

التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه

تعليق على حكم دائرة التمييز بحكمة الاستئناف العليا
في الطعن رقم: ١٩٨٤/٧ مدي بتاريخ ١٩٨٤/٦/٢٥

الدكتور محمد جبر الالفي

استاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

المحكمة^(١)

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة - وبعد المداولة.

وحيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه والأوراق -
تتحصل في أن المطعون ضده اقام الدعوى رقم ١٩٨٢/٢٦٨١ تجاري ومدني
كلي حكومة ضد ورثة المرحوم ... (الطاعنين وآخرين) وضد ... طالبا
الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٧٦/٧/١٩ المتضمن بيع
مورث الطاعنين المرحوم ... عن نفسه وبصفته نائبا عن زوجته الطاعنة
الاولى الى ... المنزل الموضح بذلك العقد وبصحة ونفاذ عقد البيع العرفي
المؤرخ ١٩٧٩/٦/٢٤ المتضمن بيع الاخير له المنزل سالف الذكر - ردت
الطاعنة الاولى على الدعوى بأن مورثها لا يملك الا 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

(١) محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٥. مجلة القضاء والقانون، السنة
الثانية عشرة، العدد الثاني، الكويت: أكتوبر ١٩٨٧.

١٩٨٣/٣/٣٠ قضت المحكمة بتوجيه اليمين - لم تحضر الطاعنة في الجلسة المحددة للحلف - بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٣ قضت محكمة أول درجة باجابة المطعون ضده لطلباته - استأنف الطاعنان الاولان ذلك الحكم ولم يختصما سوى المطعون ضده وقيد استئنافهما برقم ١٩٨٣/١٤٠ كما استأنفه الطاعن الثالث مختصما المطعون ضده فقط وقيد استئنافه برقم ١٩٨٣/١٦٩ - تقرر ضم الاستئنافين - بتاريخ ١١/١/١٩٨٤ قضت محكمة الاستئناف العليا (الدائرة المدنية) في الاستئناف رقم ١٩٨٣/١٤٠ مدني بسقوط حق المستأنفين في الطعن بالاستئناف - وفي الاستئناف رقم ١٩٨٣/١٦٩ 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 اختصاص البائع للمطعون ضده .

وحيث أنه لما كان من المقرر ان الخصومة في الطعن لا تكون الا بين من كانوا خصوما أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وأنه لا يكفي لاعتبار الشخص طرفا في الحكم أن يكون قد اختصم امام محكمة أول درجة دون أن يختصم في الاستئناف وكان الثابت من الاوراق أن الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية اقتضت على الطاعنين والمطعون ضده دون بما لا يجوز معه اختصاص هذا الاخير عند الطعن بالتمييز ولما كان الطعن قد وجه الى من كان خصما في الحكم المطعون فيه واستوفى أوضاعه الشكلية فإنه يكون مقبولا شكلا .

وحيث أن الطعن أقيم على خمسة أسباب ينعي بها الطاعنون على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق والخطأ في تطبيق القانون - وفي بيان السبب الأول منها تقول الطاعنة الاولى ان الحكم قضى بسقوط حقها في الاستئناف محتسبا ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم المستأنف في حين أنه بصدر حكم محكمة أول درجة بتاريخ ١٩٨٣/٣/٣٠ بقبول توجيه اليمين الحاسمة لها يكون قد انقطع سير الجلسات سيرا متسلسلا ويكون من حقها الطعن بالاستئناف من تاريخ اعلانها بالحكم المستأنف وليس من تاريخ صدوره كما ذهب إلى ذلك الحكم المطعون فيه إذ أنها لم تحضر بعد

حكم اليمين ولم تقدم مذكرة بدفاعها.

وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن المادة ١٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أنه «يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره مالم ينص القانون على غير ذلك، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ اعلان الحكم الى المحكوم عليه في الاحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك اذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد امتناع سيرها سيرا متسلسلا لاي سبب من الاسباب . . .» بما مفاده أن بدء ميعاد الطعن في الحكم منوط كأصل عام بالنطق به وأن المشرع إنما استثنى الاحكام التي لا تعتبر حضورية والاحكام التي افترض فيها المشرع جهل المحكوم عليه بالخصومة فيها ومنها حالة انقطاع تسلسل الجلسات لاي سبب من الاسباب (كأن يصادف يوم الجلسة التي كانت محددة اصلا للنطق بالحكم يوم عطلة رسمية مثلا) ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ومن الاوراق أن الطاعنة الاولى حضرت بشخصها أمام محكمة أول درجة جلسة ١٩٨٢/١١/١٠ وكان تسلسل الجلسات أمام تلك المحكمة لم ينقطع إلى أن اصدرت الحكم المستأنف وكان صدور حكم بتوجيه اليمين الحاسمة للطاعنة الاولى ليس من شأنه أن ينقطع به تسلسل الجلسات، فإن الحكم المطعون فيه إذ احتسب ميعاد الطعن باستئناف من الطاعنة الاولى من تاريخ النطق بالحكم المستأنف يكون صحيحا ويكون النعي عليه في هذا الشأن في غير محله.

وحيث أن مبنى النعي بالسببين الثاني والثالث ان حكم محكمة أول درجة اعتبر تخلف الطاعنة الأولى عن حضور الجلسة المحددة لحلف اليمين نكولا منها، في حين أن النكول يتعين أن يكون صريحا برفضها أمام مجلس القضاء كما أنها نازعت في صحة اعلانها بحكم اليمين فضلا عن أن ادعاء المطعون ضده يخالف الظاهر إذ أنها لم تفوض زوجها في البيع وأنكرته بما كان يتعين معه عدم قبول توجيه اليمين لها.

وحيث أن هذا النعي غير مقبول ذلك ان 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 الطاعة الاولى في الطعن عليه بالاستئناف.

وحيث أن مبنى الطعن بالسببين الرابع والخامس ان الحكم المطعون فيه قضى برفض الاستئناف رقم ١٦٩/١٩٨٣ المرفوع من الطاعن الثالث على أساس أن الورثة البالغ أجازوا عقد البيع وان هذه الاجازة ملزمة لهم ولا يجوز العدول عنها، في حين ان الطاعنة الاولى زوجة المورث البائع لم تجز هذا البيع وانكرته كما لم يجزه الورثة القصر أو الطاعن الثالث . . . كما ان ملكية منزل النزاع لم تؤل الى مورث الطاعنين الا في ١٩٨٠ بموجب عقد مسجل بالشراء من وزارة الاسكان ولم يكن مالكا للمنزل المبيع في تاريخ البيع في ١٩٧٦ - بما يترتب عليه بطلان عقد البيع طبقا لما تنص عليه مجلة الاحكام العدلية ولو اجازة ورثة البائع طالما أنه وقع غير نافذ منذ لحظة ابرامه.

وحيث أن هذا النعي مردود ذلك ان ملكية البائع للمبيع وقت البيع وفقا لنص المادة ٣٦٥ من مجلة الاحكام العدلية شرط نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحا موقوفا على اجازة المالك، باعتبار بائع ملك غيره فضوليا - ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد والمكمل بالحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على أن البيع لا يبطل لمجرد كونه واردا على ملك الغير وانه إذا آلت الملكية الى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع أمكن للبيع أن ينتج أثره، وان ملكية المنزل المبيع قد آلت الى البائع مورث الطاعنين بموجب عقد البيع المسجل في ١٦/١٢/١٩٨٠ وأضاف الحكم المطعون فيه الى ذلك قوله « وحيث أن الثابت من الاقرايين المؤرخين ٢٦/٨/٨١، ١٤/٥/٨٢ المقدمين لمحكمة أول درجة بجلسة ١٩/١/٨٣ من ادارة شئون القصر ان الورثة البالغ ومن بينهم ابنه المستأنف في الاستئناف رقم ١٦٩/٨٣ مدنى (الطاعن الثالث) اجازوا عقد البيع الصادر منه الى المستأنف ضده (المطعون ضده) بتاريخ ١٩/٧/١٩٧٦ وطلبوا من ادارة شئون القصر نقل ملكية البيت المبيع الى المستأنف ضده ومن ثم فإنه ليس لاي من هؤلاء الورثة

حق المجادلة في هذا العقد والطعن عليه وفقا لاحكام المجلة ذلك لأن المادة ٣٦٨ من المجلة تنص على أن «المبيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على اجازة ذلك الآخر» وقد اجازت (الطاعنة الاولى) تصرف زوجها المرحوم بالبيع في نصيبها في المنزل المبيع وقدره النصف الى المستأنف ضده بالعقد المؤرخ ١٩٧٦/٧/١٩ كما أجاز ورثة المرحوم تصرفه في نصيبه في المنزل بالبيع بذات العقد الى المستأنف ضده بموجب الاقرايين المؤرخين ٨١/٨/٢٦ ، ٨٢/٥/١٤ سالفى البيان وهذه الاجازة ملزمة لهم وليس لهم العدول عنها لان الاجازة توكيل عملا بالمادة ١٤٥٢ من المجلة ولان الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة عملا بالمادة ١٤٥٣ من المجلة ولان ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه وباعتبارهم خلفا عاما له لهم ماله من حقوق بمقتضى حق البيع وعليهم ما عليه من التزامات بموجب ذلك العقد فان هم اجازوا 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 - سائغا ومن شأنه أن يؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها بغير خطأ في تطبيق القانون ولا مخالفة فيه للثابت بالاوراق فان النعي عليه يكون على غير اساس .

وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

التعليق

١- مر التشريع الكويتي لأحكام بيع ملك الغير بمراحل ثلاث:
١- فقد كان مذهب الإمام مالك، قبل ١٩٣٨/٧/٢، هو القانون العام الواجب التطبيق على كافة المسائل، من عبادات ومناكحات ومعاملات وعقوبات.

ب- وابتداء من ١٩٣٨/٧/٢، كانت مجلة الأحكام العدلية تطبق فيما نصت عليه من أحكام لم تعدل أو تلغ.

ج- وأخيراً صدر القانون المدني الكويتي، وعمل به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١.

٢- 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 خاضعاً لمجلة الأحكام العدلية.

٣- لذا يحسن، 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.

٤- الوقائع المتعلقة ببيع ملك الغير:

أ- باع المرحوم «أ» إلى «ب» منزلاً بعقد عرفي مؤرخ ١٩٧٦/٧/١٩، باعتباره أصيلاً فيما يتعلق بنصف المنزل، وبصفته نائباً عن زوجته فيما يتعلق بالنصف الآخر. وقد قام «ب» ببيع هذا المنزل الذي اشتراه إلى «ج» بعقد عرفي مؤرخ ١٩٧٩/٦/٢٤.

ب- بعد وفاة «أ» أقام «ج» الدعوى رقم ١٩٨٢/٣٦٨١ تجاري ومدني كلي حكومة، ضد زوجة المرحوم «أ» وورثته وضد «ب» طالبا الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٧٦/٧/١٩، وبصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٧٩/٦/٢٤، الواردين على المنزل المبيع.

ج- ردت زوجة المرحوم «أ» على هذه الدعوى بأنها لم تفوض زوجها في بيع

نصف المنزل - المملوك لها - إلى «ب»، وحينئذ طلب «ج» توجيه اليمين الحاسمة لها، فقضت المحكمة بتوجيه اليمين، غير أن الزوجة لم تحضر الجلسة المحددة للحلف، فقضت محكمة أول درجة بإجابة «ج» لطلباته .
د - استأنفت زوجة المرحوم «أ» وورثته هذا الحكم، كما استأنفته «ب»، وقد أثار المستأنفون عدة أسباب يهمنها منها في هذا المجال ما يلي:

١ - لم تفوض الزوجة زوجها المرحوم «أ» ببيع نصيبها في المنزل وأنكرته بما كان يتعين معه عدم قبول توجيه اليمين لها .
٢ - لئن كان بعض الورثة قد أجاز عقد البيع، إلا أن البعض الآخر لم يجزه .

٣ - لم يكن المرحوم «أ» يملك المنزل المبيع في تاريخ البيع سنة ١٩٧٦، وإنما آلت إليه ملكيته بالشراء من وزارة الإسكان بموجب عقد البيع المسجل في ١٦/١٢/١٩٨٠، بما يترتب عليه بطلان عقد البيع طبقاً لما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية .

هـ - قضت محكمة الاستئناف العليا «الدائرة المدنية» بتاريخ ١١/١/١٩٨٤ برفض الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف، بناء على ما يلي:

١ - إن ملكية البائع للمبيع وقت البيع وفقاً لنص المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية شرط نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، باعتبار بائع ملك غيره فضولياً .
٢ - إن البيع لا يبطل لمجرد كونه وارداً على ملك الغير، وأنه إذا آلت الملكية إلى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع أمكن للبيع أن ينتج أثره .
٣ - إن ملكية المنزل المبيع قد آلت إلى البائع المورث بموجب عقد البيع المسجل في ١٦/١٢/١٩٨٠ . كما أن الورثة البالغ أجازوا عقد البيع الصادر من مورثهم، وطلبوا من إدارة شئون القصر نقل ملكية المنزل المبيع إلى المشتري . كذلك أجازت الزوجة تصرف زوجها المرحوم «أ» في نصيبها في المنزل المبيع وقدره النصف .

٤ - الإجازة توكيل عملاً بالمادة ١٤٥٢ من مجلة الأحكام العدلية، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة عملاً بالمادة ١٤٥٣ من المجلة .

٥ - إن ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفاء عاماء له، لهم ماله من حقوق بمقتضى عقد 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.

و- طعنت زوجة المرحوم «أ» وورثته في حكم الاستئناف بطرق التمييز «طعن رقم: ١٩٨٤/٧ مدني»، وقد أقيم الطعن على خمسة أسباب لا يهمنها منها في هذا المجال سوى الطعن بالسبيين الرابع والخامس اللذين بنيا على الخطأ في تطبيق القانون، بناء على أنه:

١ - لم تجز زوجة المرحوم «أ» البيع الصادر من زوجها في نصيبها في المنزل وقدره النصف.

٢ - إجازة الورثة غير ملزمة، لأن بعض البالغ قد أجاز البيع الصادر من مورثهم بينما لم يجزه البعض الآخر، أما الورثة القصر فإنهم لم يجيزوا البيع.

٣ - لم يكن المرحوم «أ» يملك المنزل المبيع في تاريخ البيع سنة ١٩٧٦، وإنما آلت إليه ملكيته في سنة ١٩٨٠، مما يترتب عليه بطلان عقد البيع طبقاً لما تنص عليه مجلة الأحكام العدلية.

ز- بجلسة ١٩٨٤/٦/٢٥ رفضت دائرة التمييز هذا الطعن، لأن ما أورده حكم الاستئناف يعتبر سائغاً ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها بغير خطأ في تطبيق القانون، ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق. وبناء على ذلك فإن النعي عليه يكون على غير أساس.

٥ - المبادئ القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير:

أ- إن ملكية البائع للمبيع وقت البيع، وفقاً لنص المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية، شرط نفاذ لا شرط انعقاد، ومن ثم فإن بيع ملك الغير يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك، باعتبار بائع ملك غيره فضولياً.

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

ج- إذا أجاز ورثة بائع ملك غيره عقد البيع الصادر منه، فليس لأي منهم حق المجادلة في هذا العقد والطعن عليه، وفقاً لأحكام المجلة، ذلك لأن

المادة ٣٦٨ من المجلة تنص على أن «المبيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على إجازة ذلك الآخر» . . ولأن الإجازة توكيل عملا بالمادة ١٤٥٢ من المجلة، ولأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة عملا بالمادة ١٤٥٣ من المجلة.

د- إن ورثة بائع ملك الغير، بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفا عاما له، لهم ماله من حقوق بمقتضى عقد 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.

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

أولا - حكم بيع ملك الغير

٧- في الفقه المالكي:

يرى أغلب فقهاء المالكية^(٢) أن بيع ملك الغير صحيح منعقد، ولكنه يتوقف على إذن ربه، فلا ينتج أي أثر قانوني، لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير، إلا إذا أجازته من له حق إجازته، وحينئذ تنقضي صحته منذ انعقاده وينتج جميع آثاره بأثر رجعي.

وإلى أن تنقضي هذه الإجازة فإن المالك يعتبر اجنبيا عن العقد ولا يحتاج به في مواجهته إلا في إحدى حالتين:

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

(٢) ابن رشد، بداية الجتهاد، القاهرة دون تاريخ، ج ٢، ص ١٤١. الدردير، الشرح الكبير القاهرة دون تاريخ، ج ٣، ص ١٢، الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل، القاهرة ١٩٤٧، ج ٢، ص ٥. القرافي، الفروق، القاهرة ١٣٤٤ هـ، ج ٣، ص ٢٤٢، ابن جزى، القوانين الفقهية، بيروت ١٩٦٨، ص ٢٤٥ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة ١٩٦٧، ج ٤، ص ١٨٩. عبدالرازق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، القاهرة ١٩٦٩، ص ١٨١ / ١٨٢.

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

ويرى بعض المالكية^(٣) أن بيع ملك الغير يعتبر باطلا، فلا ينتج أي أثر لا بين الطرفين ولا في مواجهة الغير، حتى ولو أجازاه 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.

٨- في الفقه الحنفي:

لا خلاف بين جمهور فقهاء الأحناف^(٤) في اعتبار بيع ملك الغير عقدا صحيحا، لتوافر أركانه وشرائط انعقاده، غير أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك، الذي يعتبر أجنبيا عن العقد، فإن أجازاه نفذ العقد وأنتج كل آثاره من لحظة انعقاده، وإن رده انفسخ، أما إذا سكنت عن الإجازة والرد فإن العقد يظل موقوفا، ولا يحتاج به في مواجهته.

هذا بالنسبة للمالك، أما العاقدان، الفضولي البائع والمشتري منه، فلكل منهما مكنة فسخ هذا العقد، ما دام المالك لم يتدخل بالإجازة، حتى

(٣) القرافي، الفروق، ج ٣، ص ٢٤٢. ابن الشيخ حسين، تهذيب الفروق، على هامش الفروق للقرافي، ج ٣، ص ٢٤٠.

(٤) السرخسي، المبسوط، القاهرة ١٣٢٤ هـ، ج ١٣، ص ١٥٣. الكاساني، بدائع الصنائع، القاهرة ١٩١٠، ج ٥، ص ١٤٨. ابن نجيم، البحر الرائق، الطبعة الأولى، ج ٦، ص ١٦٠. ابن قاضي سمانو، جامع الفصولين، القاهرة ١٣٠٠ هـ، ج ١، ص ٢٢٧. ابن عابدين، رد المحتار، استنبول ١٣٢٤ هـ، ج ٤، ص ٢٠٩. ابن الهمام، فتح القدير، بولاق مصر، ١٣١٥ هـ، ج ٥، ص ١٨٤. السنهوري، المرجع السابق، ج ٤، ص ١٨٤. عبد الرازق فرج، المرجع السابق، ص ١٧٧. علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، القاهرة ١٩٤٩، ص ١٢٣. محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة: مارس/يونيو ١٩٥٥، ص ١٠٩ وما بعدها. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع، الكويت ١٩٧٤، ص ١٥٣/١٥٢، ص ١٦٣-١٦٨.

يخرج من حالة الجمود الناجمة عن التوقف.

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

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

والشرط الثاني: أن يبيع ملك الغير لحساب مالكه، فإن باعه على أنه مملوك له هو وقع البيع باطلاً ولم ينعقد أصلاً^(٥). وهذا الشرط مختلف عليه بين الأحناف، حيث يرى كثير منهم أن بائع ملك الغير يعتبر فضولياً، ويكون عقده صحيحاً موقوفاً، يستوي في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو^(٦). وهذا الرأي الأخير هو الذي يتفق مع إطلاق عبارة المادة ٣٦٨ من مجلة الأحكام العدلية^(٧).

٩- في القانون المدني الكويتي:

عالج القانون المدني حكم بيع ملك الغير في موضعين:

الموضع الأول: بمناسبة الحديث عن محل الالتزام، حيث نص في المادة ١٧٠ 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^(٨). لكن هذا العقد لا يلزم الشخص

(٥) ابن نجيم، المرجع السابق، ص ٦٥٠: «... لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع».

(٦) ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٢١٠/٢١١.

(٧) م ٣٦٨ مجلة: «البيع الذي يتعلق به حق آخر، كبيع الفضولي وبيع المرهون، ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر».

(٨) عبد الفتاح الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، ١٩٨٣ ج ١، ص ٤٠٢-٤٠٥.

الذي تعلق بماله، إلا إذا رضى أن يلتزم به^(٩).

والموضع الثاني: بمناسبة تنظيم عقد البيع، حيث نص في المادة ٥٠٩ على أنه: «إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع». وهذه المادة تمثل تطبيقاً للقواعد العامة، ولما سبق أن أوردته المادة ١٧٠، «فهذا البيع لا يكون نافذا بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره»^(١٠).

١٠- تقدير المبدأ الأول في ضوء هذه الأحكام:

تكاد هذه الأحكام تتفق على أن بيع ملك الغير يعتبر عقداً صحيحاً 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، وفقاً لنص المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية، شرط نفاذ لا شرط انعقاد. وبالتالي لا يقبل الادعاء بأن العقد باطل لأن البائع «لم يكن مالكا للمنزّل المبيع في تاريخ البيع».

ثانياً- أثر انتقال الملكية إلى البائع

١١- في الفقه المالكي:

يفرق المالكية بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ملك البائع الفضولي الشيء المبيع بالإرث، فيمكنه أن يميز العقد أو أن يردّه، لأن حقوق المورث قد انتقلت إليه^(١١).

والحالة الثانية: إذا ملك المبيع بسبب آخر غير الميراث، كأن اشتراه مثلاً، فلا يمكنه أن يختار الإجازة أو الرد، بل ينقلب العقد الموقوف إلى عقد

(٩) منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، الكويت ١٩٨٣/١٩٨٤، ص ١١٨.

(١٠) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في تعليقها على المادة ٥٠٩. وأنظر في عدم النفاذ:

- Bastian; Essai d'une théorie générale de l' inopposabilité, Thèse, Paris 1929.

Duclax; L'opposabilité (Essai d'une théorie généralé), Paris 1984. - Ponsard et

Blaondel; Nullité, in: Rép. dr. civ., 2^e édition, No 14-17.

(١١) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة د.ت، ج ٣، ص ١١.

نافذ، لزوال المانع من نفاذ العقد^(١٢).

١٢- في الفقه الحنفي:

يفرق أكثر الأحناف^(١٣) بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ملك البائع الفضولي الشيء المبيع بسبب سابق على العقد، كما لو غصب شيئاً وباعه ثم ضمنه المالك، فإن العقد يصبح نافذاً، لأنه بالتضمن صار مالكا 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 باطلاً، ذلك أنه طرأ ملك نافذ على موقوف فكان مبطلاً للموقوف، إذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد.

ويرى بعض الأحناف^(١٤) أن البائع الفضولي إذا تملك الشيء المبيع، فإن العقد الموقوف يصير نافذاً، لأن المانع من نفاذه، وهو احتمال عدم رضا المالك، قد زال بكسب البائع ملكية المبيع.

وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية الرأي الراجح عند الأحناف، فقضت ببطالان بيع ملك الغير إذا ملك البائع الشيء المبيع، وذلك بنصها في المادة ٣٧٨ على أنه يشترط لصحة الإجازة «أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة».

١٣- في القانون المدني الكويتي:

سبق أن أوردنا نص المادة ٥٠٩ مدني الذي قضى بأنه: «إذا باع شخص مالا (مملوكاً) للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع». وكان نص المادة ٣٨١ من قانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١ يقضى بأنه: «إذا باع تاجر مال غيره لم يملك المشتري المبيع، غير أن البائع

(١٢) الدسوقي، المرجع السابق، نفس الموضع.

(١٣) السرخسي، المبسوط، ج ١١، ص ٦٥. ابن الهمام، فتح القدير، ج ٥، ص ٣١٤. ابن

قاضي سماونة، جامع الفصولين، ج ١، ص ٣٢٢/٣٢٣. الفتاوى الهندية، القاهرة د.

ت، ج ٣، ص ١١١.

(١٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٤، ص ٢٢٠.

ملزم بتملك المبيع وتسليمه إلى المشتري، وإلا كان ملزماً بالتعويض».

١٤ - 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 - عقداً 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^(١٥)، والتي تقضى بأنه: إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف فإنه يبطل الموقوف. وهو كذلك يخالف صريح نص المادة ٣٧٨ من المجلد التي تتطلب وجود المجيز وقت البيع ووقت الإجازة معاً، لأن «المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد»^(١٦). ذلك أن البيع الصحيح النافذ، في الفقه الإسلامي، ينقل الملكية إلى المشتري من تاريخ التعاقد^(١٧) بجعل من الشارع، فليس للعاقدة إلا إيجاد السبب الذي يحصل المسبب عنده، لا به^(١٨). فإذا باع شخص ملك غيره، ثم أجاز المالك، فإن المشتري يملك المبيع من تاريخ العقد، لأن الإجازة صيرت البائع وكيلًا للمالك، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة،

(١٥) النووي، المجموع، القاهرة د. ت، ج ٩، ص ٢٨٣: «لو باع ملك الغير، ثم ملكه البائع وأجاز، لم ينفذ قطعاً». ابن قدامة، المغني، طبعة المنار، ج ٦، ص ٤٧٥. التستري، مقابس الأنوار، ص ١٣٤. الميرزا النائني، منية الطالب، ج ١، ص ٢٦٧؛ ذكرهما: عبد الهادي الحكيم في: عقد الفضولي، بغداد ١٩٦٩، على الآلة الكاتبة، ص ١٤٩، ص ١٥٢.

(١٦) النووي، المجموع، نفس الموضع السابق.

(١٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٣٣. وأنظر المادة ٣٦٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(١٨) الشاطبي، الموافقات، القاهرة د. ت، ج ١، ص ١٩٦.

وينصرف حكم العقد إلى المالك الأصلي دون البائع، وحينئذ يكون المالك قد باع شيئاً يملكه وقت التعاقد.

والأمر جد مختلف في حالة أيلولة ملكية المبيع إلى البائع الفضولي، فلو قلنا إن البيع صار نافذا لترتب على ذلك أن المشتري يثبت حقه في المبيع من تاريخ العقد، بمعنى أنه قد ملك المبيع قبل أن يملكه البائع «ويلزم حينئذ خروج المال من ملك البائع قبل دخوله في ملكه، وهو محال»^(١٩).

١٥- إن الحكم محل التعليق تأثر بأحكام القانون المدني التي لا ترتبط، في كثير من الحالات^(٢٠)، 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 ٥٠٩ مدني: «إذا باع شخص مالا مملوكا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع». وهذه نظرة جانبها التوفيق، فعقد البيع، في القانون المدني، ينتج أثره منذ لحظة انعقاده ودون حاجة إلى أيلولة الملكية إلى البائع، آية ذلك ما ورد في المادة ٤٦٦ 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 مستحيلا أو عسيرا». ثم إن أيلولة ملكية المبيع إلى بائع ملك الغير لا تكفي بمجرد نقل الملكية إلى المشتري، ذلك أن المادة ٨٩٠ مدني قد نصت على أنه: «إذا كان المتصرف فيه عقارا، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري». وقد جرى قضاء دائرة التمييز على أنه: «إذا اشترى شخص عقارا من شخص آخر بعقد غير مسجل، وصدر له حكم بصحة ونفاذ هذا العقد ولم يسجل الحكم أيضا، لا يكون مالكا لهذا العقار، وبالتالي لا يتأتى لهذا المشتري أن يبرم عقدا ببيع هذه العين، وإذا فعل فإن بيعه يكون غير نافذ لأنه ليس مالكا لما يبيع، ذلك أنه يشترط لنفاذ البيع، طبقا لما تقتضيه المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية، أن

(١٩) التستري، مقابس الأنوار، نفس الموضع السابق.

(٢٠) أنظر المواد: ١٧٠، ٢٠٤، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٦، ٥٠٩، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠ من القانون المدني.

يكون البائع مالكا لما يبيع، كما أنه يشترط لنقل الملكية تسجيل التصرف، وذلك وفقا للمادة السابعة من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري، التي تقرر أن الملكية لا تنتقل بين ذوي الشأن أو بين غيرهم إلا بالتسجيل»^(٢١).

ثالثا- إجازة بيع ملك الغير

١٦- تثير هذه المسألة أمرين وردا في الحكم محل التعليق:
أ- من الذي يملك إجازة بيع ملك الغير.
ب- شروط صحة الإجازة، ونستعرض كلا من هذين الأمرين على حدة.

١٧- أ- من الذي يملك إجازة بيع ملك الغير:^(٢٢)
لا يملك 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 مورثه في الإجازة، عند الأحناف^(٢٣)، لأن الإجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث. وعند المالكية، يمكن انتقال الحقوق المتعلقة بالمال إلى الوارث^(٢٤)، وحينئذ يملك إجازة البيع الصادر من الفضولي على المال الذي انتقل إليه من مورثه.

وأحكام القانون المدني لا تختلف عن ذلك، فقد نصت المادة ٥٠٩ منه

(٢١) حكم دائرة التمييز رقم ١٩٧٢/٤ مدني، الصادر بتاريخ ١٦/٥/١٩٧٣، مجلة المحامي، عدد ٧، الكويت: يناير ١٩٧٤.

(٢٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥١. ابن عابدين، رد المحتار، ج ٤، ص ١٤٢.
ابن قاضي سمانو، جامع الفصولين، ج ١، ص ٣١٤. الدسوقي، المرجع السابق، ج ٣، ص ١١. القرافي، الفروق، ج ٣، ص ٢٧٥/٢٧٦.

(٢٣) الكاساني، المرجع المتقدم، ج ٥، ص ١٥١. ابن قاضي سمانو، نفس المرجع، ج ١، ص ٣١٤.

(٢٤) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١١. القرافي، الفروق، ج ٣، ص ٢٧٦/٢٧٥.

على أن الملكية في بيع ملك الغير لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع^(٢٥)، كما نصت المادة ١٧٠ منه على أن هذا البيع لا يكون نافذا بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره، ومقتضى القواعد العامة أن يقوم مقام المالك الحقيقي في الإقرار نائبه أو خلفه العام.

١٨- تقدير ما أورده الحكم على ضوء هذه الأحكام:
استعمل الحكم مصطلح «الإجازة» الشرعي، وأورد نصوصا من مجلة الأحكام الشرعية تضم بين عباراتها لفظ «الإجازة»، مثل المادة ٣٦٥ والمادة ٣٦٨ والمادة ١٤٥٢ والمادة ١٤٥٣. 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 ١٩٧٦/٧/١٩». 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 ملزمة لهم وليس لهم العدول عنها، لأن الإجازة توكيل عملا بالمادة ١٤٥٢ من المجلة، ولأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة عملا بالمادة ١٤٥٣ 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

(٢٥) يستخدم فقهاء الشريعة لفظ «الإجازة» بمعنى إمضاء العاقد تصرفا كان قد أبرمه بنفسه، كما لو كان ناقص الأهلية حين العقد، وبمعنى إضافة عقد لم يكن طرفا فيه إلى نفسه، مثل إجازة المالك تصرف الفضولي، لأن حكم العقد في الحالتين واحد، وهو وقف التصرف. أما القانون فإنه يستخدم لفظ «الإجازة Confirmation» للدلالة على أن أحد العاقدين أراد تصحيح العقد الذي كان طرفا فيه، كما لو كان ناقص الأهلية حين العقد. ويستخدم لفظ «الإقرار Ratification» للدلالة على أن من لم يكن طرفا في عقد صحيح أراد أن يجعل هذا العقد ساريا في حقه بعد أن كان من الغير، مثل إقرار المالك تصرف الفضولي (السنهوري، نظرية العقد، القاهرة ١٩٣٤، ص ٦٦٥ والمراجع التي أشار إليها).

المنزل المبيع وقت العقد المؤرخ ١٩٧٦/٧/١٩ هو وزارة الإسكان، وأنها ظلت مالكة لهذا المنزل حتى ١٩٨٠/١٢/١٦، تاريخ تسجيل عقد البيع الصادر منها إلى البائع المرحوم (أ)، ولا نعتقد أن الحكم المذكور قد اعتبر الزوجة أو الورثة نائبا عن وزارة الإسكان أو خلفا عاما لها، حتى أسند إليهم الإجازة! وأي منطق ذلك الذي يسند إجازة بيع ملك الغير إلى ورثة البائع وزوجته، فيصير هذا البائع المرحوم بعد وفاته وكيلا لوزارة الإسكان عملا بالمادتين ١٤٥٢، ١٤٥٣ من مجلة الأحكام العدلية ؟!

١٩- ب- شروط صحة الإجازة:

نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٧٨ على أنه: «يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما، فإن كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة»^(٢٦). وقد برر الفقهاء ضرورة وجود هذه العناصر، وقت العقد ووقت الإجازة معا، بما يلي:

٢٠- وجود البائع:

إذا باع الفضولي مال الغير، ثم أجاز المالك، صار الفضولي وكيلا له ورجعت إليه حقوق العقد، فيلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، وبمطالبتة بالثمن، ويلزمه أن يخاصم بالعيب. فإذا مات البائع الفضولي قبل الإجازة بطل العقد، ولا يصح أن يميزه المالك، لعدم وجود من تلزمه تلك الحقوق^(٢٧).

٢١- وجود المشتري:

إذا باع الفضولي مال الغير، ثم أجاز المالك، صار المشتري ملتزما بما أوجبه عليه هذا العقد. فإذا مات المشتري قبل الإجازة بطل العقد، لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن^(٢٨).

(٢٦) علي حيدر، درر الحكماء، ج ١، ص ٣٤٢-٣٤٧.

(٢٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥١. المرغيناني، الهداية، القاهرة د. ت، ج ٣،

ص ٥١. الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٥٢.

(٢٨) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٥، ص ٣١١/٣١٢.

٢٢- وجود المجيز:

يشترط فقهاء الأحناف لصحة الإجازة أن يكون المجيز موجودا حين العقد وحين الإجازة معا. أما ضرورة وجوده حين العقد فلأنه قد يجيز فور تمام العقد، وأما ضرورة وجوده حين الإجازة فلأن الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث لا تنتقل إلى الوارث، بل تسقط بموته^(٢٩) والواقع أن الأحناف يصفون الإجازة بأنها تستند من جهة، وتكون إنشاء من جهة أخرى. فأوجبوا أن يكون المالك موجودا وقت صدور التصرف مراعاة لحق الاستناد، وأن يكون موجودا كذلك وقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء. فإذا مات بين الوقتين لم تعد الإجازة ممكنة، وحينئذ يبطل العقد^(٣٠).

٢٣- 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^(٣١).

٢٤- 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 ببطالان العقد، أو فسخه، وفقا لصريح نص المادة ٣٧٨ من المجلة، التي اشترطت لصحة الإجازة «أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما»، ثم أكدت هذا المعنى بقولها «فإن كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة»، ويتحول العقد الموقوف إلى عقد باطل.

(٢٩) المرغيناني، الهداية، نفس الموضع السابق. الفتاوي الهندية، نفس الموضع.

(٣٠) السهوري، مصادر الحق، ج ٥، ص ٦٣.

(٣١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦٤. قاضي خان، الفتاوي الخانية، القاهرة

د. ت، ج ٢، ص ١٤٤.

رابعاً - حقوق الخلف العام والتزاماته^(٣٢)

٢٥ - أشار الحكم محل التعليق إلى حجة يمكن الاستناد إليها في اعتبار عقد بيع ملك الغير صحيحاً نافذاً، وذلك بقوله: «لأن ورثة البائع بالنسبة لنصيبه الذي باعه، وباعتبارهم خلفاً عاماً له، لهم ماله من حقوق بمقتضى عقد 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». والواقع أن هذا القول يستدعي بعض التأمل، ذلك أن الفقه الإسلامي يميز بين الحقوق الناشئة من العقد، فيجعلها تنصرف إلى الوارث بعد موت المورث، لأن الوارث خلف المورث في الحقوق. والديون المترتبة على العقد، فتبقى في التركة، ولا تنتقل من المورث إلى الوارث، لأن الوارث لا يخلف مورثه في الديون^(٣٣). وقد أخذت بهذا الحكم قوانين البلاد التي تخضع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية، ومنها قانون التجارة الكويتي السابق^(٣٤)، والقانون المدني الكويتي^(٣٥)، وذلك تطبيقاً 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

(٣٢) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، باعتناء الدكتور محمد الالفي، الكويت ١٩٨٢، ص ٨٢٧ وما بعدها. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق المتقدم، القاهرة ١٩٦٨، ج ٥، ص ٥٩ وما بعدها. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، مقارناً بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، الكويت ١٩٧٦، ص ٣٢٤ وما بعدها. وانظر مقالاً للشيخ على الخفيف بعنوان: تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة ١٩٤٠، ص ٥١٥ وما بعدها.

(٣٣) على الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة، ص ١٥٣ وما بعدها.

(٣٤) المادة ١٤١ تجاري قديم: «ينصرف أثر العقد إلى العاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث».

(٣٥) المادة ١/٢٠١ مدني: «تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بأحكام الميراث».

أراد المشرع أن يتحفظ بشأنه، بقوله إن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، دون إخلال بأحكام الميراث^(٣٦).

٣٦- وتطبيقا لهذه المبادئ على وقائع الدعوى، نجد أن إجازة الورثة تصرف مورثهم بالبيع لا محل لها؛ لأن البيع إن كان صحيحا نافذا فإنه ينقل الملكية إلى المشتري دون تدخل من الورثة، وإن كان قد بطل بموت البائع أو بتبدل الملك، فلن يغير من صفته تدخل الورثة بالإجازة أو بالرد. وفي هذه الحالة يرجع المشتري الثاني (ج) على المشتري الأول (ب) بالثمن الذي دفعه له، فيرجع المشتري الأول (ب) على تركة البائع (أ) بما كان قد أداه إليه.

٣٧- 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 عقدا صحيحا نافذا.

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

ج- 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.

٣٨- وما كان الحكم ليصل إلى هذه النتيجة، التي اتفقت عليها درجات التقاضي الثلاث، إلا سعيا 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 يجر تعيينها لهم أو تسجيل عقود ملكيتها باسمهم، وقد حدث غير مرة أن البائع كان يتوفى، فيمتنع ورثته

(٣٦) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٢٤/٣٢٥.

من تسجيل العقار، أو يبيعونه بعقد مسجل لمشتري جديد، فيثور النزاع، ويبحث كل طرف عن سند يدعم ادعاءه، سواء أكان ذلك من مجلة الأحكام العدلية أم من مواد قانون التجارة رقم (٢) لسنة ١٩٦١. 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^(٣٧) لتفسير ما غمض من نصوصها، أو لتكملة ما نقص من أحكامها.

٣٩- ولقد أحسن المشرع الكويتي صنعا، عندما قرر العودة إلى ما كان عليه العمل في الكويت، قبل تطبيق مجلة الأحكام العدلية، وتبنى ما استقر عليه رأي المالكية^(٣٨)، وذلك بنصه في المادة ٥٠٩ من القانون المدني على أنه: «إذا باع شخص مالا (مملوكا) للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع».

٤٠- وهذا الذي ذهب إليه القانون المدني الكويتي هو ما أخذت به غالبية التشريعات المدنية التي استمدت أحكامها من الفقه الإسلامي، أو تقررت قواعدها وفقا لمبادئه. نجد ذلك في المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي، وفي المادة ٤/٢٢٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤، وفي المادة ٦٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. وهذه نظرة ثابتة تغلب روح الفقه الإسلامي ومقاصده على مقتضيات الصناعة الفنية التي اشتهر بها الفقه الحنفي. فمن القواعد الفقهية المقررة أن «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»، فإذا تم أمر من قبل أحد، فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في إبطال ما كان قد أتمه^(٣٩). وقد نص الفقهاء على أنه: إذا باع^(٣٧) انظر رأيا مخالفا يقرر الأخذ بمذهب الإمام مالك، وتطبيقه على المعاملات المدنية التي لم تنظمها المجلة، بحسبانه القانون العام، «محمود عبدالرحمن السيبي، من المجلة العدلية إلى التشريع الكويتي الحديث، مجلة المحامي، العدد السادس، الكويت مارس ١٩٧٣، ص ٨٨/٨٩».

(٣٨) أنظر فيما سبق: الفقرة رقم ١١.

(٣٩) المادة ١٠٠ من مجلة الأحكام العدلية. وانظر: السنبوري، مصادر الحق، ج ٤، ص ٢٨٠. علي حيدر، درر الحكماء، بيروت/ بغداد، د. ت، ج ١، ٨٧/٨٨. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دمشق ١٩٦٤، ص ١٠٠٩/١٠١٠.

شخص أو اشترى، ثم ادعى أنه كان فضولياً، وأن المالك أو المشتري لم يجز العقد، لم يسمع ذلك منه^(٤٠).

(٤٠) الحصكفي، الدر المختار، استنبول ١٣٢٤ هـ، باب الفضولي من كتاب البيع وغيره.
وأنظر: أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٣، ص ٤٠٧.

