

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

رسالة ماجستير

بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير - تخصص : قانون المقارن

تحت إشراف الاستاذ الدكتور

الطالب:

رايس محمد

رحمان يوسف

أ.د شهيدة قادة - استاذ التعليم العالي - جامعة تلمسان - رئيسا

أ.د رايس محمد- استاذ التعليم العالي - جامعة تلمسان - مشرفا ومقرر

أ.بن مرزوق عبد القادر-- استاذ محاضر - جامعة تلمسان - مناقشا

السنة الجامعية : 2011-2012

مقدمة

الحمد لله الذي شرع البيع وجعله حلالا بين الناس ، وحرّم الربا ودعا إلى هجره والابتعاد عن التعامل به، والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم وبعد :

يعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعا في المعاملات المالية، ولا يكاد يمرّ يوم إلا و يعقد الشخص أكثر من عقد بيع، أو شراء ؛ لمأكله، و مشربه، أو ملبسه و من أجل ذلك أعتبر قوام الحياة المدنية و التجارية. فهو وسيلة هامة تجعل الفرد يتصرف في ما لا يحتاج إليه أو تمكنه من زيادة ثروته؛ إذا احترف عملية البيع والشراء ، و من ثم كان البيع هو الوسيلة العادية للمبادلة في الجماعات المتحضرة فيما بينها¹. و يتمتع صاحب حق الملكية بسلطات تابعة لهذا الحق ؛ منها حق الاستعمال، والاستغلال ، والتصرف ، و يمكن لصاحب هذا الحق التصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات²؛ كأن يتنازل عن سلطتي الاستغلال والاستعمال لغيره، عن طريق الإيجار مثلا ورغم ذلك لا يفقد ملكيته لهذا الشيء، كما يمكنه هذا الحق التصرف في أمواله دون الرجوع إلى أي شخص مادام القانون يكفله له ، ودون أن يعارضه في تصرفه أي شخص متى كان هو مالك الشيء ، غير أننا قد نجد شخصا يتصرف في غير ملكه ، كأن يبيع الحاضر أموال الغائب، أو يبيع الأب ملك ابنه ، لا باعتباره نائبا عنه ، بل باعتباره أصيلا عن نفسه ، أو يبيع الزوج ملك زوجته، أو يبيع شخص شيئا على أنه ملكه ، ثم يتبين أنه ملك لغيره

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، س 2005 ، ص 1

² - د/ رمضان جمال كامل - أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء ، دار الألفي مصر ، ط 5 ، س 2002 ، ص 3
- المادة 674 من القانون المدني الجزائري : " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة . "

كالوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته. والشريك في الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصته فيها¹. وقد يكون البائع في هذه الحال مدركاً أن الشيء ليس له وعندئذ قد يكون ذلك عن حسن نية أو عدمها. وكذلك الأمر بالنسبة إلى المشتري فقد يشتري الشيء وهو عالم بأنه غير مملوك للبائع، فإننا في هذا الصدد نكون أمام بيع ملك الغير² **la vente de propriété d'autrui**، كما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع فضولي، إذ يطبق فقهاء الشريعة الإسلامية على بيع ملك الغير أحكام الفضالة فيه، وبائع ملك الغير يسمى فضولياً في نظرهم³، فالقاعدة العقلية تقول: "فاقد الشيء لا يعطيه" وقد طبقت هذه القاعدة في القوانين الوضعية من خلال عدة مواد منظمة لبيع ملك الغير، كما أن حق الملكية حق مصون فلا يجوز الاعتداء عليه، لهذا عملت كل الدساتير والقوانين على حمايته وتكريسه⁴.

و نحن نعلم أنه لا يكفي توفر الأهلية اللازمة لإبرام العقد بين البائع و المشتري، و توفر الشروط القانونية في الشيء المبيع، بل يجب فضلاً على ذلك أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع حتى يرتب عقد البيع آثاره و خاصة نقل الملكية إلى المشتري.

لذلك فإن هذا الموضوع يطرح العديد من الإشكاليات، خاصة فيما يتعلق ببيع العقار وما ينجر عنه من نقل الملكية، و التعارض الصريح للنص القانوني المتعلق ببيع ملك الغير، ونظام الشهر العيني؛ الذي تعمل به جلّ الدول باعتبار ما لهذا النظام من قوة ثبوتية، لهذا لا مناص من طرح مجموعة من

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط3، الأصلية، س1998، ص275، د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، الجزء3، المجلد1 ط5، الإسكندرية، مصر، س1990، ص695 وما بعدها.

² - د/ رمضان جمال كامل - أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، المرجع السابق، ص11

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص16

⁴ - قضت محكمة النقض المصرية في نقض رقم 183 بتاريخ: 1977/04/27: "بأن الملكية الخاصة مصنونة - بحكم الدساتير المتعاقبة - فلا تزعم... نقلا عن د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص2

التساؤلات عن ماهية بيع ملك الغير؟ ومتى نكون بصدده؟ و ماهي طبيعة الجزاء الذي يلحق هذا النوع من البيوع في ظل وجود اختلافات فقهية وقانونية؟ وعلى من تعود تبعات هلاك المبيع؟ و ماهو الأساس القانوني الذي يستند عليه المشتري للمطالبة بالتعويض في حالة إبطال البيع؟ ومدى التزام بائع ملك الغير بضمان التعرض والاستحقاق؟ و ماهي أهم الآثار والأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليه؟ و هذا بالنظر في الوقت نفسه إلى موقف الفقه الإسلامي من المسألة من أجل إحكام الطوق عليه.

إن هذه التساؤلات جديرة بالبحث و الاجتهاد، وتدعو إلى ضرورة الغوص في غمارها بكل الحلول القانونية و الفقهية الموجودة.

هذه الإشكاليات سوف نجيب عليها وفق الخطة التالية :

افتتحنا البحث بفصل تمهيدي تحت عنوان؛ بين عقد البيع وبيع ملك الغير، وذلك في مبحثين : الأول يتعلق بمفهوم البيع وبيع ملك الغير؛ حتى نقف على حقيقة هذا البيع، لتعلقه بمسألة نقل الملكية. و الثاني خصصناه لدراسة تحديد منطقة بيع ملك الغير حتى نعلم متى نكون بصدده و متى لا نكون بصدده .

أما الفصل الأول فتطرقتنا فيه إلى طبيعة الجزاء في بيع ملك الغير ، إذ قسّمناه إلى مبحثين، الأول عاجلنا فيه التأسيس القانوني لبطلان بيع ملك الغير في ظل القانون الوضعي، ولأن دراستنا هي دراسة مقارنة لهذا الموضوع فقد تناولنا بالدراسة في المبحث الثاني التأسيس الشرعي لجزاء بيع ملك الغير، مع الخروج بمقارنة بين النظامين لمعرفة أي الاتجاهين يتناسب وهذا الموضوع .

أما الفصل الثاني و الأخير؛ الذي يتعلق بآثار بيع ملك الغير، فقد عاجلناه في مبحثين، تناولنا بالدراسة أولاً آثار بيع ملك الغير بين البائع و المشتري، وهذا بالنظر إلى ما حوّله القانون للمشتري من حقوق، وما أوجبه على بائع ملك الغير، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة آثار بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي، و هذا بالنظر إلى مسألة إقراره لهذا العقد من عدمه وما يترتب عليه، وختمنا هذا البحث بخاتمة ضمّناها النتائج التي توصلنا إليها .

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أسباب اختيار هذا الموضوع، ومنها مسألة نقل الملكية إلى المشتري حيث نكون في بعض الحالات أمام شخص يبيع ما لا يملك، فنتساءل عما يترتب عن ذلك، خاصة إذا تملك المشتري الشيء المبيع بطرق قانونية، ثم ظهر المالك الحقيقي. كما أن التقدم الحاصل فيما يتعلق بالتعاقد عن طريق الوسائل العلمية الحديثة، وما ينجر عنها من مشاكل هو أمر جدير بالاهتمام في دراستنا هذه في ظل وجود ثغرات قانونية ناشئة عن طبيعة هذه المعاملات وعدم قدرة هذه النصوص على مجابهة هذا التطور الحاصل.

ومن الأسباب الأخرى التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع أيضا نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري¹ والتي استوقفنا كثيرا إذ تنص: " فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه . . ." فنجد أن هذه المادة تتعارض مع نظام الشهر العيني، الذي يقوم على قوة الثبوتية، وأنه إذا تم الشهر حتى ولو كان البائع غير مالك فإن هذا الإجراء إذا تم اعتبر صحيحا ولا يمكن إبطاله بأي وسيلة، كما أن هناك أسبابا أخرى منها البحث عن موقف الفقه الإسلامي من هذا البيع، وهل الأحكام نفسها التي اخذ بها القانون الوضعي هي التي نجدتها في الفقه الإسلامي، وذلك باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للتشريع بعد القانون و من بين دوافع اختيار هذا الموضوع أيضا، مضمونه وما يحمله من تساؤلات بالإضافة إلى ذلك قلة البحوث والدراسات التي اختصت هذا الموضوع بالدراسة الشاملة و التأصيلية، خاصة في مسألة الفقه الإسلامي، و نظرتة لهذا البيع، والتي وإن وجدت كانت لها محدودية في دراستها، كما أن لهذا الموضوع أهمية كبيرة في الحياة اليومية إذ فرض نفسه على الباحث للتطرق لكيفية معالجة هذه التساؤلات.

معتمدين في ذلك المنهج المقارن فنقارن بين القانون الوضعي؛ منه القانون الجزائري، والمصري، والفرنسي، باعتبار أن المشرع الجزائري والمصري تأثرا بالمشرع الفرنسي ونقلا عنه العديد من الأحكام. ومن جهة أخرى تطرقنا إلى موقف الفقه الإسلامي من خلال المذاهب الفقهية المختلفة و اعتمدنا في ذلك على المقارنة العمودية أي مقارنة كل جزئية في النظامين الوضعي والإسلامي حتى تكون دراستنا وافية.

¹ - تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري .

كما اعتمدنا كذلك المنهج التحليلي، الذي كان له الدور الكبير في فهم العديد من النصوص القانونية والأحكام الشرعية، وما تصبو إليه، مستعينين في ذلك بالعديد من النصوص القانونية،

والاجتهادات القضائية الحديثة، والأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع.

ونشير بأنه واجهتنا بعض الصعوبات في الحصول على المراجع التي تناولت الموضوع بالدراسة والبحث خاصة في الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى جدّة العديد من الحالات المرتبطة بالموضوع، وقد عملت في حدود ما تيسر لي من المراجع واستعنت في ذلك دائما بتوجيه أستاذي المشرف الدكتور راييس محمد الذي لم ييخل علي بأي توجيه وإرشاد.

الفصل التمهيدي:

بين عقد البيع و بيع ملك الغير

**ENTRE LE CONTRAT DE VENTE ET LA VENTE
DE BIENS D'AUTRUI**

الفصل التمهيدي : بين عقد البيع وبيع ملك الغير

لما كانت الملكية - في صورها المختلفة - تحتل مكانا هاما في المعاملات المدنية والشرعية أسبغ عليها المشرع الوضعي والشرعي حماية خاصة ، ولما كان بيع ملك الغير يمثل اعتداء على هذه الملكية عمد المشرع إلى حماية الملكية حماية عامة ، فَمَنَعَ الغير من الاعتداء عليها ¹ وهذا بحكم الدستور والقانون، وبالتالي يعتبر هذا الموضوع أحد الموضوعات الشائكة في القانون المدني والفقهاء الإسلامي لذلك لا بد من تحديد تعريف بيع ملك الغير، ونطاقه، حتى نعلم متى نكون أمام هذا التصرف، وقبل ذلك يجب الإشارة إلى مفهوم عقد البيع وتحديد من جميع الجوانب، حتى نعلم ما إذا كان عقد البيع ينقل الملكية مباشرة ، أم يقتصر دوره على إنشاء التزام بنقل الملكية ، وبما أن أهم خاصية تهم موضوع بحثنا هي محل المبيع ؛والذي يعد ركنا في الالتزام لا في العقد²، ولما كان البيع عقدا ملزما للجانبين ، فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن، هذا ما يؤدي إلى طرح تساؤل عن قدرة المتعاقد على نقل الملكية في مقابل الثمن ، خاصة ونحن أمام بيع ملك الغير لهذا سنتناول بالدراسة في هذا الفصل التمهيدي مبحثين ، سنتطرق في الأول إلى مفهوم كل من البيع وبيع ملك الغير ؛على أن نُعالج في الثاني تحديد منطقة بيع ملك الغير.

المبحث الأول: مفهوم البيع وبيع ملك الغير

إن حكمة التشريع تقتضي إجازة البيع والشراء ،لأن الناس في حاجة إلى كثير من السلع، ولا يستطيع كل منهم أن ينتج جميع ما يحتاج إليه ، فكان لا بد أن يبادل بعضهم بعضا هذه السلع ، وهذا التبادل لا يتم إذا لم يكن هناك تراض بينهم ، وهذا التراضي هو عقد البيع ، كما أن بعضهم قد يملك السلعة ولا يملك النقد ، وعكس ذلك يكون ، فيحتاج ذو السلع إلى النقد، و ذو النقد إلى السلع ، وكل ذلك لا يتم إلا بالبيع غالبا³. كما أن البيع والشراء هو الطريق الصحيح لتحصيل

¹ - د/ رمضان جمال كامل - أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء ، المرجع السابق ، ص2، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - أحكام بيع ملك

الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، المرجع السابق ، ص1

² - د/ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ، المرجع السابق ،

بند 100، ص 190

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص3

الربح، لهذا إذا أردنا تحديد مفهوم البيع سواء من الناحية القانونية¹ أو الفقهية، فإن هذا المفهوم يجب أن يحتوي على أهم الخصائص، والأحكام الأساسية لهذا العقد، ليرتبط بالصورة العامة بالآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد. وبما أن المفهوم القانوني للبيع قد يختلف قليلا عن ما هو في الفقه الإسلامي² كان من اللازم أن نعرض لهذا المفهوم في كلا الفقهين؛ الإسلامي والقانوني في المطلب الأول؛ مع الخروج بمقارنة لهاذين المفهومين، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تعريف بيع ملك الغير في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفي المطلب الثالث نخرج بدراسة مقارنة لتعريف القانوني لبيع ملك الغير والتكييف الشرعي له.

المطلب الأول: المفهوم القانوني والفقهي للبيع

يعتبر البيع من العقود المسماة كثيرة التداول في الحياة العملية؛ والتي نظمها المشرع تنظيمًا مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميدان التعامل والنشاط الاقتصادي³، فمن خلال هذا المطلب ندرس مفهوم عقد البيع وهذا بتحديد من جميع الجوانب، ولا مناص أن يجعلنا هذا نتطرق إلى نقاط أساسية باللجوء إلى نظرة القانون الوضعي والفقه الإسلامي لعقد البيع ثم نعمل على مقارنة بين المفهومين حتى يتسنى لنا الدخول إلى هذا الموضوع لما له من علاقة بالتمهيد، وهذا ما سيأتي الحديث عنه.

¹ - إذا نظرنا لمفهوم البيع في اللغة، نجد في معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير: البيع من الأضداد مثل الشراء و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه (بائع). ولكن إذا أطلق (البائع) فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة، و يطلق (البيع) على المبيع فيقال (بيع جيد) ويقال (ابتاع) زيد الدار بمعنى اشترى و (ابتاعها) لغيره اشتراه له... "للمزيد انظر د/ إبراهيم رجب عبد الجواد - معجم المصطلحات الإسلامية في مصباح المنير، دار الأفاق العربي ط 1 القاهرة مصر. س. 1423هـ، 2002 ص 38 و39

- وجاء في لسان العرب: "البيع ضد الشراء، و البيع: الشراء أيضا هو من الأضداد وبعث الشيء شريته، أبيعته بيعا و مبيعا، وهو شاذ و قياسه مباعا. والابتاع: الاشتراء...". لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد 8، دار صادر بيروت، لبنان. د.ت. ص 23، الدكتور وهبة الزحيلي: "أن البيع لغة هو مقابلة الشيء بالشيء و هو من أسماء الأضداد أي التي تطلق على الشيء و على ضده مثل الشراء و البيع." الفقه الإسلامي وأدلته - النظريات الفقهية والعقود، ج4، دار الفكر، ط 2 دمشق س 1405هـ، 1985، ص 344، وجاء في مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: "البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي..."؛ على بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج5، دار الفكر، بيروت سنة 1422هـ، 2002، ص 188

كما في قوله تعالى: "و شرهه بئمن بئمن". الآية 20 من سورة يوسف، أي باعوه بئمن قليل، و يقال لكل من المتعاقدين بائع و يبيع، و مشتري شاري لهذا البيع لغة يعطي معنى المبادلة أو المقايضة أي كل من البائع والمشتري يأخذ شيئا من الآخر.

² - د/ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح قانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، سنة 2008، ص 18.

³ - د/ عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 2

الفرع الأول: مفهوم البيع في القانون الوضعي

اختلفت التقنيات الوضعية في تحديد مفهوم البيع، فعرفه التقنين المدني الجزائري في المادة 351: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹. كما نص المشرع المصري في المادة 418 من القانون المدني: "البيع عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"². نستخلص من هاذين التعريفين أن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر و يلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمنا نقديا.³ ولقد وجه الفقه إلى التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري عدّة انتقادات لعلّ أهمها، أن المشرع عرف البيع بآثاره مع أن جوهر العقد هو التراضي على ترتيب هذه الآثار⁴، كماورد في نص المادة 351 المشار إليها أعلاه أن البائع يلتزم بأن ينقل للمشتري الملكية أو الحق المالي، مع أن البيع قد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير، فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية إلى شخص ثالث⁵.

كذلك هذا النص قد أغفل القاعدة العامة في الالتزام طبقا للمادة 165مديني جزائري التي تنص: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني..."⁶ وعرف التقنين المدني الفرنسي عقد البيع في المادة 1582⁷ بما يلي: "البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد العاقدين أن يسلم شيئا، ويلتزم العاقد الآخر بدفع الثمن".، فكان يفترض على المشرع الفرنسي أن يجعل تعريف البيع بما يفيد أنه عقد ينقل الملكية أو ينشئ التزاما بنقل الملكية، ولا يقتصر على إنشاء التزام بالتسليم.⁸

¹ - المادة 351 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمن القانون المدني الجزائري (ج.ج.ع.ع 31 المؤرخة في 13/05/2007).
² - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 3، د/ رمضان أبو السعود - شرح العقود المسماة في عقود البيع والمقايضة و التامين "دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 16، د/ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع - التامين (الضمان) - الإيجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لسنة 2005، ص 21، د/ رمضان أبو السعود - شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص 36، د/ محمد حسنين - عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان مطبوعات جامعية - بن عكنون الجزائر، لسنة 2000، ص 9، د/ محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديد، القاهرة، مصر لسنة 2010، ص 11
³ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 21
⁴ - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 9، د/ محمد حسنين قاسم، المرجع السابق، ص 23
⁵ - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 10. فقد يتضمن البيع اشتراطا لمصلحة الغير، فيلزم البائع بأن ينقل الملكية أو حق مالي لا إلى المشتري نفسه ولكن إلى شخص آخر يعينه المشتري،
⁶ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 23.

⁷ - " la vente est un contrat par le quel une personne donne une chose a une autre moyennant un prix en argent que la dernière s'oblige de payer." sur cette question Cf. André BILODEAU, La vente de la chose d'autrui, les cahier du droit, vol.1,N1,1954,p.35

⁸ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 20

وعرفه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 372 بقوله: "البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية الشيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه"¹

وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ورد في المادة 564: "البيع عقد تنتقل به ملكية شيء، أو حق من أحد المتعاقدين للأخر، بثمن يلزم به". ويلاحظ أن التقنين التونسي عرف البيع بأنه ينقل الملكية، ولا يقتصر دوره على إنشاء التزام بنقل الملكية.

أما التقنين المدني الكويتي، فقد نصت المادة 454: "البيع عقد على تمليك شيء، أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي" وهذا النص يتفق مع حكم القانون المدني الجزائري والمصري، ويبقى الاختلاف في الألفاظ فقط.²

وبالرجوع إلى التعريفات الغربية نجد من أهمها ماجاء به قانون الالتزامات السويسري، فقد عرفته المادة 184 منه: "البيع عقد يلتزم به البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري، ونقل ملكيته إليه مقابل أن يدفع المشتري الثمن للبائع"³.

أما القانون المدني الألماني، فلقد ورد في المادة 433 منه: "أنه عقد؛ يلتزم به البائع بأن يسلم شيئا للمشتري وأن ينقل ملكيته إليه ويلتزم البائع بنقل هذا الحق للمشتري، وإذا كان هذا الحق يسوغ حيازة شيء فيلتزم البائع بتسليم هذا الشيء أما المشتري فيلتزم بدفع الثمن المتفق عليه واستلام الشيء المبيع".

ويستخلص من كل هذه التعاريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر⁴، ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمنًا نقديًا. كما ينتج عنه أن البيع عقد معاوضة، أي أن البائع يأخذ الثمن مقابل المبيع، والمشتري يدفع الثمن و يأخذ الملكية. كذلك هو عقد رضائي إذ لم يشترط القانون لإنعقاده شكلاً خاصاً⁵، فهو ينعقد بمجرد تراضي المتعاقدين. كما أنه عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاما في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري⁶، كما هو صريح النص المادة 351 من القانون المدني الجزائري .

¹ - يتضح من هذا التعريف، أن التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق فهو لم يذكر في خصوص المبيع إلا الملكية الشيء، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري، ج4 المرجع السابق، الهامش 3 ص 20.

² - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 22 وما بعدها

⁴ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - المرجع السابق، ص 4، د/ سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ت ص 16 و 17.

⁵ - "على أن القانون يشترط في بعض البيوع شروطاً أخرى لا تنتقل الملكية إلا بعد توافرها مثلاً شيء معين بنوعه كالمثلثات، أن يتم إفرازه حتى تنتقل ملكيته، وإذا كان المبيع عقاراً أو حقاً عقارياً اشترط تسجيل عقد البيع حتى تنتقل ملكيته"؛ نقلاً عن د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، الهامش 4، ص 5

⁶ - د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 4

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن البيع في القديم لم يكن عقداً ناقلاً للملكية؛ فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية، بل إلتزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري¹ إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن يُنقل له الملكية. كذلك الأمر كان في فرنسا، إذ الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا نص عليها في العقد، لكن وبعد تطور الوضع أصبح البيع ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاما بنقلها إلى المشتري².

وتأسيساً لما تقدم فالبيع : هو عقد ملزم للجانبين ، عقد معاوضة ، عقد رضائي، عقدٌ محدد القيمة، وعقدٌ ناقل للملكية وهي أهم خاصية في عقد البيع فينشئ العقد التزاما بنقل الملكية إلى المشتري، ويكون هذا الأخير مطالباً بدفع الثمن.

الفرع الثاني : مفهوم البيع في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى مفهوم فقهاء الشريعة الإسلامية للبيع ، نجدتها تقترب كثيرا من حيث معناها وما تصبوا إليه، ويبقى الاختلاف فقط في الشكل والصياغة، إذ يلاحظ أن كل الآراء متفقة على أن الملكية تنتقل في البيع بمجرد العقد، بل ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أبعد من ذلك، إذ أن الملكية تنتقل في عقد البيع بمجرد الرضا.

- فعرفه المالكية بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذلك تخرج عنه الإجارة والنكاح... وتدخل الهبة والسلم..."³

- وعرف الحنابلة عقد البيع على أنه: "مبادلة المال بمال تملكها وتملكها"⁴

- وعرفه الحنفية بأنه: "مبادلة المال بمال بالتراضي ، البيع يُلزم بإيجاب والقبول وبتعاط"⁵. وقال النووي في المجموع: "البيع مقابلة المال بالمال"⁶.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، فقرة 10 ، ص 23 ، د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص 38

² - ويقول د/ محمد حسنين "وهكذا لم يعد البيع في القانون الفرنسي قاصر على مجرد إنشاء التزام يتمكن المشتري من الحيازة الهادئة أو على إنشاء التزام بنقل الملكية ولكن أصبح عقد البيع بذاته ناقلاً للملكية translatif de droit de propriété فيما عدا بيع الأشياء غير المعينة بالذات فلا تنتقل الملكية إلا بتعينها" ، المرجع السابق ، ص 12.

³ - أبو البركات سيدي أحمد. الدردير ، الشرح الكبير، ج 3 . دار إحياء العربية ، مصر ، د.ت ، ص 2، وجاء في الأكاليل في شرح مختصر خليل محمد الأمير : "ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعطاة." مكتبة القاهرة ، ط 1 ، مصر .د.ت ، ص 250

⁴ - عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد ، الحنبلي - المغربي، ج 4، دار الكتاب العربي ط 1 مصر ، د.ت ، ص 5. وهو التعريف نفسه الذي أورده صاحب التعريفات إذ قال : "البيع في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع : "مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم ، تملكها وتملكها ." ؛ علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني ، كتاب التعريفات ، تحقيق :د/ نصر الدين تونسي ، شركة القدس للتصدير ، القاهرة، مصر ، ط 1، ص 2007، ص 76

⁵ - ابن نجيم زين الدين إبراهيم بن محمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفروع الحنفية ج 5، دار الكتاب العلمية ، بيروت لبنان 1418هـ، 1997 ص 429 ، إمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السبواسي: "مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب."؛ فتح القدير شرح الهداية ج 5 ط 1، مطبعة الأميرية ببولاق محمدية مصر سنة 1316هـ ، 1899 ، ص 73 ، د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته - النظريات الفقهية والعقود ، ج 4، المرجع السابق ، ص 344 ، وجاء في الإنصاف للمرداوي ج 4: "البيع مبادلة المال بالمال لغرض التملك . " علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج 4، الطبعة الأولى ، بمملكة العربية السعودية ، سنة 1375هـ - 1956 ، ص 259

⁶ - النووي أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النووي الشافعي ، المجموع شرح المهذب ، ج 9 ، دار الفكر ، القاهرة، د.ت . ص 149

- وعرفه الشافعية بأنه: "مقابلة مال بمال على وجه مخصوص"¹.

إن هذه التعاريف الفقهية تفيد بأن عقد البيع هو مبادلة مال بمال، يتم بالإيجاب والقبول وبتعاط؛ أي عقد فوري (منجز) ينتج أثره بمجرد إنعقاده²، فهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة لأن البيع عندهم إما أن يكون بيع العين بالنقد؛ وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين؛ وهو المقايضة³.

وهو عقد ناقل للملكية من تلقاء نفسه، وهو عقد معاوضة، وعقد رضائي ولا يشترط لإنعقاده شكلاً معيناً.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "... ففي الفقه الإسلامي ينقل الملك بالعقد مباشرة، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد"⁴.

ومن بين التعريفات والمفاهيم الفقهية التي دونتها بعض التقنينات الإسلامية نجد المادة 249 من كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان⁵ على أنه: "تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع"⁶.

¹ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2 دار المعرفة، ط1 بيروت، 1418هـ، 1997، ص5
النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ج9، المرجع السابق، ص149. د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص345

² - أنظر د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص7. د/ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، رسالة دكتورا من جامعة الأزهر، عام 1968 ص115. ويقول د/ مصطفى أحمد الزرقاء: "ونرى أن التعريف الذي صاغه الفقه الإسلامي للبيع وأثبتته المجلة لا يزال اصح تصويراً لحقيقة البيع في جميع صورته وأنواعه المتعددة التي تشترك في جوهر واحد، فقد جمعها كلها في ثلاث كلمات، إذ عرف البيع بأنه: مبادلة مال بمال (مجلة الأحكام العدلية المادة 105)".؛ شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، مطابع فتي العرب، ط6، دمشق، سنة 1384هـ، 1965، ص48

³ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص21، د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص40، د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص22

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج4، بند231، ص409 و410. يقول د/ إسماعيل عبد النبي شاهين: "نجد أن معنى البيع في الشريعة أعم من معناه في القانون الوضعي، فالبيع في الفقه الإسلامي له معنيان: معنى عام، وهو تمليك مال بمال على وجه مخصوص أي إيجاب أو تعاط، ومعنى خاص: وهو تمليك عين بثمن موصوف في الذمة وبهذا مفهوم لا يشمل إلى البيع المطلق معروف أما بمعناه العام يشمل السلم والصرف والمقايضة". المرجع السابق، ص6

⁵ - مرشد الحيران: هو مشروع قانون مدني من الفقه الحنفي وقد وضعه في مصر المرحوم محمد قدرى باشا بعد صدور القانون المدني المصري القديم عام 1883، وكان نقلاً عن القانون المدني الفرنسي فأراد بعض مشايخ الأزهر أن يحل تقنين (مرشد الحيران) محل القانون المدني المصري في ذلك الوقت ولكن لم يكتب له النجاح

⁶ - محمد قدرى باشا - كتاب مرشد الحيران إلى معارف أحوال الإنسان في معاملات الشرعية، ط2. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، المحمدية، مصر، سنة 1308 هـ، 1891، ص41.

كما نجد المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية¹ التي نصت على أنه: "مبادلة مال بمال يكون منعقدًا وغير منعقد"

أما في التقنين المدني العراقي توجد مادتين المادة 506 وتنص: "مبادلة مال بمال"، والمادة 507 تنص على أن: "البيع باعتبار المبيع إما أن يكون يبيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو يبيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو يبيع العين بالعين وهو المقايضة." وبذلك نلاحظ أن القانون المدني العراقي سلك في تعريف البيع مسلك الفقه الإسلامي، فجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة.

وجاء في المادة 465 مدني أردني: "بأنه تملك مال أو حق مالي لقاء عوض." ويلاحظ أن التقنين الأردني جرى في التعريف مجرى الفقه الإسلامي فجعل البيع شاملاً للمقايضة.² كما نجد بعض التعريفات في بعض قرارات القضاء الجزائري والمصري.

فعرفته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/12/22 ملف رقم 106776³: "من المقرر قانوناً أن البيع عقد؛ يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، في مقابل ثمن نقدي"، فهذا القرار ركز في تعريف عقد البيع على فكرة المعاوضة؛ أي أن البائع يقدم الشيء المبيع والمشتري يقدم في مقابله ثمناً نقدياً.

كما عرفه الاجتهاد القضائي المصري في العديد من القضايا، منها ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في 18/06/1915 بقولها: "بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً ولو لم يذكر لفظ البيع"⁴

ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسبة إلى البائع، وشراء بالنسبة إلى المشتري، كما تجدر الإشارة إلى أن التقنين المدني الألماني لا يزال يطلق على البيع اسم الشراء (kauf) للدور الغالب الذي يقوم به المشتري، أما بالنسبة للغالب في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهو البيع؛ لأن أحد البدلين وهو المبيع تكون عيناً معينة بالذات،⁵ إما وقت العقد أو عند التسليم، وتتغلب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في ذمة المشتري.

¹ - هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاباً أولها كتاب البيوع وأخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجرية 1882 ميلادية وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين لما يخص قضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية. وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية في شرح المادة 105: "يعني أن البيع هو تملك مال مقابل مال على وجه مخصوص ويقسم باعتباره مطلق إلى بيع منعقد وغير منعقد". ؛ تعريب المحامي فهمي حسيني المجلد 1، البيوع، الإجارة، الكفالة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، لسنة 1423هـ، 2003، ص 105

"فعرفت الشريعة الإسلامية البيع في صورته المتقدمة الحديثة، بل وقد فرقت الشريعة الغراء بين البيع والمقايضة. فالبيع إما أن يكون ثمناً بمنوم وهذا هو البيع المطلق أي يبيع العين بالثمن، وإما أن يكون ثمناً بثلث وهذا هو السلم أو بيع الدين بالعين، أو يبيع المؤجل بالمعجل أو هو شراء أجل بثلث عاجل." نقلاً عن د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 40

² - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24. د/ آدم وهيب الندوي - شرح قانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة العربية للنشر وتوزيع، الأردن، ط 1، سنة 1999، ص 18، د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 3 ص 20

³ - المجلة القضائية الجزائرية لسنة 1994، العدد 2، ص 27.

⁴ - (محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في 17/06/1915)؛ نقلاً عن د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 24

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 21

الفرع الثالث: مقارنة بين المفهومين القانوني والفقهى لعقد البيع

بعد التطرق لمفهوم عقد البيع من الجانب القانوني والفقهى، لابد من مقارنة هاذين المفهومين مع بعضها البعض حتى نقف على أهم نقاط الاختلاف والتوافق بينهما. حيث نجد خصائص عقد البيع في الفقه الإسلامي تكاد تتشابه مع هذه الخصائص في القانون الوضعي فالبيع في الفقه الإسلامي، عقد رضائي ولا يشترط لانعقاده شكل معين، إلا أن التراضي في الفقه الإسلامي يقتصر على كونه سببا لترتيب الأحكام الشرعية المقررة بحكم الشرع، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف مقتضى هذه الأحكام، وهو عقد فوري ينتج آثاره بمجرد إنعقاده، وهو عقد ملزم للجانبين وعقد ناقل للملكية¹ غير أن التعريف في الفقه الإسلامي فيه ما يختلف عن القانون الوضعي، إذ نجد في هذا الأخير بين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف.² وفي الفقه الإسلامي يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة³ والصرف⁴ والسلم⁵؛ فبينما يجعل الفقه الإسلامي من نقل الملكية حكماً لعقد البيع، أي جعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ويصبح المشتري للعقار أو المنقول مالكا للمبيع بمجرد العقد.⁶ نجد القانون الوضعي يجعل منها التزاماً عقدياً يقع على عاتق البائع، ويفضل بعض الشراح القانون أن يقال أن البيع ينقل الملكية أو الحق العيني فعلاً، ولا يقتصر دوره على إنشاء التزام بنقل الملكية.⁷ لذلك فإن البيع في الشريعة الإسلامية ينقل الملكية مباشرة وبمقتضى العقد ليصبح المشتري مالكا للمبيع بمجرد العقد وذلك بخلاف الحال في القانون الوضعي⁸، وهذا ما تؤكد المادة 332 من كتاب مرشد الحيران إذ جاء فيها⁹: "حكم البيع المنعقد صحيح لازم أن يثبت في الحال ملك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع فينتقل ملك المبيع للمشتري ولورثته إن مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً أو جزءاً شائعاً من المنقول أو العقار أو حقاً من حقوقه" وهذا ما يفسر أن البيع في الشريعة الإسلامية تنتقل الملكية فيه

1 - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص7

2 - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص21 و22

3 - المقايضة: تبادل مباشر للبضائع أو الخدمات دون استخدام النقود. استخدم الناس أسلوب المقايضة للحصول على حاجاتهم قبل تطور النقود.

4 - الصرف: هو بيع النقد بالنقد كتمليك مثلاً ثلاثون جنيهاً مصرياً بخمسين جنيهاً سودانياً.

5 - السلم: من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية وهو بيع مؤجل موصوف في الذمة بثمن يدفع عاجلاً؛ أشار إليه د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع سابق الهامش الأول، ص7

6 - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 231، ص409

7 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص23. ويقول د/ مصطفى أحمد الزرقاء: "كان المناسب أن يقال في تعريف البيع أنه عقد تنقل به ملكية شيء... إلخ" المرجع السابق، ص37

8 - د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص40 و41

9 - محمد قدرى باشا - مرشد الحيران، باب حكم البيع، المرجع السابق، ص53

بالذات ولا تقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية إلى المشتري¹

لكن بعض الفقه المصري لا يقر الاعتراض على تعريف البيع "أنه ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع، بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون إذا توفرت الشروط المطلوبة، فتنقل الملكية فعلاً إلى المشتري فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعية الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها"²

لهذا حتى ولو كان هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون في صور معينة طبقاً للمادة 204³ من القانون المدني المصري بقولها: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل". "فتوافر شروط انطباق هذا النص يؤدي إلى انتقال الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد نشوء التزام بهذا النقل على عاتق البائع، ولا يمكن رد هذا الأثر إلى العقد نفسه إلا على حساب دقة التحليل القانونية"⁴.

كما يرى جانب من الفقه أن قاعدة انتقال الحق العيني بمجرد العقد لا تنطبق على كل صور البيع⁵ فمثلاً؛ نقل الملكية في العقار لا يتم، سواء في حق الغير أو بين المتعاقدين إلا بالتسجيل⁶، بمعنى أن التسجيل التزام يقع على عاتق البائع وبمقتضاه تنتقل الملكية. وهذا طبقاً لقانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-74 المؤرخ في 11 نوفمبر 1975⁷ إذ تنص المادة 15 من هذا القانون على ما يلي: "كل حق للملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"⁸

1 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21.

2 - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق، البند 234 ص 412.

3 - وتقابلها المادة 165 مدني جزائري "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر؛ من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"

4 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 23 و 24 وأنظر إلى الهامش 27 من نفس المؤلف ص 24؛ "إذ تعطل تطبيق المادة 204 من القانون المدني مصري، تقابلها المادة 165 مدني جزائري لأي سبب من أسباب كاتفاق الطرفين على تأجيل هذا النقل.

5 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 23

6 - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 249، ص 433، وتنص المادة 934 من قانون المدني مصري: "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري...". د/ عبد الرزاق السنهوري: "يريز التميز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل: فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري". المرجع السابق، ص 413 د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها

7 - يعتبر الدفتر العقاري نتاج عملية المسح العام الذي يعتبر استثناء لقاعدة الشهر المسبق، ولقد ورد في المادة 19 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري أنه: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما، وقت الإشهار في السجل العقاري، في الدفتر الذي يشكل سند ملكية". (ج. ر. ج. ع. 92 صادرة بتاريخ 18/11/1975).

8 - أنظر د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 100 د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 23.

كما نصت المادة 16 من القانون نفسه على " أن العقود الإدارية، 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.¹" يتبين من المادتين أن بيع العقار لا ينتج أثره الناقل للملكية سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالشهر .

وهذا ما تؤكدته المادة: 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"².

من خلال هذه النصوص يتبين أن نقل الملكية في العقار لا يتم بمجرد إبرام العقد بل من تاريخ إشهار العقد³، لذلك لا يترتب على البيع العقار غير المسجل سوى التزامات شخصية بين البائع والمشتري

¹ - د/ مجيد خلفوني : " يفهم من هذا النص أن السند العقاري ، ليس له وجود قانوني إلا بمراجعة إجراءات الشهر العقاري وتطبيق قاعدة الأفضلية في الشهر في حالة وجود نزاع عقاري قضائي ... "؛ نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط 1 ، الجزائر ، س 2003 ، ص 27

- ثم بالغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية في القرار رقم 148 541 ، المؤرخ في 23 ماي 1997 ، المجلة القضائية لسنة 1997 ، ع 01 ، ص 183 : (من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإحضارها للشكل الرسمي، يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136 156 المؤرخ في 18/02/1997 ، المكرس بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، فيما يخص العقود العرفية. وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون). نقلا عن مذكرة الطالبة القاضية، عبد الرحمان ليندة، إثبات الملكية العقارية في المناطق غير ممسوحة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009 ، الهامش 5، ص9

قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم 002307 مؤرخ في 01/07/2003 ، مجلة مجلس الدولة، ع 05 س 2004 ؛ " من المقرر قانونا أن الملكية لا تنتقل في العقارات والحقوق العينية الأخرى إلا بإتباع القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري، والمادتان 165 و793 من القانون المدني و المادتان 15 و16 من الأمر 75-74 ، وما دامت هذه الإجراءات لم تتبع في قضية الحال فإنه لا يمكن الاحتجاج بأي حق للملكية على العقار المتنازع عليه"؛ نقلا عن مذكرة الطالبة القاضية ، بن حمودة هجيرة - التطبيقات القضائية لنظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني والوضعية القانونية لعقد الشهرة في ظل النظامين ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009 ، ص 40

² - د/ محمد حسنين : " في القانون المدني الجزائري لا يتم نقل الملكية سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل أو الشهر العقاري . " المرجع السابق، ص96

³ - د/ محمد خلفوني : " ... يترتب عن عملية الإشهار العقاري ، مبدأ عدم قابلية الاحتجاج بغير الحقوق المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية ، فالحق العيني غير المشهر ، يكون غير موجود قانونا. ولا يمكن الإحتجاج به سواء بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهارها ... " نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 23

بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يتفق أطراف العقد على تأجيل نقل الملكية؛ كأن يبيع شخص عيناً بثمن مقسط، وحتى يستوثق من أن المشتري يوفي الثمن تحزرا من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع¹ فلا تنتقل بآلة إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن.²

كذلك في بيع شيء معين بنوعه؛ كبيع مائة أردب من نوع معين من القمح أي شيء من المثليات التي يختلط بعضها ببعض، فهنا لا تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع بل بإفراز المبيع وتحديدته.³ فهنا يظهر الفرق الجوهرى بين المفهومين الفقهي والقانوني لعقد البيع، ففي الأول؛ الرضا كافٍ والعقد ذاته ينقل الملكية، بينما في القانون الوضعي ينشأ التزام على البائع بنقل الملكية.

المطلب الثانى: تعريف بيع ملك الغير

لما كانت القاعدة في القانون الفرنسى هي أن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع، فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلاً للملكية وبين كون البائع غير مالك للشيء المبيع، إذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.⁵ وعلى هذا الأساس رتب المشرع الفرنسى، ومعه التشريعات الأخرى قابلية بطلان بيع ملك الغير.

فماذا نقصد بالغير في العقود عادةً؟ وما لمقصود ببيع ملك الغير؟ ومتى نكون بصدده؟

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات فيما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالغير وما يستند إليه اصطلاحاً

تطلق كلمة "غير" على الصفة أو الاسم وقد تكون أداة استثناء، فإذا كانت صفة فإنها تتبع إعراب موصوفها وقد تأتي "غير" وتكون اسماً مثلاً هذا غيرك، ومرت بغيرك⁶ ومنه قوله تعالى: ﴿غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾⁷.

¹ - تنص المادة 247 من مجلة الأحكام العدلية: "...عقد البيع على تأجيل الثمن إلى كذا يوماً أو شهر أو سنة أو إلى وقت معلوم عند المتعاقدين كيوم قاسم صح البيع".؛ حيدر على- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - م1، المرجع السابق، ص 228

² - د/ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق، ص 172

³ - د/ محمد صبرى السعدى، المرجع السابق، فقرة 163، ص 191، د/ عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، بند 154، ص 272، د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها

⁴ - (نحن نعلم بأن البيع لا يقتصر على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر، فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق الارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود)؛ د/ عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، هامش 1، ص 22

⁵ - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 185، د/ محمد حسن قاسم - البيع - التامين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2005 ص 176

⁶ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 12.

⁷ - سورة الفاتحة الآية رقم "07".

يظهر من المعنى اللغوي للفظ "الغير"، أنه يطلق على شخص الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع، وليس له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير وليس وكيلا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد الوكالة وهذا هو اصطلاح الفقهاء الشريعة الإسلامية¹.

أما في بيع ملك الغير فنقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد إلا أن ملكيته للشيء المبيع أُلزمتُ إدخاله في هذا التصرف من اجل إقراره أو ردّه لهذا التصرف الواقع على ملكه .

الفرع الثاني: تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/397 من القانون المدني: "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه". و تقابلها كل من المادة 1/466 من القانون المدني المصري² والمادة 1599 من القانون المدني الفرنسي³، ويستخلص من النصوص السابقة أنه يقصد ببيع ملك الغير ذلك البيع الذي يرد على شيء معين بالذات غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري⁴، أو كما يرى بعض الفقهاء ومنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه يقصد

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 12 و 13

² - تنص المادة 1/466: "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل".

³ - تقابلها المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

⁴ - د/ محمد حسن قاسم - العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 177 د/ أنور العمروسي -العقود الوارد على الملكية في القانون المدني ،دار الفكر الجامعي ، ط 1، سنة 2002 ،ص 257، د/ آدم وهيب الندوي -شرح القانون المدني البيع والإيجار ، المرجع السابق ، ص 91 . د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 185، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 11، د/ محمد يوسف الزغي ، العقود المسماة شرح عقد البيع في قانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع . ط 1 . الإصدار الأول عمان الأردن ، 2006، ص 533، د/ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة ، عقد البيع ، ج 3، ص 1م ، ط 5 ، الإسكندرية ، لسنة 1990، فقرة 289 ص 696، د/ فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية سنة 2006، ص 378 ، د/ رمضان أبو السعود عقود البيع والمقايضة والتأمين ، المرجع السابق ، ص 103 ، د/ جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية ، البيع - الإيجار - المقاوله ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية -المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة 2007، ص 178 د/ رمضان أبو السعود -شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر س 2006، ص 127 ، د/علي هادي العبيدي - العقود المسماة - البيع والإيجار -دارا لثقافة للنشر والتوزيع الأردن -سنة 2006 ، ص 58 و 59

ويقول دكتور منذر الفضل: " أن حكم القانون المدني الأردني يختلف عن حكم القانون المصري ، فالمشرع الأردني أجاز للمشتري الفسخ، بينما أجاز المشرع المصري أن يطلب إبطال العقد". شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين الأردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، طعة الجديدة لسنة 1982، ص 154، د/محمد محي الدين إبراهيم سليم - أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الإسلامي " دراسة مقارنة " دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية مصر ، س 2007 ص 6 ، د/ أنور طلبة - نفاذ وانحلال البيع ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى ، مصر ، د.ت، ص 579، د/ نذير بن عمو - العقود الخاصة بالبيع والمعاوضة -المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع " مجد" ، بيروت ، ط 1 ، س 2008، ص 118 ، د/ سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع ، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، المرجع السابق، ص 382 و 383 . د/ خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، عقد البيع ، ج 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ط 4، الجزائر، س 2005 ، ص 209 و 210 .

بيع ملك الغير هو: " أن يبيع شخص شيئاً معين بالذات وهو لا يملكه . " ¹

- ويقصد بالغير في العقود غالباً الأطراف غير المتعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا طرف في العقد. غير انه وكما سبق الذكر؛ في هذا النوع من البيوع الخاصة، يقصد بالغير "المالك الحقيقي"، فهو أجنبي على هذا العقد لأنه لم يكن خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا من الدائنين فإنه لا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصاً به ومملوكاً له. إذ العقد غير ساري المفعول في حقه ²

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1599 ³: " يبيع ملك الغير باطل وأن للمشتري في هذه الحالة الحق في التعويض متى كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع." فاقترنت المادة على تقرير البطلان وذكر حق المشتري في التعويض، دون أن تبين ماهية البطلان أو ما يمكن أن يترتب على العقد من آثار، فاجتهدت المحاكم في سد هذا النقص، وأوجدت حلولاً لكثير من المسائل التي تعرض في شأن بيع ملك الغير، فقررت أن هذا البيع يكون باطلاً في حق المالك إلا إذا أقره، وللمشتري وحده دون غيره الحق في الإبطال ⁴.

فكثيراً ما تُطرح على القضاء مسائل تتعلق بهذا الموضوع، فقد تكون بين أشخاص عاديين أو بين الدولة وشخص عادي؛ كأن تدعي الدولة أنها المالك الحقيقي للعقار مثلاً باعتباره يدخل في أملاك الدولة، وتبعا لذلك فإن المالك الحقيقي هو ذلك الشخص الذي تصرف البائع في ملكه بدون رضاه وعلمه، من بين هذه الحالات القضية المطروحة على مستوى محكمة سبدو (القسم العقاري) رقم الملف 10/00512 مؤرخة في 2010/12/15 ⁵ حيث رفعت "ب.ف" دعوى ضد كل من "ب.س" و"ك.م" مطالبتهم برد القطعة الأرضية محل النزاع وإلزام "ب.س" على عدم التعرض في حيازتها لهذه القطعة الأرضية .

وأهم ماجاء في عريضة المدعية "ب.ف": "أنها تحوز قطعة أرضية بموجب عقد عرفي بتاريخ 2004/12/24، وقام المدعي عليه "ب.س" دون وجه حق حفر بهذه القطعة الأرضية لوضع الأساس، غير أن مدعى عليه "ب.س" بعد سؤاله عن ذلك رد بأنه اشترى قطعة الأرضية بعقد عرفي من ورثة البائع الأول بتاريخ 2010/07/04. " وجاء منطوق حكم محكمة سبدو بإلزام المدعي عليه "ب.س" والمدخل في الخصام "ك.م" بعدم التعرض لحيازة المدعية "ب.س" للقطعة الأرضية محل النزاع. من خلال ما سبق يمكن الخروج بتعريف بيع ملك الغير كما يلي: " هو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك وينصب على شيء موجود ومعين بذات، علماً أن بيع ملك الغير يتطلب

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 153، ص 271

² - د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، هامش 1، ص 47

3- Art 1599 du code Civ , français : "La vente de la chose d' autrui est nulle. Elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l' acheteur a ignoré que la chose fut à autrui".

د/ الحسين بن الشيخ آث ملويا - المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة، دار هومه، الجزائر، ط 2، ص 2006، ص 58

⁴ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 289 ص 696

⁵ - أنظر إلى الوثيقة رقم 1 من المرفقات

بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له . " وتبعاً لذلك نكون أمام بيع ملك الغير إذا توافرت شروطه المحددة قانوناً وفقها.

الفرع الثالث : التكييف الشرعي لبيع ملك الغير.

إن التكييف الشرعي لبيع ملك الغير عند الفقهاء المسلمين هو تصرف الفضولي ، فهم بذلك يطبقون على بيع ملك الغير أحكام الفضالة فيه وبائع ملك الغير يسمى فضولياً¹ مما يستوجب الحديث عن تعريف الفضالة ودراستها في هذا الفقه .

فالفضولي لغةً : "... من الفضل أي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفلوس ، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيها ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي لما يشتغل بما لا يعنيه ، لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فتزل منزلة المفرد ويسمى بالواحد واشتق منه فضالة...² ، ومن ثم أطلق الفضولي على من يشتغل بما لا يعنيه .

وفي اصطلاح الفقهاء له معنى قريب من المعنى اللغوي ؛ إذ هو من يتصرف في شؤون غيره ، دون أن يكون له ولاية على التصرف أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن ...³ .
فعرّفه بعض الفقهاء المسلمين ، من المذاهب المختلفة :

فقال الحنفية الفضولي هو : " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي " ⁴ وكذا هو : " الذي غلب في الاشتغال بما لا يعنيه ، وما لا ولاية له فيه " ⁵ .

أما المالكية فالفضول عندهم هو : " من يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له ولاية إصداره ، وكذلك شراء شيء لشخص بغير إذنه " ⁶ .

وذهب الشافعية إلى القول بأن الفضولي هو : " البائع مال غيره بغير إذنه ، ولا ولاية " ⁷
و رأى الحنابلة أن الفضول : " من يشتري لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه " ⁸

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 16 .

² - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ- المصباح المنير في غريب شرح الكبير ، مكتبة لبنان ، بيروت لبنان ، س 1987 ، ص 181 . د/صلاح الدين محمد شوشاري : " فالفضولي هو الشخص الذي يشتغل بما لا يعنيه ولذلك كان المتصرف بملك الغير فضولياً لأنه اشتغل بما لا يعنيه " . نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ، س 2001 ، ص 40

³ - د/وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج 4 ، المرجع السابق ص 167 ، ويقول د/ محمد الألفي : " لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى الفضولي ، ولكنهم يدورون في الغالب حول معنى اللغوي ... " المرجع السابق ، ص 15

⁴ - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم : " وقيل من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعالم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي ... " البحر الرائق ج 6 ، المرجع السابق ، 245 ، الكاساني علاء الدين ، ج 6 المرجع السابق ، ص 576 .

⁵ - ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي ، فتح القدير . ج 5 المرجع السابق ص 309

⁶ - أحمد إدريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر س 2000 ، ص 76

⁷ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 21

⁸ - عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد ، الحنبلي - المغني ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 274

وقيل أن الفضالة: "وصفُ يقوم الشخص بمقتضاه بالتصرف" ، في شؤون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه، وبدون ولاية شرعية ولا وصاية والذي يصدر عنه العمل يسمى فضوليا"¹ يستفاد من التعريفات السابقة أنها تركز على مسألة التصرف في حق الغير بدون إذن شرعي ولا ولاية التصرف. كما نصت المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية² على أن: "الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي". وعرفه بعض الفقهاء المعاصرون الفضولي بأنه: "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلًا بالبيع أو نائبًا عن المالك، فهو فضولي"³ ، وعلى ذلك يكون الفضولي: "من يشتغل في شؤون غيره دون إذن، أو ولاية منه، كمن يجرأ ويستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل وكمن يبيع ملك غيره دون تفويض من المالك"⁴ وتبعًا لذلك لا يعد فضوليا من يتصرف في شؤون غيره بتفويض مشروع، وإنما يعتبر نائبًا عنه،⁵ وهذه النيابة تختلف باختلاف نوع التصرف فقد تكون نيابة شرعية كولاية الأب أو الحد على الصغير، وإما نيابة قضائية؛ كولاية الولي المنصوب من قبل القاضي على الصغير و المجنون والمعتوه، أو نيابة عقدية كالوكيل⁶ طبقًا لنص المادة 571 من القانون المدني الجزائري ، بمعنى مصدر التفويض قد يكون الشرع أو القضاء أو التعاقد، فمن لم يكن أمام حالة من هذه الحالات أعتبر فضوليا ، وسنوضح لاحقًا هذه المسألة عندما نقوم بمقارنة بين التعريف القانوني والفقهي لمسألة التصرف في ملك الغير . إذن الفضولي في الفقه الإسلامي يقابله بيع ملك الغير في القانون الوضعي.

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق ، ص 17. ويقول د/ جعفر الفضلي: "والفضولي في الفقه الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي هو غيره في الفقه الغربي والتشريعات الحديث ، فالفضولي في الفقه الغربي هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل دون تفاضل منه ، أما في الفقه الإسلامي هو من يتدخل في شؤون غيره دون إذن شرعي ولا يشترط أن يكون عاجلا ولا ضروريا " ، المرجع السابق ، ص 178

² - حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - تعريب المحامي فهمي حسيني المجلد 1 ، البيوع ، الإجارة ، الكفالة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، لسنة 1423هـ، 2003، ص 109

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج4، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2 الجديدة . 1998، ص 183، د/ محمود جلال حمزة - التبسيط في شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة البيع - الإيجار ، ج4 جمعية عمال المطابع التعاونية ، ط1 لسنة 2005، ص 262.أ/خليفة سنوسي حاج ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، سنة 2005، ص19. ، د/محمد الالفي، المرجع السابق ، ص 15 و16

وجاء في الإنصاف للمرداوي ج4: " فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه ، لم يصح ، وهو الذهب عليه أكثر الأصحاب...وعنه يقف على إجازة المالك ، اختاره في الفائق وقال لا قبض ولا قبض قبل الإجازة . " ، علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج4 المرجع السابق، ص 283. وعرف الشيخ أحمد إبراهيم الفضالة بقوله: "الفضالة هي وصف يقوم شخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره ، نفسا ومالا ، بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية." العقود والشروط والخيار ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، 1934، ص3 ؛نقلا عن د/محمد الألفي ، المرجع السابق، ص 17

⁴ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 18

⁵ - حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - م1 ، المرجع السابق ، ص 109

⁶ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 20

المطلب الثالث : المقارنة بين التعريف القانوني لبيع ملك الغير والتكليف الشرعي له

في هذا المطلب سنقارن بين التعريف القانوني، ونظرة الفقه الإسلامي لبيع ملك الغير، وبما أن القانون الوضعي ومنه القانون الجزائري قد عرف الفضالة في المادة 150 من القانون المدني، سنحاول تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول نقارن فيه بين تعريف بيع ملك الغير وبين تعريف الفضولي، أما الثاني فَيبين الفضالة في القانون والفضالة في فقه الإسلامي.

الفرع الأول: المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير و تعريف الفضولي

يعرف رجال القانون بيع ملك الغير، بأن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات ولا يكون مالكا له، وهذا من خلال تطرقنا للتعريفات التي وردت في هذه التقنينات ومنها على سبيل المثال لا الحصر؛ ما ورد في نص المادة 397 مدي جزائري والتي تقابلها المادة 466 مدي مصري والمادة 1599 مدي فرنسي. كما أشرنا لذلك سابقاً. وفي الفقه الإسلامي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي، وفي هذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في ماهية بيع ملك الغير، إلا أن هناك إختلاف من حيث الصياغة، إذ في الفقه الإسلامي كانت الصياغة أكثر دقة ووضوحاً مع إيجازها غير المخل¹، ونبين ذلك فيما يلي :

إذا معنا النظر في صياغة النصوص القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير²، فإننا نعتبر التصرف بالبيع، الذي يقوم به شخص غير المالك الحقيقي، ولو بمقتضى وكالة قانونية هو بيع لملك الغير، ولكن هذا الجانب غير صحيح ويخالف القواعد القانونية، لأن الوكالة القانونية تخرجنا عن بيع ملك الغير، فهو بيع صحيح حيث يثبت فيه التفويض القانوني من المالك الأصلي وفي حدود الوكالة، طبقاً للمادة 571 من القانون المدني الجزائري³ أما صياغة فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف بيع الفضولي كما قلنا كان دقيقاً؛ إذ نجد البيع من غير المالك بمقتضى وكالة أو تفويض شرعي وقانوني بيعاً صحيحاً⁴؛ لأن الفقهاء المسلمين يعتبرون البيع، بيع فضولي إذا كان من غير إذن صاحبه. وجاء في شرح المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية؛ المتعلقة بتعريف الفضولي: "ويقصد بقوله " بدون إذن شرعي " هو ألا يكون له ولاية أو وصاية أو وكالة لأن تصرف الولي والوصي والوكيل لا يعد فضولاً".⁵ كما ورد في البحر الرائق

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 112

² - المادة 397 مدي جزائري والتي تقابلها المادة 466 مدي مصري والمادة 1559 مدي فرنسي؛ قصرت في صياغتها على شيء معين بذات وغير مملوك للبائع

³ - تنص المادة 571 مدي جزائري: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه"

⁴ - وهذا ما تؤكدته المادة 74 من القانون المدني الجزائري: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل." ويقول د/ إسماعيل عبد النبي: "صياغة الفقه الإسلامي ماهية بيع ملك الغير كانت أكثر دقة ووضوحاً..." المرجع السابق، ص 112

⁵ - حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - 1م، المرجع السابق، ص 109

لابن نجيم: " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"¹ ؛ كمن يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل و كمن يبيع ملك غيره دون تفويض من المالك. ومن هنا يجب عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع فإذا وجدت كنا أمام بيع صحيح .

كما أن الفقهاء المسلمين لم يقتصروا في تحديدهم لبيع الفضولي على شيء معين بالذات أو غير مملوك للبائع، فهنا أضافوا مسألة عدم قانونية تصرفه ، وهو أن لا يكون في حالة الوكيل أو ما يشبه هذه الحالة، فإذا وقع وكان داخل هذه الحالة اعتبر بيعا صحيحا، لهذا كان تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي أعم وأشمل مما جاء به رجال القانون.

الفرع الثاني : المقارنة بين تعريف الفضالة في القانون و الفقه الإسلامي:

سبق أن ذكرنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد كيفوا بيع ملك الغير على أنه بيع فضولي ، لكن هذا المصطلح الأخير يتشابه مع مصطلح آخر في القانون الوضعي يعرف بالفضالة .لهذا قد يتبادر إلى الذهن السؤال التالي هل التعريف القانوني للفضالة يتشابه مع ما جاء به الفقهاء المسلمين ؟ وبمعنى آخر هل كان هناك توافق بين القانونيين والفقهاء المسلمين في هذه المسألة ؟

إذا ما رجعنا لمفهوم الفضالة في القانون الوضعي، نجد المشرع الجزائري قد نص عليها في المادة 150 من القانون المدني² بقوله : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك"، وتضيف المادة 151 من القانون نفسه:" تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره، لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر ." ويلاحظ أن الفضالة تقتضي وجود شخصين، يقوم الأول من تلقاء نفسه بإدارة شؤون غيره، عن علم وبلا تفويض ، كأن يقوم بجني محصولا يوشك أن يتلف ، ويسمى الفضولي le gestion d'affaires والثاني هو رب العمل ، le maître d'affaire الذي يتولى الشأن لحسابه³ ، وإذا ترتب على تدخل الفضولي نفعًا كان رب العمل ملتزما بتعويضه طبقا للمادة 157 من القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع إلى نص المادة 188 من القانون المدني المصري : "الفضالة أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك"⁴ . والمثال التقليدي للفاضلة أن يقوم الجار بترميم منزل جاره أثناء غيبة الأخير لأنه

¹ - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم - البحر الرائق شرح كتر الدقائق ج 6، المرجع السابق، ص245

² - يقابلها نص المادة 1179 من التقنين التونسي للالتزامات والعقود على أنه: "إذا باشر شخص مصالح غيره اختيارا أو ضرورة بدون إذن منه أو من الحاكم في مغيبه أو بدون علمه فتنشأ بذلك علاقة قانونية تشبه الوكالة وتحكمها النصوص التالية ."

³ - د/ محمد الألفي - الفضالة ، المرجع السابق ، ص 16 و 17 ، د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر ،ط8. 2008 ، ص 263 و267

⁴ - مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في مادته 150 من القانون المدني لم يشترط أن يكون شأن الذي يقوم به الفضولي عاجلا بخلاف المشرع المصري الذي اشترط ذلك

كان آيلا للسقوط¹.

وقد بين المشرع الفرنسي² حقيقة الفضالة و أحكامها في المواد من 1372 إلى 1375 تحت عنوان "شبه العقد"³ وتعتبر الفضالة المصدر الثاني من مصادر الالتزامات في القانون المدني الفرنسي.⁴ ولا يكفي لتبرير قيام الفضالة، أن يكون ما يتصدى له الفضولي نافعاً أو مفيداً بل أن يكون ضرورياً أي شأنه عاجلاً ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به ، طبقاً لما نصت عليه المادة 188 من القانون المدني المصري، وهذا ما يؤكد الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: "لا يكفي أن يكون العمل نافعاً أو مفيداً... وإنما أن يكون ضرورياً وأن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها. فقام به الفضولي ناظراً إلى مصلحة رب العمل"⁵.

ويستفاد من المادة 150 من القانون المدني الجزائري أنها تشترط لقيام الفضالة الشروط التالية :

¹ - د/ رمضان أبو السعود "لذا تختلف الفضالة عن الوكالة، فالترامات الفضولي مصدرها واقعة قانونية والترامات الوكيل مصدرها عقد الوكالة، لذا فالفضالة أوسع نطاقاً من الوكالة لأن الأولى يمكن أن تكون تصرف قانوني أو عمل مادي بينما الثانية تقتصر على التصرف القانوني، ومع ذلك تنقلب الفضالة إلى وكالة في الفرض الذي يقرّ فيه رب العمل لما قام به الفضولي"، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2007، ص 477

- د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية ، ج 1 - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت ، 1995 ، ص 483
د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون) ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر ، ط 4 لسنة 2007 ، ص 491 .

د/ أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط 1 - الإصدار الثالث ، لسنة 2007 ، فقرة 632 ، ص 402
- د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة 2004 ، بند 856 ، ص 1033 و 1034 ، د/ محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية سنة 2006 ، ص 882

² - وقد توصل القضاء الفرنسي الحالي، بعد صدور الحكم الشهير من محكمة النقض يوم 15 جوان 1892 في قضية الأسمدة، وتتلخص هذه القضية في أن تاجر الأسمدة باع كمية من الأسمدة إلى مزارع ولم يقبض ثمنها، وكان هذا المزارع معسراً ولم يتم بتنفيذ التزاماته نحو المؤجر فقام هذا الأخير بإلغاء عقد الإيجار ، وخرج المزارع تاركاً للمؤجر الزرع الذي كان ما يزال قائماً بالأرض في نظير بعض ما عليه من التزاماته فرفع تاجر الأسمدة دعوى أمام القضاء الموضوع مطالباً المالك بسداد ثمن الأسمدة باعتبار أنها عادت عليه بفائدة وأثري بسببها، وتحت تأثير رأي الفقيهين الفرنسيين أوبري ورو الذين اعتبر الإثراء بلا سبب، مصدراً للالتزام مستقلاً autonome عن الفضالة . نقلاً عن د/ علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص 229

³ - شبه العقد: "فعل إرادي محض ينشئ إما تعهداً إزاء الغير أو تعهدات متقابلة بين طرفين " أشار إليها د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 494 وما بعدها

⁴ - د/ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 117 ، د/ علي سليمان ، المرجع السابق، ص 263

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، المرجع السابق، بند 866 ، ص 1039 و 1040.

- أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير :

وقد يكون هذا الشأن عملا قانونيا كأن يبيع الفضولي أو يؤجر شيئا لرب العمل، وقد يكون عملا ماديا ؛ كإعادة بناء جدار في منزل رب العمل، أو يجني محصولا لرب العمل يخشى عليه إذا لم يجني من التلف، وغيرهما من الأعمال المادية ، ويفترض أن يكون هذا العمل نافعا؛ و ضروريا غير أن المشرع الجزائري لم ينص على مسألة الضرورة أو الاستعجال¹. وإذا عاد بهذا العمل نفعاً على رب العمل كان مطالباً برد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف². وهذا ما تؤكدته المادة 157 من القانون المدني الجزائري

- أن يقصد في قيامه بهذا الشأن مصلحة رب العمل:

وهنا النية هي التي تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، يغلب أن يكون الفضولي على بينة من أمره، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل³. فإذا قام شخص بعمل لمصلحته فإنه لا يكون فضوليا، حتى لو عاد تدخله بنفع على الغير، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الفضالة ، وإنما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توفرت شروطها. إلا أن نص المادة 151 من القانون المدني الجزائري جاءت صريحة، بأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي أثناء توليه شأننا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط، لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر.⁴ فهنا تشترط المادة وجود ارتباط بين التصرفين، حتى تتحقق الفضالة.

- ألا يكون الفضولي ملزما بالقيام بهذا العمل: ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه، وعلى هذا لا يعتبر فضوليا من يكون ملزما بتولي شأن الغير بمقتضى عقد توكيل، أو بمقتضى أمر المحكمة، أو بمقتضى نص في القانون كالوصي.⁵ إذ أن الفضالة تفترض أن شخصا غير ملزم لا قانونا، ولا اتفاقا، ولا قضاء، بأن يقوم بعمل مادي أو تصرف قانوني لحساب شخص آخر⁶ وهو يعلم بذلك، فهو إذن يقوم بعمل إنساني إثباري يقصد به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا، وقد يكون غير قادر ولو كان قادرا لقيام بالعمل الذي قام به الفضولي⁷. وهذا ما نصت عليه المادة 150 من القانون المدني الجزائري

¹ - د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام المرجع السابق ص 276

² - د/ علي علي سليمان، المرجع السابق ص 265 وما بعدها، د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، الهامش الأول ص 18

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج1، بند 868 ص 1041، د/ محمد حسن منصور: " أن تنصرف نيته إلى تحقيق مصلحة رب

العمل ، فالفضولي يقصد بعمله مصلحة غيره لا تحقيق مصلحة نفسه ". النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 885

⁴ - ويقول د/ علي علي سليمان: "... لكن إذا كان قد قام بالعمل لمصلحة نفسه ولمصلحة الغير في وقت واحد ، مثل شريك على الشبوع يؤجر

المال الشائع كله أو يزرعه لحساب المشتاعين الآخرين معه فإن الفضالة تتحقق ، بشرط ألا يكون من الممكن أن يقوم بإجار الجزء الذي يخصه أو

يزرعه منفصلا عن الجزء الأخرى ."، المرجع السابق ، ص 270

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج1، بند 872، 873، 1044. د/ علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص 273 ، د/ أنور

سلطان ، مصادر الالتزام - المرجع السابق ، ص 404 و 405 ، د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 489

⁶ - د/ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 273 و 274. د/ حسن فرج ، المرجع السابق، ص 119 د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 505

⁷ - د/ علي علي سليمان، المرجع السابق ص 264 و 265

و حسب الفقه الإسلامي فالفضولي هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة¹ ، لهذا يوجد اختلاف وتوافق بين التعريف القانوني والفقهى للفضالة و هذا ما سيتم الحديث عنه .

أولا : أوجه التشابه :

يتفق كل من الفقه الإسلامي² ، و القانون الوضعي ، على أن الفضولي من يتصرف في شؤون الغير ويعمل لمصلحة الغير، ويوجد هناك اتفاق فيما يتعلق بالعمل الذي يقوم به الفضولي عن قصد، دون أن يكون مجبرا ولا موكلا ولا منهيا عنه.

كما رتب كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، آثارا والتزامات يتحملها الفضولي بعد قيامه بهذا التصرف.

إن تصرف الفضولي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سواء كانت أعمالا مادية أو تصرفات قانونية لا فرق بينهما. ولا يعد الفضولي تابعا لرب العمل أو صاحب الشأن، في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، لأنه يتصرف في معظم الأحيان بدون رضی أو علم المالك أو صاحب الشأن، وهذا الأخير لا يستطيع أن يقوم بهذه الأعمال بنفسه إما لغيبته أو لظرف يمنعه من قيامه بذلك التصرف³. كذلك علة وجود الفضالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هي نفسها، تتمثل في تدخل الفضولي في شؤون غيره و يترتب على هذا العمل آثار قانونية. وفي حالة إقرار العمل الذي قام به الفضولي، ينتج عنه تحول الفضالة إلى وكالة في كل من القانون والفقه الإسلامي⁴.

ثانيا : أوجه الاختلاف :

إن الفضالة عند الفقهاء المسلمين تتحقق بغض النظر عن هذا العمل أو التصرف سواء كان تدخل الفضولي ضروريا أو غير ضروري، وبهذا نجد أن تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي أوضح وأشمل منه في القانون الوضعي⁵. كذلك يختلفان في اشتراط القانون الوضعي ؛ أن يقوم الفضولي بشأن عاجل و ضروري لرب العمل تفضلا منه، أما الشريعة فلا تشترط أن يكون هذا العمل عاجلا أو ضروريا⁶. نجد في القانون الوضعي الفضالة مصدراً من مصادر الالتزام ،أما في الشريعة الإسلامية فقد أنكر البعض وجود الفضالة

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 4 ، المرجع السابق ، 183.

² - (فإذا تدخل شخص في شؤون آخر بالرغم من أنه لهأه عن ذلك ، فانه يعتبر متعديا أو غاصبا ، على خلاف بين الفقهاء في تحديد معنى الغاصب ونطاق أعمال الغصب)؛ د / بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 505 .

³ - أ / خليفة سنوسي حاج ، المرجع السابق ، ص 27

⁴ - د / على على سليمان ، المرجع السابق ، ص 274، د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، الهامش 1، ص 19

⁵ - مفهوم الفضالة أعمّ من بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي فهو صورة من صورها .

⁶ - د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص119، نجد المشرع المصري اشترط الضرورة والاستعجال .

وقالوا أن الفضولي إذا قام بعمل للغير يعتبر متبرعا، ولكن نجد أغلب الفقهاء المسلمين يعترفون بالفضالة ، لا كمبدأ عام، وإنما يقتصر على حالات معينة¹.

كذلك الاختلاف يظهر في أنه لتحقق الفضالة في القانون - كما قلنا - يُفترض أن تكون عاجلة وضرورية لرب العمل تفضلا منه ، بلا ولاية، أو وكالة، أو وصاية، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط ذلك. ومن ثم فيفترض في الفضولي حين قيامه بعمل من أعمال الفضالة؛ أن يقوم بذلك على سبيل التبرع والاحتساب ابتغاء مرضاة الله عز وجل²

عندما تطرقنا لمفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي، تبين أن فقهاء المسلمين لم يتضمن تعريفهم لعبارة " عن قصد القيام بالشأن"³ ؛ لأن تدخل الفضولي لا ينفذ في مواجهة رب العمل إذ يبقى موقوفا على إجازة هذا الأخير الذي له سلطة تقدير صلاحية هذا العمل من عدمه، على خلاف القانون الوضعي ومنه القانون المدني الجزائري الذي تعرض لهذه العبارة في المادة 150.

إذن هناك نوعان من **الفضالة الأولى** هو نظام الفضالة الفقهي⁴ الذي يقابله في القانون الوضعي بيع ملك الغير ، وفي هذا النظام الفقهي يتدخل الفضولي في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، **والنوع الثاني** الفضالة التي نص عليه القانون الوضعي وفيه يقوم الفضولي حسب المادة 150⁵ من القانون المدني الجزائري بعمل لحساب شخص آخر دون أن يكون مجبرا أو ملزما بذلك العمل. مع الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يشترط الضرورة والاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي ، بخلاف القانون المدني المصري الذي اشترط ذلك .

ثالثا: النتيجة

إذن الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من الفضالة في القانون الوضعي وهي لا تشترط أن يكون عملا عاجلا ولا ضروريا، كما نجد مجلة الأحكام العدلية هي الأخرى تعرضت لمسألة الفضالة ، ونصت عليه في مادتها 112 . و بذلك تذهب إلى ما تتجه إليه الشريعة الإسلامية .

¹ - د/ علي علي سليمان، المرجع السابق ص 263

² - د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 119. د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق، المرجع السابق ، ص 183/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، الهامش 1، ص 19، د/ علي علي سليمان: " يقوم بعمل إنساني إثاري " المرجع السابق ص 265

³ - أنظر أ / خليفة سنوسي حاج ، المرجع السابق ، ص 29، ويقول د/ محمد الألفي : " أما الفقه الإسلامي ، فإنه يضع مبدأ عاما مؤداه أن تصرفات الفضولي لا تنفذ في مواجهة رب العمل إلا إذا أقرها ... "؛ المرجع السابق ، ص 35 ،

⁴ - ويقول د/ صلاح الدين محمد شوشاري : " ومن الجدير بالذكر أن بعض الباحثين (من غير رجال القانون) يخطئون في هذه الخصوص إذ يظنون أن الفضولي في القانون الوضعي هو نفسه الفضولي في الفقه الإسلامي ، والحقيقة أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي التصرف في ملك الغير لا الفضالة التي يعتبرها الفقه القانوني تطبيقا من تطبيقات الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) ... "؛

نظرية العقد الموقوف ، المرجع السابق ، ص 41 و 42، د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 73

⁵ - تقابلها المادة 188 من القانون المدني المصري

المبحث الثاني: تحديد منطقة بيع ملك الغير

بعد ما تقدم من تحديد لمفهوم بيع ملك الغير، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، تبين أنه تصرف صادر من غير المالك وبدون علمه ويرد على شيء معين بالذات وهذا حسب قانون. أما في الفقه الإسلامي يكتف هذا البيع على أنه تصرف فضولي بدون إذن شرعي ولا ولاية، لهذا حتى يتسنى لنا تحديد نطاق بيع ملك الغير وضبطه لا بد من التطرق للشروط القانونية التي تجعلنا أمام بيع ملك الغير. في هذا الوقت يتحدد لنا ما يخرج عن نطاق هذا البيع. لهذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول نعالج فيه الشروط التي تضعنا أمام هذا البيع ثم نتجه في المطلب الثاني إلى التطرق إلى بعض التصرفات التي لا يمكن اعتبارها داخلة في نطاق بيع ملك الغير خاصة ما تحمله من بعض ملامح التشابه التي قد توقعنا في خلط بينها وبين هذا البيع وفي مطلب الثالث نتطرق إلى تمييز هذا البيع عن بعض الأنظمة المشابهة له وهذا ما سيتم الحديث عنه.

المطلب الأول: شروط تحقق بيع ملك الغير:

لكي نكون أمام بيع ملك الغير لا بد من توفر كافة شروط نقل الملكية بمجرد التعاقد، زيادة على ذلك شروط أخرى تتطلبها طبيعة بيع ملك الغير.

لهذا تنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري؛ والتي تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري¹ على مايلي: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ويكون هذا البيع.... الخ"، لهذا سنتناول بالتفصيل فيما يلي هذه الشروط التي تضعنا أمام حقيقة هذا البيع.

الفرع الأول: أن يكون التصرف بيعاً:

يجب أن يكون التصرف المبرم بين الطرفين بيعاً؛ على النحو الذي هو محدد في المادة 351 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كان غير ذلك فلا نطبق عليه أحكام المادة 397 من القانون المدني الجزائري² أي أن يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لقاء ثمن نقدي³.

إذ يعني هذا الشرط أن البيع لا يكون بيعاً لملك الغير إلا إذا قصد به نقل الملكية في الحال⁴، فإذا اتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته، طبقاً لما هو محدد في المادة 351 سابقة الذكر، ولم يكن البائع مالكا

¹-Correspond à Art , n° 1599 de code civ, française .

² -د/ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 134.

³ -د/ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 12

⁴ -د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 188

للمبيع المعين بذاته وقت العقد ، كان البيع يباعا لملك الغير ويكون قابلا للإبطال لصالح المشتري لاستحالة تحقيق إنتقال الملكية بمجرد العقد في هذا البيع ، فإذا زالت العلة امتنع البطلان¹ . فإذا إتضح أن البيع ليس يباعا باتا لم يقصد منه نقل الملكية في الحال كان العقد صحيحا ، ولم ينطبق في شأنه الجزاء المقرر لبيع ملك الغير ، فإذا كان بائع الشيء قد اقتصر على التعهد بالحصول على ملكية الشيء ثم نقلها بعد ذلك إلى المشتري لم تكن بصدد عقد بيع ، بل بصدد عقد آخر التزم فيه أحد الطرفين بعمل معين² ، وإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان . كما أننا لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع³ ، إذ الوعد بالبيع لا ينشئ إلا التزاما بعمل فإن لم يكن الواعد مالكا للمبيع وقت العقد صح البيع رغم ذلك⁴ ؛ وسنفضل في هذا الموضوع لاحقا .

الفرع الثاني: أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات :

الأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره، بصفات خاصة معينة تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء⁵. لذلك حتى نكون بصدد بيع ملك الغير يجب أن يكون محل البيع شيء معين بالذات ، أما إذا كان المبيع من المثليات⁶ فلا يعد البيع يباعا لملك الغير ، طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه" . لأن المثليات معينة بنوعها فحسب ، ولا يمكن اعتبارها مملوكة للغير ؛ حتى على فرض أن البائع لا يملك أي قدر من المبيع محل التعاقد ، ومن ثم فإن البائع في بيعه للشيء الغير معين بالذات⁷

1 - د/ اسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 51

2 - د/ عبد الرزاق السنهوري : " كأن يتعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر " المرجع السابق ، ص

272. د/ جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، المرجع السابق ، ص 179

3 - ويرى د/ عبد الرزاق السنهوري: "...والوعد بالبيع له صور ثلاث وهي الوعد بالبيع من جانب واحد ، الوعد بالشراء من جانب واحد ، والصور الأخيرة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . " المرجع السابق ج 4 ، ص 55.

4 - أنظر د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 12، د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق الهامش 1، ص 273، د/ محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 134.

5 - د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 13، د/ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 210

6 - المثليات هي : الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة ، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كما لقمح والذهب والفضة .. إلخ

7 - المبيع المعين بالذات: هو الذي يجب تعيينه بيان الصفات التي تسمح بتمييزه عن غيره ، وتمنع من الجهالة الفاحشة فيه ، فتعين الأرض الزراعية مثلا بيان حدودها ، وموقعها ، واسم الحوض الذي تقع فيه ومساحته .. إلخ

يقتصر دوره على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين¹، و على البائع تعيينه إذا كان موجودا، أو إيجادا إذا كان لم يوجد بعد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري. كما يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري الشيء المبيع حسب المعايير المتفق عليها وبالتالي لا يمكن لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد.²

الفرع الثالث: أن لا يكون البائع مالكا:

يعد هذا الشرط من أهم ما يميز بيع ملك الغير فالبائع غير مالك للشيء المبيع، لأنه إذا كان الشيء المبيع مملوكا للبائع كان العقد صحيحا ولا محل للقول ببيع ملك الغير³، وتبعا لذلك إذا كان البائع وكيلًا عن المالك الحقيقي، وتجاوز وكالته هل يعد ذلك من قبيل بيع ملك الغير؟ في الكثير من الحالات يوكل البيع لأشخاص غير مالكين للمبيع مثل حالة الوكيل، الوصي والولي، وهذا بمقتضى تفويض يجوزونه لمباشرة هذه التصرفات دون أن يكونوا مالكين للشيء المبيع. فالوكيل لا يعد بائعا لملك الغير إذا تصرف في حدود وكالته⁴ و بسم المالك الحقيقي كما بيناه سابقا⁵، أما إذا تصرف خارج ما تقتضيه الوكالة يكون بائعا لملك الغير. إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على إبطال عقد الوكالة في حالة تجاوزها⁶، مما يجعلنا نرجع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع طبقاً لأحكام المادة الأولى من القانون

¹ - د/ عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 48 د/ أنور العمروسي: "...وعلى ذلك لو كان المبيع مثليا يعين بالنوع، ولا ينطبق على بيعه البطلان الذي تقرره المادة 466 مدي مصري ولو لم يكن مملوكا للبائع..."، "العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، المرجع السابق، ص 261، د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، ص 128 د/ فايز أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 380، د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 188. د/ نزيه كباره- العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، الكفالة، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، لسنة 2010، ص 48

² - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ج 4، فقرة 154، ص 272 وكذلك فقرة 245، ص 428 د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 128

وتنص المادة 205 مدي مصري: " إذ ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء، فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض". تقابلها المادة 166 من القانون المدني الجزائري.

³ - د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 14، د/ محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 135 د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 211

⁴ - تنص المادة 571 مدي جزائري: " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"

⁵ - أنظر إلى المطلب الثالث من هذا الفصل التمهيدي، ص 22

⁶ - المادة 575 من القانون المدني الجزائري اكتفت بمنع تجاوز الحدود المسموحة للوكيل، وأغفلت جزاء مجاوزة الوكيل لو كالته مما يدفعنا إلى لجوء إلى الشريعة الإسلامية للبحث عن الحل باعتبارها المصدر الثاني بعد التشريع طبقا للمادة الأولى من نفس القانون. مع الملاحظة أن أغلب التشريعات العربية لم تنص على إبطال عقد الوكالة في حالة تجاوز الوكيل لحدود وكالته.

المدني الجزائري. وهذا التصرف هو الذي يعد فعلا بيعا لملك الغير¹ لأن الفضولي هو من باع مال غيره دون أن يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك². فالموصى الذي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه وبذلك يتجاوز حدود وكالته يعتبر يبيعه بيعا لملك الغير، لأن البائع هنا ليس له الحق، أي ليست له أية سلطة تسمح له بذلك التجاوز، وفقا للقاعدة العقلية التي تقول "فأفقد الشيء لا يعطيه". لذلك يبقى هذا التصرف موقوفا على إجازة الأصيل إما بجيزه أو يرفضه.

" يرى بعض الفقهاء المصريين، أن المبيع إذا كان مملوكا للمشتري وقت التعاقد. واتجه إلى شرائه نتيجة جهله ملكيته إياه لا يعد ذلك بيعا أصلا، وذلك لاستحالة تحقق الغرض المستهدف به استحالة مطلقة، ألا هو نقل الملكية من البائع للمشتري؛ الذي يملك المبيع فعلا، وإن كان له حق الرجوع على البائع باسترداد الثمن والتعويض إذا كان لذلك مقتضى"³.

الفرع الرابع: أن لا توجد حماية قانونية للمشتري

إذا صدر البيع من غير المالك، ولكن البائع كان ظاهرا. مظهر المالك؛ ويعامله الناس عموما على أنه كذلك، وهذا ما اعتقده المشتري، ويظهر ذلك كما لو صدر البيع من الوارث الظاهر، وهو من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه الوارث ثم يتبين أنه ليس كذلك، كالوارث الأبعد في درجة إذا استولى على مال المتوفى لعدم علمه وعلم الكافة بوجود من يحجبه في الإرث⁴، وباع شيء من مال الغير ثم ظهر الوارث الحقيقي فاكتشف أن الوارث الظاهر باع مال الغير، فإذا اعتبرنا هذا البيع بيعا لملك الغير أخذ أحكامه و كان قابل للإبطال بناء على طلب المشتري، ويكون غير ساري المفعول في حق الوارث الحقيقي وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات خاصة منها العقارية⁵، ونحن نعلم أن للعقار المشهور في البطاقات العقارية حجّة مطلقة، لما تمر به من إجراءات صعبة وتحت مسؤولية المحافظ العقاري لذلك وجب توفير حماية قانونية للمشتري حسن النية.

وقد اختلفت الآراء في حكم هذا البيع، بين من يجعله غير نافذ في حق الوارث الحقيقي وبين من يؤيده و يعتبره نافذا في حقه استنادا إلى القاعدة القائلة بأن "الغلط الشائع يولد الحق"⁶

¹ - تنص المادة 334 من مرشد الحيران: "إذا انعقد البيع موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا باع ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبيا مميّزا أو صبيا كذلك فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازاه المالك في الصورة الأولى والولي في الصورة الثانية ووقعت الإجازة مستوفية شرط الصحة". مرشد الحيران، في حكم البيع، المرجع السابق، ص 54 د/ جعفر الفضلي: "بيع ملك الغير صورة من تصرفات الفضولي عند فقهاء الشريعة، وهو أن يبيع الشخص شيئا معنا بالذات مملوكا للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلا من المالك أو وليا عليه" المرجع السابق، ص 178 د/ الياس ناصيف: "...من يملك التصرف ولكنه يخرج عن الحدود المرسومة، فهنا بغياب النص التشريعي، يرجع إلى أحكام الشريعة، التي تعتبر بيع الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل... " موسوعة العقود المدنية والتجارية، العقود المسماة، العقود التي ترد على الملكية - البيوع الخاصة، ج 9، دد، بيروت سنة 1997، ص 110

² - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص 183

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 49.

⁴ - د/ سليمان مرقس المرجع السابق، فقرة 306 ص 728 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 61

⁵ - د/ سليمان مرقس المرجع السابق، فقرة 306 ص 728. د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154

⁶ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154 د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها

" Error communis facit jus " ¹ كما أن دواعي استقرار المعاملات تؤيد العمل بنظرية حماية الأوضاع الظاهرة و مضمونها أن "من يتعامل بحسن نية مع شخص يظهر للناس بصفة معينة يحمل الناس فعلا على هذه الصفة ثم يكشف فيما بعد عن عدم صحة هذه الصفة، فإنه يكون جديرا بحماية القانون نظرا لحسن نيته ولشيوع الغلط في حقيقة هذا المظهر الكاذب" ². وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري و المصري و الفرنسي، لم يعالجوا مسألة بيع الوارث الظاهر، و تُرك الفصل فيها للفقهاء والقضاء حيث تطرق كل من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري إلى تأصيل مسألة حماية المشتري من الوارث الظاهر، ³ وهذا بتطبيق القاعدة السابقة الذكر.

وقد تردد قضاء النقض المصري بين الأخذ بحماية الأوضاع الظاهرة كقاعدة عامة وبين قصره هذه الحماية على الحالات التي جاءت بها نصوص خاصة في القانون ⁴.

وظل هذا الأمر مختلف فيه بين أحكام النقض ذاتها إلى أن عرض الأمر على الهيئة العامة للموارد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، في الطعن رقم 826 سنة 53 بتاريخ 1986/02/12 في صالح إقرار القاعدة العامة، القاضية بحماية الأوضاع الظاهرة، والمتعاملين معها بحسن نية في جميع الأحوال، وأهم ماجاء فيها: "وحيث أنه وان كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها، وإن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها، إلا أنه وباستقراء نصوص القانون المدني يتبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر؛ لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعها مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول دون وصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها..." ⁵.

من خلال هذا الاجتهاد القضائي، نلاحظ أنه يمكن الأخذ بقاعدة الأوضاع الظاهرة لحماية المتعاملين بحسن النية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة بتوفر شروط لتطبيقها ⁶ وهي:

1 - د/ سليمان مرقس، الوافي ج3، المرجع السابق، فقرة 306، ص 727، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154

2 - / سليمان مرقس، الوافي ج3، المرجع السابق، ص 728 و 729.

3 - د/ سليمان مرقس: "غير أن الفقه الفرنسي ذهب أول الأمر إلى وجوب احترام حق الوارث الحقيقي وإلى اعتبار تصرف الوارث الظاهر باطلا أو غير نافذ لصدوره من غير مالك. أما القضاء الفرنسي فلم يتقيد بهذا الرأي بل ذهب إلى وجوب حماية الغير الذي كسب من الوارث الظاهر حقا على بعض الأموال المورثة تطبقا لقاعدة الغلط الشائع يولد الحق". المرجع السابق، ص 728، أنظر د/ محمد صبري، المرجع السابق، ص 155

4 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154، كذلك أنظر إلى نقض المدني المصري في 1979/05/27 في الطعن رقم 475 لسنة 51 ق أشار إليه د/ سليمان مرقس المرجع السابق، هامش 54، ص 729.

كذلك نقض مدني مصري في الطعن رقم 401 لسنة 43 ق، بتاريخ 1979/01/29 وقد قصر حالات الاعتداد بحماية الأوضاع الظاهرة على الحالات المنصوصة، عليها قانوننا، وحكم نقض في 1988/02/17 في الطعن 1212 لسنة 52 ق في 1988/05/05 رقم 1738 لسنة 57 ق

اللذان مدا حماية الأوضاع الظاهرة إلى غير هذه الحالات...، نقلا عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156

5 - نقض مدني مصري في الطعن رقم 826 لسنة 54 قضائية بتاريخ 1986/02/26، نقلا عن د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 730

6 - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 730

- " ظهور شخص بمظهر يخالف الوضع الحقيقي ولكن يعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي ويحمله الناس على ذلك
- أن يتعامل معه آخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، أي أنه كان يجهل مخالفة هذا المظهر للواقع الحقيقي، ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول.
- أن يكون صاحب الحق "طبقا للوضع الحقيقي" قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه.
- أن يكون هذا التعامل بعوض حقيقي، لأنه لو كان بغير عوض أو بعوض صوري، فإن التعامل مع صاحب الوضع الظاهر لا يكون جديرا بحماية القانون.¹

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري لم يقر صراحة مسألة حماية الأوضاع الظاهرة إلا أنه تطرق لها بشكل غير مباشرة في الكثير من النصوص القانونية منها حالة الحائز لمنقول بحسن نية، فإنه يصبح مالكا له من وقت الحيازة طبقا للمادة 835 من القانون المدني الجزائري التي تنص أن: " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت الحيازة ". كذلك المادة 76 من القانون المدني الجزائري²؛ تتحدث عن نفاذ تصرفات النائب الظاهر على الأصيل إذا أبرمت بحسن نية بعد انقضاء النيابة.³

كذلك المادة 198 من القانون المدني الجزائري: " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين للخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، وهذه المادة تمكن الخلف الخاص بالتمسك بالعقد الصوري متى كان حسن النية. ونجد كذلك المادة 268⁴ من القانون نفسه؛ التي تعالج موضوع الوفاء لغير الدائن من شخص حسن النية، فنصت على أن: " الوفاء لشخص غير الدائن، أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، ويقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حيازته ". وبهذا متى كان المشتري حسن النية أمام حالة بيع الوارث الظاهر كان له الحق بالتمسك بنفاذ هذا التصرف حماية له .

وتأسيسا لما تقدم نكون بصدد بيع ملك الغير، إذا بيع شيء معين بالذات من شخص لا يملك المعقود عليه . يوم إبرام العقد وأن لا يكون مأذونا له في التصرف، ولم يكن للمشتري حماية قانونية ويستوي بعد ذلك أن يكون بيعا تجاريا أو مدنيا ...

¹ -د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص730 و731، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، الهامش 309، ص156

² - تقابلها المادة 107 من القانون المدني المصري

³ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص155

⁴ - تقابلها المادة 333 من القانون المدني المصري

- وبالرجوع إلى القانون الجزائري؛ فإن مسألة عدم استقرار المعاملات العقارية لا تطرأ ، لأن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني بمقتضى قانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975¹ ، كما قام بتفعيل هذا الأمر بموجب المرسومين، المرسوم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام² ، والرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³ الصادرين بتاريخ 1976/03/25⁴. فهذا النظام محكم من ناحيتين، ناحية الترتيب وناحية الحجية ، فهو يتميز بصفتين أساسيتين: أولاً: من ناحية الترتيب، لا تشهر وفقاً لأسماء الأشخاص⁵ : بل على أساس العقار ذاته، لأنه نظام عيني. فالسجل العقاري أو العيني يكون مقسماً على أساس العقارات ، فلكل عقار وفقاً لهذا النظام مكان خاص في السجل العقاري ، يثبت في هذا المكان كل ما يقع على العقار من التصرفات التي أجريت عليه وما يتقله من الحقوق، فلو أراد صاحب المصلحة تقريراً عن عقار ما فليس أمامه إلا الرجوع على مكاتب السجل العقاري و الإطلاع على التصرفات التي تجرى عليه ومن يكون مالكا لهذا العقار وهو مطمئن كل الاطمئنان⁶.

ثانياً: أن التصرف الذي يشهر في السجل العقاري تكون له حجية كاملة⁷ : la force probante absolue ومعنى ذلك أن انتقال الملكية أو الحق العيني يتم بالتسجيل وحده مستقلاً عن التصرف الذي أبرمه المالك السابق للعقار. فالشهر لا التصرف هو الذي ينقل الحق ، ومهمة التسجيل في نظام الشهر العيني هي نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف، بحيث يكون لتسجيل التصرف في السجل العقاري أثر قاطع في نقل الملكية العقارية . وفي ظل هذا القانون لا تصور شخصاً يبيع عقاراً لا يملكه ، فإذا وجد عيب في التصرف ولم يكتشف إلا بعد التسجيل ، فإن العيب يتطهر ويزول لأن التسجيل طهره من هذا العيب .

¹ - أمر رقم 75/74 (ج، ر، ج، عدد 92. الصادر بتاريخ 18/11/1975)

² - مرسوم رقم 62/76 (ج، ر، ج، عدد 30 الصادر بتاريخ 13/04/1976)

³ - مرسوم رقم 63/76 (ج، ر، ج، عدد 30 الصادر بتاريخ 13/04/1976). بصدر هذا القانون فلا تثار مسألة استقرار المعاملات العقارية بوجود القوة الثبوتية لذلك لا ضرورة بمطالبة بحماية الأوضاع الظاهرة

⁴ - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 207 ، د/ مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 32 وما يليها.

⁵ - د/ محمد صبري السعدي : "... لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص، بل على أساس العقار ذاته .." ؛ المرجع السابق ، ص 203

⁶ - قرار المحكمة العليا صادر في الجلسة القضائية لسنة 1997 العدد الأول، ص 10 " من المقرر قانوناً أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة اعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً. ومن المقرر أيضاً انه وزيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، يجب أن تحرر في الشكل الرسمي ومن المقرر أيضاً أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله". نقلاً عن مذكرة طالب القاضي ، رحامية محب الدين ، إشكالية إثبات الملكية العقارية أمام القضاء ، الدفعة السابعة عشرة سنة 2006-2009 ، هامش 3 ، ص 10

كذلك حسب المادة 18 من المرسوم 63/76 فإن الحقوق العينية لا تشهر إلا بانقضاء أجل 04 أشهر في حالة لم يبلغ أي اعتراض يخص حق الملكية وإذا كانت الاعتراضات قد سحبت أو رفضت من طرف المحافظ العقاري. مرسوم رقم 63/76 (ج، ر، ج، عدد 30)

⁷ - مبدأ القوة الثبوتية: تقوم هذه القاعدة على مبدأ الأثر التظهيري لنظام الشهر العيني. لأن الغرض من إحداثه ، هو إعطاء القوة والثبات للعقار تعديماً للإلتزام بين المتعاملين...؛ د/ مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص 24

د/ محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 203/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 189، أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 437

وهذه أهم ميزة للسجل العقاري ، وفي هذه الحالة يبقى للمالك الحقيقي سوى المطالبة بالتعويض. وبينت المادة 23 من الأمر رقم 74/75 السابق الذكر، مسؤولية الدولة مدنيا عن الأضرار التي تصيب أصحاب الحقوق الثابتة الناجمة عن الأخطاء التي تقع من المحافظ العقاري وحددت هذه المادة أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى.¹

لذلك فإن السجل العيني² يعد الوسيلة الوحيدة للاحتجاج بالحق في مواجهة الكافة، على الرغم مما قد يشوب التصرف من عيوب، فهو يتمتع بقرينة قاطعة لإثبات الملكية³، وهو يُظهر أي-القيود- التصرف من العيوب السابقة عليه ، حيث يعد ما قُيد في السجل سليما وخاليا من كل العيوب، مما يمنح ضمانا للغير حسن النية في التعامل. وبموجب هذا المبدأ فإنه يحتج على الغير بأي حق عقاري مقيد في السجل العقاري(العيني)، ولا يمكن الاحتجاج على الغير بأي حق غير مقيد فيه.⁴

ومن خلال كل هذا نجد أن العقد المشهور له حجة قوية، ومسألة بيع عقار الغير قليلة الورد، لما فيه من إجراءات صعبة ومسؤولية كبيرة ملقات على عاتق المحافظ العقاري ، وبالتالي لا تطرأ مسألة حماية الأوضاع الظاهر في بيع العقار في ظل وجود قانون الشهر العيني .

- أما في الشريعة الإسلامية لكي يكون الشخص فضوليا وينطبق عليه وصف " بيع ملك الغير " يشترط أن تتوفر في تصرفه الشروط الآتية :

أولاً: ألا يكون البائع (الفضولي) مالكا للشيء المعقود عليه وقت البيع ، فلا يصح بيع ما ليس مملوكا للشخص وفي هذا الصدد يقول صلى الله عليه وسلم: " لا تبع ما ليس عندك"⁵، أي ما ليس في ملكك وقدرتك وهنا جاء نهي الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم على أساس أن البائع لا يستطيع تسليم المبيع

1 - د/ مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص149. د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 219 وما بعدها، أنظرا/ كميح حورية رسالة ماجستير بيع ملك الغير في القانون الجزائري، جامعة الجزائر، سنة 1983، غير منشورة، ص30، د/ محمد حسنين ، المرجع السابق، ص189

2 - قرار المحكمة العليا تحت رقم 2259635؛ الجلسة القضائية لجزائرية - العدد 01 لسنة 2003- ص 334. يوضح أكثر فأكثر نظام الشهر العيني في الجزائر، تلخص وقائع القضية أن الطاعن في قرار مجلس قضاء البويرة، يملك قطعة أرضية محل النزاع، ولما تبين أن عقده لا ينطبق وهذه الأخيرة، تراجع ودفع بالحجزة و التقدّم المكسب، دفع في طعنه - وهو أهم دفع في القضية- أن قضاة الموضوع اعتبروا الدفتر العقاري، سند للملكية وهذا خطأ، لأن هذه الوثيقة حررت على أساس تصريحات المطعون عليه وليس على أساس عقد الملكية فهو اعتبار خاطئ، فردت المحكمة العليا عن هذا الدفع؛ أنه من الثابت قانوناً، تأسيس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية طبقاً للمرسومين 74-75 و 62-76 بعد استكمال الإجراءات القانونية، والشكليات والاحال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، والادعاء بأن قضاة الموضوع اعتمدوا على مجرد تصريحات دون عقد الملكية هو دفع دون جدوى، مما يتعين التصريح برفض الطعن لعدم التأسيس. نقلا عن مذكرة الطالبة الفاضية ، بن حمودة هجره - التطبيقات القضائية لنظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني والوضعية القانونية لعقد الشهرة في ظل النظام ، المرجع السابق، ص 40

3 - د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 189

4 - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 205

5 - الحديث رواه أبو داود - في كتاب الإحارة ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث: 3503، سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث السجستاني ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، لبنان ، د.ت ص 665 ، أبي سليمان حمد بن محمد الخطّابيّ البستيّ- معالم السنن شرح سنن أبي داود

ح، 3، مطبعة المدني مصر ، ط 1، ص 1428 هـ، 2007، ص 125، - أبي إسحاق الشّيرازي ، المهذب في الفقه الإمام الشافعي ، ج3، بالاشتراك دار القلم دمشق ودار الشامية بيروت ، ط 1، ص 1417، 1996، ص 21

للمشتري وقت العقد¹

ثانياً : ألا يكون العاقد مأذوناً له في التصرف من الشرع ، " فإذا كان المتصرف مأذوناً له من الشرع في إبرام التصرف لم يكن فضولياً ، ومن ثم لا ينطبق عليه وصف "بائع ملك الغير " كولاية الأب أو الجد على الصغير و ولاية المنصوب من قبل القاضي ، فالصغير والمجنون ...فهم ممنوعون شرعاً من التصرف في أموالهم ، لذلك يقام عليهم ولي شرعي، أو وصي أو منصوب لإدارة شؤونهم ضمن حدود و شروط معينة ومن ثم يقوم الولي أو الوصي مقامهم في إدارة شؤونهم والتصرف في أموالهم باسم الولاية أو لإذن الشرعي"²

ثالثاً : ألا يكون العاقد (البائع) وكيلاً في التصرف، فإذا قام بهذا التصرف نيابة عن غيره بناءً على عقد وكالة³ صحيح . بمعنى أن الوكيل لا يتجاوز الحدود المرسومة لوكالته ، فلا يعد فضولياً ، ولأن الوكالة ولاية اختيارية خاصة تثبت بها ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل للقيام بأعماله نيابة عنه . وبناء على ما تقدم : إذا لم يكن البائع مالكا لشيء المبيع وقت العقد ، ولا يجوز على تفويض مباشرة التصرف . بموجب ولاية أو وكالة كان تصرفه يبيعا لمال الغير ، ويكون فضولياً تنطبق عليه أحكام الفضالة⁴ .

عندما تطرقنا لنظام الشهر العيني، في القانون الجزائري؛ وجدناه يخضع لإجراءات شكلية معينة أي لا يمكن نقل الملكية العقارية إلا بعد المرور بإجراءات محددة وفق القانون المعمول به، إلا أننا نجد خلافاً لذلك في الفقه الإسلامي ؛ إذ تنص المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية : " حكم البيع المنعقد للملكية، يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع، والبائع مالكا للثمن"⁵، كما نصت المادة 74 من مرشد الحيران⁶ : " ينتقل ملك العين المباعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة، ووقوعه صحيحاً باتاً ، نافذاً لازماً، سواء كان عقاراً، أم منقولاً". وفي هذا الصدد يقول الدكتور رمضان أبو السعود: " أن البيع في الشريعة الإسلامية ينقل الملكية مباشرة وبمقتضى العقد ليصبح المشتري مالكا للمبيع بمجرد العقد وذلك بخلاف القانون الوضعي... " ⁷ . وبما أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفاً في الفقه الإسلامي على إجازة المالك،⁸ وهذا ما نجده أيضاً في بيع العقار فيبقى الأمر معلقاً في يد المالك الحقيقي، إما قبوله وإقراره، أو رفضه ورده.

1 - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 20.

2 - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 20

3 - الوكالة لغة بفتح الواو وكسرها : التفويض والتسليم والتوكيل هو إظهار العجز والاعتماد على الغير، أشار إليه د/ إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، ص 20

4 - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 21

5 - حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - 1م ، المرجع السابق، ص 393

6 - محمد قدرى باشا - مرشد الحيران ، كتاب الثاني في أسباب الملك ، المرجع السابق، ص 14

7 - . د/ أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة المرجع السابق ، ص 40

8 - وجاء في فتح القدير لابن الهمام ج5: " من باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ... " المرجع السابق ، ص 309

المطلب الثاني: ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير

بعدها تطرقنا لشروط بيع ملك الغير، و متى نكون بصدده، خاصة إذا لم يكن البائع مالكا، والشيء المبيع غير موجود، وقت العقد، وهذا متى كنا أمام تصرف بالبيع، من دون مالكة الحقيقي وأن لا توجد حماية قانونية للمشتري، كما قد يحدث ونجد بعض التصرفات لا يمكن اعتبارها من قبيل بيع ملك الغير، لعدم توفر شروطه كما أنها تصرفات لا تتطلب نقل الملكية مباشرة بمجرد انعقاد العقد. فما هي هذه التصرفات؟ هذا ما سستم الإجابة عليه فيمايلي.

الفرع الأول: التعهد عن الغير

التعهد عن الغير¹ "يتمثل في التزام شخصي بالقيام بعمل معين؛ وهو الحصول على موافقة مالك شيء معين - عقاراً كان أو منقولاً- على بيع هذا الشيء لشخص آخر"² وتنص المادة 114³ من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه...". إذ محل الالتزام هو مجرد القيام بعمل، وليس نقل ملكية الشيء معين بالذات، وهذا التعهد يقع صحيحاً، لأننا لم نكن بصدد عقد البيع بل بصدد عقد آخر⁴، يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل معين إذا لم يوفي المتعهد بتنفيذ ما تعهد به يفسخ العقد أي مصيره الفسخ لا البطلان. ولأن المتعاقد لم يقيم ببيع ملك غيره، وإنما تعهد عن المالك في أنه سيبيع ما يملكه، فيكون هذا تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير⁵.

الفرع الثاني: بيع الشيء المستقبلي

طبقاً لأحكام المادة 397 من القانون المدني الجزائري - تقابلها المادة 466 مدي مصري- أن يكون محل هذا البيع شيئاً معيناً بالذات وذلك من أجل نقل الملكية من البائع إلى المشتري، فإذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل⁶ لم يكن هذا بيع ملك الغير، حتى ولو كان البائع غير مالك وقت البيع لأن

¹ - التعهد عن الغير: هو عقد يتعهد بموجبه شخص "المتعهد" نحو "المتعهد له" بأن يجعل شخصاً ثالثاً الغير يلتزم بأمر معين.

² - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص56.

³ - تقابلها المادة 153 من القانون المدني مصري

⁴ - د/ رمضان أبو السعود: "وقد يتعهد شخص بأن يبيع لأخر شيء معين بالذات غير مملوك له في الحال وإنما سيعمل على اكتساب ملكيته، فهذا أيضاً لا يعد بيعاً لملك الغير، المرجع السابق، ص128، د/ رمضان جمال كامل - المرجع السابق ص 16، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 56 د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق بند 154، ص 272.

⁵ - BOUDRY et SAIGNAT- Traite théorique et pratique de droit civil, " la vente et de l'échange, 3ème T.1. éd 1908- p122

⁶ - "اختلف علماء الفقه في هذه المسألة، وهي تعليق البيع على شرط مستقبلي على قولين هما: القول الأول: أن تعليق عقد البيع على شرط مستقبل غير جائز، وهذا قول الجمهور، وعللوا قولهم: بأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد؛ إذ أن مقتضى العقد الفورية، وألا يكون معلقاً، أشار إليه النووي أبو زكريا محي الدين -المجموع ج9، المرجع السابق، ص 249.

المبيع لم يعين بذاته وقت البيع ، ومن ثم لا يمكن القول بأن البائع مالك للمبيع أو غير مالك ، ويقتصر إلتزام البائع على إيجاد المبيع إذا لم يكن موجودا ، ثم يقوم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري عند وجوده¹ .
كما أن المادة 92 من القانون المدني الجزائري، قضت بجواز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا ، ويتالي بيع ملك الغير يختلف تماما عن بيع الأشياء المستقبلية² .

الفرع الثالث: الوعد بالبيع

الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بالبيع³ ، بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص (المشتري) يسمى الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير رغبته في التعاقد معه خلال مدة معينة⁴.
وتبعاً لذلك لا يعد البيع الصادر من غير المالك بيعاً للملك الغير بل يصح الوعد في هذه الحالة، فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء في الوقت المحدد، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء المبيع في هذا الوقت تم البيع . وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للمبيع وقت ظهور رغبة الموعد له في الشراء انقلب الوعد بالبيع إلى بيع للملك الغير وكان قابلاً للإبطال⁵.

الفرع الرابع: بيع شيء معين بالنوع

إذا كان المنقول معيناً بنوعه، لا بذاته، كبيع مائة أردب من نوع معين من القمح ، فلا تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع بل لا بد من فرزها وتعيينها عن مثيلاتها ، فالإفراز يجعل المبيع معيناً بذاته ولو قبل التسليم، وهي تنتقل بالإفراز حتى ولو تأخر التسليم بعد ذلك⁶، فهذا البيع حتى يقع صحيحاً يتطلب فرز المبيع وتعيينه⁷

=القول الثاني : أن تعليق عقد البيع على شرط مستقبل جازئ وصحيح ، وهذا هو قول شيخ الإسلام ابن تيمية انظر الاختيارات الفقهية من فتاوى

شيخ الإسلام ابن تيمية لعلي البعلبي

عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة مؤتة زيد بن حارثة ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " إن قُتل زيد فجعفر ، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحة "؛ أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب المغازي ، في باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، رقم الحديث 4261. فالنبي - صلى الله عليه وسلم - علق عقد الولاية على أمر مستقبل. " نقلا عن موقع الانترنت أنا مسلم www.muslim.net

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 154 ص 272.، د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 57 ، د/رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 15

² - د/محمد صبري السعدي : " من أمثلة ذلك بيع الفلاح محصول حقله قبل أن ينضج ، وصاحب المصنع يبيع كمية من إنتاج مصنعه قبل أن يبدأ في صنعها... ،

المرجع السابق ن 118

³ - د/محمد صبري السعدي : " قد يحدث ويعلن البائع للمشتري ، أنه يرضى بالبيع بشروط محددة ، ويترك له مدة معينة ليقبل فيها الشراء إذا أراد ، فيعلن المشتري أنه يوافق على ما التزم به البائع وأنه سيخطر به رغبته في الشراء خلال المدة التي عينها البائع ، ففي هذه الحالة لا نكون بصدد بيع ولكن يوجد وعد بالبيع. " المرجع السابق ص 99 .

⁴ - د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، هامش 1، ص 273 ، د/ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 129 د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 63

⁶ - د/ رمضان أبو السعود ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 198، د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 191 د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، بند 154، ص 272

⁷ - تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "يلزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع. "

فإذا تم الفرز وكان البائع هو المالك كان البيع صحيحا¹ ، أما إذا تم البيع من غير المالك وادعى ذلك هنا نكون بصدد بيع ملك غير ، لهذا لا يمكن أن يقال أن البائع مالك أو غير مالك إلا عندما يتعين بالذات .

الفرع الخامس: تعليق البيع على شرط التملك

قد يقع أن يبيع شخص شيئا معيناً بالذات غير مملوك له ، ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا الشيء ، فهذا البيع يتم صحيحا لأنه ليس يبيعا لملك الغير ، إذ أن البائع لم يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزاما نهائياً وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع ، إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية وإن لم يتحقق الشرط يسقط البيع². فهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على بيع ملك الغير ، لكن إذا لم يتحقق الشرط وادعى البائع ملكيته للمبيع نكون أمام بيع ملك الغير ، أما إذا تحقق الشرط فإن البائع يبيع ملكه ولكن في كل الأحوال نجد أن المتعاقدان قد اتفقا- منذ البداية- أن هذا البيع غير بات ، بل هو بيع معلق على شرط تملك البائع للمبيع ، فإن لم يتحقق عاد كل واحد من الأطراف إلى حالته الأولى³ .

"فإذا باع شخص شيئا وجعل البيع موقوفاً على شرط⁴ أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء ، عند بيعه بالمزاد ، فإنه إذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع إذا رسا المزاد على شخص آخر غير البائع " ⁵.

وقد يتفق أطراف العقد ، على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات ، فينقلها للآخر ، فهذا الاتفاق لا يعد بيعاً لملك الغير ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن المتعاقد لم يلتزم فيه بنقل ملكية ، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية ، فإذا ما كسبها ، ترتب على ذلك إبرام عقد البيع بنقل هذه الملكية للمشتري ، وإذا لم يكسبها ، كان مسؤولاً عن تعويض المشتري وفقاً لأحكام التعويض⁶ .

وقد يتفق المتعاقدان على بيع احتمال ، فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يقع و يتملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشتري وقد لا يقع فلا يتملك البائع المبيع ، ولا ينتقل شيء إلى

¹ - ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "لا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات" ، المرجع السابق، ص272.

² - د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 58. د/ عبد الرزاق السنهوري ، الهامش 1 ، المرجع السابق ، ص 273 و 274

³ - د/ رمضان أبو السعود : " فالبيع هنا لا يعد بيعاً باتاً وإنما هو بيع معلق على شرط واقف ... فإذا تحقق انتقلت ملكية إلى المشتري ، أما إذا لم يتحقق الشرط سقط البيع " ، المرجع السابق ، ص 128، د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص59. د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الهامش 1 ص 274

⁴ - تنص المادة 203 من قانون المدني الجزائري على : " يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبلي ويمكن وقوعه".

⁵ - (استئناف مختلط مصري 1924/12/23 م 47) نقلاً عن د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق الهامش 1 ، ص 273.

⁶ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، هامش 1 ص 273، د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 59

المشتري ويراعي ذلك بطبيعة الحال في تحديد الثمن، فيكون منخفضاً حتى يقابل احتمال عدم تملك للمبيع.¹ لهذا إذا تحقق الشرط سرى مفعوله بأثر رجعي وهذا مانصت عليه المادة 208 القانون المدني الجزائري: "إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام..." والتي تقابلها المادة 270 من القانون المدني المصري² إذ تنص: "إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام..."³ وهذا بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني الأردني، في المادة 400 منه، إذ تنص على أنه: "...المعلق على شرط، يجب ثبوته عند ثبوت الشرط". إذ في ظل هذا القانون يكون لحق المشتري وجود من وقت ثبوت الشرط، أي أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت الشرط الذي علق عليه،⁴ وبهذا نجد أن المشرع الأردني قد تأثر بالفقه الإسلامي⁵، بخلاف المشرع الجزائري والمصري اللذان تحدثا عن تحقق نفاذ الالتزام بأثر رجعي، يستند إلى تاريخ انعقاده.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 1 ص 273 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 59،

² - د/ عبد الرزاق السنهوري: "متى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بأثر رجعي.." المرجع السابق، ص 135

³ - وتقابلها المادة 81 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ناحية الموجب."

⁴ - حيدر علي - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - م 1، المرجع السابق، ص 81. أنظر أ/أمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ص 2006، الهامش 2 ص 29

⁵ - وهذا ما جاء في المادة 82 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. كذلك"؛ حيدر علي -

درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - م 1، المرجع السابق، ص 81

المطلب الثالث: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة المشابهة

بعدما تطرقنا إلى تعريف بيع ملك الغير، وتحديد نطاقه، لابد من تمييزه عما يشابهه من الأنظمة، ومن بينها بيع الشريك جزءاً معيناً من المال الشائع، وضمان التعرض، والاستحقاق، وبيع الشريك كل المال الشائع، لهذا سندرس كل واحد على حدى.

الفرع الأول: مدى التزام بائع ملك الغير بضمان التعرض والاستحقاق

لا يكفي أن يقوم البائع بنقل المبيع إلى المشتري، وأن يسلمه إياه، بل يجب أن يضمن للمشتري بقاء الملكية والانتفاع بها، وهذا يقتضى أن يلتزم البائع اتجاه المشتري في عقد البيع بضمان التعرض والاستحقاق "la garantie contre l'éviction"، ونجد المشرع الجزائري قد جمع ضمان التعرض الشخصي وضمان تعرض الغير في نص واحد¹، هو المادة 371 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن²: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري، في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه". ويتضح من خلال هذه المادة أن البائع يضمن للمشتري عدم حصول تعرض من جانبه هو، وهذا ما يسمى بضمان التعرض الشخصي؛ و يكون في حالة ما إذا تعرض البائع للمشتري بأن رفع عليه دعوى يطالب فيها باسترداد المبيع، كأن يكون المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع، ثم يصير مالكا لسبب طراً من أسباب كسب الملكية، كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقي، فيكون من حق المشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان³، طبقاً لنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري سابقة الذكر⁴. ونجد المشرع الجزائري تحدث عن قواعد ضمان الاستحقاق عندما تطرق لالتزامات البائع، بينما خصّ بيع ملك الغير بنصوص خاصة في القسم الثاني من الباب السابع المتعلق بالعقود الملكية، تحت عنوان "أنواع البيع"⁵. و فحوى الالتزام بالضمان "أن يمتنع البائع عن القيام بأي عمل مادي، أو قانوني مباشر، أو غير مباشر يكون من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً، أو جزئياً، وهذا عملاً بقاعدة"⁶ "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض "qui doit garantie ne peut evincer".

¹ - د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص127. د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 303

² - وتقابلها المادة 439 من القانون المصري

³ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 307. د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص129

⁴ - د/محمد حسنين: "وجزاء الإخلال بالالتزام بعدم التعرض، إذا كان مادياً كان للمشتري، طلب تنفيذ العيني بإزالة ما وقع من تعرض وإذا كان قانونياً، فللمشتري دفع هذه الدعوى على أساس الضمان .. المرجع السابق، ص129 ويقول د/ محمد صبري: "يخضع جاز الإخلال البائع بالتزام بعدم التعرض الشخصي للمشتري للقواعد العامة، فالمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني، أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ"، المرجع السابق، ص314

⁵ - أنظر إلى قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007 متضمن قانون المدني الجزائري (ج.ج.ع.ع 31، صادرة في 13/05/2007)

⁶ - د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص128 و129. ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري "لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان لأن الاسترداد والضمان لا يجتمعان..." المرجع السابق، الهامش 1، ص 629

وهذا التعرض الشخصي قد يكون ماديا¹ trouble de fiat في حالة ما إذا لم يستند فيه البائع إلى حق يذعيه، قد يكون مباشرا؛ مثلا لو كان المبيع عبارة عن بئر من المياه فلا يجوز للبائع أن يخفر في أرضه بئرا آخر بالقرب من البئر المبيع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى نقص ماء البئر المبيعة²، وقد يكون غير مباشر في حالة ما إذا تسبب البائع في أن تصدر جهة إدارية قراراً بمنع المشتري من الاستمرار في الانتفاع بالأرض المبيعة. أما التعرض القانوني: trouble de droit فهو ذلك التعرض الذي يستند فيه البائع إلى حق مدعى به، ومثال ذلك كما سبق ذكره، عندما يكون البائع غير مالك وقت البيع، ثم يكتسب ملكية المبيع بالميراث فيرفع دعوى على المشتري منه يطلب استرداد المبيع بوصفه مالكا، كان هذا تعرضا قانونيا غير جائز.³

كما قد يكون هذا التعرض صادرا عن الغير: يلتزم البائع بأن يدفع عن المشتري تعرض الغير متى كان هذا التعرض مستندا إلى حق ثابت للغير وقت البيع، أو آل إلى الغير بعد البيع من البائع نفسه، وفي هذه الحالة لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانوني، الصادر عن الغير⁴ "ويشمل ضمان تعرض الغير التزامين على عاتق البائع الأول هو التزامه بدفع تعرض الغير، والثاني هو التزامه بتعويض المشتري إذا ما أثبت الغير ما يذعيه من حق وهذا هو ما يسمى بضمان الاستحقاق"⁵ ومثال ذلك كأن يقوم البائع ببيع العقار مرة ثانية، ويبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول، فتنتقل الملكية إليه دون المشتري الأول، فينتزع منه العقار. فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثاني وهو تعرض صادر من الغير، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثاني في تعرضه قد استمد حقه من البائع⁶. فيرجع عليه (المشتري الأول) بدعوى الضمان لا بدعوى بيع ملك الغير. ومن ثم إذا

¹ - د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص306

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه، إذا باع شخص لأخر محلا تجاريا بما فيه من بضائع، وتعهده في عقد البيع بالألا يتاجر في البضائع التي يتاجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل المبيع، ولكن البائع فتح محلا بنفس العمارة التي بها المحل المبيع واتجر في بعض أنواع البضائع التي شملها عقد البيع، فقد أخل. بموجب الضمان الذي يلزمه بوصفه بائعا فإن هذا الإخلال ماهو ألا تعرض للمشتري في بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته وبالتالي إلحاق ضرار بالمشتري بسبب تعرض البائع، نقض مدني مصري 8 مارس 1956 مجموعة أحكام النقض رقم 42 ص291؛ نقلا عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، الهامش 259، ص306

² - د/ خليل أحمد قداة، المرجع السابق، ص147، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه وبمقتضى المادة 439 من القانون المدني مصري -تقابلها المادة 371 مدني جزائري بأن" يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، فقد أفادت- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العيني هو فعل البائع "نقض مدني مصري في 16 مايو سنة 1972 مجموعة أحكام النقض السنة 23 رقم 145، ص933 نقلا عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، الهامش 263، ص307

³ - د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص129.

⁴ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص316، د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص134، د/ محمد حسنين قاسم، العقود المسماة البيع المرجع السابق، 865 وما بعدها.

قضت محكمة النقض المصرية "بأنه ليس للبائع أن يدعي لنفسه - بسبب عدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية تبعا لذلك - ملك المبيع على المشتري لان من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه." (نقض مدني 1973/05/09 مجموعة أحكام النقض 24-735-129) نقلا عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، الهامش 261، ص307

⁵ - د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص134

⁶ - د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص307

كان الاستحقاق كلياً للغير على هذا المبيع ولم يستطع البائع تنفيذ التزامه ، فليس للمشتري سوى المطالبة بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض طبقاً المادة 375 من القانون المدني الجزائري¹. كما أن المشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الضمان على البائع ، إلا إذا تعرض له الغير فعلاً، في حين أنه يستطيع الرجوع عليه ولو لم يقع التعرض ، بدعوى الإبطال إذا كان البائع باع ملك غيره، أو بدعوى الفسخ إذا تبين أنه لم ينقل إليه الملكية².

لكن رغم ذلك توجد صلة وثيقة بين بيع ملك الغير وضمان التعرض والاستحقاق، حيث تعد أحكام هذا الأخير مكملة لأحكام بيع ملك الغير³ ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير -إذا استحق المبيع في يده - يكون بالخيار بين فسخ البيع، أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع، مع العلم أنه لو إختار الفسخ، فليس له أن يطالب البائع بحسن النية بالتعويض وإنما يستطيع أن يطالبه به لو إختار إبطال العقد⁴. بالإضافة إلى ما سبق ذكره فهما يختلفان شكلاً وموضوعاً .

أولاً/ من الناحية الشكلية : المشرع الجزائري تحدث عن قواعد ضمان الاستحقاق عند تطرقه للالتزامات التي تقع على عاتق البائع في عقد البيع، ونص على ذلك في القسم الأول من الفصل الأول من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية بينما خصّ بيع ملك الغير بنصوص خاصة في القسم الثاني من نفس الفصل تحت عنوان "أنواع البيع" وهذا ما سبق ذكره⁵.

ثانياً/ من الناحية الموضوعية : لا تعتبر جميع حالات الاستحقاق من قبيل بيع ملك الغير، فطبقاً لأحكام قواعد الاستحقاق، لا يستطيع المشتري الرجوع بدعوى الضمان على البائع إلا إذا تعرض له الغير فعلاً باستحقاقه المبيع، وهذا تماشياً مع المادة 371 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 439 القانون

1 - تنص المادة 375 من القانون المدني الجزائري: " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع :
- قيمة المبيع وقت نزع اليد

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن البيع.

- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية ، جميع المصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن ...

- تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب و كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على فسخ البيع أو إبطاله ."

2 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 344 د/ خليل أحمد حسن قداد، عقد البيع، المرجع السابق، ص 160 وما بعدها

3 - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 58. - وجاء في المذكرة الإيضاحية المصرية للمشروع التمهيدي " ونلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق فان الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا إختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع بحسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو إختار إبطال العقد " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 194)، نقلاً عن د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الهامش 269، ص 142 .

4 - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الهامش 2، ص 294، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق ، ص 58

5 - أنظر إلى الفرع الأول من المطلب الثالث من مذكرة ، الهامش 5، ص 41

المدني المصري،¹ أما في بيع ملك الغير فللمشتري حق طلب الإبطال ولو لم يتعرض له الغير طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك شيوعا

عرفت المادة 713 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 825 من القانون المدني المصري الشيوع بقولها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفررة فهم شركاء وعلى الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك".
"الملكية الشائعة"² وسط بين الملكية المفرزة، والملكية المشتركة، إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع الشائعة في كل المال وليست في جزء معين منه، وهذا هو ما يميز الملكية الشائعة عن المفرزة. والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه، وهذا هو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة "propriété en main commune"³ وتمثل حصة الشريك فيه بكسر حسابي كالربع أو الثلث أو النصف.

ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً متعددة منها ؛ تصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه⁴، وهنا قد نكون بصدد بيع ملك الغير لأن نصيب الشريك لم يحدد بعد ، كما أنه تصرف في المال الشائع بدون رضا وعلم الشركاء الآخرين.
فما حكم هذين الأمرين ؟ وهل يمكن اعتبارهما من قبيل بيع ملك الغير ؟
سنحاول الإجابة على هذين الفرضين.

أولاً: حكم بيع الشريك كل المال الشائع.

للمالك على الشيوع حق التصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات من بيع ورهن سواء كان حيازياً أو رسمياً أو وهبة ، كذلك له أن يستعمل حقه وأن يستغله. بشرط عدم إلحاق الضرر بحقوق شركائه⁵ وعلى ذلك نصت المادة 1/714 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 1/826 مدني مصري :
"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء." لهذا ليس للشريك بأن يأتي بعمل فيه مساس بحقوق

¹ - د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص344 د/ محمد حسنين، المرجع السابق ص134 وما بعدها ، أ/كميح حورية ، المرجع السابق، ص30

² - قضت محكمة النقض المصري في طعن رقم 1201 لسنة 49 ق - جلسة 1982/01/18: "بيع الشريك المشاع لا يعد بيعاً ملك الغير، إذ هو موقوف على نتيجة القسمة. بمراعاة ما لها من أثر كاشف، فان وقع المبيع في نصيب البائع أعتبر أنه قد باع ملكه، وان لم يقع في نصيبه كان البيع الصادر منه بيعاً ملك الغير." نقلاً عن د/رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 20

³ - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص199.

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 300

⁵ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص125 د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص199

الشركاء الآخرين. قد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع، فهنا يطرح الإشكال عن مصير هذا البيع في حالة حسن النية من عدمها بالنسبة للمشتري؟ وهل يعتبر تصرف البائع في هذه الحالة بيعاً لملك الغير؟

تضاربت الآراء الفقهية في شأن هذا البيع، فهناك من فرق بين الحالتين، حالة المشتري حسن النية والمشتري سيئ النية¹، حيث يجوز للمشتري طلب إبطال كل البيع إذا كان يجهل أن البائع لا يملك كل المبيع (حسن النية)، أما إذا كان يعلم أن البائع لا يملك كل المال فيعتبر صحيحاً فيما يتعلق بحصة البائع، ويكون حكمه، بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين حكم بيع ملك الغير فيجوز له طلب الإبطال فيما يتعلق بحصصهم². أما فيما يخص حصة البائع يبقى هذا البيع قائماً في حقه، وقد أجاز البعض المطالبة بفسخ العقد على أساس تفرقة الصفقة وهذا ما ذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري³.

أما الرأي الآخر⁴ فيرى بضرورة الرجوع إلى إرادة المتعاقدين فيما يخص حصة البائع في مال الشائع إذا كان المشتري عالماً أن البائع لا يملك الحق على كامل العين، وتوضح أن الطرفين لم يقصدا قصر البيع على حصة البائع بل اشترطا لنفاد العقد تملك البائع العين بكاملها، كان للمشتري إبطال البيع كله لاقتصار حق البائع على حصة شائعة من المبيع. أما إذا كان المشتري لا يعلم حقيقة حق البائع، فيكون حكم البيع حكم الغلط ولا يجوز له طلب إبطال البيع كله ما لم يتبين أن غلطه كان جوهرياً بحيث لو كان المشتري يعلم أن البائع لا يملك سوى حصة شائعة من العين لما أقدم على إبرام هذا العقد.

في حين أن رأياً⁵ آخر قد اعتبر هذا البيع صادراً من غير المالك بالنسبة لما زاد عن حدود حصته في مال مشاع يكون قابل للإبطال فيما بين طرفيه طبقاً للمادة 466 من القانون المدني المصري وتقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري، واللذان أجازتا للمشتري طلب إبطال البيع دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة، سواء وقع المشتري في خطأ أم لا. أما بالنسبة للشركاء الذين بيعت حصصهم، فالبيع غير ناجز فيما يخص حصصهم، سواء على أساس المادتين سالفتي الذكر أو على أساس القاعدة العامة في الشيوع. لهذا ليس للشريك أن يأتي بتصرف يلحق ضرراً بحقوق الشركاء الآخرين.

إلا أن الرأي الراجح الذي له الكثير من الصواب ذلك الذي يعتبر مازاد عن حصة البائع في المال الشائع بيعاً لملك الغير، أما حصة البائع الشريك في الشيوع فتميز في هذا الشأن بين حالتين، حالة اعتقاد المشتري أن البائع يملك كل المال وحالة علمه أن البائع شريك في المال الشائع:

¹ - د/ محمد حسين، المرجع السابق، ص 201

² - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 126 د/ محمد حسين، المرجع السابق، ص 201

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 129، ص 303 و 304

⁴ - د/ جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، دار الفكر، بيروت، لسنة 1980، ص 96

⁵ - د/ منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، لسنة 1965، فقرة 69، ص 179، نقلاً عن مذكرة أ/ كميح حورية

المرجع السابق، ص 32

1/ حالة اعتقاد المشتري أن البائع يملك كل المال

وهنا يكون قد وقع في غلط فيحق له طلب إبطال البيع للغلط، وهذا ما ذهب إليه الدكتور السنهوري " أن البيع قابل للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري في حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير"¹. ولا يمكن الأخذ بنظرية الحلول لأن الحلول يكون معمولاً به عندما يكون المشتري يعلم بحالة الشيوع. كما أن الشريك (البائع) قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا حصة من هذا المال الشائع². لذلك لا يمكن تطبيق المادة 714³ فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "... إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة." وإذا أجاز المشتري البيع، لم يعد قادرا على الطعن فيه بالإبطال، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير. وإنما يستطيع أن يعود على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع⁴.

2/ حالة علمه أن البائع شريك في المال الشائع

إذا كان المشتري على علم وقت البيع أن البائع شريك في المال الشائع، فلا يستطيع الطعن في البيع للغلط. ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيمكن من إكتساب ملكية المال الشائع كله، لينقلها إليه، فإن لم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل المال كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع⁵ وإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة كان للمشتري إما أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن أو فسخه بسبب تفرقة الصفقة، لكن إذا استطاع البائع استخلاص الملكية كأن

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري -، المرجع السابق، ص 303.

وقضت محكمة استئناف مصرية في عهد التقنين المدني السابق بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفرز من مالك على الشيوع، وترى المحكمة الأخذ بالرأي القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع. ذلك لأن المفروض فيمن يشتري عيناً محددة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع، فجعل البيع موقوفاً على نتجة القسمة فيه تعليق الملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة وليس من العدل تحميل المشتري بها. "(18 فبراير 1932 المجموعة الرسمية رقم 127) نقلاً عن د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش الأول، ص 302

² - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج 8، الطبعة الثالثة الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، لسنة 1998، ص 878

³ - تقابلها المادة 862 مدني مصري

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج 8، المرجع السابق، ص 878

⁵ - ويقول د/ الياس ناصيف: "... وإذا كان عالماً وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع، كان له الحق في طلب إلغاء البيع، إذا لم يستطع البائع الاستحصال على ملكية المال.." موسوعة العقود المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 140 و 141

اشترى حصص الشركاء أو انتقلت الملكية بسبب آخر من أسباب انتقالها ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع لأن ملكية كل المال المبيع تنتقل إليه دون تفرقة الصفقة.¹

ثانياً : حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع

نصت المادة 714 فقرة 2 مدي جزائري - تقابلها المادة 2/826² مدي مصري- على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه - من وقت التصرف- إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة". يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري، تطرق إلى معالجة حكم هذا البيع بعد القسمة وأغفله قبل ذلك ، وعليه يجب التفرقة بين حكم هذا البيع قبل القسمة وبعدها³، لهذا سنتطرق لكل حالة على حدى.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 129، ص 303 ، أنظر د/عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية ، ج8، المرجع السابق ، ص878 ، د/محمد حسنين " أما إذا كان يعلم أن البائع لا يملك كل المبيع، فإن البيع يعتبر صحيحا فيما يتعلق بحصة البائع وقابلا للإبطال فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء". المرجع السابق ، ص 201

² - " المادة 2/826 مدي مصري بنص : " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف."

مثالها أن احمد ومحمد يمتلكان أرضا على الشيوع حصة كل منهم النصف ولكن ليس معلوم أي نصف ملك كل منهم وباع احمد نصف هذه الأرض معتقدا أن هذا الجزء سيقع في نصيبه بعد القسمة فما حكم ذلك ففرق بين أمرين:

الأول: أن المشتري يعتقد أن البائع يملك الجزء المباع مفرزا وليس على المشاع لذا أقدم على الشراء ... هنا من حق المشتري أن يطلب إبطال العقد للغلط ولا ينتظر القسمة وفي الوقت ذاته له الحق في انتظار القسمة إذا أراد ذلك ومن ثم يصبح العقد صحيحا غير قابل للإبطال (هذا هو الحكم قبل القسمة)

الثاني: أما حكم ذلك بعد القسمة فله فرضين :

الفرض الأول : وقوع الجزء المباع في نصيب الشريك البائع: هنا تخلص الملكية للمشتري بعد التسجيل ولا يستطيع إبطال العقد للغلط لان البائع نفذ العقد حتى ولو لم يخبره.

الفرض الثاني : عدم وقوع الجزء المباع في نصيب الشريك البائع: هنا من حق المشتري أن يطلب إبطال العقد للغلط بشرط عدم إجازته للعقد قبل القسمة، أما اذا كان يعلم أن البائع لا يملك الجزء المباع وانه على المشاع فهنا لم يقع المشتري في الغلط وليس له حق إبطال العقد وتوضيح ذلك الآتى لم تبين المادة 2/826 حكم التصرف قبل أن تتم القسمة لذا تطبق القواعد العامة فإذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال

فانه يكون قد باع ما يملك "نقلا عن موقع منتدى المحامين فارسكور www.lawyer60.com

³ - د/ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 223

1/ حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع بعد القسمة

يتضح من نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري، أن الشريك عندما يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع، وعند التقسيم يقع في جزء غير الجزء الذي باعه للمشتري، فإن هذا النصيب يحل محل النصيب الذي وقع عليه البيع، أي حق المشتري يستقر في الجزء الذي يقع فيه نصيب البائع، من وقت الشراء لا من وقت القسمة، وهذا ما يسمى بالحلول العيني¹، أما إن كانت نتيجة القسمة عدم حصول البائع على جزء معين من العين، ونحصر حقه على مقابل نقدي لحصته، وفي هذه الحالة ما على المشتري إلا اللجوء للمطالبة بالتعويض على أساس قواعد الضمان². لهذا فإن بيع الشريك جزء من المال المفرز طبقاً للمادة 2/714 لا يعتبر بيعاً لمال الغير، لأنه في حالة العلم بالشيوع يخضع لمبدأ الحلول العيني³ أي أن حقه يحل في محل الذي وقع فيه حق البائع⁴. أما إذا كان المشتري لا يعلم بحالة الشيوع، وأثبت أنه لم يكن على علم أن الشريك البائع لا يملك العين التي تصرف فيها كما حددها فيحق له إبطال البيع، إذ أن هذا الجهل يعتبر بمثابة غلط في صفة جوهرية للمبيع⁵، ونصت على ذلك صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري إذ تقول: "وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها".

¹ - د/ رمضان جمال كمال: "... فإن وقع المبيع في نصيب البائع أعتبر أنه قد باع ملكه، وإن لم يقع في نصيبه كان البيع الصادر منه بيعاً لملك الغير مع مراعاة قواعد الحلول العيني المقررة قانوناً"، المرجع السابق، ص 20 د/ محمد حسين - المرجع السابق، ص 200، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124. د/ خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 224

² - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124

³ - جاء في نظرية الحلول العيني للدكتور منصور مصطفى منصور: "والحلول بصفة عامة هو تبديل القانوني فإذا كنا بصدد تبديل شخص بأخر كان الحلول شخصياً وإذا تبدلت عين بأخرى يسمى الحلول عينياً، فالحلول العيني هو التبديل القانوني لعين بأخرى..."؛ نقلاً عن د/ حسن فرج، المرجع السابق، هامش 3، ص 387. ويقول د/ الياس ناصيف: "وإن لم يقع في نصيبه، تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني، من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع". المرجع السابق، ص 136

⁴ - وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري في غير هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المصري -تقابلها مادة 714 فقرة 2 مدني جزائري، حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة. ومضى تمت القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، نقض مدني في 2 ديسمبر 1965 مجموعة الأحكام النقض لسنة 16 رقم 184 ص 1172؛ نقلاً عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124.

⁵ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 125، د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 302

2/ بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل القسمة:

نجد أن المشرع من خلال المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري لم يتطرق، إلى حكم بيع الشريك جزء من المال المفرز قبل القسمة. لهذا نطبق قواعد عامة في ما يتعلق بحكم هذا التصرف¹؛ وفي هذه الحالة نميز بين حالة العلم بالشيوع من عدمها .

- إذا كان المشتري يجهل حالة الشيوع لعتقاده أن البائع مالكا ملكية مفرزة ، وهنا يكون قد وقع في غلط جوهري، فيجوز له طلب إبطال البيع طبقاً لأحكام المادة 81 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"² لأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة"².

أما في حالة علم المشتري بحالة الشيوع فيرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه إذا باع الشريك جزء مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال. فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في الجزء. فإن هذا البيع يكون صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز من المبيع ، ولكنه غير ساري المفعول في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع ، لذا لا يحق للمشتري أن يطلب الإبطال على أساس الغلط. لأنه لم يقع فيه ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير. كم أن المشتري وهو على علم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه يكون قد قبل شراء ما يؤول للبائع من حصته الشائعة بعد القسمة .

كما يجوز للشريك أن يرفع دعوى استحقاق على كل من البائع الشريك والمشتري يطالب فيها باستحقاق هذه الحصة الشائعة، إذا أنكر عليه المشتري حقه في الحصة الشائعة في الجزء المفرز المبيع . كما يجوز لشريك الآخر أن يقر البيع الصادر من الشريك الأول . وعندئذ يصبح البيع نافذاً في حقه في الحصة الشائعة وتخلص ملكية الجزء المفرز كله للمشتري بعد التسجيل³.

وما يميز بيع ملك الغير عن بيع الجزء المفرز؛ أن في ملك الغير لا يكون البائع مالكا للمبيع، في حين أن في البيع المفرز يعد مالكا للمبيع وإن كان معه فيه شركاء آخرون، كما أن هذه الحصة قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع فلا يكون قد باع مالا يملك . كذلك في بيع الجزء المفرز من المال الشائع وفي حالة عدم علم المشتري بحالة الشيوع يمكنه طلب الإبطال على أساس الغلط الجوهري طبقاً للقواعد العامة⁴. أما في بيع ملك الغير يمكن للمشتري طلب الإبطال ، ويستوي بين حالة العلم والجهل بملكية البائع للمبيع وذلك طبقاً للمادة 397 من القانون المدني الجزائري.

¹ - يقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "لم تبين المادة 2/826 من قانون المدني المصري حكم التصرف قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تبين

هذا الحكم بعد القسمة ، فوجب إذن أن نطبق القواعد العامة ... الوسيط ، ج8، المرجع السابق ، ص873

² - د/ محمد حسنين - المرجع السابق ، ص200 د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص125

³ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج8، المرجع السابق ، ص873 - 875

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج8 المرجع السابق ، ص873

أما عن موقف الفقه الإسلامي من تصرف الشريك في الحصة الشائعة بالبيع، فنجد في هذا الصدد رأيين مختلفين الأول ينادي بوقف هذا البيع على إجازة الشريك الآخر، والرأي الثاني الذي يعتبره بيع باطلا لا وجود له من الأساس.

ذهب كل من المالكية¹ والحنفية² والشافعية³ وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة⁴ إلى القول بانعقاد تصرف الشريك موقوفاً على إجازة الشريك الآخر إن أحازه نفذ ورتب آثاره، وإن رده بطل واعتبر كأنه لم يكن. وهذا مايتفق مع المادة 1075 من مجلة أحكام العدلية⁵ التي تنص أنه: "... لا يجوز من ثم أن يتصرف

1 - الدسوقي شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة: "لا يجوز لأحدهما بيع حصته وتسليمها للمشتري بغير إذن شريكه الحاضر أو إطلاع الحاكم أن غاب كما في المدونة وغيرها... وذلك لأنه تصرف في حصة شريكه بغير إذنه لأن كل جزء منهما بينهما... وإذا سلمها المشتري بغير إذن شركه وتلفت فقال في الدخير مقتضى القواعد أن يضمن البائع حصة الشريك لأن أحوال هذه الشريك البائع أن يكون كالمدود والمودع لذا وضع يدا أجنبي على الأمانة بغير إذن ربما فإنه يضمن تعديده..." - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3، دار إحياء الكتاب العربية ط1 مصر، د.ت، ص 236

2 - وجاء في فتح القدير شرح الهداية ج5 للهمام كمال الدين: "... فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي..." المرجع السابق، ص 3

- وجاء في رد المختار لابن عابدين: "كل من شركاء الملك (أجنبي) في الامتناع عن تصرف مضر (في مال صاحبه) لعدم تضمنها الوكالة (فصح له بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن، إلا في صورة الخلط)... وقوله (أجنبي) أي كأجنبي، ويكون هذا لوجه الشبه في قوله (عن تصرف مضر) إحتراز به عن الغير المضرب... وقوله إلا في صورة الخلط ولاختلاط فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وقلت مثل الخلط والاختلاط بيع مافيه ضرر على الشريك كبيع الحصة من البناء أو العرس..."؛ محمد امين ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار - كتاب الشركة - ج6، دار عالم الكتب، الرياض، س 1423هـ، 2003، ص 467 و468، مع الملاحظة فإن الفقه الحنفي يجوز بيع الشريك حصته بدون إذن الشريك إذا لم تكن بالخلط والاختلاط أما إذا كانت كذلك فلا يجوز تصرف فيها إلا بإذن شريكه فيبقى تصرفه موقوفاً على إجازة الشريك الآخر.

3 - وجاء في نهاية المحتاج لشهاب الدين: "... ولكن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن الآخر..."؛ ويقصد هنا الشريك في الشيوخ إذ يبقى هذا البيع موقوفاً على إجازة الشريك الآخر. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن الشهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي الجزء 5، دار الكتب العلمية، الطبعة 2 بيروت لبنان، لسنة 1424هـ، 2003، ص 10، وجاء في المهذب في الفقه الإمام الشافعي: "لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف... ولا يجوز لأحدهما أن يتاجر في نصيب شريكه إلا في النصف الذي يأذن فيه..." أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية ط1، بيروت، لبنان، 1416-1995، ص 157 و158

4 - عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد، الحنبلي: "... إن اشترى المأذون له من يعق على المال بإذنه صح عتقه... المغني، ج5 دار الكتاب العربي ط1 مصر، د.ت، ص 150

5 - نص المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية: "كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر، ولا يعتبر أحد وكياً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرفاً أحدهما في حصة الآخر بدون أذنه. أما في سكنى الدار المشتركة وفي الأحوال التي تعد من نواع السكنى كالمدخول والخروج فيعتبر كل واحد من أصحاب الدار المشتركة صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال. مثلاً لو أعار أحد الشريكين البرذون المشتركاً وأجره بدون إذن الآخر، وتلف البرذون في يد المستعير أو المستأجر فلآخر أن يضمه حصته. كذلك إذا ركب أحدهما البرذون المشترك أو حمله حملاً بلا إذن وتلف البرذون أثناء السير يكون ضمناً حصته، وكذلك إذا استعمله مدة فصار هزيباً ونقصت قيمته يكون ضمناً نقصان قيمة حصته. أما إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة فيها بلا إذن الآخر مدة فيكون قد سكن فيملكه فلذلك لا يلزمه إعطاء أجرة لأجل حصة شريكه وإذا احترقت الدار قضاء فلا يلزمه ضمناً." =

في حصة شريكه بدون إذنه... " كما نصت المادة 639 من مرشد الحيران: ¹ لكل واحد من الشركاء في الملك ... إلا في صورة الخلط والاختلاط ، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً من التصرفات الضارة بدون إذن شريكه . " ² وبذلك يبقى نفاذ هذا التصرف موقوفاً على إجازة الشريك الآخر .

أما رأي الظاهرية³ و الحنابلة⁴ في رواية أخرى يتجه إلى القول بوقوع تصرف الشريك في الحصة الشائعة باطلا . ومهما كان مقدار هذه الحصة سواء كله أو جزء منه وسواء كان بالبيع أو الهبة ، أو وقفه أو حبسه ، فيعتبر هذا التصرف باطلا .

ومن خلال المقارنة بين آراء الفقهاء الشريعة الإسلامية ، وأحكام القانون المدني ؛ في تصرف الشريك بالبيع في حصته الشائعة ، نجد فقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرقوا بين قيام الشريك بالتصرف في كل المال الشائع ، أو قيامه بالتصرف في جزء مفرز منه ، فجعلوا حكمه موقوفاً على إجازة الشريك الآخر ، إما يجيزه وينفذ وإما يرفضه ويعتبر كأنه لم يكن ، أما رجال القانون فقد فرّقوا في حكمه بين بيع جزء مفرز من المال الشائع أو كله ، كما اتجه فقهاء القانون إلى إعطاء حكم هذا التصرف ولو قبل إجراء القسمة باعتبار أن المشرع نص فقط على حكمه بعد القسمة (حكم بيع الجزء المفرز بعد القسمة) وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 2/714 من القانون المدني .

= البرذون : يطلق على غير العربي من الخيل و البغال من الفصيلة الخيلية؛ عظيم الخلق، غليظ الأعضاء، قوي الأرجل، عظيم الخوافر .
- وجاء في درر الحكام في شرح المادة 1075 من مجلة الأحكام: " أنه ليس لأحد الشريكين أن يتصرف في حصة الآخر إلا بإذنه ... " المجلد 3، الشركات، الوكالة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، س 1423هـ ، 2003 ، ص 28

¹ - محمد قدرى باشا- مرشد الحيران ، باب الأول : تصرفات الشركاء في الأعيان المشتركة المرجع السابق ، ص 104

² - المادة 639 من مرشد الحيران: " لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه ، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط والاختلاط ، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً من التصرفات الضارة بدون إذن شريكه . "

³ - أبو حمد على بن أحمد بن سعيد ابن حزم - المحلى ، ج 8 ، الطبعة المنيرية ، ط 1 ، مصر س 1350هـ ، ص 133 و 134 المسألة رقم 1256 : " ولا يحل لأحد من الشركاء إنفاذ شيء من الحكم في جزء معين ماله فيه شريك ولا في كله سواء قل ذلك الجزء أو كثر لا بيع . ولا صدقة . ولا هبة . ولا صداق . ولا اقرار فيه لأحد ولا تحبيس ولا غير ذلك كمن باع ربع هذا البيت أو ثلث هذه الدار أو ما أشبه ذلك أو كان شريكه حاضراً أو مقاسمته له ممكنة لأن كل ما ذكرنا كسب على غير ه لأنه لا يدرى أيقع له عند القسمة ذلك الجزء أم لا ؟ وقد قال الله تعالى : ﴿ هو لا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ سورة الأنعام - الآية 164 ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : { إن دماءكم و أموالكم عليكم حرام } .

⁴ - عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد ، المرجع السابق ، ص 150

**الفصل الأول:
طبيعة جزاء بيع ملك الغير**

**LA NATURE DE SANCTION DE LA VENTE DU
BIEN D'AUTRUI**

الفصل الأول: طبيعة جزاء بيع ملك الغير

لتحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق هذا النوع من البيوع، لا بد من أن نتطرق إلى النظريات القانونية التي قيلت في هذا الشأن؛ حول تأصيل أحكام هذا البيع، خاصة وأن هذه الأحكام التي نصت عليها التقنيات المدنية قد سبق في تقريرها أحكام المحاكم منها الفرنسية والمصرية كما لا بد من الاعتراف بأن المحاكم قد سلكت في تقرير هذه الأحكام سبيل الاجتهاد¹، وأنها لم تلتزم في هذا السبيل حد تطبيق النصوص؛ بل جاوزته إلى حد الإنشاء مستعينة في ذلك بالمبادئ العامة للقانون، ثم تنتقل إلى أحكام الفقه الإسلامي؛ الذي عالج هذا الموضوع بتصوير إسلامي محض. لهذا سندرس هذا الفصل في مبحثين، الأول نعالج فيه موقف القانون الوضعي و الثاني موقف الفقه الإسلامي حول الجزاء الذي يلحق هذا البيع، مع الخروج بمقارنة بين الفقه الإسلامي وأحكام القانون الوضعي من أجل معرفة أي من الاتجاهين له الصوابُ و الدقةُ كي يمكن الاستناد عليه في تحديد طبيعة جزاء هذا النوع من البيوع

المبحث الأول: التأصيل القانوني لبطان بيع ملك الغير

لقد تعددت النظريات التي قيلت بخصوص التأصيل القانوني لجزاء بيع ملك الغير، فمنها من تحدثت عن أساسها بتطبيق القواعد العامة، وبعضها الآخر يخرجها عن تطبيق القواعد العامة، لهذا سنتناول بالدراسة كل نظرية على حدى .

لقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 1/397 من القانون المدني إلى الجزاء الذي يترتب عن بيع ملك الغير إذ نص: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال...". هذه المادة تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري. وتقابلها في القانون الفرنسي المادة 1955 مدني. غير أن ما يلاحظ على هذه المواد أنها اقتصررت في حكمها على بيع ملك الغير بكونه قابل للإبطال دون تفصيل في ذلك، هذا ما أدى إلى وجود عدة آراء فقهية في هذا المجال، لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول نتحدث فيه عن النظريات التي تستند إلى القواعد العامة في تحديد الجزاء الذي يلحق هذا البيع وفي المطلب الثاني نتطرق إلى الاتجاه الذي ينادي إلى أن تأصيل جزاء هذا البيع يخرج عن تطبيق القواعد العامة .

¹د/سليمان مرقس - الوافي ج 4، المرجع السابق، ص 713

المطلب الأول: النظريات التقليدية وبطلان بيع ملك الغير

لقد تعددت آراء الشراح، واختلفت مذاهبهم، اختلفا كبيرا، حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير؛ غير أنه يمكن ردها جميعا إلى خمس نظريات فالأولى التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم وهي نظرية الفسخ والثانية التي تعتبر بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا، وقد أخذت به بعض المحاكم وهذا خروج عن قصد المشرع، والرأي الآخر الذي يركز على نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي كما في الشريعة الإسلامية¹، والرابع يرى أن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي، والخامس يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل، وسنبين في هذا المطلب النظريات السابقة الذكر مع الانتقادات التي وجهت لها، للخروج بالرأي الذي له الكثير من القبول والصواب.

الفرع الأول: نظرية الفسخ

مادامت النصوص القانونية قاصرة في تحديد نوع الجزاء المترتب على هذا النوع من البيوع لم يخرج بعض شراح القانون عن تطبيق القواعد العامة بالنسبة لجزاء هذا البيع. فذهب كل من الفقه² والقضاء³ إلى أن الجزاء المترتب على بيع ملك الغير هو الفسخ، واستدلوا في ذلك بالمادة 119 من القانون المدني الجزائري - تقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري و المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي - التي ورد فيها مايلي:⁴ "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا قضى الحال ذلك" ففي العقود الملزمة للجانبين إذا قام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه و بقي الطرف الثاني دون تنفيذ كان للمتعاقد الآخر الحق في طلب فسخ العقد⁵.

¹-د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص714

²- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 301، ص714، د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص276، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص147، د/محمد حسن قاسم - عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لسنة 1999، ص160، د/ رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، المرجع السابق، ص65

³- حكم محكمة استئناف المصرية في 20/03/1927، المجموعة الرسمية س 1928، ع 3 - ص 86 - 87 " نقلا عن أ/كميح حورية، المرجع السابق، ص42

⁴- المادة 119 من القانون المدني الجزائري

⁵- د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص73 و74، د/ فايز أحمد عبد الرحمن، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006 ص382، د/محمد صبري السعدي - عقد البيع والمقايضة - المرجع السابق، ص147 و148، د/ رمضان أبو سعود - عقود البيع والمقايضة والتأمين، المرجع السابق، ص108، د/ رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص133، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص65، د/ حسن فرج، المرجع السابق، ص183، د/ جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص181

ويرى بعض الشراح المصرين أن بيع ملك الغير قابل للفسخ وليس باطلا¹ وسبب قابليته للفسخ أن البائع لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري مما يمكنه ذلك من طلب فسخ العقد ، وهذا الرأي يؤدي إلى القول أن بيع ملك الغير صحيح، ولو لم ينقل الملكية إلى المشتري وذلك لأن نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع. وليس أدل على ذلك من أن أنواعا كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك فهي صحيحة وفقا لقواعد العامة كبيع الأموال المستقبلية وبيع المثليات... إلخ لهذا فإن بائع ملك الغير إذا لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، جاز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض،² فإذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري ، كما لو حمل المالك على الإقرار بالبيع ، أو تمكن هو من اكتساب ملكية المبيع ونقلها بعد ذلك إلى المشتري ، فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشتري الفسخ.³

ويرى جانب من الفقه الفرنسي⁴ أن البطلان المنصوص عليه في المادة 1599 مديني فرنسي ما هو إلا فسخ للعقد. لأن البائع في بيع ملك الغير لا يقوم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري مما يمكن هذا الأخير أن يطلب فسخ العقد⁵. ومن ثم كان البطلان المنصوص عليه في المادة السابقة ما هو إلا تطبيق للفسخ المنصوص عليه في المادة 1184 الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين، وبما أن المادة 1599 مديني فرنسي قررت نوعا آخر من الفسخ لصالح المشتري من الوقت الذي يتبين فيه أن البائع غير مالك للشيء المبيع لعدم قدرة هذا الأخير على تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري فإنها وضعت هذا النوع الخاص من الفسخ تحت اسم البطلان أي أن البطلان الوارد في هذه المادة ما هو إلا دعوى فسخ خاصة بالمشتري. و يترتب على الأخذ بهذا الرأي النتائج التالية :

- تختص دعوى البطلان المنصوص عليه في المادة 1599 مديني فرنسي بالمشتري وحده دون البائع و يكون من حق المشتري بالإضافة إلى فسخ العقد، المطالبة بالتعويض.
- تطبق قواعد الفسخ على هذه الدعوى ، وبخاصة حالات الفسخ التي تتقرر بحكم القضاء وليس بقوة القانون.

¹- د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 714 و 715 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص 73 و 74 ، د/ أنور العمروسي : " أن جزاء بيع ملك الغير ليس هو البطلان ، إنما هو الفسخ استنادا إلى القواعد العامة ... " ، المرجع السابق ، ص 259

²- د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 65 ويقول في هذا الصدد د/ سليمان مرقس : " فيجوز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض سواء كان البائع حسن النية أو سيئ النية ، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه غير أنه إذا تمكن البائع من تملك المبيع ونقله إلى المشتري فلا يكون ثمة محل لطلب الفسخ ... " ؛ المرجع السابق ، ص 714 ، د/ جعفر الفضلي، المرجع السابق ، ص 181

³- د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 103 د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 148 ، د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 715 ، د/ محمد حسن قاسم - العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 181

⁴- BEUDANT ,cours de droit civil francais (la vente et le louage) publie par Robert Beudant, paris,1908, Al, n°117, p 75_76

⁵- ويقول د/ الياس ناصيف : " فإذا لم يتم بائع مال الغير بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، حق للمشتري أن يطلب إلغاء العقد مع التعويض ... " ، المرجع السابق ، ص

- تقادم دعوى البطلان بمضي ثلاثين عاما.¹

نقد النظرية:

بالرغم من قوة حجج أنصار هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من الانتقادات :
وهذا ما يؤكد الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله أن عيب هذا الرأي واضح ، إذ هو يتعارض
تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان
والبطلان شيء غير الفسخ² ، إذ يختلف في أحكامه و شروطه و آثاره عن هذا الأخير³ .
ويرى الدكتور سليمان مرقس ، أن قواعد الفسخ تقضي بأنه: "لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعدار المدين في
حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال دون إعدار البائع"⁴ ، لهذا نجد في المادة 119 من القانون المدني
الجزائري و التي تقابلها المادة 157 المدني المصري التي توجب على المتعاقد الآخر إعدار المدين حتى يمكنه الفسخ إذ لم
يستجب هذا الأخير . وهذا يتعارض مع المادة 397 من قانون المدني الجزائري تعطي المشتري طلب إبطال
دون اعدار البائع .

- كذلك لو كان جزاء بيع ملك الغير الفسخ فقط لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه ، و لما
استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى⁵ .
- "كذلك تقضي قواعد الفسخ بأن القاضي يستطيع أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ، في حين أن المحاكم تقضي
بأنه متى طلب المشتري الإبطال في بيع ملك الغير تعين له الحكم به على خلاف الأمر في الفسخ"⁶
- كذلك يعاب على هذه النظرية، أنه لا يمكن للقاضي الحكم بالفسخ متى طلب المشتري به بعد أن أصبح البائع مالكا
للبيع ، وقام بتنفيذ إلتزامه (بائع) . بعكس الأمر في دعوى الإبطال فإن القاضي يحكم بها ولو أصبح البائع مالكا أو أقر
المالك البيع بعد رفع الدعوى⁷ .
كذلك هذه النظرية تتجاهل التطور الذي وقع على طبيعة عقد البيع في العصر الحديث . إذ أصبح عقدا ناقلا
للملكية بذاته في ظل هذه التشريعات الحديثة. وإذا كان هناك بيع ما تزال تعتبر صحيحة

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص67

² - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص276 .

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص68، د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص148، د/ محمد حسن قاسم ، العقود المسماة البيع
التامين (الضمان) الإيجار، المرجع السابق، ص182، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق، ص66

⁴ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص716 .

⁵ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص76 ، د/ رمضان أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص133 ، د/ رمضان ابو
سعود - عقود البيع والمقايضة والتامين ، المرجع السابق ، ص108. د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص276. د/ جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود
المدنية ، المرجع السابق ، ص181

⁶ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص76

⁷ - د/ سليمان مرقس - المرجع السابق، فقر 301 ، ص716 ، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص76.

بالرغم من أنها لا تنقل الملكية بذاتها . فما ذلك إلا استثناء على القاعدة تسمح بالقول بأن البيع في ظل التقنيات الحديثة أصبح على نوعين أحدهما ينقل الملكية بذاته وبطبيعته ، وثاني يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية ، فلا يعتبر انتقال الملكية من مستلزمات العقد. بمجرد انعقاده كالبيع التي ترد على أموال مستقبلية... إلخ¹ لهذا لا يمكن رد جزاء بيع ملك الغير إلى الفسخ بوجود النص الصريح الذي يتحدث عن قابلية الإبطال طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق

يرى بعض من الفقه الفرنسي² أن بطلان بيع ملك الغير و المنصوص عليه في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي هو بطلان مطلق³ ، تأسيسا على انعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية إليه⁴. أو استحالة المحل استحالة مطلقة وهو كون البائع لا يستطيع نقل الملكية⁵ ، فإذا لم يقم البائع بنقل الملكية إلى المشتري. بمجرد العقد فيترتب على ذلك تخلف ركن السبب و تخلف الركن يعني البطلان المطلق⁶.

¹-د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص104 ، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 75

²- وهذا الراي جاء به الفقيهان " Aubry et Rau " أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ، الهامش 3، الفقرة 155، ص 276 .

³- البطلان المطلق هو انعدام أثر العقد بالنسبة للعاقدين و بالنسبة للغير، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم و لذلك لا يترتب عليه أي أثر و يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا:

- إذا كان طرفيه أو أحدهما فاقد الأهلية (صبي غير مميز أو مجنون... إلخ)
 - إذا انعدم فيه الرضا كان صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو لم يتطابق الإيجاب مع القبول .
 - إذا تخلف ركن من أركان العقد كانعدام المحل أو السبب
 - إذا اشترط القانون شكلا معينا و لم يفرغ العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون.
- Pour plus de détails sur la nullité Cf. André BILODEAU ,op.cit.,p.39

⁴-د/ جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة والمسماة ، المرجع السابق ، ص 77 وما بعدها ، د/ سليمان مرقس، الوافي ج 3، المرجع السابق ص 716، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 67، د/ نذير بن عمو ، المرجع السابق، ص122

⁵- د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 148 ، د/ رمضان أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 133 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين : "بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا على أساس تخلف السبب والحل ، و لا يترتب عليه أي أثر ، إذ أن سبب إلتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية ، ومادام البائع غير مالك فإن إلتزام المشتري لا يقابله شيء ، المرجع السابق ص 77 و 78، وهذا ما يؤكد د/ محي الدين إبراهيم : " يرجع سبب البطلان المطلق إلى استحالة المحل والتي تتمثل في عدم قدرة البائع في نقل الملكية للمشتري لأنه هو لا يملكه و فاقد الشيء لا يعطيه . " ، المرجع السابق ، ص 11

⁶ - وفي هذا قالت محكمة استئناف مصر أنه: " من المقرر شرعا أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فيبيعه باطل، ولا تلحقه الإجازة لعدم انعقاده أصلا، إنما ينعقد موقوفا على إجازة مالكة إذا باعه على أنه ملك لغيره. وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تحول له حق بيع عقار القاصر ، إلا أنها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها. ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقر الولي ببيع ملك ابنه ، والفارق الوحيد بينه وبين غيره أن ولايته تقوم مقام إجازة المالك الحقيقي في الأحوال الأخرى، استئناف مصر في 22 ماي سنة 1934 المجموعة 36 رقم 44 نقلًا عن د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، هامش 284 ، ص 148 ، كما يقول في هذا الصدد=

كذلك يذهب هذا الرأي إلى القول أن إجازة المالك للعقد تفسر بأن إرادة المالك تقتزن بإرادة المشتري السابقة وينعقد من اقتراحهما عقد جديد . أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشتري، فقد وقع باطلا بطلانا مطلقا .¹

ويركز هذا الفقه² على أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة .
"أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه خطأ البائع في بيع مالا يملك، وليس أساسه العقد"³
- كما نجد المادة 124⁴ من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." يفهم من هذه المادة أن للمشتري حسن النية الحق بالمطالبة بالتعويض ، لأن البائع هنا يعتبر مخطئا ببيعه ملك غيره و ليس على أساس المادة 397⁵ من القانون المدني الجزائري لأن العقد باطل بطلانا مطلقا، والعقد الباطل كما نعلم، معدوم الأثر و بالتالي لا يستطيع المشتري لملك الغير أن يطالب البائع بالتعويض على أساس هذه المادة 397 سابقة ذكر ، وإنما له فقط استرجاع الثمن الذي قدمه للبائع، أما المطالبة بالتعويض فتكون على أساس الخطأ التقصير للبائع⁶ وليس العقد.

نقد الرأي

رغم استناد هذه النظرية على نصوص صريحة إلا أنها لم تسلم من انتقادات كانت أهمها:
- القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا قول مخالف للنصوص القاطعة بقابلية العقد للإبطال والذي يسمح بإجازة البيع⁷. كما أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه فالسبب غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، و إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه و لم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق⁸ ، لأنه و بإحلال أحد الطرفين بالتزاماته يترتب عليه الفسخ لعدم التنفيذ.

= /د/ إسماعيل شاهين: "أن بيع ملك الغير يشكل جريمة "النصب" المنصوص عليها في القانون العقوبات في المادة 336 المصرية وبتالي لا يستقيم ذلك إلا بقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلق." ، المرجع سابق، ص 95.

¹ - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، فقرة 302 ص 717 . د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 106

² - وهذا الراي جاء به الفقيهان " Aubry et Rau " أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ، الهامش 3، ص 276

³ - د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 106؛ كذلك أنظر د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 717 . / رمضان جمال كامل، المرجع السابق ، ص 67

⁴ -Correspond à Art n°1382 ,de code civ , française;" *Tout acte commis par toute personne et de dommages se produisent par l'interlocuteur s'engage à une indemnisation si les mauvais*

⁵-Correspond à Art , n° 1599 de code civ , française .-

⁶ -د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 67 ، د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 106 د/ سليمان مرقس - المرجع السابق، ص 717

⁷ إسماعيل عبد النبي شاهين - المرجع السابق ، ص 80 ، د/ أنور العمروسى ، العقود الواردة على الملكية ، المرجع السابق ، ص 259 د/ -

⁸ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 277 د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ، ص 68 ، د/ إسماعيل عبد النبي المرجع السابق ، ص 80. د/ رمضان ابو سعود - عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 133. .

كذلك لا يمكن القول بالاستحالة المطلقة للمحل في هذا النوع من البيوع، لأنه لا يمكن أن نطبق نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري¹؛ والتي تنص: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاتها أو مخالفًا للنظام العام، أو الآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً". "أما استحالة موضوع البيع في بيع مال الغير فهي استحالة نسبية؛ لأن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع، هو المالك الحقيقي"²، هذا ما نجده في نص المادة 398 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله و صار ناجزاً في حق المشتري...".

كذلك القول بالبطلان المطلق يتعارض و صريح النص الذي يقضي بقابلية العقد للإبطال، و ليس البطلان المطلق طبقاً لنص المادة 466 من القانون المدني المصري³ - تقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري. - القول بالبطلان المطلق يؤدي إلى جعل البطلان جائزاً لكل ذي شأن؛ مع أن المادة 397 من القانون المدني الجزائري تحول هذا الحق للمشتري فقط .

كذلك يرفض أغلب شراح القانون إخضاع بيع ملك الغير للبطلان المطلق؛ لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير، وقواعد البطلان المطلق⁴.

لأن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف أحد الشروط الجوهرية لأي ركن. إلخ أما بيع ملك الغير توافرت أركانه، وشروط كل ركن⁵. كذلك العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو عقد معدوم الأثر، بينما ينتج بيع ملك الغير آثاره فيما بين المتعاقدين في حالة إجازة المشتري إلا فيما يتعلق بنقل الملكية .

كذلك قابلية الإبطال في بيع ملك الغير حقٌ معقود للمشتري دون غيره طبقاً للمادة 397 من القانون المدني الجزائري. أما إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان كما يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها⁶ وهذا طبقاً للمادة 102 من القانون المدني الجزائري التي نصت: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و لا يزول البطلان بالإجازة...".

¹ -تقابلها المادة 132 ق المدني المصري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً." و تقابلها المادة 159 من القانون المدني الأردني.

² -د/ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 107 و 108.

³ -د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق، ص 280، د/ جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 182

⁴ -د/ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 107. د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 717 -

⁵ -مثلاً تخلف ركن الرضا أو المحل أو السبب أما شروط كل ركن مثلاً ركن المحل من بين شروطه محل مشروع، وأن يكون موجود... إلخ، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - المرجع السابق، ص 80 .

⁶ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 718. د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 183 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين - المرجع السابق ص 81، د/ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 183

-العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصحح بالإجازة، طبقا للمادة 102 مدني جزائري: "إذا كان العقد باطلا بطلان مطلقا... لا يزول البطلان بالإجازة." ، على حين أن بيع ملك الغير يصح إذا أقره المالك الحقيقي أو أجازته المشتري¹

فلا يمكن القول مع هذا كله بأن بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لأنه يتعارض مع نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري- تقابلها- المادة 466 من القانون المدني المصري.² لهذا هناك من يرجع جزاء بيع ملك الغير إلى أنه باطلا بطلاناً نسبياً³ . لهذا سنقوم لاحقاً باستعراض لهذا الرأي

الفرع الثالث: نظرية تحول العقد.

نظرا لاختلاف أحكام بيع ملك الغير، عن النتائج التي يترتب عنها البطلان المطلق، اتجه هذا الرأي إلى الأخذ بنظرية تحول العقد لكن رغم هذا لم يخرجوا عن تطبيق أحكام القواعد العامة. فذهبوا إلى القول بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل، استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع.⁴ ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية؛ طبقا لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري⁵، إلى بيع منشئ لمجرد التزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين (المتعاقدين) المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علمنا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع⁶ و قد انتهى هذا الرأي إلى

¹-د/محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق ، ص 183

² - " القول أن بطلان بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلانا مطلقاً يتعارض تعارضا واضحا مع صريح النصوص التقنين المدني المصري " ، د/عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ، فقرة 156 ص 280؛ و يري د/ سليمان مرقس " أن النصوص القانونية و تنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكيفه هذا العقد أنه باطل بطلانا مطلقا ، إذا ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بإرادة شخص أجنبي عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كإرث يقع على البائع غير مالك أو كسب هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب " المرجع السابق ،هامش 48، ص 723.

³-د/ جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص 182 د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 126، ص149.

⁴ - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 722. د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الفقرة 156 ، ص279 د/الباس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 116

⁵ - تنص المادة 105 من ق المدني الجزائري: " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر ،فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد." وتقابلها المادة 144 من ق المدني المصري والتي تنص على: " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص150، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص79 ، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ص73.

⁶-د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 722. د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الفقرة 156 ، ص279

أنه، يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد 466، وما بعدها من القانون المدني المصري، تطبيقاً تشريعياً لنظرية التحول العقد الباطل.¹

فهنا تحول هذا العقد من ناقل للملكية، إلى بيع منشئ لمجرد التزامات شخصية فقط؛ أي إلى عقد بيع من نوع ثانٍ (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال)، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك، لو علمنا أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم انتقال ملكية البائع. ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس، أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع من النوع الأول، أي الناقل للملكية بذاته إلى النوع الثاني، الذي لا ينشئ إلا التزامات شخصية، و لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه و لو أنه باطل بطلانا مطلقاً.

أما انصراف نية المشتري إلى ذلك (تحول العقد) فمفترض، إلى أن يثبت العكس، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثاني كاملة، ما دام المشتري لم يتمسك بالبطلان، وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ التزامات شخصية فقط، ولا ينقل الملكية. وأنه يصح أن يجيز المشتري العقد لأن إجازته هذه تعتبر دليلاً على انصراف نيته منذ إبرام العقد إلى تحوله من النوع الأول (الناقل للملكية بذاته) إلى النوع الثاني (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال)، وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنتقل إليه الملكية....²

— أما إذا تمسك المشتري بالبطلان، فهذا دليل على رفضه تحول العقد³ من ناقل للملكية إلى مجرد التزامات شخصية، وحب اعتبار العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وغير قابل لا ينتج أي أثر قانوني. وإلزام البائع بالتعويض لأنه كان متسبباً بخطله في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقداً باطلاً⁴. لهذا يرى هؤلاء الفقهاء، أن تنظيم المشرع لبيع ملك الغير في المواد 466 وما بعدها ما هو في الحقيقة إلا تطبيق تشريعي لنظرية تحول العقد.⁵

نقد النظرية:

نجد أن ما جاء به الدكتور سليمان مرقس بتحول العقد⁶ تعرض لنقدٍ، وجهه له الدكتور السنهوري، إذ أن

¹ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص723. د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص279

² - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص، 722-

³ - د/ محمد صبري سعدي، المرجع السابق بند 128، ص150، 151. د/رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 74

⁴ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 305، ص 722. د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص279

⁵ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 723 د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص79.

⁶ - يرى د/ محمد صبري السعدي "وتتلخص نظرية تحول العقد في أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد."؛

النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص264

القول بأن "العقد الباطل قد تحول إلى عقد منسئ للالتزامات؛ يتعارض مع نظرية التحول المعروفة.¹ فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد، بدلا من العقد الباطل. ونية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل. فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع. وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح"².

في بيع ملك الغير لا يمكن تطبيق المادة 105 من القانون المدني الجزائري - التي تقابلها المادة 144³ من القانون المدني المصري - لأن كلا الطرفين نجدهم يتجهون إلى إبرام عقد بيع ناقل للملكية وبذلك نستبعد الأخذ بنظرية التحول.

الفرع الرابع: نظرية البطلان النسبي

باعتبار أن المشرع الجزائري قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق، طبقا للمادة 397 المدني الجزائري، وكما أن أكثر شراح القانون المصري⁴ ذهبوا إلى اعتبار هذا البيع باطلا بطلانا نسبيا، رغم أن المشرع الفرنسي في مادته 1599 لم ينص إلا على البطلان، إذ يستخلص من هذه المادة أنه قصد البطلان النسبي⁵ وليس المطلق ويكون من حق المشتري في هذه الحالة طلب التعويض، وهنا نقصد

¹ - ويقول د/ الياس ناصيف: "وقد أخذ على هذا الرأي أمران: تعارضه مع نصوص القانون وتعارضه مع نظرية التحول المعروفة...". المرجع السابق، ص 116.

² - د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق، فقرة 156، ص 280. وفي نفس المعنى جاءت آراء الفقهاء، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ص 74 د/ أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 134، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 151، د/ محمد محي الدين إبراهيم، أحكام شروط البيع، المرجع السابق، ص 14 و 15.

- ويرد د/ سليمان مرقس على هذه الانتقاة التي وجهه له، د/ عبد الرزاق السنهوري بقوله: "أولا أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكيف هذا العقد بأنه قابل للإبطال كما لا تستقيم مع تكيفه بأنه باطل بطلانا مطلقا، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بالإرادة شخص أجنبي... و من المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذا نظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء في آثار التي قررتها هذه النظرية." المرجع السابق، هامش 48، ص 723.

³ - تتعلق المادتين 105 و 144 بنظرية التحول العقد.

⁴ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 304 ص 719 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 82، د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 383، د/ محمد حسن قاسم - المرجع السابق، ص 183، د/ رمضان أبو السعود - المرجع السابق، بند 3، ص 133، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 71

⁵ - **البطلان النسبي**: هو البطلان الذي يلحق العقد، وقد تخلف فيه شرط من شروط صحة؛ الانعقاد كنفص أهلية أحد المتعاقدين، أو كليهما، أو كانت إرادة طرفيه أو احدهما معيبة بعيب من عيوب الرضا وعلى ذلك يكون العقد قابلا للإبطال.

-R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. 11, avec la collab. de J. Brethe de la Gressaye, Rousseau, 2e éd., 1938, n° 99, p. p. 68. Dalloz, 1997, n° 615, p. 580.

المشتري حسن النية¹ لهذا نجد أغلبية الأحكام و القرارات القضائية المصرية والفرنسية تقضي بأن يبع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، لأنه يسمح بترتيب جميع الأحكام التي قررتها النصوص القانونية الخاصة ببيع ملك الغير.² وهذا ما يؤكده دكتور سمير عبد السيد تناغو بأن البطلان المنصوص عليه في المادة 466 من القانون المدني المصري هو بطلان نسبي لأنه هو الجزء المناسب لهذا العقد³ لكن رغم اتفاقهم باعتبار البطلان المطبق هنا نسبيا، إلا أنهم اختلفوا في تأسيس هذا البطلان، فقال البعض أنه راجع إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا⁴، ومنهم من رده إلى استحالة البائع تنفيذ التزام بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إمضاء العقد. وهذا ما سيتم توضيحه .

أولا : يرجع بعض الفقهاء قابلية هذا البيع للإبطال، على أساس الغلط الجوهرية في شخص البائع أو الغلط في المبيع⁵ : فذهب هذا الرأي إلى أن أساس البطلان هو الغلط الذي يقع فيه المشتري أي غلط في صفة جوهرية.⁶ في الشيء وهو كونه مملوكا للبائع، أو غلط في شخص المتعاقد ، حين اتجهت نية المشتري إلى التعاقد ، مع المالك الحقيقي للمبيع في حين أنه تعاقد مع غير المالك ، أي المشتري قد وقع في غلط في شخص البائع أو المبيع ، وبالتالي يعتبر هذا الغلط عيبا في الرضا ، مما يمكنه ذلك من طلب إبطال على أساس هذا السبب .⁷

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين: " ويذهب البعض الآخر إلى أن أساس البطلان النسبي لبيع ملك الغير يرجع إلى نقص في أهلية المشتري . " المرجع السابق، ص83، د/مصطفى احمد الزرقاء - شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق ص255 ، د/ محمد حسن قاسم ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص183

² - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 719. د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 183. ويرى د/ سمير عبد السيد تناغو : " ومع ذلك فنحن نؤيد النص الذي يقرر بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري لأن التزام البائع بنقل الملكية في هذا البيع وإن كان غير مستحيل استحالة مطلقة إلى أنه بعيد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد... " عقد البيع ، المرجع السابق ، ص383

- يرى د/ عبد النبي شاهين: "والعقد القابل للإبطال على هذا النحو عقد صحيح طالما لم يتقرر إبطاله ، وهو بهذه الصفة ينتج آثاره ككل العقود الصحيحة وتلحقه الإجازة ، ويرد عليه التقادم ، ولا يجوز التمسك بإبطاله إلا لمن تقرر الإبطال لمصلحته دون المتعاقد الاخر ، فإذا تقرر إبطاله يكون كالعقد الباطل بطلانا مطلقا فلا ينتج أي أثر . "؛ المرجع السابق ، ص82

3- د/ سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص384

⁴ - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 719 د/مصطفى احمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 257. د/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق ، ص71

⁵ - وهذا الرأي جاء به الفقيه " Josserand " أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ، المامش 2، ص 277 د/ رمضان جمال

كمال ، المرجع السابق ، بند 53، ص71 و72. د/مصطفى احمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 257 د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص720

⁶ - تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري : " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله . " وتقابلها - المادة 120 من

القانون المدني المصري على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية جاز له أن يطلب إبطال ". د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص183

⁷ - يرى د/ عبد الرزاق حسن فرج : " ويقتضي ذلك أن البيع لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية حيث يقع في غلط في

شخص البائع وفي المبيع ، إلا أن هذا يتعارض مع عموم نص و المشروع في هذا الصدد يجعل للمشتري أن يطلب البطلان في جميع الحالات

سواء أكان حسن النية أو سيء النية بأن كان يعلم أن المبيع ليس مملوك للبائع ، وكل ما رتبته القانون من أثر في =

ثانياً : ويرجع هذا الفقه علة البطلان إلى استحالة الالتزام بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إمضاء العقد .

ذهب هذا الفقه¹ "إلى تكييف بيع ملك الغير على أنه بيع مال مستقبل، فبيع ملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه مستقبلاً بالنسبة للغير"، ونظراً لأنه من الجائز طبقاً للقواعد العامة أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، فإنه يكون من الجائز أيضاً طبقاً لهذه القواعد أن يلتزم شخص بنقل ملكية شيء مملوك لغيره. كما يرى هذا الاتجاه أن بطلان بيع ملك الغير يرجع لاستحالة محله، والاستحالة هنا ليست استحالة مطلقة، لأن البائع يستطيع ولو من ناحية التصور النظرية أن يشتري المبيع من مالكة الحقيقي وأن يصبح هو مالكا له ويستطيع بالتالي أن ينقل ملكيته إلى المشتري منه.²

كما يرى الدكتور سمير عبد السيد تناغوباً بالبطلان في هذا النوع من البيوع هو بطلان نسبي، لأن التزام البائع هو نقل الملكية في هذا البيع، وإن كان غير مستحيل استحالة مطلقة إلا أنه بعيد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد، غير أن هذه الاستحالة النسبية القائمة على الظروف الموضوعية الناتجة عن ملايسات إبرام العقد تؤدي إلى إبطال العقد بطلاناً نسبياً.³

نقد هذا الرأي:

- ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "عيب هذا الرأي واضح، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية، فيكون قد وقع غلط في البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين المدني الفرنسي ومع صريح التقنين المدني المصري طبقاً للمادة 467 التي تصرح بوجوب التعويض للمشتري إذ كان حسن النية." ⁴

=حالة علم المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع هو حرمان المشتري من طلب التعويض فقط. " المرجع السابق، ص135

د/محمد الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص 106. د/الياس ناصيف: " لكن القضاء الفرنسي كان جازماً بذهابه، منذ سنة

1832، إلى اعتبار أن بطلان بيع مال الغير هو بطلان نسبي. " المرجع السابق، ص 114

- قرار محكمة النقض المصري في 14/04/1987، الطعن رقم 245 لسنة 55 وجاء فيه: " أنه لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع، إلا أن المالك يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل، أما إذا كان كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع، فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته.. "

مجموعة أحكام النقض المدني المصري، ص 35، ص 1539؛ نقلاً عن د/إسماعيل عبد النبي شاهين المرجع السابق الهامش 1، ص84

¹ - د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 382. د/ مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 257

د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 382 و 383 -²

³ - د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 383 و 384. ويقول الأستاذ إسماعيل غام: "أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية، إذ هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي. " مذكرات غير مطبوعة في البيع، ص 10؛ نقلاً عن د/ عبد الرزاق

السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 277

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

-الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية في حين أن هذا الحق محول للمشتري ولو كان سيئ النية¹

-كذلك التحدث عن الغلط في شخص المتعاقد، إذا كان الشخص محل اعتبار في العقد كأن يكون هذا المتعاقد رساما، أو طبيبا، أو موسيقيا، وليس في بيع ملك الغير أي شيء من ذلك ، وهذا الغلط في شخص البائع ليس له تلك الأهمية البالغة وليس بالصفة الجوهرية²، إذ لا يمكن القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو الغلط مادام نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح في ذلك.

-كذلك يرفض أغلب شراح القانون إخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي؛ طبقا للقواعد العامة، وهذا لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير، وقواعد البطلان النسبي وذلك فيما يلي :

- القابلية للإبطال جزاء على وجود عيب من عيوب الإرادة ، أو نقص الأهلية في المتعاقدين أو أحدهما ، وهو مالا يتوافر في بيع ملك الغير. زيادة على هذا فالعقد القابل للإبطال لا تصححه الإجازة إلا ممن تقرر الإبطال لمصلحته، وهو المشتري ، وكان طرفا في العقد مع أن بيع ملك الغير يصححه إقرار المالك الحقيقي وهو ليس طرفا في العقد³.

- كذلك نجد القواعد العامة تقضي بأن الآثار التي تترتب على بيع ملك الغير تختلف عن الآثار التي ترتبها هذه القواعد على البطلان النسبي ، إذ من المستقر عليه أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول بأثر رجعي، وإذا أحازه من تقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد بصفة نهائية، وينتج جميع آثاره ، أما بيع ملك الغير قبل أن يبطل فلا ينتج جميع آثاره ، فهو لا ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، كما أن إجازته من المشتري لا تؤدي إلى نقل الملكية ، . بينما الإجازة التي تقررت لمن له حق طلب الإبطال أبلغ أثراً فهي تجعل العقد صحيحاً وناظراً و يحتج به اتجاه الغير⁴

-أما الرأي القائل بأنه بيع لمال مستقبلي فعندما قمنا بالتمييز بين بيع ملك الغير وما يشابهه من البيوع، وجدنا أن البيع المستقبلي يختلف عن بيع ملك الغير⁵، لأن هذا الأخير هو بيع حاضر أي يجب أن يكون موجودا يوم إبرامه ومعيناً بالذات وغير مملوكٍ للبائع طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري ، أما إذا كان البيع مجرد بيع لمال مستقبلي فالبيع صحيح، وهذا طبقا للمادة 92 من القانون نفسه؛ ولو لم يكن هذا الشيء المبيع مملوكاً للبائع يوم إبرام العقد، فإنه سيعمل على إجماده ونقله للمشتري وبذلك لا يمكن تشبيه هذا البيع بالبيوع المستقبلية .

¹-د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص184،د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص277، د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص720

²- أ/ كميح حورية المرجع السابق ، ص 62

³-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص83

⁴-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص84 د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق، ص71 و72

⁵-أنظر إلى الفصل التمهيدي من هذه المذكرة ، ص 37

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري فنجد أغلب القرارات قضت بإبطال العقد دون الإشارة إلى تأصيل هذا البطلان¹ لكن من خلال التطرق للمادة 397 من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية نجد

" acheteur peut demander l'annulation de la vente " إذ بالمشرع استعمل مصطلح

annulation و ليس nullité و هذا ما قصد به المشرع دوماً البطلان النسبي² و ليس المطلق .

فهل استعمال المشرع هذا المصطلح يعدُّ إقراراً منه على أن الجزء الذي يلحق ببيع ملك الغير هو البطلان النسبي ؟

في حقيقة الأمر رغم وجود هذا المصطلح إلا أن المشرع عندما أفرد هذا البيع بنص خاص ، لم يكن يقصد من ورائه جعل جزء بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً نسبياً لأن أحكام البطلان النسبي لا تتفق مع بطلان بيع ملك الغير لأن هذا الحق محمول بنص القانون للمشتري وحده أي قابلية الإبطال من نوع خاص هذا ماذهب إليه أغلب شراح القانون ، إذ رفضوا إخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي ، طبقاً للقواعد العامة، وهذا لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير وقواعد البطلان النسبي³ .

الفرع الخامس: نظرية العقد الموقوف

ذهب بعض الفقه المصيري⁴ إلى القول أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي⁵ ذلك أن بيع ملك الغير غير نافذ في حق المالك ، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين ، وبذلك لا يعتبر العقد هنا باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك فإذا أقره

¹ - قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم 106893 بتاريخ 1993/12/22، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 3 ، ص 29 "من المقرر قانوناً أنه إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب الإبطال البيع ولا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المباع ولو أجازته المشتري".

² - أنظر مذكرة طالبة القاضية ، رحمان نصيرة ، بيع ملك الغير ، مذكرة لتخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة الرابعة عشر، سنة 2006، ص34

³ - د/ عبد الرزاق السنهوري : "...فمن العبث إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير

، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به..." ؛ المرجع السابق ، المامش 1، ص284

⁴ - د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 108 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 85 و86؛ د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 157، ص 280؛ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ، بند 303 ص718 و719؛ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، بند 127 ، ص 149، د/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق ، ص69. " ، ويقول د/ صلاح الدين محمد شوشاري : " ويسمى العقد الموقوف بهذا الاسم لأن نفاذه أو عدم نفاذه موقوف على إجازة صاحب الحق في الإجازة أو عدم الإجازة".؛ نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص26، د/ نذير بن عمر، المرجع السابق ، فقر 132، ص123، د/جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص 182، رمضان أبو السعود ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص 135،

⁵ - د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص69، د/محمد الألفي - الفضالة ، المرجع السابق ، ص 99 ، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 718، د/جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص 182.

المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان.¹

نقد النظرية:

بالرغم من قوة هذا الرأي المأخوذ من أحكام الفقه الإسلامي إلا أنه لا يستقيم مع تنظيم القانوني لبيع ملك الغير، إذ لو كان هذا الأخير عقدا موقوفا ، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي. ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، مثله مثل أي عقد قابل للإبطال إلا في مسألة نقل الملكية إلى المشتري².

كذلك هناك اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير وبين العقد الموقوف، كما لا يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة غياب النص التشريعي، وهنا في هذا البيع يوجد نص صريح وهو المادة 397 من القانون المدني الجزائري -تقابلها مادة 466 مدني مصري- أي أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري³، وليس عقداً موقوفاً على إقرار المالك، لذلك قد يصح الأخذ به في حالة مجاوزة الوكيل لحدود وكالته⁴، فيكون إبرام العقد موقوفاً على إجازة الأصيل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بذلك. أما في بيع ملك الغير فلا يجوز لأنه يوجد نص تشريعي صريح .

- كذلك لا يجوز قياس بيع ملك الغير على البيع الذي يصدر ممن لا ولاية له ، لأنه إذا جاز اعتبار هذا التصرف الأخير موقوفاً على إجازة من يملكها شرعا ، طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر القانون⁵، إذ أنه لا يجوز الرجوع إلى أحكام الشريعة إلا في حالة عدم توفر النص القانوني .

- كما نجد نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري يقضى بأن للمشتري في بيع ملك الغير طلب إبطال هذا البيع، "والقول بأن هذا العقد موقوف يستتبع القول بأنه صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله، ومن هنا نشأ التعارض بين النص التشريعي و الأخذ بنظرية العقد الموقوف ومن ثم وجب إعمال النص الصريح " .⁶

- لهذا إذا كانت نظرية العقد الموقوف تفضل على كثير من النظريات الأخرى، فلا يمكن الأخذ بها مع وجود نص تشريعي صريح ، وإنما يجب إعادة النظر في أحكام بيع ملك الغير وفق هذا التصور الإسلامي⁷

1-د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 718، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 69

2 - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 157 ، ص 281 ، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 719.

3 - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 150، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 719، د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم ،

المرجع السابق ، ص 16، د/ رمضان أبو السعود ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 135

4- يرى د/ الياس ناصيف: "... ولأن الرجوع إلى الفقه الإسلامي لا يجوز إلا في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص صريح في القانون كما هو الأمر في تجاوز الوكيل لحدود الوكالة ، إذ يكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، ولا نص يمنع الأخذ بهذا ". المرجع السابق ، ص

113

5- طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الثاني بعد التشريع ففي حالة غياب النص القانوني، نرجع إلى

المصدر الثاني طبقاً للمادة الأولى من القانون السابق الذكر .

6 - / إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 89

7-د/ رمضان كامل المرجع السابق ، ص 70. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 88-

المطلب الثاني : نظرية البطلان الخاص

بعدها استعرضنا النظريات التي تستند على القواعد العامة في تحديد طبيعة جزاء بيع ملك الغير ، نجدها قد تعرضت لعدة انتقادات، إذ هناك من يرجع طبيعة جزاء هذا البيع إلى قواعد الفسخ، إلا أن نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح ؛ إذ أعطى للمشتري حق طلب الإبطال دون غيره. وهناك من رده إلى بطلان مطلق، إلا أن هذا الأخير لا يكون إلا في حالة تخلف أحد أركان العقد كتخلف ركن المحل أو السبب، وهناك من رده إلى البطلان النسبي لكن لا يكون ذلك إلا في حالة نقص الأهلية، أو بسبب عيب في الإرادة، وهذا غير متوفر في بيع ملك الغير. كما اتجه رأي آخر إلى فكرة العقد الموقوف، إلا أنها لا تتفق مع القانون الوضعي ، كما لا يمكن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مع وجود نص قانوني ، وعلى إثر كل هذا الخلاف والتضارب في الآراء، اتجه بعض من شراح القانون¹؛ إلى القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي لا يستمد أساسه من القواعد العامة ، بل أنشأه القانون بنص تشريعي خاص.

الفرع الأول: عرض الآراء الفقهية

إن اختلاف أحكام بيع ملك الغير عن غيره من البيوع، وما يتقرر عنه من أثر يجعله يتميز عنها بطابع خاص أي أنه يخضع لبطلان تشريعي استثنائي²، لأن المشرع وضعه لمصلحة المشتري بالدرجة الأولى ثم المالك الحقيقي، فأعطى للمشتري حق الإبطال والإجازة طبقاً لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري، وللمالك الحقيقي أن يقضي بعدم سريانه في حقه أو يجيزه كما أن إجازة هذا الأخير أبلغ أثراً من إجازة المشتري . فهو بهذا المعنى بطلان من نوع خاص³ ، نجده يستمد وجوده وأصله من نص المادة 397 السابقة الذكر ، " وليس من القواعد العامة، كما أن هذا النص منشئ للبطلان لا كاشف عنه، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية"⁴.

– ولقد انتقد بعض الفقهاء⁵ هذا الرأي، على اعتبار أن هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئاً، ويعتبر تسليمًا بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هي مقررة في القواعد العامة، وبأنه لا يصح التسليم

¹ – أنظر د/عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ، ص 283 د/رمضان كامل المرجع السابق ، ص 77 د./ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 91،

د/خليل احمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 221

² – د./ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 90

³ – ويقول د/ إسماعيل غانم في هذا الشأن " يتضح من ذلك أن تقرير بطلان بيع ملك الغير لا يستند إلى أساس من القواعد العامة، فهو بطلان استثنائي قرره المشرع لحكمة توخاها" ، مذكرات في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 22، نقلاً عن أ/ ابن محمد حسن ، المرجع السابق ، ص 67 ، د/ محمد حسن قاسم ، المرجع

السابق ، ص 184 د./ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 91

Planiol, Ripert ,Hamel - droit civil français. t10, 1956, al 48 , p51

⁴ د/عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ، ص 283 -

⁵ – د/ سليمان مرقس – المرجع السابق ، ص 720.

بذلك قبل استنفاد جميع الوسائل التي تتيحها لنا القواعد العامة . لكن في حقيقة الأمر هذا لا يعتبر عجزا من الفقهاء، وإنما هو تقرير حقيقي لحتوى نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري، التي تقابلها المادة 466 مدني مصري، لأن المشرع لو كان يقصد تطبيق القواعد العامة على بيع ملك الغير لكان الأمر سهلا، وما وجدت كل هذه التعقيدات والاختلافات في الآراء¹.

لكن رغم اتفاق هؤلاء الفقهاء على أن البطلان المطبق هنا هو بطلان من نوع خاص، إلا أننا نجدهم قد اختلفت أسانيدهم في ذلك؛ إذ يرى بعض الفقهاء أن هذه العلة تكمل في أن العقد أصبح ناقلا للملكية وهناك من يرجعها إلى عدم تمكن البائع من نقل ملكية المبيع إلى المشتري، لهذا سنبين كل رأي على حدى.

أولا : هناك من يرجع علة إبطال بيع ملك الغير في كون البيع أصبح ناقلا للملكية²
و القاعدة العقلية تقول إن فاقد الشيء لا يعطيه، وبالتالي إذا كان البائع غير مالك للشيء المبيع، فلا يمكنه أن ينقل ملكيته فور إبرام العقد. لهذا تدخل المشرع وجعل جزءا هذا العقد البطلان من نوع خاص في هذه الحالة فقط، أما في الحالة التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد، فلا نطبق عليها هذه القاعدة لزوال السبب، وخير مثال على ذلك، أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد التسجيل في البطاقات العقارية³. وهذا مانص عليه قانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجزائري⁴ في مادته 15، حيث تؤكد على أن الملكية في العقارات لا تتم لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشر عقود في مجموعة البطاقات العقارية، وهذا البطلان في نظرهم لا يقع إلا على البيوع الناقلة للملكية في الحال، لأن عقد بيع العقار قبل التسجيل لا يربط إلا التزامات شخصية، فهنا يعطي للمشتري حق رفع دعوى الفسخ عند عدم تنفيذ البائع لالتزامه، فالعقد صحيح قابل للفسخ عند عدم التنفيذ⁵، أما إذا تم تسجيله فإنه يصبح عقداً ناقلاً للملكية .

- فقول هذا الاتجاه ببعض من انتقادات منها، إذ لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المقصود من ورائه نقل الملكية في الحال والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، إلا أنه إذا وقع بيع العقار صحيحاً قبل التسجيل فيبقى صحيحاً بعد التسجيل، لأن التسجيل لا يبطل العقد الصحيح وسبب

¹- د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 77.

²- د/ أحمد نجيب الهلالي باشا - عقد البيع، الطبعة 3، لسنة 1940، بند 211، ص 164 نقلا عن مذكرة أ/ كميح حورية، المرجع السابق ص 67 كذلك أنظر في عرض هذا الرأي أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 2، ص 287

يقول د/ عبد الرزاق السنهوري ويتفق معنا الأستاذ حامد زكى في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل أنشأه المشرع بنص خاص ولكن علة البطلان عنده ترجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متراجعا إلى حين حصول التسجيل، فمن بيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع... المرجع السابق، هامش 1، ص 285

³- "و يقابله قانون التسجيل الصادر في 26 يونيو 1923 والذي عمل به في مصر ابتداء من أول يناير 1924، وهو عبارة عن قانونين يشتملان على نصوص واحدة، أول هذين القانونين هو قانون رقم 18 سنة 1923 ويسري أمام المحاكم الوطنية، أم القانون الآخر فهو القانون 19 سنة

1923 ويسري أمام المحكم المختلطة "؛ نقلا عن د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 207

⁴- الامر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بقانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري -

⁵ د/ سليمان مرقس - المرجع السابق، ص 725 و 726 -

الدافع إلى عدم نقل الملكية في الحال لا يرجع إلى إرادة المتعاقدين.¹ كما أن نقل الملكية في العقار لا وجود له بإتفاق خاص ، بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة 1923 ومن ثمة تزول علة الإبطال²

ثانياً : يرى اتجاه آخر أن علة الإبطال في هذا البيع بسبب عدم التزام البائع بنقل الملكية أي إخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية .

فعلة البطلان في نظرهم ، هو عدم قدرة البائع على نقل الملكية، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو نقل الملكية لذا تدخل المشرع بالنص على بطلان هذا التصرف، كما أن هذه العلة تفهم من خلال التطور التاريخي لطبيعة البيع كعقد ناقل للملكية³. كما أن علة البطلان في بيع ملك الغير ، الغير مسجل موجودة، و النص على البطلان جاء عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع طبقاً للمادة 466 مدني مصري⁴ .

كما أن قانون التسجيل العيني لسنة 1923 الذي جاء به المشرع المصري لم يغيّر من طبيعة بيع العقار إذ لا يزال من طبيعة نقل الملكية⁵ سواء سّجل أو لم يسجّل، فنصت المادة الأولى من قانون التسجيل على أنه: " في جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعبوض أو بغير عبوض التي من شأنها إنشاء ملكية... شهرها بواسطة تسجيلها"⁶. وكذلك المادة 9 من قانون رقم 25 لسنة 1976⁷ الخاص بتنظيم الشهر العقاري المصري ، التي تنص: "على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية يجب شهرها بطريقة التسجيل"⁸ وبالرجوع إلى نص المادة 61⁹ من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجزائري نصت على مايلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي. " فبيع عقار قبل التسجيل يبقى ناقلاً للملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها من جانب البائع، إذ علة البطلان في بيع ملك الغير قبل التسجيل موجود بصريح نص المادة 1/466 من القانون المدني

¹- د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق، ص 287

²- د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق، بند 158، ص 286. ويرى في هذا الصدد د/ سليمان مرقس: " فلا بد من التسليم بأن بيع ملك الغير يقع باطلا مادام قد قصد به أن يكون ناقلاً للملكية بذاته." المرجع السابق ، ص 716

³- د/ عبد الرزاق السنهوري: "...وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجودة ، والنص المنشئ للبطلان لم يلغ قانون التسجيل." المرجع السابق، هامش 2 ، ص 287 ، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ص 76

د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص 286⁴-

⁵ - (ذهب أغلبية الشراح إلى أن: " بيع العقار المملوك للغير يقع حتى بعد صدور قانون التسجيل باطلا سواء سجل العقد أو لم يسجل، وقد حسم التقنين المدني المصري هذا الأمر في المادة السابق ذكرها 1/466 ونص على الإبطال سواء سجل العقد أو لم يسجل" نقلاً عن د/ محمد صبري سعدي ، المرجع السابق ، ص 153. (مع الملاحظة فإن القانون 115 لسنة 1946 عدل بمقتضى قانون 25 لسنة 1976 متعلق بشهر العقاري المصري)

⁶- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص 286

⁷- (ج.ر.م. ، ع 14 صادر في 1976/04/01 -

⁸- د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق، ص 286 د/ إسماعيل عبد النبي- المرجع السابق ، ص 110

⁹ (ج.ر.ج. ، ع 30 صادر في 1976 /04/13 -

المصري -تقابلها المادة 1/397مدي جزائري كما سبق ذكره .

- ولقد أنتقد هذا الرأي أيضا بأنه ينبغي ألا نتجاهل ماينص عليه القانون من أن بيع ملك الغير لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري لاستحالة ذلك ، نظرا لأن البائع غير مالك وقت العقد ، وهذا يتعارض مع القواعد العامة التي تقضي بأن البطلان النسبي ينتج جميع أثاره إلى أن يقرر بطلانه¹. كذلك من خصائص الشهر العيني القوة الثبوتية إذ ما تم شهر التصرف أصبح عنواناً للحقيقة ولا يمكن قبول طلب إبطاله بأي طريقة كانت بعد تسجيله .

ثالثا : يذهب هذا الرأي إلى القول بأن سبب الإبطال في بيع ملك الغير يعود إلى أن انتقال الملكية يتم قانونا بمجرد إبرام العقد.²

فيرى هذا الرأي أن انتقال الملكية يتم قانونا بمجرد إبرام العقد .و إنشاء القانون هذه القاعدة ، ترتب عنها أن بيع ملك الغير يعطل من أحكام القانون.غير أن هذا التأخير لا ينتج عنه الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة.لهذا تدخل المشرع وأنشأ قاعدة أخرى وهي بطلان بيع ملك الغير لأننا إن لم نكن أمام هذا القاعدة الأخيرة ، فيكون جزاء هذا التصرف هو الفسخ لعدم التنفيذ. ففي بيع الشيء المعين بالنوع لا تنتقل الملكية بمجرد الاتفاق وإنما تنتقل بالتعيين والفرز، كفرز نوعية القمح أو شيءٍ آخر، لهذا لا يوجد هنا محل للبطلان دائما يكون محلا للفسخ عند عدم التنفيذ، ومع أن بيع العقار ينشئُ التزاما بنقل الملكية، إلا أن المشرع استبعد البطلان في هذه الحالة. ومادام هذا الأخير يرى بأن الالتزام في العقار قبل تسجيله يكون مجرد التزاما شخصيا بنقل الملكية، ومن ثم فإن علة البطلان في بيع ملك الغير قد زالت بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة 1923 الذي فرض شروطا محددة لانتقال الملكية في العقار .

- كما أن هذا الرأي كان محل نقد ؛ إذ أن المشرع المصري عندما جاء بقانون التسجيل لم يضيف شيئا لطبيعة البيع كعقد ناقل الملكية، وإنما أخر وقت انتقال الملكية إلى تاريخ التسجيل³ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري .
- كذلك علة عدم نقل الملكية بمجرد التعاقد لا ترجع إلى إرادة المتعاقدين، فإن المشرع جعل انتقال الملكية يتراخى إلى حين تسجيل العقد . فيبقى سبب البطلان هو اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل الملكية في الحال هي متوفرة في بيع عقار الغير حتى قبل التسجيل ، فيقع قابلاً للإبطال⁴.

¹- د/ إسماعيل عبد النبي- المرجع السابق ، ص92

²- د/ حلمي مجت بدوي - بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ، ع1 لسنة 1931، ص 600 وما بعدها ؛ نقلا عن أ/ كميح حورية ، المرجع السابق ، ص69 ، كذلك أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، الهامش 1 ، ص287، د/ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 258

³د/ سليمان مرقس- المرجع السابق ، ص726-

⁴- د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 109 د/ سليمان مرقس- المرجع السابق ، ص726 ، د/ السنهوري ، المرجع السابق

الفرع الثاني : الرأي الراجح

برجوع إلى الآراء السابقة في تحديد علة بطلان بيع ملك الغير ، فإن الرأي الذي يرجع علة بطلان بيع ملك الغير إلى أن البيع أصبح ناقل للملكية فهو غير مقبول لأن المشرع الجزائري لم يرجع العقد ذاته ناقل للملكية، وإنما منشأ لمجرد إلتزام بنقل الملكية.¹ كما لا يكفي أن نقول أن البيع أصبح ناقلا للملكية حتى يرتب هذه العلة . أما الرأي الذي يرجع علة إبطال بيع ملك الغير إلى أن انتقال الملكية يتم قانونا بمجرد إبرام العقد ، رغم أن لهذا الرأي الكثير من الصواب، إلا أن أغلب شراح القانون لم يأخذ به لإعتبار أن سبب تأخير نقل الملكية ليس بسبب إرادة المتعاقدين، فقد يعمل المشرع إلى جعل العقد يتراخى وهذا ما نجده في الملكية العقارية، وبتالي لا دخل لإرادة المتعاقدين في تأخير هذا العقد.

لذلك فإن الرأي الراجح الذي يذهب إليه الكثير من شراح القانون ذلك الذي يرجع سبب الإبطال إلى عدم التزام البائع بنقل الملكية أي البطلان هنا، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن قواعد العامة في البطلان من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحا إذا أصبح البائع مالكا للمبيع مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحا إلا إذا أجازته العقاد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري، لهذا فإن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص. لا يستمد وجوده وأساسه من القواعد العامة، بل أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة وهي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع كعقد ناقلاً للملكية .² وبالرجوع إلى المادة 397 من القانون المدني الجزائري، نجد المشرع الجزائري قد خص بيع ملك الغير بنص خاص لأن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى نتائج مختلفة، وقد بينا هذا الأمر في المطالب سالفة الذكر³.

- كذلك لو رجعنا إلى القانون المدني الجزائري⁴، وفي القسم الثاني من الفصل الأول، المتعلق بعقد البيع نجد المادة 397 المتعلقة ببيع ملك الغير تدرج ضمن الجزء المخصص بعنوان أنواع البيع، لهذا لو كان قصد المشرع الجزائري تطبيق القواعد العامة على هذا البيع لكان قد أدرجه تحت فصل خاص كشيء العقد أو عيوب الرضا أو الإلتزامات... لهذا فإن جزاء الذي يلحق هذا البيع (قابلية للإبطال من نوع خاص) يستمد وجوده من نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري ، تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري ، لأن هذا النص منشئ للبطلان لا كاشف عنه، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية⁵.

¹-د/ محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 189

²-د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص 283 ، د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 152، د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 77 ، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 91 د/ الياس ناصيف : "...فرد أساس البطلان إلى عدم قدرة البائع على تملك المبيع إلى المشتري أقرب إلى القانون والواقع من اعتماد القواعد العامة . " المرجع السابق ، ص 117.

³-أنظر إلى الفرع الأول من هذا الفصل ، ص 54 وما بعدها -

⁴ - القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/5/13 المتضمن القانون المدني الجزائري (ج.ج.ع.ج.ع 31 المؤرخة في 2007/05/13) -

⁵-د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 77، د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص 283

غير أن ما يُؤخذُ على المشرع الجزائري، هو جعل إبطال هذا البيع يشمل: "... المنقول كان أو العقار أعلن أو لم يعلن...". طبقاً للمادة 1/397 مدني جزائري¹ -تقابلها مادة 1/466 مدني مصري- مع أن المشرع الجزائري، قد أخذ بنظام الشهر العيني تطبيقاً للأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 والمعمول به بأثر رجعي اعتباراً من 5 جويلية 1975 الذي أنشأ نظام السجل العيني. والعقود المشهورة طبقاً لهذا النوع من النظام لها قوة ثبوت مطلقة²، وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد صبري السعدي: "فحكم هذه المادة يسري إذا لم يكن بيع العقار مشهراً، أما إذا كان قد حصل إشهاره فإن حكمها يتعارض مع قانون تأسيس السجل العقاري الجزائري السابق ذكره"³ لأنه قائم على قوة ثبوتية مطلقة وهي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس. وبمعنى آخر قبل الشهر يكون بيع عقار الغير قابلاً للإبطال حكمه حكم المنقول ولا اعتراض على نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري. أما إذا أشهر عقار الغير، فإن الملكية تنتقل بهذا الشهر مطهرة من كل عيب رغم قابلية العقد للإبطال، وهذا هو وجه خلاف على نص المادة 397⁴ سابقة الذكر. لهذا من النادر أن يحدث ويقوم شخص ببيع عقار الغير، و يشهره، فإن وقع فالمالك الحقيقي حقه مضمون ويمكنه المطالبة بالتعويض، و تحل مسؤولية الدولة في تعويضه عن خطأ المحافظ العقاري⁵. كما أن الشهر في التسجيل العيني لا يتم إلا بعد إجراء تحقيقات دقيقة وذلك عن طريق المراقبة و المراجعة، أي أن المكلف بالشهر العقاري لا بد أن يتحقق من كل التصرفات التي شملتها عملية المسح، وتم قيدها في السجل العقاري، تكتسب الحجية في مواجهة الكافة، فلا يمكن لحائز العقار أن يطالب بملكية العقار المشهر مهما طال مدة وضع يده عليه، وهذا ما تم ذكره سابقاً⁶. ونتيجة لما تقدم لا يمكن القول بتملك شخص عقار الغير في ظل وجود نظام الشهر العيني الذي يقوم على أساسين: أي من ناحية الترتيب لا تشهر العقارات على أساس أسماء الأشخاص بل على أساس العقار ذاته، وأن التصرف المشهر له حجية مطلقة، لهذا يبقى التصور الوحيد لبيع شخص عقاراً لا يملكه هو الحالة التي لا يتبع فيها الإجراءات القانونية.

د/ محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 153-1.

² - مبدأ القوة الثبوتية، بمعنى أن التصرفات التي تقيد في هذا النظام هي قرينة قاطعة على الملكية العقارية بالنسبة للعقار أو الحق العيني موضوع الشهر، ويصبح سليماً خالياً من العيوب مهما كان مصدرها. هذا الحق المقيد هو حجة على الكافة ولا يمكن الطعن فيه لا بالبطلان ولا بالاستحقاق ولا بالاسترداد ويكون المتصرف في مأمّن من المنازعات مما يطمئن المتعاملين الاقتصاديين ويشجع القروض المرتبطة بالرهن وعليه فالحق العيني العقاري لا ينشأ ولا يعدل ولا يزول ولا ينتقل، إلا إذا اخضع إلى عملية الإشهار العقاري، وهو ما تؤكدته المادة 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. أنظر د/ عمر حمدي باشا ود/ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دارهومة، ط3 الجزائر، ص 2007 ص 43.

³ د/ محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 153 -

⁴ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 153 و 154. د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 189

⁵ - بينت المادة 23 من قانون تأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 " أن تحل مسؤولية الدولة مدنياً عن الأضرار التي تصيب أصحاب الحقوق الثابتة الناجمة عن الأخطاء التي تقع من المحافظ العقاري وحددت هذه المادة عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى".

" إن الغرض من تطلب الرسمية أي الشكلية القانونية مع الشهر في العقار المباع للملك للغير هو في حد ذاته حماية له وحماية للملك الغير من التعدي

عليه. J. Huet : Les principaux contrats spéciaux- Traité de droit civil- sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ- 1996- n°

11140- p88. "

⁶ - أنظر الفصل التمهيدي من هذه مذكرة، ص 34 و ما بعدها

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لجزاء بيع ملك الغير

بالرجوع إلى الجزء الذي يلحق بيع الفضولي، الذي يقابله في القانون بيع ملك الغير، نجد اختلاف آراء فقهاء المسلمين في حكم هذا البيع الذي يقوم على اتجاهاين : الأول يناهز بالقول أن بيع الفضولي يقع باطلاً ويقرر عدم إجازته أي باطل من أساسه لا ينتج أي أثر؛ حتى ولو أجازته المالك ، بينما يذهب اتجاه آخر بالقول بإجازته، إلا أنه يتوقف على إقرار المالك له¹. إذ سنخصص لهذا المبحث ثلاث مطالب: الأول ندرس فيه الرأي القائل ببطلان هذا البيع، والثاني بتوقفه على إجازة المالك مع الانتقادات التي وجهت لهم أما في المطلب الثالث نقارن بين الفقهاء في مسألة تأصيل طبيعة جزء هذا البيع .

المطلب الأول: الرأي القائل بالبطلان.

لقد سبق وتحدثنا عن الفضولي عندما² تطرقنا لتكييف الشرعي لبيع ملك الغير، هذا الأخير يتصرف في حق الغير بغير إذن شرعي،³ بخلاف المادة 150 من القانون المدني الجزائري، التي تتحدث عن الفضالة، والتي يكون من ورائها تدخل هذا الشخص قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً به، أي يحدد منطلق الاختلاف بين مفهوم الفضالة في القانون، والفقهاء الإسلامي، إذ الفضالة في الفقه الإسلامي لا تشترط في عمل الفضولي عملاً عاجلاً وضرورياً⁴ بخلاف القانون الوضعي الذي يشترط ذلك⁵.

الفرع الأول: عرض الرأي

ذهب بعض المالكية⁶ و ابن حزم الظاهري⁷، أبو ثور بن المنذر⁸، والشافعية في المذهب الجديد⁹ والحنابلة في إحدى الروايتين¹⁰، 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 لو أجازته " المالك الحقيقي " كما يدعمون رأيهم ؛ بأن الفضولي لا يعتبر مالكاً للشيء المبيع وليس له ولاية التصرف فيه، وليس

¹-د/ محمد الألفي - الفضالة ، المرجع السابق ، ص103

²- أنظر الفصل لأول، المطلب الثالث من هذه المذكرة.ص20

³- ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق ج6، المرجع السابق ، ص 245.، د/ الياس ناصيف : " ويلاحظ أن الفضولي في الفقه الإسلامي يختلف عنه في القانون المدني ، ففي القانون المدني : الفضولي هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة لرب المال تفضلاً منه فيرجع عليه بما انقضى في ذلك ، أما الفضولي في الفقه الإسلامي فهو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة . " ، المرجع السابق ، ص 110

⁴-د/عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج4، المرجع السابق ، ص183

⁵-د/محمد حسنين منصور - مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص884 .

⁶ - شهاب الدين ابي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالفراق المالكى - الفروق، ج3، ط دار المعرفة ، بيروت ط 1347 هـ، ص244

⁷-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري الأندلسي - المحلى ج8- المرجع السابق ، ص434

⁸ - النووي أبو زكريا محي الدين ، المجموع ج9، المرجع السابق ص 261.

⁹ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، المرجع السابق ، ص 21

¹⁰ - عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج4، المرجع السابق ، ص274 و275

مؤذونا 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 إعمال العقد من جديد بين المشتري وبائع ملك الغير لأن العقد الأول لا وجود له¹، وقد استدلت هؤلاء الفقهاء على هذا البطلان بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومصادر القياس والعقل نعرضها فيما يلي:

أولاً: من القرآن الكريم.

بالرجوع إلى الآية الكريمة التي استدلت بها هؤلاء الفقهاء في قول الله سبحانه و تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾² فالعقد الذي أوقعه الفضولي عند هؤلاء الفقهاء، حسب تفسير الآية الكريمة، يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل ، لعدم وجود رضا المالك ، ولا يمكن أن تصحح الإجازة اللاحقة عقدا باطلا.³ كما استدلتوا بقول العزيز الجبار: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁴ فتدل هذه الآية الكريمة على أن الفضولي أولاً لا يمكنه أن ينقل الملكية للمشتري بمعنى لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع، و لا يملك المالك الثمن فيقع باطلا،⁵ كما لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في يبعه فإن وقع فسخ⁶.

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 يأتييني الرجل يسألني البيع و ليس عندي، أفأبيعه؟ فأجابه صلى الله عليه و سلم: "لا تبع ما ليس عندك"⁷

¹ - الكاساني علاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج6 ، دار الكتاب العلمية ، ط2، بيروت لبنان، 1424هـ، 2003 ، ص573، 575 و/د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج4 ، المرجع السابق ، ص168 و169 النووي أبو زكريا محي الدين ، المجموع ج9، المرجع السابق ص 259 ، د/ صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف المرجع السابق ، ص43، د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص93 و94، د/ إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، ص 23، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم - المحلى، المرجع السابق، ص 434 و 435

² - سورة النساء الآية 29 .

³ - د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 94 . د/ جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع ، الإيجار ، المقاوله ، المرجع السابق ، ص 183

⁴ - سورة الأنعام - الآية 164

د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 95⁵ -

⁶ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم - المحلى ج 8 ، مسألة رقم 1460 ، المرجع السابق ، ص 435 .

⁷ - الحديث رواه أبو داود في سنن - في كتاب الإجازة ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، رقم الحديث: 3503، سنن أبي داود ، ج4 ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد- دار الفكر - لبنان ، د.ت ، ص 665 ، أبي سليمان حمد بن محمد الخطّائي السيّ - معالم السنن شرح سنن أبي داود ، ج3، مطبعة المدني ، ط 1 ، ص 1428هـ، 2007، أبي إسحاق الشّيرازي ، المهذب في الفقه الإمام الشافعي ، ج 3 ، المرجع السابق

، ص 21 . عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج 4 المرجع السابق ص 274

فهذا الحديث عن المصطفى نهي صريح¹ ، وهو دليل على منع الإنسان من بيع ما ليس عنده أي من بيع ما ليس مملوكا له ، والفضولي لا يفعل غير ذلك² .

أما الدليل الثاني في قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك"³ . ففي الحديث نهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه ، والنهي يفيد عدم مشروعية المنهي عنه⁴ .

ثالثا: من القياس.

يرى أنصار هذا الرأي أن من يبيع مال الغير ، يبيع شيئا لا يقدر على تسليمه ، فأشبهه ببيع السمك في الماء ، أو الطير في الهواء ، وهو بيع فاسد و باطل بالإجماع⁵

رابعا: من المعقول.

يرى أنصار الرأي القائل ببطال بيع ملك الغير أن الشخص الذي يبيع ملك غيره يعتبر تصرفه باطلا. باعتبار أن هذا العقد تم من غير المالك ولم يكن لا وكيلا ولا نائبا ، و بالتالي فالملكية أو الولاية شرط من

¹ - وقد جاء في زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية: " .. نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنده فهذا ... يتضمن نوعا من الغرر فانه إذا باعه شيئا معينا وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان مترددا بين الحصول وعدمه فكان غررا يشبه القمار فنهى عنه." ؛ الحافظ أبي عبد الله بن قيم الجوزية - زاد المعاد في هدى خير العباد، ج3 ، المجلد 3، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، ص 262 جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج4 ، ط1 دار الحديث ، ص 1415هـ، 1995، ص 529 و530، عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج 4 المرجع السابق ص 274 ، د/وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج4 ، المرجع السابق ص 374

² - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها ، المرجع السابق ، ص 78 ، أبي سليمان حمد بن محمد الخطّابي البستي - معالم السنن شرح سنن أبي داود ، المرجع السابق، ص125، د/وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 168 ، د/ محمد محي الدين إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 57، السيد سابق ، فقه السنة ، السلم والحرب ، المعاملات ج3 ، المرجع السابق ، ص 172 . عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج 4 المرجع السابق ص 274.

³ - رواه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب الطلاق قبل النكاح رقم الحديث 2190 ، سنن أبي داود ، ج4 ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المرجع السابق ، ص 665 و666 . عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج 4 المرجع السابق ص 274

⁴ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك ، المرجع السابق، ص 78. عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي - المغني ، ج 4 المرجع السابق ص 275

استدل فقهاء هذا الرأي أيضا بما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أرسل عقاب بن أسد إلى أهل مكة: " أن أبلغهم عن أربعة خصال أنه لا يصلح شرطان في البيع و لا بيع و سلف و لا بيع ما لم تملك ولا ربح ما لم تضمن " ، رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع جامع أبواب الخرج بالضممان والرد بالعيوب وغير ذلك، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وبيع ما لا تملك ؛ أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي - كتاب السنن الكبرى ، ج5 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، د.ت. ص 340

⁵ - النووي أبو زكريا محي الدين ، المجموع ج9 ، المرجع السابق ، ص 263 . احمد إدريس عبده ، فقه المعاملات ، المرجع السابق ، ص 79 ، الكاساني علاء الدين بن مسعود - بدائع الصنائع ج6 ، 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 كالمسك في الماء وبهذا يقسون بيع الفضولي على بيع الغرر." فقه السنة ، تأليف السيد سابق، دار الكتاب العربي ، المجلد الثالث ، الطبعة الشرعية الثامنة ، بيروت لسنة 1407هـ - 1987 ، ص 118.

شروط انعقاد التصرف. فإذا لم تتوفر شروط الانعقاد كان العقد باطلا¹. وكما أن العقد يعني توافق و التراضي بين المتعاقدين ، بحيث كل من الطرفين يمكن للآخر بما له عنده فالمشتري يمكن البائع بتقديم الثمن، والبائع ينقل الملكية ، و مادام الفضولي لا يستطيع ذلك فيقع باطلا²

الفرع الثاني: تقييم الحجج

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

أولاً: القرآن الكريم

1/ فيما يتعلق بمسألة أكل أموال الناس بالباطل، أن بيع الفضولي لا تنتج عنه آثارا إلا إذا أجازته المالك الحقيقي، ومادام لم تكن هناك آثار تنتج بعد ، فلا مجال للقول فيه بأكل مال الناس بالباطل في هذه الحالة، وأن العقد الموقوف لا يرتب عليه أي أثر، إلا بعد الإجازة، ومادام لم يتم نقل المبيع من البائع إلى المشتري، فإن الآية هنا لم تحرم بيع الفضولي³.

2/ أما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾⁴ 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 يجزه لا أثر لهذا العقد إذ يبقى موقوفا على إجازته"⁵

ثانياً: في السنة النبوية الشريفة

النهي الوارد في قوله صلى الله عليه و سلم " لا بيع إلا فيما تملك"⁶، يخص البيع التام النافذ الذي يستعقب المطالبة من الطرفين ، فهو المنهي عنه، لا البيع الموقوف الذي تثبته أو المراد أن يبيعه ، ثم يشتريه، فيسلمه بحكم ذلك العقد⁷.

¹-ويقول د/ وهبة الزحيلي: " إن أي تصرف لا يوجد شرعا إلا بتوفر الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو الإذن من المالك والفضولي ليس مالكا لما يتصرف فيه ولا مأذونا له من المالك فلا يكون لتصرفه وجود شرعا، ولا يترتب على ذلك أي أثر". المرجع السابق، ص169 وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ج6: "... وعند الشافعي لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها تثبت بالملك أو الإذن المالك وقد فقد أولا انعقاد إلا بالقدر الشرعي". المرجع السابق، ص245. الكاساني علاء الدين بن مسعود - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج6، المرجع السابق، ص574، د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص96

²-أبو محمد علي بن أحمد بن حزم: "ثم نسألهم عن باع مال غيره فنقول: أخبرونا هل ملك المشتري ما اشتري وملك صاحب الشيء المبيع الثمن بذلك العقد أم لا ، فإن قالوا لا وهو الحق وهو قولنا فمن الباطل أن لا يصح عقده حين عقده". المحلى ، المرجع السابق، ص437

³ -د/ محمد الألفي ، المرجع السابق، ص94، د/ صلاح الدين شوشاري ، المرجع السابق ، ص43

⁴ - سورة الأنعام آية 164-

⁵ - د/ محمد الألفي ، المرجع السابق، ص95

⁶ - رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح رقم الحديث2190، سنن أبي داود ، ج4 ، سليمان بن الأشعث ، المرجع السابق، ص665 و666

⁷ - الكاساني علاء الدين بن مسعود - بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق، ص575 =.

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 بصاحبه¹.

ثالثاً: القياس.

إن قياس بيع ملك الغير على بيوع الغرر - كبيع السمك في الماء والطيور في الهواء - قياس مع الفارق، لأن الطير في الهواء فيه جهل بالمبيع بخلاف بيع الفضولي فإن المبيع فيه غير 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 عليه².

رابعاً: المعقول .

أن الولاية في العقد هي شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، وتختلف شروط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد ، على إجازته ممن له الحق فيها شرعاً ولا يمكن القول ببطلانه ، لهذا فإن بيع الفضولي يتم صحيحاً ، لإشتماله على جميع أركانه ، وشروطه ، إلا أنه موقوف لتخلف نفاذه وهو إقرار المالك³. 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.

==وجود في فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك : " قياس مع الفارق فلا يصح ، لأن كلا من الطلاق و العناق تترتب عليه الآثار بمجرد وجود العبارة الدالة على إنشائه ، ولذلك لا يقبلان الخيار فكذلك لا يقبلان الإيقاف ، بخلاف البيع فإنه يقبل الخيار فيقبل الإيقاف ، ففارق الطلاق و العناق . " المرجع السابق ، ص79، وجاء في فتح قدير لابن الهمام ج5: " هذا الحديث يثبت مقصوره على الحال وحكم ذلك السبب ليس بهذا بل أنه يثبت بالإجازة. " المرجع السابق ، ص309

¹-احمد إدريس عبده ، فقه المعاملات ، المرجع السابق ، ص 78

² - وجاء في فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك : " ... بأنه قياس مع فارق فلا يصح ، لان الطير في الهواء فيه جهل بالمبيع بخلاف بيع الفضولي فإنه البيع فيه غير مجهول " ؛ المرجع السابق ، ص 79 ، وجاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة: " ومن البيوع الفاسدة بيع الطير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه بإجماع المذهب الأربعة ... " الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات ، تأليف عبد الرحمن الجزيري ، المجلد الثاني ، دار الفكر د.ت ص 233.

- الكاساني علاء الدين بن مسعود: " أما قياس الفضولي على بيع سمك في الماء والطيور في الهواء فقياس مع فارق ، إذ بطلان بيع السمك ، والطيور ليس لعدم القدرة على التسليم بل لعدم المحل فيها فإنهما ليسا بمملوكين أصلاً بل لأخذ وليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع . " ؛ بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق ، ص 575 ،

³ - النووي أبو زكريا : " هو بيع موقوف على الإجازة ، قالوا ولان إذن المالك لو كان شرطاً في انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على بيع لأن ما كان شرطاً للبيع لا يجوز تقدمه عليه ... اجتمعنا على أن الإذن في البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط في الصحة انعقاد " ، المرجع السابق ، ص 262 ابن نجيم زين الدين: " .. فتثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجود كيف وأن الإذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع " ، البحر الرائق ج6، المرجع السابق، ص245 ، كذلك أنظر في عرض هذا الرأي د/ عبد الرزاق حسن ، المرجع السابق ، ص 68

المطلب الثاني: الرأي القائل بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك

قبل التطرق إلى عرض هذا الرأي، يجب البدء بتحديد بعض المفاهيم منها:

أولا ما معنى العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية ؟

الوقف في اللغة: يقال وقفت الدابة تقف وقفا ووقوفا سَكَنْتَ ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى، ووقفت الدار وقفا حَبَسْتُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ... ووقفت الأمر على حضور زيد أي علّقت الحكم فيه بحضوره.¹ أما في الاصطلاح: "العقد الموقوف هو الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من أثاره، على الرغم من أنه عقد صحيح، يعترف الشارع بوجوده بل يتوقف ترتيب أثاره على إجازته ممن 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 مادة 300 من مرشد الحيران⁴: "من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفا، على إجازة المالك فإن أحازه نفذ وإلا بطل".

الفرع الأول: عرض الرأي

أنصار هذه الرأي من الشافعية في المذهب القديم وحكي عن المذهب الجديد هذا الرأي أيضا⁵ والأحناف⁶ والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد⁷، وأغلب المالكية⁸ وإسحاق بن راهوية⁹. يرى هؤلاء الفقهاء أن هذا البيع يقع صحيحا، إلا أنه لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، إلا إذا أحازه المالك الحقيقي وعندئذ تنقرر صحته منذ انعقاده، وينتج جميع أثاره بأثر رجعي. وإن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلا، واعتبر كأن لم يكن، واستدل في ذلك على:

¹ أحمد بن محمد علي المقرئ القيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 256 و257-¹

² - د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 43.

³ - د/ صلاح الدين محمد الشوشاري، المرجع السابق، ص 26. وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لحيدر علي في شرح المادة 111 متعلق بتعرف العقد الموقوف من مجلة الأحكام العدلية: "البيع المشروع أصلا ووصفا، والذي يفيد الملك على وجه التوقف"، تعريب المحامي فهمي

حسيني، 1م، البيوع، الإجارة، الكفالة، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2003. ص 108

محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، الفضل الثاني فيما يجوز بيعه وما لا يجوز، المرجع السابق، ص 49-⁴

⁵ - النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص 259 و262 و263، شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مُغْنِي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص 21 و22.

جاء في شرح البهجة لأنصاري علي متن البهجة للعلامة بن الوردى ج 2 الطبعة اليمنية بمصر، ص 406، ما نصه: "في القديم موقوف وحكي عن الجديد أيضا وجاء في المجموع للنووي ج 9، المرجع السابق، ص 259؛ بنصه: "والقول الثاني وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك أن أحازه صح البيع وإلا ألغاه"؛ نقلا عن د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 32.

⁶ - الكاساني علاء الدين بن مسعود - بدائع الصنائع ج 6، المرجع السابق، ص 573 و576

عبدالله بن أحمد بن قدامة - المغني ج 4، المرجع السابق. ص 274 و275-⁷

⁸ - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي المالكي - الفروق، ج 3، المرجع السابق، ص 243

⁹ - أنظر؛ النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع، المرجع السابق، ص 259

أولاً: القرآن الكريم

استدل هؤلاء الفقهاء المسلمين بقوله سبحانه و تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾¹، وقوله أيضاً: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾² وقوله سبحانه و تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾³. إن هذه الآيات الكريمة تدل على : أن الله عز وجل شرع البيع و الشراء و التجارة و ابتغاء الفضل بنصوص عامة من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطرق الأصالة و بين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء ، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء و بين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصّ بدليل⁴ .

كذلك أخذوا في استنادهم بقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾⁵ فهنا إمضاء ببيع الفضولي بعد الإذن يعد من قبيل التعاون على البر و التقوى لأنه يكفي أحياه عناء البيع و مشقته ، فيكون مشروعاً خاصة إذا كان يراعي في تصرفه مصلحة المالك⁶ .

ثانياً: السنة النبوية.

استدل القائلون بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك بما روي عن أبي داود، و الترمذي، و ابن ماجه، أن عروة البارقي في قوله دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين، بعث أحدهما بدينار و جمّت بالشاة و الدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ما كان من أمري⁷ فقال: " بارك الله لك في صفقة يمينك"⁸ .

¹ - سورة البقرة آية 275.

² - سورة النساء آية 29.

³ - سورة الجمعة ، آية 10.

⁴ - الكاساني علاء الدين - بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق ، ص 576 ويقول د/ وهبة الزحيلي : " فإعمال العقدي أولى من إهماله وربما كان في العقد مصلحة للمالك وليس فيه أي ضرر لانه في مقدوره إجازته من عدمه ؛ " الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ، ص 167 أحمد إدريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 77

⁵ - سورة المائدة، الآية 2.

⁶ - النووي أبو زكريا محي الدين، المرجع السابق ، ص262. الكاساني علاء الدين - بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق ، ص 576 شهاب الدين ابي العباس أحمد ، الفروق ج3، المرجع السابق ، ص243 أحمد إدريس عبده ، المرجع السابق ، ص77.

⁷ - النووي أبو زكريا محي الدين ، المرجع السابق ، ص 262؛ السيد سابق : " وعقد الفضولي يعتبر عقدا صحيحا إلا أن لزومه يتوقف على إجازة المالك أو وليه فإن أجازة نفذ ، وإن لم يجزه بطل . "؛ فقه السنة ، السلم و الحرب - المعاملات ، المجلد 3 ، الأجزاء من 11 إلى 14، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1397 هـ، 1977، ص 133 الكاساني علاء الدين - بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق ، ص 576 . د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 168

⁸ - أخرجه الترميذي في السنن، كتاب البيوع ، باب ما جاء في اشتراط الولاء و الزجر عن ذلك رقم الحديث 1258، الجامع الصحيح سنن الترميذي أبي محمد بن عيسى بن سورة ، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، ج1، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، د.ت. ص559

ووجه الدلالة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، أن عروة اشترى الشاة الثانية وباعها دون إذن مالكتها، وهو النبي صلى الله عليه وسلم، فلما رجع إليه وأخبره أقره ودعا له، فدل ذلك على صحة شراء الشاة الثانية وبيعه إياها. كما يدل ذلك على أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج أثره بالإجازة¹. ولو كان باطلا لرده وأنكره عليه تصرفه لأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن.

ثالثا: القياس.

يرى أنصار هذا الرأي قياس تصرف الفضولي على الوصية، فالوصية إذا تجاوزت الثلث لا تجوز ابتداء وإذا وقعت فللورثة الخيار، إن شاؤوا أجازوها وإن شاؤوا ردّوها، كما قاسوا بيع الفضولي ببيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح باتفاق الفقهاء ولكن الحكم يتأخر فيه إلى حين الإجازة أو الرفض من المالك فهذا يدل على أن بيع فضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك الحقيقي².

رابعا: المعقول.

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الفضولي قد استوفى كل أركان العقد الصحيح؛ فكلا من البائع والمشتري قد عبر تعبيرا صحيحا عن إرادته، بوجود قبول وإيجاب على محل العقد، ومحل العقد مشروع، وكون المبيع غير مملوك للبائع لا يعدم وجوده لأن البيع لو أجازته المالك لنفذ، فالعقد إذا صحيح، إلا أن هناك مانعا من انتقال الملكية وهو احتمال رفض المالك الحقيقي له. وبإجازة المالك له تزول هذه العلة وينتج العقد كل آثاره مند وقت العقد³.

¹ - السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 118، أحمد بن علي محمد الكنايني (العسقلاني) - التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، ط 1، ج 4-، مؤسسة قرطبة مصر س 1416هـ، 1995، ص 11، الهمام كمال الدين محمد، فتح القدير ج 5، ص 309 و310. /د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 168 النووي أبو زكريا محي الدين، المرجع السابق، ص 262. الكاساني علاء الدين - بدائع الصنائع ج 6، المرجع السابق، ص 574 و576

وجاء في فقه السنة: " هذا الحديث عن عروة دليل على صحة بيع الإنسان ملك غيره وشراؤه له دون إذن. وإنما يتوقف على الإذن مخافة أن يلحقه من هذا التصرف ضرر." فقه السنة، تأليف السيد سابق، المرجع السابق، ص 118، أحمد إدريس عبده: "... وبيعه إياها، فدل على صحة بيع الإنسان ملك غيره وشراؤه له دون إذن، وأنه ينفذ على صاحب الشأن من أجاز، وإنما كان غير لازم موقوفا على الإذن مخافة أن يلحقه من هذا التصرف ضرر." فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذهب الأخرى، المرجع السابق، ص 77، وجاء في بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد لأبو الوليد محمد بن أحمد: " ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير..." أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، سنة 1420هـ، 1999، ص 535 وما بعدها، شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مُغني المحتاج، ج 2، المرجع السابق، ص 22

² - ابن الهمام كمال الدين محمد، فتح القدير ج 5، المرجع السابق، ص 310 وجاء فيه: " وصار كالوصية من المديون المستغرق وأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع، فهذا أصل القياس صحيح، لا يقال فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لا نقول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأي المالك...". أحمد إدريس عبده: " إن تصرف الفضولي وإن كان ممنوعا ابتداء إلا أنه قابل للإعتبار، لأنه عقد له بميز حال وقوعه، فصح وقفه على إجازته كالوصية... فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك المرجع السابق، ص 77، /د/ صلاح شوشاري، المرجع السابق، ص 47. الكاساني علاء الدين: " وصار كال وصية من المديون المستغرق بأكثر من الثلث، إذا كان المعقود عليه باقيا... فهذا أصل القياس صحيح " بدائع الصنائع ج 6، المرجع السابق، ص 575

³ - /د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 110، الكاساني علاء الدين: " بيع الفضولي تصرف شرعي له بميز حال العقد وقد صدر من أهله في محله ولا ضرر فيه على أحد وكل تصرف في هذا شأنه فهو حائز... فبيع الفضولي منعقد شرعا و له بميز هو الملك فله أن يميز العقد و أن يطله بدائع الصنائع ج 6، المرجع السابق، ص 574

خامسا: الاستدلال بالمصلحة.

استدلوا بالمصلحة فقالوا: إن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي صحيحا، موقوفٌ على إجازة المالك يتحقق به مصلحة كل من المتعاقدين والمعقود له¹، وإن التصرفات والعقود لم تشرع إلا لتحقيق مصلحة، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما قام بذلك إلا لمصلحة عاجلة وضرورية قد تفوت على من كان التصرف له، والمفروض أنه عاقل، والحكمة تقتضي عدم إهدار كلام العقلاء، ففي القول بصحة تصرف مراعاة لجانب الفضولي وجانب من يكون له التصرف، أما جانب الفضولي فبانعقاد عقده وعدم إهدار عبارته، وأما جانب من كان له التصرف فبالحكم بأن تصرف الفضولي موقوف على إجازته، فإن رآه في مصلحته أقره، وإن وجده غير ذلك رفضه.²

الفرع الثاني: تقييم الحجج

لقد تم انتقاد هذا الرأي من قبل جمع من الفقهاء؛ الذين ينادون ببطلان هذا البيع، وركزوا انتقادهم على عدم تفسيرهم الجيد لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف وذلك على النحو التالي:

أولا: القرآن الكريم.

يرى معارضوا هذا الرأي بأن عموم الآيات الكريمة السابقة وردت في مشروعية البيع الذي استكمل أركانه وشروط 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 (الفضولي). كما أن الولاية اللازمة لنفاذ العقد يعتبرها كثير من الفقهاء أنها من شروط الانعقاد لا من شروط النفاذ.³

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

فيما يتعلق بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن عروة البارقي، "أنه كان وكيلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة أي عامة، ذلك أنه باع الشاة وسلمها واشترى أخرى بثمن أقل، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكيها، ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفا على الإجازة"⁴ كذلك قالوا لا نسلم أن عروة البارقي تصرف من دون إذن، إذ أن حالة الصحبة أوجبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان المقال الموجب للإباحة ونفي الإثم، بخلاف الأجنبي الذي لا إذن له مطلقا.⁵

¹ - أبي بكر بن محمد بن سهل السرخسي المبسوط، ج 13، ط 1، دار السعادة القاهرة، س1331هـ ص 154، أحمد إدريس عبده، المرجع السابق، ص 79 . وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ج6: "...لا ضرر فيه مع تحيزه بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري .."، المرجع السابق، ص 245

² - أحمد إدريس عبده، المرجع السابق ص 77. د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 168

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 34 و35. ، وجاء في المجموع للنووي: "احتجاجهم بالآية الكريمة فقال أصحابنا ليس هذا من البر والتقوى بل هو من الإثم والعدوان" المرجع السابق، ص 263

⁴ - النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع، المرجع السابق، ص 263.

⁵ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 78 .

ثالثا: القياس.

رفض الفقهاء المعارضون قياس بيع الفضولي على إجازة الوصية التي تتجاوز ثلث التركة، إذ في الوصية يتصرف المالك (الوصي) في ملكه، و الوارث لا يجوز تصرفا وقع على عين ماله، بل هو ينشئ هذا التصرف، من ثم تعتبر فيه شروط الهبة¹. أما بيع الفضولي فهو تصرف فيما لا يملك، و مالا 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 البيع"² كذلك لا يجوز قياس بيع الفضولي "على البيع المقترن بشرط الخيار، لأن هذا البيع منعقد في الحال وينتظر فسخه، فإذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ لزم البيع"³

رابعا: المعقول

إن الإيجاب والقبول في العقود سبب لترتيب الآثار عليها، وقد تأخر ترتب الآثار في بيع الفضولي لأنه موقوف على إجازة من له التصرف. فدل على فساد السبب - أي الإيجاب والقبول من الفضولي - للقاعدة القائلة "إن وجود السبب بكماله بدون آثاره يدل على فساده"⁴

خامسا: المصلحة. هل بيع ملك الغير يحقق مصلحة؟

فالمصلحة في الشريعة الإسلامية لا تخرج عن المصالح الضرورية، أو المصالح الحاجية أو المصالح 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 ثم لا يتحقق في بيع ملك الغير أي مصلحة⁵.

الفرع الثالث: الرأي الراجح

بعدها تعرضنا إلى التأصيل الشرعي لجزء بيع ملك الغير اتضح وجود فريقين الأولى ينادي ببطلان بيع الفضولي من جهة، والثاني يذهب إلى القول بصحة هذا البيع؛ الذي يقف على إقرار المالك الحقيقي لهذا سنتطرق في هذا الفرع إلى معرفه الرأي الراجح منهما.

بالرجوع إلى الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي؛ نجد أنه 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

¹-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 38

² النووي أبو زكريا محي الدين، المرجع السابق، ص 263.

³ - النووي أبو زكريا محي الدين، المرجع السابق، ص 263.

⁴-أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 79.

⁵ - د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص 40 و 41

الغير دون إذن شرعي، وهم ينكرون فكرة العقد الموقوف، مستندين في ذلك إلى الكتاب، والسنة والقياس، والعقل، إذ مادام هذا العقد تم بدون إذن أو ولاية، لا ينتج أي أثر بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير حتى ولو أجازته المالك الحقيقي و حتى لو انتقلت ملكية الشيء المبيع إلى البائع بعد العقد فيقع باطلا . ولكي يصح تصرف البائع ينبغي أن يعاد أعمال العقد من جديد بين البائع - الذي تملك المبيع - والمشتري¹. لأن العقد الأول باطل بطلانا مطلقا . لكن بالعودة إلى الرأي القائل بالعقد الموقوف له ما يبرره ذلك، استنادهم للكتاب والسنة وعملاً بمبدأ التعاون على البر والتقوى².

ومن خلال مقارنة بين الرأيين فإننا نذهب مع الرأي الراجح من قبل أغلب الفقهاء و القائل بالعقد الموقوف لسلامة أدلته في جملتها ، وهو أولى بالقبول لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم ، وتحقيق مصالحهم الضرورية وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين³، هذا فضلا عن أن القول بالعقد الموقوف يتفق مع مبدأ الرضائية فلا يخرج شيء من ملك الشخص ولا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد الإجازة وعندها تتقرر صحته بأثر رجعي أي مند وقت العقد بناء على القاعدة القائلة "أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق"⁴، وإن لم يجزه صاحب الشأن بطل العقد منذ انعقاده ويعتبر كأنه لم يكن، ولكن يشترط لاعتبار هذه الإجازة أن يكون لهذا العقد مجيز وقت إنشائه ، والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك البيع أو رفضه ، فإن لم يكن له مجيز حين العقد فلا تفيده الإجازة، وذلك كما لو باع مال الصغير فضولي بغبن فاحش ، فإن هذا البيع يقع غير صحيح من أول الأمر ، لأنه لا مجيز له عند إنشائه⁵. كما نجد مجلة الأحكام العدلية⁶ وبعدها كتاب مرشد الحيران⁷، أخذوا بفكرة العقد الموقوف ومن بين التقنيات الوضعية التي اتجهت إلى هذه الفكرة نجد القانون العراقي، والأردني، وكذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة التي نصت في مادتها 213: "أن التصرف يكون موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق لغيره أو من مكره أو إذا نص القانون

¹ - د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص 41.

² - النووي أبو زكريا محي الدين ، المرجع السابق، ص 263

³ - أحمد إدريس عبده ، فقه المعاملات ، المرجع السابق ، ص 79

⁴ - المادة 1453 مجلة الأحكام العدلية بقولها: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة."

⁵ - أحمد إدريس عبده ، فقه المعاملات ، المرجع السابق ، ص 79

⁶ - المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية: "البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي".

⁷ - المادة 334 من كتاب مرشد الحيران على أنه: "إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقد فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العقد فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبياً مميزاً فلا يظهر أثره ولا يفيد تبوت المالك إلا إذا أجازته المالك في الصورة الأولى و الولي أو الوصي في الصورة الثانية وقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة"؛ محمد قدرى باشا ، باب حكم بيع، المرجع السابق ، ص 54

- وجاء في رد المختار ج 7 لابن عابدين محمد أمين بن عمر: " (وبيع ما ليس في ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير لوكالة أو بدونها مع أن الأول صحيح نافذ والثاني صحيح موقوف . وقد يجاب بأن المراد بيع ما سيملكه قبل ملكه له ثم رأيت كذلك في الفتح في أول فصل بيع الفضولي ، وذكر أن سبب النهي في الحديث ذلك (قوله لبطلان بيع المدوم) إذ من شرط المعقود عليه : أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه ، وأن يكون ملك، وأن يكون مقدور التسليم...." المرجع السابق ، ص 246

على ذلك.¹ لذلك فإن هذا الاتجاه يتماشى مع القواعد الفقهية وهذا بإجماع الفقهاء. كما أن الحكمة تقتضي عدم إهدار كلام العقلاء لأن القول بصحة تصرف الفضولي موقوف على إجازة صاحب الشأن، وهذا فيه مراعاة لجانب الفضولي وجانب من يكن له حق التصرف.² ودائماً نجد في العقد الموقوف للمالك حرية التصرف فله إجازته من عدمه إذا رأى في ذلك مصلحته.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في تأصيل طبيعة جزاء بيع ملك الغير.

بعد تحديد طبيعة جزاء هذا البيع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حيث تقوم في هذا الأخير على فكرة قابلية العقد للإبطال من نوع خاص، ومصلحة الإبطال مقرر للمشتري دون غيره، في حالة عدم التزام البائع بنقل الملكية، في هذا النوع من البيوع. أما في الفقه الإسلامي، قائمة على فكرة العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي، ولمعرفة أي الاتجاهين يتماشى وطبيعة جزاء بيع ملك الغير سنقوم بمقارنتهما.

الفرع الأول: الإطار القانوني للعقد القابل للإبطال

العقد القابل للإبطال³ (بطلان النسبي) هو العقد الذي له وجوده القانوني، ويبقى مرتباً لأثاره حتى يتقرر بطلانه بناء على طلب من له التمسك بالبطلان، ما لم يكن قد انقضى حقه في ذلك بالإجازة أو التقادم⁴ وفي 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 أفرده 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 تتعلق باستحالة نقل الملكية من البائع إلى المشتري. إلا أن هذه الاستحالة مقدور عليها وهي معقولة، إذ يمكن للبائع تملك المبيع، ونقل الملكية للمشتري أو يقره المالك الحقيقي. فإن أقره أنتج مفعوله وبالتالي تزول علة إبطاله، وإن رفضه بطل

¹- د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 109

²- أحمد إدريس عبده، المرجع السابق، ص 77

³- إذاً العقد القابل للإبطال صورة عكسية عن العقد الموقوف، فالعقد الموقوف غير نافذ حتى ينفذ بالإجازة، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة وتقرير البطلان؛ شادي قاسم أبوعرة- المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، نقلاً عن موقع منتدى القانون المدني العماني :

www.omanlegal.net.

⁴- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ج4، المرجع السابق، ص115، و ص276 و 277-

وأعتبر كأنه لم يكن. وما يميز هذا البطلان من نوع خاص عن البطلان النسبي أن في هذا الأخير يكون العقد منتجاً 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 .

وهناك حالات أخرى للعقد القابل للإبطال منها حالة ناقص الأهلية، وحالة عيب يشوب رضا أحد المتعاقدين ففي هاتين الحالتين هو عقد قابل للإبطال ليس معدوماً ولكنه قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله ، ففي المرحلة السابقة على تقرير البطلان تترتب على العقد جميع آثاره الأصلية ، فيترتب على عقد البيع القابل للإبطال بسبب نقص أهلية البائع أو المشتري كل آثار البيع من حيث انتقال الملكية إلى المشتري واستحقاق الثمن للبائع، ولكن إذا تقرر إبطال هذا العقد فإنه يعتبر كأن لم يكن وتزول كل الآثار التي ترتبت عليه بأثر رجعي¹. ونستنتج من هذا أن هناك ثلاثة حالات للعقد القابل للإبطال وهي حالة ناقص الأهلية، وحالة من شاب رضاه أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا والحالة التي أضافها المشرع وهي البطلان بنص خاص طبقاً لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة ببيع ملك الغير .

الفرع الثاني: الإطار القانوني للعقد الموقوف

إن فكرة العقد الموقوف تصور إسلامي محض، فلا تعرفه القوانين المدنية الغربية ، ولا القوانين المدنية العربية التي تأثرت بها، كالقانون المدني الجزائري، والمصري، والسوري..² ولكن من جهة أخرى نجد بعض الدول والأنظمة التي تأثرت كثيراً بالفقه الإسلامي عملت على تدوينه في قوانينها المدنية كالعراق، الأردن والكويت والإمارات، ومن قبلهم مجلة الأحكام العدلية في مادتها³ 111 ومرشد الحيران في مادته⁴ 334، و العقد الموقوف كما سبق وأن تطرقنا إليه في التعريف به عند عرض الرأي القائل بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك⁵. فهو: "تصرف مشروع بأصله و وصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً"⁶ أو هو العقد الذي كان أثره موقوف على إجازة من يملكها شرعاً . فإذا أجاز أصبح صحيحاً بأثر رجعي وإذا نقض أصبح باطلاً بأثر رجعي. وجاء في البحر الرائق لابن نجيم: "عقد الفضولي موقوف وهو لا يفيد له عدم النفاذ وثبوته عند الإجازة"⁷.

¹ د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، المرجع السابق ، ص 115 وما يليها -

² د/ صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف ، المرجع السابق ، ص33

³ -حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - م 1 ، المرجع السابق ، ص 108

⁴ -مرشد الحيران ، المرجع السابق، باب حكم بيع ، ص54 محمد قدرى باشا،

⁵ - أنظر في الفصل الأول من هذه المذكرة ، ص79

⁶ - د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص43.

⁷ -ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق ج6، المرجع السابق، ص251

فالعقد الموقوف بهذا المعنى أنه منذ بدايته صحيح لتوفر جميع شروطه وأركانها، إلا أنه يتوقف على إجازة المالك. لذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يضيفون شروطاً لنفاذ هذا العقد، أن يكون لهذا العقد مجيز وقت إنشائه والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك البيع أو رفضه أي له الولاية على محل العقد أو على نوع التصرف، وأن لا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر.¹

أولاً: الولاية على محل العقد: وتكون في حالة ما إذا كان هذا المجيز مالاً للشيء المبيع أو نائباً عن المالك و إذا لم تتوفر هاتان الحالتان فالتصرف موقوف على إجازة المالك، فهنا نكون أمام مسألة بيع الفضولي.²

ثانياً: الولاية على التصرف: بمعنى أن الشخص الراشد إذا ما تصرف في ملكه فيقع تصرفه صحيحاً وناظراً، أما إذا لم يكتمل سن الرشد كحال الصبي المميز، وكانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر³، تصبح موقوفة على إجازة الولي، أو الوصي لأنه شائع الوقوع في الخطأ والتضرر من تصرفه، لهذا الولاية هنا شرط نفاذه⁴. و جاء في شرح الخرشبي أن: "المميز إذا تصرف بمعاوضة مالية بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظرة وليه من إجازة أو رد، كان الولي أباً أو غيره، حيث استوت مصلحة الرد و الإجازة"⁵.

كما ورد في حاشية الدسوقي: "... أن المميز إذا تصرف في ماله بغير إذن وليه، وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إبقائه على نفسه فيما لا بد منه، واستوت المصلحة في إجازتها و ردها فإنه يثبت لوليها إذا طلع عليها الخيار بين إجازتها و ردها..."⁶

كذلك ما جاءت به الفقرة الثالثة، من مادة 997 مجلة أحكام العدلية: "... أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتعقد موقوفة على إجازة وليه مخيراً بين إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها و إلا فلا"⁷ وبناء على ما 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.

¹ - د / صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص23، أحمد إدريس عبده، المرجع السابق، ص79، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص109

² - الولاية: سلطة شرعية على النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً؛ د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص14. د/ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص23 و24، وجاء في فتح القدير ج5 لابن الهمام: "من باع ملك غيره بغير إذنه فالملك بالخيار أن شاء أجاز البيع وإن شاء فسح"، المرجع السابق، ص309، د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ج4، المرجع السابق، ص276

³ - أنظر د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج4، المرجع السابق ص240، د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي ج4، المرجع السابق، ص277، وجاء في بدائع الصنائع للكاساني: "... وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه، أو اشترى، أو تزوج امرأة، أو زوج أمته أو كاتب عبده، أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه، يتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً..." ج6، المرجع السابق، ص577، د/ محمد سعيد جعفرور - إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، بوزريعة الجزائر طبعة 2009، ص31 و32

⁴ - د/ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص23، د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ج4، المرجع السابق، ص277-

⁵ - أبي الضياء سيد خليل ابي عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي ج5، المرجع السابق، ص292.

⁶ - الدسوقي شمس الدين محمد، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج3 المرجع السابق، ص294.

⁷ - د/ محمد سعيد جعفرور - المرجع السابق، ص31

من خلال تحديد الإطار القانوني لكل من العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال تبين أن ما يقابل العقد الموقوف في القانون الوضعي هو العقد الذي يتوقف نفاذه في حق الغير على إقرار المالك الحقيقي (أي قابلية الإبطال من نوع خاص)، ومثاله بيع ملك الغير ، فكلًا من العقد الموقوف وقابل للإبطال لمصلحة المشتري لا يرتب أثرًا بالنسبة للغير إلا بعد إقراره من المالك الحقيقي¹. غير أنهما يختلفان في أن العقد القابل للإبطال من نوع خاص يكون صحيحًا بين المتعاقدين بإجازة المشتري طبقًا لنص المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري. إلا أنه غير ساري المفعول في حق الغير (المالك الحقيقي). بينما الإجازة في العقد الموقوف أبلغ أثر وتعطي للعقد قوة، وتجعله ينتج جميع آثاره متى كانت صادر من يملكها شرعا .

كذلك ما يلاحظ في بيع ملك الغير أن هناك شخصين يملكان حق الإجازة؛ المشتري والمالك، لهذا لو استعار الفقه الغربي من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير ، فيكون العقد موقوفًا لا في حق المشتري وحده ، ولا في حق البائع وحده ، بل أيضا في حق المالك ، ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك ، فلا يملك المشتري إجازته. فكل هذه الأحكام أكثر ملائمة، لحالة العقد وهي أحكام تستمد وجودها من نظام العقد الموقوف، ولا تستمد من نظام العقد القابل للإبطال وتبعًا لذلك ترجح فكرة العقد الموقوف على فكرة العقد القابل للإبطال من نوع خاص، في مسألة بيع ملك الغير²، وهذا ما ذكره الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء: " إن قضية بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي بحسب مبادئه هي 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 مضطربة مطولة محفوفة باختلاف كثير بين علماء القانون في تخريج أحكامها ، ذلك لأن المبدأ القانوني الذي تقوم عليه تلك الأحكام لديهم هو في الفقه الأجنبي غامض ملتبس..."³ كما يذهب الكثير من شراح القانون الفرنسي ومنهم الأستاذ "لينان ذي بلفون " إلى القول : "...أن بعض الأوروبيين الذين تخصصوا في الفقه الإسلامي قد وقعوا في خطأ حين خلطوا بين التصرف الموقوف، والتصرف الباطل بطلانا نسبيًا ."⁴ فالأخذ بفكرة العقد الموقوف تغني عن الاستعانة بفكرة عدم سريان العقد ، كما بالعقد القابل للإبطال، وفي ذلك اختصاراً للتعقيدات التي قد تنشأ في حال الأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال⁵.

¹ د / صلاح الدين شوشاري ، المرجع السابق ، ص31

² د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، المرجع السابق ، ص 278 .

³ د/ مصطفى أحمد الزرقاء - العقود المسماة - عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق، فقرة 256، ص 252 -

⁴ - د/ لينان دي بلفون ، المعاملات في الفقه الإسلامي المقارن ط1 ، باريس، 1960 ، الفقرة 117، ص 101 نقلا عن د/ صلاح الدين محمد شوشاري المرجع السابق ، ص31، د/ محمد جبر الألفي ، الفضالة دراسة موازنة في الفقه الإسلامي والقوانين بلدان الشرق الأوسط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن ط1، 1999 ص 84 ، د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص105

⁵ - شادي قاسم أبو عرة - (باحث ومستشار قانوني) مقالة بعنوان المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال - الموقع عبر الانترنت : منتدى القانون المدني

**الفصل الثاني:
آثار بيع ملك الغير**

LES EFFETS DE LA VENTE DU BIEN D'AUTRUI

الفصل الثاني: آثار بيع ملك الغير

سبق و أن ذكرنا في الفصل الأول من هذا البحث أن عقد البيع قد ينعقد صحيحا بين المتعاقدين، ولكن نظرا لتعلق حق الغير بالمحل، فإن آثاره تكون منعدمة على الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير، أو تكون هذه الآثار متوقفة على إجازة من له الحق في الإجازة، و هذا في الفقه الإسلامي، ولا ينتج آثاره بين المتعاقدين -أي البائع والمشتري- ولا بالنسبة لمن له حق الإجازة إلا إذا قبلها وأجازها مَنْ يملكها شرعا، فإذا أجازها ترتب على نفاذها، آثارا وإن رفضها بطل، وفقا للرأي القائل بأنه عقد صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن¹، وهناك الرأي الذي يستند على نص خاص ويعتبر هذا البطلان من نوع خاص أفردته المشرع بنص خاص، وذلك لإختلاف أحكامه عن القواعد العامة²، فلهذا سنتناول بالدراسة هذه الآثار في بحثين، نخصص الأول لأحكام بيع ملك الغير، فيما بين المتعاقدين وفقا للقانون الوضعي والفقه الإسلامي، والثاني لأحكام هذا البيع بالنسبة للمالك الحقيقي، وهذا من زاويتين أولا في حالة رفض الإجازة، وثانيا عند الإجازة ممن يملكها شرعا وقانونا.

المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير في العلاقة بين البائع والمشتري

إن المتعاقدين في بيع ملك الغير نعي، بهما البائع (غير المالك) والمشتري، كما أن القانون الوضعي قصر حق طلب إبطال هذا البيع على المشتري دون غيره، بالإضافة إلى ذلك له الحق في التعويض متى تقرر ذلك، لأن من أهم آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهو التزام يقع على عاتق البائع فقد لا يستطيع الوفاء به، نظرا لعدم ملكيته لهذا المبيع، وتفاديا لهذا الموقف أعطى المشرع كما سبق الذكر للمشتري ملك الغير عدة مكنات في مواجهة البائع، إذ أجاز له طلب إبطال العقد. ولما كان للإبطال موجباته فإن له أيضا مسقطاته، فهناك حالات لو تحقق واحد منها سقط حق المشتري في طلب الإبطال، وللمشتري كذلك الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته، وله فضلا عن ذلك إجازة العقد³. وبذلك يزول ما كان يتهدهد من أسباب الإبطال، ويجب على البائع تنفيذ التزامه وإن لم يفعل كان للمشتري أن يستعمل حقه في مواجهة هذا الأخير.

1- د/ جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 182، د/ محمد يوسف الزعي، المرجع السابق، ص 543، د/ اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص

- 119

2- د/ مضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 136

3- د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 75. د/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 28

لهذا هل يجوز لغيره طلب إبطال هذا البيع؟ أم هو قاصر على المشتري دون غيره؟
لذلك سنتطرق أولا إلى قابلية إبطال بيع ملك الغير ثم أساس الحكم بالتعويض المستحق
للمشتري وأخيرا حالة تصحيح هذا البيع بزوال سبب إبطاله .

المطلب الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال

تضاربت آراء الفقهاء وكذا الاجتهادات القضائية¹ في من له حق طلب إبطال عقد بيع ملك
الغير، فهناك من ذهب إلى القول إلى أنه حق معقود للمشتري وحده دون غيره، على أساس النصوص
القانونية² وأن هذا الحق مكرس لحمايته بالدرجة الأولى. وذهب آخرون إلى القول بأن هذا الحق
هو للبائع كما هو للمشتري.³ وآخرون يذهبون إلى أبعد من ذلك بأن هذا الحق يكون للمالك
الحقيقي؛ كما هو الشأن للمشتري. لهذا لا بد من التطرق لهذه الآراء للتأكد من صحتها، ثم نعرض على
موقف الفقه الإسلامي لنرى ما إذا كان يأخذ بإبطال تصرف الفضولي أم بفسخه وذلك قبل إجازته؟

الفرع الأول: تقرير إبطال البيع لمصلحة المشتري وحده

يرى جانب من الفقه المصري⁴ وبعض من شراح القانون المدني الفرنسي⁵ أن طلب إبطال بيع ملك
الغير قاصر على المشتري دون غيره⁶. ولا يحق لغيره ذلك حتى ولو كان حسن النية. وهذا وفقا

¹- قرار لمحكمة النقض المصرية، الطعن رقم 243 جلسة 1963/01/04: " إن بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم يكون
له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا
لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته...؛ نقلا عن د/ أنور طلبة، المرجع السابق، ص 580.

²-أنظر المواد 397 ق مدني جزائري و 466 ق مدني مصري كلها تتحدث بصريح النص عن حق المخول للمشتري دون غيره بالمطالبة
بإبطال البيع. د/رمضان أبو السعود، عقود البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 136. د/عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، ج4،
المرجع السابق، ص288 و289، د/مصطفى أحمد ازرقاء، المرجع السابق، ص 261 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق،
ص168 و169

³-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 173، د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 47 د/فايز أحمد عبد الرحمن -
عقد البيع، المرجع السابق، ص 386 وما بعدها، د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 286

⁴ - د/عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق، بند 161ص288 د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 118، د/سليمان مرقس -
الوافي، ج3، المرجع السابق فقرة 292، ص700 وما بعدها، د/ حسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص60. د/ إسماعيل عبد النبي،
المرجع السابق، الفقرة 119، ص168

⁵ -Planiol, Ripert, Hamel - droit civil français. op.cit , al 48 , p50

- Cf. André BILODEAU, op.cit.,p.41

⁶ - قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم 106893 بتاريخ 1993/12/22، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 3، ص 29
"من المقرر قانونا أنه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب الإبطال البيع ولا يكون هذا
البيع ناجزا في حق مالك الشيء المباع ولو أجازته المشتري". =

لصريح نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تقضي¹: "... فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه . " لذلك فإن هذا الحق مقرر للمشتري وحده، و لا يشترط أن يكون قد أصاب هذا الأخير ضرراً من هذا البيع، وله أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي². ويجمع الفقهاء على أن المشتري له حق التمسك في الإبطال حتى ولو كان سيئ النية وقت التعاقد ، أي أنه كان يعلم أن البيع غير مملوك للبائع³، فهو إن رضي بالبيع معتقداً أن البائع سيتمكن من الحصول على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، كان للمشتري الحق في المطالبة بإبطال البيع حتى لا يتعرض له المالك الحقيقي. وهذه هي الميزة الجوهرية في أن المشرع قد نص على اعتبار بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري دون غيره⁴.

كما يثبت حق المشتري أيضاً ولو كان البائع حسن النية ، أي يجهل أنه يبيع ملك غيره ، إذ هو حق مقرر قانوناً للمشتري.⁵ كما يرى جانب من الفقه حرمان البائع من طلب إبطال حرماناً مطلقاً ويعلل

= كذلك قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 51734 بتاريخ 17/02/1988 المحلة القضائية لسنة 1991 العدد 2 ص 11: " من المقرر قانوناً أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزاً في حق الشيء المبيع ولو أجازته المشتري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون - ولما كان ثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف لما قضاوا بصحة العقد العربي في القطعة الأرضية غير المسجل والمتأخر في التاريخ عن العقدتين الرسميتين الذي يملكها الطاعنان لنفس القطعة الأرضية يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون - ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه "

كذلك قرار محكمة العليا رقم 216365 بتاريخ 12/01/2000 المحلة القضائية السنة 2001 ، العدد 1 ، ص 132 " إذا باع شخص ملك الغير فلا يكون هذا البيع نافذاً في حق مالكه إلا بإذن منه . ولما فصل قضاة الموضوع بإبطال عقد بيع الشقة (موضوع النزاع) لاستناده إلى عقد باطل بموجب قرار إداري تضمن بطلان البيع لوقوعه من لا يملك المبيع فإنهم بفضلهم هكذا تطبيقاً لأحكام المادة 397 يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين رفض الطعن".

¹-تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري

²-د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 31 د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ، ج 4، المرجع السابق بند 161 ، ص 288 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 168 و 169

³-د/ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 213. د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 291 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، فقرة 120 ص 169 ، ويرى د/ علي هادي العبيدي: " أن المادة 550 من القانون المدني الأردني تعطي للمشتري حق طلب الفسخ البيع ، في حين أن العقد الموقوف قبل إجازته من قبل المالك يكون غير ملزم لطرفيه ... " العقود المسماة البيع والإيجار المرجع السابق ، ص 59. د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة 292 ، ص 701 و 702. د/ فايز أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 386 و 387 ، د/ رمضان أبو السعود: "... بحق للمشتري طلب إبطال سواء كان البيع ، اختيارياً أم جبرياً مدنياً كان أم تجارياً .. " ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 137 ، د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 31 و 33. د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 137 ، د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 190

⁴-د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ، ج 4، المرجع السابق بند 161 ، ص 288 د/ خليل أحمد حسن قداد ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 213 . د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 180

⁵ - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 137 . " في القانون الأردني يتحدث عن حق المشتري في الفسخ وليس الإبطال بخلاف القانون المصري والجزائري يتحدث عن حق المشتري طلب الإبطال ؛ د/ محمد يوسف الزعبي ، المرجع السابق ، ص 534 =

ذلك بأن" البائع هو الذي يجب أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه . فإذا كان عالماً بعدم ملكيته ، فهو مخطئ في التزامه ببيع ما لا يملك . و إذا كان لا يعلم بعدم ملكيته فهو أيضاً مخطئ لأنه كان يجب أن يعلم ، ولا يجوز له في كلتا الحالتين أن يتخلص من التزامه بالاستناد إلى خطئه¹. فلماذا لا يوجد سبب لحماية البائع بطلب إبطال البيع لأنه في مأمّن عن كل هذا. كما استند هؤلاء الشراح في تبرير آرائهم ؛ بأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري، ولأن التزام البائع بالضمان يتعارض مع إبطاله للبيع لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، و حتى لو كان البائع حسن النية يعتبر مقصراً في بيعه شيئاً غير مملوك له .² لذلك فإن حق المشتري في طلب الإبطال هو حق معقود له لأنه جدير بالحماية القانونية التي أسبغها المشرع عليه بغض النظر عن حسن نيته من سوتها³.

الفرع الثاني: حق البائع في طلب الإبطال استناداً إلى قواعد الغلط

يذهب هذا الرأي إلى القول أن للبائع الحق في طلب إبطال البيع كما هو مقرر للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة في الغلط، عند وقوع هذا الأخير في غلط جوهري، وكان هو السبب الدافع إلى التعاقد، بحيث لولا هذا الغلط ما أقدم البائع على التعاقد⁴، وهذا هو الشرط الدافع إلى هذا التصرف ببيع ما لا يملك وهو يجهل ذلك . وتبعاً لذلك نكون أمام تطبيق القواعد العامة، متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً ، طبقاً للمادة 81 من القانون المدني الجزائري⁵. فهنا يكون من حقه طلب الإبطال ليس على

=د/مصطفى أحمد ازرقاء : " حق مشتري في طلب إبطال هذا البيع ليس مقيداً بأن يتعرض له المالك...بل إن للمشتري أن يطلب هذا الإبطال ولو لم يتعرض له المالك مادام عرضة لهذا التعرض ومهدداً به"، المرجع السابق ، ص 261 و263

¹ - د/ سليمان مرقس - المرجع السابق ،فقرة 293 ، ص 704 و يقول د/ جعفر الفضلي : "في قانون العراقي جرى في هذه المسألة على أحكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية فجعل بيع ملك الغير عقداً صحيحاً ولكنه موقوف على إجازة المالك الأصلي من هنا فإنه عقد صحيح غير نافذ". ؛ الوجيز في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 186.

² - د/عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ، هامش 1 ص 291 يقول د/ محمد صبري السعدي : " إذا تعرض المالك الحقيقي للمشتري فله علاوة على حقه في طلب الإبطال والفسخ ، الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق." المرجع السابق ، ص 138 ، د/ سليمان مرقس - المرجع السابق ص 702 و703

³ د/ إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق، ص 171 ، د/محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 180 -

⁴ - د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 47؛ د/ محمد حسنين، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 190. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 173، د/عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ، المرجع السابق ، ص 290

⁵ - المادة 81 من القانون المدني الجزائري : " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله." ، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ، ص 32 وما بعدها؛ كما يقول د/ أنور طلبة : "...جواز تمسك البائع بالإبطال إذا وقع في غلط بأن اعتقد ملكيته للمبيع - والتمسك بالإبطال يكون في صورة دعوى إبطال يرفعها المشتري على البائع ليسترد منه الثمن و إلزامه بدفع تعويض ، وإما في صورة دفع عند مطالبته بالثمن..." ، نفاذ وإحلال البيع ، المرجع السابق ، ص 580. د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 190، يقول د/ رمضان أبو السعود: "...ومع ذلك فهناك رأي في الفقه الفرنسي بمنح الحق في الإبطال للبائع إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له." ، المرجع السابق ، ص 138.

أساس المادة 397¹ من القانون المدني الجزائري، بل على أساس القواعد العامة. ويجب أن يكون البائع حسن النية وقع في غلط جوهري²، إذا كان يظن أن المبيع مملوك له فيحق له طلب إبطال البيع للغلط، لهذا نجد المشرع لم يأخذ بالقواعد العامة إلا بالنسبة للمشتري أما البائع فيحق له ذلك.

لكن لم يسلم هذا الرأي من انتقادات حادة؛ منها القول بتمنح البائع هذه الوسيلة، يتعارض وصريح المادة 466 مدني مصري- تقابلها المادة 397 مدني جزائري - التي قصرت طلب الإبطال على المشتري دون غيره³، لذلك لا يمكن الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة مع وجود نص خاص، لأن الخاص يقيد العام.⁴

أما فيما يخص المالك الحقيقي فلا يستطيع التمسك بالإبطال لأنه ليس طرفا في العقد، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجدها لا تنزم إلا طرفي العقد، لأن البطلان لم يتقرر لحمايته، وإنما تقرر لحماية المشتري⁵. كما نجد القانون قد حول للمالك الحقيقي سبلا كثيرة يقتضي بها حقه⁶ منها؛ أن له الحق في التصرف في المبيع متجاهلا هذا البيع، وله استعماله واستغلاله، وله حق طلب استرداده من المشتري، إذا كان هذا الأخير قد تسلمه من البائع، أو بالرجوع على البائع بالمطالبة بالتعويض إذا تملك المشتري الشيء المبيع بالحيازة في المنقول، وبالتقادم فيما يخص العقار.

¹ - تقابلها المادة 466 مدني مصري

² - الغلط: اعتقاد مخالف للواقع يقوم في ذهن الإنسان فيدفعه إلى التعاقد ولم يعتد القانون بالغلط إلا إذا كان جوهريا، وأن يكون المتعاقدان قد وقعا في غلط أو أن يكون احدهما وقعا في غلط والمتعاقد الآخر على علم بذلك أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وهو ما يعبر عنه بوجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر أشار إليها د/ إسماعيل شاهين، المرجع السابق، هامش 3، ص 173.

³ - وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في معظم أحكامها التي تعرضت فيها لتلك المسألة من ذلك ما قضت به من أن: "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد." نقض مدني في 14/03/1963- مجموعة المكتب الفني- السنة 13 ق، ص 298؛ نقلا عن د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 48.

- ويقول د/ سليمان مرقس: "حرمان البائع من حق إبطال البيع لان المادة 466 من القانون المدني المصري جاءت صريحة في من له حق الإبطال المرجع السابق، ص 704"

⁴ - د/ محمد حسنين: "الأولى تطبيق النص الخاص ببيع ملك الغير من تطبيق القواعد العامة وأن نص جاء صريحا في من له حق الإبطال..."، المرجع السابق، ص 191

⁵ - رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 33 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين: "وهناك رأي آخر يذهب إلى القول أن البائع ولو كان سيء النية له أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري لان إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس مالكا له فيه إكراه له على أن يعتدي على ملك الغير"، المرجع السابق، ص 174.

د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138

⁶ - يرى د/ إسماعيل عبد النبي شاهين "والقانون أعطى للمالك سبلا كثيرة يقتضي بها حقه منها أن له الحق في التصرف في المبيع متجاهلا هذا البيع وله حق استعماله، وله حق طلب استرداد من المشتري إذا كان قد سجل عقد البيع وتسلم المبيع مالم يكن المشتري قد تملكه بالحيازة..."؛ المرجع السابق، ص 176، رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 33 د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138

لذلك ومما سبق ذكره فإن حق إبطال العقد قاصر على المشتري دون غيره¹ وهذا ما كرسته العديد من التشريعات العربية، منها المشرع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني، والمادة 466 مدني مصري وقانون الموجبات والعقود اللبنانية منه المادة 385²، والغربية منها القانون المدني الفرنسي في مادته 1599، تعطى للمشتري حق طلب الإبطال؛ "إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن"³ فعندما يرفع المشتري دعوى الإبطال فيجب على القاضي أن يحكم له بما⁴ حتى لو أقرّ المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا للمبيع قبل صدور الحكم، لهذا فإن تمسك المشتري بطلب الإبطال حق يخوله له القانون؛ لأن دعوى المشتري كانت قائمة قبل أن يصبح البائع مالكا. ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال⁵.

¹ د- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 191. د/محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع، المرجع السابق، ص 48. د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 704؛ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 161، ص 788 ومايلها.

² المادة 385 من الموجبات اللبنانية. بمايلي: "لا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد في بيع ملك الغير."؛ مايلاحظ على هذا المادة أنها نصت على حرمان البائع من حق الإبطال بصريح العبارة خلافا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري تقابلها في مادته 466 مدني مصري

³ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 161، ص 288.

- نقض مدني المصري في 1968/04/18 س 19 ص 780 طعن رقم 189 لسنة 33 ق: "وجاء فيه لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده، ولا يسري في حق المالك الحقيقي، ولهذا المالك أن يقر البيع في أي وقت، فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحا في حق المشتري". نقلا عن د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 185

كذلك نقض مدني في 1990/08/25 طعن رقم 245 لسنة 55 ق وجاء فيه: "النص في المادة 466 /1 والمادة 467 من القانون المدني يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا... نقلا عن د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 185 و186

⁴ د/ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 214. د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 289

⁵ يقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع الدعوى للإبطال وقبل صدور الحكم وضرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين، فقد يتفق مع مبدأ القاضي بتحرّم التعسف في استعمال الحق للإبطال"، المرجع السابق، هامش 1 ص 289، لذلك نجد أنه لم يعد هناك سبب في استمرار المشتري في مطالبة بإبطال البيع طبقا للمادة 85 من قانون مدني الجزائري: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضيه به حسن النية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد تقابلها المادة 124 من القانون المدني المصري .

الفرع الثالث: بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ

إذا كان حكم بيع الفضولي كما يرى أنصار الرأي القائل بصحة العقد الموقوف ، غير نافذ في حق المالك قبل إجازتها منه ، فإنه أيضا قابل للفسخ غير أننا في هذا الصدد نجد فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في من له حق الفسخ¹

يرى المالكية²: أن بيع ملك الغير لازماً³ من جهة الفضولي ، ومن جهة المشتري ، و"منحل" من جهة المالك⁴ ، وكونه منحلًا من جهة المالك ، لأن البيع لم يكن بحضرته ، وهذه الحالة الأولى. أما إذا كان بحضرته (مالك حقيقي) فإنه يكون لازماً من جهته أيضا كلزومه في حق المشتري والفضولي ، وإذا تم البيع في عدم حضرته ، وبلغه أن ماله قد بيع بدون إذنه وسكت عاما من وقت علمه ، لزمه وليس له حق فسخه "ولا يعذر بالجهل في سكوته إذا ادعاه"⁵ وسكوته يفهم منه أنه قد أجازته ، ويبقى له حق مطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام ، من وقت علمه بالبيع ، فإذا إنقضت هذه المدة سقط حقه. ونجد المشرع العراقي قد تأثر بالفقه المالكي في هذه المسألة فنص في المادة 2/136 من القانون المدني: "يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا"⁶.

بالنسبة للحنفية⁷ فهم يقدمون حق فسخ بيع الفضولي للمشتري ، والبائع (الفضولي) استناداً إلى الحكم الذي يبرره ، فيعطون الحق للمشتري ، في أن يفسخ العقد ويطالب البائع بالثمن إن كان قد دفعه له ، حتى يخرج من حالة الجمود الناجمة عن عدم إجازة العقد أو رفضه من المالك الحقيقي ؛ أي أن هذا الفقه أعطى للمشتري حق التحلل من هذا البيع⁸ ، دفعا للضرر عنه في بقاء عقده معلق النتيجة بانتظار الإجازة ،

¹ - وجاء في بداية المجهتد لإين رشد : "واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقذ أم لا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ ، وكذلك في الشراء الرجل للرجل بغير إذنه على أن يرضى المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ... "نقلا عن د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4، المرجع السابق ، ص 185

² - أبو البركات سيدى أحمد الدردير ، الشرح الكبير ج3 ، المرجع السابق ، ص12.

³ - البيع اللازم: هو الذي لا يحق لأحد المتعاقدين الرجوع عنه دون رضاء الطرف الآخر.

⁴ - وجاء في فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك : "وبيع الفضولي لازم من جهة المشتري ، ومنحل من جهة المالك ، فله رده وله إجازته ،

ويكون ذلك بقبول منها أن لا يكون المالك حاضرا ببيع الفضولي وسكت وأن لا يصل إلا علمه ويسكت... "؛ أحمد إدريس عبده - فقه المعاملات

على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعبورها ، المرجع السابق ، ص 80 و81

⁵ - أبو البركات سيدى أحمد الدردير ، الشرح الكبير ج3 ، المرجع السابق ، ص 12.

⁶ - د/ جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، المرجع السابق ، ص 187/د محمد الألفي - الفضالة ، مرجع سابق ، ص 113

⁷ - الكاساني علاء الدين ابي بكر بن مسعود: "ولو فسخته البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، يرجع المشتري بالثمن على البائع

إن كان قد نقده ، وكذا إذا فسخته المشتري بنفسه ، وكذلك إذا فسخته الفضولي " ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج6 المرجع السابق ، ص 581

د/محمد يوسف الزعي ، المرجع السابق ، ص 535 و536؛ نجد توافق بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني في هذه المسألة

ويقول د/ مصطفى الرقاء: "... يحق للمشتري الرجوع عن الشراء قبل إجازة المالك دفعا للضرر عنه في بقاء عقده معلق النتيجة بانتظار الإجازة." المرجع السابق، ص 255

⁸ - أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر حق ج4 ، المرجع السابق ، ص 189 . أنظر د/عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 181

أما علة منح الفضولي هذه الوسيلة حتى لا يكون مطالباً بتنفيذ البيع وتجنب المسؤولية التي ستلقى عليه¹ إذا أقره المالك الحقيقي. وهذا ماجاء في رد المختار لابن عابدين: "وإذا أجاز المالك (بيع الفضولي) كان الثمن مملوكاً له أمانة في يد الفضولي بمتزلة الوكيل... لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"² فترتب على ذلك التزامات تقع على عاتق الفضولي منها؛ مطالبته بتسليم المبيع، وأن يضمن العيوب الخفية، وعدم التعرض والاستحقاق، وفي ذلك ضرر عليه، فله أن يتحرز من لزوم العقد من جانبه بفسخه، أما المالك فله حق الإجازة والفسخ، حماية له حتى لا يخرج شيء من ملكه بدون رضاه.³

أما رأي الشافعية⁴ والحنابلة⁵ في إحدى الروايتين: فموقفهم واحد في ذلك؛ إذ للمالك الحق في إجازة وفسخ هذا التصرف الصادر من الغير، وهذا الحق معقود له مهما أخذ الأمر من وقت.

ومن خلال ماتقدم، فالرأي الذي يرححه الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية هو ذلك الذي يقرر حق الفسخ لكل من المالك والمشتري والفضولي، لأن فيه "تحقيقاً لنوع من الحماية، قصد بها عدم لزوم العقد في حق المشتري، ودفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولي"⁶، أو عدم خروج شيء من ملك المالك الحقيقي دون رضاه... وهذا يتفق مع مبدأ الرضائية؛ الذي يظل جميع العقود بصفة عامة.⁷ ففي الفقه الوضعي ومنه القانون الجزائري يعتبر بيع ملك الغير المنصوص عليه في المادة 397 من القانون المدني الجزائري وما بعدها عقداً قابلين للإبطال، فإذا أجاز المشتري صح فيما بين المتعاقدين، إلى أن يحكم ببطلانه عند رفض المالك الحقيقي، أو ترد عليه إجازة فتقوى عوامل الصحة فيه لينتج جميع آثاره.

¹ - وجاء في فتح القدير ج 5 لابن الهمام: "إذا أجاز المالك العقد... فإن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله أن يتحرز من التزام العهدة، بخلاف الفضولي في نكاح..." المرجع السابق ص 312،

² - محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - كتاب البيوع، كتاب الكفالة - ج 7، دار عالم الكتب، الرياض س 1423 هـ، 2003، ص 323 وفي هذا الصدد يقول د/ جعفر الفضلي: "إذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطلب الفضولي بالبدل إذا كان قد قبضه من العاقد الآخر.."; المرجع السابق، ص 186، ويرى دكتور صلاح الدين محمد شوشاري: "والعلة منح الفضولي حق فسخ العقد قبل الإجازة أن الفضولي بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بتسليم والمخاصم..."، المرجع السابق، ص 50، د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4، المرجع السابق، ص 189 و 190

³ - وجاء في رد المختار لابن عابدين ج 7: "وللمالك الإجازة والفسخ وللمشتري الفسخ لا الإجازة وكذلك للفضولي...". المرجع السابق ص 324 وجاء في البحر الرائق ج 6 لابن نجيم: "ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه أو يبيزه إن بقي العاقد والمعقود عليه وله وبه لو عارضاً" المرجع السابق، ص 245 ويقول د/ مصطفى الزرقاء: "... فيحق للفرضولي البائع أن يرجع عنه تخلصاً من المسؤولية العقدية قبل استقرارها، لأنه بعد الإجازة سيعتبر كالوكيل فيكون مسؤولاً بحقوق العقد التبعية من تسليم المبيع والمخاصمة في العيب... إلخ" المرجع السابق، ص 255

⁴ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مُعني المحتاج ج 2، المرجع السابق، ص 21 -

⁵ - عبدالله بن أحمد بن قدامة - المغني ج 4، المرجع السابق، ص 274 .

⁶ - الهمام كمال الدين، الفتح القدير ج 5 المرجع السابق، ص 312 .

⁷ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 145، د/ صلاح الدين شوشاري: "لقد تأثر القانون المدني الأردني برأي الحنفية إذا اعتبر البيع غير لازم بالنسبة للمشتري قبل صدور الإجازة من المالك، إذا منح المشتري حق فسخ العقد قبل صدور الإجازة وهذا يدل على أن العقد غير لازم في حقه". المرجع السابق، ص 50، د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 182

المطلب الثاني: حق المشتري في التعويض

سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة حق المشتري في المطالبة بالتعويض من وجهتي القانون الوضعي، والفقهاء الإسلاميين. فمتى يكون المشتري مستحقاً للتعويض، وما هي الشروط المطلوب لذلك؟ وما هو الأساس الذي يستند عليه للمطالبة به؟ وهل لحسن نية المشتري اعتبار لاستحقاق التعويض؟ وهل يشترط المشرع سوء نية البائع لاستحقاق المشتري التعويض؟ لهذا سنعالج هذا المطلب من خلال فرعين: الأول نتحدث فيه، عن الوقت المناسب لاستحقاق المشتري التعويض بتوفر شروطه، والثاني الأساس الذي يستند عليه للمطالبة بالتعويض.

الفرع الأول: متى يستحق المشتري التعويض في كل من القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين أولاً: القانون الوضعي

لا يقتصر حق المشتري على طلب إبطال العقد فقط، بل له أن يطالب بالتعويض وحتى يتسنى له ذلك الحق، في حالة إبطال البيع بسبب عدم قدرة البائع على نقل الملكية، لا بد من النظر إلى حسن نية المشتري¹ من عدمها لأنه إذا كان سيئ النية؛ وهذا يعني أنه كان على علم بأن البائع غير مالك للمبيع وتعهد هذا التصرف فسيحرم من حق التعويض.

وتنص المادة 399 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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"² يتبين من هذه المادة، أنه في حالة صدور حكم بإبطال هذا البيع، فيكون للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر من جراء هذا البيع³، وذلك لأن البطلان في هذه الحالة لا يرجع إلى المشتري وإنما إلى البائع الذي باع مالا يملك، لكن يشترط للحكم بالتعويض للمشتري أن يكون قد قضى بالإبطال بالفعل، فإذا لم يصدر حكم في دعوى الإبطال فلا يحق للمشتري أن يطالب بالتعويض، كذلك يشترط أن يكون المشتري حسن النية يجهل أن البائع وقت إبرام العقد أنه لا يملك المبيع⁴.

¹ - وهذا هو حكم القانون الفرنسي أيضاً في المادة 1599 مدي فرنسي؛ د/فايز أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص387. د/إسماعيل عبد النبي المرجع السابق فقرة 125، ص178، د/مصطفى احمد الزرقاء، العقود المسماة، المرجع السابق، ص261. د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص188

² - المادة 468 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية." د/محمد حسين قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص188، د/محمد يوسف الزعي، شرح عقد البيع في القانون المدني، المرجع السابق، ص535. ويرى د/إسماعيل عبد النبي: "... وإنما يتعين للحكم بالتعويض ثبوت حسن نية المشتري وحتى ثبوت ذلك فإن الحكم بالتعويض موكول إلى القضاء وفقاً للسلطة التقديرية المخولة له." المرجع السابق، ص180

³ - د/عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، فقرة 162، ص291، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص138، د/إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص182،

د/سليمان مرقس، المرجع السابق، الفقرة 299، ص711 د/خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص216

⁴ - د/خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص216 ويرى د/محمد صبري السعدي: "يجوز للمشتري المطالبة بالتعويض علاوة على الإبطال إذا كان حسن النية طبقاً لنص المادة 399 مدي جزائري"؛ المرجع السابق، ص138، د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 162، ص

أما إذا كان المشتري سيئ النية فلا حق له في طلب التعويض، ولكن له طلب إبطال العقد ، ويسترد الثمن دون تعويض، بل دون المصروفات التي أنفقها على الشيء المبيع لأن المشتري سيئ النية لا ينبغي أن يكون أهلاً للحماية القانونية المقررة للمشتري حسن النية¹ . أما فيما يتعلق بالبائع فلا أثر لحسن النية من سؤنها على تعويض المشتري، فالمادة 399 من القانون المدني الجزائري - تقابلها المادة 468 من القانون المدني المصري- تمنح المشتري حق التعويض حتى لو كان البائع حسن النية يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع² ، لكن قد نجد طرْحاً آخر في قانون الموجبات والعقود اللبنانية، وهذا طبقاً للمادة 385 فقرة 2 تنص: " إذا أبا المالك أن يبيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك ". فمن خلال هذه المادة نجد المشرع اللبناني يشترط سوء نية البائع حتى يستحق المشتري التعويض³ .

ويقول الدكتور سليمان مرقس: " إذا استعمل المشتري حقه في طلب الإبطال في الوقت المناسب وحكم له به، ثبت له الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب البطلان متى كان يجهل وقت العقد أن البائع لا يملك المبيع⁴ ". وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من خلال المادة 399 سابقة الذكر، قد نص على حق المشتري بطلب الإبطال وحق التعويض ، وحتى يفي هذا الحق الأخير يجب تحقق شرطين قانونيين هما :

- أن يكون قد حكم له بإبطال البيع، فإذا لم يحكم له بذلك ؛ إما لأنه لم يطالب به ، أو لأن حقه سقط بالتقادم، عندئذ لا يمكنه المطالبة بالتعويض.
- أن يكون المشتري حسن النية، وهذا يثبت نتيجة جهله لعدم ملكية البائع للمبيع وقت البيع⁵ .

ثانياً: الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الفضولي ؛ الذي يقوم ببيع ملك غيره وتسليمه للمشتري في حالة رفض المالك للإجازة، يكون حكمه حكم الغاصب وتكون ذات الشيء مضمونة عليه بالقيمة أو بالمثل⁶ ، وبالرجوع إلى حق المشتري بالتعويض في الفقه الإسلامي، نجد أنهم يميزون بين أمرين حالة علم المشتري بالفضالة (سيء النية) ، وحالة جهله بها (حسن النية) ، إذا كان المشتري يعلم حقيقة مركز البائع (فضولي) فلا يحق له أن يرجع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له. وإذا كان هذا

1- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق بند 162، ص 291 إسماعيل شاهين، المرجع السابق، ص 175، د/صبري سعدي، المرجع السابق، ص 139

2- د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 193 د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 292

3- د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 188 د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 118، د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 193

4- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 299 ص 711

5- د/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 40. د/ عبد النبي شاهين: " فإنه ليس للمشتري أن يطالب بالتعويض في كل الحالات التي يحكم فيها بإبطال بيع ملك الغير وإنما يتعين الحكم بالتعويض بنبوت حسن نية المشتري " ؛ المرجع السابق، ص 180 د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 216

6- إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 158

المشتري قد فُرض عليه أن يُرجع للمالك بعض التعويضات نتيجة تلف المبيع أو تعييبه تحت يده فلا يعود على البائع بشيء لأنه - بسوء نيته - يكون حكمه حكم الغاصب فيستقر الضمان عليه لأن يده يد ضمان وبالضمان يجبر الضرر¹، وجاءت آراء الفقهاء في هذا الصدد كمايلي :

1/ حالة المشتري سبب النية : إختلف الفقهاء في هذا الشأن على النحو التالي

يذهب المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أن المشتري من الفضولي العالم بحالة الفضالة (سبب النية) له الحق في المطالبة برد الثمن، سواء كان هذا الثمن باقياً أو هالكا، وسواء كان المشتري حسن النية أو سيئها، أي كان على علم أن البائع غير مالك لشيء المبيع . ويرى أكثر الأحناف⁵، 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. لأن هذا الأخير لا يستحق هذا الثمن لأنه غاصب. ولكن بعض الأحناف⁶ يروا : إن كان المشتري سبب النية، وقت دفع الثمن، يكون هذا المال أمانة في يد البائع يرده إن كان باقياً، ولا يحق له مطالبته به إذا هلك.

2/ حالة المشتري الحسن النية

- في هذه الحالة فقد انقسم الفقهاء في حكمه إلى إجماعين أحدهما يوسع من مجال حماية المشتري ليشمل تعويض حتى المنافع الناتجة عن هذا الغصب، ويعطيه حق الرجوع على البائع بالتعويضات، و الآخر يضيق من هذا المجال، ولا يمكن المشتري من حق الرجوع، إلا على سبيل الإستثناء.⁷

- يرى المالكية⁸ و الحنفية⁹ انه 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

¹ - د/ عبد الهادي الحكيم- عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، د.ط، د.د.ن سنة 1979، ص 259، نقلا عن د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 164

² - وجاء في الشرح الكبير لأبو البركات سيدي أحمد الدردير : "...علم المشتري بغصب البائع لذلك المبيع...فحكمه في الضمان حكم الغاصب سواء تلف المبيع بسماوي، أو أتلفه المشتري عمدا أو خطأ فيتبع المالك أيهما شاء بالقيمة...فإن اتبع المالك المشتري بالقيمة رجع بالثمن على الغاصب، وإن اتبع الغاصب فلا رجوع له على المشتري." المرجع السابق، ص 456 و 457

³ - شمس الدين أبي العباس أحمد بن حمزة ابن الشهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير: "...علم أو جاهلا وإنما يرجع عليه بالثمن.."، نهاية

المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ج5، دار الكتب العلمية، ط2 بيروت لبنان، س 1424هـ، 2003، ص 191 و 193

⁴ - زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي- القواعد، طه سعد، القاهرة، س 1972، ص 226؛ نقلا عن د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 164

⁵ - الأهمام كمال الدين، فتح القدير ج5، المرجع السابق، ص 313 الكاساني علاء الدين، "...فإن اختار تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن

على البائع." بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص 581 ومايليها. محمد امين ابن عابدين، رد المحتار ج 7، المرجع السابق، ص 322

⁶ - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم : "أن علم المشتري أنه فضولي وقت الأداء لا رجوع له...ولا ضمان عليه إن هلك" البحر الرائق ج 6، المرجع السابق،

ص 246، محمد أمين ابن عابدين : " فإذا هلك الثمن في يد الفضولي هل يضمه للمشتري ؟ ... ثم رمز الزهارة صاحب المحيط قال لا يرجع عليه

بشيء... إن علم أنه فضولي وقت أداء الثمن يهلك أمانة..."، المرجع السابق، ج 7، ص 322

⁷ - د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 165 -

⁸ - أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير ج 3، المرجع السابق، ص 467 -

⁹ - الكاساني علاء الدين بدائع الصنائع ج 6، المرجع السابق، ص 582. ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار ج 7، المرجع السابق، ص 323

كما لو اشترى المبيع بعشرة، ورد إلى المالك قيمته خمس عشرة¹.

"كما أن المنافع المغصوب ليست بأموال عند الحنفية. ومع ذلك استثنى الأحناف - استحسانا - عن الأصل العام منافع الأعيان الموقوفة، والأعيان المعدة للاستغلال، والأعيان المملوكة لليتيم، فأوجبوا على من ينتفع بأي من هذه الأعيان ضمان منافعها رعاية لأموال اليتيم ومصلحة الموقوف عليهم"².
-أما "الشافعية والحنابلة"³ فيرون بأحقية المشتري حسن النية الذي لا يعلم بحالة الفضالة، أن يطالب البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين التي ردها له، إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يتحصل عليها بأن تلفت عنده. "أما إذا كانت الزيادة التي دفعها؛ تقابل العين أو المنافع التي عادت على المشتري، بمعنى أن هذا الغضب قد نتج عنه منافع و تحصل عليها المشتري .

فيرى الشافعية أن له حق الرجوع على البائع، بينما يرى البعض الآخر من الشافعية و الحنابلة بأنه لا يحق له الرجوع على البائع لمطالبته بهذه الزيادة"⁴.

و بالرجوع إلى أحكام المادة 596 من مجلة الأحكام العدلية⁵ التي تقضي: "لو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغصب، لا يلزمه أداء منفعه، ولكن إن كان مال وقف أو مال يتيم، فحينئذ يلتزم ضمان المنفعة أي أجر المثل في كل حال، وإن كان معدا للاستغلال يلزمه ضمان المنفعة؛ يعني أجر المثل إذا لم يكن بتأويل ملك أو عقد، مثلا لو يسكن أحد في دار بدون عقد إيجار لا تلزمه الأجرة، لكن إن

كانت تلك الدار وقفا أو مال الصغير أو يتيم فعلى كل حال تلزمه. يعني أنه كان ثمة تأويل ملك، وعقد، أو لم يكن يلزم أجر المثل المدّة التي سكنها وكذلك إن كانت دار كراء، ولم يكن ثم تأويل ملك، أو عقد، يلزم أجر المثل. وكذا لو استعمل أحد دابة للكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل". ويقول دكتور محمد الألفي في نص المحلّة: "لا تزال بعيدة عن روح العدل والإنصاف، على الرغم من أنها آخر ما توصل إليه اجتهاد متأخري الفقهاء الأحناف...لهذا لبد من أخذ بوجهة نظر الفقهاء الشافعية في ضمان المنافع".⁶

وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية: " والأئمة الحنفية متفقون في عدم لزوم المنفعة في هذا، أما الإمام الشافعي رحمه الله فيرى أن المنافع المغصوب مضمونة كأعيانه..."⁷

¹- أبو البركات سيدي أحمد الدردير: " فعلى هذا إذا كانت قيمتها عشرة وأخذها المالك من المشتري وكان الثمن الذي أخذه البائع خمس عشرة، يرجع المشتري

المستحق منه على البائع الغاصب بخمس عشرة...المستحق منه"، الشرح الكبير ج3، المرجع السابق، ص467.

²- د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 159

³- مالك بن أنس - المدونة ج14، القاهرة س1323هـ، ص 58 و 90، نقلا عن د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 165-

⁴ - د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص166

⁵- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1، المرجع السابق، ص 685

⁶- د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 166

⁷- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1، المرجع السابق، ص686

يفهم من هذه المادة؛ أن ما يخرج من ضمان¹ الأموال التي تكون مأخوذة من غير إذن صاحبها؛ فهو من قبيل الغصب، فلا ضمان في منافعها؛ إن لم تكن معدة للاستغلال، أما إذا كان الأمر يتعلق بمال موقوف أو مال صغير؛ أي يتيم فهنا وجب ضمان مناعه أي يلزم عليه ضمان أجر المثل، طبقاً للمادة 596 من مجلة الأحكام العدلية² ومن خلال التطرق إلى التقنينات التي تأثرت بالفقه الإسلامي نجد موقف القانون المدني العراقي في المادة 135 في الفقرتين 3 و4 منه: "إذا لم يجر المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل، فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يدي الفضولي بدون تعدي منه، وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي، فلا رجوع له عليه بشيء منه".

والفقرة 4 منه تنص أيضاً: "وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها، لمن تعاقده معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر"³ نجد أن المشرع العراقي يتحدث في هذه المادة عن التعويض المستحق للمشتري، وكل ما قضى به هو مطالبة المشتري البائع بدفع الثمن أو البدل الذي أخذه في حالة إبطال تصرف الفضولي، وإذا هلك هذا البدل في يد الفضولي، وكان المشتري عالماً بحالة الفضالة فلا يرجع عليه بشيء. وبمفهوم المخالفة لهذه المادة إذا كان المشتري حسن النية، وهلك مادفعه للفضولي، يمكنه الرجوع على هذا الأخير في قيمة هذا البدل، وهذا إذا كان هناك تعدد⁴ واقع من طرف البائع (الفضولي). ومن هنا يتبين أن التعويض في هذا البيع يكون في حالة واحدة وهي حالة هلاك الشيء المباع في يد المشتري بدون تعدد منه، ويكون للمالك الخيار في من يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر. طبقاً لنص المادة 135 سابقة الذكر.⁵

ويتضح من ذلك أن المشرع العراقي تأثر بالفقه الإسلامي؛ منه الفقه الحنفي الذي قيد حق المشتري في المطالبة بالثمن مع اشتراط حسن نيته، دون أن يكون هناك تعويض عن الزيادات في المبيع أو المنافع. إلا في الحالات الاستثنائية كما نصت عليها المادة 596 من مجلة الأحكام العدلية.

ومما سبق عرضه نجد وجه تشابه بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، في اشتراط حسن نية المشتري حتى يتم تعويضه عن الضرر الذي ألحقه به بائع ملك الغير.

¹-المادة 85 من مجلة الأحكام العدلية تنص: "الخرج بالضمان والخرج بالضمان، يعني أن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان، مثلاً لورد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف بيده قبل الرد كان من ماله لأن الأجر والضمان لا يجتمعان طبقاً للمادة 86 من المجلة.

²-و جاء في شرح مجلة: "...ولكن إذا طرأ نقصان على المال باستعماله إياه واستهلك بعض أجزاء العين لزمه ضمان النقصان"، م1، المرجع السابق، ص685 و686

³- د/ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المرجع السابق، ص186 و187 د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص167.

⁴-التعدي في اللغة: التجاوز. وفي الاصطلاح هو: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً.

نعم الملاحظة أن المشرع اللبناني نجده في مادته 385 من الموجبات والعقود يشترط سوء نية البائع حتى يستحق المشتري الحسن النية التعويض غير أن هذا الرأي غير مقبول لأن ما يهمننا في تعويض المشتري هو حسن نيته بغض النظر عن موقف البائع طبقاً للمادة 399 مدين جزائري

⁵- أ/ أيمن محمد حسن، المرجع السابق، ص122 د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص167

الفرع الثاني: أساس التعويض المستحق للمشتري:

أولاً: الأساس القانوني للتعويض بعد إبطال البيع

كل النصوص القانونية التي تتحدث عن بيع ملك الغير، تنص على أحقية المشتري في مطالبته بالتعويض إذا كان حسن النية. لكن يبقى الإشكال في المصدر والأساس الذي يستند عليه المشتري للمطالبة بالتعويض هل هو العقد نفسه؟ أم بسبب التقصير من البائع؟ لهذا كان هناك اتجاهان مختلفان الأول، ينادي بنظرية الخطأ في تكوين العقد والآخر يجعل مصدرها المسؤولية التقصيرية، لهذا سنوضح كل رأي على حدى.

يرى بعض شراح القانون المدني الفرنسي، أن مصدر التعويض هو الخطأ في تكوين العقد في بيع ملك الغير طبقاً للمادة 1599 من القانون المدني الفرنسي، هذه المادة تعطي الحق للمشتري حسن النية، بغض النظر عن حسن نية البائع من سئوها، فهي ترجع التعويض إلى العقد ذاته. فنكون أمام مسؤولية عقدية لا تقصيرية، التي تتطلب تظافر شروطها، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. كما أن المادة 1599 تؤكد على بقاء البائع ملتزماً بالتعويض ولو كان حسن النية¹

ونظرية الخطأ في تكوين العقد التي جاء بها الفقه الألماني "اهرنج"² الذي دعا إلى هذه النظرية بافتراض أن كل من يقدم على التعاقد يقع عليه التزام مضمونه هو عدم وجود سبب لبطلان العقد من جهته، فإذا ما أبطل العقد يكون الطرف الذي أتى سبب البطلان من جهته قد أحل بالتزامه السابق على التعاقد، ومن ثم يلتزم بتعويض الطرف الآخر الذي أولاه الثقة وأطمأن لصحة هذا العقد³ ويفهم من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية. فوضع مبدأ عاماً يقضي بأن كل متعاقد، تسبب ولو بحسن النية في إيجاد مظهر تعاقدي، اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان

نقلا عن أ/ كميح حورية، المرجع السابق، ص108، P693، 1963، T3، HENRI، Léon et jean MAZEAND- leçons de droit civil،¹

² - قانون أكيليا هو قانون روماني كان معمول به في ألمانيا في عهد الفقيه إهرنج.

³ - د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص42 د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، بند 309 ص409 د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص183 د/ محمد حسين، المرجع السابق، ص194 "ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصر إذا باع مالا يملك، وإذا كان سيئ النية فمصدر المسؤولية هو اختلاسه ملك الغير". نقلا عن د/ عبد الرزاق السنهوري، الهامش الأول، المرجع السابق، ص293. نقض المدني المصري في 1964/06/11 مجموعة أحكام النقض س15 ص814 رقم 128 وجاء في هذا الحكم أن "المقصود من المادة 468 من القانون المدني... هو تقرير حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض، متى كان حسن النية."؛ نقلا عن د/ إسماعيل شاهين، المرجع السابق، ص182.

العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب ثقته واطمئنانه إلى العقد بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد¹.

لكن اغلب الفقه لم يعمل على ترجيح هذا الرأي القائل بأن مصدر التعويض - في بيع ملك الغير - هو العقد،² لأن من المسلم به أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا نتيجة إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح، والعقد هنا قد حكم بإبطاله، فلا يصلح أساساً لترتيب مسؤولية تستوجب التعويض³. كذلك يقتصر التعويض في هذه الحالة على المصلحة السلبية، والتي تتمثل في الضرر الذي يتولد من توهّم صحة العقد. وبعبارة أخرى التعويض يقف عند حد ما أصاب الطرف الآخر، من ضرر دون إدخال العنصر الثاني (المصلحة الإيجابية) للتعويض في الحسبان وهو ما فاته من كسب، والمسؤولية في هذه الحالة عقدية وليست تقصيرية⁴.

ويذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى أن مصدر المسؤولية عن التعويض، في حالة كون البائع سيئ النية، فمصدرها هو اختلاسه لملك الغير⁵ ونكون أمام جريمة نصب واحتيال، إذا توفرت أركانها، أما إذا كان يبجل عدم ملكيته، فخطؤه يكون غير مقصود، فيعتبر مقصراً إذا باع ما لا يملك، ولا يكون هناك اعتبار لحالة البائع ويستوي موقفه أن يكون سيئ النية أو حسن النية في إستحقاق المشتري تعويض.

- وقد وجه لهذا الرأي انتقادات منها؛ إذ يصعب القول بأن أساس المسؤولية في حالة حسن نية البائع هو الخطأ التقصيري⁶، إذ لا يمكن نسبة الخطأ التقصيري للبائع في هذه الحالة، ولا يكفي أن يقال بأن الشخص يبيع ملك غيره يعتبر بذاته خطأً تقصيرياً يستوجب التعويض⁷ كما لا يمكن اعتبارها قائمة على أساس مسؤولية تعاقدية لأن العقد أبطل.

- ويرى اتجاه آخر أن مصدر التعويض، بعد إبطال العقد، لا يمكن أن يكون مرده إلى عقد البيع نفسه، لأنه لم يعد موجوداً بعد إبطاله. وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حالة سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيري⁸، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد. ويرى هذا الفقه بإمكانية تحول

¹-د/ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، بند 309، ص410

²- ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "...لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه مصدر لتعويض فقد زال بالإبطال". المرجع السابق، ص 292

د/ مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 265

³- د/ اسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص 183

⁴-د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص43.

⁵ وهذا رأي الفقيهان - PLANIOL et Ripert أشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش 2، ص293

⁶- ويرى د/ علي هادي العبيدي: "الأساس القانوني لالتزام البائع بالتعويض هو تحقق مسؤوليته التقصيرية بسبب قيامه ببيع ملك الغير"، العقود المسماة البيع والإيجار، المرجع السابق، ص 62.

⁷-د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 194

⁸- يرى د/ مصطفى الزرقاء: "إن المسؤولية التقصيرية بمقتضى القواعد العامة توجب التعويض ولو كان المخطئ حسن النية." المرجع السابق،

ص265

بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد اتجهت إلى هذا الالتزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيبتل¹ وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لا يأخذ بالتعويض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية التي يربتها القانون على الإخلال بالالتزام قانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه، أو العقودية التي تترتب على الإخلال بالالتزام مترتب عن عقد صحيح² ، وبما أن المشرع الجزائري وضع شروطاً لاستحقاق المشتري التعويض منها الحكم له ببطان بيع ملك الغير . متى كان المشتري حسن النية. ولا اعتبار لمركز البائع في مسألة حسن نيته من سؤنها لاستحقاق المشتري التعويض، طبقاً للمادة 399 من القانون المدني الجزائري. فأساس التعويض لا يمكن نسبته للعقد بعد إبطاله، ومن المسلم به أن العقد الباطل لا يترتب عنه أي أثر، وإنما أساس المسؤولية هنا هو خطأ البائع لأنه يعتبر مقصراً³ في ذلك ليس على أساس سوء نيته ، لأن البائع ولو كان حسن النية يكون مطالباً بالتعويض طبقاً للمادة سابقة الذكر. إذ السبب يكمل في تقصيره وقلة احترازه والتصرف دون حذر وتبصر⁴ في البحث عن حقيقة البيع، وفي هذا الصدد يقول الدكتور سليمان مرقس : " بأن البائع هو الذي يجب أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه ."⁵ كما أن أي سلوك يقدم عليه شخص يكون على مستوى معيار الرجل العادي، وهذا ما تؤكد العبارة الأخيرة من المادة 182 من القانون نفسه: "...ببذل جهد معقول .". وبالتالي يكون له من الحيطة والحذر ما يمكنه من تجنب الوقوع في الخطأ. ونجد المشرع الجزائري نص في مادة 399 من القانون نفسه بتعويض المشتري، سواء كان البائع حسن النية أو سيئها، أما إذا كان هذا الأخير سيئ النية، زيادةً على المسؤولية المدنية هناك المسؤولية الجنائية⁶ إذا توافرت أركانها، كعلم البائع بأنه يبيع ملك غيره وهو يكون اعتقاداً للغير، بأنه مالك فهنا نكون أمام جريمة نصب واحتيال⁷ .

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري ، ج4، المرجع السابق ، ص292 و293

² - د/ على علي سليمان ، المرجع السابق ، ص113

³ - ويقول د/ محمد صبري السعدي: " ونحن نميل إلى الرأي القائل أن أساس المسؤولية هنا هي تقصيرية إذ أن بيع الشخص لشيء لا يملكه يعتبر خطأ منه ... " ، المرجع السابق ، ص 139

⁴ د/ اسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص182، د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 125 -

⁵ د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الفقرة 293 ص704 -

⁶ - "...يعتبر مقصر إذا باع مالا يملك ، وإذا كان سيئ النية فمصدر المسؤولية هو اختلاسه ملك الغير .". نقلا عن د/ عبد الرزاق السنهوري ، المامش2، المرجع السابق، ص 293.

⁷ - يشترط في جريمة النصب والاحتيال، توافر القصد الجنائي العام والخاص، ويتمثل هذا الأخير في نية الشخص في الاستيلاء على مال الغير إلى أن هناك فرق بين بيع ملك الغير وجريمة النصب والاحتيال رغم ما يوحد من تلقي بينهما.

أوجه التشابه.

-يقوم كل من بائع ملك الغير ، و مرتكب جريمة النصب بالاستحواذ على مال الغير.

- كلاهما ليسا مالكان للشيء المتعامل فيه وكلاهما يتعاملان في ملك الغير بالبيع. =

طبقاً لأحكام المادة 372¹ من قانون العقوبات الجزائري، وكما أن تقدير التعويض عن المسؤولية هنا يكون وفقاً للقواعد العامة طبقاً للمادة 182 من القانون المدني الجزائري حسب ما فاتته من كسب، وما لحقه من خسارة، ومسألة التقدير ترجع للقاضي، طبقاً للفقرة الأولى من هذه المادة².

ثانياً: أساس التعويض في الفقه الإسلامي

إن الضمان³ في الفقه الإسلامي هو ضمان الإلتلاف والتفويت والتعيب والتغير والغصب ووضع اليد دون إذن من المالك⁴. فكل فعل ترتب عليه ضرر يوجب الضمان كأن يقوم شخص بفعل يلحق ضرراً بآخر، كأن يتلف له ماله أو يغصبه له، وبهذا يكون قد تعدى على ملك غيره و في هذه الحالة يعدّ في مركز الغاصب، فكانت يده يد ضمان، وبالضمان يجبر الضرر بإعادة المال المضروب أو المغصوب إلى ما كان عليه قبله ما أمكن ذلك، بإلزام المعتدي بمثل ما أتلفه من المال، وحمله إلى التعويض على وجهه الكامل، وبالتالي أساس المسؤولية في الفقه الإسلامي هو ضمان الفعل الضار⁵ وهو ما يقابله في القانون

= أوجه الاختلاف

قد يعد من أهمها، الاختلاف الشكلي، كون أن بيع ملك الغير منظم بالمادة 397 من القانون المدني، أما جريمة النصب منظم بالمادة 372 من قانون العقوبات. يعد بيع ملك الغير نظام مدني يستقي أحكامه من القانون المدني، ولا يرتب عليه المشرع جزاء سوى قابلية العقد للبطلان، بينما جريمة النصب والاحتيال هي فعل يعاقب عليها القانون بعقوبة جزائية يشترط في مرتكب جريمة النصب والاحتيال، أن يكون سيء النية وعلى علم أن الأشياء المتعامل فيها ليست ملكاً له، بينما لا يشترط ذلك في بيع ملك الغير طبقاً لأحكام المادة 397 من القانون المدني؛ كذلك أنظر في هذا المعنى لما ذكره د/ أنور طلبة، المرجع السابق، ص 582، كذلك أنظر د/ إسماعيل عبد النبي، شاهين، المرجع السابق، ص 96 وما بعدها.

1- المادة 372: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموالاً أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخلصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك و كان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو عتاد مالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى...."

2- د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 174 د/ الياس ناصيف: "... يكون تعويض المشتري واجب بغير ما أصابه من ضرر حسب مافاته من كسب ومالحفته من خسارة، متى كان المشتري حسن النية طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 385 من موجبات عقود اللبانية... " المرجع السابق، ص 122.

3- الضمان: هو مرادف للكفالة ويراد بهما ما يعم ضمان المال و ضمان النفس وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان؛ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، ط 2000، ص 8.

كذلك الضمان في اللغة يطلق على عدة معان منها التحمل والمسئولية والالتزام. فيقال ضمننت الشيء فأنا ضامن: أي التزمت، وضمنته الشيء: ألتزمت إياه، والضمين الكفيل والكافل، وضمن الشيء وبه ضمناً وضمناً: كفل به، وضمنته إياه: كفله، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني، مثل غرمته وضمن الشيء وبه ضمناً وضمناً، فهو ضامن وضمين: كفله، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني: غرمته فالتزمته". والضمان: الكفالة والالتزام، والضامن: الكفيل أو الملتزم أو الغارم. نقلا عن علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 7.

فإن الضمان يعني: "شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه"

4 - د/ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 11. عن سمرة بن جندب أن رسول الله، قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" رواه البخاري في صحيحه في كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، الباب من إستعمار من الناس الفرس أو الدابة وغيرها، رقم الحديث 2484، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، د. ط، دار الريان للتراث، س 1407 هـ، 1986، ص 285 ومعناه أن حيازة مال الغير والاستيلاء عليه بغير إذن من له الحق في الإذن بجزائه سبب لإيجاب الضمان من جهة الغاصب الوضع، ويترتب عليه من جهة التكليف وجوب رد المحجوز إلى صاحب الحق في حيازته.

5- د/ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 92.

الوضعي المسؤولية التقصيرية التي تقوم على عناصرها الثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة السببية كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا بشكل مباشر لمسؤولية الفضولي سيء النية اتجاه المشتري حسن النية ، لتعويضه عن الضرر الذي ألحقه به¹ ، إذ في نظرهم كل ضرر بالغير يستوجب الضمان وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الصدد عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " لا ضرر ولا ضرار." ² كما أن هناك عدة قواعد فقهية تنص على ذلك منها "الضرر يزال" ³ كذلك "درء المفاسد أولى من جلب المنافع" ⁴ "الضرر لا يزال بمثله" ⁵ كلها قواعد تحت على عدم التعدي وأن الضرر يلزم الضمان⁶ . لهذا أساس التعويض في الشريعة الإسلامية هو الفعل الضار ، لأن المسؤولية هنا تقوم على أساس الضرر ويستوي حينئذ أن يكون البائع (الفضولي) حسن النية ، أو سيء النية وليس على أساس الخطأ كما هو في المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي، وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف: "والفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء ومخالفة محظور بل يجب الضمان فيه مطلقاً سواء أكان ناشئاً عن اعتداء، أم لا، كأن يصدر الفعل تعدياً عن قصد وعمد ، أو ضرر صدر عن فعل من غير قصد التعدي..."⁷ ، كما أن مقدار التعويض في الفقه الإسلامي يكون خاضعاً للقواعد التي تحدد الغرامات المالية في باب التعزير⁸ ، وعناصر التعويض فيه أحف وطأة من عناصر التعويض في القانون الوضعي⁹ .

المطلب الثالث: أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد

من بين الخصائص التي يتميز بها بيع ملك الغير هو قابلية الإبطال، وهذا الحق مقرر للمشتري دون غيره، لكن قد يحدث ويصحح هذا البيع بطرق مشروعة، وبالتالي يسقط حق هذا الأخير في الإبطال فيصبح صحيحاً فيما بين المتعاقدين ، إلا أنه لا يكون ساري المفعول في حق المالك الحقيقي إلا بعد

¹ ويقول د/ مصطفى أحمد الزرقاء: " وفقهاء الشريعة لم ينصوا صراحة على مسؤولية الفضولي تجاه المشتري بتعويض مناسب عن ضرره إذا باع الفضولي المبيع على أنه مالكة ، والمشتري يجهل أنه لغيره ... ولكن قواعد الشريعة في المسؤولية عن الضرر والتسبب فيه تسمح بذلك بل تقتضيه " ، العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، فقرة 260 ص 254 و255

² -رواه مالك بن أنس في الموطأ ، باب القضاء في المرفق، كتاب الأفضية ، رقم الحديث 1424، مالك بن أنس، الموطأ ، دار الحديث القاهرة ، ط-2004 ص، 386

³ - المادة 20 من المجلة الأحكام العدلية؛ حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، 1م، المرجع السابق، ص37 المادة 30 من المجلة الأحكام العدلية ؛ حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، 1م، المرجع السابق، ص 41⁴

⁵ - المادة 25 من المجلة الأحكام العدلية ؛ حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، 1م، المرجع السابق، ص 40

⁶ -علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ، ص 92. أ/ أيمن محمد حسن ، المرجع السابق ، ص 125-
علي الخفيف - المرجع السابق ، ص 54⁷

⁸ -التعزير : هو التأديب ، من عزّر يُعزّر تعزيراً ، و لغة : عزّر فلاناً أي لامه و أدبه أما اصطلاحاً : التعزير هو العقوبة التي يفرضها الحاكم على المذنب لتأديبه بما يراه مناسباً من الضرب مما دون الحد الشرعي ، فهو عقوبة غير محددة ؛ نقلا عن موقع الانترنت مركز الإشعاع الإسلامي للدراسات

www.islam4u.com والبحوث الإسلامية 1998-2012 -

⁹ -د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 214-

إقراره. فما هي الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في المطالبة بإبطال العقد؟ و هل يمكن أن يكون هذا البيع صحيحاً بين المتعاقدين إذا زال سبب لإبطاله؟ هذا ماسنجيب عليه في هذا الفرع .

الفرع الأول: تقادم دعوى إبطال البيع

من خلال التطرق للنصوص القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير، لم نعثر على نص خاص يحدد حالات سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بسبب تقادمها، هذا ما أدى بشرح القانون إلى الاختلاف في تحديد مدّة سريان وانقضاء حق هذا الأخير في رفع دعوى الإبطال؛ فيرى بعض شراح القانون الغربي "طبقاً للمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي أن مدّة تقادم دعوى بطلان بيع ملك الغير هي ثلاثون سنة على أساس اعتبار بيع ملك الغير باطلاً بطلاً مطلقاً.

أما الفقهاء الآخرون الذين اعتبروا بطلان بيع ملك الغير بطلاً نسبياً فقد حدد، هذه المدّة طبقاً للمادة 1304 من القانون المدني الفرنسي. بمضي عشرة سنوات من يوم اكتشاف الوقوع في الغلط"¹. وبالرجوع إلى القوانين العربية، لم تتطرق هي أيضاً إلى المدّة المحددة لسقوط دعوى إبطال بيع ملك الغير بنص خاص، مما جعل الفقه في نفس الدولة يختلف في تحديد هذه المدّة.

يذهب أغلب الفقه المصري إلى أن حق المشتري يسقط في طلب الإبطال بالتقادم طبقاً للقواعد العامة،² التي تقضي بحتساب مدة التقادم بمضي ثلاث سنوات من وقت علم المشتري³ بأن البائع لا يملك المبيع وليس نائباً عن مالكه، أو بمضي خمس عشرة سنة من وقت البيع إذا لم يعلم المشتري خلالها أنه اشترى من غير المالك الحقيقي، وذلك قياساً على سائر دعاوى الإبطال⁴.

بينما ذهب بعض الفقه⁵ إلى أن المادة 466 من القانون المدني المصري - تقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري - لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق فتسري عليه الأحكام العامة، غير أن المادة 140

¹-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص70 و 71

²-د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص290، ويقول د/ الياس ناصيف: "تسقط دعوى إبطال بيع مال الغير بحسب القانون اللبناني وعملاً بأحكام المادة 235 موجبات وعقود، بعشر سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع..." المرجع السابق، ص 122، إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص194

³-تنص المادة (140) من القانون المدني المصري على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدّة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط أو التديليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تديليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد." د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 37

⁴-د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص290 -

⁵-ويرى د/ سليمان مرقس: "إن المادة 466مدني مصري لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق فتسري عليها أحكام القواعد العامة." المرجع السابق، ص 704

مدني مصري التي حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات قد خصت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه ، أو زوال نقص الأهلية، كما أن هذه المادة سابقة الذكر لم تحدد مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير مما يؤدي بنا إلى القول أن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات ، لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ لهذه المدة لاحقاً لوقت إبرام العقد¹. أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد فإن التقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير لا يتم إلا بخمس عشرة سنة².

أما المشرع الجزائري هو الآخر لم ينص على تقادم هذه الدعوى ولكن التقادم فيها يمكن أن نقيسه على حالات الإبطال النسبي الوارد في المادة 101³ من القانون المدني الجزائري، التي تتعلق بالأهلية ، وعيوب الإرادة فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال بإحدى مدتين أيهما أقصر، إما عشر سنوات من وقت التعاقد ، أو بعد خمس سنوات من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع⁴، ومن ثم يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع الصادر من غير المالك ، إذا لم يبادر في رفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك⁵.

لهذا فإن الرأي الذي يريجه الكثير من الفقهاء هو الرأي الذي يأخذ بتقادم الطويل⁶ للأجل والمحدد بخمس عشرة سنة تبدأ من وقت العقد طبقاً للمادة 140 من القانون المدني المصري ، و عشر سنوات طبقاً للمادة 101 من القانون المدني الجزائري ، لأن المشرع المصري ومعه المشرع الجزائري لم يفرق بين المشتري حسن النية وسيئ النية فقد أجاز له التمسك بالبطلان في كلتا الحالتين .

¹-د/حاك يوسف الحكيم: "...ان عدم تحديد بدء سريان التقادم في حالة إبطال بيع ملك الغير ، يوجب الأخذ بالمدة القصوى التي تحددها المادة 140 من القانون المدني المصري " المرجع السابق ، ص 89

²-د/ سليمان مرقس - المرجع السابق ، ص 704 ، ويرى د/ عبد الرزاق السنهوري أن مدة التقادم دعوى الإبطال تسقط خلال مدة 10 سنوات من وقت البيع ؛ المرجع السابق ، ص 289 ، د/ محمد صبري السعيد ، المرجع السابق ، ص 143
-د/ عبد الرزاق السنهوري: "...أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكن صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع وقبلاً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس و الإكراه - تسقط دعوى أيضاً بإقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ملك الغير . " ، المرجع السابق ، الهامش 1 ، ص 290 .

³ - المادة 101 من قانون المدني الجزائري بقولها: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد ". مع الملاحظة أن قانون المدني الجزائري لسنة 1975 كانت مدة تقادم في هذه المادة 101 : "ب 10 سنوات أقل مدة و 15 سنة كأقصى مدة ."

⁴ - (مع الملاحظة أن دعوى الإبطال في التقنين المدني المصري ثلاث سنوات وليست خمس سنوات كما في التقنين المدني الجزائري)؛ د/ محمد صبري السعيد ، المرجع السابق ، ص 143 ، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ، ص 43 ، د/ فايز أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 389

⁵- د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 192 ، د/ محمد صبري ، المرجع السابق، ص 143 د / خليل احمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 214
⁶-د/حاك يوسف الحكيم، المرجع السابق ، ص 89 و90، د /سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 704

الفرع الثاني: إجازة المشتري للبيع

إذا كان حق طلب إبطال بيع ملك الغير قد تقرر للمشتري ليدفع به عن نفسه الضرر الذي يلحقه من عدم انتقال الملكية له ، فإن الأمر مرده إليه في استعمال هذا الحق من عدمه ، فيجوز له أن يتزل عن هذا الحق بأن يميز العقد ليصبح غير قابل للإبطال .¹ وقد أشارت المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري إلى حق المشتري في إجازة العقد بقولها : "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع؛ ولو أجازته المشتري". إجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ويصبح صحيحا فيما بين المتعاقدين . أما بالنسبة للمالك الحقيقي فلا يسري العقد في حقه بإجازة المشتري، طبقا للمادة 2/397 سابقة الذكر² ، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، ومعه المصري في المادة³ المتعلقة بإجازة المشتري للبيع، لم تتطرق لكيفية حصول هذه الإجازة، لهذا نرجع إلى تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد طبقا للمادة 100 من القانون المدني الجزائري⁴ تنص: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ،دون إخلال بحقوق الغير"، ويستنتج من هذه المادة أن الإجازة قد تكون صريحة باللفظ الذي يدل على إجازة البيع؛ أو ضمنية تستفاد من الأعمال التي يقوم بها المشتري، سواء كانت أعمال القانونية، أو مادية⁵ وإجازة المشتري للعقد لا تنتج آثارها القانونية إلا من وقت أن يعلم المشتري أن البائع غير مالك للمبيع ، أي بعد علمه بأن العقد قابل للإبطال⁶ ، كما تجدر الإشارة إلى أن للإجازة المشتري أثرا رجعيًا⁷ لهذا إذا أجاز المشتري العقد

¹ - د/إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، الفقرة 130 ص190، ويقول في هذا الصدد د/ سليمان مرقس: " ويجوز أن يكون نزوله عنه ضمنا ويجوز أن يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم كما سقط بذلك سائر الحقوق ". ، المرجع السابق ، ص703 ، د/ خليل أحمد قداة ، المرجع السابق ، ص214 و215 ، د/ محمد حسنين ، المرجع السابق، ص191 و192

² - يرى د/ محمد صبري السعيد : " وصيرورة العقد صحيحا بين المتعاقدين بإجازة المشتري تعطيه الحق في مطالبة البائع، بتنفيذ التزاماته بنقل المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات البائع ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات التي تنتج عن هذا البيع". ، المرجع السابق ، ص141 و142 .

3-المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 2/466 من القانون المدني المصري

⁴ - تقابلها المادة 1/139 مدني مصري: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ."

- د/ رمضان جمال كمال: " والقاعدة العامة أن حق الإبطال يزول بإجازة من تقرر الإبطال لمصلحته إعمالا لحكم المادة 1/139 مدني مصري ، وعلى ذلك إذا علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع ، واختار عدم المطالبة بإبطال البيع ، فإن حقه في طلب إبطال البيع يسقط بهذه الإجازة و ، أن الإجازة لا تكون إلا بعد علم المشتري بسبب الإبطال " المرجع السابق ، ص44

⁵ - ويقول د/ إسماعيل عبد النبي : " ويجوز أن يكون نزوله عنه ضمنا، كما لو قام بدفع ثمن المبيع للبائع أو برهنه المبيع للغير بعد علمه أن المبيع غير مملوك للبائع ، كما يجوز للمشتري أن يسكت عن طلب الإبطال حتى يسقط بالتقادم ..." المرجع السابق ، ص190 و191 د/ محمد حسنين ، المرجع السابق، ص191 و192

6- د/ خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص215 ، د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص191

⁷ - تنص المادة 100 مدني جزائري: "... وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ،دون إخلال بحقوق الغير" و تقابلها المادة 2/139 مدني مصري: " تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ."

على النحو السابق، زالت قابليته للإبطال¹ وكان ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات للبائع ، ويكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه ، وبضمان الاستحقاق وضمـان العيوب الخفية إلى غير ذلك من الالتزامات التي تقع على البائع في عقد البيع.² ولكن لما كان المبيع غير مملوك للبائع ، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فإن المشتري يستطيع أن يطلب فسخ العقد³ إذا لم يتمكن البائع من تسليمه له أو لم يتم نقل ملكيته له⁴ ، كما يمكن له أن يرجع على البائع بالمطالبة بالضمان؛ في حالة تعرض المالك الحقيقي له، وذلك تطبيقاً للمادة 1/371 من القانون المدني الجزائري⁵ فيشترط التعرض الفعلي من المالك، فإذا قام هذا الأخير برفع دعوى استحقاق للمبيع وإستحققه، فإن للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض على أساس المادة 375 من القانون المدني الجزائري، ويكون هذا التعويض وفق ما حددته المادة سالفه الذكر، أي بوجه عام مطالبته بالتعويض عن كل ما فاته أو ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح كان سيحصل عليه بسبب نزع اليد ويترتب على ذلك أن المشتري - في بيع ملك الغير - يكون بالخيار إذا استحق المبيع في يد الغير بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق ، وكل هذه الأحكام كان بالإمكان استبعادها لو أرجعنا أثر بيع ملك الغير مقتصرًا على إجازة المالك الحقيقي⁶. ومن الجدير بالذكر أن سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد بإجازته، أو بالتقادم ، لا تؤثر في حقوق المالك الحقيقي .

- أما في الفقه الإسلامي، بيع الفضولي لا يترتب عنه أي أثر قبل إجازته من المالك، ويبقى للمشتري والبائع حق الفسخ فقط ،أما الإجازة فهي حق معقود للمالك الحقيقي دون غيره⁷.

¹-د/إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، ص191

²-د/إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، ص191 د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص294

³- وهذا طبقاً للمادة 119 الفقرة الأولى التي تنص : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض ... ". وهنا للمشتري حق طلب الفسخ لعدم التنفيذ، لان حق الإبطال سقط بالإجازة .

⁴-وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لئن أجازت المادة 446من القانون المدني المصري ، تقابلها المادة 397 مدين جزائري للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع، إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أحل بالتزامه بنقل الملكية " نقض مدين في

1977/01/11 مجموعة أحكام النقض السنة 28قضائية رقم 48 ، ص211 ، نقلا عن د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق الهامش 268 ، ص142

⁵ - تنص المادة 1/371 من القانون المدني الجزائري : " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان من فعله أو من فعل غيره..". والمادة 375 تتحدث عن التعويضات التي يمكن للمشتري مطالبة البائع بها منها قيمة المبيع وقت نزوع اليد وقيمة الثمار وبوجه عام تعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب نزع اليد .

⁶-د/إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق ، ص191 د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص167 .

⁷ - راجع الفصل الأول من مذكرة موقف القائل بعقد الموقوف، ص79 د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق . ص12.

الفرع الثالث: تملك المشتري للمبيع

إذا تملك المشتري الشيء المبيع يترتب عن هذا بعض من الآثار، منها سقوط حقه في المطالبة بإبطال البيع، فقد يكتسب الملكية في هذا النوع من البيوع من قاعدتين، اكتساب المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية¹. وقد يمتلك المشتري العقار بالتقادم المكسب.

لكن هل يمكن للمشتري أن يكتسب ملكية العقار بالتقادم في ملك الغير، ونحن نعلم أن أغلب الدول تأخذ بنظام الشهر العيني ومنها الجزائر؟ كذلك ماهي الشروط المطلوبة لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية؟ لهذا سنعالج مسألة اكتساب المشتري للملكية المبيع في المنقول والعقار.

أولاً: تملك المشتري المنقول

لقد ميز المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني، العقار عن المنقول أي مالا ينطبق عليه أوصاف العقار فهو منقول بقوله: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". كما جاءت المادة 1/835 من القانون المدني الجزائري بقولها²: "من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سنداً لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"³، ولتطبيق قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" يشترط حسن نية المشتري، والحيازة، والسند الصحيح، لكن قبل تطرق لهذه الشروط تجدر الإشارة إلى أن مجال هذه القاعدة ينطبق على كل منقول مادي أو كل شيء قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف أو تغيير. ولا تخضع للقاعدة المنقولات المادية المعتبرة عقاراً بالتخصيص كالجرار، والأدوات المتعلقة أو الملحقة بالعقار، لأنها متصلة به، إلا إذا فصلت عنه فتصبح منقولات بحسب طبيعتها⁴. ومن بين هذه الشروط:

1/ **الحيازة:** لكي يستطيع حائز المنقول أن يتمسك بالقاعدة يجب أن تتوفر لديه حيازة فعلية فلا تكفي مجرد الحيازة الرمزية أو الحكمية؛ فالحيازة الحكمية لا تكفي للتمسك بالقاعدة، فمن اشترى وهو حسن النية منقولا من غير مالكة وتركه لدى البائع على سبيل الوديعة مثلا، فلا يستطيع التمسك بالقاعدة⁵.

¹- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 298، ص 710، ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "وقدما أن المشتري يكتسب الملكية، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول... المرجع السابق، الهامش 1، ص 296. د/ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 257

² - د/ محمدي فريدة (زواوي) - الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، لسنة 2000، ص 133 و134.

³ - ويقول د/ سليمان مرقس: "ومؤداهما أن من يشتري منقولا معيناً من غير مالكة ويتسلمه منه بحسن نية يصير مالكا أياه بالرغم من أن البائع اليه لم يكن مالكا... المرجع السابق، ص 363

⁴ - د/ عبد المجيد زعلاني: "وجود علاقة تخصيص فعلا بين المنقول والعقار بحيث يوضع الأول في الثاني رصد على خدمته". المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومه، ط 2010، ص 43 و44 د/ محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 139

⁵ - د/ محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 139

2/ **حسن النية**: يجب أن يكون حائز المنقول حسن النية أن يعتقد أنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق ، ولا بد من توافر حسن النية وقت الحيازة ، فلا يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق¹. وحسن النية مفترض لدى الحائز ، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ، وتنص المادة 3/835 من القانون المدني الجزائري على مايلي: "والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح ، وحسن النية ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك"².

3/ **السند الصحيح**: السند الصحيح هو تصرف من شأنه أن ينقل الملكية، أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق، فالذي يقف حاجزا من ترتيب نقل الملكية هو صدوره من غير المالك. ولا يعتبر سندا صحيحا العقد غير الناقل للملكية مثل عقد الوديعة³.

و تنص المادة 836 مدني جزائري: "يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقدته أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة." فالقاعدة في المنقول أنه لا يجوز للمالك استرداد ه من يد حائز لديه حسن النية والسند الصحيح، إلا أن المشرع وضع تقييدا على هذه القاعدة؛ إذ يقدم دعوى الاسترداد للمالك المنقول الضائع أو المسروق، والشروط المطلوبة لاسترداد هذا المنقول ؛ أن يثبت المالك الأصلي للمنقول سند ملكية وفقا للقواعد العامة للإثبات ، كما يثبت هذا الأخير حصول السرقة أو الضياع وتاريخه بكافة الطرق الإثبات، كما يشترط أن يرفع المالك الأصلي دعوى الاسترداد خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة . وهذا إذا كان الحائز حسن النية ولديه سند صحيح ، لكن إذا كان سيء النية أو كان هو السارق فلا يكتسب المنقول إلا بالتقادم الطويل ، وللمالك المنقول استرداده حتى بعد فوات خمس عشرة سنة ، لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم هذا مادام الحائز لم يملك المنقول بالتقادم المكسب . وإذا اكتسب الحائز سيء النية المنقول بالتقادم المكسب الطويل فيستطيع المالك الرجوع على السارق أو على من وجد الشيء بدعوى التعويض ما لم تسقط هذه الأخيرة بالتقادم⁴.

د/ محمدي فريدة (زاوي) - الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق ، ص 140 و141¹ -

² - د/ محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 141 ، د/ سليمان مرقس: "أن يكون حسن النية وقت تسلمه الشيء أنه تسلمه من مالكه ، ولا يشترط أن يظل على هذا الاعتقاد بعد تسلم الشيء.." ، المرجع السابق ، ص 366 و367 ، د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 196 ، جاء في قرار محكمة العليا الجزائرية ، الغرفة العقارية ، رقم قرار 223939 المؤرخ في 2002/01/23 الحلية قضائية لسنة 2003 ، ع1 ، ص322 "إن الحيازة مسألة موضوعية تخضع في إثباتها للقواعد العامة ." نقلا عن د/ عمر حمدي باشا ود/ ليلي زروقي - المنازعات العقارية ، ط3 ، دارهومة ، الجزائر ، ص 2007 ، ص 81

³ - د/ محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 141 ، د/ عبد الرزاق السنهوري: " أن القانون الفرنسي لم يشترط في حائز المنقول أن يكون لديه سند صحيح "؛ الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، الجزء9، منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية ، لسنة 2004 ، فقرة 444 ، المرجع السابق ص 1128 ، د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 367

⁴ - د/ محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 143 ومايلها . ويقول د/ أبو السعود : " ... لو كان المبيع شيئا مسروقا أو ضائعا تعين عليه طلب البطلان " المرجع السابق ، ص 137.

أما عندما يكون الحائز حسن النية، وقد أثبت أنه اشترى هذا المنقول من المزاد العلني، أو من سوق معروف بالتعامل في هذه الأشياء، أو من تاجر يتاجر في مثل هذه الأمور، ولا يكفي مجرد إعتقاد الحائز أن الشخص الذي يتعامل معه هو تاجر بل لابد أن يكون تاجرا حقيقياً في أشياء من جنس الشيء المسروق أو الضائع.¹ ففي هذه الأحوال منح المشرع للحائز الحق في مطالبة المسترد بأن يدفع له مسبقاً الثمن الذي دفعه للحصول على المنقول كما جعل له الحق في حبس المنقول حتى يستوفي الثمن. والحكمة في هذا الاستثناء هي أن الحائز لم يرتكب أي خطأ أو إهمال فيكون منافياً للعدالة حرمانه من الثمن الذي دفعه.² لذا إذا اكتسب المشتري الشيء المنقول وفقاً للشروط القانونية السابقة الذكر، أصبح هذا البيع صحيحاً مطهراً من كل القيود وبهذا يسقط حق المالك في المطالبة باسترداده . ويترتب على ذلك سقوط حق المشتري في طلب الإبطال.

ثانياً: تملك المشتري العقار

لقد عرفت المادة 683 من القانون المدني الجزائري العقار بأنه: " كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار." وأضافت المادة نفسها بالقول بأن: "المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص". كذلك بالرجوع إلى المادة 793 من القانون المدني الجزائري تنص: " لا تنتقل الملكية والحقوق 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."³

كذلك الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري⁴، نجد في مادته 15 التي تنص: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية... وبالتالي نجدها توسع أثر الشهر حتى بين الأطراف، إذ أنه لا يكون للتصرف وجود إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية،⁵ ويتميز السجل العيني، بعدم سريان التقادم في مواجهة صاحب الحق المقيد، وهذا هو مبدأ حضر التقادم، حيث لا يعرف هذا النظام مالكا أو صاحبا للحق العيني خلاف المالك أو صاحب الحق العيني المقيد، كما لا يجوز لأي شخص أن يدعي حقوقاً عينية ليست مقيدة في السجل العيني، مهما طال مدة حيازته لها، فالاعتداد بالتقادم كطريق لكسب الملكية والحقوق العينية

¹-المادة 836 مدني جزائري: "...إذا كان الشيء الضائع أو المسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن النية في السوق بالمزاد العلني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد الشيء أن يرد الثمن الذي دفعه

²-د/ محمد فريدة، المرجع السابق، ص 146

³-د/ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، 42، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 197 د/ محمد حسين، المرجع السابق، ص 87-

⁴- (ج.ر.ج. ع. 92، الصادرة في 1975/11/18)

⁵- د/ عمر حمدي باشا ود/ ليلي زروقي: "...أن من يدعي أنه مالك لأي حق عيني مصدره واقعة مادية كالتقادم المكسب أو الالتصاق وهي من أسباب كسب الملكية في القانون المدني يجب عليه إثبات ذلك بالقيود..." المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 69

تعارض مع قوة الثبوت المطلقة لنظام السجل العيني، التي تعني أن كل ما هو مقيد في السجل العيني حقيقة لا جدال فيها كما يتعارض مع أن القيد وحده هو مصدر الحق العيني.¹ لهذا فإن الرأي القائل باكتساب ملكية العقار بالتقادم لا يكون له أثر إلا في الدول التي تأخذ بالشهر الشخصي؛ لأنه لا يرتب سوى حقوقاً شخصية والجزائر مازالت تعمل بهذا النظام في المناطق والبلديات التي لم يتم تعميم مسح الأراضي فيها²

وفي هذا السياق نجد المشرع الجزائري عالج هذا الموضوع في القسم السادس من الفصل الثاني، الباب الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية. بمقتضى المادتين 827 و828³ من القانون المدني الجزائري اللتان تتحدثان عن اكتساب الحيازة في العقار، وتميز بين الحائز حسن النية و سيئها، فالأول تكون مدة الحيازة له محددة بعشر سنوات دون انقطاع، والثاني خمس عشرة سنة بدون انقطاع، وتشترط المادة 828 من القانون المدني الجزائري بالنسبة للتقادم المكسب القصير مدى، وجود سند صحيح، وأن يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق، كما تؤكد هذه المادة على ضرورة إشهار السند⁴، أما إذا كان المشتري (سيئ النية) حائزاً للعقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة و بدون انقطاع؛ طبقا لما نصت عليه المادة 827 من القانون المدني الجزائري. كما نجد أنه يطرأ على التقادم المكسب القصير، والطويل الوقف والانقطاع⁵ طبقا للمادة 317 من القانون نفسه⁶، والتي تتحدث عن إنقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وذلك راجع لاعتبارات تقتضيها العدالة، لان الدعوى قد يطول الفصل فيها وليس من العدل أن يسري أثناء الدعوى، وقبل الفصل فيها لأن الأحكام المقررة للحق تسري بأثر رجعي من يوم بداية المرافعة⁷.

¹- د/ محمد صبري السعيد، المرجع السابق، ص 205 و206، وفي نفس المعنى أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج4، ص 437 وما بعدها.

² - د/ محمد صبري السعيد، "...غير أن الأخذ بنظام الشهر العيني يقتضي أولا وقبل كل شيء مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته و أطواله وهذا يتميز بصعوبة كبيرة..."، المرجع السابق، ص 206، د/ محمد فريدة (زواوي)، المرجع السابق ص120. د/ محمد حسنين المرجع السابق، ص196

³ - المادة 827 من القانون المدني الجزائري تنص: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع".

- المادة 828 من نفس القانون: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات".

⁴- د/ مجيد حلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 47 وما يليها. د/ محمد حسنين: "...والسند هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند" المرجع السابق، ص196

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج9، المرجع السابق، ص 1020 و1021

- آثار وقف التقادم: يترتب على وقف التقادم إسقاط المدة التي وقف التقادم خلالها من حساب مدة التقادم وذلك سواء وقع سبب الوقف في بداية التقادم أو أثناء سريانه أو في نهايته. د/ محمد فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص96

⁶- المادة 317: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو الحجز..." مع الملاحظة فإن المشرع الجزائري في المادة 832 نص على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به امام القضاء والتنازل عنه...

⁷- د/ محمد فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص98 وما بعدها

والمادة 833 تنص: "يوقف التقادم المكسب أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه"¹ أي أن المدة التي توقف فيها لا تضاف إلى مدة التقادم المكسب، فمثلا لو اشترى شخص حسن النية عقاراً وله سبب صحيح وحازه لمدة ستة سنوات، ثم توفي وترك هذا العقار لوارث قاصر ويبقى هذا القاصر لمدة خمس سنوات ولم يتم تعيين وصي له إلا بعد خمس سنوات، فإنه لحساب مدة التقادم المكسب تحسب مدة ستة سنوات ثم يزيد لها أربع سنوات بعد خمس سنوات من تعيين الوصي²، أي لا تحسب المدة خمس سنوات فيكسب الملكية بعد انتهاء مدة أربع سنوات وبالتالي تصبح المدة عشر سنوات على أساس التقادم المكسب القصير المدى طبقاً للمادة 828 من القانون المدني الجزائري .

كما يمكن أن تنقطع مدة التقادم إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها، ولو كان ذلك بفعل الغير طبقاً للمادة 1/834 من القانون نفسه. وتضيف الفقرة الثانية من المادة 834 من القانون نفسه³، التي تشير إلى استمرارية التقادم المكسب لهذا الحائز إذا ما تعرض له الغير في حيازته لها، واستطاع هذا الحائز استرجاعها وذلك باستردادها خلال سنة من تعرض أو رفع دعوى استرداد في هذا الميعاد . كما يجوز للمشتري أن يتنازل عن حقه في التقادم، وهذا طبقاً للمادة 2/322 من القانون المدني الجزائري: "وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم"⁴. - وإذا استمر الحائز في المحافظة على حيازته سواء كان حسن النية أم سيئها فإنه يصبح مالكا منذ وقت بدء حيازته للعقار.

- وفي هذا السياق نجد قرار محكمة النقض المصري ، في طعن رقم 851 بتاريخ 1980 /06/21 : " من المقرر ، أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم ، فإن الملكية تنتقل إليه من وقت اكتمال التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طول مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين، فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسري في حق الحائز"⁵.

¹ - د/ محمددي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 96. ويرى د/ عبد الرزاق السنهوري: " أن التقادم المكسب يوقف أي كانت مدته بخلاف التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات."؛ الوسيط ج9، المرجع السابق، فقرة 388 ص 1021 .

² - أنظر في عرض هذا المثال الخاص بضم المدد في حالة تعاقب الحائزين د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ج9، بند 386، ص 1016 و1017

المادة 2/834: " غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد."³

⁴ - د/ محمددي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 119 .

⁵ - " جلسة 1980/06/21 الطعن رقم 851 لسنة 53ق" نقلا عن د/ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط ج9، المرجع السابق، الهامش "د"، ص 983 =

- إلا أنه لا يمكن القول بالتقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني الذي يتميز بقوة ثبوتية مطلقة وهذا ما بيناه سابقاً¹ ، ونشير إلى قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 182360 المؤرخ في 1998/10/28²، الذي يؤكد ذلك بقوله: "من المقرر قانوناً بأن المادة 793 من القانون المدني أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر".

- أما الشريعة الإسلامية فلا تجيز وضع اليد على مال مملوك للغير، وبهذا فهي لا تأخذ بالتقادم المكسب فالمشتري في بيع الفضولي لا يكتسب الملكية بالتقادم مهما كانت مدة حيازته، ولكن نجدها قد أخذت بالتقادم المسقط الذي يقوم على واقعة سلبية هي سكوت صاحب الحق مدة زمنية معينة يترتب عنها سقوط حقه سواء كان حقاً شخصياً أو عينياً³. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1662 من مجلة الأحكام العدلية⁴: "إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وإذ كانت في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها ست وثلاثين سنة وكما لا تسمع دعاوى الأراضى الأميرية بعد مرور عشر سنوات...". وبما أن حكم العقار يأخذ حكم المنقول في الفقه الإسلامي، والذي يقضي بصحة البيع دون ضرورة المرور بإجراءات معينة⁵، وبما أن بيع ملك الغير يبقى موقوفاً في الفقه الإسلامي على إجازة المالك، فإن بيع عقار الغير هو الآخر يبقى موقوفاً على إجازة المالك، إن أجازته رتب آثاره وإن لم يجزه بطل.

= - "محكمة النقض الفرنسية جعلت قيوداً على تصرف في بيع ملك الغير مما يؤكد على التكامل بين قواعد العامة، نظرية الالتزامات وتلك المتعلقة بالحقوق العينية اللاصقة بالعقار أي يوجد تكامل بين القاعدة العامة وما يمس العقار من رهون وحقوق لا بد من احترامها"
Cass.civ, 3^{ème} ch., 8 déc. 1999, Dr. et patrimoine, juin 2000, p. 103, obs. F. Macoring-Venue
1- أنظر إلى الفصل الأول، من هذه المذكرة، ص 73

2- المجلة قضائية الجزائرية لسنة 1999 العدد 1. ص 81، نقلاً عن مذكرة طالب قاضي إبراهيم محمد أمبارك، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009، ص 15

3- ويرى د/ عبد الوهاب عرفه "أن الشريعة الإسلامية لا تجيز وضع اليد على مال مملوك للغير وإنما يجوز وضع اليد إذا كان على مال مباح غير مملوك لأحد بشروط وهي أن يكون الخائر أجنبياً وليس شريكاً في الشيوع، عدم وجود شهود لدى مدعي الحق، أن تكون مدة الحيازة 10 سنوات؛ الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 44، على قول الرسول عليه السلام: "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له". أخرجه مالك في المدونة كتاب الدعوة في الشهادة على الحيازة، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت لبنان، ص 1415هـ، 1995 ص 50.

- د/ محمد فريدة "هناك فرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، ففي الأول لحسن التنية اعتبار في الاكتساب، بمدة القصير بينما في المسقط فلا اعتبار لحسن التنية من سوتها كذلك التقادم المكسب يقوم على واقعة إيجابية هي حيازة الشيء مدة معينة بينما المسقط يقوم على واقعة سلبية هي سكوت صاحب الحق مدة معينة، كذلك تقادم المكسب يكسب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المنفردة عن حق الملكية، أما التقادم المسقط فيؤدي إلى سقوط الحقوق الشخصية والعينية - عدا حق الملكية - إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة...". المرجع السابق، ص 83

4- حيدر علي - درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - تعريب المحامي فهمي حسيني، المجلد 4، الصلح، الإبراء، الإقرار، الدعوى، البنات، والتحليف القضاء، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، لسنة 1423هـ، 2003، ص 302 و 303

5- وجاء في بدائع الصنائع للكاساني ج 7: "إذا تم إبرام عقد البيع صحيحاً، رتب حكمه الأصلي ومن توابعه، ثبوت ملك المشتري للمبيع وملك البائع للثمن في الحال"، المرجع السابق، ص 235

لهذا إذا تملك المشتري المبيع بالحيازة وبالتقادم المكسب في القانون الوضعي فإن البيع يقع صحيحا وبذلك يسقط حق المشتري في طلب الإبطال، لأن سبب إبطاله قد زال .

الفرع الرابع: تملك البائع للمبيع بعد انعقاد البيع .

تنص المادة 398 /2 مدني جزائري بقولها: " وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع." ¹ وتبعاً لذلك يمنع المشتري من المطالبة بإبطال العقد لزوال المانع الذي كان يحول دون انتقال الملكية إلى المشتري، كما أن أسباب اكتساب البائع للملكية قد تختلف، فقد تكون نتيجة تحقق الشرط المعلق عليه اكتساب الملكية أو تملكه بطرق قانونية كالحيازة في المنقول، أو اكتساب الملكية بالتقادم فيما يخص العقار ²، أو بالوصية أو الهبة أو الميراث، أو نحو ذلك. ³ ففي حالة تحقق الشرط، فيجب على البائع تسليم المبيع، كما تفق عليه أطراف العقد، لأن في تحقق الشرط طبقاً لأحكام القانون، له أثر رجعي وهو رجوع مفعوله إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 208 مدني: " إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام" "تقابلها المادة 270 مدني مصري بقولها: " إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أو وجود الالتزام، أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط". و هذا ما يؤكد الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ⁴ فيجب على البائع أن ينفذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري لأن سبب الإبطال قد زال وأصبح مالكا له - وفقا لذلك - "فإن المبيع ينتقل إلى المشتري محملاً بالحقوق التي رتبها عليه مالكة الأصلي قبل أن تنتقل ملكيته منه إلى البائع" ⁵. وبالتالي تملك البائع للمبيع يترتب عنه سقوط حق المشتري في طلب الإبطال. ⁶

¹ -و تقابلها المادة 467 الفقرة الثانية من قانون مدني مصري على: "... وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 140

- وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 06-04-1994 تحت رقم 108763، "أكدت القاعدة القانونية المذكورة في المادة 398 من القانون المدني بشأن اعتبار البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع..." نقلا عن د/ لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 62

² - نقض مدني المصري في 1988/05/08 طعن رقم 1173 لسنة 24 ق وجاء فيه: " مفاد نص المادة 2/467 من القانون المدني أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا في حق المشتري إذا الت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . "نقلا عن د/ إسماعيل شاهين، المرجع السابق، الهامش 2، ص 189 أنظر إلى الفرع الثالث من هذا الفصل، ص 115 ومايلها -

³ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 140/د/ رمضان أبو السعود . عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 141، 142، د/ سليمان مرقس المرجع السابق بند 298، ص 709 و 710، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 46، د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 295، د/ خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 215

⁴ - أنظر إلى الفصل التمهيدي من هذه المذكرة، ص 40

⁵ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 2 ص 295

⁶ - طعن رقم 1618 جلسة 1985/12/25 عن محكمة النقض المصرية جاء في هذا الصدد: " أن عقد بيع ملك الغير - إلى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشتري، يبقى قائما منتجا لأثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انقضاءه وقبل تسجيله من=

ويرى جانب من الفقه¹ أنه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال في حالة تملك البائع للمبيع أن يتم ذلك قبل أن يرفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا تم التملك بعد رفع هذه الدعوى فإن ذلك لا يؤثر في حق المشتري في الإبطال ، لهذا لا بد على القاضي أن يحكم به إذا توفرت شروطه².

ويرى إتجاه آخر أن أيلولة ملكية المبيع إلى البائع تسقط حق المشتري، في طلب إبطال بيع ملك الغير، حتى ولو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال مادام قد تم قبل صدور الحكم النهائي، واستند هذا الرأي على مبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال الحق.³ كما يرى الدكتور رمضان جمال كمال أن هذا الإبطال كان يستهدف حماية المشتري ، وهذه الحماية لا حاجة للمشتري لها بعد تملك البائع للمبيع⁴ ، سواء كان ذلك التملك بعد رفع دعوى الإبطال أو قبل رفعها ، فلا مصلحة إذن للمشتري في الاستمرار في دعوى الإبطال بعد رفعها ؛ وتملك البائع للمبيع.⁵ فغرض المشتري من رفع دعوى الإبطال لعدم إمكانية نقل البائع ملكية المبيع له ، أما والملكية قد انتقلت للبائع وأصبح بإمكانه نقل ملكية المبيع للمشتري ، فلا مصلحة إذن للمشتري في الاستمرار في دعوى الإبطال⁶.

لهذا يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 467 مديني مصري⁷: "وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد". لهذا بعد زوال العلة يسقط حقه في ذلك. - إلا أن الرأي الراجح الذي يذهب إليه كثير من شراح القانون ذلك الذي يشترط من أجل سقوط حق المشتري في طلب الإبطال أن يكون ذلك قبل رفع دعوى الإبطال ، لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى ، فيكفي أن يكون الحق قائماً في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده.⁸

= حقوق و التزامات شخصية و تنتقل هذه الحقوق و تلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى الورثة كما يلتزم بضمان عدم التعرض

للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . " نقلا عن د/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص48

1- د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص708. د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق، ص47

2- د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، الهامش الأول، ص190، د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق، ص47

3 أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الهامش 1، ص295 -

4 - د/ رمضان جمال كمال ، المرجع السابق، ص47 ويقول د/ رمضان أبو السعود: "إلا أننا نرى مع ذلك أن تمسك المشتري بالإبطال بعد أن

ألت ملكية المبيع إلى البائع قبل النطق بالحكم إنما يعد تعسفا في استعمال الحق في التمسك بالبطان . " ، المرجع السابق ، 142

5- د/ عبد الرزاق السنهوري : " يذهب إتجاه آخر إلا أبعد من ذلك حيث يقول أنه يكفي أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتابة

، دون حاجة إلا رفع دعوى الإبطال ... " المرجع السابق ، هامش 1، ص295 .

6- د/ رمضان جمال كمال : " ونرى أن القاضي يتعين عليه أن يقضي في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، إذا تمسك البائع بانتفاء

مصلحة المشتري في إبطال العقد، إذ أن المصلحة في الدعوى يجب أن تكون متوفرة حتى يتم الفصل في موضوع الدعوى . " المرجع السابق ،

ص47 ومابعدها

7 - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 164، ص294 و 295

8- د/ حليل احمد حسن ، المرجع السابق ، ص214 . د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص708 د/ محمد صيري ، المرجع السابق ، ص141

- وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي ، نجد آراء الفقهاء في هذا الصدد مختلفة ، فمنهم من يعتبر العقد صحيحاً بعد تملك البائع المبيع ، ومنهم من يعتبره باطلا .
يفرق المالكية¹ بين ما إذا كان اكتساب الفضولي للملكية المبيع قد تم بالميراث وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر غير ذلك، ففي الحالة الأولى: فإذا كان سبب الملكية هو الميراث فتكون حقوق المورث انتقلت إليه فيصح له أن ينقض البيع أو يجيزه.

أما في الحالة الثانية : حالة تملك المبيع بسبب غير الميراث ، كسواء المبيع ، أو الهبة، فيصح البيع الصادر من الفضولي ولا يجوز له الحق في فسخ أو نقض البيع ، فيصبح ملتزماً به اتجاه المشتري ، لأن العقد أصبح صحيحاً نافذا لعدم وجود سبب إبطاله .

يرى أكثر الأحناف² أن بائع ملك الغير إذا اكتسب ملكية الشيء المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، بعد العقد الذي قد أبرمه بصفته فضولياً ، كما لو ورث الشيء المبيع أو اشتراه، فإن هذا العقد الموقوف ينقلب باطلا . وذلك تبعاً للقاعدة الفقهية التي تنص على " أنه إذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف أبطله"³ فالملك الموقوف لا يقوى على معارضة الملك البات فتكون النتيجة الطبيعية هي بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات⁴ ولكن البيع يكون جائزاً إذا تقدم سبب ملك الفضولي على بيعه⁵ لكن رغم ذلك ، هناك من الأحناف قد خرج على القاعدة القاضية " أنه إذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف أبطله " . لأن العقد الموقوف أصبح نافذاً ، بعد صيرورة الفضولي (البائع) مالكاً ولو كان ذلك بعد انعقاد العقد لأن العلة لإبطال التصرف قد زالت باكتساب البائع ملكية الشيء المبيع⁶

¹ - أبو البركات سيدي أحمد الدردير ، " والغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض البيع ما باعه أو وهبه أو عتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه لا انتقال ما كان لمورثه له ، لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه هبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقض... " ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ج3، المرجع السابق، ص11
² - ابن الهمام كمال الدين محمد : " وأما بيع من الغاصب فيما لا يصح منه لبطلان عقده بالإجازة فإن ما يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله. " فتح القدير ج5 ، المرجع السابق ، ص314
³ - " مقتضى هذه القاعدة هو أن الملك الموقوف لا يقوى على معارضة الملك البات فتكون النتيجة الطبيعية هي بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات فإذا باع المالك قبل الإجازة ما باعه الفضولي فإن بيع المالك يبطل بيع الفضولي وكذلك بيع الوصي إذا طرأ على بيع المحجوز عليه فإنه يبطله. " ؛ نقلاً عن د/ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص189
⁴ - ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري: " إن تطبيق هذه القاعدة الصناعية محضة تضيق بها التعامل ، فكان الأولى ألا تتحكم الصناعة إلا بالقدر الذي يستجيب للحاجات العملية . فقد رأينا أن الفضولي إذا أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه ، فإن بيعه يبطل، ولا يستطيع بعد أن اصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه، ولا يستطيع ذلك إلا بعقد متبداً... " ، مصادر الحق ، ج4 ، المرجع السابق ، ص278
⁵ - ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق ، ج6، المرجع السابق ، ص254 الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ج3 ، الطبعة الأولى المطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق محمدية مصر 1316 هـ ، ص111
⁶ - وجاء في رد المحتار على تنوير الأبصار، ج7 لابن عابدين محمد أمين " ... إذ أن الأصل أن من باشر عقداً في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ، إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف =

أما الشافعية¹ الذين عملوا بفكرة العقد الموقوف يرون أنه لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع (الفضولي) وأجاز، لم ينفذ قطعاً فالعقد الموقوف في هذه الحالة أصبح باطلاً ، لأن الإجازة حتى تكون صحيحة يجب أن تكون صادرة من يملك التصرف عند العقد .

وعند الحنابلة²، إذا طرأ سبب بات على سبب موقوف أبطله ، لأن الأثر الأقوى يزيل الأثر الأضعف لذلك حتى ولو أصبح البائع (الفضولي) مالكاً لشيء المبيع بعد انعقاد العقد وقع عقده باطلاً . كما نجد مجلة الأحكام العدلية قد نصت في مادتها **378**³ : " بيع الفضولي إذا أجازها صاحب المال أو وكيله أو وصيه، أو وليه ، نفذ وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً وإلا كان أحد المذكورين هالكا فلا تصح الإجازة." وقد تبنت المجلة في ذلك الرأي الراجح عند الحنفية، والحنابلة، والشافعية ، الذي يرى ببطالان بيع ملك الغير إذا ملك البائع الشيء المبيع و طرأ سبب بات على سبب موقوف.⁴ غير أن المشرع الجزائري في مادته **2/398** من القانون المدني نص: " كذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد." فقد جعل هذا العقد صحيحاً في مابين المتعاقدين بتملك البائع للمبيع. وحتى الدول المتأثر بالفقه الحنفي خالفته في هذه المسألة ومنه القانون المدني العراقي الذي نص في مادته **2/136**: " ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدین أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة ."⁵ لهذا نجد الرأي القائل ببطالان بيع الفضولي إذا ملك الشيء المبيع تتعارض مع قاعدة عامة استقرت في الفقه الإسلامي⁶ ، اعتمدها مجلة الأحكام العدلية

= كما إذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي و لو ممن اشترى من الفضولي. أما إن باعه من الفضولي فلا . " المرجع السابق ، ص 326.

- وجاء في الفتاوى الهندي ج3 للإمام أبو حنيفة: " ومن باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم إلى المشتري لم يجز ويكون باطلاً لا فاسداً ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز ، ولو اشتراه الغاصب من المالك أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك .." المرجع السابق ، ص 111

¹ - ويقول النووي أبو زكريا محي الدين " والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ وكذلك لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعاً والله تعالى أعلم " ، المجموع ج9، المرجع السابق، ص260

² - ويقول د/ عبد الرزاق حسن: " وقد وجدت لهذه القاعدة كلاماً عند الحنابلة في باب الزواج فقد جاء في المعنى ج6 لابن قدامة: "ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلها ولائها أقوى فأزالت الأضعف،" ص475. المرجع السابق، ص 190. أنظر إلى ابن نجيم زين الدين، البحر الرائق، ج6، المرجع السابق، الهامش 1 ص246 د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 115

³ - حيدر علي - درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1، المرجع السابق ، ص 403

⁴ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 146 و147

⁵ - د/ جعفر الفضلي، المرجع السابق ، ص 187

⁶ - وجاء في رد المختار لابن عابدين: " واصله أن من سعى نقض ما تم من جهته لا تقبل إلا في مسألتين (وان أقرّ البائع) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافق عليه أي على عدم الأمر ، لان التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة ، فإن توافقا بطل (في حقهما لا في حق المالك) للعبد إن كدبهما أو ادعى أنه كان يأمره فيطالب البائع بالثمن لأنه وكيل لا المشتري خلاف للثاني . " ج7 المرجع السابق ، ص 328

في مادتها 100¹: " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه." وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " إن تطبيقات هذه القاعدة (الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله) الصناعية المحضة تضيق بها التعامل، فكان الأولى ألا تتحكم الصناعة إلا بالقدر الذي يستجيب للحاجات العملية..."² لذلك فإن الرأي الأولى بالقبول هو رأي الفقه المالكي الذي يرى بتملك الفضولي لشيء المبيع بأي سبب من أسباب اكتسابه الملكية نتج عنه نفاذ هذا البيع. كما أن الرأي الأقلية من الحنفية الذي خرج على القاعدة و اعتبر هذا البيع صحيحا نافذا هو الآخر محل اعتبار . وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد الألفي: "ويكون الألبق بروح الفقه الإسلامي، والتقنيات المستمدة منه ، أن يعتبر بيع ملك الغير بيعا صحيحا نافذا ، إذا ملك البائع الشيء المبيع ، أيا كان سبب هذا الملك ."³

المبحث الثاني: آثار بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي

عندما قمنا بتعريف كلمة الغير في الفصل التمهيدي من هذا البحث ، وجدنا هذا المصطلح يتعلق بشخص لم يكون طرفا في العقد، لكن في بيع ملك الغير هو المالك الحقيقي، إذ يعتبر من الغير بالنسبة إلى البيع الصادر من سواه فهو بذلك لا يضر ولا يتأثر به ، مادام لم يتصرف به. لهذا حول له القانون الحق إما في إجازة هذا البيع، أو رفضه، وبما أننا بصدد دراسة مقارنة فقد نلتبس اختلافاً لمفهوم الإقرار، والإجازة في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي. وفي هذا السياق نقوم بتحديد معنى الإجازة في الفقه، والقانون، وشروط المطلوب في كلا الاتجاهين ثم نتقل إلى دراسة مقارنة للإجازة من خلال ما يتقدم، كما نقف على تحديد الفروق الجوهرية بين الإجازة والإقرار وهذا في المطلب الأول ثم نتطرق إلى آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل الإقرار، وبعد الإقرار وهذا في المطلب الثاني .

المطلب الأول: الإجازة في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية والفرق بينهما وبين الإقرار

إن الإجازة في القانون الوضعي يختلف مضمونها عن ما هو في الشريعة الإسلامية ، ونفس الشيء بالنسبة للإقرار، يختلف عنه في القانون و الشريعة الإسلامية، لهذا سنتناول بالدراسة في الفرع الأول مفهوم الإجازة وشروطها، في القانون الوضعي، وفي الفرع الثاني مفهومها وشروطها في الفقه الإسلامي، ثم نقارن بين المفهومين السابقين ونحدد في الفرع الأخير الفروق الجوهرية الموجودة بين الإجازة و الإقرار في القانون.

¹ - وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية: " ويفهم من مادة 100 من المجلة ، أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته فلا اعتبار لعمله"؛

1م ، المرجع السابق ، ص 99

² -د/ عبد الرزاق السنهوري، مصدر الحق ج4، المرجع السابق ، ص278-

³ -د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 118

الفرع الأول: مفهوم الإجازة و شروطها في القانون الوضعي

لم يعرف المشرع الجزائري الإجازة، وهذا على غرار نظيره الفرنسي و المصري، وقد أحسن صنعا إذ لم يفعل ذلك لأنه ليس من مهمة المشرع إيراد التعريفات، ولا الخوض في التفاصيل، بل إن وظيفته الرئيسية تكمن في وضع الخطوط العريضة، و المبادئ العامة للأحكام القانونية وترك أمر التفاصيل و التعريفات للفقهاء و القضاء¹.

لهذا فإن الإجازة في القانون الوضعي تعني: "تصرفا قانونيا بمقتضاه يزيل شخص العيوب المشوب بها الالتزام، والتي كان يمكنه المطالبة بالإبطال بسببها"² أو هي: "تصرف قانوني صادر من جانب واحد فلا حاجة إلى قبول العاقد الآخر لها، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر."³ كذلك هناك تعريف آخر للإجازة في القانون الوضعي ومنها: "النزول عن الحق في طلب الإبطال، و يملكها من شرع الإبطال لمصلحته، لأنه صاحب الحق في التمسك به، كما له الحق في النزول عنه و يترتب على ذلك زوال الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائيا و يكون لهذه الإجازة أثر يستند إلى يوم صدور البيع"⁴

كما عرفها الأستاذان **Raynaud و Marty** بمايلي: "الإجازة تصرف قانوني، قد يكون انفراديا يقوم شخص بمقتضاه بإزالة العيب الذي كان يعتري العقد والنزول عن طلب الإبطال."⁵ والإجازة في القانون الوضعي؛ كقاعدة عامة تتعلق بالعقد القابل للإبطال⁶ و لا ترد على العقد الباطل و نص المادة 102 مدني جزائري قاطع في دلالاته أن لا يزول البطلان المطلق بالإجازة، و نحن هنا أمام بيع قابل للإبطال بصريح النص طبقا للمادة 397 مدني جزائري تقابلها المادة 466 مدني مصري. وبالتالي حتى يتمكن المشتري من إجازة هذا البيع بينه و بين البائع غير المالك لابد من توفر شروط، رغم أنها لا تكون نافذة في حق المالك الحقيقي.

¹- د/ محمد سعيد جعفرور إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، الإسلامي، ط 2، دار هوامه الجزائر، 2009، ص 11.

²- AUBRY et RAU . Cours de droit civil français t.4, 6^{eme} éd par Bartin, paris .1952. P385.

³- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ج4، المرجع السابق، ص 116

⁴- د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 203، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 160

⁵- MARTY (G) .et RAYNAUD (P); Droit civil, t. 2, v.1. Les obligations, 1962, P184.

وقد جاء تعريفهما باللغة الفرنسية كالآتي :

"La confirmation est un acte juridique qui peut-être unilatéral par lequel une personne fait disparaître le vice qui altérerait un contrat et renonce à demander l'annulation."

- BAUDRY, LACANTINERY et Barde –traité théorique et pratique de droit civil.des obligations; t3, 3é. Paris

" الإجازة تفترض نزول المتعاقد الذي تقرر حق الإبطال لمصلحته عن حقه في طلب إبطال التصرف القابل للإبطال 1908, p343

⁶- و قد حدا المجلس الأعلى في الجزائر (المحكمة العليا حاليا) حذو محكمتي النقض في كل من فرنسا و مصر، فأصدر قرار بتاريخ 07 جويلية 1982 تحت رقم 25 699 و يفهم منه صراحة عدم إمكان إجازة العقد الباطل بطلان مطلقا و قد صدر هذا القرار بصدده حالة عدم مراعاة إجراءات الشكلية التي يستلزمها القانون لانقضاء العقد بموجب المادة 12 من قانون التوثيق الجزائري حيث نصت المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 70 / 91 المؤرخ في 15/12. 1970. تفرض الشكل الرسمي في العقد التي تتضمن نقل ملكية العقارية تحت طائلة البطلان المطلق " نقلا عن د/ محمد سعيد جعفرور - إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص 72.

من بين هذه الشروط نجد :

أولاً: أن يكون المحيز عالماً أن البائع غير مالك للمبيع و نقصد هنا بالمحيز المشتري¹ طبقاً للنص القانوني 397 من القانون المدني الجزائري ، فلصحة هذه الإجازة يجب أن يكون المشتري وقت الإجازة عالماً أن البائع غير مالك للمبيع والإجازة كما تقدم من قبل قد تكون صريحة، أو ضمنية، للبيع² و بمقتضاه تزيل العيب الذي كان يعتري العقد. **ثانياً:** توفر الأهلية في المشتري و الأهلية الواجب توفرها في المحيز هي أهلية الأداء أي أن تكون كاملة وقت الإجازة، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة كاملة ." و من ثمة فإن الأهلية لا تقتصر على وجود السن القانونية وإنما يجب فضلاً عن ذلك أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية، وله قوة عقلية ، ولم يحجر عليه من أجل مباشرة هذه التصرفات .

ثالثاً: أن تكون إرادة المشتري خالية من العيوب: كذلك يجب أن تكون إرادة المشتري خالية من أي عيب من عيوب الإرادة ، وقد نص المشرع الجزائري على عيوب الإرادة من المادة 81 إلى المادة 91 من القانون المدني³ ، فإذا كان المشتري أمام حالة من الحالات المنصوص عليها كان من حقه إبطال التصرف، والإجازة قد تكون باللفظ كقوله قبلت البيع ، أو رضيت به أو ضمنية تدل عليها تصرفات المشتري. بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح⁴ كما يجب أن يكون هذا التصرف أو العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة فالعقد الباطل بطرانا مطلقاً لا تلحقه الإجازة كما سبق ذكره⁵.

الفرع الثاني: مفهوم الإجازة و شروطها في الفقه الإسلامي

جاء في المصباح المنير للفيومي مايلي: " جاز العقد ... نفذ و مضي على الصحة أو أجزت العقد جعلته جائزاً نافداً."⁶ كما قد تأتي بمعنى الإمضاء أو النفاذ للعقد، أو الفعل ، فأجاز البيع . بمعنى أمضاه

¹ - نقض مدني المصري في 18 أبريل 1968 وقد جاء فيه (أنه إذا كان ورثة المشتري في عقد البيع ملك الغير قد طلبوا ملكيتهم استناداً إلى العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا هذا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي أن يعترض على هذا البيع وأن يطلب عدم سريانه في حقه) مجموعة أحكام النقض السنة 19 ق-ص 780-رقم 113 غير أنه يلاحظ في هذا الشأن الإجازة تقتضي أن يكون المحيز عالماً بسبب الإبطال حتى يكون نزوله عن التمسك بحقه في الإبطال صادراً عن بينة من الأمر ، فإذا طلب المشتري ثبوت ملكيته بعد علمه بصدور عقده من غير مالك أو على الأقل بعد حصول المنازعة له من المالك الحقيقي فيجوز اعتبار مطالبته هذه إجازة ضمنية للعقد وإسقاطه لحقه في التمسك بإبطاله... وفي هذا المعنى أيضاً نقض مدني 14 مارس 1962 مجموعة أحكام النقض المصرية لسنة 14 ، ص 298 نقلاً عن د/محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 141.

² - د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ج 4 ، المرجع السابق ، ص 117 ، فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 1953/11/26: "الإجازة التي تصح العقد هي التي تصدر من يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد ، وأن يكون قاصد إجازتها نقلاً د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 89

3- د/محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 85

4- د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4 ، المرجع السابق ، ص 116 و 117

5- د/عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 33 وما بعدها

6- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: " جاز يجوز جوزاً و جوازاً سار فيه، وأجازته بالألف قطعه وأجازته أنفذه... " - المصباح المنير ، المرجع السابق ، ص 44.

وجعله جائزا و نافذا وأجاز له الأمر أي سوغه له ¹.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية وكما جاء في فتح القدير لابن الهمام إن: "الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء" ² أو كما وردت في تكملة فتح القدير "رفع للمانع" ³ فعلى ذلك تكون الإجازة تصرف شرعي في العقد بالإبقاء توجب نفاذه وترتب عليه حكمه إما مستندا إلى وقت وجوبه أو مقتصرًا على حال صدوره. ⁴ فإن فقهاء الشريعة يستعملون مصطلح الإجازة في معنى "الإمضاء" وإنفاذ العقود الموقوفة. والإجازة في الفقه الإسلامي تطرأ على العقد الموقوف ولا يمكن تصورهما في العقد الباطل أو النافذ ⁵، كما سبق وأن تطرقنا للموقف الذي ينادي بأن بيع الفضولي عقد موقوف على إجازة المالك، لهذا يكون للمالك الحق إما رفض التصرف أو إجازته، لكن من أجل اعتبار هذه الإجازة صحيحة منتجة لأثارها لا بد من توفر مجموعة من الشروط، ونجد هذه الشروط قد تطرقت إليها المادة 301 من مرشد الحيران ⁶ حيث تنص: "يشترط لصحة الإجازة من المالك بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع و المشتري و صاحب المتاع المبيع حيا، و أن يكون المبيع قائما على حاله لم يتغير تغيرا أي يعد شيئا آخر وأن يكون الثمن باقيا ...". والموقف ذاته نجد في المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: "بيع الفضولي إذا أجازته صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا أنفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيزو المبيع قائما، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة" ⁷. ويستفاد من محتوى النصوص السالفة الذكر ضرورة توفر الشروط التالية:

أولاً: وجود المالك عند الإجازة وأن تكون ممن له ولاية إنشاء .

حتى تصح الإجازة لا بد أن تصدر ممن يملك ولاية مباشرة من مالك أو ولي أو وصي، فلا تصح الإجازة ممن لا ولاية له، فإن لم يوجد في هذا الوقت من يملك إجازة الفضولي كان العقد باطلا فلا تلحقه الإجازة ⁸. فإذا كان المجيز هو المالك فلا بد من وجوده عند إجازة العقد ⁹ فلو مات المجيز قبل إجازته

¹ - أنظر د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، 120، وجاء في معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير لإبراهيم رجب: "جاز العقد نفذ ومضى على الصحة (أجزت) العقد جعلته جائزا نافذا (أجاوزت) الشيء و(تجاوزته) تعديته...". المرجع السابق، ص 54

² - الهمام كمال الدين، فتح القدير، 5، المرجع السابق، ص 311.

³ - القاضي شمس الدين المعروف بقاضي زاده - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة فتح القدير، الجزء 8، مصر طبعة 1316هـ، ص 224

⁴ - د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 202، د/ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 119

⁵ - يرى د/ صلاح الدين محمد شورشاري: "فالعقد الموقوف يختلف عن العقد الباطل فالعقد الموقوف عقد منعقد وموجود كامل غير منقوص أو معيب يعيب بطلان مقارن هادم له من البداية. أما العقد الباطل فيطلانه أصلي لتخلف ركن العقد أو أحد شروط الانعقاد". المرجع السابق، ص 26.

⁶ - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، الفضل الثاني فيما يجوز بيعه وما لا يجوز، ص 49

⁷ - حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م 1، المرجع السابق، ص 403. د/ محمد الألفي: "ما يلاحظ في القانون المدني العراقي من خلال المادة 136 تشترط وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد فقط دون اشتراط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة". المرجع السابق، ص 125.

⁸ - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 80، د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 169-

⁹ - وفي هذا الصدد يقول عبد الرزاق السنهوري: "وقد يقر المالك الحقيقي البيع بالرغم من أنه أجنبي عنه، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير ...". المرجع السابق. البند 166، ص 297

التصرف بطل العقد، ولا يمكن لورثته أن يجلوا محله في الإجازة و هذا رأي الحنفية.¹
 رأى جمهور الفقهاء منهم المالكية²، والحنابلة³، والشافعية⁴ بسريان التوارث في الحقوق المتعلقة بالمال
 والحقوق الأخرى كحق الإجازة والفسخ والهبة والشفعة، لهذا مادام حق الإجازة أثراً من آثار الملك ،
 ونتيجة لثبوته، فإنه من المعقول أن ينتقل إلى الورثة تبعاً لإنتقال الملك إليه، فيصير أمر إجازة العقد
 وإنفاذه إليه بعد وفاة مورثه ، إن شاء رضي به فأجازته وأنفذه وإن شاء رفضه وأبطله واستبقى
 لنفسه المال الذي ورثه⁵.

ثانياً: وجود المتعاقدين عند الإجازة.

يجب أن يكون البائع و المشتري حاضرين حال إجازة المالك للبيع؛ باعتبار أن البائع (الفضولي) عند
 إجازة المالك الحقيقي ، لهذا التصرف يجل محله وينقلب وكيلاً عنه، فيلتزم بتسليم المبيع للمشتري،
 ويطالب بالثمن ويكون الثمن مملوكاً أمانة في يديه (الفضولي) ، فإذا مات فضولي قبل الإجازة بطل
 البيع، وكذلك لو مات المشتري قبل الإجازة كذلك يبطل، لأنه هو من يكون مطالباً بدفع
 الثمن، فلا تصح إجازة المالك بعد وفاة المشتري لهذا لا بد من وجود المتعاقدين عند الإجازة لان
 الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء ، فيلزم وجود طرفيه عند الإجازة⁶.

ثالثاً: وجود المعقود عليه عند الإجازة: (محل العقد)

يشترط لصحة الإجازة أن يكون المحل موجوداً حال الإجازة لأن نفاذ العقد يترتب عليه ظهور الأثر في
 المحل الموجود. فلو أجاز العقد بعد هلاك محله فلا تصح الإجازة⁷. ففي بيع ملك الغير يشترط وجود
 المبيع وقت الإجازة ، لأن الملك لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بعد الإجازة من المالك .

¹ - وجاء في رد المختار، ج7 لابن عابدين: "...كذلك يشترط قيام صاحب المتاع أيضا ، فلا يجوز إجازة ورثته لبطلانه بموته ...".
 المرجع السابق ، ص 322 وجاء في بدائع الصنائع ج6 للكاساني: "...قيام المالك حتى ولو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة الورثة ."
 المرجع السابق ، ص 580

² - أبو البركات سيدى أحمد الدردير ، الشرح الكبير، ج3ص11. عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي ج5 ، المرجع السابق، ص 17

³ - عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي : ان الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي فينتقل إلى الورثة .."؛ المغني ، ج4، المرجع السابق ، ص 70-

⁴ - النووي أبو زكريا محي الدين : " قال القاضي حسين حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للورث وكان واحدا فإن قال أجزت أبرم العقد وإن قال
 فسخت إنفسخ وإن قال أجزت وفسخت ... " ، المجموع ، ج9 المرجع السابق ، ص 209 و ص 211 و ص 260 و 261

⁵ - د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 41 -

⁶ - ابن الهمام كمال الدين - فتح القدير ج 5، المرجع السابق ، ص 311 ، وجاء في فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك لأحمد إدريس

عبده: " أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي لأنه سينقلب بها وكيلاً ... والإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولي حياً...". المرجع السابق ص 80

⁷ - ابن الهمام كمال الدين: " الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان باحلهما ، لأن إجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامهما ."

المرجع السابق ، ص 311 ، ويقول الدكتور أنور سلطان: " أنه يشترط لصحة الإجازة توافر عناصر التصرف من عقدين ومحل ومجيز وقت صدور الإجازة
 ووقت انعقاد التصرف ؛ أما اشتراط توافرها وقت صدور الإجازة فلأن الإجازة لها حكم الإنشاء ولا يتحقق الإنشاء بدون العقدين ومحل العقد ، لذلك كان
 توافرها شرطاً لثبوت الحق في الإجازة . " ؛ مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى
 - الإصدار الثالث ، لسنة 2007، ص 149، د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 125

كما للفقهاء الإسلامي موقف من مسألة هلاك المبيع، و هنا لا بد من أن نفرق بين مسألتين، حالة هلاك المبيع عند المشتري وحالة الهلاك عند الفضولي.

أولاً: في حالة هلاك الشيء المبيع عند المشتري:

يرى الحنفية¹: أنه إذا هلك الشيء المبيع عند المشتري يكون في هذه الحالة ضامناً²، لأن الشيء المبيع تحت يده، ويده يد ضمان³ فيضمنه بتلفه أو بإتلافه سواء أكان عالماً كالغاصب أم غير عالم فيكون ضامناً، غير أن للمالك الخيار بين الرجوع على البائع أو المشتري فإذا اختار تضمين المشتري بطل البيع، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى، وأخذ القيمة كأخذ العين فكأنه انتزع العين من يده ولم يجز البيع فبطل. ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له لا بما ضمن⁴. وإن ضمن الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع ونفذ، لأنه بالتضمين تملك المغصوب ملكاً مستنداً إلى وقت غصبه وتبين أنه قد باع ما يملك ولا رجوع للمشتري حينئذ على البائع الغاصب بشيء؛ لأن تلف المبيع في هذه الحالة يكون في ضمانه فيستقر الضمان عليه.

- أما الملكية⁵: يفرقون بين المشتري الذي يعلم بحالة الغصب أي أنه يشتري من غير مالكة الحقيقي والمشتري حسن النية.

- ففي حالة المشتري العالم بحالة الفضالة : حكمه حينئذ يكون حكم الغاصب نفسه فتكون يده يد ضمان ، وللمالك أن يرجع على أيهما شاء، إما الفضولي ، أو المشتري
- أما المشتري حسن النية: لا ضمان عليه في حالة جهله بالغصب إلا إذا كان الهلاك نتيجة تعديده والتعدي هنا إلحاق الضرر بهذا المال بسببه وخطئه.⁶ "فقيل أنه كالعمد في الحكم إذ لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال".⁷
أما الشافعية⁸ والحنابلة⁹: يرون أن المشتري من الفضولي مسؤولاً عن الهلاك ولا فرق عندهم بين المشتري حسن النية وسيء النية، ويكون للمالك الخيار بين أن يضمنه أو أن يضمن الفضولي.

¹-الكاساني علاء الدين ، بدائع الصنائع ج6 ، المرجع السابق ، ص 580 وما بعدها ، محمد أمين ابن عابدين ، المرجع السابق ج7 ، ص 323

²-ويرى د/ أنور سلطان: "أما إذا هلك بعد تسليمه إلى المشتري ، فللمالك بالخيار، إن شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري على أساس المسؤولية التصريحية ، لأنه لم يرتبط بأيهما برابط عقدي . "؛ مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 148

³- يد الضمان: هي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي سواء أكان من المالك أم من الشرع وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعي ولكن دل الدليل على تضمين صاحبها. نقلاً عن د/ ابن أبو العيال - فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق المجلد 19، العدد 2، 2003، ص 89

⁴- د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 186 وما بعدها

⁵أبو البركات سيدي أحمد الدردير المرجع السابق، ص 457 -

⁶ وجاء في الشرح الكبير للدردير: "... لأن العمد والخطأ في الأموال الناس سواء . " المرجع السابق ، ص 457 -

⁷- على خفيف، المرجع السابق، ص 114 -

⁸- محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ج3 ، د.ط ، القاهرة ، 1352هـ ، 1933 ص 220؛ نقلاً عن د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 161

⁹- وجاء في تقرير القواعد لابن رجب قاعدة 93: " فمن قبض مغصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغصوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة... " زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي - تقرير القواعد وتحرير الفوائد دار الحسن، عمان =

ثانياً: أما فيما يتعلق بحكم هلاك المبيع عند البائع.

إذا هلك¹ المبيع تحت يد الفضولي وجب التمييز بين ما إذا كانت يده يد أمانة² أم يد ضمان³، فإذا كانت يده يد أمانة بأن كان حائزاً للمبيع لمصلحة المالك فلا ضمان عليه إلا بالتعدي، أما إذا كانت يده يد ضمان بأن كان الفضولي حائزاً للشيء المبيع لمصلحته نفسه، فإنه في هذه الحالة يعتبر كالغاصب والغاصب يده ضمان فإذا هلك المصوب تحت يده ضمنه، ويكون مسؤولاً عن رد الشيء المصوب إلى ما كان عليه⁴. كذلك عندما تطرقنا إلى الإجازة في قانون الوضعي وجدنا التعبير عنها يكون ضمناً كما قد يكون صريحاً⁵ طبقاً لأحكام المادة 100⁶ من القانون المدني الجزائري، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد إجازة تصرف الفضولي تكون بالقول أو الفعل وباعتبارها تصرفاً أحادياً تتحقق باللفظ الصريح ممن له الحق فيها شرعاً، كأن يقول الجميز: أحزت التصرف، أو قبلته، أو رضيت به⁷، كما تتحقق بالدلالة الضمنية كما لو طلب من له الحق في الإجازة بالمطالبة بالثمن وقيام المالك بتسليم المبيع للمشتري في

=الأردن، م3، د.ت.ص334، علاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرادوي: "قوله: ضمن الغاصب رجح على المشتري بما لا يرجع به عليه، واعلم أن المالك تضمن من شاء منهما، أعني الغاصب ومن انتقلت إليه منه."، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج6، الطبعة الأولى، بمملكة العربية السعودية، سنة 1375هـ، 1956، ص177

¹ - يعتبر الهلاك أحد موانع استرداد البيع و موانع الاسترداد إجمالاً هي، الهلاك، و الاستهلاك و التغيير الفاحش، و نقل العين إلى مكان لا يمكن استرجاعها منه إلا بكلفة و مشقة و التقادم عند بعض الفقهاء. لهد فإن المالك في هذه الحالة لا يستطيع أو لا يملك إجازة البيع الصادر من الغير لأن الإجازة وفق للقانون تتطلب وجود المبيع وقت الإجازة،

² - وتعرف يد الأمانة: بأنها اليد التي تكون بناء على ولاية شرعية على المال ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة، أما إذا كانت لمصلحة كانت يد ضمان، ومن أمثلة يد الأمانة، يد الوكيل و يد الشريك و يد قابض المال لحفظه و يد الملتقط إذا التقط اللقطة يريد التعريف به، و حكم يد الأمانة: لا ضمان على صاحبها عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر في حفظها أو تعدى عليها

³ - وتعرف يد الضمان: بأنها اليد التي تكون على المال بولاية شرعية أو بغير ولاية شرعية وكان لصاحبها مصلحة خاصة، فيد البائع على المبيع إذا حبسه لاستيفاء الثمن تكون يد ضمان لأنها أثر لعقد البيع، و يد المستعير على العارية تكون يد ضمان لأنها حكم لعقد العارية و اليد المستندة على ولاية غير شرعية، توجب الضمان لأن الاعتداء الذي يتمثل في وضع اليد على مال الغير صاحبه فيحول بين المالك وملكه أو يمنعه عن الانتفاع به على الوضع الذي يريده بإزالة يده عن ماله أو منعه عن حقه يد ضمانه ومثلها الغصب والاعتداء و حكم يد الضمان: تضمنين صاحبها عند تلف المال تحتها سواء كان تلفه اعتداء من واضع اليد أو من أجنبي أو كان بسبب لا يد لصاحب الضمان فيه كسبب سماوي، غير أنه إذا كان التلف من أجنبي أستقر الضمان على التالف عليه. نقلا عن مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) يد الضمان و يد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، ص309، 335 يونيو 2010 للموقع عبر الانترنت <http://www.iugaza.edu.ps/ara/research-> كذلك أنظر الشيخ علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص78

⁴ - الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع ج6، المرجع السابق، ص581

⁵ - د/ صلاح الدين محمد شوشاري: "وتكون الإجازة إما بالقول أو الفعل، والإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع صراحة أو دلالة، والإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا، وقد أخذ المشرع الأردني بهذا المفهوم في المادة 1/173 من القانون المدني."، المرجع السابق، ص132.

⁶ - تنص: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير."

⁷ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص123

بيع ملك الغير (بيع الفضولي) . وقد نصت المادة 303 من مجلة الأحكام العدلية¹ : "الإجازة القولية كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت" . أم الإجازة الفعلية فقد نصت عليها المجلة في مادتها 304² : "الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على رضا ... فلو كان المشتري مجيزاً وتصرف في المبيع تصرف المالك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه..." . فالفرق بين الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية أن التعبير الصريح يدل على الإجازة دون عناء أو مشقة ، أما الإجازة الضمنية فيرجع تفسيرها وتقدير معناها للقاضي مستنداً في ذلك بالأعراف المحلية والظروف المحيطة بكل قضية³ . لكن الإشكال الذي يطرح هنا هل مسألة السكوت في الفقه الإسلامي تنطبق عليه فكرة التعبير الضمني على إجازة التصرف الفضولي ؟ أو هل يمكن أن تتم الإجازة بالسكوت ؟

-اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة :

فذهب المالكية⁴ إلى أن الفضولي إذا باع ملك غيره في حضور المالك وسكت هذا الأخير على تصرف الفضولي ؛ فسر سكوته على أنه إجازة للعقد وجاز له مطالبة البائع بالثمن خلال عام من وقت إبرام العقد ، فإذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه .

أما في حالة غياب المالك ووصل إلى علمه أن ملكه بيع ، منح المالك مهلة عام من وقت علمه ببيع ملكه ليختار فيها إما إجازة العقد أو رفضه . فإذا انقضت المدة و لم يبد إرادته ، اعتبر سكوت إجازة للعقد و يكون من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عشر أعوام ، من وقت علمه بالبيع ، فإذا انقضت المدة دون مطالبة سقط حقه⁵ .

"و يذهب رأي آخر في فقه المالكي إلى عدم اعتبار سكوت المالك إجازة للعقد الذي لم يحضره لكنه علم به، ولو استمر سكوته عاماً أو عامين من تاريخ علمه بالعقد"⁶ .

- الحنفية⁷ فرقوا بين حالتين .

الحالة الأولى: يذهب أغلبهم إلى أن سكوت المالك الحقيقي عن تصرف الغير في ملكه لا يدل على الإجازة لأنه يلحق ضرراً به .

¹- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1 ، المرجع السابق، ص296

² حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1 ، المرجع السابق ص297 -

³. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق ، ص123 -

⁴ - أبو البركات سيدي أحمد . الدردير ، الشرح الكبير ، ج3، المرجع السابق، ص12

⁵-أحمد إدريس عبده ، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى ، المرجع السابق ، ص80و81

⁶. هذا الرأي أشار إليه د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص187-

⁷-ابن نجيم زين الدين : "...سكوت بعد العلم لا يكون إجازة..." ، البحر الرائق ج6، المرجع السابق ، ص247 . وجاء في رد المختار لابن

عابدين : "... في جامع الفضولين : لو أخذ الملك بثمنه خطأ من المشتري فهو إجازة ، لا لو سكت عند بيع الفضولي بحضرته..." المرجع السابق ج7 ، ص324

الحالة الثانية: يعتبر السكوت في بعض الحالات إجازة، إما منعا لوقوع الضرر بالسكوت أو على أساس العرف مثلا: كمن يرى الغير يبيع أرضه أو داره فيتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت، فإن دعواه تسقط.¹

- أما رأي الشافعية² و الحنابلة و³ الظاهرية⁴: فموقفهم واحد في عدم اعتبار السكوت إجازة، وبالتالي هذا السكوت ليس دليلا على الرضا فالفضولي إذا باع سلعة، وصاحبه حاضر، وسكت كان حكمه كما لو باعها بغير علمه، لأن السكوت ليس تعبيراً عن الإرادة وليس دليلا على الرضي .

وتبعاً لذلك فإن الرأي الراجح عند الجمهور الفقهاء القائل بأن السكوت لا يعتبر إجازة، لأن السكوت غير قاطع في الدلالة على رضاه، ولا يصلح وسيلة لإجازة بيع الفضولي و هذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 67 والتي نصت: " لا ينسب إلى الساكت قول ..."⁵ ونصت المادة 302 من مرشد الحيران: "... سكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا إذنه لا يكون رضا منه بالبيع."⁶ وبهذا أخذ المشرع العراقي، فنص في مادته 81 من قانون المدني بقوله: " لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان".⁷ ومادام السكوت في معرض الحاجة بيان فالمادة 1659 من مجلة الأحكام العدلية⁸، تنص على أنه: "إذا باع أحد مالا على أنه ملكه، في حضور شخص آخر وسلمه، ثم ادعى الحاضر بأنه مالكة مع أنه كان حاضراً في مجلس البيع، وسكت بلا عذر، فينظر: إلى أن الحاضر هل كان من أقارب البائع، أم لا فإن كان من أقارب أو زوجها، أو زوجته، لا تسمع دعواه هذه مطلقاً، وإن كان من الأجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر إن تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك مدة بإنشائه ابنية، أو هدمه، أو غرسه أشجاراً وسكت بلا عذر ثم ادعى بعد ذلك على الوجه المبين أعلاه بأن الملك ملكه أو أن له حصة فيه فلا تسمع دعواه. ". ولهذا الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن السكوت لا يدل على

¹ - ابن نجيم زين الدين- الأشباه والنظائر، الأشباه والنظائر، دار الطباعة القاهرة 1290م، ص 78، نقلا عن د/محمد الألفي، المرجع السابق، ص 132

² - النووي أبو زكريا محي الدين: " إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم، لم يصح البيع عندنا، وبه قال ابن المنذر وحكاه عن أبي حنيفة وأبي يوسف... "، المجموع، ج9 المرجع السابق، ص 264.

³ - عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي: " لو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت، فحكمه حكم ماله باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة، أبو ثور والشافعي وأبو يوسف .. "، المغني ج6، المرجع السابق ص 296، 297 كذلك أنظر إلى المغني لابن قدامة ج4، المرجع السابق ص 275

⁴ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم: " السكوت ليس رضى إلا من اثنين فقط أحدهم الرسول صلى الله عليه وسلم، المأمور بالبيان الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه، ولا من خلفه الذي لا يقر على باطل والذي ورد النص بأن ما سكت عنه فهو عنه عفو جائز "، الخلي، المرجع السابق ص 435

⁵ - حيدر علي: " يعني أنه لا يعد ساكت أنه قال كذا... " درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1، المرجع السابق، ص 66-

⁶ - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، الفضل الثاني فيما يجوز بيعه وما لا يجوز، المرجع السابق، ص 49 -

⁷ - د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 126، 127

⁸ حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م4، المرجع السابق، ص 289 -

الرضا بتصرف الفضولي، وليس دليلاً على الإجازة، إذ لا ينسب للساكت قولاً ولكنه يكون رضا إذا قامت قرينة تدل على ذلك، وأحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على ذلك. كأن يتسلم المالك في بيع الفضولي الثمن من المشتري دون أن يعترض على العقد، أو يسكت ولي الصبي المميز إذا رآه يبيع ويشترى دون أن ينكر عليه ذلك فإن السكوت عندئذ يعد بياناً وبتالي هو إجازة لتصرف الفضولي¹.

الفرع الثالث: المقارنة بين المفهومين القانوني و الفقهي للإجازة.

حتى نميز بين المفهوم القانوني و الفقهي للإجازة لأبد من دراستها من جانب التشابه ، و الاختلاف لكي يتبين لنا الفروق الجوهرية لهذا النظام و هذا ما نتطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً / أوجه التشابه :

من خلال تحديد مفهوم الإجازة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، نجد كليهما تصرف صادر من صاحب الحق فيها يكون الغرض منه الإبقاء على العقد الذي ترد عليه الإجازة ، وذلك عن طريق العدول عن طلب الإبطال ، أو فسخه حسب تعبير الفقه الإسلامي² كذلك نجد أن المفهومين يتفقان في جعل الإجازة تصرفاً من جانب واحد وإنفرادي ولا تحتاج في قبولها لطرفٍ آخر، أي تحدث أثارها دون الحاجة إلى رضا أو علم الطرف الآخر³. كذلك بمجرد صدور الإجازة لا يستطيع المميز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر ، كما أنها تصدر عن شخص كامل الأهلية، وأن تكون إرادته خالية من كل عيب يشوبها.⁴ كذلك يتفقان من حيث الشروط كأن يتنازل المميز أي من خول له الشرع والقانون ذلك حقه في إبطال العقد.

يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن كلاهما يجعل للإجازة أثراً نسبياً سواء بالنسبة إلى قصر هذا الأثر على المميز، أو بالنسبة إلى قصره على عيب الإرادة الذي تقصده الإجازة⁵. يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مجال رفض إجازة بيع ملك الغير . فإذا رفض الإجازة ممن له الحق فيها بطل العقد ، ويصبح العقد الموقوف أو القابل للإبطال كالعقد الباطل ، من حيث أن كلاهما لا ينتج أثره ويكون للبطلان أثر رجعي⁶.

إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما. وهذا ما سيتم الحديث عنه .

¹د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص126 و127 ، د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص135 د/محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ص 189

² - د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص25 د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ج4، المرجع السابق ، ص 116 د/ محمد الألفي ، المرجع السابق ، ص 119

³ - د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص54.

⁴ د/ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص 204، د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ج4، المرجع السابق ، ص 116 -

⁵ د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص227 -

⁶د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص212 -

ثانيا /أوجه الاختلاف

يترتب على صدور الإجازة في القانون الوضعي ؛ تثبت العقد المجاز وذلك عن طريق سقوط حق المطالبة بالإبطال من ذمة المحيز، فالإجازة تصرف كاشف لأن وظيفتها ليست إنشاء الآثار القانونية التي أنتجها العقد المجاز.¹

- أما فقهاء المسلمين اختلفوا في الأثر الشرعي لها (الإجازة)، هل هي منشئة أم كاشفة ؟ ويرجع أساس الخلاف إلى المبدأ الفقهي العام الذي يقرر أن " الإجازة في الانتهاء بمثلة الإذن في الابتداء " لهذا قرروا أن هناك تصرفات يستند أثرها إلى وقت العقد الذي أجيز ، وتصرفات يقتصر أثارها على وقت صدور الإجازة ، وبذلك تكون الإجازة ، منشئة أحيانا وكاشفة أحيانا أخرى².

- كذلك لا يتفق الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في شروط الإجازة اتفاقا تاما ، إذ يشترط الفقه الإسلامي وجود العاقدين والحل والمجيز وقت صدور التصرف الموقوف ووقت صدور الإجازة ، وهو ما لا يستوجب القانون الوضعي³.

- الإجازة في القانون الوضعي حق معقود للمشتري طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري ، أما في الفقه الإسلامي حق للمالك الحقيقي، دون غيره فله أن يقر البيع أو يرده ، فأثار البيع متوقف عليه. كذلك في القانون الوضعي ،الإجازة قد يعبر عنها بتصريح أو تضمين، أما في الفقه الإسلامي تكون بالتصريح ، أما السكوت لا يعتد به وهذا طبقا للمادة 67 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " لا ينسب إلى ساكت قول " ، لكن الفقه الإسلامي - في جملته - يقبل أن يكون السكوت إجازة ، إذا صاحبه ما يدل على رضا من يملكه شرعا ، وإذا رأى فيه ضرر رده ورفضه .

ثالثا : النتيجة

لكن رغم هذه الفروق، إلا أننا نجد توافقا كبيرا بين المفهوم القانوني والفقهي للإجازة، كلاهما يعترفان بأنه تصرف صادر من صاحب الحق، سواء كان المشتري في القانون الوضعي، أو المالك في الفقه الإسلامي، وبصفة انفرادية.

¹د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، فقرة 4 ص230 ، كذلك ، ص52 و ص226-

²أنظر د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص134 و135

³د-إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص211

الفرع الرابع: الفرق بين الإجازة والإقرار في القانون

رأينا أن الإجازة تصدر من أحد طرفي العقد ينزل بموجبها عن حقه في الطعن بالإبطال، أما الإقرار فيصدر من شخص أجنبي عن العقد، يريد به أن يجعل العقد ساريا في حقه، بعد أن كان من الغير لا يتعدى إليه أثره¹ لهذا فإن بيع ملك الغير في القانون الوضعي قابل للإبطال، وغير سار المفعول في نفس الوقت. فالقابلية للإبطال تقررت لمصلحة المشتري، أما عدم السريان فمقرر لمصلحة المالك الحقيقي، ولما كان المشتري يملك إبطاله فإنه يملك أيضا إجازته، و سواء أبطله أو أحازه فإنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي، إلا إذا أقره فقد سرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد².

لهذا مالفرق بين الإجازة والإقرار وهل الإجازة هي مرادف للإقرار؟
هذا ما ستتم الإجابة عليه.

أولا / أوجه التشابه :

يتفق الإقرار و الإجازة في أن كلاهما تصرف قانوني يتم بإدارة منفردة، أي بتصرف شخص واحد دون حاجة لقبول الطرف الثاني من أجل نفاذه. كما أن الشروط التي تقبل في تصرفات القانون كي تكون صحيحة هي نفسها موجودة في كلا النظامين، فكلاهما يجب أن تصدر من شخص ذي أهلية وأن لا تكون إرادته مشوبة بأي عيب من العيوب الرضا.

كذلك في كل من الإجازة و الإقرار، إذا أقدم عليهما صاحب الحق وتصرف فيها بمعنى لو أجاز التصرف فلا يجوز له العدول عنه.

كذلك فيما يتعلق بالتعبير عن الإجازة و الإقرار سواء بالتضمنين، أو التصريح، فيكون التصريح بالإجازة بالقول، أو الفعل، كما يصح هذا في الإقرار، كأن يقول المجيز أو المقر أجزت التصرف ، قبلته ، أو رضيت به ، كما يتحقق بالدلالة الضمنية كما لو طلب من له الحق في الإجازة (المالك الحقيقي في بيع ملك

الغير) الثمن من المشتري، وقيام المالك بتسليم المبيع وهذا ما يسمى عند الفقهاء الشريعة الإسلامية الإجازة الفعلية³ وهذا مانصت عليه المادة 1/136 من قانون مدني العراقي : " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة . " وتقابلها المادة 60 من القانون المدني الجزائري⁴ .

¹ - ويرى د/ عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال (... بل إن الإقرار ابعث أثرا من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري) المرجع السابق ، ج4 بند 166، ص 298 .

د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 61

² - د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 4، المرجع السابق ، ص 278 ، د/ سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 62

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 123

⁴ - تنص : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا . "

ثانيا /أوجه الاختلاف :

الإقرار يختلف عن الإجازة في القانون ، فهي رضا بالتصرف بعد وقوعه ،وهي ترد على العقد القابل للإبطال، أما الإقرار فيطراً على العقد غير النافذ في حق الغير (المالك الحقيقي)¹ .

الإجازة تصدر عن العاقد أي المشتري كما أن القانون يقرر الإبطال لمصلحته، فإذا أجازته انقلب العقد صحيحاً بين المتعاقدين، أما الإقرار فهو صادر عن طرف غير موجود في العقد ، أي المالك الحقيقي في إقراره للعقد يصبح نافذ في حقه وحق جميع الأطراف ،وبالتالي يمنع على المالك المطالبة باسترداد ماله².

- يرى اتجاه من الفقه الإسلامي أن العقد الموقوف يقف نفاذه على إجازة المالك ، وليس على إجازة المشتري كما هو الشأن في فقه القانون الوضعي فإن المنطق الصحيح يقضي بالقول بأن بيع ملك الغير يتوقف على "إقرار" المالك لبيع الفضولي ، وليس لإجازته لعقد الفضولي ، ومن هنا تظهر أهمية بيان ماهية الإقرار والفرق بينه وبين الإجازة لأن المشتري قد يميز بيع ملك الغير - أي لا يتمسك بالبطلان - ومع ذلك لا يقره المالك الحقيقي - فلا تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري³ . كذلك قد نجد اختلافاً من حيث الآثار، إذ يترتب على الإجازة زوال خطر الإبطال الذي كان يهدد العقد وسقوط حق المميز في التمسك بالإبطال. أما الإقرار فيكامل أثره في أن العقد يصبح نافذاً في حق المقر بمجرد صدوره منه فتزول، في مواجهته قاعدة عدم السرمان بعد أن كان له حق الاحتجاج بها⁴ .

لذلك كان على المشرع الوضعي أن يجعل حكم هذا البيع يقف على إقرار المالك الحقيقي، كما هو الحال في العقد الموقوف ليتفاد كل هذه التعقيدات .

ثالثاً: النتيجة

لكن رغم وجود الفوارق بين الإجازة و الإقرار إلا انه كثير ما يستعمل المشرع هذين المصطلحين كمرادفين أو يستعمل أحدهما ويقصد الآخر كما هو الحال في المادة 1338 من التقنين المدني الفرنسي جاءت فيها عبارة ". وثيقة الإجازة أو الإقرار " **Acte du confirmation ou des ratification** "، وبذلك

¹-د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق، ص 59

²-د/ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 204

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 122 ويقول د/ عبد الرزاق السنهوري : " أما إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضاً عقد غير ساري المفعول في حق المالك الحقيقي، فهو عقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده ، والمشتري هو الذي يملك إبطال العقد لأن إبطال تقرر لمصلحته ، ولا يملك البائع ذلك ،لهذا لا يكون نافذاً في حق المالك إلا إذا أجازته " مصادر الحق في الفقه الإسلامي" ، المرجع السابق ، ص 277

⁴- (أما في الفقه الإسلامي الذي لا يميز في الاستعمال بين مصطلحي الإجازة و القرار فلا مجال للكلام في هذا الفرق إذا أن الموضوع الإجازة و القرار هو نفسه ،و هو العقد الموقوف والعقد غير اللازم نظر لاقتران بخيار عقدي أو بعبع إرادي ، كما لا مجال أيضاً التميز في الفقه الإسلامي فتستوي أن تصدر الإجازة من العقد نفسها أو من الغير كما هو الحال في تصرف الفضولي فيقال في الفقه الإسلامي المالك يميز العقد رغم انه لم يكن طرف فيه)، نقلاً عن د/ محمد السعيد جعفرور ، المرجع السابق ، الهامش 37 و38 ص 61 ووص 62

جعل هذا التقنين كلمة الإجازة مرادفاً للفظ الإقرار، رغم وجود اختلافات بينهما¹.

كما نجد حالات أخرى المشرع يخلط بين مصطلح الإجازة والإقرار، فيستعمل لفظ الإجازة بدلا من كلمة الإقرار ، مثلا المشرع الجزائري نص على العديد من هذه الحالات منها المادة 77 من القانون المدني تتحدث عن تعاقد الشخص مع نفسه بقوله: "...أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز العقد...". كذلك المادة 152 من نفس القانون التي تقضي بأن قواعد الوكالة تسري إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي.

كذلك المادة 412 من نفس القانون وفي العبارة الأخيرة منها تشير إلى صحة بيع النائب لنفسه بقولها: "إذا أجازته من تم البيع لحسابه".

لكن رغم ذلك يعتبر كل من الإجازة و الإقرار تصرفا قانونيا تصدر بإدارة منفردة ويقول دكتور محمد سعيد جعفرور: "ونرى في هذا الاستعمال خروجاً على التفرقة بين الإجازة التي هي النزول عن الحق في التمسك بالإبطال من قبل أحد طرفي العقد ، والإقرار الذي هو قبول الشخص عقدا ما كان يحتج به عليه لولا الإقرار ..."²

المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل الإقرار

يستفاد من نص المادة 397 / 2³ من القانون المدني الجزائري، على أنه في كل حال لا يكون هذا البيع ناجزا، أي لا يكون ساريا في حق مالك الشيء و لو أجازته المشتري⁴ فبيع ملك الغير لا ينفذ في حق المالك الحقيقي **le véritable propriétaire** لأن هذا العقد لا وجود له شرعا ، فتصرف الغير في ملك غيره لا يمكن أن يرتب التزاما على مالكه ، كما لا يمكن أن يرتب أي حق على ماله و في أي حال من الأحوال حتى و لو لم يحكم بإبطاله، وحتى لو سقط حق المشتري في طلب الإبطال بالإجازة أو التقادم، ذلك أن المالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد.⁵

1 - Gaz . Pal répertoire encyclopédique de droit français T3. 1890 P 671

نقلا عن د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 64

²- د/ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ص 64 و 65

³- تقابلها المادة 466 فقرة 2 من القانون المدني المصري.

⁴ - قضت محكمة النقض المصرية في نقضها المدني في 1990/07/25 طعن رقم 245 لسنة 55 ق، وجاء فيه "...أما بالنسبة للمالك الحقيقي - في بيع ملك الغير فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ في حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام ، بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره التمسك به . " كذلك نقض المدني المصري في 1982/11/8 رقم 802 لسنة 49 ق وجاء فيه " مؤدى ما نصت عليه المادة 466، 467 من القانون المدني في شأن بيع ملك الغير ، أن البيع لا يسرى في حق مالك العين ولا يرتب عليه نقل الملكية للمشتري ، ولو وقع على عقار سجل العقد أو لم يسجل ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع . " نقلا عن د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 196

⁵ - د/ محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 195

فماذا يترتب عن رفض المالك إقرار البيع ؟ هذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع أي حالة رفض المالك، وعلاقته بالمشتري والبائع.

الفرع الأول: علاقة المالك بالمشتري

ما دام المالك الحقيقي في بيع ملك الغير أجنبي عن العقد، وغيروا بالنسبة للبيع الصادر من سواه ومن ثم فهو لا يضار به ، ولا يتأثر به ولا ينفذ في مواجهته، إذ تبقى ملكية المبيع له إن لم يقر البيع، ولا تنتقل الملكية منه إلى المشتري حتى ولو أجاز هذا الأخير البيع وانقلب صحيحا فيما بين المتعاقدين إذ لا أثر لهذه الإجازة في حق المالك ، ويظل العقد مع هذه الإجازة عاجزا عن نقل الملكية إلى المشتري، أي أنه يظل غير ساري في حق المالك الحقيقي¹، لكن ما حكم العلاقة لو تم تسلم المشتري المبيع من البائع ؟ وماهي الوسائل القانونية التي حولها المشرع للمالك الحقيقي في هذه الحالة ؟

لقد أعطى القانون الحل في هذه الحالة، وهو رجوع المالك الحقيقي على المشتري بدعوى استحقاق المبيع، لأنه هو المالك الأصلي للمبيع فيسترده من تحت يده²، إلا أن ذلك مشروط بعدم اكتساب المشتري ملكية المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية غير البيع³، فقد يكتسب المنقول على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقاً للمادة 835 مديني جزائري⁴ و أما إذا كان المبيع عقاراً فيكتسب الملكية إما على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير المدى، وهذا بحسب الأحوال فإذا كان المشتري سيئ النية، فمدة التقادم خمس عشرة سنة بدون انقطاع، طبقاً للمادة 827⁵ أما حسن النية، فمدة التقادم عشر سنوات طبقاً للمادة 828⁶ من نفس القانون ، مع الملاحظة أن مدة التقادم القصير في القانون المدني المصري هي خمس سنوات فقط طبقاً للمادة 969⁷ منه، غير أنه إذا لم

¹ د/ محمد صبري ، المرجع السابق ، ص 143 -د/ إسماعيل عبد النبي ، المرجع السابق ، ص 197

² -د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، بند 165 ص 296/د/ محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 195 د/ محمد حسن قاسم -المرجع السابق ، ص 189، د/ رمضان أبو السعود ، عقدي البيع والمقايضة المرجع السابق ، ص 143 ، د/ رمضان أبو السعود، عقود البيع والمقايضة والتأمين ، دراسة مقارنة في القانون المصري والليبياني ، المرجع السابق ، ص 117 ، د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، أحكام شروط البيع ، المرجع السابق ، ص 5049 ، ويقول د/ إلياس ناصيف : " فإذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، يظل باستطاعة المالك الحقيقي أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض "، المرجع السابق ص 124 ، د/ خليل احمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 218

³ -د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق، ص 54 د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 165 ص 296، د/ فايز أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 391 ، د/ محمد محي الدين ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 50 ، الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 125 ، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 192

⁴ -تنص : " من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته ... "

⁵ - تنص : " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حق عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع . "

⁶ -تنص : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات "

⁷ -د/ محمد صبري، المرجع السابق الهامش 273، ص 145؛ د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 706، د/ عبد الرزاق السنهوري ، بند 165، المرجع السابق، ص 296. د/ محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 195

يتمكن المشتري من تملك المبيع سواء بالحيازة أو التقادم ، فإن المالك يسترد المبيع من تحت يد المشتري وبالإضافة إلى ذلك يطالبه بتعويضه إذا كان سيء النية¹ ، "أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بالتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يتملك الثمار بالحيازة"² وهذا مانصت عليه المادة 837 من قانون المدني الجزائري³ بقولها: "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية." كما يمكن للمشتري الرجوع على البائع إما بدعوى ضمان الاستحقاق طبقاً للالتزامات التي تقع على البائع، أو بدعوى الفسخ، أو دعوى الإبطال⁴. غير أنه وكما سبق الذكر أن إجازة المشتري للمبيع تسقط حق الإبطال⁵ لهذا يجب أن لا تكون هناك إجازة حتى لا يترتب عليه سقوط هذا الحق طبقاً للمادة 397 من قانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني: علاقة المالك بالبائع

في هذه العلاقة يجب التفرقة بين حالتين هما : الحالة الأولى تسلم المشتري الشيء المبيع من البائع أما الحالة الثانية عدم توصل المشتري إلى استلام الشيء المبيع ، فإذا كان هذا الأخير قد تسلم المبيع فيكون للمالك الحق برده عن طريق رفع دعوى الاستحقاق⁶ - كما سبق ذكره- فإذا اكتسب المشتري الملكية عن طريق قواعد الحيازة في المنقول أو التقادم في العقار، ولم يستطع المالك إسترداد ملكيته⁷، ففي هذه الحالة يرجع على البائع بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه به بسبب فقدانه المبيع، خاصة وإن كان البائع سيء النية، فإنه يكون في هذه الحالة مغتصبا فيأخذ منه تعويضا عن هذا الضرر الذي

¹- د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق بند 165، ص 297. تنص المادة 843 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه و لو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف و لو بقي في يد من يستحقه."

²- د/ عبد الرزاق السنهوري، بند 165، المرجع السابق، ص 296

³- تقابلها المادة من القانون المدني المصري 978 بقوله: "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية"

⁴- د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 144. د/ عبد الرزاق السنهوري، بند 165، المرجع السابق، ص 296

⁵- في حالة ما إذا قام المشتري بإجازة البيع وسقط حقه. طبقاً للمادة 397 من القانون المدني الجزائري ، فيبقى له الرجوع على البائع إما بدعوى الاستحقاق أو دعوى الفسخ .

⁶ - قضت محكمة النقض المصرية في 24 جانفي 1979 " بأنه لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته وأن يطلب الرجوع عن المدة التي وضع المشتري فيها يده على ملك غير البائع له . " نقض مدني في 24 يناير سنة 1979 مجموعة أحكام النقض لسنة 30 العدد الأول ، ص 363، نقلاً عن د/ محمد صبري ، المرجع السابق ، ص 144.

⁷ - د/ محمد حسن قاسم -البيوع-التأمين (الضمان) - الإيجار ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 189 ؛ د/ فايز أحمد عبد الرحمن ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 392؛ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 706؛ د/ خليل احمد حسن قدارة ، المرجع السابق ، ص 218.

تسبب فيه¹، ويكون مصدر التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع، الذي تضرر منه المالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير. كما يجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى ولو كان حسن النية، فذلك لا ينفي خطأ من جانبه لقلّة احترازه في بيع مالا يملك. وبهذا يكون البائع بالرغم من حسن نيته معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه المالك، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري². "لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ كوجود المبيع في تركة مورثة، واعتقد أنه قد ورثه ثم قام ببيعه فلا يوجد سبب للرجوع عليه بالمطالبة بالتعويض"³ فهنا للمالك الحق في استرجاع ملكه إن استطاع وإلا المطالبة بقيمة المبيع من البائع وسبب رجوع المالك هنا على البائع هو الإثراء بلا سبب إذ لا يمكن تصور أن يثري البائع على المالك بدون سبب، كما حددت مدّة سقوط دعوى التعويض في المادة 142 من القانون المدني الجزائري⁴ بقولها: "تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات؛ من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق". أما إذا كان هذا المبيع ما زال في حوزة البائع ولم يستطع إكتساب ملكية المبيع فإن للمالك حق الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيئ النية

- أما عن موقف الفقه الإسلامي من مسألة العقد الصادر من غير المالك الحقيقي فنجد في هذا الصدد اختلاف بين أراء الفقهاء الشريعة الإسلامية :

يرى الفقه المالكي⁵ أن وجود المالك في مجلس العقد يربط عنه آثار بلزوم العقد اتجاهه، ونفس الشيء إذا لم يكن حاضراً في مجلس العقد وبلغه أن ملكه قد بيع بدون إذنه، فسكت عاماً من وقت علمه فإن مضى وهو ساكت سقط حقه⁶

¹-د/ محمد صبري، المرجع السابق، ص145

²-د/ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص125

³-د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 165، ص 297.

⁴ - لقد عرفت المادة 141 من القانون المدني الجزائري الإثراء بلا سبب بقولها: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء" وهذا ما يفسر رجوع المالك في هذه الحالة لمطالبته بتعويض

⁵- أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص 12

⁶ - وجاء في الشرح الكبير للدردير ج3، المرجع السابق، ص12: "ووقف ملك غيره أي بيع ملك الغير غير، البائع على رضا مالكة إذا لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي بل ولو علم المشتري بذلك وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ويطلب الفضولي فقط بالثمن لأنه بإجازته يبعه صار وكيلاً ومحل كونه منحللاً من جهة المالك إذا لم يكن البيع بمحضته وإلا كان البيع لازماً =

أما موقف الفقه الحنفي¹ فهو يعتبر العقد الذي صدر من غير المالك الحقيقي كأنه غير موجود إن لم يقره هذا الأخير وهو في هذا يقترب من القانون الوضعي الذي يعتبر المالك من الغير لا يتعدى أثر العقد إليه².

وهذا ما يتفق مع رأي الراجح عند جمهور الفقهاء الذي يعتبر البيع الصادر من غير المالك، يقف على إجازته إن أقره سرى مفعوله وإن رده لا ينتج عنه أي أثر ولم يخرج شيء من ملك صاحبه.³

المطلب الثالث: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بعد الإقرار

إذا أقر المالك البيع الصادر من البائع إلى المشتري اعتبر إقراره قبولا منه بالارتباط شخصيا بالتزامات البائع، وترتب عليه انتقال الملكية منه إلى المشتري⁴. وبذلك يرفع عن المشتري الضرر الذي من أجله تقرر له حق الإبطال وينقضي هذا الحق تبعا لزوال سببه، وقد نصت المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري -تقابلها المادة 1/467 مدني مصري⁵-: "إذا أقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري". وهذا النص لم يشترط أن يكون الإقرار صراحة، إذ من الجائز أن

=من جهته أيضا، وكذا غيرها إذا بلغه ذلك وسكت عاما ولا يعذر بجهل في سكوته إذا ادعاه ومحل مطالبة الفضولي بالثمن مالم يمض عام فإن مضى عام وهو ساكت سقط حقه هذا أن يبيع بحضرتة وإن يبيع غيرها مالم تمض على مدة الحيابة عشرة أعوام."

¹ - د/ صلاح الدين محمد شوشاري (ويفصل الحنفية في بيع الفضولي قبل الإجازة فيعتبرون أن بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ من جهتين: من جهة المشتري ومن جهة الفضولي، نفسه، فللفضولي نقض البيع الصادر منه قبل إجازة المالك، فإن أحازه المالك بعد النقض لا ينفذ لزوال العقد، والعلة في منح الفضولي حق الفسخ العقد قبل الإجازة أن الفضولي بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، وللمشتري أيضا فسخ البيع قبل الإجازة تحرزا عن لزوم العقد.)؛ المرجع السابق، ص 50.

² - ويروي أبو محمد على بن أحمد بن حزم -الخلي ج 8 وجاء في مسألة رقم 1460: " لا يحل لأحد أن يبيع ملك غيره بغير ادن صاحب المال له فإن وقع فسخ.."، المرجع السابق، ص 434

³ - أنظر إلى الفصل الأول، من هذه المذكرة، ص 79 وما بعدها -

⁴ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة 296 ص 707 -.

⁵ - كما قضت محكمة النقض المصرية في 28 ديسمبر 1967 رقم 292 لسنة 18، ص 1932 بقولها: " إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد المبيع بصفته وكيلا عن باقي الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في البيع فإنهم متى أقرروا البيع فإن العقد يسري في حقهم عملا بالمادة 467 من القانون المدني" (تقابلها المادة 398 مدني جزائري)، نقلا عن د/ محمد صيري السعدي، المرجع السابق الهامش 280، ص 146

يكون الإقرار ضمناً¹ ، كما أن نفاذ العقد في حق المالك يكون من تاريخ الإقرار ، لا من تاريخ إبرام العقد.

ومن بين أهم نتائج تترتب على إقرار المالك الحقيقي :

سريان البيع في حق المالك.1-

2- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال.

3- قيام علاقة بين المالك والمشتري.²

الفرع الأول: سريان البيع في حق المالك

عند ما يقرّ البيع من طرف المالك يصبح نافذاً في حقه، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع، ويلتزم البائع باحترام العقد ، فلا يجوز له التعرض للمشتري في انتفاعه ، ولا أن يطالبه باسترداد المبيع³. وينتج الإقرار أثره من وقت صدوره، أي تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ صدور الإقرار،⁴ أو من تاريخ تسجيله، إذا كان المبيع عقاراً، و يترتب على ذلك أن يسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت صدور الإقرار ، لا من تاريخ إبرام العقد، "والحقوق التي قررها المالك على المبيع في الفترة بين إبرام العقد وصدور إقراره أو تسجيله تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها."⁵ لأنه صاحب حق الملكية كاملة. فإذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق أو أي حق عيني آخر قبل أن يميز

¹ - نقض المدني المصري في 30 أبريل 1950 : " وقد جاء فيه أن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضمان متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع ، وخصوصاً إذا كان قد ورد في هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري المبيع. وإذن من الخطأ ألا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع للبيع بمؤلة أن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في حدود المادة 624 مدني (قدم) والتي بمقتضاها يصح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحة " مجموعة أحكام النقض المصرية ص 433 نقلا عن د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، الهامش 68 ص 707 د/ محمد يوسف الزعيبي ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 537

² - د/ محمد صبري سعدي ، المرجع السابق ، ص 146

³ د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 166 ص 297 و 298 - د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 58 و 59

⁴ - ويرى د/ محمد حسن قاسم: " يترتب على سريان العقد في مواجهة المالك الحقيقي من وقت الإقرار أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من تاريخ هذا الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً.... " ؛ العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 190 ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 298 . د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 204

⁵ - د/ رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 59

البيع الصادر عن البائع ، وكان المرتهن أو صاحب حق الارتفاق قد سجل حقه في السجل العقاري قبل تسجيل إجازة المالك ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري مثقلة بحق الرهن أو الارتفاق ، أو أي حق آخر رتبته المالك على العقار وجرى تسجيله وفقا للقانون¹ . ففي هذه الحالة ما على المشتري سوى الرجوع على البائع بضمان² كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كيفية حصول هذا الإقرار الصادر من المالك فقد يكون صريحا أو ضمنيا فيقع صحيحا .

أما موقف الفقه الإسلامي فيرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فإذا أجاز بيع الفضولي لمال الغير فإنه يعتبر نافذا ومستندا إلى وقت إنشاء العقد³ . وهذا ما ورد في المادة 804 من مرشد الحيران⁴: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، فإذا باع فضولي مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما قد وكل الفضولي" ونصت المادة 1452 من مجلة الأحكام العدلية: "الإذن والإجازة توكيل" كما اعتمدت هذه القاعدة السابقة مرشد الحيران في المادة 301 التي نصت على مايلي⁵: " إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع ويطالب الفضولي بالثمن إن كان قبضه من المشتري وإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك لكن إن دفعه إليه صح الدفع وبرئ "

لذلك هناك من التصرفات ما تستند إلى وقت إنشائه، ومنها ما يقتصر على حال صدور الإجازة، "الإجازة تارة تكون إنشاء، وتارة تكون إظهارا، ويترتب عليها نفاذ العقد وإنتاجه لآثاره وسقوط حق صاحب الشأن، أو من يملك الإجازة شرعا ضمنا في التمسك بإبطاله، وإذا سقط هذا الحق فليس له أن يتمسك به ثانية لأن الساقط متلاش لا يعود"⁶ لهذا قد يكون إقرار المالك لهذا البيع صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا.

¹ - الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 127

² - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 146 د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 298 د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 708

³ - وجاء في الفتح القدير ج 5 لابن الهمام: "...وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والتمن مملوكا أمانة في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالتوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة حيث أنه بما صار تصرفه نافذا". المرجع السابق ، ص 312 وفي البحر الرائق لابن نجيم " فإن الفضولي بعد الإجازة يصير كالتوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر بع فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته ". ج 6 ، المرجع السابق . ص 247 ، د/ عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4، المرجع السابق ، ص 194

⁴ - محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران ، كتاب الوكالة ، المرجع السابق ، ص 132

⁵ - محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران ، الفضل الثاني فيما يجوز بيعه وما لا يجوز ، المرجع السابق ، ص 49 -

⁶ - د/ حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 230 وما بعدها -

الفرع الثاني: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

عند ما يقر المالك البيع يعتبر صحيحا نافدا، وبهذا تنتقل الملكية إلى المشتري وعندئذ يمنع على المشتري المطالبة بإبطال البيع، فيشترط في سقوط حق المشتري في طلب الإبطال، أن يكون هذا الإقرار قد صدر قبل رفع المشتري دعوى الإبطال. أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم في الدعوى فإنه لا يسقط حق المشتري في طلب الإبطال¹، وذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى، فيكفي أن يكون الحق موجوداً في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده. فيجب على القاضي أن يحكم في الدعوى المرفوعة إليه حتى ولو صدر الإقرار بعد رفع الدعوى وهذا هو الموقف الغالب في الفقه المصري².

"وذهب بعض الفقه إلى أن إقرار المالك الحقيقي للبيع يسقط حق المشتري في طلب الإبطال. سواء صدر هذا الإقرار قبل رفع دعوى الإبطال أم بعد رفعها، بشرط أن يصدر الإقرار قبل الحكم في دعوى الإبطال".³، غير أن الرأي الأول بالقبول؛ ذلك الذي يذهب إلى أنه من أجل سقوط حق المشتري في طلب الإبطال يجب أن يكون الإقرار صادراً قبل رفع الدعوى⁴ وهذا ما يؤكده الدكتور سليمان مرقس: "أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيكفي أن يكون الحق قائماً في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده"⁵.

أما في الفقه الإسلامي فالأمر يختلف، لأنه يأخذ بفكرة العقد الموقوف وبالتالي ليس للمشتري في ظل هذا الفقه حق الإجازة أو الإبطال وإنما يكون له حق الفسخ⁶.

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 140 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 187

² - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 708، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 60؛ د/ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع، التامين (الضمان)، الإيجار، المرجع السابق، ص 190، د/ محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 140.

³ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 187

"إن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن الإجازة الصادرة من المالك تصحح العقد مادامت تحصل قبل النطق بالبطلان فعلاً، حججهم في ذلك أن المشتري لا يكسب برفع الدعوى حقاً جديداً" نقلاً عن أ/ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 155.

⁴ - أنظر إلى الفصل الثاني من هذه المذكرة، ص 119-

⁵ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 708-

⁶ - د/ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها-

الفرع الثالث: قيام علاقة بين المالك و المشتري

سبق وأن تطرقنا¹ إلى أن إقرار المالك الحقيقي للعقد يجعل العقد نافذا في حقه ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال، و يمكن الاحتجاج بهذا الإقرار عليه من وقت الإقرار لا من وقت صدور البيع - هذا ما ذكرناه سابقا - وبالتالي لا يحق للمالك بعد ذلك أن يمتنع عن تسليم المبيع - إذا كان المشتري لم يتسلمه - أو أن يتعرض له فيه، أو يطالب باسترداده، ولا يحق له أن يتصرف في المبيع بعد الإقرار و يترتب على ذلك أن يصبح العقد نافذا في حق المشتري، وإليه تنتقل الملكية من تاريخ تسجيل العقد إذا كان المبيع عقارا أو من تاريخ إقرار المالك للعقد². ولا يحق للمشتري طلب الإبطال بعد إقرار المالك، وكما أن انتقال الملكية إلى المشتري تكون محملة بكل الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي عليها قبل أن تنتقل ملكيته منه إلى البائع أو قبل إقراره بالبيع.

لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا هو هل يحل المالك الحقيقي بعد الإقرار محل البائع في كل حقوقه والتزاماته؟³ أم أن إقرار المالك هو عبارة عن تعهد منه بالوفاء بما التزم به المدين البائع؟ أم أن إقرار المالك يكون بمثابة اتفاق جديد بينه وبين البائع والمشتري فتكون بهذا علاقة ثلاثية من نوع خاص؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال مايلي :

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول تكييف علاقة المالك الحقيقي بالمشتري على النحو التالي:

الرأي الأول: يتجه إلى القول بحلول المالك الحقيقي محل البائع.

فذهب هذا الرأي⁴ إلى القول، أنه يترتب على الإقرار بحلول المالك (المقر) محل البائع في جميع حقوقه و التزاماته⁵، ومن ثم تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، فيكون للمالك حق مطالبة المشتري بالثمن ويكون لهذا الأخير حق مطالبة المالك بتسليم المبيع والرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض من الغير، أو استرداد المبيع من تحت يد أو مطالبته بضمان إذا اكتشف به عيبا ما.⁶

¹ -أنظر المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص139

² -د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 298 و299، د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 190، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين

المرجع السابق، ص201

³ -د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص60-

⁴ - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 707، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 202، د/ الياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 127، 126

⁵ - د/ محمد محي الدين ابراهيم: " أنه بإقرار المالك فإنه يحل محل البائع الذي يتلشى من دائرة العقد ويصبح المالك الحقيقي هو الطرف المواجه للمشتري وتبرأ دمة البائع ضامنا من التزامات الناشئة عن البيع... " المرجع السابق ، ص51، د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص197؛ د/رمضان جمال كامل، ، المرجع السابق، ص60

⁶ - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 146

نقد هذا الرأي:

نجد هذا الرأي يخرج البائع من العقد كما لو كان وكيلا لا تنصرف آثار العقد إليه، وهذا أمر لا يمكن التسليم به دون نص قانوني يقرر ذلك¹، كما يؤخذ على هذا الرأي أنه استبدل مدين المشتري الذي هو البائع لملك الغير بمدين آخر بمجرد الإرادة المنفردة للمالك دون اتفاق على قبول المدين الذي قد يتضرر منه المشتري بسبب إعساره (المالك المدين جديد)، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، أو إذا كان قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل صدور الإقرار.

الرأي الثاني: يعتبر البائع والمالك متضامين في حالة الإقرار.

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المشتري في حالة إقرار المالك الحقيقي، يكون له مدينا بالتضامن هو المدين الأصلي (البائع)، والمدين الجديد الذي انضم إليه وهو المالك الحقيقي المقر بالبيع² أي مسؤولية تضامنية في مواجهة المشتري.

نقد هذا الرأي:

يعاب على هذا الرأي أنه نظر إلى البائع فقط كمدين بمجموعة من الالتزامات، ينضم إليه المالك الحقيقي في تحملها، ولم يتطرق إلى تكييف موقف المالك بالنسبة للحقوق التي قد تكون للبائع وناشئة عن العقد، وهل سيكون البائع أيضا ضامنا فيها قبل المشتري الذي يكون له حينئذ دائتان بما بحيث يستطيع الوفاء بما لأحدهما؟

كذلك قد يلحق الضرر بالبائع³ لأن العلاقة تضامنية بينهما، وفي هذه العلاقة البائع يحتفظ بالثمن لكن في حالة ما إذا قدم المشتري للمالك ثمن المبيع، فإن ذمته تبرأ رغم أنهم ملتزمون اتجاهه تضامنياً؛ بمعنى يكون فقط في التزامات اتجاه المشتري وهذا يلحق الضرر بالبائع.

الرأي الثالث: يعتبر إقرار المالك إزالة العقبة.

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن إقرار المالك لهذا البيع ما هو إلا إزالة للعقبة⁴ التي كانت تحول دون نقل الملكية، ومن ثم يبقى المالك أجنبيا عن العقد ويبقى البائع ملتزما وحده بكل الالتزامات الناشئة عن العقد، فيكون ملتزما بنقل الملكية؛ التي تكون قد انتقلت بإقرار المالك⁵، ويكون ملتزما بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ويبقى المشتري ملتزماً نحوه بالثمن.

¹ - د/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص52، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص202

² - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص197

³ - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص197 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص203

⁴ د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، فقرة 44 ص58. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص203-

⁵ - د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص203. د/ محمد محي الدين ابراهيم، "العلاقة بين البائع والمشتري فتظل كما هي ولا تتأثر

بمذا الإقرار فالبائع هو الدائن بالثمن والمدين بنقل الملكية إلى المشتري." المرجع السابق، ص52

نقد هذا الرأي:

انتقد هذا الرأي على أساس أنه أغفل تكييف إقرار المالك، وما هو نوع العلاقة التي تنشأ بينه وبين كل من البائع والمشتري، خاصة وأن الإقرار لا يمكنه بذاته نقل الملكية في العقار، بل لا بد من أن يقوم المالك ببعض الإجراءات حتى يتم من خلالها نقل الملكية العقارية¹.

الرأي الرابع: يذهب إلى أن إقرار المالك بمثابة تعهد منه.

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن إقرار المالك الحقيقي لهذا البيع هو بمثابة تعهد منه للقيام بالوفاء بالالتزام المدين به البائع، وهو نقل ملكية المبيع وما يترتب عن ذلك من ضمان التعرض والاستحقاق، وهو التزام من المالك بالإرادة المنفردة سمح بها المشرع، ولا يترتب على هذا الالتزام خروج البائع من عقد البيع، بل يظل العقد قائماً بين طرفيه الأصليين المشتري والبائع وهما ملتزمان بكافة الالتزامات قبل الآخر. يقوم ذلك التعهد الصادر من المالك، وهو تصرف مستقل بكيانه يعطي المشتري الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته وهو القيام بالوفاء العيني والتزام البائع بنقل ملكية المبيع، فإذا لم ينفذ البائع تعهده، كان للمشتري المتعهد له الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني جبراً على المتعهد، أو المطالبة بالتعويض منه، إذا استحال التنفيذ عينا، أما إذا قام المالك بتنفيذ ما ألزم به نفسه فإنه يكون قد قام - بدلا من البائع - بالوفاء بالتزام نقل الملكية للمشتري، ويكون قد وفى بدين لم يكن هو المدين به أصلاً² وينتج عن هذا الوفاء بالدين الأصلي، أن ذمة المدين به (البائع) قد برئت من هذا الدين فهنا يحق للمالك الرجوع على البائع مباشرة بدعوى الإثراء بلا سبب، كما يجوز له مطالبة المشتري بما قد يكون عليه للبائع، أي باعتبار المشتري مدين المدين، وذلك بدعوى غير مباشرة³.

نقد هذا رأي:

" إن هذا الرأي بعيد كل البعد عن المنطق القانوني، وكما يلاحظ أنه عمل على ربط بين الآراء السابقة، إلا أنه جاء غير مقبول و غير معقول. كذلك اعتبار إقرار المالك هو تعهد للقيام بالوفاء، فما هو الفرق بينها وبين " نظرية الحلول" التي ترى أن إقرار المالك يعد اعتماد لما قام به البائع"⁴ أي أن البائع يحل محل المشتري في جميع الحقوق والواجبات في العقد.

¹-د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص203 وما بعدها.

²- يقول د/ سليمان مرقس: " إذا أحل المالك ببعض التزاماته الناشئة من العقد، كان البائع مسؤولاً معه عن ذلك لأن ذمته لا تبرا من هذه الالتزامات إلا بالوفاء بما من جانبه أو جانب المالك الذي أقر العقد. المرجع السابق، ص709

³-د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص204 -

⁴-د/ إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص204.

- إلا أن الرأي الراجح و الذي يذهب إليه الكثير من الفقه، ذلك الذي يرى أن إقرار المالك يأتي لإزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وما ترتب عليه؛ فلا يحل المالك الحقيقي محل البائع ولا ينضم إليه إلا إذا وجد اتفاق خاص بذلك بينه وبين المشتري والبائع، إذ أن الإقرار تصرف يصدر عن إرادة منفردة هي إرادة المالك فلا يجوز أن يكسبه حقوقاً أو يحمل غيره بالتزامات بغير اتفاق أو نص، بل أن إقرار المالك للبيع لا يفيد أكثر من انصراف إرادته إلى الموافقة على انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بموجب العقد¹. وهذا الرأي في حقيقة الأمر يتفق وما جاءت به المادة 398² من قانون المدني الجزائري: "إذا أقرّ المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً..." فالنص اكتفى في بيان أثر إقرار المالك، بأنه يترتب عليه سريان العقد في حقه، وهو طبقاً للمعنى الاصطلاحي السائد يعني الاحتجاج عليه بالعقد، "وليس من المحتّم أن يصبح هذا الشخص ملتزماً بالتزامات التي يولدها العقد ولا أن يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه فثمة فارق بين الاحتجاج بالعقد على الغير وبين القوة الملزمة للعقد بالنسبة للعاقدين"³.

أما موقف الفقه الإسلامي من مسألة صحة إجازة المالك فبالرجوع إلى أحكامه، نجد للإجازة الصادرة من قبل الملك الحقيقي - متى وقعت صحيحة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي جاء به فقهاء الشريعة- نفذ البيع وأصبح الفضولي بمنزله الوكيل، إذ الإجازة اللاحقة بمنزله الوكالة السابقة⁴. وهذا ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1453 بقولها: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة". وهذا ما أخذت به الدول التي تأثرت بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني العراقي في المادة 928: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة". لهذا فإن إجازة المالك في الشريعة الإسلامية، تجعل الفضولي بمرتبة الوكيل⁵ ويترتب على ذلك أن تنصرف آثار العقد إلى المالك

¹ - د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 60 و 61

تقبلها المادة 466 من القانون المدني المصري -²

³ - د/ محمد حسنين المرجع السابق، ص 197

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص 193. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين: "يترتب على الإجازة من يملكها شرعاً جعل الفضولي وكيلاً يلتزم بحقوق التصرف..."، المرجع السابق، ص 137. ابن الهمام كمال الدين - فتح القدير ج

5، المرجع السابق، ص 311

⁵ - جاء في البحر الرائق لابن نجيم ج 6، المرجع السابق، ص 246 و 247: "وقيد بالمالك في قوله: فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولي فسخه فقط حتى لو أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم وبخاصم بالعيب وغير ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته..."

والأصل من كل هذا إلى أن العقد الموقوف، إذا أجزى حررته الإجازة فأطلقت سراحه من محبسه فننفذ وأنتج جميع آثاره.¹

= - كما يقول د/ عبد الرزاق السنهوري: "ولما كان الفضولي يصير كالوكيل، فإن حقوق العقد ترجع إليه كما ترجع إلى الوكيل أما حكم العقد فينصرف إلى المالك. وينفذ البيع بالإجازة مستندا إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدورها أي ان للإجازة أثر رجعيًا." مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج4، المرجع السابق، ص 194 .
د/ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 216-¹

- كما جاء في البحر الرائق لابن نجيم ج6، المرجع السابق، ص 253: "الأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم إذا وُجد من غير ولاية شرعية لم سيتعقب حكمة ويتوقف... فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ظهر أثر من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد."

المادة 1463 من مجلة الأحكام العدلية تنص: "المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء، وإيفاء الدين واستيفائه، وقبض العين من جهة الوكالة، في حكم الوديعة في يده، فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان." وبالتالي يترتب عن إجازة أحكام الوكالة اللاحقة؛ حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م3، المرجع السابق، ص 561

خاتمة

يعد البيع من العقود المعاوضات الشائعة بين الناس، والتي تعدّ بحق مظهرًا من مظاهر التمدن والتحضر، غير أن البيع - خاصة في مجتمعاتنا الحالية - أصبح يتم أحيانا من غير مالك، مما جعلنا نقف أمام عقبات قانونية وأخرى واقعية. أثرت على استقرار المعاملات بين الناس، ونلاحظ أن القانون المدني الجزائري تأثر تأثرا بالغا بالقوانين الوضعية في معالجة مسألة بيع ملك الغير.

وبعد دراستنا هذه نخلص إلى القول بأن الشريعة الإسلامية على غرار القوانين الوضعية عاجلت مسألة بيع ملك الغير كونه بيع فضولي فهو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، وبذلك غيرت القانون الوضعي مما جعلنا نحصر نتائج هذه الدراسة فيما يلي:

- إن مختلف التشريعات الوضعية قد نظمت أحكام بيع ملك الغير؛ ومنها القانون الفرنسي؛ والذي تأثرت به المنظومة القانونية الجزائرية، وبدا ذلك واضحا في تناول هذه الأحكام، والذي جاء قاصرا حيث تحدث عن نتائجه معتبرا آياه باطلاً دون تفصيل في الأحكام التنظيمية واكتفى المشرع الجزائري باعتماد ما نظمه المشرع الفرنسي وفي هذا سايره كل القوانين المتأثرة به فوقعوا في تقصير نفسه.

- لقد أحسن فقهاء الشريعة الإسلامية صنعا حين كَيّفوا بيع ملك الغير على أنه بيع الفضولي؛ خاصة حينما جعلوه عقدا موقوفاً على إجازة المالك؛ وبذلك تفادوا النقد الموجه للقانون الوضعي. والذي جعل الإجازة للمشتري، فكان بذلك يجيز بيع شيء لا يملكه؛ فما فائدة إجازته إذا ظل المالك رافضا لها غير مجيز لهذا العقد؟

- و من خلال هذا البحث وجدنا تناقضات و اختلافات كثيرة، بين آراء الفقهاء و شراح القانون في العديد من المسائل انطلاق من تحديد الطبيعة القانونية لجزاء بيع ملك الغير إلى الأثر المترتب عن هذا التصرف، و يكمل سبب هذا الاختلاف و التضارب في كون أن هذه النصوص تحمل كثيرا من الغموض كما أن هناك ثغرات قانونية في هذه المسألة، هذا ما أدى بهم إلى إحالتنا إلى قواعد عامة من

أجل إقتباس الحل، و العمل بالقياس في العديد من المسائل المرتبطة بهذه الحالة، حتى وإن رجعوا إليها إلا أنهم لم يجدوا الحل فيها، و خير دليل على ذلك مسألة تحديد الجزاء القانوني لبيع ملك الغير ، وهذا ما يفسر خروج بعض من شراح القانون بتكييف جديد لهذا التصرف، واعتبار بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري أي بطلائاً من نوع خاص. وهو ما نجده عند المشرع الجزائري إذ لم يفصل في كثير من أحكام بيع ملك الغير وأحالتها في الكثير من المسائل إلى القواعد العامة ؛ خاصة فيما يتعلق بمدة التقادم و تقدير التعويض وكذلك تبعت الهلاك وغيرها من هذه المسائل ، وبالرجوع إلى المادة 101 من القانون المدني الجزائري نجدها تتحدث عن مدة التقادم الخاصة بعيوب الإرادة ، فمقاس مدة تقادم بيع ملك الغير على المادة السابقة الذكر ، فكان قياساً مع الفارق .

- إن القانون الوضعي قد اعتبر بيع ملك الغير قابلاً للإبطال وفي الوقت نفسه جعله غير سارٍ في حق المالك الحقيقي ، فهو بهذا لم يجعل له حكماً واحداً وهو ما يوقع الباحث في حيرةً بشأنه .

أما الفقه الإسلامي فقد اعتبره موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة شرعاً . وبهذا يحقق الحماية لكل من حدث التصرف في ملكه بدون إذنه ، فضلاً عما في هذا من مسامية و اتفاق مع مبدأ الرضائية ودرء ضرر، طبقاً لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار." ¹ وبهذا فإن الفقه الإسلامي ، قد انفرد بالقول بفكرة العقد الموقوف ، وصاغها صياغة فنية موفقة تنم عن الدقة العملية بما لا نظير له في القانون .

- لقد نظم المشرع الجزائري أحكام بيع ملك الغير في المادة 1/397 ، والتي تنص على ما يلي : " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أم لم يعلن بيعه ..."

1-رواه مالك بن أنس في الموطأ ، باب القضاء في المرفق، كتاب الأفضية ، رقم الحديث 1424، مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث القاهرة ، ط2004 ، ص386

لكننا نقترح أن يساير ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فنقترح النص التالي: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه انعقد البيع موقوفاً على إجازة المالك، أو وليه أو وصيه أو من له الحق في الإجازة . "

لذلك فإن الفقه الإسلامي قد حقق العديد من التفوقات في هذا الموضوع، انطلاقاً من تحديد المفاهيم، إلى الخروج بالتحديد الدقيق لهذا البيع ، رغم تعدد الآراء في كل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي وهذا يدل على حرية فكرية واسعة ، كان يتمتع بها المجتهدون في كل مذهب هذه الحرية جعلت التقارب بين المذاهب المختلفة أمراً واقعاً ، فالآراء التي نجد هنا نجد لها نظيراً هناك .

وفي الأخير ندعو المشرع الجزائري للاقتداء بالتشريعات العربية التي أخذت بنظرية العقد الموقوف وهذا لما فيها من سهولة التعامل حيث تعطي الحق للمالك دون غيره ، وجعل إقرار البيع من حقه فقط فإما إجازته وتمريه، وإما رفضه، ولا يبقى للمشتري سوى حق الفسخ ، فالأخذ بفكرة العقد الموقوف تعني عن الاستعانة بفكرة عدم سريان العقد كما بالعقد القابل للإبطال ، وفي ذلك اختصار للتعقيدات التي قد تنشأ في حال الأخذ بفكر العقد القابل للإبطال وهذا ما يؤكده الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "... 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 يبيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضاً عقد غير ساري المفعول في حق المالك الحقيقي، فهو عقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده ، والمشتري هو الذي يملك إبطال العقد لأن إبطال تقرر لمصلحته ، ولا يملك البائع ذلك ، لهذا لا يكون نافذاً في حق المالك إلا إذا أجازته"¹ .

1- د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4 ، المرجع السابق ، ص 277 و278

الملاحق

قائمة المصادر و المراجع :

أولا / باللغة العربية:

1- المراجع العامة :

- إبراهيم رجب عبد الجواد - معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الأفاق العربي، الطبعة 1، القاهرة مصر، لسنة 1423هـ، 2002
- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفي الجزء 5 و6، دار الكتاب العلمية بيروت لبنان، الطبعة 1، لسنة 1418هـ، 1997.
- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، الجزء 3، بالاشتراك دار القلم دمشق ودار الشامية، الطبعة 1 بيروت، سنة 1417هـ، 1996
- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، الجزء 2، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995
- أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء 3 دار الإحياء الكتب العربية، مصر، د.ت
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار ابن حزم، سنة 1420هـ، 1999
- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي الشافعي (المتوفي عام 676هـ، 1277) - المجموع شرح المهذب الجزء 9، دار الفكر، القاهرة، د.ت.
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري الأندلسي - المحلى الجزء 8، الطبعة 1، الطبعة المنيرية مصر، سنة 1350هـ

- أبي بكر بن محمد بن سهل السرخسي – المبسوط ، الجزء 13، الطبعة 1 ، دار السعادة
بالقاهرة سنة 1331هـ
- أبي الضياء سيد خليل أبي عبد الله محمد الخرشبي ، شرح الخرشبي على مختصر خليل ، الأجزاء
5-6 ، الطبعة 2، الطبعة الأميرية، مصر ، سنة 1317 هـ
- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب المجلد
8، دار صادر ، بيروت لبنان ، د.ت
- أحمد إدريس عبده- فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذهب الأخرى في
أصول المسائل وغيونها - دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، سنة 2000
- أحمد بن علي محمد الكناني (العسقلاني) - التلخيص الحبير في تخریح أحدث الرافعي الكبير
، الطبعة 1، الأجزاء من 1-4، مؤسسة قرطبة مصر سنة 1416هـ، 1995.
- أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، مكتبة لبنان
بيروت لبنان ، لسنة 1987
- آدم وهيب النداوي - شرح القانون المدني ، البيع والإيجار ، دار الثقافة العربية للنشر وتوزيع
الأردن ، الطبعة 1، سنة 1999 .
- أنور العمروسي - العقود الوارد على الملكية في القانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة
1 ، الإسكندرية، مصر سنة 2002.
- أنور طلبة - نفاذ وانحلال البيع ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى ، مصر . د.ت .
- أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،
دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة 1 - الإصدار الثالث لسنة 2007

- بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون) الجزء 2 ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 4 ، الجزائر ، سنة 2007
- جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة والمسماة ، عقد البيع ، دار الفكر ، بيروت ، لسنة 1980
- جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية الجزء 4، الطبعة 1، دار الحديث ، سنة 1415هـ، 1995
- الحافظ أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية - زاد المعاد في هدى خير العباد ، الجزء 3، المجلد 3، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، د.ت
- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - تعريب المحامي فهمي حسيني المجلد 1 ، البيوع ، الإجارة ، الكفالة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، لسنة 1423هـ، 2003
- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - تعريب المحامي فهمي حسيني، المجلد 3، الشركات ، الوكالة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، لسنة 1423هـ، 2003
- حيدر علي- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية - تعريب المحامي فهمي حسيني المجلد 4 ، الصلح ، الإبراء، الإقرار ، الدعوى ، البيئات والتحليف و القضاء ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، لسنة 1423هـ، 2003
- خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، عقد البيع الجزء 4، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، لسنة 2005

- الدسوقي شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3، دار إحياء الكتاب العربية الطبعة 1، مصر ، د.ت
- رمضان أبو السعود - مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر لسنة 2007
- زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي - تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، المجلد 2 ، دار الحسن ، عمان الأردن ، د.ت
- السيّد سابق - فقه السنة ، السلم و الحرب - المعاملات ، المجلد 3 ، الأجزاء من 11 - 14 ، الطبعة 1 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1397 هـ ، 1977.
- السيّد سابق، فقه السنة، المعاملات دار الكتاب العربي ، المجلد 3 ، الطبعة الشرعية الثامنة بيروت لبنان ، لسنة 1407هـ ، 1987
- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مُعني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 2 دار المعرفة ، الطبعة 1 بيروت لبنان، 1418هـ ، 1997
- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن الشهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي الجزء 5، دار الكتب العلمية ، الطبعة 2 بيروت لبنان ، لسنة 1424هـ ، 2003
- عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات، المجلد 2، دار الفكر، د.ب.ن ، د.ت .
- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء 1 ، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء - بلا سبب - القانون ، منشأة المعارف الإسكندرية لسنة 2004.

- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 2 الجديدة ، لسنة 1998
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، حق الملكية الجزء 8، الطبعة 3 الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، لسنة 1998.
- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية (مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ،حق الانتفاع و حق الارتفاق)، الجزء 9 ، منشأة المعارف الإسكندرية مصر ،لسنة 2004.
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ،الحنبلي ،المغني ، الأجزاء 4-5 ، دار الكتاب العربي، الطبعة 1 ، مصر .د.ت .
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ،الحنبلي ،المغني ، الجزء 6،دار عالم الكتب ، الطبعة 3، الرياض المملكة العربية السعودية ، لسنة 1417هـ، 1997
- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومو ، الجزائر .طبعة 2010 .
- عبد الوهاب عرفه - الحيازة المدنية و حمايتها الجنائية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر سنة 2007.
- علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الجزء4 ، الطبعة 1 ، بمملكة العربية السعودية سنة 1375هـ ، 1956.
- علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الجزء6 ، الطبعة 1 ، بمملكة العربية السعودية ، سنة 1375هـ ، 1956.

- علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي الجزء 4 - دار الفكر العربي - القاهرة، سنة 2000
- علي بن سلطان محمد القاري ، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ، الجزء 5، دار الفكر ، بيروت سنة 1422هـ، 2002
- علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني ، كتاب التعريفات ، تحقيق :د/ نصر الدين تونسي ، شركة القدس للتصدير ، الطبعة 1، القاهرة، مصر ، سنة 2007.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 8 بن عكنون الجزائر لسنة 2008.
- عمر حمدي باشا و ليلي زروقي - المنازعات العقارية ، الطبعة 3، دارهومة ، الجزائر لسنة 2007 .
- القاضي شمس الدين المعروف بقاضي زاده : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة فتح القدير ، الجزء 8 ،مصر طبعة 1316هـ، 1899
- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الأجزاء 6-7 ، دار الكتاب العلمية الطبعة 2، بيروت لبنان 1424هـ، 2003.
- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة 1 ، الجزائر ، س 2003.
- محمد الألفي - الفضالة -ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،دون ذكر معلومات أخرى
- محمد أمين ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - كتاب البيوع ، كتاب الكفالة - الجزء 7، دار عالم الكتب ، الرياض سنة 1423هـ ، 2003

- محمد أمين ابن عابدين ، رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار – كتاب الشركة –
الجزء 6، دار عالم الكتب ، الرياض ، سنة 1423هـ، 2003
- محمد جبر الألفي ، الفضالة دراسة موازنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق
الأوسط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة 1، عمان ، الأردن سنة 1999.
- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ،
الإسكندرية سنة 2006
- محمد سعيد جعفرور – إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، الطبعة 2 دار هومة
الجزائر ، سنة 2009
- محمد صبري السعدي – الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزام
– مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى الطبعة 4 عين مليلة الجزائر ، سنة
2007-2008
- محمد قدرى باشا – كتاب مرشد الحيران إلى معارف أحوال الإنسان في المعاملات
الشرعية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة 2 ، المحمدية، مصر ، سنة 1308هـ
1891
- محمدي فريدة (زواوي) – الحيازة والتقدم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن
عكنون ، الجزائر ، لسنة 2000
- محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديد، القاهرة ، مصر لسنة
2010
- نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون اللبناني و التشريعات
العربية ، الجزء 1 – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت ، سنة 1995
- الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي – فتح القدير شرح الهداية الجزء 5
، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة 1 المحمدية مصر سنة 1316هـ، 1899

● الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام -الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، الجزء 3، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق المحمدية مصر سنة 1316 هـ، 1899

● وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته -النظريات الفقهية والعقود، الجزء 4، دار الفكر الطبعة 2، دمشق سوريا، سنة 1405 هـ، 1985

2- المراجع الخاصة :

أ- المؤلفات و الكتب :

- إسماعيل عبد النبي شاهين - أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، سنة 2005
- جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية ، البيع - الإيجار - المقاوله ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية - المكتبة القانونية ، بغداد لسنة 2007
- حسن قاسم - عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، لسنة 1999
- الحسين بن الشيخ أث ملويا - المنتقى في عقد البيع ، دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة ، دار هوميه ، الطبعة 2 ، الجزائر سنة 2006
- رمضان جمال كامل - أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض ، دار الألفي ، الطبعة 5 ، مصر ، لسنة 2002
- رمضان أبو السعود - شرح العقود المسماة في عقود البيع والمقايضة و التأمين ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية مصر لسنة 1994
- رمضان أبو السعود - شرح العقود المسماة في عقود البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر لسنة 2006
- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة ، عقد البيع ، الجزء 3 ، المجلد الأول ، الطبعة 5 ، الإسكندرية ، مصر لسنة 1990

- سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع ، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية، د.ت.
- صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1 عمان الأردن ، سنة 2001
- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ، الجزء4، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 3 الأصلية، بيروت لبنان ، لسنة 1998
- علي هادي العبيدي - العقود المسماة - البيع و الإيجار - دارا لثقافة للنشر والتوزيع الأردن ،لسنة 2006
- فايز احمد عبد الرحمن ، عقد البيع ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية سنة 2006
- محمد صبري السعدي -الواضح في شرح قانون المدني ، عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر ، لسنة 2008
- محمد محي الدين إبراهيم سليم -أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الإسلامي " دراسة مقارنة " دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية لسنة 2007
- محمد حسن قاسم - العقود المسماة ، البيع -التأمين (الضمان)-الإيجار ، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، لسنة2005
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية -بن عكنون -الجزائر ، سنة 2000

- محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع الإصدار الأول، الطبعة 1 عمان الأردن، سنة 2006
- محمود جلال حمزة - التبسيط في شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة البيع - الإيجار ، الجزء 4 ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، الطبعة 1 الأردن لسنة 2005
- مصطفى أحمد الزرقاء - شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة، الطبعة 6، مطابع فتي العرب - دمشق لسنة 1384هـ، 1965 .
- منذر الفضل - شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين الأردني مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، طبعة الجديدة لسنة 1982 .
- نذير بن عمو- العقود الخاصة البيع والمعاوضة - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع " مجد" الطبعة 1 ، بيروت ، لبنان ، لسنة 2008.
- نزيه كباره- العقود المسماة ، البيع ، الإيجار ، الوكالة ، الكفالة ، المؤسسة الحديثة للكتاب الطبعة 1، طرابلس ، لبنان ، لسنة 2010
- الياس ناصيف موسوعة العقود المدنية والتجارية ، العقود المسماة ، العقود التي تقع على الملكية ، " البيوع الخاصة " الجزء 9 ، د.د.ن ، بيروت ، لسنة 1997.

ب- رسائل الدكتوراه و مذكرات الماجستير و مذكرات التخرج :

1/ رسائل الدكتوراه :

- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، رسالة دكتوراه، من جامعة الأزهر، عام 1388هـ، 1968.

2/ مذكرات الماجستير:

- ابن محمد حسين ناصر - بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقہ الإسلامي - رسالة ماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين ، سنة 2006.
- كميح حورية، بيع ملك الغير في القانون الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر ، سنة 1983.
- محمد خليفة سنوسي حاج ، أحكام الفضالة بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني الجزائري تحليل مقارن ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، سنة 2005.

3/ مذكرات التخرج :

- ابراهيم محمد أمبارك ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009
- بن حمودة هجيرة ، التطبيقات القضائية لنظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني والوضعية القانونية لعقد الشهرة في ظل النظامين مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009.
- رحمان نصيرة ، بيع ملك الغير ، مذكرة لتخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الرابعة عشر، سنوات التكوين 2004-2006.
- عبد الرحمان ليندة، إثبات الملكية العقارية في المناطق غير ممسوحة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، سنوات التكوين 2006-2009.

ت- الدراسات والنشرات القضائية

- ابن أبو العيال - فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق المجلد 19 ، العدد 2 ، لسنة 2003
- المجلة القضائية الجزائرية العدد2، لسنة 1991
- المجلة القضائية الجزائرية العدد2، لسنة 1994
- المجلة القضائية الجزائرية ، العدد 3، لسنة1994
- المجلة القضائية الجزائرية ، العدد1، لسنة 2001

ج - المراجع الالكترونية :

- شادي قاسم أبو عرة- (باحث ومستشار قانوني فلسطيني) -المقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال- الموقع عبر الانترنت : منتدى القانون المدني العماني-
www.omanlegal.net ، تاريخ المعاينة 2011/07/07
- مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ، المجلد الثامن عشر ، العدد الثاني ، الموقع عبر الانترنت :
<http://www.iugaza.edu.ps/ara/research> تاريخ المعاينة 2011/02/15
- موقع منتدى المحامين فارسكور www.lawyer60.com ، تاريخ المعاينة 2011/02/15
- موقع الانترنت " أنا مسلم " www.muslim.net تاريخ المعاينة 2011/04/12

د - متون الحديث وشروحه :

- أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي - كتاب السنن الكبرى ، الجزء 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، د.ت .
- أبو سليمان حمد بن محمد الخطّابي البسّيّ - معالم السنن شرح سنن أبي داود الجزء 3، مطبعة المدني ، الطبعة 1، القاهرة لسنة 1428هـ، 2007
- الجامع الصحيح وهو سنن الترميذي ، أبي محمد بن عيسى بن سورة ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، الجزء 1، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، د.ت .
- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث ، القاهرة مصر لسنة 1407هـ، 1986
- سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد - دار الفكر ، لبنان ، د.ت
- مالك بن أنس ، الموطأ - دار الحديث ، القاهرة ، لسنة 1425هـ ، 2004
- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة 1، بيروت لبنان لسنة 1415هـ، 1995

ثانياً / باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages Généraux :

- AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français t.4* , 6eme éd par *Bartin Paris* , edit.....,1952
- *Baudry , Lacantinnery et saignat –traité théorique et pratique de droit civil.des obligations ;t3,3é. paris 1908*
- *J. Huet : Les principaux contrats spéciaux- Traité de droit civil- sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ- 1996*
- *Marty (G) .et Raynaud (P); Droit civil ,t. 2,v.1 Les obligations, edit.....1962.*
- *PLANIOL, Ripert , Hamel (droit civil français) t.10.....,.....ed. , edit.....1956*

2- Ouvrages spéciaux

- *BEUDANT ,cours de droit- civil français (la vente et le louage) publie par Robert Beudant, paris,1908.*
- *BOUDRY et Saignât - traite théorique et pratique de droit civil, " la vente et de l'échange " 3éme éd.,T.1, 1908*
- *R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. 11, avec la collab. de J. Brethe de la Gressaye , Rousseau, 2e éd., 1938. ,. Dalloz, 1997.*

3-Périodiques et Jurisclasseur :

- *.André BILODEAU, La vente de la chose d'autrui ,les cahier du droit ,vol.1,N1,1954.*
- *Dalloz, 1997.*

الفهرس

المقدمة : 01

الفصل التمهيدي:

06 بين عقد البيع وبيع ملك الغير

07 المبحث الأول: مفهوم البيع وبيع ملك الغير

08 المطلب الأول: المفهوم القانوني والفقهي للبيع

09..... الفرع الأول : مفهوم البيع في القانون الوضعي

11.. ... الفرع الثاني : مفهوم البيع في الفقه الإسلامي

14. الفرع الثالث : مقارنة بين المفهومين القانوني والفقهي لعقد البيع

17 المطلب الثاني : تعريف بيع ملك الغير

17 الفرع الأول : المقصود بالغير وما يستند إليه اصطلاحا

18 الفرع الثاني : تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي

20 الفرع الثالث : التكيف الشرعي لبيع ملك الغير

22..... المطلب الثالث: المقارنة بين التعريف القانوني لبيع ملك الغير والتكيف الشرعي له

22 الفرع الأول : المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير و تعريف الفضولي

23 الفرع الثاني : المقارنة بين تعريف الفضالة في القانون و الفقه الإسلامي

28 المبحث الثاني: تحديد منطقة بيع ملك الغير

28..... المطلب الأول: شروط تحقق بيع ملك الغير

الفرع الأول : أن يكون التصرف بيعا 28..

الفرع الثاني : أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات 29.....

الفرع الثالث : أن لا يكون البائع مالكا..... 30.....

الفرع الرابع : أن لا توجد حماية قانونية للمشتري 31.....

المطلب الثاني: ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير . 37 .

الفرع الأول : التعهد عن الغير..... 37.....

الفرع الثاني: بيع الشيء المستقبلي..... 37.....

الفرع الثالث: الوعد بالبيع 38.....

الفرع الرابع : بيع شيء معين بالنوع 38.....

الفرع الخامس: تعليق البيع على شرط التملك 39

المطلب الثالث: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة المشابهة..... 41 .

الفرع الأول: مدى التزام بائع ملك الغير بضمان التعرض والاستحقاق 41.....

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك شيوعا 44.....

الفصل الأول:

طبيعة جزاء بيع ملك الغير 52.....

المبحث الأول: التأصيل القانوني لبطلان بيع ملك الغير 53

المطلب الأول: النظريات التقليدية وبطلان بيع ملك الغير 54.....

الفرع الأول: نظرية الفسخ 54.....

الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق 57.....

الفرع الثالث: نظرية تحول العقد 60.....

62.....	الفرع الرابع: نظرية البطلان النسبي
66	الفرع الخامس: نظرية العقد الموقوف
68.....	المطلب الثاني: نظرية البطلان الخاص
68.	الفرع الأولى: عرض الآراء الفقهية.....
72..	الفرع الثاني : الرأي الراجح
74.....	المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لجزاء بيع ملك الغير
74	المطلب الأول: الرأي القائل بالبطلان
74..	الفرع الأول: عرض الرأي
77..	الفرع الثاني: تقييم الحجج
79..	المطلب الثاني: الرأي القائل بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك.....
79..	الفرع الأول: عرض الرأي
82..	الفرع الثاني: تقييم الحجج
83..	الفرع الثالث : الرأي الراجح.....
85.....	المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تأصيل طبيعة جزاء بيع ملك الغير
85..	الفرع الأول: الإطار القانوني للعقد القابل للإبطال
86.....	الفرع الثاني: الإطار القانوني للعقد الموقوف

الفصل الثاني:

- 89 آثار بيع ملك الغير
- 90.....المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير في العلاقة بين البائع والمشتري
- 91.....المطلب الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال
- 91..... الفرع الأول: تقرير إبطال البيع لمصلحة المشتري وحده
- 93..... الفرع الثاني: حق البائع في طلب الإبطال استنادا إلى قواعد الغلط
- 96..... الفرع الثالث: بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ
- 98.....المطلب الثاني: حق المشتري في التعويض
- 98..... الفرع الأول : متى يستحق المشتري التعويض في كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
- 103..... الفرع الثاني: أساس التعويض المستحق للمشتري
- 107.....المطلب الثالث: أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد
- 108 الفرع الأول: تقادم دعوى إبطال البيع
- 110..... الفرع الثاني: إجازة المشتري للبيع
- 112 الفرع الثالث: تملك المشتري للمبيع
- 118..... الفرع الرابع : تملك البائع للمبيع بعد انعقاد البيع
- 122المبحث الثاني: آثار بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي
- 122المطلب الأول: الإجازة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية والفرق بينهما وبين الإقرار

123	الفرع الأول: مفهوم الإجازة و شروطها في القانون الوضعي
124..	الفرع الثاني: مفهوم الإجازة و شروطها في الفقه الإسلامي
131..	الفرع الثالث: المقارنة بين المفهومين القانوني و الفقهي للإجازة
133	الفرع الرابع: الفرق بين الإجازة والإقرار في القانون
135	المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي قبل الإقرار
136..	الفرع الأول: علاقة المالك بالمشتري
137..	الفرع الثاني: علاقة المالك بالبائع
139..	المطلب الثالث: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بعد الإقرار
140	الفرع الأول: سريان البيع في حق المالك
142	الفرع الثاني: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال
143	الفرع الثالث: قيام علاقة بين المالك و المشتري
148.....	الخاتمة:
151..	الملاحق:
152	قائمة المراجع :

الملخص :

يتمحور موضوع بحثنا هذا حول بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، نتناول فيه تحديد مفهومه وطبيعته والقواعد المنظمة لأحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين والغير إذ أن ذلك يحدث كثيرا في الواقع العملي للناس ، ومن ثم نحاول تقديم حلول لكثير من الوقائع المتكررة في الحياة الواقعية مع بيان موقف الفقہ الإسلامي من هذا البيع .

الكلمات المفتاحية

البيع، عقد، ملك، الغير، المالك الحقيقي ، البائع ،المشتري .

Résumé :

Cette recherche se préoccupe de considérer les différentes dispositions du contrat de vente du bien d'autrui entre le droit positif et la doctrine islamique, en particulier en ce qui concerne sa définition, sa nature juridique et les règles qui régissent cette vente envers les cocontractant et les tiers, en sachant que ce cas de figure se répète régulièrement dans notre société moderne, et c'est dans cette intention que nous efforçons de trouver des solutions pour cette vente en démontrant l'opinion de la doctrine islamique envers cette vente.

Mots clés : vente, contrat, propriété, tiers, Le véritable propriétaire, vendeur, acheteur

Abstract :

This research is concerned to consider the various provisions of the contract of sale of the property of others between the positive law and the Islamic doctrine, especially as regards its definition, its legal nature and the rules that govern this sale to the counterparty and the third, knowing the case of figure is repeated regularly in our modern society, and it is in this intention that we are trying to find solutions for this sale by demonstrating the opinion of the Islamic doctrine to this sale.

Key words: Sale, contract, property, third parties, the real owner, Seller, Buyer

شكر و عرفان

حينما تينع بجزيل فضله ثمار كل عمل، و يكتمل بوافر عطائه في
النفس كل أمل، تنعني النفوس انحاء بصدق، و تحار القراطيس
من عظيم قدره، و تعجز عن شكره الأقلام، فالشكر كل الشكر
مزيئا بترانيم العرفان والإجلال و التقدير للأستاذ الدكتور رايس
محمد علي توجيهاته، و تسديده للخطى رغم كثرة عثراتي، فما زلت
أجده عوناً وسنداً، وأنا الذي لاغنى لي عن عطائه ما تعاقبت في
الصدور أنفاس و أطال الله في عمره وسدد خطاه وزاد في رفع
قدره.

و الشكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكبدوا عناء
قراءة هذا البحث و شرفوني بمناقشته .

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب لي الليل إلا بشكرك ولا يطيب لي النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب لي

اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب لي الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب لي الجنة

إلا برويتك الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة

ونور العالمين..

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من كلله الله بالصيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون

انتظار .. إلى من أحمل اسمه بكل اقتدار .. أرجو من الله أن يمد في

عمرك لتري ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك

نجوم أهدني بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد..

والدي العزيز: بن عبد الله رحمان

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معني الحب وإلى معني العنان والتفاني

.. إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دماؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى

الحبايب

أمي الحبيبة

وإلى كل أفراد العائلة و الأحبايب و الأصحاب

Liste des abréviations

قائمة أهم المختصرات

ثانيا : باللغة الفرنسية

- 1 – Al : Alinéa
- 2 – Art : Article
- 4- Bull.civ : Bulletin civil
- 3 – C.A : cour d'appel
- 4 – Cass. : Cassation
- 5 – Civ : Civile
- 6 – éd : édition
- 7 – Gaz. Pal : Gazette du palais
- 8 – J.C.P : Juris classeur périodique
- 9 – L : Loi
- 10 – Op.cit. : Ouvrage précité
- 11 – P : page
- 12 – T : Tome
- 13 – Fr : Français
- 14 – N° : Numéro
- 15- Cf : confères

أولا : باللغة العربية

- 1 – ج : جزء
- 2 – ج.ج.ج : الجريدة الرسمية الجزائرية
- 3 – ج.ر.م : الجريدة الرسمية المصرية
- 4 – ص : صفحة
- 5 – ط : طبعة
- 6 – ع : عدد
- 7 – د.د.ن : دون دار النشر
- 8 – د.ت : دون تاريخ
- 9 – د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.
- 10 – م : مجلد
- 11 – = : معناه تابع في الصفحة الموالية
- 12 – د : دكتور
- 13 – هـ : هجرية
- 14 – د.ط : دون الطبعة
- 15- س : السنة
- 16- د . ب.ن : دون ذكر بلد النشر
- 17- ق : قضائية