

جامعة عمار ثليجي الاغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

التصرف في ملك الغير

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: عقود ومسؤولية

تحت إشراف الأستاذة:

* د. أم الخير قوق

إعداد الطالبين:

❖ كمال عاشور

❖ الأخضر بلخضر

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
د. عائشة عمران	دكتورة	رئيسا
د. أم الخير قوق	دكتورة	مشرفا ومقررا
د. بدیعة الشايفة	دكتورة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023 - 2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سُرِّيْهِمْ كَرَامَةً وَتَقْوَاهُمْ كِبَارًا

قال الله تعالى : (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ)

فاطر/28

. قال رسول الله ﷺ: (من سلك طريقًا يلتمس فيه علمًا، سهل الله له طريقًا

إلى الجنة)

الحمد والشكر لله أولاً على توفيقه وعونه في إنجاز هذا العمل المبارك اللهم لك الحمد
والشكر كما ينبغي لجلالك وجهك و عظيم سلطانك وصل الله على حبيبك محمد

النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم

لكل من شاركنا في تحقيق الحلم

الشكر الخالص للأستاذة المشرفة " قوق أم الخير " وللجنة المناقشة كل باسمه

وأتقدم بأسمى التحية لكل الأساتذة والناس الذين تركوا أثرا جميلا في حياتنا

كما أشكر أساتذة جامعة عمار ثليجي وإدارة الحقوق والعلوم السياسية

ولا يفوتني توجيهنا خالص الشكر والامتنان لمن مد لنا يد العون من قريب أو بعيد

إهداء

كل من أضاء بعلمه عقل غيره..
أو هدى بجوابه حيرة سائليه..
فاظهر بسماحته تواضع العلماء..
وبرحابته سماحة العارفين..

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى كل من يستحق الثناء
إلي التي علمتني الثناء والصبر أيام الشقاء.. أمي
إلي من علمني الحياء وعدم الانحناء.. أبي
وإلى كل الزملاء

الأخضر بلخضر

إهداء

كل من أضاء بعلمه عقل غيره..
أو هدى بجوابه حيرة سائليه..
فاظهر بسماحته تواضع العلماء..
وبرحابته سماحة العارفين..

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى كل من يستحق الشاء
إلي التي علمتني الشاء والصبر أيام الشقاء.. أمي
إلي من علمني الحياء وعدم الانحناء.. أبي
والى كل هؤلاء:

الإخوة والأخوات وجميع العائلة الكبيرة والصغيرة
و الزملاء والأصدقاء

كمال عاشور

مقدمہ

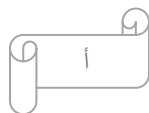
مقدمة :

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 إلى حماية الاطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية تمنع الغير من الاعتداء عليها ذلك ان المالك خول له القانون التصرف فيها باستعمال السلطات الثلاث¹، وهي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف 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 أصيلا لا نائبا، أو 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 أو اقراره من قبل المالك الشيء الذي عادة ما يكون اجنبي عن هذا التصرف.²

يعد عقد البيع من أقدم العقود التي عرفتها البشرية ولعله أكثر العقود انتشارا وشيوعا، فهو العقد الذي يشمل التطبيقات العملية النظرية العقد ثما جعله يحظى باهتمام القوانين كافة، وتعلم أن من شروط المبيع في البيع ان يكون مملوكا للمعاقد 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 الأداء التي يستطيع من خلالها الأشخاص أن يحصلوا على ما يحتاجونه من سلع ومنتجات، كما أنه يمثل في ذات الوقت الوسيلة الهامة التي تمكن الفرد من التصرف فيما لا

¹ جباري رضاء التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، علوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1،



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 المدني³ وهذا ان دل على شيء فانه بدل 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 يبيع ملك الغير، ومن الجدير بالقول أن 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 الغير⁴.

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 أعظم اذا ما علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري مطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد ان بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية.⁵

التأمينات هي ضمانات تؤمن المدين من خطر عدم وفاء المدان بالدين وتتيح له استفتاء صفة عند حلول اجله، وتقسم التأمينات إلى 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 الفرز صيغا مختلفة تأثرت بظروف المكان والزمان ومن ان يسقط السابق منها امام اللاحقة فان احد اهم هذه الضمانات التي أفرزها الفكر القانوني هي التأمينات الخاصة والتي تكون تأمينات شخصية وتحقق عندهم ذمة واذا كثر إلى ذمة المدين فيصبح للدائن أكثر من مدين وتأمينات عينية تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء المنقل بها.

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

هذا ما أكدته 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 والريح،

³ شوشاري صلاح الدين مُجّد ، نظريه العقد الموقوف في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 91 .

⁴ نص المادة 351 ف. م. ج: "البيع يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي".

⁵ أيمن مُجّد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 1.

ومادام ذلك فانه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بالعين المرحمة ولو أذن له الراهن، لأنه فرض جر معاء والرحمن في الشريعة المالة في يد الرحمن وبعد الرحمن من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث، بما يتميز به من مزايا، فهو يوافق بين مصالح الراهن والمرتهن مع كونها متعارضة وتوفيقه بين هذه المصالح يؤدي الرهن إلى خدمة الاقتصاد.

ومن هنا جاءت الحاجة الملحة لاختيار ودراسة هذا الموضوع والتي تعرضها 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 آثار قانونية تنعكس على نطاق الحياة العملية للمجتمع الجزائري وذلك كضرورة التوعية المجتمع بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يثرى شخص على حساب اشخاص آخرين بدون وجه حق، وكذلك غموض النصوص القانونية الخاصة أو المتعلقة ببيع ملك الغير بسبب التشريع الجزائري الذي استمد احكامه من نصوص القانون الفرنسي.

ولعل أكبر الأسباب 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 الآخر، أي بيع ملك الغير فكان من الضروري ان ندرسه لتحاول ان نميط الغموض الذي يكتنفه محاولين من خلال هذه الدراسة دمج مع فكرة بيع ملك الغير لتوحيد الحكم بينهما وذلك لوحدة العلة وتحقيقا لانساق 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 الجزائري⁶، وانعدام الوقت الكافي من اجل البحث أكثر في هكذا مواضيع ولها اهميتها في التعامل بين افراد المجتمع.

و تعد الدراسات السابقة لموضوع رهن ملك الغير، أي تلك التي تطرقت اليه على شكل بنود او فقرات اما لتعرفه او لتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له. و منها كتب معاصرة تحدثت عن موضوع الرهن: أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، للأستاذ شوقي بناسي.

⁶ ابن قسمية العربي، وهن 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

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:

كيف نظم المشرع الجزائري تصرفات البيع ورهن الواقعة على ملك الغير؟

ولالإحاطة بهذا الموضوع والاجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي بحيث أن المنهج الوصفي هو المرحلة الأولى التي على الباحث اعتمادها من اجل ابراز الجانب النظري عن طريق جمع المعلومات لاستيعاب معمق للموضوع، أما 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 إلى فصلين حيث يقتضي التعرض في المرحلة الأولى إلى ماهية التصرف في ملك الغير (الفصل الأول) والبحث في المرحلة الثانية عن احكام التصرف في ملك الغير (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

ماهية التصرف في ملك الغير

مقدمة الفصل

التصرف في الحقوق من المواضيع الأكثر ممارسة في الحياة العملية لأن هذا النوع من التعامل ينصب على الحقوق المالية والتصرف في ملك الغير تعامل بدي جليبا 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.

و عليه يجد أن الفقهاء والمشرعين يدرسون هذه الحالات من خلال تجسيد نصوص قانونية عديدة تهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية تمنع الغير من الاعتداء عليها.

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

إلا أنه 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 والتميز 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

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

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير

ان اعتبار بيع ملك الغير صورة من عقد البيع لابد أنه بيع يفترض به نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه. رأينا أنه من الضروري تعريف عقد البيع، لنرى ما إذا كان نقل الملكية حكما 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 ع. ولقد عرف المشرع الفرنسي الحديث البيع في الفصل 1582 من المجلة المدنية الفرنسية بأنه : اتفاق بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بتسليم شيء والآخر يدفع الثمن¹، وبمقاربة هذا الفصل والفصل اللاحق له (الفصل 1583) نلاحظ أن عقد البيع في القانون الفرنسي أصبح ناقلا للملكية، لا مقتصرًا على مجرد إنشاء التزام 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.

و هذا التعريف ما جاء به القانون التونسي كما الجزائري والقانون المصري أي لا اختلاف فيه.

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

¹ الفصل 3851 م.م. ف ينص على أن " البيع يكون تاما و أن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن 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 البيع و المقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 79 وما يليها .

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 تقدم مقارنة بين التعريفين في قسمه الثاني حتى تتمكن من تمييزه عن باقي المفاهيم المسابقة في فرعه الثاني.

الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير.

تطلق كلمة "غير" على الصفة أو الاسم وقد تكون أداة استثناء، فإذا كانت صفة فإنها تتبع موصوفها وقد تأتي "غير" وتكون اسما مثلا هذا غيرك، ومررت بغيرك¹. و يظهر من المعنى اللغوي للفظ "الغير"، أنه يطلق على شخص الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع، وليس له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير وليس وكيلًا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة وهذا هو اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية.² أما في بيع ملك الغير فنقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفًا في العقد إلا أن ملكيته للشيء المبيع الزمت إدخاله في هذا التصرف من أجل إقراره أو رده لهذا التصرف الواقع على ملكه.

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

أولا: تعريف ملك الغير في القانون الوضعي

بما أن بيع ملك الغير من البيوع الخاصة، يشونه نوع من الغموض لذلك وبعدما تعرضنا له من تعريفات فقهية إسلامية لا بد من أن نعرفه قانونا حتى نتزع عنه الإبهام ويجرد منه الغموض وستستبين وضعه القانوني أي بمعنى تحاول أن توضحه توضيحا دقيقا لاستجلاء الغموض الذي يكتنفه، وذلك من خلال تعريفه وتحديد شروطه قانونا.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة

2005، ص 12

² إسماعيل عبد النبي شاهين المرجع السابق، ص 12 و 13.

لم تعرف القوانين الوضعية بيع ملك الغير تاركة الأمر لاجتهاد الفقهاء ، إلا أنها تطرقت إلى تنظيم أحكامه في مواد عديدة، وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج التي تنص على أنه : إذا باع شخص شيئاً 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 قيم المصري بنصها : "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل أو لم يسجل " تجدد 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 يركز على عنصرين أساسيين وهما الشيء المعين بالذات، وعدم ملكية البائع له، علماً أن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا أعتبر باطلاً من الأصل. أما التقنين المدني الفرنسي في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي،¹ فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير وإنما اكتفى بالقول أن بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويض في حالة ما إذا كان يجهل عدم ملكية البائع للشيء المبيع".²

ومما تقدم يمكن أن تستنتج أن تعريف بيع ملك الغير هو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير مالك، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات، دون أن يكون موقوفاً أو مؤجلاً.³

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى.

أولاً: شروط بيع ملك الغير:

1/ أن يكون العقد بيعاً عقد البيع من العقود التي لا يمكن الاستغناء عنها، لذلك فهو من أهم العقود وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، ولكي ينعقد لابد أن يخضع للمبادئ العامة أي لا بد من توافر أركانه وهي: التراضي والمحل والسبب. وبناء عليه حتى تكون بصدد عقد بيع لابد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه أي الاتفاق على ماهية العقد وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً، فهو ينصب على نقل الملكية من البائع إلى المشتري⁴.

¹ إسماعيل عبد التي شاهين، المرجع السابق، ص 46.

² سورة الاعراف الآية رقم 89.

³ تقابلها المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني

⁴ محمد حبر الألفي، "الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و قوانين بلدان الشرق الأوسط،" مجلة الحقوق والشرية، كلية الحقوق والشرية جامعة الكويت، العدد الثالث أغسطس 1980 من 5251.

2. أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات: يقتضى بيع ملك الغير أن تكون أمام عقد بيع وهذا يعني نقل الملكية في الحال، وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات¹ وبالتالي فإذا لم يكن البائع مالكا للشيء المبيع وقت إبرام عقد البيع تكون بصدد بيع ملك الغير، أما إذا ورد عقد البيع على شيء معين بالنوع كالمثليات فلا يعتبر هذا البيع صادرا من غير المالك، وذلك لأن ملكية الأشياء المعينة بالنوع لا تنتقل ملكيتها مجرد إبرام العقد وإنما من وقت إفرازها والمثليات هي الأشياء التي توجد لها مثل من جنسها مساوي أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة والقمح.²

ومن ثمة فالمثليات وهي معينة بنوعها لا يمكن اعتبارها مملوكة للغير، حتى ولو كان البائع لا يملك أي قدر من المبيع، فإن هذا البيع لا يعد بيعاً لملك الغير، ذلك أنه ليس شرطاً أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع عند إبرام عقد البيع، وهذا عكس الأشياء المعينة بالذات التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعينها ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء كالعقارات، وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي تميزه عن غيره كالسيارة معينة بنوعها وموديلها وعلامة مصنعها ورقم صنعها.³

3. عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع: عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع يعتبر من أكثر الشروط التي يجعلنا بصدد بيع ملك الغير، وهذا ما جاءت به المادة 397 ق م الجزائري، والتي جاء نصها كالاتي 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 صحيحاً، ولا تثار مسألة بيع ملك الغير، فإذا تصرف الزوج في بعض أملاك زوجته بوكالة صحيحة منها لم تكن بصدد بيع ملك الغير والوصي الذي يبيع مالا مملوكاً للقاصر على أنه ملكه يعتبر بيعاً لملك الغير، لأن البائع ليس له حق ما على المبيع ولم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف، وبالتالي يكون انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مستحيلاً بمجرد انعقاد البيع⁴ أما إذا باع شخص شيء معين بالذات مملوكاً له تحت شرط لم يكن بالعا لملك غيره، بل بائعاً لملك نفسه وهذا إما أن يكون واقفاً أو فاسخاً، فالملكية إذا كانت معلقة على شرط واقف وتحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري

¹ أحمد سعيد الرقرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010، من 269. نبل إبراهيم سعد العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1997، من 159.

² 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

³ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير، فقها وقضاء، ط3، مكتبة الألفي القانونية، د ب ن: 1997 1998، ص 14.

⁴ خليل أحمد حسن فدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1996، ص 209.

بأية، وكذلك الشرط الفاسخ إذا لم يتحقق نزول الملكية وفي كلتا الحالتين تنتقل الملكية إلى المشتري¹ فيكون هذا الأخير مالكا للمبيع تحت شرط واقف، أو فاسخ.² 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 لملك الغير، لان البائع لم يقرر ملكيته الباتة للمبيع عند التعاقد.

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 يتعد 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 حانة ما إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإننا تكون أمام عقد صحيح، أما في حالة ما إذا كان المشتري مالكا للشيء المبيع فانه تكون أمام عقد باطل التخلف 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 لملك 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.

ثانيا: تميز بيع ملك الغير عن بعض المفاهيم المشابهة

1. تميز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير: التعهد عن الغير³ يتمثل في التزام شخص بالقيام بعمل معين، وهو الحصول على موافقة مالك شيء معين . عقارا أو منقولا على بيع هذا الشيء لشخص آخر، وتنص المادة 114 ق م جزائري على أنه: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه..."⁴ إذ محل الالتزام هو مجرد القيام بعمل، وليس نقل ملكية الشيء معين بالذات، وهذا التعهد يقع صحيحا، لأننا لم نكن بصدد عقد البيع بل بصدد عقد آخر، يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل معين إذا لم يوفي المتعهد بتنفيذ ما تعهد به يفسخ العقد أي مصيره الفسخ لا البطلان، ولأن المتعاقد لم يقوم ببيع ملك غيره، وإنما تعهد عن المالك في أنه سيبيع ما يملكه فيكون هذا تعهد عن الغير وليس بيعا لملك الغير...

¹ رمضان جمال كمال، مرجع السابق، ص 14

² أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، بول، دار النهضة العربية، بيروت، د ب (10) سنة 1987، ص 386.

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

⁴ شاهين، المرجع السابق، في 56

2. تميز 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 على التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع، إن تحقق الشرط تكون أمام بيع ناقل للملكية وإن لم يتحقق الشرط يسقط البيع، فهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على بيع ملك الغير، لكن إذا لم يتحقق الشرط وادعى البائع ملكية المبيع تكون 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 المبيع، فإن لم يتحقق عاد كل واحد من الأطراف إلى حالته الأولى.

فإذا باع شخص شيئاً وجعل البيع موقوفاً على شرط 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 البائع¹.

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

وقد ينفق المتعاقدان على بيع احتمال، فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال قد يقع ويتملك البائع المبيع فينقل ملكيته. للمشتري وقد لا يقع فلا يتملك البائع المبيع، ولا ينقل شيء إلى المشتري، ويراعى ذلك بطبيعة الحال في تحديد النص، 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 .. و هذا بخلاف المادة 400 في 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، فالمشرع الأردني تأثر بالفقه الإسلامي، بخلاف المشرع الجزائري والمصري اللذان تحدثا عن تحقق نفاذ الالتزام بأثر رجعي، يستند إلى تاريخ انعقاده.

3. تميز بيع ملك الغير عن التصرف في الحصة الشائعة: عرفت المادة 713 من في م الجزائري التي تقابلها المادة 825 من قيم المصري الشيوخ بقولها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة

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

فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد 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 تحديدا ماديا، وبما أن تصرف الشريك في المال الشائع تناوله كل من القانون والفقهاء 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. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04 ماي 1994.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

لقد تباينت مواقف التشريعات المختلفة حول الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير والجزاء 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.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي

لقد تعددت النظريات واختلفت آراء الشراح القانونيين من أجل تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، والتي يمكن إجمالها في سنة نظريات، نظرية الفسخ التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم نتيجة لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، ونظرية العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي وهذا في الفقهاء 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.

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

إذا لم يقد أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، ويرى بعض الفقهاء بأن المشرع المصري، وإن نص على (بطلان) 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.

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 الخاص أي جعل الحكم قابلية البيع للإبطال المصلحة المشتري، لا الفسخ كما ذهب من يقول بهذه 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 الدعوى ولذلك لا يمكن الاعتماد على هذه النظرية في تحديد الطبيعة القانونية تبيع ملك الغير لعدم انسجامها مع أحكام بيع ملك الغير.

ثانيا: نظرية البطلان المطلق.: هناك بعض من الفقهاء الفرنسيين يرون¹ بطلان بيع ملك الغير و المنصوص عليه في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي هو بطلان مطلق لانعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية إليه،² أو استحالة المحل استحالة مطلقة لأن البائع لا يستطيع نقل الملكية، فإذا لم يقدّم البائع بنقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد فينتج على ذلك تخلف ركن السبب و تخلف الركن يعني البطلان المطلق . و البطلان 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 كانهتمام المحل أو السبب

إذا اشترط القانون شكلا معنا 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 ويعقد من اقتراهما عقد جديد..

¹ مد صدي السعدي، المرجع السابق، ص 148 ، د/ رمضان أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة المرجع السابق، ص 133

² الإماماعيل 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 من 178.77 وهذا ما أكده محي الدين إبراهيم سليم

أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشتري، فقد وقع باطلا بطلانا مطلقاً ويركز هذا الفقه على أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة "أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه خطأ البائع في بيع ما لا يملك، وليس أساسه العقد"¹

كما نجد المادة 124 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 397 من القانون المدني الجزائري لأن العقد باطل بطلانا مطلقاً، والعقد الباطل كما تعلم، معدوم الأثر وبالتالي لا يستطيع المشتري للملك الغير أن يطالب البائع بالتعويض على أساس هذه المادة 397 السالفة الذكر، وإنما له فقط استرجاع الثمن الذي قدمه للبائع، أما المطالبة بالتعويض فتكون على أساس الخطأ التقصير للبائع وليس 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 مطلقاً قول مخالف للنصوص القاطعة بقابلية العقد للإبطال والذي يسمح بإجازة البيع 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 يقيم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق² ، لأنه وبإخلال أحد الطرفين بالتزاماته يترتب عليه الفسخ لعدم التنفيذ.

ثالثاً: 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 مطلقاً لاستحالة المحل، استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع³ ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية، طبقاً لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري⁴ إلى بيع منشئ لمجرد التزامات فحسب، متى ثبت أن نية المتعاقدين المحتملة تنصرف إلى ذلك لو علمنا أن العقد الأول لا يمكن العقاد بسبب عدم ملكية البائع وقد انتهى هذا الرأي إلى أنه

¹ أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دم دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، السنة 2007، ص 11

² رمضان جمال كامل، المرجع السابق من 67 / الياس ناصيف، المرجع السابق، من 106 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 717

³ سليمان مرقس المرجع السابق، من 718

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع، ص 279

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 تتصرف إلى ذلك، لو علمنا أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم انتقال ملكية البائع.

و يمكن 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 فمقتضى، 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 بيته 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....

النقد الموجه للنظرية: يجد أن ما جاء به الدكتور سليمان مرقس بتحول العقد تعرض لنقد من طرف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، إذ أن القول بأن "العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات، يتعارض مع نظرية التحول المعروفة، " فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تتصرف وقت العقد لا بعد ذلك إلى العقد الجديدة بدلاً من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل.

رابعاً: نظرية البطلان النسبي: القانون المصري الى طبقاً لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري بحد أن المشرع الجزائري قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق" كما ذهب أكثر شراح اعتبار هذا البيع هو بطلان نسبي مقرر المصلحة المشتري، غير أن المشرع الفرنسي لم ينص في المادة 1599 إلا على البطلان، ونستخلص من هذا أنه قصد البطلان النسبي وليس المطلق ويكون في هذه الحالة للمشتري الحق في طلب التعويض، ونقصد هنا المشتري حسن النية، ولهذا تجد أن اغلب الأحكام والقرارات القضائية المصرية والفرنسية نقض باد بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً، لأنه يسمح بترتيب جميع الأحكام التي قررتها النصوص

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 723.

² سليمان مرقس المرجع السابق بند 304 من 719

القانونية الخاصة ببيع ملك الغير، 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 هذا العقد لكن رغم اتفاقهم باعتبار البطلان المطلق هنا نسبيا، فمنهم من أسس هذا البطلان، فقال البعض أنه راجع إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا، ومنهم من رد هذا البطلان النسبي إلى استحالة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إمضاء العقد.

النقد الموجه للنظرية: ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري "عيب هذا الرأي واضح، فهو يقتضي 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 "

-الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية في حين أن هذا الحق محمول للمشتري ولو كان سيئ النية .¹

- كذلك التحدث عن الغلط في شخص المتعاقد، إذا كان الشخص محل اعتبار في العقد كان 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، إذ لا يمكن القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو الغلط مادام نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح في ذلك .

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

فهل استعمال المشروع هذا المصطلح بعد إقراره منه على أن الجزء 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 جزء بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا نسبيا لأن أحكام البطلان النسبي لا تتفق مع بطلان بيع ملك الغير لأن هذا الحق محمول بنص القانون للمشتري وحده أي قابلية الإبطال من نوع خاص هذا ما ذهب إليه أغلب

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين المرجع السابق، من 84

شراح القانون، إذ رفضوا إخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي، طبقاً للقواعد العامة، وهذا لوجود اختلاف بين أحكام بيع ملك الغير وقواعد البطلان النسبي¹

الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لملك الغير

بعد أن قمنا بتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي المتمثلة في فكرة العقد القابل للإبطال المصلحة المشتري في حالة عدم التزام البائع بنقل الملكية إليه، وتحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي المتمثلة في فكرة العفاء 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،² ومع ذلك فقد أخذت به بعض القوانين العربية التي استمدت أغلب أحكامها من القوانين العربية يجد 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 أثاره 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 و الضرر.
- * 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 يجد القانون المدني الجزائري والقانون المدني العراقي والسوري والأردني، والإماراتي والكويتي، والسوداني واليمن وكذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة³، ومرشد الحيران في المادة⁴334

¹ محمد حسن قاسم المرجع السابق من 184 / اسماعيل عبد التي شاهين المرجع السابق في 191

² إلياس ناصيف، المرجع السابق، من 109.

³ حيدر على دور الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية م1، المرجع السابق من 108.

⁴ محمد قدرى باشاء مرشد الحيوان ، باب حكم بيع، المرجع السابق، ص 54.

والعقد الموقوف هو: العقد المشروع بأصله ووصفه، والذي يتوقف أثره عليه بالفعل على إجازة من يملكها شرعا¹، وفقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لنهاذ العقد أن يكون للعائد ولاية على محل العقد، وعلى نوع التصرف الذي يجريه.

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 نقاده على إجازة المالك الحقيقي، أي لا ينتج أثره حتى تلحقه الإجازة ذلك أن الإجازة تحرر العقد وتجعله ينتج أثره 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 للإثارة حتى يتحكم ببطلانه لمن تقرر البطلان لمصلحته (بإجازة المشتري).

المبحث الثاني: رهن ملك الغير

حفظ المال من أهم مقاصد القوانين سواء الفقهية أو الوضعية منها ويعد الرحمن 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 تلحق، اذ يمكن ان يكون وسيلة اثبات امام القضاء وهو أقوى عقود التوثيق، فليس وسيلة توثيق فحسب وانما توثيق واستنفاء وقد اتخذ أشكالا جديدة في حياتنا المعاصرة وأدى ذلك إلى تقسيمه إلى حيازي ورسمي.

المطلب الأول: مفهوم رهن ملك الغير

الفرع الأول: تعريف الرهن

المعرفة المقصود بالرهن، ستحاول معرفة التعريف اللغوي للكلمة، ثم تعريفه من الناحية القانونية.
أولا: تعريف الرهن في لغة: قال ابن زكرياء في مادة الرهن الرء والهء والنون أصل يدل على ثبات الشيء يُمسك بحق أي الشيء الثابت الدائم.² وقال ابن منظور وكل شيء ثبت ودام قد رهن³ وكذلك الرهن يدل على الضمان والكفالة فتقول مثلا: "وانا لك رهن بكذا أي ضامن له"⁴ ويدي لك رهن : أي انا كاملا لك، والرهان الثابت يدل على المهزول من الابل والناس لأنهم جعلوه كأنه من هزاله يثبت مكانه لا يتحرك.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، في 43.

² ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، عن 2/452

³ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 13/189.

⁴ الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني، تاج العروس، تحقيق على شيري، د طه بيروت سنة 1994، ص 18/251

والرهن يأتي بمعنى المغلاة في الشيء، فنقول مثلاً: أرهنت في السلعة" عليت بها وهو من العلاء، قال ابن السكيت: أرهنت فيها بمعنى أسلفت فيها وأنشد: يطوي ابن سلمى لها عن راكب بعداً... عيضية أرهنت فيها الدنانير¹.

ثانياً تعريف الرهن اصطلاحاً: هو وثيقة بالدين²، والمراد بالوثيقة أي شيء متوثق به وذلك لأن الدين أصبح الحيس هذه الوثيقة محكما لا يسمع المدين فقدان هذه الوثيقة، وفي الاصطلاح تسمى هذه الوثيقة المرهونة رهنا وصاحبها الذي رهنها يسمى راهنا وصاحب الدين مرتهنا، إذن الرهن في كلام العرب هو الشيء الملام، يقال هذا رهن لك أي محبوس عليك، وكذلك يتفق علماء المسلمين على انه حبس شيء يمكنه استيفاء الدين منه، 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 مقبوضاً.

ثالثاً: تعريف الرهن في القانون : الرهن هو حق عيني بنشأ بموجب عقد هو الرهن ويتقرر ضمناً للوفاء بدين على عقار مملوك للمدين أو الكفيل عيني من ثمن هذا العقار متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لملك العقار أو الدائنين اصحاب الحقوق العينية على هذا العقار للمتأخرين في المرتبة ومتتبعا هذا العقار تحت يده من انتقلت إليه ملكيته³ 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 تعرف الرهن بأنه: "حق عيني تبعية يترتب بمقتضى عقد رسمي ضمناً للوفاء بالتزام وهو يمنح صاحبه حق العقار في اي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم والأولوية"⁴

ولقد نظم المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني وعنوانه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وذلك في المواد (981-948) من 882 إلى 1001، وهو يضم الرضين الرسمي (882-936) حق

¹ القيروز آبادي، محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، د بل، دار العلم، د ب نه د سن 5، ص 4/230.

² العلامة الحلبي الحسن بن يوسف بن المظهر الأسدي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، تحقيق ابراهيم البهاوي، قم، ص 1، د ب له سنة 2001، ص 195.

³ محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ط1، مكتبة الشهوري، سنة 2015، ص 19.

⁴ شاكر ناصر، شرح القانون المدني الجديد، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1997، من 549.

التخصيص (1947-937)، الرهن الحيازي (982-1001) وحقوق الامتياز 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. و يتميز الرهن الرسمي بأنه:

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

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

ج عقد رسمي (عقد شكلي) الكتابة فيه واجبة للانعقاد 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 والتبعية.

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 إنشائه بشروط موضوعية واخرى شكلية.

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

- الراهن ويمكن أن يكون المدين نفسه، أو كفيلا عينيا ويشترط فيه أهلية التصرف لأن الرهن بالنسبة له من
- أعمال التصرف أي تلك التي تدور بين النفع والضرر.¹ وكذلك المرتهن الذي يعتبر الرهن بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعا محضاً، فيكفي لصحة الرهن أن يكون المرتهن مميزاً. ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، ووعاء الرهن الرسمي يتضمن محله وهو إنشاء حق عيني على العقار كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمن به الذي من اجله نشأ الرهن.

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

- 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.¹
- كما اشترط القيد لنفاذ، ضمن لأنه وسيلة الشهر الرهن الوارد على العقار.²
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 يحوله حبس 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 إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يرتضيه المتعاقدان ويتميز الرهن الحيازي بأنه:
- أ. من وسائل الضمان كالكفالة والرحمن الرسمي بمقتضاه يكون للمرتهن ضمان على الشيء المرهون.
- ب. ينشأ بواسطة عقد فلا ينشأ بنص القانون كالايمتياز ولا يحكم 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 يضمه وجودا وعدما.
- ي. عقد عيني منح صاحبه سلطة مباشرة على المال المرهون وبالتالي يحول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع.
- ل. حق غير قابل للتجزئة أي 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 إنشائه شروط موضوعية وشكلية، وتتضمن الشروط الموضوعية اطراف العقد الحيازي ومضمونه (النحل)، أما اطرافه فهي:
- الراهن و يمكن أن يكون المدين نفسه أو كفيلا عينيا وكذلك المرتهن وبما أن الرحمن الحيازي عقد ملزم للجانبين فلا تختلف الأهلية المطلوبة في الراهن عن المرتهن وهي اهلية التصرف ويجب ان يكون الراهن مالكا

¹ وحسب المادة 40 من ق. م. ج. كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية المباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشيد 19 سنة كاملة".

² نص المادة 883 من ق. م. ج. في تقررها الأولى: "لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي أو بمقتضى القانون". كما نصت المادة 905 من ق. م. ج. التسري على اجراء القيد وتحديده وشطبه والغاء الشعب والآثار المترتبة الخ..

للعقار المرهون، ووعاء الرهن الحيازي يتضمن محله وهو إنشاء حق عيني على عقار أو منقول أو الاثني معا¹ كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به الذي من أجله نشأ الرهن.

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

كما يشترط القيد النفاذة لأنه وسيلة الشهر الرهن الوارد على العقار، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي ويتوفر 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 والمعالجة هذا الموضوع لا بد من تحديد المقصود برهن ملك الغير.

أولا: تحديد المقصود برهن ملك الغير

الغير: يقصد بالغير في العقد غالبا الأطراف الغير متعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا في العقد. ويقصد بالغير في هذا النوع من العقود المالك الحقيقي فهو اجنبي على هذا العقد لأنه لم يكن خلفا عاما ولا خلفا خاصا ولا من الدائنين، فانه لا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصا به ومملوكا له، اذ ان العقد غير ساري المفعول في حقها تنص الفقرة الأولى من المادة 1033 ق. م. م. اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فان عقد الرهن يصبح صحيحا 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 مملوكا للراهن³ والتي تقابلها المادة 884 من القانون المدني الجزائري وفي كلتا الحالتين يجب أن 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

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

² سلمان مجدي، أن هذا الرهن سيم شهره ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد وملكية المتصرف للعقار قبل القيام بإجراء الشهر، فلهذه الأسباب ترى بانه لا يمكن تصور رهن يصدر من غير مالك في ظل نظام قانوني يشترط الرسمية للانعقاد والشهر للنفاذ الرهن الرسمي جامعة الجزائر، معهد

³ الحقوق والعلوم الادارية، ابن عكنون 2001 2002، ص 12-13 نقلا عن الأستاذ شوقي بن ناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة لأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، فرنسي مصري، د طه دار هومة ابن عكنون، الجزائر، 2009

الذي يعقده الراهن باسمه وحسابه على عقار مملوك لغيره".¹ ويعرفه الأستاذ همام مُجَّد محمود زهران بأنه: رهن الصادر من شخص باسمه وحسابه على عقار غير مملوك له، وليس له عليه ولاية التصرف فيه.²

يبدو ان مثل هذه التعاريف غير دقيقة، لأنها فاتتها الإشارة إلى قيد مهم حتى تكون بصدد وهن ملك الغير وهو ضرورة ان يكون المال العقاري المرهون موجودا ومحددا تحديدا دقيقا، وهذا تمييزا لرهن ملك الغير عن وهن المال العقاري المستقبل. لهذا نرى ان التعريف الدقيق لرهن ملك الغير هو ما قال به جمع من الفقهاء على النحو الآتي:

هو قيام شخص باسمه وحسابه برهن مال عقاري موجود ومحدد لكنه ليس مملوكا له، ولا يعتقد الناس انه مملوكا له.³ أو هو عقد يبرمه الراهن باسمه و لحسابه على عقار موجود ومعين ومملوك لغيره دون أن يكون مفوضا بسلطة وهنه 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 فيحريه باسمه وحسابه على مال مملوك لغيره وليس باسم المالك ولا حسابه.⁴

الفرع الثالث: تمييز رهن ملك الغير عن الصور القريبة منه

انطلاقا من التعريف المسبق ميز الفقهاء بين رهن ملك الغير وما يشابهه من انظمة قانونية على النحو التالي⁵:

أولا: رهن المال المستقبل: إن الفارق الأساسي بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل، هو انه في الحالة الأولى يكون المال العقاري موجودا. بينما في الحالة الثانية يكون غير موجود لعدم قيامه من الناحية المادية.

ويرى بعض الفقهاء ان هناك فرق آخر بينهما وهو أن المال العقاري في الحماله الأولى ان يكون معيناً بالذات، وفي الحالة الثانية يكون غير معين بالذات ولكن يبدو أن هذا الفارق محل النظر اذ لا مانع من أن يكون المال المستقبل هو الآخر معيناً بالذات، كما في حالة البناء المزمع اقامته وقد حدد في عقد الرهن تحديدا دقيقا من حيث ذكر مواصفاته وعدد الغرف والمساحة وغير ذلك من المعلومات المهمة في تعيين ذاتيته.⁶

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 مُجَّد محمود زهران التأمينات الشخصية والعينية، منشآت المعارف، الاسكندرية 2001

⁵ يكون تصرفه رهنا في ملك الغير سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة الرحمن الرسمي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز، د طه نشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.

⁶ محي الدين إسماعيل علم الدين التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، ص 4، 1994.

ثانيا: **التعهد عن الغير:** ان حالة رهن شخص مال عقاري لا يملكه يختلف عن حالة ما اذا تعهد شخص بأن يحمل مالك المال العقاري على رهنه، ففي الحالة الأولى تكون بصدد رهن ملك الغير، بينما في الثانية تكون بصدد تعهد عن الغير وهو تصرف صحيح يخضع لحكم المادة 114 ق.م.م.¹

ويرى بعض الفقهاء أن الشخص اذا رهن عقارا لا يملكه وتعهد في نفس الوقت ان يحمل المالك على اقرار هذا الرهن، كان تصرفه وهنا لملك الغير وتعهدا عن الغير في نفس الوقت.²

ثالثا: **التوكيل في الرهن:** اذا وكل المالك شخصا في رهن عقار، فان الوكيل عند رهنه هذا العقار غير المملوك له لا تتصرف آثاره إلى دمه، بل إلى ذمة الموكل (المالك)، ومن ثم فلا يعتبر رهننا لملك الغير، ولهذا كان تعريف رهن ملك الغير بأنه صادر من شخص برهن باسمه ولحسابه ونفس الشيء يقال في حالة الرهن الصادر من شخص باعتباره نائبا عن المالك دون تثبت له هذه النيابة أو كان في الرهن تجاوزا الحدود نيابته.³

المطلب الثاني: صور رهن ملك الغير

تعتبر ملكية الراهن للشيء المرهون شرط في الرهن، فيجب ان يكون الراهن سواء كان مدينا او كفيلا عينيا مالكا للشيء المرهون ومع ذلك قد يصدر الرهن من شخص لا يملك المال المرهون، كما أن الرهن قد يصدر من مالك لكن ملكيته ليست في صورتها البسيطة.

الفرع الأول: الرهن الصادر من غير مالك ابتداء

أولا: **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 لذي يحوزه يرجوع إلى المادة 44 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري.⁴

ثانيا: الرهن الصادر عن المالك الظاهر:

المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر بمظهر المالك، وهو ليس بمالك حقيقي⁵ بناء على ذلك اذا رهن هذا المالك الظاهر عقارا فتكون أمام حالة رهن ملك الغير ومن ثم كان من المفروض ان يكون رهنه باطلا بطلانا مطلقا، لكن خروجنا على هذه القاعدة قرو الفقه والقضاء في القول الراجح صحة رهن المالك الظاهر وهذا حماية

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، من 114.

² سير تناغو، المرجع السابق، ص 171.

³ سير تناغو، المرجع السابق، ص 14، هامش رقم 1 تمام مُجد محمود زهران المرجع السابق، ص 347، هامش رقم 2

⁴ الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1990، الجريدة الرسمية العدد 49 لسنة 1990، من 560.

⁵ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 118.

للأوضاع الظاهرة، والثقة والاستقرار في التعامل¹ وعلية مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة المالك الحقيقي فسمحوا للأول بالتمسك بالرهن في مواجهة الثاني وله صور منها:

1. الوارث الظاهر:

2. المالك بسند صوري

3. الاسم المستعار:

قد يكتسب شخص ملكية شيء دون أن يكون هو حقيقة المالك لهذا الشيء ولا يعدو أن يكون اسما مستعارا للمالك الحقيقي وتبدو هذه الصورة قريبة من صورة المالك بسند صوري غير أن الفرق يظهر في أن المالك الحقيقي في حالة الاسم المستعار لا يكون غالبا شخصا قانونيا معترفا به وهذا لا يتصور أن يوجد بينه وبين المالك الظاهر عقد يخفي عقدا حقيقيا فالعقود لا تنشأ إلا بين أشخاص².

ثالثا: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي

المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي بسبب من الأسباب كبطلان سند الملكية أو الغائه أو فسحه 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.

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

ينضح 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 إبرام الرهن وكان الدائن المرتهن حسن النية وقت الرحمن أي انه لم يكن يعلم وقت الرحمن سبب زوال ملكية الراهن، وان يقع زوال الملكية بعدم إبرام الرهن بسبب من الأسباب التي تنتج أثرا رجعيا ويرى الفقه أن 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

¹ سمير تناغو ، المرجع السابق، ص 175.

² سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، ص 175.

³ إبراهيم بن عالم نظام الرحمن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والديهاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1985، ص 52.

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.

أولاً: الرهن الصادر من المالك على الشيوع

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

2. رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز من العقار:

3. رهن الشريك على الشيوع لحصّة شائعة

ثانياً: 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 مملوكاً له. غير أنه يجوز ان تقام البيئة على ان اجنبياً أقام المنشآت على نفقته كما يجوز ان تقام البيئة على ان صاحب الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها¹

إذا كان الأصل أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس يعتبر من عمل مالك الأرض مقامة على نفقته ويكون مملوكاً له، الا انه يجوز اقامة الدليل على العكس أي ان البناء اقامه تغير مالك للأرض ومن ثم تكون المباني مملوكة لبانيها بصورة مؤقتة، وهذه الملكية المؤقتة تنتهي بتسليم البناء لصاحب الأرض طبقاً لقواعد الالتصاق و أما تقدم المباني و أما باستقرار ملكية البناء والأرض للباني سواء بالاتفاق او طبقاً 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 أما الإزالة وأما اكتساب مالك الأرض للمباني بمقتضى أحكام الالتصاق.

¹ تقابلها المادة 1038 ف. م. م: يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن برهنها رهناً رسمياً، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حلي التقدم في استثناء الدين من ثمن الأنقاض اذا تهدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا سبقي المبنى

خلاصة الفصل الأول:

ومما تقدم خلال مراحل هذا الفصل و بعد الدراسة وجدنا أن بيع ملك الغير و هو بيع من البيوع الخاصة يقابله بيع الفضولي في الشريعة الإسلامية وبرغم 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 الاجتهاد الفقهي إلى أنها تطرقت إلا تنظيم أحكامه في مواد عديدة.

عكس وهن 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 88/2 م. ق. ج التي تقابلها المادة 1033 ق.م.م.

الفصل الثاني:

أحكام التصرف في ملك الغير

مقدمة الفصل:

اختلف الفقه في تأصيل أحكام بيع ملك الغير مثلما فعل في رهن ملك الغزير ويرجع ذلك في نظرنا إلى أن النظريات المتضاربة في التشريع العربي والأوروبي فما كان أمامه إلا ان ارجاعها إلى الأحكام العامة في القانون وهي القاعدة الحكيمة التي طرأت أمامه، إلا 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 إلى تدخله لتنظيمها وإيجاد الحلول القانونية التي تتلاءم مع كل حالة من هاتين الحالتين حتى لو أدى الأمر إلى 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 آثار هذا العقد لا تقتصر على البائع والمشتري بل تمتد اليه.

وهذا ما ستحاول ابرازه في المبحث الأول ثم في مبحثه الثاني تذكر أحكام رهن ملك الغير في القانون الفرنسي والمصري وتختمه بموقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير

عقد بيع ملك الغير كغيره من العقود الأخرى يترتب اثارا كثيرة سواء كان ذلك بين طرفي العقد وهما البائع (المالك غير الحقيقي) والمشتري، كما أن بيع ملك الغير يترتب آثار على طرف ثالث وهو الغير يعني المالك الحقيقي)، لهذا سنتناول اثار 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 في 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 ينقل ملكية المبيع للمشتري نظرا لعدم ملكية البائع للشيء المبيع، ضف إلى 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 اثاره 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 المصلحة 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 وحدة وانما من حق البائع المطالبة بإبطال البيع شأنه في ذلك شأن المشتري لهذا سنقوم بدراسة هذه الآراء حتى تتأكد من مدى صحتها.²

¹ انظر المادتين 466 ق م المصري و 397 ق م الجزائري، تحدثان بتصريح النصر على حق المشتري دون غيره في المطالبة بإبطال البيع / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 4 مرجع سابق، ص ص 288 و 289 / رمضان ابو السعود، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، من 136

² اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، من 168 و 169 / مصطفى احمد الزرقاء، مرجع سابق، من 461.

أولاً: إبطال البيع من حق المشتري وحده دون غيره : يذهب بعض من الفقه المصري¹، أن للمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب الإبطال البيع دون غيره ، ولا يحق لغيره ذلك حتى ولو كان حسن النية، وهذا طبقاً لنص المادة 397 في 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 مقرو للمشتري وحده دون غيره، كما له أن يتحسب لهذا الإبطال حتى قبل ان يتعرض له المالك الحقيقي في المبيع، وبمفهوم المخالفة أي أ اذا كان المشتري سيء النية فذهب بعض من الفقه إلى ان له الحق في التمسك بالإبطال حتى ولو أحكام التصرف في ملك الغير كان يعرف وقت المبيع،² ان البائع لا تملك المبيع، فهو النما رضي بالمبيع معتقدا أن البائع يستطيع ان يحصل على ملكية المبيع فينقلها اليه، فاذا تبين أن البائع لا يستطيع ذلك فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي بل له ان يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع وهذه هي الميزة الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإيصال المصلحة المشتري دون غيره.³

كما يحق للمشتري ايضا طلب إبطال البيع⁴ 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 البيع⁵ والعلة في قصر طلب الإبطال على المشتري وحدة راجع للضرر الذي يلحق به من جراء انتقال الملكية اليه، ذلك ان البائع في مأمّن 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، وإذا كان لا يعلم بعدم ملكيته فهو مخطئ ايضاً لأنه يجب عليه أن يعلم فلا يجوز له أن يتخلص من التزاماته بالاستناد إلى خطفه في الحالتين فهو لا يتضرر من أي شيء وبالتالي لا محل

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، البند 161، ص 288/ سليمان مرقس، الوافي، ج 3 الفقرة 3 مرجع سابق، ص. ص 292، 700
² كذلك قرار المحكمة العليا رقم 216365 بتاريخ 12/01/2000 المجلة القضائية السنة 2001، العدد 1 من 132، اذا باع شخص ملك الغير فلا يكون هذا البيع نافذاً في حق مالكة الا بإذن منه رنا فصل قضاة الموضوع بإبطال عقد مع الشقة (موضوع انتزاع الاستناد إلى عقد باطل بموجب قرار اداري تضمن بطلان البيع لوقوعه من لا يملك المبيع فاتهم بفصلهم هكذا تطبيق الأحكام المادة 397 يكون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين رفض الطعن."

³ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 131 اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق من من 168 و 169/ عبد الراقي أحمد السنهوري الوسيط، ج4، الهند 161، مرجع سابق، من 288 مُجد حسنين، مرجع سابق، من 190/ فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، د ط دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، القاهرة سنة 2006، ص ص 386 و 387

⁴ خليل احمد حسن قداة، عقد البيع، مرجع سابق، ص 213 مُجد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 1187 عبد الرزق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 4، 288، بند 161، ص 288

⁵ مرقس الوالي، مرجع سابق، فقرة 293، من 704.

لحمايته عن طريق منحه الحق في إبطال البيع ذلك ان قواعد الضمان لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع كما لا تجيز له استرداد الشيء المباع بحجة التزامه بردها إلى مالكيها أو بحجة ان استحقاقه اياها بعد البيع لأن من التزام بالضمان لا يجوز منه التعرض، فحق المشتري في طلب الإبطال هو حق حماه القانون له سواء كان حسن او سيء النية .

ثانياً: إبطال البيع من حق البائع والمشتري: هناك من يرى من الفقهاء أن للبائع الحق في طلب إيصال 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 إلى التعاقد بحيث لولاه لما اقدم على التعاقد " فاذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 81 من قيم 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 أو يستطيع أن يعلم ذلك أو كان هو واقعا في نفس الغلط ويذهب جانب من الفقه إلى أنه يحق للبائع ولو كان سيء النية ان يدفع بعدم تسليم المبيع اذا كان لم يسلمه إلى المشتري لأن اجباره على ذلك وهو ليس مالك يتضمن اكرهاها له للاعتداء على مال الغير.¹

الا ان هذا الراي لم يسلم من الانتقادات التي وجهت اليه لأنه لا يجوز للبائع طلب الإبطال لبيع سواء كان حسن أو سيء النية لكونه مخطئا ومن ثمة لا يجوز له أن يتخلص من التزاماته بالاستناد إلى خطته لأنه يتعارض مع نص المادة 397 في م . ج والتي تقابلها المادة 466 ق . م. المصري التي قررت الإبطال لصالح المشتري وحدة وهذا استنادا إلى عدم امكانية الرجوع إلى القواعد العامة في حالة وجود الحكم الخاص لأن الخاص يقيد العام.² 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 المشتري³، لأن الملك الحقيقي له طرق كثيرة يقتضي بما حقه،⁴ فله استعماله واستغلاله وله حق التصرف في المبيع متجاهلا

¹ مرقس الوافي، مرجع سابق، ج 3، فقرة 291، ص 699

² اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 171، مُجَد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 180.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 290/ مُجَد حسنين، عقد البيع، مرجع سابق، ص 190/ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 173 مُجَد محي الدين ابراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقاه الاسلامي، دراسة مقارنة، د طه دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2007، ص 47.

⁴ مُجَد حسنين: الأولى تطبق النص الخاص لبيع ملك الغير من تطبيق القواعد العامة وان النص جاء صريحا في من له حق الابطال...، مرجع سابق، من 191/ ايمن مُجَد حسين ناصرا، مرجع سابق، ص 114.

هذا البيع، كما له حق طلب استرداده من المشتري اذا قد تملكه عن البائع أو يرجع على البائع للمطالبة بالتعويض اذا تملك المشتري الشيء المبيع بالحيازة في المنقول أو التقادم بالنسبة للعقار. ومما تقدم يتبين لنا ان حق الإبطال المبيع مثبت للمشتري وهو ما أكدته النصوص القانونية منها المادة 397 ق. م الجزائري و المادة 466 ق. م. المصري و المادة 1599 ق. م. الفرنسي، فيكون للمشتري المطالبة ببحقه إما عن طريق دعوى اصلية دعوى الإبطال) برامها على البائع التي تحتم على القاضي أن تحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو اصبح البالغ مالكا للمبيع قبل صدور الحكم، مادام المشتري قد رفع دعواه قبل أن القرار المالك الحقيقي أو قبل ان يصحح البائع مالكا، ذلك لأن القاضي الما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى وهو الوقت الذي كان البيع فيه قابلا للإبطال ما لم يكن المالك الحقيقي قد أثره واصبح البائع ملكا للمبيع، أو عن طريق دفع دعوى البائع التي يطالب بها المشتري بالثمن¹

الفرع الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض

بالإضافة إلى حق المشتري في المطالبة بإبطال المبيع، فله أيضا ان يطالب بالتعويض على ما أصابه من ضرر وما فاته من كسب ، وهذا ما يستفاد من نص المادة 399 في 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 أن المشتري إلى جانب حقه في إبطال البيع له ان يطالب البائع بالتعويض اذا كان حسن النية. والاستفادة من هذا التعويض يشترط ان يكون قد قضى الأبطال المبيع فعلا، فاذا لم يطالب المشتري ببحقه 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 المالك².

أما بالنسبة لحسن أو سوء نية البائع فلا أثر لها على تعريض 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.

¹ الله الحسين بن شيخ أن ملويا، مرجع سابق، ص 61.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، النفس المرجع، ص 288.

وقد نصت المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: " إذا ابي 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.¹

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 إلى القواعد العامة يجد ان المسؤولية العقدية تقوم في حالة احلال المتعاقد بأحد التزاماته² والرأي الذي اسس مطالبة المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية هو الأرجح بحجة ان العقد بعد زواله يتقرر بطلانه، فيصبح مصدر التعويض ليس العقد وإنما الخطأ التقصيري " 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.³

وقد ألزم المشرع البائع بالتعويض اذا كان حسن أو سيء النية وهذا لا يعني أن مسؤوليته لا تقوم على اساس الخطأ ذلك أنه بإمكان البائع ان يعلم بعدم ملكيته للشيء المبيع ولكنه قصر في ذلك مما يستوجب مسؤوليته،⁴ وعليه فإن 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 متوقعة أو غير متوقعة، وسواء كان البائع حسن أو سيء النية، غير أن 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،⁵ و خلاصة القول ان أساس التعويض في 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 فاتته من كسب.⁶

¹ عبد الرزاق : أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، مرجع سابق، ص 291

² اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 514.

³ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 180.

⁴ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 137.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 291

⁶ خليل احمد حسين فنادق الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، مرجع سابق، ص 217

الفرع الثالث: تصحيح بيع ملك الغير

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

اولا: سقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير (التقادم): بعد ان تطرقنا إلى النصوص القانونية التي تتعلق ببيع ملك الغير لم نجد أي 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 القصير الوارد في المادة 140 قانون المدني المصري¹ ام التقادم الطويل حسب القواعد العامة وفقا للمادة 374 ق.م.م.²

وقد ذهب اغلب فقهاء المصريين إلى جعل مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعوى الإبطال ثلاث سنوات من وقت عدم المشتري بان البائع لا يملك الشيء المبيع وفي كل الأحوال يسقط حتى المشتري في طلب الإبطال بانقضاء حمية عشرة (15) سنة من وقت البيع اذا لم يعمل المشتري أنه اشترى من غير الملك الحقيقي وهذا قياس على سائر دعوى الإبطال .

واتجه بعض من الفقهاء إلى أن المادة 397 ق.م.م. ج التي تقابلها المادة 466 ف.م.م. لم تتضمن حكما للتقادم خاما هذا الحق فترى عليه الاحكام العامة، غير أن المادة 140 ق.م.م. جاءت خاصة بحالات معينة على سبيل الحصر ونصت على مبدأ لكل حالة وهو تاريخ كشف الغلط او التدليس وانقطاع الاكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير مما يتعين القول معه بأن هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذه بهذه الأخيرة الا في الحالات التي حدد فيها ميدها لهذه المدة لاحقا وقت ابرام العقد إما حيث تبدأ المدة من وقت العقد فإن تقادم دعوى بيع ملك الغير وحسب هذا الراي لا يتم الا ب 15 سنة.

¹ تنص المادة 140 من القانون المدني المصري: " يسقط الحق في إبطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان عاده المدة في حاله نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حاله الاكراه من يوم القطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال الغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت 15 سنه من وقت تمام العقد".

² تنص المادة 374 من القانون المدني المصري: يتقادم الالتزام بال قضاء 15 سنه في ما عدا الحالات التي ورد فيها نعي خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية: ويقابل هذا النص المادة 349 من قانون الموجبات والعقود اللبناني علما ان النصر الأخير قصر مدة التقادم إلى عشر سنوات بدلا من 15 سنة

أما في ظل التشريع الجزائري هو الآخر 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 للنية 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.¹

ثانيا: إجازة المشتري للبيع: من خلال نص المادة 100 في ق. م. ج التي تنص: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير" ويتضح من خلال نص المادة أن الإجازة هي النزول من الحق في طلب الإبطال وبذلك يزول. الخطر عن العقد الذي يهدده بالزوال) فالإجازة ترد على العقود الباطنة بطلان نسبي لا على العقود الباطلة بطلان مطلقا، فهي تصدر منفردة أي من صاحب الحق في طلب الإبطال (المشتري) ومن ثمة لا تحتاج القبول الطرف الثاني، 15 وبما أن الإجازة عمل قانوني، فإنه يشترط لقبولها ان يكون المميز (المشاري) متمتعا بالأهلية الكاملة وان تكون ارادته خاليه من كل عيوب الرضا من غلط واکراه وتدليس واستغلال والا رفضت الإجازة.

وهناك الاختلاف واضح بين الإجازة والافرار في كون الأولى 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، إما الثانية فترد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد، يهدف من وراءه جعل العقد ساريا في حقه بعد أن كان من الغير، فيبيع ملك الغير قابل للإبطال ولا يسري في حق المالك الحقيقي الا اذا اقره، وطبقا لنص المادة 397 / 2 في 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، وتستنتج من نص المادة 100 ق. م. ج السالفة الذكر ان الإجازة قد تكون صريحة باللفظ الذي يدل على إجازة

¹ محمد رضا الحضيري، مرجع سابق، ص 220

رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 37

البيع أما الضمنية تستفاد من الاعمال التي يجربها المشتري، كما لو قرر المشتري حقوقا للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع.¹

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 أثر رجعي 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 أو الضمنية، إلا أنه لا اثر لهذه الإجازة بالنسبة للمالك الحقيقي وهذا هو معنى عبارة " وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيع ولو أجازته مشتري العقد." ويكون المشتري ملتزما بدوره يدفع الثمن والمصاريف ويلتزم البائع ينقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه وهذا طبقا للقواعد العامة لعقد البيع والاحظ ان البائع يستطيع تنفيذ كافة التزاماته ماعدا التزاما واحده وهو النقل ملكية المبيع للمشتري، وذلك نظرا لعدم ملكية المبيع ، لهذا السبب اعطى المشرع للمشتري الحق في المطالبة بإبطال البيع، زياده على ذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في حالة ما إذا تعرض له المالك الحقيقي لان البائع يعتبر ضامنا للمبيع في حالة اقامته لهذه الدعوى، كما له ان يطلب فسخ العقد حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعلم وقت البيع الى البائع لا يملك المبيع، استنادا إلى أنه راضي بالبيع اعتقادا منه ان البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المنبع لينقله اليه، بحيث أنه لو تم اقامة الدعوى صدور الحكم تم الحصول على إجازة الملك الحقيقي صح قبول تلك الإجازة

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. وما سبق لتوصل 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 للمبيع.

¹ سليمان مرقس العقود المسماة، مرجع سابق، ص. ص 520، 521

ثالثا: **تملك المشتري المبيع**: قد يحدث أن يكتسب المشتري ملكية الشيء المبيع فيترتب على ذلك اثار منها سقوط حقه في طلب إبطال البيع اذا ان هناك طريقتين يكتسب من خلالهما المشتري ملكية المبيع¹.

1- **اكتساب المشتري المبيع بالحيازة**: اذا كان المبيع عبارة عن منقول وحيازة المشتري بحسن نية فإنه يكون قد اكتسب ملكيته وفقا لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" إما اذا 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 بينما ذهب البعض الآخر إلى 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، والرأي الراجح هو الرأي الذي نادى بسقوط حق المشتري².

في طلب الإبطال اذا حاز المبيع بحسن نية، باعتباره سبب صحيح بمقتضاه يتملك المشتري المبيع³. وعلى هذا الاساس يظل حق المشتري في طلب الإبطال اذا آلت ملكية المبيع اليه استنادا إلى سبب آخر 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 إلى 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 القادم ففي هذه الحالة يصبح مالكا له ولا ينازعه فيه احد لأنه اشتراه وفقا لكل القيود الواردة عليه، فحق المشتري قد حماه القانون، ومن لمة لا يحق للمالك الحقيقي الرجوع عليه ومطالبته باسترداد العقار، وانما

¹ انور سلطان، مرجع سابق، ص 334

² اسماعيل عبد التي شاهين، مرجع سابق، ص 192.

³ خليل احمد حسن قداد الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، مرجع سابق، ص 214.

يكون له الحق في الرجوع على البائع بالضرر الذي اصابه.¹ إما اذا كان المشتري سيء النية، أي 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.²

وتحدر الإشارة ان مدة التقادم الطويل هي 15 سنة وخمس سنوات في التقادم القصير.

بالإضافة إلى ذلك فهناك من يرى الى حق المشتري في طلب الإبطال يسقط بمجرد توفر شروط التمسك بالتقادم أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بل لا بد من ان يتمسك المشتري باكتساب الملكية سواء في الحيازة أو في التقادم إما اذا لم يشأ ان يمسك بالملكية يبقى قائما . في طلب الإبطال.³

رابعاً: تملك البائع المبيع: تنص المادة 398/2 ق.م، ج : " وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد بيع " تقابلها المادة 467 ق.م. م " وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد " ويتضح من خلال هذا النص أن المشتري يحرم من حقه في طلب إبطال العقد اذا اكتسب البائع ملكة المبيع بعد العقد، فاذا أكتب البائع للبيع بعد صدور البيع كان وريث المبيع من مالكة الحقيقي أو اكتسب ملكيته بالشراء او الوصية أو عن طريق التقادم المكتسب اذا كان عقاراً ووفق قاعدة الحيازة اذا كان منقولاً، في هذه الحالة يمنع على المشتري طلب إبطال البيع لان العالق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية قد زال واصبح هو المالك وبالتالي بإمكانه الوفاء بالالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه⁴ واسباب اكتساب الملكية تختلف باختلاف سببه فإما أن يكون تحقق الشرط المعلق عليه ملكية البائع، وإما أن يكون امراً اخر كسواء البائع المبيع بعد العقد أو حصوله عليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث 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 وجعي طبقاً لأحكام القانون وهو رجوع مفعوله الى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام وهذا ما نصت عليه المادة 208 ق.م. ج تقابلها المادة 270 في.م. م فيجب على البائع ان ينفذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري لان سبب الإبطال قد زال واصبح ملك له.

¹ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 166

² محمد حسن قاسم العقود المسماة، مرجع سابق، ص 187

³ رمضان جمال كمال، مرجع سابق، ص 49

⁴ خليل احمد حسن قداد الوجيز، مرجع سابق، ص 215 و 216

وفقا لذلك " فان المبيع ينتقل الى المشتري محملا بالحقوق التي رتبها عليه ملكه الأصلي قبل ان تنقل ملكية منه الى البائع " 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 لأن هذه الحقوق معيبة أصلا باعتبارها الصادرة من غير المالك.¹ وسواء كان سبب ملكية البائع للمبيع هو تحقق شرط الواقف أو 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، فالبايع اصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.²

غير ان البعض يرى بال حق المشتري في طلب الإبطال شيء قائم اذا كانت المطالبة به سابقة على السبب الذي اكتب بموجبه البائع ملكية المبيع، لأن حقه في إبطال السبيع حق مكتسب ويكفي ذلك ان يكون المشتري قد اظهر ارادته في طلب البطلان، 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.³ وليس هناك من داعي الإبقاء حق المشاري 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 الاتصال قبل أو بعد أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ولكن قبل صدور الحكم النهائي من القاضي⁴ لنص المادة 398 في . م . ج يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع المبيع بعد انعقاده.

خامسا: اقرار المالك الحقيقي: اذا ما أقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع اعتبر اقراره قبولا منه على انتقال الملكية إلى 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 فإن ذلك لا يؤثر في حق المشتري في طلب الإبطال⁵ وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني بالتفصيل.

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

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

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص 295

⁴ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 135.

⁵ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 215.

المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

يعتبر المالك الحقيقي بالنسبة لعقد البيع الذي تم إبرامه بين البائع والمشتري من الغير، فمصطلح الغير يتعلق بشخص لم يكن طرفاً في العقد، ولكن في بيع ملك الغير فهو المالك الحقيقي فهو لا يضر ولا يتأثر بالبيع الصادر من البائع والمشتري مادام لم يتصرف به استناداً إلى مبدأ نسبية آثار العقود، لهذا تتوقف آثار العقد الذي أجراه الغير على ملكه، فإما ان يقره المالك الحقيقي أو يرفض اقراره، وهذا ما سيؤدي بطبيعة الحال إلى اختلاف في النتائج المترتبة على كل حالة من حالاته المذكورة.

الفرع الأول: مفهوم الإجازة والاقرار في القانون الوضعي

لم يقم المشرع الجزائري بتعريف الإجازة خلافاً 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.¹

أولاً: تعريف الإجازة

وقد وردت عدة تعريفات² للإجازة في القانون الوضعي منها أن الإجازة هي: النزول عن الحق في طلب الإبطال ويملكها من شرع الإبطال لمصلحته لأنه صاحب الحق في التمسك به، كما له الحق في النزول عنه ويترتب على ذلك روال الخطر الذي كان يهدد العقد بالنزول فيستقر نهائياً ويكون لهذه الإجازة اثر يستند الى يوم صدور البيع"³. والإجازة كقاعدة عامة ترد على العقود الباطلة بطلان نسبي لا على العقود الباطلة البطلان المطلق، وتصدر بإرادة منفردة اي من صاحب الحق في طلب الإبطال ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني،⁴ ويكون لهذه الإجازة اثر يستند إلى يوم صدور البيع.⁵

وتنص المادة 102 ق. م. ح قاطع في دلالاته أنه لا يزول البطلان المطلق بالإجازة ونحن أمام بيع قابل للإبطال بصريح نص المادة 397 ق. م. ج وتقابلها المادة 466 ق. م. م. وبما ان الإجازة عمل قانوني وحتى يتمكن المشتري من إجازة 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 محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص. 134 و 135.

² محمد سعيد خطور، مرجع سابق، ص 11.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري مصادر الحق، ج 4، ص 203

⁴ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 160.

⁵ أيمن حسين ناصر، مرجع سابق، ص 140

1. أن يكون المجيز متمتعاً بالأهلية الكاملة، والأهلية الواجب توافرها في أهلية الأداء وأن تكون كاملة وقت الإجازة وهو ما نص عليه المشرع في المادة 40 ق. م. ج¹ وهي بلوغ سن الرشد 19 سنة كاملة فضلاً عن ذلك أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية، وله قوة عقلية، ولم يحجر عليه من أجل مباشرة هذه التصرفات.
2. أن يكون المشتري على علم بأن البائع غير مالك للمبيع ونقصد بالمشتري هنا المجيز، طبقاً لنص المادة 397 ق. م. ج، وهذه الإجازة تكون بمثابة تنازل عن حقه في طلب الإبطال فلصحة هذه الإجازة يجب أن يكون المشتري عالماً بأن البائع غير مالك للمبيع وقت الإجازة، إذ يعتبر البيع صحيحاً من يوم إبرام العقد وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري، والإجازة قد تكون صريحة باللفظ الصريح، وقد تكون ضمنية تدل عليها تصرفات المشتري كأن يقرر هذا الأخير حقوقاً على الشيء المبيع.
3. أن تكون إرادته المشتري خالية من عيوب الرضا من غلط واکراه وتدليس واستغلال وإذا رفضت الإجازة،² وقد نص المشرع على عيوب الإرادة من المادة 81 إلى 91 ق. م. ج³ فإذا كان المشتري أمام حالة من الحالات المنصوص عليها كان من حقه إبطال التصرف، والإجازة كما سبق ذكره، قد تكون باللفظ كقوله قبلت البيع أو رضيت به أو ضمنية تدل عليها تصرفات⁴ المشتري كما يجب أن يكون العقد أو التصرف المراد إجازته من يقبل إجازته فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة.

ثانياً: تعريف الاقرار

لنص المادة 40 في .. م. ج: "كل شخص بلغ من الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم تحجر عليه يكون كامل الأهلية المباشرة حقوقه المدنية ومن 65 الرشد 19 منه كاملة⁵."

يبيع ملك الغير يجمع في طبيعته المركبة بين مفهوم الإجازة الواردة على العقد القابل للإبطال، والاقرار الوارد على العقد غير النافذ، ذلك لأن بيع ملك الغير هو عقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك.

فالإجازة تصدير من قبل من تقررت لمصلحته وهو المشتري في بيع ملك الغير ليتأكد من صحة البيع ويسقط حقه في طلب إبطاله.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، نظريه العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 202 و 204

² انظر نقض مدني المصري في 14 مارس 1962، مجموعة الحكام النقض المصرية لسنة 14، ص 298، نقلاً عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 141.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 85

⁴ ايمن حسين ناصر، مرجع سابق، ص 140

⁵ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها

أما الاقرار يصدر من شخص اجنبي من العقد، وترد على عقد صحيح غير نافذ في حق المالك يريد به أن يجعل العقد ساريا في حقه بعد ان كان من الغير لا يتعدى اليه اثره¹ فالإقرار يكون من حق المالك الذي لا ينفذ هذا العقد في حقه، فاذا أقره 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 أثر 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، وأثر 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 المالك الحقيقي، ولما كان المشتري يملك إبطاله فإنه يملك ايضا اجازته وسواء أبطله أو أجازته فهو لا ينفذ في حق المالك الحقيقي الا اذا أقره فسرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد،² 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 أجازته المشتري" والتي تقابلها المادة 2/ 466 ق. م. م، فيتضح من خلال هذه المادة أن المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير،³ 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.

و بما أن المالك في الوارد على ملكه يعتبر من الغير، فلا يمكن ان يرفع دعوى البطلان لأن البطلان مقرر للمصلحة المشتري وحده دون غيره وكل ما في الأمر 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 إلى علاقته بالمشتري والبائع.

¹ عبد الرزاق احمد المسهوري في هذا المقام: "..... بل أن الاقرار ابعد اثرا من الاجازة، اذا هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين إلى يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي، وينقل الملكية إلى المشتري، مرجع سابق، بند 166، 4، ص 298 / مُجَد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 61.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، ج4، مرجع سابق، ص 278.

³ مُجَد حسين منصور، مرجع سابق، ص 195.

أولاً: علاقه المالك بالمشتري

لم يورد المشرع اي نصوص خاصة من شأنها أن تنظم علاقة المالك بالمشتري لان المالك الحقيقي يعتبر اجنبها عن عقد بيع ملك الغير لهذا سنستعين بالقواعد العامة في هذه المسألة بالذات والتي تقضي بانعدام انصراف آثار 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 إلى المشتري حتى ولو اجاز هذا الأخير البيع وانقلب صحيحا فيما بين المتعاقدين، اذ أن هذه الإجازة لا أثر لها في حق المالك، ويبقى العقد عاجزا مع هذه الإجازة عن نقل الملكية إلى المشتري أي أنه يبقى غير ساري في حق المالك الحقيقي.¹

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، ولا يسقط حقه في ذلك الا يمضي 15 سنة من تاريخ علمه بالبائع،² 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،³ فقد يملك المشتري المبيع على اساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقا للمادة 835 ق. م. ج ، أو على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير المدى وهذا بحسب الاحوال اذا كان المشتري سيء النية فمدة التقادم خمسة عشرة (15) سنة بدون انقطاع طبقا للمادة 827 في. م. ج⁴ اما اذا كان حسن النية فمدة التقادم عشر (10) سنوات طبقا للمادة 828 ق. م. ج⁵ مع الملاحظة ان مدة التقادم القصيرة في القانون المدني المصري هي خمس سنوات فقط طبقا للمادة 969 ق. م. م،⁶ غير انه اذا لم يتمكن المشتري من تملك المبيع سواء بالحيازة أو التقادم، فان المالك يسترد المبيع من تحت يد المشتري ضف إلى ذلك مطالبته بالتعويض اذا كان سيء النية.⁷

¹ محمد صبري، مرجع سابق، من 143/ اسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 197.

² محمد حسنين، مرجع سابق، ص 195 / محمد قاسم، مرجع سابق، ص 189

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 296

⁴ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 143 محمد علي الدين ابراهيم سليم، أحكام شروط البيع، مرجع سابق، ص. من 49 و 50 / احمد حسن

فداده مرجع سابق، ص 218

رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 54 فايز احمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 391

⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، ج 4، الفقرة 165 ، مرجع سابق، ص 296 الهلالي، مرجع سابق، ص 369.

⁶ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 125 محمد محي الدين ابراهيم، مرجع سابق، ص 150

⁷ تنص المادة 835 من جاز سند صحيح منقولاً أو حقاً عينها على المنقول أو سند الحامل فإنه يصبح مالكا له الملاك حسن النية وقت حيازته

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

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

فلو حدث ان ملك الشيء المبيع في يد المشتري الحائز، فاذا كان هذا الأخير حسن النية فلا يكون مسؤولا عن أي 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.¹

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.²

اذا في حالة الهلاك يتعذر على الملك استيراد ملكه من المشتري، ونلاحظ ان حق الملك في التعويض هذا 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 البائع³.

ثانيا: علاقة المالك بالبائع

يختلف الحكم بالنسبة لعلاقة المالك بالبائع، اذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري ام لا، فاذا 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 أو التقادم في العقار، فلا يستطيع المالك عندلّة استرداد ملكه منه.⁴

¹ تقابلها المادة 979 في. م. م والمادة 1195 في. م. الأردني.

² المادة 984 في من المصري والمادة 1191 في.. م الأردني / عبد الكريم احمد على المرتضى، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة)

أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 280

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، صفح 297

⁴ ايمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 150

اما اذا كان البائع قد سلم المبيع للمشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو 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 أو التقادم وسبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع لأنه يبيعه الملك غيره تسبب بالإضرار بالملك خاصة اذا كان سيء النية، لأنه في هذه الحالة يعتبر مغتصباً.

اما اذا ثبت أن البائع حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثة واعتقد لحسن النية انه قد ورثه فباعه لم يكن هناك محلاً للرجوع عليه بالتعويض فكل ما يكون للمالك هو استرداد ملكه ان امكن ذلك أو إلا يسترد قيمته، ويعتقد ان اساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الاثراء بلا سبب اذ لا يجوز ان يثرى البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي

الفرع الثالث: حالة اقرار المالك الحقيقي للبيع

تنص الفقرة الأولى من المادة 398 في م. ج: " اذا قرا المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري" وتقابلها المادة 1/ 467 ق.م.م. ويتضح من خلال نص هذه المادة يعتبر إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر من البائع إلى المشتري قبولاً منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع، وترتب عليه انتقال الملكية منه إلى المشتري، كما يعتبر هذا الإقرار سبباً من اسباب سقوط حق المشتري في ابطال العقد، لان اقراره بذلك يؤدي إلى زوال كل عقبة تمنع من انتقال الملكية إلى المشتري¹، لان عقد البيع اصبح صحيحاً، فينقضي هذا الحق تبعاً لزوال سببه، هذا وإن الاقرار الصادر من الملك الذي بمقتضاه صح العقد وسقط حق المشتري في الابطال، يجوز ان يكون صريح أو ضمناً يستفاد من أي تصرف يصدر منه، يستدل بجلاء أن هناك موافقة منه على البيع² كما ان نفاذ العقد في حق الملك يكون من تاريخ الاقرار لا من تاريخ ابرام العقد، الا أنه يترتب على الاقرار عدة نتائج، سنقوم بتبينها كما يلي:

¹الفاطمي: اذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حلى المشاري والمتأمل لمن هذه المادة يجدها مأخوذة حرفياً عن المادة 467 ق م المصري، وتأثر المشرع الأردني بما اخذ به ق.م.م. في نفس المادة 1 / 551 منه. المادة 311 ق.م. الأردني.

²محمد بن محمد بن محمد بن اسماعيل الغشم اجازة التصرفات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة د. من، من 350 و 351 وتسقط دعوى التعريض عن الاثراء بلا سبب في القانون المدني المصري بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من حلته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط في جميع الأحوال بالقبضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ونفس الحكم في نص تنص المادة 1/ 467 ق م المصري: اذا اقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار تاجراً في حق المشتري / تقابلها المادة 497 في م.

أولاً: سريان البيع في حق المالك: يؤدي اقرار المالك للمبيع إلى سريان هذا البيع في حقه وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية الشيء المبيع من الملك الحقيقي إلى المشتري¹ اذا 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 المبيع²، وهذا الاقرار ينتج اثره من وقت صدوره، اي ان الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ الاقرار اذا كان المبيع منقولاً، ومن تاريخ التسجيل اذا كان المبيع عقاراً، لأن اقرار المالك ليس له اثر رجعي يعود به إلى تاريخ إبرام العقد لان البائع حينها لم يكن مالكا، وإنما أصبح كذلك بالإقرار الصادر من المالك فقط، وتعتبر الحقوق التي قررها المالك على المبيع في الفترة ما بين إبرام العقد وصدور اقراره او تسجيله تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، لأنه صاحب حق الملكية كاملة، فاذا قام المالك برهن العقار المبيع او رتب عليه حق ارتفاق او أي حق عيني اخر قبل ان يجيز البيع الصادر من البائع، وقام الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق³ بتسجيل حقه في السجل العقاري قبل تسجيل اقرار المالك ففي هذه الحالة الملكية تنتقل الى المشتري محملة بحق الرهن أو الارتفاق⁴ فلا يكون امام المشتري في هذه الحالة الا الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي⁵ والمشروع الجزائري لم يتطرق الى كيفية حصول هذا الاقرار الصادر من الملك قد يكون صريحاً او ضمناً، كان يوقع الملك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره لبيع ملكه باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع، وقد قضى بانه لا يكون اقرار المالك ضمناً بمجرد قبضه للثمن بل لابد ان يعلم ان هذا هو ثمن ماله المبيع⁶.

و بانقلاب البيع صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي، فان كل طرف من أطراف العقد يبقى ملزماً بالتزامه، فالبايع يبقى ملزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً بإقرار المالك وبضمان الاستحقاق الجزئي، اذا ما رتب المالك حقاً عينياً على المبيع قبل اقرار المالك المبيع، ضف إلى الزامه بضمان العيوب الخفية، اما المشتري فيكون ملزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع⁷

¹ سليمان مرقس، فقرة 296، مرجع سابق، ص 707

² خليل قداد، مرجع سابق، ص 455

³ اسماعيل عبد الذي شاهين مرجع سابق ص 187 مُجَّد صبري السعدي مرجع سابق ص 140.

⁴ مُجَّد بن مُجَّد بن مُجَّد بن اسماعيل الغاشم، مرجع سابق، ص 464

⁵ مُجَّد حسن قاسم العقود المسماة، مرجع سابق، ص 196 / رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 160 / مُجَّد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 140

⁶ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 708

⁶ نفس المرجع، ص 59

⁷ مُجَّد حسن قاسم، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 190.

ثانيا: سقوط الحق المشتري في طلب الابطال: ان اقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير، يعتبر تأكيدا على ان هذا البيع صحيحا وناظدا، ويترتب على ذلك سقوط حق المشتري في المطالبة بإبطال البيع لأنه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الابطال يجب ان يكون اقرار المالك بالبيع قبل رفع المشتري دعوى البطلان او ادعاؤه بالبطلان، اما اذا صدر الاقرار بعد رفع الدعوى أو الادعاء بالبطلان، فان هذا لا يؤثر على المشتري، اذ ان المحكمة سوف تحكم له بالبطلان بأثر رجعي يستند إلى وقت الادعاء¹ فلا يسقط حق المشتري في طلب الابطال² 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 الدعوى³ وهو الراي الغالب لدى الفقهاء المصريين⁴.

ثالثا: العلاقة بين المالك والمشتري: يعتبر القرار المالك الحقيقي للعقد أن 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 المشتري بعد أو ان يتعرض له او يطالب باسترداده، كما لا يحق ان يتصرف في المبيع بعد اقراره لأنه يترتب على ذلك أن يصبح العقد نافذا في حق المشتري، وتنتقل اليه الملكية من تاريخ تسجيل العقد اذا كان المبيع عقارا، ومن تاريخ اقرار المالك للمبيع اذا كان منقولا،⁵ كما لا يحق للمشتري ان يطالب بالإبطال بعد اقراره من المالك، كما ان الملكية تنتقل محملة إلى المشتري بكل الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي عليها قبل ان تنقل ملكيته منه إلى البائع أو قبل اقراره بالبيع.

¹ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 141

² عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 299

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 298.

⁴ جاك الحكيم، مرجع سابق، ص 88.

⁵ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 519 خميس حضرة، العقود المدنية الكبيرة للبيع والتأمين، طلا، دار النهضة، القاهرة 1979، ص 321.

المبحث الثاني: أحكام رهن ملك الغير

نصت المادة 1033 / 2 ق. م. م على أنه: "إذا كان الرهن غير ملك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا اقره الملك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا 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 الخلاف 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

تقتصر 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 الوسمي على اشتراط ان يكون الرهن على عقارات حاضرة أي أنه حظر رهن مال المستقبل وذلك بنص المادة (2419) منه).¹ 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 المرهون² 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 بعد تصحيحا للرهن الباطل قياسا على رهن مال المستقبل،³ فيترتب على بطلان الرهن الصادر من غير مالك بطلانا مطلقا.

¹ تنص المادة 2419 من القانون المدني الفرنسي على ان :

L'hypothèque ne peut en principe être consentue que sur des immeubles présents- 115 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

² -Mestre Jacques Putman Emmanuel Billian Mare-Traité du droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, droit de commerce des suretésthéorie générale, 1. G. DS DELTA 1993 Page 288

³ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 89، هامش رقم 01.

أي أنه يجوز ان يتمسك به المالك وخلفه كما يجوز ان يتمسك به كل شخص ذي مصلحة فيتمسك به الدائنون الشخصيون للراهن ويتمسك به الغير الذي آلت اليه ملكية المال المرهون الذي باع له الراهن أو وهبه أو زمن له المال، بل ويجوز الراهن وخلقه العام التمسك بهذا البطلان حتى لو كان سيء النية عند ابرام الرهن¹ وهذا الاتجاه غريب من حيث أنه يجعل رهن ملك الغير الباطل بطلانا مطلقا يختلف عن حكم بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال.²

ويرجع الفقه اختلاف حكم رهن ملك الغير عن بطلان بيع ملك الغير إلى طبيعة الالتزامات التي يرتبها 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 أولى ان يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذه التفرقة ترجع إلى القانون الروماني³. وفي المقابل يرى بعض الفقه الفرنسي ان رهن ملك الغير يعتبر صورة من صور رهن المال المستقبل وبالتالي يأخذ نفس الحكم، ويرجع إلى 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.⁴

وينتقد فقه آخر بطلان رهن ملك الغير في استناده إلى 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 مستقبلا⁵ ويأخذ الرهن الحيازي حكم الرهن الرسمي اذا تنص المادة 2335 ق. م. ف، على بطلان الرهن الحيازي الصادر عن غير مالكة،⁶ دون ان تجعل من رهن ملك الغير رهنا حيازيا صورة من صور رهن مال المستقبل⁷

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 115.

² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 78، هامش رقم 159

³ Mestre Jacques -Putman Emmanuel théorie générale, op cit Page 289 Billian Mare droit commun des suretés réelles

⁴ إذ تنص المادة 2333 على جواز رهن المال المستقبل

⁵ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 81.

⁶ ART 2335 Le gage de la chose d'autrui est nul. En peut donner lieu à des dommages etintérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fut à autru

⁷: 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.

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:

1. اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره 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 وهن مال المستقبل. والنص يترتب على تخلف شرط الملكية في الرهن الرسمي قابلية العقد
للإبطال، وهو نفس الجزاء بالنسبة لبيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا حيازيا¹. وقد اراد المشرع المصري توحيد
بيع ملك الغير مع رهن ملك الغير رهنا رسميا² أو رهنا حيازيا² وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية وأيده جانب
من الفقه ويترتب 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 برمه 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،³ الا ان قابلية الرهن للإبطال لعدم الملكية يتعد عن قابلية العقد للإبطال في القواعد
العامة من عدة أوجه:

- ان قابلية العقدة للإبطال في القواعد العامة هو نتيجة لنقص الأهلية أو لعب من عيوب الارادة، ولا يمكن
الاستناد إلى هذه الأسباب في تقرير قابلية العقد للإبطال لعدم ملكية الراهن، فبطلان رهن ملك الغير لا يستند

¹ تنص المادة 466 ق م. مصري: "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو
وقع البيع على عقار محل العقد أو لم يسجل، وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة، ولو اجاز المشتري العقد".

² شمس الدين الوكيل القرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي، حقوق الامتياز، نشأة
المعارف، الاسكندرية، 2، 1959، ص 91

³ وتنص المادة 1098 في م. مصري على انه " تسري على الرهن الحيازي احكام المادة 1033.

إلى القواعد العامة في البطلان لتخلف شرط في انعقاد العقد أو صحته، وكل ما يمكن الاستناد إليه في القواعد العامة هو حق الدائن في التمسك بسقوط أجل الدين لعدم تقديم الرهن ما وعد به في العقد من تأمين¹.

- 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 إبرام 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.

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 إلى 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 إلى الحكم الذي توصل اليه القانون الفرنسي فإنه لا يمكن القول ان المشرع سلك نفس المسلك ذلك أن المشرع الفرنسي نص على بطلان رهن المال المستقبل بطلانا مطلقا وجعل من رهن ملك الغير صورة من صور

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 10 مرجع سابق، فقرة 135، ص 297 ص 755 / 1 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 شمس الوكيل، مرجع سابق، ص 92، 93، ويرى أنه كان من الأفضل على المشرع المصري ان يستعير صياغة المادة 2822 من القانون الإيطالي اذا تنص على اله: اذا انشأ الرهن شخص غير مالك للشيء فانه لا يجوز اجراء القيد الا من الوقت الذي يصبح فيه الرهن مالكا لهذا الشيء" فالنص لا يرى في رهن ملك الغير أي عيب يستدعي ابطاله.

رهن المال المستقبل وبالتالي يأخذ نفس الحكم وهو البطلان المطلق، في حين ان المشرع الجزائري لم ينص على حكم رهن المال المستقبل ولم يجعل من رهن ملك الغير صورة له .¹

وبالنظر إلى حكم رهن ملك الغير في القانون المصري فإنه لا يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ نفس 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 ، لأن حكم بيع ملك الغير ورد كاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه .²

وبالرجوع إلى نص المادة 884 ق. م. ج وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالك للعقار المرهون واهلا **للتصرف فيه**" نجد أن المشرع الجزائري جعل من الملكية شرطا في الرهن الرسمي،³ والجزاء المترتب على تخلفه هو البطلان المطلق⁴ ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد وصل إلى نفس الحكم المقرر في القانون الفرنسي، وإذا كان القانون المدني الجزائري لم يتخذ نفس المسلك مع القانون الفرنسي إلا أنه يتفق معه في النتيجة وهي بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا، وبالتالي يترتب عليه نفس النتائج التي رتبها الفقه والقضاء الفرنسيان، وإذا كان القانون الفرنسي قد ساوى بين الرهن الرسمي والحيازي في الحكم بالبطلان 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 في. م. ج وبالتالي فهل يمكن أن

¹ ويرى البعض باتباع رهن ملك الغير، حكم بيع ملك الغير الاتحاد العلة، مُجد حسنين الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني

الجزائري، مرجع سابق، ص 127

² شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 117.

³ يرى بعض الفقه ان شرط الملكية ليس شرط لانعقاد وبرر ذلك أن المعلق القانوني يقضي بأن شروط سلامة التصرف هي الشروط التي تتعلق بالعنصر الانشائي فيه، والعنصر الانشائي في التصرف لا يخرج من نطاق الرضا فيرتبط الإرادة فقط ، من حيث وجودها وسلامتها وتطابقها، ويمنح شرط الأهلية والشروط الشكلية ضمن شروط السلامة لأنها مقررة الحماية 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 يرتب على تخلف شرط من الشروط اللازمة نفس الجزاء الذي يرتبه على تخلف شرط من شروط السلامة والانعقاد فيكون البطلان جزءا لتخلف شروط الانعقاد كما قد يكون جزءا لتخلف بعض الشروط اللازمة وفقا للسياسة المشرع ، فشرط الملكية لا يعدو أن يكون شرط لازما لا شرط لإنشاء العقد ان ملكية الراهن للمال المرهون أساسا وجوب ان يكون الراهن صاحب ولاية مع المال المرهون، اشار اليه الأستاذ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص. 93 و

94 هامش رقم 02

⁴ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 117 / مُجد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 46

تطبق على الرهن الحيازي الغير مملوك للراهن أحكام 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 وتختلفها لا يعيب الارادة مما لا يدعو إلى 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، وإزاء عدم وجود نص خاص في أحكام الرهن الحيازي يترتب جزاء لتخلف الملكية لا يبقى الا الرجوع إلى القواعد العامة التي تمنح الدائن المرتهن الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ الراهن التزامه طبقا للمادة 119 في. م. ج والتي تقتضي بسقوط حق المدين في الأجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد به من تأمين طبقا للمادة 211 ق. م. ج¹ و يكون الرهن غير نافذ بالنسبة للمالك الحقيقي وغير ملزم له وحق له أن يقيم دعوى الاستحقاق ويسترد الشيء المرهون من المرتهن.²

الا ان المادة 970 / 2 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 وهنا 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 أو حيازي، فان الرهون الواردة على اشياء مثلية صادرة عن غير ملك تكون باطلة بطلانا مطلقا.

ونخلص إلى 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 إلى تدخل المشرع للإبطال رهن ملك الغير.

¹ ابراهيم بن غانم نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، سنة 1975، ص 37

² 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 ببطلان 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 تقضى سقوط الأجل اذا لم يقدم المدين ما وعد به من تأمينات.¹

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من رهن ملك الغير

سبق وأن أشرنا من أن المشرع لم ينص على تصرف في ملك الغير في الرهن الحيازية ولم يخلنا إلى تطبيق نص المادة 884 م. ج، التي تحكم الرهن الرسمي، الا أن القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز لشخص أن 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 تكيف طبيعة الأثر الذي يترتب على العقد الوارد على رهن ملك الغير. فذهب البعض منهم إلى القول بأن العقد يكون قابلا للإبطال² وذهب البعض الآخر إلى القول بأن العقد باطلا بطلانا مطلقا³

أما الفريق الثالث فيرى بأنه قابلا للتصحيح بمعنى ان العقد يبقى موقوفا لا صحيحا ولا باطلا⁴. أما موقف المشرع الجزائري فلم ينص على رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه في حالة بيع ملك الغير (م 397 و 398 مدني 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 الفسخ⁵ هنا تطبيقا لنص المادة (119 م. ج) التي تقضي بأن عدم تنفيذ الالتزام يؤدي الى

¹ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 93

² صحيح أن المشرع الجزائري لم ينص على عدم جواز رهن ملك الغير في الرهن الحيازي ولم يعلنه إلى نص المادة 884 مدني، والمتعلق بالرهن الرسمي لكن نص على عدم جوازه عرضا بنص المادة 970 مدني في الفقرة الثانية كما سنرى.

³ محمد وحيد الدين سيوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية والشعبة، ج 2، دط، دمشق، سوريا، سنة 1968، 1969، بعد 252، ص 191 السنهوري: فقرة 911، 777، ج 10

⁴ سليمان مرقس بند 43، ص. ص 55 و 67 / أشار إليه السنهوري، ج 10، ص 305، فقرة 138

⁵ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، فقرة 75، ص من 184 و 189 / ايضا شقيق شحاته النظرية العامة التأمين، بند 92 - 93، ط 2 القاهرة،

فسخ العقد وكذلك نص المادة 211 مدني جزائري التي تقضي بسقوط حتى 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.¹

¹تنص المادة 211 مدني، من مجلة الحقوق العينية التونسية على ما يلي : اذا تسلم الدائن على وجه الرهن شيئاً منقولاً أو جملة منقولات ممن لا ملك ذلك فانه لا يكسب حق الرهن في تلك الأشياء ولو كان على حسن نية".

خلاصة الفصل الثاني

إن الاختلاف الحاصل في تأصيل أحكام بيع ملك الغير رهن ملك الغير يرجع إلى النظريات المتضاربة في التشريع الأوروبي و العربي لذلك يرجع المشرعون إلى الأحكام العامة في القانون و في القاعدة الحكيمة التي تراءت أمامهم. إذ أنا ومن خلال نص المادة 884 ق. م. ج تجد 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 لاتساق التشريع أي ليوحد الحكم بينهما و هو القابلية للإبطال..

خاتمة

خاتمة

لقد تضمنت الدراسة اشكالية التصرف في ملك الغير سواء ببيعه أو برهنه، فكلا التعاملين هما بمثابة اثبات للشيء المبيع أو المرهون، ولما كان الشيء المبيع يتطلب الزامية التعاقد فنحن أمام طرف ثالث سيدخل حيز الالتزام بالإقرار أو الاعتراف وهو المالك الحقيقي، وهذه المسألة أفاضت الكأس أمام المشرعين والفقهاء لذلك وجدنا انفسنا ملزمين ونحن نكمل هذه الدراسة البحث والتقصي لإمطة اللثام عن وجه الموضوع الذي للوهلة الأولى تحسبه مفترق مختلف ولكنه مترابط متوحد في العلة.

فتضمنت هذه الدراسة مقدمة للدراسة، فرضياتها، مشكلة الدراسة ومنهجيتها بالإضافة إلى الإطار النظري وما تهدف اليه.

وبعد ان انتهينا من ذلك عرضت الدراسة في الفصل الأول 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 بيعا 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 مستقل به.

اما في الفصل الثاني في هذه الدراسة، فقد تناولنا دراسة احكام كل من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير وبالرجوع الى أحكام بيع ملك الغير نجد أن 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 أو سيئ النية لأنه الوحيد المتضرر من ذلك فاذا كان حسن النية فقد منحه القانون بالإضافة إلى حقه في المطالبة بإبطال العقد الحق في المطالبة بالتعويض دون أن يكون حسن النية أو سوء النية للبائع أي أثر على حق المشتري في المطالبة به، واشرنا ايضا الى انه يوجد أي اخر ينادي أحقية البائع في طلب البطلان على اساس القواعد العامة في الغلط.

ومن خلال هذه الدراسة خلصنا إلى ان موقف المشرع الجزائري كان أسوة بالمشرع الفرنسي لذلك انتهينا إلى أن حكم رهن ملك الغير هو البطلان المطلق ومن خلال هذا الحكم أوقفنا 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 أو اذا انتقلت الملكية بعد البيع إلى البائع، فان رهن ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا لا يصححه شيء.

الاقتراحات و التوصيات:

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.

ثانيا: ضرورة ايجاد او وضع نص في ما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى 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 يحكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.



قائمة المصادر و المراجع

أولاً: باللغة العربية

➤ المصادر:

أ. المراجع اللغوية:

- 1- أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، المجلد الأول، د. ط ، دار الفكر، بيروت لبنان 1399هـ / 1979 م.
- 2- أبو نصر إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج 3، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، 1999.
- 3- بن منظور، لسان العرب الجزء الثاني، دار المعارف، 1911.
- 4- الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني، تاج العروس، تحقيق علي شيري، د ط، بيروت سنة 1994.
- 5- صاحب ابن عباد إسماعيل بن عباد بن العباسي، المحيط في اللغة تحقيق حسن آل ياسين، ط1، بيروت، سنة 1994.
- 6- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط د ط دار العلم، د ب نه د س ن.

ب- المراجع الخاصة:

أ. الكتب القانونية المتخصصة

- 7- أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010.
- 8- أحمد سلامة، التأمينات المدنية، د ط دار التعاون للطبع والنشر، د. ب. ن. 1966
- 9- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د ط، د. ب. ن. د س. 5.
- 10- أحمد نجيب الهلالي باشا، عقد البيع، الطبعة 3 ، د. ن. د. ب. ن. ، 1940.
- 11- إسماعيل عبد النبي شاهين أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني د. ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005.
- 12- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية والعقود المسماة، لعقود التي تقع على الملكية: (البيع الخاصة)، ج9، د. ط ، د. نه بيروت، لبنان، 1997.
- 13- أمجد محمد، منصور، النظرية العامة للالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية، طلا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

- 14- أنور العمروسي العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، سنة 2002.
- 15- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، بط دار النهضة العربية، بيروت، د ب ن سنة 1987.
- 16- توفيق حسن فرج، الموجيز في عقد البيع ب ط دار الجامعية، مصر سنة 1988.
- 17- جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، د.ط، دار الفكر، بيروت، 1980.
- 18- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع الإيجار المقاول، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعزة بالقرارات، د ط، المكتبة القانونية، بغداد لسنة 2007.
- 19- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثرها على حقوق الشركاء دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999.
- 20- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني المدني المصري، دل دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993.
- 21- حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني المصري د. ط، د. ن، مصر، 2003 / 2004.
- 22- حسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية وقانونية وفضائية مقارنة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 23- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 24- خميس خضرة ، العقود المدنية الكبيرة للبيع والتامين، ط1، دار النهضة، القاهرة 1979.
- 25- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، د ط دار الجامعية، الإسكندرية، د س ن.
- 26- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، فقها وقضاء، ط3، مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997 1998.
- 27- سلطان أنور بالاشتراك مع جلال العدوى العقود المسماة، عقد البيع، د ط ، دار المعارف القاهرة، د س . ن .

- 28- سليمان مُجدي الرهن الرسمي، د. ط ، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الادارية، ابن عكنون، الجزائر،
2002/ 2001
- 29- سليمان مرقس، العقود المسماة ، عقد البيع ، ط 1 ، عالم الكتب القاهرة: سنة 1980.
- 30- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، 5، دن،
سنة 1990.
- 31- سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د. طه منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1973.
- 32- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د طه
الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، القاهرة، د س ن.
- 33- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرحمن الرسمي، حق الاختصاص، حقوق
الامتياز، د ط، نشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- 34- شاکر ناصر، شرح القانون المدني الجديد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997.
- 35- شفيق شحاته النظرية العامة التأمين بند 92، ط2، القاهرة 1961.
- 36- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق
الاختصاص والرهن الحيازي، حقوق الامتياز، نشأة المعارف الاسكندرية، ط2، 1959.
- 37- شوشاري صلاح الدين مُجّد نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1،
دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.
- 38- شوفي بن ناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة لأحكام الفقه
الإسلامي والقوانين الوضعية فرنسي - مصري، د ط دار هومه ابن عكنون، الجزائر، 2009 .
- 39- عباس الصراف شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة، بدون طبعة دار البحوث العلمية،
الكويت، د س ن.
- 40- عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير دراسة مقارنة ط1، دار وائل البشر، الأردن، سنة 1998.
- 41- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد التأمينات الشخصية والعينية، ج
10، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 42- 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.

- 43- عبد الرزاق أحمد السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، ط1، دار الأحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ 1954، لبنان شمس، القاهرة، 2006.
- 44- عبد الكريم احمد علي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2006.
- 45- عبد الهادي الحكيم عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ، د. طرد. ن. د. ب. ن. 1979
- 46- على علي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 47- الغيائي، لاشين محمد يونس بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986.
- 48- فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، د ط دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، سنة 2006.
- 49- محمد حسن قاسم العقود المسماة البيع والتامين (الضمان الايجار) ، دراسة مقارنة، د. طه منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 50- محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ب ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006.
- 51- محمد رضا الخضيرى ، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية ، دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع د ب ن ، 1989.
- 52- محمد سعيد جعفرور إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي د ط دار هومة بوزريعة، الجزائر، سنة 2009.
- 53- 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.
- 54- محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ط1، مكتبة الشهورى، سنة 2015.
- 55- محمد محي الدين ابراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الاسلامي دراسة مقارنة، د ط دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية: القاهرة، سنة 2007.

القوانين:

1- القانون رقم 90/25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري الجريدة الرسمية ، العدد 99 لسنة 1990م

2- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869.

. المواقع الالكترونية:

1- شادي قاسم ابو عرة ، باحث ومستشار قانوني، بحث بعنوان المقالة بين العقد الموقوف والعقد القابل

للإبطال، منشور على الشبكة الالكترونية www.omanlegal.net :تاريخ للمعينة

.07/07/2011

ثانيا : باللغة الفرنسية

. A. Ouvrages généraux:

Mestere jacques, putmaniem ma nuel, billiaumarc, traité de droit civil, sous la derection de jacques ghestin, droit commun des SÛRETés réelles théarie gé- néral, L.G.D.J-delta 1997.

فهرس المحتویات

الصفحة	العنوان
	شكر و عرفان
	الإهداء
أ - د	مقدمة
28-6	الفصل الأول: ماهية التصرف في ملك الغير
6	مقدمة الفصل
7	المبحث الأول: بيع ملك الغير
7	المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير
8	الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير.
8	أولاً: تعريف ملك الغير في القانون الوضعي
9	الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى.
9	أولاً: شروط بيع ملك الغير
11	ثانياً: تمييز بيع ملك الغير عن بعض المفاهيم المشابهة
13	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير
13	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي
13	أولاً : نظرية الفسخ
14	ثانياً : نظرية البطلان المطلق
15	ثالثاً: نظرية تحول العقد
16	رابعاً: نظرية البطلان النسبي
18	الفرع الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لملك الغير
18	أولاً : أحكام العقد القابل للإبطال
18	ثانياً: أحكام العقد الموقوف
19	ثالثاً: بيع ملك الغير بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف
19	المبحث الثاني: رهن ملك الغير

19	المطلب الأول: مفهوم رهن ملك الغير
19	الفرع الأول: تعريف الرهن
19	أولا : تعريف الرهن لغة
20	ثانيا: تعريف الرهن اصطلاحا
20	ثالثا: تعريف الرهن في القانون
23	الفرع الثاني: التعريف برهن ملك الغير
23	أولا: تحديد المقصود برهن ملك الغير
24	الفرع الثالث: تمييز رهن ملك الغير عن الصور القريبة منه
24	أولا: رهن المال المستقبل
25	ثانيا: التعهد عن الغير
25	ثالثا: التوكيل في الرهن
25	المطلب الثاني: صور رهن ملك الغير
25	الفرع الأول: الرهن الصادر من غير مالك ابتداء
25	أولا : الرهن الصادر من الحائز
25	ثانيا: الرهن الصادر عن المالك الظاهر
26	ثالثا: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي
27	الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك ملكية موصوفة
27	أولا: الرهن الصادر من المالك على الشيوع
27	ثانيا: رهن المباني المقامة على ارض الغير
28	خلاصة الفصل الأول
58-30	الفصل الثاني: أحكام التصرف في ملك الغير
30	مقدمة الفصل
31	المبحث الأول: أحكام بيع مالك الغير

31	المطلب الأول: أحكام بيع مالك الغير فيما بين المتعاقدين
31	الفرع الأول: قابلية بيع مالك الغير للإبطال
32	أولاً: إبطال البيع من حق المشتري وحدة دون غيره
33	ثانياً: إبطال البيع من حق البائع والمشتري
34	الفرع الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض
36	الفرع الثالث: تصحيح بيع مالك الغير
36	أولاً: سقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع مالك الغير (التقادم)
37	ثانياً: إجازة المشتري للبيع
38	ثالثاً: تملك المشتري المبيع
40	رابعاً: تملك البائع المبيع
41	خامساً: اقرار المالك الحقيقي
42	المطلب الثاني: أحكام بيع مالك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
42	الفرع الأول: مفهوم الإيجاز والاقرار في القانون الوضعي
42	أولاً: تعريف الإجازة
43	ثانياً: تعريف الاقرار
44	الفرع الثاني: حالة عدم اضرار المالك الحقيقي للبيع
45	أولاً : علاقة المالك بالمشتري
46	ثانياً: علاقه المالك بالبائع
47	الفرع الثالث: حالة اقرار المالك الحقيقي للبيع
48	أولاً: سريان البيع في حق المالك
49	ثانياً: سقوط الحق المشتري في طلب الإبطال
49	ثالثاً: العلاقة بين المالك والمشتري
50	المبحث الثاني: أحكام رهن ملك الغير
50	المطلب الأول: حكم رهن مالك الغير في القانون المصري والفرنسي

فهرس المحتويات :

50	الفرع الأول: رهن مالك الغير في التقنين المدني الفرنسي
52	الفرع الثاني: حكم رهن مالك الغير في القانون المدني المصري
53	المطلب الثاني: حكم رهن مالك الغير في القانون المدني الجزائري
53	الفرع الأول: موقف المشرع المدني من رهن ملك الغير
56	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من رهن ملك الغير
58	خلاصة الفصل الثاني
60	خاتمة
63	قائمة المصادر و المراجع
	فهرس المحتويات

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى سيدنا مُحَمَّد وعلى اله وصحبه أجمعين اما بعد:
اولا وفي بادئ الأمر أرحب الدكتور قوق أم الخير التي كان لها خير عون في اعداد هذه المذكرة
وأرحب بالسادة أعضاء لجنة المناقشة كل بسمه والحضور الكريم - طبتم وطاب ممشاكم.

نحن اليوم بصدد مناقشة مذكرة تخرج الموسومة بعنوان **التصرف في ملك الغير تخصص : قانون عقود
ومسؤولية**

ان التصرف في الحقوق من أكثر المواضيع الشائعة في الحياة العملية ذلك أن 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 يُحسين
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 إلى حماية الاطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية
تمنع الغير من الاعتداء عليها ذلك ان المالك خول له القانون التصرف فيها باستعمال السلطات
الثلاث،¹ وهي سلطة الاستعمال يمكن أن تكون للغير أي غير مالك للعقار والاستغلال بيع ، رهن
و ايجار وان كان الغير يستطيع أن يستعمل سلطة الاستعمال والاستغلال بالسماح له من قبل للعقار
المالك الا ان سلطة التصرف تبقى حكرا على المالك وحقا مكرسا ومحمي بواسطة القانون ولكن قد
يحدث أن يكون التصرف من غير المالك وهو ما يدخلنا الى صميم البحث الذي نحن بصدد دراسته،
كأن يتصرف الاب في اموال ابنائه أصيلا لا نائبا، أو 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

¹ جباري رضاء التصرف في ملك الغير أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، علوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

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 أو اقراره من قبل المالك الشيء الذي عادة ما يكون اجنبي عن هذا التصرف.

ولقد قمنا باختيار عنوان هذه المذكرة الاسباب الآتية:

لذلك كانت اسباب اختيار هذا الموضوع واضحة من بداية بحثنا الا وهي مقدمته وكَانَ أهمها مسألة نقل الملكية إلى المشتري حيث تكون 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، حيث أن المشرع الجزائري حصر فكرة التشريع عند القوانين الفرنسية، الأمر الذي جعلنا من خلال هذه الدراسة نحاول ان تسلط الضوء على التشريعات العربية التي حاولت التملص من الركود الفكري واخذت منحى الاجتهاد والابتكار.

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:

كيف نظم المشرع الجزائري تصرفات البيع ورهن الواقعة على ملك الغير؟

ولالإحاطة بهذا الموضوع والاجابة على الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي بحيث أن المنهج الوصفي هو المرحلة الأولى التي على الباحث اعتمادها من اجل ابراز الجانب النظري = ن طريق جمع المعلومات لاستيعاب معمق للموضوع، أما 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 إلى فصلين حيث يقتضي التعرض في المرحلة الأولى إلى ماهية التصرف في ملك الغير (الفصل الأول) والبحث في المرحلة الثانية عن احكام التصرف في ملك الغير (الفصل الثاني).

ومن خلال هذه الدراسة خلصنا إلى ان موقف المشرع الجزائري كان أسوة بالمشرع الفرنسي لذلك انتهينا إلى أن حكم رهن ملك الغير هو البطلان المطلق ومن خلال هذا الحكم أوقعنا انفسنا رغما عنا في نفس المفارقة التي وقعت في الفقه والقضاء الفرنسيين، فبينما حكم بيع الغير هو القابلية للإبطال ويصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي أو اذا انتقلت الملكية بعد البيع إلى البائع، فان رهن ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا لا يصحبه شيء.

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.

ثانيا: ضرورة ايجاد او وضع نص في ما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى 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 يحكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.

الكلمات المفتاحية : التصرف في ملك الغير، حقوق الملكية، العقد الباطل، نقل الملكية ، الملكية المشتركة، الالتزامات التعاقدية، العقود الباطلة، التعويض عن الأضرار، الشرط الفاسخ.

Abstract

In the name of God is Most Gracious, Most Merciful

Praise be to God, that is enough, and prayers and peace be upon the Chosen Prophet, our Master Muhammad, and upon his family and all his companions after:

First and foremost, I welcome Dr Kouk Oum El-Khir, who was of great help in preparing this memorandum, and I welcome the members of the discussion committee with a smile and a generous presence - may you be well and good. Thank you.

Today we are discussing a graduation thesis entitled Disposition of the Property of Others, Specialization: Contract Law and Liability

Disposing of rights is one of the most common topics in practical life, as this type of disposal focuses on financial rights. Therefore, the topic of disposing of the property of others, whether by sale or mortgage, was chosen because of its great importance and its impact on the economic and social field and the stability of civil transactions when the legislator improves its regulation. With clear provisions to preserve the rights of contracting parties and the rights of third parties, which the legislator and law students have always been keen to protect and address. In view of this, the subject of disposition in particular and the subject of rights in general have been given great importance by jurists and civil divisions of laws by introducing numerous legal texts aimed at protecting The contracting parties, as well as the real owner, have protection that prevents others from attacking it, because the owner is authorized by law to dispose of it using the three powers: It is the authority to use It may belong to someone other than the owner of the property and exploitation Sale, mortgage and rent Although others can use the authority to use and exploit the property by allowing it to be owned by the owner, the authority to dispose of it remains exclusive to the owner and a right enshrined and protected by the law. However, it may happen that the disposal is done by someone other than the owner, which brings us to the heart of the research that we are about to study, such as disposing of The father is in his children's property as a principal and not a representative, or the husband is in the property of his wife, and that another person disposes of another person's property without legal permission, whether this is by sale or mortgage. Hence the idea of disposing of the property of others is proposed, about which opinions ranged and differed between absolute invalidity, and this action is based on the rule The one who lost something does not give it, or based on an idea that was built on falsehood, it is invalid, and the relative invalidity of this disposition is that the basic principle regarding things is permissibility, and

the exception to them is prohibition, and from here this disposition is considered valid until it is requested to be annulled, approved, or approved by the owner of the thing that is customary. What is strange about this behavior.?

We chose the title of this memorandum for the following reasons:

Therefore, the reasons for choosing this topic were clear from the beginning of our research, which is its introduction, and the most important of them was the issue of transferring ownership to the buyer, as in some cases there is a person selling what he does not own, which makes us wonder what the consequences of that are, especially if the buyer owns the thing sold in a legal manner and then the owner appears. Suddenly, in light of the presence of legal loopholes arising from the nature of these transactions and the inability of texts to confront these loopholes, the Algerian legislator limited the idea of legislation to French laws, which made us, through this study, try to shed light on Arab legislation that tried to evade intellectual stagnation and took the curve of diligence and innovation.

From all of the above, this topic aroused our curiosity, so we will try as much as possible to clear up some of the ambiguity surrounding it, and this will not be achieved unless we answer the problem that revolves around: How did the Algerian legislator regulate the actions of selling and mortgaging the property of others?

In order to cover this topic and answer the problem, we have adopted the descriptive and analytical approach, so that the descriptive approach is the first stage that the researcher must adopt in order to highlight the theoretical aspect by collecting information for an in-depth understanding of the topic. As for the analytical approach, which cannot be dispensed with because it measures the extent of the impact of our topic. On the legal reality, it is done by analyzing jurisprudential opinions and legal materials, while examining the judicial jurisprudence related to the subject of disposalFY The property of others.

Based on the above, the topic will be dealt with by dividing our research into two chapters, as the first stage requires examining the nature of disposal of the property of others (the first chapter) and researching In the second stage, the rulings on disposing of the property of others(Chapter II.(Through this study, we concluded that the position of the Algerian legislator was similar to that of the French legislator. Therefore, we concluded that the ruling on mortgaging the property of others is absolute invalidity, and through this ruling we hurt ourselves. Against our will

In the same paradox that occurred in French jurisprudence and jurisprudence, while the ruling on selling to others is voidable and becomes right. If the real owner approves it, or if ownership is transferred after the sale to the seller, then the mortgage on someone else's property becomes absolutely void and is not accompanied by anything..

Firstly: It is necessary to follow the example of Arab legislation, which tried to evade, even if only slightly, legislation The European woman who we knew emulated her Roman ancestors and the philosophy of the Church Adopting the suspended contract theory, which facilitates the volume of transactions because it gives The right belongs to the real owner and no one else, as you make it the headquarters for sale and he has the right only to either permit it or prevent it, so the buyer only has the right to cancel it..

Secondly The necessity of finding or developing a text regarding the stages of the contract by dividing it into valid, invalid and suspended. Thus, the cases of a voidable contract in the law become the same as the cases of a suspended contract represented by those lacking capacity, defective will, and the seller of someone else's property..

Third: It is necessary to amend civil legislation also with regard to the partner selling all the common money because He limited himself to creating a special text governing the sale by a partner of a separate portion of the common property.

Keywords: disposition of the property of others, property rights, void contract, transfer of ownership, joint ownership, contractual obligations, void contracts, compensation for damages, resolute clause.