنص على أنه "إذا ما وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد، إن كان

المتعاقد الآخر وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه "، وقد

أسقط الفقهاء المصريون أحكام هذه المادة على بيع ملك الغير، باعتبار أن البائع غير المالك هو غلط

في شخص المتعاقد أو أن المبيع غير المملوك للبائع يعد غلطاً في صفة جوهرية للشيء المبيع ، وهو

بذلك يأخذ صفة العقد القابل للابطال، كما قرره المادة المذكورة اعلاه.

هل هذا التكيف صحيح ويتفق مع الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير ؟ !

و ما يتبين من المادة أن الدفع بإبطال العقد للوقوع في الغلط لا بد له من توافر أحد الشروط التالية:

- ضرورة أن يكون الغلط مشتركاً.

- أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط.

- أن يكون من السهل تبين الغلط .

(1) السنهوري، عبد الرزاق (1965). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ط1، دار النهضة العربية، ص315 .

(2) يقابلها المادة 153 من القانون المدني الاردني إلا ان القانون المدني قد جعل حكم الغلط في أمر مرغوب هو عدم لزوم العقد والحق بفسخه أما الغلط المانع فمصير عقده البطلان ،انظر في ذلك منصور،مصطفى منصور ، مرجع سابق، ص116.

وإذا ما حاولنا تطبيق أحد هذه الشروط على حالة بيع ملك الغير، نجد أن الأمر لا يخرج عن احتمالين، إما أن يكون البائع حسن النية أو سيء النية، بأن يكون البائع على علم بعدم ملكيته للمبيع أو من السهل عليه أن يتبين حقيقة الأمر، وفي حالة بيع ملك الغير، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال سواء كان البائع ذاته واقع في الغلط أم لا، أو أن يكون معتقداً أنه مالك أو يسهل عليه تبين الأمر ولا يعتد هنا إلا بنية المشتري، فإذا ما كان المشتري حسن النية فله الحق بإبطال العقد والتعويض، وإذا كان سيء النية فيسقط حقه بالتعويض فقط وذلك سداً لأحكام المادة (468) من القانون المدني المصري، فالآثار التي يترتبها بيع ملك الغير تختلف عن الآثار التي تترتب على إبطال العقد للغلط طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

ثانياً: الإبطال على أساس الاستحالة النسبية :

ويرى أصحاب هذا الرأي أن بيع ملك الغير هو صورة من التصرفات الواردة على شيء مستقبلي غير مستحيل استحالة مطلقة إلا أنه غير محتمل بالنظر إلى الظروف الموضوعية الملازمة لإبرام العقد، فيكون الجزاء المناسب للعقد هو البطلان النسبي أي القابلية للإبطال من ناحية المشتري، وإن ما تفرضه بالفعل الاعتبارات العملية هو اعتبار بيع ملك الغير تصرفاً باطلاً بطلاناً نسبياً أي أنه عقد قابل للتصحيح وبالتالي التصرف لا يعتبر قائماً ولا ينتج آثاره ما لم يتم تصحيحه⁽²⁾.

(1) الجمال، مصطفى محمد، مصادر الالتزام: شرح مفصل لأحكام التقنيات المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي، ط1، بدون سنة نشر، بدون دار نشر، ص194.

(2) الشراوي، جميل (1993). نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، بدون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، ص153.

وفي حقيقة الأمر فهذا الرأي يرجعنا إلى دائرة البيع المستقبلي والذي يخرج عن نطاق بيع ملك الغير بسبب عدم معرفة إن كان البائع مالكا أم لا ، فهو إن كان مالكا كان البيع صحيحاً، وإن لم يستطيع أن يصبح مالكا فهو يبيع مالا يملك وهذا يختلف عن الذي يبيع ملك غيره⁽¹⁾ ، كما يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلق نوعا جديدا من البطلان لا تعرفه القواعد العامة هو القابلية للتصحيح والتي لا تتفق أصلا مع الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير كما أرادها القانون.⁽²⁾

ثالثا: الإبطال على أساس خطأ البائع في تنفيذ الإلتزام

نجد أن هذا الرأي يذهب إلى أن اساس البطلان هنا هو عدم قدرة البائع على تمليك المبيع للمشتري أي عدم استطاعة تنفيذ تعهده الأصلي المقصود من البيع وهو نقل الملك ، فهم يرون أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلي وهو استحالة التنفيذ ، ومن ثم فالبطلان هنا بطلان نسبي يقرب آثار البطلان بسبب الوقوع بالغلط وقد شرع لمصلحة المشتري⁽³⁾.

يبدو أن أصحاب هذا الرأي يفرقون بين استحالة الوفاء العارضة بعد العقد والتي يكون فيها العقد قابلا للتنفيذ وتستدعي بالتالي الفسخ ، وبين الاستحالة الموجودة من وقت التعاقد والتي لا يكون بموجبها العقد قابلا للتنفيذ وبالتالي الأولى الحكم ببطلانه⁽⁴⁾.

(1) أنظر من هذه الدراسة ص32.

(2) جمعة، عبدالرحمن مرجع سابق، ص160.

(3) راجع عبد الرزاق السنهوري ج4 ، مرجع سابق ص 278. الهالي، أحمد نجيب(1925). البيع والحوالة والمقايضة، ج1، القاهرة : مطبعة الاعتماد ، ص200 .

(4) منصور، منصورمصطفى ، مرجع سابق، ص286.

وبالرجوع إلى كتب شرح القانون⁽¹⁾ نجد أن الاستحالة القائمة وقت التعاقد تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلق لانعدام محل الالتزام وليس البطلان النسبي⁽²⁾ ، إن كل مايمكن أن يؤدي إلى تطبيق القواعد العامة هو إمكان فسخ العقد على أساس أن البائع التزم بمقتضى العقد بأن ينقل الملكية الى المشتري و لم يتم بتنفيذ هذا التزام ، وجزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين هو الفسخ وليس البطلان⁽³⁾، ولذلك لا يمكننا التعويل على إبطال لبيع ملك الغير على أساس خطأ البائع في تنفيذ التزام.

رابعاً: البطلان بنص خاص

إن أغلب الفقه المصري يرفض اعتبار بيع ملك الغير باطلاً بطلانا نسبياً من خلال القواعد العامة ومبرراتهم في ذلك:

1. اشترط القانون لاعتبار العقد قابل للإبطال تخلف شرط من شروط الصحة، كأن يكون أحد طرفي العقد ناقص الأهلية أو إرادته معيبة، إلا أن حالة بيع ملك الغير ليست من ضمن ما نظمه المشرع لحالات البطلان النسبي في المواد (138-144) من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.
2. تعطي النصوص القانونية - الناظمة لبيع ملك الغير - الحق للمشتري وحده بالابطال وليس للمالك ذلك الحق، بينما تخص القواعد العامة ناقص الأهلية أو ما شاب إرادته عيب بطلب الإبطال، أي أن المشرع هنا قد قصد حماية من شرع الإبطال لمصلحته ، وكان من الأولى إذاً

⁽¹⁾ البدراوي، عبد المنعم مرجع سابق ، ص 417 .

⁽²⁾ بدوي، حلمي بهجت (1930). بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ، العدد الاول ، ص 590_591. ص 590_591.

⁽³⁾ خضر، خميس (1972). عقد البيع في القانون المدني، بدون طبعة، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة ، ص 280.

⁽⁴⁾ السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج 4، ص 282.

حماية المالك الحقيقي في بيع ملك الغير وإعطاءه الحق بالابطال ، ولكن الامر غير ذلك فقد قصر المشرع طلب الابطال على المشتري⁽¹⁾.

3. إن العقد القابل للابطال حسب القواعد العامة يصبح سارياً بمجرد إجازته في حق جميع الأطراف، بينما نجد أن إجازة المشتري لبيع ملك الغير تُبقي العقد غير نافذ في حق المالك ولا يسري العقد إلا في حق المشتري⁽²⁾.

4. بالاضافة الى ما سبق، فان العقد القابل للابطال ينتج جميع آثاره بمجرد إجازته أو عدم إبطاله، إلا أن الأمر غير ذلك في بيع ملك الغير، فنقل الملكية لا يتحقق حتى ولو أجاز المشتري البيع⁽³⁾.

يبدو أن محاولات الفقهاء المصريين قد باءت بالفشل، باحثين عن تأصيل قانوني في القواعد العامة لبيع ملك الغير باعتباره عقد قابلاً للابطال، ولذلك نجد جانب آخر من الفقهاء وهم الأغلب يروون أن البطلان هنا خاص بهذا البيع ، فبيع ملك الغير ينافي طبيعة عقد البيع باعتباره عقد ناقل للملكية، ولعل ما أوقع الفقهاء في خلاف هو المراحل التي تطور فيها عقد البيع من عقد يرتب التزامات بنقل الملكية إلى عقد ناقل للملكية بحد ذاته ، بالاضافة الى تأثرهم بشروحات الفقهاء الفرنسيين الذين تاهوا في معرفة علة هذا البطلان⁽⁴⁾.

نخلص بالقول أنه لا يمكننا تأسيس قابلية بيع ملك الغير للإبطال من خلال القواعد العامة، فبيع ملك الغير قابل للابطال بموجب نص قانوني خاص وبذلك يصبح بيع ملك الغير أحد الحالات

(1) غانم، اسماعيل، مرجع سابق، ص22.

(2) منصور، أمجد محمد(2011). النظرية العامة للالتزامات: ، ط6، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص154.

(3) خضر، خميس، مرجع سابق، ص282.

(4) بدوي، حلمي بهجت، بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان ، مرجع سابق، ص590.

التي ترتب البطلان النسبي⁽¹⁾، ولأن بيع ملك الغير يستند إلى علة معقولة، إلا أن هذه العلة ليست من القواعد العامة ولا بد من وجود نص تشريعي خاص جاء بها نص المادة (466) من القانون المدني المصري وقرر القابلية للإبطال لبيع ملك الغير، وبذلك تصبح حالات العقد القابل للإبطال ثلاثاً وهي: تصرف ناقص الأهلية، التصرف الصادر عن معيب الإرادة وأخيراً حالة بيع ملك الغير.

(1) فرج ، توفيق حسن ، عقد البيع والمقايضة . (بدون سنة نشر) ، بدون طبعة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص118 .

الفصل الرابع

آثار بيع الفضولي

- المبحث الأول: آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي
- المبحث الثاني: آثار بيع الفضولي في القانون الوضعي

الفصل الرابع

آثار بيع الفضولي

توصلنا إلى أن بيع ملك الغير هو صورة من تصرفات الفضولي (وغيرها أيضاً إيجار الفضولي و رهن الفضولي)⁽¹⁾، وقد حاولت القوانين المتأثرة بالفقه الغربي العثور على الطبيعة القانونية لهذا البيع وسط القواعد العامة، إلا أننا رأينا أن تلك المحاولات قد باءت بالفشل، وما كان من المشرع المصري وهو أهم المتأثرين بالفقه الفرنسي، أن أوجد بطلاناً نسبياً ذو طبيعة قانونية خاصة تختص في بيع ملك الغير، فبيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال، في حين يقابله في الفقه الإسلامي العقد الموقوف والذي يعد فكرة إسلامية بحتة استعانت بها القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي ومنها التشريع الأردني والعراقي فجعلوا من بيع الفضولي عقداً موقوفاً.

ومما لا شك فيه أن آثار بيع الفضولي ستختلف بالضرورة باختلاف الطبيعة القانونية لهذا البيع، وإزاء اعتماد هذان النظامين المتقابلين (العقد الموقوف، العقد القابل للإبطال) نكون أمام سؤال كبير أيهما أكثر انسجاماً وحالة بيع الفضولي؟ ولنتمكن من الإجابة سنبحث ذلك في مبحثين، أولهما عن آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني سنبحث في آثار بيع الفضولي في القانون الوضعي.

(1) الفضلي، جعفر (2011). الوجيز في العقود المدنية، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، ط3، عمان : دارالثقافة للتوزيع والنشر، ص180.

المبحث الأول

آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي

توصلنا إلى أن تصرفات الفضولي موقوفة النفاذ، ولنتمكن من الوقوف على آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي وفق العقد الموقوف، لابد من معرفة مفهوم العقد الموقوف ابتداءً، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في الأول مفهوم العقد الموقوف، أما المطلب الثاني فنعرض فيه لآثار بيع الفضولي وفق العقد الموقوف.

المطلب الأول: العقد الموقوف

يمكننا التعرف على العقد الموقوف من خلال تعريفه لغوياً، حيث يقال وقفت الدابة وقفاً وقوفاً سكنت ، ووقفت الدار وقفاً حسببتها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح فقد ورد أكثر من تعريف في كتب الفقهاء ونورد منها مايلي:

العقد الموقوف: ماتعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك⁽²⁾، ويقال أيضاً "موقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير"⁽³⁾ والعقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله وبوصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير⁽⁴⁾.

(1) المصباح المنير، ج2، مرجع سابق، ص148.

(2) بن نجيم، ج6، مرجع سابق، ص75.

(3) ابن قدامة، مرجع سابق، من خلال فرج، مرجع سابق، ص39.

(4) النووي، مرجع سابق، ص102، من خلال فرح، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص41.

والمستفاد من أقوال المالكية في إحدى الروايتين وعند الحنابلة وعند الشافعية في المذهب القديم في كلامهم عن التصرفات الموقوفة كبيع الفضولي، أن العقد الموقوف هو ما توقف إفادته الحكم على الإجازة مما يملكها شرعاً⁽¹⁾، وفي ملك بيع الفضولي من يتوقف العقد لمصلحته هو المالك فيجعل العقد نافذاً أو يرفضه ورفضه للعقد يؤدي الى فسخه⁽²⁾.

ومما ورد في كتب الفقه الحديثة أن العقود والتصرفات الموقوفة التي لا تظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد إجازتها إجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الاجازة ، ومعنى كون هذه العقود موقوفة أي أنها لا توصف بالنافذ ولا يبطلانها، إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك⁽³⁾.

ويشترط الحنفية في العقد توافر أربعة أنواع من الشروط، ويترتب على توافر كل نوع من هذه الشروط اجتياز العقد لمرحلة من مراحلها⁽⁴⁾، فإذا ما توافرت شروط انعقد العقد ، وإذا تخلف الركن أو أحد شروط الانعقاد كان العقد باطلاً، وهناك شروط لصحة العقد المنعقد، ولا بد من توافرها لانعقاد العقد سليماً من الفساد ، أما اذا انعقد العقد صحيحاً سليماً، فلا يكون نافذاً مرتباً لآثاره إلا اذا توافرت له شروط النفاذ على إجازة من تقرر الوقف حمايةً لمصلحته ، والعقد المنعقد الصحيح النافذ، إما أن يكون لازماً أو غير لازم ، فيكون لازماً إذا خلا من أحد الخيارات وقد يكون غير لازم بطبيعته، كعقد الوكالة والعارية.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ ابن رشد، بداية المجتهد ، مرجع سابق، ص141-142.

⁽²⁾ الكزني، محمد أحمد(2002). العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، ط5، مطبعة النجف، ص169.

⁽³⁾ الزحيلي ، محمد ، مرجع سابق، ص228.

⁽⁴⁾ الكزني، محمد أحمد ، مرجع سابق، ص169.

⁽⁵⁾ السنهوري، ج4 ، مرجع سابق، ص124.

وشروط النفاذ عند الحنفية هي الشروط التي يجب توافرها بالعقد ليفيد حكمه أي ليرتب آثاره وهذه الشروط هي : الملك أو الولاية على المعقود عليه كبيع الفضولي، وألا يتعلق بالمعقود عليه حق الغير أي ألا يكون مرهوناً ، وأخيراً الولاية على نوع التصرف كناقص الأهلية والمكره ، فإذا ما تخلف أحدها كان العقد موقوفاً (1).

ومرتبة العقد الموقوف من مراتب العقد التي يعرفها الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى روايتين، أما الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى فعندهم أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وعليه فالعقد الموقوف عند الحنفية والمالكية يعد صحيحاً أما عند الشافعية ومن وافقهم بالرأي فهو باطل، وكان ذلك سبباً في الخلاف الفقهي حول تصرفات الفضولي كما رأينا سابقاً (2).

إذاً العقد الموقوف يشتمل التصرفات التي تفتقد إلى ولاية المحل أو ولاية التصرف، فالعقد الموقوف ينعقد باكتمال شروط انعقاده، فهو عقد صحيح لا يمكننا القول ببطلانه، ومجرد تخلف الولاية على المعقود عليه -كما في بيع الفضولي- يوقف نفاذ هذا العقد ولا ينتج آثاره، فلا أثر له في الواقع مع أنه انعقد صحيحاً حتى تلحقه الإجازة ممن يملك الحق فيها، فإن أجازته نفذ العقد وبدأت آثاره تظهر وإن لم يجزه اعتبر العقد كأن لم يكن (3).

(1) شوشاري، صلاح الدين محمد، مرجع سابق، ص 23.

(2) راجع ماجاء سابقاً في هذه الدراسة، ص 45-50.

(3) الدكتور المومني، عيسى، مرجع سابق، ص 89.

والآن ماهي آثار بيع الفضولي في ضوء العقد الموقوف؟ سنجيب على ذلك في المطلب

التالي.

المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي وفق العقد الموقوف

علمنا أن العقد الموقوف لا يفيد الحكم في الحال، أي لا ينتج آثاره إلى أن تلحقه الإجازة ممن توقف العقد لمصلحته، فالعقد إذا كان بيعاً فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويتوقف تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن، أي أن العقد له وجود شرعي ولكن لا يمكن الإيجابار على تنفيذه في الحال، وبعبارة أخرى أن العقد الموقوف في حالة سبات قد يفوق منه إذا أجزى وقد يموت قبل أن يفوق إذا لم يجز⁽¹⁾.

وبذلك يمر بيع الفضولي الموقوف في مرحلتين، مرحلة ما قبل صدور الإجازة حيث يكون التصرف فيها موقوف النفاذ ولا ينتج آثاره، ومرحلة ما بعد صدور الإجازة حيث يتم بعث الحياة من جديد في هذا العقد وينتج آثاره بمجرد صدور الإجازة⁽²⁾.

ونصل إلى أن آثار بيع الفضولي تخص ثلاثة أطراف هم الفضولي أي البائع، والمشتري والمالك الحقيقي، وسنعرض آثار بيع الفضولي فيما يخص كل طرف وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: آثار بيع الفضولي بالنسبة للمشتري.

أخذ الفقه الإسلامي بفكرة فسخ البيع واستبعد بذلك فكرة طلب الإبطال التي تخص الفقه

الغربي، ولكنهم اختلفوا في مسألة من له الحق بذلك، أهو المشتري دون الفضولي؟!

(1) الكزني، محمد أحمد، مرجع سابق، ص178.

(2) فرج، عبد الرزاق حسن، مرجع سابق، ص176.

نجد أن الحنفية يمنحون حق فسخ بيع الفضولي للمشتري والبائع معاً، ولهم في هذا الحكم ما يبرره، ويتضح ذلك من قولهم "لو فسخ البائع البيع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم وكذا إذا فسخه المشتري يفسخ"⁽¹⁾، فهم يمنحون المشتري هذا الحق تحرزاً من لزوم العقد في جانبه، لأن عقد الفضولي في نظرهم يبقى موقوفاً مهما طالّت المدة إلى أن يتدخل المالك الحقيقي بإجازة هذا البيع أو رفضه، وأمام هذه المدة التي قد تطول إلى أمد بعيد، فقد منح الفقه الحنفي المشتري الحق في التخلص من هذا البيع⁽²⁾.

أما عن منحهم البائع حق التحلل من بيع الفضولي، فذلك حتى يتخلص من المسؤولية التي سوف تلحق به إذا أجاز المالك الحقيقي البيع، فالفضولي بعد الإجازة يعد بمثابة الوكيل الملتزم بحقوق العقد، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعييب، وإن في ذلك ضرر به، وله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، أما المالك الحقيقي فله إجازة هذا البيع فينفذ في حقه، وله رده فيسقط البيع⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك يذهب فقهاء المالكية، فعند هؤلاء بيع الفضولي لازم من جهة كل من البائع والمشتري، وغير لازم بالنسبة للمالك الحقيقي، ويفرقون في الحكم بالنسبة للمالك بين حالتين، الحالة الأولى وهي حالة حضور المالك للعقد، فإن حضر المالك وسكت فهو يعتبر مجيزاً للعقد، وكان من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد وإلا سقط حقه، أما الحالة الثانية وهي حالة إبرام العقد دون حضرة المالك، ففي هذه الحالة يكون أمام المالك عام واحد يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه إجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتاً يفسر سكوته على أنه إجازة للعقد، وفي

(1) الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ص 581.

(2) شوشاري، صلاح الدين، مرجع سابق، ص 33.

(3) السرخسي، مرجع سابق، ص 530.

كل حال يبقى له الحق بمطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه⁽¹⁾.

إن رأي الحنفية هو الراجح، لأن في هذا الرأي ما يحقق الحماية لكل من الفضولي والمشتري والمالك، هذه الحماية تتمثل في عدم لزوم العقد في حق المشتري، وتحلل البائع من الإلتزامات التي عليه قبل إجازة العقد، وعدم خروج الملك من صاحبه دون رضاه⁽²⁾.

إلا أن الباحثة توافق رأي الدكتور عيسى المومني في أن ما جاء في موقف الفقه المالكي هو الآخر فيه ما يحقق هذه الحماية ، لأن عقد الفضولي وإن كان موقوفاً، إلا أن مدة وقفه لا تتجاوز العام، إذ في خلال هذه المدة يجب أن يقرر المالك موقفه من العقد فإن أجازه نفذ البيع ، وفي هذا القول مصلحة للجميع لأن الفضولي هو من تفضل بهذا التصرف ، والمشتري هنا يقبل هذا التفضل لرغبته فيه، وبما أن المالك بارك فيه فلا ضير من ذلك، أما إن رفضه فهو وحده من يكون المتضرر من هذا البيع وله في خلال أقل من عام إبطاله⁽³⁾.

أما مسألة التعويضات المستحقة للمشتري من الفضولي فيفرق الفقهاء المسلمين بين حالتين ،حالة علم المشتري بالفضالة، وحالة جهله بقيامها ، فإذا كان المشتري يعلم بأن البائع فضولي غير مالك لما يبيع، فلا يجوز له الرجوع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له، حتى وإن ألزم هذا المشتري

(1) الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص457.

(2) عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص189.

(3) المومني، عيسى، مرجع سابق، ص121.

بدفع بعض التعويضات للمالك نتيجة هلاك المبيع أو منافعته تحت يده ،لأنه بسوء نيته يكون غاصبا، فيستقر الضمان عليه⁽¹⁾.

ويرى الحنفية وهو الرأي الراجح أن المشتري وإن كان يعلم أنه يشتري من فضولي وقت أداء الثمن⁽²⁾، فالبايع في هذه الحالة يعد في مركز الغاصب الذي أخذ شيء بغير حق ، فيرجع على البائع بالثمن الذي دفعه، ولا يرجع على البائع إلا إن حصل من هذا الأخير تعد تسبب في هلاك الشيء⁽³⁾. أما المشتري الذي يجهل بقيام البيع من فضولي، أي المشتري حسن النية ، فقد انقسم الفقهاء في حكمه إلى قسمين:

فالحنفية والمالكية لا يجعلون من حق المشتري الرجوع على الفضولي لمطالبته بالتعويض عن الزيادة التي دفعها للمالك، سواء كانت هذه الزيادة تتمثل في قيمة العين أو في النفع الذي عاد عليه منها.

أما الشافعية والحنابلة، فقد أعطوا المشتري حسن النية حق الرجوع على البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين المستردة إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يحصل عليها ، بينما يرى البعض الآخر من الشافعية والحنابلة بأنه لا يحق له الرجوع على البائع لمطالبته بهذه الزيادة⁽⁴⁾ .

(¹) الحكيم ،عبد الهادي، مرجع سابق، ص259.

(²) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص581.

(³) ابن عابدين ،رد المحتار،مرجع سابق،ص114.

(⁴) الألفي، محمد جبر، مرجع سابق،ص103.

والمستقر عليه في الفقه الحنفي، هو استرداد المشتري للثمن إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فلا يمكن استرداده إلا إذا وقع من البائع تعد، أما بالنسبة للبائع سيء النية فلم يتحدث الفقه الإسلامي عن ذلك صراحة، وبذلك نلجأ إلى القواعد العامة للضمان⁽¹⁾.

وتشير هذه القواعد إلى أنه إذا وقع الضرر من البائع سيء النية، فإنه يوجب الضمان للمشتري، ومصدر هذا الضمان في الفقه الإسلامي هو ضمان الإلتلاف أو بعارة أعم ضمان الفعل، أي أن يأتي شخص فعلاً يلحق الضرر بآخر، كأن يتلف له مالا أو يغصب له مالا، والفضولي يعد في مركز الغاصب، وهو ما يقابل المسؤولية التقصيرية في القانون، فلا فرق إذاً إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية، لأن القاعدة في الفقه الإسلامي تجعل كل إضرار بالغير يلزم الضمان⁽²⁾.

وخلاصة القول أن أساس التعويض في الفقه الإسلامي سواء كان البائع حسن النية أو سيئها هو الفعل الضار، فالمسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي تقوم على الإضرار، وهو ما أخذ به القانون الأردني كما سنرى.

الفرع الثاني: آثار بيع الفضولي بالنسبة للبائع (الفضولي)

يحق للبائع التحلل من البيع أسوة بالمشتري وذلك وفق الفقه الحنفي، كما يتمثل دور البائع في بيع الفضولي في حالة تملك المبيع، وقد اختلف الفقه الإسلامي حول مسألة طرود الملك البات أي تملك البائع المبيع بعد العقد قبل الإجازة، فالحكم لدى أكثرية الحنفية هو بطلان بيع الفضولي في حال تملك البائع المبيع لسبب من أسباب كسب الملكية وكان ذلك لاحقاً للعقد، استناداً إلى قاعدة مؤداها

(¹) الزرقاء، مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص 255.

(²) الفار، عبد القادر، مرجع سابق، ص 125.

"إذا طرأ ملك نافذ على موقوف فكان مبطلا للموقوف ، إذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد" (1) ،
 أما إذا كان سبب ملكية الشيء المبيع سابقا على العقد، كما لو غصب شيئاً وباعه ثم ضمنه المالك،
 فإن العقد يصح وينفذ، لأنه بالتضمنين أصبح مالكا من وقت الغصب.

ومع ذلك فهناك من الحنفية من قال بنفاذ العقد في حال تملك البائع المبيع بعد العقد، لأن المانع
 من نفاذ العقد قد زال بكسب البائع ملكية الشيء المبيع (2) .

أما المالكية فقد فرقوا في الحكم بين الميراث كسبب لملكية البائع للمبيع، وبين سبب آخر غير
 الميراث، فإذا تملك البائع الشيء المبيع بالإرث ، فيكون البائع في هذه الحالة قد ورث حقوق المورث
 والتي تجيز له نقض البيع أو إجازته أما إذا كان سبب التملك سبب آخر غير الميراث كالهبة ، أو
 البيع فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز نقضه (3).

والراجح أن القول ببطلان بيع الفضولي إذا ملك البائع الشيء المبيع يتعارض مع القاعدة
 الفقهية العامة المقننة في المادة (100) من مجلة الأحكام العدلية (4) والتي تقضي " من سعى في
 نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " ، فالبايع لملك الغير بعد أن يصبح مالكا للشيء المبيع لا
 يستطيع أن ينقض البيع السابق الذي تم من قبله ، وإلا فسعيه مردود عليه ولا اعتبار لتصرفه في
 نقض العقد بل يصبح ملزماً له (5) ، لهذا يعتبر بيع الفضولي بيعاً صحيحاً نافذاً ، إذا ملك البائع المبيع،
 أي كان سبب هذا الملك.

(1) السرخسي، مرجع سابق، ص314.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ص117.

(3) فرج، عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص190.

(4) حيدر، علي، مرجع سابق، ص88.

(5) المومني، عيسى، مرجع سابق، ص107.

الفرع الثالث: آثار بيع الفضولي بالنسبة للمالك الحقيقي

ينقلنا المالك وحده من مرحلة ما قبل الإجازة إلى مرحلة ما بعد الإجازة ، ، فالمالك وحده إما أن يقر البيع ، وإما أن يرفض إقراره .

وتصدر الإجازة في الفقه الإسلامي من المالك وحده الذي باع الفضولي ماله من غير إذنه، ومصطلح الإجازة في القانون الوضعي يختلف عنه في الفقه الإسلامي، ذلك أن لمصطلح الإجازة مدلوله الخاص في القانون الوضعي، كما هو حال الإقرار في الفقه الإسلامي ، وسنلاحظ ذلك لاحقاً عند التحدث عن آثار هذا البيع في القانون المصري.

ففي اصطلاح الفقهاء المسلمين الإجازة تعني تصرف انفرادي يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حال حسب طبيعة التصرف الموقوف⁽¹⁾، وقد تأخذ هذه الإجازة الشكل الصريح أو الشكل الضمني⁽²⁾.

والإجازة في الفقه الإسلامي ترد على العقد الموقوف ولا ترد على العقد الباطل ، وبيع الفضولي - كما مر معنا- عقد موقوف فهو إما أن يجاز من المالك فينفذ وإما أن لا يجاز منه فيبطل ، وحتى تصح هذه الإجازة شرعاً لا بد من توافر شروط معينة .

وقد نصت عليها المادة (395) من مرشد الحيران على أنه " يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع والمشتري وصاحب المتاع المبيع حيا وأن يكون المبيع قائماً معين " .

(1) المقري، مرجع سابق، ص54.

(2) الفار، عبد القادر، مرجع سابق، ص41.

وبذلك تكون الإجازة معتبرة شرعا في الفقه الإسلامي بتوافر الشروط التالية:

- وجود الفضولي حين الإجازة.
- وجود المالك عند الإجازة.
- وجود المجيز حين العقد.
- وجود المشتري عند الإجازة.
- وجود المعقود عليه عند الإجازة.⁽¹⁾

وإجازة المالك لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي تعتبر وكالة لاحقة بالبيع ، والوكالة اللاحقة كالوكالة السابقة، بمعنى آخر للإجازة حسب المفهوم الفقهي أثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرام العقد لا إلى تاريخ صدوره، فالإجازة من جهة كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف ومنشئة لها من جهة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة (396) من مرشدالحيران إذ تنص على أنه " إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع ويطالب الفضولي بالثمن إن كان قبضه من المشتري، وإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك لكن إن دفعه إليه صح الدفع وبرئ".

أما إن رفض المالك البيع، فهنا فلا تتصرف آثاره ولا يلزم بأي التزام، أي يبطل البيع ويعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل البيع، ويعتبر البيع كأن لم يكن ، حتى وإن كان المشتري حسن النية. ولكن ماهو الحل إذا ما هلك المبيع فكيف يسترد المالك ملكه؟

(1) قذري ،محمد قذري باشا ، مرشد الحيران ،مرجع سابق، ص 213.

إن الحنفية - ورأيهم الراجح - يفرقون بين حالة الهلاك عند الفضولي، و حالة الهلاك عند المشتري، فإذا هلك المبيع عند الفضولي وكانت يد هذا الأخير يد أمانة فلا ضمان عليه إلا بالتعدي، أما إذا كانت يد ضمان فإنه يضمن في كل حال⁽¹⁾.

أما إذا هلك الشيء المبيع عند المشتري، فالمشتري يكون مسؤولاً عن الهلاك، لأن يد المشتري تكون يد ضمان على المبيع، فالمشتري يحوز المبيع لمصلحة نفسه، فيضمن المبيع سواء كان يعلم أن البائع مالك أم يجهل ذلك، وللمالك هنا الخيار في أن يضمن أياً من البائع أو المشتري.

أما المالكية فهم يفرقون بين المشتري العالم بأنه يشتري من غاصب ملك غيره، وبين المشتري الجاهل بذلك، فيضمن المشتري سيء النية هلاك المبيع مهما كان سبب الهلاك، ويكون من حق المالك في هذه الحالة تضمينه أو تضمين الفضولي أيهما شاء، أما المشتري حسن النية الذي يجهل واقعة الغصب، فليس للمالك أن يرجع عليه إلا إذا كان الهلاك نتيجة تعديه⁽²⁾.

أما الشافعية والحنابلة فهم يجعلون المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع، لا فرق في ذلك بين علم المشتري بالغصب أو جهله به ويكون للمالك الحق في تضمين أي من البائع أو المشتري.

نخلص بالقول إلى أن آثار بيع الفضولي في الفقه الاسلامي تتمثل بتوقف نفاذه إلى حين الاجازة الصادرة من المالك الاصلي، وعدم لزوم البيع بالنسبة للمشتري والبائع قبل صدور الاجازة⁽³⁾.

(1) الكاساني، مرجع سابق، ص580.

(2) السرخسي، مرجع سابق، ص175.

(3) الشافعي، ج3، مرجع سابق، ص204.

المبحث الثاني

آثار بيع الفضولي في القانون الوضعي

لم يعرف الفقه الغربي وبعض التشريعات العربية المتأثره به - كالتشريع المصري - فكرة العقد الموقوف وأوجدوا نظام آخر تمثل بنظرية البطلان النسبي، وفي المقابل تأثر البعض الآخر من التشريعات العربية بالفقه الإسلامي ومنها القانون المدني الاردني والعراقي ، وسنعرض ذلك في مطلبين حيث نبحت في الأول آثار بيع الفضولي في القانون الاردني، والمطلب الثاني آثار بيع الفضولي (بيع ملك الغير) في القانون المدني المصري.

المطلب الأول: آثار بيع الفضولي في القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني على أحكام البيع الصادر في ملك الغير أي بيع الفضولي ضمن القواعد العامة للعقد الموقوف في المادة (171) ، ونرى في ذلك ما قرره محكمة التمييز بقولها "إن بيع الوكيل المعزول هو بمثابة بيع الفضولي ، وبيع الفضولي لا يقع باطلاً بل موقوفاً عملاً بأحكام المادة (171) من القانون المدني فالمالك وحده هو صاحب الحق في ترتيب البطلان على هذا العقد بعدم إجازته عملاً بأحكام المادة (175) من القانون المدني، وليس للمشتري و لا الفضولي الحق في ذلك"⁽¹⁾، كما عالج القانون المدني بيع الفضولي ضمن نصوص خاصة هي المواد (550،551) تحت باب عقد البيع، فنصت المادة (550) منه على أنه "1. إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع، 2. ولايسري البيع في حق مالك العين المبيعه ولو أجازه المشتري"

(¹) قرار تمييز حقوق رقم (79/374) تاريخ 1979/3/13، منشورات مركز عدالة.

أما المادة (551) فنصت على مايلي " 1. إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري 2. وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " ويتبين من هذين النصين أن آثار بيع الفضولي تتحكم بها ثلاث إرادات: إرادة المشتري، إرادة المالك وإرادة البائع (الفضولي) (1).

الفرع الأول: إرادة المشتري

إن بيع الفضولي بالنسبة للمشتري عقد صحيح نافذ ولكنه غير لازم، وهذا واضح من النص (جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد) ، وفسخ العقد يعني أن العقد عقد صحيح نافذ ولكنه غير لازم، وقد يصبح البيع لازما أيضا بالنسبة إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع للفضولي (2).

إذاً المشتري مقرر له حق الفسخ بنص القانون سواء أكان ذلك برضا البائع أو بدون رضاه، وهنا يبدو تأثير المشرع الاردني بما جاء في النص القانوني من القانون المدني المصري المتعلق ببيع ملك الغير، حيث جعل الإجازة للمشتري دون البائع، وهو ما يخالف موقف المشرع الأردني المتأثر بالفقه الإسلامي وعلى الأخص الفقه الحنفي، فالحنفية يجعلون البيع غير لازم بالنسبة للمشتري والبائع، أما عند المالكية فالبيع لازم للفضولي والمشتري وعلى المالك إجازة البيع أو رفضه خلال عام (3)، ويبدو أن المشرع العراقي قد تأثر بالمالكية من ناحية تحديد المدة _على العكس من القانون المدني الأردني _

(1) الزعبي ، محمد يوسف ، مرجع سابق ، ص535.

(2) المادة 176 من القانون المدني الاردني " يكون العقد غير لازم بالنسبة الى أحد عاقيه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض".

(3) راجع ماجاء في هذه الدراسة ص73_74.

فقد نصت المادة (136) من القانون المدني العراقي على أن "يستعمل خيار الإجازة خلال مدة ثلاثة أشهر وإلا اعتبر العقد نافذا" (1).

وتجدر الإشارة أن هذا البيع تواجهه مشكلة في ظل القانون المدني الاردني، و تتمثل بإعطاء المشرع الأردني الحق للمشتري بالفسخ ، فإذا ما عبر المشتري عن إرادته وأصبح العقد لازماً في حقه، يبقى من حق المالك إجازة العقد أو رفضه، فإما أن يجيزه فينفذ في حقه أو يرفضه فيبطل، ولكن ما هو الحل إذا اختار المشتري رفض العقد، وبالتالي اعتبر العقد كأن لم يكن في حقه قبل أن يعبر المالك عن إرادته بإجازة التصرف أو رفضه؟ فهل يمكنه التراجع؟!

نجد أن المالك في هذه الحالة لا يصادف عقداً لأنه قد انتهى من طرف المشتري ، وإذا ما أريد لهذا العقد أن ينشأ لابد من قبول وإيجاب جديدين، لذلك نفضل أن يكون العقد هنا لازماً بالنسبة للمشتري غير نافذ في حق المالك وهو ما تؤكدته القواعد العامة للعقد الموقوف (2).

وتجدر الملاحظة أن التشريع الاردني يخلو من نص خاص يحدد مدة تقادم دعوى المشتري في فسخ بيع الفضولي، فنلجأ هنا إلى القواعد العامة، حيث نصت المادة (449) من القانون المدني الأردني بأنه "لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمسة عشر سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ماوردت فيه احكام خاصة" (3).

(1) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1950.

(2) الزعبي، محمد يوسف، مرجع سابق، ص 537.

(3) العبيدي، مرجع سابق، ص 193. كما يقابل ذلك بعض آراء فقهاء المصريين أنظر في ذلك السنهوري، ج 4، مرجع سابق، ص 209 . مرقس ، مرجع سابق ، ص 444.

الفرع الثاني: إرادة المالك

رتب المشرع الأردني أحكاماً على إجازة المالك الحقيقي للبيع الذي وقع على ملكه من فضولي، وفرق في الحكم بين إجازة المالك الحقيقي لبيع ماله وبين رفضه إجازة البيع⁽¹⁾.

1. إجازة البيع: إذا أجاز المالك الحقيقي البيع لماله من أجنبي فينفذ التصرف في حقه مستندا إلى وقت صدوره، وعند ذلك تعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وفي ذلك نجد ما تقرره محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن بيع الغير يعتبر موقوفاً على إجازة هذا الغير وهو المالك فإن لم تلحقه الإجازة فإن البيع لا يعتبر نافذاً وبالتالي يبطل في حق المشتري"⁽²⁾، أي أن إجازة المالك الحقيقي للبيع ليس من شأنها إنشاء العقد بين البائع والمشتري، بل ينحصر أثرها في نفاذ البيع، وجعل الفضولي في مركز الوكيل⁽³⁾.

واستناداً إلى أحكام المادة (173) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه "1. تكون الإجازة بالفعل أو القول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة، 2. ويعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفاً"، وعليه فإن الإجازة تقع من المالك الحقيقي صراحة أو ضمناً، كما اشترطت المادة (174) من القانون المدني الأردني لصحتها وجود العاقدين والمجيز والمحل وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة، وبذلك يلتقي المشرع الأردني مع الفقه الإسلامي ويستقي منه أحكام هذا البيع⁽⁴⁾.

(1) جمعه عبد الرحمن، مرجع سابق، ص634.

(2) تمييز حقوق رقم (74/361) منشورات عدالة.

(3) جمعه عبد الرحمن، مرجع سابق، ص634.

(4) وعند الحنفية لا يحل الورثة في الإجازة إذا توفي المجيز، انظر في ذلك، ابن همام نفتح القدير، مرجع سابق، ص312.

إلا أن المشرع الأردني هنا لم يحدد مدة معينة تصدر خلالها الإجازة-كما جاء في الفقه الحنفي-، وقد ترك الأمر للاجتهادات القضائية لتحديد المدة المعقولة لذلك⁽¹⁾.

2. رفض إجازة البيع، فللمالك هنا فسخ العقد فيعود الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وقد يصطدم المالك هنا بقاعدة "الحيازة بالمنقول سند الملكية"، فإذا كان المشتري حسن النية، فما هو الحل اذا ما توافرت شروط الحيازة والتمثلة بحسن نية المشتري والتملك استنادا لسبب صحيح؟ حينها لا يكون أمام المالك إلا المطالبة باستحقاق المبيع وإثبات ملكه عن طريق دعوى الاستحقاق⁽²⁾.

وقد تطرأ مشكلة أخرى وهي هلاك المحل قبل صدور الاجازة أو بعد الرفض، فكيف يسترد المالك حقه؟

كنا قد علمنا أن للمشتري استرداد الثمن إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فلا يكون له استرداده-تأثراً بالفقه الحنفي - فهلاك البديل عينا يبطل التصرف ولا ترد عليه الإجازة ، أما إذا كان البديل نقداً فإن هلاكه لا تأثير له على العقد الموقوف ولا على قابليته للإجازة ، فإذا لحقته الإجازة من

⁽¹⁾ قرار رقم اذا كانت المدعية البائعة من مواليد 1948/3/25 فإنها بتاريخ البيع تبلغ من العمر خمسة عشر عاماً وأربعة اشهر وأربعة أيام لذلك يكون عقد البيع قد صدر صحيحاً لكنه موقوف النفاذ على إجازة الممیزة بعد بلوغها سن الرشد (18) عاماً. ولدى مقارنة تاريخ بلوغ الممیزة سن الرشد مع تاريخ إقامة الدعوى . نجد أن الممیزة بلغت سن الرشد بتاريخ 1966/3/25 وحيث ان هذه الدعوى أقيمت لإبطال عقد البيع بتاريخ 2002/10/2 أي بعد مرور اكثر من (36) عاماً لذلك فان تراخي الطاعنة في الطعن بعقد البيع الموقوف بعد بلوغها سن الرشد بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة إجازة للعقد المذكور اجازة ضمنية تجعل منه عقداً صحيحاً نافذاً وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة التمييز أنظر (هيئة عامة رقم 98/2251 و 2005/2189) مما نرى معه رد دعوى المدعية .

⁽²⁾ سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية.(1999)، ط3، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص213.

صاحب الشأن نفذ العقد وكان البديل ملكا للمالك، وإن هلك بيد الفضولي كانت يده يد أمانة، لأنه بالإجازة يصبح وكيلًا فلا يسأل إلا بالتعدي أو التقصير⁽¹⁾.

أما إذا هلك المتصرف فيه في يد الفضولي فلا تصح الإجازة، استنادا إلى ما اشترطته المادة (147) من شروط للإجازة، بأن يكون المتصرف فيه موجوداً فإذا هلك المبيع لا تصح الإجازة لأن بيع المعدوم باطل، وفي هذه الحالة يكون نفاذ البيع بمنزلة بيع جديد، وأما إذا هلك المبيع في يد المالك تحمّل تبعه الهلاك .

وقد يهلك المبيع بعد التسليم إلى المشتري ، فهنا يكون الخيار للمالك إما بتضمين الفضولي أو تضمين المشتري على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما نصت عليه المادة (281) "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعا وتلف المغصوب كلا أو بعضا في يد من تصرف له كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما، فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا الغاصب وفقا لأحكام القانون" ، وإذا ما هلك بيد الفضولي بعد القبض والذي يعد بمثابة الغاصب ، فهنا تبعه الهلاك تقع على الغاصب نفسه (الفضولي)، وعليه أن يدفع للمالك مثله أو قيمته يوم غصبه، وهو ما نصت عليه المادة (279) من القانون المدني الأردني "فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه"⁽²⁾.

(1) المومني ، عيسى ،رسالة دكتوراة ،مرجع سابق،ص110.

(2) السرخسي، المبسوط ، ج11، مرجع سابق، ص115.

الفرع الثالث: إرادة البائع

يقتصر الحق بفسخ البيع على المشتري دون البائع⁽¹⁾، ويظهر هنا أن المشرع الأردني قد تأثر في هذه الناحية بالمشرع المصري ، الذي قصر حق الابطال لصالح المشتري فقط ، وهو ما سنراه لاحقاً.

وينحصر أثر ارادة البائع (الفضولي) في بيع ملك غيره عند أيلولة الملك له، أي أن هذا البيع يصبح لازماً في حق المشتري إذا صارت ملكية المبيع بعد العقد للبائع الفضولي لأي سبب من أسباب الملكية (كالميراث أو الوصية أو الهبة أو الحيازة) ، ويعتبر هنا تصرف البائع ليس كتصرف الفضولي وإنما كالتصرف في ملكه⁽²⁾.

ويظهر لنا أن المشرع الاردني لم يأخذ بما جاء بالفقه الحنفي عند طروء الملك البات⁽³⁾ وعندهم أن العقد الموقوف يبطل إذا طرأ عليه ملك بات ، كما لم يأخذ المشرع الأردني بما جاء في فقه المالكية اذ عند هؤلاء أن أيلولة الملكية إلى البائع الفضولي بطريق الميراث - فقط - تنقل ما كان لمورثه له ، أما مشرعنا الأردني فاعتبر البيع نافذاً اذا ما طرأ الملك البات، ويصبح الفضولي بذلك مالكاً، فهنا ينفذ وتسري آثاره من تاريخ انعقاده ولا يبطل، وعليه فقد استقر اجتهاد محكمة التمييز في العديد من قراراتها المتلاحقة، و في ذلك القرار التالي: "إن إجازة الشريك الذي لا يملك أكثر من 50% لمأجور يكون عقده موقوف النفاذ على إجازة الشركاء طبقاً لنص المادتين 171،175 من القانون المدني، وإن أصبح المؤجر يملك ثلثي العقار ،فإن إشغال الممييزة ضده للعقار يكون استنادا لسبب

(1) المومني، عيسى ، رسالة دكتوراة ، مرجع سابق، ص106-107.

(2) العبيدي ، مرجع سابق، ص65.

(3) راجع ماجاء في هذه الدراسة ص78.

صحيح وواجب النفاذ وملزم لباقي الشركاء وغير موقوف على إجازتهم⁽¹⁾، وعليه فإن موقف المشرع الأردني يتفق و قاعدة "من سعى في نقض ما تم من جانبه فسعيه مردود عليه".

وقد يحدث أن يهلك الشيء المبيع في يد البائع مما يتعذر معه القول باسترداد المالك ملكه، ففي هذه الحالة يضمن البائع للمالك قيمة الشيء المبيع يوم الشراء، والمستفاد من المادة (174) أن البيع لا ينفذ ولا تصح الإجازة اذا هلم المبيع وبذلك اذا هلك المبيع في يد البائع يعني بطلان العقد، ويلتزم البائع بإعادة قيمة المبيع الى المالك اذا كان حسن النية ، ويلتزم بالتعويض إذا كان سيء النية استنادا الى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.⁽²⁾

ونلاحظ أن المشرع الاردني لم يتحرى الدقة عند صياغة المادتين (550،551) حيث تبدو وكأنها تتحدث عن أحكام العقد القابل للإبطال⁽³⁾!

يبدو هنا أن المشرع الأردني قد تأثر عند صياغة المادة (550) بالمادتين (466،467) من القانون المدني المصري بقوله "ينقلب صحيحاً"، فصياغة النص على النحو الذي تم فيه يتفق مع موقف المشرع المصري الذي أخذ بنظام البطلان النسبي، ولا يتفق مع موقف المشرع الأردني الذي أخذ بنظام العقد الموقوف، لأن العقد الموقوف صحيح وكل ما يحتاجه ليرتب آثاره هو الإجازة من مالكة

(1) قرار تمييز حقوق رقم (2002/276) تاريخ 2002/2/11، هيئة خماسية منشورات عدالة كمكة التمييز الأردنية

(2) راجع ما جاء في هذه الدراسة ، ص 80.

(3) "إن عقد الإيجار الذي يبرمه الفضولي عقد قابل للإبطال موقوف النفاذ على إجازة المالك عملاً بأحكام المادة (179) من القانون المدني ويصح الاعتد بإجازته بالفعل أو القول أو الدلالة عملاً بالمادة (1/173) من ذات القانون وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة مع ما يتضمن العقد من شروط عملاً بالمادة (175) من القانون المشار إليه وعليه فإن إجازة العقد الذي أجراه الفضولي من قبل المالك وقبضه الاجور يلزم المالك بالوجر بالشرط الوارد بعقد الإيجار الذي يلزم المؤجر بعدم تأجير أي دكانة من العمارة لاستعمالها بنفس الغاية التي من أجلها استأجرت المميّزة المحل موضوع الدعوى لأن هذا الشرط لا يخالف القانون" تمييز حقوق رقم (1998/673) تاريخ 1998/5/31 منشورات عدالة.

فقط، لهذا لا نؤيد المشرع الأردني بقوله " وينقلب صحيحا في حق المشتري " لأن العقد الموقوف أصلا صحيح فكيف ينقلب صحيحا⁽¹⁾! لذلك كان الأصح أن يقول مثلا 1 "إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد في حقه ولزم المشتري، 2 . يلزم العقد المشتري أيضا إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، كما نضيف إلى ذلك أن المادة (550) قد أعطت للمشتري الحق بطلب الفسخ دون البائع خلافا للعقد الموقوف الذي يعد غير ملزم لطرفيه قبل الاجازة، ونلاحظ أيضاً استعانة المشرع الأردني بلفظ "يسري البيع"، والذي لا ينسجم وطبيعة العقد الموقوف، فعدم السريان كما ورد في النص المصري يعني أن العقد صحيح ونافذ ولكنه لا يسري في حق الغير الذي أضر به التصرف⁽²⁾ .

فهل يعني هذا أن المشرع الأردني قد جعل حكم بيع الفضولي - بالشكل الذي تناولته المواد

المذكورة أعلاه - هو القابلية للإبطال؟!

هذا ما يراه البعض مبررين ذلك بأن القواعد الخاصة يجب أن تقدم على القواعد العامة عند

التعارض، إذ بموجب هذا الرأي فإن نص هاتين المادتين (550-551) يتماشيان مع العقد القابل للإبطال أكثر من العقد الموقوف، وأن الحكم القانوني لبيع ملك الغير، استناداً لهذه النصوص القانونية هو القابلية للإبطال، على الرغم من أن الحكم الأصح هو ما جاء في المادة (171) وهو حكم العقد الموقوف، ولذلك يجدر بالمشرع هنا أن يحذف المادتين (550،551) تجنباً للتعارض⁽³⁾.

(1) الزعبي ، محمد يوسف، مرجع سابق،ص539.

(2) السنهوري، عبد الرزاق(1952). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص488.

(3) العبيدي ،علي هادي ، مرجع سابق ، ص66.

وسرعان ما لاقى القول بإبطال بيع الفضولي من يعاكسه وينقضه تأكيداً على موقف المشرع الأردني بأن بيع الفضولي موقوف النفاذ على إجازة المالك⁽¹⁾ ، وذلك بدلالة قول المشرع الأردني "جاز للمشتري الفسخ " وهو ما ينفي أخذه بقابلية العقد للإبطال، إذا كان بإمكانه أن يقول بأن العقد قابل للإبطال بدلاً من القول قابل للفسخ لو أراد البطلان النسبي، وعلى ذلك تواترت قرارات محكمة التمييز الأردنية باعتبار تصرفات الفضولي ومنها بيع الفضولي بيعاً موقوفاً على إجازة المالك⁽²⁾ .

ويمكن أن نعزو سوء الصياغة التي وقع بها المشرع الأردني إلى الاقتباس من بعض نصوص القانون المصري، وهو ما تسبب بايقاع محاكمنا بذات الخلط بين أحكام العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال من حيث التعبير اللفظي، إلا أنه لمن الغريب مساواة محكمة التمييز الأردنية في بعض قراراتها بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، وفي ذلك قرارها التالي "إن تأجير المستفيد من مشروع الإسكان السكن الذي خصص له إلى غيره دون موافقة مؤسسة الإسكان لا يعتبر عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً بحيث لا ينتج أي أثر قانوني، وإنما يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً موقوفاً" على موافقة المؤسسة حسب قانونها الخاص " (3).

وخلاصة القول أن المشرع الأردني لم يتحرى الدقة في جانبين ، أولهما أن المشرع الأردني عندما اعتبر بيع الفضولي عقد موقوف فهو صحيح لكن توقفت آثاره فلا يتقوم أن يستخدم لفظ انقلب

(1) الزعبي ، محمد يوسف، مرجع سابق، ص533.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1974/361) "ان بيع ملك الغير يعتبر موقوفاً على الاجازة هذا الغير وهو المالك فإذا لم تلحقه هذه الاجازة فإن البيع لايعتبر نافذا وبالتالي باطلا في حق المشتري " .

(3) تمييز حقوق رقم (408) سنة 1980 ، منشورات مركز عدالة .

صحيحاً، كما أن المشرع الأردني قد جعل من بيع الفضولي عقداً موقوف النفاذ لمصلحة المالك غير لازم في مواجهة المشتري، وكان لمن المصلحة جعل هذا البيع لازم في مواجهة المشتري والفضولي.⁽¹⁾

المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي في القانون المدني المصري

اضطر المشرع المصري إلى إيجاد نص خاص يقضي فيه ببطلان بيع ملك الغير بطرانا نسبياً حيث خرج فيه عن القواعد العامة للبطلان النسبي، فجعل حكم بيع ملك الغير حكماً يحمل في طياته ازدواجية وتركيب من نوع خاص، ففي حين أن القانون المصري قد عالج آثار هذا البيع بالنسبة لطرفيه، فأعطى الحق للمشتري بإجازة العقد، حيث تقرر البطلان لمصلحته، وفي ذات الحين أعطى الحق للمالك باقرار البيع لأنه يعد أجنبياً عن العقد، فإجازة المشتري ليس لها أي أثر على نفاذ العقد بحق المالك الحقيقي إذا لم يقره، وهنا اضطر المشرع المصري إلى الاستعانة بفكره عدم سريان العقد لكي يكمل بها أحكام هذا البيع، فيصبح قابلاً للابطال لمصلحة المشتري غير ساري في حق المالك، (وهو ما لا نراه في العقد الموقوف الذي يشمل الأطراف الثلاثة بالحماية دون الحاجة إلى الاستعانة بأمر آخر).

وعليه فإن آثار بيع ملك الغير وفق العقد القابل للابطال تتعلق بكل من المشتري، البائع والمالك الأصلي.

(¹) الشوشاري، صلاح الدين، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الأول: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري

اقتصر الحق في طلب إبطال بيع ملك الغير على المشتري وحده دون البائع⁽¹⁾، ويستند ذلك إلى المادة (468) من القانون المدني المصري و التي تنص على أنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية." كما أعطت هذه المادة الحق للمشتري بالمطالبة بالتعويض إذا حكم له بإبطال البيع، متى كان حسن النية، أي أنه يجهل ملكية المبيع للبائع، وبمفهوم المخالفة لا يستحق المشتري التعويض سيء النية، الذي كان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع ولكنه بالرغم من ذلك أبرم العقد، ويبقى من حقه فقط المطالبة في إبطال البيع⁽²⁾.

كما ويجوز للمشتري طلب إبطال البيع ولو كان البائع حسن النية، وهذا يستفاد من مفهوم المخالفة للنص السابق، إذ أنه بموجب هذا النص يكون للمشتري حسن النية الذي يجهل ملكية البائع للمبيع المطالبة بالتعويض⁽³⁾ حتى ولو كان هذا البائع هو الآخر حسن النية، فحسن أو سوء نية البائع لا تأثير لها على حق المشتري في طلب الإبطال⁽⁴⁾.

وأما فيما يتعلق بإجازة المشتري للبيع، فإن لهذه الإجازة أثر رجعي، إذ يعتبر البيع صحيحا بين المتعاقدين من يوم إبرام العقد⁽⁵⁾، إلا أن هذا البيع وإن اعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين بإجازة

(1) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، فقرة 161، ص. 290

(2) الغياتي، لاشين، مرجع سابق، ص 72.

(3) خضر، خميس، مرجع سابق، فقرة 173، ص 27

(4) فرج، توفيق حسن، مرجع سابق، ص 116.

(5) تنص الفقرة الثانية من المادة (139) من القانون المدني المصري على أنه -2 " وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير."

المشتري الصريحة أو الضمنية، إلا أنه لا أثر لهذه الإجازة بالنسبة للمالك الحقيقي، وهذا هو معنى عبارة " وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد" .

وهنا يشترط لصحة إجازة المشتري توافر الشروط التالية: علم المشتري عند الإجازة بعدم ملكية البائع للمبيع، توافر أهلية المشتري، خلو ارادة المشتري من العيوب .

والاجازة هنا لها أثر كاشف وليس منشى⁽¹⁾، لأن العقد قبل الإجازة كان صحيحا نافذا، والاجازة تؤكد هذا العقد، وبما أن الإجازة الصادرة من المشتري قد أكدت أن بيع ملك الغير بيع صحيح بين المتعاقدين، فأزالت عنه الخطر الذي يهدده بالبطلان، وبذلك يترتب على هذا العقد آثاره القانونية، فيلتزم البائع بنقل الملكية، وتسليم المبيع وضمانه، ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وتسلم المبيع، ويبقى للمشتري بعد إجازة هذا العقد أن يتمسك بحقه بالفسخ في حالة عدم إمكانية البائع نقل ملكية المبيع⁽²⁾، إضافةً إلى حقه في المطالبة بالتعويض وفق الماده(439) القانون المدني المصري⁽³⁾، و يكون للمشتري الحق بالرجوع على البائع بالضمان في حالة تعرض المالك الحقيقي له، إذا رفع المالك على المشتري دعوى استحقاق، وثبت استحقاقه للمبيع، فيرجع المشتري على البائع بالتعويض.

وقد يملك المشتري المبيع المنقول بالحيازة وفقا لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " فهل يسقط حقه بالابطال؟

(1) السنهوري، الوسيط، ج 4 ، مرجع سابق، فقرة 161 ، ص. 290

(2) مع التأكيد بأن الملكية لا تنتقل إلا بإقرار المالك، لا شين، الغياثي، مرجع سابق، ص 78.

(3) المادة (439) تنص على أن "يضمن البائع عدم تعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل الاجنبي ...".

لقد انقسم الفقه في مصر للإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين:

الرأي الأول : يسقط حق المشتري في طلب البطلان، لأن المشتري في حالة تملك المبيع يتمتع في جميع حقوق المالك من وقت الشراء، ولم يحصل له ضرر على الإطلاق، فضلا عن أنه أصبح مالكا في حالة حسن نيته بمضي خمس سنوات - استنادا إلى العقد الذي يطلب بطلانه⁽¹⁾.

أما الرأي الثاني: فيرى أن المشتري لا يجبر على التمسك بوضع اليد، لأن وضع اليد لا يترتب عليه اكتساب الملكية حتما ومن تلقاء نفسه، بل لا بد من تمسك المشتري به ، ولا يجوز أن يجبر المشتري على التمسك بدفع تأبى ذمته أن يتمسك به وهو عالم أن المبيع مملوك في الواقع لغير البائع⁽²⁾.

ويرجح الرأي الثاني لقوة منطقه⁽³⁾، بالإضافة إلى الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة

(388) من القانون المدني المصري والتي تنص على " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم."

أما ما يتعلق بتقادم بدعوى الإبطال، فلم تشمل المادة (140) من القانون المدني المصري على بيع ملك الغير حيث نصت على أنه " 1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات2- ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط،أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي

(1) البدرأوي، مرجع سابق، ص209.

(2) منصور، مصطفى منصور، مرجع سابق، ص251.

(3) الغياثي، لاشين، مرجع سابق، ص79.

كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد"

وأمام خلو النص من حالة بيع ملك الغير، لجأ شراح القانون في مصر الى القواعد العامة ، أي مدة خمسة عشر سنة من يوم إبرام العقد سواء كان المشتري حسن النية لا يعلم بملكية البائع للمبيع أم سيء النية يعلم بهذه الملكية، فالحكم واحد في كلتا الحالتين، في حين خالف جانب آخر من فقهاء القانون ذلك واعتبروا مدة التقادم ثلاث سنوات من تاريخ صدور البيع اذا كان المشتري سيء النية، وخمسة عشر سنة اذا كان حسن النية، وعلى ذلك تضاربت قرارات المحاكم المصرية⁽¹⁾.

مما تقدم يتضح أن المشتري في بيع ملك الغير يكون أمام خيارات ثلاثة، خيار الإبطال قبل الإجازة، وخيار الفسخ بعد الإجازة، وخيار الاستحقاق بعد مطالبة المالك له باسترداد المبيع. وكل هذه الأحكام كان بالإمكان الاستغناء عنها لو أوقفنا أثر بيع ملك الغير على إجازة المالك، فلا يكون البائع ملزماً بنقل الملكية ولا المشتري ملزماً بدفع الثمن، وإنما تُوقف جميع آثار بيع الفضولي على إجازة المالك الحقيقي وحده⁽²⁾.

الفرع الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للبائع (الفضولي)

علمنا أن الحق بالإبطال في بيع ملك الغير يقتصر على المشتري دون البائع، وقد بينا علاقة المشتري بهذا البائع ، ويبقى أن نبين ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (467) من القانون المدني المصري " ... وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد."

(1) أنظر في ذلك القرارات ذوات الأرقام(1954/11/11)،(1973/5/9) محكمة النقض المصرية.

(2) الفار، عبد القادر، مرجع سابق، ص104.

ووفق هذا النص يحرم المشتري من حقه في طلب بطلان العقد إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد العقد بأحد أسباب كسب الملكية ، مثل اكتساب البائع ملكية المبيع بعد العقد أو حصوله عليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث⁽¹⁾.

والمستقر عليه فقها وقضاءً أن المشتري يبقى محتفظاً بحقه في الإبطال، إذا ما رفع المشتري دعوى الإبطال قبل صدور الحكم النهائي، أو طالب به قبل أيلولة ملكية المبيع إلى البائع⁽²⁾.

الفرع الثالث: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك

الإجازة في القانون الوضعي تعني نزول من يملكها عن حقه في طلب إبطال العقد، ويترتب على ذلك زوال الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائياً، ويكون لهذه الإجازة أثر بين المتعاقدين يستند إلى يوم صدور البيع⁽³⁾.

والإجازة في القانون الوضعي - كمبدأ عام - ترد على العقد القابل للإبطال، ولا ترد على العقد الباطل، وبيع ملك الغير وفق النص القانوني الخاص به هو بيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك الحقيقي⁽⁴⁾.

أما الإقرار فيكون من حق المالك الذي لا ينفذ هذا العقد في حقه، إلا إذا أقره فسرى في حقه، ولأن المشرع جعل الإقرار في بيع ملك الغير من حق المالك ، فيتربط على هذا الإقرار أثر رجعي وأثر فوري في نفس الوقت، أي أن الأثر الرجعي يكون تجاه المشتري، فالبيع يعتبر صحيحاً بين المتعاقدين

(1) الهلالي، أحمد نجيب ، مرجع سابق ،ص334.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، هامش1، ص295.

(3) سلطان، أنور، بالاشتراك مع جلال العدوي، العقود المسماة: عقد البيع، بدون طبعة، مصر، دار المعارف، بدون سنة نشر، ص134.

(4) فرج، عبد الرزاق حس، مرجع سابق، ص146.

من وقت البيع لا من وقت إقراره من المالك الحقيقي ، وذلك تطبيقاً للقاعدة القائلة بالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، أما الأثر الفوري فذلك يكون بالنسبة للمالك الحقيقي، لأن البيع لا يسري في حقه إلا من وقت إقراره إياه لا من تاريخ العقد ، وهذا على خلاف أثر الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني⁽¹⁾.

وقد لا يقر المالك البيع وهو ما عالجته المادة (2/466) من القانون المدني المصري

".....وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد."

وهذا يعني أن المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير، فلا تتصرف إليه آثاره ولا يلزم بأي التزام، ذلك أن العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه، والأطراف في هذا البيع هما المشتري والبائع، فأقرار المالك للبيع رغم أنه أجنبي عنه أمرٌ من خصوصيات بيع ملك الغير⁽²⁾.
وبما أن المالك يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الوارد على ملكه، فإنه لا يملك رفع دعوى البطلان، لأن البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، كل ما في الأمر أن المالك لا يتأثر بهذا البيع، فلا يسري في حقه أو يحق له رفع دعوى الاستحقاق⁽³⁾.

ولكن ما الذي يترتب على هذا البيع في حالة رفض المالك البيع الوارد على ملكه من قبل الغير؟ لم ينظم المشرع المصري نصوص خاصة تحكم علاقة المالك بالمشتري مما دعى إلى الاستعانة بالقواعد العامة في هذه المسألة، والقواعد العامة تقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير

(1) جمعة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 213.

(2) لاشين الغياثي، مرجع سابق، ص 90.

(3) الهلالي، أحمد نجيب، مرجع سابق، ص 218.

عاقديه، وبالتالي لا تضاف للمالك أي حقوق أو التزامات من تلك التي ينشئها البائع أو المشتري على ملكه، فسواء أجاز المشتري البيع أو أبطله، فيبقى المالك على ملكه⁽¹⁾.

ولكن ما هو الحل لو تسلم المشتري المبيع من البائع؟ في هذه الحالة للمالك الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق وبدعوى التعويض، فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع، فيسترده من تحت يده، ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ علمه بالبيع ويرجع على المشتري بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيء النية.

وقد يواجه المالك مشكلة أخرى تتمثل بتملك المشتري المبيع إذا كان منقولاً على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فيدفع المشتري دعوى المالك بتملكه المبيع على أساس الحيازة أو التقادم المقترن بالحيازة، وفيما عدا حالة الحيازة يبقى من حق المالك استرداد ملكه من المشتري، بالرجوع عليه بدعوى الإستحقاق⁽²⁾.

ولكن هل يرجع المالك على المشتري في هذه الدعوى إذا هلك المبيع وما هو مصير الثمار أيضاً؟ إذا هلك المبيع في يد المشتري، فإننا والحالة هذه نفرق في الحكم بين الحائز حسن النية، والحائز سيء النية، وهو ماجاء في المادة (978) من القانون المدني المصري بقولها "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية" فإذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم بأن البائع غير

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص269.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص269.

مالك للمبيع، فإنه يكتسب ما كان قد قبضه من ثمار، وبالتالي فهو لا يلزم إلا برد ما كان قائماً منها عند رفع الدعوى عليه، على أن يتحمل المالك ما أنفقته المشتري من مصروفات على حفظ الثمار.⁽¹⁾

كما أن المادة (979) من القانون المدني المصري تنص على أنه " يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضه ،غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته في إنتاج هذه الثمار"، وعليه إذا كان المشتري سيء النية، أي يعلم بأن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير، فإنه يلزم برد الثمار إلى المستحق، وحسب النص السابق يلزم برد الثمار التي قصر في قبضها أيضاً.

وبالنسبة لهلاك المبيع في يد الحائز حسن النية، فلا يكون مسؤولاً عن أي تعويض عما قد ينتفع به تجاه المالك، وكذلك لا يسأل عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف ، أما الحائز سيء النية فهو مسؤول عن هلاك المبيع ولو كان هذا الهلاك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا أثبت بأن المبيع كان سيتلف حتى ولو كان باقياً في يد المالك⁽²⁾

إدًا في حالة الهلاك يتعذر على المالك استرداد ملكه من المشتري ، ونلاحظ أن حق المالك في التعويض هنا غير ثابت في كل الأحوال، لهذا كان لا بد من تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج منه دون علمه وموافقته، وهذا يعني أنه لا بد من رجوع المالك الحقيقي على البائع بالتعويض بين الحائز حسن النية، والحائز سيء النية⁽³⁾ .

⁽¹⁾ تقابل المادة (1192) من القانون المدني الاردني " على المالك الذي يرد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز ما انفقته من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك".

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص297.

⁽³⁾ البدر اوي، مرجع سابق، ص241.

أما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم، في هذه الحالة لا يكون أمام المالك الحقيقي من سبيل سوى التعويض، على أساس فقده المبيع، بل ويكون من حق المالك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة أو التقادم، ويكون سبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع، إذ أن البائع ببيعه ملك غيره قد تسبب في الإضرار بالمالك، وعلى الأخص إذا كان البائع سيئ النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصبا، أما إن ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هنالك محل للرجوع عليه بالتعويض وكل ما يكون له هو استرداد ملكه إن أمكن، وإلا استرد قيمته، ويعتقد الكثير أن أساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب، إذ لا يجوز أن يثري البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي⁽¹⁾.

يتضح لنا أن المالك وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكه دون إذنه، ويترتب على هذا الإقرار نتيجتين سريان البيع في حق المالك، سقوط حق المشتري في طلب الإبطال، وإذا لم يطالب المشتري بالإبطال قبل الإقرار، فقد هذا الحق بالتقادم واعتبر العقد صحيحا نافذا⁽²⁾.

مما سبق عرضه حول آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يتبين أن بيع ملك الغير في القانون المصري هو عقد صحيح نافذ ينتج كافة آثاره، وهذا من شأنه أن يضر بالمالك الحقيقي كما لو تم بيع ملكه مرة أخرى، كما نجد أن المشرع يقع هنا بتناقض فكيف ينتج هذا البيع كافة آثاره في حين أنه لا يستطيع نقل الملكية إلى حين إقرار المالك! وبذلك سرعان ما ظهرت عيوب نظرية البطلان النسبي، فهذه النظرية لا تشكل الحماية اللازمة للمالك دون الإستعانة بفكرة عدم سريان

(1) منصور، أمجد منصور، مرجع سابق، ص 246.

(2) السنهوري، مرجع سابق، ص 305 .

العقد في حقه، فإجازة المشتري للبيع لا تفيد إلا نزول هذا المشتري عن حقه بإبطال البيع، فلا فائدة ترجى إذا لم يجز المالك الحقيقي البيع ، ويكون للإجازة هنا أثر سلبي يقتصر على إزالة أسباب البطلان، أما إذا تقرر بطلانه سواء من المالك الحقيقي أو المشتري ، فهذا يعني زوال العقد.

إذاً العقد القابل للإبطال صورة عكسية للعقد الموقوف ، فالعقد الموقوف غير نافذ حتى ينفذ بالإجازة ، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة أو تقرير بطلانه ، فالإجازة في العقد القابل للإبطال لا يتعدى دورها التأكيد على صحة العقد ليس أكثر⁽¹⁾ ، و زوال خطر البطلان لو أجازه المشتري، فالأثر لا يمتد إلى خارج أطراف العقد (الفضولي والمشتري) ويبقى العقد مهدداً بإبطاله من المالك، وخلاصة ما سبق أن القانون الوضعي المتأثر بالفقه الغربي وأهمه المصري ، كان في غنى عن هذا الجمع غير الموفق في بيع ملك الغير لو أخذ بفكرة العقد الموقوف، التي يتوقف أثر العقد على إجازة ، والإجازة في العقد الموقوف لا تكون إلا للمالك دون أن يخول المشتري الحق بذلك، ونؤيد بذلك قول العلامة السنهوري "يرجح العقد الموقوف القابل للإبطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء فإذا قلنا أن بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي موقوف فقد قلنا كل شيء أما إذا قلنا أن بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال وجب أن نقول الى جانب ذلك أنه عقد غير سار في حق المالك الحقيقي".

(¹) فرج، عبد الرزاق حسن، مرجع سابق، ص263.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة

لقد تضمن الفصل الأول في هذه الدراسة مقدمة الدراسة، فرضياتها، وكذلك مشكلة الدراسة ومنهجية الدراسة بالإضافة إلى الإطار النظري للدراسة وما تهدف إليه هذه الدراسة وبعد أن انتهينا من ذلك، عرضت الدراسة في الفصل الثاني تحديد مفهوم بيع الفضولي، وقد حددت في البداية مفهوم هذا البيع لدى الفقهاء المسلمين ومن ثم القانون الأردني المتأثر بالفقه الإسلامي، وفي المقابل عرضنا مفهومه في القانون المصري المتأثر في الفقه الغربي، حيث تبين أن مفهوم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي أوسع وأدق من مفهومه لدى شرح القانون، ويعد بيع كل شيء معين بالذات من غير مالكة بيعاً فضولياً - فهو بيع لملك الغير، ومن تعريف بيع الفضولي يتبين أنه يقوم على ثلاثة شروط هي: أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات، عدم ملكية البائع للشيء المبيع، وكل تصرف لا تنطبق عليه هذه الشروط يخرج عن نطاق بيع الفضولي ليأخذ تكييفاً آخر يستقل به، وبهذا المعنى أخرجنا عن نطاق بيع الفضولي التصرفات التالية: التعهد عن الغير، الوعد بالبيع، بيع الشيء المستقبل، بيع الشيء المعين بالنوع، تعليق البيع على شرط التمليك، والبيع العقارية. كما وجدنا أن هناك بيعاً لا نستطيع اعتبارها بيع الفضولي من جهة، ومن جهة أخرى يصعب نفي صفة بيع ملك الغير عنها، إلا أن القانون قد أعطاهما حكماً آخر غير بيع الفضولي، مثل بيع الوارث الظاهر، وبيع الشريك المال الشائع، وهذه البيوع قد يعتبرها البعض بيع الفضولي، ولكن وجود قواعد خاصة بها تحكمها يخرجها من كونها بيعاً فضولياً. أما في الفصل الثالث فقد حاولت تأصيل بيع الفضولي فقهاً وقانوناً، فعرضنا نظريات الفقه الإسلامي التي انحصرت في وجهتي نظر: بطلان بيع الفضولي، وبيع

الفضولي موقوف، وكان لكل من أنصار النظريتين حجج وأسانيد، ورجح الأمر في النهاية مع من قال بنظرية العقد الموقوف لما فيها من يسر وتساهل في التعامل بين الناس ودون الحاق الضرر بالغير. وبعد ذلك تناولت النظريات القانونية التي قيلت في صدد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي ، حيث تبين ان بيع الفضولي لدى القانون المصري_ المتأثر بالفقه الفرنسي_ هو بيع ملك الغير، حيث تضاربت الآراء في محاولة الوصول الى الطبيعة القانونية من خلال القواعد العامة ، وذلك من خلال نظرية الفسخ، ونظرية العقد الموقوف، ونظرية البطلان المطلق، ونظرية البطلان النسبي ، إلى أن انتهى الأمر بأن هذا البيع قابل للإبطال بموجب نص قانوني خاص به، أما القانون الاردني المتأثر بالفقه الاسلامي فقد بحث تصرفات الفضولي كأحد تطبيقات العقد الموقوف، وعلى الصعيد ذاته عالج بيع الفضولي من خلال نصوص خاصة تحت باب البيع (وهو ذاته بيع ملك الغير).

ولأن دراستي مقارنة ما بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ففقت في الفصل الرابع بالمقارنة ما بين نظامين متقابلين في الفقه والقانون، فبيننا آثار بيع الفضولي من خلال العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني، ومن جهة أخرى بينت الدراسة آثار بيع ملك الغير وفق نظام البطلان النسبي من خلال القانون المصري، وبذلك وازنت الدراسة آثار بيع الفضولي وفق كل نظام، وتوصلت الدراسة الى أن المشرع الأردني لم يتحرر الدقة في الصياغة القانونية لنصوص المواد (550،551)، ونعزو ذلك إلى النقل الحرفي المأخوذة من القانون المصري ليس أكثر ، فأكدت الدراسة

على موقف المشرع الاردني بجعل حكم بيع الفضولي حكم العقد موقوف، وليس القابل للإبطال . وخلصت الدراسة إلى أن آثار بيع الفضولي وفق نظام العقد الموقوف تفوق نظام البطلان النسبي، فالأولى أن نقول أن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ في حقه وإن لم يجزه يبطل دون أن يتضرر المالك، فالأولى حماية المالك من العبث في ملكه ، وعلى العكس من ذلك لن نحمي المالك الحقيقي إذا قلنا أن العقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، فلولا فكرة عدم النفاذ أو

عدم السريان لكان العقد سارياً في حق المالك، أما لو قلنا بالعقد الموقوف لكناً في غنى عن الاستعانة بأي فكرة أخرى.

ثانياً : النتائج

1. بيع الفضولي هو البيع الذي يبيع الشخص بموجبه شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكياً عن المالك أو ولياً عليه.
2. الشروط التي يقوم عليها بيع الفضولي هي :أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات، عدم ملكية البائع للشيء المبيع.
3. الفضالة في القانون الوضعي مصدر من مصادر الالتزام وأحد تطبيقات الفعل النافع ، أما في الفقه الإسلامي فتصرفات الفضولي تشمل الفضالة القانونية والفقهية ولا تستلزم وجود عنصر الضرورة.
4. أخذ المشرع الأردني بمصطلح الفضولي من الفقه الإسلامي وجعله أحد تطبيقات العقد الموقوف، كما خصه بنصوص خاصة تبين أحكامه من خلال باب البيع وسماه ببيع ملك الغير.
5. النتيجة واحدة في بيع ملك الغير والفضالة في القانون المدني الأردني ، إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي بسريان قواعد الوكالة.
6. أخذت التشريعات المتأثرة بالفقه الإسلامي ومنها القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي بفكرة العقد الموقوف ولم تأخذ بفكرة البطلان النسبي ، فعندهم أن من يبيع ملك غيره فبيعه موقوف على إجازة المالك وحده.
7. لم تعرف التشريعات المتأثرة في الفقه الغربي، كالقانون المدني المصري وقانون الموجبات اللبناني بيع الفضولي فهو عند هؤلاء بيع ملك الغير ، فمن يبيع شيئاً معيناً بالذات ولا يملكه ، فبيعه باطل

بطلاناً نسبياً بنص خاص، وعليه بيع ملك الغير قابل للإبطال لصالح المشتري من جهة أخرى ،
وغير نافذ في حق المالك الحقيقي من جهة أخرى .

8. أصاب بيع ملك الغير وفق العقد القابل للإبطال الكثير من مواطن الضعف ، فلولا الاستعانة بعدم
سريان البيع في مواجهة المالك، لترتبت آثار البيع في حق المالك الأصلي ، و لا فائدة ترجى من
الإجازة الصادرة من المشتري إذا لم يقر المالك البيع.

9. فكرة العقد الموقوف تفوق فكرة العقد القابل للإبطال لما يحقق الحماية للمالك الحقيقي الذي حصل
البيع على ملكه دون علمه وإذنه.

10. لم يتحرى المشرع الأردني الدقة في صياغة المادتين (551،550) من جانبين ، أولهما أن
المشرع الأردني عندما اعتبر بيع الفضولي عقد موقوف فهو صحيح لكن توقفت آثاره ، ولا يتقوم
أن يستخدم لفظ انقلب صحيحاً، كما أن المشرع الأردني قد جعل من بيع الفضولي عقداً موقوف
النفاذ لمصلحة المالك غير لازم في مواجهة المشتري ولازم بالنسبة الى البائع الفضولي ، وهو ما
يتعارض و القواعد العامة للعقد الموقوف ، مما أدى إلى التعارض مع المادة (171) من القانون
المدني الأردني .

11. إن صياغة المواد (550، 551) على النحو الذي تم فيه، تبدو وكأنها تتفق مع موقف المشرع
المصري الذي أخذ بنظام البطلان النسبي، ولا تتفق مع موقف المشرع الأردني الذي أخذ بنظام
العقد الموقوف.

12. أدى النقل الحرفي لبعض نصوص القانون المدني المصري إلى عدم الدقة في صياغة النصوص
الأردنية ، والخلط بين العقد الموقوف والقابل للإبطال في بعض قرارات المحاكم الأردنية.

13. التأكيد على موقف المشرع الأردني المتأثر بالفقه الإسلامي واستناده الى نظرية العقد الموقوف واستبعاده للعقد القابل للإبطال في بيع الفضولي ، وهو ما دلّت عليه النصوص القانونية ، و التطبيقات القضائية لمحاكم التمييز الأردنية .

ثالثاً: التوصيات

1. توصي الباحثة بتحديد وتمييز مصطلحات القانون المدني الأردني بدقة، فيما يخص تصرفات الفضولي، وكما قصدها المشرع في المواد (171،551،550) والتي تخرج عن نطاق المواد (301-309) والتي تتحدث عن الفضالة كأحد تطبيقات الفعل النافع .
2. نتمنى على التشريعات العربية الأخرى كالمشرع المصري واللبناني الاقتداء بنهج مشرعنا الأردني والمتأثر بالفقه الإسلامي ، وعلى وجه الخصوص الأخذ بفكرة العقد الموقوف وتطبيقها على بيع الفضولي .
3. توصي الباحثة بتعديل نص المادة (551) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه " 1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري 2- وينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد" ، ونقترح تغيير النص إلى مايلي : إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد في حقه ولزم المشتري ، ويلزم العقد المشتري أيضاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد بإبرام العقد".
4. نتمنى على المشرع الأردني تحديد مدة لسقوط الحق في إجازة العقد أو نقضه كما فعل المشرع العراقي ، فبهذه المدة لا يتوقف عقد الفضولي إلى ما لا نهاية ، ونقترح النص التالي:
أ- خيار الإجازة من عدمه يجب أن يستعمل خلال مدة سنة فإذا لم يصدر خلال هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً.
ب- ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد".

5. نأمل من محاكمنا الأردنية تحري الدقة وعدم الجمع بين لفظ العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف في قراراتها، لما رأيناه من الفارق الشاسع بين اللفظين، فالمشرع الأردني لم يأخذ بالعقد القابل للإبطال والتي تعد فكرة غريبة عنه، وإنما تأثر على وجه الخصوص بالفقه الحنفي الإسلامي فأخذ بالعقد الموقوف.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولا: الكتب الفقهية

1. ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي (2000):
بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج2 ، ط2 ، بيروت، دار الكتب العلمية.
2. ابن عابدين، محمد أمين (1962). **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ج4 ،**
دار الفكر.
3. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (1367 هـ). **المغني: ج4، مطبعة**
المنار.
4. ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي (1334 هـ). **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ج6 ، بدون**
طبعة، القاهرة، بدون ناشر.
5. حيدر، علي (1991 هـ). **درر الحكام شرح مجلة الأحكام: تعريب المحامي فهمي الحسيني،**
الكتاب الأول، البيوع، ط1 ، بيروت، دار الكتب العلمية.
6. الدردير، أحمد الدردير أبو البركات (1309 هـ). **الشرح الكبير، ج3 ، بدون طبعة، بدون ناشر.**
7. الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه (1309 هـ). **حاشية الدسوقي على الشرح**
الكبير، المطبعة الأزهرية.
8. السرخسي، أبي بكر بن محمد بن سهل السرخسي. **المبسوط ، ج 13، ط1 ، دار السعادة.**

9. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (2000). نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ج5 ، ط1 ، القاهرة، دار الحديث.
10. الشافعي(1352). الأم ، ج3، بدون طبعة، القاهرة.
11. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(2002). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2 ، بيروت، دار الكتب العلمية.
12. قدرى، محمد قدرى باشا(1978). كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، تقديم وتعليق وفهرسة صلاح الدين الناهي، ط1 ، عمان، الدار العربية للتوزيع والنشر.
13. القرافي، شهاب الدين أحمد ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي(1344). الفروق، ج3، القاهرة.
14. النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي :المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج9 ، القاهرة:المطبعة المنيرية، بدون سنة نشر.
15. الهمام،كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي(1316هـ). فتح القدير شرح الهداية، ج5.

ثانيا: الكتب القانونية

1. منصور ، أمجد محمد (2011). النظرية العامة للالتزامات :مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني المصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية ، ط6، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع.
2. البدرابي، عبد المنعم :الوجيز في عقد البيع (1970) . بدون طبعة، مكتبة سيد عبدا لله وهبة.
3. تناغو، سمير عبد السيد :عقد البيع، بدون طبعة، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
4. جمعة، عبد الرحمن (1989) . بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، ط1 ، عمان، دار وائل للطباعة والنشر.
5. الجمال، مصطفى محمد : مصادر الالتزامات شرح مفصل لأحكام التقنيات المستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية ،ط1، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر .
6. الحلالشة ،جمعة ،عبد الرحمن(2005). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع.
7. الحكيم، عبد الهادي(1979). عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، بدون ناشر، 1979م.
8. خضر، خميس (1972). عقد البيع في القانون المدني، بدون طبعة، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة.

16. الزرقاء، مصطفى أحمد (1965). العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ط6 ، دمشق: مطابع
فتى العرب.
9. الزرقاء، مصطفى أحمد (2004). المدخل الفقهي العام، ج1 ، ج2، ط2 ، دمشق: دار القلم.
10. الزحيلي، محمد (1989). العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، بدون طبعة، دمشق:
مطبعة دار الكتاب.
11. الزعبي، محمد يوسف (1993). العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون الأردني ، ط1 ،
الأردن، بدون ناشر.
12. زكي، محمود جمال الدين (1975). قانون عقد البيع في القانون المدني ، بدون طبعة، جامعة
الكويت.
13. سلطان، أنور بالاشتراك مع جلال العدوى :العقود المسماة، عقد البيع، بدون طبعة، مصر: دار
المعارف، بدون سنة نشر.
14. سلطان، أنور (1980). العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة ، بدون طبعة، بيروت:
دار النهضة العربية.
15. سلطان، أنور (1978). مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، ط1 ، عمان: منشورات
الجامعة الأردنية.
16. سلطان، أنور، بالاشتراك مع جلال العدوى، العقود المسماة، عقد البيع، بدون طبعة، مصر: دار
المعارف، بدون سنة نشر.

17. السنهوري، عبد الرزاق(1960). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4 ، المجلد الأول، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية.
18. السنهوري، عبد الرزاق (1952). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ج1 ، ط1 ، القاهرة، دار النهضة العربية.
19. السنهوري، عبد الرزاق(1956). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الإلتزام، ج2 ، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية.
20. السنهوري، عبد الرزاق (1945).مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج5 ، ط1 ، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي.
21. السنهوري، عبد الرزاق(1954). مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6 ، ط1 ، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي.
22. السنهوري، عبد الرزاق(1956). مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4 ، ط1 ، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي.
23. سوار، وحيد الدين (1997). حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط2، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
24. الشرقاوي، جميل (1991). شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية.
25. الشرقاوي، جميل (1993). نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية.

26. شعلة، سعيد أحمد(1931). قضاء النقص المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها حكمة النقص في عقد البيع خلال أربعة وستين عاما ، دون طبعة، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
27. الصراف، عباس، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (2004). دراسة مقارنة، بدون سنة نشر، بدون طبعة، الكويت، دار البحوث العلمية.
28. طه، غني حسون(1970). الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج 1 ، بدون طبعة، بغداد: مطبعة المعارف.
29. عدنان السرحان، نوري خاطر(2005). مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .
30. العبيدي، علي(1999). العقود المسماة في البيع والإيجار ، ط2 ، الأردن: المركز القومي للنشر .
31. العبودي، عباس (2011) . شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني : دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية ، ط2 ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
32. غانم، إسماعيل (1958). مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، بدون طبعة، مصر، مطابع دار الكتاب العربي.
33. الغياثي، لاشين محمد يونس(1986). بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الإسلامي، ط 1، مصر، مكتبة جامعة طنطا.
34. فرج، توفيق حسن :عقد البيع والمقايضة، بدون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، بدون سنة نشر.

35. فرج، عبد الرزاق حسن (1969). نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، 1969 م.
36. الفار، عبدالقادر (2011). مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، بدون طبعة، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
37. الفضلي، جعفر (1997). الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، بدون طبعة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
38. كيرة، حسن (1965). أصول القانون المدني، ج 1 ، الحقوق العينية الأصلية، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف.
39. الكزبي، محمد أحمد (2002). العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، ط5، مطبعة النجف.
40. القسوس، وليد نجيب (1993). إدارة وإزالة المال الشائع ، عمان: الجامعة الأردنية.
41. محمد، السيد خلف :قضاء النقص في الملكية في خمس وخمسين عام ا، ط1 ، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، بدون سنة نشر.
42. مرقس، سليمان بالاشتراك مع محمد علي إمام (1973). عقد البيع في التقنين المدني الجديد، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف.
43. مرقس، سليمان (1990). الوافي في شرح القانون المدني، ج 3 في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط5 ، بدون ناشر.
44. المقري، أحمد بن علي (2000). المصباح المنير، ط1 ، القاهرة، دار الحديث.
45. منصور، منصور مصطفى (1954). البيع والمقايضة والإيجار، بدون طبعة، بدون ناشر.

46. نجيدة، علي (2003). **الوجيز في عقد البيع**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربي.
47. النداوي، آدم وهيب(1999). **العقود المسماة في القانون المدني، البي ع والإيجار** ، ط 1 ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
48. الهلالي، أحمد نجيب (1925). **البيع والحوالة والمقايضة**، شرح القانون المدني في العقود، ج1 مصر: مطبعة الاعتماد.

ثالثا: الدراسات والابحاث

1. الألفي، محمد جبر(1980). **الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط**، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثالث.
2. بدوي، حلمي بهجت(1931). **بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان**، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول.
3. حورية، كميح(1983). **بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري** ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية.
4. عبد البر، محمد زكي، **العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري**، مقالة في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون.
5. العبيدي، علي(1998). **ملاحظات ومقترحات على بعض نصوص عقد البيع في القانون المدني الأردني**، مجلة إريد للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد الأول، آب.

7. منصور، منصور مصطفى(1964). تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد لأول والثاني، السنة السادسة.
8. المومني، عيسى (1989). العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، جامعة عين شمس .
9. ناصر، أيمن محمد حسين(2006). بيع ملك الغير في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا.

رابعاً : القوانين

1. قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 م.
2. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني
3. الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين.
4. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
5. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 م.
6. قانون انتقال الأراضي رقم (39) لسنة 1920 م.
7. قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 م.
8. قانون تسوية حقوق ملكية الأراضي رقم (9) لسنة 1928 م.
9. قانون رسوم تسجيل الأراضي رقم (39) لسنة 1920 م.
- 10.مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869 م.
- 11.نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 م.

خامساً: الأحكام

- 1- أحكام محكمة التمييز الأردنية، منشورات مركز عدالة.
- 2- أحكام محكمة النقض المصرية، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

خامس: المواقع الإلكترونية

1. شادي قاسم أبو عرة باحث ومستشار قانوني بحث بعنوان المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال منشور على الشبكة الإلكترونية

(WWW.OMANLEGAL.NET/VB/INDEX.PHP)

2. قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية منشور على الشبكة الإلكترونية

(WWW.ARABLEGALPORTAL.ORG/EGYPTVERDICTS/ABOUT.AS)

3. شبكة مشكاة الاسلامية الموقع الإلكتروني

(<http://www.almeshkat.net/books/list.php?cat/40>)

تم بحمد الله