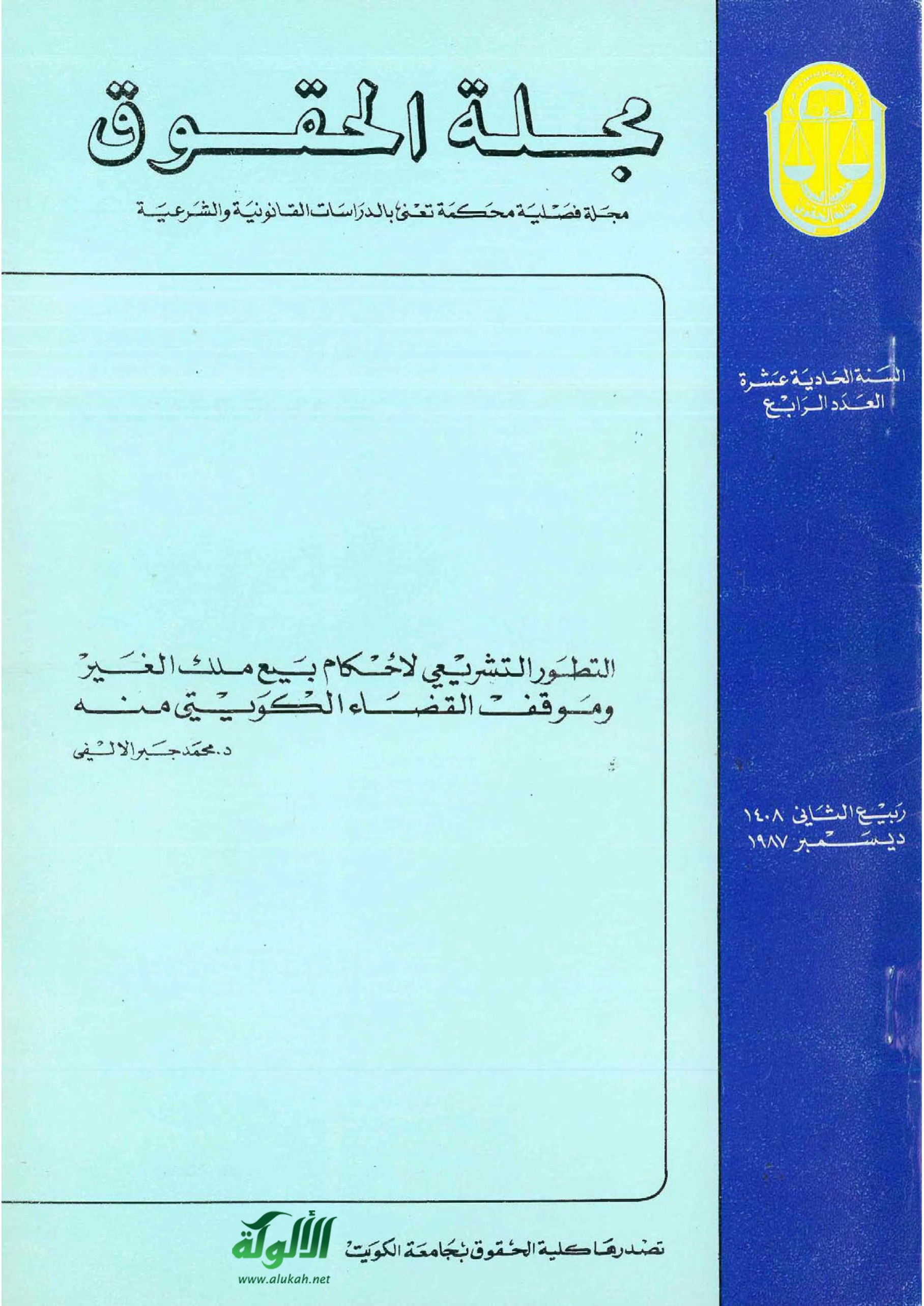
****

**مجلة الحقوق**

**مجلة فصلية محكمة تُعنَى بالدراسات القانونية والشرعية**

**السنة الحادية عشرة**

**العدد الرابع**

**التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير**

**وموقف القضاء الكويتي منه**

**د. محمد جبر الألفي**

ربيع الثاني 1408 - ديسمبر 1987

تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت

**التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه**

**تعليق على حكم دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا**

**في الطعن رقم: 7/ 1984 مدني بتاريخ 25/6/1984**

**الدكتور محمد جبر الألفي**

**أستاذ القانون المدني المساعد**

**كلية الحقوق - جامعة الكويت**

## المحكمة[[1]](#footnote-1)

**بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة - وبعد المداولة**

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه والأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم 2681/1982 تجاري ومدني كلي حكومة ضد ورثة المرحوم... (الطاعنين وآخرين) وضد... طالبًا الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ 19/7/1976 المتضمن بيع مورث الطاعنين المرحوم ... عن نفسه وبصفته نائبًا عن زوجته الطاعنة الأولى إلى ... المنزل الموضح بذلك العقد وبصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ 24/6/1979 المتضمن بيع الأخير له المنزل سالف الذكر - ردت الطاعنة الأولى على الدعوى بأن مورثها لا يملك إلا نصف المنزل المبيع فقط، وأنها تمتلك النصف الآخر، وأنها لم تفوضه في بيع القدر المملوك لها للبائع الطاعن - طلب المطعون ضده توجيه اليمين الحاسمة للطاعنة - بتاريخ 30/3/1983 قضت المحكمة بتوجيه اليمين - لم تحضر الطاعنة في الجلسة المحددة للحلف - بتاريخ 18/5/1983 قضت محكمة أول درجة بإجابة المطعون ضده لطلباته - استأنف الطاعنان الأولان ذلك الحكم، ولم يختصما سوى المطعون ضده، وقيد استئنافهما برقم 140/1983، كما استأنفه الطاعن الثالث مختصًّا المطعون ضده فقط، وقيد استئنافه برقم 169/1983 - تقرر ضم الاستئنافين - بتاريخ 11/1/1984 قضت محكمة الاستئناف العليا (الدائرة المدنية) في الاستئناف رقم 140/1983 مدني بسقوط حق المستأنفين في الطعن بالاستئناف - وفي الاستئناف رقم 169/1983 مدني برفضه وبتأييد الحكم المستأنف - طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق التمييز وبالجلسة لم يحضر أحد من الطرفين، وتمسكت النيابة العامة برأيها الذي أبدته في مذكرتها بعدم قبول الطعن لعدم اختصام ... البائع للمطعون ضده.

وحيث إنه لما كان من المقرر أن الخصومة في الطعن لا تكون إلا بين من كانوا خصومًا أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وأنه لا يكفي لاعتبار الشخص طرفًا في الحكم أن يكون قد اختصم أمام المحكمة أول درجة دون أن يختصم في الاستئناف، وكان الثابت من الأوراق أن الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية اقتصرت على الطاعنين والمطعون ضده دون..... بما لا يجوز معه اختصام هذا الأخير عند الطعن بالتمييز، ولما كان الطعن قد وجِّه إلى من كان خصمًا في الحكم المطعون فيه واستوفى أوضاعه الشكلية، فإنه يكون مقبولًا شكلًا.

وحيث إن الطعن أقيم على خمسة أسباب ينعى بها الطاعنون على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب، ومخالفة الثابت بالأوراق، والخطأ في تطبيق القانون - وفي بيان السبب الأول منها تقول الطاعنة الأولى: إن الحكم قضى بسقوط حقها في الاستئناف محتسبًا ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم المستأنف في حين أنه بصدور حكم محكمة أول درجة بتاريخ 30/3/1983 بقبول توجيه اليمين الحاسمة لها يكون قد انقطع سير الجلسات سيرًا متسلسلًا، ويكون من حقها الطعن بالاستئناف من تاريخ إعلانها بالحكم المستأنف، وليس من تاريخ صدوره، كما ذهب إلى ذلك الحكم المطعون فيه؛ إذ إنها لم تحضر بعد حكم اليمين ولم تقدم مذكرة بدفاعها.

وحيث إن هذا النعي مردود؛ ذلك أن المادة 130 من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أنه "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعدم امتناع سيرها سيرًا متسلسلًا لأي سبب من الأسباب..."، بما مفاده أن بَدءَ ميعاد الطعن في الحكم منوط كأصل عام بالنطق به، وأن المشرع إنما استثنى الأحكام التي لا تعتبر حضورية، والأحكام التي افترض فيها المشرع جهل المحكوم عليه بالخصومة فيها، ومنها حالة انقطاع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب؛ (كأن يصادف يوم الجلسة التي كانت محددة أصلًا للنطق بالحكم يوم عطلة رسمية مثلًا)، وما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ومن الأوراق أن الطاعنة الأولى حضرت بشخصها أمام محكمة أول درجة جلسة 10/11/1982، وكان تسلسل الجلسات أمام تلك المحكمة لم ينقطع إلى أن أصدرت الحكم المستأنف، وكان صدور حكم بتوجيه اليمين الحاسمة للطاعنة الأولى ليس من شأنه أن ينقطع به تسلسل الجلسات؛ فإن الحكم المطعون فيه إذ احتسب ميعاد الطعن باستئناف من الطاعنة الأولى من تاريخ النطق بالحكم المستأنف يكون صحيحًا، ويكون النعي عليه في هذا الشأن في غير محله.

وحيث إن مبنى النعي بالسببين الثاني والثالث أن حكم محكمة أول درجة اعتبَر تخلف الطاعنة الأولى عن حضور الجلسة المحددة لحلف اليمين نكولًا منها، في حين أن النكول يتعين أن يكون صريحًا برفضها أمام مجلس القضاء، كما أنها نازعت في صحة إعلانها بحكم اليمين فضلًا عن أن ادعاء المطعون ضده يخالف الظاهر؛ إذ إنها لم تفوض زوجها في البيع، وأنكرته بما كان يتعين معه عدم قبول توجيه اليمين لها.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول؛ ذلك أن الطعن بالتمييز إنما يكون في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف العليا، والنعي بهذين السببين إنما ينصب على ما تضمنه حكم محكمة أول درجة الذي قضى الحكم الاستئنافي بسقوط حق الطاعنة الأولى في الطعن عليه بالاستئناف.

وحيث إن مبنى الطعن بالسببين الرابع والخامس أن الحكم المطعون فيه قضى برفض الاستئناف رقم 169/1983 المرفوع من الطاعن الثالث على أساس أن الورثة البلَّغ أجازوا عقد البيع، وأن هذه الإجازة ملزمة لهم، ولا يجوز العدول عنها، في حين أن الطاعنة الأولى زوجة المورث البائع لم تُجِزْ هذا البيع وأنكرته، كما لم يجزه الورثة القصَّر، أو الطاعن الثالث... كما أن ملكية منزل النزاع لم تَؤُلْ إلى مورث الطاعنين إلا في 1980 بموجب عقد مسجل بالشراء من وزارة الإسكان، ولم يكن مالكًا للمنزل المبيع في تاريخ البيع في 1976 - بما يترتب عليه بطلان عقد البيع طبقًا لما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية، ولو أجازه ورثة البائع، طالما أنه وقع غير نافذ من لحظة إبرامه.

وحيث إن هذا النعي مردود؛ ذلك أن ملكية البائع للمبيع وقت البيع وفقًا لنص المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية شرطُ نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحًا موقوفًا على إجازة المالك، باعتبارِ بائعِ مِلك غيره فضوليًّا - ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد والمكمل بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن البيع لا يبطل لمجرد كونه واردًا على ملك الغير وأنه إذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع أمكن للبيع أن ينتج أثره، وأن ملكية المنزل المبيع قد آلت إلى البائع مورث الطاعنين بموجب عقد البيع المسجل في 16/12/1980، وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك قوله: "..... وحيث إن الثابت من الإقرارين المؤرخين 26/8/81، 14/5/82 المقدمين لمحكمة أول درجة بجلسة 19/1/83 من إدارة شؤون القصَّر أن الورثة البلَّغ .... ومن بينهم ابنه المستأنف في الاستئناف رقم 169/83 مدني (الطاعن الثالث) أجازوا عقد البيع الصادر منه إلى المستأنف ضده (المطعون ضده) بتاريخ 19/7/1976، وطلبوا من إدارة شؤون القصَّر نقل ملكية البيت المبيع إلى المستأنف ضده، ومن ثم فإنه ليس لأي من هؤلاء الورثة حق المجادلة في هذا العقد والطعن عليه وفقًا لأحكام المجلة؛ ذلك لأن المادة 368 من المجلة تنص على أن "المبيع الذي يتعلق به حق الغير - كبيع الفضولي وبيع المرهون - ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الآخر"، وقد أجازت .... (الطاعنة الأولى) تصرف زوجها المرحوم .... بالبيع في نصيبها في المنزل المبيع وقدره النصف إلى المستأنف ضده بالعقد المؤرخ 19/7/1976، كما أجاز ورثة المرحوم ... تصرفه في نصيبه في المنزل بالبيع بذات العقد إلى المستأنف ضده بموجب الإقرارين المؤرخين 26/8/81، 14/5/82 سالفي البيان، وهذه الإجازة ملزمة لهم، وليس لهم العدول عنها؛ لأن الإجازة توكيل، عملًا بالمادة 1452 من المجلة، ولأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، عملًا بالمادة 1453 من المجلة، ولأن ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه وباعتبارهم خلفًا عامًّا له ولهم ما له من حقوق بمقتضى حق البيع، وعليهم ما عليه من التزامات بموجب ذلك العقد، فإن هم أجازوا تصرفه بالبيع في نصيبه بموجب العقد .. لم يعد لهم الحق في الطعن على عقد البيع بعدم نفاذه أو غير ذلك من الطعون..." ولما كان هذا الذي أورده الحكم - في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع - سائغًا ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها بغير خطأ في تطبيق القانون ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، فإن النعي عليه يكون على غير أساس.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

## التعليق

1 - مر التشريع الكويتي لأحكام بيع ملك الغير بمراحل ثلاث:

أ - فقد كان مذهب الإمام مالك، قبل 2/7/1938، هو القانون العام الواجب التطبيق على كافة المسائل، من عبادات ومناكحات ومعاملات وعقوبات.

ب - وابتداءً من 2/7/1938، كانت مجلة الأحكام العدلية تطبق فيما نصت عليه من أحكام لم تعدَّلْ أو تُلْغَ.

جـ - وأخيرًا صدر القانون المدني الكويتي، وعمل به ابتداءً من 25 فبراير 1981.

2 - وفي كل مرحلة من هذه المراحل، كانت أحكام بيع ملك الغير تختلف عما جرى عليه العمل في المرحلة التي سبقتها، ولعل هذا التطور التشريعي كان من أهم الأسباب التي جعلت القضاء الكويتي يتردد في اتخاذ موقف ثابت إزاء بيع ملك الغير، وخاصة عندما يكون النزاع خاضعًا لمجلة الأحكام العدلية.

3 - لذا يحسُنُ، بعد عرض الحكم محل التعليق، أن نوجز القول في أحكام بيع ملك الغير عبر كل مرحلة، ثم نحاول الكشف عن موقف القضاء إزاء تطبيق هذه الأحكام.

**4 - الوقائع المتعلقة ببيع ملك الغير:**

أ - باع المرحوم "أ" إلى "ب" منزلًا بعقد عرفي مؤرخ 19/7/1976، باعتباره أصيلًا فيما يتعلق بنصف المنزل، وبصفته نائبًا عن زوجته فيما يتعلق بالنصف الآخر، وقد قام "ب" ببيع هذا المنزل الذي اشتراه إلى "جـ" بعقد عرفي مؤرخ 24/6/1979.

ب - بعد وفاة "أ" أقام "جـ" الدعوى رقم 3681/1982 تجاري ومدني كلي حكومة، ضد زوجة المرحوم "أ" وورثته وضد "ب" طالبًا الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ 19/7/1976، وبصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ 24/6/1979، الواردين على المنزل المبيع.

جـ - ردت زوجة المرحوم "أ" على هذه الدعوى بأنها لم تفوض زوجها في بيع نصف المنزل - المملوك لها - إلى "ب"، وحينئذ طلب "جـ" توجيه اليمين الحاسمة لها، فقضت المحكمة بتوجيه اليمين، غير أن الزوجة لم تحضر الجلسة المحددة للحلف، فقضت محكمة أول درجة بإجابة "جـ" لطلباته.

د - استأنفت زوجة المرحوم "أـ" وورثته هن2ذا الحكم، كما استأنفه "ب"، وقد أثار المستأنفون عدة أسباب، يهمنا منها في هذا المجال ما يلي:

1 - لم تفوِّض الزوجة زوجها المرحوم "أ" ببيع نصيبها في المنزل، وأنكرته بما كان يتعين معه عدم قبول توجيه اليمين لها.

2 - لئن كان بعض الورثة قد أجاز عقد البيع، فإن البعض الآخر لم يجزه.

3 - لم يكن المرحوم "أ" يملك المنزل المبيع في تاريخ البيع سنة 1976، وإنما آلت إليه ملكيته بالشراء من وزارة الإسكان بموجب عقد البيع المسجل في 16/12/1980، بما يترتب عليه بطلان عقد البيع، طبقًا لما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية.

هـ - قضت محكمة الاستئناف العليا "الدائرة المدنية" بتاريخ 11/1/1984 برفض الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف، بناءً على ما يلي:

1 - إن ملكية البائع للمبيع وقت البيع وفقًا لنص المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية شرطُ نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحًا موقوفًا على إجازة المالك، باعتبار بائعِ مِلك غيره فضوليًّا.

2 - إن البيع لا يبطل لمجرد كونه واردًا على ملك الغير، وأنه إذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع أمكن للبيع أن ينتج أثره.

3 - إن ملكية المنزل المبيع قد آلت إلى البائع المورث بموجب عقد البيع المسجل في 16/12/1980، كما أن الورثة البلَّغ أجازوا عقد البيع الصادر من مورثهم، وطلبوا من إدارة شؤون القصَّر نقل ملكية المنزل المبيع إلى المشتري، كذلك أجازت الزوجة تصرف زوجها المرحوم "أ" في نصيبها في المنزل المبيع وقدره النصف.

4 - الإجازة توكيل، عملًا بالمادة 1452 من مجلة الأحكام العدلية، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، عملًا بالمادة 1453 من المجلة.

5 - إن ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفًا عامًّا له، لهم ما له من حقوق بمقتضى عقد البيع، وعليهم ما عليه من التزامات بموجب ذلك العقد، فإن هم أجازوا تصرفه بالبيع في نصيبه بموجب العقد لم يعُدْ لهم الحق في الطعن على عقد البيع بعدم نفاذه.

و - طعنت زوجة المرحوم "أ" وورثته في حكم الاستئناف بطرق التمييز "طعن رقم: 7/1984 مدني"، وقد أقيم الطعن على خمسة أسباب، لا يهمنا منها في هذا المجال سوى الطعن بالسببين الرابع والخامس، اللذين بُنِيا على الخطأ في تطبيق القانون، بناءً على أنه:

1 - لم تُجز زوجة المرحوم "أ" البيع الصادر من زوجها في نصيبها في المنزل، وقدره النصف.

2 - إجازة الورثة غير ملزمة؛ لأن بعض البلَّغ قد أجاز البيع الصادر من مورثهم، بينما لم يجزه البعض الآخر، أما الورثة القصَّر فإنهم لم يجيزوا البيع.

3 - لم يكن المرحوم "أ" يملك المنزل المبيع في تاريخ البيع سنة 1976، وإنما آلت إليه ملكيته في سنة 1980، مما يترتب عليه بطلان عقد البيع طبقًا لما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية.

ز - بجلسة 25/6/1984 رفضت دائرة التمييز هذا الطعن؛ لأن ما أورده حكم الاستئناف يعتبر سائغًا، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها بغير خطأ في تطبيق القانون، ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، وبناءً على ذلك فإن النعي عليه يكون على غير أساس.

**5 - المبادئ القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير:**

أ - إن ملكية البائع للمبيع وقت البيع، وفقًا لنص المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية، شرط نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحًا موقوفًا على إجازة المالك، باعتبار بائعِ ملكِ غيره فضوليًّا.

ب - إن البيع لا يبطُل لمجرد كونه واردًا علن2ى ملك الغير، وإنه إذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع، أمكن للبيع أن ينتج أثره.

جـ - إذا أجاز ورثة بائع ملك غيره عقد البيع الصادر منه، فليس لأي منهم حق المجادلة في هذا العقد والطعن عليه، وفقًا لأحكام المجلة؛ ذلك لأن المادة 368 من المجلة تنص على أن "المبيع الذي يتعلق به حق الغير - كبيع الفضولي وبيع المرهون - ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الآخر".. ولأن الإجازة توكيل، عملًا بالمادة 1452 من المجلة، ولأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، عملًا بالمادة 1453 من المجلة.

د - إن ورثة بائع ملك الغير، بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفًا عامًّا له، لهم ما له من حقوق بمقتضى عقد البيع، وعليهم ما عليه من التزامات بموجب ذلك العقد، فإن هم أجازوا تصرفه بالبيع في نصيبه بموجب العقد لم يعُدْ لهم الحق في الطعن على عقد البيع بعدم نفاذه.

**6 - وسوف نتناول بالتحليل كلًّا من هذه المبادئ على ضوء الأحكام التي سادت كل مرحلة من المراحل التشريعية التي مر بها النظام القانوني في الكويت.**

## أولًا: حكم بيع ملك الغير

**7 - في الفقه المالكي:**

يرى أغلب فقهاء المالكية[[2]](#footnote-2) أن بيع ملك الغير صحيحٌ منعقد، ولكنه يتوقف على إذن ربه، فلا ينتج أي أثر قانوني، لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير، إلا إذا أجازه من له حق إجازته، وحينئذ تتقرر صحته منذ انعقاده، وينتج جميع آثاره بأثر رجعي.

وإلى أن تتقرر هذه الإجازة فإن المالك يعتبر أجنبيًّا عن العقد، ولا يحتج به في مواجهته إلا في إحدى حالتين:

- إذا حضر العقد وسكت عن إبداء أي اعتراض من جانبه، فإن سكوته يفسر على أنه إجازة للعقد.

- إذا لم يحضر العقد، ولكنه علم به، فإنه يمهل عامًا من وقت علمه ليجيز العقد أو يرده، فإن انقضت هذه المدة دون إعلان إرادته، فسِّر سكوته على أنه إجازة للعقد، هذا بالنسبة للمالك، أما العاقدان، الفضولي والمشتري منه، فيكون البيع لازمًا لكل منهما، ولا يحق لأحدهما أن يستقل بفسخ العقد.

ويرى بعض المالكية[[3]](#footnote-3) أن بيع ملك الغير يعتبر باطلًا، فلا ينتج أي أثر لا بين الطرفين ولا في مواجهة الغير، حتى ولو أجازه المالك، أو انتقلت ملكية المبيع إلى البائع الفضولي؛ ذلك أن هذا العقد صدر عن غير ذي ولاية شرعية، والولاية الشرعية شرط من شروط انعقاد التصرف.

**8 - في الفقه الحنفي:**

لا خلاف بين جمهور فقهاء الأحناف[[4]](#footnote-4) في اعتبار بيع ملك الغير عقدًا صحيحًا؛ لتوافر أركانه وشرائط انعقاده، غير أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك، الذي يعتبر أجنبيًّا عن العقد، فإن أجازه نفذ العقد وأنتج كل آثاره من لحظة انعقاده، وإن رده انفسخ، أما إذا سكت عن الإجازة والرد فإن العقد يظل موقوفًا، ولا يحتج به في مواجهته.

هذا بالنسبة للمالك، أما العاقدان، الفضولي البائع والمشتري منه، فلكل منهما مُكنةُ فسخ هذا العقد، ما دام المالك لم يتدخل بالإجازة، حتى يخرج من حالة الجمود الناجمة عن التوقف.

وإنما يكون بيع ملك الغير موقوفًا إذا توافر شرطان أولهما محل وفاق، والآخر محل خلاف.

فالشرط الأول: أن يكون لذلك العقد مجيزٌ وقت إنشائه، كأن يبيع عقار رشيد، فإذا لم يكن له مجيز، كأن يبيع عقار صغير بغبن فاحش، فإن العقد يعتبر باطلًا.

والشرط الثاني: أن يبيع ملك الغير لحساب مالكه، فإن باعه على أنه مملوك له هو وقع البيع باطلًا، ولم ينعقد أصلًا[[5]](#footnote-5)، وهذا الشرط مختلف عليه بين الأحناف؛ حيث يرى كثير منهم أن بائع ملك الغير يعتبر فضوليًّا، ويكون عقده صحيحًا موقوفًا، يستوي في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير، أو أن يبيعه على أنه ماله هو[[6]](#footnote-6)، وهذا الرأي الأخير هو الذي يتفق مع إطلاق عبارة المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية[[7]](#footnote-7).

**9 - في القانون المدني الكويتي:**

عالج القانون المدني حكم بيع ملك الغير في موضعين:

الموضع الأول: بمناسبة الحديث عن محل الالتزام؛ حيث نص في المادة 170 على أنه: "يجوز أن يتعلق العقد بمال الغير أو بفعله، من غير أن يترتب عليه أي التزام على هذا الغير بدون رضاه".

ومقتضى هذا الجواز أن العقد ينتج آثاره في مواجهة طرفيه، فيوجب على البائع تسليم المبيع وضمانه، ونقل ملكيته إلى المشتري، ويثبت للمشتري حق طلب الفسخ، مع التعويض إن كان له محل، في حالة عجز البائع عن الوفاء بالتزاماته[[8]](#footnote-8)، لكن هذا العقد لا يلزم الشخص الذي تعلق بماله، إلا إذا رضي أن يلتزم به[[9]](#footnote-9).

والموضع الثاني: بمناسبة تنظيم عقد البيع؛ حيث نص في المادة 509 على أنه: "إذا باع شخص مالًا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع، أو أقر المالكُ البيعَ"، وهذه المادة تمثل تطبيقًا للقواعد العامة، ولما سبق أن أوردته المادة 170، "فهذا البيع لا يكون نافذًا بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره"[[10]](#footnote-10).

**10 - تقدير المبدأ الأول في ضوء هذه الأحكام:**

تكاد هذه الأحكام تتفق على أن بيع ملك الغير يعتبر عقدًا صحيحًا فيما بين طرفيه، ولكنه لا يلزم هذا الغير إلا برضاه، وعلى ذلك فلا اعتراض على هذا المبدأ؛ حيث قرر أن ملكية البائع للمبيع وقت البيع، وفقًا لنص المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية، شرط نفاذ لا شرط انعقاد، وبالتالي لا يقبل الادعاء بأن العقد باطل؛ لأن البائع "لم يكن مالكًا للمنزل المبيع في تاريخ البيع".

## ثانيًا - أثر انتقال الملكية إلى البائع

**11 - في الفقه المالكي:**

يفرق المالكية بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ملك البائع الفضولي الشيء المبيع بالإرث، فيمكنه أن يجيز العقد أو أن يرده؛ لأن حقوق المورث قد انتقلت إليه[[11]](#footnote-11).

والحالة الثانية: إذا ملك المبيع بسبب آخر غير الميراث، كأن اشتراه مثلًا، فلا يمكنه أن يختار الإجازة أو الرد، بل ينقلب العقد الموقوف إلى عقد نافذ؛ لزوال المانع من نفاذ العقد[[12]](#footnote-12).

**12 - في الفقه الحنفي:**

يفرق أكثر الأحناف[[13]](#footnote-13) بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ملك البائع الفضولي الشيء المبيع بسبب سابق على العقد، كما لو غصب شيئًا وباعه ثم ضمنه المالك، فإن العقد يصبح نافذًا؛ لأنه بالتضمين صار مالكًا من وقت الغصب، فيكون قد باع ملك نفسه.

والحالة الثانية: إذا ملك المبيع بسبب لاحق على العقد، كالميراث أو الشراء، فإن هذا العقد الموقوف يصبح باطلًا؛ ذلك أنه طرأ ملك نافذ على موقوف، فكان مبطلًا للموقوف؛ إذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد.

ويرى بعض الأحناف[[14]](#footnote-14) أن البائع الفضولي إذا تملَّك الشيء المبيع، فإن العقد الموقوف يصير نافذًا؛ لأن المانع من نفاذه، وهو احتمال عدم رضاء المالك، قد زال بكسب البائع ملكيةَ المبيع، وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية الرأي الراجح عند الأحناف، فقضَتْ ببطلان بيع ملك الغير إذا ملك البائع الشيء المبيع، وذلك بنصها في المادة 378 على أنه يشترط لصحة الإجازة "أن يكون كلٌّ من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائمًا، فإذا كان أحد المذكورين هالكًا لا تصح الإجازة".

**13 - في القانون المدني الكويتي:**

سبق أن أوردنا نص المادة 509 مدني الذي قضى بأنه: "إذا باع شخص مالًا (مملوكًا) للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع"، وكان نص المادة 381 من قانون التجارة رقم 2 لسنة 1961 يقضي بأنه: "إذا باع تاجرٌ مالَ غيره لم يتملك المشتري المبيع، غير أن البائع ملزم بتملك المبيع وتسليمه إلى المشتري، وإلا كان ملزمًا بالتعويض".

**14 - تقدير المبدأ الثاني في ضوء هذه الأحكام:**

من الواضح أن النزاع الذي فصل فيه الحكم محل التعليق يخضع لمجلة الأحكام العدلية، وقد رأينا أنها تبنت الرأي الراجح في الفقه الحنفي، فقضت ببطلان بيع ملك الغير إذا آلت ملكية الشيء المبيع إلى البائع الفضولي، وذلك باشتراطها لصحة الإجازة أن تصدر ممن كان يملكها وقت البيع، وأيلولة الملكية إلى البائع تخرج المالك الأصلي من دائرة التعاقد، فلا سبيل لحل هذا الإشكال إلا بأن يعقد المالك الجديد - إن شاء - عقدًا آخر مع المشتري، لا صلة بينه وبين العقد الأول.

ومن هذا يتضح أن ما أورده الحكم محل التعليق من أنه "إذا آلت الملكية إلى البائع.. أمكن للبيع أن ينتج أثره" يخالف القانون الواجب التطبيق، وإن كان يتفق مع ما قرره الفقه المالكي ومع ما قضى به القانون المدني، فهذا الحكم يتجاهل القاعدة الفقهية التي سادت المذهب الحنفي، واعتمدتها مذاهب أخرى[[15]](#footnote-15)، والتي تقضي بأنه: إذا طرأ ملك باتٌّ على ملك موقوف، فإنه يبطل الموقوف، وهو كذلك يخالف صريح نص المادة 378 من المجلة، التي تتطلب وجود المجيز وقت البيع ووقت الإجازة معًا؛ لأن "المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد"[[16]](#footnote-16)؛ ذلك أن البيع الصحيح النافذ، في الفقه الإسلامي، ينقل الملكية إلى المشتري من تاريخ التعاقد[[17]](#footnote-17) بجعل من الشارع، فليس للعاقد إلا إيجاد السبب الذي يحصل المسبب عنده، لا به[[18]](#footnote-18)، فإذا باع شخص ملك غيره، ثم أجاز المالك، فإن المشتري يتملك المبيع من تاريخ العقد؛ لأن الإجازة صيرت البائع وكيلًا للمالك، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وينصرف حكم العقد إلى المالك الأصلي دون البائع، وحينئذ يكون المالك قد باع شيئًا يملكه وقت التعاقد.

والأمر جد مختلف في حالة أيلولة ملكية المبيع إلى البائع الفضولي، فلو قلنا: إن البيع صار نافذًا، لترتَّب على ذلك أن المشتري يثبت حقه في المبيع من تاريخ العقد، بمعنى أنه قد ملك المبيع قبل أن يتملكه البائع "ويلزم حينئذ خروج المال من ملك البائع قبل دخوله في ملكه، وهو محال"[[19]](#footnote-19).

15 - إن الحكم محل التعليق تأثر بأحكام القانون المدني التي لا تربط، في كثير من الحالات[[20]](#footnote-20)، بين انعقاد العقد ونقل الملكية؛ ولهذا اعتبر أن أيلولة ملكية المبيع إلى بائع ملك الغير من شأنها أن تجعل البيع ينتج أثره، أو على حد تعبير المادة 509 مدني: "إذا باع شخص مالًا مملوكًا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع، أو أقر المالك البيع"، وهذه نظرة جانَبها التوفيق؛ فعقد البيع في القانون المدني ينتج أثره منذ لحظة انعقاده ودون حاجة إلى أيلولة الملكية إلى البائع، آية ذلك ما ورد في المادة 466 مدني من أنه: "إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا"، ثم إن أيلولة ملكية المبيع إلى بائع ملك الغير لا تكفي بمجردها لنقل الملكية إلى المشتري؛ ذلك أن المادة 890 مدني قد نصت على أنه: "إذا كان المتصرف فيه عقارًا، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري"، وقد جرى قضاء دائرة التمييز على أنه: "إذا اشترى شخص عقارًا من شخص آخر بعقد غير مسجل، وصدر له حكم بصحة ونفاذ هذا العقد، ولم يسجل الحكم أيضًا - لا يكون مالكًا لهذا العقار، وبالتالي لا يتأتى لهذا المشتري أن يبرم عقدًا ببيع هذه العين، وإذا فعل فإن بيعه يكون غير نافذ؛ لأنه ليس مالكًا لما يبيع؛ ذلك أنه يشترط لنفاذ البيع، طبقًا لما تقضي به المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية، أن يكون البائع مالكًا لما يبيع، كما أنه يشترط لنقل الملكية تسجيل التصرف، وذلك وفقًا للمادة السابعة من المرسوم رقم 5 لسنة 1959 بقانون التسجيل العقاري، التي تقرر أن الملكية لا تنتقل بين ذوي الشأن أو بين غيرهم إلا بالتسجيل"[[21]](#footnote-21).

## ثالثًا - إجازة بيع ملك الغير

**16 - تثير هذه المسألة أمرين وردَا في الحكم محل التعليق:**

أ - من الذي يملك إجازة بيع ملك الغير؟

ب - شروط صحة الإجازة، ونستعرض كلًّا من هذين الأمرين على حدة.

**17 - أ - من الذي يملك إجازة بيع ملك الغير؟**[[22]](#footnote-22)**:**

لا يملِك إجازة بيع ملك الغير إلا من كانت له ولاية إنشاء هذا البيع في وقت التعاقد، وهو المالك الأصلي أو وليه أو وكيله، أما وارث المالك فلا يقوم مقام مورِّثه في الإجازة عند الأحناف[[23]](#footnote-23)؛ لأن الإجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث، وعند المالكية، يمكن انتقال الحقوق المتعلقة بالمال إلى الوارث[[24]](#footnote-24)، وحينئذ يملِك إجازةَ البيع الصادر من الفضولي على المال الذي انتقل إليه من مورِّثه.

وأحكام القانون المدني لا تختلف عن ذلك؛ فقد نصت المادة 509 منه على أن الملكية في بيع ملك الغير لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع، أو أقر المالك البيع[[25]](#footnote-25)، كما نصت المادة 170 منه على أن هذا البيع لا يكون نافذًا بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره، ومقتضى القواعد العامة أن يقوم مقام المالك الحقيقي في الإقرار نائبه أو خلفه العام.

**18 - تقدير ما أورده الحكم على ضوء هذه الأحكام:**

استعمل الحكم مصطلح (الإجازة) الشرعي، وأورد نصوصًا من مجلة الأحكام الشرعية تضم بين عباراتها لفظ (الإجازة)، مثل المادة 365 والمادة 368 والمادة 1452 والمادة 1453، غير أنه أضاف هذه الإجازة مرة إلى زوجة البائع، حيث قال: "وقد أجازت... تصرف زوجها المرحوم... بالبيع في نصيبها في المنزل المبيع وقدره النصف إلى المستأنف ضده بالعقد المؤرخ 19/7/1976"، وأضافها مرة أخرى إلى ورثة البائع، حيث قال: "كما أجاز ورثة المرحوم... تصرفه في نصيبه في المنزل المبيع بذات العقد إلى المستأنف ضده"، ثم رتب على إجازة الزوجة وإجازة الورثة النتيجة الآتية: "وهذه الإجازة ملزِمة لهم، وليس لهم العدول عنها؛ لأن الإجازة توكيل، عملًا بالمادة 1452 من المجلة، ولأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، عملًا بالمادة 1453 من المجلة".

ولنا أن نتساءل: ما صفة الزوجة والورثة حتى تصدر الإجازة عنهم؟

لقد رأينا أن صاحب حق الإجازة هو من كان يملك المنزل المبيع وقت البيع أو نائبه أو خلفه العام حسب رأي البعض، وقد ثبت من الوقائع أن الذي كان يملك المنزل المبيع وقت العقد المؤرخ 19/1976 هو وزارة الإسكان، وأنها ظلت مالكة لهذا المنزل حتى 16/12/1980، تاريخ تسجيل عقد البيع الصادر منها إلى البائع المرحوم (أ)، ولا نعتقد أن الحكم المذكور قد اعتبر الزوجة أو الورثة نائبًا عن وزارة الإسكان أو خلفًا عامًّا لها حتى أسند إليهم الإجازة، وأي منطق ذلك الذي يسند إجازة بيع ملك الغير إلى ورثة البائع وزوجته، فيصير هذا البائع المرحوم بعد وفاته وكيلًا لوزارة الإسكان عملًا بالمادتين 1452، 1453 من مجلة الأحكام العدلية؟!

**19 - ب - شروط صحة الإجازة:**

نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 378 على أنه: "يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائمًا، فإن كان أحد المذكورين هالكًا لا تصح الإجازة"[[26]](#footnote-26)، وقد برر الفقهاء ضرورة وجود هذه العناصر، وقت العقد ووقت الإجازة معًا، بما يلي:

**20 - وجود البائع:**

إذا باع الفضولي مال الغير، ثم أجاز المالك، صار الفضولي وكيلًا له، ورجعت إليه حقوق العقد، فيلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، وبمطالبته بالثمن، ويلزمه أن يخاصم بالعيب، فإذا مات البائع الفضولي قبل الإجازة بطل العقد، ولا يصح أن يجيزه المالك؛ لعدم وجود من تلزمه تلك الحقوق[[27]](#footnote-27).

**21 - وجود المشتري:**

إذا باع الفضولي مال الغير، ثم أجاز المالك، صار المشتري ملتزمًا بما أوجبه عليه هذا العقد، فإذا مات المشتري قبل الإجازة بطَل العقد؛ لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن[[28]](#footnote-28).

**22 - وجود المجيز:**

يشترط فقهاء الأحناف لصحة الإجازة أن يكون المجيز موجودًا حين العقد وحين الإجازة معًا، أما ضرورة وجوده حين العقد فلأنه قد يجيز فور تمام العقد، وأما ضرورة وجوده حين الإجازة فلأن الحقوق المالية المتصلة بشخص المورِّث لا تنتقل إلى الوارث، بل تسقط بموته[[29]](#footnote-29)، والواقع أن الأحناف يصِفون الإجازة بأنها تستند من جهة، وتكون إنشاءً من جهة أخرى، فأوجبوا أن يكون المالك موجودًا وقت صدور التصرف مراعاة لحق الاستناد، وأن يكون موجودًا كذلك وقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء، فإذا مات بين الوقتين لم تعُدِ الإجازة ممكنة، وحينئذ يبطُلُ العقد[[30]](#footnote-30).

**23 - وجود المبيع:**

يجب صدور الإجازة حال بقاء محل العقد؛ ليظهر أثر الإجازة في المحل، فإذا هلك قبل الإجازة بطل العقد؛ لأن الآثار لا تظهر في معدوم[[31]](#footnote-31).

**24 - تقدير الحكم محل التعليق في ضوء شروط صحة الإجازة:**

كان ينبغي على المحكمة أن تلاحظ وفاة البائع الفضولي بعد صدور عقد البيع وقبل إجازته، فتحكم ببطلان العقد، أو فسخه، وفقًا لصريح نص المادة 378 من المجلة، التي اشترطت لصحة الإجازة "أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائمًا"، ثم أكدت هذا المعنى بقولها: "فإن كان أحد المذكورين هالكًا لا تصح الإجازة"، ويتحول العقد الموقوف إلى عقد باطل.

## رابعًا - حقوق الخلف العام والتزاماته[[32]](#footnote-32)

25 - أشار الحكم محل التعليق إلى حجة يمكن الاستناد إليها في اعتبار عقد بيع ملك الغير صحيحًا نافذًا؛ وذلك بقوله: "لأن ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفًا عامًّا له، لهم ما له من حقوق بمقتضى عقد البيع، وعليهم ما عليه من التزامات بموجب ذلك العقد، فإن هم أجازوا تصرفه بالبيع في نصيبه بموجب العقد... لم يعُدْ لهم الحق في الطعن على عقد البيع بعدم نفاذه"، والواقع أن هذا القول يستدعي بعض التأمل؛ ذلك أن الفقه الإسلامي يميز بين الحقوق الناشئة من العقد، فيجعلها تنصرف إلى الوارث بعد موت المورِّث؛ لأن الوارث خلَف المورِّث في الحقوق، والديون المترتبة على العقد، فتبقى في التركة، ولا تنتقل من المورِّث إلى الوارث؛ لأن الوارث لا يخلُف مورِّثه في الديون[[33]](#footnote-33)، وقد أخذت بهذا الحكم قوانين البلاد التي تخضع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية، ومنها قانون التجارة الكويتي السابق[[34]](#footnote-34)، والقانون المدني الكويتي[[35]](#footnote-35)، وذلك تطبيقًا لمبدأ: "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، "فإذا مات العاقد، وكان من شأن العقد الذي سبق له أن أبرمه أن يحمله بالتزام معين؛ فالأصل أن يبدأ بتصفية هذا الالتزام عن طريق أدائه من أموال التركة، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة، فكأن الوارث لن يخلف سلفه في دينه، وأن الذي يخلفه فيه، في الحقيقة، هو تركته، وهذا ما أراد المشرِّع أن يتحفظ بشأنه، بقوله: "إن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام دون إخلال بأحكام الميراث"[[36]](#footnote-36).

36 - وتطبيقًا لهذا المبادئ على وقائع الدعوى، نجد أن إجازةَ الورثةِ تصرُّفَ مورِّثِهم بالبيع لا محل لها؛ لأن البيع إن كان صحيحًا نافذًا فإنه ينقل الملكية إلى المشتري دون تدخل من الورثة، وإن كان قد بطَل بموت البائع أو بتبدُّل الملك، فلن يغير من صفته تدخل الورثة بالإجازة أو بالرد، وفي هذه الحالة يرجع المشتري الثاني (جـ) على المشتري الأول (ب) بالثمن الذي دفعه له، فيرجع المشتري الأول (ب) على تركة البائع (أ) بما كان قد أداه إليه.

**37 - خاتمة:**

يتضح مما تقدم أن الحكم محل التعليق قد خالف مجلة الأحكام العدلية (القانون الواجب التطبيق) في عدة أمور جوهرية:

أ - فقد اعتبر أيلولة ملكية المبيع إلى بائع ملك الغير تجعل العقد الموقوف عقدًا صحيحًا نافذًا.

ب - ومنح ورثة البائع حق إجازة عقد بيع ملك الغير الصادر من مورثهم، ثم جعل هذه الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة.

جـ - ولم يلتفت إلى الأثر المترتب على وفاة بائع ملك غيره، قبل صدور الإجازة.

د - وقرر انتقال الالتزامات الناجمة عن عقد بيع ملك الغير إلى الخلف العام للبائع.

38 - **وما كان الحكم ليصل إلى هذه النتيجة**، التي اتفقت عليها درجات التقاضي الثلاث، إلا سعيًا وراء تحقيق العدالة وإقامة توازن بين المصالح المتعارضة؛ فقد جرى العمل في الكويت على أن يبيع أصحاب القسائم قسائمهم للغير بمجرد أن يثبت حقهم فيها، ولو لم يجرِ تعيينها لهم أو تسجيل عقود ملكيتها باسمهم، وقد حدث غير مرة أن البائع كان يتوفى، فيمتنع ورثته من تسجيل العقار، أو يبيعونه بعقد مسجل لمشترٍ جديد، فيثور النزاع، ويبحث كل طرف عن سند يدعَم ادعاءَه، سواء أكان ذلك من مجلة الأحكام العدلية أم من موادِّ قانون التجارة رقم (2) لسنة 1961، ولعلنا لا نعدو الصواب إن قلنا: إن الحكم محل التعليق، وهو بسبيل تحقيق العدالة، قد خالف منطوق نصوص مجلة الأحكام العدلية ومفهومها، كما هجر الرأي الراجح في المذهب الحنفي، وهو ما يتعين الأخذ به[[37]](#footnote-37) لتفسير ما غمض من نصوصها، أو لتكملة ما نقص من أحكامها.

39 - **ولقد أحسن القانون الكويتي صنعًا** عندما قرر العودة إلى ما كان عليه العمل في الكويت، قبل تطبيق مجلة الأحكام العدلية، وتبنى ما استقر عليه رأي المالكية[[38]](#footnote-38)، وذلك بنصه في المادة 509 من القانون المدني على أنه: "إذا باع شخص مالًا (مملوكًا) للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع".

40 - **وهذا الذي ذهب إليه القانون المدني الكويتي هو ما أخذت به غالبية التشريعات المدنية التي استمدت أحكامها من الفقه الإسلامي**، أو تقررت قواعدها وفقًا لمبادئه، نجد ذلك في المادة 136 من القانون المدني العراقي، وفي المادة 227/4 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، وفي المادة 606 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وهذه نظرة ثاقبة تغلِّبُ روح الفقه الإسلامي ومقاصده على مقتضيات الصناعة الفنية التي اشتهر بها الفقه الحنفي، فمن القواعد الفقهية المقررة أن "مَن سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيُه مردود عليه"، فإذا تم أمر من قِبَل أحد، فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في إبطال ما كان قد أتمه[[39]](#footnote-39)، وقد نص الفقهاء على أنه: إذا باع شخص أو اشترى، ثم ادعى أنه كان فضوليًّا، وأن المالك أو المشتري لم يُجِزِ العقدَ، لم يسمع ذلك منه[[40]](#footnote-40).

**الفهرس**

[المحكمة 2](#_Toc441912212)

[التعليق 6](#_Toc441912213)

[أولًا: حكم بيع ملك الغير 9](#_Toc441912214)

[ثانيًا - أثر انتقال الملكية إلى البائع 12](#_Toc441912215)

[ثالثًا - إجازة بيع ملك الغير 15](#_Toc441912216)

[رابعًا - حقوق الخلف العام والتزاماته 18](#_Toc441912217)

1. )) محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز - جلسة 25/6/1984، مجلة القضاء والقانون، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، الكويت: أكتوبر 1987. [↑](#footnote-ref-1)
2. )) ابن رشد، بداية المجتهد، القاهرة دون تاريخ، ج2، ص141، الدردير، الشرح الكبير القاهرة دون تاريخ، جـ3، ص12، الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، القاهرة 1947، جـ2، ص5، القرافي، الفروق، القاهرة 1344هـ، جـ3، ص242، ابن جزي، القوانين الفقهية، بيروت 1968، ص245 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة 1967، جـ4، ص189، عبدالرازق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، القاهرة 1969، ص181/182. [↑](#footnote-ref-2)
3. )) القرافي، الفروق، جـ3، ص242، ابن الشيخ حسين، تهذيب الفروق، على هامش الفروق للقرافي، جـ3، ص240. [↑](#footnote-ref-3)
4. )) السرخسي، المبسوط، القاهرة 1324هـ، جـ13، ص153، الكاساني، بدائع الصنائع، القاهرة 1910، جـ5، ص148، ابن نجيم، البحر الرائق، الطبعة الأولى، جـ6، ص160، ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، القاهرة 1300هــ، جـ1، ص227، ابن عابدين، رد المحتار، إستانبول 1324هـ، جـ4، ص209، ابن الهمام، فتح القدير، بولاق مصر، 1315هـ، جـ5، ص184، السنهوري، المرجع السابق، جـ4، ص184، عبدالرازق فرج، المرجع السابق، ص177، علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، القاهرة 1949، ص123، محمد زكي عبدالبر، العقد الموقوف، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة: مارس/ يونيو 1955، ص109 وما بعدها، محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع، الكويت 1974، ص152/153، ص163 - 168. [↑](#footnote-ref-4)
5. )) ابن نجيم، المرجع السابق، ص150: "... لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلًا، كما في البدائع". [↑](#footnote-ref-5)
6. )) ابن عابدين المرجع السابق، ص210/211. [↑](#footnote-ref-6)
7. )) م368 مجلة: "البيع الذي يتعلق به حق آخر - كبيع الفضولي وبيع المرهون - ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الآخر". [↑](#footnote-ref-7)
8. )) عبدالفتاح الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، 1983 جـ1، ص402 - 405. [↑](#footnote-ref-8)
9. )) منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، الكويت 1983/ 1984، ص118. [↑](#footnote-ref-9)
10. )) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في تعليقها على المادة 509، وانظر في عدم النفاذ:

    These, paris 1929 - Bastian Essai d, une theorie generale de I inoppsabilite. -

    Duclas Lopposbilite (Essai d, un eth eorie generaie), paris 1984. –ponsard et Blaondel, Nullite, in: Rep,dr. civ.,2 edition, No 14 - 17. [↑](#footnote-ref-10)
11. ( (الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة د. ت، جـ3، ص11. [↑](#footnote-ref-11)
12. (( الدسوقي، المرجع السابق، نفس الموضع. [↑](#footnote-ref-12)
13. (( السرخسي، المبسوط، جـ11، ص65، ابن الن2همام، فتح القدير، جـ5، ص314، ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، جـ1، ص322/ 323، الفتاوى الهندية، القاهرة د. ت، جـ3، ص111. [↑](#footnote-ref-13)
14. (( ابن عابدين، رد المحتار، جـ4، ص220. [↑](#footnote-ref-14)
15. (( النووي، المجموع، القاهرة، د. ت، جـ9، ص283: "لو باع ملك الغير، ثم ملكه البائع وأجاز، لم ينفُذ قطعًا"، ابن قدامة، المغني، طبعة المنار، جـ6، ص475، التستري، مقابس الأنوار، ص134، الميرزا النائني، منية الطالب، جـ1، ص267؛ ذكرهما: عبدالهادي الحكيم في: عقد الفضولي، بغداد 1969، على الآلة الكاتبة، ص149، ص152. [↑](#footnote-ref-15)
16. (( النووي، المجموع، نفس الموضع السابق. [↑](#footnote-ref-16)
17. ( (الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص233، وانظر: المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية. [↑](#footnote-ref-17)
18. ( (الشاطبي، الموافقات، القاهرة د. ت، جـ1، ص196. [↑](#footnote-ref-18)
19. (( التستري، مقابس الأنوار، نفس الموضع السابق. [↑](#footnote-ref-19)
20. ( (انظر المواد: 170، 204، 463، 464، 466، 509، 888، 889، 890، من القانون المدني. [↑](#footnote-ref-20)
21. (( حكم دائرة التمييز رقم 4/ 1972 مدني، الصادر بتاريخ 16/ 5/ 1973، مجلة المحامي، عدد 7، الكويت: يناير 1974. [↑](#footnote-ref-21)
22. (( الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص151، ابن عابدين، رد المحتار، جـ4، ص 142، ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، جـ1ـ ص314، الدسوقي، المرجع السابق، جـ3، ص11، القرافي، الفروق، جـ3، ص275/ 276. [↑](#footnote-ref-22)
23. ( (الكاساني المرجع المتقدم، جـ5، 151، ابن قاضي سماونة، نفس المرجع، جـ1، ص314. [↑](#footnote-ref-23)
24. (( الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، جـ3، ص11، القرافي، الفروق، جـ3، ص275/ 276. [↑](#footnote-ref-24)
25. (( يستخدم فقهاء الشريعة لفظ "الإجازة" بمعنى إمضاء العاقد تصرفًا كان قد أبرمه بنفسه، كما لو كان ناقص الأهلية حين العقد، وبمعنى إضافة عقد لم يكن طرفًا فيه إلى نفسه، مثل إجازة المالك تصرف الفضولي؛ لأن حكم العقد في الحالتين واحد، وهو وقف التصرف، أما القانون فإنه يستخدم لفظ "الإجازة Contirmation" للدلالة على أن أحد العاقدين أراد تصحيح العقد الذي كان طرفًا فيه، كما لو كان ناقص الأهلية حين العقد، ويستخدم لفظ "الإقرار Ratification" للدلالة على أن من لم يكن طرفًا في عقد صحيح أراد أن يجعل هذا العقد ساريًا في حقه بعد أن كان من الغير، مثل إقرار المالك تصرف الفضولي (السنهوري، نظرية العقد، القاهرة 1934، ص665، والمراجع التي أشار إليها). [↑](#footnote-ref-25)
26. ( (علي حيدر، درر الحكام، جـ1، ص342 – 3ن247. [↑](#footnote-ref-26)
27. (( الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص151، المرغيناني، الهداية، القاهرة د. ت، جـ3، ص51، الفتاوى الهندية، جـ3، ص152. [↑](#footnote-ref-27)
28. ( (ابن الهمام، فتح القدير، جـ5، ص311/ 312. [↑](#footnote-ref-28)
29. ( (المرغيناني، الهداية، نفس الموضع السابق، الفتاوى الهندية، نفس الموضع. [↑](#footnote-ref-29)
30. (( السنهوري، مصادر الحق، جـ5، ص63. [↑](#footnote-ref-30)
31. (( الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص264، قاضي خان، الفتاوى الخانية، القاهرة د. ت، ج2، ص144. [↑](#footnote-ref-31)
32. ( (عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، باعتناء الدكتور محمد الألفي، الكويت 1982، ص827 وما بعدها، عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق المتقدم، القاهرة 1968، جـ5، ص59 وما بعدها، عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، مقارنًا بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، الكويت 1976، ص324 وما بعدها، وانظر مقالًا للشيخ علي الخفيف بعنوان: تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة 1940، ص515 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-32)
33. (( علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة، ص 153 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-33)
34. ( (المادة 141 تجاري قديم: "ينصرف أثر العقد إلى العاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث". [↑](#footnote-ref-34)
35. (( المادة 301/ 1 مدني: "تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بأحكام الميراث". [↑](#footnote-ref-35)
36. ( (عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص 324/ 325. [↑](#footnote-ref-36)
37. ( (انظر رأيًا مخالفًا يقرر الأخذ بمذهب الإمام مالك، وتطبيقه على المعاملات المدنية التي لم تنظمها المجلة، بحسبانه القانون العام، (محمود عبدالرحمن السيسي، من المجلة العدلية إلى التشريع الكويتي الحديث، مجلة المحامي، العدد السادس، الكويت مارس 1973، ص88/89). [↑](#footnote-ref-37)
38. (( انظر فيما سبق: الفقرة رقم 11. [↑](#footnote-ref-38)
39. (( المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية، وانظر: السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص280 علي حيدر، درر الحكام، بيروت/ بغداد، د. ت، جـ1، 87/ 88، مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دمشق 1964، 1009/ 1010. [↑](#footnote-ref-39)
40. (( الحصكفي، الدر المختار، إستانبول 1324هـ، باب الفضولي من كتاب البيع وغيره، وانظر: أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، 1983، ص407. [↑](#footnote-ref-40)