

أحكام بيع ملك الغير
دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

The provisions of the sale of the property of others
A comparative study between the Algerian civil law and Islamic
jurisprudence

تاريخ النشر: 2021/01/31	تاريخ القبول: 2020/05/16	تاريخ الإرسال: 2020/04/19
-------------------------	--------------------------	---------------------------

د. شودار أمينة
جامعة الجزائر 1
chouderamina@yahoo.fr

*ط.د. مطالي بسمة
جامعة الجزائر 1
besmametalbi@yahoo.com

ملخص :

يتناول موضوع البحث أحكام بيع ملك الغير، وهو أحد الموضوعات الشائكة على الواقع الفقهي والقانوني، ذلك أن تصرف الشخص في ملك غيره بالبيع بدون إذنه، يعتبر بمثابة اعتداء على ملكية الغير، الشيء الذي أدى بفقهاء الشريعة والقانون إلى وضع حماية خاصة للمالك تمنع الغير من الاعتداء على ملكه. وعليه، سأتناول في هذه الدراسة بيان القواعد التي تحكم بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، ومقارنتها مع أحكام الفقہ الإسلامي ما استطعت إليه سبيلا، مراعية في ذلك الإيجاز والوضوح. الكلمات المفتاحية: بيع ملك الغير، بيع الفضولي، الفضالة، القانون المدني الجزائري، الفقہ الإسلامي.

Abstract :

The subject of the research deals with the provisions of selling the property of others, which is one of the thorny issues on the legal and legal reality, because if a person disposes of the property of others by selling without his permission, it is considered an attack on the ownership of others, something that

*المؤلف المرسل: مطالي بسمة

has led the scholars of Sharia and law to put a special protection for the owner that prevents others from attacking On his possession.

Accordingly, I will address in this study a statement of the rules that govern the sale of the property of others in the Algerian civil law, and compare them with the provisions of Islamic jurisprudence as I could as a way, taking into account that concise and clarity.

Keywords: *sale of the king of others, nosy, virtue, Algerian civil law, Islamic jurisprudence.*

مقدمة :

يعتبر عقد البيع من أهم العقود وأكثرها انتشارا وشيوعا في التعامل بين الناس، لأنه يشكل قوام الحياة التجارية والمدنية، فهو العقد الذي يشمل التطبيقات العملية لنظرية العقد، الشيء الذي جعله يحظى باهتمام كبير من قبل فقهاء الشريعة والقانون، وقد عرّفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري¹ بقولها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

ويتضح من ذلك أن محور عقد البيع يدور حول نقل الملكية، أي أن الغرض من البيع هو نقل ملكية الشيء من البائع إلى المشتري، وذلك يستلزم بالضرورة أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع حتى يستطيع نقل ملكيته، ولكن قد يحدث أحيانا أن يصدر البيع من غير مالك الشيء، ويسمى ذلك في القانون الوضعي "بيع ملك الغير"، وهو ما يعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية "ببيع الفضولي".

وعلى الرغم من أن بيع ملك الغير يناقض طبيعة عقد البيع، إلا أنه كثير الوقوع في الحياة العملية، فالأب قد يبيع ملك ولده لا باعتباره نائبا بل باعتباره أصيلا عن نفسه، والزوج قد يبيع ملك زوجته باعتباره أصيلا كذلك لا نائبا، والوارث قد يبيع عينا ليست في التركة أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، وكثيرا ما يبيع الناس الحاضرين أموال الغائبين، وما أشبه ذلك.

وعليه، فإن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد: هل يعدّ بيع ملك الغير صحيحا بالرغم من عدم ملكية البائع للمبيع؟ وإن كان كذلك، فما هي الآثار المترتبة عنه؟ أو بمعنى آخر: كيف نظم الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري بيع ملك الغير؟ أما عن خطة البحث فتضمنت مقدمة ومبحثين وخاتمة

تناولت في المبحث الأول مفهوم بيع ملك الغير، وفيه مطلبان، تضمّن المطلب الأول تعريف بيع ملك الغير وشروط تحققه، أما المطلب الثاني فتناول حكم بيع ملك الغير. وتناولت في المبحث الثاني آثار بيع ملك الغير، وفيه مطلبان، تناول المطلب الأول آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين، أما المطلب الثاني فتناول آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.

المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير

نتناول في هذا المبحث تعريف بيع ملك الغير وشروط تحققه في المطلب الأول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى حكم هذا البيع.

المطلب الأول : تعريف بيع ملك الغير وشروط تحققه

الفرع الأول : تعريف بيع ملك الغير

بيع ملك الغير في التشريع الوضعي يقابله في الاصطلاح الفقهي للشريعة الإسلامية "بيع الفضولي"، على أن هناك فرق بين اصطلاح الفضالة في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي²، ومن ثم نتناول تعريف بيع ملك الغير في التشريع الوضعي، ثم تعريفه في الفقه الإسلامي.

أولا : تعريف بيع ملك الغير في التشريع الوضعي

تطرق المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام بيع ملك الغير في مواد عديدة دون الخوض في إيجاد تعريف له، تاركا الأمر لاجتهاد الفقهاء، وبالرجوع إلى المادة 1/397 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: "إذا باع شخص شيئا معيننا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه"، نجد أنها تضمنت عناصر بيع ملك الغير، والتي استند عليها فقهاء القانون عند تعريفهم لهذا البيع.

فعرّفه بعضهم بأنه: "بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه"³. وعرّفه البعض بأنه: "البيع الذي يكون المبيع فيه معيناً بالذات لا يملكه البائع، وبعبارة أدق لا يملكه البائع ولا المشتري"⁴.

وقال آخرون: "المقصود ببيع ملك الغير: أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات إلى آخر وهو لا يملكه حال اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية المبيع فور التعاقد"⁵.

كما عرّفه بعضهم بأنه: "عقد يبيع الشخص بمقتضاه مالا معيناً بالذات مملوكا للغير وبدون سابق توكيل من له الحق الشرعي في ذلك، ويقصد من هذا البيع نقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري"⁶.

ثانياً : تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

يصطلح على بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي "بيع الفضولي"، والفضولي في اللغة المشتغل بما لا يعنيه⁷، والفضولي نسبة إلى الفضول جمع الفضل، أي الزيادة، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، فغلبت كلمة الفضولي في التعبير عن الزيادة التي لا خير منها، ومن ثم أطلق الفضولي على من يشتغل بما لا يعنيه، وعمله هذا يسمى فضالة⁸.

ويعرّف الفضولي عند الفقهاء المتقدمين بأنه: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، كالأجنبي يزوج أو يبيع"⁹. أو "هو الذي غلب في الاشتغال بما لا يعنيه، وما لا ولاية له فيه"¹⁰. وعرّفته المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "الفضولي: هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي"¹¹. وقال ابن رشد في بيع الفضولي: "وصورته: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضي البيع، وإن لم يرض فسخ"¹². وقال النووي: "...بيع الفضولي، وهو الذي يبيع ما لا يملك أو ما ليس مأذوناً في بيعه"¹³. وجاء في مغني المحتاج: "بيع الفضولي، وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية"¹⁴. وجاء في الإقناع: "الفضولي هو من يشتري أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له"¹⁵.

وقد عرّفه الفقهاء المحدثون بأنه: "من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع"¹⁶. أو "هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه كمن يبيع ما لا يملك من غير ولاية أو وكالة"¹⁷.

يتبين مما سبق ذكره، أن الفضولي هو: "من يتصرف في حق غيره دون إذن منه وبدون ولاية شرعية عليه، كمن يبيع أو يشتري لغيره دون ولاية أو توكيل".

أما بيع الفضولي فهو: "أن يبيع الشخص ما لا يملكه بغير إذن أو ولاية".
وعليه، نلاحظ أن معنى بيع الفضولي في الفقہ الإسلامي يرادف معنى بيع ملك الغير في القانون الوضعي، إلا أن صياغة الفقہ الإسلامي كانت أكثر دقة ووضوحاً مع إيجازها غير المخل.

أما الفضالة التي نص عليها القانون فهي لا تعني بيع ملك الغير، حيث نجد أن القانون المدني الجزائري قد نظم بيع ملك الغير ضمن أحكام عقد البيع، ونظم الفضالة في فصل آخر مستقل عن بيع ملك الغير، كما أنها تختلف في معناها عن الفضالة في الفقہ الإسلامي، فالفضالة في القانون الوضعي ينبغي أن تفهم بمعنى التفضل لا بمعنى الفضولي المتطفل¹⁸، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 150 من القانون المدني بنصها: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".

ونصت المادة 151 من نفس القانون على ما يلي: "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر".

ويستفاد من هاتين المادتين أنه يشترط لتحقيق الفضالة شروط ثلاثة، وهي¹⁹:

أ- أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير.

ب- أن يكون ذلك عن قصد، أي أن تنصرف نيته للعمل لحساب الغير.

ج- ألا يكون ملزماً بذلك قانوناً أو اتفاقاً ولا منها عنده.

الفرع الثاني : شروط تحقق بيع ملك الغير

يتضح من خلال تعريفنا السابق لبيع ملك الغير أنه يتعين توافر شروط ثلاثة ليعدّ

البيع بيعاً لملك الغير، وهي:

أولاً : أن يكون العقد بيعاً

حتى يعتبر البيع بيعاً لملك الغير، يقتضي ذلك أن يوجد عقد بيع يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية الشيء المبيع في مقابل ثمن نقدي، أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع، أو أن يتعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء المبيع ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية للطرف الآخر، أو أن يتعهد أحد الطرفين بالحصول

على موافقة المالك الحقيقي لشيء على بيعه للمتعاقد الآخر، فإن هذا العقد لا يعدّ بيعاً ولا تنصرف إليه أحكام بيع ملك الغير²⁰.

ثانياً : أن يكون المبيع معيناً بالذات

حتى يعدّ البيع بيعاً لملك الغير يجب أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات²¹، ويستوي أن يكون منقولاً أو عقاراً وبغير تفرقة في بيع العقار بين بيع مسجل أو غير مسجل، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع أي من المثليات²²، فلا يمكن وصف العقد بأنه بيع لملك الغير، ولو كان البائع غير مالك وقت العقد لأي مقدار من نوع ما التزم ببيعه، ذلك أن الشيء المعين بالنوع لا يمكن وصفه بأنه مملوك أو غير مملوك²³.

ثالثاً : أن يكون المبيع غير مملوك للبائع أو المشتري

لكي يكون البيع بيعاً لملك الغير يجب ألا يكون الشيء المبيع مملوكاً للبائع، لأنه إذا كان هذا الشيء المبيع مملوكاً للبائع كان العقد صحيحاً، ولا محل حينئذ للقول ببيع ملك الغير، كما أنه يجب ألا يكون المبيع مملوكاً للمشتري أيضاً، فإذا كان المبيع مملوكاً لهذا الأخير وأقدم على شرائه جهلاً منه بملكته له، فإن البيع لا ينعقد أصلاً، وذلك لاستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع استحالة مطلقة، ألا وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي لا يملك المبيع فعلاً²⁴. ومثاله أن يشتري الشخص عيناً من الوارث مع أنه موصى له بها، أو أن يقصر في البحث الدقيق في مستندات ملكيته ويظهر له فيما بعد سند ملكيته للحق الذي اشتراه، وما أشبه هذه الحالات²⁵.

أما شروط تحقق بيع ملك الغير (بيع الفضولي) في الفقه الإسلامي فهي:

1- ألا يكون البائع (الفضولي) مالكا للشيء المعقود عليه وقت البيع: فإذا كان البائع يملك المبيع فإنه لا ينطبق عليه وصف "بائع ملك غيره".

2- ألا يكون البائع مأذوناً له في التصرف من الشرع:

فإذا كان المتصرف مأذوناً له من الشرع في إبرام التصرف لم يكن فضولياً، كولاية الأب أو الجد على الصغير، وولاية الوصي المختار من قبل الولي أو وصيه، وولاية الولي المنصوب من قبل القاضي، فالصغير والمجنون والمعتهو محجور عليهم لذاتهم، فهم ممنوعون شرعاً من التصرف في أموالهم، لذلك يقام عليهم ولي شرعي، أو وصي مختار، أو منصوب لإدارة شؤونهم ضمن حدود وشروط معينة، ومن ثم يقوم الولي أو الوصي

مقامهم في إدارة شؤونهم والتصرف في أمورهم باسم الولاية أو الإذن الشرعي، ويعتبر تصرفه نافذا في حقهم رضوا أم لم يرضوا²⁶.

3- ألا يكون البائع وكيلًا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره:

فتصرف الوكيل يكون في نطاق وكالته ولا يتجاوزها، ولأن الوكالة ولاية اختيارية خاصة تثبت بها ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل، كان كل ما جاز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود، له أن يوكل غيره في إبرامه، لكن لكي نكون بصدد بيع الفضولي يجب ألا يكون البائع وكيلًا عن المالك²⁷.

يتبين من خلال ما سبق، أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في شروط تحقق بيع ملك الغير، غير أن القانون الوضعي كان أكثر وضوحًا حين اشترط أن يكون المبيع معينًا بالذات، فإذا باع الشخص شيئًا معينًا بنوعه لا يملكه لم يكن ذلك بيعًا لملك الغير، كما أن البائع إذا اقتصر تصرفه على التعهد للمشتري بالحصول على الملكية أو وعده بالبيع لم نكن بصدد بيع ملك الغير، والذي يبدو أن عدم وضوح ذلك الشرط في الفقه الإسلامي يرجع إلى اختلاف المنهج في كل منهما، لأن الفقه الإسلامي يهتم ببيان القواعد الكلية دون الجزئيات والتفصيلات، وذلك يرجع إلى النزعة الموضوعية التي يميل إليها، مما يبين حسن معالجته وحسن أسلوبه بتغليب النزعة الموضوعية لما في ذلك من الاهتمام بالجواهر دون المظهر²⁸.

المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير

بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال بناء على طلب المشتري، وذلك وفقًا لنص المادة 1/397 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: "إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه".

وقد أثار هذا البطلان مناقشات كثيرة بين شراح القانون حول تحديد طبيعته أهو نسبي أو مطلق²⁹، إلا أن غالبية الفقهاء ومن بينهم المشرع الجزائري يرى بأن هذا البطلان ليس مطلقًا وإنما هو نسبي، والذي يستطيع أن يطلبه هو المشتري وحده دون سواه، لكون البيع لا يسري على المالك الحقيقي، حتى ولو أحجم المشتري عن المطالبة بالبطلان وأجاز العقد بذلك³⁰.

ويستطيع المالك الحقيقي أن يجيز البيع مسقطا بذلك حق المشتري في طلب الإبطال، فيعتبر البيع صحيحا في مواجهة المشتري، كما أنه يسقط أيضا حقه في طلب الإبطال إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع³¹.

وبيع ملك الغير هو صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل غير مستحيل استحالة مطلقة، إلا أنه غير محتمل الوجود بالنظر للظروف الموضوعية الملازمة لإبرام العقد، فكان الجزاء المناسب لهذا العقد هو البطلان النسبي، أي القابلية للإبطال من ناحية المشتري³².

هذا بالنسبة للقانون الوضعي، أما حكم بيع ملك الغير (بيع الفضولي) في الفقہ الإسلامي، فقد اختلف الفقهاء في حكم تصرف الفضولي على رأيين، رأي يجيز بيع الفضولي ولكنه يوقفه على إجازة المالك، ورأي يبطل هذا البيع ويقرر عدم صحته.

أولا: رأي القائلين بأن بيع الفضولي صحيح

ذهب الحنفية³³، وأغلب المالكية³⁴، والشافعية في المذهب القديم³⁵، والحنابلة في إحدى الروايتين³⁶، إلى القول بأن بيع الفضولي صحيح، إلا أنه لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا إذا أجازة صاحب الشأن، وهو من صدر التصرف لأجله، وعندئذ تنقصر صحته منذ انعقاده، وينتج جميع آثاره، بناء على قاعدة الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، "فهو إذن عقد موقوف على إجازة المالك، إن أجازة نفذ، وإن لم يجزه بطل البيع واعتبر كأن لم يكن³⁷."

واستدلوا على رأيهم هذا بالكتاب والسنة النبوية والقياس والمعقول.

1- الكتاب:

أ- قوله تعالى: "وأحلّ الله البيع وحرم الربا"³⁸، وقوله أيضا: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"³⁹، وقوله أيضا: "فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله"⁴⁰.

ووجه الاستدلال من هذه الآيات: أن الله عز وجل شرع البيع والتجارة وابتغاء الفضل بنصوص عامة لم تفرق بين البيع الصادر من المالك بطريق الأمانة، وبين أن يكون صادرا عن الوكيل في الابتداء، أو عن الفضولي الذي يصبح وكيلا بالإجازة، ومن ثم فهي جميعا تحلّ البيع بالإطلاق، أي سواء كان نافذا أو موقوفا، وسواء وجد الرضا من

المتعاقدين في الابتداء، أو وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصّ بدليل⁴¹.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الثاني _القائلين ببطان بيع الفضولي_ بأن عموم الآيات السابقة وردت في مشروعية البيع الذي استكمل أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته ونفاذه، وبيع الفضولي لم يستكمل شروط الانعقاد لانعدام الرضا من المالك الحقيقي وفقدان المحل وهو عدم ملكية المعقود عليه للبائع وقت البيع، كما أن الولاية اللازمة لنفاذ العقد يعتبرها كثير من الفقهاء من شروط الانعقاد لا من شروط النفاذ⁴².

ب- قوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى"⁴³.

ووجه الاستدلال من الآية: أن من يبيع ملك غيره يعد فعله من قبيل التعاون على البر والتقوى، لذلك كان مشروعاً⁴⁴، خاصة إذا راعى الفضولي في تصرفه مصلحة المالك حين البيع، ولن يترتب على تصرفه أي ضرر، لأن بيعه سيكون غير نافذ في حق المالك إلا إذا أجازته، كما أن لهذا الأخير ألا يجيز البيع إن لم يجد فيه فائدة⁴⁵.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الثاني، بأن هذه الآية تتنافى مع بيع الفضولي، ذلك أن بيع الشخص مال غيره دون إذنه إنما هو من الإثم والعدوان، وليس من البر والتقوى⁴⁶.

2- السنة النبوية:

ما روي عن عروة البارقي _رضي الله عنه_ "أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري به أضحية أو شاة، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه، كان لو اشترى ترابا لريح فيه"⁴⁷.

ووجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر عروة بشراء الشاة الثانية ولا ببيعها، ولم يبطل بيعه، بل أجازته، وهذا يدل على أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج أثره بالإجازة، ولو كان باطلا لردّه النبي صلى الله عليه وسلم ولأنكر عليه، لأن الباطل ينكر، ولما دعا له بالخير والبركة⁴⁸.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الثاني، بأن عروة كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة، ويدل على ذلك أن عروة قام بالشراء والبيع

والتسليم، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن المالك، وعند أبي حنيفة لا يجوز شراء الثانية موقوفا على الإجازة، فدل ذلك على أنه كان وكيلًا وكالة مطلقة⁴⁹.

3- القياس:

قاس أصحاب هذا الرأي بيع الفضولي على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها تكون جائزة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة حتى تنفذ⁵⁰، وعلى البيع بشرط الخيار، فهو بيع صحيح موقوف على إجازة المالك⁵¹، فدل ذلك على أن بيع الفضولي ينعقد صحيحا موقوفا على الإجازة.

وقد نوقش هذا الدليل من قبل المعارضين لهذا الرأي، بأن قياس تصرف الفضولي بالبيع على الوصية التي تجاوزت ثلث التركة قياس غير صحيح، لأن الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع⁵².

أيضا لا يجوز قياس بيع الفضولي على البيع بشرط الخيار، لأن هذا الأخير بيع منعقد في الحال، وإنما المنتظر فسخه، فإذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ لزم البيع⁵³.

4- المعقول:

يرى أصحاب هذا الرأي أن بيع الفضولي عقد توافرت فيه كل أركان انعقاده، بإرادة البائع والمشتري صحيحة، ومحل العقد متقوم ومشروع، وكونه غير مملوك للبائع لا ينفي وجوده، لأن البيع لو تم بإذن مالكة لجاز، فالعقد إذن صحيح⁵⁴، غاية الأمر أن هناك مانعا أوقف نفاذه، وهو احتمال عدم رضا المالك به، فإذا أجاز المالك هذا البيع زال المانع ونفذ العقد وترتبت عليه جميع آثاره من وقت انعقاده⁵⁵.

وقد نوقش هذا الدليل من قبل القائلين ببطلان بيع الفضولي، بأن القول بتلاقي إرادة البائع والمشتري في محل واحد متقوم ومشروع قول صحيح ولكن فيه مغالطة كبيرة، لأن الإرادتين تطابقتا على محل غير قابل لحكمه لسبب بسيط وهو أنه غير مملوك لأحدهما، وكون محل العقد مملوك للبائع وقت البيع أمر مقرر باتفاق الفقهاء حتى ينعقد البيع صحيحا منتجا لآثاره. كما أنه يشترط لانعقاد العقد أن يكون العاقد قادرا على تمكين الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له، والفضولي غير قادر على ذلك لانعدام الولاية أو الوكالة التي تبيح له بيع ملك غيره، ومما لا شك فيه أن ملكية محل العقد ركن في انعقاد العقد عند الراجح من أقوال الفقهاء وليست شرطا من شروط نفاذه، فإذا انعدم ركن العقد كان باطلا⁵⁶.

ثانيا : رأي القائلين بأن بيع الفضولي باطل

ذهب بعض المالكية⁵⁷، والشافعية في المذهب الجديد⁵⁸، والحنابلة في إحدى الروايتين⁵⁹، إلى القول بأن بيع الفضولي باطل بطلانا مطلقا، وأسسوا هذا البطلان على انتفاء الملكية والولاية، لأنهما من شروط انعقاد العقد، وفي بيع الفضولي لا يكون البائع مالكا وليس له ولاية التصرف في المبيع، وبالتالي يكون تصرفه في من غير إذن صاحبه باطل من أساسه، ولا يترتب عليه أي أثر بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، حتى ولو أجازته صاحب الشأن، وحتى لو انتقلت ملكية المبيع إلى البائع، لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجودا⁶⁰.

واستدل هؤلاء الفقهاء على بطلان بيع الفضولي بالكتاب والسنة النبوية، والقياس والمعقول.

1- الكتاب:

أ- قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁶¹

ووجه الاستدلال من الآية: أن العقد الذي أوقعه الفضولي في نظر هؤلاء الفقهاء يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل، لعدم وجود رضا المالك، والإجازة اللاحقة لا يمكن أن تصح عقدا باطلا⁶².

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الأول _القائل بصحة بيع الفضولي مع توقفه على إجازة المالك الحقيقي_ بأن العقد في حالة بيع الفضولي لا ينتج أثره إلا إذا لحقته الإجازة من المالك الحقيقي، وقبلها يكون موقوفا، ومن ثم لا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل⁶³.

ب- قوله تعالى: "ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى"⁶⁴.

ووجه الاستدلال من الآية: أن الفضولي في عقد البيع غير قادر على تمليك المشتري الشيء المبيع، وتمليك المالك الثمن⁶⁵.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الثاني، بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج العقد أي أثر⁶⁶، كما أن المراد من هذه الآية أنها تحمل الثواب والعقاب دون أحكام الدنيا، بدليل قوله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى"⁶⁷.

2- من السنة النبوية:

أ- عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعه؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك"⁶⁸.

ب- عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك"⁶⁹.

ووجه الاستدلال من الحديثين: أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشيء قبل أن يملكه الشخص⁷⁰، والفضولي لا يملك ما يبيعه، فيعتبر تصرفه باطلا لا يصح، لأنه لا ينعقد، وذلك لعدم قدرته على تسليم المبيع للمشتري⁷¹، كما أنه تصرف صدر فيه نهى صريح من الشارع الحكيم، والنهي يقتضي البطلان⁷².

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل القائلين بصحة بيع الفضولي، بأن النهي وارد على حالة ما إذا باع الشخص شيئا ليس عنده، ثم يشتريه بعد ذلك ويسلمه للمشتري تنفيذاً للعقد المبرم بينهما، وهذا غير ممكن، لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال، وحكم ذلك السبب ليس هذا، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد⁷³، لهذا فإن بعض الفقهاء يرون بأن هذا النهي جاء ليحرم بيع المعدوم وليس بيع الفضولي⁷⁴.

3- من القياس:

يرى أصحاب هذا الرأي أن من يبيع ملك غيره إنما يكون قد باع شيئاً لا يقدر على تسليمه إلى المشتري، فهو بذلك يكون كحال من يبيع السمك في الماء والطير في الهواء، ولأن هذه البيوع باطلة، فإن بيع الفضولي باطل⁷⁵.

وقد نوقش هذا الدليل من قبل أصحاب الرأي الثاني، بأن قياس بيع الفضولي على بيوع الغرر - كبيع السمك في الماء والطير في الهواء - قياس غير صحيح، لأن هذه البيوع الأخيرة باطلة لانعدام محل العقد، أما بيع الفضولي فمحلّه موجود إلا أنه غير مملوك للبائع، ولهذا السبب توقفت آثار هذا البيع على إجازة المالك الحقيقي⁷⁶.

4- من المعقول:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الشخص الذي يبيع ملك غيره بدون إذنه يعتبر تصرفه باطلاً لأنه صدر عن غير ذي ولاية شرعية ولا وكالة، فالملكية والولاية شرط من شروط انعقاد التصرف، فإذا لم يتوفر شرط الانعقاد كان التصرف باطلاً⁷⁷.

وبما أن حكمة العقل قاضية بأن أفعال العقلاء يجب أن تصان عن العبث، فالفضولي يعتبر غير قادر على تنفيذ تصرفه، وهذا يجعل عمله عرضة للبطلان إذا لم تحصل الإجازة وحصل الرد، فيضيع وقته بدون جدوى لعجزه عن التنفيذ، فضلا عما فيه من إراقة لماء وجهه، فوجوب صون الناس عن مثل هذا⁷⁸.

وقد نوقش هذا الدليل من قبل القائلين بصحة بيع الفضولي، بأن الولاية في العقد شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد، وتخلف شرط النفاذ لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما يترتب عليه وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعا⁷⁹. كما دل على ثبوته تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي⁸⁰.

ومن خلال ما سبق، فإن الرأي الراجح في نظرنا هو الرأي الأول القائل بأن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازته صح البيع، وإن لم يجزه بطل واعتبر كأن لم يكن، وذلك لما فيه من تيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم، وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين.

وعليه، نلاحظ أن القانون المدني يتقارب مع الفقه الإسلامي في حكم بيع ملك الغير حسب الرأي القائل بأنه صحيح إذا أقره صاحب الشأن، وهذا النوع من العقود الذي يصح بالإجازة هو نفسه العقود الباطلة بطلانا نسبيا، فالقانون المدني يعتبر بيع الشخص ملك الغير باطلا، لكن هذا البطلان ليس مطلقا وإنما هو نسبي يتوقف أثره القانوني على إقرار المالك الحقيقي، وهذا موافق للشريعة الإسلامية إلى حد كبير، غير أنهما يختلفان في الشخص الذي له حق طلب إبطال العقد، فطلب إبطال بيع ملك الغير في القانون المدني مقرر لصالح المشتري ولا يملك البائع طلب البطلان، كما لا يملكه المالك الحقيقي أيضا، لأن المشتري هو الوحيد الذي أصابه الضرر من جراء بيع ملك الغير له، بينما حق إجازة العقد أو إمضائه في الفقه الإسلامي هو للمالك الحقيقي أو من ينوب عنه وليس للبائع أو المشتري، لأنه هو الذي يمكن أن يضار من بيع ملكه دون إذن منه أو ولاية.

المبحث الثاني : آثار بيع ملك الغير

ينشأ عن بيع ملك الغير آثار تؤدي إلى حدوث علاقة تربط البائع بالمشتري من جهة، كما تربط البائع والمشتري بالمالك الحقيقي للمبيع من جهة أخرى. وعليه، سنتناول في المطلب الأول آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين، ونتناول في المطلب الثاني آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.

المطلب الأول : آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

الفرع الأول : حق المشتري في طلب الإبطال

لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع، وذلك وفقاً للمادة 397 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، كما له أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع، فهو إنما رضي بالبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع⁸¹.

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن، ويتعين رفع هذه الدعوى قبل تملك البائع للمبيع أو إقرار المالك الحقيقي للمبيع، وفي هذه الحالة يثبت حقه في إبطال البيع ويتعين على القاضي حينئذ أن يحكم له بذلك، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا الأخير بالثمن، فإذا أقام البائع دعوى ضد المشتري لإلزامه بسداد الثمن فيستطيع المشتري دفع هذه الدعوى بتمسكه ببطان العقد لعدم ملكية البائع للمبيع استناداً إلى أحكام بيع ملك الغير⁸².

أما البائع فلا يجوز له طلب إبطال البيع على أساس أنه باع ملك غيره، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري، إلا أنه يجوز له طلب الإبطال طبقاً للقواعد العامة إذا كان قد وقع في غلط جوهري، بأن كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له⁸³.

وللفقه الإسلامي موقفه من مسألة إبطال بيع ملك الغير (بيع الفضولي)، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية في مذاهبهم المختلفة يتفقون على رفض الأخذ بفكرة طلب

الإبطال والأخذ بفكرة فسخ هذا البيع، ولكنهم اختلفوا في مسألة من له الحق في طلب فسخ بيع الفضولي؟

فبالنسبة للحنفية فهم يمنحون حق فسخ العقد لكل من البائع والمشتري مادامت الإجازة لم ترد على هذا البيع ممن يملكها، والعلة من وراء منح المشتري الحق في فسخ العقد والمطالبة بالثمن إن كان دفعه تعود للتحرز من لزوم العقد في جانبه، لأن عقد الفضولي في نظر الحنفية يبقى موقوفا مهما طالبت المدة التي تنقضي بين وقت إبرامه ووقت تدخل المالك بالإجازة أو بالرد، وأمام هذه الحالة غير المستقرة منح الفقہ الحنفي للمشتري الحق في التخلص من هذا البيع. أما العلة من وراء منح البائع (الفضولي) الحق في فسخ العقد مادام المالك لم يجز ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه، لأنه بعد الإجازة يعدّ بمثابة الوكيل الملتزم بحقوق العقد التبعية، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته⁸⁴.

أما بالنسبة للمالكية فهم يجعلون بيع الفضولي لملك الغير، لازم من جهة الفضولي ومن جهة المشتري وغير لازم من جهة المالك، ويعلل فقهاء المالكية كون بيع الفضولي منحلًا من جهة المالك وغير لازم بالنسبة له بأن البيع لم يكن بحضرته، ومن ثم يلاحظ أنهم يميزون بين حالتين⁸⁵:

1- حالة حضور المالك العقد: فإن حضر المالك وسكت فإن سكوته يفسر على أنه إجازة للعقد، ومن ثم يكون له الحق في مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد، فإذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه.

2- حالة إبرام العقد دون حضرة المالك: وفي هذه الحالة يمنح المالك مهلة عام واحد يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه إجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتا يفسر سكوته على أنه إجازة للعقد، ويبقى له الحق في مطالبة البائع (الفضولي) بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه في المطالبة بذلك الثمن.

وعليه، يتبين أن كلا من الرأيين له ما يبرره من حيث القوة والمنطق وتحقيق العدل، إلا أنني أميل إلى رأي المالكية بخصوص تحديدهم للمدة التي يجب من خلالها أن يقرر المالك موقفه من بيع الفضولي، لأن في ذلك مصلحة للجميع.

وبمقارنة الفقہ الإسلامي مع القانون المدني في هذه المسألة، نجد أن هناك اختلافاً واضحاً، حيث أن الفقہ الإسلامي أخذ بفكرة الفسخ لا البطلان، فأعطى البعض من فقهاء حق فسخ بيع الفضولي للبائع والمشتري معاً، وقرن البعض الآخر هذا الحق بمدة معينة، أما القانون المدني فقد أعطى الحق في طلب الإبطال للمشتري وحده، وهناك من أعطاه للبائع أيضاً على أساس القواعد العامة في الغلط.

الفرع الثاني : حق المشتري في المطالبة بالتعويض

لا يقتصر حق المشتري في طلب إبطال العقد فقط، بل له فضلاً عن ذلك الحق في المطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب البطلان، ولكن يشترط في ذلك أن يكون حسن النية وقت البيع⁸⁶، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 399 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

أما إذا كان المشتري سيء النية وقت البيع أي يعلم بأن المبيع غير مملوك للبائع، فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع واسترداد الثمن، ولكن لا يحق له طلب التعويض، لأنه حين أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع وجب عليه تحمل تبعه ذلك⁸⁷.

ولا أثر لحسن نية البائع أو سوءها في هذا الصدد، فقد نص المشرع صراحة في المادة 399 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر على أنه يحق للمشتري طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية.

وأساس التزام البائع بالتعويض هنا هو المسؤولية التقصيرية لأن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر خطأً من البائع لاسيما إذا كان سيء النية، ففي هذه الحالة يكون مغتصباً⁸⁸. ويقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة فيشمل ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب⁸⁹.

أما بالنسبة للفقہ الإسلامي، فقد فرّق فقهاء في مسألة التعويضات المستحقة للمشتري من الفضولي بين حالتين: حالة جهل المشتري بالفضالة، وحالة علمه بها، وذلك على النحو التالي:

إذا لم يجز المالك بيع الفضولي واسترد العين المباعة من تحت يد المشتري كان لهذا الأخير أن يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه إليه إذا كان حسن النية _أي غير عالم بأن المبيع مملوك لغير البائع وقت إبرام العقد_، أما إذا كان المشتري سيء النية _أي إذا كان عالماً بأن المبيع مملوك لغير البائع، فقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا كان المشتري يعلم أنه يشتري من فضولي وقت أداء الثمن فإن هذا الثمن يكون أمانة في يد هذا الأخير، وبالتالي له حق الرجوع عليه بالثمن إن كان باقياً، ولا يطالب به إن هلك⁹⁰.

القول الثاني: إن علم المشتري بالفضالة لا يؤثر على حقه في الرجوع على البائع بالثمن، لأن البائع في هذه الحالة يعدّ في مركز الغاصب الذي أخذ شيئاً بغير حق، وهو ما ذهب إليه أغلب الحنفية⁹¹ والمالكية⁹².

القول الثالث: إن المشتري لا يرجع على البائع بشيء، لأنه أقدم على شراء المغصوب مع علمه بذلك، فيعاقب بحرمانه من الرجوع بالثمن على البائع، كما أنه كان عالماً بأن البائع غير قادر على تنفيذ العقد وتمليكه المبيع فيكون متبرعاً بالثمن، وبالتالي لا يرجع به، وهذا القول للشافعية⁹³ والحنابلة⁹⁴.

وهذا القول الأخير هو الراجح، لأن حرمان المشتري سيء النية من الرجوع على البائع بالثمن يعتبر ردعاً له على التعامل مع الغاصبين.

أما بالنسبة للتعويضات التي ألزم المشتري بدفعها للمالك نتيجة استعماله للمبيع أو استغلاله أو أخذ غلته وزوائده أو أرش النقص في بعض الأحوال، فإنه لا يجوز له الرجوع بها على البائع إذا كان سيء النية، أما إذا كان المشتري حسن النية فإن آراء الفقهاء في ذلك كلها محل خلاف، فيرى بعضهم أن له حق الرجوع بها على البائع، أما البعض الآخر يرى عدم رجوعه بها⁹⁵.

ومن خلال ما تم ذكره، يتبين أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقہ الإسلامي في عدم منح المشتري سيء النية حق المطالبة بالتعويض، أما إذا كان المشتري حسن النية فإن بعض الفقهاء لم يمنحه حق المطالبة به، بينما البعض الآخر قد منحه هذا الحق، والقانون يتفق مع هذا القول الأخير.

الفرع الثالث : سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

يحق للمشتري من وقت العقد أن يطلب إبطاله، ولكن حقه هذا يسقط بأحد الأسباب الآتية:

أولاً : التقادم

تنص المادة 1/101 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات".
فإنه طبقاً للقواعد العامة يسقط حق الإبطال بالتقادم إذا لم يرفع المشتري دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك، ويبدأ احتساب هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع⁹⁶.

ثانياً : إجازة المشتري للعقد

تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

وتنص المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".

يستفاد من هاتين المادتين أن للمشتري الحق في أن يجيز البيع، وبإجازته يكون قد تنازل عن حقه في طلب إبطال العقد، وبالتالي يسقط حقه في البطلان، ولا يجوز له العودة بعد ذلك إلى المطالبة به⁹⁷.

ويجوز للمشتري أن ينزل عن هذا الحق إما بالإجازة الصريحة بأن يجيز العقد فيجعله غير قابل للإبطال، وإما أن يكون نزوله عنه بالإجازة الضمنية، كما لو قام بدفع ثمن المبيع للبائع أو برهنه المبيع للغير بعد علمه أن المبيع غير مملوك للبائع⁹⁸.

وبهذه الإجازة يصير العقد صحيحاً في العلاقة بين البائع والمشتري، فيكون منتجاً للالتزامات في جانب الطرفين، فيلتزم البائع بنقل الملكية وبضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية، ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن⁹⁹.

وفي هذا يختلف القانون المدني الجزائري عن الفقہ الإسلامي، فالذي يملك حق إجازة بيع الفضولي في الفقہ الإسلامي هو المالك الذي بيع ملكه بغير إذن شرعي منه، أو من

وليه، أو من وكيله، وكل هؤلاء يسمون "المجيز"¹⁰⁰، عكس القانون المدني الذي أعطى حق الإجازة في هذا البيع للمشتري.

ثالثا : إقرار المالك الحقيقي للعقد

تنص المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري".

ومعنى هذا أن المشتري لا يستطيع بعد إقرار المالك للعقد أن يطلب الإبطال، لأن إقرار المالك إياه يعتبر قبولا منه بالارتباط شخصيا بموجبات البائع، فيتربط عليه انتقال الملكية منه إلى المشتري، وبذلك يرتفع عن المشتري الضرر الذي من أجله تقرر له حق الإبطال¹⁰¹.

ويشترط في سقوط حق المشتري في إبطال العقد صدور الإقرار من المالك قبل رفع دعوى الإبطال، أما إذا صدر الإقرار بعد رفعها فإنه لا يسقط حقه في طلب الإبطال، وذلك لأن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره¹⁰².

رابعا : تملك البائع للمبيع بعد صدور العقد

تنص المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

يتضح من خلال هذه الفقرة أن البائع إذا تملك المبيع بعد إبرام عقد البيع، كأن يكون آل إليه بالميراث أو الوصية أو أن يكون اكتسبه عن طريق التقادم، فإن المشتري يمتنع عليه البطلان¹⁰³، لأن العائق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري قد زال وأصبح البائع مالكا، ومن ثم تنتقل الملكية من تلقاء نفسها إلى المشتري، وبذلك يزول الضرر الذي كان يتضرر منه هذا الأخير، ولا يعود هناك مبرر لطلب إبطال البيع¹⁰⁴.

والتملك الذي يحول دون طلب الإبطال يلزم أن يكون قبل رفع دعوى الإبطال، كما هو الحال في إقرار المالك الحقيقي للبيع¹⁰⁵.

وللفقه الإسلامي موقفه من مسألة تملك البائع للمبيع بعد العقد قبل الإجازة، ونلخصه بالقول التالي:

الحكم لدى أغلب الحنفية هو بطلان بيع الفضولي في حال تملكه للمبيع بسبب من أسباب كسب الملكية بعد العقد، أما إذا كان سبب ملكية الشيء المبيع سابقا على العقد، فإن العقد يصح وينفذ لأنه أصبح مالكا¹⁰⁶.

ومع ذلك فإن هناك من الحنفية من قال بنفاذ العقد في حال تملك البائع للمبيع بعد العقد، لأن المانع من نفاذه قد زال بكسب البائع ملكية الشيء المبيع¹⁰⁷.

أما المالكية فقد فرقوا في الحكم بين كون الميراث كسبب لملكية البائع للمبيع، وبين كون السبب شيء آخر غير الميراث، فإذا تملك البائع الشيء المبيع بالإرث فيكون في هذه الحالة قد ورث حقوق المورث والتي تجيز له نقض البيع أو إجازته، أما إذا ملك البائع الشيء المبيع بأي سبب آخر غير الميراث، كأن اشتراه أو ملكه بهبة أو صدقة، فإن العقد في هذه الحالة يتحول من عقد موقوف إلى عقد نافذ دون أن يتوقف الأمر على إرادة البائع¹⁰⁸.

وهذا الرأي الأخير هو ما قال به بعض الحنفية مخالفين بذلك رأي الأغلبية التي ترى بطلان بيع الفضولي في حال تملك البائع الشيء المبيع.

المطلب الثاني : آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

الفرع الأول : إقرار المالك الحقيقي للمبيع

يعتبر المالك الحقيقي للمبيع من الغير بالنسبة لعقد البيع الوارد على ملكه، وبذلك لا ينصرف إليه أثر العقد ولا يحتج به عليه، ولكن لما كان المالك قد يجد من مصلحته أن يسري البيع في حقه، فقد أجاز له القانون صراحة أن يقر البيع¹⁰⁹، فينقلب صحيحا بإقراره، كما رأيناه ينقلب صحيحا بإجازة المشتري، بل الإقرار أبعد أثرا من الإجازة، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري¹¹⁰، وهذا ما نصت عليه المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري".

ولا يشترط أن يكون إقرار المالك الحقيقي صريحا، بل يجوز أن يكون ضمنيا مستفادا من ظروف الحال¹¹¹، ويمكن إجمال الآثار المترتبة على الإقرار فيما يلي:

أولا: يترتب على إقرار المالك الحقيقي أن يصبح العقد نافذا في حقه من تاريخ صدور هذا الإقرار لا من تاريخ العقد¹¹²، وتنبني على هذا نتيجتان هامتان:

1- فالملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من تاريخ هذا الإقرار، أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقارا¹¹³.

2- إن انتقال الملكية إلى المشتري بعد الإقرار لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل صدوره. فإذا كان المالك قد رتب حقوقا عينية على المبيع كرهنه للعقار أو رتب عليه حق ارتفاق قبل إقراره للبيع، وكان الدائن المرتهن أو مكتسب الارتفاق قد شمر حقه قبل تسجيل العقار، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذه الحقوق، وللمشتري الرجوع تبعا لذلك على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي، ولا يغير من ذلك إقرار المالك الحقيقي، فيظل البائع ملتزما رغم الإقرار بضمان الاستحقاق¹¹⁴ وكذا بضمان العيوب الخفية¹¹⁵.

ثانيا: يترتب على الإقرار حلول المالك المقر محل البائع من وقت صدور الإقرار في جميع حقوقه والتزاماته في العقد، فتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة، وتبرأ ذمة البائع من الالتزامات الناشئة من البيع.

ولهذا يجوز للمالك مطالبة المشتري بالثمن، وإن كان البائع قد قبض منه شيئا كان عليه رده إليه، وللمشتري مطالبة المالك المقر بالتسليم، وله الرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض، أو استحق المبيع، أو كشف به عيبا.

ثالثا: فضلا عما تقدم فإن الإقرار يسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد، لزوال ما كان يخشاه من تعرض المالك الحقيقي له¹¹⁶.

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقہ الإسلامي في مسألة إقرار المالك الحقيقي للمبيع، حيث يعتبر إجازة المالك لبيع الفضولي وكالة لاحقة بالبيع يترتب عليها إنفاذ العقد في حق المالك وترتب آثاره عليه، فتثبت ملكية المبيع للمشتري من وقت الشراء، ومن هنا قال الفقهاء: "الوكالة اللاحقة كالوكالة السابقة"¹¹⁷، أي لها أثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ صدورها، وهذا ما نصت عليه المادة 302 من مرشد الحيران بقولها: "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..."¹¹⁸.

الفرع الثاني : عدم إقرار المالك الحقيقي للمبيع

إذا أجاز المشتري البيع أو لم يجزه، فإن المالك الحقيقي يعتبر أجنبي عن هذا البيع، وبالتالي لا يسري في حقه، فيبقى المالك مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري، ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الاستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض¹¹⁹، وفي هذا يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقہ الإسلامي.

أولا : دعوى الاستحقاق

يستطيع المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بدعوى الاستحقاق ليسترد المبيع من تحت يد المشتري، لأنه لا يزال مالكا للمبيع، إلا أن ذلك مشروط بعدم اكتساب المشتري ملكية المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية غير البيع، فقد يكتسب المشتري الملكية إذا كان حسن النية بالحيازة إذا كان المبيع منقولاً، وبالتقادم القصير إذا كان عقاراً، وقد يكتسبها إذا كان سيء النية بالتقادم الطويل المكسب إذا كان المبيع عقاراً أو منقولاً، فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم، فلا يستطيع المالك الحقيقي أن يسترده منه¹²⁰.

فضلا عن ذلك يمكن للمالك الحقيقي أن يطالب المشتري بالتعويض بشرط أن يكون هذا الأخير سيء النية، أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بالتعويض، ولا بالثمار، لأن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة¹²¹. ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال¹²².

ثانيا : دعوى التعويض

للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض في الحالات الآتية¹²³:

- 1- إذا ملك المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع.
- 2- إذا ملك المشتري ملكية الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة، فيتقاضى منه قيمة هذه الثمار.
- 3- إذا لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار فللمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من تحت يده.

ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً له، لاسيما إذا كان البائع سيء النية، فإنه يكون في هذه الحالة مغتصباً. ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض ولو كان حسن النية، فحسن النية لا ينفي أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملك، ولكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كما لو وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه ورثه، فباعه، فلا محل للرجوع عليه بالتعويض¹²⁴.

الخاتمة :

وفي ختام هذه الدراسة، يمكن أن أقدم أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي كالاتي:

- بيع ملك الغير هو البيع الذي يبيع الشخص بموجبه شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون إذن أو ولاية أو وكالة.
- يعرف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي، أما الفضالة في القانون فهي لا تعني بيع ملك الغير.
- الفضالة في القانون هي أحد التطبيقات لمصدر من مصادر الالتزام وهو الفعل النافع، أما الفضالة في الفقه الإسلامي فهي أوسع نطاقاً، ذلك أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي تشمل الفضالة القانونية والفضالة الفقهية.
- من الشروط التي يجب توافرها في بيع ملك الغير أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات، أما الأشياء المعينة بنوعها لا تدخل في نطاق هذا البيع.
- حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي حسب القول الراجح صحيح يقف على إجازة المالك إن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل واعتبر كأن لم يكن، وفي القانون المدني الجزائري حكم بيعه باطل بطلاناً نسبياً لصالح المشتري.
- حق طلب إبطال البيع في القانون هو مقرر للمشتري وحده، إلا أن هناك من أعطى هذا الحق للبائع أيضاً على أساس القواعد العامة للغلط، أما الفقه الإسلامي فإنه أخذ بفكرة الفسخ لا البطلان، فمنهم من أعطى هذا الحق للبائع والمشتري معاً، ومنهم من قرن هذا الحق بمدة معينة يستعمل خلالها، وإلا اعتبر العقد نافذاً.
- للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فلا يكون له حق المطالبة به، بل له الحق في استرداد الثمن فقط، ولا أثر هنا لحسن أو سوء نية البائع.

- يعدّ إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر من البائع إلى المشتري قبولا منه للارتباط شخصيا بموجبات البائع، فيصبح العقد نافذا في حقه، ويترتب عليه انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وسقوط حق هذا الأخير في طلب إبطال العقد أو فسخه، ونشوء علاقة بين المالك والمشتري.

- أما في حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع الوارد على ملكه، فإن العقد لا يكون نافذا في حقه، ولا تنصرف إليه آثاره، وله أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ليسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا حصل التسليم من البائع لهذا الأخير، كما له أن يرجع على البائع بدعوى التعويض.

ونقترح على المشتري الجزائري، الأخذ بفكرة العقد الموقوف على إجازة المالك بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري، ليصبح بيع ملك الغير بيعا موقوفا بدلا من كونه قابلا للإبطال، لأن ذلك يحقق الحماية للمالك الحقيقي الذي حصل البيع على ملكه دون علمه وإذنه.

الهوامش:

¹ أمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 31 الصادر بتاريخ 2007/05/13.

² الحلالشه جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، ط1، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، الأردن، 1998م، ص74.

³ السنهوري عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح: الفقي مصطفى محمد، ج4، البيع والمقايضة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986م، ص341.

⁴ خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984م، ص295.

⁵ عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص46_47.

⁶ الحلالشه جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص77_78.

⁷ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد: القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: العرقسومي محمد نعيم، ج1، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ_2005م، ص1043.

⁸ الفيومي، أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص475.

⁹ العيني، بدر الدين أبو محمد: البناية شرح الهداية، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ_2000م، ص311.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط2، دار الكتاب الإسلامي، د ب ن، د ت ن، ص160.

¹⁰ ابن الهمام، كمال الدين محمد: فتح القدير، ج7، دط، دار الفكر، د ب ن، د ت ن، ص51.

¹¹ لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية، ج1، د ط، ت: هواوي نجيب، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د ب ن، د ت ن، ص30.

- ¹² ابن رشد، أبو الوليد محمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، د ط، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ت ن، 1425هـ_2004م، ص189.
- ¹³ النووي، أبو زكريا محيي الدين: المجموع شرح المذهب، ج14، د ط، دار الفكر، د ب ن، د ت ن، ص96.
- ¹⁴ الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، د ب ن، 1415هـ_1994م، ص351.
- ¹⁵ أبو النجاء، موسى بن أحمد: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت: السبكي عبد اللطيف محمد موسى، ج2، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت ن، ص62.
- ¹⁶ الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، سورية، 1418هـ_1998م، ص503.
- ¹⁷ أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996م، ص337.
- ¹⁸ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003م، ص262.
- ¹⁹ المرجع نفسه، ص265.
- ²⁰ كامل رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط4، دار الألفي، بالمنيا، مصر، 1998م، ص12.
- ²¹ المبيع المعين بالذات هو الذي يكون تعيينه بذكر صفاته التي تسمح بتمييزه عن غيره وتنفي عنه الجهالة الفاحشة. فتعيين الأرض المبيعة (مثلا) ببيان موقعها وحدودها، واسم الحوض الذي تقع فيه ومساحتها... الخ، وتعيين السيارة يكون ببيان علامة صنعها ورقم صنعها... الخ. أنظر: سي يوسف زاهية حورية: الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، ط2، دار هومه، الجزائر، 2014م، ص96.
- ²² المثليات هي الأشياء المعينة بنوعها والتي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، كالذهب والفضة والقمح والشعير وغيرها. أنظر: سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، المرجع السابق، ص97.
- ²³ خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، المرجع السابق، ص295.
- ²⁴ كامل رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص14.
- ²⁵ الحلالشة جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص98.
- ²⁶ عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص19_20.
- ²⁷ المرجع نفسه، ص20.
- ²⁸ المرجع نفسه، ص112_113.
- ²⁹ البدرابي عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985م، ص410.
- ³⁰ آث ملويا لحسين بن الشيخ: المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، ط4، دار هومه، الجزائر، 2010م، ص60.
- ³¹ المرجع نفسه، ص60.
- ³² تناغوسمير عبد السيد: عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009م، ص354.
- ³³ الكاساني، علاء الدين أبو بكر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ_1986م، ص147.
- ³⁴ ابن جزى، أبو القاسم محمد: القوانين الفقهية، ج1، د ط، د د ن، د ب ن، د ت ن، ص163.
- ³⁵ النووي: المجموع، المرجع السابق، ج9، ص259، الرفاعي، عبد الكريم بن محمد: فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير، ج8، د ط، دار الفكر، د ب ن، د ت ن، ص122.
- ³⁶ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين: المغني، ج4، د ط، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ_1968م، ص154.
- ³⁷ الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط4، دار الفكر، دمشق، سورية، د ت ن، ص3013.
- ³⁸ سورة البقرة، الآية: 275.

- ³⁹ سورة النساء، الآية: 29.
- ⁴⁰ سورة الجمعة، الآية: 10.
- ⁴¹ الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 149.
- ⁴² عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 34_35.
- ⁴³ سورة المائدة، الآية: 2.
- ⁴⁴ القرافي، أبو العباس شهاب الدين: الفروق: أنوار البروق في أنواع الفروق، ج 3، د ط، عالم الكتب، د ب ن، د ت ن، ص 241.
- ⁴⁵ الزحيلي وهبة: الفقہ الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 3014.
- ⁴⁶ النووي: المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 263.
- ⁴⁷ رواه أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب: في المضارب يخالف، ج 3، د ط، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، د ت ن، رقم: 3384، ص 256.
- ⁴⁸ السرخسي، محمد بن أحمد: المبسوط، ج 13، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993_1414م، ص 154. الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 149.
- ⁴⁹ النووي: المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 263. ابن قدامة: الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، ج 4، د ط، د ب ن، د ت ن، ص 16.
- ⁵⁰ ابن الهمام: فتح القدير، المرجع السابق، ج 7، ص 52_53. حيث جاء فيه: "وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث...".
- ⁵¹ القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج 3، ص 244. حيث جاء فيه: "والبيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف".
- ⁵² النووي: المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 263.
- ⁵³ المرجع نفسه، ج 9، ص 263.
- ⁵⁴ الزيلعي، فخر الدين عثمان: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج 4، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، مصر، 1313هـ، ص 103.
- ⁵⁵ السرخسي: المبسوط، المرجع السابق، ج 13، ص 154.
- ⁵⁶ عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 39_40.
- ⁵⁷ القرافي: الفروق، المرجع السابق، ج 3، ص 244.
- ⁵⁸ النووي: المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 259. الرافعي: فتح العزيز، المرجع السابق، ج 8، ص 121.
- ⁵⁹ ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 154.
- ⁶⁰ الزحيلي وهبة: الفقہ الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 3014_3015.
- ⁶¹ سورة النساء، الآية: 29.
- ⁶² عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 23.
- ⁶³ المرجع نفسه، ص 24.
- ⁶⁴ سورة الأنعام، الآية: 164.
- ⁶⁵ الحلالشة جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 181.
- ⁶⁶ المرجع نفسه، ص 181.
- ⁶⁷ القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، ت: البردوني أحمد، أطفيش إبراهيم، ج 7، ط 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1384هـ_1964م، ص 156.
- ⁶⁸ رواه الترمذي في سننه: كتاب: أبواب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج 2، د ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998م، رقم: 1232، ص 525.

- 69 رواه أبو داود في سننه: كتاب الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح، ج2، د ط، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، د ت ن، رقم: 2190، ص258.
- 70 الصنعاني، محمد بن إسماعيل: سبل السلام، ج2، د ط، دار الحديث، د ب ن، د ت ن، ص21.
- 71 النووي: المجموع، المرجع السابق، ج9، ص263.
- 72 أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص338.
- 73 ابن الهمام: فتح القدير، المرجع السابق، ج7، ص51_52.
- 74 أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص338_339.
- 75 النووي: المجموع، المرجع السابق، ج9، ص63. ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج4، ص155.
- 76 عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص27.
- 77 الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص3015.
- 78 الحلالشة جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص183.
- 79 الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص147_148.
- 80 ابن الهمام: فتح القدير، المرجع السابق، ج7، ص52. الزيلعي: تبين الحقائق، المرجع السابق، ج4، ص103.
- 81 السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص359_360.
- 82 كامل رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص36.
- 83 تنافو سمي: عقد البيع، المرجع السابق، ص356_357. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص362.
- 84 ابن عابدين، محمد أمين: رد المختار على الدر المختار، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ_1992م، ص115_116.
- ابن نجيم: البحر الرائق، المرجع السابق، ج6، ص161. الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص151.
- 85 الدسوقي، محمد بن أحمد: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، د ط، دار الفكر، د ب ن، د ت ن، ص12.
- 86 السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص363.
- 87 المرجع نفسه، ج4، ص363_364.
- 88 المرجع نفسه، ص299.
- 89 البدرأوي عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص418.
- 90 ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج5، ص114.
- 91 خسرو، محمد بن فرامرز: درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج2، د ط، دار إحياء الكتب العربية، د ب ن، د ت ن، ص192.
- 92 الخرخشي، محمد بن عبد الله: شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت ن، ص146.
- 93 الماوردي، أبو الحسن علي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني، ت: معوض الشيخ علي محمد، عبد الموجود الشيخ عادل أحمد، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ_1999م، ص83_84.
- 94 العثيمين، محمد بن صالح: الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج10، ط1، دار ابن الجوزي، د ب ن، 1422هـ_1428هـ، ص173.
- 95 أنظر تفصيل ذلك من خلال: عبد النبي إسماعيل شاهين: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص156 إلى 164.
- 96 حسنين محمد: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001م، ص192.
- 97 نجيدة علي: الوجيز في عقد البيع، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003م، ص73.
- 98 عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص190.
- 99 الحلالشة جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص244.
- 100 عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص127.

- ¹⁰¹ زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود، ج7، ط1، دار الثقافة، بيروت، لبنان، د ت ن، ص123.
- ¹⁰² البدراري عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص419. السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص360.
- ¹⁰³ قداة خليل أحمد حسن: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001م، ص215_216.
- ¹⁰⁴ عبد النبي شاهين إسماعيل: أحكام بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص189.
- ¹⁰⁵ خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، المرجع السابق، ص300.
- ¹⁰⁶ لجنة علماء برئاسة البلخي نظام الدين: الفتاوى الهندية، ج3، ط2، دار الفكر، د ب ن، 1310هـ، ص111. ويلاحظ أن الشافعية يتفقون مع أغلب الحنفية في موقفهم من هذه المسألة، جاء في المجموع: "وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا"، فالعقد الموقوف عندهم يتحول إلى باطل وكذلك الأمر عند الحنابلة في إحدى الروايتين. أنظر: النووي: المجموع، المرجع السابق، ج9، ص260. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، ط2، دار إحياء التراث العربي، د ب ن، د ت ن، ص286.
- ¹⁰⁷ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج5، ص117.
- ¹⁰⁸ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص11.
- ¹⁰⁹ الجلالشة جمعة عبد الرحمان: بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص267.
- ¹¹⁰ السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص372_373.
- ¹¹¹ كامل رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص57.
- ¹¹² وهذا يتفق مع الفقہ الإسلامي في قاعدته "الوكالة اللاحقة كالوكالة السابقة".
- ¹¹³ البدراري عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص421.
- ¹¹⁴ يعتبر الاستحقاق بيع ملك الغير (بيع الفضولي) بعينه، يخول للمشتري خيار الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق. أنظر: الزقرد أحمد السعيد: عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010م، ص275.
- ¹¹⁵ البدراري عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص421. الزقرد أحمد السعيد: عقد البيع، المرجع السابق، ص275.
- ¹¹⁶ البدراري عبد المنعم: الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص421.
- ¹¹⁷ الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص151.
- ¹¹⁸ باشا محمد قدری: مرشد الحيران، المرجع السابق، ج1، ص49.
- ¹¹⁹ السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص370.
- ¹²⁰ كامل رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص54_55.
- ¹²¹ المرجع نفسه، ص55.
- ¹²² خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، المرجع السابق، ص301.
- ¹²³ السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص371.
- ¹²⁴ المرجع نفسه، ص371_372.