



كلية العلوم
الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

بيع ملك الغير

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

الأستاذ المشرف:

* الدكتور: منير عبد الرحمان

إعداد الطالبين:

• خينوش عادل

• بطة ريان

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الإسم واللقب
رئيسا	محمد بوضياف - المسيلة
مشرفا ومقررا	محمد بوضياف - المسيلة	د. منير عبد الرحمان
ممتحنا	محمد بوضياف - المسيلة

السنة الجامعية: 2024-2025



شكر وعرقان

قال تعالى: { وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب }

سورة هود 88.

بسم الله والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد -صلى الله عليه وسلم-

وعلى آله وصحبه ومن ولاة.

الحمد لله الذي وهب لنا التوفيق والسداد وأعاننا على إتمام هذه الدراسة.

كما نتوجه بجزيل الشكر والامتنان لأستاذنا المشرف

الدكتور: منير عبد الرحمان

لإشرافه على هذا العمل وعلى توجيهاته ونصائحه السديدة.



إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
إلى العزيز الذي أحمل اسمه فخرا وإلى القلب الذي غمرني عطفًا، إلى روح والديّ الحبيين أهدي فرحة تخرجني
راجيًا من الله أن يكون صدقة جارية عنهما.

إلى اليد الحانية التي رفعتني في كل مرحلة من حياتي، إلى أبي الثاني أهدي هذا العمل المتواضع.
إلى زوجتي الغالية إلى أبنائي الأعمام، مصدر بهجتي وسعادتي، وجودكم في حياتي هبة من الرحمان
وأنتم الأمل الذي أعيش من أجله.

إلى من يشد عضدي ويدعمني وقت ضعفي إخوتي سندي في الحياة، إلى كافة أسرتي الكريمة .
إلى من عشت معهم أجمل المحاضرات رفاقي طلاب قسم الشريعة والقانون.
إلى كل من دعمني ولو بكلمة طيبة أو ابتسامة صادقة.
أهدي لكم جميعًا هذا الجهد، وأشكر الله أنكم كنتم جزءًا من رحلتي.

خينوش عادل

إهداء

قال الله تعالى:

(وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنَاهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) الإسراء/ 24

إلى من كانت دعواتهما سر التوفيق، ورضاهما مفتاح النجاح

إلى من لم يكلاً ولم يملأ من الدعاء لي في ظهر الغيب

إلى من كانا ولا يزالان نبع العطاء الذي لا ينضب، إلى من سهر الليلي، وتحملاً المشاق من أجلي

إلى من علماني كيف أواجه الحياة بقلبٍ مؤمن وعقلٍ صابر، إلى من كان عطاؤهما بلا حدود، وتقانيهما بلا انتظار مقابل

إلى من تعبوا من أجلي، وسهروا الليلي لراحتي، إلى من أفخر دوماً بانتمائي إليهما، وأستمد من رضاهما قوتي وإصراري.

إلى أبي، سندي وملهمي في كل خطواتي الذي علمني كيف أواجه الحياة بقلبٍ قوي، وعقلٍ ناضج، وهمةٍ لا تعرف الانكسار

وإلى أمي، نبع الحنان، وقلب لا يعرف إلا الحب والتضحية التي كانت حضناً دافئاً في كل لحظة خوف، وابتسامتها كانت شمساً

لا تغيب في أيامي.

"ولو أنني أوتيت كل بلاغةٍ وأفنيتُ بحر النطق في النظم والنثر

لما كنتُ بعد القول إلا مقصراً ومعتزلاً بالعجز عن واجب الشكر"

مهما كتبتُ، ومهما عبّرت، سيبقى عطاؤكما أسمى من كل تعبير، وأعظم من كل كلمات الشكر.

أهدي إليكما هذا العمل المتواضع، عربونَ محبة ووفاء، واعترافاً بجميلٍ لا يُقدّر بثمن.

بطة ريان



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences
Non-Dominant of the College for Studies and
Student Status

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
ديانة المادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلب
الرقم: 2025/

تصريح شفهي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي (ة) أدناه :

السيد(ة): خينوش عادل

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 108561245

الصادرة بتاريخ: 2018/04/02 عن دائرة: الحمادية

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل:

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه)

عنوانها: مذكرة ماستر عنوانها: بيع ملك الغير

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسبلة في: 2025/06/12

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
Ministry of Higher Education and Scientific Research

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and
Student Affairs

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



الكلية
Faculty of Humanities and Social Sciences

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
ديانته العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2025/

تصريح شرطي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة) : بطة ريان

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم) : طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 18183535082301

الصادرة بتاريخ : 2023/03/23 عن دائرة : عين الملح

المسجل(ة) بكلية : العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم : العلوم الإسلامية

تخصص : الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل :

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه) .

عنوانها : مذكرة ماستر عنوانها: بيع ملك الغير

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

اصرح بشرطي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في، 2025/06/12

امضاء المعني (ة) :

مقدمة



مقدمة:

يعد عقد البيع من أهم العقود وأقدمها وأكثرها انتشارا وممارسة في الحياة البشرية قديما وحديثا، ويقترن بوجود الحياة الاجتماعية بين الناس، فيسهل لهم التعاون في تبادل المنافع والأموال، فإذا كان المال هو عصب الحياة، فإن الإنسان ينفق نسبة كبيرة منه لشراء ضروراته وحاجياته وكمالياته، وهذا الشراء يقتضي أن يكون هناك عقد بيع ولهذه الأهمية اهتم المشرع الحكيم به ففصل أحكامه، وكذلك نجد في القوانين الجزائرية هذا الاهتمام بعقد البيع، فقوانين المعاملات في كل دولة تتناول عقد البيع وتفرد له موادا وفصولاً عديدة لكثرة ما يثور حوله من نزاعات تتطلب الفصل العادل من القضاء.

في حين تفرع عقد البيع عن المقايضة عند ظهور النقد كمقياس مشترك للقيمة، فكان في الأصل يتم نقدا أسوة بالمقايضة، لكن عندما ظهرت الحاجة إلى نقل ملكية البيع بثمن مؤجل كان لابد من إنشاء عقد بين المتعاقدين يرتب التزامات قابلة للتنفيذ في الوقت اللاحق، وهكذا نشأ عقد البيع الذي صنف ضمن العقود المسماة التي أولاهها المشرع الجزائري وغيره أهمية كبيرة عند شيوعها.

أهمية موضوع البحث:

ان البيع هو أحد العقود التي جاءت التشريعات السماوية لتنظيمه، ونهجت التشريعات الجزائرية نفس المنهج محاولة منها فك اللبس ونزع الغموض عما يدور حول هذا العقد، ذلك أن هدف القانون حماية المالك حماية شاملة بمنع الغير من الاعتداء على ملكه، حيث أن مالك الشيء وحده له حق التصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحيانا أن يصدر التصرف من غير مالك الشيء، فكثيرا ما يبيع الحاضرين أموال الغائبين، فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير أو كما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

في حين بيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية بل والقانونية مع المثل: " فاقد الشيء لا يعطيه " ولكن بالرغم من ذلك نجد أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية. لهذا نجد أن التشريعات الجزائرية ليست موحدة في موقفها من التأصيل القانوني لبيع ملك الغير، بل إن الفقهاء العرب اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، وذلك بسبب الصياغة الفنية نصوص القوانين المدنية المتعلقة بموضوع الدراسة، حيث أن هذه النصوص في معظمها استمدت من الفقه الغربي وبالأخص من القانون المدني الفرنسي الذي جاء بنص غامض يقضي ببطلان بيع ملك الغير - دون أي تفصيل لأحكامه - والآثار القانونية المترتبة عليه إن وقع، وحتى الفقه الإسلامي في تكييفه للطبيعة القانونية لبيع الفضولي لم يكن موقفه موحدًا من هذه المسألة.

و المبررات السابقة ليست وحدها التي تكمن وراء اختيارنا الموضوع هذه الدراسة، فهناك أخرى غيرها تعطي لهذا الموضوع أهمية خاصة كانت مبررا لاختياره موضوعا لهذه الدراسة.

أسباب اختيار موضوع البحث:

- يتجلى اختيارنا لموضوع الدراسة فيما يترتب على بيع ملك الغير من آثار قانونية تنعكس في نطاق الحياة العملية للمجتمع.
- مسألة نقل الملكية إلى المشتري حيث نكون في بعض الحالات أمام شخص يبيع ما لا يملك، فننتساءل عن أثر ذلك، وبالأخص عندما يمتلك المشتري العين المبيعة بطرق قانونية - ثم يظهر بعد ذلك المالك الحقيقي للعين.
- وجود الثغرات القانونية التي تنشأ عن طبيعة هذه المعاملات وبيع ملك الغير خير مثال. (ورغم التطور الحاصل، لم تستطع النصوص القانونية على مجابتهها).
- أن هذا الموضوع قد أثار فضولنا فحاولنا البحث فيه قدر المستطاع.
- أهداف موضوع البحث:
- محاولة جمع جزئيات بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ومسائله المتناثرة في كتب الحديث...

- التعريف ببيع ملك الغير وإبراز حكمه في الفقهين الإسلامي و القانوني.
- لفت الانتباه إلى خطورة بيع ملك الغير و إعطائه الأولوية في التقاضي.

فباعتبار أن دراستنا ستكون مقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي، توجهنا أولاً إلى كتب الفقهاء العرب المسلمين فوجدنا أنهم تطرقوا المسألة ببيع الفضولي أثناء بحثهم بعض المسائل المتعلقة بالعقد الموقوف، وبناء عليه بينوا رأيهم في مسألة بيع الفضولي، وأكثر المذاهب التي بحثت هذه المسألة المذهب الحنفي الذي ذكر فيه أكثر من رأي في أحكام بيع الفضولي. وعند فقهاء القانون.

الدراسات السابقة:

إنه يوجد وعلى التحديد دراسات، وإن لم تكن متكاملة ومفصلة لأحكام بيع ملك الغير، وهي في مجموعها رسالتي ماجستير لـ : كميح حورية (جامعة الجزائر)، ولأيمن حسين ناصر (بجامعة فلسطين)، وكتاب إسماعيل عبد النبي شاهين عنوانه: " أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني". وبعض الكتب، وإن جاء شرحهم لهذا الموضوع في سياق بحثهم لعقد البيع بشكل عام تحت عنوان أنواع البيوع بصفته نوع منها.

ونضيف إلى ذلك أيضا بأن هناك بعض المسائل المتعلقة بموضوع هذه الدراسة لم تبحث من قبل على نحو متكامل، فبقيت دون بحث أو بحثت بصورة عرضية أو بالإشارة إليها فقط، ونشير في هذا المجال إلى مسائل ستشغل جزءا كبيرا من صفحات هذه الدراسة، منها:

1-مسألة الربط بين أحكام القانون المدني المقارن والقواعد الفقهية على المذاهب الإسلامية المقارنة وترجيح الأصوب منها في مختلف أحكام بيع ملك الغير وترتيب النتائج التي سوف تترتب على الأخذ برأي دون الآخر.

2- وأيضا موضوع البيوع المنتالية لم يلق هو الآخر أية أهمية من الباحثين علما أن الحياة العملية أثبتت إمكانية وقوع مثل هذه الإشكالية.

اشكالية موضوع البحث:

من خلال ما سبق نجد أنه لا يكفي توافر الأهلية لإبرام العقد بين البائع والمشتري وتوفر الشروط القانونية في الشيء المبيع، ، لذا سنحاول قد المستطاع إجلاء بعض الغموض الذي يكتفه، وهذا لن يتسنى إلا بالإجابة عن الإشكالية التالية:

هل يعد بيع ملك الغير صحيحا بالرغم من عدم ملكية البائع للمبيع؟ وان كان كذلك فما هي

الآثار المترتبة عليه؟

المنهج المتبع:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الذي كان له دور في فهم النصوص القانونية والأحكام الشرعية، وما تصير إليه مستعنيين بذلك على مجموعة من النصوص القانونية والاجتهادات والأحكام القضائية التي تصب في صميم الموضوع، والمنهج المقارن باعتبار موضوع بحثنا يقتضي ذلك، فنقارن بين الفقهاء الإسلامي والقانوني، وبالأخص القانون الجزائري الذي هو محور دراستنا، وكذا بعض القوانين (كالقانون المصري والفرنسي).

الصعوبات والعوائق:

بالرغم من كل هذا، إلا أننا نحاول قدر الإمكان الخروج برسالة علمية مميزة، إلا أن الأمر لم يخل من بعض الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه الأطروحة وبالأخص فيما يتعلق بالحصول على المراجع والمصادر، لاسيما أن الكتب القانونية في جامعتنا لا زالت قليلة بل وضئيلة، مما اضطرنا إلى السفر إلى الجامعات الأخرى لتوفير المراجع والمصادر إضافة إلى استيراد بعض المراجع من أساتذتنا فجزاهم الله عنا كل خير.

الخطة العامة لموضوع البحث:

ان التساؤلات السابقة هي جديرة بالبحث والاجتهاد والتي تدعو إلى ضرورة الخوض في غمارها بالوسائل المتوفرة، فسنقوم بحول الله بالإجابة عليها وفق الخطة الآتية:

ابتدأنا بحثنا المتواضع هذا بفصل أول بعنوان: ماهية بيع ملك الغير، فقد عالجناه في مبحثين؛ الأول متعلق بمفهوم هذا البيع من وجهة نظر القانون الجزائري و الفقه الاسلامي، والثاني شروطه وخصائصه القانونية.

وثمينا بفصل ثان، متمحور حول طبيعة هذا البيع في الفقهين القانوني و الإسلامي، فقسمناه إلى ثلاثة مباحث؛ فالأول في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الجزائري، فنعرض النظريات التي قيلت في هذا الشأن، وكذا حججها وأسسها. و المبحث الثاني - تبعا لسابقه في تحديد طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي؛ أي التأصيل الشرعي لهذا البيع والثالث في المقارنة بين ما جاء في المبحثين السابقين متعرفين بذلك أي الاتجاهين يتناسب مع الموضوع.

أما عن الفصل الثالث، فتطرقنا إلى الأثر الذي ينتجه هذا التصرف في المبحث الأول، والثاني حول بعض التطبيقات التي تخص بيع ملك الغير - وبالتحديد والواقعة على العقار، وكذا بعض القرارات والأحكام التي أمضتها المحاكم أثناء حكمها.

إلى أن ختمنا هذا البحث بخاتمة نستجمع فيها أهم النتائج المتوصل إليها، وكذا بعض التوصيات.

الفصل الأول:

ماهية بيع ملك الغير

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول:

مفهوم بيع ملك الغير من وجهة نظر الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري

المبحث الثاني:

الشروط والخصائص القانونية لبيع ملك الغير



تمهيد:

يعد عقد البيع من أوسع العقود تداولاً في المعاملات، و يحتل مكانة بارزة في الأنظمة الفقهية والقانونية نظراً لإرتباطه المباشر بحركة الأموال و انتقال الملكية بين الأفراد، ومن بين صور البيع يبرز بيع ملك الغير كمسألة قانونية واشكالية فقهية تثير العديد من التساؤلات خاصة فيما يتعلق بصحة هذا البيع وآثاره القانونية، ويقصد به الحالة التي يبرم فيها شخص عقد بيع بشأن مال لا يملكه وقت التعاقد، ويتناول هذا الفعل الإطار العام لبيع ملك الغير، ففي المبحث الأول سيتم التطرق لمفهوم بيع ملك الغير كما تناولته المدراس الفقهية والنصوص القانونية وابرز نقاط التلاقي والتباين بين الفقه والقانون، أما المبحث الثاني فيركز على الشروط والخصائص القانونية التي تميز بيع ملك الغير عن غيره من صور البيع.

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير من وجهة نظر الفقه والقانون

يهدف هذا المبحث الى تسليط الضوء على مفهوم بيع ملك الغير في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مع اجراء دراسة مقارنة بينهما و الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف في معالجة هذه المسألة، حيث سيتم التطرق في المطلب الأول إلى تعريف بيع ملك الغير في كل من المنظور الفقهي والقانوني بشكل مفصل، أما في المطلب الثاني سنقوم بدراسة مقارنة بين المفهومين الفقهي والقانوني لبيع ملك الغير.

المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

يعد عقد البيع من أهم العقود المالية التي تنظم المعاملات بين الناس، لما له من أثر بالغ في تبادل المنافع وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي. غير أن هذا العقد كغيره من العقود قد يشوبه بعض الإشكالات القانونية والفقهية، ومن أبرزها مسألة " بيع ملك الغير "، أي تصرف شخص ببيع مال لا يملكه دون إذن من مالكه الأصلي. وتثير هذه المسألة جدلاً فقهيًا وقانونيًا واسعاً، نظراً لتعارضها مع القاعدة العامة التي تقضي بأنه: " لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه ".

ومن هذا المنطلق، يتناول هذا المطلب تعريف بيع ملك الغير كما ورد في الفقه الإسلامي، ويقابله بما نص عليه القانون الجزائري، للكشف عن أوجه الاتفاق والإختلاف في فهم هذه المسألة وتنظيمها.

الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي

يستخدم على بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي "بيع الفضولي" والفضولي في اللغة المشتغل بما لا يعنيه¹، والفضولي نسبة إلى الفضول جمع الفضل أي الزيادة وقد استعمل الجمع استعمال المفرد في ما 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 فضالة²، ويعرف الفضولي عند الفقهاء المتقدمين بأنه: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي" كالأجنبي يزوج أو يبيع³، أو هو الذي غلب في الإشتغال بما لا يعنيه وما لا ولأية له فيه⁴، وعرفته المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية، بقولها: "الفضولي هو من يتصرف بحق الغير دون إذن شرعي"⁵، وقال ابن رشد في بيع الفضولي وصورته: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضي به صاحب المال أمضي البيع وإن لم يرض فسخ⁶، وقال النووي في بيع الفضولي هو "الذي يبيع ما لا يملك أو ما ليس مأذونا في بيعه"⁷.

¹ - فيروز آبادي مجد الدين محمد: القاموس المحيط، ت مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة اشرف العرقسوسي محمد نعيم، ج1، ط 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426 هـ، 2005 م، ص 1043

² - الفيومي أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 475

³ - العين بدر الدين أبو محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، د ط، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، 1420 هـ، 2000 م، ص 311

⁴ - ابن الهمام كمال الدين محمد: فتح القدير، ج 7، د ط، دار الفكر، د ب ن د ت ن، ص 51

⁵ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقها في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ج 1، د ط ت، ص 30

⁶ - ابن رشد أبو الوليد محمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، د ط، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ت ن، 2004 م، ص 189

⁷ - النووي أبو زكريا محي الدين: المجموع شرح المهذب ج 4 د ط دار الفكر د ب ن د ت ن، ص 96

وجاء في مغني المحتاج " بيع الفضولي هو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولأيته " ¹، وجاء في الإقناع: " الفضولي وهو من يشتري أو يبيع بدلا عن شخص معين لم يأذن له " ²، وقد عرفه الفقهاء والمحدثون بأنه: " من تصرف في حقوق غيره تصرفا قوليا دون تفويض مشروع " ³ أو هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليس له عليه ولأية كمن يبيع ما لا يملك من غير ولأية أو وكالة ⁴ وكالة ⁴ يتبين مما سبق ذكره أن الفضولي هو: "من يتصرف في حق غيره دون اذن منه وبدون ولأية شرعية عليه كمن يبيع أو يشتري لغيره دون ولأية أو توكيل ". أما بيع الفضولي فهو " أن يبيع شخص ما لا يملكه بغير إذن أو ولأية " .

الفرع الثاني: تعريف بيع ملك الغير في التشريع الجزائري.

لم تعرف التشريعات الجزائرية بيع ملك الغير تاركة الأمر لإجتهد الفقهاء إلا أنها تطرقت إلى تنظيم أحكامه في مواد عديدة وبالرجوع إلى المادة 397 من ق ج م ⁵، التي تنص على أنه:

" إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه ، و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجاز المشتري " .

وتقابلها المادة 446 من ق م م ⁶ بنصها: " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه يملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع " . نجد أنها تضمنت عناصر بيع ملك الغير والتي

¹ - الخطيب الشربيني شمس الدين محمد: مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، د ب ن، 1994، ص 351

² - أبو النجا موسى ابن أحمد: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ت السبكي عبد اللطيف محمد موسى، ج 2، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 62

³ - الزرقاء مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 1، دار القلم، دمشق، سورية، 1998 م، ص 503

⁴ - أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1996 م ص 337

⁵ - المادة 397 من الأمر رقم 75 - 58 من القانون المدني الجزائري

⁶ - المادة 466 من القانون المصري رقم 131 يتضمن القانون المدني، ج ر ج م، عدد 28 مكرر الصادر بتاريخ 29 جويلية

استند عليها الفقه الجزائري عند تعريفه لبيع ملك الغير فعرفوا ببيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه. يتضح من التعريف السابق أنه يتركز على عنصرين أساسيين هما: الشيء المعين بالذات وعدم ملكية البائع له علما أن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له و إلا اعتبر باطلا من الأصل أما التقنين المدني الفرنسي فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير وإنما اكتفى بالقول أن بيع ملك الغير باطل ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويض، في حالة ما إذا كان يجهل عدم ملكية البائع للشيء المبيع¹.

وفي الأخير و بعد كل ما سبق ذكره نستنتج أن تعريف بيع ملك الغير أنه: ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك وينصب على شيء موجود ومعين بالذات، دون أن يكون موقوف أو مؤجلا².

المطلب الثاني: المقارنة بين الفقه والقانون في مفهوم بيع ملك الغير

سيتم تخصيص هذا المطلب لعقد مقارنة بين المفهومين الفقهي والقانوني لبيع ملك الغير، وذلك من خلال التمييز بينه وبين بيع الفضولي، ثم بيان الفروق بين مفهوم الفضالة في الفقه الاسلامي ومفهومها في القانون.

الفرع الأول: التمييز بين مفهوم بيع ملك الغير وبين مفهوم بيع الفضولي

فيما سبق ذكره نجد أن فقهاء القانون عرفوا ببيع ملك الغير على أنه تصرف قانوني يتمثل في قيام شخص في بيع مالا يملكه واعتمد في هذا التعريف على ماورد في المادة 446 من ق م م لكن يثار التساؤل حول شمولية التعريف، بمعنى آخر هل كل شيء معين بالذات يعد بيعه من غير ماله بيعا لملك الغير؟، وبعد التدقيق فيه نجد أنه حتى ولو كان هناك نيابة قانونية وقام

¹ - اسماعيل عبد النبي شاهين: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، 2005، ص 16

² - محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005،

شخص ببيع شيء مملوك للغير فإن هذا يعد بيعاً لملك الغير، وهذا بالطبع يخالف أبسط قواعد القانون¹، أما إذا رجعنا إلى تصور الفقهاء المسلمين لمفهوم بيع الفضولي فسنجد أن البيع الصادر من غير المالك يعتبر مقبولاً إذا كان مبنياً على وكالة قضائية أو اتفاق بينه وبين المالك، وبالتالي يعد بيعاً صحيحاً، وإذا نظرنا في الفقه الإسلامي يشترط لإعتبار تعريف فضولياً، أن يصدر من شخص دون إذن المالك أي في غياب أي وكالة أو تفويض يخول له القيام بذلك التصرف، وفي الحقيقة أن نفس القول يصدق على القانون الجزائري، بمعنى أنه حتى في ظل مفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية قضائية لهذا ذهب جانب من الفقه إلى تعريف بيع ملك الغير على أنه: " أن يبيع الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلاً من المالك أو ولياً عنه"، وفي النهاية يتبين أن الشريعة الإسلامية قد قدمت تعريفاً لبيع الفضولي يتميز بالشمول والدقة مقارنة بما ذهب إليه فقهاء القانون في تحديد مفهوم بيع ملك الغير.

الفرع الثاني: الفرق بين مفهوم الفضالة في الفقه ومفهومها في القانون

تناول المشرع الجزائري أحكام الفضالة ضمن القانون المدني في المواد الممتدة من 150 إلى 159، حيث أدرجها في القسم الثالث من الفصل الرابع المتعلق بشبه العقود، وذلك ضمن الباب الأول من الكتاب الثاني المعنون بـ الالتزامات والعقود، أما فيما يخص بيع ملك الغير والذي يقابله في الفقه مفهوم بيع الفضولي فقد نظم المشرع أحكامه في المواد 397 إلى 399 ضمن القسم الثاني المخصص لأنواع البيوع من الفصل الأول الخاص بعقد البيع الواقع في الباب السابع المتعلق بالعقود المرتبطة بالملكية وورد تعريف الفضولي تحديداً في المادة 150 من ق م ج " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك"²، فمصطلح الفضالة في القانون المدني الجزائري يتوافق مع مصطلح الفضالة

¹ - محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 533

² - المادة 150 في الأمر رقم 85 75 المشار إليه سابقاً.

في الفقه الإسلامي من حيث اللفظ، أما من حيث الاصطلاح فيختلفان فالفضالة في الفقه تم تكييفها إصطلاحاً على بيع ملك الغير والموجود نفسه في القانون المدني الجزائري فالفضالة في مفهوم نصوص المواد 151/ 150 من القانون المدني الجزائري يلاحظ أنها تقتضي وجود شخصين، يقوم الأول من تلقاء نفسه بإدارة شؤون غيره عن علم وبلا تفويض¹، فمن خلال هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط وهي:

أ- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.

ب- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة لرب العمل.

ج- أن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا العمل².

أما في الفقه الاسلامي فالفضولي كما جاء في تعريف بعض الفقهاء: " هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة"، وبمفهوم آخر من يشتغل في شؤون غيره دون إذن أو ولاية منه كمن يؤجر ويستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل وكمن يبيع ملك غيره دون تفويض من المالك³.

أوجه الاتفاق: - يعرف كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري الفضولي بأنه: الشخص الذي يتدخل في شؤون الغير ويتصرف لصالحه سواء كان ذلك عن قصد أو دون قصد وقد رتب كل منهما آثاراً قانونية وشرعية تترتب على هذا التدخل.

- كما لا يعتبر الفضولي تابعا لصاحب المصلحة أو يعمل تحت اشرافه في كلا النظامين وإنما يتصرف بشكل مستقل.

¹ - رحمان يوسف: بيع ملك الغير بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون أعمال، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/ 2012، م ص 23

² - بودريقة جميلة مباركي نجمة: بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص الشامل، 2012/2013، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 08

³ - اسماعيل عبد النبي شاهين: المرجع السابق، ص 18

أوجه الاختلاف:

- أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق بغض النظر عن هذا العمل أو التصرف سواء كان تدخل الفضولي ضروريا أو غير ضروري.
- القانون المدني الجزائري يشترط أن يقوم الفضولي بشأن عاجل و ضروري لرب العمل تفضلا منه، أما الفقه الاسلامي فلا يشترط أن يكون هذا العمل عاجلا أو ضروريا.
- اشتمال القانون المدني الجزائري على عبارة " عن قصد القيام بالشأن " وهذه العبارة لا توجد في تعاريف الفقه الاسلامي¹.

¹ - رحمان يوسف: المرجع السابق، ص26

المبحث الثاني: الشروط والخصائص القانونية لبيع ملك الغير

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، حيث يتم بموجبه انتقال ملكية شيء أو حق مالي من شخص إلى آخر مقابل ثمن نقدي. وقد نظم المشرع أحكام هذا العقد في مختلف جوانبه لحماية حقوق المتعاقدين وتحقيق الاستقرار في المعاملات.

إلا أنه قد يثور التساؤل حول مدى صحة ونفاذ عقد البيع الذي يرد على ملك الغير، أي عندما يقوم شخص ببيع شيء لا يملكه. فهذه المسألة تثير إشكالات قانونية دقيقة تتعلق بمفهوم الملكية وسلطة البائع في التصرف، وحقوق المشتري حسن النية وسوء النية، بالإضافة إلى مسؤولية البائع والتزاماته.

وفي هذا المبحث نسعى إلى تسليط الضوء حول الشروط التي يجب توافرها لصحة عقد بيع ملك الغير في المطلب الأول، ثم تناول السمات القانونية المميزة لهذا العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط بيع ملك الغير

تحدد نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري في نصها الآتي: (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلم ببيعه)¹.

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن بيع ملك الغير لا يكون بيعاً صحيحاً إلا إذا توافرت فيه بعض من الشروط المهمة التي تميزه عن غيره من البيوع ومن أهمها:

- أن يكون المبيع متميزاً ومحدداً على وجه الدقة بذاته.
- أن يكون الشيء محل العقد غير مملوك لأي من طرفي العقد وقت انعقاده.
- أن يكون التصرف ناشئاً عن رغبة في التملك مقابل بدل نقدي بغض النظر عن توفر صفة المالك عند البائع.

¹ - المادة 397 من القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: أن يكون المبيع متميزاً ومحدداً على وجه الدقة بذاته

يتطلب بيع ملك الغير أن يكون العقد عقد بيع، وبالتالي انتقال الملكية في الحال ولا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات¹، وعليه إذا لم يكن البائع مالكا للشيء المبيع وقت إبرام عقد البيع فإنه يعد بيعاً لملك الغير، أما إذا كان العقد يشمل شيئاً معيناً بالنوع كالمثليات فلا يعتبر البيع صادراً من غير مالك لأن ملكية الأشياء المعينة بالنوع لا تنتقل بمجرد إبرام العقد، بل من وقت أفرزها²، وبالتالي فالأشياء المعينة بالذات هي التي يتم تحديدها من خلال تحديد خصائصها ومميزاتها التي تميزها عن غيرها، فيمكن القول أنها الأشياء التي لا يمكن استبدال بعضها ببعض عند الوفاء، مثل العقارات بشكل عام والمخططات الأصلية، كما أنه أي شيء يتم تحديده من خلال وصف ذاتي يميزه عن غيره كالسيارات مثلاً فهي تحدد بعلامة المصنع والرقم المعروف بإصدارها و في الختام نصل الى أن بيع الملك الغير لا يشترط أن يكون المبيع موجوداً فقط بل يجب أن يكون معيناً بالذات.

الفرع الثاني: أن يكون الشيء محل العقد غير مملوك لأي من طرفي العقد وقت إنعقاده

في هذا الفرع سنتناول شرطاً أساسياً يتمثل في كون شيء المبيع غير مملوك لأي من طرفي العقد، سواء البائع أو المشتري وقت التعاقد فإذا نظرنا في المادة السابقة 397 نجد لفظة (بالذات وهو لا يملكه) أن شرط عدم ملكية البائع للشيء المبيع يعتبر عنصراً جوهرياً لإعتبار البيع بيعاً لملك الغير فإذا كان البائع مالكا للمبيع فالبيع يكون صحيحاً ولا اشكال فيه، وبالنسبة للمشتري فملكته للشيء المبيع يجعلنا أمام عقد باطل لاستحالة المحل أي استحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع استحالة مطلقة وذلك لتعذر نقل الملكية من البائع للمشتري الذي يملك المبيع أصلاً³.

¹ - أحمد سعيد الزرقاء: عقد البيع، ط، 1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص269

² - نبيل ابراهيم سعد: العقود المسماة، ج1، ط 1، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص159

³ - بن غربي فضيلة: التصرفات الواردة على ملك الغير، مذكرة ماستر تخصص قانون عقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2015/2014، ص17

الفرع الثالث: أن يكون التصرف ناشئاً عن رغبة في التملك مقابل بدل نقدي بغض

النظر عن توفر صفة المالك لدى البائع.

من شروط بيع ملك الغير أن يكون التصرف صادراً عن إرادة في نقل الملكية إلى الغير مقابل بدل مالي، أي أن البائع يقصد تملك المشتري شيئاً معيناً لقاء ثمن، بغض النظر عما إذا كان يملك هذا الشيء فعلياً أم لا فالعبرة في هذا النوع من التصرفات ليست بصفة المالك وإنما بتوافر نية التملك والمقابل المالي وهو ما يميز بيع ملك الغير عن التصرفات الأخرى كالهبة والإعارة وبالتالي فإن تحقق نية التملك بمقابل يعد شرطاً جوهرياً لقيام هذا البيع، حتى لو لم يكن البائع مالكا للشيء وقت التعاقد فالبيع يكون صحيحاً هذا إذا نظرنا بتمعن لنص المادة 397¹.

المطلب الثاني: السمات القانونية المميزة لعقد البيع ملك الغير

بما أن عقد بيع ملك الغير من البيوع الخاصة التي تثير العديد من الإشكالات القانونية نظراً لما ينطوي عليه من خروج على القاعدة العامة التي تقتضي بعدم جواز التصرف في مال لا يملكه المتصرف ورغم ما يبدو عليه من غرابة إلا أن التشريعات تعتبره عقداً صحيحاً لأن الخصائص التي تميزه لا تختلف عن خصائص عقد البيع العادي فتشترك معه لكونه:

- عقد رضائي - عقد ملزم للجانبين - عقد ناقل للملكية - عقد معاوضة

الفرع الأول: عقد رضائي

بالرجوع للمادة 59 من ق م ج (بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال من بالنصوص القانونية)²، وهنا نجد أن عقد بيع ملك الغير من العقود الرضائية وليس فيها شكل خاص فهي مجرد تطابق الإرادتين أيجاباً وقبولاً.

¹ - نص المادة السابقة 397

² - المادة 59 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

1/ تطابق الإرادتين:

ورد في نص المادة 61 من ق م ج (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم ما لم يقع الدليل على خلاف ذلك)¹، وبالتالي ينعقد عقد بيع ملك الغير بمجرد تطابق الإرادتين.

2/ صحة التراضي: ان صحة التراضي تقتضي أن تكون للمتعاقد أهلية للتعاقد، مع خلو ارادته من عيوب الإرادة، سواء وفق العامة أو وفق المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

- الأهلية: تعرف على أنها قدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بالإضافة الى القيام بالتصرفات القانونية وتنقسم الى نوعين:

• أهلية وجوب: وهي الأهلية التي تخول الفرد لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وتمنح لكل انسان ولد حيا.

• أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يمكنه من اكتساب حقوقه وتحمل التزاماته².

فإذا رجعنا الى مواد القانون المدني في المادة 40 والتي ورد فيها (كل شخص بلغ السن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة)³.

• خلو الإرادة من العيوب: فيجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب فقد بينت المواد من 81 إلى 91 من نفس القانون أن عيوب الرضا تشمل الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال، والغبن بالإضافة إلى شرط العلم الكافي بالمبيع والذي يعد من التطبيقات الخاصة للغلط في مجال عقد البيع.

¹ - المادة 61 من الأمر نفسه المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

² - بخاري مصطفى أمين: مصادر الالتزام، مقياس القانون المدني موجهة لطلبة السنة الثانية جذع مشترك حقوق السداسي

الثالث، معهد الحقوق المركز الجامعي، النيزي، الجزائر، 2022 / 2023، ص 20

³ - المادة 40 من الامر 58/ 75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

أ/ عيوب الإرادة وفق القواعد العامة:

الغلط: وهو ما يقوم من تصورات في ذهن الشخص يجعله يرى الأمر مختلفا عن حقيقته أو يعتقد بوجود صفة موجودة وهي غير متوافرة فيه ومثاله شراء علامة تجارية مقلدة أو مزورة وكان في الأصل يعتقد أنها العلامة الحقيقية¹. وفي عقد البيع يكون لكل من البائع والمشتري حق ابطال العقد إذا وقع أحدهما في غلط جوهري وقت العقد².

التدليس: ويقصد به استخدام طرق احتيالية أو وسائل خداع معتمدة بهدف أيهام الطرف الآخر بواقع غير حقيقي أو اخفاء الحقيقة عنه وذلك لحمله على ابرام العقد مالم يكن ليبرمه لولا ذلك الخداع وبينه المشرع الجزائري في المادتين 86 / 87 من القانون المدني.

حيث تنص المادة 86 من ق م ج يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد أو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة). وتنص المادة 87 من ق م ج (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس)³ وللتدليس عنصران:

أ/ عنصر موضوعي: وهو استعمال الطرق الاحتيالية والتي يمكن أن تكون كذبا أو سكوتا عمديا، بمعنى وجود وجهين أحدهما ايجابي والآخر سلبي فالوجه الإيجابي للطرق الاحتيالية هو الكذب الذي يعتبر من طرف الاحتياط إذا تعلق بالعناصر الجوهرية للعقد أو الحيلة التي تعرف بأنها ما يستعمل من أعمال وطرق للتظليل الطرف الثاني من العقد ومثاله شهادة مزورة أو تغيير

¹ - بن شيتي حميد: نظرية الالتزام، نظرية العقد، ج1، ط1، الجزائر، 2013، ص92

² - بوشارب أيمن: عقود خاصة 1، مقياس القانون المدني موجه لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، سداسي الخامس، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالم، الجزائر، 2023 / 2022، ص14

³ - نص المادتين 86 / 87 من الأمر 58 / 75 المتضمن القانون المدني معدل المتمم

عداد سيارة مستعملة، أما الوجه السلبي فيتمثل في السكوت العمدي والذي يعتبر تدليسا إذا توافرت فيه ثلاثة شروط وهي:

- من تعمد المدلس السكوت رغم علمه بالحقيقة.

- ارتباط السكوت بملازمة مؤثرة على التعاقد.

- أن يجهل المدلس عليه الملازمة ولا يمكنه العلم بها إلا إذا أفصح المدلس بها ونجد أمثلة على ذلك في عقود التأمين¹.

ب/ عنصر معنوي: وجود نية تضليل² فاستعمال الطرق الاحتمالية لا يكفي للقول أننا أمام عيب التدليس، وإنما لا بد من اللجوء المدرس لهذه الطرق بهدف التضليل ودفعه للتعاقد.

وللمدلس عليه اثبات نية التضليل بكافة الطرق، لأن عبئ الإثبات يقع عليه³.

الإكراه: وهو الضغط الغير مشروع الواقع على إرادة الشخص المتعقد قصد توليد الخوف والرهبة وحمله على التعاقد والإكراه هنا يفسد الرضا بفقدانه لعنصري الحرية والاختيار ولا يعمده⁴،

وقد عرفته المادة 88 ف1 من ق م ج (الإكراه والرهبة التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد)⁵. ولتقدير الإكراه يراعي جنس من وقع عليه الإكراه، الحالة الاجتماعية له، الحالة الصحية، وكل الظروف التي تؤثر في جسامته الإكراه.

- شروط لإبطال العقد بالإكراه: يسبب الإكراه رهبة بينة في نفس المتعاقد المكره وهذه الرهبة تؤدي إلى خطر جسيم ومحقق فقد يهدد:

¹ - لحو خيار غنيمة: نظرية العقد في القانون الجزائري، ط 2، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2021، ص 82

² - بخاري مصطفى أمين: المرجع السابق، ص 23

³ - لحو خيار نعيمة: المرجع السابق، ص 83

⁴ - جعفر محمد السعيد: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع

2، ب ط الجزائر، 2000

⁵ - المادة 88 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

النفس: كالتهديد بالقتل، الضرب، الاختطاف أو المساس بالشرف.

المال: كالتهديد بالحرق أو الإتلاف.

- أن يكون التهديد غير مشروع وذلك باستعمال وسيلة غير مشروعة، كتهديد رب العمل عاملا بتشيويه سمعته إذا لم يقدم استقالته وتهديد المشروع مثاله: تهديد المدين من قبل الدائن بالحجز على أمواله إذا لم يقم بالتسديد.

- اتصال المتعاقد مع المكره بالإكراه: ويمكن أن يثبت المكره أن متعاقد معه كان عالما أو من المفروض أنه على علم به أي افتراض سوء النية بحيث الاستفادة من اكراه الغير له¹. وفي هذا الصدد تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس المتعاقدين المكره أن يطلب ابطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه)².

الاستغلال: اعتبر المشرع الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة يسري على جميع التصرفات القانونية ويقصد به قيام أحد المتعاقدين وغالبا ما يكون البائع باستغلال حالة من الطيش أو الهوى الجامح لدى الطرف الآخر كالمشتري مما يدفع هذا الأخير الى ابرام العقد دون وعي حقيقي بنتائجه ويتكون الاستغلال من عنصرين أساسيين هما:

✓ عنصر مادي يتمثل في اختلال أو انعدام التوازن بين الالتزامات المتقابلة.

✓ عنصر معنوي يقصد به استغلال حالة ضعف نفسية واضحة كالطيش البين أو الهوى المفرط لدى الطرف الآخر.

الغبين: ويقصد به عدم التعادل البين بين ما يقدمه أحد المتعاقدين وما يحصل عليه في المقابل بشكل يخل بمبدأ التوازن العقدي وقد نظمه المشرع من خلال المادة 90 من القانون

¹- لحو خيار نعيمة: المرجع السابق ص89

²- المادة 89 من الأمر 75/ 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

المدني حيث نص إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد¹. فالغبن لا يكون سببا واضحا للإبطال الا إذا توافرت فيه ثلاثة شروط:

- وجود غبن فاحش يتمثل في اختلال واضح بين ما يعطيه أحد الطرفين وما يتلقاه.
- وجود عنصر الاستغلال أي استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته من قبل الطرف الآخر.
- الرابطة السببية بأن يكون هذا الاستغلال هو الدافع الأساسي لإبرام العقد من قبل الطرف المغبون.

الفرع الثاني: عقد ملزم للجانبين

يعتبر عقد بيع ملك الغير عقدا ملزما للجانبين، لأنه ينشئ التزامات قانونية واضحة على عاتق كل من البائع والمشتري، مما يمنح كل طرف الحق في المطالبة بتنفيذ هذه الالتزامات، أو طلب تعويض في حال الإخلال بها، فكل منهما دائن من الطرف الآخر ومدين له في الوقت ذاته: فالبايع دائن للمشتري بالثمن ومدين له بالمبيع، والمشتري دائن للبائع بالمبيع ومدين له بالثمن². فمتى وقع بيع ملك الغير صحيحا وانتقلت الملكية الى البائع فهو ملزم بتنفيذ التزامه على الوجه الصحيح، وبالتالي يقوم بنقل الملكية الشيء المبيع له كما هو متفق عليه، وبالضرورة يقوم المشتري كذلك بدفع المقابل المالي للشيء المبيع.

الفرع الثالث: عقد ناقل الملكية

تنتقل ملكية المبيع بموجب عقد البيع بمجرد ابرامه شريطة أن يكون البائع مالكا له، أما في حالة بيع ملك الغير فلا تنتقل الملكية لأن البائع لا يملك الشيء محل البيع، فلا ينقل العقد بذاته

¹ - المادة 90 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

² - غنى حسون طه: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع الجزء الأول، المعارف، العراق، 1970، ص 26

الملكية مباشرة، وإنما يتم نقل الملكية بناء على إلتزام البائع بنقلها، فعقد البيع ينشأ التزاماً بنقل الملكية، أي أن نقل المبيع ودفع الثمن هو الحكم الجوهري لعقد البيع الصحيح هذا ما نجده في كل القوانين¹. تميز عقد البيع في القانون الروماني بأنه غير ناقل للملكية فلم يكن يلزم البائع بنقل الملكية وأن الذي كان ينقلها هو أحد الإجراءات الشكلية المتمثلة في: الإشهاد أو الدعوى الصورية أو التسلي، ولكي يترتب على هذا الإجراءات نقل ملكية يشترط أن يكون البائع مالكا للمبيع، وإذا ما لم يكن ملكا فإن استخدام أي من هذه الإجراءات لا يؤدي إلى اكتساب مشتري الملكية، ولو انتقلت إليه الحيازة وذلك طبقاً للقاعدة (فاقد الشيء لا يعطيه)، أو لا يستطيع المرء أن يملك ما لا يملك وأمام غياب التزام البائع بنقل الملكية أمكن ورود البيع على مال الغير ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون².

ظل البيع في القانون الفرنسي القديم كما كان عليه في القانون الروماني عقداً غير ناقل للملكية، وذلك رغم محاولة بعض فقهاء هذا القانون الأخذ بمبدأ نقل الملكية بمجرد التعاقد، وبالرغم من هذا الرأي ظل الشراح يشترطون تسليم أو على الأقل تضمين العقد شرط تسليم أو تسلّم ومن ثم بقي عقد البيع عقداً ناقلاً للملكية، فيلزم البائع بنقل الحيازة الهادئة فقط، بلغ التطور الذي لوحظ في الأواخر عهد القانون الفرنسي القديم درجة كبيرة من التقدم، إذ أصبح عقد البيع عقد ناقل للملكية واعتبر العقد الطريقة لاكتساب ملكية ثم طبق هذا المبدأ في عقد البيع، مما يفهم أن التزام البائع بالنقل ملكية مفترض وما يؤكد وجود هذا المبدأ في القانون الفرنسي الحديث نص المادة (1599 ت و ف) التي نصت على بطلان بيع ملك الغير إذا أن البائع لم يكن مالكا فلا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشتري وأخذت بهذا المبدأ تقنيات دول كثيرة من بينها التقنين المدني المصري والتقنين المدني الجزائري حيث جاء في النص المادة 792 (ت م ج) على أنه:

¹ - اسماعيل عبد النبي شاهين: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د س ن)، ص 6

² - كميح حورية: بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 15

" تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف ..."¹.

نتوصل الى القول أن بيع ملك الغير كان يتفق مع بقية العقود الأخرى في خاصية عدم التزام البائع بنقل الملكية أي أنه عقد غير ناقل للملكية وهذا في ظل القوانين القديمة لكن بعد التطور التاريخي وذلك في القانون الحديثة أصبح البائع ملزم بنقل الملكية للمشتري² وعليه لا يكون البيع بيعا لملك الغير إلا إذا قصد المتعاقدين به نقل الملكية فور التعاقد³ ويعود السبب في ذلك أن هذا الأخير لم يعد يتلاءم و طبيعة البيع الناقل للملكية في ذاته، لأن هذه الخاصية تستوجب صدور التصرف من مالك الشيء أو عن نائبه القانوني⁴.

أما إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع فإن العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري نظرا لاستحالة انتقال الملكية بمجرد انتقال الملكية بمجرد إبرام البيع ومع ذلك إذا لم يكن القصد من العقد نقل الملكية فورا فإن عدم ملكية البائع للمبيع لا يؤدي إلى بطلان العقد ويظل العقد صحيحا⁵.

كما أن القانون يجيز للمتعاقدين الاتفاق على تأجيل نقل الملكية في المبيع المعين بذاته باعتبار ذلك لا يمس قواعد النظام العام، ويسمح بالخروج عنه وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد صحيح أما إذا حل الأجل المتفق عليه ولم يصبح البائع مالكا للشيء للمبيع ففي هذه الحالة يجوز للمشتري طلب ابطال العقد على أساس أنه بيع لملك الغير.

¹ - Art 1599du (ccf) : la vente de la chose d'autrui et nulle elle peut donner lieu a des dommages interet lorsque l'acheteur a ignore que la chose fut a autrui.

² - كميح حورية: مرجع سابق، ص18

³ عبد الرحمن جمعة الحلاشة: الوجيز في شرح القانون الأردني عقد البيع، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 592

⁴ - اسماعيل عبد النبي شاهين: مرجع سابق، ص51

⁵ - قرنان فتيحة / عرعور خرفية: التصرفات الواردة على ملك الغير ضمن القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ص8

الفرع الرابع: عقد معاوضة

يعد عقد بيع ملك الغير عقد معاوضة لأنه يقوم على تبادل المنفعة بين الطرفين البائع والمشتري، حيث ينقل بموجبه مال مقابل ثمن حتى لو لم يكن المبيع مملوكا للبائع وقت التعاقد وبالتالي فكلا الطرفين البائع والمشتري يأخذ مقابلا لما يعطيه فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري والمشتري يلتزم بدفع الثمن للبائع، ويترتب على كون البيع من المعاوضات أنه من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإذا أبرمه ناقص الأهلية فإنه يكون قابلا للإبطال¹.

1- سعيد سليمان جبير، العقود المسماة (البيع والايجار)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص12

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون

الجزائري والفقہ الإسلامي

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول:

الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون

الجزائري

المبحث الثاني:

طبيعة بيع ملك الغير في الفقہ الإسلامي



إن القانون المقارن تضمن نصوصاً يبين لنا فيها الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، وبالرغم من ذلك اختلف الشراح القانونيين لهذا النوع من البيوع، وكذا وقفت الشريعة الإسلامية موقفاً مغايراً للقانون، فارتأينا تخصيص المبحث الأول لعرض النظريات القانونية التي حاولت تحديد الطبيعة القانونية لهذا البيع، وبيان موقفنا من هذه النظريات. وجعلنا المبحث الثاني الدراسة النظريات التي جاء بها الفقه الإسلامي لتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، ثم أفردنا المبحث الثالث للمقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني وبيان الأصوب منهما.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الجزائري

تعددت النظريات والاتجاهات القانونية والفقهيّة بخصوص تأصيل بيع ملك الغير، فمنهم من رأى أن البيع لا يخرج من القواعد العامة أساساً، والآخر يرى عكس ذلك. وبالتالي ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في الأول عن النظريات التي تستند إلى القواعد العامة مع تحديد الجزاء في كل حالة؛ وفي الثاني عن الرأي الذي ينادي بتأصيل هذا البيع في القانون خروجاً عن القواعد العامة.

المطلب الأول: القواعد العامة وبيع ملك الغير

إن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات الأخرى أفرد جملة من القوانين والأحكام المتعلقة ببيع ملك الغير بناء على الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث:

جاء في المادة 397 من القانون المدني الجزائري ما نصه: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجاز المشتري"¹.

وفي المادة 398 من القانون نفسه. " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

ومنه كذلك المادة رقم 399: " 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".

¹- وفي المادة 466 من القانون المدني المصري ما نصه: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع...".

والمادة رقم 1599 من القانون المدني الفرنسي والتي نصها: " بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطى للمشتري الرجوع بالتعويضات، إذا كان يجهل أن الشيء المبيع غير مملوك للبائع"¹.

والمادة رقم 466 من القانون المدني المصري: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع...".

فالنصوص المتقدمة بينت وحددت منطقة ومجال بيع ملك الغير التي تحكمه. ويخلص منها أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

أو بصورة أخرى: حتى نستطيع تكييف العقد بأنه بيع لملك الغير يجب توافر الشروط الآتية:

1- أن لا يكون المبيع مملوكاً لأحد العاقدين: يتحقق بيع ملك الغير إذا كان المبيع غير مملوك للبائع وقت العقد²، ولا للمشتري. لأنه إذا كان غير ذلك فلا تثار مسألة بيع ملك الغير والعقد يكون صحيحاً كالذي تصرف في مال غيره بوكالة صحيحة.

أما الغاصب الذي يبيع ما اغتصب، والوصي الذي يبيع ما لا مملوكاً للقاصر على أنه ملكه فيعتبر بيعاً لملك الغير لأن البائع ليس له حق ما على المبيع يجيز له التصرف ولم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف، وبالتالي يكون انتقال الملكية من البائع إلى المشتري فور العقد مستحيلاً³.

ويرى الفقه المصري⁴: أن المبيع إذا كان مملوكاً للمشتري وقت إنشاء العقد، والأخير يجهل ملكيته إياه واتجه إلى شرائه، فلا يعد ذلك بيعاً لاستحالة نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع أصلاً، وإن كان له الرجوع على البائع باسترداد الثمن والتعويض.

¹ - النص الأصلي: le vente de la chose d'autrui est nulle: il peut donner lieu à des dommages-

intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose bût a autrui

² - ولم يخوله القانون أو الاتفاق سلطة التصرف في الشيء المبيع نيابة عن المالك.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 9

⁴ - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، ط 1975، د د ن، ص 3 وما بعدها.

2- أن يكون المبيع معينا بالذات: وتخرج بذلك بيع الشيء المستقبل والشيء غير المعين بالذات فإذا باع شخص قنطارا من القمح، وكذلك إذا باع شخص غير حاضر ولكنه سيوجد في المستقبل، لم يكن هذا مع ملك الغير.

فإذا كان المبيع لم يتعين بالذات، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين، وعلى البائع تعيينه إذا كان موجودا أو إيجاداه إذا كان لم يوجد ثم ينقل ملكيته للمشتري¹.

3- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاته: ويقصد به نقل الملكية في الحال (فور التعاقد)، فإذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد ناقل للملكية بذاته، أي بمجرد الاتفاق، ولم يكن البائع مالكا للمبيع المعين بذاته وقت العقد كان البيع بيعا لملك الغير، ويكون قابلا للإبطال لصالح المشتري لاستحالة تحقيق انتقال الملكية بمجرد العقد في هذا البيع².

فمن خلال النصوص السابقة يرى البعض أن هذا البيع قابل للفسخ لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ويعتبر الآخر أنه موقوف على إجازة المالك كما هو الحال في الشريعة الإسلامية وكذلك في القانون العراقي³، ومنهم من اعتبر البطلان المذكور في المادة 466 من القانون المدني المصري هو من قبيل المطلق، وتمسك آخرون بفكرة البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال). وارتأينا أن نقسم المطلب إلى أربعة فروع على هذا النحو:

الفرع الأول: نظرية الفسخ

الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق

الفرع الثالث: نظرية البطلان النسبي

الفرع الرابع: نظرية العقد الموقوف

الفرع الأول: نظرية الفسخ

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، دار إحياء التراث، 1972، ص272

² - إسماعيل شاهين: مرجع سابق، ص15

³ - محمد أحمد الكرني: نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، مطبعة كويل، أربيل كردستان العراق، 2005، ص03

بما أن البائع لم ينفذ التزامه بأن ينقل الملكية فيكون هذا قد أحل بالتزامه، وكان من حق الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ، وبذلك فإن المشرع في نظر هذا الرأي، قد المشتري طلب فسخ العقد، وأن القانون عند تنظيمه ما يسمى ببطلان بيع ملك الغير إنما نظم في الواقع الفسخ¹ لعدم تنفيذ بيع ملك الغير².

وقد أعترض على هذا الرأي من عدة أوجه أهمها:

- إن نص المادة 1599 مدني فرنسي صريح بالبطلان، ولو قصد المشرع الفسخ لكان في القواعد العامة ما يغني عن نص خاص بالنسبة إلى بيع ملك الغير.
- لو كان حكم بيع ملك الغير الفسخ لكان للقاضي - تطبيقا للقواعد العامة - سلطة تقديرية بمناسبة، فيمكن أن يطلب الفسخ أو أن يأمر بالتنفيذ، بينما يختلف الأمر بالنسبة إلى بيع ملك الغير، فما دام النص صريحا يقضي بالبطلان فالقاضي لا يملك إلا أن يستجيب لذلك³.
- كما أن طلب الفسخ لا يمكن قبوله إلا إذا تم إعدار المدين، وكان الدائن مستعدا لأداء ما عليه من الالتزامات، وهو ما لا يتوافر بصدد بيع ملك الغير⁴.

الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق

يرى جانب من الفقهاء أنه طبقا للمادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي فإن بيع ملك الغير باطل لمخالفته النظام العام والآداب العامة، ونظرا لاستحالة المحل استحالة مطلقة، غير أن هذا العقد يمكن أن يتحول من بيع ناقل للملكية إلى عقد منشئ لالتزام بنقل الملكية طبقا لنظرية تحول

¹ -Beudan: cours de droit- civil français (la vente et le louage) Publié par Robert Beudan, paris, 1908, p 75-76; Ripert et Boulanger, traité de droit civil, paris 1958, p444.

² - انظر: عبد الحكم فودة: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط2، 1999، ص157 وانظر:

جميل الشرفاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953، ص293

³ - محمد سعيد جعفرور: بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 24، العدد 1 و2، جانفي و جويلية 1982، ص35

انظر: حلمي بمحت بدوي: بطلان بيع ملك الغير، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصاد، السنة الأولى، العدد الثاني، جوان 1931، ص589

⁴ - راجع المادة 119 من القانون المدني الجزائري، المطابقة لنص المادة 157 مدني مصري.

العقد المعروفة في القواعد العامة، وهذا إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة قد انصرفت إلى ذلك لو علمنا أن نقل الملكية بناء على العقد مستحيل¹.

وقد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه منها:

- أن الاستحالة في بيع ملك الغير ليست استحالة مطلقة، وإنما استحالة نسبية، بدليل أنه إذا أمر المالك أصبح البيع ساريا في حقه، وكذلك الأمر إذا تملك البائع المحل بعد البيع فإنه لا محال الكلام عن الاستحالة².

- إن البطلان المطلق يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به طبقا للمادة 102 من التقنين المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 141 من التقنين المدني المصري، أما البطلان المنصوص عليه بشأن بيع ملك الغير فلا يتمسك به إلا المشتري³.

- إن نظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 مدني جزائري والمادة 144 مدني مصري تشترط لقيامها انصراف نية كل من الطرفين إلى ذلك وقت إبرام العقد، كما أن نية المتعاقدين قد لا تتجه إلى إبرام عقد منثنى للالتزامات محل العقد ناقل للملكية⁴.

الفرع الثالث: نظرية البطلان النسبي

هناك رأي آخر ظهر في الفقه يرى أن جزاء بيع ملك الغير هو البطلان النسبي، ذلك أن المشرع قد خول حق طلبه إلى المشتري فقط. ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن بيع ملك الغير تلحقه الإجازة من المالك الحقيقي⁵. وقد حاول بعض الفقه تبرير هذا البطلان النسبي بالقواعد العامة، وقال أن بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا إنما يرجع إلى فساد الرضا بحجة أن رضا المشتري كان مشوبا بالغلط في شخص البائع، غير أن الغلط المفسد للرضا لا بد أن يكون جوهريا طبقا للمادة 81

¹ - عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص630

² - محمد حبار: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،

ج1، 1986، ص133

³ - CARBONNIER JEAN: Théorie des obligations, Paris, 1963, p 322

⁴ - محمد سعيد جعفرور: بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المقال السابق، ص36

⁵ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 155، ص277

من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 121 من التقنين المدني المصري، كما يؤخذ على هذا التأسيس أن المشرع قد خول للمشتري حق الإبطال، سواء في حال علمه أو جهله بأن البائع يملك أو لا يملك محل العقد¹.

الفرع الرابع: نظرية العقد الموقوف

عرف الدكتور إبراهيم الدسوقي العقد الموقوف أنه: "عقد استجمع شرائط تكوينه وعناصر صحته غير أنه لا ينفذ، لأن شرط الولاية على المحل أو على نوع التصرف قد تخلف، ويبقى موقوفاً إلى حين الإقرار أو الإجازة"².

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن بيع ملك الغير موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، ذلك أنه بيع غير نافذ في حق المالك إلا إذا أقره³.
ولكن رغم وجهة هذا الرأي، فإنه لا يمكن الأخذ به مع صراحة نص المادة 397 مدني جزائري، والمادة 466 مدني مصري⁴.

المطلب الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص

ومع تضارب الآراء حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير، ظهر رأي آخر يأخذ بعين الاعتبار نص المادة⁵، ويرى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لحماية المشتري، كما أنه بطلان خاص غير مستمد من القواعد العامة، وأن أساس البطلان هو نص القانون لا غير⁶. ويؤسس هذا الاتجاه موقفه على أن هذه القابلية للإبطال لا تشبه البطلان النسبي في القواعد العامة من عدة وجوه:

¹ - محمد حبار: نظرية بطلان التصرف، المرجع السابق، ج1، ص133
² - IBRAHIM EL-DASSOUKI, Notion du contrat (en suspens) Selon le droit musulman, Revue des sciences juridique et économiques, 31émeannée, Janvier et Juillet, 1989, n°1 et 2, p 04
³ - محمد حبار الألفي: الفضالة، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، دار الثقافة، ط1، ص134 عمان، الأردن، 1999، ص134
⁴ - محمد جعفرور: بيع الفضولي، المقال السابق، ص37
⁵ - المادة 466 مدني مصري، والمادة 397 مدني جزائري.
⁶ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج4، ص281 إلى 285

- إن حق المشتري في طلب البطلان لا يبقى له إذا تملك البائع المبيع، وهو ما نصت عليه المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري (467 من القانون المدني المصري)، ونفس الشيء إذا أقر المالك الحقيقي البيع، وهذه سمات تخالف البطلان النسبي.
- إن العقد القابل للإبطال هو عقد منشئ لكافة آثاره حتى يحكم بإبطاله، في حين أن بيع ملك الغير لا ينتج أثره قبل إقرار المالك.
- إن إجازة من خوله المشرع حق الإبطال (المشتري)، لا تؤدي، لا تؤدي إلا إلى سقوط الحق في الإبطال ويبقى العقد رغم ذلك في حاجة إلى إقرار المالك، بينما تؤدي إجازة العقد القابل للإبطال في القواعد العامة إلى استقرار العقد نهائياً¹.
- هذه الأوجه التي لجأ إليها الفقهاء إلى تعيين بيع ملك الغير على أنه بطلان من نوع خاص لا يستند إلى القواعد العامة في شيء².

ثم إن نظرية البطلان بنص خاص من القانون لا تخلو من النقد:

- 1- إنه من المتفق عليه أن العقد القابل للإبطال هو عقد منتج لكافة آثاره إلى أن يطلب إبطاله ويتقرر ذلك، أما بيع ملك الغير فإنه عقد غير نافذ إلا بعد إقرار المالك، ولو أجازته المشتري فإن إجازته لا تؤثر في عقد لا ينفذ إلا بعد إقرار المالك³، في حين لو كان جزء بيع ملك الغير هو التوقف ل يتم استبعاد هذا التناقض بين طبيعة عقدين لا يجتمعان.
- 2- إن منطق عقد البيع يقتضي التملك والتملك، وهذا لا يتفق مع ثلاثية بيع ملك الغير في القانون فهو:

أ/ عقد بيع ب/ لا ينشئ أي أثر إلا بعد إقرار المالك ج/ قابل للإبطال من ناحية المشتري⁴
المشتري⁴

¹ - محمد سعيد جعفرور: بيع الفضولي، المقال السابق، ص 37

² - حلمي بهجت بدوي: بطلان بيع ملك الغير، المقال السابق، ص 599

³ - محمد سعيد جعفرور: بيع الفضولي، المقال السابق، ص 40

⁴ - عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي، القاهرة، 1969، ص 130

المبحث الثاني: طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

إن تعقد المسلك القانوني الجزائري جعل الآراء تتضارب حول مسألة بيع ملك الغير، أما عن الشريعة الإسلامية فيختلف الأمر لاقتصاره على رأيين فقهيين، رأي يجيز بيع الفضولي ويجعله موقوفاً على إجازة المالك الأصيل، والآخر يرى ببطلان هذا البيع ويقرر عدم صحته.

المطلب الأول: القائلون بالبطلان

لدراسة نظرية البطلان، علينا تقسيم المطلب إلى فرعين، فالأول لعرض النظرية، والثاني لتقييمها ونقدها.

الفرع الأول: عرض الرأي

ذهب بعض المالكية¹ وابن حزم الظاهري²، وأبو ثور وابن المنذر³، والشافعية في الجديد⁴، وحنابلة في إحدى الروايتين⁵، فهؤلاء الفقهاء يقولون بأن بيع الفضولي لملك غيره باطل بطلاناً مطلقاً، ولا ينتج عنه أي أثر بين المتعاقدين، ولا في مواجهة الغير ولا يصح هذا البيع، حتى ولو أجاز المالك الحقيقي كما يدعمون برأيهم بأن الفضولي لا يعتبر مالكا للشيء المبيع وليس له ولاية التصرف فيه، وليس مأذوناً له من المالك الحقيقي، كما لا يستطيع تصحيحه بإجازة مالكة، لأن الإجازة تؤثر في العقد الموجود وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، والطريقة الصائبة لتصحيح هذا البيع هي أن يعاد العقد من جديد بين المشتري وبائع ملك الغير، لأن الأول لا وجود له⁶، وقد استدل

¹ - القرافي: الفروق، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1347 هـ، ص 244

² - ابن حزم: المحلى، المصدر السابق، ص 434

³ - النووي: المجموع شرح المذهب، المصدر السابق، ص 261

⁴ - محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار المعرفة، ط1، لبنان، 1997، ص 21

⁵ - ابن قدامة: المغني، ج4، دار الكتاب، ط1، مصر، د.ت، ص 275

⁶ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، دار الكتاب العلمية، ط2، بيروت لبنان، 2003، ص 573 وما بعدها؛ وهبة

الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ص169

النووي: المجموع، ج9، المرجع السابق، ص 259

استدل هؤلاء الفقهاء على هذا البطلان بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية ومصادر القياس والعقل نعرضها فيما يلي:

أولاً: القرآن الكريم

بالرجوع إلى الآية الكريمة التي استدل هؤلاء الفقهاء بالآية الكريمة: قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (29) ¹ .

فالعقد الذي أوقعه الفضولي عندهم حسب تفسير الآية الكريمة يعتبر أكل أموال الناس بالباطل، لعدم وجود رضا المالك، ولا يمكن أن تصح الإجازة اللاحقة عقدا باطلا².

كما استدلوا بالآية الكريمة في قوله: " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (164) ³ .

فدلت الآية الكريمة على أن الفضولي أولاً لا يمكنه أن ينقل الملكية للمشتري بمعنى لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع ولا يملك المالك الثمن فيقع باطلا⁴. " كما لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه فإن وقع فسخ" ⁵.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة

الدليل من السنة على بطلان بيع الفضولي، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام حين سأله يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع وليس عندي، فأبيعه؟ فأجابه صلى الله عليه وسلم: " لا تبع ما ليس عندك" ¹.

¹ - سورة النساء، الآية رقم 29

² - محمد الألفي: الفضالة، المرجع السابق، 1999، ص 94

جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاوله، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، المكتبة القانونية، بغداد 2007، ص 183

³ - سورة الأنعام، رقم الآية 164

⁴ - محمد الألفي: المرجع السابق، 1999، ص 95

⁵ - ابن حزم المحلى، المصدر السابق، ص 435

في الحديث نهي صريح²، وهو دليل على منع الإنسان من بيع ما ليس عنده أي من بيع ما ليس مملوكا له، والفضولي لا يفعل غير ذلك³؟

أما الدليل الثاني في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك"⁴. ففي الحديث نهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه والنهي يفيد عدم مشروعية المنهي عنه⁵.

ثالثا: من القياس

يرى أنصار هذا الرأي أن من يبيع مال الغير يبيع شيئا لا يقدر على تسليمه فأشبهه ببيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وهو بيع فاسد وباطل بالإجماع⁶.

رابعا: من المعقول

يرى أنصار الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير أن الشخص الذي يبيع ملك غيره يعتبر تصرفه باطلا. باعتبار أن هذا العقد تم من غير المالك ولم يكن وكيلًا ولا نائبًا، وبالتالي فالملكية أو التكفل شرط من شروط انعقاد التصرف. فإذا لم تتوفر شروط الانعقاد كان العقد باطلا⁷.

¹ - الحديث رواه أبو داود في السنن - كتاب الإجازة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث 3503 ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج4 ، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، لبنان، دت، ص 665

² - جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيعلي: نصب الرابية في تخريج أحاديث الهداية، ج4 ، ط1، دار الحديث، 1995، ص 530

³ - أحمد إدريس عبده: فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك نع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وغيرها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص78

⁴ - رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، رقم الحديث 2190 ، سنن أبي داود، المرجع السابق، ص 666/665

⁵ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 78

⁶ - النووي: المجموع، ج9 ، المرجع السابق، ص263 ؛ أحمد إدريس عبده: فقه المعاملات، المرجع السابق، ص79 ؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، 2003، المرجع السابق، ص 574

وجاء في فقه السنة: " أن المعقود عليه يجب أن يكون مقدورا على تسليمه شرعا وحسا، فما لا يقدر على تسليمه حسا لا يصح بيعه كالسمك في الماء وبهذا يقيسون بيع الفضولي على بيوع الغرر"، السيد سابق: فقه السنة، دار الفكر العربية، ج3 ، الطبعة الشرعية الثامنة، بيروت، 1987، ص118

⁷ - محمد الألفي: المرجع السابق، 1999، ص 96 ، الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، 2003، المرجع السابق، ص 574

وكما أن العقد يعني التوافق والتراضي بين المتعاقدين بحيث كل من الطرفين يمكن للآخر بما له عنده فالمشتري يمكن البائع بتقديم الثمن، والبائع ينقل الملكية، وما دام الفضولي لا يستطيع ذلك فيقع باطلا¹.

الفرع الثاني: تقييم ونقد النظرية

لقد تعرض هذا الرأي الفقهي إلى العديد من الانتقادات من قبل جانب آخر من الفقہ الإسلامي، في تفسير هذا الرأي الفقهي للآيات الكريمة والسنة النبوية ورفض ما جاء به القياس ومن المعقول.

أولاً: القرآن الكريم

1/ في ما يتعلق بمسألة أكل أموال الناس بالباطل، أن بيع الفضولي لا تنتج عنه آثاراً إلا إذا أجاز المالك الحقيقي، وما دام لم تكن هناك آثار تنتج بعد، فلا مجال للقول فيه بأكل أموال الناس بالباطل في هذه الحالة، وأن العقد الموقوف لا يرتب عليه أي أثر، إلا بعد الإجازة، وما دام لم يتم نقل المبيع من البائع إلى المشتري، فإن الآية هنا لم تحرم بيع الفضولي².

2/ أما في الآية: " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ " (164)³

ولا تكسب كل تقين إلا عليها ولا اور واردة ولد الحريق فهذا يدل على أن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع، ولا أن يملك المالك الثمن. ويمكن أن يجاب عليه بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة، فإن لم تجده فلا أثر لهذا العقد إذا ببقى موقوفاً على إجازته⁴.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

¹ - ابن حزم: المحلى، المرجع السابق، ص 437

² - صلاح الدين شوشاري: نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقہ الإسلامي، الدار العلمية الدولية، ط1،

عمان، الأردن، 2001، ص 43

³ - سورة الأنعام، الآية رقم 164

⁴ - محمد الألفي: المرجع السابق، 1999، ص 95

النهي الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم: " لا بيع إلا فيما تملك "¹، يخص البيع التام النافذ الذي يستعقب المطالبة من الطرفين، فهو المنهى عنه، لا البيع الموقوف الذي يثبتته أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه، فيسلمه بحكم ذلك العقد². كذلك النهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه لا يدل على إبطال تصرف الفضولي، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه، فلو باع الإنسان شيئاً ليس عنده ربما لا يجده فيعجز عن تسليمه وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه³.

ثالثاً: القياس

إن قياس بيع ملك الغير على بيوع الغرر (كبيع السمك في الماء والطير في الهواء) قياس مع الفارق، لأن الطير في الهواء فيه جهل⁴ بالمبيع بخلاف بيع الفضولي، فإن المبيع فيه غرر مجهول، وإنما توقف نفاذه على إجازة المالك وقد رضي المشتري بتوقف لزومه على الإجازة (المالك الحقيقي)، وعلى ذلك يكون القياس الذي يقولون به قياس غير صحيح لأن من شروط القياس أن يكون متفقاً عليه.

رابعاً: المعقول

أن الولاية في العقد هي شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد، وتختلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد، على إجازته ممن له الحق فيها شرعاً ولا يمكن القول ببطلانه. لهذا فإن بيع الفضولي يتم صحيحاً، لاشتماله على جميع أركانه وشروطه، إلا أنه موقوف لتخلف نفاذه وهو إقرار المالك⁵.

ومما سبق يمكن القول بأنه مادام هذا العقد موقوفاً، ولم ينتج آثاره فإنه لا يقع باطلاً، إذ يمكن للمالك أن يجيزه فيصبح صحيحاً لهذا جاء الاتجاه الآخر ينادي بنظرية العقد الموقوف.

¹ - رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، رقم 2190، سنن أبي داود، ج 4، المرجع السابق، ص 666/665

² - الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، 2003، المرجع السابق، ص 575

³ - أحمد إدريس عبده: فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 78

⁴ - انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، دار الفكر، دمشق، سورية، 1997، ص 398 وما بعدها.

⁵ - النووي: " هو بيع موقوف على الإجازة..."، المرجع السابق، ص 262

المطلب الثاني: الرأي القائل بصحة العقد الموقوف

قبل التطرق إلى عرض هذا الرأي، علينا تحديد بعض المفاهيم منها:

العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية:

الوقف في اللغة: يقال وقفت الدابة تقف وقفا ووقوفا أي سكنت، ووقفت الدار وقفا أي حبستها في سبيل الله ووقفت الأمر على حضور زيد أي علقته الحكم فيه بحضوره¹.

أما في الاصطلاح: "العقد الموقوف هو الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أن العقد صحيح، يعترف الشارع بوجوده بل يتوقف ترتيب آثاره على إجازته س من له حق مباشرته"². ويقول الدكتور صلاح الدين محمد شوشاري:

"العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه الذي منع نفاذه تخلف أحد شروط النفاذ والذي يفيد حكمه بإجازته ممن يملك حق الإجازة"³. وجاء في المادة 300 من مرشد الحيران⁴: "من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفا على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإلا بطل".

الفرع الأول: عرض الرأي

أنصار هذا الرأي من الشافعية في المذهب القديم وحكي عن المذهب الجديد⁵ والأحناف⁶، والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد⁷، وأغلب المالكية⁸، وإسحاق بن راهويه.

¹ - أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987، ص 256

² - عبد الرزاق حسن فرج: مرجع سابق، ص 43

³ - صلاح الدين محمد الشوشاري: المرجع السابق، ص 26

⁴ - محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معارف أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ط 2،

المحمدية، مصر، 1891، ص 49

⁵ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 22

⁶ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، 2003، المرجع السابق، ص 573

⁷ - ابن قدامة: المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 274

⁸ - القرافي: الفروق، ج 3، المرجع السابق، ص 243

يرون أن هذا البيع يقع صحيحا، إلا أنه لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، إلا إذا أجازته المالك الحقيقي عندئذ تتقرر صحته منذ انعقادهن وينتج جميع آثاره بأثر رجعي. وإن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلا، واعتبر كأن لم يكن، واستدلوا في ذلك بما يلي:

أولاً: القرآن الكريم

استدل هؤلاء الفقهاء بقوله سبحانه وتعالى: " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " ¹.

وقوله: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " ².

وقوله عز من قائل: " فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ " ³(10)

إن هذه الآيات الكريمة تدل على: أن الله عز وجل شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل بنصوص عامة، من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطرق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الإنتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل ⁴.

كذلك أخذوا في استنادهم بقوله تعالى: " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى " ⁵ فهنا إمضاء ببيع الفضولي بعد الإذن بعد من قبيل التعاون على البر والتقوى لأنه يكفي أخاه عناء البيع ومشقته، فيكون مشروعاً خاصة إذا كان يراعي في تصرفه مصلحة المالك ⁶.

ثانياً: السنة النبوية

¹ - سورة البقرة، الآية رقم 275

² - سورة النساء، الآية رقم 29

³ - سورة الجمعة، الآية رقم 10

⁴ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 77

⁵ - سورة المائدة، الآية رقم 02

⁶ - الكاساني: المرجع السابق، 2003، ص 576؛ النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 262

استدل الفقهاء القائلون بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك بما روي عن أبي داود، والترمذي، وابن ماجة أن عروة الباقرى في قوله دفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشترى له شاة فاشترت له شاتين، بعت أحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ما كان من أمري¹ فقال: " بارك الله لك في صفقة يمينك "².

وجه الدلالة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، أن عروة اشترى الشاة الثانية وباعها دون إذن مالكها، وهو النبي صلى الله عليه وسلم، فلما رجع إليه أخبره بالأمر، فأقره ودعا له، فدل ذلك على صحة شراء الشاة الثانية وبيعها إياه، كما يدل ذلك على أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج أثره بالإجازة³، ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه تصرفه.

ثالثا: القياس

أصحاب هذا الرأي يرون قياس تصرف الفضولي على الوصية، فالوصية إذا تجاوزت الثلث لا تجوز ابتداءً وإذا وقعت فللورثة الخيار، وإذا شاءوا ردوها، كما قاسوا بيع الفضولي ببيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح باتفاق الفقهاء ولكن الحكم فيه يتأخر إلى حين الإجازة أو الرفض من المالك فهذا يدل على أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي⁴.

رابعا: المعقول

إن عقد الفضولي رفض كما يرى أنصار هذا الاتجاه فقد استغرق واستوفى كل أركان العقد، فكلا من البائع والمشتري عبر تعبيراً صحيحاً عن إرادته، بوجود قبول وإيجاب على محل العقد، ومحل العقد مشروع، وكون المبيع غير مملوك للبائع لا يعدم وجوده لأن البيع لو أجازه المالك لنفذ،

¹ - النووي: المجموع، المرجع نفسه، ص 262

² - أخرجه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك، رقم 1258، الجامع الصحيح سنن

الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت، ص 559

³ - أحمد بن علي الكفائي العسقلاني: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج 1-4، مؤسسة قرطبة، ط1، مصر،

1995، ص 11

⁴ - الهمام: الفتح القدير شرح الهداية، المرجع السابق، ص 310

فالعقد صحيح، إلا أن هناك مانعا من انتقال الملكية وهو احتمال رفض المالك الحقيقي له، وبإجازة المالك له تزول هذه العلة وينتج العقد كل آثاره منذ وقت العقد¹.

خامسا: المصلحة

استدلوا بالمصلحة فقالوا: إن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك يتحقق به مصلحة كل من المتعاقدين والمعقود له². وإن التصرفات والعقود لم تشرع إلا لتحقيق مصلحة، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه، لأن الظاهر أن الفضولي ما قام بذلك إلا لمصلحة عاجلة وضرورية قد تفوت على من كان التصرف له، فالقول بصحة التصرف مراعاة لجانب الفضولي وكذا منه يكون التصرف له، أما جانب الفضولي فبانعقاد عقده وعدم اهدار عبارته، وأما جانب من يكون له التصرف فبالحكم بأن التصرف موقوف على إجازته، فإن رآه في مصلحته أقره، وإن وجده غير ذلك رفضه³.

الفرع الثاني: نقد وتقييم النظرية

إن الفقهاء الذين ينادون ببطلان هذا البيع نقدوا هذا الرأي وانتقادهم كان في عدم تفسيرهم الجيد للآيات القرآنية والحديث

أولا: القرآن الكريم

عموم الآية السابقة- بحسب معارضي هذا الرأي- وردت في مشروعية البيع الذي استكمل أركانه و شروط انعقاده، وشروط صحته، ونفاذه، وبيع الفضولي لم يستكمل شروط الانعقاد، لعدم وجود الرضا والإذن من المالك الحقيقي وعدم وجود ملكية الشيء المبيع وقت البيع عند البائع، كما أن الولاية اللازمة لنفاذ العقد يعتبرها كثير من الفقهاء أنها من شروط الانعقاد⁴ لا من شروط النفاذ¹.

¹- بيع الفضولي تصرف شرعي له يجيز حال العقد وقد صدر من أهله في محله ولا ضرر فيه على أحد، وكل تصرف في هذا شأنه فهو جائز " ... الكاساني: بدائع الصنائع، ج6 ، 2003، المرجع السابق، ص 574

²- أحمد إدريس عبده: المرجع السابق، ص 79، السرخسي: المبسوط، ج13 ، ط1، دار السعادة، القاهرة، 1331هـ، ص 154

³- أحمد إدريس عبده المرجع السابق، ص 77

⁴- ويعتبرها الدكتور وهبة الزحيلي: أنها من شروط نفاذ العقد، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 3807

ثانيا: السنة النبوية

ما تعلق بحديث النبي صلى الله عليه وسلم عن عروة الباقرى: " أنه كان وكيفا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة أي عامة، وذلك أنه باع الشاة وسلمها واشترى أخرى بثمن أقل، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها، ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفا على الإجازة"². ولا نسلم أن عروة الباقرى تصرف من دون إذن إذ أن الحالة الصحية أوجبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان المقال الموجب للإباحة ونفى الإثم، بخلاف الأجنبي الذي لا إذن له مطلقاً³.

ثالثا: القياس

رفض الفقهاء المعارضون قياس بيع الفضولي على إجازة الوصية التي تتجاوز ثلث التركة، إذ في الوصية يتصرف المالك في ملكه، والوارث لا يجيز تصرفا وقع على عين ماله، بل هو من ينشئ هذا التصرف، ومن ثم تعتبر فيه شروط الهبة⁴. أما بيع الفضولي فهو تصرف فيما لا يملك، وما لا يملكه يقع موقوفا على إجازة المالك الحقيقي فلا مجال للقياس هنا- بيع الفضولي على الوصية- كما لا يجوز هذا القياس أيضا، لأن الوصية تحمل الغرر وتصح بالمجهول والمعلوم بخلاف البيع⁵. كذلك لا يجوز قياس بيع الفضولي على البيع المقترن بشرط الخيار، لأن هذا البيع منعقد في الحال وينتظر فسخه، فإذا مضت مدة الخيار ولم يفسح لزم البيع⁶.

رابعا: المعقول:

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 35

² - النووي: المجموع، ص 263

³ - أحمد إدريس عبده: المرجع السابق، ص 78

⁴ - إسماعيل شاهين عبد النبي: أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 38

⁵ - النووي: المجموع، المرجع السابق، ص 263

⁶ - المرجع نفسه، ص 263

إن الإيجاب والقبول في العقود سبب لترتب الآثار عليها، وقد تأخر ترتيب الآثار في بيع الفضولي لأنه موقوف على إجازة من له التصرف، فدل على فساد السبب - أي الإيجاب و القبول من الفضولي - للقاعدة التي تقول: " إن وجود السبب بكماله بدون آثاره يدل على فساده " ¹.

خامسا: المصلحة

هل يحقق بيع ملك الغير مصلحة؟، فالمصلحة في الشريعة الإسلامية لا تخرج عن المصالح الضرورية، الحاجية أو التحسينية، فبيع الفضولي ليس ضرورة تقتضيها مصالح الدين أو الدنيا، وبهذا لا نتصور وجود مصلحة من خلال تصرف الفضولي، كما أن المصلحة في هذا البيع وهمية أكثر منها حقيقية ومن تم لا يتحقق في بيع ملك الغير أي مصلحة ².

الفرع الثالث: الترجيح بين النظريتين

بالرجوع إلى القول ببطلان بيع الفضولي، نجده ينطلق من موقفه الداعي إلى عدم أكل أموال الناس بالباطل، وعدم المساس بملكية الآخرين، كما يستند إلى أساس أخلاقي هو عدم جواز التصرف في ملك الغير دون إذن شرعي، وهم ينكرون فكرة العقد الموقوف، مستندين في ذلك إلى الكتاب، والسنة والقياس، والعقل، إذ ما دام هذا العقد تم بدون إذن أو ولاية، لا ينتج أي أثر بين المتعاقدين، ولا بالنسبة للغير حتى ولو أجازته المالك الحقيقي، وحتى لو انتقلت ملكية الشيء المبيع إلى البائع بعد العقد فيقع باطلا.

وحتى يصح تصرف البائع ينبغي أن يعاد العقد من جديد، لأن التصرف باطل بطلانا مطلقا، لكن بالعودة إلى الرأي القائل بالعقد الموقوف له ما يبرره، استنادا للكتاب والسنة وعملا بمبدأ التعاون على البر والتقوى ³.

¹ - أحمد إدريس عبده: فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 79

² - إسماعيل عبد النبي شاهين: المرجع السابق، ص 40

³ - النووي: المجموع، ص 263

ولعلنا نرى أن الرأي الراجح والذي جاء به معظم الفقهاء القائل بالعقد الموقوف لسلامة عموم الأدلة؛ وهو أولى بالقبول لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم، وتحقيق مصالحهم الضرورية وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين¹، فضلا عن القول أن العقد الموقوف يتفق مع مبدأ الرضائية فلا يخرج شيء من ملك الشخص ولا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد إجازة المالك الأصيل، فتتقرر صحته بأثر رجعي إعمالا للقاعدة "الإجازة اللاحقة كالإذن السابق"². فإن لم يجزه صاحب الشأن بطل العقد من أوله واعتبر كأن لم يكن ولكن يشترط لاعتبار هذه الإجازة أن يكون لهذا العقد مجيز وقت الإنشاء، والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير امضاء هذا البيع أو رفضه، بالمقابل لا تفيد الإجازة للعقد حينما لا يتوفر مجيز له وقت الإنشاء³.

ونرى كذلك أن الأخذ بهذه الفكرة-العقد الموقوف-صائب من جوانب أهمها:

باعتبار أن فكرة العقد الموقوف هو جانب وقائي يرمي إلى حل المسألة - نفاذ العقد من عدمه، أما عن الجانب الآخر فهو جزاء لتصرف البائع في ملك غيره دون ما إذن في حالة الرد.

والعقد الموقوف أوسع نطاقا، فهو يشمل تصرفات المكره، وناقص الأهلية المترددة بين النفع والضرر، والتصرفات التي يرجع تخلف من يقوم على المعقود عليه - وهذا محل الدراسة - في حين العقد القابل للإبطال مقتصر على حالات نقص الأهلية وعيب الرضا، وحالات نص عليها القانون (البطلان من نوع خاص).

يثبت لصاحب الشأن في العقد الموقوف خيار فسخه أو إجازته عند توافر الشروط اللازمة لذلك بالإرادة المنفردة، أما العقد القابل للإبطال فلا ينفى إلا بالتراضي أو من طريق القضاء ويتم بأثر رجعي.

¹ - أحمد إدريس عبده: فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 79

² - المادة 1453 مجلة الأحكام العدلية.

³ - أحمد إدريس عبده: المرجع السابق، ص 79

ان العقد الموقوف غير نافذ، ولا يترتب أي أثر حال إبرامه حتى ينفذ بالإجازة، أما العقد القابل للإبطال هو عقد نافذ ينتج أثرا وقت صدوره إلى أن يتقرر البطلان (بعد الإجازة)

فالضرورة التي نلمسها هنا في الأخذ بفكرة العقد الموقوف، بجعل التصرف متوقفا أصلا حتى تلحقه الإجازة، فهي أفضل من أن يترتب آثاره حتى يطلب إبطاله، وتجنبنا للتعقيدات التي عن إبطال العقد بعد نفاذه، وآثاره الناتجة عنه خاصة في مسألة التعويض.

ومن جانب الحماية، أن هذا العقد -بيع ملك الغير- وما نص عليه القانون المدني الجزائري والمنظم له، هو قابل للإبطال لمصلحة المشتري غير ساري بحق المالك الحقيقي، بمعنى آخر أنه يحمي مصلحة المشتري فقط، فهو من يملك الإبطال أو الإجازة، وهو ما نراه خروجاً عن الأصل لأن من يملك الإجازة أو الإبطال هو المالك الحقيقي وهو ليس طرفاً في العقد.

في حين أن العقد الموقوف يحمي جميع الأطراف أي أنه أعطى حكماً واحداً لعدة مشاكل لأن العقد الموقوف يجعل التصرف غير منتج لآثاره لا بين المتعاقدين ولا يحق المالك الحقيقي حيث يحمي بالدرجة الأولى المالك الحقيقي -صاحب الشيء- وهو الأصل.

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقهاء الإسلامي والقانوني في تحديد الطبيعة

القانونية لبيع ملك الغير

بعد أن حددنا طبيعة ملك الغير في الشريعة الإسلامية وكذا القانون الجزائري، نقوم بالموازنة والمقارنة بين الجانبين الشرعي والقانوني في هذا المبحث.

المطلب الأول: أحكام العقد القابل للإبطال

العقد القابل للإبطال هو العقد الذي له وجود قانوني ويترتب عليه آثار حتى يتقرر بطلانه بناء على طلب من له التمسك بالبطلان، ما لم يكن قد انقضى حقه في ذلك بالإجازة أو التقادم¹. وفي

¹ - عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

هذا الصدد نجد المشرع الجزائري ومعه بعض التشريعات العربية التي تأثرت بالقانون الفرنسي قد أدرجت هذه الفكرة في قوانينها المدنية.

إلا أن البطلان الذي نحن بصددده هو قابلية العقد للإبطال أي بطلان من نوع خاص أفردته المشرع بنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري، هذه الفكرة قائمة على أن القابلية للإبطال لا تتعلق بتخلف أحد شروط العقد أو وجود عيب من عيوب الرضا وغيرها من أسباب البطلان النسبي، وإنما باستحالة نقل الملكية من البائع إلى المشتري، إلا أن هذه الاستحالة مقدور عليها، إذ يمكن للبائع تملك المبيع، وينقل الملكية للمشتري أو يقره المالك الحقيقي، فإن أقره أنتج مفعوله فتزول بذلك علة إبطاله، وإن رفضه بطل واعتبر كأنه لم يكن.

ومما يميز هذا البطلان من نوع خاص عن البطلان النسبي أن هذا الأخير يكون العقد منتجا لكافة آثاره إلى أن يتقرر بطلانه بعكس ذلك في العقد القابل للإبطال من نوع خاص، كما أن العقد القابل للإبطال بهذا المعنى هو قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وفي نفس الوقت غير ساري المفعول في حق المالك الحقيقي أي يقوم على ازدواجية الحكم.

ومن حالات العقد القليل للإبطال: ناقص الأهلية، وحالة عيب يشوب الرضا عند أحد المتعاقدين، فالعقد قابل للإبطال في هاتين الحالتين،¹ ففي المرحلة السابقة على تقرير البطلان ترتب على العقد جميع آثاره الأصلية، فيترتب على عقد البيع القابل للإبطال بسبب نقص أهلية البائع أو المشتري كل آثار البيع من حيث انتقال الملكية للمشتري واستحقاق الثمن للبائع، ولكن إذا تقرر إبطال هذا العقد فإنه يعتبر كأن لم يكن وتزول جميع آثاره بأثر رجعي.²

فنستنتج أن هناك ثلاث حالات العقد القابل للإبطال وهي: حالة نقص الأهلية، وحالة وجود عيب من عيوب الرضا، والحالة التي أضافها المشرع وهي البطلان بنص خاص حسب ما جاء في المادة 397 مدني جزائري.

¹ - العقد ليس معدوما ولكنه قائم بإنتاج آثاره حتى يتقرر إبطاله.

² - عبد الرزاق السنهوري: المرجع نفسه، ص115

المطلب الثاني: أحكام العقد الموقوف

العقد الموقوف كفكرة في تصور إسلامي محض، فلا وجود له في القوانين الغربية، ولا القوانين العربية¹. ومن جهة نجد بعض التشريعات التي تأثرت كثيرا بالفقهاء الإسلامي، فعملت على تدوينه في قوانينها كالعراق، الأردن، الكويت والإمارات².

فالعقد الموقوف كما سبق وأن تطرقنا إليه في التعريف العقد الموقوف على إجازة المالك فهو: " تصرف مشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرع"³. فالعقد الموقوف بهذا المعنى أنه منذ بدايته صحيح بتوفر جميع شروطه وأركانه، إلا أنه يتوقف على إجازة المالك، لذلك تجد الفقهاء الشريعة يضيفون شروطا لنفاد هذا العقد، أن يكون لهذا العقد مجيز وقت إنشائه، والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك البيع أو رفضه، أي له ولاية على محل العقد أو على نوع التصرف، وألا يكون في المبيع حق لغير البالغ، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر⁴.

الفرع الأول: الولاية على محل العقد

وتكون في حالة ما إذا كان هذا المجيز مالكا للشيء المبيع أو نائبا عن المالك، وإذا لم تتوفر هاتان الحالتان فالتصرف موقوف على إجازة المالك فهنا نكون أمام مسألة بيع الفضولي⁵.

الفرع الثاني: الولاية على التصرف

أي أن الشخص الراشد إذا ما تصرف في ملكه فيقع تصرفا صحيحا نافذا، أما إذا لم يكتمل سن الرشد كحال الصبي المميز، وكانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر⁶. تصبح موقوفة على إجازة

¹ - انظر: صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف، مرجع سابق، ص 33

² - نجد المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 334 من مرشد الحيران أخذا بفكرة العقد الموقوف.

³ - عبد الرزاق حسن فرج: المرجع السابق، ص 43

⁴ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود، ج 9، د د ن، بيروت، 1997، ص 109

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ص 276

⁶ - محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2009، ص 32

الولي، أو الوصي أنه شائع الوقوع في الخطأ والتضرر من تصرفه، فكانت شرط نفاذه¹. وجاء في الفقرة الثالثة من المادة 997 من مجلة الأحكام العدلية: "أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتعقد موقوفة على إجازة والبائع مخيرا بين إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا"².

مما تقدم، فإن المجيز في التصرف الموقوف، إما أن يكون المالك في بيع الفضولي أو ولي ناقص الأهلية بالنسبة إلى التصرف المحتمل للنفع والضرر أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد. كما تبين من خلال تحديد الإطار القانوني لكل من العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال أن ما يقابل العقد الموقوف في القانون الجزائري هو العقد الذي يتوقف نفاذه في حق الغير على إقرار المالك الحقيقي (البطلان من نوع خاص)، ومثاله بيع ملك الغير.

فكلا من العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري لا يترتب أثرا بالنسبة للغير إلا بعد إقراره من المالك الحقيقي³. غير أنهما يختلفان في أن العقد القابل للإبطال من نوع خاص يكون صحيحا بين المتعاقدين بإجازة المشتري، طبقا لنص المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه غير ساري المفعول في حق المالك الحقيقي، بينما الإجازة في العقد الموقوف أبلغ أثر وتعطي للعقد قوة، وتجعله ينتج جميع آثاره من كانت صادرة ممن يملكها شرعا، كما يلاحظ في بيع ملك الغير أن هناك شخصين يملكان حق الإجازة- المشتري والمالك- هذا لو استعار الفقه الغربي من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها ملك الغير، فيصبح العقد موقوفا لا في حق المشتري وحده، ولا في حق البائع وحده، بل أيضا في حق المالك، وإلا كانت إجازة العقد تقتصر على المالك، فلا يملك المشتري إجازته، فكل هذه الأحكام أكثر ملائمة لحالة العقد وهي أحكام تستمد وجودها من نظام العقد الموقوف دون العقد القابل للإبطال، فترجح نظرية العقد الموقوف على نظرية العقد القابل

¹ - صلاح الدين شوشاري: المرجع السابق، ص 23

² - حمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 31

³ - صلاح الدين شوشاري: المرجع السابق، ص 31

للإبطال من نوع خاص¹. وذكر مصطفى الزرقاء: "... بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي بحسب مبادئه قضية بسيطة وأحكامها واضحة منسجمة مختصرة لوضوح المبدأ الفقهي الذي تقوم عليه وسهولة التطبيق والتخريج فيها أما في الفقه الأجنبي فهي بعكس ذلك قضية معقدة ومضطربة مطولة محفوفة باختلاف كثير بين علماء القانون في تخريج أحكامها، ذلك لأن المبدأ القانوني الذي تقوم عليه الأحكام لديهم هو في الفقه الأجنبي غامض ملتبس...".

¹ - مصطفى أحمد الزرقاء: شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، ط6، مطابع فتي العرب، دمشق، سورية، 1965، ص252

الفصل الثالث:

آثار بيع ملك الغير وتطبيقاته

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول:

آثار بيع ملك الغير

المبحث الثاني:

تطبيقات بيع ملك الغير.



تمهيد:

بعد تناولنا في الفصل الأول ماهية بيع ملك الغير، لتوضيح معالمه وتبيان أهم المبادئ التي يقوم عليها، وفي الفصل الثاني بيان لطبيعته القانونية للكشف عن أي قسم يندرج هذا البيع، وكذا استخلاص أحكامه، فسنحاول في الفصل الثالث من هذا البحث المتواضع تحديد أهم الآثار المترتبة عن هذا البيع.

كما خلصنا في الفصل السابق - تحديداً- وأثناء عرض الطبيعة القانونية لهذا البيع إلى أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري (مع اختلاف في تأصيل هذا البطلان). فتجدر الإشارة إلى أن هذا العقد يرتب آثاراً لا تقتصر على أطرافه فحسب، بل قد تمتد إلى المالك الحقيقي. إذ أنه قد يحدث في الحياة العملية - كما ذكر آنفاً - أن يبيع الشخص شيئاً لا يملكه. ما هي إذا الآثار التي تترتب على هذا التصرف؟ وأين نلمس هذا البيع عملياً؟

هذا ما سنتطرق إليه في مبحثين؛ معنونين المبحث الأول بآثار بيع ملك الغير. ثم نحاول تطبيق هذه الأحكام على المنقول والعقار في المبحث الثاني.

المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير

إذا كان عقد بيع ملك الغير شأنه شأن أي عقد له طرفين هما البائع والمشتري، إلا أن هناك المالك الحقيقي في بيع ملك الغير-الذي لا يمكن إغفاله، مما يستوجب البحث في الآثار المترتبة على هذا البيع عند كل طرف (البائع والمشتري والمالك الحقيقي-الأصلي-وكذا التعويض لمن يستحق التعويض)، فسنحاول في هذا المبحث تناول آثار هذا العقد بين المتعاقدين في مطلب أول، ثم آثاره بالنسبة للمالك الحقيقي في مطلب ثان، ثم التعويض وجبر الضرر الناتج عن هذا التصرف في مطلب ثالث.

المطلب الأول: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدین

ينتج بيع ملك الغير-رغم قابليته للإبطال-آثاره بين المتعاقدين، لأنه كما ذكرنا سابقاً يبقى عقد البيع صحيحاً بينهما إلى حين إبطاله. ومن أهم هذه الآثار إمكانية إبطال العقد لمصلحة المشتري وهذا ما سنتناوله في نقطة أولى، كما يستطيع المشتري طلب تعويض عن الضرر الذي لحقه والذي سنتناوله في نقطة ثانية.

الفرع الأول: تقرير إبطال العقد لمصلحة المشتري

للمشتري في بيع ملك الغير أن يتمسك بطلب إبطال العقد، غير أن هذا الحق يسقط في حالات قررتها الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير وأخرى أملتها القواعد العامة وهو ما سنتناوله تباعاً.

1/ حق المشتري في إبطال عقد بيع ملك الغير:

نصت المادة 397 مدني على أنه: " إذا باع شخص شيئاً معين بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه ".
فيلاحظ على هذا النص - كذلك المادة 466 من القانون المصري¹ - أنه صريح و واضح فيما يتعلق بصاحب الحق في طلب الإبطال، وهو المشتري دون غيره، على عكس المشرع الفرنسي

¹ - عبد الودود يحيى: دروس في العقود المسماة البيع والإيجار والتأمين، ط2، 1977، ص 167

في المادة 1599 مدني، حيث اقتصر على النص أن بيع الغير ملك باطل، دون تحديد من له الحق في طلب الإبطال، مما جعل العديد من شراح القانون الفرنسي يختلفون في الشخص الذي له الحق في طلب البطلان، فقصره البعض على المشتري وحده، وأجازه البعض الآخر للبائع بشروط، وأطلقه آخرون دون قيد.

غير أنه وطبقا للقانون الجزائري، فإنه للمشتري فقط الحق في طلب ابطال العقد. وهذا ما سنحاول توضيحه دون التعرض لباقي الآراء نظرا لصراحة نص المادة 397 مدني.

ومن ثمة فإنه حق الإبطال محصور في المشتري دون البائع، سواء كان حسن النية عند إبرام العقد، أو سيء النية، لأن سوء نيته لن تحرمه إلا من الحصول على التعويض وهذا ما نصت عليه المادة 399 من القانون المدني، (وتقابلها المادة 468 من القانون المدني المصري).

كما يمكن إرجاع هذا الحكم - قابلية البطلان لصالح المشتري - إلى الضرر المؤكد الذي يصيب المشتري من جراء عدم انتقال الملكية له، مقابل عدم تحمل البائع بأي ضرر، ومن ثمة يحرم من طلب ابطال البيع سواء كان حسن النية أو لا، وفي الحالتين يكون البائع مخطئ، فإذا أحسن النية فخطؤه مبني على التقصير، لأنه لم يقم بالتحري والتدقيق حول ملكية المبيع.

وإذا كان سيء النية فإن خطأه يكون عن قصد¹، كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال، يثبت حقه في ذلك، وتبعاً لذلك إذا طرح الطلب أمام القضاء، فعلى القاضي أن يحكم له به، حتى ولو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا للمبيع قبل صدور الحكم. وهذا تطبيقاً للقاعدة الإجرائية التي تفرض على القاضي الفصل في القضية على حال رفعها.

وقد سائر هذا الرأي العديد من الاجتهادات القضائية.

¹ - د / سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 530

وعلى الرغم من هذه القاعدة الإجرائية المتفق عليها، إلا أنه اتجهت بعض الأحكام القضائية¹ إلى أن مجرد رجوع المشتري عن البيع، وإعلان البائع بهذا الرجوع - ولو قبل رفع الدعوى - قبل صدور الإقرار من المالك الحقيقي يكفي لسقوط البيع ولو أقره المالك بعد ذلك.

واتجهت بعض الأحكام إلى قبول الإقرار الذي تم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم، ورتبت آثاره ما لم يتضرر المشتري من التأخير في الإقرار، ويرجع أصحاب هذا الرأي إلى المبدأ القاضي بعدم التعسف في استعمال الحق إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال. كما اعتمد هؤلاء على نص المادة 85 من القانون المدني، غير أنه في حقيقة الأمر، نرى أنه تأصيل مسألة عدم التعسف في استعمال الحق إلى الغلط، فيه تناقض لما وصلنا إليه في المبحث الأول من هذا الفصل من اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير والغلط.

لذا نرى وإن كان لهذا الرأي أساس، نجده في القواعد العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق طبقاً لأحكام المادة 124 مكرر من القانون المدني، وقد ندرجه في حالة (إذا كان يرمى إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير)، إذ أنه في هذه الحالة حقيقة المشتري يحصل على فائدة قليلة، إذا تمسك بالإبطال مع إقرار المالك الحقيقي للعقد، أو تملك البائع المبيع. إذا نخلص في هذه النقطة، أن حق إبطال العقد، قاصر على المشتري دون البائع².

ويمارس المشتري هذا الحق سواء عن طريق دعوة قضائية يطالب فيها بالحكم له بإبطال البيع كون المبيع مملوك للغير، أو في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا الأخير بالتمن.

2- حالات سقوط حق المشتري في طلب إبطال عقد بيع ملك الغير

وإذا أقر المشرع الجزائري حق المشتري في بيع ملك الغير طلب إبطال العقد، فإنه أعقب ذلك بالنص على سقوط هذا الحق، وذلك بموجب المادة 398 من القانون المدني الجزائري التي تقضى

¹ - نقض مصري مؤرخ في 25 مارس 1914

² - فهذا ما كرسته بعض القوانين العربية بصراحة بنصها على عدم جواز طلب البائع إبطال العقد صراحة كالمادة 385 من الموجبات اللبناني.

بما يلي: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري، وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذ اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع " .

فلاحظ أن المشرع الجزائري، أورد في هذه المادة أسباب زوال حق المشتري في طلب إبطال العقد، وإضافة إلى الحالتين المذكورتين في المادة 398 قانون مدني، نضيف ثلاثة حالات تمليهم حالات القواعد العامة وهي: سقوطه بالتقادم، تملك المشاري للمبيع، وإجازته لهذا البيع، وهذا ما سنحاول التطرق له الواحدة تلو الأخرى.

أ/ اكتساب البائع ملكية المبيع المادة 398

نصت المادة 398 من القانون المدني على أنه: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري ، و كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع " .

ويسقط في هذه الحالة حق المشتري، في طلب إبطال البيع لانتفاء المصلحة مادام البائع اكتسب ملكية المبيع، وبإمكانه الوفاء بالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه، ويظل حق المشتري في ابطال العقد قائما، حتى ولو اكتسب البائع ملكية المبيع، إذا رفع دعواه قبل ذلك.

وهناك من يرى أن البيع يبقى صحيحا، ومن ثمة يسقط حق المشتري في الإبطال، إذا ما تحصل البائع على ملكية المبيع بعد رفع الدعوى، وقبل صدور الحكم النهائي فيها.

وهذا يترتب عليه ما يلي:

1- أنه إذا قرر المالك للغير حقوقا على المبيع، قبل أن يكتسب البائع ملكيته، فإنه ينتقل إلى المشتري متقلا بما عليه من أعباء، فإذا أنقصت هذه الأعباء من قيمة المبيع، فحكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق وفقا للمادة 375 قانون مدني .

2- إذا رتب البائع حقوقا للغير على المبيع، وذلك في الفترة بين صدور البيع منه واكتساب ملكية المبيع، فإنه ما رتبه من حقوق لا تسري في حق المشتري. فكان هذا ما اتجهت إلى المحكمة العليا بأحد قراراتها المؤرخ في 1994/04/06 ملف رقم 108763 - غير منشور - أهم ما جاء

فيه:" حيث و عملا بالمادة 398 قانون مدني يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

حيث أن قضاة الموضوع بالحكم بإبطال العقد المتضمن وعد البيع، فيكونوا قد خالفوا أحكام المادة السالف ذكرها.....".

ب/ إقرار المالك الحقيقي للبيع: وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني، إذ أنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بإبطاله، وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني من هذا المبحث بصورة مستفيضة.

ج/ سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بالتقادم:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لبيع ملك الغير نجدها لم تنص على مدة تقادم خاصة، مما يجعلنا نرجع إلى القاعدة العامة، فتتص المادة 101 من القانون المدني على أنه: " يتقادم الحق في الإبطال بحساب فترة 05 سنوات من يوم زوال نقص الأهلية أو اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع حالة الإكراه".

ونلاحظ أن هذا النص، اقتصر على عيوب الرضا، دون التطرق لبيع ملك الغير، مما جعل العديد من الشراح يرفضون الأخذ بهذا التقادم، كون المادة حددت حالات الإبطال على سيل الحصر. وتبعاً لذلك يجب الأخذ بمدة التقادم الطويل، المنصوص عليها في نفس المادة أي حساب 10 سنوات تبدأ من يوم إبرام العقد، أو من يوم علم المشتري بأن المبيع ليس ملك للبائع¹ حسب البعض الآخر.

د/ إجازة المشتري للبيع:

نصت المادة 2/397 من القانون المدني أنه: " وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري"، وبمفهوم المخالفة فإنه يجوز للمشتري أن يجيز العقد المتعلق بملك الغير، وكذا تطبيق القواعد العامة، فمن يملك حق الإبطال، يملك حق الإجازة طبقاً لأحكام المادة 100 من القانون المدني.

¹ - Voir Aubry et Rau-op.cit-page42 marge n° 51.

وتبعاً لذلك إذا أجاز المشتري البيع امتنع عليه الرجوع فيه ويسقط حقه في رفع دعوى الإبطال. و لإجازة المشتري شروط لا بد من توافرها هي¹:

- أن يكون المشتري عالماً بأن البائع غير مالك للمبيع، وإجازته تكون بمثابة تنازل منه عن حقه في طلب إبطاله.

- أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، كون هذه الإجازة تصرفاً قانونياً تستلزم ذلك.

- أن تكون إرادة المشتري سليمة خالية من أي عيب من عيوب الرضا.

فتجدر الإشارة إلى أنه إذا أجاز المشتري البيع، فإنه يكون قد تنازل عن حقه في طلب الإبطال، ومن ثمة ينقلب العقد صحيحاً، ويرتب التزامات على كل من المتعاقدين. وفي هذه الحالة يبقى البائع غير قادر على نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويمكن لهذا الأخير أن يطالب بالفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزاماته طبقاً لأحكام المادة 119 مدني. وتبعاً لذلك في حالة تعرض المالك الحقيقي للمشتري، لا يكون في يده سوى رفع دعوى ضمان طبقاً لأحكام المادة 371 من القانون المدني.

ولقد طرحت هذه المسألة على القضاء، وجعل من الإجازة سبب من أسباب سقوط حق المشتري في الإبطال من بينها: قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 17/02/1988 ملف رقم: 51534 أهم ما جاء فيه: " من المقرر قانوناً أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزاً في حق الشيء المبيع ولو أجازته المشتري ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون ".

هـ/ تملك المشتري للمبيع عن طريق التقادم المكسب في العقار وقاعدة الحيازة في المنقول:

وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثالث من هذا الفصل.

لكن هل يقتصر حق المشتري على المطالبة ببطان العقد المبرم أو يتعداه إلى غير ذلك؟ وهذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: حق البائع في إبطال البيع استناداً إلى قواعد الغلط

¹ - محمد السيد خلف عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقص، ص 579

" للبايع الحق في طلب إبطال البيع كما هو مقرر للمشتري.. " هو رأي في الحقيقة يستند إلى القواعد العامة في الغلط، عند وقوع البائع في غلط جوهري حيث كان هو السبب الدافع إلى التعاقد، أو بمفهوم المخالفة؛ إذا لم يكن هذا الغلط لما أقدم البائع على التعاقد¹. وهو الشرط الدافع إلى هذا التصرف ببيع ما لا يملك وهو يجهل ذلك. فنكون -تبعاً- أمام تطبيق القواعد العامة متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً، بحسب ما جاء في المادة 81 من القانون المدني الجزائري: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله². أي من حقه -البائع- الإبطال، ولكن ليس على أساس المادة المنظمة لهذا البيع³، بل على أساس القواعد العامة، ويشترط في البائع أن يكون حسن النية ووقع في غلط جوهري⁴، فإذا كان يظن أن البائع مملوك له فيحقق له طلب إبطال البيع للغلط.

وبعد تتبع هذا الرأي نجد أنه لم يسلم من النقد، بمنح البائع هذه الوسيلة، فهذا يتعارض وصريح المادة 397 من القانون المدني الجزائري، التي قصرت طلب الإبطال على المشتري دون غيره، وفي هذه الحالة لا يمكن الرجوع إلى القواعد العامة مع وجود نص خاص، لأن الخاص يقيد العام. وأما المالك الحقيقي فلا يستطيع التمسك بالإبطال لأنه ليس طرفاً في العقد⁵، لأن البطلان تقرر لحماية المشتري لا لحماية المالك الحقيقي⁶. ولكن نجد في نفس الوقت أن القانون خول للمالك الحقيقي سبلاً كثيرة يقتضي بها حقه⁷؛ كأن يتصرف في المبيع متجاهلاً هذا البيع، واستعماله

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم: شروط البيع بين القانون المدني والفقہ الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 47

² - محمد حسنين: المصدر السابق، ص 190

³ - المادة 397 من القانون المدني الجزائري

⁴ - اسماعيل شاهين: المرجع السابق، ص 173

⁵ - والقواعد العامة لا تلزم إلا طرفي العقد.

⁶ - رمضان جمال كمال: أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقاً عليها بأحداث أحكام محكمة النقض: دار الألفي، ط5، مصر، 2002، ص 33.

⁷ - محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 138

واستغلاله، كما له الحق في استرداده من المشتري في حالة تسلمه من البائع، فحق إبطال البيع مقتصر على المشتري وحده¹، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

من خصوصيات بيع ملك الغير أنه عقد لا تنحصر آثاره على المتعاقدين، على غرار بقية العقود الأخرى. بل نجد طرف خارج هذا الاتفاق، إلا أنه لإقراره له أو رفضه الأثر الهام-إن لم نقل الجوهري- وهو المالك الحقيقي وهذا ما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني. وسنحاول في هذا المطلب تحديد آثار هذا العقد بالنسبة للمالك الحقيقي قبل إقراره في نقطة أولى، ثم بعده في نقطة ثانية.

الفرع الأول: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل إقراره للبيع

بادئ ذي بدء، يجب أن تفرق بين مصطلحين وردا في النصوص المنظمة لبيع ملك الغير، إذ نصت المادة 397 في فقرتها الأخيرة: " وفي كل حالة ... ولو أجازته المشتري". وفي المادة 1/398 مدني نجد: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه ..."، ومن ثمة نستخلص أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الإجازة قاصداً به ذلك التصرف الذي يصدر من المشتري بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع. ومصطلح الإقرار الذي يقصد به تصرف المالك الحقيقي بعد علمه بأن المبيع الذي يملكه، كان محل بيع من طرف شخص آخر.

ويعد كل من الإقرار والإجازة، تصرفان قانونيان يتمان بالإرادة المنفردة، ولا يحتاجان في نشوؤهما إلى قبول الطرف الآخر. فيصنف كلاهما، ضمن الحقوق الإرادية وتعرف بأنها سلطة الشخص في إحداث الأثر القانوني بمجرد التعبير عن إرادته متى كان مستوفيا للشكل القانوني².

ويشترط فيهما ككافة التصرفات القانونية، تمتع المقر والمجيز بالأهلية وخلوهما من عيوب الإرادة. ولكل من الإقرار والإجازة الأثر الرجعي إلا أنه بالنسبة للمقر لا يكون إلا من يوم صدور

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص 48

² - الأستاذ زوده عمر: محاضرات لمقاة على الدفعة 14، سنة 2004.

الإقرار بالنسبة للمالك وبالنسبة للدائنين الذين رتب لهم المالك حقوقا على المبيع، أما الإجازة فأثرها الرجعي من يوم إبرام العقد.

غير أنهما يختلفان في كون أن الإجازة تكون في العقد القابل للإبطال، وتصدر من المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحا. أما الإقرار فيكون في العقد غير النافذ في حق الغير، ويصدر من هذا الغير ليجعل العقد نافذا في حقه.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع، نجدها تستعمل مصطلح الإجازة، قاصدة به إقرار المالك، بالرغم من صراحة النص فنجد القرار المؤرخ في: 1992/12/23 ملف رقم: 967334 - غير منشور - أهم ما جاء فيه: "بيع ملك الغير - عدم إجازته من طرف المالك - عدم إبطال البيع - مخالفة للقانون". وكذا القرار المؤرخ في: 1990/06/09 ملف رقم: 102057 غير منشور إذا استعملت المحكمة العليا مصطلح إجازة المالك بدل من إقراره.

أما فيما يتعلق بآثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل إقراره أو إعلانه رفض البيع فإن حقوقه على ماله تظل مستمرة، رغم وجود هذا العقد، ومن ثمة لا تتصرف آثار العقد له. وكذا الالتزامات والحقوق التي ينشؤها البيع الوارد على مال الغير لا تضاف إلى المالك، ولا يجوز للمشتري أن يطالبه بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذا العقد، ولا يجوز له إبطال العقد ولا إجازته.

كما للمالك الحقيقي أن يتجاهل هذا البيع كليا، ويتصرف في ملكه، كما يشاء سواء بعمل مادي أو تصرف قانوني باعتباره صاحب حق الملكية. ولا يسري بيع ملك الغير في حق المالك الحقيقي حتى ولو لم يحكم بإبطاله، وحتى ولو سقط حق المشتري في طلب الإبطال. وليس له أن يطلب إبطال هذا العقد كونه ليس ذي مصلحة في طلب ذلك.

وهذا ما وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في: 1958/07/17¹.

ولا يبق للمالك الحقيقي إذا سوى رفع دعوى استحقاق لاسترداد المبيع من يد المشتري، وهذا الأخير ليس له أن يحتج بعقد، لم يكن المالك الحقيقي طرفا فيه، كما له أن يطالب المشتري بالتعويض إذا

¹ -MAZEAU - op.cit - page 76.

كان سيء النية. أما فيما يخص علاقة المالك الحقيقي بالبائع، فإنه إذا لم يتم هذا الأخير بتسليم المبيع إلى المشتري، يجوز للمالك الحقيقي أن يرفع ضده دعوى استحقاق.

كما أنه إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري واكتسب هذا الأخير ملكية المبيع سواء بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان منقول، أو التقادم المكسب إذا كان عقار فإنه لا يكون للمالك الحقيقي، سوى الرجوع على البائع بدعوى التعويض، وفي هذه الحالة تقدر قيمة المبيع وقت وجوب رده للمالك الحقيقي، لا وقت إبرام العقد.

فقد يحدث أن يسترد المالك المبيع من المشتري، إلا أنه يضل البائع ملتزماً بالتعويض للمالك ومصدر هذا التعويض خطأ البائع¹. أما إذا اتضح أن البائع لم يرتكب أي خطأ، كأن يكون المبيع انتقل إليه عن طريق الإرث، ثم اتضح أنه ليس ملك لمورثه، هنا يحق للمالك الحقيقي أن يسترد المبيع، وتقدر قيمته يوم استحقاقه وأساس رجوع المالك هذا هو الإثراء بلا سبب.

الفرع الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بعد الإقرار

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

ومن ثمة فإنه يجوز للمالك الحقيقي، إقرار البيع - بالرغم من كونه أجنبي عليه - إذا وجد مصلحة له في ذلك، و هذا من خصوصيات بيع ملك الغير.

ويترتب على إقرار المالك الحقيقي آثار، تكون أبعد من آثار الإجازة، إذ أنه لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حقه، وأهم من ذلك يؤدي إلى نقل الملكية إلى المشتري وهذا ما أكدته المادة 398 من القانون المدني.

والإقرار باعتباره تصرف قانوني، فإنه وطبقا للمادة 60 من القانون المدني يجوز التعبير عنه سواء باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداوله عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته

¹ - د / عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 697

على مقصود صاحبه، وهذا ما ذهبت له محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر عن غيره لبيع ملكه هو باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع يعتبر إقرار للبيع، وليس من الضروري أن يرد الإقرار في صيغة إقرار صريح نقض مدني 1950/04/20.

فإذا أقر البيع صار ناجزا في حقه وترتبت عليه النتائج التالية:

- سريان البيع في حق المالك.
- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال.
- نشوء علاقة بين المالك والمشتري.

ومهما كانت طريقة إقرار المالك الحقيقي، فإنه يترتب عنه نتائج هامة تفصيلها كالآتي:

1. نفاذ البيع في حق المالك: هذا قد قرره المادة 398 من القانون المدني، ومن ثمة يبقى العقد قائما منتجا لكل آثاره.
2. ترجع علة إبطال ملك الغير - كما ذكرنا أنفا - إلى كونه لا يمكنه أن ينقل ملكية المبيع، إلا أنه إذا قام المالك الحقيقي بإقرار العقد فإنه ينفذ أهم التزام من الالتزامات الناشئة عنه وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. إلا أن انتقال الملكية لا يكون من تاريخ العقد الصادر من البائع غير المالك، وإنما تنتقل من تاريخ الإقرار إذا كان المبيع منقولا، ومن تاريخ شهر الإقرار إذا كان المبيع عقارا.
3. ينتقل المبيع إلى المشتري: مثقلا بالحقوق التي يمكن أن يكون المالك قد أبرمها مع الغير بصفته صاحب الملكية التامة على المبيع كقيام المالك برهن العقار المبيع رهنا رسميا قبل الإقرار أو قام بتأجيره ... الخ. وفي هذه الحالة لا يبق للمشتري سوى الرجوع على البائع بدعوى الضمان، سيما أن العقد أصبح صحيحا.
4. سقوط حق المشتري في طلب الإبطال: فإذا أقر المالك الحقيقي البيع أصبح ناجزا في حق المشتري ومن ثمة يفقد هذا الأخير حقه في المطالبة بإبطاله العقد لزوال المصلحة. وهناك من يشترط أن يصدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال أمام القضاء، لأنه لو صدر بعد رفع الدعوى ولو لم يفصل فيها بعد، فإنه لا يكون للإقرار أي أثر، لأن القاضي ينظر

الدعوى¹ كما رفعت أمامه، كما أنه لا يجوز أن يضر المشتري بسبب تأخر المحكمة في الدعوى، وهذا ما ذهبت إليه المحكمتين الفرنسية والمصرية².

5. نشوء علاقة بين المالك والمشتري: هذا قد تضاربت الآراء حول طبيعة هذه العلاقة، فهناك من يرى أن المالك المقر يحل محل البائع ويفقد البائع تلك الحقوق وتبرأ ذمته من تلك الالتزامات. ويرى البعض أن إقرار المالك الحقيقي يؤدي إلى انضمام المالك إلى البائع في العقد، بحيث يصبحان معا ملتزمين التزاما تضامنيا *In solidum* في مواجهة المشتري. ويجعل المشتري ملتزم في مواجهتهما وتبرأ ذمته، إذ هو وفي بالثمن للمالك أو للبائع، وهذا يترتب ضرر للبائع.

إلا أنه الرأي الغالب هو كون الإقرار لا يتعدى مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، وهذا ما يتفق مع نص المادة 398 من القانون المدني، إذ استعمل المشرع في النص الفرنسي لفظ *opposable* وليس معنى الاحتجاج بالعقد على شخص معين أن يصبح هذا الشخص ملتزما بالالتزامات التي يولدها هذا العقد ولا أن يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه³.

المطلب الثالث: حق المشتري في طلب التعويض

نصت المادة 399 من القانون المدني: " 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 "

فيتبين من هذا النص أن للمشتري بجانب طلب إبطال البيع مطالبة البائع بالتعويض إذا كان حسن النية. وقد وضع المشرع شرطين للاستفادة من هذا التعويض وهما:

¹ - الأستاذ عمر زودة: محاضرات لقاءة على الطلبة القضاة، 2003

² - هذا ما ذهبت إليه المحكمة الفرنسية في النقص المدني رقم: 1872/12/30 و 1926/07/26 غير أنه هناك حكم المحكمة الاستئناف المصرية مؤرخ في: 1927/03/20 جاء فيه: " إن إقرار المالك للبيع يسقط حق المشتري في إبطال البيع ولو جاءت دعوى الإبطال سابقة على الإقرار "

³ - د / محمد حسنين: عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 197

أ- أن يكون قد حكم له بإبطال البيع، فإذا لم يحكم له بإبطال البيع سواء لأنه لم يطالب به أو لأن هذا الحق سقط بالتقادم، فلا يجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض.

ب- أن يكون المشتري حسن النية، فلا بد أن يجهل وقت إبرامه العقد، أنه يتعامل في ملك الغير لأنه لو علم بذلك، تنتقض العلة من تعويضه. كما يعد المشتري حسن النية، ولو كان بإمكانه العلم بأن المبيع مملوك الغير، أي يرجع جهله لتقصير منه. وإضافة لهذين الشرطين، أضاف المشرع اللبناني شرط آخر في المادة 385 من قانون الموجبات وهو أن يكون البائع سيء النية بنصها: " أما إذا أبي المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري، إذا كان عالماً أنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك ".

غير أن المشرع الجزائري حسم هذه النقطة بعدم اشتراطه سوء نية البائع الحصول المشتري على التعويض. ولقد اختلف شراح القانون المدني، في أساس هذا التعويض، هل هي المسؤولية العقدية أو التقصيرية؟ وقد يرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف في تأصيل بطلان بيع ملك الغير.

ف نجد البعض تبنى نظرية الخطأ في تكوين العقد، ومن ثمة فإن أساس هذا التعويض هو

المسؤولية التعاقدية لا التقصيرية. وبالرجوع إلى القواعد العامة، نجد أنه فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، فإنها لا تقوم، إلا في حالة إخلال المتعاقد بأحد التزاماته. أما في بيع ملك الغير، فلم يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، بما أننا نتكلم عن البطلان، لذا نستبعد أن يكون العقد، أساساً للتعويض.

كما أن المشرع الجزائري، ألزم البائع بالتعويض، سواء كان حسن النية أم سيئها، وهذا لا يعني

أن مسؤوليته لا تقوم على أساس الخطأ، لأن سوء النية والتقصير، مفهومان مختلفان، إذ أنه كان بإمكان البائع أن يعلم بعدم ملكيته للمبيع، ولكنه قصر في ذلك، مما يستوجب مسؤوليته. وأساسه من

جانب الفقه الإسلامي أنه إذا أطلق الضمان في الفقه الإسلامي؛ فهو ضمان الاتلاف والتعيب

والتغيير ووضع اليد دون إذن المالك¹، ولعلنا نورد حديث حمزة بن جندب أن رسول الله صلى الله

¹- ينظر: علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2000، ص 11

عليه وسلم قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"¹، وما يستفاد من هذا الحديث في هذا الجانب، أن سبب الموجب للضمان هو الحيازة والاستيلاء على مال الغير بغير وجه حق وكل فعل ترتب عليه ضرر، والقاعدة تقول: بالضمان يجبر الضرر فيجبر إذا بإعادة المال المغصوب أو الضرر الذي ألحق به إلى ما كان عليه- بالالتزام بالمثل حال التلف- فيحمل إلى التعويض على الوجه الكامل أو ما أمكن.

فأساس المسؤولية في الفقه الإسلامي ومستندتها هو جبر وضمان² الفعل الضار³ سواء أكان ناتج عن اعتداء أم لا، أو كان البائع حسن النية أم لا⁴، ولم يتطرق فقهاء الشريعة بشكل مباشر لمسؤولية الفضولي سيء النية تجاه المشتري حسن النية لتعويضه عن الضرر الذي ألحق به⁵، لاعتبارهم أن كل ضرر بالغير يستوجب الضمان، ومجموعة من القواعد الفقهية تنص على هذا، كقاعدة " الضرر يزال " و " درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، وغيرها ما يصب في عدم التعدي وأن الضرر يلزم الضمان.

وبعدما خلصنا إلا أنه يستحق المشتري التعويض، على أساس تقصير البائع في تحري ملكية المبيع، سنحاول معرفة كيفية تقدير هذا التعويض. من المنطق عليه، أن تقدير التعويض مسألة موضوعية، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، مع إبراز هذا الأخير للأسس المعتمد عليها في هذا التقدير.

باعتبار ما توصلنا إليه سابقا، فإن أساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية لا العقد، ومن ثمة لا يمكن تطبيق نص المادة 375 من القانون المدني، التي تعد بمثابة تنفيذ العقد عن

¹ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب من استعار من الناس الفرس والداابة وغيرها، رقم 2484

الحافظ بن حجر العسقلاني: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، د ط، دار الريان للتراث، 1986، ص 285

² - علي خفيف: المصدر السابق، ص 92

³ - وهو ما يقابل المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري حال قيام عناصرها.

⁴ - علي خفيف: المصدر السابق، ص 54

⁵ - مصطفى الزرقا: العقود المسماة، المصدر السابق، ص 255

طريق التعويض، بينما في بيع ملك الغير يكون التعويض على أساس التقصير المرتكب من طرف البائع. تبعا لذلك فإنه على القاضي في تقدير التعويض الناشئ عن بيع ملك الغير، الرجوع إلى القواعد العامة في تقدير التعويض. وهذا التعويض يشمل كل ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب طبقا لأحكام المادة 1/182 من القانون المدني.

هذا من الجانب القانوني، وأما عن الجانب الشرعي فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن بيع الفضولي، الذي يقوم ببيع ملك غيره وتسليمه للمشتري في حالة الرفض من طرف المالك للإجازة، يكون حكمه حكم الغاصب وتكون ذات الشيء مضمونة عليه بالقيمة أو بالمثل¹، وبالرجوع إلى حق المشتري بالتعويض في الفقه الإسلامي، نجدهم يميزون بين علم المشتري بالفضالة وحالة جهله بها، إذا كان المشتري يعلم البائع ما هو إلا فضولي في تصرفه فلا يحق له أن يرجع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له، وإذا كان المشتري قد اضطر إلى أن يرجع للمالك بعض التعويضات نتيجة تلف المبيع أو تعيبه تحت يده فلا يعود على البائع بشيء لأنه - بسوء نيته - يكون حكمه حكم الغاصب، فيستقر عليه الضمان²، وفي هذا الصدد جاءت آراء الفقهاء كما يلي:

1/ كون المشتري سيء النية: حيث اختلف الفقهاء في هذا الشأن على هذا النحو:

ذهب المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ إلى أن المشتري من الفضولي العالم بحالة الفضالة له حق المطالبة برد الثمن، سواء كان هذا الثمن باقيا أو هالكا، وسواء كان المشتري حسن أو سيء النية.

وذهب أكثر الأحناف¹ أن المشتري من الغاصب العالم بحالة الفضالة إذا دفع قيمة المبيع أو رد الشيء المبيع إلى المالك، فيعود على البائع بمطالبته بالثمن الذي دفعه له، وبعض الأحناف قالوا إن

¹ - إسماعيل شاهين: المرجع السابق، ص 158

² - تبعا لنص القاعدة "بالضمان يجبر الضرر" انظر: محمد الألفي، المرجع السابق، ص 164

³ - د أبو البركات سيدي أحمد الدردير: الشرح الكبير، ج 3، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت، ص 457

⁴ - أبي العباس شمس الدين أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام

الشافعي، ج 5، دار الكتب العلمية، ط 2، بيروت، لبنان، 2003، ص 193

⁵ - محمد الألفي: المرجع السابق، ص 164

كان المشتري سيء النية، وقت دفع الثمن يكون هذا المال أمانة في يد البائع يردّه إن كان باقياً، ولا يحق له مطالبته به إذا هلك².

2/ كونه حسن النية: انقسم الفقهاء في هذه الحالة إلى قسمين: أحدهما يوسع من مجال

حماية المشتري ليشمل تعويض حتى المنافع الناتجة عن هذا الغصب، ويعطيه حق الرجوع على البائع بالتعويضات، والقسم الآخر يضيق من هذا المجال ولا يمكن المشتري من حق الرجوع إلا على سبيل الاستثناء، فيرى المالكية³ وكذلك الحنفية⁴ أنه لا يحق للمشتري حسن النية الرجوع على البائع بمطالبته بالتعويض عن الزيادات التي دفعها للمالك، سواء كانت هذه الزيادة في مقابل العين أو النفع الذي عاد عليه منها، كما لو اشترى المبيع بعشرة، ورد للمالك خمس عشرة⁵.

ويقول الدكتور إسماعيل شاهين في هذا الشأن: "... كما أن منافع المغصوب ليست بأموال عند الحنفية. ومع ذلك استثنى الأحناف -استحساناً- عن الأصل العام منافع الأعيان الموقوفة والأعيان المعدة للاستغلال، والأعيان المملوكة لليتم، فأوجبوا على من ينتفع بأي من هذه الأعيان ضمان منافعها رعاية لأموال اليتيم ومصلحة الموقوف عليهم....."⁶.

أما الشافعية والحنابلة⁷ فيقولون بأحقية المشتري حسن النية الذي لا يعلم بحالة الفضالة، أن يطالب البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين التي ردها له، إذا كانت الزيادة مقابل منفعة لم يتحصل عليها بأن تلفت عنده، فيرى الشافعية أن له الحق في الرجوع على البائع، بينما يرى البعض

¹ - الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج-، ص 581

² - ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفي، ج6، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1997، ص246

³ - محمد الألفي: المرجع السابق، ص165

⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، المرجع السابق، ص582

⁵ - الدردير: الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص467

⁶ - إسماعيل شاهين: المرجع السابق، ص159

⁷ - محمد الألفي: المرجع السابق، ص165

الآخر من نفس المذهب -الشافعية و الحنابلة- بأنه لا يحق له الرجوع على البائع لمطالبته بهذه الزيادة¹.

المبحث الثاني: تطبيقات بيع ملك الغير

بعدهما حاولنا من خلال بحثنا، التعريف ببيع ملك الغير إجمالاً (بشيء من التفصيل الضروري) فإنه يجدر التذكير أن هذا البيع تحكمه القواعد العامة في عقد البيع، ومن ثمة فإن محله لا يخرج عن كونه إما منقولاً أو عقاراً ثم يتعين بذلك توضيح تطبيقات هذا النوع الخاص من البيوع، سواء على المنقول في المطلب الأول، ثم على العقار في المطلب الثاني.

المطلب الأول: بيع المنقول المملوك للغير

ذكرنا سابقاً، وقلنا قد يكون محل عقد بيع ملك الغير منقولاً، لذا سنحاول في هذا المطلب التطرق لتعريف المنقول ثم مميزات بيع منقول الغير تباعاً.

الفرع الأول: تعريف المنقول

عرفت المادة 683 من القانون المدني المنقول بنصها: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". فمن خلال هذه المادة نجدها عرفت المنقول بطريقة الإقصاء (Par elimination)، إذ أنه مالا ينطبق عليه أوصاف العقار فهو منقول.

ويقسم المنقول إلى منقول مادي ومنقول معنوي، في حين يقسم المنقول المادي إلى منقول معين بالذات ومنقول معين بالنوع choses de genre فتنتقل الملكية في الأول بالعقد. أما النوع الثاني، فإن المبيع لا يحدد بصفة دقيقة - مع قابليته للتعين و إلا كان العقد باطلاً - ومن ثمة لا تنتقل الملكية إلا بالفرز.

¹ - المرجع نفسه: ص166

وكما ذكرنا آنفاً، فإنه من أهم ميزات بيع ملك الغير، بل من شروطه، أن يكون عقد البيع محله منقول معين بالذات وهذا ما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني، ومن ثمة فإنه يقصى من تطبيق أحكام بيع المملوك للغير، المنقولات المعينة بنوعها.

الفرع الثاني: مميزات بيع منقول الغير

يعد من أهم القواعد التي تحكم المنقول، قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" ، وهذا ما كرسته المادة 835 من القانون المدني.

إذن قد يكون محل بيع ملك الغير منقولاً، وكما خلصنا فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال بالنسبة للمشتري، وغير ناجز في مواجهة المالك الحقيقي، أي أن هذا البيع لا يؤثر على ملكية المالك الحقيقي للمبيع، إلا أنه يمكن للمشتري أن يدفع بقاعدة: " الحيازة في المنقول سند الملكية " في مواجهة المالك الحقيقي، ولا يكون لهذا الأخير سوى الرجوع على البائع بالتعويض، كما أن المادة 835 مدني جعلت من الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية، والمشتري في قضية الحال، كان جائزاً للشاحنة منذ حوالي سنتين ومن ثمة يستطيع أن يتمسك بهذه القاعدة. ولتطبيق هذه الأخيرة آثار جد هامة وهي:

- ✓ تملك المشتري الثمار بالحيازة: وهذا ما نصت عليه المادتين 837 و 1/838 من (ق.م).
- ✓ استرداد المصروفات: كما يعد من أهم النتائج المترتبة على بيع ملك الغير - في حالة استرداد المالك الحقيقي للمبيع - استرداد المصروفات التي قد يكون أنفقها المشتري حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة 839 من القانون المدني.
- ✓ المسؤولية في حالة الهلاك: ومن خلال ما سبق، نجد أن لتمسك المشتري بأحكام الحيازة آثار جد هامة أسلفنا ذكرها إذ أنه إذا كان هذا المشتري حسن النية وأستند إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه يكتسب الملكية فوراً على أساسها، أما إذا كان سيئ النية، فإنه يتملكه بالتقادم الطويل. وفي هذه الأحوال لا يستطيع المالك استرداد المبيع من بين يدي المشتري. وإن كان

له أن يرجع بالتعويض على البائع، بسبب ما لحقه من أضرار طالما ثبت خطأ البائع أو على أساس الإثراء بلا سبب في حالة عدم ارتكابه لخطأ.

ويستخلص من ذلك أنه يرجع المالك الحقيقي على البائع بدعوى، مطالباً بالتعويض على أساس المسؤولية التصيرية طبقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني. إلا أننا نرى أنه في بعض الأحيان، قد يرجع عليه بموجب أحكام المسؤولية العقدية، وهذا قد يحصل في حالة تجاوز الوكيل لعقد الوكالة المبرم بينه وبين المالك الحقيقي.

المطلب الثاني: بيع العقار المملوك للغير

قد ينصب بيع ملك الغير على عقار، مما يؤدي بنا حتماً إلى تطبيق القواعد الخاصة المتعلقة به. ولعل أهمها نجد: انتقال الملكية في العقار ونظام الشهر المتبع في الجزائر.

الفرع الأول: انتقال الملكية في العقار

بالرجوع إلى المادة 683 من القانون المدني، نجد أنها عرفت العقار بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار"، كما نصت نفس المادة: " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

ولم يكتف المشرع بتعريف العقار، بل نظمه بقواعد خاصة، لعل أهمها تلك التي تتعلق بنقل الملكية، حيث نصت المادة 793 من القانون المدني: " لا تنتقل الملكية الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وبالرجوع إلى الأمر 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد المسح العام في الأراضي وتأسيس السجل العقاري، نجد المادتين 15 و 16 قررتا نفس المبدأ - أي نقل الملكية لا يكون إلا بشهر. بل أكثر من ذلك، إذ نصت المادة 16 من هذا الأمر: " إن العقود الإرادية

والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وتخلص من هذه المادة أنها وسعت أثر الشهر حتى ما بين الطرفين، إذ أنه لا يكون للتصرف أثر بينهما إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، وبالرجوع لأحكام بيع ملك الغير نجد المادة 397 مدني تنص: "... ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن عليه". ومن خلال هذه المجموعة من النصوص، نجد أنه تطرح عدة إشكالات عند تطبيق أحكام بيع ملك الغير على العقار، أهمها حكم التصرف المشهر والذي كان محله عقار مملوكا للغير.

وقبل التطرق لهذه المسألة، لا بد أن نبين نظام الشهر المتبع في الجزائر، إذ على أساسه، نتمكن من معرفة حكم بيع ملك الغير في العقارات المشهرة خاصة في ظل وجود (تيار الشهر يطهر الملكية).

الفرع الثاني: نظام الشهر المتبع في الجزائر

نجد أن المشرع الجزائري، أخذ بنظام الشهر العيني، وهذا واضح من خلال الأمر 74/75 السالف الذكر، والمراسيم المطبقة له، إلا أن هذا النظام لا يمكن تطبيقه إلا بعد مسح كافة الأراضي، وهذا ما لم يتحقق إلى حد الساعة. علما أن القيد في السجل العقاري يعرف بأنه: " مجموعة الإجراءات والقواعد القانونية و التقنية التي تهدف إلى إعلان الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو تبعية منشئة أو كاشفة ناقلة أو مزيلة"¹.

وبالرجوع إلى المادة 397 من القانون المدني تجدها لم تفرق بين العقد المشهر أو غير المشهر، إذ أنها جعلتهما الاثنتين قابلين للبطلان النسبي. وهناك من يفرقون في تطبيق أحكام بيع العقار المملوك للغير، بين عقد البيع المشهر وعقد البيع الغير المشهر، إذ أنهم قصرُوا تطبيق أحكام

¹ - الأستاذة زروقي ليلي: المنازعات العقارية، دار هومه، ط2003، ص63

بيع ملك الغير في العقار على البيوع الغير المشهورة كون أن العقود المشهورة لا يجوز الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن¹.

وقد يرجع هذا الرأي إلى أحد المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، وهو مبدأ القوة الثبوتية للشهر، ومفاده أن التصرفات التي تقيد في ظل نظام الشهر العيني هي قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر، ويصبح التصرف سليماً خالياً من العيوب مهما كان مصدرها، ويعتبر الحق المقيد موجوداً بالنسبة للكافة.

وعليه لا يمكن الطعن فيه، لا بدعوى البطلان، ولا بدعوى الاستحقاق والاسترداد، ويكون المتصرف في مأمن من المنازعات، مما يطمئن المتعاملين الاقتصاديين، ويشجع القروض المرتبطة بالرهون². وبالرغم من تبني المشرع الجزائري النظام الشهر العيني، غير أنه الأخذ بفكرة الشهر يحسن العقد ويطهر الملكية، تؤدي إلى نتائج غريبة، خصوصاً ما إذا كان العقد باطل، فلا يمكن تصحيحه بإجراء قانوني والمتمثل في الشهر، فما بني على باطل فهو باطل.

إذا نخلص إلى أنه: يمكن تطبيق أحكام بيع ملك الغير حتى في العقارات المشهورة. إلا أنه في حقيقة الأمر، قد يصادقنا في بيع العقارات المملوكة للغير، إشكالات أخرى قد تكون. عملية أكثر منها قانونية ذلك، وإن كان مبدأ القوة الثبوتية للشهر لا يحول دون إمكانية إبطال عقد بيع مشهر محله ملك الغير، إلا أنه قد يصطدم هذا البيع من الناحية العملية بمبدأ الشرعية، الذي يجعل منه نادر الوقوع³.

ولقد أفرد المشرع مبدأ الشرعية بنصوص خاصة، من مرسوم إعداد مسح الأراضي العام الصادر في: 25 مارس 1976، وبينت هذه المواد الإجراءات التي يجب أن يراقبها المحافظ قبل أي إشهار. إذ نصت المادة 100 وما يليها من المرسوم 76/63 على مجموعة من الإجراءات يجب على المحافظ مراقبتها، تتعلق جلها بالتحقق من هوية الأطراف وسند الملكية.

1- الأستاذة كميح حورية: بيع ملك الغير في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص74

2- الأستاذة زروقي ليلي: المرجع نفسه، ص 46

3- الأستاذ ذبيح لمين: اليوم الدراسي حول النظام القانوني للمعاملات العقارية بالمسيلة وذلك يوم: 2005/11/30

ونظرا لهذه الواجبات الملقاة على عاتق المحافظ، جعلت من بيع عقار مشهر مملوك للغير نادر الوقوع، كما أنه حتى ولو تم شهر عقد صدر من غير المالك، فيعود ذلك أساسا خطأ المحافظ، وتقوم مسؤوليته وتحل الدولة محله في التعويض، ولها أن ترجع عليه في حالة خطئه الجسيم، وذلك طبقا للمادة 23 من الأمر 75/74، وإضافة إلى دور المحافظ العقاري في مراقبة التصرفات المشهورة، قد نجد عقبة ثانية تعرقل بيع ملك الغير وهي عقبة التوثيق. وهذا ما جاءت به المادتين 324 مكرر والمادة 61 من المرسوم 63/76 الصادر في: 1976/03/25، إذ نصت هذه الأخيرة: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

ومن ثمة كل عقد بيع، يكون في الشكل الرسمي، وإلا وقع تحت طائلة البطلان، ولذا فإن للموثق دور هام كذلك، في الكشف عن البيع المنصب على عقار الغير. ذلك أنه وتطبيقا لقانون التوثيق¹ الصادر في سنة 1970، فإن الموثق يقوم بدور المحقق والفاحص لشخصية المتعاقدين، والتحقق من سندات الملكية. وهذا ما أكده الأستاذ عمر زيتوني في محاضراته: (النظام القانوني للمعاملات العقارية)² الملقاة في اليوم الدراسي حول المعاملات العقارية بالمسيلة بتاريخ: 2005/11/30 إذ أنه وضح: " ولا يتصور حدوثه كثيرا في ظل اشتراط القانون في المتصرف أن يكون حائز لسند رسمي مشهر، إلا في الحالات المبنية على الغش والنصب أو التزوير ".

ففي الحالة الأولى: يقوم شخص ببيع ملك الغير بالاعتماد على طرق احتيالية، وفي هذا الحالة لا يمكن اتمام إجراء الإشهار العقاري، لأنه سيكتشف حتما من طرف المحافظ العقاري.

وفي الحالة الثانية: يقوم شخص ببيع ملك الغير بالاعتماد على سند مزور، وفي هذه الحالة لا يمكن اتمام الإشهار العقاري، لأنه سيكتشف حتما من طرف المحافظ العقاري³.

¹ - الأمر 91/70 المؤرخ في: 1970/12/15، المتعلق بتنظيم التوثيق.

² - محاضرة ألقيت من طرف الأستاذ عمر زيتوني، في اليوم الدراسي حول النظام القانوني للمعاملات العقارية بالمسيلة وذلك يوم: 2005/11/30

³ - الأستاذ عمار زيتوني: النظام القانوني للمعاملات العقارية، المرجع نفسه، ص5

ونخلص من خلال ما سبق، أنه يمكن أن يكون العقار المملوك للغير، محل عقد بيع من الناحية القانونية، وهذا ما أكدته المادة 397 من القانون المدني، سواء كان هذا العقار مشهرا أو لا. ونلاحظ في هذا الصدد أن المشرع، استعمل مصطلح (معلن أو غير معلن) بدلا من مصطلح الإشهار، مع العلم أن مصطلح الإعلان كلمة عامة تفيد إعلام الغير بأي وسيلة، عكس الشهر الذي يعد الطريقة القانونية أو الإجراء القانوني المفروض للقيام بعملية إعلام الغير بأي تصرف ينصب على العقار. وكذلك فإن التمسك بمبدأ القوة الثبوتية للشهر، لا يحول دون تطبيق أحكام بيع ملك الغير على العقارات المشهورة. وكما وصلنا إلا أنه قد يصعب تصور بيع عقار مملوك للغير في ظل الواجبات الملقاة على عاتق كل من الموثق والمحافظ.

ومن ثمة في هذه الأحوال نطبق الأحكام المتعلقة ببيع ملك الغير. على عكس البعض الذي جعل منها مجرد أحكام نظرية، غير قابلة للتطبيق في الواقع.

خاتمة



خاتمة:

يعتبر عقد البيع من عقود المعاوضات الشائعة بين الناس، فهي بحق تجسد مظهر التعاون والتعامل بينهم، إلا أن البيع في مجتمعنا الحالي -في بعض صورته- أصبح ينجز من غير مالكة الحقيقي، مما جعلنا نتخبط بين النصوص القانونية والقضايا والعقبات الواقعية أثرت على استقرار المعاملات بين الناس.

إذا نخلص إلى القول - بعد هذه الدراسة- إلى أن الشريعة الإسلامية عالجت وعلى غرار القوانين الجزائرية، مسألة بيع ملك الغير، كونه بيع فضولي فهو يتصرف في حق الغير بلا مسوغ أو إذن شرعي، فبذلك خالفت القانون الجزائري مما جعلنا نحصر نتائج الدراسة فيما يلي:

- إن مختلف التشريعات الجزائرية قد نظمت أحكام بيع ملك الغير؛ ومنها القانون الفرنسي، والذي تأثرت به المنظومة القانونية الجزائرية، وبدا واضحا في تناول هذه الأحكام، والذي جاء بقصور جلي حين تحدث عن نتائجه معتبرا إياه باطلا دون تفصيل في الأحكام التنظيمية، واكتفى المشرع الجزائري باعتماد ما نظمه المشرع الفرنسي، وسأيره في ذلك كل القوانين المتأثرة به فوقعوا في التقصير نفسه.

- إن فقهاء الشريعة الإسلامية أحسنوا تكييف بيع ملك الغير على أنه فضولي؛ خاصة عندما جعلوه عقدا موقوفا على إجازة المالك؛ فتقادوا بذلك النقد الموجه للقانون الجزائري، والذي جعل الإجازة للمشتري، فكان بذلك يجيز بيع شيء لا يملكه، فما هي الفائدة المرجوة إذا كان المالك يرفض هذا البيع- لم يجز هذا العقد- ؟

- بعد دراستنا كذلك لهذا الموضوع وجدنا كذلك اختلافات كثيرة وتناقضات بين آراء الفقهاء وشرح القانون في العديد من المسائل انطلاقا من تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير حيث أن النصوص تحمل الكثير من الغموض كما أن هناك ثغرات قانونية في هذه المسألة، هذا ما أدى بهم إلى إحالتنا إلى القواعد العامة من أجل الاقتباس لإيجاد الحل، وكذا العمل بالقياس في العديد من المسائل المتعلقة بهذه الحالة، وخير دليل على ذلك مسألة تحديد الجزاء القانوني لبيع ملك الغير،

باعتباره قابلا للإبطال لمصلحة المشتري أي بطلانا من نوع خاص، وهذا ما وجدناه عند المشرع الجزائري، إذ لم يفصل في كثير من أحكام هذا العقد.

- إن القانون الجزائري قد اعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال وفي الوقت نفسه جعله غير سار في حق المالك الحقيقي؛ فبذلك لم يجعل له حكما واحدا، وفي الفقه الإسلامي فقد اعتبره موقوفا على إجازة المالك أو من له حق الإجازة شرعا، فبهذا تتحقق حماية كل من حدث التصرف في ملكه دون إذنه، فضلا عما في هذا من مسايمة واتفاق مع مبدأ الرضائية ودرء الضرر. فجاءت فكرة العقد الموقوف التي انفرد بها الفقه الإسلامي التي صيغة صياغة فنية موقفة تتم عن الدقة العملية العلمية بما لا نظير له في القانون الجزائري.

- إن المشرع الجزائري قد نظم أحكام بيع ملك الغير في المادة 397، والتي تنص على ما يلي: " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه ، و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازه المشتري ". فنقترح أن تساير ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تنظيم هذا البيع والتقنين له، بجعله عقدا موقوفا على إجازة المالك أو وليه أو وصيه أو من له الحق في الإجازة.

- تعارض المادة رقم 397 من القانون المدني الجزائري وسيأتي التفصيل في صلب موضوع مع نظام الشهر العيني، الذي يقوم على القوة الثبوتية، وإن هذا الإجراء يعتبر صحيحا إذا تم الشهر حتى ولو كان البائع غير مالك، والإشكال الأكبر أنه لا يمكن إبطاله بأي وسيلة.

فقد حقق الفقه الإسلامي الكثير من التفوقات في هذا الموضوع، بدء من تحديد المفاهيم إلى الخروج بالتحديد الدقيق لهذا البيع، رغم تعدد الآراء في كل مذهب منه. فيدل هذا على الحرية الفكرية الواسعة التي يتمتع بها المجتهدون.

وندعو المشرع الجزائري إلى الاقتداء بالتشريعات العربية التي أخذت بنظرية العقد الموقوف لما فيه من سهولة التعامل، بحيث تعطي الحق للمالك دون غيره، وجعل إقرار البيع من حقه فقط، فأما إجازته أو رفضه، وأما بالنسبة للمشتري فلا يبقى له خيار أو حق سوى الفسخ.

فالأخذ بفكرة العقد الموقوف تغني عن الاستعانة بفكرة عدم سريان العقد مثل ما هو الحال في العقد القابل للإبطال، وهذا ما يؤكد الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: "... يرجح العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال، لشموليته واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف فقد قلنا كل شيء، أما إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال وجب ان نقول إلى جانب ذلك أنه عقد غير ساري المفعول في حق المالك الحقيقي، فهو عقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده، والمشتري هو الذي يملك إبطال العقد لأن الإبطال تقرر لمصلحته، ولا يملك البائع ذلك، ولهذا لا يكون نافذا في حق المالك إلا إذا أجازته."

وهناك نتائج أخرى كنا قد تناولناها في صلب الموضوع.


فهرس السور القرآنية

و

الأحاديث النبوية

الصفحة	رقم الآية	السورة و الآية
سورة الأنعام		
40	164	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنْزَرُ وَزُرْنَا أَخْرَجْتُمْ إِلَى رَبِّكُمْ مَرَجِعَكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْلِفُونَ ﴿١٦٤﴾
سورة البقرة		
45	275	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَاحِلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
سورة الجمعة		
45	10	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾
سورة المائدة		
45	02	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾
سورة النساء		
40	29	قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾

الرقم	الحديث	الكتاب	الرقم	الصفحة
11	" لا تتبع ما ليس عندك "	سنن أبي داود: كتاب الإجازة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده	3503	56
02	" لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما ولا يبيع إلا فيما تملك "	سنن أبي داود: كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح	2190	56
33	" ... بارك الله لك في صفقة يمينك ... "	الجامع الصحيح سنن الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك.	1258	62

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in the corners of the page.

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم: رواية الإمام ورش

الحديث النبوي الشريف:

أولاً: الكتب:

- ابن الهمام كمال الدين محمد: فتح القدير، ج7، د ط، دار الفكر، د ب ن د ت ن
- ابن رشد أبو الوليد محمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، د ط، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ت ن، 2004 م
- ابن قدامة: المغني، ج4، دار الكتاب، ط1، مصر، د.ت
- ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفي، ج6، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1997
- أبو النجا موسى ابن أحمد: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ت السبكي عبد اللطيف محمد موسى، ج2، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت ن
- أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1996
- أبي العباس شمس الدين أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج5، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، لبنان، 2003
- أحمد إدريس: عبده فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك نع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وغيرها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000
- أحمد بن علي الكناني العسقلاني: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج1-4، مؤسسة قرطبة، ط1، مصر، 1995

- أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987
- أحمد سعيد الزرقاء: عقد البيع، ط، 1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010
- الأستاذة زروقي ليلي: المنازعات العقارية، دار هومه، ط2003
- اسماعيل عبد النبي شاهين: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود، ج9، د دن، بيروت، 1997
- بن شيتي حميد: نظرية الالتزام، نظرية العقد، ج1، ط1، الجزائر، 2013
- الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت
- جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع- الإيجار - المقاوله، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، المكتبة القانونية، بغداد2007
- جعفر محمد السعيد: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع2، ب ط الجزائر، 2000
- جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيعلي: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج4، ط1، دار الحديث، 1995
- الحافظ بن حجر العسقلاني: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، د ط، دار الريان للتراث، 1986
- الخطيب الشربيني شمس الدين محمد: مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، د ب ن، 1994
- د أبو البركات سيدي أحمد الدردير: الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت

- رمضان جمال كمال: أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقا عليها بأحداث أحكام محكمة النقض: دار الألفي، ط5، مصر، 2002
- الزرقاء مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ج 1، ط1، دار القلم، دمشق، سورية، 1998 م
- السرخسي: المبسوط، ج13، ط1، دار السعادة، القاهرة، 1331هـ
- سعيد سليمان جبير، العقود المسماة (البيع والإيجار)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007
- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج4، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، لبنان، دت
- السيد سابق: فقه السنة، دار الفكر العربية، ج3، الطبعة الشرعية الثامنة، بيروت، 1987
- صلاح الدين شوشاري: نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية، ط1، عمان، الأردن، 2001
- عبد الحكم فودة: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط2، 1999
- عبد الرحمن جمعة الحلاشة: الوجيز في شرح القانون الأردني عقد البيع، دار وائل للنشر، الأردن، 2005
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، دار إحياء التراث، 1972
- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998
- عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998
- عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1969
- عبد الودود يحيى: دروس في العقود المسماة البيع والإيجار والتأمين، ط2، 1977
- علي خفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 2000

- العين بدر الدين أبو محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، د ط، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، 1420 هـ، 2000 م
- غنى حسون طه: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع الجزء الأول، المعارف، العراق، 1970
- فيروز أبادي مجد الدين محمد: القاموس المحيط، ت مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة
- اشراف العرقسوسي محمد نعيم، ج1، ط 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426 هـ، 2005 م
- الفيومي أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن
- القرافي: الفروق، ج 3، دار المعرفة، بيروت، 1347 هـ
- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، دار الكتاب العلمية، ط 2، بيروت لبنان، 2003
- لحو خيار غنيمية: نظرية العقد في القانون الجزائري، ط 2، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2021
- محمد أحمد الكرني: نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، مطبعة كويل، أربيل كردستان العراق، 2005
- محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، دار المعرفة، ط 1، بيروت لبنان، 1997
- محمد حبار الألفي: الفضالة، دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، دار الثقافة، ط 1، 134 عمان، الأردن، 1999
- محمد حبار: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ج 1، 1986

- محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2009
 - محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2011
 - محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معارف أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ط2، المحمدية، مصر، 1891
 - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، ط1975، د د ن
 - محمد محي الدين إبراهيم سليم: شروط البيع بين القانون المدني والفقہ الإسلامي "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007
 - محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة شرع عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005
 - محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة، شرع عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2006
 - مصطفى أحمد الزرقاء: شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، ط6، مطابع فتي العرب، دمشق، سورية، 1965
 - نبيل ابراهيم سعد: العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، بيروت، 1997
 - النووي أبو زكريا محي الدين: المجموع شرح المهذب ج4 ط دار الفكر د ب ن د ت ن
 - وهبة الزحيلي: الفقہ الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، سورية، 1997
 - وهبة الزحيلي: الفقہ الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985
1. droit musulman, Revue des sciences juridique et économiques, 31émeannée, Janvier et Juillet, 1989, n°1 et 2, p 04
 2. Ripert et Boulanger, traité de droit civil, paris 1958

ثانيا: المقالات:

1. الأستاذ ذبيح لمين: اليوم الدراسي حول النظام القانوني للمعاملات العقارية بالمسيلة وذلك يوم:
2005/11/30
2. الأستاذ عمر زودة: محاضرات ملقاة على الطلبة القضاة، الدفعة 14، سنة 2004
3. بخاري مصطفى أمين: مصادر الالتزام، مقياس القانون المدني موجهة لطلبة السنة الثانية جذع مشترك حقوق السداسي الثالث، معهد الحقوق المركز الجامعي، اليزي، الجزائر، 2023/2022
4. بوشارب أيمن: عقود خاصة 1، مقياس القانون المدني موجه لطلبة السنة الثالثة قانون خاص، سداسي الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالم، الجزائر، 2022 /2023
5. حلمي بمحت بدوي: بطلان بيع ملك الغير، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصاد، السنة الأولى، العدد الثاني، جوان 1931
6. محاضرة ألقيت من طرف الأستاذ عمر زيتوني، في اليوم الدراسي حول النظام القانوني للمعاملات العقارية بالمسيلة وذلك يوم: 2005/11/30
7. محمد سعيد جعفرور: بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 24، العدد 1 و 2، جانفي و جويلية 1982

ثالثا: الرسائل العلمية:

1. بن غربي فضيلة: التصرفات الواردة على ملك الغير، مذكرة ماستر تخصص قانون عقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2015/2014
2. بودريقة جميلة مباركي نجمة: بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص الشامل، 2013/2012، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية
3. جميل الشراوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953

4. رحمان يوسف: بيع ملك الغير بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون أعمال، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 / 2012
5. قرنان فتيحة / عرعور خرفية: التصرفات الواردة على ملك الغير ضمن القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر
6. كميح حورية: بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983

رابعاً: النصوص القانونية:

1. Art 1599 du (ccf) :la vente de la chose dautrui ,et nulle elle pet donner lieu a des dommages interet ,lorsque lacheteur a ignore que la chose fut a autrui
2. BEUDAN: cours de droit- civil français (la vente et le louage) Publié par Robert Beudan, paris. 1908
3. CARBONNNIER JEAN: Théorie des obligations, Paris, 1963.
4. CHESTIN Jaques.Traite de droit civil les obligations le contrat paris 1986
5. droit musulman, Revue des sciences juridique et économiques, 13eme année janvier et juillet 1989.
6. IBRAHIM ELDASSOUKI, Notion du contrat (en suspens), Selon le
7. MAZEAUD- lecons de droit civil-. Editions montchrestien.

خامساً: المجالات:

1. المجلة القضائية، العدد الأول، 1998.
2. المجلة القضائية، العدد الاول، 2001.
3. مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، 1980.

سادسا: القوانين:

- القانون المدني الجزائري: الصادر بموجب الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم في سنة 2007.

قائمة أهم المختصرات:

ج: جزء	ص: صفحة	هـ: هجري
د م ن: دون ذكر مكان النشر	د ب ن: دون ذكر بلد النشر	
د/: الدكتور	أ/: الأستاذ	د ط: دون طبعة
Op-cit: ouvrage précité	N: numéro	P: pag

فهرس المحتويات



الصفحة	العنوان
أ-د	مقدمة
5	الفصل الأول: الاطار العام لبيع ملك الغير
6	المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير من وجهه نظر الفقه والقانون
6	المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري
7	الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الاسلامي
8	الفرع الثاني: تعريف بيع ملك الغير في التشريع الجزائري
9	المطلب الثاني: دراسة مقارنة بين المفهومين الفقهي والقانوني للبيع ملك الغير
9	الفرع الأول: التمييز بين مفهوم بيع ملك الغير وبين مفهوم بيع الفضولي
10	الفرع الثاني: الفرق بين مفهوم الفضالة في الفقه ومفهومها في القانون
12	أ/ أوجه الاتفاق:
12	ب/ أوجه الاختلاف:
13	المبحث الثاني: الشروط والخصائص القانونية لبيع ملك الغير

13	المطلب الأول: شروط بيع ملك الغير
14	الفرع الأول: أن يكون المبيع متميزاً ومحدداً على وجه الدقة بذاته
15	الفرع الثاني: أن يكون الشيء محل العقد غير مملوك لأي من طرفي العقد وقت إنعقاده
15	الفرع الثالث: أن يكون التصرف ناشئاً عن رغبة في التملك مقابل بدل نقدي بغض النظر عن توفر صفة المالك لدى البائع
15	المطلب الثاني: السمات القانونية المميزة لعقد البيع ملك الغير
16	الفرع الأول: عقد رضائي
16	1/ تطابق الإرادتين:
16	2/ صحة التراضي:
17	1- الغلط:
17	2- التدليس:
21	الفرع الثاني: عقد ملزم للجانبين
21	الفرع الثالث: عقد ناقل الملكية
24	الفرع الرابع: عقد معاوضة
25	الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
25	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الجزائري
25	المطلب الأول: القواعد العامة وبيع ملك الغير
28	الفرع الأول: نظرية الفسخ
29	الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق
30	الفرع الثالث: نظرية البطلان النسبي

30	الفرع الرابع: نظرية العقد الموقوف
31	المطلب الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص
33	المبحث الثاني: طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
33	المطلب الأول: القائلون بالبطلان
33	الفرع الأول: عرض الرأي
36	الفرع الثاني: تقييم ونقد النظرية
38	المطلب الثاني: الرأي القائل بصحة العقد الموقوف
39	الفرع الأول: عرض الرأي
42	الفرع الثاني: نقد وتقييم النظرية
44	الفرع الثالث: الترجيح بين النظريتين
47	المبحث الثالث: المقارنة الإسلامية والقانوني في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير
47	المطلب الأول: أحكام العقد القابل للإبطال
48	المطلب الثاني: أحكام العقد الموقوف
49	الفرع الأول: الولاية على محل العقد
49	الفرع الثاني: الولاية على التصرف
52	الفصل الثالث: آثار بيع ملك الغير وتطبيقاته
53	المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير
53	المطلب الأول: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين
53	الفرع الأول: تقرير إبطال العقد لمصلحة المشتري
50	الفرع الثاني: حق البائع في إبطال البيع استنادا لقواعد الغلط
60	المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
61	الفرع الأول: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل اقراره البيع

63	الفرع الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بعد الاقرار
66	المطلب الثالث: حق المشتري في طلب التعويض
70	المبحث الثاني: تطبيقات بيع ملك الغير
71	المطلب الأول: بيع المنقول المملوك للغير
71	الفرع الأول: تعريف المنقول
71	الفرع الثاني: مميزات بيع منقول الغير
73	المطلب الثاني: بيع العقار المملوك للغير
73	الفرع الأول: انتقال الملكية في العقار
74	الفرع الثاني: نظام الشهر المتبع في الجزائر
78	خاتمة
81	فهرس الآيات القرآنية والأحاديث النبوية
82	قائمة المصادر والمراجع
95	الملخص

ملخص



الملخص:

يتركز موضوع بحثنا حول بيع ملك الغير مقارنا بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أبرزنا فيه مفهوم هذا البيع وكذا طبيعته، والقواعد التي تنظمه، بين المتعاقدين والغير على حد سواء، وهذا ما نراه في الواقع العملي لحياة الناس، محاولين بذلك تبيين مركز كل من الأطراف (البائع والمشتري، والمالك الحقيقي للمبيع)، وأثر هذا العقد عليهم، من جانبي: الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ABSTRACT IN ENGLISH:

Concentrated the subject of our research on the sale of the property of others comparing the Islamic jurisprudence and positive law, highlighted it - Search -The concept of this sale, as well as nature, and the rules that organized and governed, between contractors and third parties alike, and this is what we see in the practical reality of people's lives, trying to do so indicate Center each of the parties - the seller, the buyer and the real owner of the sale - and the impact of this contract on them, from both sides: Islamic jurisprudence and positive law.

