

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الاغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



العنوان:

التصرف في الملكية العقارية للمغير

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون عقاري

إشراف الدكتور:

- بن الزبير عمر

إعداد الطالبتين:

- زعباط ناهد

- نمر كريمة

أعضاء لجنة المناقشة

الرتبة	الاسم واللقب	الصفة
		رئيسا
الدكتور	بن الزبير	مشرفا ومقررا
		مناقشا

السنة الجامعية 2018-2019

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الاغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



العنوان:

التصرف في الملكية العقارية للمغير

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون عقاري

إشراف الدكتور:

- بن الزبير عمر

إعداد الطالبتين:

- زعباط ناهد

- نمر كريمة

أعضاء لجنة المناقشة

الرتبة	الاسم واللقب	الصفة
		رئيسا
الدكتور	بن الزبير	مشرفا ومقررا
		مناقشا

السنة الجامعية 2018-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبُّنَا وَسِعَ رَبُّنَا كُلَّ شَيْءٍ عِلْمًا
عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا رَبُّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا
وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ وَأَنْتَ خَيْرُ
الْفَاتِحِينَ ﴿الأعراف ٨٩﴾

نشكر الله سبحانه وتعالى اولا ونحمده كثيرا على ان يسر لنا امرنا للقيام بهذا العمل.

فالعلم فن عزيز المذهب، جو الفوائد، شريف الغاية اذ هو يوفقنا على احوال الدنيا، ويجعلنا نستنير بمنطقة، ونسير بمعالمة، ونرتقي بنتائج.

فالحمد لله الذي:

تَوَكَّلْتُ فِي رِزْقِي عَلَى اللَّهِ خَالِقِي *** وَأَيَّدْتُهُ أَنْ اللَّهُ لَا هَكَأَ رِزْقِي

وَمَا يَكُ مِنْ رِزْقِي فَلَيْسَ يَفُوتُنِي *** وَلَوْ كَانَ فِي قَاعِ الْبِحَارِ الْعَوَامِقِ

سَيَأْتِي بِهِ اللَّهُ الْعَظِيمُ بِفَخْلِهِ *** وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنِّي اللِّسَانُ بِنَاطِقِ

فَقَبِي أَيُّ شَيْءٍ تَذَهَبُ النَّفْسُ حَسْرَةً *** وَقَدْ قَسَمَ الرَّحْمَنُ رِزْقَ الْخَلَائِقِ

كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير الى الذين حملوا رسالة العلم والمعرفة وكيفية لا وقد قال فيهم الله

سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾ فاطر "28"

ونحن نكتب هذه الاسطر راودتنا كلمات لشيخ الشعراء الجزائريين محمد العيد ال خليفة وهو يمدح الشيخ العلامة ابن باديس فيقول: عبد الحميد النصر قد اتاك وما كان نصر الشيخ الا انشاء جميعه العلماء المسلمين الجزائريين سنة 1932 التي حملت على كاملها وتحملت تثقيف امه كان يعتصرها الجمل والاستعمار.

لذلك نجد انفسنا مجبرتين ونحن في هذا المقام ان نتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير الى الاساتذة المشرفين وعلى راسهم الاستاذ "بن الزبير عمر" وكو عاش هذا الاسم طويلا في اذمان الامة المسلمة والرسول ﷺ يصفه بحورية، فشكرا سيدي لانك تعطيني وقبول الاشراف على هذه المذكرة وعلى كل ملاحظتك القيمة التي اضاءت امامنا سبل النهج وجزاك الله عن ذلك كل الخير فكان شرفا لنا سيدي ان تكون المشرف علينا.

كما لا يفوتنا في هذا المقام ايضا ان نتقدم بالشكر الخاص الى الاساتذة الكرام بشكل عام والى كل من ساهم في انجاز هذا العمل و كل من ساعدنا على اتمامه والى كل من خصنا بنصيحة او دعاء.

كما يطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على تفصلهم بقبول تصحيح هذه المذكرة نسأل الله ان يحفظهم ذخرا لبلادنا ولأمتنا وان يجازيهم خيرا.

شكر و عرفان



إهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ط﴾

سورة العنكبوت الآية "08"

الى من كانت اولى كلماتها عندما سمعت خبر مجيبي الى الدنيا
يا ربه بارك حملي.

وواجهت العالم حتى تجعل مني صورتها
كانني احمل طفولتها واطلامها وكل جميل كان يأنس فكرها

ويعددها في سرها انني سأكون يوما مثلها
ارادتي سيدة الأمن بيوتي واحتره زوجي وأحمل راية العلم الذي سيجعل من اسرتي

خليفة متكاملة تبني مجتمعنا الى امي الغالية.
و الى من يقف شامخا بين الرجال كانه على صهوة الجواد المغربي وسيفه وضاح

يحمينا وصوته امان يديننا

وميزانه عبر ومواظ تجعل الدرب يضح والسبيل الى بر الامان يحاربنا
الى ابي وقدوتي

الى من كانوا يساندونني زوجي وابنائي
الى حبيبتني وصدقتي زعيمة وليليا وكل من تفضل علي ولو بكلمة

تأهد

أولاً: اللغة العربية

ج: جزء

د. ب. ن: دون بلد النشر

د. س. ن: دون دار النشر

د. س. ن: دون سنة النشر

ص: صفحة

ص. ص: من الصفحة الى الصفحة

ط: طبعة

د. ط: دون طبعة

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

ق. م. م: القانون المدني المصري

ثانياً: باللغة الفرنسية

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي له العزة والجبروت، ويبيده الملك والمملوك وله الأسماء الحسنى والنعوت، العالم فلا يغرب عنه ما تظهره النجوى أو يخفيه السكوت، القادر فلا يعجزه شيء في السموات والأرض ولا يفوت، أنشأنا من الأرض نسما، واستعمرنا فيها أجيالا وأمما، ويسر لنا فيها أرزاقا وقسما، تكنفنا الأرحام والبيوت، ويكفلنا الرزق والقوت، وتبلينا الأيام والوقوت، وتعتورنا الآجال التي خط علينا كتابها الموقوت، وله البقاء والثبوت، وهو الحي الذي لا يموت، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا مُحَمَّد النبي العربي، المكتوب في التوراة والإنجيل والمنعوت، الذي تمخض لفصاله الكون قبل أن تتعاقب الأحاد والسبوت، ويتباين زحل واليهيموت، وشهد بصدقه الحمام والعنكبوت، وعلى آله وأصحابه الذين لهم في صحبته وأتباعه الأثر البعيد والصيت، والشمل الجميع في مظاهرته ولعدوهم الشمل الشتيت، ﷺ ما اتصل بالإسلام جده المبخوت، وانقطع بالكفر حبله المبتوت، وسلم كثيرا.¹

أما بعد:

ان التصرف في الحقوق من أكثر المواضيع الشائعة في الحياة العملية ذلك ان هذا النوع من التصرفات تنصب على الحقوق المالية لذلك وقع اختيار موضوع التصرف في ملك الغير سواء بالبيع او الرهن لما له من اهمية كبرى وتأثيره في الميدان الاقتصادي والاجتماعي واستقرار المعاملات المدنية عندما يحسن المشرع تنظيمه بأحكام واضحة حفاظا على حقوق الاطراف المتعاقدة وحقوق الغير والتي طالما حرس المشرع ودارسي القانون على حمايتها ومعالجتها وامام ذلك فان موضوع التصرف بصفة خاصة وموضوع الحقوق بصفة عامة قد حظي بأهمية كبرى من قبل الفقهاء والتقسيمات المدنية للقوانين باستحداث نصوص قانونية عديدة تهدف الى حماية الاطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية تمنع الغير من الاعتداء عليها ذلك ان المالك خول له القانون التصرف فيها باستعمال السلطات الثلاث، وهي سلطة الاستعمال والاستغلال وتصرف، وان كان الغير يستطيع أن يستعمل سلطة الاستعمال والاستغلال بالسماح له من قبل المالك الا ان سلطة التصرف تبقى حكرا على المالك وحقا مكرسا ومحمي بواسطة القانون ولكن قد يحدث ان يكون التصرف من غير المالك وهو ما يدخلنا الى صميم البحث الذي نحن بصدد دراسته، كأن يتصرف الاب في اموال ابنائه اصيلا لا نائبا، او الزوج في اموال زوجته وان يتصرف الغير في ملك غيره بدون اذن قانوني سواء كان هذا بالبيع او الرهن ومن هنا تطرح فكرة التصرف في ملك الغير الذي تراوحت واختلفت الآراء بشأنه بين البطلان المطلق، لهذا التصرف بناء على قاعدة فاقد الشيء لا يعطيه أو بناء على فكرة ما بني على باطل فهو باطل، والبطلان النسبي لهذا التصرف ذلك ان الأصل في الاشياء الإباحة والاستثناء فيها هو المنع، ومن هنا يعتبر هذا التصرف صحيحا الى غاية طلب ابطاله او اجازته او اقراره من قبل المالك الشيء الذي عادة ما يكون اجنبي عن هذا التصرف.²

قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"³

¹ عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ط1، دار الجوزي، القاهرة، سنة 2010، ص 3.

² جباري رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، علوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2017/2016 ص 1.

³ سورة المائدة الآية رقم "01".

مقدمة

يعد عقد البيع من أقدم العقود التي عرفت البشرية ولعله أكثر العقود انتشارا وشيوعا، فهو العقد الذي يشمل التطبيقات العملية لنظرية العقد مما جعله يحظى باهتمام القوانين كافة، ونعلم ان من شروط المبيع في البيع ان يكون مملوكا للعاقِد و مأذونا فيه من جهة المالك.

ولا يكاد يمر يوم الا ويعقد الشخص أكثر من عقد بيع أو شراء لمأكله أو ملبسه أو علاجه ومن أجل ذلك نعت بأنه قوام الحياة المدنية والتجارية، لأنه الأداة التي يستطيع من خلالها الأشخاص أن يحصلوا على ما يحتاجونه من سلع ومنتجات، كما انه يمثل في ذات الوقت الوسيلة الهامة التي تمكن الفرد من التصرف فيما لا يحتاج اليه، وتمكنه من زيادة ثروته اذا احترف عملية البيع والشراء ومن ثم كان البيع هو الوسيلة العادية للمبادلة، ولقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 351 من القانون المدني¹ وهذا ان دل على شيء فانه يدل على ان هدف القانون هو حماية المالك حماية شاملة لمنع الغير من الاعتداء على ملكه.

لكن قد يصدر البيع من غير مالك، ويسمى ذلك عند الفقهاء المسلمين بيع الفضولي ما يقابله في القانون الوضعي بيع ملك الغير، ومن الجدير بالقول ان بعض الباحثين (من غير رجال القانون) يخطئون في هذا الخصوص اذ يظنون ان الفضولي في القانون الوضعي هو نفسه الفضولي في الفقه الاسلامي والحقيقة ان تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي يقابلها في القانون الوضعي التصرف في ملك الغير.²

وكثيرا ما يبيع الحاضرين اموال الغائبين فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير، فبيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية بل والقانونية مع القول الفقهي "فاقد الشيء لا يعطيه" وتبدو المشكلة اعظم اذا ما علمنا ان القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل او الشهر العقاري مطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد ان بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية.³

قال الله تعالى: "وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينًا"⁴

التأمينات هي ضمانات تؤمن المدين من خطر عدم وفاء المدان بالدين وتتيح له استفتاء صفة عند حلول اجله، وتقسم التأمينات الى تأمينات عامة وهي ان تكون جميع اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وان الدائنين متساوون في هذا الضمان وبما ان الفكر القانوني في سعيه المستمر لتطوير ضمان حق الدائن افرز صيغا مختلفة تأثرت بظروف المكان والزمان ومن ان يسقط السابق منها امام اللاحقة فان احد اهم هذه الضمانات التي افرزها الفكر القانوني هي التأمينات الخاصة والتي تكون تأمينات شخصية وتحقق عندهم ذمة واذا كثر الى ذمة المدين فيصبح للدائن أكثر من مدين وتأمينات عينية تحول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء المثقل بها.

¹ شوشاري صلاح الدين مُجَد، نظريه العقد الموقوف في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 91.

² نص المادة 351 ق. م. ج: "البيع يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي".

³ ابن مُجَد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الاسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 1.

⁴ سورة الطور الآية رقم 21.

مقدمة

وهذا النوع الاخير يعتبر حقا عينيا تبعا لأنه لا يوجد مستقل بذاته وانما لضمان حق شخصي فيكون تابعا له ويتبعه في شأنه وانقضائه، والتأمينات العينية اما تأمينات اتفاقية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي) أو التأمينات القانونية (حقوق الامتياز).

قال الله تعالى: "إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَمَنْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ"¹

هذا ما اكدته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فالرهن يطلق على الثبوت والدوام وهو جائز، هذا ما ثبت في الكتاب والسنة وكذلك بالقانون، ولم يختلف احد على جوازه وليس المقصود منه الاستثمار والربح، ومادام ذلك فانه لا يحل للمرتحن ان ينتفع بالعين المرهنة ولو اذن له الراهن، لأنه فرض جر نفعاً، والرهن في الشريعة امانة في يد المرتحن ويعد الرهن من اهم وسائل الائتمان في العصر الحديث، بما يتميز به من مزايا، فهو يوافق بين مصالح الراهن والمرتن مع كونها متعارضة وتوفيقه بين هذه المصالح يؤدي الرهن الى خدمة الاقتصاد.

ولقد عرفه الفقهاء مثل ما ذكرنا سالفا بانه الثبوت والدوام ولصحته يجب ان يكون الراهن مالك للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه، ومتى كان الراهن هو المالك للعقار المرهون فانه يستطيع ان يرى بنفسه اذا كان كامل الأهلية، سواء كان نفسه او شخص اخر (الكفيل العيني)، وهو ما نصت عليه المادة 2/884 ق. م. ج التي تقابلها المادة 2/1032 ق. م. م.²

والحكمة من هذا الشرط واضحة اذ ان من اثار الرهن الرسمي ترتيب حق عيني تبعا للدائن على العقار المرهون يمكنه من استثناء حقه من ثمنه فاذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون تخلف الاثر المذكور وفات الغرض المقصود من الرهن، لكن قد يصدر الرهن من غير مالك وهو المشكل الذي نواجهه في موضوع الرهن حيث قد يقوم شخص على رهن عقار غير مملوك له رهنا رسميا، ويكون الرهن المعقود باسمه ولحسابه على عقار مملوك في غيره، او هو الرهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه على عقار غير مملوك له، وليس له عليه ولاية التصرف فيه.

ومن هنا جاءت الحاجة الملحة لاختيار ودراسة هذا الموضوع والتي نعرضها تحت عنوان التصرف في الملكية العقارية للغير، وذلك لأهميته في فهم وتبيان حق كل طرف متدخل او غير متدخل في عملية التصرف في ملك الغير بعد ان اعطيت له الخطوط العريضة في المقدمة وسوف نعود اليها بالشرح والتحليل من خلال النصوص القانونية المنظمة للتصرف في ملك الغير.

وتبرز اهمية الموضوع في انه يظهر ما يترتب على بيع ملك الغير من اثار قانونية تنعكس على نطاق الحياة العملية للمجتمع الجزائري وذلك كضرورة لتوعية المجتمع بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يثرى شخص على حساب اشخاص اخرين بدون وجه حق، وكذلك غموض النصوص القانونية الخاصة او المتعلقة ببيع ملك الغير بسبب التشريع الجزائري الذي استمد احكامه من نصوص القانون الفرنسي.

كما ان هذا الموضوع المنتشر بكثرة في الحياة العملية للمجتمع لكنه يعاني من جهل افراده بأحكامه وقوانينه الخاصة، ودليل ذلك ان هناك اشخاص يباع ملكهم من قبل اشخاص اخرين لكنهم لا يعرفون انه من حقهم اللجوء الى القضاء لاسترداد ملكهم.

¹ سورة البقرة الآية رقم 263

² نص المادة 2/884 ق. م. ج: "وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه"

مقدمة

كما انه وبالرغم من شيوع هذا التعامل من الناحية العملية الا انه واجهنا ندرة كبيرة في الاحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، وقد ارجعه القضاء الى أنهم كانوا ملزمين بطلبات الخصوم ولا يمكنهم اثاره هذا البطلان من تلقاء انفسهم وعادة ما تطرح هذه النزاعات في اشكال اخرى.

كما اننا وجدنا ان المشرع الجزائري قنن نظام بيع ملك الغير في ثلاث مواد تحت عنوان البيوع الخاصة الامر الذي جعلها غامضة ولم يبين احكامه بدقة، كما يحصل على نظام رهن ملك الغير، وجعل منهما نظامين هجينين لا يمكن ارجاعهما الى القواعد العامة، ما يؤثر سلبا على طريقة تطبيق القاضي لهذه الاحكام لكن ربما سي طرح هذا الموضوع مستقبلا في ظل تطورات افضل لا سيما ونحن في عصر الانترنت التي جعلت من العالم قرية صغيرة.

كذلك التعامل بالرهن كمظهر من مظاهر التيسير ورفع الحرج عن الناس في اجراء معاملاتهم، وهو احدى القواعد الكلية التي يقوم عليها هذا الدين الحنيف، لأنه يسهم ولو بشيء يسير في المحافظة على ضرورة من الضروريات الخمس، الا وهي المال، ويعتبر ايضا وسيلة لتوثيق الحق عندما يعرض على انه وسيله اثبات امام القاضي، كما عرف ايضا بانه اقوى عقود التوثيقا لأنه ليس وسيلة توثيق فحسب بل هو توثيق واستيفاء، لذلك ربطنا الموضوعين ببعضهما قصد توضيحهما بدقة لنصل الى التطبيق الامثل لأحكامها.

لذلك كانت اسباب اختيار هذا الموضوع واضحة من بداية بحثنا الا وهي مقدمته وكان اهمها مسألة نقل الملكية الى المشتري حيث نكون في بعض الحالات امام شخص يبيع ما لا يملك ما يجعلنا نتساءل عما يترتب عن ذلك، خاصة اذا تملك المشتري الشيء المبيع بطريقة قانونية ثم يظهر المالك الحقيقي فجأة، وفي ظل وجود ثغرات قانونية ناشئة عن طبيعة هذه التعاملات وعدم قدرة النصوص على ان تجابه هذه الثغرات، كما ان المشرع الجزائري حصر فكرة التشريع عند القوانين الفرنسية، الامر الذي جعلنا من خلال هذه الدراسة نحاول ان نسلط الضوء على التشريعات العربية التي حاولت التملص من الركود الفكري واخذت منحى الاجتهاد والابتكار.

ولعل اكبر الاسباب التي جعلتنا نختار هذا الموضوع ونلح في دراسته هو قلة تناوله في التشريع الجزائري فموضوع رهن ملك الغير هو موضوع تعامل بين الناس وربما شيوعه كشيوع الاخر، أي بيع ملك الغير فكان من الضروري ان ندرسه لنحاول ان نميط الغموض الذي يكتنفه محاولين من خلال هذه الدراسة دمج مع فكرة بيع ملك الغير لتوحيد الحكم بينهما وذلك لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع أسوة بالتشريع المصري.

ولا يخلو اي بحث أكاديمي من صعوبات تواجهه حيث لا تأخذ المذكرة قيمتها الا من خلال تجاوزها للعقبات التي تعد قلة المراجع اهمها وكذلك قلة الدراسات المتخصصة الجزائرية لموضوع رهن ملك الغير وانعدام الاجتهاد في القضاء الجزائري،¹ وانعدام الوقت الكافي من اجل البحث اكثر في هكذا مواضيع ولها اهميتها في التعامل بين افراد المجتمع.

ولتكاد تعد الدراسات السابقة لموضوع رهن ملك الغير، اي تلك التي تطرقت اليه على شكل بنود او فقرات اما لتعرفه او لتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له.

ومن هنا كتب معاصرة تحدثت عن موضوع الرهن، ومن هذه الكتب التي أتيج لي الاطلاع عليها ما يأتي:

¹ بن قاسمية العربي، رهن المنقول دون التجرد من حيازته في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت بتاريخ 09 / 11 / 2006، ص 5.

مقدمة

1. احكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، للأستاذ شوقي بناسي، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009

اين تحدث المؤلف عن موضوع رهن ملك الغير وذلك من ص 112 الى ص 118

وتناول المواضيع التالية:

- تعريف بيع ملك الغير.

- تميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

- حكم رهن ملك الغير.

على عكس بيع ملك الذي وجدناه في العديد من العناوين من اهمها مذكرة بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، وهي مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مقارنة، للطالب رحمان يوسف، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011/ 2012.

تناول فيها:

- تعريف بيع ملك الغير.

- ذكر فيها شروطه وطبيعته القانونية.

- كما احكام بيع ملك الغير.

ومن كل ما سبق اثار هذا الموضوع فضولنا لذا سنحاول بقدر المستطاع اجلاء بعض الغموض الذي يكتنفه وهذا لن يتحقق الا بالإجابة على الإشكالية التي تتمحور حول:

ما هو التنظيم القانوني للتصرف في ملك الغير بين بيعه ورهنه في القانون المدني الجزائري؟

ولالإحاطة بهذا الموضوع والاجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي بحيث ان المنهج الوصفي هو المرحلة الاولى التي على الباحث اعتمادها من اجل ابراز الجانب النظري عن طريق جمع المعلومات لاستيعاب معمق للموضوع، اما عن المنهج التحليلي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لأنه قياس مدى تأثير موضوعنا هذا على الواقع القانوني يتم عن طريق تحليل الآراء الفقهية والمواد القانونية مع الوقوف على الاجتهادات القضائية المتعلقة بموضوع التصرف في ملك الغير.

وبناء على ما تقدم تكون معالجة الموضوع من خلال تقسيم بحثنا الى فصلين حيث يقتضي التعرض في المرحلة الاولى الى ماهية

التصرف في ملك الغير (الفصل الاول) والبحث في المرحلة الثانية عن احكام التصرف في ملك الغير (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تمهيد:

ان التصرف في الحقوق من المواضيع الأكثر ممارسة في الحياة العملية لأن هذا النوع من التعامل ينصب على الحقوق المالية والتصرف في ملك الغير تعامل بدى جليا مؤخرا في تعاملات الأسواق بين النقد والأموال هذا للتطور السريع الذي يشهده عالم التعامل الأمر الذي ترك المشرعين ورجال القانون يدرسون سبل الحماية القانونية لمثل هذه المعاملات.

وعليه نجد أن الفقهاء والمشرعين يدرسون هذه الحالات من خلال تجسيد نصوص قانونية عديدة تهدف الى حماية الأطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية تمنع الغير من الاعتداء عليها.

وان كان الغير يستطيع ان يستعمل سلطتي الاستعمال والاستغلال اذا سمح له المالك بما لأنه يبقى بقوة القانون صاحب السلطة الفعلية.

الا انه قد يحدث التصرف من غير مالك وهو ما يجعلنا نبحت في فكرتين تكادان ان تكونا على نفس المنهاج وهما بيع ملك الغير في مبحثه الأول، بين التعريف به والتمييز عن بعض المفاهيم المشابهة وتطور طبيعته القانونية وبين رهن ملك الغير في مبحثه الثاني من تبيان مفهومه وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له مع ذكر بعض صورته وحالاته.

المبحث الأول: بيع ملك الغير

باع الرسول الكريم صل الله عليه وسلم واشترى، وكان شراؤه بعد أن أكرمه الله تعالى برسالته أكثر من بيعه، وكذلك بعد الحجرة، لا يكاد يحفظ عنه البيع إلا في قضايا يسيرة أكثرها لغيره، كبيعه القمح والحلس في من يزيد، وبيعه يعقوب المدبر غلام أبي مذكور، وبيعه عبدا أسود بعبدين.¹

وأما شراؤه فكثير، وأجر واستأجر، واستئجاره أكثر من إيجاره، وإنما يحفظ عنه أنه أجر نفسه قبل النبوة في رعاية الغنم، وأجر نفسه من خديجة في سفرها بمالها من الشام.²

واشترى مرة شيئا وليس عنده ثمنه فأربح فيه فباعه وتصدق بالربح على أرامل بني عبد المطلب وقال "لا أشتري بعد هذا شيئا إلا وعندي ثمنه".

وهذا لا يناقض الشراء في الذمة إلى أجل، فهذا شيء وهذا شيء، وباعه يهودي بيعا إلى أجل، فجاءه قبل الأجل يتقاضاه ثمنه فقال: لم يحل الأجل، فقال اليهودي إنكم لا مطل يا بني عبد المطلب، فهم به أصحابه، فنهاهم فلم يزد ذلك إلا حلما، فقال اليهودي: كل شيء منه قد عرفته من علامات النبوة وبقيت واحدة وهي: لا تزيده شدة الجهل عليه إلا حلما فأردت أن أعرفها، فأسلم اليهودي.³ صلى الله عليك يا رسول الله وعلى آلك ومن تبع هديك بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا.

وبعد، يعتبر البيع من أقدم وأكثر العقود الشائعة في الحياة وقد تقصدت أن أبدأ مقدمة المبحث الأول عن بيع ملك الغير بتصرفات كانت للرسول الكريم في التعامل وذلك لتبيان جائية البيع والشراء، من الكتاب والسنة الشريفة نظرا لقوله صلى الله عليه وسلم: "تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما: كتاب الله وسنة نبيه"،⁴ ونظرا لانتشارهما وشيوعهما في حياتنا اليومية ومدى تطويرهما للاقتصاد الوطني، الأمر الذي تطلب تنظيمها في قواعد عامة تحكمها في إطار قوانين وضعية شرعها المشرعون والفقهاء تحفظ الإطار العام للتعامل.

وسنشير إلى هذا التنظيم في سياق مبحثنا هذا، من الجهة القانونية، عبر التعاريف القانونية والتقنيات والنصوص الصادرة في القانون الوضعي، ذلك أن القانون هو أساس حماية المالك حماية شاملة، يمنع الغير من الاعتداء على ملكه، كما سنعرج أيضا على التعاريف الفقهية حتى نخرج بين الفقه والقانون باعتبار أن الإسلام دين الدولة، ما جاء به الدستور.

ونقرب المفهوم والقصد إلى الأذهان وهكذا نعطي التعامل المسمى بيع ملك الغير واضحة واستقراء أشمل من خلال مطلبه الأول والثاني وفروعهما، وسنحاول أن نرتبها كالتالي: توضيح المقصود والمفهوم من بيع ملك الغير، أما في مطلبه الثاني سنقف من خلاله على الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير.

¹ يسري السيد محمد، جامع الفقه للإمام ابن القيم الجوزية. ط2، دار الوفاء، المنصورة، مصر، سنة 1426 هـ 2005 م، ص 101.

² نفس المرجع، ص 101.

³ يسري السيد محمد، المرجع السابق. ص101

⁴ أبو عبد الله مالك بن أنس الحميري الاصبحي، الموطأ، ط2، دار الأمام مالك، باب الوادي، الجزائر، سنة 1435 هـ 2014 م، ص 26

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير

بسم الله الرحمن الرحيم

"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"¹

قال ابن فارس "أن كلمة (بيع) الباء والياء والعين أصل واحد وهو بيع الشيء وربما سمي الشيء بيعاً، والمعنى واحد"²

قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه" قالوا أن معناه لا يشتري على شري أخيه، ويقال بعته الشيء بيعاً، فإن عرضته للبيع قلت أبعته.³

قال ابن منظور "البيع ضد الشراء، والبيع يقابل الشراء أيضاً وهو من الأضداد، وبعث الشيء شريته، أبيعته بيعاً، ومبيعا وهو شاذ وقياسه مباعاً، والابتياح الاشتراء".⁴

قال الفرزدق :

إن الشباب لرابح من باعه ... والشيب ليس لبائعه تجار

يعني من اشتراه.

وفي الحديث "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه" يعني لا يشتري على شراء أخيه⁵ وإنما النهي على المشتري لا على البائع.⁶ ونخلص من هذه التعاريف أن البيع بمعنى الشراء.

ونظراً لاعتبار بيع ملك الغير صورة من عقد البيع لا بد أنه بيع يفترض به نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه.

رأينا أنه من الضروري تعريف عقد البيع، لنرى ما إذا كان نقل الملكية حكماً لعقد البيع أم مجرد أثر يترتب عليه، ومن خلال ما تقدم قمنا بلفت الانتباه إلى تصرف رسولنا الكريم، الذي بعث رحمة للعالمين، وأنه معصوم عن الخطأ، وهو يتعامل في البيع والشراء وكيف يحق الحق منزلته، ويعلمنا أن نتبع نهجه .

عقد البيع: هو توفيق إرادتين على إحداث أثر قانوني مشروع.⁷ ولقد عرف المشرع الفرنسي الحديث البيع، في الفصل 1582 من

من المجلة المدنية الفرنسية بأنه: "اتفاق بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بتسليم شيء والآخر يدفع الثمن".⁸ وبمقاربة هذا الفصل والفصل اللاحق له (الفصل 1583) نلاحظ أن عقد البيع في القانون الفرنسي أصبح ناقلاً للملكية، لا مقتصرًا على مجرد إنشاء التزام

¹ سورة النساء الآية رقم "29".

² أبو الحسن، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، المجلد الأول، ط 1399 هـ 1979 م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 327.

³ نفس المرجع. ص 327.

⁴ بن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار المعارف، 1911، ص 23.

⁵ أبو نصر إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج3، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، 1999، ص 1189.

⁶ يسري السيد محمد، المرجع السابق، ص 221.

⁷ بشار عدنان ملكاوي، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2008، ص 120 .

⁸ Article 1582 C.C.F « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer... ».

بتسليم الملكية¹ أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو ما أطلق عليه البيع المطلق، أو بيع العين بالعين وهو ما يسمى بالمقايضة أو بيع النقد بالنقد وهو ما يسمى بالصرف.²

وتعريف الشريعة الإسلامية للبيع يفيد أن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية إلى التزام بتسليم المبيع. وهذا التعريف ما جاء به القانون التونسي كما الجزائري والقانون المصري أي لا اختلاف فيه.

وعلى ضوء ما تقدم من عرض لمفهوم البيع في القانون الجزائري والقانون المقارن نستخلص أهم ما يميز هذه المؤسسة عن مثيلاتها، ذلك أنه عقد رضائي يعتمد أساساً إرادة تعاقدية ويكون ملزماً لهما، هذا فضلاً على أنه عقد بعوض وذلك كله دون إغفال وظيفة عقد البيع ألا وهي نقل الحقوق، فهو إذن عقد ناقل للملكية.

ومما تقدم أن نقل ملكية المبيع هي عن تعاقدية الطرفين والالتزام الحاصل بين من يأخذ ومن يعطي نطرح الإشكال التالي إذا كان البائع غير مالك للمبيع باعتبار أن انتقال ملكية المبيع في هذه الصورة يكون غير ممكن مما يؤثر في صحة البيع، والمقصود ببيع ملك الغير هو البيع الذي يهدف إلى نقل حق لا يملكه البائع، فملك الغير هو الشيء الذي ليس للبائع عليه أي حق، إذن لماذا هناك من يتعامل به، ولرفع هذا الالتباس سنقوم بتعريف بيع ملك الغير بين فقه الشريعة والقانون الوضعي في الفرع الأول، في قسمه الأول، ثم نقدم مقارنة بين التعريفين في قسمه الثاني حتى نتضمن من تمييزه عن باقي المفاهيم المشابهة في فرعه الثاني.

الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير.

قبل أن نتطرق إلى تعريف بيع ملك الغير، ينبغي أن نعرف ماذا نقصد بالغير في العقود عادة؟.

تطلق كلمة "غير" على الصفة أو الاسم وقد تكون أداة استثناء، فإذا كانت صفة فإنها تتبع موصوفها وقد تأتي "غير" وتكون اسماً مثلاً هذا غيرك، ومررت بغيرك³ ومنه قوله تعالى: "غير المغضوب عليهم ولا الضالين".⁴

ويظهر من المعنى اللغوي للفظ "الغير"، أنه يطلق على شخص الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع، وليس له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير وليس وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة وهذا هو اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية.⁵

أما في بيع ملك الغير فنقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد إلا أن ملكيته للشيء المبيع ألزمت إدخاله في هذا التصرف من أجل إقراره أو رده لهذا التصرف الواقع على ملكه.

¹ الفصل 3851 م.م.ف ينص على أنّ "البيع يكون تاماً و أن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والتمن و لو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن".

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 4، العقود التي تقع على الملكية المبيعة والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 79 وما يليها .

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005، ص12.

⁴ سورة الفاتحة الآية رقم "07".

⁵ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. ص 12 و 13.

إن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية ما أدى إلى تناوله وتنظيمه في كل التقنينات الحديثة، وكذا تعريفه من قبل كل الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون، ومن أجل الإحاطة بكلى التعريفين سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام، أولاً نذكر تعريف ملك الغير في الفقه الإسلامي باعتبار أن دين الدولة هو الإسلام ما جاء به الدستور، وثانياً تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وثالثاً مقارنة كلا التعريفين.

أولاً: تعريف ملك الغير في الفقه الإسلامي

يسمي الفقهاء المسلمون بيع ملك الغير ببيع الفضولي¹ ويعرف الفضولي في اللغة "من الفضل وهو الزيادة وجمعه فضول كفلس وفلوس وقد غلب استعماله على من لا خير فيه . وأستعمل الجمع استعمال المفرد فقول لمن يشتغل بما لا يعنيه"². أما اصطلاحاً فلقد عرّف الفقهاء المسلمين الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"³. ولقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المتأثرة بالفقه الحنفي في المادة 112 الفضولي بقولها: "هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي"⁴.

والفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له، فكان تصرفه هذا من بيع مالا يملك، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك، أو كمن يشتري شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه وليس له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وما أشبه ذلك.⁵ ولم يرد في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة لفظ الفضولي، وإنما وردت كلمة (فضل) في مواضع عدة من القرآن الكريم، ومن تلك المواضع قوله تعالى "قل إن الفضل بيد الله يؤتة من يشاء"⁶ وفي السنة النبوية قول الرسول الكريم صل الله عليه وسلم "يا ابن آدم إنك إن تبذل الفضل خير لك، أن تمسكه شر لك"⁷، ولفظ الفضل هنا يختلف عما نقصده. فعرفه بعض الفقهاء المسلمين، المسلمين، من المذاهب المختلفة:

فقال الحنفية الفضولي هو: "هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"⁸.

¹ ابن نجيم، زين الدين، بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بدون طبعة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص120 /علي حيدر المرجع السابق، ص100.

² أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، ط1، دار الحديث، القاهرة، سنة 2000، ص282.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، الجزء4، دار الفكر، ط2، دمشق سوريا، سنة1405هـ1985م، ص167.

⁴ حيدر علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريف المحامي فهمي حسيني، المجلد1، البيوع، الإجارة، الكفالة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ 2003م، ص109.

⁵ فرج عبد الرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1969، ص43.

⁶ سورة آل عمران الآية رقم "73".

⁷ رواه مسلم، صحيح مسلم "1036".

⁸ ابن نجيم زين الدين، المرجع السابق، ص106.

أما المالكية فالفضولي عندهم هو: "من يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له ولاية إصداره، وكذلك شراء شيء لشخص بغير إذنه".¹

وذهب الشافعية إلى القول بأن الفضولي هو: "البائع مال غيره بغير إذنه، ولا ولاية".² وقال الحنابلة أن الفضولي: "من يشتري لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه".³ ويستفاد من التعاريف السابقة أنها تركز على مسألة التصرف في حق الغير بدون إذن شرعي ولا ولاية التصرف.

ومن المسلم به أن للعقد أركاناً ينبغي توافرها ليرتب الأثر المطلوب منه،⁴ وبذلك نجد أن الفقه الإسلامي قد اشترط لإتمام التعاقد ووقوعه صحيحاً نافذاً أن يكون للعقد سلطة على المعقود عليه وهذا الأمر لا يتحقق إلا بوسيلة من الوسائل التالية:

1. الوسيلة الأولى: وهي الملك، فيكون المبيع وهو الشيء المعقود عليه مملوكاً للبائع وقت البيع، فلا يصح بيع ما ليس مملوكاً له، واستثنى جمهور الفقهاء بيع السلم فأجازوه للضرورة والحاجة إليه.⁵

2. الوسيلة الثانية: أن يكون العاقد ولياً أو وصياً على صاحب الشيء المعقود عليه، ومعنى ذلك أن يكون مأذوناً له بالتصرف من الشرع.⁶

3. الوسيلة الثالثة: أن يكون العاقد وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناءً على وكالة بين الوكيل والموكل، على أن يتصرف الوكيل في حدود وكالته ولا يتجاوزها.⁷

ويكون بأحد هذه الوسائل الثلاثة صفة شرعية للمتعاقدين، فإذا لم تتوفر فيه صفة من هذه الصفات تبيح له التصرف في المعقود عليه سمي المتصرف فضولياً.⁸

¹ الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير شرح الهداية، الجزء 5، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط1، المحمدية مصر، سنة 1316هـ / 1899م، ص309.

² أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيوبها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2000، ص76.

³ بن قدامه عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي أبو محمد الحنبلي، المغني، ج4، ط1، دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص274.

⁴ أمجد محمد، منصور، النظرية العامة للالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص50.

⁵ شوشاري صلاح الدين محمد، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص39.

⁶ فرج عبد الرزاق حسن، المرجع السابق، ص43.

⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار الأحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ، لبنان، 1954، ص129.

⁸ الغياثي، لاشين محمد يونس، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986، ص114.

ثانيا: تعريف ملك الغير في القانون الوضعي.

1»

بما أن بيع ملك الغير من البيوع الخاصة، يشوبه نوع من الغموض لذلك وعندما تعرضنا له من تعريفات فقهية إسلامية لا بد من أن نعرفه قانونا حتى ننزع عنه الإبهام ونجرد منه الغموض وسنستبين وضعه القانوني أي بمعنى نحاول أن نوضحه توضيحا دقيقا لاستجلاء الغموض الذي يكتنفه، وذلك من خلال تعريفه وتحديد شروطه قانونا.

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 م ق م ج التي تنص على أنه: "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب الإبطال ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أم لم يعلن بيعه" وتقابلها المادة 466 من م ق م المصري بنصها: "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل أو لم يسجل" نجد أنها تضمنت عناصر بيع ملك الغير والتي استند عليها الفقه الوضعي عند تعريفه لبيع ملك الغير ومن خلالها عرف بيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه.

فيتضح من التعريف السابق أنه يتركز على عنصرين أساسيين وهما الشيء المعين بالذات، وعدم ملكية البائع له، علما أن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا أعتبر باطلا من الأصل.

أما التقنين المدني الفرنسي في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي،² فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير وإنما اكتفى بالقول أن بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويض في حالة ما إذا كان مجهول عدم ملكية البائع للشيء المباع.³

ومما تقدم يمكن أن نستنتج أن تعريف بيع ملك الغير هو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير مالك، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات، دون أن يكون موقوفا أو مؤجلا.⁴

ثالثا: مقارنة بين التعريفين (الفقهي الإسلامي) و(القانون الوضعي).

في بداية بحثنا هذا تعرضنا إلى أن مفهوم بيع ملك الغير و هو الفضولي لذلك سنقارن بين التعريفين الفقهي والوضعي حتى نتمكن من رسم صورة المفهوم الواضح والشامل لبيع ملك الغير، فلقد قلنا سالفاً أن فقهاء القانون عرفوا بيع ملك الغير، بأن يبيع شخص شيئا معيناً بالذات لا يملكه، واستندوا في تعريفهم هذا على العناصر الموجودة في المادة 466 من م ق م مصري ولكن هل هذا التعريف يحيط بمفهوم بيع ملك الغير؟ لذا فإن الأمر يستدعي إجراء مقارنة بين التعريفين ولأن القانون الوضعي ومنه القانون الجزائري عرف الفضالة في المادة 150 من م ق م الجزائري، لهذا سنقارن في القسم الأول بين بيع ملك الغير وبيع الفضولي، وفي قسمه الثاني بين الفضالة في الفقه والفضالة في القانون.

¹ سورة الاعراف الآية رقم "89".

² تقابلها المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص46.

⁴ محمد يوسف الرغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص533.

1. المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير وتعريف الفضولي

لو دققنا في التعريف الذي أتى به فقهاء القانون لا اعتبرنا البيع الصادر من غير مالك ولو بموجب النيابة القانونية، يباع مملك الغير وهذا في الطبع يخالف أبسط قواعد القانون، أما لو ذهبنا إلى تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي، لا اعتبرنا البيع الصادر من غير مالك بموجب نيابة قانونية يباع صحيحا، إذ حتى يعود التصرف فضوليا حسب الفقه الإسلامي لا بد أن يكون صادرا من غير إذن صاحبه، وهذا يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع .

وفي الحقيقة إن نفس القول يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أنه حتى في ظل المفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية، لهذا ذهب جانب من الفقه إلى تعريف بيع ملك الغير على أنه هو أن يبيع الشخص شيئا معيننا بالذات مملوكا للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلًا من المالك أو وليا عنه.¹

النتيجة:

نخلص في الأخير إلى القول، أن تحديد مفهوم بيع الفضولي عند الفقهاء المسلمين، كان شاملا وأدق من مفهوم بيع ملك الغير عند فقهاء القانون.

2: المقارنة بين تعريف الفضالة في القانون وبين تعريف الفضالة في الفقه

وكما سبق وأن بين أن بيع ملك الغير في القانون الوضعي يقابله بيع الفضولي في الفقه الإسلامي فإن الفضالة في القانون الوضعي ليست هي في الفقه الإسلامي، فقد نظم المشرع بيع ملك الغير ضمن أحكام عقد البيع، في حين أن الفضالة جاءت أحكامها مستقلة عن بيع ملك الغير، فالفضالة في القانون الوضعي هي "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك".²

ومن خلال هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط.³ وهي:

- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.
- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة لرب عمله.
- ألا يكون الفضولي ملتزما بالقيام بهذا العمل.

أما حسب الفقه الإسلامي، فالفضولي - كما شاهدنا - هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذونا له، دون أن يشترط في هذا العمل أن يكون ضروريا أو عاجلا.⁴

النتيجة:

أي أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضروري أو غير ضروري، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من مفهوم الفضالة في القانون الوضعي التي قصرت حكم الفضالة على التدخل العاجل من قبل الفضولي. ومجلة

¹ عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن، ص 262.

² أحمد محمد منصور، المرجع السابق، ص 378.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 264 و 265.

⁴ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9 (البيع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن، ص 110.

الأحكام العدلية نصت على مسألة الفضالة في المادة 112 وهي تتجه إلى ما ذهب به الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى.

بعد أن عرفنا بيع ملك الغير وحددنا مفهومه بين القوانين الوضعية والتعاريف الفقهية واللغوية، توصلنا إلى أنه يتشابه كثيرا مع بعض الأنظمة المدنية والجزائية، ولتفادي الخلط واللبس القائم بينه وبين هذه الأنظمة، سنقوم بتمييز بيع ملك الغير عن بعض الأنظمة المدنية وقبل هذا لا بد من التطرق إلى ذكر شروطه لنحصره مع ما تقدم من مفاهيم وتعريف وبعدها نقوم بتمييزه في هذا الفرع.

أولا: شروط بيع ملك الغير:

- أن يكون العقد بيعا.
- أن يكون الشيء المبيع معينا بذات.
- عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع.

1_ أن يكون العقد بيعا:

عقد البيع من العقود التي لا يمكن الاستغناء عنها، لذلك فهو من أهم العقود وأكثرها شيوعا في الحياة العملية، ولكي ينعقد لا بد أن يخضع للمبادئ العامة أي لا بد من توافر أركانه وهي: التراضي والمحل والسبب.

وبناء عليه حتى نكون بصدد عقد بيع لا بد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً، فهو ينصب على نقل الملكية من البائع 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.

2. أن يكون الشيء المبيع معينا بالذات:

يقتضي بيع ملك الغير أن نكون أمام عقد بيع، وهذا يعني نقل الملكية في الحال، وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئا معينا بالذات² وبالتالي فإذا لم يكن البائع مالكا للشيء المبيع وقت إبرامه 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 إفرازها³ والمثلثات هي الأشياء التي توجد لها مثل من جنسها مساوي أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة والقمح.⁴

¹ محمد جبر الألفي، "الفضالة"، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و قوانين بلدان الشرق الاوسط، "مجلة الحقوق والشريعة"، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس 1980 ص 5251.

² أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010، ص 269.

³ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1997، ص 159.

⁴ 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، سنة 1960، ص 272.

ومن ثمة فالمتليات وهي معينة بنوعها لا يمكن اعتبارها مملوكة للغير، حتى ولو كان البائع لا يملك أي قدر من المبيع، فإن هذا البيع لا يعد بيعا للملك الغير، ذلك أنه ليس شرطا أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع عند إبرامه عقد البيع، وهذا عكس الأشياء المعينة بالذات التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء كالعقارات، وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره كالسيارة معينة بنوعها وموديلها وعلامة مصنعها ورقم صنعها.¹

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

3. 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 ق م الجزائري والتي جاء نصها كالآتي "إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه...".

فحسب هذا النص يشترط أن يكون البائع غير مالك للشيء المبيع، لأنه بطبيعة الحال إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإن العقد يكون صحيحا، ولا تثار مسألة بيع ملك الغير، فإذا تصرف الزوج في بعض أملاك زوجته بوكالة صحيحة منها لم نكن بصدد بيع ملك الغير والوصي الذي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه يعتبر بيعا للملك الغير، لان 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

أما إذا باع شخص شيء معين بالذات مملوكا له تحت شرط لم يكن بائعا للملك غيره، بل بائعا للملك نفسه وهذا إما أن يكون واقفا أو فاسخا، 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.³ فيكون هذا الأخير مالكا للمبيع تحت شرط واقف، أو فاسخ.⁴

أما إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ أصبح المشتري غير مالك، و له أن يطلب فسخ العقد لإحلال البائع بالتزامه، وليس له أن يطلب إبطال العقد على أساس أنه بيع ملك الغير، لان البائع لم يقرر ملكيته الباتة للمبيع عند التعاقد.⁵

إضافة لذلك فإن القواعد العامة تقتضي إلى جانب عدم ملكية البائع للشيء المبيع، عدم ملكية المشتري أيضا له، إذ أنه لو كان المبيع مملوكا للمشتري وتقدم على شرائه جهلا منه بملكته له فإن البيع لا ينقذ أصلا لاستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع استحالة مطلقة، ألا وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع فعلا .

إذن نتوصل إلى أنه في حالة ما إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإننا نكون أمام عقد صحيح، أما في حالة ما إذا كان المشتري مالكا للشيء المبيع فانه نكون أمام عقد باطل لتخلف المحل، وعدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع يضعنا أمام بيع ملك الغير .

مما سبق يتراءى لنا انه متى توافرت الشروط الثلاثة السابقة كان البيع بيعا للملك الغير، ويستوي في ذلك علم البائع أو عدم علمه بملكته للشيء المبيع و أي حالة لا تنطبق عليها هذه الشروط تخرج من دائرة بيع ملك الغير وتدخل في تكييف آخر .

¹ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير، فقها وقضاء، ط3، مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997.1998، ص14.

² خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة1996، ص 209.

³ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 14.

⁴ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، ب ط، دار النهضة العربية، بيروت، د ب ن، سنة 1987، ص386.

⁵ توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، ب ط، دار الجامعية، مصر سنة 1988، ص 121.

ثانياً: تمييز بيع ملك الغير عن بعض المفاهيم المشابهة

بعد أن عرفنا ما هو بيع ملك الغير، وذكرنا شروطه، لا بد من تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له وهذه الأنظمة هي: التعهد عن الغير، البيع بشرط التملك، التصرف في الحصة الشائعة.

1. تمييز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير¹ "يتمثل في إلزام شخص بالقيام بعمل معين، وهو الحصول على موافقة مالك شيء معين . عقارا أو منقولاً. على بيع هذا الشيء لشخص آخر"، وتنص المادة 114 ق م جزائري على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه..."² إذ محل الإلتزام هو مجرد القيام بعمل، وليس نقل ملكية الشيء معين . بالذات، وهذا التعهد يقع صحيحاً، لأننا لم نكن بصدد عقد البيع بل بصدد عقد آخر،³ يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل معين إذا لم يوفى المتعهد بتنفيذ ماتعهد به يفسخ العقد أي مصيره الفسخ لا البطلان، ولأن المتعاقد لم يقم ببيع ملك غيره، وإنما تعهد عن المالك في أنه سيباع ما يملكه فيكون هذا تعهد عن الغير وليس بيعاً لملك الغير..⁴

2. تمييز بيع ملك الغير عن البيع بشرط التملك:

قد يقع أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات غير مملوك له، ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا الشيء، فهذا البيع يتم صحيحاً لأنه ليس بيعاً لملك الغير، إذ أن البائع لم يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزاماً نهائياً وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع، إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية وإن لم يتحقق الشرط يسقط البيع،⁵ فهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على بيع ملك الغير، لكن إذا لم يتحقق الشرط وادعى البائع ملكية المبيع نكون أمام بيع ملك الغير، أما إذا تحقق الشرط فإن البائع يبيع ملكه ولكن في كل الأحوال نجد أن المتعاقدان قد اتفقا منذ البداية . أن هذا البيع غير بات، بل هو بيع معلق على شرط تملك البائع للمبيع، فإن لم يتحقق عاد كل واحد من الأطراف إلى حالته الأولى.⁶

"إذا باع شخص شيئاً وجعل البيع موقوفاً على شرط⁷ أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء عند بيعه بالمزاد، فإنه إذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري، وإلا سقط البيع إذا رسا المزاد على شخص آخر غير البائع".⁸

وقد يتفق أطراف العقد على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات، فينقلها لآخر فهذا الاتفاق لا يعد بيعاً لملك الغير، بل هو ليس بيعاً أصلاً، لأن المتعاقد لم يلتزم فيه بنقل الملكية، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية، فإذا كسبها

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

² تقابله المادة 153 ق م. م، والمادة 209 ق. م. أردني

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، بند 154، ص 272

⁴ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، ب ط، دار الجامعية، الإسكندرية، د س ن، ص 128 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 56 / رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 15.

⁵ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 58 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 272 / 273

⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 128 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 59 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 274.

⁷ تنص المادة 203 ق م ج: "يكون الإلتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبلي وممكن وقوعه".

⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 273 .

ترتب على ذلك إبرام عقد البيع بنقل هذه الملكية للمشتري، وإذا لم يكسبها كان مسؤولاً عن تعويض المشتري وفقاً لأحكام التعويض.¹

وقد يتفق المتعاقدان على بيع احتمال، فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال، قد يقع ويتملكه البائع المبيع فينقل ملكيته للمشتري وقد لا يقع فلا يتملك البائع المبيع، ولا ينقل شيء إلى المشتري، ويراعى ذلك بطبيعة الحال في تحديد الثمن، فيكون منخفضاً حتى يقابل احتمال عدم تملك للمبيع فهذا إذا تحقق الشرط سرى مفعوله بأثر رجعي وهذا ما نصت عليه المادة 208 من ق م الجزائري بأنه: "إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام...".² وهذا بخلاف المادة 400 ق م الأردني أنه "المعلق على شرط، يجب ثبوته عند ثبوت الشرط". إذ في ظل هذا القانون يكون لحق المشتري وجود من وقت ثبوت الشرط أي أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت الشرط الذي علق عليه،³ فالمرجع الأردني متأثر بالفقه الإسلامي،⁴ بخلاف المشرع الجزائري والمصري اللذان تحدثا عن تحقق نفاذ الالتزام بأثر رجعي، يستند إلى تاريخ انعقاده.

3. تمييز بيع ملك الغير عن التصرف في الحصة الشائعة:

عرفت المادة 713 من ق م الجزائري التي تقابلها المادة 825 من ق م المصري الشيوع بقولها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك". يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المال الشائع هو مال مملوك لأكثر من شخصين، وذلك دون تحديد نصيب كل منهم تحديداً مادياً، وبما أن تصرف الشريك في المال الشائع تناوله كل من القانون والفقه الإسلامي فإننا سنبين موقف كل منهما فيما يخص هذه المسألة. فالقانون المدني يرى أن المالك على الشيوع حينما يتصرف في حصته الشائعة، إنما يتصرف في خالص حقه، لكن دون المساس بحقوق الشركاء الآخرين.⁵

وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04 ماي 1994.⁶

وبما أن المال الشائع يرد على المنقول كما يرد على العقار، فإنه في حالة حدوث ضرر للشركاء الآخرين من وراء بيع الشريك للمال الشائع، ففي حالة ما إذا كان المبيع الذي تصرف فيه الشريك عقاراً فإنه للشركاء الآخرين الرجوع عليه باستخدام حق الشفعة، أما إذا كان الشيء المبيع منقولاً فلهم حق استرداد ذلك أن حق الشفعة لا يرد إلا على العقارات.⁷

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 55.

² تقابلها المادة 270 ق. م. م.

³ حيدر علي، المرجع السابق، ص 81/ أمين محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي (مذكورة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، سنة 2006، ص 29.

⁴ هذا ما جاء في المادة 82 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط كذلك" /حيدر علي، المرجع السابق، ص 81

⁵ خليل احمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع)، ص223.

⁶ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 110039، مؤرخ في 1994/05/04، (قضية د أ ضد فريق د)، الجلسة القضائية، العدد الثاني، 1994.

⁷ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثرها على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999، ص. ص 46 و47.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على جواز بيع الحصة الشائعة، سواء كان البيع للشريك أو لأجنبي، وسواء كان المشاع قابلاً للقسمة أولاً، عقاراً أو منقولاً وسواء كان البيع بإذن الشريك أو بدونه.¹ والدليل على ذلك قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"² وقوله تعالى: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم".³

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، أما إذا تسبب بضرر لباقي الشركاء فيمكن استعمال حق الشفعة وذلك سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً.⁴

ومما سبق نتوصل إلى أن كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على جواز بيع حصة الشائعة من عقار أو منقول لعدم الضرر في ذلك، كما أنهما يتفقان أيضاً على جواز البيع لأجنبي لكنهما يختلفان في أن 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.

إن دراسة المال الشائع يستدعي منا 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:

الحالة الأولى: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

إن 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 من المال الشائعة قبل القسمة ثم نتبعه ثانياً بموقفه بعد القسمة .

أ. موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة :

نصت المادة 714 فقرة 2 من ق م الجزائري . تقابلها المادة 2/826 ق م مصري . على انه: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه . من وقت التصرف . إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في أبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري، تطرق إلى معالجة حكم هذا البيع بعد القسمة وأغفله قبل ذلك، وعليه يجب التفرقة بين حكم هذا البيع قبل القسمة وبعدها،⁵ ولهذا تعددت الآراء حول هذا النوع من البيوع على النحو التالي:

¹ جمال خليل النشار، نفس المرجع، ص 4241.

² سورة البقرة الآية رقم "275".

³ سورة النساء الآية رقم "119".

⁴ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. ص 44 و45.

⁵ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 223.

الرأي الأول:

ذهب إلى القول بصحة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع لأنه تصرف فيما يملك أي فيما يعادل حصته، وتبعاً لذلك يكون بيعه صحيح غير نافذ في حق الشركاء لأنه يعتبر بيعاً لملك فيما يخص حصص باقي الشركاء، ذلك أن حصصهم تتركز أيضاً على الجزء الذي تصرف فيه الشريك.¹

الرأي الثاني:

يعتبر هذا البيع بيعاً لملك الغير، كون أن الشريك باع جزءاً 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 بيعاً لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها، وبالتالي فإن هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح صادر من مالك.³

من هنا يتضح أن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع ليس بيعاً لملك الغير كما يعتقد البعض، لأن أساس طلب الإبطال المقرر للمشتري هو الغلط في صفة جوهرية وهو جهله بحالة الشيوع وليس على أساس صدور البيع من غير مالك، ذلك أن أحكام بيع ملك الغير تسوي بين حالتي العلم والجهل بملكية البائع لما يبيعه، وتعطي للمشتري حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين،⁴ عكس أحكام المادة 714 من ق م ج التي فرقت بين حالة العلم وحالة الجهل.

فإذا كان المتصرف إليه (المشتري) يعلم بأن البائع لا يملك الحصة التي تصرف فيها ملكية مفرزة فإن البيع يعتبر صحيحاً ومن ثم لا يجوز للمشتري إبطال العقد.⁵

أما إذا كان المتصرف إليه يجهل وقت انعقاد البيع أن البائع لا يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإنه في هذه الحالة يجوز للمشتري طلب إبطال العقد على أساس أحكم الغلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكاً ملكية مفرزة للبائع.⁶

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

ب. موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة:

يتضح من نص المادة 2/714 ق م الجزائري، أن الشريك عندما يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع، وعند التقسيم يقع في جزء غير الجزء الذي باعه للمشتري، فإن هذا النصيب يحل محل النصيب الذي وقع عليه البيع، أي حق المشتري يستقر في الجزء الذي

¹ سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1973، ص 465.

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

³ أيمن محمد حسين ناصر، نفس المرجع، ص 34.

⁴ سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1980، ص 539.

⁵ محمد رضا الخضير، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية، دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع د ب ن، 1989، ص 225.

⁶ أحمد خليل حسن قداد، المرجع السابق، ص 224.

يقع فيه نصيب البائع، من وقت الشراء لا من وقت القسمة، وهذا ما يسمى بالحلول العيني،¹ أما إذا كانت نتيجة القسمة عدم حصول البائع على جزء معين من العين، ونحصر حقه على مقابل نقدي لحصته، وفي هذه الحالة ما على المشتري إلا اللجوء للمطالبة بالتعويض على أساس قواعد الضمان.² لهذا فإن بيع الشريك جزء من المال المفروض طبقاً للمادة 2/714 لا يعتبر بيعاً لملك الغير، لأنه في حالة العلم بالشيوع يخضع لمبدأ الحلول العيني³ أي أن حقه يحل في محل الذي وقع فيه حق البائع.⁴

أما إذا كان المشتري لا يعلم بحالة الشيوع، وأثبت أنه لم يكن على علم أن الشريك البائع لا يملك العين التي تصرف كما حددها فيحق له إبطال البيع، إذ أن هذا الجهل يعتبر بمثابة غلط في صفة جوهرية للمبيع، ونصت على ذلك العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 714 ق م جزائري إذ تقول: "وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها".

الحالة الثانية: تصرف الشريك في كل المال الشائع

بعد تعرضنا لمعالجة صورة بيع الشريك جزء مفروض من المال الشائع، سنتعرض فيما يأتي إلى صورة تصرف الشريك في كل المال الشائع وهل له نفس حكم بيع الشريك جزء مفروض من المال الشائع، لكن قبل ذلك يجب ان ندرس حالة علم وجهل المشتري بان المال مملوك على الشيوع :

أ. إذا كان المشتري يعلم :

انه وقت البيع أن المال مملوك علي الشيوع، فانه لا يجوز له أن يطلب الإبطال لأنه اتجه إلى إحداث هذا الأثر القانوني وهو على إرادة من أمره. أي 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 لكنه لا يستطيع أن يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء.⁵

ب. إذا كان المشتري يجهل:

انه وقت البيع أن البائع لا يملك كل المال لوحده، ففي هذه الحالة من حقه طلب إبطال البيع قبل القسمة، أما بعد القسمة و إن لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب إبطال البيع نظراً لتفريق الصفقة عليه، أما إذا وقع المال كله في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائياً، وبالتالي تحقيق ما أراد المشرع.

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 أن يقروا هذا البيع ليصبح نافذاً في حقهم جميعاً.⁶

¹ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 20./خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 224./محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006، ص 200.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ب ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008، ص 124.

³ نفس المرجع، ص 125/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 302.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 125/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 199 .

⁵ محمد رضا الخضير، المرجع السابق، ص 227.

⁶ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 40.

في الأخير نتوصل إلى انه إذا باع الشريك كل المال الشائع بينه وبين شريكه فانه يكون قد باع بالإضافة إلى ملكه ملك غيره. لان الشريك البائع يكون بائعا لملك غيره فقط في نصيب شريكه في الشيوع وهذا القول من شأنه أن يمنح الشريك الآخر باعتباره مضرا استرداد نصيبه في الشيوع من المشتري.¹

أما عن موقف الفقه الإسلامي فانه يفرق بين أمرين وهما: علاقة البائع بباقي الشركاء وعلاقة البائع بالمشتري.

- **علاقة البائع بباقي الشركاء:** في هذه الحالة يكون البيع صحيحا إذا تم بإذن باقي الشركاء، أما إذا كان بغير إذنه فان الفقهاء يجعلون هذا البيع صحيحا بمقدار حصة الشريك البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء.

- **علاقة البائع بالمشتري:** وفي حالة علم المشتري بملكية البائع للمال على الشيوع، فان لا يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال لأنه على دراية من أمره، أما إذا كان جاهلا بحالة الشيوع ففي هذه الحالة يكون المشتري أمام خيارين إما الإمساك أو الرد أما بالنسبة للبائع لا خيار له لأنه باع ما يزيد عن نصيبه ولا يمكن ذلك إذا فقد رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه.²

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

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

لقد تباينت مواقف التشريعات المختلفة حول الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير والجزء المترتب عليه، فقد تطرق المشرع الجزائري إليه في المادة 397، وهذه المادة تقابلها كل من المادتين 466 من القانون المدني المصري والمادة 1599 من القانون المدني الفرنسي، وهذا ما أدى اختلاف الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، فالبعض منهم اعتبروه عقدا باطلا أو قابلا للإبطال تأثرا بالقانون الوضعي، والبعض الآخر اعتبروه عقدا موقوفا على إجازة المالك تأثرا بالفقه الإسلامي .

لهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: في الأول نتعرض إلى النظريات المستمدة من القواعد العامة، وفي الثاني نتحدث عن النظريات التي جاء الفقهاء المسلمون لتحديد الطبيعة القانونية، أما في الفرع الثالث سنقوم بتخصيصه لإجراء المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي حتى نتمكن من معرفة من هو الرأي الأرجح.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي

لقد تعددت النظريات واختلفت آراء الشراح القانونيين من اجل تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، والتي يمكن إجمالها في ستة نظريات، نظرية الفسخ التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم نتيجة لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، و نظرية العقد

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

² جمال خليل النشار، المرجع السابق ، ص 209.

الموقوف على إجازة المالك الحقيقي وهذا في الفقه الإسلامي، ونظرية البطلان المطلق، ونظرية تحول العقد الباطل، ونظرية البطلان النسبي، ونظرية البطلان بنص خاص، دون إغفال للانتقادات التي وجهت لكل نظرية لتتمكن من معرفة أي من الآراء هو الراجح.

أولاً: نظرية الفسخ

لقد تبني هذه النظرية عدد كبير من الفقهاء، حيث اعتمدوا على القواعد العامة باعتبار أن عقد البيع عقد رضائي ملزم للجانبين،¹ ويترتب على اعتباره كذلك عدة نتائج منها:

إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، ويرى بعض الفقهاء² بأن المشرع المصري وإن نص على (بطلان)³ بيع ملك الغير في المادة (466) من القانون المدني إلا أنه في الحقيقة لم ينظم إلا الفسخ، والحالة هي كذلك في بيع ملك الغير، لأن بيع ملك غيره لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، لأنه غير مالك فيكون من حق المشتري فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه، أما إن تمكن من تنفيذ التزامه بأن جعل المالك الحقيقي يقر البيع الصادر منه، أو تمكن من امتلاك الشيء المبيع من المالك الحقيقي فلا مجال عندئذ للفسخ.

لهذا فهم يقولون "إن المسألة لا تقف عند هذا الحد، لأن تكييف نظام معين، يجب ألا يؤخذ من تسميته بل يرجع به إلى القواعد التي تحكمه، والنظر إلى قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه به إلى نطاق نظرية الفسخ، ولذا يجب أن نكفيه كذلك، دون أن تقعد بنا التسمية الواردة في النصوص في منتصف الطريق"⁴، واشتروا على الأخذ بهذه النظرية ما يلي:

- 1- يكون المشتري وحده صاحب الحق في طلب الفسخ.
- 2- إذا رفع المشتري دعوى الفسخ وقبل صدور الحكم أقر المالك الحقيقي البيع أو تمكن البائع من تملك المبيع ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بفسخ العقد.
- 3- يكون من حق المشتري بالإضافة إلى فسخ العقد، المطالبة بالتعويض.

وهناك من يرى بأن قواعد الفسخ تطبق على صورة واحدة من صور بيع ملك الغير، وهي الصورة التي يكون فيها المشتري يعلم بملكية المبيع للغير، إذ العقد في هذه الصورة لا يعتبر بيعاً، لأن إرادة المتعاقدين تكون قد اتجهت إلى التزام البائع بتخليص ملكية المبيع لنفسه، ليقوم بعد ذلك بنقلها للمشتري، أو يحصل على إقرار المالك بالبيع، فإذا لم يتمكن البائع من تنفيذ التزامه، جاز للمشتري عندها طلب فسخ العقد.⁵

النقد الموجه للنظرية:

وبالرغم من قوة حجج هذه النظرية، إلا أنها تصطدم مع نص المادة (466) من القانون المدني المصري، وبالتالي لا يجوز القول بتطبيق القواعد العامة وتجاهل النص الخاص الذي جاء به المشرع المصري تحت عنوان بيع ملك الغير، لذلك يجب تطبيق النص

¹ تنص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني الأردني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه" / أنظر كذلك المادة 2/156 من القانون المدني المصري.

² جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني المدني المصري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص. ص 278 و 281.

³ البطلان المقصود هنا البطلان النسبي أي القابلية للإبطال.

⁴ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. ص 280 و 281.

⁵ سلطان أنور بالاشتراك مع جلال العدوي، العقود المسماة، عقد البيع، د ط، دار المعارف القاهرة، د س ن.

الخاص أي جعل الحكم قابلية البيع للإبطال لمصلحة المشتري، لا الفسخ كما ذهب من يقول بمذه النظرية، لما يوجد بين القابلية للإبطال والفسخ من فرق كبير وفي هذا الشأن، استقر الفقه والقضاء على أن قواعد الفسخ تقضي بان لا يجوز طلب فسخ العقد إلا بعد اعذر المدين في حين أن المشتري أن يطلب فسخ عقد بيع ملك الغير دون اعذار البائع، كما أن قواعد الفسخ تعطي المحكمة سلطة تقديرية في منح اجل للمدين للوفاء في حين أنها لا تملك تلك السلطة التقديرية في طلب الإبطال، وهو الحاصل إذا طلب المشتري إبطال بيع ملك الغير حتى إن أصبح البائع ملكا وذلك بعد رفع الدعوى¹ ولذلك لا يمكن الاعتماد على هذه النظرية في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير لعدم انسجامها مع أحكام بيع ملك الغير.

ثانيا: نظرية العقد الموقوف

بعض فقهاء القانون المصري² وهم بصدد تأصيل بيع ملك الغير خرجوا عن القواعد العامة في القانون المدني المصري.³ واستعانوا بفكرة العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي، وأخذوا بفكرة توقف تصرف البائع في ملك غيره على إقرار المالك نفسه حتى لا يضره هذا التصرف، وإذا أقره فإن البيع يسري في حقه وفي حق غيره، والعكس صحيح أي إذا رأى مصلحته في رفض هذا البيع يبطل البيع وينعدم أثره.

ورغم قوة هذا الرأي إلا أنه يتعارض مع النص القانوني لبيع ملك الغير الذي يجعل بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره من وقت الانعقاد باستثناء انتقال الملكية، وهذا بخلاف العقد الموقوف.⁴ لكن أحكام بيع ملك الغير حسب القانون الوضعي لا تتفق مع فكرة العقد الموقوف حسب الشريعة الإسلامية، ولا يمكن الرجوع إليها إلا في حال غياب النص التشريعي⁵ وفي حالة بيع ملك الغير يوجد نص تشريعي صريح يجعل منه بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وليس عقدا موقوفا على إقرار المالك.⁶

ثالثا: نظرية البطلان المطلق.

هناك بعض من الفقهاء الفرنسيين يرون،⁷ أن بطلان بيع ملك الغير و المنصوص عليه في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي الفرنسي هو بطلان مطلق،⁸ لانعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية إليه،⁹ أو استحالة

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص76، /رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 133، / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص276، جعفر الفضلي، الوجيو في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 181.

² شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، د ط، د ن، سنة 1952، ص 79. /وأشار إلى هذا الرأي عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقالة من مجلة القانون واقتصاد، سنة 2009، القسم 1، ص. ص 74 و 75.

³ هذه النظرية إن خرجت عن القواعد العامة في القانون المدني المصري، فإنها تعتبر من القواعد العامة حسب القانون المدني الأردني، وسنبحثها عند دراسة الطبيعة القانونية حسب الفقه الإسلامي.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، فقرة 155، ص 276/سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط5، د ن، سنة 1990، ص 716.

⁵ راجع الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري.

⁶ أنا عودة في تفصيل أحكام العقد الموقوف عند دراسة الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الاسلامي ص72

⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري -المرجع السابق، المامش 3، الفقرة 155، ص 276/ وهذا الرأي جاء به الفقيهان " AUPRY et Rau "

⁸ Pour plus du détails sur la nullité Cf. André BILODEAU, op.cit., p.39

⁹ سليمان مرقس، الوافي ج3، المرجع السابق، ص 716 /رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 67/نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع "مجد"، ط1، بيروت لبنان، سنة 1982، ص 122.

استحالة المحل استحالة مطلقة لأن البائع لا يستطيع نقل الملكية،¹ فإذا لم يقدّم البائع بنقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد فينتج على ذلك تخلف ركن السبب و تخلف الركن يعني البطلان المطلق.²

والبطلان المطلق هو انعدام أثر العقد بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم و لذلك لا يترتب عليه أي أثر ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا:

- إذا كان طرفيه أو أحدهما فاقد الأهلية (صبي غير مميز أو مجنون... الخ)
- إذا انعدم فيه الرضا كأن صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو لم يتطابق الإيجاب مع القبول.
- إذا تخلف ركن من أركان العقد كانهاء المحل أو السبب
- إذا اشترط القانون شكلا معيناً و لم يفرغ العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون.

كذلك يذهب هذا الرأي إلى القول أن إجازة المالك للعقد تفسر بأن إرادة المالك تقتزن بإرادة المشتري السابقة وينتج من اقتراحهما عقد جديد.

أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشتري، فقد وقع باطلا بطلانا مطلقاً³ ويركز هذا الفقه⁴ على أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة⁵ أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه خطأ البائع في بيع ما لا يملك، وليس أساسه العقد⁵

كما نجد المادة 124⁶ من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". يفهم من هذه المادة أن للمشتري حسن النية الحق بالمطالبة بالتعويض، لأن البائع هنا يعتبر مخطئا ببيعه ملك غيره وليس على أساس المادة 397⁷ من القانون المدني الجزائري لأن العقد باطل بطلانا مطلقا، والعقد الباطل كما نعلم، معدوم الأثر وبالتالي لا يستطيع المشتري للملك الغير أن يطالب البائع بالتعويض على أساس هذه المادة 397 السالفة

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 148، د/ رمضان أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 133 د/ إسماعيل عبد النبي شاهين: "بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا على أساس تخلف السبب والمحل، ولا يترتب عليه أي أثر، إذ أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن وهو التزام البائع بنقل الملكية، ومادام البائع غير مالك فإن التزام المشتري لا يقابله شيء، المرجع السابق ص 77. 78 وهذا ما أكده محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، السنة 2007، ص 11.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، هامش 284، ص 148.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 95.

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 302 ص 717/إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 106 / وهذا ما أشار إليه عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الهامش، ص 276.

⁵ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 106 / كذلك أنظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 717 / رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص

67.

⁶ المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي

⁷ المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي

الذكر، وإنما له فقط استرجاع الثمن الذي قدمه للبائع، أما المطالبة بالتعويض فتكون على أساس الخطأ التقصير للبائع¹ وليس العقد.

نقد الموجه للنظرية:

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات التي وجهت إليها رغم استنادها إلى نصوص صريحة من أهمها: القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا قول مخالف للنصوص القاطعة بقابلية العقد للإبطال والذي يسمح بإجازة البيع². كما أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه فالسبب غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق³، المطلق³ لأنه وبإحلال أحد الطرفين بالتزاماته يترتب عليه الفسخ لعدم التنفيذ. كذلك لا يمكن القول بالاستحالة المطلقة للمحل في هذا النوع من البيوع، لأنه لا يمكن أن تطبق نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري⁴، والتي تنص: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاتها أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا". أما استحالة موضوع البيع في بيع مال الغير فهي استحالة نسبية، لان هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع، هو المالك الحقيقي"⁵، هذا ما نجد في نص المادة 398 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "إذا أقر أقر المالك البيع سرى مفعوله وصار ناجزا في حق المشتري..."

كذلك القول بالبطلان المطلق يتعارض وصريح النص الذي يقضي بقابلية العقد للإبطال، وليس البطلان المطلق طبقا لنص المادة 466 من القانون المدني المصري⁶، تقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري.

القول بالبطلان المطلق يؤدي إلى جعل البطلان جائزا لكل ذي شأن، مع أن المادة 397 من القانون المدني الجزائري تحول هذا الحق للمشتري فقط.

كذلك يرفض أغلب شراح القانون إخضاع بيع ملك الغير للبطلان المطلق، لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير، وقواعد البطلان المطلق⁷.

لأن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف أحد الشروط الجوهرية لأي ركن... الخ، أما بيع ملك الغير

¹ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 67 / الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 106 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 717 .

² إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 80 / أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية، في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 259.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277 / رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 68 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 80 .

⁴ تقابلها المادة 132 ق المدني المصري "؛ إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا". /و تقابلها المادة 159 من القانون المدني الأردني.

⁵ إياس ناصيف، المرجع السابق، ص. ص 107 و 108 .

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 280 / جعفر أفضلي، ص 182 الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاول، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات، د ط، المكتبة القانونية، بغداد، لسنة 2007، ص 182 .

⁷ إياس ناصيف، المرجع السابق، ص . 107 د / سليمان مرقس، المرجع السابق، 717 .

توافرت أركانه، وشروط كل ركن.¹

كذلك العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم الأثر، بينما ينتج بيع ملك الغير آثاره فيما بين المتعاقدين في حالة إجازة المشتري إلا فيما يتعلق بنقل الملكية.

كذلك قابلية الإبطال في بيع ملك الغير حق معقود للمشتري دون غيره طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان كما يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها² وهذا طبقا للمادة 102 من القانون المدني الجزائري التي نصت: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة..."

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصحح بالإجازة، طبقا للمادة 102 مدني جزائري: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا... لا يزول البطلان بالإجازة".، على حين أن بيع ملك الغير يصح إذا أقره المالك الحقيقي أو أجازته المشتري³ فلا يمكن القول مع هذا كله بأنه ببيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا، لأنه يتعارض مع نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري -تقابلها- المادة 466 من القانون المدني المصري⁴ لهذا هناك من يرجع جزاء بيع ملك الغير إلى أنه باطلا بطلانا نسبيا،⁵ لهذا سنقوم لاحقاً باستعراض باستعراض لهذا الرأي.

رابعاً: نظرية تحول العقد.

بالرغم من اختلاف أحكام بيع ملك الغير، عن النتائج التي يترتب عنها البطلان المطلق، إلا أن هذا الرأي اتجه إلى الأخذ بنظرية تحول العقد لكن رغم هذا لم يخرجوا عن تطبيق أحكام القواعد العامة. فذهبوا إلى القول بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل، استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع،⁶ ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية، طبقا لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري،⁷ إلى بيع منسئ لمجرد التزامات فحسب، متى ثبت أن نية المتعاقدين المتعاقدين المحتملة تنصرف إلى ذلك لو علمنا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع⁸ وقد انتهى هذا الرأي إلى أنه

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 80 .

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 718/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 183 /إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 81/محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار، دراسة مقارنة، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2005، ص 183 .

³ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 183 .

⁴ "القول أن بطلان بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلانا مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح النصوص التقنين المدني المصري" /عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 156 ص 280 / سليمان مرقس، المرجع السابق، هامش 48، ص 723.

⁵ جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 182 /محمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 126، ص 149.

⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 722 /عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 156، ص 279 .

⁷ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 116 .

⁸ نص المادة 105 من ق المدني الجزائري: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد". وتقابلها المادة 144 من ق المدني المصري والتي تنص على: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، /محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150 /إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 79 / رمضان جمال كامل، المرجع السابق ص 73 .

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

فهنا تحول هذا العقد من ناقل للملكية، إلى بيع منشئ مجرد التزامات شخصية فقط، أي إلى عقد بيع من نوع ثان، الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك، لو علمنا أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم انتقال ملكية البائع .

ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس، أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع من النوع الأول، أي الناقل للملكية بذاته إلى النوع الثاني، الذي لا ينشئ إلا التزامات شخصية، ولذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه ولو أنه باطل بطلاناً مطلقاً.

أما انصراف نية المشتري إلى ذلك تحول العقد مفترض، إلى أن يثبت العكس، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثاني كاملة، ما دام المشتري لم يتمسك بالبطلان، وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ التزامات شخصية فقط، ولا ينقل الملكية. وأنه يصح أن يميز المشتري العقد لأن إجازته هذه تعتبر دليلاً على انصراف نيته منذ إبرام العقد إلى تحوله من النوع الأول (الناقل للملكية بذاته) إلى النوع الثاني (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال)، وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنتقل إليه الملكية²....

أما إذا تمسك المشتري بالبطلان، فهذا دليل على رفضه تحول العقد³ من ناقل للملكية إلى مجرد التزامات شخصية، ووجب اعتبار العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وغير قابل لا ينتج أي أثر قانوني. وإلزام البائع بالتعويض لأنه كان متسبباً بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقداً باطلاً.⁴

لهذا يرى هؤلاء الفقهاء، أن تنظيم المشرع لبيع ملك الغير في المواد 466 وما بعدها ما هو في الحقيقة إلا تطبيق تشريعي لنظرية تحول العقد.⁵

النقد الموجه للنظرية:

نجد أن ما جاء به الدكتور سليمان مرقس بتحول العقد⁶ تعرض لنقد من طرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، إذ أن القول بأن "العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات، يتعارض مع نظرية التحول المعروفة"⁷ فهذه تقتضي أن تكون نية كل من

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع، ص 279 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 723.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص، 722 .

³ محمد صبري سعدي، المرجع السابق بند 128 ، ص. ص. 151 و 150 / رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص 74 .

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 305 ، ص 722 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 279 .

⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 723 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 79 .

⁶ محمد صبري السعدي " وتلخص نظرية تحول العقد في أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد" ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 264 .

⁷ الياس ناصيف يقول " : وقد أخذ على هذا الرأي أمران : تعارضه مع نصوص القانون وتعارضه مع نظرية التحول المعروفة" ... مرجع سابق، ص 116.

المتعاقدين المحتملة تصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد، بدلا من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل.

فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع.

وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح " في بيع ملك الغير لا يمكن تطبيق المادة 105 من القانون المدني الجزائري - التي تقابلها المادة 144¹ من القانون المدني المصري لأن كلا الطرفين نجدهم يتجهون إلى إبرام عقد بيع ناقل للملكية وبذلك نستبعد الأخذ بنظرية التحول.

خامسا: نظرية البطلان النسبي

طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق، كما ذهب أكثر شراح القانون المصري² إلى اعتبار هذا البيع هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المشتري، غير أن المشرع الفرنسي لم ينص في المادة 1599 إلا على البطلان، ونستخلص من هذا أنه قصد البطلان النسبي³ وليس المطلق ويكون في هذه الحالة للمشتري الحق في طلب التعويض، ونقصد هنا المشتري حسن النية⁴ ولهذا نجد أن اغلب الأحكام والقرارات القضائية المصرية والفرنسية تقض بان بيع ملك الغير⁵ باطل بطلانا نسبيا، لأنه يسمح بترتيب جميع الأحكام التي قررتها النصوص القانونية الخاصة ببيع

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، فقرة 156، ص 280، / وفي نفس المعنى جاءت آراء الفقهاء / رمضان جمال كامل، مرجع سابق ص 74 / رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 134، / محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 151، / محمد محي الدين إبراهيم، أحكام شروط البيع، مرجع سابق، ص. ص 14 و 15. / ويرد سليمان مرقس على هذه الانتقاء التي وجهه له، عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله: "أولا أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكييف هذا العقد بأنه قابل للإبطال كما لا تستقيم مع تكييفه بأنه باطل بطلانا مطلقا، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بالإرادة شخص أجنبي... من المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء في أثار التي قررتها هذه النظرية". مرجع سابق، هامش 48، ص 723/ تتعلق المادتين 105 و 144 بنظرية التحول العقد.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 304 ص 719 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 82 / سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، القاهرة، د س ن، ص 383 / محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 183 / رمضان أبو السعود، المرجع السابق، بند 3، ص 133 / رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 71.

³ البطلان النسبي: هو البطلان الذي يلحق العقد، وقد تخلف فيه شرط من شروط صحة، الانعقاد كتنقص أهلية أحد المتعاقدين، أو كليهما، أو كانت إرادة طرفيه أو احدهما معيبة بعيب من عيوب الرضا وعلى ذلك يكون العقد قابلا للإبطال.

⁴ -R. Beudant et P. Lerebours -Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. 11, avec la collab. de J. Brethe de la Gressaye, Rousseau, 2e éd., 1938, n° 99, p. p. 68. Dalloz, 1997, n° 615, p. 580.

⁵ إسماعيل عبد النبي شاهين: "ويذهب البعض الآخر إلى أن أساس البطلان النسبي لبيع ملك الغير يرجع إلى نقص في أهلية المشتري". المرجع السابق، ص 83، / مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة عقد البيع والمقايضة، ط 6، مطابع في العرب، دمشق، سنة 1384 . 1965، ص / محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 183.

ملك الغير،¹ وهذا ما أكده الدكتور سمير عبد السيد تناغو بقوله أن البطلان المنصوص عليه في المادة 466 من القانون المدني المصري هو بطلان نسبي لأنه هو الجزء المناسب لهذا العقد لكن رغم اتفاقهم باعتبار البطلان المطبق هنا نسبياً، فمنهم من أسس هذا البطلان، فقال البعض أنه راجع إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا،² ومنهم من رد هذا البطلان النسبي إلى استحالة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إمضاء العقد. وسنبحث على التوالي في هذه الآراء الفقهية لكي نتحقق من مدى ملاءمتها لأحكام بيع ملك الغير.

1. يرجع بعض الفقهاء قابلية هذا البيع للإبطال، على أساس الغلط الجوهرية في شخص البائع أو الغلط في المبيع:³

فذهب هذا الرأي إلى أن أساس البطلان هو الغلط الذي يقع فيه المشتري أي غلط في صفة جوهرية.⁴ في الشيء وهو كونه مملوكا للبائع، أو غلط في شخص المتعاقد، حين اتجهت نية المشتري إلى التعاقد، مع المالك الحقيقي للمبيع في حين أنه تعاقد تعاقد مع غير المالك، أي المشتري قد وقع في غلط في شخص البائع أو المبيع، وبالتالي يعتبر هذا الغلط عيباً في الرضا، مما يمكنه ذلك من طلب إبطال على أساس هذا السبب.⁵

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 719 / محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 183 / ويرى سمير عبد السيد تناغو " : ومع ذلك فنحن نؤيد النص الذي يقرر بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري لأن التزام البائع بنقل الملكية في هذا البيع وإن كان غير مستحيل استحالة مطلقة إلى أنه بعيد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد "...عقد البيع، المرجع السابق، ص 383 . - ويرى د /عبد النبي شاهين": والعقد القابل للإبطال على هذا النحو عقد صحيح طالما لم يتقرر إبطاله، وهو بهذه الصفة ينتج آثاره ككل العقود الصحيحة وتلحقه الإجازة، ويرد عليه التقادم، ولا يجوز التمسك بإبطاله إلا لمن تقرر الإبطال لمصلحته دون المتعاقد الآخر، فإذا تقرر إبطاله يكون كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً فلا ينتج أي أثر". ، المرجع السابق، ص 82 .

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 384 .

³ هذا الرأي جاء به الفقيه "josserand" وأشار إليه عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، الهامش 2، ص 277/رمضان جمال كمال، المرجع السابق، بند 53، ص 72.71 /مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 257 /سليمات مرقس، المرجع السابق، ص 270.

⁴ تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري " : يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله ". /وتقابلها المادة 120 من القانون المدني المصري على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية جاز له أن يطلب إبطال ". /محمد حسن قاسم، مرجع السابق، ص 183 .

⁵ عبد الرزاق حسن فرج " : ويقضي ذلك أن البيع لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية حيث يقع في غلط في شخص البائع وفي المبيع، إلا أن هذا يتعارض مع عموم نص و المشرع في هذا الصدد يجعل للمشتري أن يطلب البطلان في جميع الحالات سواء أكان حسن النية أو سيء النية بأن كان يعلم أن المبيع ليس مملوكاً للبائع، وكل ما رتبته القانون من أثر في حالة علم المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع هو حرمان المشتري من طلب التعويض فقط" المرجع السابق، ص 135. /محمد الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص 106. /إلياس ناصيف " : لكن القضاء الفرنسي كان جازماً بذهابه منذ سنة 1832، إلى اعتبار أن بطلان بيع مال الغير هو بطلان نسبي ". المرجع السابق، ص 114 . / - قرار محكمة النقض المصري في 14 /04/1987، الطعن رقم 245 لسنة 55 وجاء فيه: " أنه لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع، إلا أن المالك يكفي أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل، أما إذا كان كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع، فإنه يكفي أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته .. مجموعة أحكام النقض المدني المصري، ص 35 ، ص 1539 ، نقلاً عن إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، الهامش 1، ص 84.

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

تم تكيف بيع ملك الغير في نظر هذا الفقه¹ على أنه بيع مال مستقبل، فبيع ملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه مستقبلا بالنسبة للغير"، ونظرا لأنه من الجائز طبقا للقواعد العامة أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، فإنه يكون من الجائز أيضا طبقا لهذه القواعد أن يلتزم شخص بنقل ملكية شيء مملوك لغيره. كما يرى هذا الاتجاه أن بطلان بيع ملك الغير يرجع لاستحالة محله، والاستحالة هنا ليست استحالة مطلقة، لأن البائع يستطيع ولو من ناحية التصور النظرية أن يشتري المبيع من مالكة الحقيقي وأن يصبح هو مالكا له ويستطيع بالتالي أن ينقل ملكيته إلى المشتري منه².

كما يرى الدكتور سمير عبد السيد تناغو بأن البطلان في هذا النوع من البيوع هو بطلان نسبي، لأن التزام البائع هو نقل الملكية في هذا البيع، وإن كان غير مستحيل استحالة مطلقة إلا أنه بعيد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد، غير أن هذه الاستحالة النسبية القائمة على الظروف الموضوعية الناتجة عن ملاسبات إبرام العقد تؤدي إلى إبطال العقد بطلانا نسبيا³

النقد الموجه للنظرية:

- ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري⁴: "عيب هذا الرأي واضح، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية، فيكون قد وقع غلط في البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين المدني الفرنسي ومع صريح التقنين المدني المصري طبقا للمادة 467 التي تصرح بوجوب التعويض للمشتري إذا كان حسن النية."⁴

- الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية في حين أن هذا الحق محول للمشتري ولو كان سيئ النية.⁵

- كذلك التحدث عن الغلط في شخص المتعاقد، إذا كان الشخص محل اعتبار في العقد كأن يكون هذا المتعاقد رساما، أو طبيبا، أو موسيقيا، وليس في بيع ملك الغير أي شيء من ذلك، وهذا الغلط في شخص البائع ليس له تلك الأهمية البالغة وليس بالصفة الجوهرية،⁶ إذ لا يمكن القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو الغلط مادام نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح في ذلك.

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

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

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. ص 382 و. 383.

³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 383. / ويقول الأستاذ إسماعيل غانم: "أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية، إذ هناك ش وذلك هو شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي." مذكرات غير مطبوعة في البيع، ص 10 نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 277.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

⁵ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 184 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 720.

⁶ كميح حورية، المرجع السابق، ص 62.

- القابلية للإبطال جزاء على وجود عيب من عيوب الإرادة، أو نقص الأهلية في المتعاقدين أو أحدهما، وهو مالا يتوافر في بيع ملك الغير. زيادة على هذا فالعقد القابل للإبطال لا تصححه الإجازة إلا من تقرر الإبطال لمصلحته، وهو المشتري، وكان طرفا في العقد مع أن بيع ملك الغير يصححه إقرار المالك الحقيقي وهو ليس طرفا في العقد¹.

- كذلك نجد القواعد العامة تقضي بأن الآثار التي تترتب على بيع ملك الغير تختلف عن الآثار التي ترتبها هذه القواعد على البطلان النسبي، إذ من المستقر عليه أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول بأثر رجعي، وإذا أجازته من تقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد بصفة نهائية، وينتج جميع آثاره، أما بيع ملك الغير قبل أن يبطل فلا ينتج جميع آثاره، فهو لا ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، كما أن إجازته من المشتري لا تؤدي إلى نقل الملكية، بينما الإجازة التي تقررت لمن له حق طلب الإبطال أبلغ أثرا فهي تجعل العقد صحيحا وناظرا و يحتج به اتجاه الغير².

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

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري فنجد أغلب القرارات قضت بإبطال العقد دون الإشارة إلى تأصيل هذا البطلان³ لكن من خلال التطرق للمادة 397 من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية نجد إذ بالمشروع استعمال مصطلح " l' acheteur peut demander l'annulation de la vente " وهذا ما قصد به المشروع دوما البطلان النسبي nullité وليس annulation⁴ وليس المطلق.

فهل استعمال المشروع هذا المصطلح يعد إقرارا منه على أن الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير هو البطلان النسبي ؟ في حقيقة الأمر رغم وجود هذا المصطلح إلا أن المشروع عندما أفرد هذا البيع بنص خاص، لم يكن يقصد من ورائه جعل جزاء بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا نسبيا لأن أحكام البطلان النسبي لا تتفق مع بطلان بيع ملك الغير لأن هذا الحق مخول بنص القانون للمشتري وحده أي قابلية الإبطال من نوع خاص هذا ما ذهب إليه أغلب شراح القانون، إذ رفضوا إخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي، طبقا للقواعد العامة، وهذا لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير وقواعد البطلان النسبي⁵.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 83 .

² إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 84 / رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 71 .72.

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

⁴ أنظر مذكرة طالبة القاضية، رحمان نصيرة، بيع ملك الغير، مذكرة لتخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة الرابعة عشر، سنة 2006، ص 34.

⁵ عبد الرزاق السنهوري... " : فمن العبث إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به " ...، المرجع السابق، الهامش 1، ص 284 .

سادسا: نظرية البطلان بنص خاص

يتبن لنا من الانتقادات التي وجهت للنظريات السابق التي تستند إلى القواعد العامة في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، سواء تلك القائلة بأن العقد قابل للفسخ إلا أن نص المادة 397 القانون المدني الجزائري جاء صريح بان أعطى للمشتري حق طلب الإبطال دون غيره، وأوانه باطلا والذي لا يكون إلا في حالة تخلف أركان العقد كتخلف الرضا أو المحل أو السبب، أو انه قابل للإبطال (بطلان نسبي) والذي لا يكون إلا في حالة نقص الأهلية أو بسبب عيب في إرادة احد المتعاقدين، أو انه موقوف على إجازة المالك الحقيقي، وهي فكرة غريبة عن فقهاء القانون الوضعي، ومع كل هذا الاختلاف والتضارب في آراء الفقهاء، استند بعض من شراح القانون إلى أن قابلية بيع ملك الغير للإبطال لا تقوم على أساس القواعد العامة وانما تستند إلى نص تشريعي خاص.¹

ذلك لان المشرع وضعه لمصلحة المشتري بان أعطى له حق الإبطال والإجازة، وللمالك الحقيقي أن يقضي بعدم سريانه في حقه أيجيزه وهو مستمد من نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي تقابله المادة 466 من القانون المدني المصري وليس من القواعد العامة، إلا انه تم انتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقهاء القائل بان البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئا ويعتبر تسليما بالعجز، عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هي في القواعد العامة، وإنما في الحقيقة هذا لا يعتبر عجزا بل هو تقرير لما جاء في نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي تقابله المادة 466 من القانون المدني المصري، وبالرغم من اتفاق الفقهاء على البطلان من نوع خاص إلا أنهم اختلفوا في علة تقرير هذا البطلان لذلك سنقوم بتبيان هذا الاختلاف .

1. هناك من يرجع علة إبطال بيع ملك الغير في كون البيع أصبح ناقلا للملكية² والقاعدة العقلية تقول إن فاقد الشيء لا يعطيه، ولكون البائع غير مالك لا يستطيع نقل الملكية لهذا تدخل المشرع لمنع البيع ويكون جزاء هذا البيع البطلان من نوع خاص في هذه الحالة فقط.

أما في الحالة التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد، فلا نطبق عليها هذه القاعدة لزوال السبب، وخير مثال على ذلك، أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد التسجيل في البطاقات العقارية³ وهذا ما نص عليه قانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجزائري⁴ في مادته 15، حيث تؤكد على أن الملكية في العقارات لا تتم لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشر عقود في مجموعة البطاقات العقارية، وهذا البطلان في نظرهم لا يقع إلا على البيوع الناقلة للملكية في الحال، لأن عقد بيع

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 184/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 91/ ويقول الدكتور اسماعيل غانم في هذا الشد أن "يتضح من ذلك ان تقرير بطلان بيع ملك الغير لا يستند الى اساس من القواعد العامة، فهو بطلان استثنائي قرره المشرع لحكمة توخاها"، مذكرات في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 22، نقلا عن الاستاذ، ابن محمد حسن، المرجع السابق، ص 67.

² أحمد نجيب الهلايلي باشا، عقد البيع، الطبعة 3، ل، بند 211، سنة 1940، ص 164 نقلا عن مذكرة، كميح حورية، المرجع السابق، ص 67/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 2، ص 287 .

³ و يقابله قانون التسجيل الصادر في 26 يونيو 1923 والذي عمل به في مصر ابتداء من أول يناير 1924، وهو عبارة عن قانونين يشتملان على نصوص واحدة، أول هذين القانونين هو قانون رقم 18 سنة 1923 سنة ويسري أمام المحاكم الوطنية، أما القانون الأخر فهو 19 سنة 1923 ويسري أمام المحاكم المختلطة"، نقلا عن/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 207 .

⁴ الامر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بقانون مسح الأراضي وتأسيس السجل التجاري .

العقار قبل التسجيل لا يرتب إلا التزامات شخصية، فهنا يعطي للمشتري حق رفع دعوى الفسخ عند عدم تنفيذ البائع لالتزامه فالعقد صحيح قابل للفسخ عند عدم التنفيذ،¹ أما إذا تم تسجيله فإنه يصبح عقداً ناقلاً للملكية.

إلا أن هذا الاتجاه تم انتقاده، إذ لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلاً يجب أن يكون المقصود من ورائه نقل الملكية في الحال والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، إلا أنه إذا وقع بيع العقار صحيحاً قبل التسجيل فيبقى صحيحاً بعد التسجيل، لأن التسجيل لا يبطل العقد الصحيح وسبب الدافع إلى عدم نقل الملكية في الحال لا يرجع إلى إرادة المتعاقدين . كما أن نقل الملكية في العقار لا وجود له باتفاق خاص، بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة 1923 ومن ثمة تزول علة الإبطال.

2. يذهب هذا الرأي إلى القول بأن علة الإبطال في بيع ملك الغير يعود إلى أن انتقال الملكية يتم قانوناً بمجرد إبرام العقد،² فإن انتقال الملكية حسب هذا الرأي يتم قانوناً بمجرد إبرام العقد، وإنشاء القانون هذه القاعدة، ترتب عنها أن بيع ملك الغير يعطل من أحكام القانون. غير أن هذا التأخير لا ينتج عنه الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة. لهذا تدخل المشرع وأنشأ قاعدة أخرى وهي بطلان بيع ملك الغير لأننا إن لم نكن أمام هذا القاعدة الأخيرة، فيكون جزاء هذا التصرف هو الفسخ لعدم التنفيذ. ففي بيع الشيء المعين بالنوع لا تنتقل الملكية بمجرد الاتفاق وإنما تنتقل بالتعيين والفرز، كفرز نوعية القمح أو أي شيء آخر، لهذا لا يوجد هنا محل للبطلان دائماً يكون محلاً للفسخ عند عدم التنفيذ، ومع أن بيع العقار ينشئ التزاماً بنقل الملكية، إلا أن المشرع استبعد البطلان في هذه الحالة ومدام هذا الأخير يرى بأن الالتزام في العقار قبل تسجيله يكون مجرد التزاماً شخصياً بنقل الملكية، ومن ثم فإن علة البطلان في بيع ملك الغير قد زالت بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة 1923 الذي فرض شروطاً محددة لانتقال الملكية في العقار .

إلا أن هذا الاتجاه تم انتقاده، إذ أن المشرع المصري عندما جاء بقانون التسجيل لم يضيف شيئاً ما لطبيعة البيع كعقد ناقل للملكية، وإنما أحر وقت انتقال الملكية إلى تاريخ التسجيل³ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

- كذلك علة عدم نقل الملكية بمجرد التعاقد لا ترجع إلى إرادة المتعاقدين، فإن المشرع جعل انتقال الملكية. يتراخى إلى حين تسجيل العقد. فيبقى سبب البطلان في الحال هو اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل الملكية هي متوفرة في بيع عقار الغير حتى قبل التسجيل، فيقع قابلاً للإبطال.⁴

3. يذهب هذا الرأي إلى القول أن علة الإبطال في هذا البيع بسبب عدم التزام البائع بنقل الملكية والعلة في البطلان، هو عدم قدرة البائع على نقل الملكية، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو نقل الملكية لذا تدخل المشرع

¹ د/ سليمان مرقس - المرجع السابق، ص 725 و 726.

² حلمي بجمت بدوي، بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى، ع 1 لسنة 1931، ص 600 وما بعدها، نقلاً عن /كميح حورية، بيع ملك الغير في القانون المقارن، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1988، ص 69، أنظر /عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الهامش 1، ص 287 /مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 258.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 726.

⁴ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 109، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 287.

بالنص على بطلان هذا التصرف، كما أن هذه العلة تفهم من خلال التطور التاريخي لطبيعة البيع كعقد ناقل للملكية،¹ كما أن علة البطلان في بيع ملك الغير، الغير المسجل موجودة والنص على البطلان جاء عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع طبقاً للمادة 466 من القانون المدني المصري.²

كما أن قانون التسجيل العيني لسنة 1923 الذي جاء به المشرع المصري لم يغير من طبيعة بيع العقار إذ لا يزال من طبيعة نقل الملكية،³ سواء سجل أو لم يسجل، فنصت المادة الأولى من قانون التسجيل على أنه "في جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنه إنشاء ملكية... شهرها بواسطة تسجيلها"،⁴ وكذلك المادة 9 من قانون رقم 25 لسنة 1976،⁵ الخاص بتنظيم الشهر العقاري المصري، التي تنص "على أن جميع التصرفات التي من شأنه إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية يجب شهرها بطريقة التسجيل".⁶

وبالرجوع إلى نص المادة 61⁷ من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجزائري نصت على ما يلي "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي". فبيع عقار قبل التسجيل يبقى ناقلاً للملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها من جانب البائع، إذ علة البطلان في بيع ملك الغير قبل التسجيل موجودة بصريح المادة 1/466 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري .

إلا أن هذا الاتجاه تم انتقاده أيضاً بأنه ينبغي ألا نتجاهل ما ينص عليه القانون من أن بيع ملك الغير لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري لاستحالة ذلك، نظراً لأن البائع غير مالك وقت العقد، وهذا يتعارض مع القواعد العامة التي تقضي بأن البطلان النسبي ينتج جميع آثاره إلى أن يقرر بطلانه⁸ كذلك من خصائص الشهر العيني القوة الثبوتية إذ ما تم شهر التصرف أصبح عنواناً للحقيقة ولا ولا يمكن قبول طلب إبطاله بأي طريقة كانت بعد تسجيله.

يتضح مما تقدم أن هناك اختلاف في الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القواعد العامة واعتباره عقداً قابلاً للإبطال، فنجد أن أغلب الفقهاء يرون أن البطلان هنا خاص بهذا البيع، لأن بيع ملك الغير منافي لطبيعة عقد البيع باعتباره عقد ناقل للملكية ولعل السبب راجع إلى المراحل التي تطور فيها البيع من عقد يرتب التزامات بنقل الملكية إلى عقد ناقل للملكية .

¹ عبد الرزاق السنهوري... "وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجودة، والنص المنشئ للبطلان لم يلغ قانون التسجيل"، هامش 2، المرجع السابق، ص 287.

² عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 286/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ص 76 .

³ ذهب أغلبية الشراح إلى أن "بيع العقار المملوك للغير يقع حتى بعد صدور قانون التسجيل باطلاً سواء سجل العقد أو لم يسجل، وقد حسم التقنين المدني المصري هذا الأمر في المادة السابق ذكرها 1/ 466 ونص على الإبطال سواء سجل العقد أو لم يسجل" نقلاً عن /محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 153.

⁴ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 286

⁵ ج.ر.م، ع 14 صادر في 1976/04/ 01.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 286، إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 110 .

⁷ ج.ر.ج، ع 30 صادر في 1976/04/13.

⁸ إسماعيل عبد النبي - المرجع السابق، ص 92

فالرأي الأول يجعل من عقد البيع ناقلاً للملكية فهو هنا لا يجعل من عقد بيع العقار ناقلاً للملكية وبالتالي لا يكون للمشتري المطالبة في الإبطال قبل التسجيل وإنما له الحق في المطالبة بالفسخ، ورأي آخر يقول أن للمشتري الحق في المطالبة بالإبطال في بيع العقار سواء قبل أو بعد التسجيل لان بيع ملك الغير منافي لطبيعة البيع باعتباره منشأ لالتزام بنقل الملكية، والرأي الثالث يجعل من بيع عقار الغير صحيحاً قبل أو بعد التسجيل لكنه قابل للفسخ في حالة عدم التزام البائع بنقل الملكية أي بسبب صدور قانون التسجيل. والرأي الراجح الذي ذهب إليه فقهاء القانون أن سبب الإبطال راجع إلى عدم التزام البائع بنقل الملكية، أي انه لا يمكننا إن نؤسس قابلية بيع ملك الغير للإبطال من خلال القواعد العامة، فبيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص قانوني خاص وبذلك يصبح بيع ملك الغير أحد الحالات التي ترتب البطلان النسبي،¹ ذلك أن بيع ملك الغير يستند إلى علة معقولة ليست من القواعد العامة وإنما لا بد من وجود نص تشريعي خاص جاء به نص المادة 466 من القانون المحني المصري والتي تقابله المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي من خلالها نجد المشرع قد خص بيع ملك الغير بنص خاص لان تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى نتائج مختلفة. ولان بيع ملك الغير يميزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيح إلا إذا اجتازه العاقد لذي تقرر البطلان لمصلحته وهو المشتري.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

لقد اختلفت آراء الفقهاء المسلمين في حكم بيع ملك الغير إلا أن الأمر استقر على رأيين فقهيين، فالأول يذهب إلى أن بيع الفضولي باطل، أما الثاني يذهب إلى أن بيع الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك، ثم نقوم بعد ذلك بالموازنة بين الرأيين.

أولاً: نظرية البطلان

ذهب بعض من الفقهاء المسلمين إلى القول ببطلان بيع الفضولي منهم: الشافعية في المذهب الجديد،² والحنابلة في إحدى الروايتين،³ وبعض المالكية،⁴ وأبو ثور وابن المنذر،⁵ وابن حزم الظاهري،⁶ فيقولون بان بيع الفضولي باطل بطلان مطلق و يترتب عليه عليه أن لا ينتج أي أثر سواء بين المتعاقدين، ولا في مواجهة المالك الحقيقي، كما أن هذا البيع لا يصح حتى لو جازه المالك الحقيقي، ذلك لان الفضولي ل يعتبر مالكا للشيء المبيع وليس له ولاية التصرف في المبيع، لأنه ليس مأذوناً له من المالك الحقيقي، ولان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، فبيع الفضولي لا يمكن تصحيحه بإجازة المالك ذلك لأنها تؤثر في العقد الموجود، ولان العقد لا وجود له

¹ فرج توفيق حسن، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 118.

² شمس الدين محمد الخطيب الشرابي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاضل المناهج، ج 1، ط 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1418 هـ 1997 م، ص 21.

³ ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو محمد الحنبلي، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص. ص 274 و 275.

⁴ القرافي، شهاب الدين ابن العباس احمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، ج 4، ط 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1437 هـ، ص 244.

⁵ النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج 9، ط 1، المطبعة المنيرية، القاهرة، د س ن، ص 285.

⁶ ابن حزم المحلي أبي بكر، ج 8، د. ط، د. ن، مصر، سنة 1350 هـ، ص 434.

منذ البداية،¹ ولكي يصحح لابد من إعداد عقد جديد بين المشتري وبائع ملك الغير، ويؤسس فقهاء هذه النظرية آرائهم على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والقياس والمعقول وستقوم بعرضها على النحو الآتي:

1. القرآن الكريم:

استدل فقهاء هذه النظرية على بطلان بيع الفضولي بقوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾².

فالعقد الذي أبرمه الفضولي في نظر هؤلاء الفقهاء بحسب ما جاء في تفسير الآية الكريمة، يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل، لأن المالك لم يكن راضياً أي غياب رضاه، ولا يمكن أن تصحح الإجازة اللاحقة عقداً باطلاً.³ كما رجعوا أيضاً إلى قوله تعالى ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁴

ومن خلال هذه الآية الكريمة يتبين أن الفضولي لا يمكنه أن ينقل الملكية للمشتري أي لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع، و لم يتحصل المالك على الثمن لذلك فهو باطل،⁵ كما لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بلا إذن صاحبه وهذا ما لا يجوز شرعاً.

2. السنة النبوية الشريفة.

ومن السنة النبوية الشريفة قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في بطلان بيع الفضولي لحكيم بن حزام حين سأله يا رسول الله يأتي الرجل يسألني البيع و ليس عندي، أ فأبيعه؟ فأجابته صلى الله عليه وسلم: " لا تبع ما ليس عندك"⁶ فهذا الحديث دل على نهي صريح "وإنما هو وحي يوحى، ولا ينطق عن الهوى" من الشارع نفسه وهو الرسول الكريم، عن بيع ما ليس مملوكاً، والنهي هنا يعني البطلان .

وكذلك في قوله صلى الله عليه وسلم "لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك"⁷ والفضولي لا يملك ما يبيعه إذن فهو باطل .

¹ الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6 و7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة1424هـ، 2002 م، ص 573 . 575. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص. ص 168 و 169.

² سورة النساء الآية رقم "29" .

³ محمد الألفي، المرجع سابق، ص 94 /جعفر الفضالي، المرجع السابق، ص 183.

⁴ سورة الأنعام الآية رقم "164".

⁵ محمد الألفي، المرجع سابق ص 95.

⁶ الحديث رواه أبو داود في سنن، في كتاب الإجازة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث3503 :، سنن ابي داود، ج4 ، سليمان بن الاشعت السجستاني الازدي، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، لبنان، ، د.ت، ص665 / ابي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، ج3، ط1 ، مطبعة المدني، س 1428 هـ، 2007 م، ص125 / أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج3، المرجع السابق، ص. 21 / ابن قدامة عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 4 المرجع السابق ص274 .

⁷ رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح رقم الحديث2190 ، سنن أبي داود، ج4 ، سليمان بن الاشعت السجستاني الازدي، المرجع السابق، ص 665 و666 /عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 4 المرجع السابق، ص 274 .

3. القياس:

ويقربه أصحاب النظرية من بائع السمك في الماء والطير في الهواء، ولأن هذه البيوع باطلة فإن بيع الفضولي باطل، لأنه غير قادر على تسليم ما باعه وذلك لأنه لا يملكه.¹

4: المعقول:

وهو في نظر القائل بهذه النظرية صدور العقد ممن له ولاية إصداره، وهي الولاية التي لا تتحقق إلا بثبات الملك أو بإذن المالك، والولاية واجبة لانعقاد العقد وهذا يعني الارتباط بين كلا الطرفين، بحيث يتمكن كل منهما من تمكين الآخر من أحكام العقد كاملة، ويقع بيع الفضولي باطلا، لأن الفضولي لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع، فهو لا يملك الولاية، وانعدامها يعني بطلان البيع.

تقييم هذه النظرية:

تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة من قبل فقهاء آخرين كانت نظرتهم لبيع الفضولي على أنه في حالة إجازة المالك، فهو صحيح، وقدموا على هذا أدلة عديدة وهي نفس ما استند عليه أصحاب هذه النظرية كما انتقدوا تفسيرهم لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف، ورفضوا بشدة ما قالوا به من قياس، واعتمدوا في ذلك ما أوغلوا فيه الحكمة والعقل وكانت أدلتهم كالتالي:

1. القرآن الكريم

إن استناد أصحاب هذه النظرية على قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ " ² للاستبيان على بطلان بيع الفضولي، وكان قولهم أن العقد الباطل لا يمكن أن تلحقه الإجازة لكن يمكن أن يرد عليه، بأن بيع الفضولي لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة فهو بيع موقوف لا يرتب أي أثر قبل الإجازة لذلك لا يمكن القول بأن هذا البيع فيه أكل لأموال الناس بالباطل، أما استنادهم إلى قوله تعالى " ولا تكسب كل نفس إلا عليها " ³ فكان قولهم بأن الفضولي غير قادر على تمليك المشتري المبيع وتمليك المالك الثمن، لذلك كان الرد عليه بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة ولا ينتج العقد قبلها أي أثر، فالعقد موقوف على إجازته ⁴ لقد استند معارضو هذه النظرية على فكرة العقد الموقوف، والتي وجدوا فيها مرادهم حتى يتمكنوا من الرد على من قال ببطلان بيع الفضولي، فالعقد الموقوف لا يرتب آثاره قبل الإجازة، وليس فيه تعدي على أموال الناس .

¹ النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص 286.

² سورة النساء الآية رقم 29.

³ سورة الأنعام الآية رقم 164.

⁴ محمد الألفي، المرجع السابق، ص 55 .

2. السنة النبوية الشريفة:

النهي الوارد في قوله صلى الله عليه و سلم " لا يبيع إلا فيما تملك "،¹ يخص البيع التام النافذ الذي يستعقب المطالبة من الطرفين، فهو المنهي عنه، لا البيع الموقوف الذي نشبته أو المراد أن يبيعه، ثم يشتريه، فيسلمه بحكم ذلك العقد،² كذلك النهي عن بيع الإنسان لما لا يملكه لا يدل على إبطال تصرف الفضولي، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه، فلو باع الإنسان شيئاً ليس عنده ربما لا يجده فيعجز عن تسليمه وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه.³

3: القياس.

قياس يبيع ملك الغير على بيوع الغرر - كبيع السمك في الماء والطيور في الهواء - قياس مع الفارق، لأن الطير في الهواء فيه جهل بالمبيع بخلاف بيع الفضولي فإن المبيع فيه غير مجهول، وإنما توقف نفاذه على إجازة المالك وقد رضي المشتري بتوقف لزومه على الإجازة المالك الحقيقي، وعلى ذلك يكون القياس الذي يقولون به قياس غير صحيح لأن من شروط القياس أن يكون متفقاً عليه.⁴

4. المعقول:

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

ثانياً: نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك

كان الحنابلة، في إحدى الروايتين،⁵ وأغلب المالكية⁶ وكذلك الشافعية في المذهب القديم كما ذكر عن المذهب الجديد من هذا الرأي أيضاً⁷ والأحناف⁸ وعن إسحاق ابن راهوية،⁹ كما يرى فقهاء هذه النظرية أن هذا البيع يبيع صحيح إذا كان موقوفاً على إجازة إجازة المالك الحقيقي، فإن أحازه تقرر صحته منذ انعقاده وبذلك ينتج جميع آثاره، لكن إن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلاً، وأعتبر كأنه لم يكن، ويستدل فقهاء هذه النظرية مشروعية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك من عدة أدلة نذكر منها :

¹ رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح رقم الحديث 2190، سنن أبي داود، ج 4، سليمان بن الأشعث، المرجع السابق، ص 666 و 666.

² الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص 575.

³ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 78.

⁴ وجاء في فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك... " : بأنه قياس مع فارق فلا يصح، لان الطير في الهواء فيه جهل بالمبيع بخلاف بيع الفضولي فإنه يبيع فيه غير مجهول"، المرجع السابق، ص 79، / وجاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة "ومن البيوع الفاسدة يبيع الطير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه بإجماع المذاهب الأربعة"... الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، تأليف عبد الرحمن الجزيري، المجلد الثاني، دار الفكر، د.ت، ص 233.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص 205.

⁶ ابن رشد، أبي الوليد محمد ابن أحمد ابن محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420 هـ. 2000 م، ص 270، 271 / القراني، الفروق، ج 3، المرجع السابق، ص 226.

⁷ النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص 282. 285.

⁸ الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص 573 و 576.

⁹ النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 259.

1: القرآن الكريم

استدل فقهاء هذه النظرية علي توقف بيع الفضولي على إجازة المالك بقوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم تعالى: ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾¹ وقوله أيضا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾² وقوله عز وجل: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾³. ويستدل من هذه الآيات الكريمة على أن الله عز وجل شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل بنصوص عامة سواء كان البيع نافذا أو موقوفا وإن كان رضا المتعاقدين موجود منذ البداية أو عند صدور الإجازة ممن يملكها في النهاية، فيجب العمل بإطلاق هذه الآيات إلا ما خص بدليل،⁴ وكذلك استدلو بقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾⁵ فتوقيع بيع الفضولي بعد الإذن يعد من قبيل التعاون على البر والتقوى لأنه يكفي أخاه المالك عناء البيع ومشقته، فيكون مشروعاً خاصة إذا كان يراعي في تصرفه مصلحة المالك.

2 السنة النبوية الشريفة

ومن السنة النبوية الشريفة قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بما روي عن أبي داود والترمذي وابن ماجه، أن عروة البار في قوله دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشترتي له شاه فاشترت له شاتين، بعت أحدهما بدينار وجئت بالشاه والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ما كان من أمري فقال "بارك الله لك في صفقة يمينك"⁶. ويتبين لنا من الحديث الشريف الشريف أن عروة باع واشترى ما لم يوكل بشرائه، وباع ما لم يوكل ببيعه وأقره نبينا الكريم، ما يدل على صحة التصرف فان أجازة المالك نفذ وان لم يجزه بطل .

3. القياس

أصحاب هذه النظرية استدلو على أن بيع الفضولي هو عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يصبح وقوفا على الإجازة قياسا على الوصية ان تعدت الثلث فإنها تحتاج إلى إجازة الورثة حتى تنفذ، ونفس الأمر بالنسبة للبيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح.⁷

¹ سورة القرة الآية رقم "275".

² سورة النساء الآية رقم "29".

³ سورة الجمعة الآية رقم "10".

⁴ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 177 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 167/ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج6، المرجع السابق، ص 576 .

⁵ سورة المائدة الآية رقم "02".

⁶ أخرجه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك رقم الحديث 1258، الجامع الصحيح سنن الترمذي أبي محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س ن، ص 559.

⁷ القراني، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص 244 .

4. المعقول

في نظر أصحاب هذه النظرية أن عقد الفضولي توافرت فيه جميع أركان التصرف صحيح، ذلك أن كل من البائع والمشتري إرادتهما سليمة ومحل العقد مشروع، إلا أنه غير مملوك لبائع فهذا لا يعني عدم وجوده، وكل ما في الأمر وجود مانع أوقف نفاذه وهو احتمال عدم رضا المالك به، فإذا أجاز المالك نفذ وأنتج آثاره من وقت إبرامه، وإذا لم يجزه بطل العقد.

تقييم هذه النظرية:

تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة من قبل الفقهاء الذين تبنا نظرية بطلان البيع، وقدموا على هذا أدلة عديدة وهي نفس ما استند عليه أصحاب هذه النظرية كما انتقدوا تفسيرهم لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف كما انتقدوا تفسيرهم لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف، ورفضوا بشدة ما قالوا به من قياس، واعتمدوا في ذلك ما أوغلو فيه الحكمة والعقل وكانت أدلتهم كالتالي:

1. القرآن الكريم

إن معارضو هذه النظرية قالوا بأن العموم الوارد في الآيات القرآنية السابقة لا يشمل بيع الفضولي قبل الإجازة، ذلك لأن قبل إجازته، لا يستوجب الوفاء على المالك، والتمسك بالعموم بعد الإجازة يتوقف على جواز الرجوع إلى العام بعد خروج الفرد منه. كما قالوا أيضا بأن قوله سبحانه و تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى" يتناقض مع بيع الفضولي، ذلك أن بيع الإنسان مال غيره دون إذنه يعتبر إثم وعدوان وليس فيه أي نوع تعاون على البر والتقوى¹.

2: السنة النبوية الشريفة

فقهاء هذه النظرية وهم في صدد مناقشتهم لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عروة البارقي، قالوا أنه كان وكيلًا للرسول صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة. إذ أن تصرفه لم يقتصر على البيع وإنما قام أيضا بالشراء والبيع والتسليم، وهذا أمر لا يجوز إلا إذا كان هناك إذن من المالك، وهو ما لم يحصل منه، وهذا يدل على أنه كان وكيلًا وكالة مطلقة². كما أن أصحاب هذه النظرية الذين أوقفوا تصرف الفضولي على إجازة المالك، يردون على هذا الانتقاد بأن عروة لم يكن وكيلًا مطلقًا بالبيع والشراء، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بشراء شاه، وبهذا لا يصير وكيلًا بمطلق التصرف³.

3: القياس

قام الفقهاء المعارضين لفكرة العقد الموقوف، برفض قياس بيع الفضولي على الوصية التي تجاوزت ثلث التركة، وقالوا بأن الوصية تصح بالمجهول والمعدوم وهو ما لا يصح في بيع الفضولي زد على ذلك أن الوصية تحتمل الغرر بخلاف البيع⁴، وفي الحقيقة لا يوجد

¹ حاشية الايرواني، على المكاسب، ج1، ص117، من خلال عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، د ط، د ن، سنة 1979، ص 74. / الشافعي عبد الرحمن، ص56، من خلال: الغياثي، بيع ملك الغير، المرجع سابق، ص 139.

² النووي، المجموع، ج9، ص.285.

³ السر حسي، أبي بكر بن محمد بن سهل السر حسي، المبسوط، ج13، ط1، دارا لسعادة، د ن، سنة 1331 هـ، ص 154.

⁴ النووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص 285، 287.

أي مجال للمقارنة بين الأمرين، ففي الوصية يتصرف الموصي في ملكه، والوارث في الحقيقة لا يجوز تصرفا وقع على ماله وإنما ينشأ هذا التصرف، والوارث في الحقيقة لا يجوز تصرفا وقع على ماله وإنما ينشأ هذا التصرف أما في بيع الفضولي، فالبائع يتصرف فيما لا يملك، والمالك يجوز تصرفا وقع على ماله.

ثالثا : الموازنة للنظريتين

بعدما عرضنا في القسمين السابقين حجج القائلين ببطلان بيع الفضولي، وحجج القائلين بتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك، وشاهدنا الانتقادات التي وجهت إلى كلا الرأيين، وبقي علينا في هذه المسألة موازنة النظريتين لمعرفة أي من الرأيين هو الأرجح، فلو رجعنا إلى الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي، لوجدناه ينطلق من الحرص على عدم الوقوع في الإثم والحرام وأكل أموال الناس بالباطل وعدم المساس بملكية الآخرين، ولأن هذا الرأي لا يعرف فكرة العقد الموقوف وينكره، فلا يجد أمامه من سبيل سوى القول ببطلان هذا البيع الذي يتم دون إذن أو ولاية من صاحبه، ذلك لأنه لا ينتج أي آثار بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير حتى ولو أجازته المالك الحقيقي ولو انتقلت ملكية الشيء المبيع إلى البائع يقع باطلا، ولكي يصح تصرف البائع لا بد أن يعاد أعمال العقد من جديد بين البائع والمشتري،¹ لان العقد الأول وقع باطل بطلانا مطلقا، وبالرجوع إلى الرأي الثاني القائل بتوقف آثار بيع الفضولي على إجازة المالك هو الري الأرجح لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم ومساعدة بعضهم البعض دون أي ضرر يمكن أن يلحق بأحد المتعاقدين،² زيادة على أن العقد الموقوف على إجازة المالك يتفق مع مبدأ الرضاية ذلك لأنه لا شيء يخرج من ملك الشخص كما انه لا ينتج آثاره سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد إجازة المالك الحقيقي وعندها تتقرر صحته بأثر رجعي طبقا للقاعدة التي تقول "الإجازة اللاحقة كالإذن السابق".³

ولكن يشترط لاعتبار هذه الإجازة أن يكون هذا العقد مجيز وقت إنشائه، والمجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك البيع أو رفضه، فإن لم يكن له مجيز حين العقد فلا تفيده الإجازة، كما لو باع فضولي مال الصغير بغبن فاحش، فإن هذا البيع يقع غير صحيح من أول الأمر، لأنه لا يجوز له عند إنشائه،⁴ كما نجد كتاب مرشد الحيران،⁵ ومجلة الأحكام العدلية،⁶ تبنا فكرة العقد الموقوف.

وعليه العقد الموقوف على أجازة المالك هو الرأي الأرجح لأنه يتماشى مع القواعد الفقهية فمن المقرر صيانة كلام العقلاء من العبث، فلو حكمنا بالبطلان لمنعت إجازة العقد لان في الأصل العقد الموقوف على إجازة المالك صحيح، وجميع الفقهاء يجمعون على صحته إلا أن انتقال الملكية فيه موقوفة على حصول شرط المالك .

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 41.

² أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 79.

³ مجلة الأحكام العدلية المادة 1453: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة".

⁴ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص 79.

⁵ المادة 334 من كتاب مرشد الحيران على أنه "إذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العقد فضوليا تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبيا مميزا فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت المالك إلا إذا أجازته المالك في الصورة الأولى و الولي أو الوصي في الصورة الثانية وقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة" / محمد قدرى باشا، باب حكم بيع، المرجع السابق، ص 54.

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

الفرع الثالث: المقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي في تحديد الطبيعة القانونية لملك الغير

بعد أن قمنا بتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي المتمثلة في فكرة العقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري في حالة عدم التزام البائع بنقل الملكية إليه، وتحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي المتمثلة في فكرة العقد الموقوف على إجازة المالك لذلك لم يبقى أمامنا إلا معرفة أي من الاتجاهين يتلاءم مع أحكام بيع ملك الغير.

أولاً: أحكام العقد القابل للإبطال

فكرة العقد القابل للإبطال هي فكرة غريبة خالصة، وهو عقد له وجوده القانوني،¹ ومع ذلك فقد أخذت به بعض القوانين العربية التي استمدت أغلب أحكامها من القوانين الغربية نجد القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني السوري والمصري.

وفكرة العقد القابل للإبطال تكون في حالة ما تخلف في العقد شرط من شروط الصحة أو عيب من عيوب الرضا، والعقد في هذه الحالة صحيحاً وينتج جميع آثاره حتى يطلب من تقرر الإبطال لمصلحته إبطاله والإجازة في هذا العقد يقتصر دورها على تأكيد صحة هذا العقد. وهناك ثلاثة حالات العقد القابل للإبطال وهي على التوالي :

- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.
- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين.
- حالة البطلان بنص خاص المتعلقة ببيع ملك الغير المادة 397 ق م ج.

ثانياً: أحكام العقد الموقوف

فكرة العقد الموقوف هي فكرة إسلامية خالصة، فلا تعرفه القوانين الغربية، ومع ذلك فقد أخذت به القوانين العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي نجد القانون المدني الجزائري والقانون المدني العراقي والسوري والأردني، والإماراتي، والكويتي، والسوداني واليمني، وكذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة 111²، ومرشد الحيران في المادة 334.³

والعقد الموقوف هو: "العقد المشروع بأصله ووصفه، والذي يتوقف أثره عليه بالفعل على إجازة من يملكها شرعاً"،⁴ وفقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لنهاذ العقد أن يكون للعاقدين ولاية على محل العقد، وعلى نوع التصرف الذي يجريه. والولاية على محل العقد تتحقق في حالة ما إذا كان المميز مالكا للشيء المبيع أو نائباً عن المالك فإذا لم تتوفر هاتين الحالتين فيكون العقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي وفي هذه الحالة نكون أمام بيع الفضولي.⁵

¹ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 109.

² حيدر علي، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام العدلية، م 1، المرجع السابق ص 108.

³ محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، ، باب حكم بيع، المرجع السابق، ص 54.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 43.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، ج 5 المرجع السابق، ص 309.

أما الولاية على محل التصرف تتحقق في حالة ما إذا ما تصرف الشخص الراشد في ملكه فيقع تصرفه صحيحا وناظرا، ذلك أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر¹ ينعقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي. ذلك لأن الولاية في رأي الفقه الإسلامي شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

ثالثا: بيع ملك الغير بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف

يتضح لنا من خلال تحديد الطبيعة القانونية لكل من العقدين الموقوف والقابل للإبطال هو أن العقد الموقوف هو ذلك العقد الذي يتوقف نفاذه على إجازة المالك الحقيقي، أي لا ينتج آثاره حتى تلحقه الإجازة ذلك أن الإجازة تحرر العقد وتجعله ينتج آثاره، أما العقد القابل للإبطال فهو جائز إلى أن يلحقه البطلان ذلك لان الإجازة في العقد القابل للإبطال يقتصر دورها على زوال خطر البطلان الذي يهدد العقد، لذلك فهو عقد صحيح منتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه لمن تقرر البطلان لمصلحته (بإجازة المشتري). إذا باع شخص ملك غيره أي الحكيمين أنسب في هذه الحالة، هل نقول بقابلية بيع ملك الغير للإبطال أم نقول بوقف هذا البيع على إجازة المالك. يلاحظ في بيع ملك الغير أن الحق في الإجازة تكون من حق المشتري والمالك لهذا فعلى القوانين المتأثرة بالفقه الغربي أن تستعير من القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف و يواجه بما بيع ملك الغير، ذلك لأن العقد يكون موقوفا لا في حق المشتري والبائع وحدهما، وإنما في حق المالك الحقيقي، وإلا لكانت إجازة العقد تقتصر على المالك وعندها لا يملك المشتري إجازته. وعلى ذلك تكون هذه الأحكام ملائمة لحالة العقد هاته لأنها تستمد وجودها من نظام العقد الموقوف لا نظام العقد القابل للإبطال.

وعليه يتفوق العقد الموقوف على فكرة العقد القابل للإبطال بشأن بيع ملك الغير وهذا ما ذكره الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في قوله: "يرجح العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كل شيء. أم إذا قلنا: بيع ملك الغير في الفقه الربوي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضا عقد غير سار في حق المالك الحقيقي..."² وما ذكره أيضا الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء،³ وبعض من شراح القانون الفرنسي لينان ذي بلغون.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص240/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277 / محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، د ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، سنة 2009.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص 278.

³ مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، فقرة 250، ص 252. لينان دي بلغون، المعاملات في الفقه الإسلامي، فقرة 117، ط1، باريس، ص101، نقلا عن صلاح الدين محمد شوشاوي، المرجع السابق، ص31/ محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص 105.

المبحث الثاني: رهن ملك الغير

حفظُ المال من أهم مقاصد القوانين سواء الفقهية أو الوضعية منهليجاً دُ الرهن من أهم الأساليب المستخدمة في المؤسسات المالية كالبنوك والخزائن العمومية لحفظ المال، والتعامل بالرهن مظهر من مظاهر التيسير ورفع الحرج عن الناس في اجراء معاملاتهم، ووسيلة توثيق للحق، اذ يمكن ان يكون وسيلة اثبات امام القضاء وهو أقوى عقود التوثيق، فليس وسيلة توثيق فحسب وانما توثيق واستفاء، وقد اتخذ أشكالاً جديدة في حياتنا المعاصرة وأدى ذلك الى تقسيمه الى حيازي ورسمي، فضلاً عن بعض تطبيقاتها في النظام المالي، هذا عموماً عن الرهن بأشكاله لكن الرهن يكون من مالك يستطيع التصرف في ملكه، فماذا اذا كان لا يملك حق التصرف ولا ملكية المبيع، بمعنى من يتصرف في ملك لا سلطة له عليه هذا ما سنعرّفه في المطلب الأول من هذا المبحث عندما نقوم بطرح مفهوم رهن ملك الغير بين التعريف والحكم أما من خلال مطلبه الثاني فنحاول عرض صور رهن ملك الغير.

المطلب الأول: مفهوم رهن ملك الغير

عيّدُ الرهن من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث، بما يتميز من مزايا عديدة فهو يوفق بين مصالح الراهن والمرتهن مع كونها متعارضة، فرأينا أنه من الضروري تعريف الرهن لهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الأول تعريف الرهن في اللغة والقانون والفرع الثاني نعرف فيه رهن ملك الغير.

الفرع الأول: تعريف الرهن

لمعرفة المقصود بالرهن، سنحاول معرفة التعريف اللغوي للكلمة، ثم تعريفه من الناحية القانونية.

أولاً: تعريف الرهن في لغة

قال ابن زكرياء في مادة الرهن "الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات الشيء يُمْسِكُ بحق" أي الشيء الثابت الدائم.¹ وقال ابن منظور "وكل شيء ثبت ودام قد رهن"² وكذلك الرهن يدل على الضمان والكفالة فنقول مثلاً: "وانا لك رهن بكذا أي ضامن له"³ ويديّ لك رهن: أي انا كافلا لك. والراهن الثابت يدل على المهزول من الابل والناس لأنهم جعلوه كأنه من هزاله يثبت مكانه لا يتحرك.

وقد ورد في الصحاح:

أما تري جسمي خلا قد رهن ... هزلا وما مجد الرجال في السمن.⁴

والرهن يأتي بمعنى المغالاة في الشيء، فنقول مثلاً: "أرهننت في السلعة" غليت بها وهو من الغلاء، قال ابن السكيت: ارهنت فيها بمعنى أسلفت فيها وأنشد:

يطوي ابن سلمى لها عن راكبٍ مداً ... عيديّةً أرهننت فيها الدنانير.⁵

¹ ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ص 452/2.

² ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 189/13.

³ الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني، تاج العروس، تحقيق علي شيري، د ط، بيروت سنة 1994، ص 251/18.

⁴ الجوهري اسماعيل بن حماد، الصحاح: تحقيق احمد عبد الغفور، ط4، بيروت، سنة 1987، ص 2128/5.

⁵ أبو الحسين بن زكرياء، مرجع سابق، ص 453/2.

وورد في الرهن بمعنى المخاطرة ويشار لها بالرهان والمراهنة أي القمار والمسابقة على الخيل وغيره، وفي المثل: "هما كفرسي رهان"¹، ورهن الشيء رهنا، أي جعله دائم، فنقول، وأرهنتهما الطعام والشراب، أي أدمته لهما.² والرهن قد يرد بمعنى الوهن، فنقول: "أرهن الله قوته" أي أوهنه.³ أما الفيروز أبادي قال في مادة الرهن: "الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن ورهين، ورهن الشيء ورهن عنده وأرهنه أي جعله رهنا، وارتهن منه أي اخذه رهنا، وكل ما احتبس به الشيء فرهينة ومرتهنة".⁴ وقال أيضا: استخدمت أحيانا الودائع بمعنى الرهائن.

أما تعريف الرهن اصطلاحا:

هو وثيقة بالدين،⁵ والمراد بالوثيقة أي شيء ممتوثق به وذلك لأن الدين أصبح لحبس هذه الوثيقة محكما لا يسع المدين فقدان هذه الوثيقة، وفي الاصطلاح تسمى هذه الوثيقة المرهونة رهنا وصاحبها الذي رهنها يسمى رهننا وصاحب الدين مرتهنا،⁶ اذن الرهن في كلام العرب هو الشيء الملزم، يقال هذا رهن لك أي محبوس عليك،⁷ وكذلك يتفق علماء المسلمين على انه حبس شيء يمكنه استيفاء الدين منه،⁸ أو ما تقتضي صحة رجوع ذلك الشيء ... الخ، أي تقتضي بإخراج رهن الدين وبذلك أكد المعنى اللغوي على الثبات والدوام، والحبس في معنى الرهن وهذا موجود في المعنى الاصطلاحي وذلك المرهون محبوس عن التصرف فيه حتى يستوفي المرتهن حقه، وصحة الرهن عند عرب الجاهلية ان يكون مقبوضا.

أما معناه الشرعي:

عرفه علماء الشريعة بأنه جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين فاذا استدان شخص دينا من شخص آخر وجعل نظر ذلك الدين عقارا أو حيوانا محبوسا تحت يده حتى يقضي دينه، كان ذلك هو الرهن شرعا.⁹

¹ الفيروز ابادي، محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، د ط، دار العلم، د ب ن، د س ن، ص 230/4.

² ابو نصر اسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص 2129/5.

³ صاحب ابن عباد اسماعيل بن عباد بن العباسي، المحيط في اللغة تحقيق حسن آل ياسين، ط1، بيروت، سنة 1994، ص 306/1.

⁴ الفيروز ابادي، المرجع السابق، ص 230/4.

⁵ العلامة الحلبي الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الأمامية، تحقيق ابراهيم البهاري، قم، ص1، د ب ن، سنة 2001، ص 195/2.

⁶ الدسوقي محمد بن احمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ط1، دار احياء الكتب العربية، د ب ن، د س ن، ص 231/3.

⁷ ابن منظور، المرجع السابق، ص 189/13.

⁸ المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، ط1، د ن، بيروت، سنة 1939.

⁹ تقي الدين الحصني، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، تحقيق عبد القادر الأناؤوط، د ط، دار البشائر للنشر والتوزيع، سنة، 2008، ص 304.

وقوله تعالى: "كل نفس بما كسبت رهينة"¹، فرهينة جاءت بمعنى الفاعل أي ثابت وقيل بمعنى المفعول أي كل نفس في جزء ما قدم من عملها،² ولما كان الرهن يتصور منه حبسه استعير ذلك للمحتبس أي شيء كان، كما في قوله تعالى: "كل امرئ بما كسب رهين"³ أي كل محبوس يكسبه بحيث لا ينفك عنها عند الله سبحانه وتعالى سواء كان خيرا أو شرا.⁴

وأقره الاسلام في قوله تعالى: "فرهان مقبوضة"، لم تقف على تاريخ استخدام الرهن لكن هناك بعض الروايات التاريخية التي تشير الى انه كان معمولا به قبل الميلاد، وهذا ما ذكر عند الطبري، كما ورد في المختصر في اخبار البشر، وورد في القرآن الكريم قصته لني الله يوسف عليه السلام واخوته وكيف طلب منهم رهينة وذلك ظاهر في قوله تعالى: "وجاء اخوة يوسف فدخلوا عليه فعرفهم وهم له منكرون ولما جهزهم بجهازهم قال ائتوني بأخ لكم من ابيكم..."⁵

وورد في الحديث النبوي: "كل غلام رهينة بعقيقته"⁶ لأن العقيقة لا زمة له فلا بد منها، حدثنا قتيبة حدثنا جرير عن الأعمش عن عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: "اشتري رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاما ورهنه درعه"⁷ درعه"⁷

وعليه فالمقصود من الرهن هو بيع العين المرهون عند الاستحقاق واستيفاء الحق منها، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه، ومقتضاه انه لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه.⁸

ثانيا: تعريف الرهن في القانون

الرهن هو حق عيني ينشأ بموجب عقد هو الرهن. ويتقرر ضمانا للوفاء بدين على عقار مملوك للمدين او لكفيل عيني من ثمن هذا العقار متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك العقار او الدائنين اصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومتتبعا هذا العقار تحت يده من انتقلت اليه ملكيته⁹

ولفظ الرهن في لغة القانون: يقصد به العقد الذي يتولد حق الرهن عنه. ويقصد به كذلك الحق ذاته، ويقصد به الشيء المرهون، وعلى ضوء ذلك يمكن أن نعرف الرهن بأنه: "حق عيني تبقي يترتب بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام وهو يمنح صاحبه حق العقار في اي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم والاولوية"¹⁰

¹ سورة المدثر الآية رقم "38".

² الراغب الأفهاني الحسن بن محمد بن الفضل، مفردات غريب القرآن، ط2، د ب ن، د س ن، ص 204.

³ سورة الطور الآية رقم "21".

⁴ المازن دراني، شرح أصول الكافي .

⁵ سورة يوسف، الآية رقم "58-61".

⁶ ابن حنبل احمد بن حنبل، مسند ابن حنبل، د ط، دار صادر، بيروت، ص 07/5.

⁷ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب الرهن، د ط، دار ابن كثير، د س ن، ص 887، حديث رقم 2373.

⁸ تقي الدين الحصني، المرجع السابق، ص 304.

⁹ محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ط1، مكتبة الشهورى، سنة 2015، ص 19 .

¹⁰ شاكر ناصر، شرح القانون المدني الجديد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 549.

ولقد نظم المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني وعنوانه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وذلك في المواد من 882 الى 1001، وهو يظم الرهن الرسمي (882-936) حق التخصيص (937-947)، الرهن الحيازي (948-981) وحقوق الامتياز (982-1001).

وجعل الاتفاقية منها نوعين رهنا رسميا ورهنا حيازيا.

1. **الرهن الرسمي:** هو حق عيني تبعي، يترتب على عقار مملوك للدين وغيره "الكفيل العيني" بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالالتزام، وتبقى الحيازة فيه لدى الراهن وهو ما نصت عليه المادة 882 من ق. م. ج.¹ ويتميز الرهن الرسمي بأنه:

أ. من وسائل الضمان كالكفالة والرهن الحيازي بمقتضاه يكون للمرتهن ضمان على الشيء المرهون.

ب. مصدر الرهن الرسمي دائما هو الاتفاق الرسمي (العقد الرسمي) وليس العرفي.

ج. عقد رسمي (عقد شكلي) الكتابة فيه واجبة لانعقاد فاذا لم يفرغ العقد في الشكل الرسمي وقع باطلا.

د. عقد معاوضة: فالراهن يكسب الثقة والائتمان فهو لم يقدم الرهن بدون مقابل والدائن المرتهن يكتسب الضمان لوفاء دينه.

هـ. الرهن الرسمي حق تابع: يتبع الالتزام الأصلي الذي وجد لضمانه.

و. حق عيني يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الحق المرهون وبالتالي يخول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع.

ن. حق غير قابل للتجزئة أي انه يرد على كل العقار ضمانا لكل دين.

ويتولد الرهن الرسمي من عقد لذلك يجب ان يخضع في ابرامه للشروط المقررة في القواعد العامة في العقد من تراض ومحل وسبب،

ويختص في انشائه بشروط موضوعية واخرى شكلية.

وتتضمن الشروط الموضوعية أطراف عقد الرهن الرسمي ومضمونه (المحل)، أما أطرافه فهي:

- الراهن ويمكن ان يكون المدين نفسه، أو كفيلا عينيا ويشترط فيه اهلية التصرف لأن الرهن بالنسبة له من أعمال التصرف أي تلك

التي تدور بين النفع والضرر.² وكذلك المرتهن الذي يعتبر الرهن بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعا محضا، فيكفي لصحة الرهن ان

يكون المرتهن مميذا. ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. ووعاء الرهن الرسمي يتضمن محله وهو انشاء حق عيني على العقار

كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به الذي من اجله نشأ الرهن.

- كما اشترط الشكلية لانعقاده وهي: الكتابة التي لا تكون الا بورقة رسمية تنظم بدائرة التسجيل ويلتزم الراهن بنفقات العقد ما لم

يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.³

- كما اشترط القيد لنفاذه، ضمن لأنه وسيلة لشهر الرهن الوارد على العقار.⁴

¹ تنص المادة 882 من القانون م. ج. على انه: "الرهن الرسمي قد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء حقه يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في اي يد يكون".

² وحسب المادة 40 من ق. م. ج. "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة".

³ نص المادة 883 من ق. م. ج. في فقرتها الأولى: "لا يعقد الرهن الا بعقد رسمي أو بمقتضى القانون".

⁴ كما نصت المادة 905 من ق. م. ج. "تسري على اجراء القيد وتجديده وشطبه والغاء الشطب والآثار المترتبة الخ".

2. الرهن الحيازي: عرفت المادة 948 ق م ج: "عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حسب الشيء إلى أن يستوفي الدين وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

بينما يرد الرهن الحيازي على عقار أو منقول على سواء مع اشتراط انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن او الى عدل يرتضيه المتعاقدان ويتميز الرهن الحيازي بأنه:

أ. من وسائل الضمان كالكفالة. والرهن الرسمي بمقتضاه يكون للمرتهن ضمان على الشيء المرهون.

ب. ينشأ بواسطة عقد فلا ينشأ بنص القانون كالامتياز ولا بحكم قضائي كحق التخصيص.

ج. عقد رضائي يكفي لانعقاده تطابق الايجاب والقبول فلا تشترط الشكلية لانعقاده.

د. وهو من العقود الملزمة للجانبين فهو يلقي بالتزامات على عاتق كل من الراهن والمرتهن.

هـ. عقد معاوضة في العلاقة بين الطرفين.

و. عقد تابع فهو يتبع الالتزام الذي يضمنه وجودا وعدما.

ي. عقد عيني منح صاحبه سلطة مباشرة على المال المرهون وبالتالي يخول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع.

ل. حق غير قابل للتجزئة اي ان كل العقار المرهون ضامن لكل الدين المضمون.

ويتولد الرهن الحيازي من عقد، لذلك يجب ان يخضع في ابرامه للشروط المقررة في القواعد العامة للعقد، من تراض ومحل وسبب،

ويختص في انشائه شروط موضوعية وشكلية، وتتضمن الشروط الموضوعية اطراف العقد الحيازي ومضمونه (المحل)، أما اطرافه فهي:

- الراهن ويمكن ان يكون المدين نفسه او كفيلا عينيا وكذلك المرتهن وبما ان الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين فلا تختلف الأهلية

المطلوبة في الراهن عن المرتهن وهي اهلية التصرف ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، ووعاء الرهن الحيازي يتضمن محله وهو

انشاء حق عيني على عقار او منقول او الاثني معا،¹ كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به الذي من اجله نشأ الرهن.

- ولنفاذ الرهن الحيازي يشترط ان تكون هناك حيازة، فلا يكون نافذا في حق الغير الا بما.

كما يشترط القيد لنفاذ لأنه وسيلة لشهر الرهن الوارد على العقار، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي

وتتوفر هذين الشرطين معا يكون الرهن نافذا في مواجهة الغير.

الفرع الثاني: التعريف برهن ملك الغير

من المشاكل العويصة المطروحة قانونا التصرف في ملكية الغير بالبيع او الايجار او غير ذلك من التصرفات القانونية. وهو المشكل

الذي نواجهه في موضوع الرهن، حيث قد يقدم شخص على رهن عقار غير مملوك له رهنا رسميا،² ولمعالجة هذا الموضوع لا بد من

تحديد المقصود برهن ملك الغير.

¹ نص المادة 949 ق م ج: "لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني في منقول او عقار".

² سلمان محمدي، "ان هذا الرهن سيتم شهرا ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد وملكية المتصرف للعقار قبل القيام بإجراء الشهر، فلهذه الأسباب نرى بانه لا يمكن تصور رهن يصدر من غير مالك في ظل نظام قانوني يشترط الرسمية لانعقاد والشهر للنفاذ الرهن الرسمي. جامعة الجزائر، معهد

أولاً: تحديد المقصود برهن ملك الغير

الغير: يقصد بالغير في العقد غالباً الأطراف الغير متعاقدة اي الأشخاص الذين لم يكونوا طرفاً في العقد. ويقصد بالغير في هذا النوع من العقود المالك الحقيقي فهو اجنبي على هذا العقد لأنه لم يكن خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا من الدائنين، فانه لا ينصرف اليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصاً به ومملوكاً له، اذ ان العقد غير ساري المفعول في حقه.¹ تنص الفقرة الأولى من المادة 1033 ق. م. م: "اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فان عقد الرهن يصبح صحيحاً اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار، فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن"² والتي تقابلها المادة 884 من القانون المدني الجزائري "... وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه".

ويتضح من خلال هذه المادة ان رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه، ويعرفه فقهاء القانون ومنهم الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني. بقوله: "الرهن الذي يعقده الراهن باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره"³. ويعرفه الأستاذ همام محمد محمود زهران. بأنه: "رهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه على عقار غير مملوك له، وليس له عليه ولاية التصرف فيه"⁴.

يبدو ان مثل هذه التعاريف غير دقيقة، لأنها فاتتها الإشارة الى قيد مهم حتى نكون بصدد رهن ملك الغير وهو ضرورة ان يكون المال العقاري المرهون موجوداً ومحددًا تحديداً دقيقاً، وهذا تمييزاً لرهن ملك الغير عن رهن المال العقاري المستقبل.

لهذا نرى ان التعريف الدقيق لرهن ملك الغير هو ما قال به جمع من الفقه على النحو الآتي:

هو قيام شخص باسمه ولحسابه برهن مال عقاري موجود ومحدد ولكنه ليس مملوكاً له، ولا يعتقد الناس انه مملوكاً له.⁵ أو هو عقد يرمه الراهن باسمه ولحسابه على عقار موجود ومعين ومملوك لغيره دون ان يكون مفوضاً بسلطة رهنه⁶ والمثال البارز لرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من مشتري العقار قبل شهره لأن الملكية في بيع العقارات لا تنتقل الا بالشهر في مصلحة الشهر العقاري. وعلى هذا فرهن ملك الغير يعني صدور الرهن من شخص لا يملك المال المرهون وليست له ولاية التصرف فيه فيجزيه باسمه ولحسابه على مال مملوك لغيره وليس باسم المالك ولا حساباً.⁷

الحقوق والعلوم الادارية، ابن عكنون، 2001، 2002، ص 12-13 نقلاً عن الأستاذ شوقي بن ناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، فرنسي-مصري، د ط، دار هومة، ابن عكنون، الجزائر، 2009.

¹ اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، هامش 1، ص 47.

² عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 10، المرجع السابق، هامش 1، ص 297.

³ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 213.

⁴ همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، منشآت المعارف، الاسكندرية 2001.

⁵ أحمد سلامة، التأمينات المدنية، د ط، دار التعاون للطبع والنشر، 1966.

⁶ أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د ت.

⁷ فيخرج عن حكم رهن ملك الغير الذي ينشأه الولي أو الوصي أو المقيم أو الوكيل بسم موكله، كما يخرج عن ملك الغير الرهن الصادر عن الفضولي بسم المالك دون ولاية منه أو وكالة، ويرى البعض ان الفضولي اذ يعقد الرهن ولو باسم مالكة فانه لا يملك الولاية عليه ورهن صادر من غير مالك فلا يعدو ان

الفرع الثالث: تمييز رهن ملك الغير عن الصور القريبة منه

انطلاقاً من التعريف السابق ميز الفقهاء بين رهن ملك الغير وما يشابهه من انظمة قانونية على النحو التالي:¹

أولاً: رهن المال المستقبل

ان الفارق الأساسي بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل، هو انه في الحالة الأولى يكون المال العقاري موجوداً. بينما في الحالة الثانية يكون غير موجود لعدم قيامه من الناحية المادية. ويرى بعض الفقهاء ان هناك فرق آخر بينهما وهو ان المال العقاري في الحالة الأولى ان يكون معينا بالذات، وفي الحالة الثانية يكون غير معين بالذات ولكن يبدو ان هذا الفارق محل النظر اذ لا مانع من ان يكون المال المستقبل هو الآخر معينا بالذات، كما في حالة البناء المزمع، اقامته وقد حدد في عقد الرهن تحديداً دقيقاً من حيث ذكر مواصفاته وعدد الغرف والمساحة وغير ذلك من المعلومات المهمة في تعيين ذاتيته.²

ثانياً: التعهد عن الغير

ان حالة رهن شخص مالاً عقاري لا يملكه يختلف عن حالة ما اذا تعهد شخص بأن يحمل مالك المال العقاري على رهنه، ففي الحالة الأولى نكون بصدد رهن ملك الغير، بينما في الثانية نكون بصدد تعهد عن الغير وهو تصرف صحيح يخضع لحكم المادة 114 ق.م.م.³

ويرى بعض الفقهاء ان الشخص اذا رهن عقاراً لا يملكه وتعهد في نفس الوقت ان يحمل المالك على اقرار هذا الرهن، كان تصرفه رهناً لملك الغير وتعهداً عن الغير في نفس الوقت.⁴

ثالثاً: التوكيل في الرهن

اذا وكل المالك شخصاً في رهن عقار، فان الوكيل عند رهنه هذا العقار غير المملوك له لا تنصرف آثاره الى ذمته، بل الى ذمة المؤكل (المالك)، ومن ثم فلا يعتبر رهناً لملك الغير، ولهذا كان تعريف رهن ملك الغير بأنه صادر من شخص يرهن باسمه وحسابه ونفس الشيء يقال في حالة الرهن الصادر من شخص باعتباره نائباً عن المالك دون تثبت له هذه النيابة أو كان في الرهن تجاوزاً لحدود نيابته.⁵

يكون تصرفه رهناً في ملك الغير. سمي عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز، د ط، نشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.

¹ محي الدين اسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، ط 4، 1994.

² شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 114.

³ سيرتانغو، المرجع السابق، ص 14، هامش رقم 1/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 347، هامش رقم 2.

⁴ سير تناغو، المرجع السابق، ص 171.

⁵ قارن سمي تناغو، المرجع السابق، الهامش رقم 2، ص 171.

المطلب الثاني: صور رهن ملك الغير

من الجائز قانون أن يتصرف الشخص في مال لا يملكه اذا ثبت له ولاية التصرف في هذا المال بمقتضى احكام القوامة او الوصاية او الوكالة وفي حدود هذه الأحكام فاذا انتفت عن الشخص الملكية والولاية معا كان تصرفه في ملك غيره. وعلى هذا فـرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه.

وتعريف لرهن ملك الغير على هذا النحو يشمل صوراً عديدة تخضع في مجموعها باستثناء البعض منها لحكم الفقرة الأولى من المادة 1033 ق. م. م التي تقرر أنه: "اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحاً، اذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً، للراهن" فما هي صور رهن ملك الغير.

الفرع الأول: الرهن الصادر من غير مالك ابتداء

تعتبر ملكية الراهن للشئ المرهون شرط في الرهن، فيجب ان يكون الراهن سواء كان مديناً او كفيلاً عينياً مالكا للشئ المرهون، ومع ذلك قد يصدر الرهن من شخص لا يملك المال المرهون، كما ان الرهن قد يصدر من مالك لكن ملكيته ليست في صورتها البسيطة.

أولاً: الرهن الصادر من الحائز

المقصود بالحائز هنا هو من ليس له سند ملكية وله شهادة حيازة تحصل عليها وفق الأحكام القانونية المنظمة لذلك فهل تمكنه هذه الصفة من رهن العقار الذي يجوز؟ يرجوع الى المادة 44 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري.¹ نجدها تنص على انه: "يمكن للحائز ان يكون رهناً عقارياً صحيحاً من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، ينطبق على العقار الذي ذكر في شهادة الحيازة ويكون ذلك ضماناً للقروض المتوسطة وطويلة الأمد"، فنص المادة سمح بالرهن لفائدة البنوك ولم يذكر حكم باقي الأشخاص ونظرياً لا يوجد ما يمنع من رهن الحائز عقاره رهناً عقارياً خصوصاً اذا علمنا ان احكام قانون الاجراءات المدنية والادارية تسمح بتنفيذ على العقار المملوك دون سند رسمي.

ويلاحظ هنا انه يرجوع الى النص الفرنسي المادة 44 نجده ينص على الرهن الرسمي وليس الرهن العقاري والأرجح هو الصحيح.

ثانياً: الرهن الصادر عن المالك الظاهر

المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر بمظهر المالك، وهو ليس بمالك حقيقي.² بناء على ذلك اذا رهن هذا المالك الظاهر عقاراً فنكون أمام حالة رهن ملك الغير ومن ثم كان من المفروض ان يكون رهنه باطلاً بطلاناً مطلقاً. لكن خروجاً على هذه القاعدة قرر الفقه والقضاء في القول الراجح صحة رهن المالك الظاهر وهذا حماية للأوضاع الظاهرة، والثقة والاستقرار في التعامل.³ وغلبه مصلحة الدائن المرتكبن حسن النية على مصلحة المالك الحقيقي فسمحوا للأول بالتمسك بالرهن في مواجهة الثاني وله صور منها:

1. الوارث الظاهر:

¹ الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1990، الجريدة الرسمية العدد 49 لسنة 1990، ص 560 .

² شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 118.

³ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 175.

هو من يعتقد في نفسه ويعتقد فيه الناس انه وارث في حين انه ليس كذلك، لكن يحدث وان يستلم احيانا من التركة ويتصرف فيها بالرهن بعضها او كلها كما كان يعتقد انه الوارث الحقيقي. فهل يعتبر هذا الرهن في هذه الحالة صحيح أم باطلا وهل يجوز التمسك به في مواجهة المالك الحقيقي؟

يجب ان نشير من الوهلة الأولى انه لا يوجد نص تشريعي يحكم هذه المسألة لذا وجب التماس حلها في الفقه والقضاء. ويرى الفقه المصري في هذه المسألة انها مجهولة من القانون وان تصرفات الوارث الظاهر لا يمكن ان تضر بالوارث الحقيقي.¹ ويرى فقهاء آخرون صحة هذا الرهن الصادر من الوارث الظاهر. اذا كان المرتهن حسن النية لا يعلم ان الراهن غير وارث حقيقة ولا يستطيع ان يعلم ذلك، ويتأسى هذا الرأي باتجاه الفقه والقضاء الفرنسي الذي استقر عندهم الرأي على صحة الرهن الصادر عن الوارث الظاهر عملا بقاعدة عرفية مفادها الغلط الشائع يولد الحق وهذا الحل في حقيقته تطبيق لنظرية الاوضاع الظاهرة شرط ان يكون الدائن المرتهن حسن النية أي يعتقد انه يتعامل مع المالك الحقيقي، معياره في ذلك معيار شخص عادي ومن جهة اخرى يجب ان يكون هذا الاعتقاد سائدا عند الناس.

2. المالك بسند صوري:

تعرف الصورية بأنها وضع ظاهري يخفي حقيقة العلامة القانونية بين المتعاقدين وهي بهذا تفترض وجود تصرف ظاهر واتفاق مستتر ويكون من شأن هذا الاتفاق المستتر اما محو كل اثر للتصرف الظاهر واما تعديل بعض أحكامه.² وهي على نوعين مطلقة او النسبية وما يهمنا في هذا المقام الصورية المطلقة .

ومثال ذلك "اذا باع شخص لآخر عقارا بعقد بيع صوري يخفي عقدا حقيقيا وهو ما يسمى اصطلاحا ورقة الضد تظل بمقتضاه الملكية للبائع فان المشتري بالعقد الصوري يعتبر في نظر الغير حسن النية وهو المالك لهذا العقار".

فاذا رهن المشتري العقار لشخص لا يعلم انه غير مالك حقيقة نشأ الرهن صحيحا وهذا تطبيقا لنص المادة 198 ق. م. ج "اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري" تقابلها المادة 1/244 ق. م. م وباعتبار ان الدائن المرتهن خلفا خاصا للمالك بسند صوري (المشتري) يجوز له ان يتمسك بالعقد الصوري (البيع) متى كان حسن النية.

وقد ذهب المشرع في حماية الأوضاع الظاهرة ليس فقط الى اعلان صحة المالك بسند صوري، بل أكثر من هذا الى التفضيل هذا الرهن على رهن آخر صادر من المالك الحقيقي وهذا ما عبر عنه المشرع في 2/244 منها.³ ومن خلالها أعلن المشرع عن اتجاهه الى حماية الوضع الظاهر الى مدى بعيد مما يسمح بالقول بصحة الرهن الصادر من مالك ظاهر.

3. الاسم المستعار:

قد يكتسب شخص ملكية شيء دون ان يكون هو حقيقة المالك لهذا الشيء ولا يعدو ان يكون اسما مستعارا للمالك الحقيقي وتبدو هذه الصورة قريبة من صورة المالك بسند صوري غير ان الفرق يظهر في ان المالك الحقيقي في حالة الاسم المستعار لا يكون

¹ نفس المرجع، ص 177.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 152.

³ نص المادة 2/244 "اذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأوليين".

غالبا شخصا قانونيا معترفا به ولهذا لا يتصور ان يوجد بينه وبين المالك الظاهر عقد يخفي عقدا حقيقيا فالعقود لا تنشأ الا بين اشخاص.¹

ومثال ذلك ما حدث فعلا في فرنسا ان بعض الجمعيات الدينية غير المصرح لها بمزاولة نشاطها استترت تحت اسم شركات مدنية وظهرت هذه الشركات بمظهر المالك لكل العقارات الخاصة بهذه الجمعيات وقام ممثلوها بترتيب رهون على العقارات المذكورة. ويعتبر الرهن بهذا الوصف صادر من مالك غير حقيقي أي باسم مستعار للجمعيات الغير مصرح بوجودها، وقد قضى القضاء الفرنسي بصحة هذه الرهون لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية وحماية الائتمان العقاري.

ثالثا: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي

المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي بسبب من الأسباب كبطلان سند الملكية او الغائه او فسخه يصبح كأنه لم يكن مالكا ابدا وبالتالي فان كل التصرفات التي صدرت عنه تصبح كأن لم تكن ومن ثم فان الرهن الذي يصدر من هذا المالك يزول بزوال ملكية الراهن.

الا ان المشرع في المادة 885 من ق. م. ج. خرج على هذا المبدأ وقيد هذا الحكم حيث نصت على انه: "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه أو زواله لأي سبب آخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن"

يتضح من هذا النص انه اذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعي فان الرهن الصادر منه يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن اذا كان الرهن قد صدر من المالك فعلا. أي كان هو المالك الحقيقي وقت ابرام الرهن وكان الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن أي انه لم يكن يعلم وقت الرهن سبب زوال ملكية الراهن، وان يقع زوال الملكية بعدم ابرام الرهن بسبب من الأسباب التي تنتج اثرا رجعيا،² ويرى الفقه ان النص ينطبق على جميع انواع الرهن ولا يختص به الرهن الرسمي على اساس ان المشرع أراد الحد من الآثار المترتبة على زوال الملكية بأثر رجعي رعاية للثقة المشروعة.³

الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك ملكية موصوفة

وقد يكون الراهن مالكا للمال المرهون ولكن لا تتوافر له الملكية في صورتها البسيطة فقد تكون الملكية احتمالية كما في رهن الملكية المعلقة على شرط واقف وكما قد تكون موصوفة بالشيوع او مقامة على ارض الغير.

أولا: الرهن الصادر من المالك على الشيوع

¹ سميير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 175.

² أسباب الزوال: زوال ملكية الرهن بأثر رجعي قانوني نصت عليه المادة 885 من ق. م. ج ان تزول ملكية الراهن بأثر رجعي وهذه الأسباب منها: ان يكون سند الملكية الراهن قابل للإبطال بسبب عيب من عيوب الرضا ثم الحكم بإبطاله او ان يكون قابلا للفسخ نتيجة اخلال الراهن لالتزام من التزاماته المتعلقة بسند الملكية كعدم دفعه لإكماله لثمن العقار فيحكم بفسخه، ففي مثل هذه الحالة تزول الملكية بأثر رجعي زوال ملكية الراهن بأثر رجعي اتفاقي، كما في حالة الاقالة مثال: "كان يتفق البائع والمشتري على التقابل من البيع بأثر رجعي بحيث يصبح البيع كأن لم يكن ففي هذه الحالة لا نكون في حاجة الى حماية الدائن المرتهن حسن النية ويقتى الرهن نافذا في مواجهة البائع المتقابل لأن الأثر الرجعي الاتفاقي لا ينتج اثره اضارارا بمصالح الغير اعمالا لنسبة اثار العقد.

³ ابراهيم بن غانم نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1985، ص 52.

إذا تعدد اصحاب الحق العيني على شيء حصته غير مفرزة على كل واحد منهم فهم شركاء على الشيوع فيقصد بالشيوع في الملكية ان يمتلك أكثر من شخص حصة غير مفرزة فلا يستقل احد من الشركاء بملكية جزء مفرز وانما يملك كل منهم في حدود نصيبه في كل ذرة من ذرات المال الشائع.

ولما كان كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكية تامة فانه يحق له ممارسة كافة الحقوق التي يخولها القانون للمالك مع ضرورة مراعاة حقوق شركائه، ومن هنا يثور التساؤل عن القواعد التي تحكم رهن المال الشائع، الرهن الصادر عن الشيوع له صور متعددة نذكر منها:

1. الرهن الصادر من جميع الشركاء

إذا صدر رهن من جميع الشركاء فهو صحيح لأنه صادر من الملاك، وهذا الرهن لا يتأثر بقسمة العقار المرهون أيا كانت نتيجتها ويبقى نافذا في مواجهة الجميع فبعد القسمة يتلقى كل شريك حقه مثقلا بالرهن.

2. رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز من العقار:

إذا رهن احد الشركاء جزءا مفرزا من العقار لا ينفذ هذا الرهن في مواجهة الشركاء الآخرين لأن حقه يتعلق بهذا الجزء فاذا وقع الجزء المرهون بعد القسمة في نصيب شريك آخر فان الرهن لا ينفذ في مواجهة الشريك الغير الراهن وانما ينتقل حق الدائن المرتهن الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك الراهن وهذا ما نصت عليه المادة 2/890 ق. م. ج.¹

فاذا لم يكن المرتهن يعلم بحالة الشيوع وقت الرهن جاز له طلب الابطال على اساس الخلط وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 890 ق. م. ج.

3. رهن الشريك على الشيوع لحصة شائعة

كل الشريك يملك حصته ملكا تاما فرهن الشريك لحصة الشائعة صحيح لكن اذا وقع في نصيب بعد القسمة جزءا مفرزا مساوي للحصة الشائعة المرهونة فان حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء بمقتضى فكرة الحلول العيني أي ان حق الدائن المرتضى يرد على هذا الجزء المفرز الذي حل محل الحصة الشائعة.

وإذا وقع بعد القسمة في نصيب الراهن أعيانا اخرى غير التي رهنها او جزء مفرز من عقار غير العقار الذي رهنه فان حق الدائن المرتهن ينتقل على وقع في نصيب الراهن اذا لم يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقار وانما كان نصيب بعد القسمة من النقود فيستوفي الدائن حقه بالأفضلية من تلك النقود.

4. رهن احد الشركاء لكل العقار:

إذا آل اليه كل العقار كان الرهن نافذا، أما اذا آل اليه جزء مفرز فحق الدائن المرتهن يرتكز على هذا الجزء أما اذا آل اليه مبلغا من النقود فالدائن المرتهن استفاء حقه بالأفضلية من تلك المبالغ.

¹ نصت الفقرة الثانية من المادة 890 على "وإذا رهن احد الشركاء حصة الشائعة في العقار او جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند التسمية ايمان غير التي رهننا انتقل الرهن بمرتبه الى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبنى فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال 90 يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا ينظر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء لا بامتياز المتقاسمين".

ثانيا: رهن المباني المقامة على ارض الغير

تنص المادة 782 ق. م. ج. : "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له. غير أنه يجوز ان تقام البيئة على ان اجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز ان تقام البيئة على ان صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل او خوله الحق في اقامة هذه المنشآت وفي تملكها".¹

اذا كان الأصل ان كل ما على الأرض او تحتها من بناء او منشآت اخرى او غراس يعتبر من عمل مالك الأرض مقامة على نفقته ويكون مملوكا له، الا انه يجوز اقامة الدليل على العكس أي ان البناء اقامه غير مالك للأرض ومن ثم تكون المباني مملوكة لبانيها بصورة مؤقتة، وهذه الملكية المؤقتة تنتهي بتمليك البناء لصاحب الأرض طبقا لقواعد الالتصاق واما بهدم المباني واما باستقرار ملكية البناء والأرض للباني سواء بالاتفاق او طبقا لأحكام الالتصاق.

ومن هنا يمكن تصور ان يكون مالك الأرض غير مالك المباني المقام عليها، فاذا قام صاحب المباني برهنها فيبقى الدائن المرتهن مرتبط بمصير الملكية فاذا بقية في ذمة الراهن استطاع التنفيذ عليها، وفي حالة عدم تملك صاحبها للأرض المقامة عليها ويكون اما الازالة واما اكتساب مالك الأرض للمباني بمقتضى أحكام الالتصاق.

¹ تقابلها المادة 1038 ق. م. ج. : "يجوز لمالك المباني القائمة على ارض الغير ان يرهنها رهنا رسميا، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استغناء الدين من ثمن الانقراض اذا اهدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الارض اذا استبقى المبنى".

خلاصة الفصل الأول :

ومما تقدم خلال مراحل هذا الفصل و بعد الدراسة و جدنا أن بيع ملك الغير و هو بيع من البيوع الخاصة يقابله بيع الفضولي في الشريعة الإسلامية و برغم من تناوله في مواضع متباينة من البحث والدراسة سواء على شكل مذكرة التخرج أو مقالات قانونية فإن القوانين الوضعية لم تعرفه تعريفاً يشمل مركزه من التعامل بل تركت الأمر إلى الإجتهد الفقهي إلى أنها تطرقت إلا تنظيم أحكامه في مواد عديدة .

عكس رهن ملك الغير الذي وجدناه في القانون المقارن على أنه الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون و ليست له ولاية التصرف فيه طبقاً للمادة 2/88 م.ق.ج التي تقابلها المادة 1033 ق.م.م.

الفصل الثاني

تمهيد:

اختلف الفقه في تأصيل أحكام بيع ملك الغير مثلما فعل في رهن ملك الغير ويرجع ذلك في نظرنا الى ان النظريات المتضاربة في التشريع العربي والأوروبي فما كان أمامه الا ان ارجعها الى الأحكام العامة في القانون وهي القاعدة الحكيمة التي طرأت أمامه، الا أنه في بعض الأحيان يجد نفسه أمام نوع من الخلط لذلك حاولنا من خلال بحثنا بأن نأخذ بيد المشرع الجزائري حتى يواجه هذه الحالات التي تحتاج الى تدخله لتنظيمها وإيجاد الحلول القانونية التي تتلاءم مع كل حالة من هاتين الحالتين حتى لو أدى الأمر الى الخروج عن الأحكام العامة وفقا لما تقتضيه الضرورة، وبما ان في بيع ملك الغير ورهن ملك الغير يجد الملك نفسه أمام الحالتين أنه طرف ثالث في العقد فإن أثار هذا العقد لا تقتصر على البائع والمشتري بل تمتد اليه.

وهذا ما سنحاول ابرازه في المبحث الأول ثم في مبحثه الثاني نذكر أحكام رهن ملك الغير في القانون الفرنسي والمصري ونختمه بموقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير

عقد بيع ملك الغير كغيره من العقود الأخرى يترتب آثارا كثيرة سواء كان ذلك بين طرفي العقد وهما البائع (المالك غير الحقيقي) والمشتري، كما ان بيع ملك الغير يترتب آثار على طرف ثالث وهو الغير يعني (المالك الحقيقي)، لهذا سنتناول آثار هذا البيع فيما بين المتعاقدان في المطلب الأول واثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

يقصد بالمتعاقدين في عقد بيع ملك الغير هي المشتري البائع (غير المالك) وبما ان كل عقد يترتب حقوق والتزامات فان التزامات كل طرف هي حقوق بالنسبة للطرف الآخر، لهذا فقد اعطى القانون الوضعي للمشتري وحده الحق في إبطال هذا البيع، وذلك في حالة عدم التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري نظرا لعدم ملكية البائع للشيء المبيع، ضف الى حقه في طلب التعويض متى اصابه ضرر وبما ان نص القانون اعطى للمشتري حق إبطال البيع فإنه يملك ايضا الحق في تصحيح هذا البيع بعد زوال سبب إبطاله، حتى ينتج هذا البيع جميع آثاره لهذا سنتناول قابلية بيع ملك الغير للإبطال في الفرع الأول، ثم ما يترتب على ذلك من تعويض للمشتري في الفرع الثاني، وبعدها حالة تصحيح بيع ملك الغير بعد زوال سبب إبطاله في الفرع الثالث.

الفرع الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال

لما كان بيع ملك الغير قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وحده دون غيره وهذا راجع لعدم امكانية البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع فان القانون اعطى له هذا الحق بموجب نصوص قانونية.¹

المادة 1/466 ق. م. م. والتي تقابلها المادة 397 ق. م. ج، الا أنه قد اختلفت الآراء الفقهية حول هذا الحق بأنه ليس حكر على المشتري وحده وانما من حق البائع المطالبة بإبطال البيع شأنه في ذلك شأن المشتري لهذا سنقوم بدراسة هذه الآراء حتى تتأكد من مدى صحتها.

¹ انظر المادتين 466 ق م المصري و397 ق م الجزائري، تتحدثان بصريح النص على حق المشتري دون غيره في المطالبة بإبطال البيع / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص. 288 و 289 / رمضان ابو السعود، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 136، اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص. 168 و169/ مصطفى احمد الزرقاء، مرجع سابق، ص 461.

أولاً: إبطال البيع من حق المشتري وحده دون غيره

يذهب بعض من الفقه المصري،² أن للمشتري وحدة هو الذي يجوز له طلب الإبطال البيع دون غيره،³ ولا يحق لغيره ذلك حتى ولو كان حسن النية، وهذا طبقاً لنص المادة 397 ق. م. ج التي تنص: "...فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه"، والتي تقابلها المادة 466 ق. م المصري، فيتضح من نص المادة ان الحق مقرر للمشتري وحده دون غيره، كما له ان يتمسك لهذا الإبطال حتى قبل ان يتعرض له المالك الحقيقي في المبيع،⁴ وبمفهوم المخالفة أي أنه اذا كان المشتري سيء النية فذهب بعض من الفقه الى ان له الحق في التمسك بالإبطال حتى ولو كان يعرف وقت المبيع ان البائع لا يملك المبيع، فهو انما رضي بالمبيع معتقدا ان البائع يستطيع ان يحصل على ملكية المبيع فينقلها اليه، فاذا تبين ان البائع لا يستطيع ذلك فليس عليه ان ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي بل له ان يبادر الى المطالبة بإبطال البيع وهذه هي الميزة الجوهرية في ان المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري دون غيره.⁵

كما يحق للمشتري ايضا طلب إبطال البيع حتى لو كان البائع حسن النية، أي ان البائع يجهل أنه قام ببيع ملك غيره، فحسن او سوء نية البائع لا تأثير لها على حق المشتري في طلب إبطال البيع.⁶ والعلة في قصر طلب الإبطال على المشتري وحدة راجع للضرر الذي يلحق به من جراء انتقال الملكية اليه، ذلك ان البائع في مأمن من أي ضرر فهو الذي يجب عليه ان يعرف ما اذا كان يملك المبيع أو لا يملكه فاذا كان يعلم بأنه لا يملك المبيع فهو مخطئ لأنه قام ببيع ملك غيره، واذا كان لا يعلم بعدم ملكيته فهو مخطئ ايضا لأنه يجب عليه ان يعلم فلا يجوز له ان يتخلص من التزاماته بالاستناد الى خطئه في الحالتين فهو لا يتضرر من أي شيء وبالتالي لا محل لحمايته عن طريق منحه الحق في إبطال البيع ذلك ان قواعد الضمان لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع كما لا

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، البند 161، ص 288/ سليمان مرقس، الوافي، ج3، الفقرة 3، مرجع سابق، ص. ص 292، 700/ الياس ناصف، مرجع سابق، ص 218/ اسماعيل عبد النبي شاهين، فقرة 119، مرجع سابق، ص 168/ حسين بن الشيخ أث ملوياً، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة، ط 2، دار للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 60.

³ قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم 16893 بتاريخ 1993/12/22 المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 3، ص 29، "من المقرر قانوناً انه اذا باع شخص شيئاً معين بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع، ولا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المباع ولو اجازته المشتري".

كذلك قرار المحكمة العليا رقم 216365 بتاريخ 2000/01/12 المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 1، ص 132، "اذا باع شخص ملك الغير فلا يكون هذا البيع نافذاً في حق مالكة الا بإذن منه ربما فصل قضية الموضوع بإبطال عقد بيع الشقة (موضوع النزاع) لاستناده الى عقد باطل بموجب قرار اداري تضمن بطلان البيع لوقوعه من لا يملك المبيع فاتهم بفصلهم هكذا تطبيقاً لأحكام المادة 397 يكون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين رفض الطعن".

⁴ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 31/ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص. ص 168 و 169/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط، ج4، البند 161، مرجع سابق، ص 288/ محمد حسنين ، مرجع سابق، ص 190/ فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2006، ص. ص 386 و 387.

⁵ خليل احمد حسن قداد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 213/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 187/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط، ج4، بند 161، ص 288.

⁶ مرقس الوافي، مرجع سابق، فقرة 293، ص 704.

تجيز له استرداد الشيء المبيع بحجة التزامه بردها الى مالكها او بحجة ان استحقاقه اياها بعد البيع لأن من التزام بالضمان لا يجوز منه التعرض.⁷ فحق المشتري في طلب الإبطال هو حق حماه القانون له سواء كان حسن او سيء النية.⁸

ثانيا: إبطال البيع من حق البائع والمشتري

هناك من يرى من الفقهاء ان للبائع الحق في طلب إبطال بيع ملك الغير شأنه شأن المشتري وهذا على اساس القواعد العامة في الغلط اذا ما كان هذا البائع قد وقع في غلط جوهري وكان هذا الغلط هو الدافع الى التعاقد بحيث لولاه لما اقدم على التعاقد،⁹ فاذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 81 من ق. م الجزائري والتي تقابلها المادة 120 من القانون م المصري، فيكون من حق البائع المطالبة بإبطال بيع ملك الغير على اساس هذه المادة لا على اساس بيع ملك الغير المنصوص عليها في المادة 397 ق. م. ج والتي تقابلها المادة 466 ق. م. المصري وحتى ينطبق هذا القول لا بد من الاشتراك في الغلط بين البائع والمشتري، بأن يكون المشتري يعلم بوقوع البائع بخلط او يستطيع ان يعلم ذلك او كان هو واقعا في نفس الغلط¹⁰ ويذهب جانب من الفقه الى أنه يحق للبائع ولو كان سيء النية ان يدفع بعدم تسليم المبيع اذا كان لم يسلمه الى المشتري لأن اجباره على ذلك وهو ليس مالك يتضمن اكرهاه له للاعتداء على مال الغير.¹¹

الا ان هذا الراي لم يسلم من الانتقادات التي وجهت اليه لأنه لا يجوز للبائع طلب الإبطال لبيع سواء كان حسن او سيء النية لكونه مخطئا ومن ثمة لا يجوز له ان يتخلص من التزاماته بالاستناد الى خطته لأنه يتعارض مع نص المادة 397 ق. م. ج والتي تقابلها المادة 466 ق. م. المصري التي قررت الإبطال لصالح المشتري وحدة وهذا استنادا الى عدم امكانية الرجوع الى القواعد العامة في حالة وجود الحكم الخاص لأن الخاص يقيد العام.¹²

أما بالنسبة للمالك الحقيقي فلا يستطيع التمسك بالإبطال لأنه ليس طرفا في العقد طبقا للقواعد العامة التي لا تلزم الا طرفي العقد وهما البائع (غير المالك) والمشتري لأن البطلان لم يتقرر لمصلحته وانما لحماية المشتري،¹³ لأن الملك الحقيقي له طرق كثيرة يقتضي بما حقه،¹⁴ فله استعماله واستغلاله وله حق التصرف في المبيع متجاهلا هذا البيع، كما له حق طلب استرداده من المشتري اذا قد تملكه عن البائع او يرجع على البائع للمطالبة بالتعويض اذا تملك المشتري الشيء المبيع بالحيازة في المنقول أو التقدام بالنسبة للعقار.

⁷ مرقس الوائلي، مرجع سابق، ج3، فقرة 291، ص 699.

⁸ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 171، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 180.

⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص 290/ محمد حسنين، عقد البيع، مرجع سابق، ص 190/ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 173/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2007، ص 47.

¹⁰ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 271.

¹¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 123.

¹² محمد حسنين: "الأولى تطبق النص الخاص لبيع ملك الغير من تطبيق القواعد العامة وان النص جاء صريحا في سن له حق الابطال..."، مرجع سابق، ص 191/ ابن محمد حسين ناصرا، مرجع سابق، ص 114.

¹³ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 174/ رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص 33.

¹⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 138/ رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص 33/ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 176.

ومما تقدم يتبين لنا ان حق الإبطال المبيع مثبت للمشتري وهو ما أكدته النصوص القانونية منها المادة 397 ق. م. الجزائري والمادة 466 ق. م. المصري والمادة 1599 ق. م. الفرنسي، فيكون للمشتري المطالبة بحقه إما عن طريق دعوى اصلية (دعوى الإبطال) يرفعها على البائع التي تحتم على القاضي ان يحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو اصبح البائع مالكا للمبيع قبل صدور الحكم، مادام المشتري قد رفع دعواه قبل ان اقرار المالك الحقيقي او قبل ان يصحح البائع مالكا، ذلك لأن القاضي انما يرجع في حكمه الى وقت رفع الدعوى وهو الوقت الذي كان البيع فيه قابلا للإبطال ما لم يكن المالك الحقيقي قد أقره واصبح البائع ملكا للمبيع،¹⁵ أو عن طريق دفع دعوى البائع التي يطالب بها المشتري بالثمن.¹⁶

الفرع الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض

بالإضافة الى حق المشتري في المطالبة بإبطال المبيع، فله ايضا ان يطالب بالتعويض على ما اصابه من ضرر وما فاتته من كسب،¹⁷ وهذا ما يستفاد من نص المادة 399 ق. م. ج التي تنص: "اذا ابطال البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل ان البائع كان لا يملك المبيع، فله ان يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية" تقابلها المادة 468 ق. م. م ويتضح من خلال هذه المادة ان المشتري الى جانب حقه في إبطال البيع له ان يطالب البائع بالتعويض اذا كان حسن النية.¹⁸ وللاستفادة من هذا التعويض يشترط ان يكون قد قضي بإبطال المبيع فعلا، فاذا لم يطالب المشتري بحقه في الإبطال أو سقط بالتقادم فلا يحق له المطالبة بالتعويض، ويشترط كذلك ان يكون المشتري حسن النية وقت التعاقد أي يجهل ان البائع لا يملك الشيء المبيع، إما اذا كان سيء النية ان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع فلا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض ولكن له طلب إبطال العقد واسترداد الثمن دون استحقاق التعويض بل دون المصروفات التي قام بإنفاقها على الشيء المبيع، فيتحمل خطأ أعماله فهو من أقدم على الشراء من غير المالك.¹⁹

أما بالنسبة لحسن أو سوء نية البائع فلا أثر لها على تعويض المشتري فالمادة 468 ق. م. المصري والتي تقابلها المادة 399 ق. م. الجزائري تعطي الحق للمشتري بالتعويض حتى ولو كان البائع حسن النية ويعتقد أنه وقت البيع أنه ملك للمبيع. وقد نصت المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "اذا ابى المالك أن يجبر البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري اذا كان عالما بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك" نجد ان المشرع اللبناني اشترط سوء نية البائع حتى يتمكن المشتري من الحصول على التعويض.²⁰

¹⁵ يقول عبد الرزاق أحمد السنهوري: "اما قبول اقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الابطال وقبل صدور الحكم وصيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين، فقد يتفق مع مبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الابطال"، هامش 1، مرجع سابق، ص 289/ اذا ظهر انه لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال طبقا للمادة 124 ق. م. م: "ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك بع على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ويقي بالأخص ملزما، بالعقد الذي قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد وتقابلهما المادة 85 ق. م. ج.

¹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 288.

¹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص 291.

¹⁸ المادة 468 ق. م. م، واضح من النص ان الحكم بالتعويض للمشتري لا يكون الا من بعد الحكم ببطلان بيع ملك الغير.

¹⁹ محمد الحسين، مرجع سابق، ص 193/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 292.

²⁰ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 188/ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 193.

أما بالنسبة للأساس القانوني للتعويض بعد إبطال البيع فقد اختلف شراح القانون الوضعي في اساس هذا التعويض، هل هو العقد نفسه؟ ام سبب التقصير من البائع؟ وبالرجوع الى القواعد العامة نجد ان المسؤولية العقدية تقوم في حالة اخلال المتعاقد بأحد التزاماته.²¹ والرأي الذي اسس مطالبة المشتري بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية هو الأرجح بحجة ان العقد بعد زواله يتقرر بطلانه، فيصبح مصدر التعويض ليس العقد وانما الخطأ التقصيري.²² وهو ما نصت عليه المادة 399 ق. م. ج فالبائع من وجهة نظر المشرع يعتبر مرتكباً للخطأ في حالة بيعه ما لا يملك وهذا دون حاجة لقياس سلوكه مع الرجل المعتاد.²³ وقد ألزم المشرع البائع بالتعويض اذا كان حسن أو سيء النية وهذا لا يعني ان مسؤوليته لا تقوم على اساس الخطأ ذلك أنه بإمكان البائع ان يعلم بعدم ملكيته للشيء المبيع ولكنه قصر في ذلك مما يستوجب مسؤوليته،²⁴ وعليه فان تقدير التعويض مسألة موضوعية ترجع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يقوم بتقدير التعويض في حالة اثبات المشتري توافر كل عناصر المسؤولية التقصيرية وهذه العناصر تلزم البائع بالتعويض عن الأضرار سواء كانت متوقفة او غير متوقفة، وسواء كان البائع حسن أو سيء النية، غير ان القواعد العامة كانت تفرض على المشرع الوضعي ان ينص عدم الزام البائع بالتعويض اذا كان حسن النية، أي يعتقد بأنه ملك للشيء المبيع واعتقاده كان مبنياً على ما يقتضيه مسلك الشخص العادي،²⁵ وخلاصة القول ان اساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية وليس العقدية وعليه لا يمكن تطبيق نص المادة 375 ق. م. ج التي تعد بمثابة تنفيذ العقد عن طريق التعويض لأن التعويض في بيع ملك الغير يكون على اساس التقصير المرتكب من طرف البائع وعليه وتبعاً لذلك فعلى القاضي عند تقديره للتعويض الناشئ عن بيع ملك الغير الرجوع الى القواعد العامة ويشمل ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب.²⁶

الفرع الثالث: تصحيح بيع ملك الغير

يتميز بيع ملك الغير بأنه بيع قابل للإبطال مقرر لمصلحة المشتري وحدة دون غيره وقد يصحح البيع ويصبح صحيحاً وينتج آثاره فيما بين المتعاقدين وعليه يسقط حق المشتري في الإبطال ولا يكون ساري في حق الملك الحقيقي الا بعد اقراره وحالات تصحيح بيع ملك الغير سنبحثها على النحو التالي:

اولاً: سقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير (التقادم)

بعد ان تطرقنا الى النصوص القانونية التي تتعلق ببيع ملك الغير لم نجد اي نص خاص يحدد مدة معينة بسقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير وهذا ما ادى اختلاف شراح القانون المدني في تحديد مدة تقادم هذه الدعوى وجعلها ضمن التقادم

²¹ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 514.

²² رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 137.

²³ خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، مرجع سابق، ص 217.

²⁴ الحسين بن شيخ أث ملوياً، مرجع سابق، ص 61.

²⁵ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 180.

²⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 291.

القصر الوارد في المادة 140 قانون المدني المصري²⁷ أم التقادم الطويل حسب القواعد العامة وفقا للمادة 374 ق. م. م.²⁸ وقد ذهب اغلب فقهاء المصريين الى جعل مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعاوى الإبطال ثلاث سنوات من وقت علم المشتري²⁹ بان البائع لا يملك الشيء المبيع وفي كل الاحوال يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة من وقت البيع اذا لم يعمل المشتري أنه اشتري من غير الملك الحقيقي وهذا قياس على سائر دعوى الإبطال.³⁰ ووفقا لهذا الرأي فإن تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير تبدأ من وقت إبرام العقد وهي المدة التي يتمكن فيها المشتري من إبطال البيع أي ان المدة ثلاث 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.³¹ واتجه بعض من الفقهاء الى ان المادة 397 ق. م. ج التي تقابلها المادة 466 ق. م. م لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق فتسرى عليه الاحكام العامة، غير ان المادة 140 ق. م. م جاءت خاصة بمجالات معينه على سبيل الحصر ونصت على مبدأ لكل حالة وهو تاريخ كشف الغلط او التدليس وانقطاع الاكراه او زوال نقص الاهلية، ولم تحدد مبدا تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير مما يتعين القول معه بان هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لان المشرع لم يأخذه بهذه الأخيرة الا في الحالات التي حدد فيها مبدا لهذه المدة لاحقا وقت إبرام العقد.³² إما حيث تبدأ المدة من وقت العقد فان تقادم دعوى بيع ملك الغير وحسب هذا الرأي لا يتم الا ب 15 سنة.

أما في ظل التشريع الجزائري هو الاخر لم ينص على تقادم هذه الدعوى ولكن يمكن أن يقتبسه على حالات البطلان النسبي الوارد في نص المادة 101 ق. م. ج التي تنص: " يسقط الحق في إبطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات". وتبدأ هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع او خلال 15 سنة تبدأ من وقت العقد للمادة 140 ق. م. م لان المشرع المصري شأنه شأن المشرع الجزائري لم يفرق بين المشتري حسن النية والسيء لنية فقد اجاز له التمسك بالبطلان في كلتا الحالتين، ومن ثم يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع الصادر من الغير اذا لم يرفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك.³³

²⁷ تنص المادة 140 من القانون المدني المصري: " يسقط الحق في إبطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حاله الاكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطل لغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت 15 سنة من وقت تمام العقد".

²⁸ تنص المادة 374 من القانون المدني المصري: " يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة في ما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية: " ويقابل هذا النص المادة 349 من قانون الموجبات والعقود اللبناني علما ان النص الاخير قصر مدة التقادم الى عشر سنوات بدلا من 15 سنة".

²⁹ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 37.

³⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 290.

³¹ محمد رضا الخضيرى، مرجع سابق، ص 220.

³² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 704 / محمد يسري السعدي، مرجع سابق، ص 143 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، يرى مدة تقادم دعوى الإبطال تسقط خلال مده عشر سنوات من وقت البيع، مرجع سابق، ص 289.

³³ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 214.

ثانيا: إجازة المشتري للبيع

من خلال نص المادة 100 ق. م. ج التي تنص: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة او الضمنية وتستند الإجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الاخلال بحقوق الغير" ويتضح من خلال نص المادة ان الإجازة هي النزول عن الحق في طلب الإبطال وبذلك يزول الخطر عن العقد الذي يتهدهه بالزوال،³⁴ فالإجازة ترد على العقود الباطلة بطلان نسبي لا على العقود الباطلة بطلانا مطلقا، فهي تصدر منفردة اي من صاحب الحق في طلب الإبطال (المشتري) ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني،³⁵ وبما ان الإجازة عمل قانوني، فإنه يشترط لقبولها ان يكون المميز (المشتري) متمتعا بالأهلية الكاملة وان تكون ارادته خاليه من كل عيوب الرضا من غلط واکراه وتدليس واستغلال والا رفضت الإجازة.³⁶

وهناك الاختلاف واضح بين الإجازة والاقرار في كون الاولى هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، وتقع على عقد قابل للإبطال وتصدر من صاحب الحق الذي تقرر البطلان لمصلحته تنزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان،³⁷ إما الثانية فتد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد، يهدف من ورائه جعل العقد ساريا في حقه بعد ان كان من الغير، فبيع ملك الغير قابل للإبطال ولا يسري في حق المالك الحقيقي الا اذا اقره، وطبقا لنص المادة 2/397 ق. م. ج بقولها: " وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق ملك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري" فيجوز للمشتري ان يميز العقد اذا قام بالتنازل عن حقه في طلب إبطال ذلك العقد، فيصبح صحيحا فيما بين المتعاقدين، إما بالنسبة للملك الحقيقي فلا يسرى العقد في حقه بإجازة المشتري، ونستنتج من نص المادة 100 ق. م. ج السالفة الذكر ان الإجازة قد تكون صريحة باللفظ الذي يدل على إجازة البيع أما الضمنية تستفاد من الاعمال التي يجريها المشتري، كما لو قرر المشتري حقوقا للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع.³⁸

وحتى تنتج إجازة المشتري للعقد اثارها القانونية يشترط ان يكون المشتري على علم بان البائع غير مالك للمبيع وهذه الإجازة تكون بمثابة تنازل على حقه في طلب الإبطال، وإجازة المشتري ملك الغير لها اثر رجعي³⁹ اذ يعتبر البيع صحيحا من يوم ابرام العقد وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري، وان هذا البيع وان اعتبر صحيحا في ما بين المتعاقدين بإجازة المشتري الصريحة او الضمنية، الا أنه لا اثر لهذه الإجازة بالنسبة للمالك الحقيقي وهذا هو معنى عبارة "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق

34 خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، (مصادر الالتزام).

35 ابن حسين ناصر، مرجع سابق، ص 140.

36 نفس المرجع، ص 140.

37 اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص. ص 121 و 122.

38 راجع قرار المحكمة النقض المصرية القاضي بان بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري ومطالبة الاخير البائع بتنفيذ التزاماته، تغيير الإجازة للعقد، طعن رقم 1576 لسنة 55 ق جلسة 1988/11/3 من خلال محمد السيد خلف، عقد البيع في ضوء الفقه واحكام النقض، مرجع سابق، ص 579.

39 تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري: "..... وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الاخلال بحقوق الغير" تقابلها المادة 2/139 من القانون المدني المصري: "..... وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الاخلال بحقوق الغير".

المالك للعين المبيع ولو أجازته مشتري العقد"، ويكون المشتري ملزماً بدوره بدفع الثمن والمصاريف ويلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه وهذا طبقاً للقواعد العامة لعقد البيع ويلاحظ ان البائع يستطيع تنفيذ كافة التزاماته ماعدا التزاما واحده وهو نقل ملكية المبيع للمشتري، وذلك نظرا لعدم ملكية المبيع، لهذا السبب اعطي المشرع للمشتري الحق في المطالبة بإبطال البيع، زياده على ذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في حالة ما اذا تعرض له المالك الحقيقي لان البائع يعتبر ضامنا للمبيع في حالة اقامته لهذه الدعوى،⁴⁰ كما له ان يطلب فسخ العقد حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعلم وقت البيع ان البائع لا يملك المبيع، استنادا الى أنه راضي بالبيع اعتقاداً منه ان البائع يستطيع ان يحصل على ملكية المبيع لينقله اليه، بحيث أنه لو تم اقامة الدعوى صدور الحكم تم الحصول على إجازة الملك الحقيقي صح قبول تلك الإجازة بشرط عدم تضرر المشتري من جراء التأخر.⁴¹

كما ان قواعد الضمان لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع، ولا تجيز له استرداد الشيء المبيع بحجه التزامه برده الى ملكه او بحجه استحقاقه اياه بعد البيع لان من التزم بالضمان امتنع منه التعرض.⁴²

لا يصح بيع ملك الغير بين المتعاقدين الا اذا كان المشتري عالماً وقت صدور الإجازة منه ان لا لبائع لا يملك المبيع فينقلب الى بيع منتج لالتزامات مجردة لا بيعاً ناقلاً للملكية.⁴³

ويكون للمشتري بعد إجازة العقد ان يتمسك بحقه في حالة عدم امكانية البائع نقل ملكية المبيع اليه، ضف الى حقه في المطالبة بالتعويض، كما له ان يرجع على المشتري بالضمان في حالة اذا تعرض له المالك الحقيقي اذا ما رفع على المشتري دعوى استحقاق وثبت استحقاقه للمبيع، فيكون للمشتري حق الرجوع على البائع بالتعويض. ومما سبق نتوصل ان للمشتري في بيع ملك الغير يكون أمام ثلاث خيارات وهي:

- خيار الإبطال قبل الإجازة.
- خيار الفسخ بعد الإجازة.
- خيار الاستحقاق بعد مطالبة المالك له، باسترداد المبيع، الا ان كل هذه الخيارات يمكن الاستغناء عنها بمجرد اقرار المالك الحقيقي للبيع.⁴⁴

ثالثاً: تملك المشتري المبيع

قد يحدث ان يكتسب المشتري ملكية الشيء المبيع فيترتب على ذلك اثار منها سقوط حقه في طلب إبطال البيع اذ ان هناك طريقتين يكتسب من خلالهما المشتري ملكية المبيع.

1. اكتساب المشتري المبيع بالحيازة:

⁴⁰ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 122/ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 120.

⁴¹ رمضان ابو سعود، مرجع سابق، ص 138.

⁴² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 512.

⁴³ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 130.

⁴⁴ نفس المرجع، ص 131.

إذا كان المبيع عبارة عن منقول وحازه المشتري بحسن نية فإنه يكون قد اكتسب ملكيته وفقا لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" إما إذا كان المشتري سيئ النية فلا يمكنه تملك المبيع الا بالتقادم الطويل وبما أنه سيصبح ملك فيمكنه ان يدفع دعوى الاستحقاق التي قد يرفعها عليه الملك الحقيقي، ليرفع الضرر الذي لحقه وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع للمبيع وبذلك ينتفي مبرر طلب البطلان الذي منحه اياه القانون مع ملاحظة أنه للمالك الحقيقي في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض، وهذا ما نادى به بعض الفقهاء،⁴⁵ بينما ذهب البعض الاخر الى القول ان حق المشتري في طلب البطلان لا يسقط لان التملك بالحيازة لا يتم الا اذا تمسك المشتري بملكية المبيع عن طريق هذا السبب، وهذا التمسك لا يمكن ان يجبر المشتري عليه لأنه قد يرى مصلحته في التمسك بالبطلان رغم توافر الحيازة،⁴⁶ والراي الراجح هو الراي الذي نادى بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال اذا حاز المبيع بحسن نية، باعتباره سبب صحيح بمقتضاه يتملك المشتري المبيع.⁴⁷ وعلى هذا الاساس يظل حق المشتري في طلب الإبطال اذا آلت ملكية المبيع اليه استنادا الى سبب اخر غير متصل بواقعة الحيازة كالشراء من الغير.

2. اكتساب المشتري المبيع بالتقادم:

عرفت المادة 683 ق. م. ج العقار بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار " وبالرجوع الى القواعد العامة فان حق المشتري في الإبطال يسقط بالتقادم المكسب في ما يخص العقارات، ذلك ان التقادم يرد فقط على العقارات.

فاذا كان المشتري حسن النية وقت العقار بالتقادم المكسب فلا تنزع منه ملكية ذلك العقار بشرط ان يقوم بتسجيل كل القيود والبيانات في السجل العقاري، كون المشتري اشترى العقار مستندا في ذلك الى تلك القيود والبيانات، حيث يفترض أنه اشترى من المالك الحقيقي، فاذا قام المشتري بشراء عقار ليس ملكا للبائع ثم اكتسب ملكيته عن طريق التقادم ففي هذه الحالة يصبح مالكا له ولا ينازعه فيه احد لأنه اشتراه وفقا لكل القيود الواردة عليه، فحق المشتري قد حماه القانون، ومن ثمة لا يحق للمالك الحقيقي الرجوع عليه ومطالبته باسترداد العقار، وانما يكون له الحق في الرجوع على البائع بالضرر الذي اصابه.⁴⁸

إما اذا كان المشتري سيئ النية، اي أنه يعلم بان العقار ليس ملكا للبائع وهناك من يهدد ملكيته هذا ما يجعل حقوقه لا تعاد قبل المالك الحقيقي، وهنا يكون للمالك الحقيقي رغم دعوى الاستحقاق على المشتري لنزع الملكية منه.⁴⁹ وتجدر الإشارة ان مدة التقادم الطويل هي 15 سنة وخمس سنوات في التقادم القصير.⁵⁰

⁴⁵ سليمان مرقس، العقود المسماة، مرجع سابق، ص. 520 ، 521 .

⁴⁶ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 192.

⁴⁷ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 128 .

⁴⁸ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 187.

⁴⁹ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 166.

⁵⁰ خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، مرجع سابق، ص 214.

بالإضافة الى ذلك فهناك من يرى ان حق المشتري في طلب الإبطال يسقط بمجرد توفر شروط التمسك بالتقادم او بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بل لا بد من ان يتمسك المشتري باكتساب الملكية سواء في الحيازة او في التقادم إما اذا لم يشأ ان يمسك بالملكية يبقى قائما في طلب الإبطال.⁵¹

رابعا: تملك البائع المبيع

تنص المادة 2/398 ق. م. ج : " وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد بيع" تقابلها المادة 467 ق. م. م: " وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد" ويتضح من خلال هذا النص ان المشتري يحرم من حقه في طلب إبطال العقد اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد العقد، فاذا اكتسب البائع المبيع بعد صدور البيع كأن ورث المبيع من مالكة الحقيقي او اكتسب ملكيته بالشراء او الوصية او عن طريق التقادم المكسب اذا كان عقارا ووفق قاعدة الحيازة اذا كان منقولا، في هذه الحالة يمنع على المشتري طلب إبطال البيع لان العائق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية قد زال واصبح هو المالك وبالتالي بإمكانه الوفاء بالالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه.⁵² واسباب اكتساب الملكية تختلف باختلاف سببه فإما ان يكون تحقق الشرط المعلق عليه ملكية البائع، وإما ان يكون امرا اخر كسواء البائع المبيع بعد العقد او حصوله عليه عن طريق الهبة او الوصية او الميراث.⁵³ او اكتسب بموجب احكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار فاذا تحقق الشرط يجب على البائع تسليم المبيع، كما اتفق عليه اطراف العقد لان في تحقق الشرط اثر رجعي طبقا لأحكام القانون وهو رجوع مفعوله الى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام وهذا ما نصت عليه المادة 208 ق. م. ج تقابلها المادة 270 ق. م. م فيجب على البائع ان ينفذ التزامه بنقل الملكية الى المشتري لان سبب طلب الإبطال قد زال واصبح ملك له.

وفقا لذلك "فان المبيع ينتقل الى المشتري محملا بالحقوق التي رتبها عليه ملكه الاصيلي قبل ان تنقل ملكية منه الى البائع"⁵⁴ واذا انقصت هذه الاعباء من قيمة المبيع فحكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق وفقا للمادة 375 ق. م. ج إما الحقوق التي يربتها البائع لنفسه في الفترة بين العقد وبين اكتساب الملكية فلا تسري على المشتري ولا تؤثر في حقه لان هذه الحقوق معينة اصلا باعتبارها الصادرة من غير المالك.⁵⁵

وسواء كان سبب ملكية البائع للمبيع هو تحقق شرط الواقف او غير ذلك مما ذكر فإنه يترتب على ذلك سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير، اذ ان الاصل تقرير هذا الحق للمشتري، لكن بامتلاك البائع للمبيع تنتهي مصلحة المشتري في طلب الإبطال لرفع الضرر عنه، فالبائع اصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري.⁵⁶

⁵¹ رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص 49.

⁵² خليل احمد حسن قداد، الوجيز، مرجع سابق، ص. 215 و 216.

⁵³ الهلالي احمد نجيب، البيع والعدالة والمقايضة، شرح القانون المدني في العقود، ج 1، مطبعة الاعتماد مصر سنة 1924، 1925 م.

⁵⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الهامش 2، مرجع سابق، ص 295.

⁵⁵ انور سلطان، مرجع سابق، ص 334.

⁵⁶ السيد خلف محمد، مرجع سابق، ص 579.

غير ان البعض يرى بان حق المشتري في طلب الإبطال شيء قائم اذا كانت المطالبة به سابقة على السبب الذي اكتسب بموجبه البائع ملكية المبيع، لأن حقه في إبطال البيع حق مكتسب ويكفي ذلك ان يكون المشتري قد اظهر ارادته في طلب البطلان،⁵⁷ ويرى البعض الاخر ان البيع صحيح ومن ثم يسقط حق المشتري في طلب الإبطال اذا ما تحصل البائع على ملكية المبيع بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي.⁵⁸

وليس هناك من داعي لإبقاء حق المشتري في المطالبة بالإبطال طالما أن البائع تملك الشيء المبيع، او اجاز الملك البيع الوارد على ملكه لأنه تحقق للمشتري مراده بنقل الملكية اليه، وهو ما اصبح بوسع الملك تحقيقه ويستوي في ذلك ان كان المشتري رفع دعوى الإبطال قبل او بعد أيلولة ملكية المبيع الى البائع ولكن قبل صدور الحكم النهائي من القاضي⁵⁹ لنص المادة 398 ق. م. ج يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع المبيع بعد انعقاده.

خامسا: اقرار المالك الحقيقي

اذا ما اقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع اعتبر اقراره قبولا منه على انتقال الملكية الى المشتري وبه يزول السبب الذي تقرر من اجله البطلان، الا ان شرط حق المشتري في طلب الإبطال صدور الاقرار من المالك قبل رفع الدعوى، أما اذا اصدر بعد رفعها فان ذلك لا يؤثر في حق المشتري في طلب الإبطال⁶⁰ وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني بالتفصيل.

المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

يعتبر المالك الحقيقي بالنسبة لعقد البيع الذي تم ابرامه بين البائع والمشتري من الغير، فمصطلح الغير يتعلق بشخص لم يكن طرفا في العقد، ولكن في بيع ملك الغير فهو المالك الحقيقي فهو لا يضر ولا يتأثر بالبيع الصادر من البائع والمشتري مادام لم يتصرف به، استنادا الى مبدأ نسبية اثار العقود، لهذا تتوقف آثار العقد الذي أجراه الغير على ملكه، فإما ان يقره المالك الحقيقي او يرفض اقراره، وهذا ما سيؤدي بطبيعة الحال الى اختلاف في النتائج المترتبة على كل حالة من حالاته المذكورة. فسنحاول من خلال هذا المطلب الى معنى الإجازة والاقرار في الفرع الاول، ثم نقوم بتحديد اثار بيع ملك الغير فتحدث في الفرع الثاني عن حالة عدم اقرار المالك الحقيقي للبيع وفي الفرع الثالث عن حالة اقراره البيع.

الفرع الاول: مفهوم الإجازة والاقرار في القانون الوضعي

لم يقم المشرع الجزائري بتعريف الإجازة خلافا لنظرية المشرع المصري والفرنسي ذلك لأنه ليس من مهمة المشرع ايراد التعريفات والخوض في التفاصيل، بل أن وظيفته الرئيسية تتمثل في وضع الخطوط العريضة والمبادئ العامة للأحكام القانونية وترك مهمة التعريفات للفقهاء والقضاء.⁶¹

اولا: تعريف الإجازة

⁵⁷ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص. 134 و 135.

⁵⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 295.

⁵⁹ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص. 135.

⁶⁰ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص. 215.

⁶¹ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص. 11.

وقد وردت عدة تعريفات للإيجازة في القانون الوضعي منها أن الإيجازة هي: "النزول عن الحق في طلب الإبطال وبملكها من شرع الإبطال لمصلحته لأنه صاحب الحق في التمسك به، كما له الحق في النزول عنه ويترتب على ذلك زوال الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائيا ويكون لهذه الإيجازة اثر يستند الى يوم صدور البيع"،⁶² والإيجازة كقاعدة عامة ترد على العقود الباطلة بطلان نسبي لا على العقود الباطلة المطلق، وتصدر بإرادة منفردة اي من صاحب الحق في طلب الإبطال ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني،⁶³ ويكون لهذه الإيجازة اثر يستند الى يوم صدور البيع.⁶⁴

وتنص المادة 102 ق. م. ج قاطع في دلالته أنه لا يزول البطلان المطلق بالإيجازة ونحن أمام بيع قابل للإبطال بصريح نص المادة 397 ق. م. ج وتقابلها المادة 466 ق. م. م. وما ان الإيجازة عمل قانوني وحتى يتمكن المشتري من إيجازة هذا البيع بينه وبين البائع غير المالك لابد من توافر شروط رغم أنها لا تكون نافذة في حق المالك الحقيقي، ومن بين هذه الشروط:

1. ان يكون المميز متمتعا بالأهلية الكاملة، والأهلية الواجب توافرها هي أهلية الاداء وأن تكون كاملة وقت الإيجازة وهو ما نص عليه المشرع في المادة 40 ق. م. ج،⁶⁵ وهي بلوغ سن الرشد 19 سنة كاملة فضلا عن ذلك ان يكون متمتعا بالحقوق المدنية، وله قوة عقلية، ولم يحجر عليه من اجل مباشرة هذه التصرفات.

2. ان يكون المشتري على علم بان البائع غير مالك للمبيع ونقصد بالمشتري هنا المميز،⁶⁶ طبقا لنص المادة 397 ق. م. ج، وهذه الإيجازة تكون بمثابة تنازل عن حقه في طلب الإبطال فلصحة هذه الإيجازة يجب ان يكون المشتري عالما بان البائع غير مالك للمبيع وقت الإيجازة، اذ يعتبر البيع صحيحا من يوم ابرام العقد وليس من يوم صدور الإيجازة من المشتري، والإيجازة قد تكون صريحة باللفظ الصريح، وقد تكون ضمنية تدل عليها تصرفات المشتري كأن يقرر هذا الاخير حقوقا على الشيء المبيع.

3. ان تكون ارادة المشتري خالية من عيوب الرضا من غلط واکراه وتدليس واستغلال واذا رفضت الإيجازة،⁶⁷ وقد نص المشرع على عيوب الإرادة من المادة 81 الى 91 ق. م. ج⁶⁸ فاذا كان المشتري أمام حالة من الحالات المنصوص عليها كان من حقه إبطال التصرف، والإيجازة كما سبق ذكره،⁶⁹ قد تكون باللفظ كقوله قبلت البيع، او رضيت به، او ضمنية تدل عليها تصرفات المشتري كما يجب ان يكون العقد او التصرف المراد اجازته من يقبل اجازته فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإيجازة.

ثانيا: تعريف الاقرار

⁶² عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 203 / اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 160.

⁶³ ايمن حسين ناصر، مرجع سابق، ص 140.

⁶⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، نظريه العقد في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص. ص 202 و 204.

⁶⁵ تنص المادة 40 ق. م. ج: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة".

⁶⁶ انظر نقض مدني المصري في 14 مارس 1962، مجموعة احكام النقض المصرية لسنة 14، ص 298، نقلا عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 141.

⁶⁷ ايمن حسين ناصر، مرجع سابق، ص 140.

⁶⁸ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 85.

⁶⁹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

بيع ملك الغير يجمع في طبيعته المركبة بين مفهوم الإجازة الواردة على العقد القابل للإبطال، والاقرار الوارد على العقد غير النافذ، ذلك لان بيع ملك الغير هو عقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك.
فالإجازة تصدر من قبل من تقررت لمصلحته وهو المشتري في بيع ملك الغير ليتأكد من صحة البيع ويسقط حقه في طلب إبطاله.

اما الاقرار يصدر من شخص اجنبي من العقد، وترد على عقد صحيح غير نافذ في حق المالك يريد به ان يجعل العقد ساريا في حقه بعد ان كان من الغير لا يتعدى اليه اثره،⁷⁰ فالإقرار يكون من حق المالك الذي لا ينفذ هذا العقد في حقه، فاذا اقره سرى في حقه امتنع عليه المطالبة باسترداد ماله.

وبما ان المشرع جعل الاقرار في بيع ملك الغير من حق المالك فهو رتب على هذا الاقرار اثر رجعي يكون اتجاه المشتري في البيع يعتبر صحيحا من وقت البيع لا من وقت اقراره من المالك الحقيقي، وذلك تطبيقا لقاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، واثر فوري بالنسبة للمالك الحقيقي فالبيع لا يسري في حقه الا من وقت اقراره اياه لا من تاريخ العقد.

وبما ان بيع ملك الغير في القانون الوضعي قابل للإبطال لمصلحة المشتري فان عدم سريانه مقرر لمصلحة الملك الحقيقي، ولما كان المشتري يملك إبطاله فإنه يملك ايضا اجازته وسواء أبطله او أجازه فهو لا ينفذ في حق المالك الحقيقي الا اذا اقره فسرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد،⁷¹ ولأن كلا من الإجازة والاقرار تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة فما يطبق في الإجازة من شروط صحة وكيفية والتعبير منها ينطبق على الاقرار.

الفرع الثاني: حالة عدم اقرار المالك الحقيقي للبيع

يتبين لنا من خلال نص المادة 2/997 ق. م. ج على أنه: "وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري" والتي تقابلها المادة 2 /466 ق. م. م، فيتضح من خلال هذه المادة أن المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير،⁷² فلا ينفذ في حقه لان هذا العقد لا وجود له شرعا، فلا تنصرف اليه اثاره ولا يلتزم بأي التزام، لان البيع حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه وأطراف هذا البيع هم البائع والمشتري.

وبما ان المالك في الوارد على ملكه يعتبر من الغير، فلا يمكن ان يرفع دعوى البطلان لأن البطلان مقرر لمصلحة المشتري وحده دون غيره وكل ما في الامر ان المالك لا يتأثر بهذا البيع ولا يسري في حقه، وحتى تتمكن من دراسة حالة رفض المالك البيع الوارد على ملكه من قبل الغير يجب ان نتطرق الى علاقته بالمشتري والبائع.

اولا: علاقه المالك بالمشتري

⁷⁰ يرى د: عبد الرزاق احمد السنهوري في هذا المقام: "..... بل ان الاقرار ابعد اثرا من الاجازة، اذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي، وينقل الملكية الى المشتري، مرجع سابق، بند 166، ج4، ص 298 /محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 61.

⁷¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، ج4، مرجع سابق، ص 278.

⁷² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 195.

لم يورد المشرع اي نصوص خاصة من شأنها ان تنظم علاقة المالك بالمشتري لان المالك الحقيقي يعتبر اجنبيا عن عقد بيع ملك الغير لهذا سنستعين بالقواعد العامة في هذه المسالة بالذات والتي تقضي بانعدام انصراف اثار العقد لغير عاقديه، ومن ثم فهو لا يضر بالبيع الصادر من البائع والمشتري ولا يتأثر به ولا ينفذ في مواجهته، وتبقى ملكيته للمبيع ان لم يقر ذلك البيع ولا تنتقل الملكية منه الى المشتري حتى ولو اجاز هذا الاخير البيع وانقلب صحيحا فيما بين المتعاقدين، اذ أن هذه الإجازة لا اثر لها في حق المالك، ويبقى العقد عاجزا مع هذه الإجازة عن نقل الملكية الى المشتري أي أنه يبقى غير ساري في حق المالك الحقيقي.⁷³

فإذا تسلم المشتري المبيع من البائع فللمالك الحقيقي في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع فيسترده من تحت يده،⁷⁴ ولا يسقط حقه في ذلك الا بمضي 15 سنة من تاريخ علمه بالبيع،⁷⁵ ويرجع عليه بدعوى التعويض اذا كان المشتري سيء النية.

ولكن كل ذلك مشروط بعدم اكتساب المشتري ملكية المبيع بسبب اخر من اسباب كسب الملكية غير المبيع،⁷⁶ فقد يتملك المشتري المبيع على اساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقا للمادة 835 ق. م. ج،⁷⁷ أو على اساس التقادم المكسب الطويل او القصير المدى وهذا بحسب الاحوال اذا كان المشتري سيء النية فمدة التقادم خمسة عشرة (15) سنة بدون انقطاع، طبقا للمادة 827 ق. م. ج،⁷⁸ اما اذا كان حسن النية فمدة التقادم عشر (10) سنوات طبقا للمادة 828 ق. م. ج،⁷⁹ مع الملاحظة ان مدة التقادم القصيرة في القانون المدني المصري هي خمس سنوات فقط طبقا للمادة 969 ق. م. م،⁸⁰ غير انه اذا لم يتمكن المشتري من تملك المبيع سواء بالحيازة أو التقادم، فان المالك يسترد المبيع من تحت يد المشتري ضف الى ذلك مطالبته بالتعويض اذا كان سيء النية.⁸¹

⁷³ محمد صبري، مرجع سابق، ص 143 / اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 197.

⁷⁴ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 195 / محمد قاسم، مرجع سابق، ص 189 / عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 296 / رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 143 / محمد محي الدين ابراهيم سليم، احكام شروط البيع، مرجع سابق، ص 49 و 50 / احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 218.

⁷⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، ج4، الفقرة 165، مرجع سابق، ص 296 / الهلالي، مرجع سابق، ص 369.

⁷⁶ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 54 / فايز احمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 391 / محمد محي الدين ابراهيم، مرجع سابق، ص 50 / الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 125.

⁷⁷ تنص المادة 835: "من حاز سند صحيح منقولاً او حقاً عينياً على المنقول او سند الحامل فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته ..."

⁷⁸ تنص المادة 827: "من حاز منقولاً او عقاراً او حقاً عينياً منقولاً كان او عقاراً دون ان يكون مالكا له او خاصاً به صار له ذلك اذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع."

⁷⁹ تنص المادة 828: "اذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في نفسه الى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات."

⁸⁰ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 706 / محمد حسين، مرجع سابق، ص 195 / محمد صبري، مرجع سابق، ص 145 / عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 296.

⁸¹ تنص المادة 843 ق. م. ج: "اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ الا اذا ثبت ان الشيء ان يهلك او يتلف ولو بقى في يد من يستحقه."

وطبقا لنص المادة 1/837 ق. م. ج: "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية" فإذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم بان البائع لا يملك المبيع فانه يكتسب ما كان قد قبضه من ثمار وبالتالي فهو غير ملزم الا برد ما كان قائما منها عند رفع الدعوى عليه، على ان يتحمل المالك ما انفقته المشتري من مصروفات على حفظ الثمار.

وطبقا لنص المادة 838 ق. م. ج: "يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية، غير انه يجوز ان يسترد ما انفقته في انتاجها". فإذا كان المشتري سيء النية ان يعلم بأن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير، فانه يلزم برد الثمار الى المستحق أي يلزم برد الثمار التي قصر في قبضها.

فلو حدث ان ملك الشيء المبيع في يد المشتري الحائز، فإذا كان هذا الأخير حسن النية فلا يكون مسؤولا عن اي تعويض عما قد ينتج به اتجاه الملك، ويسأل كذلك عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف.⁸²

أما اذا كان سيء النية فيكون مسؤولا عن هلاك المبيع ولو كان هذا الهلاك ناشئا عن حادث مفاجئ، الا اذا ثبت بان المبيع كان سيتلف حتى لو كان باقي في يد المالك.⁸³

اذا في حالة الهلاك يتعذر على الملك استيراد ملكه من المشتري، ونلاحظ ان حق الملك في التعويض هنا غير ثابت في كل الأحوال، لهذا كان لا بد من تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج منه دون علمه وموافقته وهذا يعني انه لا بد من رجوع المالك الحقيقي على البائع.⁸⁴

ثانيا: علاقة المالك بالبائع

يختلف الحكم بالنسبة لعلاقة المالك بالبائع، اذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشتري ام لا، فإذا كان البائع قد سلم المبيع للمشتري، فيكون للملك في هذه الحالة الحق في استرداده بواسطة دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه، فإذا دفع البائع دعوى الملك بتمسكه بقاعد الحيازة في المنقول سند الملكية او التقادم في العقار، فلا يستطيع المالك عندئذ استرداد ملكه منه.⁸⁵

اما اذا كان البائع قد سلم المبيع للمشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة او التقادم فلا يكون للمالك سوى الرجوع على البائع بالتعويض على اساس فقده البيع، بل يكون من حق الملك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة او التقادم وسبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع لأنه يبيعه لملك غيره تسبب بالإضرار بالملك خاصة اذا كان سيء النية، لأنه في هذه الحالة يعتبر مغتصبا.

اما اذا ثبت ان البائع حسن النية ولم يرتكب اي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثة واعتقد لحسن النية انه قد ورثه فباعه لم يكن هناك محلا للرجوع عليه بالتعويض فكل ما يكون للمالك هو استرداد ملكه ان امكن ذلك او إلا يسترد قيمته، ويعتقد ان

⁸² تقابلها المادة 979 ق. م. م. والمادة 1195 ق. م. الاردني.

⁸³ المادة 984 ق. م. المصري والمادة 1191 ق. م. الاردني/ عبد الكريم احمد علي المرتضى، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة)

اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 280.

⁸⁴ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 150.

⁸⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، صفحة 297.

اساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الاثراء بلا سبب اذ لا يجوز ان يثرى البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي.⁸⁶

الفرع الثالث: حالة اقرار المالك الحقيقي للبيع

تنص الفقرة الاولى من المادة 398 ق. م. ج: "اذا قرأ المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري". وتقابلها المادة 1/467 ق. م. م،⁸⁷ ويتضح من خلال نص هذه المادة يعتبر إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر من البائع الى المشتري قبولاً منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع، وترتب عليه انتقال الملكية منه الى المشتري،⁸⁸ كما يعتبر هذا الاقرار سبباً من اسباب سقوط حق المشتري في ابطال العقد، لان اقراره بذلك يؤدي الى زوال كل عقبه تمنع من انتقال الملكية الى المشتري،⁸⁹ لان عقد البيع اصبح صحيحاً، فينقضي هذا الحق تبعاً لزوال سببه، هذا وإن الاقرار الصادر من المالك الذي بمقتضاه صح العقد وسقط حق المشتري في الابطال، يجوز ان يكون صريح او ضمنياً يستفاد من اي تصرف يصدر منه، يستدل بجلاء ان هناك موافقة منه على البيع⁹⁰ كما ان نفاذ العقد في حق المالك يكون من تاريخ الاقرار لا من تاريخ ابرام العقد، الا انه يترتب على الاقرار عدة نتائج، سنقوم بتبينها كما يلي:

اولاً: سريان البيع في حق المالك

يؤدي اقرار المالك للمبيع الى سريان هذا البيع في حقه وهذا الاقرار من شأنه ان ينقل ملكية الشيء المبيع من المالك الحقيقي الى المشتري⁹¹ اذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضا المالك الحقيقي بالبيع، ويلتزم البائع باحترام العقد، فلا يجوز له ان يتعرض للمشتري في انتفاعه، وليس له ان يطالبه باسترداد المبيع،⁹² وهذا الاقرار ينتج اثره من وقت صدوره، اي ان الملكية تنتقل الى المشتري من تاريخ الاقرار اذا كان المبيع منقولاً، ومن تاريخ التسجيل اذا كان المبيع عقاراً، لان اقرار المالك ليس له اثر رجعي يعود به الى تاريخ ابرام العقد لان البائع حينها لم يكن مالكا، وانما اصبح كذلك بالإقرار الصادر من المالك فقط، وتعتبر

⁸⁶ محمد بن محمد بن محمد بن اسماعيل الغشم، اجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة د. س. ن، ص 350 و 351/ وتسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب في القانون المدني المصري بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط في جميع الاحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ونفس الحكم في نص المادة 311 ق. م الاردني.

⁸⁷ تنص المادة 1/467 ق. م. المصري: "اذا اقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري" / تقابلها المادة 497 ق. م. الفلسطيني: "اذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري" والمتأمل لنص هذه المادة يجدها مأخوذة حرفياً عن المادة 467 ق. م. المصري/ وتأثر المشرع الاردني بما اخذ به ق. م. م في نفس المادة 1/551 منه.

⁸⁸ سليمان مرقس، فقرة 296، مرجع سابق، ص 707.

⁸⁹ خليل قداد، مرجع سابق، ص 455.

⁹⁰ الطعن رقم 1825 لسنة 58 ق، جلسة 1989/02/16م، مصري، السيد خلف محمد، مرجع سابق، ص 755.

⁹¹ قضي في محكمة النقض المصرية بان بيع ملك الغير اقرار المالك به اثره، سريان العقد في حقه وانقلابه صحيحاً في حق المشتري، انظر طعن رقم 3227 سنة 54 ق. جلسة 1989/03/16 س 40، من خلال عبد التواب المرجع في التعليق على نصوص القانوني المدني، مرجع سابق، ص 448.

⁹² عبد الرزاق احمد السنهوري، لبد 166، مرجع سابق ص 297، 298 / رمضان كامل، مرجع سابق، ص. ص 58 و 59.

الحقوق التي قررها المالك على المبيع في الفترة ما بين إبرام العقد وصدور اقراره او تسجيله تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها،⁹³ لأنه صاحب حق الملكية كاملة، فاذا قام المالك برهن العقار المبيع او رتب عليه حق ارتفاق او اي حق عيني اخر قبل ان يجيز البيع الصادر من البائع، وقام الدائن المرتهن او صاحب حق الارتفاق بتسجيل حقه في السجل العقاري قبل تسجيل اقرار المالك، ففي هذه الحالة الملكية تنتقل الى المشتري محملة بحق الرهن او الارتفاق،⁹⁴ فلا يكون امام المشتري في هذه الحالة الا الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي،⁹⁵ والمشرع الجزائي لم يتطرق الى كيفية حصول هذا الاقرار الصادر من المالك قد يكون صريحا او ضمنيا، كأن يوقع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره لبيع ملكه باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع، وقد قضى بانه لا يكون اقرار المالك ضمنيا بمجرد قبضه للثمن بل لا بد ان يعلم ان هذا هو ثمن ماله المبيع.⁹⁶

وبانقلاب البيع صحيحا بإقرار المالك الحقيقي، فان كل طرف من اطراف العقد يبقى ملزما بالتزامه، فالبائع يبقى ملزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا بإقرار المالك وبضمان الاستحقاق الجزئي، اذا ما رتب المالك حقا عينيا على المبيع قبل اقرار المالك للبيع، ضف الى الزامه بضمان العيوب الخفية، اما المشتري فيكون ملزما بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع.⁹⁷

ثانيا: سقوط الحق المشتري في طلب الابطال

ان اقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير، يعتبر تأكيدا على ان هذا البيع صحيحا وناظرا، ويترتب على ذلك سقوط حق المشتري في المطالبة بابطال البيع لأنه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الابطال يجب ان يكون اقرار المالك بالبيع قبل رفع المشتري دعوى البطلان، او ادعائه بالبطلان، اما اذا صدر الاقرار بعد رفع الدعوى، او الادعاء بالبطلان، فان هذا لا يؤثر على المشتري، اذ ان المحكمة سوف تحكم له بالبطلان، باثر رجعي يستند الى وقت الادعاء،⁹⁸ فلا يسقط حق المشتري في طلب الابطال،⁹⁹ لان المشتري في ذلك الوقت هو صاحب الحق الوحيد في طلب الابطال لهذا على القاضي ان ينظر في دعوى المرفوعة اليه حتى ولو صدر الاقرار بعد رفع الدعوى اذ لا يجوز ان يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى،¹⁰⁰ وهو الراي الغالب لدى الفقهاء المصريين.¹⁰¹

ثالثا: العلاقة بين المالك والمشتري

يعتبر اقرار المالك الحقيقي للعقد ان يجعل منه عقدا نافذا في حقه ويسقط حق المشتري في طلب ابطاله، ويمكن ان يحتج بهذا الاقرار عليه من وقت الاقرار لا من وقت صدور البيع وعليه فلا يمكن للمالك بعد ذلك ان يمتنع عن تسليم المبيع اذا لم يستلمه

⁹³ نفس المرجع، ص 59.

⁹⁴ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 190.

⁹⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 298.

⁹⁶ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 141.

⁹⁷ عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 299.

⁹⁸ جاك الحكيم، مرجع سابق، ص 88.

⁹⁹ اسماعيل عبد النبي شاهين مرجع سابق ص 187 / محمد صبري السعدي مرجع سابق ص 140.

¹⁰⁰ محمد بن محمد بن محمد بن اسماعيل الغاشم، مرجع سابق، ص 464.

¹⁰¹ محمد حسن قاسم العقود المسماة، مرجع سابق، ص 196 / رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 60 / محمد صبري السعدي، مرجع سابق،

ص 140، سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 708.

المشتري بعد او ان يتعرض له او يطالب باسترداده، كما لا يحق ان يتصرف في المبيع بعد اقراره لأنه يترتب على ذلك ان يصبح العقد نافذا في حق المشتري، وتنقل اليه الملكية من تاريخ تسجيل العقد اذا كان المبيع عقارا، ومن تاريخ اقرار المالك للمبيع اذا كان منقولاً،¹⁰² كما لا يحق للمشتري ان يطالب بالإبطال بعد اقراره من المالك، كما ان الملكية تنتقل محملة الى المشتري بكل الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي عليها قبل ان تنتقل ملكيته منه الى البائع او قبل اقراره البيع.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه: هل يحل المالك الحقيقي بعد اقراره محل البائع مما يؤدي الى قيام علاقه تعاقدية بين المالك الحقيقي (المقر) والمشتري؟ ام هل ينظم المالك المقر الى البائع ليصبح ملتزماً معه في مواجهة المشتري؟ ام هل يقتصر اثر الاقرار على ازالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب اثره في نقل الملكية؟

فقد ادى هذا الى تضارب واختلاف في الآراء الفقهية بخصوص هذه المسألة فانقسموا الى ثلاث وجهات من النظر:

وجهة النظر الأولى:

يذهب انصار هذه من النظر الى ان اقرار المالك الحقيقي للبيع الصادق من غيره، يترتب عليه حلول المالك المقر محل البائع من وقت صدور القرار في جميع حقوقه والتزاماته،¹⁰³ في العقد، فتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة، فيجوز للمالك ان يطالب المشتري بالثمن وان يعرض عليه تسليم المبيع، ويجوز للمشتري ان يطالب المالك بالتسليم وان يرجع عليه بضمان التعرض من الغير او بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء¹⁰⁴ او استرداد المبيع.

ويترتب على هذا الاقرار ان يقوم المالك بتنفيذ الالتزامات الناشئة منه، وثم تبرأ ذمة البائع من هذه الالتزامات، الا انه اذا كان البائع قد حصل على شيء من الثمن وجب عليه ان يؤديه الى المالك، كما لو كان وكيلاً عنه في عقد البيع، واذا اخل المالك ببعض الالتزامات الناشئة عن العقد كان البائع مسؤولاً معه عن ذلك، لان ذمته لا تبرأ من هذه الالتزامات الا بالوفاء بها من جانبه، او من جانب المالك الذي اقر العقد.¹⁰⁵

نقد وجهة النظر الأولى:

وقد تم انتقاد هذه الوجهة من النظر على اساس انه يخرج البائع من العقد كما لو كان وكيلاً لا تنصرف اثار العقد اليه، وهو امر لا يمكن التسليم به دون نص قانوني يقرر ذلك، كما انه قام باستبدال مدين المشتري الذي هو البائع ملك الغير لمدين اخر، بمجرد الإرادة المنفردة للمالك دون اتفاق على قبول المدين الذي قد يتضرر منه المشتري بسبب اعساره (المالك المدين جديد) واذا لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية او اذا كان قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل صدور الاقرار.

وجهة النظر الثانية:

¹⁰² عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 298، 299 / اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 201 / محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 190.

¹⁰³ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 60 / محمد حسنين، مرجع سابق، ص 197 / محمد محي الدين ابراهيم: "انه بإقرار المالك فانه يحل محل البائع الذي يتلاشى من دائرة العقد ويصبح المالك الحقيقي هو الطرف المواجه للمشتري وتبرأ ذمة البائع ضامناً من التزامات الناشئة عن البيع.."، مرجع سابق، ص 51.

¹⁰⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 146.

¹⁰⁵ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 519 / خميس خضرة، العقود المدنية الكبيرة للبيع والتأمين، ط1، دار النهضة، القاهرة 1979، ص 321.

يذهب انصار هذه الوجهة من النظر الى انه بإقرار المالك الحقيقي للعقد ينظم المالك الى البائع في العقد، بحيث يصبحان ملتزمين معا التزاما تضامنيا، اي مسؤولين مسؤولية مجتمعة في مواجهة المشتري¹⁰⁶ ومن ثم يصبح المشتري بدوره ملتزما في مواجهتهما معا.¹⁰⁷

نقد وجهة النظر الثانية:

وقد تم انتقاد هذه الوجهة من النظر على اساس انه اذا سلمنا بان هذا الراي المشتري من الضرر الذي قد يقع فيه¹⁰⁸ الا انه قد يلحق الضرر بالبائع اذ قد يكون اساس اقرار المالك للعقد علاقة بين المالك وبين البائع. وفي هذه العلاقة البائع يحتفظ بالثمن ومع ذلك فان انضمام الملكي الى البائع في العقد من شأنه ان يبرئ ذمة المشتري اذا وثمن للمالك لان المشتري ملتزم تجاههم تضامنيا.

وجهة النظر الثالثة:

يذهب انصار هذه الوجهة من النظر الى ان اقرار المالك الحقيقي، يقتصر فقط على ازاله العقبة،¹⁰⁹ التي كانت تحول دون نقل الملكية الى المشتري وامكانية الاحتجاج عليه بالعقد، وذلك فان المالك الحقيقي يظل اجنبيا عن العقد، ويبقى البائع وحده ملتزما بكل الالتزامات الناشئة عن العقد، يكون ملتزما بنقل الملكية التي قد انتقلت بإقرار المالك،¹¹⁰ ويكون ملتزما بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الحقية ويبقى المشتري ملتزما نحوه بالثمن والمصروفات وتسليم المبيع.¹¹¹ وقد اخذ بهذه الوجهة من النظر الفقيه السنهوري، ويعلل انصار هذه الوجهة من النظر رأيهم بان حلول المالك محل البائع في العقد، يعتبر تعديرا في اطراف العلاقة التعاقدية، وذلك يتطلب موافقه اصحاب الشأن جميعا، وهم البائع والمشتري والمالك.¹¹²

الا ان الراي الغالب الذي يذهب اليه الكثير من الفقه والذي يرى ان اقرار المالك لا يتعدى ان يكون مجرد ازاله العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب اثره في نقل الملكية مع بقاء عن العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري وهذا ما يتفق مع نص المادة 2/398 ق. م. ج، فلا يحل الملك محل البائع ولا ينظم اليه الا اذا وجد اتفاق خاص بينه وبين البائع والمشتري ذلك لان الاقرار يصدر من ارادة منفردة وهي ارادة المالك فلا يجوز ان يكسبه حقوق او يحمل غيره التزامات بغير اتفاق او نص، بل ان اقرار المالك للبيع لا يقيد أكثر من انصراف ارادته الى الموافقة على انتقال ملكية المبيع الى المشتري بموجب عقد.¹¹³

المبحث الثاني: أحكام رهن ملك الغير

¹⁰⁶ محمد حسين منصور، بيع والمقايضة والايجار، مرجع سابق، ص 246.

¹⁰⁷ عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة ط1، دار وائل للنشر، الاردن، سنة 1998 ص 275.

¹⁰⁸ ذلك ان المشتري يصبح مدين بالثمن لكل من البائع والمالك، فاذا وفي لأيهما برئت ذمته وفي هذا مصلحة له.

¹⁰⁹ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، فقرة 44، ص 58 / اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 203.

¹¹⁰ محمد محي الدين ابراهيم: "العلاقة بين البائع والمشتري فتضل كما هي ولا تتأثر بهذا الاقرار فالبائع هو الدائن بالثمن والمدين بنقل الملكية الى المشتري"، مرجع سابق، ص 52 / اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 203.

¹¹¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، عقد البيع، المرجع السابق، ص 299.

¹¹² محمد وحيد محمد علي، احكام بيع ملك الغير، د. ط، دار النهضة، القاهرة، ص 31.

¹¹³ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 60، 61.

يقصد برهن ملك الغير الرهن الصادر أو الذي يعقده الراهن باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره ومن ثم لا يعتبر رهنا لملك الغير الرهن الذي يعقده الشخص باعتباره نائبا عن المالك حتى ولو تجاوز حدود نيابته أو لم تكن هناك نيابة اصلا، ولا العقد الذي يتعهد فيه شخص بالحصول على رضاء المالك بالرهن.¹¹⁴

نصت المادة 2/1033 ق. م. م على أنه: "إذا كان الرهن غير ملك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره الملك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار الا من وقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن".

ولم ينص المشرع الجزائري على حكم رهن ملك الغير متأثرا بالقانون الفرنسي الذي اكتفى بالنص على رهن المال المستقبل على خلاف القانون المصري الذي أفرد له حكما خاصا لذلك سندرس حكم رهن ملك الغير في القانون الفرنسي والقانون المصري في مطلبه الأول وسنستخلص موقف المشرع الجزائري من المسألة في مطلبه الثاني.

المطلب الأول: حكم رهن ملك الغير في القانون المصري والفرنسي

نقتصر في هذا الاطار على القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري.

الفرع الأول: رهن ملك الغير في التقنين المدني الفرنسي

لم يذكر القانون المدني الفرنسي في تعديل 2006 بحكم خاص برهن ملك الغير واكتفى بالنص في الرهن الرسمي على اشتراط ان يكون الرهن على عقارات حاضرة أي أنه حظّر رهن مال المستقبل وذلك بنص المادة (2419 منه)¹¹⁵ وهو نفس حكم المادة 2129 قبل التعديل، بانعدام النص على حكم رهن ملك الغير اختلفت أحكام القضاء حول بطلان الرهن وامكانية تصحيحه في الوقت الذي يكسب فيه الراهن غير المالك ملكية المال المرهون،¹¹⁶ ورأى بعض الفقه بطلانه بطلانا مطلقا ويبقى باطلا حتى لو كسب الراهن غير مالك ملكية المال فيما بعد وعند اذن فقط يجوز له انشاء رهن جديد ولا ينتج هذا الرهن أثره الا من وقت انشائه اذ لا يعد تصحيحا للرهن الباطل قياسا على رهن مال المستقبل،¹¹⁷ فيترتب على بطلان الرهن الصادر من غير مالك بطلانا مطلقا.

¹¹⁴ نقلا عن حسام الدين كامل الأهداني، مرجع سابق، ص 189.

¹¹⁵ تنص المادة 2419 من القانون المدني الفرنسي على ان:

L'hypothèque ne peut en principe être consentue que sur des immeubles présents=

¹¹⁶ « Mais attendu que la totalité du lotissement d'un fonds de commerce appartenant à autrui est couverte lorsque avant toute action en nullité. Le constituant devient propriétaire du fonds , que c'est donc un bon droit que l'arrêt statue en ce sens»

-Lass.com.5 montalier 2002. Publication, bulletin 2002 IVNro 199/184

¹¹⁷ -Mestre Jacques -Putman Emmanuel -Billian Mare

=Traité du droit civil sous la direction de Jacques Ghestin , droit de commerce des suretés théorie générale , L G. D S DELTA 1993 Page 288

أي أنه يجوز ان يتمسك به المالك وخلفه كما يجوز ان يتمسك به كل شخص ذي مصلحة فيتمسك به الدائون الشخصيون للراهن ويتمسك به الغير الذي آلت اليه ملكية المال المرهون الذي باع له الراهن او وهبه أو رهن له المال، بل ويجوز لراهن وخلفه العام التمسك بهذا البطلان حتى لو كان سيء النية عند ابرام الرهن،¹¹⁸ وهذا الاتجاه غريب من حيث أنه يجعل رهن ملك الغير الباطل بطلانا مطلقا يختلف عن حكم بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال.¹¹⁹

ويرجع الفقه اختلاف حكم رهن ملك الغير عن بطلان بيع ملك الغير الى طبيعة الالتزامات التي يربتها العقادان ففي حين ان البيع لا يرتب سوى التزامات شخصية فان البيع الصادر عن غير ملك يقع باطلا بطلانا نسبيا، فان الرهن يرتب حقوقا عينية وبالتالي فإنه اذا صدر عن غير مالك فمن باب اولى ان يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذه التفرقة ترجع الى القانون الروماني،¹²⁰ وفي المقابل يرى بعض الفقه الفرنسي ان رهن ملك الغير يعتبر صورة من صور رهن المال المستقبل وبالتالي يأخذ نفس الحكم، ويرجع الى نص المادة 2130 من القانون المدني الفرنسي والمادة 2419 في تعديل القانون 2006 فان رهن مال المستقبل يقع باطلا، ويعلل الفقه في هذا البطلان بأنه جزاء لمخالفة مبدأ تخصيص الرهن وهو مبدأ متعلق بالنظام العام.¹²¹

وينتقد فقه آخر بطلان رهن ملك الغير في استناده الى رهن المال المستقبل من حيث ان تقرير بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفة مبدأ التخصيص وليس جزاء لعدم ملكية الراهن، والحكمة من تقريره هي حماية الائتمان وحماية الراهن من خطورة اندفاعه لرهن جميع ما يؤول اليه مستقبلا¹²² ويأخذ الرهن الحيازي حكم الرهن الرسمي اذ تنص المادة 2335 ق. م. ف، على بطلان الرهن الحيازي الصادر عن غير مالكة،¹²³ دون ان تجعل من رهن ملك الغير رهنا حيازيا صورة من صور رهن مال المستقبل.¹²⁴

الفرع الثاني: حكم رهن ملك الغير في القانون المدني المصري

نص القانون المدني صراحة على حكم رهن ملك الغير وذلك بالمادة 1033 والتي تنص على أنه:

¹¹⁸ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 89، هامش رقم 01.

¹¹⁹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 115.

¹²⁰ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 78، هامش رقم 159.

¹²¹ Mestre Jacques -Putman Emmanuel -Billian Mare droit commun des suretés réelles théorie générale , op cit Page 289

¹²² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 81.

¹²³ ART 2335 –Le gage de la chose d'autrui est nul. En peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fut à autrui.

¹²⁴ اذ تنص المادة 2333 على جواز رهن المال المستقبل:

ART 2333 –Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier, le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur un bien ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.

=Les créances garanties peuvent être présents ou futures dans ce dernier cas , elles doivent être déterminables.

"1. اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية،
وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على اعقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.
2. ويقع باطلا رهن مال المستقبل".

والنص يترتب على تخلف شرط الملكية في الرهن الرسمي قابلية العقد للإبطال، وهو نفس الجزء بالنسبة لبيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا حيازيا،¹²⁵ وقد اراد المشرع المصري توحيد بيع ملك الغير مع رهن ملك الغير رهنا رسميا او رهنا حيازيا.¹²⁶ وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية وأيده جانب من الفقه ويترب على ذلك:

- ان رهن ملك الغير يترتب اثره من الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالك مثل بيع ملك الغير من حيث ان الملكية تنتقل متى اصبح البائع ملكا.

- ان اقرار المالك الحقيقي لعقد الرهن الصادر من غير ملك يجعل العقد نافذا في حقه، ويزيل بطلانه بين المتعاقدين مثل بيع ملك الغير الذي يترتب على اقرار المالك الحقيقي له نفاذه في حقه وزوال بطلان العقد، ويختلفان في شكل الاقرار اذ يشترط في اقرار الرهن ان يكون بورقة رسمية، اذ ان اقرار المالك رهنا ابرمه غيره يعتبر بمثابة انشاء رهن جديد فيشترط الاقرار في الاقرار ما يشترط في انشاء الرهن، في حين لا تشترط الرسمية في اقرار البيع الصادر من غير مالك،¹²⁷ الا ان قابلية الرهن للإبطال لعدم الملكية يبتعد عن قابلية العقد للإبطال في القواعد العامة من عدة أوجه:

- ان قابلية العقدة للإبطال في القواعد العامة هو نتيجة لنقص الأهلية أو لغيب من عيوب الارادة، ولا يمكن الاستناد الى هذه الأسباب في تقرير قابلية العقد للإبطال لعدم ملكية الراهن، فبطلان رهن ملك الغير لا يستند الى القواعد العامة في البطلان لتخلف شرط في انعقاد العقد أو صحته، وكل ما يمكن الاستناد اليه في القواعد العامة هو حق الدائن في التمسك بسقوط أجل الدين لعدم تقديم الراهن ما وعد به في العقد من تأمين.¹²⁸

- ان قابلية العقد للإبطال: هو عقد صحيح في الأصل منتج للإثارة القانونية حتى يتقرر إبطاله في حين ان الرهن الصادر من غير ملك هو تصرف في مال مملوك لشخص أجنبي عن العقد لا ينفذ في حقه، وبالنسبة لدائن المرتهن وهو أحد طرفي العقد وان كان صاحب المصلحة في البطلان فإنه لا يستطيع ان يجعل من العقد منتجا لأثره بمجرد امتناعه عن طلب البطلان.

- ان إجازة صاحب المصلحة تزيل العيب وتؤكد صحته وتسري من تاريخ ابرام العقد، وهي تصدر من تقرر البطلان لمصلحته، في حين ان الدائن المرتهن الذي ترتب له رهن ملك الغير وهو صاحب المصلحة بالبطلان لا يملك تصحيح العقد بالإجازة.

¹²⁵ تنص المادة 466 ق. م. مصري: "اذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري ان يطلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل، وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة، والو اجاز المشتري العقد". وتنص المادة 1098 ق. م. مصري على انه: "تسري على الرهن الحيازي احكام المادة 1033...".

¹²⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 10 مرجع سابق، فقرة 135، ص 297/1/755 قاسم عبد الحميد الوتيدي، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون، بحث مقارن رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 1980، ص 152.

¹²⁷ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 83/ رمضان أبو السعود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 215.

¹²⁸ شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي، حقوق الامتياز، نشأة المعارف، الاسكندرية، ط2، 1959، ص 91.

فإذا كان العقد القابل للإبطال يعتبر صحيحاً إلى أن يتقرر إبطاله ويمكن تصحيحه بالإجازة، فإن بطلان رهن ملك الغير

بطلاناً نسبياً لا يمكن أن يستند إلى نفس البطلان النسبي المقرر في القواعد العامة، إذن فما هي طبيعة بطلانه؟

- يرى البعض في ذلك أن قابلية رهن ملك الغير للإبطال تستند إلى نظرية البطلان في القواعد العامة إذ تقوم على أساس استحالة المحل وهي استحالة مطلقة على اعتبار أن الراهن يستحيل عليه وقت التعاقد تنفيذ التزامه استحالة مطلقة فيترتب على ذلك بطلاناً مطلقاً، وبإعمال نظرية تحول العقد يمكن تحويل العقد الباطل بسبب استحالة المحل إلى عقد غير مسمى منشئ الالتزامات الشخصية بإنشاء حق الرهن إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو علم ببطلان عقد الرهن، وانصراف نية الراهن إلى العقد الغير مسمى مفترضة قانوناً إذا لم يسمح المشرع للراهن بالتمسك ببطلان الرهن أما المرتهن حسب هذا الرأي فأجاز له المشرع التمسك ببطلان العقد فان فعل ذلك على نيته لم تنصرف إلى ذلك العقد غير المسمى،¹²⁹ وانتقد هذا الرأي من حيث أن استحالة محل الرهن هي نسبية لا مطلقة إذ أن هناك شخص في وسعه إقرار الرهن وهو الملك الحقيقي والاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً وفقاً للقواعد العامة.¹³⁰

ويرى فقه آخر أن بطلان رهن ملك الغير يستند إلى الغلط حيث يجهل الدائن عدم ملكية الدائن المرتهن للمال المرهون وحسب هذا الرأي يجوز للمرتهن بسبب وقوعه في الغلط التمسك ببطلان الرهن وانتقد هذا الرأي على أساس نص المادة 1033 ق. م. م جاء عاماً في عدم صحة رهن ملك الغير دون التفرقة بين دائن يعلم أو لا يعلم عدم ملكية الرهن للمال المرهون.

ويرى فقه آخر أن رهن ملك الغير يعتبر عقداً موقوفاً لا صحيحاً ولا باطلاً ويتوقف أثره على إقرار الملك الحقيقي ومن ثم ينشأ الرهن وبدون هذا الإقرار فلا وجود للرهن،¹³¹ ويرجع فقهاء آخر بطلان رهن ملك الغير إلى طبيعة الرهن نفسه التي تقتضي أن يكون الراهن مالكا، فالعلة في هذا البطلان أن هذه العلة لا تكفي وحدها لتأصيل البطلان إذ لا يوجد في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد، إذ تقتصر أسباب تقرير إبطال العقد في نقص الأهلية وعيوب الإدارة بذلك يكون حكم رهن ملك الغير في القانون المدني المصري هو البطلان النسبي إلا أن هذا البطلان من نوع خاص،¹³² و ينتقد بعض الفقهاء اتجاه المشرع المصري في تقرير البطلان النسبي كجزءاً لرهن الصادر عن غير مالك إذ لا يتناسب البطلان كأداة قانونية مع الهدف الذي تقرر من أجله وهو اشتراط الملكية في الراهن.

إذ أن رهن ملك الغير لا يمكن أن يعتبر في ذاته عقداً معيباً ويضيف هذا الرأي أنه كان على المشرع أن يكتفي بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الملك الحقيقي.¹³³

¹²⁹ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص. 87، 88.

¹³⁰ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص. 91.

¹³¹ شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، فقرة 92 نقلاً عن عبد الرزاق أحمد المنصوري، ج 10، مرجع سابق، ص. 306.

¹³² عبد الرزاق أحمد السنوري، ج 10، مرجع سابق، ص. 307/ وقد ورد في المذكرة الإيضاحية فيما يخص بيع ملك الغير أن: "البطلان هنا خاص

أنشأه النص" مجموعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني المصري، ج 3، مطبق أحمد مخيمر، مصر، ص. 121.

¹³³ شمس الوكيل، مرجع سابق، ص. 92، 93، ويرى أنه كان من الأفضل على المشرع المصري أن يستعير صياغة المادة 2822 من القانون الإيطالي

إذ تنص على أنه: "إذا أنشأ الرهن شخص غير مالك للشيء فإنه لا يجوز إجراء القيد إلا من الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالكا لهذا الشيء" فالنص لا يرى في رهن ملك الغير أي عيب يستدعي إبطاله.

المطلب الثاني: حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري

قدمنا ان المشرع الجزائري لم يبين حكم رهن ملك الغير في القانون المدني ويبدو ان واضعيه كانوا متأثرين بالقانون المدني الفرنسي، لهذا فان أول سؤال يتبادر الى الذهن هو: هل يمكن الأخذ بنفس الحكم المعروف في فرنسا وهو البطلان المطلق؟

الفرع الأول: موقف المشرع المدني من رهن ملك الغير

لم يبين المشرع الجزائري بنص خاص حكم رهن ملك الغير، وفي ظل عدم وجود النص نتساءل حول ما اذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بنفس الحكم في القانون الفرنسي وهو البطلان المطلق أم أنه جعل حكم رهن ملك الغير البطلان نسبي كما هو في القانون المصري؟

بالنظر الى الحكم الذي توصل اليه القانون الفرنسي فإنه لا يمكن القول ان المشرع سلك نفس المسلك ذلك ان المشرع الفرنسي نص على بطلان رهن المال المستقبلي بطلانا مطلقا وجعل من رهن ملك الغير صورة من صور رهن المال المستقبلي وبالتالي يأخذ نفس الحكم وهو البطلان المطلق، في حين ان المشرع الجزائري لم ينص على حكم رهن المال المستقبلي ولم يجعل من رهن ملك الغير صورة له.¹³⁴

وبالنظر الى حكم رهن ملك الغير في القانون المصري فإنه لا يمكن القول ان المشرع الجزائري أخذ بنفس الحكم وهو البطلان النسبي، ذلك ان مثل هذا البطلان يحتاج الى نص صحيح كما لا يمكن قياس حكم رهن ملك الغير على حكم بيع ملك الغير وهو البطلان النسبي،¹³⁵ لأن حكم بيع ملك الغير ورد كاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.¹³⁶

وبالرجوع الى نص المادة 884 ق. م. ج "وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالك للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه" نجد ان المشرع الجزائري جعل من الملكية شرطا في الرهن الرسمي،¹³⁷ والجزاء المترتب على تخلفه هو البطلان المطلق¹³⁸ ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد وصل الى نفس الحكم المقرر في القانون الفرنسي، واذا كان القانون المدني الجزائري لم يتخذ نفس المسلك مع القانون الفرنسي الا أنه يتفق معه في النتيجة وهي بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا، وبالتالي يترتب

¹³⁴ شوقي بنالسي، مرجع سابق، ص 116.

¹³⁵ ويرى البعض باتباع رهن ملك الغير، حكم بيع ملك الغير لاتحاد العلة، محمد حسنين الوجيه في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 127.

¹³⁶ شوقي بنالسي، مرجع سابق، ص 117.

¹³⁷ يرى بعض الفقه ان شرط الملكية ليس شرط لانعقاد ويبرر ذلك ان المنطق القانوني يقضي بأن شروط سلامة التصرف هي الشروط التي تتعلق بالعنصر الانشائي فيه، والعنصر الانشائي في التصرف لا يخرج من نطاق الرضا فيرتبط للإرادة فقط، من حيث وجودها وسلامتها وتطابقها، ويمنح شرط الأهلية والشروط الشكلية ضمن شروط السلامة لأنها مقررة لحماية الرضا، وفيما عدا ذلك يخرج عن نطاق الرضا ويعتبر من قبيل الشروط اللازمة لترتيب آثار التصرف القانوني لا لإنشائه، وشرط الملكية في الرهن لهذا المفهوم يعتبر من الشروط اللازمة لترتيب آثار الرهن، الا ان المشرع قد يترتب على تخلف شرط من الشروط اللازمة نفس الجزاء الذي يترتب عليه تخلف شرط من شروط السلامة والانعقاد فيكون البطلان جزءا لتخلف شروط الانعقاد كما قد يكون جزءا لتخلف بعض الشروط اللازمة وفقا لسياسة المشرع، فشرط الملكية لا يعدو ان يكون شرط لازما لا شرط لإنشاء العقد اذ ان ملكية الراهن للمال المرهون أساسا وجوب ان يكون الراهن صاحب ولاية مع المال المرهون، اشار اليه الأستاذ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص. ص 93 و 94 هامش رقم 02.

¹³⁸ شوقي بنالسي، مرجع سابق، ص 117/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 46.

عليه نفس النتائج التي رتبها الفقه والقضاء الفرنسيان، وإذا كان القانون الفرنسي قد ساوى بين الرهن الرسمي والحيازي في الحكم بالبطان المطلق اذا صدر من غير مالك وخالفا حكم بيع ملك الغير القابل للإبطال، ومن جهة اخرى اذا كان موقف القانون المصري واضحا في ترتيب قابلية العقد للإبطال في بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا ورهنا حيازيا، فان موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحا بالنسبة للرهن الحيازي الصادر من غير ملك، فلم ينص على قابليته للإبطال كما هو الأمر لبيع ملك الغير بالمادة 397 ق. م. ج ولم ينص على بطلانه صراحة أو بالإحالة على المادة 884 ق. م. ج وبالتالي فهل يمكن ان تطبق على الرهن الحيازي الغير مملوك للراهن احكام بيع ملك الغير وبالتالي يكون الجزاء قابلية العقد للإبطال ام أحكام رهن ملك الغير الرهن الرسمي وبالتالي يكون الجزاء بطلان العقد بطلانا مطلقا؟

ان الملكية وان كانت شرطا الا أنها ليست ركنا في العقد او شرطا لصحته وتخلفها لا يعيب الارادة مما لا يدعو الى القول بأن تخلفها يترتب عليه تلقائيا بطلان العقد أو إبطاله، والبطلان الوارد بالمادة 884 ق. م. ج كجزاء على تخلف شرط الملكية في الرهن الرسمي وقابلية العقد للإبطال المقرر بالمادة 397 ق. م. ج كجزاء على عدم ملكية البائع ورد كاستثناء والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، وبالتالي لا يمكن القول ببطلان الرهن الحيازي الصادر عن غير مالك أن البطلان يقتضي وجود نص قانوني يقضي به. وازاء عدم وجود نص خاص في أحكام الرهن الحيازي يترتب جزاء لتخلف الملكية لا يبقى الا الرجوع الى القواعد العامة التي تمنح الدائن المرتهن الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ الراهن التزامه طبقا للمادة 119 ق. م. ج والتي تقتضي بسقوط حق المدين في الأجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد به من تأمين طبقا للمادة 211 ق. م. ج،¹³⁹ ويكون الرهن غير نافذ بالنسبة للمالك الحقيقي وغير ملزم له وحق له ان يقيم دعوى الاستحقاق ويسترد الشيء المرهون من المرتهن.¹⁴⁰

الا ان المادة 2 / 970 ق. م. ج، كفلت حق الدائن المرتهن حسن النية ونصت على أنه "وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه وفي الرهن ولو كان الراهن لا يملك حق التصرف في الشيء المرهون...". وعليه فحكم رهن ملك الغير رهنا رسميا هو البطلان المطلق وحكم رهن ملك الغير رهنا حيازيا هو عدم نفاذه في مواجهة المالك وباعتبار ان التشريع الفرنسي يضع حكما واحدا في رهن ملك الغير وهو البطلان المطلق دون تمييز بين رهن رسمي او حيازي، فان الرهن الواردة على اشياء مثلية صادرة عن غير ملك تكون باطلة بطلانا مطلقا.

ونخلص الى ان الرهن الحيازي الصادر من غير مالك يقع باطلا كرهن ملك الغير في الرهن الرسمي ونشير في هذا المجال ان في القواعد العامة ما يغني عن النص ببطلان رهن ملك الغير حتى في الرهن الرسمي، فمن الممكن الاكتفاء بالقواعد العامة من عدة نواح.

- بالنسبة للملك الحقيقي: فان عدم نفاذ التصرف في مواجهته كاف لحمايته وعدم النفاذ يستفاد من القواعد العامة دون الحاجة الى تدخل المشرع لإبطال رهن ملك الغير.

¹³⁹ ابراهيم بن غانم، نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1975، ص

37.

¹⁴⁰ فرج سيد سليمان احمد، رهن الطائفة دراسة مقارنة ودولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص

192.

- بالنسبة للدائن المرتهن، اذا كان يجهل عدم ملكية الراهن للمال المرهون فيحق له التمسك ببطان الرهن وفقا للقواعد العامة في الغلط، إما اذا كان يعلم عدم ملكية الراهن للمال المرهون فيحق له المطالبة بسقوط اجل الدين وفقا للقواعد العامة التي تقضي بسقوط الأجل اذا لم يقدم المدين ما وعد به من تأمينات.¹⁴¹

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من رهن ملك الغير

سبق وان اشرفنا من أن المشرع لم ينص على تصرف في ملك الغير في الرهن الحيازية،¹⁴² ولم يخلنا الى تطبيق نص المادة 884 م. ج، التي تحكم الرهن الرسمي، الا ان القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز لشخص ان يتصرف في غير ملكه من دون مسوغ قانوني، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، هذا ويعرف رهن ملك الغير على أنه رهن من شخص لا يملك المال المرهون وليست له ولاية التصرف فيه، مما يثير التساؤل عن مصير هذا التصرف في حالة وقوعه، ولقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الأثر الذي يترتب على العقد الوارد على رهن ملك الغير.

فذهب البعض منهم الى القول: بأن العقد يكون قابلا للإبطال¹⁴³ وذهب البعض الآخر الى القول بأن العقد باطلا بطلانا مطلقا،¹⁴⁴ أما الفريق الثالث فيرى بأنه قابلا للتصحيح بمعنى ان العقد يبقى موقوفا لا صحيحا ولا باطلا.¹⁴⁵

أما موقف المشرع الجزائري فلم ينص على رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه في حالة بيع ملك الغير (م 397 و 398 مديني جزائري) وبالتالي لم ينص على جزاء تخلف هذا الشرط (شرط الملكية) غير أنه قرر الحماية للمرتهن حسن النية بمنح له حق التمسك في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون (طبقا لنص المادة 2/970 م. ج).

والحل في نظرنا، أنه لا يمكن القول بإبطال الرهن، لأن الإبطال يقتضي وجود نص قانوني يقضي بذلك، لكن يمكن اعمال قاعدة الفسخ،¹⁴⁶ هنا تطبيقا لنص المادة (119 م. ج) التي تقضي بأن عدم تنفيذ الالتزام يؤدي الى فسخ العقد وكذلك نص المادة 211 مديني جزائري التي تقضي بسقوط حق المدين في الأجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات، فيا حبذا لو نص تشريعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه المشرع التونسي حتما للنزاع في الموضوع.¹⁴⁷

¹⁴¹ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 93.

¹⁴² صحيح ان المشرع الجزائري لم ينص على عدم جواز رهن ملك الغير في الرهن الحيازي ولم يخلنا الى نص المادة 884 مديني، والمتعلق بالرهن الرسمي لكن نص على عدم جوازه عرضا بنص المادة 970 مديني في الفقرة الثانية كما سنرى.

¹⁴³ محمد وحيد الدين سيوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية والتبعية، ج 2، د ط، دمشق، سوريا، سنة 1968، 1969، بند 252، ص

191/ السنهوري: فقرة 911، 777، ج 10

¹⁴⁴ سليمان مرقس، بند 43، ص. ص 56 و 67 / أشار اليه السنهوري، ج 10، ص 305، فقرة 138.

¹⁴⁵ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، فقرة 75، ص. ص 184 و 189 / ايضا شفيق شحاته، النظرية العامة لتأمين، بند 92 - 93، ط 2، القاهرة، 1953 م.

¹⁴⁶ يلاحظ ان الدائن المرتهن قد يستفيد بقاعدة الحيازة في المنقول متى كان حسن نية.

¹⁴⁷ نص المادة 211 مديني، من مجلة الحقوق العينية التونسية على ما يلي: "اذا تسلم الدائن على وجه الرهن شيئا منقولاً أو جملة منقولات ممن لا يملك ذلك فانه لا يكسب حق الرهن في تلك الأشياء ولو كان على حسن نية".

خلاصة الفصل الثاني :

إن الإختلاف الحاصل في تأصيل أحكام بيع ملك الغير و رهن ملك الغير يرجع إلى النظريات المتضاربة في التشريع الأوروبي و العربي لذلك يرجع المشرعون إلى الأحكام العامة في القانون و هي القاعدة الحكيمة التي تراءت أمامهم .

إذ أننا ومن خلال نص المادة 884 ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يبين حكم رهن الغير لأن واضعيه كانوا متأثرين بما جاء في القوانين الفرنسية .

لكن من خلال نص المادة 1033 ق.م.م فإن رهن ملك الغير لا يكون باطلا، بل إنه قابلا للإبطال، إذ يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي و يصبح صحيحا كذلك من الوقت الذي يصبح فيه هذا المال مملوكا للراهن .

و على هذا يستقر رهنه من ذلك الوقت ، وقد أراد المشرع المصري أيضا أن يجعل رهن ملك الغير يقابل بيع ملك الغير في الحكم و ذلك لتوحيد العلة و لإتساق التشريع أي ليوحد الحكم بينهما و هو القابلية للإبطال .

الخاتمة

الخاتمة

لقد تضمنت الدراسة اشكالية التصرف في ملك الغير سواء يبيعه او برهنه، فكلا التعاملين هما بمثابة اثبات للشيء المبيع او المرهون، ولما كان الشيء المبيع يتطلب الزامية التعاقد فنحن امام طرف ثالث سيدخل حيز الالتزام بالإقرار او الاعتراف وهو المالك الحقيقي، وهذه المسألة أفاضت الكأس امام المشرعين والفقهاء لذلك وجدنا انفسنا ملزمين ونحن نكمل هذه الدراسة البحث والتقصي لإمطة اللثام عن وجه الموضوع الذي للوهلة الاولى تحسبه مفترق مختلف ولكنه مترابط متوحد في العلة.

فتمت هذه الدراسة مقدمة للدراسة، فرضياتها، مشكلة الدراسة ومنهاجيتها بالإضافة الى الاطار النظري وما تهدف اليه.

وبعد ان انتهينا من ذلك، عرضت الدراسة في الفصل الاول تحديد مفهوم كل من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير وقد حددت في البداية مفهومهما لدى الفقهاء المسلمين وفي المقابل عرضنا مفهومهما في القانون الوضعي، حيث تبين ان مفهوم البيع ملك الغير في الفقه الاسلامي اوسع وادق من مفهومه لدى شراح القانون حيث يعد بيع ملك الغير كل شيء معين بالذات من غير مالكة يباع فضوليا. - فهو بيع لملك الغير- ومن تعريفه يتبين لنا انه يقوم على ثلاثة شروط وهي ان يكون بصدد عقد بيع وان يكون الشيء المبيع معين بالذات، عدم ملكية كلا من البائع والمشتري للشيء المبيع وكل تصرف لا تنطبق عليه هذه الشروط يخرج عن نطاق بيع ملك الغير ليأخذ تكييف اخر يستقل به.

وبهذا المعنى قمنا بتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له مثل: التعهد عن الغير التصرف في الحصة الشائعة، تعليق البيع على شرط التملك فهذه البيوع قد يعتبرها البعض بيعا لملك الغير لكن وجود قواعد خاصة بها لتحكمها يخرجها من كونها بيعا لملك الغير، علما اننا تطرقنا الى ذكر الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير ومن خلال هذا البحث وجدنا تناقضات واختلافات كثيرة بين اراء الفقهاء وشراح القانون في العديد من المسائل انطلاقا من تحديد الطبيعة القانونية لجزء بيع ملك الغير الى الاثر المترتب عن هذا التصرف ويرجع سبب هذا الاختلاف والتضارب في كون ان هذه النصوص تحمل كثيرا من الغموض كما ان هناك ثغرات قانونية في هذه المسألة.

اما فيما يخص المبحث الثاني من الفصل الاول لهذه الدراسة فقد تطرقنا الى دراسة رهن ملك الغير بين تحديد مفهوم الرهن في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وبين تحديد مفهومه في القانون الوضعي وعلى هذا الاساس قمنا بتمييزه عن الصور القريبة منه مثل رهن المال المستقبل، والتعهد عن الغير والتوكيل في الرهن، كما ذكرنا صور رهن ملك الغير والتي هي:

- الرهن الصادر من غير مالك ابتداء.

- الرهن الصادر من مالك ملكية موصوفة.

اما في الفصل الثاني في هذه الدراسة، فقد تناولنا دراسة احكام كل من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير وبالرجوع الى احكام بيع ملك الغير نجد ان المشرع الجزائري من خلال المادة 397 ق. م. ج وما يليها، فتناولنا احكامه فيما بين المتعاقدين التي تكمن في أحقية المشتري في ابطال العقد وحده سواء كان حسن او سيئ النية لأنه الوحيد المتضرر من ذلك فاذا كان حسن النية فقد منحه القانون بالإضافة الى حقه في المطالبة بإبطال العقد الحق في المطالبة بالتعويض دون ان يكون حسن النية او سوء النية للبائع أي اثر على حق المشتري في المطالبة به، وشرنا ايضا الى انه يوجد اي اخر ينادي أحقية البائع في طلب البطلان على اساس القواعد العامة في الغلط.

الخاتمة

الا انه تم ترجيح الراي الأول في انه من غير المعقول الذهاب الى القواعد العامة في ظل وجود الحكم في القواعد الخاصة لبيع ملك الغير، ذلك ان الخاص يقيد العام.

ولقد بحثنا ايضا في الحالات التي من شأنها تصحيح بيع ملك الغير منها:

- حالة سقوط حق المشتري في رفع دعوى الابطال بالتقادم.

- حالة اجازة المشتري للبيع.

- حالة ملك البائع.

- حالة المالك الحقيقي الذي ورد على ملكه.

اما في ما يتعلق بأحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي بدأنا اولا بعدم اقراره للبيع من خلال دراسة العلاقات الناشئة من خلال هذا الإقرار ثم عند اقراره للبيع الوارد على ملكه فإنه يترتب عليه عدة نتائج منها سريان البيع في حق المالك الحقيقي وسقوط حق المشتري في طلب الابطال ونشوء علاقه بين البائع والمشتري.

اما بالرجوع الى احكام رهن ملك الغير نجد ان المشرع الجزائري لم ينص على حكم رهن ملك الغير متأثرا بالقانون الفرنسي الذي اكتفى بالنص على رهن المال المستقبل على خلاف القانون المصري الذي أفرد له حكما خاصا، فتناولنا ما حكمه في القانون المدني الفرنسي الذي بدوره لم يأتي بحكم خاص برهن ملك الغير وانما نص في المادة 1/2130 على الاموال المستقبلية التي لا يمكن رهنها وهذا ما ذهب اليه غالبية الفقه والقضاء هناك.

الى القول ببطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا، ومن ثم جاز لكل ذي مصلحة التمسك على اساس انه صورة من صور رهن المال المستقبل، لان من يرهن ملك غيره يكون قد رهن مالا يملكه في الحاضر.

وانما يأمل امتلاكه في المستقبل، ومن خلال هذا الحكم اتضح لنا ان الفقه في فرنسا وقع في مفارقة كبيرة حيث اختلف عندهم حكم بيع ملك الغير عن حكم رهن ملك الغير.

اما من خلال القانون المصري فحكمه كان خلافا للمشرع الفرنسي فقد نص صراحة عليه في نص المادة 1/1033 لأنه اراد من خلال هذا النص ان يجعل الرهن في العقار المعين الغير مملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا لكي يوحد في الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا او رهن حيازي، هذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية وايده جانب من الفقه وقد اراد المشرع المصري من هذا ان يوحد في الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع.

اما حكمه في القانون المدني الجزائري، فلم يبين المشرع الجزائري حكمه بنص خاص ذلك لأنه كان متأثرا بالقانون المدني الفرنسي. ومن خلال هذه الدراسة خلصنا الى ان موقف المشرع الجزائري كان أسوأ بالمشرع الفرنسي لذلك انتهينا الى ان حكم رهن ملك الغير هو البطلان المطلق ومن خلال هذا الحكم اوقعنا انفسنا -رغما عنا- في نفس المفارقة التي وقعت في الفقه والقضاء الفرنسيين، فبينما حكم بيع ملك الغير هو القابلية للإبطال ويصبح اذا اقره المالك الحقيقي او اذا انتقلت الملكية بعد البيع الى البائع، فان رهن ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا لا يصححه شيء.

الخاتمة

ولإزالة هذه المفارقة لا بد ان يتدخل المشرع بنص يقرر من خلاله قابلية رهن ملك الغير للإبطال أسوة بالمشرع المصري وان كنا في الحقيقة نعتقد ان احسن حل لإشكالية التصرف في ملك الغير سواء بالبيع او الرهن في الاخذ بنظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الاسلامي، فيكون البيع او الرهن موقوفا على اجازة المالك الحقيقي، لكن مثل هذا الراي يحتاج الى تعديل القانون المدني.

الاقتراحات والتوصيات:

من خلال كل ما درس نقترح الآتي:

اولا: ضرورة الاقتداء بالتشريع العربي الذي حاول التملص ولو قليلا في التشريعات الأوروبية التي عرفنا انها تقتدي بأسلافها الرومان وفلسفة الكنيسة.

والاخذ بنظرية العقد الموقوف هذه النظرية التي تسهل من حجم التعاملات لأنها تعطي الحق للمالك الحقيقي دون غيره، حيث تجعله المقر للبيع ومن حقه فقط، اما ان يجيزه واما ان يمنعه، فلا يبقى للمشتري سوى حق الفسخ.

ان الاخذ بهذه الفكرة اي فكرة العقد الموقوف تغني عن الاستعانة بعدم سريان العقد كما بالعقد القابل للإبطال، فهي عملية اكثر ومختصرة لما يبعد التعقيد اذا اخذنا بفكرة العقد القابل للإبطال، وهذا ما ألح عليه كبار الفقهاء امثال السنهوري و سميح تناغو.

ثانيا: ضرورة ايجاد او وضع نص في ما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه الى صحيح، باطل وموقوف وهكذا تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون هي نفسها حالات العقد الموقوف المتمثلة في ناقص الأهلية ومعيب الإرادة وبائع ملك الغير.

ثالثا: ضرورة تعديل التشريع المدني ايضا في ما يخص بيع الشريك كل المال الشائع لأنه اقتصر على وضعه نصا خاصا بحكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.

رابعا: كما سبق وان اشرنا اعلاه فإننا نقترح على المشرع ايضا ان يضع نصا يقرر من خلاله قابلية رهن ملك الغير للإبطال أسوة بالمشرع المصري او ان يأخذ بما توصلنا اليه من خلال هذه الدراسة وهو في اعتقادنا الحل الأحسن لإشكالية التصرف في ملك الغير سواء بالبيع او الرهن وهي الأخذ بنظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الاسلامي، فيكون البيع او الرهن موقوفا على اجازة المالك الحقيقي لذلك نوصي المشرع بالنظر الجدي الى هذا الاقتراح.

قائمة

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

➤ المصادر:

أ. القرآن الكريم

ب. السنة النبوية الشريفة

1. ابن رشد، أبي الوليد مُجَدِّد ابن أحمد ابن مُجَدِّد ابن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ. 2000م
2. أبو عبد الله مالك بن أنس الحميري الاصبحي، الموطأ، ط2، دار الأمام مالك، باب الوادي، الجزائر، سنة 1435 هـ 2014 م.
3. ابي سليمان حمد بن مُجَدِّد الخطَّابي البستي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، ج 3، ط 1، مطبعة المدني، د. ب. ن، 1428 هـ، 2007 م .
4. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، د. ط، دار الريان للتراث، د. ب. ن، 1986م.
5. الامام مالك، فقه المعاملات، الجامع الصحيح، وهو سنن الترمذي، ابي مُجَدِّد بن عيسى بن سوري، تحقيق أحمد مُجَدِّد شاكر، ج1، دار الكتب العلمية بيروت، د. س. ن.
6. السرخسي، أبي بكر بن مُجَدِّد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج 13، ط1، دارا لسعادة، د ن، سنة 1331 هـ.
7. سنن أي داوود، سليمان بن الأشعث، السجستاني، الأزدي، تحقيق مُجَدِّد محي الدين عبد الحميد، د. ط، دار الفكر، لبنان، د. س. ن.
8. الشافعي عبد الرحمن ، الأم، ج3، د. ط، القاهرة، 1352هـ.

ج. المراجع اللغوية:

9. أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام مُجَدِّد هارون، المجلد الأول، د. ط ، دار الفكر، بيروت، لبنان. 1399هـ/ 1979 م.
10. أبو نصر إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج3، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، 1999.
11. بن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، دار المعارف، 1911.
12. الزبيدي، مُجَدِّد بن مُجَدِّد الحسيني، تاج العروس، تحقيق علي شيري، د ط، بيروت سنة 1994.
13. الصاحب ابن عباد اسماعيل بن عباد بن العباسي، المحيط في اللغة تحقيق حسن آل ياسين، ط1، بيروت، سنة 1994.
14. الفيروز ابادي، مُجَدِّد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، د ط، دار العلم، د ب ن، د س ن.

د. الكتب الفقهية:

15. ابن حزم المحلي أبي بكر، ج8، د. ط، د. ن، مصر، سنة1350هـ.

قائمة المصادر والمراجع

16. ابن حنبل احمد بن حنبل، مسند ابن حنبل، د ط، دار صادر، بيروت.
17. ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو مُجَدِّ الحنبلي، المغني، ج4، د ط، دار الكتاب العربي، د. ب. ن، د. س. ن.
18. ابن قيم الجوزية، ابن نجيم زين الدين، بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، د ط، القاهرة، د. س. ن.
19. احمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيوبها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2000.
20. أحمد بن مُجَدِّ بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، د ط1، دار الحديث، القاهرة، سنة 2000.
21. تقي الدين الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، تحقيق عبد القادر الأناؤوط، د ط، دار البشائر للنشر والتوزيع، سنة، 2008.
22. الجوهري اسماعيل بن حماد، الصحاح: تحقيق احمد عبد الغفور، ط4، بيروت، سنة 1987.
23. حاشية الايرواني، على المكاسب، ج1، من خلال عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، د ط، د ن، سنة 1979.
24. حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب المحامي فهمي حسيني، المجلد1، البيوع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، د. س. ن.
25. حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب المحامي فهمي حسيني، المجلد1، البيوع، الإجارة، الكفالة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ 2003م.
26. الراغب الأفهاني الحسن بن مُجَدِّ بن الفضل، مفردات غريب القرآن، ط2، د ب ن، د س ن.
27. شمس الدين مُجَدِّ الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المناهج، ج1، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ 1997م.
28. عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ط1، دار الجوزي، القاهرة، سنة 2010.
29. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، المجلد الثاني، دار الفكر، د. ت.
30. العلامة الحلبي الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الأمامية، تحقيق ابراهيم البهاري، قم، ط1، د ب ن، سنة 2001.
31. القرافي، شهاب الدين ابن العباس احمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، ج3، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1437 هـ.
32. الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6 و7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1424هـ، 2002 م.

قائمة المصادر والمراجع

33. مُجَّد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب الرهن، د ط، دار ابن كثير، د س ن.
34. مُجَّد قَدري باشا، قَدري، كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، المحمدية، مصر، 1308هـ / 1891م
35. النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج9، د ط، المطبعة المنيرية، القاهرة، د س ن.
36. الهمام كمال الدين مُجَّد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير شرح الهداية، الجزء5، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط1، المحمدية مصر، سنة 1316هـ / 1899م الدسوقي مُجَّد بن احمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ط1، دار احياء الكتب العربية، د ب ن، د س ن.
37. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، الجزء4، دار الفكر، ط2، دمشق سوريا، سنة 1405هـ 1985م.
38. يسري السيد مُجَّد، جامع الفقه للإمام ابن القيم الجوزية. ط2، دار الوفاء، المنصورة، مصر، سنة 1426 هـ 2005 م.

المراجع الخاصة:

أ. الكتب القانونية المتخصصة:

39. أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010.
40. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، د ط، دار التعاون للطبع والنشر، د ب ن، 1966.
41. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د ط، د ب ن، د س ن.
42. أحمد نجيب الهلالي باشا، عقد البيع، الطبعة3، د ن. د ب ن، 1940.
43. إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005.
44. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية والعقود المسماة، لعقود التي تقع على الملكية، (البيع الخاصة)، ج9، د ط، د ب ن، بيروت، لبنان، 1997.
45. أجمد مُجَّد، منصور، النظرية العامة للالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
46. أنور العمروسى، العقود الواردة على الملكية، في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.
47. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، ب ط، دار النهضة العربية، بيروت، د ب ن، سنة 1987.
48. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، ب ط، دار الجامعية، مصر سنة 1988.
49. جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، د ط، دار الفكر، بيروت، 1980.
50. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاول، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات، د ط، المكتبة القانونية، بغداد، لسنة 2007.

قائمة المصادر والمراجع

51. جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثرها على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999.
52. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني المدني المصري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993.
53. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، د. ط، د. ن، مصر، 2003/2004.
54. حسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية وقانونية وقضائية مقارنة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
55. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1996.
56. خميس خضرة، العقود المدنية الكبيرة للبيع والتأمين، ط1، دار النهضة، القاهرة 1979.
57. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، د ط، دار الجامعة، الإسكندرية، د س ن.
58. رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، فقها وقضاء، ط3، مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997. 1998.
59. سلطان أنور بالاشتراك مع جلال العدوي، العقود المسماة، عقد البيع، د ط، دار المعارف القاهرة، د س ن.
60. سليمان مُجدي، الرهن الرسمي، د. ط، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية، ابن عكنون، الجزائر، 2001/2002.
61. سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط1، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1980.
62. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط5، د ن، سنة 1990.
63. سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1973.
64. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، القاهرة، د س ن.
65. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز، د ط، نشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
66. شاکر ناصر، شرح القانون المدني الجديد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، 1997.
67. شفيق شحاته، النظرية العامة لتأمين، بند 92، ط2، القاهرة، 1961.
68. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي، حقوق الامتياز، نشأة المعارف، الاسكندرية، ط2، 1959.
69. شوشاري صلاح الدين مُجدي، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.

قائمة المصادر والمراجع

70. شوقي بن ناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، فرنسي-مصري، د ط، دار هومة، ابن عكنون، الجزائر، 2009.
71. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن.
72. عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة ط1، دار وائل للنشر، الاردن، سنة 1998.
73. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات لشخصية والعينية، ج 10، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
74. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998.
75. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط1، دار الأحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ، لبنان، 1954.
76. عبد الكريم احمد علي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.
77. عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ، د. ط، د. ن. د. ب. ن. 1979.
78. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
79. الغياثي، لاشين مُجَّد يونس، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986.
80. فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2006.
81. مُجَّد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع والتامين، (الضمان، الايجار) ، دراسة مقارنة، د. ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
82. مُجَّد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006.
83. مُجَّد رضا الخضير، تطبيق القانون في دعاوى المدينة، دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع د ب ن، 1989 .
84. مُجَّد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، د ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، سنة 2009.
85. مُجَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع والمقايضة ،دراسة مقارنة في القوانين العربية ،ب ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.
86. مُجَّد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ط1، مكتبة الشهوري، سنة 2015.
87. مُجَّد محي الدين ابراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2007.
88. مُجَّد وحيد الدين سيوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية والتبعية، ج 2، د ط ، دمشق، سوريا، سنة 1968، 1969.

قائمة المصادر والمراجع

89. مُجَّد وحيد مُجَّد علي، احكام بيع ملك الغير، د. ط، دار النهضة، القاهرة. د. س. ن
90. مُجَّد يوسف الزغيبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
91. محي الدين اسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، ط4، د ن، د. ب. ن، 1994.
92. مصطفى احمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة عقد البيع والمقايضة، ط6، مطابع في العرب، دمشق، سنة 1384 . 1965
93. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1997.
94. نذير بن عمر، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع "مجد"، ط1، بيروت لبنان، سنة 1982.
95. الهلالي احمد نجيب، البيع والعدالة والمقايضة، شرح القانون المدني في العقود، ج 1 ، مطبعة الاعتماد مصر سنه 1924، 1925 م.
96. همام مُجَّد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، منشآت المعارف، الاسكندرية 2001.
97. يمينة حوحو، عقد البيع في القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، دون ط، دار بلقيس، الجزائر، د. س. ن.
- ب. أطروحات ورسائل الماجستير:**
- أطروحات الدكتوراه:**
98. بن قاسمية العربي، رهن المنقول دون التجرد من حيازته في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، نوقشت بتاريخ 09 / 11 / 2006.
99. جباري رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2017/2016.
100. فرج سيد سليمان احمد، رهن الطائفة دراسة مقارنة ودولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1978.
101. فرج عبد الرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1388هـ / 1969
102. قاسم عبد الحميد الوتيدي، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون، بحث مقارن رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 1980.
103. مُجَّد بن مُجَّد بن مُجَّد بن اسماعيل الغشم، اجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة د. س. ن.

- رسائل الماجستير:

قائمة المصادر والمراجع

104. ابراهيم بن غانم، نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة الجزائر، 1985.
105. ايمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، أطروحة لنيل شهادة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
106. رحمانى نصيرة، بيع ملك الغير، مذكرة لتخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة الرابعة عشر، سنة 2006.
107. كميح حورية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، سنة 1983.

ج. المقالات العلمية:

108. بشار عدنان ملكاوي، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2008.
109. حلمي بهجت بدوي، "بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان"، مجلة القانون واقتصاد السنة الأولى، لسنة 1931 .
110. عبد البر محمد زكي، "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري"، مقالة من مجلة القانون واقتصاد، سنة 25.
111. مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869م
112. محمد جبر الألفي، "الفضالة"، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و قوانين بلدان الشرق الاوسط، "مجلة الحقوق والشريعة"، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس 1980.

د. القوانين:

113. القانون رقم 25/90، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتعلق بالتوجيه العقاري، الجريدة الرسمية ، العدد 99، لسنة 1990م.
114. مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869.

هـ. المواقع الالكترونية:

115. شادي قاسم ابو عرة ، باحث ومستشار قانوني، بحث بعنوان المقالة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، منشور على الشبكة الالكترونية: www.omanlegal.net تاريخ المعاينة 2011/07/07.

ثانيا: باللغة الفرنسية

116. A. Ouvrages généraux :

- Mestere jacques , putmaniem ma nuel, billiaumarc, traité de droit civil, sous la direction de jacques ghestin, droit commun des SÛRETés réelles théarie général, L.G.D.J – delta 1997.

فهرس

المحتويات

صفحة	العنوان
	شكر وعرافان
	الإهداء
	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
الفصل الأول: ماهية التصرف في ملك الغير	
7	تمهيد
8	المبحث الأول: بيع ملك الغير
9	المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير
10	الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير.
11	أولاً: تعريف ملك الغير في الفقه الإسلامي
13	ثانياً: تعريف ملك الغير في القانون الوضعي
13	ثالثاً: مقارنة بين التعريفين (الفقهي الإسلامي) و(القانون الوضعي).
15	الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى.
15	أولاً: شروط بيع ملك الغير
17	ثانياً: تمييز بيع ملك الغير عن بعض المفاهيم المشابهة
22	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير
22	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي
23	أولاً: نظرية الفسخ
24	ثانياً: نظرية العقد الموقوف
24	ثالثاً: نظرية البطلان المطلق
27	رابعاً: نظرية تحول العقد
29	خامساً: نظرية البطلان النسبي
32	سادساً: نظرية البطلان بنص خاص
36	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

36	أولا: نظرية البطلان
39	ثانيا: نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك
42	الفرع الثالث: المقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي في تحديد الطبيعة القانونية لملك الغير
42	أولا: أحكام العقد القابل للإبطال
43	ثانيا: أحكام العقد الموقوف
43	ثالثا: بيع ملك الغير بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف
45	المبحث الثاني: رهن ملك الغير
45	المطلب الأول: مفهوم رهن ملك الغير
45	الفرع الأول: تعريف الرهن
45	أولا: تعريف الرهن في لغة
47	ثانيا: تعريف الرهن في القانون
49	الفرع الثاني: التعريف برهن ملك الغير
49	أولا: تحديد المقصود برهن ملك الغير
51	الفرع الثالث: تمييز رهن ملك الغير عن الصور القريبة منه
51	أولا: رهن المال المستقبل
51	ثانيا: التعهد عن الغير
51	ثالثا: التوكيل في الرهن
51	المطلب الثاني: صور رهن ملك الغير
52	الفرع الأول: الرهن الصادر من غير مالك ابتداء
52	أولا: الرهن الصادر من الحائز
52	ثانيا: الرهن الصادر عن المالك الظاهر
54	ثالثا: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي
54	الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك ملكية موصوفة
54	أولا: الرهن الصادر من المالك على الشيوع

56	ثانيا: رهن المباني المقامة على ارض الغير
الفصل الثاني: أحكام التصرف في ملك الغير	
58	تمهيد
59	المبحث الأول: أحكام بيع مالك الغير
59	المطلب الأول: أحكام بيع مالك الغير فيما بين المتعاقدين
59	الفرع الأول: قابلية بيع مالك الغير للإبطال
60	أولا: إبطال البيع من حق المشتري وحدة دون غيره
61	ثانيا: إبطال البيع من حق البائع والمشتري
62	الفرع الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض
63	الفرع الثالث: تصحيح بيع مالك الغير
63	أولا: سقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع مالك الغير (التقادم)
65	ثانيا: إجازة المشتري للبيع
66	ثالثا: تمالك المشتري المبيع
68	رابعا: تمالك البائع المبيع
69	خامسا: اقرار المالك الحقيقي
69	المطلب الثاني: أحكام بيع مالك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
69	الفرع الاول: مفهوم الإيجاز والاقرار في القانون الوضعي
69	أولا: تعريف الإجازة
70	ثانيا: تعريف الاقرار
71	الفرع الثاني: حالة عدم اضرار المالك الحقيقي للبيع
71	أولا: علاقه المالك بالمشتري
73	ثانيا: علاقه المالك بالبائع
74	الفرع الثالث: حالة اقرار المالك الحقيقي للبيع
74	أولا: سريان البيع في حق المالك
75	ثانيا: سقوط الحق المشتري في طلب الابطال

75	ثالثا: العلاقة بين المالك والمشتري
78	المبحث الثاني: أحكام رهن مالك الغير
78	المطلب الأول: حكم رهن مالك الغير في القانون المصري والفرنسي
78	الفرع الأول: رهن مالك الغير في التقنين المدني الفرنسي
79	الفرع الثاني: حكم رهن مالك الغير في القانون المدني المصري
82	المطلب الثاني: حكم رهن مالك الغير في القانون المدني الجزائري
82	الفرع الأول: موقف المشرع المدني من رهن مالك الغير
84	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من رهن مالك الغير
86	خاتمة
	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس المحتويات