

جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

بيع ملك الغير في القانون المدني

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الشامل

إشراف الأستاذة:

إسعد فاطمة

إعداد الطالبتين:

- مباركي نجمة

- بودريقة جميلة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة كريم غانية.....رئيسا.

الأستاذة إسعد فاطمة.....مشرفا ومقررا.

الأستاذة دحاس صونية.....ممتحنا.

السنة الجامعية : 2012 - 2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" رَبِّنا افْتَحْ بَيْننا وَبَيْن قَوْمنا

بِالحق وَأَنْتَ خَيْرُ الْفَتْاحِينَ "

— صدق الله العظيم —

شكر وتقدير

خير ما نبدأ به هو " الحمد لله ربي العالمين تبارك وتعالى له الكمال وحده لا شريك له والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه ورسوله الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين " .

اعترافاً بالفضل لأهل الأفضل ومن منطلق من لم يشكر الناس لم يشكر الله، فإننا نتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذتنا أسعد فاطمة التي غمرتنا بعلمها ولطفها وكرمها فكان لها الفضل الكبير في الإشراف على مذكرتنا، بما قدمته لنا من نصح وتوجيهات، كما نشكر كل من مدّ لنا يد العون لإنجاز هذه المذكرة.

إهداء

يقول المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم " من أسدى إليكم معروفا فكافؤوه فإن لم تجدوا ما تكافؤوه به فقولوا له جزاك الله خيرا " .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أحمل اسمه بكل افتخار وعمل بكد وسبيل وعلمي معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه بدعمه ماديا ومعنويا إلى أبي العزيز أدام الله في عمره .

إلى من غمرتني بحبها وحنانها ودفعت سعادتني عربانا لسعادتني إليك أُمي .

إلى إخوتي وأخواتي وإلى كل العائلة والأقارب خاصة ابنا أختي الصغيرين ريان وعبدو، وإلى أعلى إنسان على قلبي وإلى عائلة بن خضرة كبيرها وصغيرها وإلى كل صديقاتي .

بودريقة جميلة

" وقل ربي زدني علما "

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من قرن الله سبحانه عبادته وطاعته بالإحسان إليهما وبرهما إلى من ربياني على حب العلم والفضيلة وأسمى القيم إلى أعلى وأحلى كلمتين على لساني أُمي وأبي أطال الله في عمرهما فهما تحملا الصعاب وآلام الانتظار لمثل هذا اليوم .

إلى أختي وإخوتي وإلى كل الأصدقاء الذين يشاركنني الفرح والحزن وإلى كل الأهل والأقارب وإلى كل من يعرفني ويتمنى لي النجاح .

مباركي نجمة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج: جزء.

ج ج : الجمهورية الجزائرية.

ج ر: الجريدة الرسمية.

ج م: الجمهورية المصرية.

د ب ن: دون بلد النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د د ن: دون دار النشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق ع: قانون العقوبات.

ق م ج: قانون مدني جزائري.

ق م م : قانون مدني مصري.

ثانياً: باللغة الفرنسية

مقدمة

يعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعا في المعاملات المالية، ولا يكاد يمر يوم إلا ويعقد الشخص أكثر من عقد بيع أو شراء لمأكله أو ملبسه أو علاجه، ومن أجل ذلك نعت بأنه قوام الحياة المدنية والتجارية، وذلك يرجع إلى أنه أداة يستطيع من خلالها الأشخاص أن يحصلوا على ما يحتاجونه من سلع ومنتجات، فضلا عن أنه يمثل في ذات الوقت وسيلة هامة تمكن الفرد من التصرف فيما لا يحتاج إليه، وتمكنه من زيادة ثروته إذا احترف عملية البيع والشراء، ومن ثمة كان البيع هو الوسيلة العادية للمبادلة في الجماعات المتحضرة سواء فيما بينها أو في داخل كل منها.

ونظرا لانتشاره وشيوعه في التعامل فقد حظي تنظيمه في التقنيات الحديثة بنصوص عديدة ومن بينها القانون الجزائري الذي عرفه بموجب المادة 351 منه⁽¹⁾ بنصه "البيع يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هدف القانون حماية المالك حماية شاملة لمنع الغير من الاعتداء على ملكه، حيث أن مالك الشيء وحده له حق التصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحيانا أن يصدر التصرف من غير مالك الشيء فلا بد قد يبيع ملك ولده باعتباره أصيلا عن نفسه لا نائبا، والزوج قد يبيع ملك زوجته باعتباره أصيلا لا نائبا وكثيرا ما يبيع الحاضرين أموال الغائبين فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير وما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

بيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية بل والقانونية مع القول الفقهي "فاقد الشيء لا يعطيه"، وتبدو المشكلة أعظم إذا ما علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري المطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية⁽²⁾.

والمبررات التي جعلتنا نختار هذا الموضوع تتمثل فيما يلي:

1- تكمن أهمية هذه الدراسة فيما يترتب على بيع ملك الغير من آثار قانونية تنعكس في نطاق الحياة العملية للمجتمع .

(1) المادة 351 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي؛ أطروحة دكتوراه كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص.1.

2- ضرورة توعية المجتمع الجزائري بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يثرى أشخاص على حساب أشخاص آخرين بدون وجه حق، وهذا من شأنه أن يحافظ على الكسب المشروع.

3- غموض النصوص القانونية الخاصة أو المتعلقة ببيع ملك الغير وهذا راجع لكون التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري الذي استمد أحكامه من نصوص القانون الفرنسي، إذ لم يتم الاقتباس منه مباشرة، بل غيروا من نصوصه لإضفاء الصفة الذاتية عليه، إلا أن هذا الاجتهاد لم يف بالغرض لكون النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير يشوبها الغموض ذلك أن المشرع الفرنسي قضى ببطلان بيع ملك الغير دون أي تفصيل في أحكامه.

4- كون هذا الموضوع منتشر انتشارا كبيرا مع جهل الأشخاص بأحكامه والقوانين الخاصة به، فهناك أشخاص يبيع غيرهم أملاكهم ولكنهم لا يعرفون أنه من حقهم اللجوء إلى القضاء لاسترداد ملكهم.

كما أنه وبالرغم من شيوع التعامل في ملكية الغير من الناحية العملية، إلا أنه واجهتنا من خلال بحثنا ندرة في الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، وقد أرجعه القضاة إلى كون القاضي ملزم بطلبات الخصوم ولا يمكنه إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسه، وإلى أنه عادة ما تطرح هذه النزاعات في أشكال أخرى.

وفي الأخير نجد أن المشرع قنن نظام بيع ملك الغير في ثلاث مواد تحت عنوان "البيع الخاصة" غير أنها كانت غامضة ولم تبين أحكامه بدقة، وجعل منه نظام مستهجن لا يكمن إرجاعه إلى القواعد العامة، وهذا ما قد يؤثر سلبا على طريقة تطبيق القاضي لهذه الأحكام، كما أنه قد يطرح هذا الموضوع بشكل أوسع مستقبلا في ظل التطورات التكنولوجية والاقتصادية لاسيما في ظل التعاقد بالإنترنت والذي قد تختلط فيه ملكية المبيع، كون هذا الأخير لن يكون شيئا ملموسا، وتبعاً لذلك لا بد من ضبط هذا النظام وتوضيحه بدقة، حتى نصل إلى التطبيق الأمثل لأحكامه.

واعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المنصب على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، وعلى المنهج المقارن الذي ساعدنا على إبراز الاختلاف الموجود بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي في بيع ملك الغير، وعلى المنهج النقدي الذي انتهجناه عند نقدنا للنظريات الخاصة بتأصيل أحكام بيع ملك الغير.

ومن كل ما سبق أثار هذا الموضوع فضولنا لذا سنحاول بقدر المستطاع إجلاء بعض الغموض الذي يكتنفه، وهذا لن يتحقق إلا بالإجابة على الإشكالية التي تتمحور حول:

ما هو التنظيم القانوني لبيع ملك الغير في القانون المدني؟.

والإجابة على هذه الإشكالية يقتضي التعرض في مرحلة أولى إلى ماهية بيع ملك الغير (الفصل الأول)، والبحث في مرحلة ثانية عن أحكام بيع ملك الغير (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية بيع ملك الغير

نظرا لاعتبار بيع ملك الغير صورة من صور عقد البيع، فإنه يفترض نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه ذلك أن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، وبما أن بيع ملك الغير نظم ضمن البيوع الخاصة، فهذا يعني أن له نظام خاص به، لذا رأينا أنه من الضروري توضيح هذا النظام -بيع ملك الغير- لنرى ما إذا كان نقل الملكية حكما لعقد البيع أم مجرد أثر يترتب عليه، وهذا لن يتسنى إلا بتعريفه وتحديد شروطه في مبحث أول، ثم نتطرق إلى تمييزه عن غيره من الأنظمة المدنية المشابهة له، لاسيما الأنظمة التي تختلط فيها ملكية الشيء أو يكتنفها بعض الغموض، كذا تمييزه عن بعض الأنظمة الجزائية التي قد يختلط بها في مبحث ثاني.

المبحث الأول

مفهوم بيع ملك الغير

بما أن بيع ملك الغير من البيوع الخاصة، فيشوبه نوع من الغموض مما يستوجب علينا الإلمام به، ومحاولة توضيحه توضيحا دقيقا لاستجلاء الغموض الذي يكتنفه، وذلك من خلال تعريفه وتحديد شروطه.

وتبعا لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف بيع ملك الغير وفي المطلب الثاني شروطه.

المطلب الأول

تعريف بيع ملك الغير

بما أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية، فإن هذا ما أدى إلى تناوله وتنظيمه في كل التقنينات الحديثة، وكذا تعريفه من قبل كل الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون، ومن أجل الإحاطة بكلا التعريفين سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الأول تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني تعرف بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وفي الفرع الثالث نقارن بين التعريفين القانوني والفقهية.

الفرع الأول

تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

تناولت الشريعة الإسلامية بيع ملك الغير تحت عنوان الفضالة. والفضولي في اللغة من الفضل وهو الزيادة و جمعه فضول، وقد غلب استعماله على من لا خير فيه، ومن ثمة أطلق الفضولي على من يشتغل بما لا يعنيه⁽¹⁾، إذن بائع ملك غيره يعد فضولياً⁽²⁾.

أمّا اصطلاحاً فقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الفضولي بأنه: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي" وعرّف الفقهاء المحدثون الفضولي بأنه "من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع" ⁽³⁾ أو هو "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة"⁽⁴⁾.

نتوصل من خلال تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنّ الفضولي هو كل شخص يتصرف في حق غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه، كمن يبيع ملك غيره دون تفويض من المالك.

الفرع الثاني

تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي

لم تعرف القوانين الوضعية بيع ملك الغير تاركة الأمر لاجتهاد الفقهاء، إلا أنها تطرقت إلى تنظيم أحكامه في مواد عديدة، وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج ⁽⁵⁾ التي تنص على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب الإبطال ويكون الأمر كذلك ولو وقع

(1) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، د س ن، ص 116.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005، ص 16.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 19.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، ط 1؛ مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1953-1954 ص 129.

(5) المادة 397 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

البيع على عقار أعلن أم لم يعلن بيعه". وتقابلها المادة 466 من ق م م (1) بنصها " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع...." نجد أنها تضمّنت عناصر بيع ملك الغير والتي استند عليها الفقه الوضعي عند تعريفه لبيع ملك الغير فعرفوا بيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه.

يتضح من التعريف السابق أنه يركّز على عنصرين أساسيين هما الشيء المعين بالذات وعدم ملكية البائع له، علماً أنّ بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا اعتبر باطلاً من الأصل.

أمّا التقنين المدني الفرنسي، فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير وإنما اكتفى بالقول أنّ بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطى للمشتري الرجوع بالتعويض في حالة ما إذا كان يجهل عدم ملكية البائع للشيء المبيع (2).

نستنتج من خلال ما سبق أنه يمكن تعريف بيع ملك الغير أنه ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات، دون أن يكون موقوفاً أو مؤجلاً (3).

الفرع الثالث

المقارنة بين التعريفين القانوني والفقه

بما أنّ تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي يختلف عن تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي، فإنّ الأمر يستدعي المقارنة بين التعريفين، وبما أنّ القانون الوضعي عرف نظام الفضالة فإنّه لكي نتّمكن من حصر هاذين النظامين لابدّ من التعرّض أولاً للفرق الموجود بين بيع ملك الغير وبيع الفضولي، ثم نتّعرض ثانياً إلى الفرق الموجود بين الفضالة في الفقه والفضالة في القانون الوضعي وذلك لاختلاف أحكامهما.

(1) المادة 466 من القانون المصري رقم 131، يتضمن القانون المدني، ج ر ج م عدد 28 مكرر، الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.46.

(3) محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرع عقد البيع في القانون المدني، ط1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص.533.

أولاً: المقارنة بين مفهوم بيع الغير وبين مفهوم بيع الفضولي

إنّ التعريف الذي أتى به فقهاء القانون حول بيع ملك الغير، وبعد التدقيق فيه نجد أنّه حتّى ولو كانت هناك نيابة قانونية وقام شخص ببيع شيء مملوك للغير فإنّ هذا يعد بيعاً لملك الغير، وهذا بالطبع يخالف أبسط قواعد القانون⁽¹⁾.

بينما لو ذهبنا إلى تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي لاعتبرنا البيع الصادر من غير المالك بموجب نيابة قانونية، قضائية أو اتفاقية بيعاً صحيحاً، إذ حتّى يعد التصرف فضولياً حسب الفقه الإسلامي لا بدّ أن يكون صادراً من غير إذن صاحبه، وهذا ما يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع⁽²⁾.

وفي حقيقة الأمر فإنّه في الواقع العملي نفس القول يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أنّه حتّى في ظل المفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، لهذا ذهب جانب من الفقه إلى تعريف بيع ملك الغير على أنّه "هو أن يبيع الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلاً عن المالك أو ولياً عنه"⁽³⁾.

وفي الأخير نتوصل إلى أنّ الشريعة الإسلامية كان تحديدها لمفهوم بيع الفضولي أشمل وأدق من مفهوم بيع ملك الغير عند فقهاء القانون.

ثانياً: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون وبين مفهوم الفضالة في الفقه

نظم الفقه الإسلامي بيع ملك الغير تحت عنوان بيع الفضولي، أمّا في القانون الوضعي نجد أنّ المشرع قد نظم بيع ملك الغير ضمن أحكام عقد البيع، ونظّم الفضالة في فصل آخر مستقل عن بيع ملك الغير.

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.19.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع نفسه، ص.19.

(3) عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن ص.262.

ف نجد الفضالة في القانون الوضعي هي " أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك " (1).

من خلال هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط (2) :

1- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.

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

3- أن لا يكون الفضولي ملزما بالقيام بهذا العمل.

أما في الفقه الإسلامي فالفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذونا منه ودون أن يشترط في هذا العمل أن يكون ضروري أو عاجلا، أي أنّ الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضروري أو غير ضروري⁽³⁾، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من مفهوم الفضالة في القانون الوضعي، فكل تدخّل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة بغض النظر عن مدعاة هذا التدخّل. على حين أنّ القوانين الوضعية قصرت حكم الفضالة على التدخّل العاجل من قبل الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، وأعطت حكما آخر للتصرف في ملك الغير.

لهذا كله يرى البعض بأن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الفضالة⁽⁴⁾:

النوع الأول: النظام الفقهي للفضالة: ويقابله في القانون "التصرف في ملك الغير" وفي هذا النظام لا يشترط أن يكون تدخل الغير ضروريا أو نافعا.

النوع الثاني: النظام القانوني للفضالة: وهو ما نصت عليه القوانين الوضعية، وفيه يقوم الفضولي بعمل عاجل لصاحب العمل دون أن يكون ملزما بذلك.

(1) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، د د ن، د ب ن، 2003، ص.378.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص.264-265.

(3) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9 (البيع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن ص.110.

(4) محمد جبر الألفي، "الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط"، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس 1980، ص.51-52.

بالعودة إلى بعض القوانين الوضعية، نجد أنّ القانون المدني العراقي والإيراني يعملان بالمنهج الذي اختطه الفقهاء المسلمون، أمّا القانون الفرنسي والجزائري فقد انتهجوا منهج الفصل بين الفضالة التقليدية والفضالة القانونية، وبالنسبة لهم بيع ملك الغير مستقل عن الفضالة في القانون⁽¹⁾.

المطلب الثاني

شروط بيع ملك الغير

تنص المادة 397 من ق م ج على أنّه: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أولم يعلن بيعه".

يتضح من النص السابق أنّه لنكون أمام بيع ملك الغير يشترط توافر ثلاثة شروط هي:

أولاً: أن نكون بصدد عقد بيع

ثانياً: أن يكون الشيء المبيع معين بالذات

ثالثاً: عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع

الفرع الأول

أن نكون بصدد عقد بيع

عقد البيع من العقود التي لا يمكن الاستغناء عنها، لذلك فهو من أهمّ العقود وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، ولهذا السبب اهتمّ الفقه والقانون بتنظيم أحكامه، بحيث أنّ عقد البيع يخضع للمبادئ العامة، فلكي ينعقد لأبّد من توافر أركانه من تراضي ومحل وسبب.

وبناء عليه حتّى نكون بصدد عقد بيع لأبّد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد، وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً، فعقد البيع ينصب هدفه على نقل الملكية من البائع

(1) محمد جبر الأفقي، المرجع السابق، ص.52.

إلى المشتري، أي بمجرد تطابق الايرادتين الإيجاب والقبول ينعقد العقد وتنتقل الملكية مباشرة إلى المشتري⁽¹⁾.

ومن ثمة فإن كل عقد أو اتفاق من شأنه أن لا ينقل الملكية، يخرجنا من نطاق عقد البيع إلى نطاق عقد آخر، كما لو كان العقد مجرد وعد بالبيع، كأن يتعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء المبيع محل العقد ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية إلى الطرف الآخر⁽²⁾.

الفرع الثاني

أن يكون الشيء المبيع معين بالذات

يقتضي بيع ملك الغير أن نكون أمام عقد بيع، وهذا يعني نقل الملكية في الحال وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات⁽³⁾. وبالتالي فإذا لم يكن البائع مالكا للشيء المبيع وقت إبرام عقد البيع نكون بصدد بيع ملك الغير، أما إذا ورد عقد البيع على شيء معين بالنوع كالمثلثات فلا يعتبر هذا البيع صادرا من غير المالك، وذلك لأن ملكية الأشياء المعينة بالنوع لا تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد وإنما من وقت إفرادها⁽⁴⁾.

والمثلثات هي الأشياء التي يوجد لها مثل من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة والقمح⁽⁵⁾.

ومن ثمة فالمثلثات وهي معينة بنوعها لا يمكن اعتبارها مملوكة للغير، حتى ولو كان البائع لا يملك أي قدر من المبيع، فإن هذا البيع لا يعد بيعا لملك الغير، ذلك أنه ليس شرطا أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع عند إبرام عقد البيع، وهذا عكس الأشياء المعينة بالذات التي يتميز كل منها عن

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.23.

(2) رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط3؛ مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997-1998 ص.12.

(3) أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1؛ المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص.269.

(4) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، ط1؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص.159.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4 المجلد الأول، دار النهضة العربية، د ب ن، 1960، ص.272.

غيره بصفات خاصة معينة تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء كالعقارات، وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره، كسيارة معينة بنوعها وموديلها وعلامة مصنعها ورقم صنعها⁽¹⁾.

نخلص إلى أنّ بيع ملك الغير لا يشترط فيه أن يكون المبيع موجودا فقط، بل يجب أن يكون معين بالذات، ومن ثمة فإذا انصب بيع ملك الغير على شيء معين بالنوع فالبيع يعتبر صحيحا وبالتالي لا مجال لإثارة بيع ملك الغير.

الفرع الثالث

عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع

عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع يعتبر من أكثر الشروط التي تجعلنا بصدد بيع ملك الغير، وهذا ما جاءت به المادة 397 من ق م ج التي جاء نصها كالتالي: " إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه.....".

فحسب هذا النص يشترط أن يكون البائع غير مالك للشيء المبيع، لأنّه بطبيعة الحال إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإنّ العقد يكون صحيحا، ولا تثار مسألة بيع ملك الغير، فإذا تصرف الزوج في بعض أموال زوجته بوكالة صحيحة منها، لم تكن بصدد بيع ملك الغير، والوصي الذي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنّه ملكه يعتبر بيعا لملك الغير، لأن البائع ليس له حق ما على المبيع ولم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف، وبالتالي يكون انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مستحيلا بمجرد انعقاد البيع⁽²⁾.

أمّا إذا باع شخص شيء معين بالذات مملوكا له تحت شرط لم يكن بائع لملك غيره، بل بائعا لملك نفسه. وهذا الشرط إمّا أن يكون واقف أو فاسخ، فالملكية إذا كانت معلقة على شرط واقف وتحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري باتة. وكذلك الشرط الفاسخ إذا لم يتحقق تزول الملكية، وفي كلتا الحالتين تنتقل الملكية إلى المشتري، فيكون هذا الأخير مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو فاسخ⁽³⁾.

(1) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.13.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996، ص.209.

(3) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.14.

أمّا إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ أصبح المشتري غير مالك، وله أن يطلب فسخ العقد لإخلال البائع بالتزامه، وليس له أن يطلب إبطال العقد على أساس أنه بيع لملك الغير، لأنّ البائع لم يقرر ملكيته الباتة للمبيع عند التعاقد⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإنّ القواعد العامة تقتضي إلى جانب عدم ملكية البائع للشيء المبيع، عدم ملكية المشتري أيضا له، إذ أنّه لو كان المبيع مملوكا للمشتري وتقدم على شرائه جهلا منه بملكيته له فإنّ البيع لا ينعقد أصلا لاستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع استحالة مطلقة، ألا وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع فعلا⁽²⁾.

إذا نتوصل إلى أنّه في حالة ما إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإنّنا نكون أمام عقد صحيح أمّا في حالة ما إذا كان المشتري مالكا للشيء المبيع فإنّه نكون أمام عقد باطل لتخلف المحل، وعدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع يضعنا أمام بيع ملك الغير.

مما سبق يتراءى لنا أنّه متى توافرت الشروط الثلاثة السابقة كان البيع بيعا لملك الغير، ويستوي في ذلك علم البائع أو عدم علمه بملكيته للشيء المبيع، وأي حالة لا تنطبق عليها هذه الشروط تخرج من دائرة بيع ملك الغير، وتدخل في تكييف آخر وهو محل دراستنا في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

تمييز بيع ملك الغير عن غيره

بعد أن عرّفنا بيع ملك الغير وحددنا شروطه، توصلنا إلى أنّه يتشابه كثيرا مع بعض الأنظمة المدنية والجزائية، ولتفادي الخلط واللبس القائم بينه وبين هذه الأنظمة، سنقوم بتمييز بيع ملك الغير عن بعض الأنظمة المدنية في المطلب الأول، ثم نعقبه بعد ذلك في المطلب الثاني بتمييزه عن بعض الأنظمة الجزائية.

(1) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، بيروت، دار النهضة العربية، د ب ن 1987 ص.386.

(2) توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، دار الجامعية، مصر، 1988، ص.121.

المطلب الأول

تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة المدنية

هناك الكثير من الأنظمة المدنية التي قد تتشابه مع بيع ملك الغير، والتي قد تكون لها علاقة وطيدة به ويمكن اعتبار المال المملوك على الشيوع، بيع الوارث الظاهر، التّعهد عن الغير، وضمان التّعرض والاستحقاق أهم أنظمة تختلط ببيع ملك الغير، لذا سنتناولها في أربعة فروع تباعا.

الفرع الأول

تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال الشائع

نظرا لكون الملكية الشائعة كثيرة الوقوع والتعقيد، ونظرا لأن علاقتها جدّ وطيدة ببيع ملك الغير رأينا أنه من الضروري توضيح صور تصرف الشريك في حصته الشائعة، ثم توضيح صورة تصرفه في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك لإبراز الاختلاف الذي يدور بين الملكية الشائعة وبيع ملك الغير.

وقبل أن نقوم بتمييز بيع ملك الغير عن بيع المال الشائع، سنّعرض أولا إلى تعريف الملكية الشائعة ثم إلى الأحكام التي تحكمها في حالة تصرف أحد الشركاء في المال الشائع، بحيث تنص المادة 713 من ق م ج (1) على أنه " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك ".

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المال الشائع هو مال مملوك لأكثر من شخصين، وذلك دون تحديد نصيب كل منهم تحديدا ماديا.

وبما أنّ تصرف الشريك في المال الشائع تناوله كل من القانون المدني والفقه الإسلامي فإننا سنبين موقف كل منهما فيما يخص هذه المسألة:

(1) المادة 713 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

فالقانون المدني يرى أن المالك على الشيوع حينما يتصرف في حصته الشائعة، إنّما يتصرف في خالص حقه، لكن دون المساس بحقوق الشركاء الآخرين⁽¹⁾. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04 ماي 1994⁽²⁾.

وبما أنّ المال الشائع يرد على المنقول كما يرد على العقار، فإنّه في حالة حدوث ضرر للشركاء الآخرين من وراء بيع الشريك للمال الشائع، ففي حالة ما إذا كان المبيع الذي تصرف فيه الشريك عقار فإنّه للشركاء الآخرين الرجوع عليه باستخدام حق الشفعة، أمّا إذا كان الشيء المبيع منقولاً فلهم حق الاسترداد ذلك أنّ حق الشفعة لا يرد إلا على العقارات⁽³⁾.

أمّا فقهاء الشريعة الإسلامية فقد انفقوا على جواز بيع الحصة الشائعة، سواء كان البيع للشريك أو لأجنبي، وسواء كان المشاع قابلاً للقسمة أولاً، عقار أو منقول وسواء كان البيع بإذن الشريك أو بدون إذنه⁽⁴⁾.

والدليل على ذلك قوله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا" ⁽⁵⁾ وقوله تعالى "وقد فصل لكم ما حرم عليكم"⁽⁶⁾.

إذن بيع الحصة الشائعة من عقار أو منقول جائز في الفقه الإسلامي، سواء كان البيع للشريك أو لأجنبي لأنه لا ضرر على الشريك في بيع الحصة الشائعة لأجنبي، أمّا إذا تسبب بضرر لباقي الشركاء فيمكن استعمال حق الشفعة وذلك سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً⁽⁷⁾.

ومما سبق نتوصل إلى أنّ كلّ من الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على جواز بيع الحصة الشائعة من عقار ومنقول لعدم الضرر في ذلك، كما أنّهما يتفقان أيضاً على جواز البيع لأجنبي

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.223.

(2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 110039 مؤرخ في 1994/05/04، (قضية د أ ضد فريق د)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994.

(3) جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص. ص. 46-47.

(4) جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص. ص. 41-42.

(5) سورة البقرة الآية (275)

(6) سورة النساء الآية (119)

(7) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. ص. 44-45.

لكنهما يختلفان في أنّ المشرع في القانون المدني أجاز لبقية الشركاء حق استرداد الحصة المبيعة إذا كان المبيع منقولاً، واستعمال حق الشفعة إذا كان المبيع عقاراً، بينما فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا لبقية الشركاء استرداد الحصة المبيعة باستعمال وسيلة واحدة وهو حق الشفعة، وذلك سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً .

إنّ دراسة المال الشائع يستدعي منّا التوقف لإبراز نقاط الاختلاف والتشابه بينه وبين بيع ملك الغير، ويكون ذلك بدراسة حالتين هما تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وتصرف الشريك في كل المال الشائع على التوالي :

أولاً: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

إنّ موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع يختلف قبل قسمة هذا المال عنه بعد القسمة، لهذا سنتعرض أولاً إلى موقفه من بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة ثم نتبعه ثانياً بموقفه بعد القسمة .

1- موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة :

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من ق م ج (1) على أنّه " 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 وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

إنّ هذا النص يعالج مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة دون أن يتطرق لحالة قبل القسمة، لهذا تعددت الآراء حول هذا النوع من البيوع على النحو التالي :

الرأي الأول: ذهب إلى القول بصحة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لأنّه تصرف فيما يملك أي فيما يعادل حصته، وتبعاً لذلك يكون بيعه صحيح غير نافذ في حق باقي الشركاء لأنّه يعتبر بيعاً

(1) المادة 714 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

لملك الغير فيما يخص حصص باقي الشركاء، ذلك أنّ حصصهم تتركز أيضا على الجزء الذي تصرف فيه الشريك⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير، كون أنّ الشريك باع جزء لا يملكه وحده بل يملكه مع باقي الشركاء، وبالتالي فإذا فرز حصته من هذه الحصة الشائعة وباعها فيكون قد باع ما لا يملك⁽²⁾.

الرأي الثالث: لا يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها، وبالتالي فإنّ هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح صادر من مالك⁽³⁾.

من هنا يتضح أنّ بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع ليس بيعا لملك الغير كما يعتقد البعض، لأنّ أساس طلب الإبطال المقرر للمشتري هو الغلط في صفة جوهرية وهو جهله بحالة الشيوع وليس على أساس صدور البيع من غير المالك، ذلك أنّ أحكام بيع ملك الغير تسوّي بين حالتي العلم والجهل بملكية البائع لما يبيعه، وتعطي للمشتري حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين⁽⁴⁾، عكس أحكام المادة 2/714 من ق م ج التي فرقّت بين حالة العلم و حالة الجهل.

فإذا كان المتصرف إليه (المشتري) يعلم بأنّ البائع لا يملك الحصة التي تصرف فيها ملكية مفرزة فإنّ البيع يعتبر صحيحا ومن ثمة لا يجوز للمشتري إبطال العقد⁽⁵⁾.

أمّا إذا كان المتصرف إليه يجهل وقت انعقاد البيع أنّ البائع لا يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإنّه في هذه الحالة يجوز للمشتري طلب إبطال العقد على أساس أحكام الغلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكا ملكية مفرزة للبائع⁽⁶⁾.

(1) سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص.465.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.34.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع نفسه، ص.34.

(4) سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط4؛ عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص.539.

(5) محمد رضا الخضيرى، تطبيق القانون في دعاوى المدنية، دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع، د ب ن، 1989 ص.225.

(6) أحمد خليل حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.224.

من كل ما سبق نتوصل إلى أن بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة صحيح في حدود هذا الجزء المفرز، بينما يعتبر بيعا لملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين على الشيوع في هذا الجزء المفرز.

2- موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة :

بموجب نص المادة 2/714 من ق م ج السابق ذكرها، فإذا باع الشريك جزء مفرز من المال الشائع فإنّ هذا الجزء بعد القسمة إمّا أن يقع في نصيب البائع أو لا يقع.

فإذا وقع الجزء المفرز بعد إجراء القسمة في نصيب البائع فإن المبيع في هذه الحالة يستقر نهائيا على الجزء المبيع، ومن ثمة نقول أنّ الحكم واحد في حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب البائع بعد القسمة سواء كان المشتري عالما أو جاهلا بحالة الشيوع . وبالتالي لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع في حالة جهله بالشيوع لأنّ الغرض من وراء إبرام عقد البيع بين الشريك المتصرف والمشتري (المتصرف إليه) قد تحقق وهو انتقال الملكية إليه⁽¹⁾.

وهذا الحكم يتماثل مع حكم آخر وهو عدم إمكانية تمسك المشتري بحقه بالإبطال في حالة ما إذا أقر باقي الشركاء ببيع الشريك للجزء الشائع، فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال بعد القسمة حتّى ولو كان يعتقد أنّ البائع مالك ملكية مفرزة⁽²⁾.

أمّا إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع بعد القسمة، فإنّ حق المشتري ينتقل حسب نص المادة 2/714 من ق م ج من وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة وفقا لنظرية الحلول العيني، وللمشتري في هذه الحالة حق طلب الإبطال إذا كان يعتقد أنّ البائع يملك ملكية مفرزة⁽³⁾.

أمّا الفقه الإسلامي فموقفه من بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع يختلف عن موقف القانون المدني، فالفقه الحنفي يرى أنّه لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع

(1) جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص.101.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.36.

(3) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.539.

ومن ثمة فإنه لو باع أحد الشركاء شيئاً معيناً من الدار الشائعة لأجنبي فإنه لا يجوز للشريك الآخر إبطال البيع⁽¹⁾.

ويرى الشافعية أنّ تصرف الشريك في حصته من المال الشائع جائز، وإذا وقع الجزء المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب شريكه الآخر لزمه دفع قيمته⁽²⁾.

أمّا الحنابلة فقد انقسموا إلى رأيين: فالرأي الأول يقول أنّه يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه كله من المال الشائع، أمّا الرأي الثاني قال أنّه لا يجوز له ذلك⁽³⁾.

والرأي الراجح من بين هذه الآراء هو رأي الحنفية لأن المتصرف ممنوع من التصرف بما يضر باقي الشركاء⁽⁴⁾.

أمّا بالنسبة لمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى، فهي لم تشر إلى هذا النوع من البيوع وكل ما ذهب إليه هو تصرف الشريك بالبيع أو الرهن في نصيبه كله من بيت معين، وهذا في حقيقة الأمر ليس إفراراً بقدر ما هو شيوعا، إذ أنّ الشريك يتصرف في نصيبه كله من شيء معين من عدة أشياء أخرى⁽⁵⁾.

وموقف الفقه الإسلامي هذا يختلف عن موقف القانون المدني الذي يجيز بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع وفق ضوابط معينة، ومنها حالة ما إذا وقع في نصيب البائع جزء آخر غير المتفق عليه، وبهذه الحالة يكون القانون قد أجاز انتقال حق المشتري إلى هذا الجزء، أمّا الشريعة الإسلامية فلا تقر بهذا الانتقال لأن انتقال حق المشتري إلى محل لم يرد عليه العقد لا تقره الشريعة الإسلامية إلا إذا كان ذلك بعقد جديد⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار، شرح تنوير الأبصار، ج4، ط2؛ دار الفكر، د ب ن، 1962 ص.302.

(2) مصطفى الحلبي، نهاية المحتاج، ج 3، الطبعة الأخيرة؛ د ب ن، 1967، ص.215.

(3) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص.172.

(4) جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص. ص.172-173.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. ص.37-38.

(6) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص.222.

ثانيا : تصرف الشريك في كل المال الشائع

بعد تعرضنا لمعالجة صورة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، سنتعرض فيما يأتي إلى صورة تصرف الشريك في كل المال الشائع وفيما إذا كان لهذا التصرف نفس حكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، لكن قبل ذلك لابد من دراسة حالة علم وجهل المشتري بأن المال مملوك على الشيوع.

الحالة الأولى: إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن المال مملوك على الشيوع، فإنه لا يجوز له أن يطلب الإبطال لأن إرادته اتجهت إلى إحداث هذا الأثر القانوني وهو على بصيرة من أمره. ذلك أنه قد اشترى وهو متوقع أن البائع قد يستطيع أن يستخلص كل المال لنفسه، وإلا فمن حق المشتري أن ينقص من الثمن مما يعادل ما وقع في نصيب البائع، ولكن ليس من حقه أن يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء⁽¹⁾.

الحالة الثانية : أما إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك كل المال وحده، فمن حقه طلب إبطال البيع قبل القسمة للغلط، أما بعد القسمة فإذا لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب إبطال البيع نظرا لتفريق الصفقة عليه، أما إذا وقع المال كله في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائيا، وبالتالي تحقيق ما أراد المشتري وبطبيعة الحال هنا لا يحق للمشتري طلب الإبطال طالما أن البائع استخلص المال كله لنفسه⁽²⁾.

إذن بيع الشريك كل المال الشائع بيع صحيح بين طرفيه، غير نافذ في حق باقي الشركاء، إذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق، ويكون لهم أيضا أن يقرروا هذا البيع ليصبح نافذا في حقهم جميعا⁽³⁾.

في الأخير نتوصل إلى أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع بينه وبين شريكه فإنه يكون قد باع بالإضافة إلى ملكه ملك غيره. لأن الشريك البائع يكون بائعا لملك غيره فقط في نصيب شريكه في

(1) محمد رضا الخضيرى، المرجع السابق، ص.227.

(2) محمد رضا الخضيرى، المرجع نفسه، ص.227.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.40.

الشيوع وهذا القول من شأنه أن يمنح الشريك الآخر باعتباره مضرا استرداد نصيبه في الشيوع من المشتري⁽¹⁾.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك كل المال الشائع، فإنه يفرق بين أمرين:

الأمر الأول يتمثل في علاقة البائع بباقي الشركاء، والأمر الثاني يختص بعلاقة البائع بالمشتري.

1- علاقة البائع بباقي الشركاء : البيع في هذه الحالة يكون صحيحا إذا تم بإذن باقي الشركاء، أما إذا كان هذا البيع قد تم بغير إذنه فإن الفقهاء يجعلون مثل هذا البيع صحيحا بمقدار حصة الشريك البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء، لأن كل من المالكين في نظر الفقهاء المسلمين له حكم لو انفرد فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه. أما إذا كان الشيء المشترك مما لا ينقسم كالدابة مثلا وتصرف الشريك في نصيبه فهذا يعني تسليم المال كله للمشتري، وحكم هذه المسألة كما جاء في حاشية الدسوقي "إن كان البيع قد تم دون إذن الشريك الآخر فإن البائع يضمن حصة شريكه إذا تلفت الدابة"⁽²⁾.

2- علاقة البائع بالمشتري : ففي حالة علم المشتري بملكية البائع للمال على الشيوع، فإنه لا يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال لأنه على بصيرة من أمره، أما إذا كان المشتري جاهلا بحالة الشيوع، أي يعتقد أن البائع يملك المال ملكية مفرزة، ففي هذه الحالة يكون المشتري أمام خيارين الإمساك أو الرد أما بالنسبة للبائع فلا خيار له لأنه باع ما يزيد عن نصيبه، وليس من حقه ذلك فهو قد رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه⁽³⁾.

يتضح لنا مما سبق أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في مسألة بيع الشريك كل المال الشائع في جعل مصير البيع في يد المشتري ليقرر فسخه أو إبطاله، ويتفقان من حيث المبدأ أيضا على عدم سريان هذا البيع في حق باقي الشركاء، إذ يكون لهم الحق في إبطاله حسب القانون ويكون البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء حسب الفقه الإسلامي.

ولكن لو نظرنا إلى أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في بيع الشريك كل المال الشائع لوجدنا أن الفقه الإسلامي يخص مسألة بيع الشريك كل المال الشائع بحكم خاص به، على عكس القانون المدني

(1) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.522.

(2) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص.208.

(3) جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص.209.

الذي ترك هذا البيع لاجتهادات الفقهاء التي تعددت وتضاربت بين اعتباره بيعا لملك الغير وبيعا صحيحا.

الفرع الثاني

تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر

يقصد ببيع الوارث الظاهر، أن شخصا يظهر بمظهر المالك يبيع شيئا معيناً بالذات لشخص آخر حسن النية، ويظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس بالمالك، وذلك كالوارث الأبعد في درجة الإرث إذا استولى على مال المتوفى لجهله وجهل الناس عموما بوجود من يحجبه في الإرث⁽¹⁾.

وذهب الفقه إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي حماية للمشتري حسن النية الذي يجهل عدم ملكية البائع للمبيع، واستقرار المعاملات بين الناس⁽²⁾.

والملاحظ أنه لا يوجد نص في القانون الوضعي يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما الفقه والقضاء الفرنسي عالج هذه المسألة وعمد إلى تأصيل حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامة هي "أن الغلط الشائع يولد الحق"⁽³⁾.

ومفادها أن من يتعامل بحسن نية مع شخص يظهر للناس بصفة معينة ويحمله الناس فعلا هذه الصفة، ثم يكتشف بعد ذلك عدم صحة هذه الصفة، فإنه يكون بحاجة إلى حماية القانون نظرا لحسن نيته وشيوع الغلط في حقيقة هذا المظهر الكاذب⁽⁴⁾.

وتتجسد هذه الحماية في أن بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا في حق الوارث الظاهر احتراما للأوضاع الظاهرة، وعملا على استقرار المعاملات، فيتملك المشتري المبيع ومن ثمة لا يحتاج إلى الحماية المقررة في أحكام بيع ملك الغير⁽⁵⁾.

(1) جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. ص. 118-119.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 274.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 30.

(4) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع نفسه، ص. 30.

(5) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 61-62.

وهذا خلافا للقضاء المصري الذي حسم الموضوع في بادئ الأمر لصالح بيع ملك الغير فاعتبرت محكمة النقض المصرية بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير استنادا إلى النص القانوني الذي يعالج بيع ملك الغير، وقررت بأنه لا يجوز مخالفة القانون بدعوى استقرار المعاملات، إذ أنّ القانون عندما يريد حماية الأوضاع الظاهرة يقرر لها نصوص استثنائية تعالجها⁽¹⁾.

إلا أنّ القضاء المصري قد تراجع عن رأيه هذا ليقدر في الحكم الصادر بتاريخ 1986/02/16 قاعدة عامة مقتضاها حماية الأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية وأهم ما جاء فيها : "حيث أنّه و إن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها، وأنّ صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها"⁽²⁾.

ومن خلال هذا الاجتهاد، نلاحظ أنّه يمكن الأخذ بقاعدة الأوضاع الظاهرة لحماية المتعاملين بحسن نية، مع أصحاب الأوضاع الظاهرة ويشترط في تطبيقها الشروط التالية⁽³⁾:

- 1- ظهور شخص بمظهر يخالف الوضع الحقيقي ولكن يعتقد هو نفسه أنّه وضع حقيقي، ويحملة الناس على ذلك.
- 2- أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه -سلبا أو إيجابا- في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه.
- 3- أن يتعامل معه الآخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، أي أنّه كان يجهل مخالفة هذا المظهر الحقيقي، ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول.
- 4- أن يكون هذا التعامل بعوض حقيقي لأنّه لو كان بغير عوض أو بعوض صوري فإنّ المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر لا يكون جديرا بحماية القانون.

لقد تمّ تكريس هذه القاعدة -الأوضاع الظاهرة - في الفقه والقضاء المصريين ولم يشر القانون ولا القضاء الجزائريين عن تطبيقاتها، إلاّ أنّه في حقيقة الأمر ولتشابه النظامين فيما يخص أحكام بيع ملك الغير، فيمكن الأخذ بهذه القاعدة في النظام الجزائري إذا ما توفرت شروط تطبيقها.

(1) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.18.

(2) نقض مدني، 29-3-1979م طعن رقم 401، مأخوذ من المرجع رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط3؛ مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997-1998، ص. ص.19-20.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - عقد البيع، دار الكتاب الحديث، د ب ن، 1990، ص.730.

الفرع الثالث

تمييز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير

التعهد عن الغير يتمثل في التزام شخصي بالقيام بعمل معين، وهو حصول المتعهد على رضا المالك ليبيع للمتعهد له الشيء الذي رغب في شرائه، كحال الشركاء الذين يتقدم إليهم شخص بقصد شراء عين من الأعيان المملوكة لهم على الشيوع، ولكن لكون أحد الشركاء غائب قبل الشركاء الآخرين التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بقبول البيع عند حضوره وذلك خوفا منهم من ضياع هذه الصفقة⁽¹⁾، إلا أنّ هذا التعهد يشترط فيه ثلاث شروط وتتمثل فيما يلي⁽²⁾:

1- يجب أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا بسم الغير، لأن الغير يظل أجنبيا عن هذا التعاقد كما أنّ التعهد عملية قانونية ذات طرفين، وهي بذلك تختلف عن بيع ملك الغير الذي يقوم على ثلاث أطراف في العلاقة.

2- يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير، لأن الغير لا يلتزم إلا إذا أقر بالتعهد، فإذا رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد إلا الرجوع على المتعهد ومطالبته بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه.

3- يجب أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل، ومعنى ذلك أن يبذل المتعهد جهده ليحقق نتيجة مناطها قبول الغير بالالتزام، وعليه إذا قبل الغير الالتزام فإنه بذلك يكون التزام المتعهد قد انقضى وهذا يعني أن المتعهد لا يضمن تنفيذ الغير للالتزام اللهم يضمن قبوله فقط، فإذا قبل الغير ولم يتم بتنفيذ التزامه فإنه لا يمكن للمتعاقد الرجوع على المتعهد ومطالبته بالتعويض.

إذن المتعهد لا يلتزم في هذه الحالة بنقل ملكية الشيء المبيع المرغوب في شرائه⁽³⁾، وإنما يلتزم فقط بحمل المالك ليبيع ذلك الشيء، وفي حالة رفض هذا الأخير لا يكون للمشتري سوى الرجوع على

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. ص. 89-90.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. ص. 126-127.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 56.

المتعهد بطلب التعويض، طبقاً لأحكام المادة 124 من ق م ج⁽¹⁾.

الفرع الرابع

تمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض والاستحقاق

إنّ عقد البيع بمجرد انعقاده فإنّه يرتب التزامات وحقوق في جانب كلا الطرفين، ومن أهمّ الالتزامات الملقاة على عاتق البائع والذي له صلة وثيقة ببيع ملك الغير، التزام ضمان التعرض والاستحقاق.

نصت على هذا الالتزام المادة 371 من ق م ج⁽²⁾: "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 الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

نجد أنّ المشرع الجزائري من خلال هذا النص، قد تكلم عن قواعد ضمان الاستحقاق عند تعرضه لالتزامات البائع، بيّماً خص بيع ملك الغير بقواعد خاصة في فصل مستقل أطلق عليه عنوان: "أنواع البيوع"، ويتضح من المادة المذكورة أعلاه أنّ البائع يمنع عليه التعرض للمشتري شخصياً كما يلزم بمنع تعرض الغير.

والتعرض الشخصي، مضمونه أن يمتنع البائع عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر، من شأنه أن يعرقل أو يحول دون حياة المشتري للمبيع حياة هادئة وانتفاعه بالمبيع انتفاعاً يحقق من ورائه الغرض الذي قصده من شراء المبيع، ويستوي أن يكون الانتقاص من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً، وذلك عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض⁽³⁾.

والتعرض الشخصي قد يكون تعرض مادي، كما لو قام البائع بأي فعل مادي من شأنه أن يعرّك أو يعيق حياة المشتري دون أن يستند في القيام به إلى أي حق يدعيه على المبيع.

فالتعرض المادي لا يستند إلى حق يدعيه البائع على الشيء المبيع، وإنما يقوم البائع بإحدى الأفعال المادية، التي من شأنها حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، بشكل جزئي أو كلي، كأن يقوم

(1) المادة 124 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

(2) المادة 371 من الأمر 58-75، المرجع نفسه.

(3) محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ط4؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.128.

البائع لمتجر تجاري بفتح متجر آخر بالقرب منه، لأنّ ذلك سيؤدي إلى منافسة المشتري منافسة غير مشروعة⁽¹⁾.

كما قد يكون التعرض مباشر، كالمثال السابق أو غير مباشر وذلك في حالة ما إذا تسبب البائع في صدور قرار من الإدارة بعد الانتفاع بالأرض المبيعة.

أمّا التعرض القانوني، فإنّه يتحقق إذا استعمل البائع حقا ادعاه على المبيع من شأنه أن يؤدي إلى نزع المبيع من المشتري، والحق الذي يدعيه البائع على المبيع، إمّا أن يكون حقا عينيا، كأن يدعي أنّ له حق ارتفاق على الشيء المبيع، كما قد يكون حقا شخصيا، كأن يدعي أنّه مستأجر للعقار الذي باعه للمشتري، علما أنّه قام ببيع العقار إلى المشتري خاليا من حقوق الغير عليه. وذلك كأن يكون البائع وقت إبرام العقد غير مالك للمبيع، ثم تملكه بعد البيع بالميراث أو بالشراء أو بالوصية، فإذا استند البائع إلى حق الملكية الذي آل إليه بعد البيع لينزع المبيع من يد المشتري كان ذلك بمثابة تعرض قانوني⁽²⁾.

كما قد يكون هذا التعرض صادر عن الغير، وفي هذه الحالة لا يلتزم البائع سوى بضمان التعرض القانوني دون التعرض المادي⁽³⁾، ولكي يضمن البائع التعرض الصادر عن الغير لا بد من توفر أربعة شروط والتي تتمثل فيما يلي⁽⁴⁾:

- أن يقع التعرض فعلا.
- أن يكون التعرض قانوني.
- أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقا على المبيع.
- أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو لاحقا له.

ومثال ذلك أن يرفع الغير دعوى على المشتري يطالب فيها بملكية المبيع كله، أو يطالب بملكية جزء من المبيع، ففي الحالة الأولى يرفع دعوى الاستحقاق الكلي وفي الحالة الثانية، يرفع دعوى الاستحقاق الجزئي، أو أن يطالب برهن على المبيع لدين مضمون به، فإذا ثبت ملكية الغير للمبيع كنا أمام استحقاق كلي للمبيع، وفي هذه الحالة يكون البيع في غالب الأحيان مملوك للغير وقت البيع

(1) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.146.

(2) خليل أحمد حسن قداد، المرجع نفسه، ص. ص. 146-147.

(3) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.345.

(4) ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص. ص. 51-54.

ولكن قد لا نكون أمام بيع ملك الغير ولو كان الاستحقاق كلياً، إذا ثبت حق الغير على المبيع قبل حصول البيع، أو أن يكون قد ثبت بعد وقوع البيع ولكن بفعل البائع، كأن يكون البائع قد باع المبيع مرة أخرى وقام هذا المشتري الثاني بالتسجيل، ففي هذه الحالة يرجع المشتري الأول على البائع بدعوى الضمان وهذه ليست بدعوى بيع ملك الغير⁽¹⁾.

إذن بالرغم من تشابه النظامين، إلا أنه هناك أحكام تفرق بعضهما البعض، ومن ذلك إذا كان المبيع فعلاً مستحق للغير، فإنه لا يبقى للبائع سوى التنفيذ عن طريق التعويض وفقاً لأحكام المادة 375 من ق م ج⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشتري في دعوى الاستحقاق، لا يجوز له أن يرفعها إلا بعد التعرض الفعلي، أما قبل ذلك فلا يجوز له ذلك⁽³⁾.

غير أنه وطبقاً لأحكام بيع ملك الغير، فللمشتري أن يرفع دعوى إبطال البيع ولو لم يتعرض له أحد، إذن يمكن القول أن دعوى بيع ملك الغير دعوى وقائية من دعوى الاستحقاق⁽⁴⁾.

نخلص إلى أنه وبالرغم من وجود تشابه بينهما إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض - كما ذكرنا سابقاً - ولعل من أهم أوجه الاختلاف بينهما أنه ليس كل حالات الاستحقاق تعد بيع لملك الغير.

المطلب الثاني

تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة الجزائية

لقد ميزنا بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة المدنية، لكن لكون هذا الموضوع غامضاً ومعقداً - بيع ملك الغير - سنحاول تمييزه عن غيره من الأنظمة الجزائية المشابهة له حتى نتمكن من حصر هذا النظام، وتحديد مفهومه بصورة واضحة ومن ثمة تطبيق الأحكام المتعلقة به.

ولعل من الأنظمة الجزائية التي لها صلة وثيقة ببيع ملك الغير جريمة النصب والاحتيال وخيانة

الأمانة، وسنتناولها في فرعين تباعا:

(1) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 58.

(2) المادة 375 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(3) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 145.

(4) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 58.

الفرع الأول

تمييز بيع ملك الغير عن النصب والاحتيايل

من الوهلة الأولى قد يتبادر إلى أذهاننا أنّ كل من بيع ملك الغير وجريمة النصب والاحتيايل هما نفس الشيء، لكن في حقيقة الأمر أنّه ليس كل من باع ملك غيره يعتبر أنّه قد ارتكب جريمة النصب والاحتيايل، إلّا أنّه قد نجد في حالات معينة أنّ بيع ملك الغير وجريمة النصب والاحتيايل يجتمعان في واقعة (قضية) واحدة فيتم الفصل فيهما معا، أي في جانبها المادي على أساس أنها بيع لملك الغير وفي جانبها الجزائي على أساس أنها جريمة نصب واحتيايل.

وقبل التمييز بين هاذين النظامين سنحاول أولا التذكير ببعض مبادئ جريمة النصب والاحتيايل.

أولا: المبادئ العامة لجريمة النصب والاحتيايل

إنّ جريمة النصب والاحتيايل كغيرها من الجرائم الأخرى تقوم على ركنين أساسيين هما: الركن المادي والمعنوي

1- الركن المادي: و يتكون من ثلاثة عناصر:

أ/ استعمال وسيلة من وسائل التدليس : من بين أهم الطرق التدليسية التي وردت في المادة 372 من ق ع⁽¹⁾ على سبيل الحصر نجد استعمال أسماء وصفات كاذبة .

ويقصد بهذه الصفات تلك التي اعتاد الناس على مطالبة من يدعيها إبراز سند يثبتها، ومن هذا التعريف نجد أنه من بين الصفات التي اعتاد الناس أن يطلبوا ممن يدعيها سند ملكيتها صفة المالك

(1) تنص المادة 372 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ج ج ج عدد 84 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2006 على ما يلي: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك و كان ذلك بالاحتيايل لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو إحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 500 إلى 20000 دينار".

ومن ثمة إذا ادعى شخص ملكية شيء معين فإنه لا يكون قد ارتكب جريمة النصب إلا إذا تأيّدت هذه الإدعاءات بأعمال أو مظاهر خارجية⁽¹⁾.

ب/ **الاستيلاء على مال الغير** : بالعودة إلى نص المادة 372 من ق ع⁽²⁾ نجد أنّ جريمة النصب تتحقق بالاستيلاء على مال الغير، إلا أنّ هذه الأموال محصورة في المادة المذكورة أعلاه والتي تتمثل في الأموال والمنقولات والسندات والتصرفات والأوراق المالية والوعود والمخالصات والإبراءات من الالتزامات⁽³⁾.

نستنتج من خلال هذه المادة أنّ العقار لا يتصور أن يكون محل جريمة النصب والاحتيال.

ج- **علاقة السببية بين وسيلة التدليس وسلب مال الغير**: في كل جريمة لا يكفي توفر الخطأ والضرر وإنما يشترط وجود علاقة سببية بينهما، بمعنى أنه لا يمكن تصور قيام جريمة النصب والاحتيال بدون علاقة سببية بين الوسائل الاحتمالية وتسليم الأشياء⁽⁴⁾.

2- **الركن المعنوي**: يشترط في جريمة النصب والاحتتيال توافر القصد الجنائي العام والخاص، ويتمثل هذا الأخير في نية الشخص في الاستيلاء على مال الغير⁽⁵⁾.

ثانيا : التمييز بين النظامين

للتمييز بين النظامين لابد من استنتاج أوجه التشابه والاختلاف القائمة بينهما وهي كالتالي:

1- أوجه التشابه :

- يقوم كل من بائع لملك غيره ومرتكب جريمة النصب يقوم بالاستحواذ على مال الغير.

- كلاهما ليسا مالكين للشيء المتعامل فيه.

- كلاهما يتعاملان في ملك الغير بالبيع.

(1) مصطفى مجدي هرجة، جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة، دار محمد للنشر و التوزيع، د ب ن 2003-2004، ص. ص. 6-7.

(2) راجع المادة 372 من الأمر 66-156، المرجع السابق.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 97.

(4) معوض عبد التواب، الوسيط في جرمي النصب وخيانة الأمانة، ط8، د د ن ، 2004، ص. 88.

(5) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 91.

2- أوجه الاختلاف :

- قد يعد من أهمها الاختلاف الشكلي، لكون أنّ بيع ملك الغير منظم بالمادة 397 من ق م (1)، أمّا جريمة النصب والاحتتيال منظمّة بالمادة 372 من ق ع(2).
- بيع ملك الغير هو نظام مدني يخضع لأحكام القانون المدني، ولا يرتب عليه المشرع جزاء سوى قابلية العقد للبطلان، بينما جريمة النصب والاحتتيال تخضع للقانون الجنائي ويعاقب مرتكبها بعقوبة جزائية .
- يشترط في مرتكب جريمة النصب والاحتتيال أن يكون سيء النية، أي على علم بأنّ الأشياء المتعامل فيها ليست ملكا له، بينما في بيع ملك الغير طبقا لأحكام المادة 397 من ق م لا يشترط ذلك.
- حسب المادة 397 من ق م المذكورة أعلاه، يمكن أن يكون العقار محلا لبيع ملك الغير، وهذا بخلاف المادة 372 من ق ع الذي لا يمكن تصور الحصول على عقار بطريق التدليس.
- ومما سبق نخلص إلى أنّه قد نجد كلا النظامين في واقعة واحدة، لكن بشرط أن يكون البائع سيء النية عند التصرف في ملك الغير، إضافة إلى استعمال الطرق الاحتيالية للاستيلاء على الثمن .

الفرع الثاني

تمييز بيع ملك الغير عن خيانة الأمانة

خيانة الأمانة وبيع ملك الغير هما نظامان متشابهان في بعض الجوانب، إلاّ أنّه ليس كل من باع ملك غيره يكون قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة، وهذا ما يدلّ أنّهما مختلفان عن بعضهما البعض، وهذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي:

أولا:المبادئ العامة لجريمة خيانة الأمانة

تقوم جريمة خيانة الأمانة على ثلاثة أركان هي الركن المادي، الركن المعنوي والضرر.

(1) المادة 397 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 372 من الأمر 66-156، المرجع نفسه.

1- الركن المادي: وينقسم إلى ثلاثة عناصر:

أ/ **التبديد**: يتحقق بارتكاب أمين الشيء فعلا ينتج عنه خروج الأمانة من حيازته، كاستهلاكها أو التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الرهن⁽¹⁾ مثل مصلح الهاتف الذي يبيع الهاتف الذي قدم له لإصلاحه.

ب/ **محل الجريمة**: من خلال المادة 376 من ق ع⁽²⁾ نلاحظ أنّ محل جريمة خيانة الأمانة لا يكون إلا منقولاً.

إلا أنّه تعد منقولات في نظر القانون الجزائري العقارات بالتخصيص كالطاوولات والجرارات.

ج/ **تسليم الشيء**: إنّ جريمة خيانة الأمانة تقوم على مبدأ تسليم الشيء. وهذا ما يميز جريمة خيانة الأمانة عن غيرها من الجرائم، حيث أنّه لا يعاقب عليها ما لم يتوفر هناك فعل مباح⁽³⁾، إذ أنّها تقوم أساساً على أحد العقود المذكورة في المادة 376 من قانون العقوبات وهي:

➤ **عقد الإيجار**: ومن ثمة إذا قام المستأجر ببيع الشيء المؤجر، فإنّه يعد مرتكب لجريمة خيانة الأمانة ومثال ذلك تبديد المستأجر لمسكن مفروش شيئاً من أثاث المسكن، وتبديد المستأجر لأرض زراعية شيئاً من الأدوات الزراعية أو الماشية أو أحد الأشجار المثبّثة بها عن طريق خلعها ثم بيعها⁽⁴⁾.

➤ **عقد الوديعة**: عزّفته المادة 590 من ق م ج⁽⁵⁾ على أنّه " الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع إليه على أن يحافظ عليه لمدة و على أن يرده عينا ".

وقد تكون هذه الجريمة في حالة ما إذا اختلس البائع جزءاً من البضاعة المباعة التي بقيت في حيازته وانتقلت ملكيتها إلى المشتري، فالبائع هنا يعتبر مبدد للوديعة.

(1) معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.124.

(2) راجع المادة 376 من الأمر 66-156، المرجع السابق.

(3) عبد الحميد المنشاوي، جرائم خيانة الأمانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.85.

(4) عبد الحميد المنشاوي، المرجع نفسه، ص.31.

(5) المادة 590 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

➤ **عقد الوكالة:** عرفته المادة 571 من ق م ج (1) بأنه "الوكالة أو الإنابة عقد يفوض بمقتضاه شخص شخصا آخر للقيام شيء لحساب الموكل وباسمه".

فكثيرا في الحياة العملية، ما يتصرف الموكل في ملكية الوكيل، بأن يبدها أو يقوم ببيعها خارج نطاق الوكالة، كأن يكون العقد يحدد الأشياء محل الوكالة ويتصرف في غيرها، أو تكون الوكالة قد انقضت آجالها، أو قام الموكل بعزله وبالرغم من ذلك يقوم هذا الأخير بالتصرف فيكون مرتكب لجريمة خيانة الأمانة.

➤ **عقد الرهن الحيازي:** عرفته المادة 984 من ق م ج (2) بأنه "يتمثل في القيام بوضع المنقول المملوك له في حيازة دائنه أو شخص آخر متفق عليه وذلك تأمينا للدين".

فإذا قام الدائن المرتهن ببيع المنقول الذي بحوزته يرتكب جريمة خيانة الأمانة(3).

➤ **عارية الاستعمال:** عرفته المادة 538 من ق م ج على (4) أنه "عقد يلتزم بمقتضاه المعير بأن يسلم المستعير المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أوفي غرض معين على أن يردده بعد الاستعمال".

وقد نتصور هذه الحالة، إذا ما باع الموظف سيارة أعطيت له بمناسبة وظيفته.

➤ **عقد القيام بعمل:** ويقصد به أن يتسلم الشخص شيئا للقيام بعمل مادي لمصلحة مالك الشيء أو غيره وقد يكون العمل بمقابل فيكون العقد عقد مقاوله أو عقد عمل كالميكانيكي الذي يتسلم سيارة لإصلاحها أو مقابل كالصديق الذي يتطوع لإصلاح سيارة صديقه(5).

ب/ **الركن المعنوي:** فخيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي يتطلب فيها القانون اتجاه إرادة المتهم وانصرافها لارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى توفر نية المتهم في التملك وحرمان المالك الحقيقي منه(6).

(1) المادة 571 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 984 من الأمر 75-58، المرجع نفسه.

(3) عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص.39.

(4) المادة 538 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(5) عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق.

(6) مصطفى مجدى هرجة، المرجع السابق، ص.88.

إلى جانب هاذين الركنين-الركن المادي و المعنوي- هناك ركن الضرر الذي من خلاله تكون جريمة خيانة الأمانة كغيرها من الجرائم تسبب ضررا والذي بدوره قد يكون ماديا أو معنويا⁽¹⁾.

ثانيا : التمييز بين النظامين

1- أوجه التشابه:

- كل من بائع ملك الغير وحائز الأمانة يتصرفان بالبيع في ملك الغير.
- قد يكون كلاهما على علاقة تعاقدية مع المالك الحقيقي كعقود الوكالة، العارية والإيجار.

1- أوجه الاختلاف:

- يعد بيع ملك الغير نظام مدني تطبق عليه أحكام المادة 397 من القانون المدني، أمّا خيانة الأمانة فهو نظام جزائي تطبق عليه أحكام المادة 376⁽²⁾ من قانون العقوبات.
- لا ترتكب جريمة خيانة الأمانة إلا في المنقولات، وهذا بخلاف بيع ملك الغير إذ يمكن تصوره في العقارات.
- لا تقوم جريمة خيانة الأمانة إلا في حالة وجود عقد من عقود الائتمان، عكس بيع ملك الغير الذي يمكن أن يخرج عن هذه العقود المحددة على سبيل الحصر.
- لا يتصور قيام جريمة خيانة الأمانة إلا إذا كان البائع سيء النية، على خلاف بيع ملك الغير الذي يمكن أن يكون البائع حسن النية.

(1) معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.187.

(2) المادة 376 من الأمر 66-156، المرجع السابق.

الفصل الثاني

أحكام بيع ملك الغير

اختلف الفقه في تأصيل أحكام بيع ملك الغير اختلافا كبيرا ويرجع ذلك في نظرنا إلى المحاولات التي قام بها لإرجاع أحكام هذا النوع من البيع إلى الأحكام العامة في القانون، وفي الواقع إذا كان هذا الأمر مطلوباً ومستساغاً في كثير من الأحيان، إلا أنه في بعض الحالات يصبح نوعاً من الخطأ، لأننا نعطي بعض الحقائق القانونية أو القواعد العامة أكبر من حجمها الحقيقي، ومن ثم نشل يد المشرع في مواجهة الظروف التي تحتاج بالفعل إلى تدخله لتنظيمها وإيجاد الحلول القانونية التي تتلاءم مع كل ظرف من هذه الظروف، حتى ولو أدى الأمر إلى الخروج عن الأحكام العامة وفقاً لما تقتضيه الضرورة، وبما أن المالك الحقيقي طرف ثالث في عقد بيع ملك الغير فإن آثار هذا العقد لا تقتصر على البائع والمشتري، بل تمتد إليه، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، ونعقبه في المبحث الثاني بتطبيقات وجزاءات بيع ملك الغير.

المبحث الأول

آثار بيع ملك الغير

يرتب عقد بيع ملك الغير كغيره من العقود آثاراً كثيرة، لكن بما أن هذا البيع هو بيع لملك الغير فإن هناك طرف ثالث وهو الغير (المالك الحقيقي)، ولما كان بيع ملك الغير يترتب آثار على المتعاقدان اللذان هما طرفا العقد، وآثار على المالك الحقيقي فإننا سنتناول آثار بيع ملك الغير على المتعاقدان في المطلب الأول، وآثار بيع ملك الغير على المالك الحقيقي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

آثار بيع ملك الغير على المتعاقدين

يرتب كل عقد على أطرافه حقوق والتزامات، فالتزامات كل طرف هي حقوق بالنسبة للطرف الآخر، والأطراف هنا هما البائع والمشتري، فالقانون أعطى للمشتري حق إبطال البيع إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض متى أصابه ضرر، وبما أنه يملك بنص القانون الحق في إبطال البيع، فإنه يملك حتماً الحق في تصحيح هذا البيع لينتج آثاره العادية، لذلك سنتعرض إلى قابلية بيع ملك الغير للإبطال ثم إلى ما يترتب على ذلك من تعويض، في الأخير سنتطرق إلى حالة تصحيح بيع ملك الغير.

الفرع الأول

قابلية بيع ملك الغير للإبطال

يعتبر المشتري هو المتضرر من إبرام العقد لعدم إمكانية البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية، لذا أعطى له القانون الحق في طلب إبطال العقد، وهذا ما نادى به بعض الآراء، غير أنه هناك آراء أخرى نادى بحق البائع في المطالبة بإبطال البيع إلى جانب المشتري، وسوف نتطرق إلى دراسة هذين الرأيين القائلين بحق كل من البائع و المشتري في طلب إبطال البيع.

أولاً: إبطال البيع من حق المشتري وحده

بيع ملك الغير صحيح وغير باطل في العلاقة الموجودة بين البائع والمشتري، ومن شأن ذلك أن يلتزم كل منهما بكافة الالتزامات التي يترتبها عقد البيع، ولقد جرت العادة أن تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد في العقود الأخرى، أما في بيع ملك الغير فإنه يتعدّر على البائع نقل ملكية المبيع مما يجعله مخالفاً بالتزام تعاقدى، وهذا ما أعطى الحق للمشتري دون غيره المطالبة بإبطال العقد لأنه المتضرر الوحيد وذلك لكي يتخلص من التزامه تجاه البائع⁽¹⁾.

نظراً لإخلال البائع بالتزامه التعاقدى المتمثل في نقل ملكية المبيع فإنه يكون أمام المشتري المطالبة ببطلان العقد، وبما أنّ البطلان مقرر لمصلحته فإنّ له الحق في أن يتمسك بطلب الإبطال وذلك إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد الثمن، أو ليستبق ضمان الاستحقاق وهذا لتوفر السببين الآتيين⁽²⁾:

أ- إذا كان قد دفع الثمن ثم تبين له أنّ البائع غير مالك، فيرفع دعوى يطالب فيها ببطلان البيع واسترداد الثمن .

ب- إذا أراد منع البائع من مطالبته بالثمن، إذا لم يكن قد دفعه بعد.

أوفي صورة دعوى المقابلة وذلك عندما يرفع عليه البائع دعوى أصليّة يطالبه فيها بالثمن، فيرفع الدعوى على أن المبيع غير مملوك له⁽³⁾.

(1) أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. ص. 270-271.

(2) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. ص. 118-119.

(3) محمد رضا الخضيرى، تطبيق القانون في دعاوى المدنية، د د ن، د ب ن، 1989، ص. 218.

ويستطيع المشتري رفع هذه الدعاوى حتى ولم يتعرض له المالك الحقيقي في المبيع، ومن المعلوم أنّ طلب البطلان يتم عن طريق رفع هذه الدعاوى التي تتم بواسطة القضاء وليس عفواً⁽¹⁾.

كما أنّ هذا الحق-طلب البطلان- حق للمشتري دون البائع ذلك لأنّ التزامه بالضمان يتعارض مع منحه حق طلب الإبطال، فإنّ هو حق خالص للمشتري وحده وذلك سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً سجل هذا البيع أو لم يسجل، بحيث أنّ التسجيل في بيع العقارات لا يؤثر على حق المشتري في طلب الإبطال، وهذا ما لا يجعل بيع ملك الغير صحيحاً حتى وإن تم التسجيل⁽²⁾. لأنّ هذا التسجيل لا يغير من طبيعة عقد البيع على أنّه عقد ناقل للملكية في الحال، ولذلك فإنّ بيع عقار الغير قبل التسجيل يقع قابلاً للإبطال ويكون كذلك بعده، لذلك ليس صحيحاً ما يقوله البعض من الفقهاء على أنّ بيع عقار الغير قبل التسجيل صحيح، أما إذا كان بعد التسجيل فهو قابل للإبطال، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فإنّه ينبغي أن يكون كذلك بعده⁽³⁾.

كما يثبت حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع، ولو كان المشتري قد علم بذلك وقت إبرام عقد البيع وهذا ما يجعله سيء، لكن هذا لا يجزّده من حقه في طلب الإبطال والذي هو أيضاً من حقه في حالة عدم علمه أنّ البائع ليس مالكا للمبيع بمعنى أنّه كان حسن النية، وهذا ما يخوله المطالبة أو الحكم له بالتعويض عند طلبه لإبطال العقد وهذا حتى ولو كان البائع عند إبرامه لعقد البيع حسن النية، أي يجهل أنه لا يملك المبيع⁽⁴⁾.

يتضح هنا أنّ المشتري له الحق في المطالبة بإبطال العقد سواء كان حسن النية أو سيئها، إلاّ أنّه إذا كان حسن النية فإنّه يتقرر بالإضافة إلى طلب الإبطال التعويض عن الضرر الذي أصابه، أمّا البائع فسواء كان حسن أو سيء النية، فإنّه للمشتري المطالبة بالإبطال⁽⁵⁾.

(1) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص.154.

(2) محمد حسن قاسم، العقود المسماة: البيع- التأمين (الضمان)- الإيجار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية الإسكندرية، 2003، ص.181.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.135.

(4) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.514.

(5) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. ص.111-112.

ويراعى أنّ العبرة في توافر شروط قبول دعوى الإبطال هي بوقت رفع الدعوى، فإذا تمسك المشتري بالإبطال وقام برفع الدعوى ثم حدث أن أقرّ المالك الحقيقي البيع وذلك قبل صدور الحكم، فإنّه يتعيّن على القاضي أن يقضي بالبطلان مباشرة لأنّه من حق المشتري حسن النية، أمّا إذا كان سيء النية، أي أنّه يعلم أن البائع غير مالك ورغم ذلك اشترى المبيع منه، فإنّه في هذه الحالة إذا أقرّ المالك الحقيقي البيع بعد رفع دعوى امتنع على القاضي أن يقضي به. والقول بغير ذلك يتعارض مع المبادئ العامة التي تقضي بعدم جواز التّعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

والملاحظ مما سبق أنّ البائع هو الذي يجب عليه أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه فإذا كان عالماً بأنّه غير مالك فهو مخطئ إذا باع ما لا يملك، أمّا إذا كان يجهل عدم ملكيته فهو أيضاً مخطئ لأنّه يجب عليه أن يعلم، ولا يجوز له الاستناد إلى خطئه لطلب الإبطال لأنّه ليس من حقه وذلك لعدم تضرره من إبرام عقد البيع، وبالتالي لا محل لحماية عن طريق منحه الحق في إبطال البيع، على عكس المشتري الذي لا يطالب بالعلم ما إذا كان المبيع ملكاً للبائع أم لا لكونه المتضرر الوحيد ولهذا السبب حماه القانون.

ثانياً: إبطال البيع من حق البائع والمشتري

يوجد في الفقه رأيان بخصوص أحقية البائع في طلب إبطال العقد إلى جانب المشتري، فهناك رأي نادى بأنّ للبائع الحق في المطالبة بإبطال بيع ملك الغير، ورأي آخر عارض هذه الفكرة ونادى بعدم أحقيته في ذلك.

الرأي الأول: للبائع الحق في المطالبة ببطلان بيع ملك الغير على أساس القواعد العامة في الغلط، وهذا متى كان البائع قد وقع في غلط جوهري، وكان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد، فالبائع لا يطلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير وإنّما على أساس الغلط الجوهري⁽²⁾.

وهذا القول لا يمكن الإعمال به إلا إذا توفّر شرط اشتراك البائع والمشتري في الغلط، بأن كان المشتري يعلم بوقوع البائع في الغلط أو يستطيع أن يعلم ذلك أو كان هو واقفاً في نفس الغلط⁽³⁾. بحيث أنّه ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يحق للبائع ولو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.387.

(2) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن، ص.387.

(3) أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.271.

يسلمه إلى المشتري، لأنّ إجباره على التسليم وهو ليس مالك يتضمن إكراها له للاعتداء على مال الغير (1).

الرأي الثاني: نادى أغلب الفقهاء بأنّه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع سواء كان حسن أو سيئ النية لأنّ طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري، كما أنّ التزام البائع بالضمان يتعارض مع حقه في إبطال البيع (2).

لم يعط المشرع الجزائري للبائع حق طلب الإبطال سواء كان حسن أو سيئ النية، كونه مخطئا ومن ثمة لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالإستاد إلى خطئه وهذا طبقا للمادة 397 من ق م ج (3). وهذا الرأي هو الرأي الراجح وذلك استنادا إلى عدم إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة في حالة وجود الحكم في القواعد الخاصة، لأنّ الخاص يقيد العام (4).

الفرع الثاني

حق المشتري في التعويض

تنص المادة 399 من ق م ج (5) على أنّه " إذا بطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية "

يتبيّن من هذه المادة، أنّ المشتري إلى جانب طلبه إبطال البيع، له أن يطالب البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، ولقد وضع المشرع شرطين للاستفادة من هذا التعويض وهما (6):

أ- أن يكون قد قضي له بإبطال البيع، أمّا إذا لم يحكم له بالإبطال، سواء لأتّه لم يطالب به أو لأنّ هذا الحق سقط بالتقادم، فلا يجوز في هذه الحالة المطالبة بالتعويض.

(1) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.123.

(2) الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص.123.

(3) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.212.

(4) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.114.

(5) المادة 399 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(6) محمد حسنين، المرجع السابق، ص.193.

ب- أن يكون المشتري حسن النية وقت التعاقد، أي جهل أن المبيع غير مملوك للبائع، أما إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع فليس له إلا استرداد الثمن دون أي تعويض، بل دون مصروفات البيع التي أنفقها، ذلك أنه يتحمل تبعه أقدامه على البيع مع علمه بعدم ملكية البائع للمبيع.

كما يعد المشتري حسن النية ولو كان بإمكانه العلم بأن المبيع مملوك للغير، أي يرجع جهله لتقصير منه، غير أنه يجوز للمشتري ولو كان عالماً وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع أن يشترط في عقد البيع الرجوع على البائع بالتعويض بالإضافة إلى استرداده الثمن إذا قام المالك الحقيقي بانتزاع المبيع من يده⁽¹⁾.

إضافة لهذين الشرطين، أضاف المشرع اللبناني شرط آخر، وهو أن يكون البائع سيئ النية، أي يجب أن يثبت أنه كان عالماً بأنه لا يملك البيع، فالبائع حسب هذا الشرط لا يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إلا إذا كان عالماً أنه لا يملك المبيع وكان المشتري جهل ذلك⁽²⁾.

غير أن المشرع الجزائري حسم هذه النقطة بعدم اشتراطه سوء نية البائع لحصول المشتري على التعويض، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري.

لقد اختلف شراح القانون المدني في أساس هذا التعويض، فيما إذا كان المسؤولية التقصيرية أو العقدية، ويرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف الموجود في تأصيل بطلان بيع ملك الغير.

ف نجد البعض تبنى نظرية الخطأ في تكوين العقد، أما البعض الآخر فيرى أن أساس مطالبة المشتري بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية. وبالرجوع إلى القواعد العامة، نجد أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا في حالة إخلال المتعاقد بأحد التزاماته⁽³⁾، لذلك نرى أن الرأي الذي يؤسس مطالبة المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يعتبر أولى بالترجيح بحجة أن العقد بعد زواله يتقرر بطلانه، فيصبح مصدر التعويض ليس العقد وإنما الخطأ التقصيري⁽⁴⁾، وهذا الخطأ قد نص عليه

(1) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 514.

(2) محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 193-194.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 182-183.

(4) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 137.

المشروع صراحة في المادة 399 من ق م ج⁽¹⁾، حيث يعتبر البائع في نظر المشرع مرتكباً لخطأ في حالة بيعه ما لا يملك وذلك دون حاجة لقياس سلوكه على الرجل المعتاد⁽²⁾.

كما أنّ المشرع ألزم البائع بالتعويض سواء كان حسن النية أو سيئها، وهذا لا يعني أنّ مسؤوليته لا تقوم على أساس الخطأ، لأنّه بإمكان البائع أن يعلم بعدم ملكيته للمبيع ولكنه قصر في ذلك مما يستوجب مسؤوليته⁽³⁾.

من المتفق عليه أن تقدير التعويض مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يختص بتقدير مبلغ التعويض في حالة إثبات المشتري توافر عناصر المسؤولية التقصيرية التي يقوم عليها التعويض وهذه العناصر تلزم المسؤول عن الضرر (البائع) بتعويض الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، وسواء كان البائع حسن أو سيء النية، بالرغم من أنّ قواعد العدالة واتساق المنطق القانوني كان يفرض على المشرع الوضعي أن ينص على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه مالك للمبيع وكان اعتقاده مبنياً على ما يقتضيه مسلك الشخص العادي⁽⁴⁾.

نخلص إلى أن أساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية ومن ثمة لا يمكن تطبيق نص المادة 375 من ق م ج⁽⁵⁾ التي تعد بمثابة تنفيذ العقد عن طريق التعويض، لأنه في بيع ملك الغير يكون التعويض على أساس التقصير المرتكب من طرف البائع. وتبعاً لذلك فإنه على القاضي عند تقديره للتعويض الناشئ عن بيع ملك الغير، الرجوع إلى القواعد العامة وهذا التعويض يشمل كل ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁶⁾.

(1) راجع المادة 399 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.217.

(3) الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط3؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ص.61.

(4) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.180.

(5) راجع المادة 375 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

(6) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص.291.

الفرع الثالث

تصحيح بيع ملك الغير

يتسم بيع ملك الغير بطبيعة خاصة جعلت منه بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وحده وبعد أن رأينا كيفية تحقق هذا الإبطال سنتطرق إلى الآثار الأخرى لبيع ملك الغير، وذلك عندما يصبح هذا البيع صحيحا مرتبا لجميع آثاره و التزاماته.

وحالات تصحيح بيع ملك الغير هي خمسة سنبحثها على التوالي:

أولا: التقادم

لم تتضمن القوانين المدنية نصوصا خاصة يحدد مدة معينة لسقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير، مما جعل شراح القانون المدني ينقسمون على أنفسهم مترددين في جعل تقادم هذه الدعوى ضمن التقادم القصير أو التقادم الطويل حسب القواعد العامة.

يتجه رأي الأغلبية في الفقه المصري إلى جعل مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعاوى الإبطال وهي ثلاث سنوات، وهذه المدة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع، وفي جميع الأحوال يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي أبرم فيه العقد⁽¹⁾.

ووفق هذا الرأي فإن تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير تبدأ من وقت إبرام العقد وهي المدة التي يتمكن فيها المشتري من إبطال البيع، أي أن مدة الثلاث سنوات يفرق في شأنها بين حسن وسوء نية المشتري، ففي الحالة الأولى تبدأ المدة من يوم علمه بعدم ملكية البائع للمبيع، وفي الحالة الثانية تبدأ من يوم إبرام العقد⁽²⁾.

أمّا رأي الأقلية فقد اتجه إلى تطبيق حكم القواعد العامة على تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير أي جعل مدة تقادم هذه الدعوى خمسة عشر سنة، بحيث أنّ مدة ثلاث سنوات جاءت خاصة بحالات معينة ولكل حالة مبدأ وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس، أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير مما يتعين القول معه بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام

(1) محمد رضا الخضيرى، المرجع السابق، ص. 220.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 127-128.

العقد، ولا يسقط الحق في رفع هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت إبرام العقد، وبما أن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت العقد فإن تقادم دعوى الإبطال حسب هذا الرأي لا يتم إلا بخمسة عشر سنة⁽¹⁾.

أما في ظل التشريع الجزائري فدعوى المشتري في طلب إبطال العقد تخضع للأحكام العامة لنظرية البطلان التي تجعل مدة تقادم دعوى البطلان النسبي عشر سنوات وفقا لأحكام المادة 101 من ق م ج⁽²⁾ التي تنص على أنه " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات". وتبدأ هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع، أو خلال خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد.

ومن ثمة يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع الصادر من الغير إذا لم يرفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك⁽³⁾.

ثانيا: إجازة المشتري للبيع

قبل التعرض لهذا الموضوع يجب أولا توضيح مصطلح الإجازة ومعناها القانوني والفقهية:

نصت المادة 100 من ق م ج⁽⁴⁾ على أنه "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير"، يتضح من نص هذه المادة أن الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال، فيزول الخطر عن العقد الذي يتهدهه بالزوال⁽⁵⁾. والإجازة لا ترد على العقود الباطلة بطلان مطلق، بل ترد فقط على العقود الباطلة بطلان نسبي، كما أنها تصدر بإرادة منفردة، أي بإرادة صاحب الحق في طالب الإبطال ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني⁽⁶⁾.

(1) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.515.

(2) المادة 101 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(3) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.214.

(4) المادة 100 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(5) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1(مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص.85.

(6) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.140.

وبما أنّ الإجازة عمل قانوني، فيشترط لقبولها أن يكون المجيز متمتعاً بالأهلية الكاملة، كما يشترط خلو إرادته من كل عيوب الرضا من غلط، إكراه، تدليس واستغلال وإلا ترفض الإجازة⁽¹⁾.

وتختلف الإجازة عن الإقرار في كون الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، وترد على العقد القابل للإبطال وتصدر من طرف العاقد الذي تقرر لمصلحته هذه القابلية لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان⁽²⁾، أمّا الإقرار فيرد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد يهدف من ورائه جعل العقد سارياً في حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى، فبيع ملك الغير قابل للإبطال وفي نفس الوقت لا يسري في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، ومن ثمة يستطيع المشتري أن يجيز العقد ليزيل البطلان ويقره المالك الحقيقي لكي يكون سارياً في حقه⁽³⁾.

فطبقاً للمادة 2/397 من م ق ج⁽⁴⁾ فإنه يمكن للمشتري أن يجيز العقد إذا قام بالتنازل عن حقه في إبطال ذلك العقد، ويتم ذلك صراحة أو ضمناً، كما لو قرر المشتري حقوقاً للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع، وكما لو طلب ورثة المشتري الحكم بثبوت ملكيتهم للمبيع، بالتالي يصبح العقد مرتباً لكافة آثاره على البائع وعلى المشتري، فالبائع ملزم بنقل ملكية المبيع للمشتري وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية... الخ⁽⁵⁾.

ويكون المشتري ملزماً بدوره بدفع الثمن والمصاريف ويتسلم المبيع، وهذا طبقاً للقواعد العامة لعقد البيع. ويلاحظ أنّ البائع يستطيع تنفيذ كافة التزاماته ماعدا التزام واحد وهو نقل ملكية المبيع للمشتري وذلك نظراً لعدم ملكيته للمبيع، لهذا السبب أعطى المشرع للمشتري الحق في المطالبة بإبطال البيع، كما يجوز له زيادة على ذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في حالة ما إذا تعرض له المالك الحقيقي، لأنّ البائع يعتبر ضامناً للمبيع في حالة إقامته لهذه الدعوى⁽⁶⁾.

ويحق للمشتري طلب إلغاء أو فسخ العقد حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعلم وقت البيع أنّ البائع لا يملك المبيع، واستند في ذلك على أنّه راض بالبيع اعتقاداً منه أنّ البائع

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.140.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.121.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع نفسه، ص.122.

(4) راجع المادة 2/397 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

(5) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.120.

(6) الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص.120.

يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع لينقله إليه، بحيث أنه لو تم الحصول على إجازة المالك الحقيقي بعد إقامة الدعوى وقبل الحكم فيها صح قبول تلك الإجازة بشرط عدم تضرر المشتري من جراء التأخير⁽¹⁾.

كما أنّ قواعد الضمان لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع، ولا تجيز له استرداد الشيء المبيع بحجة التزامه برده إلى مالكة أو بحجة استحقاقه إياه بعد البيع لأنّ من التزم بالضمان امتنع منه التعرض⁽²⁾.

لا يصح بيع ملك الغير بين المتعاقدين إلا إذا كان المشتري عالماً وقت صدور الإجازة منه أنّ البائع لا يملك المبيع فينقلب إلى بيع منتج لالتزامات مجردة لا يبيعا ناقلاً للملكية⁽³⁾.

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير أثر رجعي، إذ يعتبر البيع صحيحاً من يوم إبرام العقد وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري، ولكن حتى لو اعتبر هذا البيع صحيحاً بين البائع والمشتري إلا أنّه لا أثر لهذه الإجازة بالنسبة للمالك الحقيقي⁽⁴⁾.

ويكون للمشتري بعد إجازة هذا العقد أن يتمسك بحقه بالفسخ في حالة عدم إمكانية البائع نقل ملكية المبيع إليه إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض، كما يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان في حالة ما إذا تعرض له المالك الحقيقي، بأن رفع المالك على المشتري دعوى استحقاق وثبت استحقاقه للمبيع، فيكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض⁽⁵⁾.

يتضح لنا من هذا المنطلق أنّ لإجازة المشتري شروط لا بد من توافرها وهي⁽⁶⁾:

- أن يكون المشتري على علم بأن البائع غير مالك للمبيع، وإجازته تكون بمثابة تنازله عن حقه في طلب الإبطال .

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.138.

(2) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.512.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.130.

(4) السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط2؛ دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، المنصورة 1999، ص. ص.582-583، المرجع السابق.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.131.

(6) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. ص.131-132.

- أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، كون هذه الإجازة تصرف قانوني يستلزم ذلك.
- أن تكون إرادة المشتري سليمة خالية من أي عيب من عيوب الرضا.

ومما سبق نتوصل إلى أنّ المشتري في بيع ملك الغير يكون أمام ثلاث خيارات وهي خيار الإبطال قبل الإجازة، خيار الفسخ بعد الإجازة، وخيار الاستحقاق بعد مطالبة المالك له باسترداد المبيع. وكل هذه الخيارات يمكن الاستغناء عنها بمجرد إقرار المالك الحقيقي للبيع⁽¹⁾.

ثالثاً: تملك المشتري المبيع

نظراً لتعدد طرق اكتساب الملكية من بيع وتقدام، حيازة...، فإنّه إن حدث وأن اكتسب المشتري ملكية المبيع بطريقة قانونية غير البيع، فإنّه يسقط حقه في طلب الإبطال لانعدام السبب.

هناك طريقتين لاكتساب المشتري ملكية المبيع وهما:

1- **اكتساب المشتري المبيع بالحيازة:** إذا كان المبيع عبارة عن منقول وحازه المشتري بحسن نية فإنّه يكون قد اكتسب ملكيته وفقاً لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، أمّا إذا كان المشتري سيئ النية فلا يمكنه تملك المبيع إلا بالتقدم الطويل، وبما أنّه سيصبح مالك فيمكنه أن يدفع دعوى الاستحقاق التي قد يرفعها عليه المالك الحقيقي، ليرفع الضرر الذي لحقه وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع للمبيع وبذلك ينتفي مبرر طلب البطلان الذي منحه إياه القانون، مع ملاحظه أنّه للمالك الحقيقي في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض، وهذا ما نادى به بعض الفقهاء⁽²⁾، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أنّ حق المشتري في طلب البطلان لا يسقط لأنّ التملك بالحيازة لا يتم إلاّ إذا تمسك المشتري بملكية المبيع عن طريق هذا السبب، وهذا التمسك لا يمكن أن يجبر المشتري عليه لأنه قد يرى مصلحته في التمسك بالبطلان رغم توافر الحيازة⁽³⁾.

والرأي الراجح هو الرأي الذي ناد بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا حاز المبيع بحسن نية، باعتباره سبب صحيح بمقتضاه يملك المشتري المبيع⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس يضل حق المشتري

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.131.

(2) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.520-521.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.192.

(4) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.128.

قائما في طلب الإبطال إذا آلت ملكية المبيع إليه استنادا إلى سبب آخر غير متصل بواقعة الحيابة كالشراء من الغير.

2- اكتساب المشتري المبيع بالتقادم: طبقا للقواعد العامة فإن حق المشتري في الإبطال يسقط بالتقادم المكسب فيما يخص العقارات، ذلك أن التقادم يرد فقط على العقارات.

فإذا اكتسب المشتري بحسن نية عقار بالتقادم المكسب فلا تنزع منه ملكية ذلك العقار بشرط أن يقوم بتسجيل كل القيود والبيانات في السجل العقاري، كون المشتري اشترى العقار مستندا في ذلك إلى تلك القيود والبيانات، حيث يفترض أنه اشترى من المالك الحقيقي، فإذا اشترى المشتري عقار ليس ملكا للبائع ثم اكتسب ملكيته عن طريق التقادم، ففي هذه الحالة يصبح مالكا له ولا ينازعه فيه أحد لأنه اشتراه وفقا لكل القيود الواردة عليه، فحق المشتري قد حماه القانون، ومن ثمة لا يحق للمالك الحقيقي الرجوع عليه ومطالبته باسترداد العقار، وإنما يكون له الحق في الرجوع على البائع بالضرر الذي أصابه⁽¹⁾.

أما إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أن العقار ليس ملكا للبائع وهناك من يهدد ملكيته هذا ما يجعل حقوقه لا تعاد قبل المالك الحقيقي، وهنا يكون للمالك الحقيقي رفع دعوى الاستحقاق على المشتري لنزع الملكية منه⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أن مدة التقادم هي خمسة عشر سنة في التقادم الطويل وخمس سنوات في التقادم القصير⁽³⁾.

بالإضافة إلى هذا هناك من يرى أن حق المشتري في طلب الإبطال لا يسقط بمجرد توفر شروط التمسك بالتقادم أو بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، بل لابد من أن يتمسك المشتري باكتساب الملكية سواء في الحيابة أوفي التقادم، أما إذا لم يشأ أن يتمسك بالملكية يبقى حقه قائما في طلب الإبطال⁽⁴⁾.

(1) محمد حسن قاسم، العقود المسماة، ص.187.

(2) نبيل إبراهيم السعد، المرجع السابق، ص.166.

(3) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.214.

(4) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.49.

رابعاً: تملك البائع المبيع

تنص المادة 398 من ق م ج (1) على أنه " و كذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد ."

يحرم المشتري وفق هذا النص من حقه في طلب بطلان العقد إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد العقد، فإذا اكتسب البائع المبيع بعد صدور البيع كأن ورث المبيع من مالكه الحقيقي أو اكتسب ملكيته بالشراء أو الوصية أو عن طريق التقادم المكسب إذا كان عقاراً، ووفق قاعدة الحيازة إذا كان منقولاً، ففي هذه الحالة يمنع على المشتري طلب إبطال البيع لأنّ العائق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية قد زال وأصبح هو المالك، بالتالي بإمكانه الوفاء بالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه(2).

ويختلف حكم اكتساب البائع ملكية المبيع باختلاف سببه، فإذا كان سبب اكتساب البائع الملكية هو تحقق الشرط الواقف، أخذ المشتري المبيع سالماً من كل الحقوق التي رتبها عليه المالك القديم خلال المدة التي علق فيها الشرط، ذلك لأنّ الشرط إذا تحقق كان له أثر رجعي واستند مفعوله إلى وقت التعاقد(3)، أمّا إذا اكتسب البائع ملكيته عن طريق الشراء أو الإرث أو الوصية أو اكتسبه بموجب أحكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار، فإنّه لا يكون لتصحيح البيع أثر رجعي، أي أنّ البيع يعتبر صحيحاً من وقت امتلاك البائع للمبيع فقط، بمعنى أنّ ملكية الحقوق التي يربتها المالك الأصلي على المبيع في الفترة بين حصول البيع وانتقال ملكية المبيع للبائع تبقى نافذة، أي ينتقل المبيع إلى المشتري مثقلاً بما عليه من أعباء(4)، وإذا أنقصت هذه الأعباء من قيمة المبيع فحكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق وفقاً للمادة 375 من ق م ج(5)، أمّا الحقوق التي يربتها البائع نفسه في الفترة بين العقد وبين اكتساب الملكية فلا تسري على المشتري ولا تؤثر في حقه، لأنّ هذه الحقوق معيبة أصلاً

(1) المادة 398 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 215-216.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.134.

(4) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.520.

(5) راجع المادة 375 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

باعتبارها صادرة من شخص غير مالك⁽¹⁾. وسواء كان سبب ملكية البائع للمبيع هو تحقق الشرط الواقف أو غير ذلك مما ذكر فإنه يترتب على ذلك سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير إذ أنّ الأصل تقرير هذا الحق للمشتري، لكن بامتلاك البائع للمبيع تنتفي مصلحة المشتري في طلب الإبطال لرفع الضرر عنه، فالبايع أصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري⁽²⁾.

إلا أنّ البعض يرى بأنّ حق المشتري في طلب الإبطال يبقى قائما إذا كانت المطالبة به سابقة على السبب الذي اكتسب بموجبه البائع ملكية المبيع، لأنّ حقه في إبطال البيع حق مكتسب ويكفي ذلك أن يكون المشتري قد أظهر إرادته في طلب البطلان⁽³⁾، بينما يرى البعض الآخر أنّ البيع صحيح ومن ثم يسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا ما تحصّل البائع على ملكية المبيع بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي⁽⁴⁾.

ولا نرى أنّ هناك داعي لإبقاء حق المشتري في المطالبة بالإبطال طالما أنّ البائع تملك الشيء المبيع، أو أجاز المالك البيع الوارد على ملكه لأنّه تحقق للمشتري مراده بنقل الملكية إليه وهو ما أصبح بوسع المالك تحقيقه، يستوي في ذلك إن كان المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل أو بعد أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ولكن قبل صدور الحكم النهائي من القاضي⁽⁵⁾.

حيث و عملا بالمادة 398 من ق م ج⁽⁶⁾ المذكورة أعلاه يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري المشتري إذا اكتسب البائع المبيع بعد انعقاد البيع.

خامسا: إقرار المالك الحقيقي

إذا أقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع اعتبر إقراره قبولا منه على انتقال الملكية إلى المشتري وبه يزول السبب الذي تقرر من أجله البطلان، إلا أنّه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص.334.

(2) السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص.579.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. ص.134-135.

(4) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.295.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.135.

(6) راجع المادة 398 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

الإبطال صدور الإقرار من المالك قبل رفع الدعوى، أما إذا صدر بعد رفعها فإن ذلك لا يؤثر في حق المشتري في طلب الإبطال⁽¹⁾. وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

يعتبر المالك الحقيقي من الغير بالنسبة لعقد البيع الذي يتم بين البائع والمشتري، ولما كان الأصل هو عدم تأثر المالك بالتصرفات الصادرة من الغير على ملكه استناداً إلى مبدأ نسبية آثار العقود . فإنه تتوقف آثار العقد الذي أجراه الغير على ملكه، بمعنى أنه لا يستطيع أي طرف في العقد أن يرتب في ذمته حقوق أو يحملة بأية التزامات، ومن ثمة إما أن يقر المالك الأصلي البيع وإما يرفض إقراره، وهذا يعني اختلاف النتائج على كل حالة من الحالات المذكورة.

وسنحاول في هذا المطلب تحديد آثار هذا العقد بالنسبة للمالك الحقيقي قبل إقراره في الفرع الأول ثم بعد إقراره في الفرع الثاني.

الفرع الأول

عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

تنص المادة 2/397 من ق م⁽²⁾ على أنه " وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري " .

يتضح من هنا أنّ المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير، فلا تتصرف إليه آثاره ولا يلزم بأي التزام، ذلك أنّ العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه، والأطراف في هذا البيع هما البائع والمشتري.

وبما أنّ المالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الوارد على ملكه، فإنه لا يحق له رفع دعوى البطلان، لأنّ البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، كل ما في الأمر أنّ المالك لا يتأثر بهذا البيع، ولا يسري في حقه. وفيما يأتي سنوضح حالة رفض المالك البيع الوارد على ملكه من قبل

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في عقد البيع، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص.215.

(2) المادة 2/397 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

الغير وما يترتب على هذا البيع و ذلك بعد التطرق أولاً إلى علاقة المالك بالمشتري ثم إلى علاقة المالك بالبائع ثانياً.

أولاً: علاقة المالك بالمشتري

يبقى المالك طرفاً أجنبياً عن عقد بيع ملك الغير، وبما أنّ المشرع لم يرد أي نصوص خاصة من شأنها أن تنظم علاقة المالك بالمشتري، فإننا نستعين بالقواعد العامة في هذه المسألة، والقواعد العامة تقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقيه، وبالتالي لا تضاف للمالك أي حقوق أو التزامات من تلك التي ينشئها البائع أو المشتري على ملكه، فسواء أجاز المشتري البيع أو أبطله يبقى المالك على ملكه.

وإذا تسلم المشتري المبيع من البائع وحازه فإنه للمالك في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وبدعوى التعويض، فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع فيسترده من تحت يده ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ علمه بالبيع ويرجع على المشتري بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيئ النية⁽¹⁾.

ولكن قد يحدث أن يملك المشتري المبيع على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان منقولاً، أو على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير إذا كان عقاراً، فيدفع المشتري دعوى المالك بتملكه المبيع على أساس الحيازة أو التقادم المقترن بالحيازة⁽²⁾.

إذن فيما عدا الحالة السابقة يحق للمالك استرداد ملكه من المشتري بالرجوع عليه بدعوى الاستحقاق، ورجوع المالك على المشتري في هذه الدعوى يشمل الثمار أيضاً وهذا ما يتضح من نص المادة 1/837 من ق م ج⁽³⁾ التي جاء نصها كالتالي: "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية". فإذا كان المشتري حسن النية، أي لا يعلم بأن البائع غير مالك للمبيع يكسب ما كان قد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.296.

(2) نبيل إبراهيم السعد، المرجع السابق، ص.165.

(3) المادة 1/837 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

قبضه من ثمار ومن ثمة فهو لا يلزم إلا ببرد ما كان قائما منها عند رفع الدعوى عليه، على أن يتحمل المالك ما أنفقه المشتري من مصروفات على حفظ الثمار⁽¹⁾.

تنص المادة 838 من ق م⁽²⁾ على ما يلي: "يكون الحائز سيئ النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها".

يتبين من هذا النص أنه إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير، فإنه يلزم برد الثمار التي قصر في قبضها⁽³⁾.

ولكن لو حدث أن هلك الشيء المباع في يد المشتري الحائز، فإنه في هذه الحالة نفرق في الحكم بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية، فالأول لا يكون مسؤولا عن أي تعويض عما قد ينتفع به تجاه المالك، ولا يسأل كذلك عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف، أما الثاني فهو مسؤول عن هلاك المبيع ولو كان هذا الهلاك ناشئا عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت بأن المبيع كان سيتلف حتى لو كان باقيا في يد المالك⁽⁴⁾.

إذن في حالة الهلاك يتعذر على المالك استرداد ملكه من المشتري، ونلاحظ أن حق المالك في التعويض هنا غير ثابت في كل الأحوال، لهذا كان لابد من تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج من دون علمه، وهذا يعني لابد من رجوع المالك الحقيقي على البائع⁽⁵⁾.

ثانيا: علاقة المالك بالبائع

في علاقة المالك بالبائع يختلف الحكم فيما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أو لا فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري فيكون للمالك الحق في استرداده عن طريق دعوى استحقاق يرفعها عليه، أما إذا دفع البائع دعوى المالك بتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو التقادم

(1) هذا الحكم مستمد من نص الفقرة الأولى من نص المادة 837 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 838 من الأمر 75-58، المرجع نفسه.

(3) هذا الحكم مستمد من نص المادة 838 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(4) عبد الكريم أحمد علي المرتضي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006، ص.208.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.150.

في العقار، فالمالك حينها لا يستطيع استرداد ملكه منه،⁽¹⁾ أما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم، فإنه لا يكون للمالك سوى الرجوع على البائع بالتعويض وذلك بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة أو التقادم، ويكون سبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع لأنّ البائع يبيعه لملك غيره تسبب بالأضرار بالمالك وعلى الأخص إذا كان سيئ النية، لأنه يعتبر مغتصبا، أما إذا ثبت أنّ البائع حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنّه قد ورثه فباعه لم يكن هناك محلا للرجوع عليه بالتعويض فكل ما يكون للمالك هو استرداد ملكه إن أمكن وإلاّ استرد قيمته، ونعتقد أنّ أساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب، إذ لا يجوز أن يثرى البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي⁽²⁾.

الفرع الثاني

إقرار المالك الحقيقي للبيع

نصت المادة 398 من ق م ج⁽³⁾ على أنّه " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري "

يتضح من هذا النص أنّ المالك وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكه دون إذنه، ويترتب على هذا الإقرار عدة نتائج، وهذا ما سنبينه فيما يأتي.

أولا: سريان البيع في حق المالك

أول ما يترتب على إقرار المالك للبيع، سريان هذا البيع في حقه، لأنّه لم يعد هناك مانع من انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ الإقرار إذا كان

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 297.

(2) محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن، ص. ص. 350-351.

(3) المادة 398 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

المبيع منقولاً، ومن تاريخ التسجيل إذا كان عقاراً، فإقرار المالك ليس له أثر رجعي يعود به إلى تاريخ إبرام العقد لأن البائع حينها لم يكن بائعاً وإنما أصبح كذلك بالإقرار الصادر من المالك⁽¹⁾.

ويترتب على إقرار المالك انتقال الملكية إلى المشتري من تاريخ الإقرار لا من تاريخ إبرام العقد كما أنّ الحقوق التي رتبها المالك للغير في الفترة ما بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ إقراره تنتقل مع المبيع إلى المشتري، لأنها بالإقرار تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها،⁽²⁾ كما لو كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل إقرار البائع الصادر من الغير، وكان الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل الإقرار، فهنا تنتقل الملكية إلى المشتري محملة بالرهن أو الارتفاق⁽³⁾. ولا يكون أمام المشتري في هذه الحالة سوى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإقرار الصادر من المالك قد يأخذ الشكل الصريح أو الضمني، ومن صور الإقرار الضمني، توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع، وقد قضي بأنه لا يكون إقرار المالك ضمناً بمجرد قبضه للثمن بل لا بد أيضاً أن يعلم أن هذا هو ثمن ماله المبيع⁽⁵⁾.

وإذا انقلب العقد صحيحاً بهذا الإقرار، يبقى كل طرف من أطراف العقد ملزماً بالتزامه، فيضل البائع ملزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً بإقرار المالك، وبضمان الاستحقاق الجزئي إذا ما رتب المالك حقا عينياً على المبيع قبل إقرار المالك للبيع، كما يلزم أيضاً بضمان العيوب الخفية، أما المشتري فيكون ملزماً بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع⁽⁶⁾.

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في عقد البيع، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 218-219.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 332.

(3) محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 190.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 298.

(5) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 141.

(6) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 299.

ثانيا: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

يترتب على إقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير، تأكيد صحة هذا البيع، وبالتالي سقوط حق المشتري في طلب إبطال هذا البيع وذلك لزوال العقبة التي كانت تمنع انتقال الملكية، ومن ثمة ليس هناك أي حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد.

ويشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال عند إقرار المالك للبيع، أن يصدر هذا الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا كان الإقرار لاحقا لرفع الدعوى فليس للإقرار أي أثر، حتى لو لم يفصل القاضي في دعوى الإبطال، ذلك أن القاضي ينظر في الدعوى كما هي يوم رفعها، لأنه في ذلك الوقت كان المشتري صاحب الحق الوحيد في طلب الإبطال، لذا يتوجب على القاضي أن ينظر في الدعوى بالرغم من صدور الإقرار من المالك في وقت لاحق إذ لا يجوز أن يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى⁽¹⁾.

ثالثا: علاقة المالك بالمشتري

عندما يقر المالك الحقيقي البيع الوارد على ملكه من قبل الغير، ويسري هذا البيع في حقه يسقط حق المشتري في طلب إبطاله، يقع المالك في معادلة بيع ملك الغير بعد الإقرار، بمعنى يمكن أن يحل المالك المقر محل البائع فتقوم العلاقة التعاقدية بين المالك المقر المشتري مباشرة، كما قد يحدث أن ينظم المالك بعد الإقرار إلى البائع ليصبح ملتزما معه في مواجهة المشتري، كما قد يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة وانقسموا إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ينشئ علاقة مباشرة بين المالك المقر والمشتري، فيحل المالك الحقيقي محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته قبل المشتري، وذلك من تاريخ إقراره. فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسلّم المبيع، كما يجوز للمشتري أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية، ويترتب على إقرار المالك للبيع وعلى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد أن تبرأ أيضا ذمة البائع من هذه الالتزامات، وإذا أحل المالك ببعض الالتزامات الناشئة عن العقد

(1) محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص.446.

كان البائع مسؤولاً معه عن ذلك ولا تبرأ ذمة البائع من هذه الالتزامات إلا بالوفاء بها من طرفه أو من طرف المالك⁽¹⁾.

وقد إنتقد هذا الرأي على أساس أنّ الإقرار الذي يصدر بإرادة المالك وحده دون تدخل من المشتري، يترتب عليه تغيير في شخص المدين بغير إرادة الدائن، وهذا ما قد يضر بالمشتري إذا رهن المالك المبيع بعد البيع وقبل الإقرار، فيسري الرهن في حق المشتري وذلك لعدم تأثر الحقوق التي يرتبها المالك للغير قبل صدور الإقرار، وإذا كان المالك معسراً فلن يجد المشتري حقه في الرجوع عليه بالضمان⁽²⁾.

الرأي الثاني: يتجنب هذا الرأي الانتقاد الموجه للرأي الأول ويرى بانضمام المالك إلى العقد بحيث يصبح هو والبائع ملتزمين به، أي مسؤولين مسؤولية متضامنة في مواجهة المشتري، وبهذا يكون صاحب هذا الرأي قد تجنب إلحاق الضرر بالمشتري⁽³⁾.

الرأي الثالث: وهذا الرأي يتجه إلى أنه إذا اقتصر المالك على مجرد إقرار البيع، دون أن يبرم أي اتفاق بينه وبين البائع والمشتري بشأن الالتزامات والحقوق التي رتبها العقد، فيجب أن يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع و بين ترتيب أثره في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري كما هي دون تغيير⁽⁴⁾.

والرأي الغالب هو كون الإقرار لا يتعدى مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، وهذا ما يتفق مع نص المادة 398 من ق م ج⁽⁵⁾.

(1) عبد الكريم أحمد علي المرتضي، المرجع السابق، ص.231.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.156.

(3) عبد الكريم أحمد علي المرتضي، المرجع السابق، ص.231.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.374.

(5) محمد حسنين، المرجع السابق، ص.167.

المبحث الثاني

جزاء بيع ملك الغير وتطبيقاته

يعد البيع من أهم التصرفات المالية، و قد تكون أخطرها إذا ما تعلق هذا البيع بملك الغير، هذا ما جعل القوانين المقارنة تضع نصوصا تبين لنا فيها جزاء بيع ملك الغير، وبما أن دراسة موضوع بيع ملك الغير في جانبه النظري لا يكفي ، فإن الأمر يستدعي تطبيق أحكامه على أرض الواقع، ولما كان هذا البيع يرد على المنقول كما يرد على العقار، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول جزاء بيع ملك الغير ونعقبه في المطلب الثاني بتطبيقات بيع ملك الغير.

المطلب الأول

جزاء بيع ملك الغير

أجمعت التشريعات الحديثة على أن بيع مال الغير باطل في الأساس، كما أجمع الفقه والقضاء على ذلك، مع خلاف في النظريات الفقهية حول الجزاء المترتب على هذا النوع من البيوع، لذلك سنقوم بعرض النظريات التي قيلت في هذا الشأن، وبما أن الفقه الإسلامي يقف موقف مغاير لموقف القانون فإن الأمر يستدعي التعرض للنظريات التي جاء بها والتي بينت جزاء بيع ملك الغير. لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول جزاء بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي وفي الثاني جزاء بيع ملك الغير في القانون الوضعي.

الفرع الأول

جزاء بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء المسلمين في حكم بيع ملك الغير، إذ هناك من يرى أن بيع الفضولي باطل، وقرروا عدم صحته، ومنهم من قال بإجازة بيع الفضولي متوقفا على إقرار المالك الحقيقي، لذا سنقسم هذا الفرع إلى ثلاث عناصر، نتعرض أولا إلى الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي، ثم إلى الرأي القائل بصحة بيع الفضولي ثانيا، ثم نرجح أحد الرأيين ثالثا.

أولاً: نظرية البطلان

يرى أنصار هذه النظرية أنّ بطلان بيع الفضولي مؤسس على انتفاء الملكية والولاية اللذان يعتبران من شروط الانعقاد، وفي بيع الفضولي لا يكون البائع لا مالكا ولا متمتعا بولاية التصرف في المبيع، ومن ثمة يكون تصرفه بالبيع من دون إذن صاحبه باطلا من أساسه، ولا يترتب عليه أثر لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير⁽¹⁾، وبما أنّ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإنّ هذا البيع لا يصح ولو أجازه صاحب الشأن، وحتى لو انتقلت ملكية المبيع إلى البائع، لأنّ الإجازة تؤثر في عقد موجود، ومادام هذا العقد لا وجود له من نشأته، فلا تصيره الإجازة موجودا وحسب رأيهم فإنّ الطريقة المثلى لتصحيح هذا البيع هي أن يعاد إبرام العقد من جديد بين البائع والمشتري، لأنّ العقد الأول لا وجود له ويعتبر كأنه لم يكن⁽²⁾.

واستدل هؤلاء الفقهاء على بطلان بيع الفضولي بأدلة من القرآن والسنة النبوية الشريفة ومصدري القياس والمعقول وتتجلى هذه الأدلة فيما يلي:

1- القرآن الكريم: أول دليل على بطلان بيع الفضولي قوله تعالى في الآية الكريمة: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁽³⁾، يتضح من قوله تعالى أنّ بيع الفضولي يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل، مما يؤدي إلى بطلانه كما أنّ إجازة المالك اللاحقة لا تصححه لأنّ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة. أمّا الدليل الثاني فهو قوله تعالى: "قل أغير الله أبغي ربا وهو رب كل شيء ولا تكسب كل نفس إلاّ عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى"⁽⁴⁾، يتضح هنا أنّ هذه الآية أفادت بطريق الحصر أنّ كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره، ولو صح تصرف الفضولي لكان ذلك استنادا لكسب الإنسان على غيره وهو ما يتنافى مع هذه الآية، كما أنّ الفضولي في عقد البيع لا يستطيع ولا يمكنه أن يملك المشتري المبيع ولا أن يملك المالك الثمن.

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 71-72.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 23.

(3) سورة النساء الآية (29).

(4) سورة الأنعام الآية (164).

2-السنة النبوية الشريفة: من بين الأحاديث النبوية التي استدلوا بها الحديث الشريف القائل: "لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك" (1)، فحسب هذا الحديث إذا قام الفضولي ببيع ما لا يملك فهذا العقد يعتبر باطل ذلك أنّ الشخص لا يبيع إلا ما يملك، كذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك" (2) ففي هذا الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الشيء غير المملوك للبائع، وأنّ بيعه يعتبر باطلاً لأنّه تصرف فيما نهى عنه الشارع الحكيم والنهي بمقتضى البطلان (3).

3-القياس: يرى أنصار هذه النظرية أنّ من يبيع مال الغير فإنّه يبيع شيئاً لا يقدر على تسليمه، فكان حاله كحال من يبيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، وهو بيع باطل بالإجماع، ويؤخذ على هذا البيع أنّه باطل لانعدام محل العقد في حالة بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، أمّا بيع الفضولي فمحلّه شيء موجود ولأنّ هذا المحل مملوك لغير البائع توقفت آثار العقد على إجازة المالك الحقيقي (4).

4-المعقول: المعقول في نظر هؤلاء الفقهاء هو صدور العقد ممن له ولاية إصداره، وهذه الولاية لا تتحقق إلا بالملك أو بالإذن، والولاية كالأهلية يجب أن تكون كاملة ولأنّ الانعقاد يعني الارتباط بين كل من المتعاقدين، بحيث يتمكن كل منهما من تمكين الآخر من أحكام العقد كاملة، يقع بيع الفضولي باطلاً لأنّ الفضولي لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع فهو ليس صاحب ولاية وانعدام الولاية في نظرهم يعني بطلان البيع (5).

ويرون أنّ حكم العقد لا يجوز أن ينفصل عن سببه، وإلاّ كان حكم العقد باطلاً أو غير منعقد لأنّه لا معنى للعقد إلاّ كونه مفيداً للحكم الذي وضع له. فالبيع مزيل للملك وولاية إزالة الملك يكون

(1) المجموع النووي، ج9، المطبعة المنيرية بالقاهرة، د ب ن، د س ن، ص.286.

(2) الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ج5، ط1؛ دار الحديث، القاهرة، 2000، ص.163.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.25.

(4) محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص. ص.56-57.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.73.

بصدورها عن المالك. لهذا فبيع الفضولي باطل لاستحالة انعقاد السبب فيه، وهو عدم ملكية الفضولي للمبيع⁽¹⁾.

ولقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة من قبل بعض الفقهاء المسلمين على النحو التالي:

الدليل الأول من القرآن انتقد على أنه لا يصح القول أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة تلحقه، وبما أن بيع الفضولي لا يرتب آثاره إلا إذا لحقته الإجازة فإنه لا يمكن القول أن هذا البيع فيه أكل لأموال الناس بالباطل⁽²⁾، أما الدليل الثاني انتقد على أن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج العقد أي أثر⁽³⁾. أما أدلة السنة فانتقدت على أساس أن استنادهم للحديث الأول الذي يتضمن النهي خاص بالتصرفات المنتجة لآثارها، بينما بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك، أما فيما يخص الحديث الثاني فانتقد على أساس أنه جاء بمناسبة بيع الرجل شيئاً غير موجود عنده وسيقوم بشرائه ليقوم بتسليمه للمشتري، وهذا فيه غرر والغرر لا يجوز لأنه من المحتمل أن لا يجد الشيء في السوق⁽⁴⁾.

أما القياس فانتقد على أساس أن بيع السمك في الماء والطيور في الهواء، هي بيوع باطلة لانعدام محلها، أما بيع الفضولي وإن كان محله مملوكا لغير البائع إلا أنه موجود، لهذا تتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك⁽⁵⁾.

أما الحجج التي استمدها أصحاب نظرية البطلان من العقل يرّد عليها من زاويتين فالأولى تتجلى في أن القول بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا شرط لانعقاد قول غير مسلم به، لأن أغلب الفقهاء يرون أنها شرط من شروط الانعقاد، والتسليم بهذا القول يؤدي إلى عدم انعقاد تصرف الفضولي أي بطلانه⁽⁶⁾، أما الثانية فإن الحكم قد ينفصل عن السبب وليس كما يقولون بعدم جواز ذلك، لأنه تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما هو الحال في البيع بشرط الخيار، وإجازة المالك تجعل الشيء مملوكا للمشتري من وقت العقد وإن ردّ فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له⁽⁷⁾.

(1) عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 138.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 74.

(3) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 24.

(4) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 75-76.

(5) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع نفسه، ص. 76.

(6) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 29.

(7) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 77.

يتضح لنا مما تقدم أنّ بيع الفضولي في ظل هذه النظرية باطل بصريح القرآن والسنة، وذلك لتخلف المحل.

ثانياً: نظرية الصحة

يرى أنصار هذه النظرية أنّ من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، بحيث أنّه إذا أجاز المالك العقد تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من المشتري، أمّا إذا لم يجرز تصرف الفضولي بطل التصرف، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن فله الرجوع على الفضولي أو البائع لاسترداد الثمن⁽¹⁾. وهذا كله يتطلب توفر شرطين هما⁽²⁾:

1- ألا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه، فإن وجد نفاذاً عليه ولم يجزه المالك الحقيقي يعتبر نافذاً على الفضولي ولا يتوقف.

2- أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه، كأن يبيع عقار راشد أو عقار صغير بمثل القيمة، فإنّ للمالك الراشد ولولي الصغير إجازة ذلك العقد لأنّهما يملكان إنشاء هذا البيع، أمّا إذا باع عقار صغير بغبن فاحش أو وهب ماله، فإنّ العقد يعتبر باطلاً ولا يتوقف على الإجازة لأنّها إن صدرت من الصغير فهي غير معتبرة لأنّه ناقص الأهلية، وإن صدرت من وليه تكون غير معتبرة كذلك لأنّه لا يملك مباشرة تصرف ضار بالصغير.

فالعقد الموقوف إذن عقد صحيح إلاّ أنّه لا ينتج آثاره لا في مواجهة الغير ولا بين المتعاقدين ولكن ينتج آثاره إذا أجاز المالك الحقيقي، وقد استدلت أنصار هذه النظرية بعدة أدلّة من القرآن والسنة، ففي القرآن الكريم استدلوا بالآية الكريمة " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله"⁽³⁾ وهذه الآية في نظرهم تدل على جواز البيع بالإطلاق، أي سواء كان نافذاً أو موقوفاً. كذلك قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽⁴⁾ وهذا يعني أن عدم إذن المالك لا ينفي للعقد وصفه بالعقد.

(1) عبد الودود يحيى، "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة العدد الأول والثاني، مارس 1955، ص. 87.

(2) محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص. 61-62.

(3) سورة الجمعة الآية (10).

(4) سورة المائدة الآية (1).

أمّا في السنة النبوية الشريفة فقد استدلّوا بحديث عروة البارقي الذي وكله الرسول صلّى الله عليه وسلّم أن يشتري له شاة فاشترى له شاتين، وباع الثانية دون أن يرجع إلى الرسول (ص) في أمر بيعها فإنّ الرسول عليه الصلاة والسلام لهذا البيع يدل على صحته، إذ لو لم يكن كذلك لما أقره ولما دعا له بالبركة، بل لأمر برد الشاة وإعادة الدينار إلى صاحبه، فبيع الفضولي إذا يعتبر صحيحاً⁽¹⁾.

وهذه النظرية تعرضت أيضاً لعدة انتقادات والتي شملت جميع الأدلة التي استند إليها أصحاب هذه النظرية للتدليل على صحتها، وتتمثل هذه الانتقادات فيما يلي:

لقد انتقدت آياتهم في القرآن على أنّ هذه الآيات وردت في مشروعية البيع الذي استكمل أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته ونفاذه، وبيع الفضولي لم يستكمل شروطه لانعدام الرضا من المالك الحقيقي، وفقدان المحل.

أمّا فيما يخص دليلهم في السنة فلقد انتقد على أنّ العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الباطل لأنّ الإجازة لا تصحح العقد الباطل، وعلى أنّ عروة ما كان وكيلاً للنبي (ص) وكالة مطلقة وما يدل على ذلك أنّه باع الشاة وسلّمها واشترى أخرى بثمن أقلّ وعند المخالف لا يجوز التسليم إلّا بإذن المالك⁽²⁾.

ثالثاً: الموازنة بين النظريتين

من خلال كل ما سبق فإنّ الرأي الراجح هو الرأي القائل بتوقف آثار بيع الفضولي على إجازة المالك، لأنّه يتماشى مع القواعد الفقهية، ذلك أنّ العقد يمكن أن ينعقد مع تخلف حكمه، فالبيع مع اشتراط البائع خيار الشرط عقد منعقد ومع ذلك لا يخرج المبيع من ملكية البائع وهذا بإجماع الفقهاء⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 138.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 34-36.

(3) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 83.

الفرع الثاني

جزاء بيع ملك الغير في القانون الوضعي

نصت المادة 1/397 من ق م ق على أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع...."، يتضح من هذه المادة أنّ القانون الجزائري رتب على بيع ملك الغير الحكم بإبطاله لصالح المشتري، كما يلاحظ على هذه المادة أنّها جاءت غامضة وقاصرة في تنظيمها لهذا الجزاء، مما جعل آراء الفقهاء تضاربت في هذه النقطة، لذا سنحاول في هذا الفرع توضيح جزاء بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وذلك بالتعرض أولاً إلى الجزاء المستمد من القواعد العامة ونبحث عن الطبيعة الخاصة لبيع ملك الغير ثانياً.

أولاً: القواعد العامة و بيع ملك الغير

لقد تعددت آراء الشراح واختلفت مذاهبهم اختلافاً كبيراً في تأصيل أحكام بيع ملك الغير، غير أنّه يمكن ردها جميعاً إلى خمسة آراء رئيسية، فالأول يسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم ويردها إلى نظرية الفسخ، والثاني يتمسك بنص القانون الذي يقرر أنّ بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً والثالث يرى بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً لإمكان التوفيق بين نص القانون والنتائج التي وصلت إليها المحاكم، والرابع يسلم بتوقف بيع ملك الغير على إقرار المالك الحقيقي والخامس يرى تحول العقد من عقد ناقل للملكية إلى مجرد عقد منشئ للالتزامات.

وفيما يأتي سنعرض كل من هذه النظريات الخمس مع تقديرها ونقدها، ثم نعقبها بتوضيح الرأي الراجح في تكيف هذا البطلان.

1- نظرية الفسخ: ذهب رأي من الفقه إلى أنّ بيع ملك الغير يعتبر صحيحاً، ولو لم ينقل الملكية إلى المشتري، لأنّ نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع، والدليل على ذلك هو أنّ أنواعاً كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك مسلم بصحتها كبيع المثليات وبيع الأشياء المستقبلية وغيرهم⁽¹⁾.

(1) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 65.

فإذا لم يقم بائع مال الغير بتنفيذ التزامه بنقل الملكية جاز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض، سواء كان البائع حسن أم سيء النية⁽¹⁾، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه، 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 مجال للمشتري لطلب الفسخ⁽²⁾ ويخلص مؤيدو هذه النظرية إلى أن النتائج التي ترتبها المحاكم على أحكام بيع ملك الغير تتفق مع قواعد الفسخ وليس مع قواعد البطلان، وإن استعمل القانون لفظ البطلان وليس لفظ الفسخ⁽³⁾.

لقيت هذه النظرية اعتراضا كبيرا من الفقه رغم قوة حجج أنصارها فهي من ناحية تصطدم بنص القانون الذي يقضي في هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ⁽⁴⁾، ومن ناحية أخرى فإنها تتجاهل التطور الذي حصل في طبيعة عقد البيع في القانون الحديث، حيث صار البيع ناقلا للملك بذاته، وإذا كان القانون الحديث مازال يعتبر بعض أنواع البيوع صحيحة مع أنها لا تنتقل الملكية بذاتها، فما ذلك إلا استثناء من الأصل يسمح بالقول بأن البيع في القانون الحديث صار نوعين: أحدهما يقصد أن ينقل الملكية في الحال لأن نقل الملكية من مستلزماته وهو الأصل، والنوع الثاني يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية فلا يعتبر نقل الملكية من مستلزمات العقد بمجرد انعقاده، وهذا هو الاستثناء ويشمل البيوع التي ترد على أموال مستقبلية أو على أموال حاضرة غير معينة بالذات.

وإذا ورد بيع ملك الغير على عقد ناقل للملكية فإن هذا البيع يقع باطلا لاستحالة نقل الملكية بمجرد إبرام العقد⁽⁵⁾ كما يعترض على هذه النظرية لأنها تؤدي في بعض المسائل إلى نتائج تخالف التي قررتها المحاكم من ذلك أن قواعد الفسخ تقضي بأنه لا يجوز طلب الفسخ إلا باعذار المدين، في حين أن المحاكم تسلّم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال دون اعذار البائع، وأن قواعد الفسخ تجيز للمحكمة أن تمنح المدين أجلا للوفاء في حين أن المحاكم تقضي بأنه متى طلب المشتري الإبطال تعين

(1) GAUDMENT, Traite generale des obligations, Paris, 1937, p.107.

(2) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.103.

(3) الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص.104.

(4) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.524.

(5) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع نفسه، ص. 524-525.

الحكم له به، أي أنّ المحاكم لا تملك في طالب الإبطال سلطة التقدير خلافا للأمر فيما يتعلق بالفسخ⁽¹⁾.

كما أنّ قواعد الفسخ ترفض طلب الفسخ إذا عرض المدين الوفاء قبل النطق به، في حين أنّ المحاكم تقضي بأنّ إقرار المالك لبيع ملك الغير أو كسب البائع ملكية المبيع لا يحول أيهما دون الحكم بالبطلان، إلاّ إذا حدث قبل إقامة المشتري لدعوى الإبطال، والأهم من ذلك كله أنّ القانون قضى بالبطلان لا بالفسخ، ولو أراد المشرع الفسخ لنص عليه⁽²⁾.

وقد أدت هذه الانتقادات إلى الإعراض عن هذه النظرية.

2- نظرية البطلان المطلق: ذهب فريق آخر من الشراح إلى أنّ القانون قد نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يرتب عليه أية أحكام، وذلك لا يسمح بالقول بأنّ هذا البطلان نسبي فيكون مطلقاً⁽³⁾. أمّا إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه ليس العقد وإنما خطأ البائع في بيع ما لا يملك، إذ أنّ العقد بين بائع ملك الغير والمشتري قد وقع باطلاً بطلانا مطلقاً سواء لانعدام سبب التزام المشتري وهو نقل الملكية إليه من البائع، أو لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد⁽⁴⁾.

لقد اعترض على هذا الرأي من حيث استناده إلى انعدام سبب التزام المشتري بأنّ هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه، ومن حيث استناده إلى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأنّ هذه الاستحالة نسبيّة لا يترتب عليها بطلان العقد⁽⁵⁾، واعترض عليه ثانياً من حيث أنّ بطلان بيع ملك الغير يختلف عن البطلان المطلق في أحكامه فالبطلان المطلق يجوز التمسك به من قبل كل من له مصلحة في ذلك، بينما بطلان بيع ملك الغير لا يجوز أن يتمسك به سوى المشتري دون البائع أو المالك الحقيقي. كما أنّ البطلان المطلق لا

(1) محمد عبد الظاهر حسن، دعاوى عقد البيع، ط2؛ دار النهضة العربية للطباعة و النشر، القاهرة، 1995، ص.11.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.276.

(3) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.65.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.276.

(5) عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.124.

تصححه الإجازة عكس بيع ملك الغير الذي يصح إذا أقره المالك الحقيقي أو أجازته المشتري، فلا يمكن القول مع هذا كله أن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقاً⁽¹⁾.

3- نظرية البطلان النسبي: ذهب بعض شراح القانون إلى أن بطلان بيع ملك الغير نسبي باعتبار أن هذا النوع من البطلان هو الذي يسمح بترتيب جميع الأحكام التي رتبها المحاكم على بيع ملك الغير غير أنهم اختلفوا حول تأسيس هذا البطلان، فأرجعه البعض إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا، وأرجعه البعض الآخر إلى غلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكا للبائع⁽²⁾.

لقد أخذ على هذا الرأي أن الغلط كسبب للإبطال يشترط فيه أن يكون البائع حسن النية والأمر على عكس ذلك في بيع ملك الغير، إذ أنه لا يعتد في بطلان بيع ملك الغير بحسن أو سوء نية البائع⁽³⁾، كما اعترض على هذا الرأي في أن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلان نسبي قول لا يتفق مع أهم حكم من أحكام بيع ملك الغير، وهو أنه لا ينقل ملكية البيع، وبالعكس من ذلك ينتج العقد الباطل بطلان نسبي جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحا صحة تامة لا مطعن عليها إلى أن يتقرر بطلانه⁽⁴⁾.

4- نظرية العقد الموقوف: ذهب بعض الشراح إلى أن بيع ملك الغير لا يمكن أن يخضع إلى جزاء من الجزاءات التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني فلا يمكن وصف بيع ملك الغير بأنه باطل بطلان نسبي لأن أحكام هذا البطلان لا تنطبق عليه⁽⁵⁾.

وبالرغم من قوة هذا الرأي المستمد من قواعد الفقه الإسلامي إلا أنه يتعارض مع التنظيم القانوني لبيع ملك الغير، هذا التنظيم الذي يجعل بيع ملك الغير ينتج كافة آثاره من وقت انعقاده ماعدا انتقال الملكية على عكس العقد الموقوف، كما أن أحكام بيع ملك الغير حسب القانون الوضعي لا تتفق مع فكرة العقد الموقوف حسب الشريعة الإسلامية، ولا يمكن بحال من الأحوال الرجوع إلى أحكام

(1) محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.183.

(2) HENRI, LEON JEAN, MAZEAUD-leçons de droit civil-tome3 (principaux contrats) deuxième volume, éditions Montchrestien , p. 73.

(3) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، المرجع السابق، ص.157-158.

(4) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص.72.

(5) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.526.

الشريعة الإسلامية إلا في حالة غياب النص التشريعي وفي بيع ملك الغير يوجد نص تشريعي صريح يجعله بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وليس عقدا موقوفا على إقرار المالك⁽¹⁾.

5- نظرية تحول العقد: هناك رأي ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس، يقول أن بيع ملك الغير باطل بطلان مطلق لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ثم يكمل نظرية البطلان بنظرية تحول العقد فيتحول بيع ملك الغير طبقا لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فورا إلى بيع منشئ للالتزامات فحسب متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الناقل للملكية لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. وقد فرض المشرع فرضا غير قابل لإثبات العكس وهو أن نية البائع المحتملة انصرفت إلى تحول عقد البيع على هذا النحو، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلى غاية ثبوت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول⁽²⁾.

لهذا يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير تطبيقا تشريعا لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضا غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري. وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير المتقدمة، وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء إلى فكرة بطلان هذا البيع بطلانا نسبيا⁽³⁾.

أخذ الدكتور السنهوري على هذا الرأي أمرين⁽⁴⁾:

1- القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلان مطلق يتعارض تعارضا واضحا مع صريح نصوص التقنين المدني المصري التي تعتبر نصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلان مطلق.

2- والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة، فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد-لا بعد ذلك- إلى العقد الجديد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 281.

(2) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 529-530.

(3) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع نفسه، ص. 530.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 280.

بدلاً من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل، فإمّا أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع، وإمّا ألا يكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول وينبغي ان يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

يتضح من الانتقادات الموجهة لهذه النظريات أن بيع ملك الغير لا يقوم على أساس من القواعد العامة.

ثانياً: نظرية البطلان من نوع خاص

من بين أهم الآراء في مسألة تأصيل بطلان بيع ملك الغير، نجد اعتباره بطلان من نوع خاص لا يخضع للقواعد العامة، وقد يكون من أهم أسباب بروز هذا الرأي، عجز أصحاب الآراء السابقة في تأصيل بطلان بيع ملك الغير على أساس الفسخ، البطلان المطلق، البطلان النسبي وتحول العقد⁽¹⁾.

وقد تبنى هذا الرأي الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري الذي أرجع أساس بطلان بيع ملك الغير إلى النص التشريعي في حد ذاته، معللاً ذلك بأن بيع ملك الغير لا يمكن اعتباره بطلان يخضع للقواعد العامة، علماً أنه وفقاً لهذه القواعد لا يقرر البطلان إلا لنقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضا لذا كان لا بد من نص ينشئ بطلان بيع ملك الغير⁽²⁾، وقد تحجج أصحاب هذا الرأي، أنّ نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالإيجار مثلاً لا يستند على أي أساس فني وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية⁽³⁾.

ولكن انتقد هذا الرأي من طرف بعض شراح القانون، إذ أنّهم وضحو أنّ اعتبار هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئاً، وهو سوى تسليم بعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير إلى القواعد العامة⁽⁴⁾.

(1) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص. 76.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 283-284.

(3) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص. 78.

(4) سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 528.

نخلص إلى أنّ بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وهذا البطلان ليس لا بطلان مطلق ولا نسبي، وإنما هو بطلان خاص قرره المشرع بنص خاص⁽¹⁾، وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج، نجد أنّ المشرع أراد أن يفرد بيع ملك الغير بحكم خاص، كون أنّ تطبيق القواعد العامة عليه تؤدي إلى نتائج غريبة، كما أنّ الرجوع إلى القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بعقد البيع، نجد المادة 397 مدرجة ضمن الجزء المخصص بالبيوع الخاصة.

ومن ثمة لو كان المشرع يريد تطبيق القواعد العامة على بيع ملك الغير، لكان أدرجها تحت باب عيوب الرضا أو الالتزامات... الخ من الآراء التي سبق ذكرها مما يجعل الرأي القائل بالبطلان من نوع خاص جدير بالاهتمام⁽²⁾.

وهذا ما جعل العديد من شراح القانون المدني، يرون أنّ بطلان بيع ملك الغير من نتائج المادة 466 من ق م م وليس بأي حال من الأحوال تطبيق أحكام البطلان النسبي، وأنّ هذا النص منسئ للبطلان لا كاشف عنه⁽³⁾.

المطلب الثاني

تطبيقات بيع ملك الغير

بالاستناد إلى مفهوم وأحكام بيع ملك الغير، يتضح لنا أنّ محله لا يخرج عن كونه إمّا منقول أو عقار وبما أنّ هذا النوع من البيوع يخضع للقواعد العامة فإنّه يتعين التعرّض إلى تطبيقات هذا النوع الخاص من البيوع سواء على العقار في الفرع الأول أو على المنقول في الفرع الثاني.

(1) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص.79.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 219-220.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.283.

الفرع الأول

بيع عقار مملوك للغير

نصت المادة 683 من ق م ج (1) على أنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله بدون تلف فهو عقار، غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أنّ العقار هو كل شيء لا يمكن نقله بدون تلف وهذا هو الأصل، أمّا الاستثناء هو أنّه هناك عقارات بالتخصيص تكون في الأصل منقولات ولكنها سخرت لخدمة العقار مما يجعلها متصلة به اتصالا وثيقا، وبما أنّ العقار يخضع لنظام خاص به فيجب تطبيقه، وبما أنّ بيع عقار مملوك للغير يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالعقار، فإنّ هناك رأيان مختلفان في تحديد طبيعة هذا البيع.

أولا: الاتجاه القائل برضائية بيع العقار: إنّ بيع العقار هو عقد رضائي يترتب جميع آثاره عدا نقل الملكية وبالتالي فإنّ بيع العقار غير المسجّل في دائرة الشهر العقاري هو الآخر عقد رضائي يترتب عليه جميع آثاره عدا نقل الملكية التي لا تنتقل إلّا بالتسجيل في الدائرة المختصة (2).

ومن المقرر قانونا في بيع ملك الغير أنّه يجوز للمشتري وحده إبطال العقد، حتّى ولو كان يعلم وقت البيع أنّ المبيع غير مملوك للبائع، إذ لم يشترط القانون حسن نية المشتري إلّا في طلب التعويض وبمعنى آخر يجوز للمشتري طلب إبطال البيع بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع، بغض النظر عن ما إذا كان على علم بذلك أو لا وقت إبرام البيع، لأنّ في بيع العقار المملوك للغير لا تنتقل الملكية إلى المشتري حتّى ولو تمّ تسجيل البيع إلّا إذا كان البائع مالكا له (3).

فحسب هذا الرأي عقد البيع هو عقد رضائي وليس شكلي، إذ أنّ إجراء التسجيل هو شرط لإمكان التنفيذ على أحد آثار عقد البيع وهو نقل الملكية إلى المشتري وليس شرطا لانعقاد البيع، فانتقال ملكية العقار المبيع يتوقف على تسجيل عقد البيع، أمّا الآثار الأخرى فهي غير متوقفة على تسجيل البيع والدليل على ذلك هو أنّه لا يوجد نص يقضي ببطلان بيع العقار غير المسجل، كما أنّ الالتزامات

(1) المادة 683 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.94.

(3) محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي (الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل)، ط2؛ منشأة المعارف

الإسكندرية، د س ن، ص.372.

التي يربتها العقد الغير مسجل هي التزامات شخصية بين ذوي الشأن ولا يكون نافذا في حق الغير فتطلب الشهر في بيع العقار لا يجعل منه عقدا شكليا⁽¹⁾.

وبما أنّ بيع العقار لا يؤدي إلى نقل الملكية العقارية مباشرة وإنما لا بد من إجراء التسجيل فإنّه هناك آراء متعددة قيلت حول تحديد طبيعة هذا البيع وهي على التوالي.

1- **بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل:** هذا الرأي يفرق بين بيع عقار الغير قبل تسجيله وبعد تسجيله فجعله صحيحا قبل التسجيل وباطل بعده، وقد استندوا في ذلك إلى أنّ البيوع العقارية قبل تسجيلها لا تكون ناقلة للملكية بذاتها، وإنما يلزم لهذا الأمر التسجيل، وبالتالي لا يصح القول بأنّ بيع عقار الغير باطل قبل التسجيل، ذلك أنّه حتّى نكون بصدد بيع ملك الغير لا بد من عقد بيع ناقل للملكية والحال ليس كذلك، بينما بعد التسجيل فإنّ البيع يصبح ناقلا للملك ومن ثمة نكون أمام بيع عقار الغير في حالة ما إذا باع شخص عقار غيره فيكون باطلا⁽²⁾.

2- **بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده:** يرى هذا الرأي أنّ علة بطلان بيع ملك الغير هي أنّ الملكية في البيع يتعين انتقالها في الحال، وبيع ملك الغير لا ينتج هذا الأثر، ونظرا لزوال هذه العلة بصدور قانون التسجيل فإنّ بيع عقار مملوك للغير يكون صحيحا قبل التسجيل وبعده⁽³⁾.

3- **بيع عقار الغير قابل للإبطال بنص القانون:** إنّ قانون التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير إذ لا يزال البيع ناقلا للملكية، وإن كانت هذه الملكية تتراخى إلاّ أنّ يتم التسجيل وبالتالي فإنّ بيع عقار الغير قابلا للإبطال سواء قبل التسجيل أو بعده⁽⁴⁾.

وهذا الرأي هو الراجح لأنّ عقد البيع ناقل للملكية في حد ذاته، والاستثناءات التي جاءت عليه لا تقوى على تغيير طبيعته، وبالتالي فإنّ حكم بيع عقار الغير هو حكم بيع ملك الغير والمتمثل في قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري⁽⁵⁾.

(1) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 94-96.

(2) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 81-82.

(3) رمضان جمال كامل، المرجع نفسه، ص. 82.

(4) أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 105.

(5) رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 83.

ثانيا: الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار: ينادي هذا الرأي بشكلية عقود بيع العقار وهذا بناء على المادة 793 من ق م ج (1) التي تنص على أنه " لا تنتقل ملكية الحقوق العينية 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"،

يتضح من خلال هذه المادة أنه لا يكون للبيع أثر إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وبما أن تخلف الشكل سبب من أسباب البطلان فإن تخلفه في عقد بيع العقار يجعل هذا البيع باطلا، وبالتالي لا يرتب آثاره من نقل ملكية المبيع . وتوفر هذا الشرط في العقود يجعلها عقود مشهورة لها قوة ثبوت مطلقة وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس تهدف إلى تأمين المعاملات العقارية، ومقتضاها أن كل ما أثبت في السجل العيني هو الحقيقة التي لا يمكن الطعن فيها، فتنقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى بالشهر إلى المتصرف إليه خالصا من كل شك، ومن أصبح مالكا لعقار مسجل في الشهر العقاري يصبح مالكا له بصفة قطعية ونهائية حتى ولو استند البيع إلى أساس باطل (2).

فبيع العقار لا يزال على طبيعته ناقلا للملكية سواء سجل أم لم يسجل، فلم يغير قانون التسجيل من طبيعة عقد البيع، فالتسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، فلو كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فإنه ينبغي أن يكون كذلك بعده، ولما كان بيع عقار الغير قابلا للإبطال قبل التسجيل فإنه يجب أن يستمر كذلك بعده (3)، زيادة على ذلك فإن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه (4).

يتضح لنا من خلال ما سبق أن بيع عقار مملوك لغير يكون صحيحا إذا تم شهره في السجل العقاري مما يؤكد على شكلية عقد البيع وتخلف هذا الركن الشكلي يؤدي إلى بطلان عقد البيع، فالقيام بعملية مسح الأراضي أمر ضروري لأن ذلك يضيف الطابع الرسمي على التصرفات التي ترد على العقارات وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر من ق م ج (5) والمادة 61 من المرسوم 63/76

(1) المادة 793 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) محمد حسنين، المرجع السابق، ص.189.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.286.

(4) محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، ط1؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص.515.

(5) راجع المادة 324 ككرر من الأمر 75-58، المرجع السابق.

الصادر في 1976/03/25⁽¹⁾ وقد نصت هذه الأخيرة على ما يلي: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

والمشرع الجزائري فيما يخص تسجيل عقد بيع العقار نجده قد تبنى نظام الشهر العيني والذي يتم فيه شهر التصرفات وفقا للعقار وليس وفقا لأسماء مالكيها كما هو الحال في نظام الشهر الشخصي، بحيث أنه لكل عقار في هذا النظام بطاقة تحمل الرقم الذي رقم فيه هذا العقار في خريطة المسح، وهذه البطاقة تبين لنا طبيعة العقار وموقعه ومساحته وحدوده واسم مالكه وجميع التصرفات والحقوق الواردة عليه وهذا ما يعرف بمبدأ التخصيص⁽²⁾، فالشخص الذي يريد التعامل في عقار معين يمكنه أن يطلع على بطاقته العقارية لكي يعرف اسم المالك والتصرفات الواردة عليه وما يتقله من أعباء، ولا يتم شهر الوثائق محل الإيداع في المحافظة العقارية إلا بعد مراجعة سابقة لها وهذا ما يعرف بمبدأ المشروعية⁽³⁾.

الفرع الثاني

بيع منقول مملوك للغير

تنص المادة 683 من ق م ج⁽⁴⁾ على أنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

يتضح من خلال هذه المادة أن المنقول هو عبارة عن كل شيء يمكن نقله دون تلف، فهذه المادة عرفته بطريقة الإقصاء بحيث أنه ما لا ينطبق عليه أوصاف العقار فهو منقول، وهناك نوعان من المنقول وهما منقولات معينة بالنوع تنتقل ملكيتها عن طريق الفرز، ومنقولات معينة بالذات تنتقل

(1) المادة 61 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30 الصادر في 1976/04/13.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص ص.117-118.

(3) خليل أحمد حسن قدارة، المرجع نفسه، ص.118.

(4) المادة 683 من الأمر 58-75، المرجع السابق.

ملكيتها بمجرد إبرام عقد البيع⁽¹⁾، وبما أن بيع ملك الغير لا يرد إلا على الأشياء المعينة بالذات، فإن المنقول المعين بالذات هو محل دراستنا.

تعد من أهم القواعد التي تحكم المنقول، قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وهذا ما كرسته المادة 835 من ق م ج⁽²⁾ بنصها " من حاز بسند صحيح منقول أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته...".

إذن قد يكون محل بيع ملك الغير منقولاً، وكما خلصنا فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال بالنسبة للمشتري، وغير ناجز في مواجهة المالك الحقيقي، أي أن هذا البيع لا يؤثر على ملكية المالك الحقيقي للمبيع، إلا أنه يمكن للمشتري أن يدفع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وذلك في مواجهة المالك الحقيقي، ولا يكون لهذا الأخير سوى الرجوع على البائع بالتعويض.

ولتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية آثار جد هامة وهي⁽³⁾:

أولاً: تملك المشتري الثمار بالحيازة: وهذا ما نصت عليه المادتين 837 و 838 من ق م ج.

ثانياً: استرداد المصروفات: كما يعد من أهم النتائج المترتبة على بيع ملك الغير-في حالة استرداد المالك الحقيقي للمبيع- استرداد المصروفات التي قد يكون قد أنفقها المشتري حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة 839 من ق م ج.

ثالثاً: المسؤولية في حالة الهلاك.

نتوصل من خلال ما سبق إلى أنه إذا كان المشتري حسن النية واستند إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه يكتسب الملكية فوراً على أساسها، أما إذا كان سيء النية فإنه يتملكه بالتقادم الطويل.

(1) محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن ص.11.

(2) المادة 835 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(3) أنظر الصفحات 49-50 من هذه المذكرة.

خاتمة

من خلال بحثنا هذا توصلنا إلى أن بيع ملك الغير هو ذلك التصرف الصادر من غير المالك سواء بعلمه أو بدونه، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات دون أن يكون هذا التصرف موقوفاً أو مؤجلاً، وهذا ما أدرج في القانون الوضعي على خلاف الفقه الإسلامي الذي نظمه تحت عنوان بيع الفضولي، فمن تعريفه يظهر أنه يشترط فيه ثلاثة شروط لتحقيقه وهي أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معين بالذات، وعدم ملكية البائع للمبيع. وكل تصرف لا تنطبق عليه هذه الشروط يخرج عن نطاق بيع ملك الغير، ليأخذ تكييف آخر مستقل به، وعلى هذا الأساس قمنا بتمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة المدنية والتمثلية في بيع المال الشائع، بيع الوارث الظاهر، التعهد عن الغير وضمان التعرض والاستحقاق، وعن الأنظمة الجزائية كجريمتي النصب والاحتيال وخيانة الأمانة.

وبالرجوع إلى أحكام بيع ملك الغير نجد أن المشرع الجزائري قد نظمها من خلال المادة 397 من ق م ج وما يليها، فتناولنا آثاره فيما بين المتعاقدين والتي تكمن في أحقية المشتري في إبطال العقد وحده سواء كان حسن أو سيء النية لكونه المتضرر الوحيد من ذلك، فإذا كان حسن النية منحه القانون بالإضافة إلى حقه في المطالبة بإبطال العقد الحق في المطالبة بالتعويض دون أن يكون لحسن أو سوء نية البائع أي أثر على حق المشتري في المطالبة به، إلا أنه هناك رأي آخر نادى بأحقية البائع في طلب البطلان وذلك على أساس القواعد العامة في الغلط، ولقد رجحنا الرأي الأول لأنه من غير المعقول الذهاب إلى القواعد العامة في ظل وجود الحكم في القواعد الخاصة لبيع ملك الغير لأن الخاص يقيد العام.

أما في فرضية تصحيح بيع ملك الغير، فقد بحثنا في الحالات التي من شأن تحقيقها تصحيح بيع ملك الغير والتي تتمثل في حالة سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بالتقادم، حالة إجازة المشتري للبيع، حالة تملك المشتري المبيع العقار بالتقادم والمبيع المنقول بالحيازة، حالة تملك البائع المبيع وحالة إقرار المالك الحقيقي للبيع الذي ورد على ملكه.

أما فيما يخص آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بدأنا أولاً بفرضية عدم إقرار المالك للبيع لذلك كان لا بد من دراسة العلاقات الناشئة عن هذا الإقرار، أي علاقة المالك بالمشتري، ذلك أن المالك يظل أجنبياً عن عقد بيع ملك الغير وبالتالي لا ينصرف أثر العقد عليه سواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه، أما في حالة تسلم المشتري المبيع من البائع، يكون من حق المالك الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق وبدعوى التعويض، أما علاقة المالك بالبائع فيتوقف الحكم بها على معرفة ما إذا كان

البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أو لم يسلمه إياه، فإذا كان قد سلمه للمشتري فيكون له حينها الحق في استرداده عن طريق دعوى الاستحقاق، أما إذا لم يسلمه إياه وكان المشتري قد كسب ملكية المبيع عن طريق الحيازة في المنقول والتقادم في العقار فلا يكون أمام المالك من سبيل سوى التعويض، ويترتب على إقرار المالك للبيع الوارد على ملكه عدة نتائج مثل سريان البيع في حق المالك وسقوط حق المشتري في طلب الإبطال ونشوء علاقة بين المالك والمشتري.

وفي محاولتنا لتوضيح جزاء بيع ملك الغير فقها وقانونا، تناولنا جميع النظريات القانونية التي قيلت في هذا الصدد، فبحثنا في نظرية الفسخ، نظرية البطلان المطلق، نظرية البطلان النسبي، نظرية العقد الموقوف، ونظرية تحول العقد وتوصلنا إلى عدم صحة هذه النظريات لأنها لم تحط بكل جوانب بيع ملك الغير، فاقترنت كل نظرية على معالجة زاوية معينة فقط، ذلك ما أدى إلى ظهور نظرية أخرى وهي نظرية البطلان من نوع خاص، أما الفقه الإسلامي فانحصرت النظريات التي قيلت في جزاء بيع ملك الغير في نظريتين هما نظرية البطلان ونظرية الصحة، وكان لكل من أنصار النظريتين أسانيد وحججه، وبالموازنة بين النظريتين رجحنا الرأي القائل بالصحة لما فيه من يسر وتسهيل في التعامل بين الناس وهو ما يريده دوماً فقه الشريعة الإسلامية.

وبعد الدراسة النظرية لهذا الموضوع تطرقنا إلى الجانب التطبيقي المتمثل في بيع العقار والمنقول المملوكين للغير، فبدأنا أولاً بتحديد الطبيعة القانونية لبيع العقار في القانون، والتي اختلف فيها موقف القوانين العربية، فبعضها اعتبر بيع العقار بيع رضائي والبعض الآخر اعتبره شكلي يحتاج إلى التسجيل وفي هذا الشأن اختلف الفقهاء الذين نادوا برضائية بيع عقار الغير بحيث انقسموا إلا ثلاثة آراء، فمنهم من قال بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل، ومنهم من قال بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل وبعده والرأي الثالث اعتبره قابل للإبطال بنص القانون، ورجحنا الرأي الثالث على اعتبار أن قانون التسجيل الجزائري لم يغير من حقيقة عقد البيع الناقل للملكية سواء سجل العقد أو لم يسجل، أما القوانين التي نادت بشكلية بيع عقار الغير فقد رأت أنه من الطبيعي أن تكون الطبيعة القانونية في ظلها هي بطلان هذا البيع بطلاناً مطلقاً.

ولقد تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني الذي طالما كان يعد عقبة في تطبيق هذه الأحكام، كون هذا النظام يجعل من العقد المشهر عقد صحيح غير قابل للطعن فيه بالبطلان، ويعطل بذلك تطبيق أحكام بيع ملك الغير وتبقى النصوص المنظمة له مجرد حبر على ورق، إذ بتبنيه لهذا

النظام ليس هناك مانع من الطعن في العقود المشهورة بالبطلان، وهذا ما أكدته العديد من الاجتهادات القضائية.

ثم انتقلنا إلى تطبيق بيع ملك الغير على المنقول الذي يكون على نوعين منقول معين بالذات ومنقول معين بالنوع، وبما أن بيع ملك الغير لا يرد إلا على الأشياء المعين بالذات، فالمنقول المعين بالذات هو الذي يندرج ضمن هذا النوع من البيوع، ولما كان بيع منقول الغير تحكمه قاعدة قانونية مشهورة وهي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية والتي لا تتحقق إلا بتوفر شروط معينة ومن بينها حسن نية المشتري الحائز، فإنه تنتقل الملكية إليه فوراً لكونه حسن النية، أما كان سيء النية تملك المبيع بالتقادم الطويل، وفي هذه الحالة لا يستطيع المالك استرداد المبيع، وإن كان له أن يرجع بالتعويض على البائع.

في حقيقة الأمر وإن كان تطبيق نظام بيع ملك الغير غير مستحيل، إلا أنه نادر الوقوع نظراً إلى ما يفرضه مبدأ الشرعية، والالتزامات الملقاة على عاتق كل من الموثق والمحافظ العقاري في التحقق من ملكية المبيع، وأهم ما لفت انتباهنا هو اختلاف التشريعات المقارنة فيما يخص تنظيمها لأحكام بيع ملك الغير، بل حتى التطبيقات القضائية غير مستقرة في هذا المجال، ويرجع الكثير إلى غموض وقصور المواد المنضمة لهذا البيع.

التوصيات والاقتراحات:

1- نقترح بضرورة إجراء تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري فيما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى صحيح، باطل وموقوف وبالتالي تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون الجزائري هي نفس حالات العقد الموقوف والمتمثلة في تصرفات ناقص الأهلية ومعيب الإرادة وبائع ملك غيره.

2- نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 398 من أجل توضيح الآثار التي تترتب على إقرار المالك الحقيقي.

3- لا يوجد في القانون الجزائري ما ينص على حكم بيع الشريك كل المال الشائع، بل اقتصر المشرع على وضع نص خاص بحكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، لهذا نوصي المشرع الجزائري بإفراد نص خاص لتنظيم هذا النوع من البيوع .

4- نقترح على المشرع الجزائري الأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال، ليصبح بيع ملك الغير بيعا موقوفا بدلا من كونه قابل للإبطال بحجة أن العقد الموقوف يحقق حماية أكثر للمالك الحقيقي الذي ورد البيع على ملكه .

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - المراجع والمصادر

أ/المصادر

➤ القرآن الكريم

ب/ المراجع

• الكتب

- 1- ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار، شرح تنوير الأبصار، ج4، ط2؛ دار الفكر، د ب ن 1962.
- 2- أحمد خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1 (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 3- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 4- أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1؛ المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010.
- 5- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 6- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، د ن، د ب ن، 2003.
- 7- الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008.
- 8- السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط2؛ دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع المنصورة، 1999.
- 9- المجموع النووي، ج9، المطبعة المنيرية، القاهرة، د س ن.
- 10- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9 (البيع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية بيروت 1998.
- 11- أنور سلطان ، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، 1987.
- 12- توفيق حسن فرج ، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، 1988.

- 13- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وآثاره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- 14- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 15- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعية، الإسكندرية، د س ن.
- 16- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط3؛ مكتبة الألفي القانونية، د ب ن 1997.
- 17- سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.
- 18- _____، العقود المسماة، عقد البيع، ط4؛ عالم الكتب، القاهرة، 1980.
- 19- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن.
- 20- عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار البحوث العلمية الكويت د س ن.
- 21- عبد الحميد المنشاوي، جرائم خيانة الأمانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط1؛ مؤسسة التاريخ العربي لبنان 1954.
- 23- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة)، ج4، المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1960.
- 24- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- 25- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د س ن.
- 26- محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي (الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل)، ط2؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 27- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ج5 ط1؛ دار الحديث، القاهرة، 2000.
- 28- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.

- 29- محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ب ن، 1996.
- _____، العقود المسماة: البيع- التأمين (الضمان)- الإيجار (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2003.
- 30- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف الإسكندرية، د س ن.
- 31- محمد رضا الخضيرى، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية، دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع د ب ن 1989.
- 32- محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع، ط2؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة 1995.
- 33- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 34- مصطفى الحلبي، نهاية المحتاج، ج3، الطبعة الأخيرة، د ب ن، 1967.
- 35- مصطفى مجدي هرجة، جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة، دار محمد للنشر والتوزيع د ب ن 2004.
- 36- معوض عبد التواب، الوسيط في جرمي النصب وخيانة الأمانة، ط8؛ د ن، طنطا، 2004.
- 37- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1997.

• الأطروحات والمذكرات

- 1- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقہ الإسلامي أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
- 2- ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 3- عبد الكريم أحمد علي المرتضى، بيع ملك الغير في القانون اليمني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006.
- 4- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن.

5- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن.

• المقالات العلمية:

1- محمد جبر الأفقي، "الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط"، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس، 1980.

2- يحي عبد الودود، "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، مارس، 1955.

• النصوص القانونية

➤ النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

2- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، ج ر ج ج عدد 84 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

3- القانون المصري رقم 131 لسنة 1948، يتضمن القانون المدني، ج ر ج م عدد 28 مكرر، الصلدر بتاريخ 29 جويلية 1948.

➤ النصوص التنظيمية

1- المرسوم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج عدد 30 بتاريخ 13/04/1976.

• الأحكام والقرارات القضائية:

1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 110039 مؤرخ في 04/05/1994 (قضية د أ ضد فريق د) المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Ouvrage :

- 1- GAUDMENT, Traité général des obligations, Paris, 1937.
- 2- HENRI, LEON et JEAN, MAZEAUD- leçon de droit civil- tome3 (principaux contrats), deuxième volume , éditions Montchrestien.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة.....
04	الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.....
04	المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير.....
04	المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير.....
05	الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.....
05	الفرع الثاني: تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي.....
06	الفرع الثالث: المقارنة بين التعريفين القانوني والفقي.....
07	أولاً: المقارنة بين مفهوم بيع ملك الغير وبين مفهوم بيع الفضولي.....
07	ثانياً: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون وبين مفهوم الفضالة في الفقه.....
09	المطلب الثاني: شروط بيع ملك الغير.....
09	الفرع الأول: أن نكون بصدد عقد بيع.....
10	الفرع الثاني: أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات.....
11	الفرع الثالث: عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع.....
12	المبحث الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن غيره.....
13	المطلب الأول: تمييز بيع ملك الغير عن ما يشابهه من الأنظمة المدنية.....
13	الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن المال الشائع.....
15	أولاً: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.....
15	1- موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة.....
17	2- موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة.....
19	ثانياً: تصرف الشريك في كل المال الشائع.....

- 1- علاقة البائع بباقي الشركاء..... 20
- 2- علاقة البائع بالمشتري 20
- الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الوارث الظاهر 21
- الفرع الثالث: تمييز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير 23
- الفرع الرابع: تمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض والاستحقاق..... 24
- المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن ما يشابهه من الأنظمة الجزائية 26
- الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن النصب والاحتيال..... 27
- أولاً: المبادئ العامة لجريمة النصب والاحتيال 27
- 1- الركن المادي..... 27
- أ/ استعمال وسيلة من وسائل التدليس 27
- ب/ الاستيلاء على مال الغير..... 28
- ج/ علاقة السببية بين وسيلة التدليس وسلب مال الغير 28
- 2- الركن المعنوي 28
- ثانياً: التمييز بين النظامين..... 28
- 1- أوجه التشابه..... 28
- 2- أوجه الاختلاف..... 29
- الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن خيانة الأمانة..... 29
- أولاً: المبادئ العامة لجريمة خيانة الأمانة 29
- 1- الركن المادي 30
- أ/ التبديد 30
- ب/ محل الجريمة 30
- ج/ تسليم الشيء 30
- 2- الركن المعنوي 31

32ثانيا: التمييز بين النظامين
321- أوجه التشابه
322- أوجه الاختلاف
33 الفصل الثاني: أحكام بيع ملك الغير
33 المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير
33 المطلب الأول: آثار بيع ملك الغير بين المتعاقدين
34 الفرع الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال
34 أولا: إبطال البيع من حق المشتري وحده
36 ثانيا: إبطال البيع من حق البائع والمشتري
37 الفرع الثاني: حق المشتري في طلب التعويض
40 الفرع الثالث: تصحيح بيع ملك الغير
40 أولا: التقادم
41 ثانيا: إجازة المشتري للبيع
44 ثالثا: تملك المشتري المبيع
441- اكتساب المشتري المبيع بالحيازة
452- اكتساب المشتري المبيع بالتقادم
46 رابعا تملك البائع المبيع
47 خامسا: إقرار المالك كسبب لتصحيح عقد البيع
48 المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
48 الفرع الأول: حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع
49 أولا: علاقة المالك بالمشتري
50 ثانيا: علاقة المالك بالبائع
51 الفرع الثاني: حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع

- 51أولاً: سريان البيع في حق المالك
- 52ثانياً: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال
- 53ثالثاً: علاقة المالك بالمشتري
- 54المبحث الثاني: جزاء بيع ملك الغير وتطبيقاته
- 55المطلب الأول: جزاء بيع ملك الغير
- 55الفرع الأول: جزاء بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
- 55أولاً: نظرية البطلان
- 561- القرآن
- 562- السنة النبوية الشريفة
- 573- القياس
- 574- المعقول
- 58ثانياً: نظرية الصحة
- 60ثالثاً: الموازنة بين النظريتين
- 60الفرع الثاني: جزاء بيع ملك الغير في القانون الوضعي
- 60أولاً: القواعد العامة وبيع ملك الغير
- 611- نظرية الفسخ
- 622- نظرية البطلان المطلق
- 633- نظرية البطلان النسبي
- 644- نظرية العقد الموقوف
- 645- نظرية تحول العقد
- 65ثانياً: نظرية البطلان من نوع خاص
- 67المطلب الثاني: تطبيقات بيع ملك الغير
- 67الفرع الأول: بيع عقار مملوك للغير

أولاً: الاتجاه القائل برضائية بيع العقار 67

1- بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل 68

2- بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده 68

3- بيع عقار الغير قابل للبطلان بنص القانون 69

ثانياً: الاتجاه القائل بشكالية بيع العقار 69

الفرع الثاني: بيع منقول مملوك للغير 71

أولاً: تملك المشتري الثمار بالحيازة 72

ثانياً: استرداد المصروفات 72

ثالثاً: المسؤولية في حالة الهلاك 72

خاتمة 73

قائمة المراجع 77

الفهرس 81