

بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني

بقلم محمد سعيد جعفرور*

تمهيد:

الأصل في التصرف عموماً أن يقع لمن قام به، فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادي. ولكنه لا يلزم غيره بهذه الإرادة أو بهذا العمل. وهذا ما تعنيه الآية الكريمة: "وأن ليس للإنسان إلا ما سعى"¹. وهو أيضاً ما يعنيه قوله جل شأنه: "لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت"². فالأصل في التصرف الإنساني النسبية، بمعنى أن آثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف ولا تتعداه³ إلى غيره.

وقد يباشر التصرف القانوني صاحب الشأن فيه أي الأصيل، كما قد يباشره عنه الولي أو الوكيل. ويكون التصرف في هذه الحالة صادراً ممن له ولاية التصرف.

غير أنه قد يباشر التصرف ممن ليست له ولاية التصرف دون إذن من صاحب الشأن. وقد يسلم المشرع بفكرة أن للشخص أن يتصرف عن غيره متى دعت إلى ذلك ضرورة المحافظة على مصلحته ولم يترتب على ذلك ضرر بالغير المتصرف عنه، وذلك كما في بيع الفضولي⁴. وهو موضوع دراستنا هنا. فما المقصود بالفضولي؟ وما حكم عقد البيع الذي يجريه؟

التعريف بالفضولي:

أ- الفضولي في اللغة العربية: نسبة إلى الفضول، جمع الفضل أي الزيادة. واستعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه. وقد غلبت كلمة الفضولي في التعبير عن الزيادة

* - أستاذ محاضر بكلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

¹ - سورة النجم، الآية 39.

² - سورة البقرة، من الآية 286

³ - عبد المجيد محمود مطلوب: الفضالة. دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية، طبعة 1984. ص 5 وما بعدها.

⁴ - عبد المجيد محمود مطلوب. المرجع السابق. ص 5. زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشرعة الإسلامية، الجزء الثالث. دون تاريخ النشر، ص 151 و 152

التي لا خير فيها، فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه، واشتق منه فضالة، واستعملت في اشتغال المرء بما ليس له⁵

ب- الفضولي في اصطلاح الفقهاء: لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى الفضولي، ولكن تعريفاتهم تدور في الغالب حول المعنى اللغوي⁶ فقد عرفه الكمال بن الهمام بأنه من ((... غلب في الاشتغال بما لا يحل عليه ولا ولاية ه))⁷. وذهب ابن نجيم إلى أن ((الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي))⁸

من هذين التعريفين، وغيرهما⁹. يتبين لنا أن الفضولي في الاصطلاح هو من يتصرف تصرفاً شرعياً لا شأن له به وليست له ولاية عليه، كمن يبيع ملك غيره من غير ولاية أو وكالة، أو يرهنه أو يؤجره، وهكذا كل العقود وسائر التصرفات التي يباشرها الشخص على شيء من غير ولاية أو وكالة فيها، فهذه التصرفات فضالة منه. وهو فيها فضولي.

⁵ - أحمد بن محمد بن علي القرني: المصباح المنير، الجزء الثاني. طبعة 1315-1316 هـ بمصر. ص 57. مجد الدين الفيروزابادي الشيرازي: القاموس المحيط، الجزء الأول. القاهرة. دون تاريخ النشر. ص 288، وانظر في معنى الفضالة المراجع الآتية: محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة. دون تاريخ النشر، ص 150؛ محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، طبعة 1960، ص 634؛ يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامي: طبعة 1982، ص 364، علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دون تاريخ النشر. ص 290. عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، القاهرة 1969، ص 95، أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دون تاريخ النشر. ص 290. محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي، طبعة 1985، ص 754؛ محمد يوسف موسى: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبعة 1987. ص 380. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي. الجزء الرابع، دون تاريخ النشر، ص 183

⁶ - انظر أحمد أبو الفتح: المعاملات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دون تاريخ النشر، ص 172. والجزء الثاني، ص 303. محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 754. محمد اللفي. الفضالة، طبعة 1981 بالجزائر، ص 15، علي الخفيف: المرجع والموضع السابقان، عبد المجيد محمود مطلوب: المرجع السابق، ص 14.

⁷ - كمال الدين ابن الهمام: فتح القدير، الجزء الخامس، طبعة 1316 هـ. ص 309.

⁸ - زين الدين ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق. الجزء السادس، طبعة 1334 هـ. ص 160

⁹ - انظر تعريفات أخرى للفضولي في الاصطلاح الفقهي عند كل من الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، طبعة 1328 هـ، ص 148. ابن عابدين. رد المحتار، حاشية على الدر المختار، الجزء الرابع، طبعة 1325 هـ. ص 141، الزيلعي. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع، طبعة 1314 هـ، ص 103.

وانظر في تعريف الفضولي المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي المذكورة في الهامش رقم 5 السابق.

وقد نصت على تعريف الفضيولي المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية بقولها إن ((الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي))¹⁰. وبهذا تكون هذه المجلة قد تبنت تعريف ابن نجيم الآنف ذكره¹¹

ويلاحظ مما سبق أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الفضيولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون له ولاية التصرف؛ غير أنه يختلف عنه في أن الفضيولي في القانون الوضعي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلا منه¹². أما الفضيولي عند فقهاء الشريعة الإسلامية فهو من يتدخل في شؤون غيره دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة؛ فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلًا بالبيع، أو نائبًا عن المالك، فهو فضولي. ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضوليا، وقل مثل ذلك في سائر التصرفات كالهبة والإجارة والعارية والقرض وغيرها¹³

وتجدر، في الأخير، ملاحظة أن ما يقابل في التقنين المدني موضوع بيع الفضولي في الفقه الإسلامي هو موضوع بيع ملك الغير الوارد بالمواد 397، 398 و399 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة للمواد من 466 إلى 468 من التقنين المدني المصري والمادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي.

¹⁰ - مجلة الأحكام العدلية تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي أوجدته الدولة العثمانية في سنة 1876 وقد رتبت مباحثها على الكتب والأبواب المعهودة، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالتقنينات الحديثة ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها، فجاء مجموعها في 1951 مادة (انظر عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، طبع بالجزائر في 1990، 186 و187، مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، طبعة 1967-1968، ص 198).

¹¹ - راجع الهامش رقم 8.
¹² - انظر المادة 150 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بأن ((الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك)).

¹³ - السنهاوري، المرجع السابق، ص 183؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 119، محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة 25، مارس وجوان 1955، العددان الأول والثاني، ص 177 و178، عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 17.

فلنفترض الآن أن فضوليا باع ملك غيره، فما حكم هذا العقد؟

أولا: حكم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي.

لما كان حكم البيع هو التملك والتملك. فقد ذهب الرأي الغالب في الفقه الإسلامي إلى أنه يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع. بحيث يتوقف بيع ملك الغير دون إذن أو ولاية على إجازة المالك أو صاحب الحق في الإجازة شرعا. فلا ينتج هذا العقد أثرا قانونيا في حق المالك إلا إذا أجازه. وتعتبر هذه الإجازة بمثابة تقدير من المالك لملاءمة تدخل الفضولي في شؤونه¹⁴

لا ريب في أن الوكالة إذن يجيز للوكيل أن يتصرف في ملك الغير. وهذا الإذن من طبيعته أن يكون سابقا لعمل الوكيل. فإذا صح أن يكون الإذن سابقا على هذا النحو. فهل يمكن أن يكون أيضا لاحقا؟ وبعبارة أخرى، هل يكون لصاحب الشأن المتفضل عليه (أي المالك) أن يوافق على تصرف الفضولي الذي جرى التصرف بدون إذنه السابق بإذن لاحق؟¹⁵

نعم. هذا ما ذهب إليه أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية التي ترى أن الإذن اللاحق يقوم مقام الإذن السابق. كما جاء في القاعدة الشرعية ((الإجازة اللاحقة بمنزلة الإكالة السابقة))¹⁶

ويعنى ما سبق أن بيع الفضولي لا يعتبر باطلا أصلا. بل ينعقد موقوفا على إجازة صاحب الحق. ومن ثم فإن التصرف يكون له وجود شرعي. ولكن يوقف أثره: فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ولا تنتقل ملكية الثمن إلى البائع. فإذا علم صاحب الحق بتصرف الفضولي وأجازه. بأن رضي به ووافق عليه. نفذ هذا التصرف. وإذا لم

¹⁴ - ولعل هذا هو السبب الذي جعل فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون أن يكون تدخل الفضولي ضروريا أو نافعا. فالمالك بإجازته التصرف هو الذي يفصل في ذلك، فإن رأى إجازته في مصلحته أجازه وإلا رفضه. لذا لا يشترط أن يكون ما يباشره الفضولي ذا منفعة لمن عمل له

¹⁵ - عبد المجيد محمود مطلوب. المرجع السابق، ص 40

¹⁶ - وقد نص التقنين المدني الجزائري على معنى هذه القاعدة، إذ قضى في المادة 152 (المقابلة للمادة 190 من نظيره المصري) بأن ((تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي))، وذلك مع مراعاة ورود كلمة "أجاز" في المادة 152 المذكورة بدل المصطلح الأصح "أقر" الذي استعمله المشرع المصري في المادة 190. وانظر في ذلك المادة 1453 من المجلة

يجزئه. فسخ التصرف واعتبر كأن لم يكن. لذا سمي تصرف الفضولي موقوفا. لأن نفاذه وعدم نفاذه متوقفان على الإجازة أو عدمها.

واعتبار بيع الفضولي منعقدا موقوفا على إجازة من له حق الإجازة هو رأي فقهاء الحنفية¹⁷ وأغلبية المالكية¹⁸ ويتفق مع الحنفية والمالكية رأي للإمام أحمد تابعه عليه بعض الحنابلة¹⁹ وهذا هو أيضا رأي الشافعية في المذهب القديم. ثم اختلف النقل عنه في المذهب الجديد²⁰

وقد قرر الفقهاء القائلون بانعقاد العقد الموقوف صحيحا أن التصرف هو سبب تحقق الأثر: فإذا كان التصرف باتا، بأن كان صادرا من المالك الأصلي. أنتج أثرا باتا هو انتقال الملك في الحال. أما إذا كان التصرف موقوفا. بأن صدر من الفضولي. مثلا. فإنه ينتج أثرا موقوفا هو تأخر انتقال الملك إلى حين الإجازة. ومعنى ذلك أن السبب البات يثبت ملكا باتا، وأن السبب الموقوف يثبت ملكا موقوفا. وبهذا يفترق السبب الموقوف عن السبب البات الذي يفيد حكما باتا. وعن السبب اللغو الذي يخلو من الحكم شرعا. ففي بيع الفضولي، وهو كما قلنا عقد منعقد صحيح. يتأخر الحكم عن السبب (أي عن عقد البيع)، بمعنى أن إنتاج آثاره يترأخى إلى حين إجازته؛ ومع ذلك لا يعتبر السبب لغوا. بل يكون صحيحا. وفي ذلك فائدتان:

الأولى: حتى لا يضار المالك من جراء هذا التصرف، فلا يلزم صاحب الشأن بما لم يلتزم به

الثانية: إن في هذا التأخير إلى حين الإجازة توفيراً لمنفعة تعود على المالك. فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كأنه إذن في الابتداء

¹⁷ - الكاساني: المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 148؛ ابن الهمام. المرجع والموضع السابقان، ابن عابدين. المرجع السابق، ص 209؛ ابن نجيم: المرجع السابق، ص 160. الزيلعي: المرجع السابق، ص 44.
¹⁸ - ابن جزى. القوانين الفقهية، طبعة 1344هـ بتونس، ص 245؛ أبو عبد الله محمد الخرشى شرح الخرشى، الجزء الثالث، طبعة 1317هـ، ص 274؛ أبو البركات أحمد الدردير: الشرح الكبير، الجزء الثالث، طبعة 1309 هـ، ص 11 و 12.

¹⁹ - أبو محمد بن قدامة: المغني، الجزء الرابع، طبعة 1347 هـ، ص 205.
²⁰ - أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي. المذهب، الجزء الأول، طبعة 1343 هـ، ص 257 و 262، أبو زكريا محي الدين النووي المجموع، الجزء التاسع، دون تاريخ النشر، ص 259.

وفي هذا الصدد لا نوافق رأي كل من الأستاذ عبد المجيد محمود مطلوب²¹ والأستاذ محمد الالفي²² اللذين يذهبان إلى أن بيع الفضولي موقوف لأن صحته وبطلانه موقوفان على الإجازة أو عدمها، ذلك أن هذا العقد منعقد صحيح حتى قبل إجازته، التي لا تزيده صحة. وكل ما في الأمر أن ترتيب آثاره فقط هو المتوقف على صدور الإجازة.

ونشير هنا إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون في تصرف الفضولي ليكون صحيحا موقوفا على إجازة المالك تحقق الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: ألا يجد العقد نفاذا على الفضولي نفسه في حال رفض صاحب الشأن.

فمن باع مال غيره أو أجره، أو اشترى شيئا لغيره أو استأجر له شيئا، فسواء أضاف العقد إلى صاحب المال أو لم يصفه إليه، أو أضاف العقد إلى من يعقد له في الشراء والإجازة أو لم يصفه، فإنه في هذه الصور لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي، وعلى هذا يكون موقوفا على إجازة من يعمل له الفضولي: إن أجازته نفذ عليه، وإن لم يجزه بطل²³

أما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي إذا رفضه صاحب الشأن، فإن العقد لا يبطل بل ينفذ على الفضولي ولا يتوقف. فإذا اشترى الفضولي عينا لآخر، دون أن يعلن أنه يشتريها لحساب ذلك الغير، ولم يرض به هذا الغير، كان الشراء له ولا يسأل أمام البائع غيره. وفي الإمكان إلزامه به باعتباره مشتريا لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم. لأن العاقد الآخر لا يعرف شخصا غيره فيلزم به أمامه²⁴، وهذا جريا على أن الأصل في الإنسان إنما يعقد لنفسه ما لم يوجد ما يصرفه عن هذا الأصل، كما أن الأصل الاحتياط في التصرفات بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان²⁵.

²¹ - عبد المجيد محمود مطلوب: المرجع السابق، ص 40.

²² - محمد الالفي المرجع السابق، ص 103.

²³ - محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق، ص 758؛ بدران أبو العينين بدران الشريعة الإسلامية. تاريخها ونظرية الملكية والعقود. طبعة 1986، ص 478.

²⁴ - محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص 131؛ محمد الالفي: المرجع السابق، ص 83؛ عبد المجيد محمود مطلوب: المرجع السابق، ص 40.

²⁵ - محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 626؛ عبد الرزاق حسن فرج: المرجع السابق، ص 105؛ محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق، ص 758؛ بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 478.

الشرط الثاني: أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه²⁶.

بمعنى أن يوجد من له ولاية التصرف من مالك أو ولي أو وصي. وإن لم يجز بعد بالفعل. فإن لم يوجد مجيز. أي من يملك إجازة التصرف، وقع التصرف باطلا من أول الأمر فلا تلحقه الإجازة.

ففي بيع الفضولي ملك غيره، يشترط أن يوجد وقت البيع المالك أو من له الولاية على المالك (بحسب ما إذا كان المالك رشيدا أو صغيرا). فللمالك الرشيد ولولي الصغير إجازة هذا البيع. إذ يملك كل منهما سلطة إجرائه²⁷. أما إذا باع الفضولي عقارا للصغير. ولا ولي له في ذلك الوقت، كان البيع باطلا ولا يتوقف، ذلك أن هذا البيع لم يكن له مجيز وقت إنشائه ومثل البيع أن يهب الفضولي ملك الصغير، ولو مع وجود الولي. فلا تصح الهبة لأن الولي نفسه لا يملك إنشاء هذا التصرف. فلا يملك إجازته لما فيه من الضرر بالصغير، فلذلك يصدر باطلا، حتى ولو بلغ الصغير لم يكن له إجازته. وإن أمكنه حينئذ أن يتولاه بنفسه، لأنه لم يكن له مجيز وقت إجرائه. فيصدر باطلا، والباطل لا تلحقه الإجازة²⁸ وقد قال العلامة الكاساني، في خصوص هذا الشرط الثاني. ما يأتي: ((يشترط أن يكون للتصرف مجيز عند وجوده، فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف، فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيدا فينعقد. وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به في الحال. والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيدا. فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة. على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك. وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة، لأن الإجازة للمنعقد))²⁹.

واعتبار بيع الفضولي منعقدا موقوفا بالنسبة إلى أحكامه على إجازة من له حق الإجازة، هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة 368 على أن

²⁶ - راجع في تفصيل هذا الشرط الكاساني. المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 149.

²⁷ - الكاساني: المرجع والموضع السابقان، ابن الهمام المرجع السابق، ص 311.

²⁸ - الكاساني: المرجع والموضع السابقان، علي الخفيف: المرجع السابق، ص 291، بدران أبو العينين بدران:

المرجع السابق، ص 478، محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص 132، أحمد فرج حسين: المرجع السابق، ص

293، عبد الرزاق حسن فرج: المرجع السابق، ص 105 و 105، زهدي يكن: المرجع السابق، ص 152.

²⁹ - الكاساني: المرجع والموضع السابقان.

((البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي... ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر)).

كما سائر التقنين المدني العراقي، الصادر بالقانون رقم 40 لسنة 1951، اتجه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، فنص في المادة 1/135 منه على أن ((من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك)). وذلك هو أيضاً موقف التقنين المدني الأردني، الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1976. الذي يقضي في المادة 171 بما يأتي: ((يكون التصرف موقوف النفلذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره...))³⁰

ثانياً: حكم بيع ملك الغير في القانون المدني.³¹

من أجل إبراز هذا الحكم نرى، بادئ ذي بدء، أن نورد النصوص التشريعية الخاصة ببيع ملك الغير، ثم، بعد ذلك، نحاول تسليط الضوء على طبيعة جزاء هذا النوع من البيوع.

1 - النصوص التشريعية الخاصة ببيع ملك الغير:

تنص المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي على أن ((بيع ملك الغير باطل، ويكون هناك محل للتعويضات إذا كان المشتري يجهل أن العين مملوكة للغير)).³²

³⁰ - وهو أيضاً ما نصت عليه المادة 439 من التقنين المدني اليمني من أن: ((بيع الفضولي، وهو من لا يملك المال وليس بوكيل ولا ولي ولا وصي عليه، موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه)).

³¹ - راجع في تفصيل هذا الموضوع حلمي بهجت بدوي: بطلان بيع ملك الغير، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الرابع، جوان 1931، ص 588 إلى 610. وانظر في الفقه الفرنسي:

M. Leliegeois: De la vente de la chose d'autrui, Revue critique, 1869, T.35, P. 16 et s.; D. De folleville. Essai sur la vente de la chose d'autrui, thèse, Paris, 1874 de la chose d'autrui, thèse, Paris, 1874.

³² - تجري الصياغة الفرنسية لنص المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي كما يأتي:

((La vente de la chose d'autrui est nulle, elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui)).

وشبهه بهذا ما قضت به المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني من أن ((بيع مال الغير باطل، إلا في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.

ثانياً: إذا أجازاه المالك.

ثالثاً: إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع.

أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك. ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير)).

ما يشد الانتباه أن هذا النص اكتفى بتقرير بطلان بيع ملك الغير وتخويل المشتري حقا في التعويض، دون أن يبين طبيعة هذا البطلان أو ما قد يترتب على العقد من آثار. لهذا فإن القضاء في فرنسا اجتهد في سد هذا القصور. وأوجد حلا لكثير من المسائل التي عرضت عليه في شأن بيع ملك الغير. فقرر أن هذا البيع لا ينفذ في حق المالك. أي لا ينقل الملكية إلى المشتري. إلا إذا أقره المالك. وأن للمشتري وحده دون غيره أن يتمسك بالبطلان. وأن حقه في ذلك ينقضي إذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكا.³³

وقد قنن المشرع الجزائري في المادة 397 وما بعدها من التقنين المدني. على غرار نظيره المصري³⁴. ما ذهب إليه المحاكم الفرنسية. فتقتضت المادة 397 بما يأتي:

((إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه. فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا³⁵ في حق مالك الشيء المباع ولو أجازاه المشتري)).

ونصت المادة 398 على ما هو آت:

((إذا أقر المالك البيع سري مفعوله عليه وصار ناجزا³⁶ في حق المشتري.

وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد)).

³³ - سليمان مرقس: شرح القانون المدني المصري، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الصبعة الرابعة، 1968، ص 510. Dupeyron these, p57 ets.

³⁴ - لاحظ أن المشرع الجزائري، على عكس نظيره المصري، لم يقتن أحكام رهن ملك الغير.
³⁵ - لاحظ عدم دقة نص الفقرة الثانية من المادة 397 حين استعمل عبارة ((لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المباع)). إذ الصحيح أن يقال ((لا يسري هذا البيع في حق مالك الشيء المباع)) خصوصا أن هذه العبارة الأخيرة هي التي وردت بالصياغة الفرنسية لهذه الفقرة ونصها كما يأتي
 ((Dans tous les cas, cette vente n'est opposable au propriétaire de l'objet vendu))

³⁶ - المصطلح الأصح هو كلمة "صحيحا" الواردة بالصياغة الفرنسية لهذا النص

من هذين النصين يتبين لنا أن نطاق بيع ملك الغير محصور في حالة بيع شخص عينا معينة بالذات. غير مملوكة له. وهو يقصد نقل ملكيتها في الحال. سواء كان المشتري عالما بأن البائع مالك للمبيع أم أنه يجهل ذلك.³⁷

ولما كانت الخصيصة الأساسية في عقد البيع هي نقل الملكية من البائع إلى المشتري. ونظرا لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر من حقه. فقد وجب أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى يستطيع أن ينقل هذا الحق إلى المشتري.

وعليه فإنه يكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلا للملكية وبين كون البائع غير مالك³⁸ فإن تم إبرام هذا العقد. فما حكمه يا ترى؟

2- طبيعة جزاء بيع ملك الغير :

اختلفت نظرة الشراح في طبيعة جزاء بيع ملك الغير وتأصيل هذا الجزاء من الناحية القانونية ويمكن التمييز بوضوح بين آراء أربعة :

الرأي الأول: جزاء بيع ملك الغير هو الفسخ.

يذهب هذا الرأي إلى أن جزاء بيع ملك الغير هو تقرير حق الفسخ للمشتري لاستحالة تنفيذ العقد. تأسيسا على عدم قيام البائع بالتزامه في نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

ويرى أنصار هذا الرأي أن المشرع. إذ نظم ما أسماه بطلان بيع ملك الغير. لم ينظم في الواقع إلا الفسخ لعدم تنفيذ بيع ملك الغير.³⁹

الرد على هذا الرأي:

انتقد هذا الرأي من عدة نواحي. أهمها :

³⁷ - السنهوري الوسيط. الجزء الرابع. البيع. ص 273 وما بعدها، عبد المنعم البدراري: عقد البيع في القانون المدني. طبعة 1960. ص 576 و577. توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة، طبعة 1979، ص 185. رمضان أبو السعود دروس في العقود المسماة، عقد البيع في القانون المصري واللبناني، بدون تاريخ النشر، ص 119
³⁸ - حلمي بهجت بدوي المرجع السابق، ص 599 و601؛ محمد حستين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة 1983. ص 185
³⁹ - جميل الشراكوي نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة 1953، ص 293 وما بعدها؛ البيع والمقايضة والإيجار. طبعة 1964، ص 104 وما بعدها

أ- إن نص القانون صريح بالبطالان. ولو أخذ بنظرية الفسخ استنادا إلى القواعد العامة. لكان النص المنظم لبيع ملك الغير تزييدا. لأن الجزاء حينئذ يرد إلى القواعد العامة التي تقضي بأن العقد يفسخ إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه. فالبائع. وهو غير مالك. لا يستطيع أن يقوم بالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري.⁴⁰

ب- لو كان حكم بيع ملك الغير الفسخ فحسب، لكان للقاضي سلطة تقديرية في الحكم.⁴¹ بينما طلب بطلان بيع ملك الغير يجب على القاضي الحكم به

ج- كما أخذ على نظرية الفسخ هذه أنها تؤدي إلى نتائج تخالف ما قرره المحاكم. ومن هذه النتائج أنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعدار المدين⁴²؛ بينما يثبت للمشتري حق طلب الإبطال دون إعدار بائع ملك الغير. وكما أنه في الفسخ يجوز منح المدين أجلا للوفاء.⁴³ أما في بيع ملك الغير. فإن المشتري. متى طلب الإبطال. يحكم له به⁴⁴

الرأي الثاني: جزاء بيع ملك الغير هو البطلان المطلق.

يذهب هذا الرأي إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع. غير أن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية إلى بيع منشئ لالتزامات. طبقا لنظرية تحول العقد الباطل التي أورد التقنين المدني المصري أحكامها في المادة 144 منه التي تقابل المادة 105 من التقنين المدني الجزائري.⁴⁵ وهذا إذا ثبت أن نية الطرفي المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع⁴⁶

⁴⁰ - عبد النعم البدرائي: عقد البيع. المرجع السابق. ص 582

⁴¹ - انظر في ذلك المادة 119 من التقنين المدني

⁴² - راجع المادة 119 من تقنيننا المدني.

⁴³ - راجع المادة المذكورة في الهامش 42 أعلاه

⁴⁴ - انظر في تفصيل هذا الموضوع محي الدين إسماعيل علم الدين: الطبيعة القانونية لرهن ملك الغير. مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة. السنة الخامسة والعشرون. العدد الثاني، ص 72. حلمي بهجت بدوي: المرجع السابق. ص 610

⁴⁵ - تنص المادة 105 من التقنين المدني الجزائري على ما يأتي ((إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه. إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد)).

⁴⁶ - سليمان مرقس: العقود المسماة. البيع والإيجار. طبعة 1954. ص 129

الرد على هذا الرأي:

هذا الرأي مردود لسببين:

أ- إنه يتعارض مع ما ينصر عليه التقنين المدني من أن بيع ملك الغير قابل للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا. وأنه يمكن إجازته

ب- إن نظرية التحول يشترط لقيامها انصراف نية كل من الطرفين إلى ذلك وقت إبرام العقد. وفي حالة بيع ملك الغير فإن نية المتعاقدين قد لا تتجه إلى إبرام عقد منشئ للالتزامات يحل محل العقد الأول الناقل للملكية. وفي هذا كله مخالفة لنظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة 105 من تقنيننا المدني المقابلة للمادة 144 من التقنين المدني المصري⁴⁷

الرأي الثالث: جزاء بيع ملك الغير هو الوقف.

يعتبر بيع ملك الغير حسب هذا الرأي بيعا موقوفا. على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي. لا باطلا. فهذا البيع موقوف. بمعنى أن أثره يتوقف على الإقرار الصادر من المالك. فإن أقره أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك من وقت صدوره. وإن لم يقره ظل عديم الأثر كما كان.

وانتصارا لهذا الرأي يقول الأستاذ شفيق شحاته إن ((الصحيح هو أن العقد لا يعتبر باطلا بحال من الأحوال. فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر ممن يعتبر أهلا له. وإن كان لا ولاية له على العين محل التعاقد. والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقدا موقوفا. أي أن أثره يظل معلقا على إرادة من له الولاية. فإذا صدر الإقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره. أما قبل ذلك. فالعقد لا أثر له ولو أجازته المتعاقدين الآخر ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للإبطال وتصححه الإجازة. وهذه الإجازة هي عبارة عن نزول العاقد الآخر عن حقه في الرجوع. والعقد قبل الرجوع يصلح محلا

⁴⁷ - ذلك أن القول بافتراض نية البائع والمشتري قول غير صحيح، لأن النية المفترضة هي حكم القانون. ولا يمكن أن تنسب إلى الشخص إرادة لم تصدر عنه صراحة ولا ضمنا ولا يمكن القول أن المشرع يستخلصها ضمنا ما دام الشخص لا يستطيع أن يثبت عكسها، ثم إنه لإثبات عكس النية المفترضة يجب أن يوجد ما يدل على العكس وقت التنفيذ (منصر مصطفى منصر العقود المسماة. البيع والمقايضة والإيجار. طبعة 1956. ص 255 وما بعدها. محي الدين إسماعيل علم الدين المرجع السابق. ص 81 و 81)

للإقرار - أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الإقرار. وإذا كان البائع لا يستطيع التحلل من العقد فذلك لأن العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقاً موقوفاً. وإذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق. فالطرف الأول لا يستطيع ذلك. وهذا الحق ليس حق الملكية. بل هو حق احتمالي منشؤه العقد المقوف الذي يضع المتعاقدين في مركز قانوني أشبه ما يكون بمركز المتعاقدين في الفترة التي تسبق العقد))⁴⁸

الرد على هذا الرأي:

أخذ على الرأي القائل بوقف بيع ملك الغير ما يأتي:

أ- طالما يوجد نص قانوني باعتبار هذا البيع قابلاً للإبطال فلا داعي للقول بأنه عقد موقوف.

ب- إن التقنين المدني الجزائري، على غرار نظيره المصري. لا يعرفان فكرة العقد الموقوف.

ج- إن بيع ملك الغير منتج لآثاره بمجرد إبرامه. فيما عدا انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. ولا يحكم ببطلانه إلا إذا طالب بالإبطال من له ذلك. وهو المشتري. وحكم له به أما العقد الموقوف في الفقه الإسلامي⁴⁹ فلا يرتب أي أثر قبل إجازته ممن جعل العقد موقوفاً مراعاة لحقه⁵⁰

د- لا يجيز العقد الموقوف في الفقه الإسلامي إلا من لم يكن طرفاً في العقد. مثل المالك أو ولي القاصر أو وصيه. أما في القانون المدني الجزائري. وكذا المصري. فإن أحد طرفي العقد. وهو البائع، يمكن أن يصحح العقد إذا أصبح مالكا. كما يحق ذلك للمشتري، الذي لا يترتب على الإجازة الصادرة منه تصحيح العقد. وإنما يترتب عليها فقط سقوط حقه في طلب إبطاله

⁴⁸ - شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العيني الطبعة الثالثة، 1955، ص 85 وما بعدها. ذكره السنهوري الوسيط، الجزء الرابع، ص 280 وعبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق، ص 128

⁴⁹ - وفي التقنيات التي نسجت على منواله، كالتقنين المدني العراقي الذي ينص في الفقرة الأولى من المادة 135 منه على أن ((من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك)).

⁵⁰ - سليمان مرقس. عقد البيع. المرجع السابق، ص 527 - رمضان أبو السعود المرجع السابق، ص 125

هـ- إن هذا الرأي يصطدم مع صريح نص المادة 397 من التقنين المدني الجزائري الذي يخول المشتري حق طلب إبطال العقد. لأن القول بأن العقد موقوف ينطوي على أنه صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله. وأنه لا محل لقياس بيع ملك الغير على التصرف الذي يصدر ممن لا ولاية له. لأنه إذا جاز اعتبار هذا التصرف الأخير موقوفاً على إجازة من يملك الولاية استناداً إلى حكم الفقه الإسلامي باعتباره أحد مصادر القانون الجزائري مثلما هو الحال بالنسبة إلى القانون المصري. فإن الاستناد إلى هذه المادة لا يجوز طبقاً للمادة المشار إليها إلا في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص في التشريع. وليست من بينها حالة بيع ملك الغير التي تنظمها مواد خاصة بها⁵¹

الرأي الرابع: بيع ملك الغير قابل للإبطال.

إزاء التضارب السابق في آراء الفقهاء حول تأصيل بيع ملك الغير. وجد هذا الرأي الأخير الذي يحترم وضوح نص المادة 466 من التقنين المدني المصري. المقابل لنص المادة 397 من تقنيننا المدني. ويقول إن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري بموجب نص خاص⁵² غير أن هذا البطلان لا يمكن تلمس أساسه في القواعد العامة للبطلان. بل في النصوص القانونية وحدها التي خلقت البطلان وأنشأته إنشاءً. بحيث لو لم توجد هذه النصوص التشريعية لما كان هذا البيع باطلاً. بل اقتصر الأمر فيه على الفسخ⁵³ لكن الفقه الذي يذهب إلى هذا الرأي يلاحظ. مع ذلك. أن البطلان هنا ليس نسبياً خالصاً. وذلك نظراً لما يأتي من الأوجه:

الوجه الأول: إن حق المشتري في طلب الإبطال لا يبقى له إذا تملك البائع المبيع (المادة 2/398 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 467 من نظيره المصري). أو إذا أقر المالك الحقيقي البيع (الفقرة الأولى من المادة المذكورة). وهذه سمات تخالف البطلان النسبي.

⁵¹ - السنهوري: الوسيط، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 281، سليمان مرقس: عقد البيع، المرجع والموضع السابقان

⁵² - السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ص 282 و 283

⁵³ - السنهوري: نظرية العقد، طبعة 1934، ص 611، هامش 2 عبد المنعم البدر: عقد البيع، المرجع السابق، ص 583

الوجه الثاني: إن بيع ملك الغير لا ينتج أثره قبل إقرار المالك، بينما العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج آثاره إلى أن يحكم ببطلانه

الوجه الثالث: إن إجازة المشتري لبيع ملك الغير لا تؤدي إلى تصحيحه. بل يظل العقد في حاجة إلى عنصر آخر كي يصح. هو إقرار شخص لم يكن طرفا فيه وهو المالك الحقيقي. وهذا أيضا يخالف أحكام البطلان النسبي⁵⁴

الوجه الرابع: وأخيرا. إن البطلان النسبي الذي يتعلق بعيوب الإرادة ونقص الأهلية بالذات لا محل له إذا لم يكن قد لحق إرادة المشتري عيب. وعلى وجه التحديد إذا كان يعلم وقت التعاقد أن البائع غير مالك. وبالتالي لم يكن هو واقعا في غلط. فالبطلان النسبي في هذه الحالة جاء على خلاف القياس. إذ ليس له أساس من المنطق القانوني. وكل سنده هو جريان النص لا غير⁵⁵

لكل هذه الأوجه كان البطلان النسبي قلقا في موضعه لذلك لجأ الفقه القائل بهذه النظرية إلى القول بأن البطلان هنا من نوع خاص لا يستند إلى القواعد العامة في البطلان. وإنما أنشأه نص تشريعي خاص لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان هنا تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان.⁵⁶

الرأي الذي نرجحه:

إن هذا الرأي الأخير الذي يحترم النصوص التشريعية فيعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال هو ما نراه أقرب إلى الصواب وأولى بالاتباع.

والواقع أننا لسنا في حاجة إلى كل هذا الجدل أمام صراحة نص المادة 397 من تقنيننا المدني في جعل الجزاء المترتب على بيع ملك الغير هو البطلان النسبي. فبعد أن قرر المشرع مبدأ البطلان. قرر من الأحكام التشريعية ما يفصح بأن هذا البطلان نسبي وليس مطلقا:

⁵⁴ - محي الدين إسماعيل علم الدين المرجع السابق. ص 73

⁵⁵ - محي الدين إسماعيل علم الدين المرجع والموضع السابق

⁵⁶ - السنهوري الوسيط. الجزء الرابع، المرجع السابق. ص 283. حلمي بهجت بدوي المرجع السابق، ص 599

محمد حسنين المرجع السابق. ص 186

أ- فطلب البطلان جوازي للمشتري. فلا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ب- كما يمتنع الحكم بالبطلان وينقلب العقد صحيحا إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. وهذا ما لا نجده متحققا إذا اعتبر مثل هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا.⁵⁷

غير أن هناك من الفقهاء⁵⁸ من يعترض على ذلك. وهذا من ناحيتين:

الأولى: من الناحية التي لاحظها القائلون بها أنفسهم. والتي أسلفنا ذكرها. وأهم مظاهرها أن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا قول لا يتفق مع أهم أحكام بيع ملك الغير وهو أنه لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري. مع أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحا صحة تامة لا مطعن فيها إلى أن ينتثر بطلانه

الثانية: من ناحية أن القول بأن هذا البطلان من نوع خاص. قول لا يفسر شيئا. بل يعتبر تسليما بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هي مقررّة إلى القواعد العامة. ولا يصح التسليم بذلك قبل استنفاد جميع الوسائل التي تتيحها لنا القواعد العامة.

غير أنه يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن ما دعا القائلين بالبطلان من نوع خاص إنما هو في الحقيقة استنفاد هذه الوسائل في القواعد العامة، وقد رأينا كيف وجهت الانتقادات الوجهية إلى كل من نظريات الفسخ والبطلان المطلق والوقف.

⁵⁷ - رمضان أبو السعود المرجع السابق. ص 126

⁵⁸ - سليمان مرقس عقد البيع. المرجع السابق. ص 528.