



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique



UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MUSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

بيع ملك الغير في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالبة:

بن طرية معمر

عزيزية منصورية

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) خالد زواتين رئيسا

الأستاذ(ة) بن طرية معمر مشرفا مقررا

الأستاذ(ة) جطي منصور مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/08/28

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
"و لقد كرمنا بني آدم و
حملناهم في البر و البحر و
رزقناهم من الطيبات و
فضلناهم على كثيرا ممن خلقنا
تفضيلا "

{ صدق الله العظيم }

الإهداء

أهدي عملي المتواضع

إلى والدتي الغالية في طلب الرضا

من أشعلت شمعة في دربي حفظها الله

من أرشدتني إلى طريق العلم و غرست في نفسي حب القراءة و طلب العلم

إلى أبي الغالي أطال الله في عمره

إلى روح جدي أسكنه الله فسيح جنانه

إلى جدتي رعاها الله و باقي العائلة (خالاتي و أخوالي)

إلى صديقتي رفيقات دربي .

الشكر و التقدير

قال الله تعالى: { قال الذي عنده علم من الكتاب أنا أتيتك به قبل أن يريد إليك طرفك فلما رآه مستقرا عنده قال هذا من فضل ربي ليبلوني أشكر أم أكفر و من شكر فإنما يشكر لنفسه و من كفر فإن ربي غني كريم }.

الشكر لله سبحانه و تعالى الذي وفقني لإكمال هذه المذكرة

و الصلاة و السلام على المبعوث رحمة للعالمين و على آله و صحبه أجمعين

أتقدم بالشكر إلى أجمل إنسانة ربنتي و أرق أم ساعدتني في مشواري الدراسي لها

الفضل بعد الله فيما وصلت إليه الآن

و أتقدم بالشكر و التقدير إلى أستاذي الدكتور بن طرية معمر على حسن تعاونه

و على ما قدمه لي من علم نافع و عطاء متميز و إرشاد مستمر

و لكل من نصحني ووجهني و ساهم معي لإعداد هذا البحث

{ صديقاتي الغاليات فتيحة، شريفة، نريمان، مريم }

قائمة المختصرات:

- ج : جزء .
- ج ر : الجريدة الرسمية.
- د ب ن : دون بلد النشر.
- د س : دون سنة.
- د ط : دون طبعة
- ص : صفحة.
- ط : طبعة.
- ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري.
- ق م ج : القانون المدني الجزائري.
- ق م ف : القانون المدني الفرنسي.
- ق م م : القانون المدني المصري.

مقدمة

يعد عقد البيع من أقدم العقود بعد المقايضة، فبداية المعاملات عند الجماعات البشرية الأولى كانت في صورة مقايضة، و المقايضة هي مبادلة سلعة بسلعة أخرى، و مع مرور السنين ظهرت لها عدة عيوب لذلك أصبحت عقبة أمام تقدم التجارة، و هذا ما أدى إلى ظهور فكرة البيع، الذي أصبح من أهم العقود المسماة و أكثرها شيوعا في المعاملات المالية، ولا يكاد يمر يوم إلا و يعقد الشخص أكثر من عقد بيع، فأصبح التعامل به شائعا إلى غاية استحوازه على كل المعاملات، مع العلم أن القانون الروماني لم يعترف بالبيع كعقد ناقل للملكية لأنهم يقدسون الملكية ولا يسمحون لغير الرومان بالتملك في روما ، ومع كثرت المبادلات ما بين الشعوب الأخرى و الشعب الروماني فقد ظهر ما يعرف بالبيع مع عدم نقل الملكية، بل يضمن البائع للمشتري حياة المبيع حياة هادئة ومستمرة، و التالي كان يمكن أن يبيع الشخص شيئا لا يملكه، فهو لا ينقل الملكية بل ينقل الحياة، ثم تطور البيع إلى أن أصبح ناقلا للملكية. كما و قد بينت الشريعة الإسلامية قيمة و مكانة هذا العقد ذلك بقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم "وأحل الله البيع وحرم الربا"¹.

لذلك أصبح يحتل مكانة خاصة جعلت التقنيات الحديثة تفسح مجالا كبيرا للنصوص التي تنظمه، من بينها القانون الجزائري حيث تناوله في الفصل الأول من الباب السابع المتعلق بالعقود المتعلقة بالملكية، و قد عرفته المادة 351 من ق م ج كما يلي: "البيع عقد يلتزم

¹ سورة البقرة الآية 275.

بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹، و من خلال نص المادة يتبين لنا أن غاية القانون هي حماية أطراف العقد من اعتداء الغير، حيث أعطى القانون لمالك الشيء من التصرف فيه دون غيره، و لكن قد نجد شخصا يتصرف في غير ملكه، كأن يبيع الحاضر أموال الغائب، أو يبيع الأب ملك ابنه، لا باعتباره نائبا عنه، بل باعتباره أصيلا عن نفسه، أو يبيع الزوج ملك زوجته، أو يبيع شخص شيئا على أنه ملكه، ثم يتبين أنه ملك لغيره، و في هذا الصدد نكون أمام بيع ملك أو ما يسمى بالبيع الفضولي في الفقه الإسلامي.

بيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية والقانونية مع القول الفقهي "فاقد الشيء لا يعطيه"، وتبدو المشكلة أعظم إذا ما علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري المطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية².

وهنا تجدر الإشارة أن هذا النوع من البيوع يمكن أن يكون في العقار و المنقول إلا أنه يتصادم بيع المنقول مع مبدأ الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية، أي يفترض في كل من يحوز المنقول أن يملكه بالحيازة إلا في حال الحيازة بسوء نية كأن يكون السبب غير مشروع كالسرقة، أما فيما يخص العقارات وبما أن الجزائر اعتمدت على نظام الشهر العيني الذي يركز أساسا على عملية المسح العام للعقارات على ربوع الوطن وتسجيلها في السجل العقاري حيث نجد أن هذا النوع من البيوع يتقلص كلما توسع تطبيق هذا النظام ذلك أنه حتى و

¹ المادة 351 من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن

القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

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

إذا تم البيع من طرف أي شخص غير المالك يتعارض مع نظام الشهر العيني الذي يكشف المالك الحقيقي للعقار و بالتالي يمنع أي تحايل أو تجاوز في هذا المجال¹.

و لقد حضي بيع ملك الغير بأهمية كبرى من قبل والفقهاء والتقسيمات المدنية للقوانين باستحداث نصوص قانونية عديدة تهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي حماية تمنع الغير من الاعتداء عليها، ذلك أن المالك خول له القانون التصرف فيها باستعمال السلطات الثلاث وهي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا البيع في القانون المدني تحت عنوان "أنواع البيوع" في المواد خاصة به (397 إلى 399 من ق م ج)، و لكن رغم أن المشرع قد أفرد بيع ملك الغير بمواد خاصة، إلا أنها قاصرة في أحكامها وغامضة في فحواها كما أن القوانين الوضعية قد اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية الخاصة بهذا البيع ، ولعل السبب في تلك المحاولات التي قاموا بها لإرجاع أحكام هذا النوع من البيع إلى الأحكام العامة في القانون فرغم كون هذا الأمر مطلوباً في كثير من الأحيان، إلا أنه في بعض الأحيان يصبح غلط ويشل يد المشرع في مواجهة مثل هذه الظروف التي تحتاج إلى تدخله.

و ما جعلتنا نختار هذا الموضوع هو أنه من أكثر المواضيع الشائعة في الحياة العملية، ذلك أن هذا النوع من التصرفات ينصب على الحقوق المالية و لذلك وقع اختيار موضوع بيع ملك الغير لما له من أهمية كبرى، وتأثيره في الميدان الاقتصادي والاجتماعي واستقرار المعاملات المدنية عندما يحسن المشرع تنظيمه بأحكام واضحة حفاظاً على حقوق الأطراف المتعاقدة وحقوق الغير والتي طالما حرص المشرع ودارسي القانون وحمائتها على معالجتها وأمام ذلك

¹ نصت المادة 797 من القانون المدني على ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت أحكام الشهر العقاري"، وكذلك الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الذي نص على أن العقود و الاتفاقيات التي ترمي إلي إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون له اثر بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهره.

فإن موضوع البيع بصفة خاصة وموضوع الحقوق بصفة عامة، كما تكمن أهمية هذه الدراسة فيما يترتب على بيع ملك الغير من آثار قانونية تنعكس في نطاق الحياة العملية للمجتمع .

إضافة إلى أنه من ضروري توعية المجتمع الجزائري بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يثرى أشخاص على حساب أشخاص آخرين بدون وجه حق، وهذا من شأنه أن يحافظ على الكسب المشروع.

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

و كون هذا الموضوع منتشرًا انتشارًا كبيرًا مع جهل الأشخاص بأحكامه والقوانين الخاصة به، فهناك أشخاص يبيع غيرهم أملاكهم ولكنهم لا يعرفون أنه من حقهم اللجوء إلى القضاء لاسترداد ملكهم.

و كذلك نظرًا لأهميته في فهم وتبيان حق كل طرف متدخل أو غير متدخل في عملية بيع ملك الغير، و بعد ما أعطيت له الخطوط العريضة في المقدمة سوف نعود إليها بالشرح والتحليل من خلال النصوص القانونية المنظمة لبيع ملك الغير ووقوفًا حول الآراء الفقهية التي عالجت هذا الموضوع بطريق غير مباشرة من خلال دراسته.

و قد واجهتني صعوبات في إعداد هذه المذكرة، من بينها عدم القدرة على الحصول على المراجع و المصادر، لاسيما أن المكتبات الجامعية مغلقة في ظل الوباء المنشر في هذه الفترة، و كذلك ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، لكون القاضي ملزم بطلبات الخصوم ولا يمكنه إثارة البطلان من تلقاء نفسه، و لكون أن هذا الموضوع يطرح العديد من الإشكاليات، خاصة فيما يتعلق ببيع العقار و ما ينجر عنه من نقل ملكية، و التعارض الصريح للنص القانوني المتعلق ببيع ملك الغير .

واعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المنصب على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، وعلى المنهج المقارن فقد قارنا بين مفهوم بيع نك الغير في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، و كذلك ساعدنا هذا المنهج على إبراز الاختلاف الموجود بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي في بيع ملك الغير، وعلى المنهج النقدي الذي اعتمدنا عليه عند نقدنا للنظريات الخاصة بتأصيل أحكام بيع ملك الغير.

و قد قمنا مناقشة موضوع بيع ملك الغير بطريقة بسيطة نوعا ما، فمعظم الدراسات التي نشرت كانت تناقش في مضمونها البيوع مع الإشارة بصفة وجيزة إلى هذا النوع من البيوع و إن تطرقت إليه فهي تتطرق لبيع ملك الغير في مجال المنقولات، أي أن جل الدراسات كانت عامة، غير أنه بدأت مؤخرا بعض الدراسات الحديثة تتعرض لهذا الموضوع خاصة في الساحة الفقهية العربية.

و بما أن هذا الموضوع لم يتطرق إليه الكثير و لكونه يطرح العديد من الإشكاليات، سنحاول بقدر المستطاع إجلاء بعض الغموض الذي يكتنفه، وهذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: ما هو المفهوم الفقهي و القانوني لبيع ملك الغير؟ و ما هي طبيعة الجزاء الذي يلحق هذا النوع من البيوع في ظل وجود اختلافات فقهية و قانونية؟ و ما هي الأحكام القانونية المطبقة عليه؟

و هذه الإشكالية تحتم علينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول سنخصصه لماهية بيع ملك الغير، و سنقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير.

المبحث الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من البيوع.

أما الفصل الثاني فسنطرق فيه إلى تأصيل البطلان في بيع ملك الغير و إنفاذه، و سنقسمه هو الآخر إلى مبحثين:

المبحث الأول: تأصيل بطلان بيع ملك الغير.

المبحث الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير.

الفصل الأول : ماهية بيع ملك الغير .

تناول المشرع الجزائري عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع ، المتعلق بالعقود المتعلقة بالملكية ، و هو بالتالي يحتل رأس القائمة للعقود التي نظم المشرع الجزائري أحكامها و عرفته المادة 351 من ق م ج كما يلي : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه ، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

و منه نستنتج أنه ل يتم عقد البيع يجب أن يكون الشيء المبيع مملوكا للبائع ، وقت عقد البيع حتى يكون قادر على نقل ملكيته إلى المشتري ، لأنه إذا لم يكن مالكا لا يستطع نقل الملكية، ففقد الشيء لا يعطيه.

وتم تجسيد هذا المبدأ في القوانين الوضعية من خلال المواد لأحكام لبيع ملك الغير .

كما أكدت هذه القاعدة المادة 397 من ق م ج و ما يليها ، و تجدر الإشارة إلى إن هذا التصرف - بيع ملك الغير - يعد من بين المواضيع التي أزلت الحبر ، سواء لغموض أحكامه ، أو للاختلاف في تأصيليه .

و بما أن بيع ملك الغير نظم ضمن البيوع الخاصة ، فهذا يعني أن له نظام خاص به لذا رأينا أنه من الضروري توضيح هذا النظام - بيع ملك الغير - و هذا من خلال تعريفه و تحديد شروطه في المبحث الأول و تمييزه عن غيره من البيوع في المبحث الثاني .

المبحث الأول: المفهوم القانوني لبيع ملك الغير.

بما أن بيع ملك الغير من البيوع الخاصة فيشوبه نوع من الغموض مما يستوجب علينا الإلمام به، ومحاولة توضيحه توضيحا دقيقا لاستجلاء الغموض الذي يكتنفه، وذلك من خلال هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين في المطلب الأول يتحدث عن تعريفه و في المطلب الثاني أهم الشروط التي يجب أن تتوفر فيه.

المطلب الأول: تعريف عقد بيع ملك الغير.

بما أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية ، فان هذا ما أدى إلى تناوله و تنظيمه في كل التقنيات الحديثة، وكذا تعريفه من قبل كل الفقهاء المسلمين و فقهاء القانون، ومن أجل الإحاطة بكلا التعريفين سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نتناوله في الفرع الأول تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي، و في الفرع الثاني تعرف بيع ملك الغير في القانون الوضعي ، و في الفرع الثالث نقارن بين التعريفين.

الفرع الأول: تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

يطلق الفقه الإسلامي على بيع ملك الغير بيع الفضولي، و حتى نحيط علما بمعنى الفضولي سنبحث عنه في اللغة و القرآن و السنة و الفقه ، فالفضولي في اللغة مأخوذ من الفضول جمع

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

فضل و هو الزيادة ، وقد غلب استعماله على من لا خير فيه، ومن ثمة أطلق الفضولي على من يشتغل بما لا يعنيه¹، إذن بائع ملك غيره يعد فضولياً².

الفضولي في القرآن وردت مادة فضل في مواضيع عديدة من القرآن الكريم إلا أن لفظ الفضولي لم يرد في أحدها.

و في السنة فكما لم ترد لفظة الفضولي في القرآن الكريم لم ترد في حدود تتبعي في السنة النبوية. أما في الفقه وردت تعريفات عديدة للبيع الفضولي منها:

ما عرفه الحنابلة: (من يشتري أو يبيع بدلاً عن شخص معين لم يأذن له)، و هذا التعريف قصوره ظاهر، لعدم شموله لعقد المالك الممنوع من جراء التصرف في ماله لسبب من أسباب الحجر، أو تعلق حق الغير في ماله لرهن أو إجازة أو نحوها.

و عرفه بعض الأمامية: (من يتولى العقد بدون إذن، لا من المالك كالوكيل ولا من الشارع كالولي) و هذا التعريف ينطبق عليه نفس الكلام.

وعرفه بعض أحناف: (من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي)³.

و عرفه ابن أمين الدين - من الأحناف - (العاقداً بلا إذن من يحتاج إلى إذنه) .
وعرفه الفقهاء المحدثون بأنه: (من تصرف عن حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع).

و هذا التعريف جامع مانع بناء على دخول عقدي الصبي المحجوز و المعتوه في ضمن عقد

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

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

³ زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، د.ط، القاهرة، د.ن، 1996، ص 160.

الفضولي . أو هو (من تدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة)¹.

ومنه نعرف الفضولي على أنه : من يشتغل في شؤون غيره دون إذن أو ولاية منه .

الفرع الثاني: تعريف عقد بيع ملك الغير في القانون الوضعي.

لم تعرف القوانين الوضعية بيع ملك الغير ، تاركة الأمر للاجتهاد القضائي ، إلا أن المادة

397 من ق م ج² تطرقت إلى تنظيم أحكامه ، حيث نصت على أنه : " إذا باع شخص

شيئاً معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب الإبطال و يكون الأمر كذلك و لو

وقع البيع على عقار أعلن أم لم يعلن بيعه " . وتقابلها المادة 466 من ق م ج³ التي نصت

على أنه : " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال

البيع ... " قد تضمنت المادة عنصرين لبيع ملك الغير ، استند عليهما الفقه الوضعي في تعريفه

لبيع ملك الغير ، فعرفوا بيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات⁴ من

شخص لا يملكه .

و منه فإن التعريف السابق يركز على عنصرين رئيسيين ، هما الشيء المعين بالذات و و

عدم ملكية البائع له ، بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له و إلا

اعتبر باطلاً في الأصل .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ط1 ، مؤسسة التاريخ ، لبنان ، 1953-1954 ص . 129 .

² المادة 397 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في سبتمبر 1975.

³ المادة 466 من القانون المدني رقم 131 ، يتضمن القانون المدني، ج ر ج م عدد 28 مكرر، الصادر في 29 جويلية 1948 .

⁴ إذا اتضح بعد البيع أن المبيع كان مملوكاً للمشتري ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن وفقاً للقواعد العامة ، علماً أن هذا الفرض لا يتصور من الناحية العملية إلا إذا كان لم يكن المشتري يعتقد وقت التعاقد أن المبيع مملوكاً للبائع و ليس مملوكاً له .

أما القانون المدني الفرنسي فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير ، و إنما اكتفى بالقول أن بيع ملك الغير باطل ، و يمكن أن يعطى للمشتري الرجوع بالتعويض في حالة ما إذا كان يجهل عدم ملكية البائع للشيء المبيع¹.

إذا بيع ملك الغير في القانون و حسب فقه هذا القانون ينحصر في عدم ملكية البائع للشيء المعين بالذات . ومنه يمكن تعريفه على أنه ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك ، وينصب على شيء موجود و معين بالذات ، دون أن يكون موقوفاً أو مؤجلاً².

الفرع الثالث: المقارنة بين التعريفين الفقهي و القانوني.

في الفرع الأول من هذا المطلب تحدثنا عن مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ، و هو ما أطلق عليه الفقهاء البيع الفضولي ، وفي الفرع الثاني تعرفنا على مفهوم بيع ملك الغير في القانون الوضعي ، و الآن في الفرع الثالث سوف نقارن بين المفهومين الفقهي و القانوني لبيع ملك الغير .

و بما أن القانون الوضعي عرف نظام الفضالة فإنه لكي نتمكن من حصر هذين النظامين لابد من التعرض أولاً للفرق الموجود بين بيع ملك الغير و بيع الفضولي، ثم نتعرض ثانياً إلى الفرق الموجود بين الفضالة في الفقه و الفضالة في القانون الوضعي و ذلك لاختلاف أحكامهما

أولاً : المقارنة بين مفهوم بيع ملك الغير و بين مفهوم بيع الفضولي.

سبق أن قلنا بأن فقهاء القانون عرفوا بيع ملك الغير بأن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه ، واستندوا في تعريفهم هذا على العناصر الموجودة في المادة 466 من ق م م ، و لكن

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

² عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن، ص

هل هذا التعريف يحيط بمفهوم بيع ملك الغير ؟ بمعنى آخر هل كل شيء معين بالذات يعد بيعه من غير مالكة بيعا لملك الغير ؟

و بعد التدقيق فيه نجد أنه حتى ولو كانت هناك نيابة قانونية و قام شخص ببيع شيء مملوك للغير فإن هذا يعد بيعا لملك الغير، وهذا بالطبع يخالف أبسط قواعد القانون¹.

بينما لو ذهبنا إلى تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي لاعتبرنا البيع الصادر من غير المالك بموجب نيابة قانونية، قضائية أو اتفاقية بيعا صحيحا، إذ حتى يعد التصرف فضوليا حسب الفقه الإسلامي لا بد أن يكون صادرا من غير إذن صاحبه، و هذا ما يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع .

و في الحقيقة إن نفس القول يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أنه حتى في ظل المفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، لهذا ذهب جانب من الفقه إلى تعريف بيع ملك على أنه " أن يبيع الشخص شيئا معينا بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلًا من المالك أو وليا عنه " في و الأخير نتوصل إلى أن الشريعة الإسلامية كان تحديدها لمفهوم بيع الفضولي أشمل و أدق من مفهوم بيع ملك الغير عند فقهاء القانون .

ثانيا : المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون و بين مفهوم الفضالة في الفقه :

لقد انتهينا إلى أن بيع ملك الغير في القانون ، يقابله في الفقه الإسلامي بيع الفضولي ، نظم الفقه الإسلامي بيع ملك الغير تحت عنوان بيع الفضولي، أما في القانون الوضعي نجد أن المشرع قد نظم بيع ملك الغير ضمن أحكام عقد البيع، و نظم الفضالة في فصل آخر مستقل عن بيع ملك الغير .

1 محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرع عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص 533.

فهل الفضالة التي عرفها القانون هي ذات الفضالة التي حدثنا عنها الفقهاء المسلمون ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أن القانون الوضعي عرف الفضالة بأنها : " أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزم بذلك " ¹.

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

1- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر .

2- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة ل ب ر العمل .

3- أن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا العمل .

أما في الفقه الإسلامي فالفضولي كما شهدنا هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذوناً منه و دون أن يشترط في هذا العمل أن يكون ضروري أو عاجلاً ، أي أن الفضولي في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان الفضولي ضروري أو غير ضروري ³ ، بهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من مفهوم الفضالة في القانون الوضعي ، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة بغض النظر عن مدعاة هذا التدخل. على حين أن القوانين الوضعية قصرت حكم الفضالة على التدخل العاجل من قبل الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، و أعطت حكماً آخر للتصرف في ملك الغير.

المطلب الثاني: شروط بيع ملك الغير.

لكي يكون البائع قادراً على نقل الملكية للمشتري ، يجب أن يكون مالكا للمبيع وقت البيع و لقد أكدت المادة 397 من ق م ج على أنه إذا : " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات و هو لا

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

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

³ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9 (البيع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 199، ص.110.

يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه " ، يتبين من خلال المادة أن المشرع الجزائري يشترط عدة شروط في بيع ملك الغير لكي يكون كذلك¹ و هذه الشروط هي كالتالي :

_ يفترض في بيع ملك الغير أن يكون التصرف بيعا (الفرع الأول)

_ أن يقع على شيء معين بالذات (الفرع الثاني)

_ كما يفترض أن لا يكون البائع مالكا للمبيع (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : أن نكون بصدد عقد بيع .

يحتاج الإنسان في حياته العملية إلى إبرام العديد من عقود البيع ، سواء بصفته بائعا أو مشتريا ، فعقد البيع من أهم أنواع التصرفات التي عرفها الإنسان منذ القدم ، لهذا السبب اهتم الفقه و القانون بتنظيم أحكامه، بحيث أصبح معروفا أن عقد البيع عقدا رضائيا، و يخضع للمبادئ العامة، فلكي ينعقد لابد من توافر أركانه من تراضي و محل و سبب ، وكذلك لابد من تطابق إيجاب و قبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد، و على محله، و يجب أن يكون سببه مشروعاً، فعقد البيع ينصب هدفه على نقل الملكية من البائع إلى المشتري، أي بمجرد تطابق الإرادتين الإيجاب و القبول ينعقد العقد و تنتقل الملكية مباشرة إلى المشتري² .

و قد جاء في نص المادة 351 من ق م ج بنصها على ما يلي: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي " ، ونستخلص من هذه المادة أن للبيع خصائص من بينها أنه عقد ملزم للجانبين فهو يلزم البائع أن ينقل حقا ماليا أو ملكية شيء ما إلى المشتري بينما هذا الأخير يلتزم بدفع ثمن نقدي مقابل ذلك، ونقل

¹ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1996، ص 209.

² أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص.23.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

الملكية يعتبر من أهم المميزات و الخصائص لعقد البيع¹ ، وأما فيما يخص الخاصية الثانية فهو عقد رضائي فيكفي تطابق الإيجاب و القبول لانعقاده ، إلا أن هناك بعض العقود إضافة إلى الرضائية تتطلب شكلية لانعقاد العقد ، فالأصل الرضائية و الاستثناء الشكلية في عقد البيع ، يتم عقد البيع بمجرد تراضي الطرفين و اتفاقهما على الأمور الجوهرية ، فعقد البيع يقع على الأشياء و الحقوق المالية² .

وبالتالي في هذا الفرع سنحاول التعريف بعقد البيع بصفة عامة (أولا) و توضيح أركانه (ثانيا) و أهم الخصائص التي يتميز بها (ثالثا) .

أولا : تعريف عقد البيع بصفة عامة.

في القانون الرماني كان يعتبر عقد البيع من عقود التراضي، و لكنه لم يكن ناقلا للملكية بل منتجا لمجرد تعهدات، و في القانون الفرنسي القديم استمرت نفس الأفكار، بالرغم من أن بعض الفقهاء نادوا بضرورة ربط البيع بنقل الملكية .

أما الشريعة الإسلامية في مفهومها للبيع نجد أن الفقهاء اقتربوا كثيرا من حيث معناها و لكن اختلفوا في الشكل و الصياغة وأغلبية الآراء متفقة على أن الملكية تنتقل في البيع بمجرد الرضا ، ولقد تميز تعريف الشريعة الإسلامية لعقد البيع بالشمولية والاتساع ، و لم يفرقوا بين البيع والمقايضة فاعتبروا العقد بين بيعا، و من بين هذه التعريفات ما يلي :

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، ج4، ط3، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2009، ص 21 .

وبالتالي لكي يستطيع البائع أن ينقل الملكية للمشتري أن يكون الأول مالكا للشيء المبيع ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقده الشيء لا يعطيه وبالتالي فصدور البيع من غير المالك ، فيعد هذا بيع ملك الغير . أنظر في ذلك ، نفس المرجع ص 268.

² خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق، ص 11 .

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

- فعرفه المالكية بأنه: " عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذلك تخرج عنه الإجارة والنكاح... وتدخل الهبة والسلم.."¹.

- وعرفه الحنابلة على أنه: " مبادلة المال بمال تمليكا وتملكا"².

- وعرفه الحنفية بأنه: " مبادلة المال بمال بالتراضي ، البيع يلزم بإيجاب والقبول وبتعاط"³

وقال النووي في المجموع: " البَّيع مقابلة المال بالمال "⁴.

- وعرفه الشافعية بأنه:"مقابلة مال بمال على وجه مخصوص "⁵.

إن هذه التعاريف الفقهية تفيد بأن عقد البيع هو مبادلة مال بمال، يتم بالإيجاب والقبول وبتعاط ؛ أي عقد فوري (منجز) ينتج أثره بمجرد انعقاده⁶ ، فهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة لأن

¹ أبو البركات سيدي أحمد الدردير ، الشرح الكبير، ج3 . دار إحياء العربية ، مصر ، د.ت ، ص2 ، وجاء في الأكاليل في شرح مختصر خليل لمحمد الأمير : " ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعطاة." مكتبة القاهرة ، ط1 ، مصر .د.ت ، ص250.

² عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد، الحنبلي- المغني، ج4 ،دار الكتاب العربي ط1 مصر ، د.س ، ص5 .وهو التعريف نفسه الذي أورده صاحب التعريفات إذ قال : " البيع في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع : " مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم ، تمليكا وتملكا . " ؛ علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني ، كتاب التعريفات ، تحقيق :د/ نصر الدين تونسي ، شركة القدس للتصدير ، القاهرة، مصر ، ط1،س2007،ص76.

³ ابن نجيم زين الدين إبراهيم بن محمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفروع الحنفية ج5، دار الكتاب العلمية ، بيروت لبنان 1418هـ، 1997ص 429 ، الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي : " مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق

الاكتساب" ؛ فتح القدير شرح الهداية ج5 ط1 ،مطبعة الأميرية ببولاق محمدية مصر سنة 1316هـ 1899 ص73 ،د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته - النظريات الفقهية والعقود ، ج4 ،المرجع السابق ، ص 344 وجاء في الإنصاف للمرداوي ج4 : "البيع مبادلة المال بالمال لغرض التملك . " علاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرداوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج4 ،الطبعة الأولى ، بمملكة العربية السعودية ، سنة 1375هـ 1956 ،ص259.

⁴ النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي الشافعي ، المجموع شرح المهذب ، ج9 ، دار الفكر ، القاهرة، د.ت ص 149.

⁵ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار المعرفة ،ط1 بيروت،1418هـ، 1997 ، ص5 . النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ج9 ،المرجع السابق ، ص 149 .

⁶ أنظر د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص7 .

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

البيع عندهم إما أن يكون بيع العين بالنقد؛ وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين؛ وهو المقايضة¹.

وقد يعرفه الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه عقد ملزم لجانبين إذ هو يلزم البائع بان ينقل ملكية الشيء للمشتري أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بان يدفع لبائع مقابلا لذلك ثمننا نقديا ويعرفه أيضا إسماعيل غانم بأنه " عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم احدهما وهو البائع بان ينقل الملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي."

أما في القانون الجزائري فقد عرفته المادة 351 بقولها : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه ، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " ².

و يلاحظ على هذا التعريف أمران:

أولهما : أنه لم يقتصر محل البيع على نقل ملكية شيء و إنما يشمل نقل أي حق مالي آخر³ سواء كان حقا عينيا كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو كان حقا شخصيا كما في حوالة الحق إذا تمت بمقابل نقدي .

ثانيهما: أن هذا التعريف اشترط في الثمن أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة التي هي مبادلة عين بعين أخرى ، و يميز المفهوم القانوني للبيع عن مفهومه في الفقه الإسلامي الذي يعرف البيع بأنه مبادلة مال بمال دون أن يشترط في المقابل أن يكون نقدا .

¹ محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام -التصرف القانوني -العقد والإرادة المنفردة، ج1، دار الهدى للنشر، ط2، 2004، ص21 .

² يقابل هذا النص في القانون المدني المصري الحالي نص المادة 41 و التي تقول " البيع عقد يلتزم به البائع أو ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

³ جستان وديشييه : عقد البيع . 19 بند 51 ص 45.

ثانيا : خصائص عقد البيع

_ عقد البيع عقد ملزم للجانبين: حيث يترتب التزامات متقابلة في ذمة البائع و المشتري ،
فالبائع يلتزم بنقل ملكية أحد الأشياء أو أحد الحقوق المالية التي يملكها ، و المشتري يلتزم بدفع
الثلث¹.

_ عقد البيع عقد رضائي : حيث تكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري فالقانون
لم يشترط لانعقاده أن يفرغ بشكل معين ، على وجه الخصوص بالنسبة للمنقولات ، و من ثم
فهو من العقود التي تنعقد بتراضي الطرفين البائع و المشتري ، بينما بالنسبة للعقارات فسوف
نرى أن المشرع الجزائري اشترط كتابة عقد البيع و توثيقه و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا².

_ عقد البيع عقد معاوضة : من أهم خصائص عقد البيع هو نقله لملكية حق مقابل عوض
نقدي، فكلا الطرفين _البائع و المشتري_ يأخذ مقابلا لما يعطيه. فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى
المشتري، و المشتري يلتزم بدفع الثمن للبائع و يترتب على كون البيع من المعاوضات، أنه من
التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، فإذا أبرمه ناقص الأهلية فإنه يكون قابلا للإبطال³.

_ عقد البيع يرد على الأشياء و الحقوق المالية الأخرى (الحقوق العينية أو الشخصية).

_ عقد البيع عقد ناقل للملكية : و هذه الخاصية تعتبر من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد
البيع ، حسب المادة 351 من القانون المدني الجزائري هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل
ملكية شيء أو حقا ماليا آخر للمشتري ، فعقد البيع ينقل الملكية من البائع إلى المشتري ،
مقابل ثمن نقدي لأنه عقد منشيء للالتزام بنقل ملكية، ووفقا للقواعد العامة فإذا كان محل
العقد منقولاً محددًا بالذات فإنه ينشأ وينفذ فوراً بمجرد تطابق الإيجاب و القبول ، أما إذا كان

¹ و من ثمة يعتبر عقد البيع بالنسبة للبائع بيعا ، و بالنسبة للمشتري ، شراء و لقد كان الرمان يراعون هذا التركيب المزدوج
لعقد البيع فيسمونه البيع و الشراء (emptio-venditio).

² خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص11.

³ سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع و الإيجار)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص 12.

محل الالتزام واردا على منقول معين بالنوع فقط فلا تنتقل الملكية إلا من وقت تسليم المبيع، بمعنى يقتصر دور عقد البيع على إنشاء التزام في ذمة البائع بنقل الملكية ، أما إذا كان المبيع عقارا من العقارات أو أحد الحقوق العينية الأصلية فإن الملكية لا تنتقل إلا باتخاذ إجراءات التسجيل و القيد .

ثالثا : أركان عقد البيع .

عقد البيع كأبي عقد آخر ينعقد باكتمال أركانه و توافر شروطه . فهو يفترض صدور إيجاب من أحد الطرفين _ البائع و المشتري _ صادفه قبول من الطرف الآخر ، و انصبت الإرادتان _ القبول و الإيجاب _ على محل العقد . فعقد البيع إذن يفترض توافر أركان ثلاثة هي : الرضاء و المحل و السبب . بالنسبة لركن السبب لا ينفرد بأحكام خاصة تميزه بصدد عقد البيع ، بل يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد أما بالنسبة لركن الرضاء فإنه يثير بعض المسائل بصدد انعقاد البيع أما المحل في عقد البيع فهو مزدوج إذ يشمل الشيء المبيع و الثمن . و هناك ركن الشكلية الذي يشترط توافره في بعض العقود¹ .

1_ الأركان العامة :

عقد البيع يتوافر على ثالث أركان وهي التراضي ، المحل ،السبب :

التراضي في عقد البيع : هو تطابق إرادة البائع و المشتري على جميع العناصر الجوهرية للعقد كالمبيع و الثمن ، فالتعبير عن الرضاء بالبيع قد يصدر من المتعاقدين نفسيهما و هذا هو الأصل ، و لكن قد يصدر هذا الرضاء من نائب من البائع ، أو عن المشتري ، أي يتم عن طريق النيابة . و البيع قد يتم مباشرة ، و قد يمهد له وعد بالبيع أو بالشراء ، ثم إن المتعاقدين قد يكون رضائهما باتا منجزا ، و قد يكون موصوفا بوصف معين يعدل من آثار العقد² .

¹ خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، 53.

² سعيد سليمان جبر ، المرجع السابق ، ص 25 .

لكي يكون التراضي منتجا لآثاره القانونية المراد تحققها من وراء الارتباط برابطة قانونية معينة ، يجب أن يكون صحيحا و صحة التراضي تلزم أن يكون طرفاه ذات أهلية للتعاقد ، و أن تكون إرادة كل واحد منهما سليمة من كل العيوب التي تؤثر على سلامة الإرادة ، كالغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال¹.

و يجب أن يكون الثمن مقدارا من النقود، كما يجب التفاهم على هذا المقدار أو على الأقل الإتفاق على كيفية تقدير المبلغ، على أن يكون الثمن حقيقيا وجديا²، و قد يكون الثمن معجلا أو مؤجلا أو مقسما أو إيرادا مؤبدا أو مدى الحياة مادام الثمن نقودا و يكون الثمن هنا احتماليا، ولا يصح أن يكون الثمن أوراقا مالية أو أسهم أو سندات أخرى و إلا كان عقد مقايض³.

و البيع ليس له محل واحد و إنما محلان هما : الشيء المبيع و الثمن حيث يعتبر المبيع الحق المالي أي الحق الذي يمكن تقدير محله بالنقود سواء كان هذا الحق عينيا كحق الملكية أو حق الارتفاع ، أو كان حقا شخصيا ، أو كان حقا ذهنيا كحق المؤلف⁴، و يجب أن يكون المبيع موجودا أو قابل للوجود و يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، و كذلك يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه ، و يكون مملوكا للبائع فكما رأينا من خصائص عقد البيع أنه عقد ناقل للملكية ، و بالتالي فإن البائع يجب أن يكون مالكا للمبيع حتى يستطيع نقل ملكيته إلى المشتري ، فإن لم يكن مالكا للمبيع فلن يستطيع نقل ملكيته إلى المشتري لأن فاقده الشيء لا يعطيه .

الثمن كركن في العقد يجب على المتعاقدين الاتفاق عليه عن طريق تعيينه ، فالثمن هو المقابل الذي يلتزم به المشتري و من بين شروطه يجب أن يكون نقديا بمعنى مبلغا من النقود و مقدرا

¹ خليل احمد حسن قعادة ، المرجع السابق ، ص 54.

² المواد 94،96،93 من القانون المدني.

³ حسنين (محمد)، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2001، ص61.

⁴ سعيد سليمان جبر، المرجع السابق ، ص 22.

أو قابل للتقدير و هذا تطبيقا للقواعد العامة و يتم ذلك باتفاق الطرفين و لا يكفي لانعقاد البيع صحيحا ، أن يذكر في العقد ثمن نقدي ، و لكن يجب أن يكون هذا الثمن جديا . و يقصد بالثمن الجدي الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري بدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا للمبيع¹.

أما الركن الثالث لعقد البيع فهو السبب الذي يجب أن يكون مشروع أي غير مخالف لنظام العام و الآداب العامة.

2_ الشكلية في البيع العقاري :

يعد ركن الشكلية كاستثناء للقاعدة العامة حيث أن الأصل في العقود هو توافر رضا كلا الطرفين، بمعنى بمجرد تطابق الإيجاب و القبول يتم العقد بالإضافة إلى مشروعية المحل و السبب ، ولكن جاء ركن الشكلية كاستثناء لهذه القاعدة .

و نظرا لأهمية المعاملات العقارية في حياة الأفراد و الجماعات ، كان لابد من وضع قواعد و أحكام قانونية تعمل على ضبطها و ذلك بهدف تحقيق التوازن و الاستقرار الاقتصادي و كان في القدم يلجأ الإنسان إلى الكتابة لتثبيت هذه العقود العقارية ، و الهدف الأصلي لشكلية هو تنبيه المتعاقد لكي لا يقع في الخطأ .

و لكن بمرور الزمن قد ترسخ في ذهنية المواطن الجزائري العقد العرفي ، و كان لهذا أثرا على بيع ملك الغير مما ألزم علينا دراسته في هذا الفرع حتى لا يقع خلل في الطرح العام للموضوع.

و قد تم تطبيق في الجزائر المرسوم 1150/59 المؤرخ في 1959/10/21 وهذا بموجب القانون 157/ 62 المؤرخ في 1962/12/31 والذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية باستثناء الأحكام المخالفة للسيادة الوطنية أو ذات طابع استعماري، وقد استمر العمل به إلى غاية صدور

¹ سليمان مرقص ، الوافي شرح القانون المدني _العقود المسماة _، المجلد الأول ، عقد البيع بالاشتراك مع حبيب الشلبي، سنة 1990 ، ص 283.

الأمر 91/70 المؤرخ في 25 /12 /1970 و الذي أحدث نظام توثيقي جديد في الجزائر و ألغي المرسوم سابق الذكر وقد أعتبر هذا القانون الموثق كموظف ومن ثم صدر القانون 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 و الذي أصبح الموثق يعمل للحساب الخاص¹ .

حيث أصبح انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى لا يتم إلا بعد تحرير عقد رسمي حسب المادة 324 مكرر 01 من ق م ج التي تنص على ما يلي : "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ... " و المادة 793 من ق م ج التي تنص على ما يلي : " لا تنتقل الملكية و الحقوق الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

و بالتالي فإن الملكية في العقارات تنتقل بإتباع إجراءات أقرها القانون تتمثل في التسجيل و الشهر .فالتسجيل عبارة عن وسيلة لإعلان و شهر التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية الأصلية ، كحق الملكية و ما يتفرغ عنها من حقوق ، كحق الارتفاق و حق الانتفاع و حق السكني و حق الاستعمال و حق الحكر الخ . أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية فلا تخضع لإجراء التسجيل و إنما إلى إجراءات القيد و للإشهار العقاري نظامان و هما نظام الشهر العقاري الشخصي و نظام العقاري العيني² .

و العقود العرفية المنصبة على عقار المحررة قبل فاتح جانفي 1971 ترتب جميع آثارها القانونية حتى و لو لم يرفع بشأنها دعاوى على اعتبار أن الرسمية لم تكن ركن في العقد بل

¹ صبايحية عبد القادر دحمان،مداخلة حول التجربة الجزائرية في التوثيق في ظل الإصلاحات الاقتصادية ، الأمين العام للعرفة الوطنية للموثقين .مجلة الموثق، العدد الثالث ، أفريل 2002.

² خليل أحمد حسن قنادة ، المرجع السابق ،ص 114.

كانت وسيلة إثبات هذا موقف القانون ، أما القضاء كان يعترف بجميع العقود المحررة قبل 1971 حتى تضاربت الغرفة المدنية و الغرفة التجارية فالقضاء في الغرفة المدنية كانوا كانت تعتبر العقود العرفية باطلة و بقي هذا التضارب حتى 1997 و اعتبر العقود العرفية المنصبة على عقار باطلة بطلان مطلق . يعترفون بالعقود العرفية حتى بعد صدور قانون التوثيق ، على عكس الغرفة التجارية التي كانت لا تعترف بها.

الفرع الثاني : أن يكون الشيء المبيع معين بالذات

لكي نكون بصدد بيع ملك الغير يجب أن يكن الشيء المبيع معين بالذات ، لان المبيع العين بالذات تنتقل ملكيته ، ف إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت إبرام عقد البيع، يكون البيع في هذه الحالة صادرا من غير المالك ، و من ثم 'ذا ورد عقد البيع على شيء معين بنوعه فقط لا يعتبر بيعا صادرا من غير مالك ، لأن ملكية الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل منذ إبرام عقد البيع ، و إنما من وقت إفرازها ، و من ثم لا يتطلب أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت إبرام عقد البيع . كذلك إذا تعهد البائع الحصول على ملكية المبيع المملوك للغير و نقلها إلى المشتري ، فهذا البيع لا يعتبر بيعا صادرا من غير مالك ، و إنما هو تعهد غن الغير يتعهد فيه البائع بأن يبيع مالك الشيء المبيع المطلوب إلى المتعهد له . و كذلك في حالة ما يؤجل البائع وقت انتقال ملكية المبيع ، لأن البائع لا يلتزم بالضمان إلا إذا لم يكن مالكا للمبيع وقت حلول الأجل . و كذلك في حالة ما يقدم الشخص على بيع شيء في المستقبل لم يوجد وقت إبرام العقد و إنما سيوجد في فترة لاحقة لذلك ، لأننا لا نستطيع أن نقول أن هذه الأشياء مملوكة لغير البائع حتى و لو كانت هذه الأشياء غير مملوكة للبائع وقت إبرام العقد¹ .

¹ شرح القانون المدني الجزائري .

و الأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره ، بصفات خاصة معينة تعيينا ذاتيا يجعل غيرها لا يقوم مقامها في الوفاء ¹.

و هي الأشياء التي لا يتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندرج وجود أفرادها في التداول ، مثل ملكية سيارة معينة حسب نوعها و رقمها ، في هذه الحالة نستطيع القول بأن السيارة مملوكة لشخص معين و بالتالي يصح القول بأن بيعها من غير مالكيها يعد بيعاً لملك الغير .

وفي بيع ملك الغير يقضي نقل الملكية في الحال و هذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات ² ، و بالتالي فإذا لم يكن البائع مالكا للشيء المبيع وقت إبرام عقد البيع نكون بصدد بيع ملك الغير ، بعكس الشيء المعين بالنوع ، الذي لا يمكن أن نقول بشأنه أنه مملوك لشخص معين³ أما إذا ورد عقد البيع على شيء معين بالنوع كالمثلثات فلا يعتبر هذا البيع صادراً من غير المالك، و ذلك لأن ملكية الأشياء المعينة بالنوع لا تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد و إنما من وقت إفرازها ⁴ .

و المثلثات يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب و الفضة و القمح ⁵

فإذا كان المبيع من المثلثات فلا يعد البيع بيعاً لملك الغير ، طبقاً لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه. لأن المثلثات معينة بنوعها فحسب ولا يمكن اعتبارها مملوكة للغير حتى على فرض أن البائع لا

¹ محمد حسنين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف الإسكندرية، د س ن، ص 81.

² أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط 1؛ المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص 269.

³ إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، دط، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، 1958، ص 24.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج 1، ط 1؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص 159.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 272.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

يملك أي قدر من المبيع محل التعاقد ، ومن ثم فإن البائع في بيعه للشيء الغير معين بالذات
1.

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

ولكي نكون بصدد بيع ملك الغير إذا كان المبيع مملوكا لغير البائع سواء كان هذا المبيع من
المنقولات (أولا)، أو كان من العقارات (ثانيا).²

أولا : بيع المنقولات .

تنتقل الملكية في بيع المنقول المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد³، و لقد عرفته المادة 683 من
ق م ج كما يلي : " كل شيء مستقر يجيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف .

فهو عقار و كل ما عدا ذلك من الشيء فهو منقول " و يستوجب توفر شرطين لكي تنتقل
ملكية المنقول أو الحق العيني محل البيع بمجرد العقد فيما بين المتعاقدين:

_ الشرط الأول في أن يكون المبيع معيناً بالذات ، أما إذا كان حقا عينيا على شيء معين
بنوعه فلا يمكن أن يكتسب المشتري حقا عينيا عليه .

_ الشرط الثاني فهو أن يكون البائع صاحب حق عيني لأنه إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع
يستحيل نقل الملكية إلى المشتري و يكون العقد هنا باطلا بطلانا نسبيا بحيث يصبح صحيحا
إذا أقره مالك الشيء أو أصبح البائع نفسه مالكا للشيء الذي باعه من قبل¹.

¹ المبيع المعين بالذات: هو الذي يجب تعيينه بيان الصفات التي تسمح بتمييزه عن غيره ، وتمنع من الجهالة الفاحشة فيه ،
فتعين الأرض الزراعية مثلا بيان حدودها ، وموقعها ، واسم الحوض الذي تقع فيه ومساحته...إلخ.

² خليل أحمد حسن ق دادة، المرجع السابق، ص53.

³ محمد حسنين منصور ، مرجع سابق، ص81.

حيث يمكن أن يكون البيع "الحيازة في المنقول سندا للملكية" و لكن هناك قاعدة مفادها صحيح رغم عدم ملكية البائع لشيء المبيع إذا كان المشتري حسن النية و يسمى بالصلب الصحيح لاجتماعها بالحيازة و حسن النية² .

و لكن قد يقوم البائع بتسليم المبيع إلى مشتري ثاني ، و لكن هذا الأخير حسن النية ، فلا يستطيع المشتري الأول أن يسترده ، وما له إلا الرجوع فقط بالتعويض نتيجة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، فيملك المشتري الثاني طبقا لقاعدة الحيازة و ليس بمقتضى عقد البيع³ يمكن أن ينعقد بيع ملك الغير باعتماد طريقة البيع الجزافي ، لأنه يعتبر بيع لأشياء معينة بالذات و يتخذ حكمها في انتقال ملكيته ، فينتقل بتمام العقد بالنسبة للمتعاقدين و الغير⁴ .

ثانيا : بيع العقارات .

يعتبر العقار من بين الأشياء المعينة بالذات، لذلك يمكن أن يكون محلا لبيع ملك الغير، و نقل الملكية في العقار يخضع لأمرين :

_ وجوب صب هذا العقد في قالب رسمي تحت طائلة البطلان : كأصل عام يكفي توافر

الرضا ل يتم عقد بيع و لكن كاستثناء لابد أن يكون عقد البيع وارد على عقار رسمي لأن الرسمية ركن في عقد بيع ملك الغير .

¹ تنص المادة 835 من ق م ج على ما يلي: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته . إذا كان حسن النية و السند صحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف و القيود العينية ، فإنه يكتسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف و القيود العينية" .

² الالهواني حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دار السلاسل لطباعة و النشر ، الكويت ، 1989 ، ص 207.

³ أبو السعود رمضان، الوجيز في شرح العقود المسماة (عقود البيع و المقايضة و التأمين)، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، مصر، 1994 ، ص 183.

⁴ نزيه كبراة ،العقود المسماة ،البيع ،الإيجار ،الوكالة ،الكفالة، ط01 ، (د. ب. ن) ، 2010، ص 47.

ـ وجوب إتباع إجراءات الشهر ، لأن انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير منوط بمراعاة إجراءات الشهر يستوجب المشرع شهر التصرف القانوني ويعرف الشهر العقاري بأنه نظام قانوني له مجموعة من القواعد و الإجراءات ،يضمن بها حق الملكية العقارية و كذا الحقوق العينية العقارية الأخرى، جميع التصرفات القانونية الواردة على العقارات ،و حتى يستوفي عقد بيع ملك الغير أركان انعقاده يجب أن يكون موثقاً لكي يترتب عليه التزامات متبادلة على الطرفين، كما يجب إشهاره حتى يترتب أثره العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية¹ حيث يحتاج التعامل في العقارات إلى قدر كبير من الثقة و الأمان ، حيث أن من يرغب في شراء عقار يهمله أن يعرف مالكة الحقيقي ، و ما إذا كان مثقلاً برهون أو حقوق عينية تبعية أخرى ، حتى يدفع فيه ثمناً و هو مطمئن أنه قد حصل على ضمان حقيقي لهذا القرض .

الفرع الثالث : عدم ملكية البائع و المشتري للشيء المبيع.

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط التي يجب توافر ليتم بيع ملك الغير ، لأن إذا كان البائع يملك شيء المبيع يكون عقد البيع صحيح ، وكذلك ألا يكون المبيع مملوك للمشتري ، ويقع ذلك أن يجهل المشتري ملكته للمبيع وقت شراؤه ثم يقدم على شراؤه ممن يتولى عملية بيعه ، ففي هذه الحالة لا ينعقد عقد البيع ، وذلك لاستحالة نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع فعلاً بينما البائع غير مالك له ، وبالتالي لا يتحقق الهدف المقصود من البيع وهو نقل ملكية المبيع² .

¹ هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 549408 الصادر بتاريخ 12-11-2009 الذي جاء فيه ما يلي: "يستلزم للعقود الناقلة للملكية العقارية أو لأي حق عيني آخر ، إضافة إلى الشكل الرسمي ، الشهر العقاري " .

يلعب الشهر العقاري دوراً هاماً يتمثل في الاحتجاج بالحق محل العقد المشهر في مواجهة الغير بنقل ملكية الحقوق العينية العقارية ، و إعلام الغير بالوضعية القانونية الخاصة بالعقار .

² خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 211.

وبيع ملك الغير ، يقع كثيرا في العمل ، فقد يبيع الأب ملك ابنه لا باعتباره نائباً عنه ، وإنما أصيلا عن نفسه وقد يبيع الزوج بعض أملاك زوجته والوارث قد يبيع عينا لا تدخل ضمن أموال التركة أو في التركة ، ولكن لا تقع ضمن نصيبه منها وكما يقع في المال الشائع عندما احد الشركاء ببيع كل المال الشائع وهو لا يملك إلا جزء منه ، و كذلك حائز مال الغير قد يبيعه إلى شخص آخر ، كما قد يقع البيع على أموال الدولة الخاصة أو أموال الغائبين .

و المقصود بالملكية حسب المادة 336 من ق م ج والتي نصت على : " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمال تحرمه القوانين و الأنظمة " .

و المادة 397 من ق م ج التي جاء نصها كالاتي : " إذا باع شخص شيء معين بالذات و هو لا يملكه " فبمقتضى هذا النص يجب أن يكون حيث أن ملكية البائع للمبيع تضعها أمام عقد بيع صحيح ، و ملكية المشتري لشيء المبيع تضعنا أمام بيع باطل .

حسب هذا النص يشترط أن يكون البائع غير مالك للشيء المبيع ، لأنه بطبيعة الحال إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع فإن العقد يكون صحيحا ، و لا تثار مسالة بيع ملك الغير ، فإذا تصرف الزوج في بعض أموال زوجته بوكالة صحيحة منها ، لم نكن بصدد بيع ملك الغير ، و الوصي الذي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه يعتبر بيعا لملك الغير ، لأن البائع ليس له حق ما على المبيع و لم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف ، و بالتالي يكون انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مستحيلا بمجرد انعقاد البيع¹ .

المبحث الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن غيره من البيوع.

بعد أن تطرقنا إلى تعريف بيع ملك الغير ، توصلنا إلى أنه يتشابه كثيرا مع بعض الأنظمة المدنية و الجزائرية ، و لتفادي الخلط و اللبس القائم بينه و بين هذه الأنظمة ، سنقوم بتمييز بيع

¹ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع نفسه، ص.209.

ملك الغير عن بعض الأنظمة المدنية في المطلب الأول ، ثم نعقبه بعد ذلك في المطلب الثاني بتمييزه عن بعض الأنظمة الجزائية .

المطلب الأول: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة المدنية المشابهة له.

يوجد عدة أنظمة مدنية قد تتشابه مع بيع ملك الغير، و التي قد تكون لها علاقة وطيدة به و يمكن اعتبار التعهد عن الغير، والوعد بالبيع ، وبيع الشيء المستقبلي و المال المملوك على الشيوع ، بيع الوارث الظاهر ، و البيع على شرط التملك ، وضمان التعرض و الاستحقاق من أهم الأنظمة التي تختلط ببيع ملك الغير، لذا سنتطرق إليها .

الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير.

يعتبر التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد و المتعهد له ، إذ يجب أن تتوفر فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة¹ ، فهو التزام شخصي بالقيام بعمل معين ، و هو حصول المتعهد على رضا المالك ليبيع للمتعهد له الشيء الذي يرغب في شرائه ، كحال الشركاء الذين يتقدم إليهم شخص بقصد شراء عين من الأعيان المملوكة لهم على الشيوع، ولكن لكون أحد الشركاء غائب قبل الشركاء الآخرين التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بقبول البيع عند حضوره وذلك خوفا منهم من ضياع هذه الصفقة².

أو بعبارة أخرى هو عقد يتعهد بموجبه شخص " المتعهد " نحو " المتعهد له " بأن يجعل شخصا ثالثا الغير يلتزم بأمر معين .

ومنه تتمثل أطراف التعهد عن الغير في ثلاثة أشخاص و هم :

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص5.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 89_90.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

المتعهد الذي هو أحد طرفي عقد التعهد عن الغير، بحيث يلتزم المتعهد ، بأن يقوم بعمل معين هو الحصول على موافقة مالك الشيء ،عقار كان أو منقول على بيع هذا الشيء لصالح شخص آخر هو المتعهد له ¹.

و محل الالتزام هو القيام بعمل و هو حصول المتعهد على رضا المالك بأن يبيع ، فهو إن استطاع ذلك فهذا يحتاج إلى عقد بيع يبرم بين المالك و الغير حتى تنتقل الملكية و إلا يلتزم المتعهد بتعويض الغير عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذه لالتزامه .

إذا 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 ² .

و نص المشرع الجزائري على آثار عقد التعهد عن الغير في نص المادة 114 من ق م ج التي تضمنت ما يلي: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به . أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج آثار من وقت صدوره ، ما لم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد "

ومنه فإن التعهد عن الغير يشترط فيه ثلاث شروط وتتمثل فيما يلي :

¹ محمود عبد الرحيم ديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دراسة الإشكالات التعهد عن الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د.س.ن)، ص12.

² د/ رمضان أبو السعود: "وقد يتعهد شخص بأن يبيع لأخر شيء معين بالذات غير مملوك له في الحال و إنما سيعمل على اكتساب ملكيته ، فهذا أيضا لا يعد بيعا لملك الغير ، المرجع السابق ، ص128. إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص56 د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق بند154، ص 272.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

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

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

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

يتبين لنا من خلال ما سبق أن التعهد عن الغير يمثل التزام شخصي ، و بالتالي إذا تعهد شخص لآخر بأن يبيعه شيئاً مملوكاً للغير ، فإن هذا التعهد لا يعتبر بيعاً لملك الغير¹، لأنه لم يبيع شيئاً مملوكاً للغير ، بل تعهد عن البائع في أنه سيبيع ما يملكه² ، فإذا أقر الغير التعهد صراحة أو ضمناً ، ترتب على إقرارها انصراف أثره إليه ، و بإقراره يقوم عقد جديد بين (المتعهد عنه) ، و المتعاقد مع المتعهد (المتعهد له)³، و يكون انعقاده منذ الوقت الذي علم فيه المتعاقد مع المتعهد بهذا العقد، و بقبول الغير يعتبر المتعهد قد أوفى بالتزامه ، أما في حالة رفض الغير لتعهد ، يكون المتعهد قد أخل بالتزامه ، و يجب عليه أن يعرض من تعاقد معه ،

¹ محمود عبد الرحيم ديب، المرجع السابق، ص 13.

² رمضان جمال كمال، رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ط06، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية، (د ب ن) ، (د س ن)، ص16.

³ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع سابق، ص 26.

و يقدر التعويض وفقا للمبادئ العامة في تقديره . و يرى المشرع الجزائري، بأنه يجوز للمتعهد أن يتخلف من التعويض ، بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به طبقا لنص المادة 114 ق م ج.

ومنه إذا تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر فهذا ليس بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره ، و إنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهدا عن الغير و قد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط¹.

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن الوعد بالبيع.

يعتبر الوعد بالبيع تعبير عن إرادة حرة في مجلس العقد يترتب عنه نشوء التزام تعاقدية في ذمة الواعد و يقابله حق شخصي للموعد له ، يلتزم بمقتضاه الواعد أن يبيع عقارا بثمن معين و ينقل ملكيته و يقوم بتسليمه إذا تعهد الموعد له خلال مدة معينة بشرائه وفق الشروط المتفق عليها .

بمعنى قد يكون الوعد بالبيع من جانب واحد يعد فيه صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع له شيء إذا رغب هذا الأخير في شرائه و هذا في مدة معينة و يتوقف الأمر على الطرف الآخر فهذا قبل الشراء تم العقد و إن رفض العقد و إن رفض العقد سقط الوعد و تجب الإشارة إلى أن الوعد بالبيع المنصب على عقار يشترط فيه إلى جانب الأركان العامة و المتمثلة في التراضي ، المحل ، السبب بالإضافة إلى ركن خاص وشروط خاصة فالركن يتمثل في الرسمية أي تحرير العقد لدى الموثق والتسجيل لدى مصالح الضرائب دون إجراء عملية الشهر أما الشروط الخاصة تتمثل في تحديد الثمن والمدة وبعد حلول الأجل المتفق عليه فإذا أوفى المتعاقدين لالتزاماته ورتب جميع آثاره وإذا تراجع الواعد عن وعده فيمكن للطرف المتضرر أن يلزم الواعد إتمام إجراءات عقد البيع وإذا رفض فيجوز أن يلجأ الموعد له أي القضاء و في هذه الحالة

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 272.

يجب أن يتقدم بالطلب التالي :

إلزام الواعد بإتمام إجراءات عقد البيع و في حالة الامتناع حلول الحكم محل العقد طبقاً لأحكام المادة 72 ق.م.ج.

أما الواعد بالبيع و الشراء فهو وعد تبادلي يقيد كل منهما بعد حلول المدة المحددة فإذا انعقد الوعد بالشراء صحيحاً بالنسبة للمشتري نشأ لزمته الالتزام بشراء إذا ما أدى الواعد رغبته بالبيع خلال المدة المحددة لذلك فينعقد العقد النهائي للبائع . أما الوعد بالشراء فيقع عندما يعد المشتري البائع أنه يريد شراء الشيء المبيع في مدة زمنية محددة وفي هذه الحالة فالمشتري ملزم بالشراء .

وتبعاً لذلك لا يعد البيع الصادر من غير المالك بيعاً لملك الغير بل يصح الوعد في هذه الحالة، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في الوقت المحدد، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء المبيع في هذا الوقت تم البيع . وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للمبيع وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء انقلب الوعد بالبيع إلى بيع لملك الغير وكان قابلاً للإبطال¹.

الفرع الثالث : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشيء المستقبلي .

يمكن تعريف الشيء المستقبلي قانوناً على أنه محل الالتزام محقق الوجود يتم الوفاء به في المستقبل شريطة أن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة.

أو بعبارة أخرى هو إقدام الشخص على بيع الشيء في المستقبل، لم يوجد وقت إبرام العقد، و إنما سيوجد في فترة لاحقة لذلك، فالالتزام البائع هنا يكون ممكناً و ينعقد العقد طالما أن هذا الشيء ممكن الوقوع في المستقبل . و تنص المادة 92/1 من (ق.م.

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

ج) أنه : "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً"، و مثاله بيع منزل لم يبدأ في بنائه على أن تنتقل الملكية عند تمام البناء¹.

و طبقاً لأحكام المادة 397 من ق م ج - تقابلها المادة 466 من ق م م - أن يكون محل هذا البيع شيئاً معيناً بالذات وذلك من أجل نقل الملكية من البائع إلى المشتري، فإذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل² لم يكن هذا بيع ملك الغير، حتى ولو كان البائع غير مالك وقت البيع لأن المبيع لم يعين بذاته وقت البيع ، ومن ثم لا يمكن القول بأن البائع مالك للمبيع أو غير مالك ،ويقتصر التزام البائع على إيجاد المبيع إذا لم يكن موجوداً ، ثم يقوم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري عند وجوده³.

غير أن هناك استثناء على القاعدة وهذا في مجال الترقية العقارية، وهذا في إطار البيع بناءً على التصاميم، وهو بيع عقار سينشأ في المستقبل أما العقد فمبني على تصميم هندسي يكون الثمن فيه على أقساط حسب قيمة هذا العقار و بدفع آخر قسط يمتلك المشتري العقار في حال إكمال البناء و دفع الثمن، وبالتالي فيمكن حدوث هذا في الواقع، كون العقار يتطلب وقتاً لإنشائه، ويمكن أن يبيع المشتري هذا الشيء معتقداً أنه تملكه بينما هو لم يملكه بعد. أما فيما يخص بيع شيء من الإرث قبل تحقق وفاة المورث فهذا تصرف باطل بمقتضى أحكام المادة 15 من ق م ج، وبالتالي يخرج من إطار التعامل في ملك الغير إضافة إلى بيع الأشياء

¹ خليل أحمد حسين قداة، المرجع السابق، ص 210.

² "اختلف علماء الفقه في هذه المسألة، وهي تعليق البيع على شرط مستقبلي على قولين هما : القول الأول : أن تعليق عقد

البيع على شرط مستقبل غير جائز ، وهذا قول الجمهور ، وعللوا قولهم : بأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد ؛ إذ أن

مقتضى العقد الفورية ، وألا يكون معلقاً ، أشار إليه النووي أبو زكريا محي الدين - المجموع ج9 ، المرجع السابق ، ص 249

³ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 154 ص 272 ، د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 57 ،

د/رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 15.

المستقبلية، بيع على شرط التملك¹.

الفرع الرابع: تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال الشائع

تثير الملكية الشائعة الكثير من الصعوبات لكونها كثيرة الوقوع و التعقيد ، بحيث تصرف الشريك في جزء من المال المملوك على الشيوع بحد ذاته يثير الكثير من الصعوبات ، ذلك أن المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها لكن ليس كملكية مفرزة أي أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة في المال المملوك على الشيوع، وقد يعتقد المتصرف أو المتصرف إليه أن الحصة التي تم التصرف فيها قد تقع في نصيب المتصرف بمقتضى القسمة ، ولكنه قد يقع في نصيبه نتيجة القسمة حصة أخرى ، مما يعني عدم الاستقرار في التعامل، وبالإضافة إلى ذلك فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يتضمن مساسا بحقوق الشركاء الآخرين، فهؤلاء أيضاً يملكون فيما تصرف فيه شريكهم ، فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا في الواقع ما أثار الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة .²

فإذا اتفق الشركاء على طريقة معينة لإدارة المال الشائع ألزمهم ذلك الاتفاق. أما إذا اختلفوا في ذلك فإن القانون هو الذي يتولى تعيين النصاب الواجب لإدارة المال. و هذا ينطبق كذلك على التصرف في المال الشائع كله . سواء كان التصرف ماديا أو قانونيا ، ولكن تصرف الشريك في حصته الشائعة دون المساس ببقية حصص الآخرين . فإنها تخضع لقواعد الملكية المفرزة ولا يستوجب موافقة بقية الشركاء ، وفي المقابل لهم حق طرد المشتري الذي حل محل الشريك عن طريق ممارسة حقهم في الشفعة .

¹ لحرش دنيازاد ذهبية، مذكرة بيع ملك الغير تدرج ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير، القانون العقاري، جامعة الجزائر 1) بن يوسف بن خدة كلية الحقوق بن عكنون، السنة الدراسية 2012/2013، ص 28 .

² جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص46.

وقد عرفت المادة 713 من ق.م.ج الملكية الشائعة على أنها: "إذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً و كانت حصة كل منهما فيه غير مفرزة ، فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذالم يقيم دليل على غير ذلك " .

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المال الشائع هو مال مملوك لأكثر من شخصين، و ذلك دون تحديد نصيب كل منهم تحديدا ماديا ، بحيث تكون حصة كل واحد شائعة في كل الشيء المملوك ولا تتركز في جزء معين .

و قد أجازت الفقرة الأولى من المادة 714 من القانون المدني الجزائري لكل شريك على الشيوع أن يتصرف في حصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء على اعتبار أن الشريك على الشيوع يملك حصته ملكية تامة ، وبهذا تقرر هذه الفقرة أن " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " وتتص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على انه "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " ¹.

يفهم من هذا النص أن للشريك في الشيوع الحق أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة في العقار، أو يتصرف في جزء مفرز منه، وقد يتصرف في العقار الشائع كله.

تتص المادة 714 من ق م ج: أنه يجوز للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، سواء أكان هذا التصرف بعوض (تصرف معاوضة) كالبيع أو المقايضة أم كان تصرف تبرع كالهبة.

¹ خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 223.

ويجوز أن يتصرف الشريك في الشيوع في حصته الشائعة إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعاً. وإذا ترتب على تصرف الشريك إلى شريك آخر زوال حالة الشيوع، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية، كما لو بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء¹

و قد عرفها الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري كما يلي : " إذا ملك شخصان أو أكثر مالا بحصص معينة من غير أن تفرز حصة كل منهما فالمال مشاع، و هم شركاء في الشيوع" و يملك كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكية تامة ، و له أن يتصرف فيها جميع التصرفات الجائزة . و يتخذ التصرف في المال المشاع صوراً متعددة ، نقف عند ثلاثة منها :

1 _ فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة ، في بيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . و هذه الصورة لا تثير إشكالا ، و هي الصورة الغالبة في التصرف في المال المشاع. و نرجئ الكلام في تفصيلاتها ، فمكانه الملكية الشائعة . و يلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المباعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به . أما في العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

2_ وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه.

3_ وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية لعدم إمكان قسمة المال عينا².

بما أن تصرف الشريك في المال الشائع تناوله كل من القانون المدني و الفقه الإسلامي فإننا سنبين موقف كل منهما فيما يخص هذه المسألة :

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية المجلد الثامن، ص 843.

² أبو السعود رمضان ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة، دار المطبوعات لجامعة مصر، مصر، 2000، ص 105

فالقانون المدني يرى أن المالك على الشيوع حينما يتصرف في حصته الشائعة، إنما يتصرف في خالص حقه، لكن دون المساس بحقوق الشركاء الآخرين¹. و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04 ماي 1994 .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على جواز بيع الحصة الشائعة، سواء كان البيع للشريك و لأجنبي ، أو سواء كان المشاع قابلا للقسمة أولا، عقار أو منقول و سواء كان البيع بإذن الشريك أو بدون إذنه².

و الدليل على ذلك قوله تعالى: " وأحل الله البيع و حرم الربا"³ و قوله تعالى : " و قد فصل لكم ما حرم عليكم " ⁴.

إذا ما تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، وكان المشتري يعتقد أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل البيع، إذ أنه اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا. ومن ثم فإن البيع يكون قابلا للإبطال بسبب الغلط وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، على أن يقدم ذلك الطلب قبل القسمة، لأنه غير ملزم بانتظار القسمة و نتیجتها. وفي ذلك إتجه القضاء المقارن الذي أخذ بالرأي القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالما بحالة الشيوع⁵.

و الغلط الذي يمكن علي أساسه إبطال العقد الذي بموجبه تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، يجب أن يكون جوهريا أي أنه بلغ حدا من الجساماة بحيث لو علمه

¹ خليل أحمد حسن ققادة ، ص 223.

² جمال خليل النشار، المرجع نفسه، ص 41-42.

³ سورة البقرة الآية (275).

⁴ سورة النساء الآية (119).

⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ، المجلد الثامن، ص 870 .

المتعاقد لأمتنع عن التعاقد .كما انه يجوز للمشتري في هذه الحالة ألا يطلب إبطال العقد، وإنما يجيزه طبقاً لأحكام المادة 100 من ق م ج التي تنص علي أنه : " يجوز حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلي التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير. "

فإذا ما أجاز المشتري العقد أصبح صحيحاً، وغير قابل للإبطال، ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في غلط أو مشتري يعلم أن الشريك البائع يملك المبيع شائعاً وليس مفرزاً. نخلص إذا في هذا الإطار، إلي أنه إذا كان المتصرف له على فرض المشتري يعتقد بأن الشريك البائع يملك المبيع مفرزاً قبل القسمة، فإنه يكون أمام خيارين، أولهما المطالبة بإبطال العقد الذي بموجبه تم التصرف، وهو البيع في مثالنا، لوقوعه في غلط جوهري، لأنه لو علم بأن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزاً وهي صفة جوهرية في محل البيع لما أقدم علي التعاقد . الشراء . وأنه غير ملزم بانتظار القسمة و نتیجتها ، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من ق م ج ، وثانيهما أن يجيز التصرف . البيع . صراحة بإعلانه ذلك وموافقته علي إتمام إجراءات البيع ، أو ضمناً بقيامه بإجراءات التسجيل والشهر .

ومن تم فإنه لا يجوز له بعد ذلك المطالبة بإبطال البيع الذي أخذ حكم البيع الصحيح الصادر لمشتري يعلم بأن البائع يملك المبيع شائعاً وليس مفرزاً¹.

قد يبيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع :

_ بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع : إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملكه و ما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع

¹ وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2007_2008، 63.

في هذا الجزء المفرز، و ما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء .و يجب لبيان الحكم في هذا الفرض أن نميز بين حالتين :

1- أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه و إنما يملك حصة فيه على الشيوع .

2- لأن يكون غير عالم بذلك و يعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة باعها .

_ بيع الشريك كل المال الشائع :وإذ باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابل للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لان بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير ¹ .

فإذا كان المشتري يعلم أن البائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطيع البائع يستخلص ملكية هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقت جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، و إما في فسخ البيع لتفرق الصفقة ، و إذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للمبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع لم تتفرق عليه الصفقة .

و سواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع فإن الشركاء الآخرين يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفرز أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . و ينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، و يصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء . فليس لشريك

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 415.

من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعي الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها ¹.

على العكس من ذلك يخلص للمشتري الجزء المفرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيب البائع عند القسمة ، أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة .

فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك الغير. و لكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة، فإن وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه، و إن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير².

الفرع الخامس : تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر

يمكن تعريف الوارث الظاهر بأنه : " من يحمل نفسه و يحمله الناس على أنه وارث ثم يتضح أنه ليس كذلك " ³ أو بمعنى أوضح أن شخصا يظهر بمظهر المالك يبيع شيئاً معيناً بالذات لشخص آخر حسن النية ، و يظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس بالمالك ، و ذلك كالوارث الأبعد في درجة الإرث إذا استولى على مال المتوفى لجهله و جهل الناس عموماً بوجود من يحجبه في الإرث ⁴.

¹ وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأنه إن اختلف الفقهاء و القضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروفاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه و باطلاً في حصر الشركاء أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقيه . فمن ذهب إلى اعتباره باطلاً جعل للمشتري حق إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، و من رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشتري سبيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائعة بالقسمة.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، ج المجلد الأول، دار النهضة العربية، د ب ن، 1960 ، ص 350.

³ مرقس سليمان، العقود المسماة عقد البيع، علم الكتب، مصر، 2005 ، ص 727 .

⁴ جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 118-119 .

فرغم أن الملك الظاهر يعتبر مالكا للمبيع مما يجعل بيعه بيعا لملك الغير، يقع بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا في حق الوارث الحقيقي، حماية للأوضاع الظاهرة و عملا على استقرار المعاملات ، فيمتلك المشتري المبيع و لا يحتاج إلى الحماية المقررة في أحكام بيع ملك الغير¹. و ذهب الفقه إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي حماية للمشتري حسن النية الذي يجهل عدم ملكية البائع للمبيع ، واستقرار المعاملات بين الناس² و الملاحظ أنه لا يوجد نص في القانون الوضعي يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما الفقه و القضاء الفرنسي عالج هذه المسألة و عمد إلى تأصيل حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامة هي " أن الغلط الشائع يولد الحق " ³ .

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

القانون الوضعي لم يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما الفقه و القضاء الفرنسي عالجا هذه المسألة، أما القضاء المصري حسم الموضوع في بادئ الأمر لصالح بيع ملك الغير، بحيث اعتبر بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير، و قرر أنه لا يجوز مخالفة القانون بدعوى استقرار المعاملات. إذ أن القانون عندما يريد حماية الأوضاع الظاهرة يقرر لها نصوص استثنائية

¹ رمضان جمال كامل ، مرجع سابق ، ص 17 .

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

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

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

تعالجها، من ذلك نجد المادة 244 من ق م م¹ ، لكن عاد قضاء النقض المصري من جديد ليقرر في حكم آخر قاعدة عامة مقتضاها حماية الأوضاع الظاهرة و المتعاملين معها بحسن النية. لتقرير حماية الغير من تصرفات الوارث الظاهر، يجب أن يكون هذا الغير حسن النية، أي أن يثبت وقوعه في غلط شائع، إضافة إلى أن الوارث الظاهر قد تصرف له بعوض حقيقي² ، و صدر هذا الحكم بتاريخ 16 / 02 / 1986 قاعدة عامة مقتضاها حماية الأوضاع الظاهرة و المتعاملين معها بحسن نية و أهم ما جاء فيها " : حيث أنه و إن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيديها ، و أن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها " ³ .

باكتمال هذه الشروط توفر الحماية للغير و المشتري حسن النية تطبيقا لقاعدة حماية الأوضاع الظاهرة، و من ثم يستطيع المشتري أن يمتلك المبيع بناء على حكم البيع الصحيح النافذ في حق المالك الحقيقي و تطبيقا لمقتضيات حسن النية و استقرار المعاملات نفسه إذ تبين المشتري حسن النية بغير عوض⁴ .

لقد تم تطبيق قاعدة الأوضاع الظاهرة في الفقه و القضاء المصريين و لم يشر القانون و لا القضاء الجزائريين عن تطبيقاتها، إلا أنه في حقيقة الأمر و لتشابه النظامين فيما يخص أحكام بيع ملك الغير، فيمكن الأخذ بهذه القاعدة في النظام الجزائري إذا ما توفرت شروط تطبيقها.

¹ تنص المادة 244 من (ق. م. م) على ما يلي: " إذا أبرم عقد صوري فللدائنين المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم، و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فيتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين".

² زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه للدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992، ص 118.

³ رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط 3؛ مكتبة الألفي القانونية، د ب ن، 1997-1998، ص 19-20.

⁴ أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 45.

و هذا إذا كان في حقيقته بيعا لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، ألا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر الحقيقي . و من ثمة يمتلك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشتري في بيع ملك الغير .

فيبقى بعد كل ذلك في منطقة بيع ملك الغير ، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال . و يستوي أن يكون للبائع عالما بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوي أن يكون البيع مساومة أو بيعا قضائيا ، و يستوي في البيع القضائي أن يكون بيعا جبريا أو بيعا اختياريا ¹ .

نستخلص في الأخير أن بيع الوارث الظاهر هو من حيث المبدأ بيع لملك الغير، إلا إذا تبين أن البائع يعتبر أنه المالك الحقيقي أو يكون المشتري حسن النية بحيث يتجاهل المالك الحقيقي، حينها فقط يصح البيع و ينفذ في حق المالك الحقيقي.

الفرع السادس : تمييز بيع ملك الغير عن البيع المعلق على شرط التملك

البيع المعلق على شرط التملك هو أن يقوم شخص ببيع شيء معين بالذات غير مملوك له وقت التعاقد ، و الشرط نوعان قد يكون شرط واقف يترتب على تحققه وجود الالتزام ، وقد يكون فاسخا يترتب على تحققه زوال العقد .

و في الحياة العملية قد يبيع شخص شيء معين بالذات غير مملوك له ، ويعلق البيع على شرط تملك لهذا الشيء ، فهذا البيع يتم صحيحا لأنه ليس بيعا لملك الغير ، إذ أن البائع لم يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزاما نهائيا وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 275.

إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية وإن لم يتحقق الشرط يسقط البيع¹، فكل من البائع والمشتري قد اتفقا منذ البداية على أن البيع غير بات، بل هو بيع معلق على شرط، وهذا الشرط هو تملك البائع للمبيع، فإذا تحقق الشرط أصبح مالكا للمبيع، فيلتزم بنقل الملكية إلى ذا المشتري، و لم يتحقق الشرط يسقط البيع، ويعود كل طرفيه إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد².

فلو باع شخص شيئا وعلق البيع على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء عند بيعه بالمزاد، فإذا رسا المزاد على البائع، فقد تحقق الشرط وأصبح هو المالك للمبيع، وبالتالي يصح بيعه، أما إذا رسا المزاد على شخص آخر غير البائع فقد يسقط البيع، كذلك إذا تم الاتفاق على بيع احتمالي، إذ لا يعد هذا الأخير بيعا لملك الغير، حيث يكون البيع مجرد احتمال فقد يتحقق ويملك البائع الشيء المبيع فتنتقل ملكيته إلى المشتري. وقد لا يتحقق لعدم تملك البائع للمبيع، فلا ينتقل الملكية للمشتري.

أو بمفهوم آخر فإذا باع شخص شيئا وجعل البيع موقوفاً على شرط و هذا حسب نص المادة 203 من قانون المدني الجزائري على : " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي وممكن وقوعه " ، حيث 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 البائع³.

لهذا إذا تحقق الشرط سرى مفعوله بأثر رجعي وهذا ما نصت عليه المادة 208 ق م ج : " إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام " .

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

² أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 28.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الهامش 1، ص 273.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

وقد يتفق أطراف العقد، على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات ، فينقلها للآخر ، فهذا الاتفاق لا يعد بيعا لملك الغير ، بل هو ليس بيعا أصلا، لأن المتعاقد لم يلتزم فيه بنقل ملكية ، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية ، فإذا ما كسبها ، ترتب على ذلك إبرام عقد البيع بنقل هذه الملكية للمشتري ، وإذا لم يكسبها ، كان مسؤولا عن تعويض المشتري وفقا لأحكام التعويض¹.

إذا لم يتفق المتعاقدان على بيع معلق على شرط أن يملك البائع المبيع ، إنما ينصب الاتفاق على كسب ملكية شيء معين بالذات فينقلها للطرف الآخر، فلا يعتبر هذا الاتفاق بيعا لملك الغير لأنه عقد غير مسمى، ولا يقصد منه نقل الملكية في الحال، بل هو عبارة عن التزام بالقيام بعمل وهو اكتساب الملكية وعندما يكسبها يليه عقد بيع تنتقل بموجبه الملكية المكتسبة إلى المشتري، إذا لم يليها يلتزم بالتعويض².

كما قد يبرم شخص عقد بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ و في هذه الحالة يعد بيعا موصوفا ، و البيع الموصوف هو البيع الذي يأخذ فيه التراضي صوراً تختلف عن صورته العامة ، و يمكن أن يلحق البيع الأوصاف المختلفة التي تلحق العقود بصفة عامة ، فيضاف إلى أجل أو يعلق على شرط ، لأنه ورد وصفا على الرابطة العقدية، ومن أمثلة البيوع الموصوفة نجد البيع بالعينة المعلق على شرط فاسخ، حيث نصت المادة 353 ق م ج : "لانعقاد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين دون خطأ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

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

² مدادي بيسمينة-بلاغ وردية، بيع ملك الغير في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة مولودي معمري ، تيزي وزو، 2015، ص 42.

و منه فإن البيع المعلق على شرط سواء كان واقفا أو فاسخا يخرج على نطاق بيع ملك الغير، فتحقق الشرط الواقف و عدم تحقق الشرط الفاسخ يجعل بيعه صحيحا نافذا لأنه يجعله يتصرف في ملكه، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف يجعل هذا البيع بيعا لملك الغير ويأخذ حكمه¹.

الفرع السابع : تمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض و الاستحقاق :

عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين مما يؤدي إلى نشوء التزامات متبادلة في ذمة البائع و المشتري ، فيترتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية، و تسليم المبيع إلى المشتري ، و التزاما بالضمان (ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية) ، و يترتب التزاما في ذمة المشتري بدفع الثمن و بدفع المصروفات و النفقات و بتسلم المبيع من البائع ، بحيث يجب أن يضمن للمشتري بقاء الملكية والانتفاع و يضمن له حيازة هادئة مستقرة حتى يستطيع المشتري أن ينتفع بما اشتراه في هدوء و اطمئنان² و يجب أن يمتنع من القيام بأي من شأنه أن يعرقل أو يعيق حيازة المشتري للمبيع ، و هذا لا يتوافر إذا صدر من جانب البائع أمن جانب الغير فعل يعكر صفو حيازة المشتري للمبيع ،أو ملكيته له،بالإضافة إلى أنه يجب أن يضمن البائع للمشتري بقاء ملكيته للمبيع ،إذا استحق الغير استحقاقا كليا أو جزئيا و ذلك عن طريق تعويضه³ .

و التعرض الصادر من البائع يسمى التعرض الشخصي ، أما التعرض الصادر من الغير فيسمى تعرض الغير ، و في الحالتين قد يكون التعرض ماديا أي بفعل لا يستند فيه المتعرض إلى حق يدعيه على العين ، و قد يكون قانونيا يستند إلى حق . و البائع ضامن لتعرضه الشخصي سواء كان قانونيا أو ماديا ، و لكنه لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان قانونيا ، و

¹ أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع سابق، ص 29.

² سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص152.

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص144.

لذا فإن التمييز بين التعرض المادي و التعرض القانوني لا تظهر أهميته إلا بصدد ضمان تعرض الغير¹ .

ونجد المشرع الجزائري قد جمع ضمان التعرض الشخصي و ضمان تعرض الغير في نص واحد²، هو المادة 371 من ق م ج التي تنص على أن: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري، في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه " .

فالمشرع الجزائري من خلال هذا النص ، قد تكلم عن قواعد ضمان الاستحقاق عند تعرضه للالتزامات البائع، بينما خص بيع ملك الغير بقواعد خاصة في فصل مستقل أطلق عليه عنواناً "أنواع البيوع " ، و يتضح من المادة المذكورة أعلاه أن البائع يمنع عليه التعرض للمشتري شخصياً كما يلزم بمنع تعرض الغير .

أولاً : ضمان التعرض الصادر من البائع .

تنص المادة 371 من ق م ج : " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه " .

¹ سعيد سليمان جبر، المرجع نفسه، ص 153.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 127. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 303.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

و التعرض عبارة عن عمل مادي يقوم به البائع أو عمل قانوني ، من شأنه أن يعرقل أو يحول دون حياة المشتري للمبيع حياة هادئة و انتفاعه بالمبيع انتفاعا يحقق من وراءه الغرض الذي قصده من شراء المبيع، و يستوي أن يكون الانتقال من الانتفاع بالمبيع كليا أم جزئيا¹.

أو بمفهوم آخر التعرض الشخصي، مضمونه أن يمتنع البائع عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر، من شأنه أن يعرقل أو يحول دون حياة المشتري للمبيع حياة هادئة و انتفاعه بالمبيع انتفاعا يحقق من وراءه الغرض الذي قصده من شراء المبيع، حتى يستطيع المشتري الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا، و ذلك عملا بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض².

و يشترط لقيام الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع شخصيا على حياة المشتري الشرطين الآتيين :

1_ أن يقع التعرض فعلا من البائع للمشتري ، لا مجرد الاحتمال بوقوعه³ ومن ثمة لا يقوم التزام البائع بالضمان إلا إذا وقع التعرض فعلا منه ، ولا يكفي التهديد بالتعرض مدام البائع لم ينفذ تهديده .

فإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية و بادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثاني لم يتخذ أي إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير ، و لكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . و يترتب على أنه

¹ خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 145.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 128 .

³ أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء 4 ، ص 82.

لابد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسري التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا ، و مدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض ¹.

2_ أن يكون من شأن تعرض البائع أن يحول دون انتفاع المشتري كلياً أو جزئياً في المبيع :
و التعرض قد يكون قانونياً و قد يكون مادياً ، و يعتبر التعرض قانونياً إذا استعمل البائع حقا ادعاه على المبيع من شأنه أن يؤدي إلى نزع المبيع من المشتري كان يكون البائع وقت إبرام العقد غير مالك المبيع ، ثم تملكه بعد البيع بالميراث أو بالشراء أو بالوصية فإذا استند البائع إلى حق الملكية الذي آل إليه بعد نزع البيع لينزع المبيع من يد المشتري كان ذلك بمثابة تعرض قانوني ² .

و قد يكون التعرض مادياً و يكون كذلك إذا قام البائع بأي فعل مادي من شأنه أن يعكر به حيازة المشتري دون أن يستند في القيام به إلى أي حق يدعيه على المبيع ، كأن يقوم البائع لمتجر تجاري آخر بالقرب منه ، لأن ذلك سيؤدي إلى منافسة غير مشروعة و كذلك إذا كان المبيع عبارة عن بئر من المياه ، فلا يجوز للبائع أن يحفر في أرضه بئراً آخراً بالقرب من البئر المبيع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى نقص ماء البئر المبيعة ³.

و التزام البائع بالضمان التزام مؤبد ، بحيث يبقى البائع ملتزماً بعدم التعرض للمشتري مهما طاللت المدة ، و رتبنا على هذه الميزة للالتزام بالضمان ، أن البائع لا يجوز له أن يتمسك بملكية المبيع بالتقادم مهما طاللت المدة ⁴.

ولكن قد لا نكون أمام بيع ملك الغير حتى و إن كان الاستحقاق كلي للمبيع، كحالة بيع المالك للشيء المبيع ثم باعه لمشتري ثاني، فيرجع المشتري الأول على البائع بدعوى الضمان، و هذه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 626.

² خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق، ص 146.

³ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 374.

⁴ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع أعلاه ، ص 146.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

ليست بدعوى بيع ملك الغير، فالنظامين يختلفان من حيث نوع الدعوى التي يرفعها المشتري ففي بيع ملك الغير للمشتري أن يرفع دعوى إبطال البيع بدون أن يتعرض له أحد، ما دعوى ضمان الاستحقاق لا تتم إلا بعد التعرض القانوني و الفعلي، فدعوى عدم التعرض نصوص عليها ضمن التزامات البائع ودعوى ضمان الاستحقاق ما هي إلا نتيجة التعرض الحاصل من الغير لانتفاع المشتري بالشيء المبيع فإن دعوى بيع ملك الغير دعوى وقائية من دعوى الاستحقاق و لهذا شراح القانون الفرنسي دعوى إبطال بيع ملك الغير، دعوى استحقاق مسبقه¹.

ثانيا : ضمان التعرض الصادر من الغير :

تنص المادة 371 من ق م ج : " أو من فعل الغير يكون له وقت البيع الحق على المبيع يعارض به المشتري " .

يلتزم البائع بأن يدفع عن المشتري تعرض الغير متى كان هذا التعرض مستندا إلى حق ثابت للغير وقت البيع، أو آل إلى الغير بعد البيع من البائع نفسه، وفي هذه الحالة لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانوني، الصادر عن الغير² و تعرض الغير إذا توافرت شروطه، و استحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا فإن هذا هو ضمان الاستحقاق للمبيع من قبل الغير، فيلتزم البائع بالتعويض بما لحق المشتري من أضرار نتيجة لذلك³.

نستخلص في الأخير أن الاستحقاق إذ كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير لأنه يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئا غير مملوك له، و من ثم تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكاملة

¹ قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 25/06/1986 ، ملف رقم 889.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص316 .محمد حسنين، المرجع السابق، ص 134. محمد حسنين قاسم، العقود المسماة البيع المرجع السابق ، 86 ومابعدها.

³ خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 151.

لأحكام بيع ملك الغير¹ و منه إذا كان المبيع فعلا مستحق للغير، فإنه لا يبقى للبائع سوى التنفيذ عن طريق التعويض وفقا لأحكام المادة 375 من القانون المدني الجزائري².

ورغم التداخل بين النظامين - بيع ملك الغير و ضمان التعرض والاستحقاق - إلا أنهما يختلفان في عنصرين أساسيين أولهما من حيث موقع النظامين ضمن أحكام القانون المدني، ذلك أن قواعد ضمان التعرض و الاستحقاق تجعلنا بصدد الحديث عن التزامات البائع، فيفترض في ذلك أن العقد نشأ صحيحا فيما بين أطرافه إلا أن البائع قام بالتزام ترتب عليه هو ضمان التعرض و الاستحقاق، في حين أن أحكام بيع ملك الغير جاءت ضمن قواعد خاصة في فصل مستقل بعنوان "أنواع البيوع".

الفرع الثامن : تمييز بيع ملك الغير عن بيع النائب :

تطبيقا للقواعد العامة يجوز أن يتم إبرام عقد البيع عن طريق نائب عن البائع وعن المشتري، وتطبق هنا القواعد العامة التي تحكم النيابة في التعاقد فيجب توافر شروط قيام هذه النيابة من حيث حلول النائب محل إرادة الأصيل، والتزام النائب حدود النيابة وأن يتم التعامل باسم النائب باسم الأصيل فإذا توافرت هذه الشروط انصرفت آثار البيع حقوقا والتزامات إلى ذمة الأصيل³.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 5.

² تنص المادة 375 ق. م. ج على ما يلي: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع : -قيمة المبيع وقت نزع اليد .

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

-المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

-جميع مصاريف دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من خسارة وفاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع .

- كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله.

³ سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص 26.

وتعرف النيابة كالآتي هي قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني لحساب الأصيل وللنيابة مصادر متعددة ، فقد يكون مصدرها قانونيا كالولي ، أو قضائيا ، كالوصي والقيم ، أو إتفاقا كالنائب والنيابة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة :

النيابة المطلقة : هي النيابة التي يطلق فيها الأصيل للنائب مجال التصرف من غير قيد أو شرط النيابة المقيدة: هذا النوع من النيابة قد يكون مقيدا من حيث الأشخاص كأن يحدد له شخصا معينا قد يكون طبيعيا أو معنويا للتعاقد معه ، أو من حيث الموضوع كتحديد موضوعا معينا للتعاقد عليه ، أو من حيث الشكل كأن يشترط الأصيل على النائب إتباع شكل معين لإجراء التصرف¹.

القانون لا يجيز تعاقد الشخص مع نفسه ، و تعاقد الشخص مع نفسه يتخذ إحدى صورتين : الأولى : أن يتعاقد الشخص بصفته أصيلا عن نفسه و نائبا عن غيره . و مثال ذلك أن يشتري الوكيل لنفسه المال الذي وكل في بيعه .

الصورة الثانية : أن يتعاقد الشخص بصفته نائبا من المتعاقدين ، مثال ذلك : أن يوكل شخص شخصا آخر في شراء سيارة ، فيشتري له سيارة كان قد وكله آخر في بيعها ، أي يكون الوكيل في هذه الحالة نائبا عن البائع و عن المشتري في أن واحد و يترتب على عدم تجاوز تعاقد الشخص مع نفسه في هاتين الصورتين ، إن العقد لا يكون نافذا في مواجهة الأصيل إلا إذا أجازة ، أي أن العقد يكون موقوفا على إجازة الأصيل .

أولا : شروط وجود النيابة : يجب توافر شروط معينة لتتصرف آثار تصرفات النائب إلى الأصيل ، و هي كالآتي :

¹ حبار آمال، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية في القانون المدني الجزائري)، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، ط1، 2013، ص37.

الشرط الأول : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

لكل تحقق النيابة يتعين أن يعبر النائب عن إرادته وليس عن إرادة الأصيل ، وهذا يميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره على نقل إرادة احد طرفي العقد إلى الطرف الآخر . و يترتب عن حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل عدة نتائج، وهي:

يجب أن تكون إرادة النائب سليمة من العيوب، فإذا شابها عيب من العيوب المتمثلة في الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال كان العقد قابلا للإبطال ولو كانت إرادة الأصيل سليمة من العيوب المذكورة أعلاه.

إن علم أو جهل النائب ببعض الظروف الخاصة التي لها تأثير في التعاقد هو الذي يعتد به و لا يعتد بالعلم بالأصيل أو جهله ، فمثلا لو اشترى النائب شيئا و هو يعلم بما فيه من عيوب خفية فإنه لا يجوز للأصيل أن يقاضي البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية بحجة جهله بوجود العيب الخفي ، لأن العبرة في هذه الحالة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/73 من ق م ج .

توافر الأهلية: بالنسبة لأهلية النائب و الأصيل، فإنه يجب أن يكون النائب مميزا على الأقل (ناقص التمييز) حتى تكون له إرادة يعتد بها القانون، بالإضافة إلى أن آثار التصرف تنصرف إلى الأصيل الذي يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة.

الشرط الثاني : تعاقد النائب باسم الأصيل و لحسابه .

يجب أن يكون التعاقد باسم الأصيل، و يلزم النائب بكشف صفته كنائب للغير المتعاقد معه، فإذا لم يكشف النائب عن هذه النية لمن يتعاقد معه فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل و إنما تنصرف إليه شخصيا. و بالتالي لا تتحقق النية¹.

¹ حبار آمال، المرجع السابق، ص 38.

الشرط الثالث: عدم تجاوز حدود النيابة.

لا بد أن يكون تصرف النائب في حدود نيابته وفق النطاق الذي رسمه له القانون أو الأصل ووفقا للشروط المحددة لذلك ، و تلك الحدود يعينها الاتفاق في حالة الوكالة ، و يتولى القانون تعيينها في حالة النيابة القانونية¹.

ثانيا : تجاوز حدود النيابة :

إذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن موقف الأصل منه لا يخلو من أحد أمرين :

الأمر الأول: أن يجيز الأصل تصرف النائب بالرغم من تجاوز حدود نيابته ، وفي هذه الحالة يصير التصرف الذي أجراه النائب ملزما للأصل بناء على القاعدة الفقهية "الإجازة للاحقة كالإذن السابق" .

الأمر الثاني : إذا حصل اعتراض الأصل على التجاوز الذي صدر من النائب ، فإن الأصل لا يلتزم بما أجراه النائب ولا تتصرف آثاره إليه ويبقى النائب هو المسؤول .

وبالتالي ، قد يستطيع النائب تنفيذ ما تعاقد عليه وينتهي الأمر. أما في حالة ما إذا عجز عن التنفيذ فإن الشخص المتعاقد معه من حقه أن يرفع ضده دعوى أمام القضاء يطالبه فيها بالتعويض على أساس إخلاله بما تعاقد عليه ، ومسألة تقدير التعويض تخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

و تظهر آثار النيابة في ثلاثة أنواع من العلاقات، وهي:العلاقة بين الأصل والنائب:

¹ حبار آمال ، المرجع السابق ، ص 38.

يحكم هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة . فإن كانت النيابة اتفاقية عين العقد مدى التزامات النائب و حقوقه قبل الأصيل ، و إن كانت قضائية أو قانونية عين القانون أو حكم القاضي طبيعة العلاقة بين الأطراف .

العلاقة بين النائب و الغير:

إذا تعاقد النائب باسم الأصيل فإن التصرف الذي يبرمه غير منتج لأي أثر بالنسبة إليه شخصياً. و بناءاً على ذلك ، لا يكسب النائب أي حق و لا يلتزم بأي التزام من التصرف أو العقد المبرم ، و ينصرف آثار التعامل إلى الأصيل فلا يجوز للغير أن يطالب النائب بشيء مدام أنه قد احترم حدود نيابته .

العلاقة بين الأصيل و الغير:

تتشأ بين الأصيل و الغير علاقة مباشرة نتيجة التصرف الذي أبرمه النائب ، و تترتب الحقوق و الالتزامات بين الغير و الأصيل مع اختفاء شخص النائب¹.

المطلب الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن غيره الأنظمة الجزائية المشابهة له.

إلى جانب الأنظمة المدنية التي تتشابه مع بيع ملك الغير ، فهناك بعض الأنظمة الجزائية المشابهة له ، و سنحول في هذا الفرع التعرف عليها و تمييزها عن بيع ملك و هذا حتى نتمكن من حصر هذا النظام، و تحديد مفهومه بصورة واضحة .

و من أهم هذه الأنظمة الجزائية التي قد تتشابه مع هذا النظام هي جريمة النصب و الاحتيال (أولاً) و جريمة خيانة الأمانة (ثانياً) .

¹ حبار آمال، المرجع السابق، ص40.

الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن النصب و الاحتيال .

جريمة النصب و الاحتيال كباقي الجرائم تقوم على ركنين وهما الركن المادي و الركن المعنوي .

أولاً : الركن المادي: و يتكون على ثلاثة عناصر :

أ_ استعمال وسيلة من وسائل التدليس : من بين أهم الطرق التدليسية التي وردت في المادة 372 من ق ع ج¹ و التي جاءت على سبيل الحصر .

ومن بين الصفات التي ذكرتها هذه المادة نجد استعمال أسماء و صفات كاذبة تتم جريمة النصب باتخاذ المتهم اسما كاذبا أو صفة غير صحيحة و لو لم يصحب ذلك استعمال مناورات احتيالية و تتم هذه الجريمة بانتحال شخصية الغير أو اسم الغير بحيث تتخدع الضحية فيكون للإدعاء أثر في نفسها يدعوها للتصديق و لكن يجب أن لا يكون الإدعاء واضح الكذب بحيث يتبين حقيقته الشخص العادي .

1_ الاسم الكاذب: هو اتخاذ اسم كاذب سواء كان اسما حقيقيا أو خياليا ، و سواء كان كله كاذبا أو بعضه فقط و لكن استعمال اسم الشهرة لا يعتبر استعمالا لأسم كاذب .

¹ تنص على ما يلي : " كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات إلى أو الحصول على أي منها أو شرع في ذلك و كان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو إحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار ."

2_ الصفة الكاذبة: و هي الانتساب إلى صفة تجعل المتهم محل احترام و ثقة المجني عليه و قد تكون هذه الصفة وظيفة أو مهنة (قاض، محام، تاجر، مدير شركة) أو قرابة (أخ أو أب أو أخت فلان أو زوجة) .

و عموما فهذه الصفات هي صفات اعتاد الناس على عدم مطالبة من يدعيها إبراز سند يثبتها.

و تخرج من مجال جريمة النصب الصفات التي اعتاد الناس على مطالبة بعضهم البعض بتقديم الدليل الذي يثبت حملها . و من أمثلة هذه الصفات صفة المالك و الدائن ، فمن يدعي أنه مالك لشيء أو أنه دائن في حين أنه ليس كذلك ، لا يرتكب جريمة النصب ، و لكن إذا تأيدت هذه الادعاءات بأعمال أو مظاهر خارجية اعتبرت نصبا ، كما تبين ذلك من القضاء الفرنسي¹.

من بين الصفات التي اعتاد الناس أن يطلبوا ممن يدعيها سند ملكيتها صفة المالك و من ثمة إذا ادعى شخص ملكية شيء معين فإنه لا يكون قد ارتكب جريمة النصب إلا إذا تأيدت هذه الإدعاءات بأعمال أو مظاهر خارجية².

ب _ الاستيلاء على مال الغير : تتم جريمة النصب بتحقيق نتيجتها و هي الاستيلاء على مال الغير.

و نجد في المادة 372 ق ع ج قد حددت هذه الأموال على سبيل الحصر و التي تتمثل في الأموال و المنقولات و السندات و التصرفات و الأوراق المالية و الوعود و المخالصات و

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة العشرون، 2018، ص 315.

² مصطفى مجدي هرجة، جرائم النصب و خيانة الأمانة و الجرائم المرتبطة، دار محمد للنشر و التوزيع، د ب ن 2004-2003 ، ص 6_7 .

الإبراءات من الالتزامات¹.

ونلاحظ أن المشرع استعمل عمدا عبارات عامة بغية حماية الغير من المناورات الهادفة إلى إقامة أو إزالة روابط قانونية ، و لقد ذهب القضاء أيضا في اجتهاده إلى تأويل واسع لهذه العبارات لتشمل كل تسليم و كل تصرف يكون الهدف منه إيهام الدائن خطأ بأنه استلم حقه .

و يجب أن يتجسد التسليم في الواقع بالاستيلاء على شيء ملموس مادي سواء كان مالا أو سندا ، ولا يقع النصب شأنه شأن السرقة ألا على منقول فلا يعتبر نصبا التوصل بالتدليس إلى الحصول على عقار ، و يشترط كذلك أن يكون للمنقول قيمة مالية .

و يبقى السؤال المطروح بالنسبة للقيمة الأدبية و الراجح أن النصب يستبعضها هذا ما يوحي به النص ذاته باستعمال عبارة " سلب كل ثروة الغير أو بعضها " ، ولا يقع النصب كذلك إلا على مال الغير .

ج _ علاقة السببية بين التدليس و سلب مال الغير :

يشترط لقيام جريمة النصب أن تكون رابطة سببية بين الوسائل الاحتيالية المستعملة و تسليم الأشياء و هذا يقضي أن يكون التسليم لاحقا على استعمال التدليس و يجب أيضا أن تكون الوسائل الاحتيالية من شأنها أن تؤدي إلى تسليم المال نتيجة انخداع الضحية بها².

و يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الوسيلة و جريمة سلب مال الغير ، فيجب على المتضرر تقديم دليل قاطع و يربط أدلته بالوقائع و الضرر.

ثانيا : الركن المعنوي .

تتطلب جريمة النصب توافر القصد الجنائي العام و القصد الجنائي الخاص .

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 97.

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ، ص 322.

الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير.

و يتمثل القصد العام في انصراف إرادة المتهم إلى تحقيق الجريمة بأركانها الكاملة ، كما حددها القانون ، و هو عالم بذلك .

و يتمثل القصد الخاص في نية المتهم في الاستيلاء على مال الغير ، أما إذا كان الغرض من الاحتيال هو مجرد مزاح و مداعبة أو مجرد منفعة عابرة فلا تقوم الجريمة .

انطلاقاً مما سبق نستنتج أوجه التشابه و الاختلاف بين النظامين، بحيث يقوم كل من البائع لملك الغير و مرتكب جريمة النصب بالاستحواذ على مال الغير و كلاهما لا يعتبران مالكان للشيء المتعامل فيه أي يتصرفان في ملك الغير بالبيع.

لكن هناك اختلاف بينهما بحيث يعد بيع ملك الغير نظام مدني يستمد أحكامه من القانون المدني، و ذلك من خلال المادة 397 منه ، و لا يرتب عليه المشرع جزاء سوى قابلية العقد للإبطال، بينما جريمة النصب و الاحتيال هي فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية و هذا بناء على نص المادة 372 من قانون العقوبات الذي نظم جريمة النصب، يشترط أن يكون مرتكب جريمة النصب و الاحتيال سيء النية و على علم بأنه ليس مالكا للشيء المتعامل فيه ، بينما لا يشترط في بيع ملك الغير، ففي هذا الأخير يمكن أن يكون محله عقارا ، لكن في جريمة النصب و الاحتيال لا نتصور الحصول على عقار بطريقة التدليس.

يمكن القول في الأخير أن بيع ملك الغير و جريمة النصب و الاحتيال تشكل نفس الواقعة بشرط أن يكون البائع سيء النية عند التصرف في ملك الغير، كما هو الحال في مرتكب جريمة النصب و الاحتيال الذي هو سيء النية¹.

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن خيانة الأمانة.

تعتبر خيانة الأمانة من بين الأنظمة الجزائية التي لها علاقة وثيقة ببيع ملك الغير، يقدم كل

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 323.

من البائع لملك الغير و خيانة الأمانة بتصرف هو بيع ملك الغير، نفترض أن كل ما باع ملك غيره يرتكب جريمة خيانة الأمانة و لكن أحيانا لا يتحقق هذا الغرض، لأنه لا يعتبر كل بيع ملك الغير خيانة للأمانة.

تتطلب الجريمة توافر الركن المادي و الركن المعنوي و الضرر .

أولا : الركن المادي: يتكون من ثلاثة عناصر و هي :

1_ التبديد : فيتحقق بفعل يخرج به الأمين الشيء الذي أوتمن عليه من حيازته باستهلاكه أو بالتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الرهن¹ مثل الميكانيكي الذي يبيع السيارة المسلمة له للإصلاح ، و كذا الموثق الذي يتخلى عن الوثائق التي استلمها بصفته هذه .

و من قبيل تبديد الشيء من يتخلى عن سيارة مسلمة له على سبيل عارية الاستعمال و يتركها في الطريق العمومي.

و في كلتا الحالتين ،الاختلاس والتبديد ، يقوم الفاعل بتحويل الحيازة من حيازة مؤقتة من حيازة ملكية ويظهر في شكل عمل أو تصرف خارجي كالا تستهلاك والتخريب والبيع إلخ... أما الاستعمال المفرط فيه ،فلا يعد تحويلا ما لم تكن هناك نية واضحة لتبديد الشيء أو تحويله ، هذا ما قضي به في فرنسا .

كما لا يعد تبديدا ولا اختلاسا التأخر في رد الشيء المؤجر ، و هكذا قضي في فرنسا بعدم قيام خيانة الأمانة في حق من استأجر سيارة و تأخر في ردها .

2_ محل الجريمة: يجب أن يكون شيء منقول ذا قيمة مالية ، فلا تقع خيانة الأمانة إلى على

¹ معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج2، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف،1998، ص

منقول و هذا واضح من الأمثلة التي وردت في المادة 376 ق م ج¹ .

ولا يهم أن تكون حيازة الشيء مباحة أو محرمة فمن يبدد سلاحا يحمله صاحبه بدون رخصة أو مادة مخدرة أو تمن عليها يعد خائنا لأمانة ، أما العقارات فال تكون محلا لخيانة الأمانة فلا يعد خائنا لأمانة المستأجر الذي لم يرفع يده عن الأرض بعد انقضاء مدة الإيجار في حين تعد منقولات في نظر القانون الجزائي عقارات بالتخصيص كالجرارات مثلا و العقارات بحكم الاتصال إذا فصلت عن المال الثابت كالأبواب و النوافذ .

3_تسليم الشيء : تفترض خيانة الأمانة تسلم الشيء ، فلا ترتكب الجريمة إذا لم يحصل التسليم ، و هكذا لا يعد مرتكب لخيانة الأمانة المستأجر الذي يبيع القش الناتج من الزراعة مع أنه ملزم باستعماله في تسميد الأرض لا لسبب إلا لأنه لم يستلم القش من المؤجر .

ولكن لا يشترط أن يحصل التسليم بحركة مادية ينتقل بها الشيء يدا بيد من الضحية للمتهم ، فقد يحصل التسليم من شخص آخر كالوكيل أو الخادم أو موظف البريد .

ويجب أن يتم التسليم على سبيل الحيازة المؤقتة فيكون المسلم له ملزم برد أو تقديم الأشياء التي تسلمها إلى صاحبها، كما يتبين ذلك من طبيعة العقود التي وردت في المادة 376، وكلها عقود أمانة .

ويشترط أن يتم التسليم بناء على عقد منت العقود الواردة في المادة 376 على سبيل الحصر ، وهي :عقد الإيجار ، عقد الوديعة، عقد الوكالة ، عقد الرهن ، عارية الاستعمال ، عقد القيام بعمل ، مسالة الحق في الحبس أو الاحتجاز ، إثبات العقد .

ثانيا: الركن المعنوي: خيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي يتطلب فيها القانون وجود قصد عام يتمثل في اتجاه إرادة المتهم وانصرافها لارتكاب الجريمة بكامل أركانها عن علم وإدراك . وإلى جانب القصد العام يشترط قصد خاص يتمثل في نية المتهم في التملك وحرمان مالك

¹ المادة 376 من الأمر 156_66.

المال الحقيقي منه ، وقد عبر المشرع عن ذلك بقوله "بسوء النية " ، أما مجرد التأخر في رد الشيء المؤجر فقد قضي بشأنه في فرنسا بأنه لا يشكل بالضرورة اختلاسا أو تبديد .

كما قضي بأن إنذار المتهم برد الشيء غير ضروري لإثبات سوء النية وبالمقابل قضي بعدم توافر سوء النية في الحالات الآتية:

عندما يتعلق الأمر ببعض المعترفين الذين يتمتعون بحق الاحتباس، التعويض، استحالة رد الشيء بسبب قوة قاهرة وليس إذا كان من الممكن تجنبه.

ثالثا: الضرر.

اشتطت المادة 376 لقيام الجريمة أن تصاب الضحية بضرر، ويستوي في ذلك أن يلحق الضرر بالمالك نفسه أو بجائز الشيء حيازة مؤقتة أو حيازة مادية هذا ما يفهم من عبارة "إضرار بمالكها أو وضع اليد عليها أو حائزها"¹.

ويكون المشرع قد أراد بذلك حماية كل شخص له حق على الشيء، كصاحب حق الانتفاع والمودع لديه والمستعير والمستأجر وغير ذلك.

ولا يشترط أن يتحقق الضرر فعلا فيكفي أن يكون محتمل الوقوع ، وهكذا فإذا تسلم شخص مبلغا ماليا لشراء طوابع بريدية وإصاقها على ظروف فحص على طوابع مستعملة وألصقها بعد أن ما الختم الذي كان عليها فقدم الطوابع للبريد فلم يتفطن لذلك الذي واعتمدها ، فإن هذا الشخص يعد خائنا لأمانة لأن صاحب الظروف اتئمه على المبلغ المختلس معرض للرجوع عليه بثمن الطوابع عند اكتشاف الغش . وقد يكون الضرر ماديا أو أدبيا ، وهكذا يرتكب خيانة أمانة العامل بملبنة الذي يضيف الماء ن يوزعه لحساب صاحب الملبنة ويحتفظ

لنفسه بثمن الكمية الزائدة، فصاحب الملبنة هنا لم يصبه ضرر مادي بل ضرر أدبي يتمثل في فقدان الثقة والتشهير بسمعته¹.

خلاصة الفصل الأول :

يعود أصل بيع ملك الغير إلى القانون الروماني ، حيث كان ينقل الحيازة فقط دون الملكية وبالتالي كان المستفيد منه أي المشتري يضمن له حيازة هادئة سليمة ومستمرة، وكذلك عرف في الفقه الإسلامي بما يسمى ببيع الفضولي، ونص عليه القانون المدني الجزائري في المواد 213 وما يليها من ق م ج . كما قنن بيع ملك الغير الذي هو عقد بيع لشيء معين بالذات و غير مملوك للبائع وقت البيع . و من شروط البيع اعتباره كذلك أن يكون التصرف الذي قام به البائع بيعا، فمن الأركان العامة للبيع التراضي و هو تطابق كل من الإيجاب و القبول ، المحل و الذي يجب أن يكون موجودا ومشروعا و السبب و الذي يجب كذلك أن يكون مشروعاً، وهناك ركن خاص بالعقارات هو ركن الشكلية الرسمية ، و هذا إن كان محل البيع عقار فيجب أن يحرر عقد البيع لدى موظف مؤهل و هو الموثق و أن يشهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية، وإلا لا يكون له أثر فيما بين المتعاقدين و في مواجهة الغير . هذا وإضافة إلى كون التصرف بيعاً، ويجب أن يكون محل البيع معيناً بالذات و أن لا يكون المبيع مملوكاً للبائع أو المشتري . كما يتميز بيع ملك الغير عن غيره من البيوع كالتعهد لدى الغير و الوعد بالبيع و بيع الشيء المستقبلي لم يوجد بعد و من البيوع التي تشابه هذا البيع وتخرج عنه هو بيع الشريك في المال المشاع و الوارث الظاهر و كما يستثنى أيضا البيع على شرط التملك وبالتالي يجب أن يكون البيع بات و ليس معلق على شرط و بيع النائب هذه البيوع و خلاصة القول بيع ملك الغير لم يعرفه القانون بل قام بتعداد الشروط التي إن توافرت كنا أمام بيع ملك الغير والتي هي أن يكون التصرف بيعاً وأن يكون لشيء معين .

¹ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 214.

الفصل الثاني : إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له .

إن المشرع الجزائري قد أعطى بيع ملك الغير بأحكام خاصة تختلف عما تنص عليه القواعد العامة بالنسبة للعقد القابل للإبطال وتتجسد هذه الأحكام في الرابطة التعاقدية بين البائع و المشتري أي المتعاقدين، ويظهر ذلك في تقرير المشرع للمشتري حق في طلب إبطال البيع دون غيره ، ولجبر الضرر الذي لحق به يطلب التعويض من البائع ولكن حق المشتري في طلب الإبطال ينقضي لأسباب معينة ، قضى بها القانون المدني في بنوده ، حيث يتضح من أحكام الفقرة الأولى من المادة 397 من ق م ج ، أن بيع ملك الغير بيع قابل للإبطال ، و بهذا تقول هذه الفقرة : " فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع " و الحديث عن حكم بيع ملك الغير يقتضي الحديث عنه بالنسبة للمتعاقدين و كذلك بالنسبة للملك الحقيقي للمبيع .

و في ذات الصياغة جاءت المادة 1599 من ق م ف بأن بيع ملك الغير باطل ، و بأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع . و قد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض¹ .

و في الفقه الإسلامي نظرا لتعلق حق الغير بالمحل، فإن آثاره تكون منعدمة على الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير، أو تكون هذه الآثار متوقفة على إجازة من له الحق في الإجازة ، ولا ينتج آثاره بين المتعاقدين -أي البائع والمشتري- ولا بالنسبة لمن له حق الإجازة إلا إذا قبلها

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع السابق ، ص 276.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

وأجازها من يملكها شرعا، فإذا أجازها ترتب على نفاذها، آثارا وإن رفضها بطل، وفقا للرأي القائل بأنه عقد صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن¹.

و تتجسد هذه الأحكام في الرابطة التعاقدية بين البائع و المشتري ، و يظهر ذلك في تقرير المشرع للمشتري حق في طلب إبطال البيع دون غيره ، و لجبر الضرر الذي لحق به يطلب التعويض من البائع و لكن حق المشتري في طلب الإبطال ينقضي لأسباب معينة قضى بها ق م ج في بنوده، كما تمتد أحكام بيع ملك الغير إلى المالك الحقيقي و لا تسري عليه آثار العقد إلا بعد إقراره للبيع ، و قبل هذا الإقرار لا يسري البيع في حقه و لا يلتزم بأي التزام . و منه سنرى في المبحث الأول تأصيل بطلان بيع ملك الغير ونعقبه في المبحث الثاني بأحكام بيع ملك الغير .

المبحث الأول: تأصيل البطلان في بيع ملك الغير.

بيع ملك الغير عقد صحيح ينعقد بين البائع الذي تصرف بملك ليس له الحق في التصرف فيه ، و بين المشتري الذي اعتقد وقت انعقاد البيع أن المبيع مملوك للبائع ، و طالما هو عقد صحيح فإن جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع تنشأ في ذمة البائع و ذمة المشتري، و لكن لأن القواعد العامة في القانون لا تجيز أن يتصرف أحد الأشخاص بمال لا يملكه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه فتصبح مسألة انتقال ملكية المبيع من البائع وفقا لأحكام مثل هذا العقد أشبه بالمستحيل، و لكن قد يملك البائع المبيع بعد البيع، و بالتالي يصبح بمقدور البائع أن ينقل الملكية، و بالتالي يزول كل سبب يقف دون ترتيب هذا النوع من البيوع لجميع آثاره و منها نقل الملكية².

¹ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية(البيع_الإيجار_المقاوله)، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية المكتبة القانونية، بغداد لسنة 2007، ص182، محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص543، إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 119.

² خليل أحمد حسن قعادة ، المرجع السابق، ص 2019.

و حدوث بيع ملك الغير يؤدي إلى طلب إبطال العقد من طرف المشتري في حال عدم إجازته له، فالعقد ينشأ معيباً، وفي حال طلب الإبطال فبذلك يرفع دعوى من أجل التحلل من التزاماته العقدية والتي من بينها دفع الثمن و المصاريف وهذا في إطار حسن النية، فالجزاء المترتب على بيع ملك الغير هو الإبطال¹ ولكن و أثناء مناقشة الإبطال في بيع ملك الغير، نجد أن الإبطال لا يمكن أن يطبق في هذا المجال مما فتح المجال أمام النقاش الفقهي .

و لتحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق هذا النوع من البيوع، لابد من أن نتطرق إلى النظريات القانونية التي قيلت في هذا الشأن؛ حول تأصيل أحكام هذا البيع ، خاصة وأن هذه الأحكام التي نصت عليها التقنينات المدنية قد سبق في تقريرها أحكام المحاكم منها الفرنسية والمصرية كما لابد من الاعتراف بأن المحاكم قد سلكت في تقرير هذه الأحكام سبيل الاجتهاد².

لقد تعددت النظريات التي قيلت بخصوص التأصيل القانوني لجزاء بيع ملك الغير، فمنها من تحدث عن أساسها بتطبيق القواعد العامة، وبعضها الآخر يخرجها عن تطبيق القواعد العامة. و منه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى النظريات التقليدية لبطلان بيع ملك الغير و في المطلب الثاني إلى نظرية البطلان الخاص .

المطلب الأول: النظريات التقليدية لبطلان بيع ملك الغير.

لقد نص المشرع الجزائري على الجزاء القانوني المقرر لبيع ملك الغير في المادة 397 من ق م ج التي نصت على ما يلي: " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع.."، الواضح من المادة أن بيع ملك الغير بيع قابل للإبطال لصالح المشتري.

و لكن بالرغم من ذلك قد اختلف الفقهاء على الأساس القانوني للإبطال، فقد تعددت آراء الشراح ، واختلفت مذاهبهم، اختلافاً كبيراً، حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير، غير أنه يمكن

¹ مصطلح يدل في المعنى على العقاب وهذه الفكرة مستبعدة حسب بعض الفقهاء تماماً في القانون المدني.

² سليمان مرقس -الوافي ج4، المرجع السابق ، ص713.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

ردها جميعا إلى خمس نظريات فالأولى التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم وهي نظرية الفسخ والثانية التي تعتبر بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا، وقد أخذت به بعض المحاكم وهذا خروج عن قصد المشرع ، الرأي الثالث يرى أن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي، والرابع يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل، والرأي الأخير الذي يركز على نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي كما في الشريعة الإسلامية¹، وسنبين في هذا المطلب النظريات السابقة الذكر مع الانتقادات التي وجهت لها، للخروج بالرأي الذي له الكثير من القبول والصواب.

الفرع الأول: نظرية الفسخ.

يرى هذا الاتجاه أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ، الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم لجانبين وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع² . والأصل ألا يقع إلا بحكم قضائي وقد استدلووا في ذلك بالمادة 119 من ق م ج التي ورد فيها ما يلي: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، و التي تقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري و المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، ففي العقود الملزمة للجانبين إذا قام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه و بقي الطرف الثاني دون تنفيذ كان للمتعاقد الآخر الحق في طلب فسخ العقد³، و هذا يستلزم إعدار المدين إلا في حالة الفسخ الاتفاقي للعقد، والذي يكون مذكورا في العقد كشرط بأنه في حال إخلال أحد المتعاقدين بالعقد و بعد إعدار المخل و بعد عدم التنفيذ يفسخ العقد تلقائيا، و مكن الاتفاق على اعتبار العقد

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص714.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص296.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص73 و 74.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء وهذا الفسخ يسمى الفسخ الإتفاقي، ليصبح مقيدا بالشرط الفاسخ¹.

و الفسخ صورة من صور المسؤولية العقدية²، وبالتالي يخضع حق المتعاقد في فسخ العقد إلى ثلاث شروط:

يشترط أن يكون العقد المراد فسخه تبادليا، أي ملزما لجانبين وهو أمر منطقي و بديهي، إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد بل على العكس مصلحته إبقاء العقد و المطالبة بتنفيذه.

أما مصلحة الدائن في العقد الملزم لجانبين فقد تقتضي فسخ العقد، لأن الدائن في نف الوقت مدين، و طالما بقيت العلاقة العقدية قائمة، فهو مطالب بتنفيذ ما تحمل من التزامات بموجب العقد، ويستطيع الدائن عن طريق الفسخ أن يتخلص من هذه الالتزامات، ما لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به³.

عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزامات المترتب عليه الناتجة عن العقد، فإذا لم يقدم بائع مال الغير بتنفيذ التزامه بنقل الملكية جاز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض، سواء كان البائع حسن أم سيء النية، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه، فإذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري كما لو حمل المالك على الإقرار بالبيع، أو تمكن هو من اكتساب ملكية المبيع و نقلها بعد ذلك إلى المشتري، فلا يكون ثمة مجال للمشتري لطلب

¹ علي فياللي، المرجع السابق، ص433.

² الطباخ (شريف)، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الأولى 6887، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ص 366.

³ خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص57.

الفسخ¹، ويخلص مؤيدو هذه النظرية إلى أن النتائج التي ترتبها المحاكم على أحكام بيع ملك الغير تتفق مع قواعد الفسخ و إن استعمل القانون لفظ البطلان و ليس لفظ الفسخ².

و ليس بالضروري توافر هذه الشروط يؤدي إلى فسخ العقد، فهذا يعود للسلطة التقديرية للقاضي و هذا حسب أحكام المادة 119 من ق م ج، و يمكن للمشتري طلب فسخ العقد مع التعويض فيزول بأثر رجعي وهذا وفق القواعد العام.

وهناك من يرى أن قواعد الفسخ من الممكن تطبيقها على صورة واحدة من صور بيع ملك الغير وهي الصورة التي يكون المشتري يعلم بملكية المبيع للغير، إذ العقد في هذه الصورة لا يعتبر بيعا، لأن إرادة المتعاقدين و الحالة هذه تكون قد اتجهت إلى التزام البائع بتخليص ملكية المبيع لنفسه، ليقوم بعد ذلك بنقلها للمشتري، أو يحصل على إقرار المالك بالبيع، فإذا لم يتمكن البائع من تنفيذ هذا الالتزام، جاز للمشتري حينها طلب فسخ العقد³.

نقد النظرية:

بالرغم من قوة الحجج التي جاء بها أنصار هذه النظرية إلا أنها لقيت اعتراضا كبيرا من الفقه، فهي من ناحية تصطدم بنص القانون الذي يقضي في هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ⁴، وتتعارض مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضا فالنص في تقنين على البطلان و البطلان شيء غير الفسخ⁵.

ويرى الدكتور سليمان مرقس، أن قواعد الفسخ تقضي بأنه: "لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعدار المدين في حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال دون إعدار البائع"⁶،

¹ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص103.

² الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 104.

³ سلطان العدوى، مرجع سابق، ص 189-188.

⁴ سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص524.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 296.

⁶ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص716.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

لهذا نجد في المادة 119 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 157 المدني المصري التي توجب على المتعاقد الآخر إعدار المدين حتى يمكنه الفسخ إذ لم يستجب هذا الأخير. وهذا يتعارض مع المادة 397 من قانون المدني الجزائري تعطي المشتري طلب إبطال دون إعدار البائع.

و لو كان بيع ملك الغير جزائه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى¹ .

من ناحية أخرى فإنها تتجاهل التطور حصل في طبيعة عقد البيع في القانون الحديث، حيث صار البيع ناقلا للملك بذاته، وإذا كان القانون الحديث مازال يعتبر بعض أنواع البيوع صحيحة مع أنها لا تنقل الملكية بذاتها، ذلك إلا استثناء من الأصل يسمح بالقول بأن البيع في القانون الحديث صار نوعين أحدهما يقصد أن ينقل الملكية في الحال لأن نقل الملكية من مستلزماته وهو الأصل، والنوع الثاني يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية فلا يعتبر نقل الملكية من مستلزمات العقد بمجرد انعقاده، وهذا هو الاستثناء و يشمل البيوع التي ترد على أموال مستقبلية أو على أموال حاضرة غير معينة بالذات²، هذا لا يمكن رد جزاء بيع ملك الغير إلى الفسخ بوجود النص الصريح الذي يتحدث عن قابلية الإبطال طبقا للمادة 397 من ق م ج .

الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 76، /رمضان أبو السعود -عقدى البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 133 د، /رمضان ابو سعود -عقود البيع والمقايضة والتأمين، المرجع السابق، ص 108 د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 276 د /جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المرجع السابق، ص 181.

² مباركي نجمة_ بوردقيقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلو السياسية، 2012.2013، ص 62.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

وهناك اتجاه آخر يرى أن البيع باطل بطلانا مطلقا، ولم يرتب عليه أية أحكام، البطلان هو الجزء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه و بالتالي البطلان يترتب على تخلف ركن من أركان العقد وهي التراضي و المحل والسبب والشكلية بالنسبة للعقود الشكلية يبطل بطلانا مطلقا، أو كان خارجا عن دائرة التعامل كأن يكون المحل أو السبب غير مشروع¹، و يعود البطلان المطلق للعقد إما لانعدام السبب إذا التزم المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية ، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع الملك إلى المشتري². فإذا لم يقدّم البائع بنقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد فيترتب على ذلك تخلف ركن السبب و تخلف الركن يعني البطلان المطلق³ .

وقد نصت المادة 102 من ق م ج على جواز التمسك بالبطلان لكل ذي مصلحة، كما أنه للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويكون التمسك بالبطلان في صورة دعوى أو دفع أمام القضاء⁴ حين المطالبة قضائيا بتنفيذ العقد فللمتعاقد المخل بالتزاماته في هذه الحالة أن يتمسك بالدفع بالبطلان، ففي حال رفع دعوى أمام القضاء و كان الالتزام باطلا للمدعى عليه أن يدفع بالبطلان و للمحكمة أن تقضي له به .

و يجب الإشارة إلا أنه يحق للمشتري حسن النية المطالبة بالتعويض، لأن البائع هنا يعتبر مخطئا ببيعه ملك غيره و ليس على أساس المادة 397 من ق م ج أن العقد باطل بطلانا

¹ السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 242.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

³ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، هامش 284 ص ، 148، كما يقول في هذا الصدد /إسماعيل شاهين : "أن بيع ملك الغير يشكل جريمة "النصب" المنصوص عليها في القانون العقوبات في المادة 336 المصرية وبالتالي لا يستقيم ذلك إلا بقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلق."، المرجع سابق ص 95 .

⁴ " الدفوع الموضوعية هي وسائل توجا مباشرة ضد الادعاءات المتقدمة بها من طرف المدعي لإثبات عدم صحتها وعدم تأسيها ، اما الدفوع الشكلية ، فالغرض منها التوصل إلى عدم صحة الإجراء ، دون مناقشة الموضوع فهي تعيب الإجراء غير الصحيح أو انقضاءه أو وقفه ". بريارة (عبد الرحمان) شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادية طبعة أولى سنة 2009 ص98. أنظر المواد 48.49 من قانون 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادراية ، جر عدد 21 لسنة 2008.

مطلقاً، و نجد المادة 124 من ق م ج تنص على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

نقد النظرية:

إن الحكم على بيع ملك الغير بالبطلان المطلق يتعارض صراحة مع المادة 397 من ق م، كما أن هذا الرأي يتعارض أيضا معارضة صريحا مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير، و سنفصلها فيما يلي و لو كان هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا لما أنتج أثرا¹، كذلك العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم الأثر، بينما ينتج بيع ملك الغير آثاره فيما بين المتعاقدين في حالة إجازة المشتري إلا فيما يتعلق بنقل الملكية .

فالبائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه فالسبب غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، و إذا لم يقدّم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق² .

حيث استند هذا الإتجاه إلى انعدام سبب التزام المشتري بأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه، ومن حيث استناده إلى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأن هذه الاستحالة نسبية لا يترتب عليها بطلان العقد³، و لا يمكن القول بالاستحالة المطلقة للمحل في هذا النوع من البيوع، لأنه لا يمكن أن تطبق نص المادة 93 من ق م ج التي تنص على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاتها أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا". أما استحالة موضوع البيع في بيع مال الغير فهي استحالة نسبية، لان هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

² د/إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص 80.

³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 124.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

المبيع، هو المالك الحقيقي¹، هذا ما نجده في نص المادة 398 من ق م ج التي تنص على يلي: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله و صار ناجزا في حق المشتري...".

و يجب الإشارة إلى أن بطلان بيع ملك الغير يختلف عن البطلان المطلق في أحكامه فالبطلان المطلق يجوز التمسك به من قبل كل من له مصلحة في ذلك، بينما بطلان بيع ملك الغير لا يجوز أن يتمسك به سوى المشتري دون البائع أو المالك الحقيقي.

كما أن البطلان المطلق لا تصححه الإجازة عكس بيع ملك الغير الذي يصح إذا أقره المالك الحقيقي أو أجازته المشتري، فلا يمكن القول مع هذا كله أن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا².

الفرع الثالث: نظرية البطلان النسبي.

يرى هذا الاتجاه أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، إما لغلط من شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهما المشتري أنه مملوك للبائع³.

بمعنى أن البطلان النسبي هو الذي يسمح بترتيب جميع الأحكام التي رتبها المحاكم على بيع ملك الغير، غير أنهم اختلفوا حول تأسيس هذا البطلان، فأرجعه البعض إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع و هي كونه مالكا، وأرجعه البعض الآخر إلى غلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكا للبائع⁴، فقد تتجه نية المشتري إلى التعاقد مع المالك الحقيقي للمبيع في حين أنه تعاقد مع غير المالك ، أي المشتري قد وقع في غلط في شخص البائع أو

¹ د/الibas نصيف ، المرجع السابق ، ص107 و 108.

² محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق، ص183.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 253.

⁴ محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع أعلاه، ص.183.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

المبيع ، وبالتالي يعتبر هذا الغلط عيبا في الرضا ، مما يمكنه ذلك من طلب إبطال على أساس هذا السبب¹ .

و هناك من يرجع سبب البطلان النسبي إلى استحالة الالتزام بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إتمام العقد، و بما أن بيع ملك الغير يعد بيع لمال مستقبل، فبيع ملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه مستقبلا بالنسبة للغير، ونظرا لأنه من الجائز طبقا للقواعد العامة أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، فإنه يكون من الجائز أيضا طبقا لهذه القواعد أن يلتزم شخص بنقل ملكية شيء مملوك لغيره. كما يرى هذا الاتجاه أن بطلان بيع ملك الغير يرجع لاستحالة محله، والاستحالة هنا ليست استحالة مطلقة، لأن البائع يستطيع ولو من ناحية التصور النظرية أن يشتري المبيع من مالكة الحقيقي وأن يصبح هو مالكا له ويستطيع بالتالي أن ينقل ملكيته إلى المشتري منه².

يلاحظ أنه كثيرا ما يكون سبب انتزاع المبيع من يد المشتري، هو صدور حكم نهائي لصالح الغير غير أن ثبوت الاستحقاق بحكم لي شرطا لرجوع المشتري بالضمان، فقد يستحق المبيع دون حكم، ومثاله أن يكون المبيع في حيازة الغير ويحاول المشتري وضع يده عليه فيتعرض له هذا الغير ويفلح في إثبات ملكيته للمبيع³ .

نقد النظرية:

¹ عبد الرزاق حسن فرج: "ويقتضي ذلك أن البيع لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية حيث يقع في غلط في شخص البائع وفي المبيع، إلا أن هذا يتعارض مع عموم نص و المشرع في هذا الصدد يجعل للمشتري أن يطلب البطلان في جميع الحالات سواء أكان حسن النية أو سيء النية بأن كان يعلم أن المبيع ليس مملوك للبائع ، وكل ما رتبته القانون من أثر في حالة علم المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع هو حرمان المشتري من طلب التعويض فقط.

² يقول الأستاذ إسماعيل غانم: "أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي". مذكرات غير مطبوعة في البيع ، ص 10.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 258.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

يرى نقاد هذا الاتجاه أن البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير ليس بطلانا نسبيا، و ذلك لأن البطلان النسبي يقع عندما يتوافر سببا من أسبابه، كنقص في الأهلية لأحد المتعاقدين أو أن يكون أحد عيوب الإرادة قد لحقت إدارته كالغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال و نعتقد أن ذلك غير متوافر في حالة بيع ملك الغير فأسباب البطلان النسبي غير متوفرة في بيع ملك الغير¹.

و يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "عيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية، فيكون قد وقع غلط في البائع أو في المبيع ، وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين المدني الفرنسي ومع صريح النص في التقنين المدني المصري طبقا للمادة 467 التي تصرح بوجود التعويض للمشتري إذ كان حسن النية فإذا كان سيء النية بقي البيع قابلا للإبطال و إن كان المشتري لا يستحق التعويض"².

كذلك التحدث عن الغلط في شخص المتعاقد، إذا كان الشخص محل اعتبار في العقد كأن يكون هذا المتعاقد رساما، أو طبيبا، أو موسيقيا، وليس في بيع ملك الغير أي شيء من ذلك، وهذا الغلط في شخص البائع ليس له تلك الأهمية البالغة وليس بالصفة الجوهرية³.

القول أن بيع ملك الغير هو بيع لمال مستقبلي غير صحيح لأنه عندما قمنا بالتمييز بين بيع ملك الغير وما يشابهه من البيوع، وجدنا أن البيع المستقبلي يختلف عن بيع ملك الغير، لأن هذا الأخير هو بيع حاضر أي يجب أن يكون موجودا يوم إبرامه ومعينا بالذات وغير مملوك للبائع ، أما إذا كان البيع مجرد بيع لمال مستقبل فالبيع صحيح، وهذا طبقا للمادة 92 من ق م

¹ خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق، ص222.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

³ كميج حورية المرجع السابق ، ص62.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

ج، ولو لم يكن هذا الشيء المبيع مملوكا للبائع يوم إبرام العقد، فإنه سيعمل على إجاده ونقله للمشتري وبذلك لا يمكن تشبيه هذا البيع بالبيع المستقبلية¹.

كما اعترض على هذا الرأي أن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلان نسبي قول لا يتفق مع أهم حكم من أن أحكام بيع ملك الغير، وهو أنه لا ينقل ملكية البيع، و بالعكس ذلك ينتج العقد الباطل بطلان نسبي جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحا صحة تامة لا مطعن عليها إلى أن يتقرر بطلانه².

الفرع الرابع: نظرية تحويل العقد.

هذه النظرية تعتبر تكملة لنظرية البطلان المطلق، حيث يقول الأستاذ سليمان مرقس، أن بيع ملك الغير باطل بطلان مطلق لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ثم يكمل نظرية البطلان بنظرية تحول العقد فيتحول بيع ملك الغير طبقا لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فورا إلى بيع منشئ للالتزامات فحسب متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الناقل للملكية لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. وقد فرض المشرع فرضا غير قابل لإثبات العكس وهو أن نية البائع المحتملة انصرفت إلى تحول عقد البيع على هذا النحو، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلى غاية ثبوت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول³.

و أنصار هذه النظرية ذهبوا إلى القول بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل، استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع⁴. ولكن هذا العقد يتحول من بيع

¹ انظر إلى الفصل الأول من هذه المذكرة ص34.

² رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص72.

³ سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص529_530.

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 722 .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

ناقل للملكية؛ طبقا لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من ق م ج¹، إلى بيع منشئ لمجرد التزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علمنا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع².

نصت المادة 105 من ق م ج، على إمكانية تجنب زوال أثر للعقد الباطل أو القابل للإبطال، حيث يحول العقد إلى عقد صحيح، إن نظرية التحويل قوامها استقرار المعاملات ومن شروط تحويل العقد أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافر عناصر العقد الجديد في العقد القابل للإبطال، ويعني تحويل العقد من عقد بيع إلى العقد الجديد بحيث يكون كاملا دون إضافة إلى عنصر آخر، أما إذا لم يتوافر أحد العناصر فلا يمكن إضافته، كما أنه ومن أجل تفعيل نظرية تحويل العقد يجب أن تكون نية طرفي العقد قد انصرفت إلى العقد الأول منذ البداية غير أن تكييفه القانوني أثناء الاكتتاب هو من كان خاطئا، أي أن نية الأطراف اتجهت إلى العقد الجديد، وتكون نيتهم قبل انعقاد العقد ولي بعده فيتحول العقد من العقد القابل للإبطال إلى العقد الجديد و يصبح العقد الأول منعدم الوجود، و كأنه لم يكن ويحل محله العقد الجديد و يرتب آثاره من التزامات و حقوق³.

لهذا يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير تطبيقا تشريعا لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول .

نقد النظرية:

¹ تنص المادة 105 من ق م ج: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد." وتقابلها المادة 144 من ق المدني المصري والتي تنص على: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد." د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150، د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 79، د/ رمضان جمال كامل، المرجع السابق ص 73.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 722. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 156، ص 279.

³ فيلالى علي، المرجع السابق، ص 871 وتطرق اليه السعدي (محمد صبري)، في مرجعه السابق ص 627 منه.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

لقد وجه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري نقدا لما جاء به الدكتور سليمان مرقس، حيث أن القول "العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات؛ يتعارض مع نظرية التحول المعروفة¹. فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تتصرف وقت العقد-لا بعد ذلك- إلى العقد الجديد، بدلا من العقد الباطل. و نية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل. فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع. وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح².

في بيع ملك الغير لا يمكن تطبيق المادة 105 من ق م ج -التي تقابلها المادة 1443 من القانون المدني المصري- لأن كلا الطرفين نجدهم يتجهون إلى إبرام عقد بيع ناقل للملكية وبذلك نستبعد الأخذ بنظرية التحول³. و نأخذ على هذا الرأي أمرين:

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

والقول 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 الجديد بدلا من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل، فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز

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

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 280.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 719.

إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع، وإما يكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما يتعارض مع النص الصريح¹.

الفرع الخامس: نظرية العقد الموقوف.

اعتبرت هذه النظرية بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي فالعقد الموقوف في المعنى اللغوي لكلمة الوقف حيث يقال وقفت الدابة أي سكنت، وقفت الأرض أي حبستها عن التملك ولوجه الله، وقفت الأمر لحين حضور زيد أي عقلت الأمر لحضوره، ووقفت قسمت التركة لحين الوضع، أي لحين أن تضع الحامل مولودا أما التعريف الاصطلاحي للعقد الموقوف فهو التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالإجازة ممن يملكها شرعا².

فالعقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله و لكن تخلف أحد شروط نفاذه جعلته تتوقف على الإجازة، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لنفاذ العقد ولاية على محل التصرف وولاية على نوع التصرف الذي يجريه، وتتحقق الولاية على محل العقد بالملك أو النيابة.

كما يمكن تعريف العقد الموقوف هو العقد الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية إصداره كالعقد الذي يصدره الفضولي أو من الصبي المميز ومن في حكمه ، إذا كان من العقود التي لا بد فيها من رأي وليه أو الوصي عليه وفقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لصحة العقد و نفاذه أن تكون للعقد ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف، الذي يجريه وتتحقق الولاية على محل العقد بحيث تثبت الولاية لشخص العاقد أي يكون المالك فلا مجال للعقد الموقوف أما إن لم تكن له ولاية انعقد العقد موقوفا على الإجازة. أما فيما

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع أعلاه، ص280.

² فرج عبد الرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون المدني)، دار النهضة العربية، سنة 1969، ص39.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

يخص محل التصرف فتتحقق باستكمال العاقد للقدر الواجب من التمييز حسب نوع التصرف الذي يباشر فتصرفات الصبي المميز الدائرة ما بين النفع والضرر تتعقد موقوفة على الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي ، وذلك أن الولاية في الرأي الغالب في الفقه الإسلامي تعتبر شرطاً في نفاذ العقد لا في انعقاده، وهذا فالعقد الموقوف هو الذي يتوقف نفاذه على الإجازة¹.

و قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه "النظرية العامة لتأمين العيني"، إذ كتب ما يأتي: "و قد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير. على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك. و عدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك الأثر فيما بين المتعاقدين و ليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقاً أو نسبياً، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً. والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك فإذا أقره المالك نتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان"².

نقد النظرية:

على الرغم من قوة الحجج التي عرضها أنصار هذا الاتجاه و التي يعود مصدرها إلى الشريعة الإسلامية³، إلا أنه لم يسلم من الانتقادات فالبعض يرى أنه يتعارض مع التنظيم القانوني لبيع ملك الغير، هذا التنظيم الذي يجعل بيع ملك الغير ينتج كافة آثاره من وقت انعقاده ما عدا انتقال الملكية على عكس العقد الموقوف.

كما أن العقد الموقوف و العقد القابل للإبطال يكادان أن يكونا ضدين و الفرق الجوهرى بينهما في أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره حتى تلحقه الأجازة بينما العقد القابل للإبطال فينتج أثره إلى

¹ جعفر محمد سعيد ،نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر الطبعة الثالثة 6887ص57.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 280_281.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 280.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

أن يحكم ببطلانه¹، فلو كان بيع ملك الغير عقدا موقوفا، لما أنتج أثره قبل أن يقره المالك الحقيقي، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه شأن أي عقد قابل للإبطال، و لا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله ثم إن المشتري يملك الإجازة و العقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي².

كذلك لا يجوز قياس بيع ملك الغير على البيع الذي يصدر ممن لا ولاية له ، لأنه إذا جاز اعتبار هذا التصرف الأخير موقوفا على إجازة من يملكها شرعا ، طبقا لأحكام الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا من مصادر القانون ، إذ أنه لا يجوز الرجوع إلى أحكام الشريعة إلا في حالة عدم توفر النص القانوني³.

كما نجد نص المادة 397 من ق م ج يقضى بأن للمشتري في بيع ملك الغير طلب إبطال هذا البيع، والقول بأن هذا العقد موقوف يستتبع القول بأنه صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله، ومن هنا نشأ التعارض بين النص التشريعي و الأخذ بنظرية العقد الموقوف ومن ثم وجب إعمال النص الصريح⁴.

¹ شوشاي صلاح الدين محمد، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر ، الاردن ، 2001، ص 65 .

² الإجازة في مصطلح الشريعة الإسلامية هي الاقرار بحيث تعرف الاجازة بأنها التصرف الانفرادي الذي يصدر عن صاحب الحق في الابقاء على التصرف القانوني أو المادي موقوف النفاذ في حقه ، فيترتب عليه نفاذ التصرف و انتاجه آثاره كافة بأثر رجعي أو بأثر حالي حسب طبيعة التصرف و تعرف ايضا بأنها تصرف شرعي في العقد بالابقاء بموجب نفاذه وترتب عليه اثار العقد، اما مستندا الى وقت وجوده أو مقتصرنا على حال صدورها .أنظر في هذا الشأن شوشاري (صلاح الدين محمد)، المرجع السابق ،ص123.

³ طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الثاني بعد التشريع ففي حالة غياب النص القانوني، نرجع إلى المصدر الثاني طبقا للمادة الأولى من القانون السابق الذكر.

⁴ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 89.

لهذا إذا كانت نظرية العقد الموقوف تفضل على كثير من النظريات الأخرى، فلا يمكن الأخذ بها مع وجود نص تشريعي صريح ، وإنما يجب إعادة النظر في أحكام بيع ملك الغير وفق هذا التصور الإسلامي¹ .

المطلب الثاني: نظرية البطلان الخاص.

من الواضح أن جميع النظريات التي قيلت في تأصيل بيع ملك الغير لم تسلم من الانتقادات، فهناك من يرى أن طبيعة جزاء هذا البيع ترجع إلى قواعد الفسخ و لكن نص القانون جاء صريح و أعطى للمشتري الحق في طلب الإبطال، و هناك من ردة إلى البطلان المطلق إلا أن هذا الأخير لا يكون في حالة تخلف أحد أركان العقد كتخلف ركن المحل أو السبب، و البعض الآخر أرجعه إلى البطلان النسبي لا يكون إلا في الإرادة حالتين ، هما نقص الأهلية و عيب في الإرادة و هذا ما يتعارض مع بيع ملك الغير، و هناك من يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل و هب الأخرى وجهت لها عدة انتقادات، و لجئ البعض إلى فكرة العقد الموقوف إلا أنها لا تتفق مع القانون الوضعي، نتيجة هذا الخلاف و التعارض ظهر فريق من الشراح ينادي بفكرة البطلان من نوع خاص.

فطبيعة بيع ملك الغير تقتضي البحث عن نص خاص في القانون، و له من الأحكام ما يخالف بها الأحكام العامة للبطلان بنوعيه، و هذا ما يعتبر خروجاً عن الأحكام العامة في القانون لكنه خروجاً تقتضيه طبيعة بيع ملك الغير و مواصفاته التي يمتاز عقد بيع ملك الغير عن عقد البيع الصادر من المالك في أن الأول يصدر ممن لا يملك المبيع و بالتالي لا يستطيع نقل

¹ د/رمضان كامل المرجع السابق، ص.70/د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق، ص.88.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

الملكية إلى المشتري ففاقد الشيء لا يعطيه، بينما في النوع الثاني يستطيع البائع نقل الملكية لأنه يملك المبيع¹.

و النص الذي يقرر البطلان لمصلحة المشتري الذي يكون وحده من يملك طلب إبطال هذا البيع، و هو أيضا من يملك إجازته، و هذا النص الخاص لم ينسئ المالك الحقيقي من الحماية، فيجعل البيع غير نافذ في حقه أي أن هذا البيع قابلا للإبطال من ناحية و غير نافذ من ناحية أخرى، لهذا وصف البعض الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير بازدواجية الجزاء البطلان و عدم نفاذ أو بالمركز المركب².

و قد تبني هذا الرأي الأستاذ عبد رزاق أحمد السنهوري الذي أرجع أساس بطلان بيع ملك الغير إلى النص التشريعي في حد ذاته، معللا ذلك بأن جزاء بيع ملك الغير لا يمكن اعتباره بطلان يخضع للقواعد العامة، علما أنه وفقا لهذه القواعد لا يقرر البطلان إلا لنقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضا لذا كان لابد من نص ينشئ بطلان بيع ملك الغير³، وقد تحجج أصحاب هذا الرأي، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالإيجار مثلا لا يستند على أي أساس فني وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية⁴.

و لقد اختلف أنصار هذه النظرية في تحديد علة تقرير هذا البطلان الخاص:

فهنالك من يرجع علة إبطال بيع ملك الغير في كون البيع أصبح ناقلا للملكية و القاعدة العقلية تقول إن فاقد الشيء لا يعطيه، وبالتالي إذا كان البائع غير مالك للشيء المبيع، فلا يمكنه أن ينقل ملكيته فور إبرام العقد. لهذا تدخل المشرع وجعل جزاء هذا العقد البطلان من نوع خاص في هذه الحالة فقط

¹ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص222.

² إبراهيم نبيل سعد،: البيع عقد المسماة، العقود، ط2 الجديدة، الجامعة دار الإسكندرية،، 2004، ص143.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 283-284.

⁴ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص78.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

، أما في الحالة التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد، فلا نطبق عليها هذه القاعدة لزوال السبب، وخير مثال على ذلك، أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد التسجيل في البطاقات العقارية. وهذا البطلان في نظرهم لا يقع إلا الناقل للملكية في الحال، لأن عقد بيع العقار قبل التسجيل لا يرتب إلا التزامات شخصية، فهنا يعطي للمشتري على البيوع حق رفع دعوى الفسخ عند عدم تنفيذ البائع لالتزامه، فالعقد صحيح قابل للفسخ عند عدم التنفيذ، أما إذا تم تسجيله فإنه يصبح عقداً ناقلاً للملكية¹.

و يرى اتجاه آخر أن علة الإبطال في هذا البيع بسبب عدم التزام البائع بنقل الملكية أي إخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية. فعلة البطلان في نظرهم، هو عدم قدرة البائع على نقل الملكية، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق ود من عقد البيع وهو نقل الملكية لذا تدخل المشرع بالنص على بطلان هذا التصرف، كما أن هذه العلة تفهم من المقص خلال التطور التاريخي لطبيعة البيع كعقد ناقل للملكية². كما أن علة البطلان في بيع ملك الغير، الغير مسجل موجودة، و النص على البطلان جاء عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع.

و يذهب هذا الرأي إلى القول بأن سبب الإبطال في بيع ملك الغير يعود إلى أن انتقال الملكية يتم قانوناً بمجرد إبرام العقد. فيرى هذا الرأي أن انتقال الملكية يتم قانوناً بمجرد إبرام العقد. و إنشاء القانون هذه القاعدة، ترتب عنها أن بيع ملك الغير يعطل من أحكام القانون. غير أن هذا التأخير لا ينتج عنه الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة. لهذا تدخل المشرع وأنشأ قاعدة أخرى وهي بطلان بيع ملك الغير لأننا إن لم نكن أمام هذا القاعدة الأخيرة، فيكون جزاء هذا التصرف هو الفسخ لعدم التنفيذ. ففي بيع الشيء المعين بالنوع لا تنتقل الملكية بمجرد الاتفاق وإنما تنتقل بالتعيين والفرز، كفرز نوعية القمح أو شيء آخر، لهذا لا يوجد هنا محل للبطلان دائماً يكون محلاً للفسخ عند عدم التنفيذ، ومع

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 207.

² رمضان جمال كامل، المرجع السابق ص 76.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

أن بيع العقار ينشئ التزاما بنقل الملكية، إلا أن المشرع استبعد البطلان في هذه الحالة .ومادام هذا الأخير يرى بأن الالتزام في العقار قبل تسجيله يكون مجرد التزاما شخصيا بنقل الملكية، ومن ثمة فإن علة البطلان في بيع ملك الغير قد زالت بعد صدور قانون التسجيل المصري لسنة 1923 الذي فرض شروطا محددة لانتقال الملكية في العقار¹.

المبحث الثاني : إنفاذ بيع ملك الغير .

سبق و أن ذكرنا في الفصل الأول من هذا البحث أن عقد البيع قد ينعقد صحيحا بين المتعاقدين، و يعد بيع ملك الغير كغيره من البيوع المعيبة و القابلة للإبطال ، فإنه يرتب آثارا كثيرة بالنسبة للمتعاقدين ، و المقصود بالمتعاقدين في نطاق بيع ملك الغير هما المشتري و البائع و هناك طرف ثالث و هو الغير (المالك الحقيقي) ، ولما كان بيع ملك الغير يرتب آثار على المتعاقدان اللذان هما طرفا العقد ، و آثار على المالك الحقيقي فإننا سنتناول آثار بيع ملك الغير على المتعاقدان في المطلب الأول، و آثار بيع ملك الغير على المالك الحقيقي في المطلب الثاني .

المطلب الأول : أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين .

يعد العقد المبرم بين بائع ملك الغير والمشتري والمستوفي لأركانه وشروط صحته، صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية، ماعدا أثر نقل الملكية²، نظرا لعدم ملكية البائع لهذا المبيع ، ولهذا أعطى المشرع الجزائري لمشتري بيع ملك الغير إمكانات في مواجهة البائع³ ، حيث أجاز له طلب إبطال العقد والحق في التعويض ، وبعد استعمال المشتري لحقه في طلب الإبطال يبطل بيع ملك الغير، كما قد يبقى هذا الأخير صحيحا فيما بين المتعاقدين لتحقق

¹ كميح حورية ، المرجع السابق ، ص 69.

² السيد خلف محمد ،عقد البيع في ضوء الفقه و أحكام النقص، ط02، دار الفكر و القانون ، مصر ، 1999، ص 580.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ،مرجع سابق ، ص 37.

الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء وسقوط حق المشتري في طلب إبطال . ومنه سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع .

الفرع الأول: قابلية إبطال بيع ملك الغير.

إن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري و المعروف أن العقد القابل للأبطال ينتج آثاره كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر إبطاله ، فبيع ملك الغير ينتج آثاره في العلاقة بين البائع و المشتري و بناء على ذلك قسمنا هذا الفرع إلى حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير (أولا) و حق البائع و المشتري في إبطال بيع ملك الغير (ثانيا).

أولا : حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير .

يعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال فيها بين المتعاقدين ، و الإبطال مقرر لمصلحة المشتري دون البائع بنص القانون ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع . و من ثمة فالعقد قبل استعمال الحق في إبطاله ، يعتبر عقدا صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية ، معا نقل ملكية المبيع على هذا يلتزم البائع في مواجهة المشتري بكل الالتزامات التي تترتب في العادة على عقد البيع فيلتزم بتسليم المبيع و بالضمان (التعرض و العيوب الخفية) ، و هذا ما أعطى الحق للمشتري دون غيره المطالبة بإبطال العقد لأنه المتضرر الوحيد و ذلك لكي يتخلص من التزامه تجاه البائع¹ و من جانب آخر يلتزم المشتري بكل الالتزامات التي تترتب على عقد البيع ، فيلتزم بدفع الثمن ، إلا أن المشتري يستطيع إذا طالبه البائع بالثمن و باقي الالتزامات الأخرى أن يطلب إبطال العقد وفقا لأحكام الماد 397 من ق م ج و التي تنص على أنه ، دون حاجة لإثبات وقوع ضرر بجانبه من جراء هذا البيع و دون حاجة لإثبات أن المالك الحقيقي قد تعرض له² ، و في المقابل المادة 468 من ق م م التي تنص على أنه "

¹ أحمد سعيد الزقود ، عقد البيع، ط1؛ المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ص 270،271 .

² بودري وسينا ، المرجع السابق ، ص 212.

إذا حكم للمشتري بإبطال البيع و كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض و لو كان البائع حسن النية " ، فهذه المادة أعطت المشتري حق المطالبة بالتعويض إذا حكم له بإبطال البيع ، متى كان حسن النية ، إي إنه يجهل ملكية المبيع للبائع ، و بمفهوم المخالفة لا يستحق التعويض المشتري سيء النية ، الذي كان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع و لكنه ب الرغم من ذلك أبرم العقد ، ولكن يبقى من حقه المطالبة في إبطال البيع .

كما و يجوز للمشتري طلب إبطال البيع و لو كان البائع حسن النية ، و هذا يستفاد من مفهوم المخالفة للنص السابق ، إذ أنه بموجب هذا النص يكون للمشتري حسن النية الذي يجهل ملكية البائع للمبيع المطالبة بالتعويض حتى و لو كان هذا البائع هو الآخر حسن النية ، فحسن أو سوء نية البائع لا تأثير لها على حق المشتري في طلب الإبطال¹ .

و للمشتري أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق، و هذا لتوفر السببين الآتيين² :

أ_ إذا كان قد دفع الثمن ثم تبين له أن البائع غير مالك ، فيرفع دعوى يطالب فيها ببطلان البيع و استرداد الثمن .

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

أوفي صورة دعوى المقابلة و ذلك عندما يرفع عليه البائع دعوى أصلية يطالبه فيها بالثمن ، فيرفع الدعوى على أن المبيع غير مملوك له³ .

و إما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن .

¹ خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، ص 272.

² إلياس نصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9(البيوع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 118-119.

³ محمد رضا الخضري ، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية ، د د ن ، د ب ن 1989 ، ص 218.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و للمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، و حتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضا بالمبيع معتقدا أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع .

و إذا رفع المشتري دعوى الإبطال¹ ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . و يتحتم على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مدام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال و لم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح المالك مالكا للمبيع .

و تسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع، و تسقط على كل حال بانقضاء خمسة عشرة سنة من وقت البيع² ، و هذا قياسا على سائر دعاوى الإبطال .

1_ كيفية تمسك المشتري بالإبطال :

أ_ رفع دعوى أصلية على البائع :

يرفع المشتري دعوى أصلية يختصم فيها البائع ، و يطلب فيها القضاء بإبطال عقد البيع و استرداد الثمن كونه دفع لشخص لا يستحقه³ ، أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن بعد ، تكون

¹ و سئى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ .

² محمد رضا الخضري ، المرجع أعلاه ، ص 220.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 95 96.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

غايته من رفع الدعوى هي منع البائع من المطالبة به¹ ، و يتعين رفع هذه الدعوى قبل تملك البائع للمبيع ، أو إقرار المالك الحقيقي للبيع .

يتعين على القاضي أن يقضي بالإبطال ، إذا أقام المشتري دعواه قبل تملك البائع للمبيع ، أو إقرار المالك الحقيقي للبيع و هذا القضاء ينصرف إلى وقت إبرام العقد ، إذ أن العقد ينعقد قابلاً للإبطال² ، و شروط طلب الإبطال فهي ذاتها الشروط اللازمة في بيع ملك الغير السالفة الذكر ، أما شروط قبول دعوى الإبطال فهي بوقت رفعها قبل أن ترفع عليه هو من المالك الحقيقي³ .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري . و هناك رأي وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له⁴ .

ب: ممارسة المشتري حقه في الإبطال عن طريق الدفع :

يبادر البائع إلى رفع دعوى ضد المشتري لمطالبته بسداد الثمن ، في هذه الحالة يستطيع المشتري الدفع ببطلان العقد لعدم ملكية البائع للمبيع ، استناداً إلى أحكام بيع ملك الغير⁵ . و إذا رفع المشتري دعواه أُلزم على القاضي الحكم بها و لو أقر المالك الحقيقي للمبيع البيع أو تملك البائع للمبيع قبل صدور الحكم على أساس أن القاضي يؤسس حكمه على ما كان عليه الخصوم وقت رفع الدعوى .

¹ جمال رمضان كامل، مرجع سابق، ص 58.

² رمضان جمال كامل ، مرجع نفسه، ص36.

³ محمد حسنين منصور ، مرجع سابق ، ص188- 187 .

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 290.

⁵ أبو السعود رمضان ، مرجع سابق ، ص.110- 109

2 _ أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير: و هناك عدة أسباب تؤدي إلى سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد و منها : التقادم حيث تخضع دعوى المشتري في طلب إبطال العقد إلى الأحكام العامة لنظرية البطلان ، و التي تجعل مدة تقادم دعوى البطلان النسبي عشر سنوات وفقا لا حكام المادة (101) من القانون المدني الجزائري حيث تقرر بأنه (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات)، وتبدأ هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع ، أو خلال خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد. ومن ثم يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع الصادر من الغير ، إذا لم يرفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك ¹ .

و كذلك إجازة المشتري لعقد بيع ملك الغير بحيث يسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد إذا أجازته ، بعبارة أخرى إذا نزل المشتري عن حقه في طلب إبطال العقد المادة 100 من ق م ج ² ، و إجازة المشتري للعقد لا تنتج آثارها القانونية إلا من وقت أن يعلم المشتري أن البائع مالك للمبيع ، أي بعد علمه بأن العقد قابل للإبطال ، و لما كانت الإجازة تعبيراً عن الإرادة ، فقد تقع صريحة و قد تقع بطريقة ضمنية ، و تقع كذلك إذا رتب المشتري حقا للغير على المبيع علمه بعدم ملكية البائع للمبيع ³ .

و كذلك يسقط حق المشتري بإقرار المالك الحقيقي حيث تقضي المادة 398 من ق م ج في فقرتها الأولى على أنه : " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري " ، و بهذا يعتبر إقرار المالك الحقيقي للمبيع سببا من أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد ، لأن ذلك يؤدي إلى زوال كل عقبة تمنع من انتقال الملكية إلى المشتري ،

¹ خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق ، 214.

² تنص المادة 100 من ق م ج : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير".

³ أما إذا كان المشتري سيء النية فلا يجوز له أن يطالب بالتعويض لأن العقد في هذه الحالة لا يكون بيعا كما قدمنا ، و بالتالي لا يكون باطلا بل صحيحا ، و من ثم لا يجوز الحكم بالتعويض .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و إنما انتقال الملكية هنا لا يقع من البائع ، و إنما يقع من المالك الحقيقي باعتباره الشخص الذي يستطيع بمفرده أن يقوم بذلك .

و إذا تملك البائع المبيع بعد البيع يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد بيع ملك الغير ، و تقضي الفقرة الثانية من المادة 398 من ق م ج : " و كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع " .

يتبين من هذه الفقرة أنه إذا تملك البائع المبيع بعد إبرام عقد البيع كأن يكون قد آل إليه بالميراث ، أو الوصية أو أن يكون قد اكتسبه عن طريق التقادم ، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد ، حيث أن تملك البائع للمبيع يؤدي إلى زوال العقبة الوحيدة لانتقال ملكية المبيع للمبيع .

لكن لكي يحقق هذا السبب أثره في إسقاط حق المشتري في إبطال العقد، يجب أن يتوافر قبل رفع دعوى المشتري بإبطال العقد¹.

ثانيا : حق المشتري و البائع في إبطال بيع ملك الغير .

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يجوز للبائع طلب إبطال العقد إذا كان حسن النية أخذا بالقواعد العامة كأن يقع البائع في غلط جوهري²، وكان هو الدافع إلى التعاقد لولاه لما أبرم عقد البيع ،حينئذ يحق للبائع طلب الإبطال لأنه حسن النية³ .

¹ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 216

² الغلط : اعتقاد مخالف للواقع يقوم في ذهن الإنسان فيدفعه إلى التعاقد ولم يعتد القانون بالغلط إلا إذا كان جوهريا ، وأن يكون المتعاقدان قد وقعا في غلط أو أن يكون احدهما وقعا في غلط والمتعاقد الآخر على علم بذلك أو كان من السهل عليه أن يتبينه وهو ما يعبر عنه بوجود اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر أشار إليها د /إسماعيل شاهين، المرجع السابق ،هامش 3، ص173.

³ كميح حورية ، مرجع سابق ،ص99.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و لكن هذا يتعارض مع ما جاء في نص المادة 399 ق م ج¹ ، المقابلة لنص المادة 468 ق م ، التي تجعل طلب إبطال البيع من حق المشتري وحده، فأعطاء البائع حسن النية حق طلب إبطال البيع مع وجود نص خاص يخالف القواعد العامة غير جائز.

و لقد انقسم الفقه إلى اتجاهان بخصوص أحقية البائع في طلب إبطال العقد إلى جانب المشتري، فهناك اتجاه نادى بأن للبائع الحق في المطالبة بإبطال بيع ملك الغير، ورأي آخر عارض هذه الفكرة و رأى أنه ليس له أحقيته في ذلك.

الرأي الأول : للبائع الحق في المطالبة بإبطال بيع ملك الغير على أساس القواعد العامة في الغلط ، وهذا متى كان البائع قد وقع في غلط جوهري ، و كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد، فالبائع لا يطلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير وإنما على أساس الغلط الجوهري² .

هذا هو الشرط الدافع إلى هذا التصرف ببيع ما لا يملك وهو يجهل ذلك وتبعاً لذلك نكون أمام تطبيق القواعد العامة، متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانون ،طبقاً للمادة 81 من ق م ج³ .

وهذا القول لا يمكن الإعمال به إلا إذا توافر شرط اشتراك البائع و المشتري في الغلط، بأن كان المشتري بوقوع البائع في الغلط أو يستطيع أن يعلم ذلك أو كان هو واقعا في نفس الغلط⁴ . بحيث أنه ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحق للبائع ولو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم

¹ تنص 399 من ق م ج .: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم و كان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض و لو كان البائع حسن النية " .

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 387.

³ محمد عبد الظاهر حسين، دعاوي عقد البيع، ط2؛ دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة 1995، ص 89.

⁴ سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، الفنية للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، د س ن ، ص 387.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري ، لأن إجباره على التسليم و هو ليس مالك يتضمن إكراهها له للاعتداء على مال الغير ¹ .

الرأي الثاني : نادى أغلب الفقهاء بأنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع سواء كان حسن أو سيء النية لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري ، كما أن التزام البائع بالضمان يتعارض مع حقه في إبطال البيع ² .

إلا أنهما لم يحرمانه على البائع بصريح العبارة، تاركا القضية لحكم القواعد العامة غير تلك المتعلقة بقواعد الغلط، بل تطبيقا للمادة 99 ق م ج التي تنص : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " ، فنجد أنها تحرم على أحد المتعاقدين الحق في طلب إبطال بيع ملك الغير ، لتوفر هذا الحق في الطرف الآخر ، إذ خوله المشرع للمشتري ³ .

كما لم يعطي المشرع الجزائري للبائع حق طلب الإبطال سواء كان حسن أو سيئ النية، كونه مخطئا ومن ثمة لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالإستاد إلى خطئه وهذا طبقا للمادة 397 من ق م ج ⁴ .

الفرع الثاني : حق المشتري في طلب التعويض .

لا يقتصر المشتري على طلب إبطال البيع ، بل له أيضا أن يطالب بتعويض ما أسابه من ضرر، من خسارة لحقت به أو كسب فاتته ، بسبب إبطال البيع ⁵ .

¹ إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 123.

² إلياس ناصيف ، المرجع نفسه ، ص 123.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 177.

⁴ نص المادة 397 من ق م ج : " ...و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازه المشتري".

⁵ و يميل الفقه الفرنسي إلى جعل مدى التعويض منا كمداه في ضمان الاستحقاق .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

وتطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا صدر حكم يقضي بإبطال البيع، وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، طبقا لنص المادة 103 الفقرة 1 من ق م ج : "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل " .

تنص المادة 339 من ق م ج على ما يلي: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم، وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية "

يتبين من هذه المادة أنه في حالة تقرير البطلان من القاضي ، فإن للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر من جراء هذا البيع ، و ذلك لأن البطلان في هذه الحالة لا يرجع إلى المشتري و إنما إلى البائع الذي باع مالا يملكه¹ و هناك شروط يجب توافرها للمطالبة بالتعويض .

و دراسة موضوع التعويض يتطلب منا البحث في شروط المطالبة به (أولا) و مصدره (ثانيا) و كيفية تقديره (ثالثا) .

أولا : شروط المطالبة بالتعويض .

1_ الحكم بإبطال البيع : أن يكون قد قضى بالإبطال بالفعل ، فإذا لم يصدر حكم في دعوى الإبطال فلا يحق للمشتري أن يطالب بالتعويض ، ففي حالة ما إذا طلب إبطال العقد وحكم له بذلك، فإذا لم يحكم له بإبطال البيع لأي سبب كان، فلا يحق له المطالبة بالتعويض² .

¹ خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق ، ص 216 .

² إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 154 .

2_ إثبات حسن نية المشتري: يشترط في المشتري أن يكون حسن النية يجهل أن البائع وقت إبرام العقد أنه لا يملك المبيع ، أما إذا كان يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ، و لكنه لا يسترد إلا الثمن دون أي تعويض ، بل دون مصروفات البيع التي أنفقها ، ذلك أنه أقدم على البيع و هو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذي يحمل تبعة ذلك ¹ .

و لقد جاءت المادة 399 من ق م ج صريحة، في أن حصول المشتري على التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب مشروط بحسن النية، أما إذا كان سيئ النية فلا يجوز له طلب التعويض ، كونه يعلم بأنه يتعاقد مع غير المالك الحقيقي و عمد في تعامله مع الغير، فيعاقب عليه القانون عن طريق حرمانه من التعويض .

ولا يشترط في ثبوت حق المشتري في التعويض أن يكون البائع سيئ النية ²، أي أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم .

إذا كان الأصل أنه ليس للمشتري سيئ النية الرجوع على البائع بالتعويض، إلا أنه يمكن الاتفاق على عكس ذلك، ويأخذ هذا الاتفاق حكم شرط التشديد في أحكام الضمان ³ .

ثانيا : مصدر التعويض .

و مصدر التعويض بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء النية البائع إلى الخطأ التقصيري ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد ⁴ .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 292.

² محمد محي الدين ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 36.

³ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 403.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع ، ص 292.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

أو بمعنى آخر يذهب بعض الفقهاء إلى أن أساس مطالبة المشتري بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية ، و بعض الفقهاء يفرق بين حالة ما يكون البائع سيء النية وقت إبرام العقد، فيقوم أساس التعويض على أحكام المسؤولية التقصيرية (الخطأ التقصيري) . وبين حالة ما يكون البائع حسن النية ،عندئذ يؤسس التعويض على أساس نظرية الخطأ في لتكوين العقد ،أو على أساس تحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض على أساس النية المحتملة للمتعاقدين التي تكون قد انصرفت إلى هذا الالتزام لو إنهما كانا يعلمان أن البيع سيبطل .

ميز جانب من الفقه بين البائع حسن النية والبائع سيء النية في مصدر التعويض، فيأخذ بنظرية الخطأ في تكوين العقد إذا كان البائع حسن النية، لكنهم لا يعتبرون العقد ذاته مصدر التعويض، لأنه سيبطل فيتحول البيع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه .

وفي الواقع أننا نرى أن الرأي الذي يؤسس مطالبة المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يعتبر الأولى بالترجيح على أساس أن العقد بعد زواله بتقرير بطلانه ، يصبح مصدر التعويض ليس العقد ، وإنما الخطأ التقصيري ، وهذا الخطأ قد نص عليه صراحة في المادة 399 حيث يعتبر البائع في نظر المشرع مرتكبها لخطأ في حالة قيامه ببيع مالا يملكه ودون حاجة لقياس سلوكه على الرجل المعتاد¹.

نتوصل في الأخير إلى أن ق م ج نص على المسؤولية العقدية التي تقوم على توافر ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفقا لنص المادة 124 من ق

¹ خليل أحمد قداد ، المرجع السابق ، ص 216_2017.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

م ج¹ ، كما نص على المسؤولية التقصيرية التي تقوم في حالة ما إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن عقد صحيح وقائم بمقتضى نص المادة 119 من ق م ج².

و من المتفق عليه أن تقدير التعويض مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي،

والذي يختص بتقدير مبلغ التعويض في حالة إثبات المشتري توافر عناصر المسؤولية التقصيرية التي يقوم عليها التعويض وهذه العناصر تلزم المسؤول عن الضرر (البائع) بتعويض الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، وسواء كان البائع حسن أو سيء النية، بالرغم من أن قواعد العدالة واتساق المنطق القانوني كان يفرض على المشرع الوضعي أن ينص على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه مالك للمبيع وكان اعتقاده مبنيا على ما يقتضيه مسلك الشخص العادي³ .

نخلص إلى أن أساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، ومن ثمة لا يمكن تطبيق نص المادة 375 من ق م ج⁴ .

ثالثا : كيفية تقدير التعويض .

تقدير التعويض مسألة موضوعية ، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، وعلى هذا الأخير الرجوع إلى القواعد العامة في تقدير التعويض، هناك من القوانين التي تعتمد على حسن أو سوء نية البائع لتحديد مقدار التعويض.

¹ تنص المادة 124 من ق م ج على ما يلي : " كما فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه . و يسبب ضررا في الحالات يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " .

² تنص المادة 119 من ق م ج على ما يلي : "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بالتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 180 .

⁴ راجع المادة 375 من ق م ج .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

يرى شراح ق م ف أن تقدير التعويض في بيع ملك الغير يتم بالرجوع يرى شر إلى القواعد التي وضعها المشرع في حالة ضمان الاستحقاق . ذلك أن إبطال بيع ملك الغير صورة منصور الضمان¹ ، فاعتبر الاستحقاق الكلي بيعا لملك الغير، وللمشتري الخيار بين دعوى الفسخ، أو دعوى الضمان، أو دعوى الإبطال مع العلم أنه لا يجوز الجمع بينهما فله أن يرفع دعوى واحدة فقط² .

تختلف دعوى الإبطال عن دعوى الضمان ، في كون هذه الأخيرة مستمدة من العقد أما دعوى التعويض تقوم على أساس رفع دعوى الإبطال أولاً، إذن مصدر حصول المشتري على التعويض ليس العقد لأنه قد زال بمجرد صدور الحكم بالإبطال³ ، ومصدره بذلك هو الخطأ التقصيري ، نتيجة لذلك تقدير التعويض لا يكون على أساس القواعد التي تحكم ضمان الاستحقاق بل على أساس القواعد العامة ، ويشمل التعويض ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، وهي مسألة موضوعية ترجع للسلطة التقديرية للقاضي⁴ .

الفرع الثالث : تصحيح بيع ملك الغير .

ينقلب بيع ملك الغير صحيحا بإجازة المشتري له ، وينقلب صحيحا بإقرار المالك الحقيقي ، و ينقلب أيضا إنا آلت ملكية المبيع بعد صدور العقد .

أولا : تقادم دعوى الإبطال .

التقادم هو مضي المدة القانونية للمطالبة بالحق لمن تقرر له الحق في طلب الإبطال، و هو نوعان مكسب و مسقط ، فالأول سبب لكسب الحق ، والثاني يؤدي إلى سقوطه. فالتقادم

¹ أنور السلطان، مرجع سابق، ص 403.

² فرج توفيق، مرجع سابق، ص 125 - 126.

³ كميح حورية، مرجع سابق، ص 113 - 114.

⁴ نصت المادة 182 من ق م ج على ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

المكسب يقترن دائما بالحيازة و المدة المحددة يكتسب فيها الحائز لتلك الحقوق¹، أما التقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية و الحقوق العينية فيما عدا حق الملكية على السواء إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة².

و لكن لم يتم تحديد مدة معينة يسقط فيها حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير، هذا ما أدى بشرح القانون إلى الاختلاف في تحديد هذه مدة ، حيث يرى بعض فقهاء القانون الفرنسي أن مدة تقادم دعوى بطلان بيع ملك الغير هي ثلاثون سنة على أساس اعتبار بيع ملك الغير باطلاً بطلان مطلقاً طبقاً للمادة 2262 من ق م ق ف ، ما الفقهاء الآخرون الذين اعتبروا بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي فقد حددوا ، هذه المدة طبقاً للمادة 1304 من ق م فبمضي عشرة سنوات من يوم اكتشاف الوقوع في الغلط³ ، وفي القانون المصري يرى الفقهاء أن حق المشتري يسقط في طلب الإبطال بالتقادم طبقاً للقواعد العامة⁴ ، التي تقضي باحتساب مدة التقادم بمضي ثلاث سنوات من وقت علم المشتري⁵.

أما في ظل التشريع الجزائري فدعوى المشتري في طلب إبطال العقد تخضع للأحكام العامة لنظرية البطلان التي تجعل مدة تقادم دعوى البطلان النسبي عشر سنوات وفقاً لأحكام المادة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية (المتفرعة عن الملكية) ، الجزء التاسع و المجلد الثاني ، ص 758 .

² المادة 101 من القانون المدني : " يسقط الحق في ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات.... " .

³ د /إسماعيل عبد الني شاهين ، المرجع السابق ، ص 70 و 71 .

⁴ د /عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 290 ، ويقول د/ الياس ناصيف : "تسقط دعوى إبطال بيع مال الغير بحسب القانون اللبناني وعملاً بأحكام المادة 235 موجبات وعقود ، بعشر سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع ..." المرجع السابق ، ص 122 ، إسماعيل عبد الني شاهين ، المرجع السابق ، ص 194 .

⁵ نص المادة 140 من القانون المدني المصري على أنه : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ، ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و في حال الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال غلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد... د /رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 37 .

101 من ق م ج¹ التي تنص على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات وتبدأ هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع، أو خلال خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد".

ومن ثمة يسقط حق المشتري في طلب الإبطال عقد البيع الصادر من الغير إذا لم يرفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك².

لهذا فإن الرأي الذي يرححه الكثير من الفقهاء هو الرأي الذي يأخذ بتقادم الطويل³ الأجل والمحدد بخمس عشرة سنة تبدأ من وقت العقد طبقا للمادة 140 من القانون المدني المصري، و عشر سنوات طبقا للمادة 101 من القانون المدني الجزائري، لأن المشرع المصري ومعه المشرع الجزائري لم يفرق بين المشتري حسن النية وسيئ النية فقد أجاز له التمسك بالبطلان في كلتا الحالتين.

ثانيا : إجازة المشتري لعقد بيع ملك الغير .

يترتب على بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري، فلا شك أن لهذا الأخير الحق في التنازل عن طلب البطلان إجازة العقد، الذي ينقلب في هذه الحالة من عقد ناقل للملكية إلى عقد منشئ لمجرد التزامات الشخصية⁴.

و تقتضي القواعد العامة بأن من يملك حق الإبطال يملك حق الإجازة وفقا لنص المادة 100 من ق م ج والتي نصت على ما يلي: "يزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير". وفي هذا الإطار

¹ المادة 101 من الأمر 58-75، المرجع السابق .

² خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص.214.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 704.

⁴ مدادي بسمينة-بلاغ وردية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، قسم القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة 2015، ص 54.

نتطرق إلى تعريف الإجازة و شروطها و ، ومن له الحق فيها وآثار إجازة المشتري لبيع ملك الغير .

1. تعريف الإجازة : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الإجازة ، لكن اتجه الفقهاء إلى تعريفها، و لقد اختلفوا في ذلك ، و لكن بالرجوع إلى نص المادة 100 من ق م ج يتضح أن الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال، فيزول الخطر عن العقد الذي يتهدهه بالنزول¹ ، و هناك من يعتبر الإجازة أنها تصح العقد الذي ترد عليه و ذلك عن طريق إزالة العيب الذي يشوبه، بحيث لا يعود للمشتري حق طلب الإبطال، و تسري آثاره في مواجهة المالك بأثر رجعي مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها الغير من المالك في الفترة ما بين العقد و صدور الإجازة² ، و الإجازة لا ترد على العقود الباطلة بطلان مطلق، بل ترد فقط على العقود الباطلة بطلان نسبي، كما أنها تصدر بإرادة منفردة، أي بإرادة صاحب الحق في طالب الإبطال و من ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني³ .

و أخيرا يمكن تعريف الإجازة بأنها التعبير عن التنازل عن الحق في إبطال العقد، و يترتب عليها زوال هذا الحق و صيرورة هذا العقد غير قابل لإبطال، إذن الإجازة هي النزول عن الحق في الطعن بالبطلان ممن لديه هذا الحق⁴ .

2. شروط الإجازة : يشترط فيها ما يلي :

_ أن يكون المشتري على علم بأن البائع غير مالك للمبيع، و إجازته تكون بمثابة تنازله عن حقه في طلب الإبطال فللتحقق إجازة المشتري أثرها في سريان هذا البيع في حق البائع ، لا بد

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، (مصادر الالتزام)، الجزء 01، المرجع السابق، ص 85.

² نزيه كبارة، مرجع سابق ، ص 85.

³ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 140.

⁴ ((الإجازة معناها تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد ، فهي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد)) أنظر . فيلالي (علي)، المرجع السابق، ص 334.

من أن يكون المشتري عالما بان البائع غير مالك للمبيع¹، و يعتبر عيب عدم ملكية البائع للمبيع أساس دعوى الإبطال، أن يكون العقد قابل للإبطال بسبب عيب من عيوب فيجب أن يكون عالما بذلك²، أما إذا لم يعلم فلا تكون الإجازة صحيحة، و في حالة ما إذا علم بجزء منها و جهل البعض الآخر، فان أثر لا ينصرف إلى تلك التي يعلم بها عند صدور الإجازة، و يقع عبئ إثبات الإجازة على من يدعيها، و يكون ذلك بكافة طرق الإثبات من شهادة الشهود و غيرها .

_ أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، كون هذه الإجازة تصرف قانوني يستلزم ذلك .

_ أن تكون إرادة المشتري سليمة خالية من عيوب الإرادة، يشترط خلو إرادته من كل عيوب الرضا من غلط، إكراه، تدليس واستغلال و إلا ترفض الإجازة³.

3. من له الحق في الإجازة : جعل القانون لأحد أطراف العقد الحق في الإجازة، فالمميز في

فقه القانون هو من ثبت له الحق في التمسك بالإبطال، و بالتالي صاحب الحق في هذه

الإجازة هو المشتري و هو من شرعت لصالحه حسب المادة 110 من ق م ج .

4. مميزات الإجازة :

الإجازة تصرف بالإرادة منفردة وهذا لكون الإجازة ليست مقترنة بقبول العاقد الآخر، الذي سبق

وأن عبر عن قبوله أثناء إبرامه العقد المجاز، بل هي تحدث أثرها بمجرد تعبير المميز عن

إرادته في نزوله عن حقه في المطالبة بالإبطال، و بالتالي يمكن أن يكون لهذا التصرف مقابل

أو أن تستوعب الإجازة عقد معين كأن يتفق الطرفين أن يحصل الطرف المميز على مقابل أو

تعويض نظير إجازته، فطلب الإبطال هو حق المشتري وحده، دون البائع و هو حق يجوز

¹ أ يمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 140.

² فيلالي علي، مرجع نفس ه، ص 337.

³ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع أعلاه، ص 140.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

له أن يتنازل عنه بالإجازة الصريحة أو الضمنية فيصبح العقد صحيحا في حقه تعطي أحكام بيع ملك الغير حق الإجازة للمشتري وحده دون غيره¹.

كما أن الإجازة لا يمكن الرجوع عنها بحجة أن الطرف الثاني لم يقبلها وبالتالي فهي تلزم المجيز بمجرد ورودها، أما إن احتفظ بحقه في الرجوع فإن الإجازة لا تتحقق لأنها تصرف قانوني لازم فيمنع على المجيز الرجوع فيها².

الإجازة تصرف مسقط للحقوق وذلك لكونها تؤدي إلى إخراج هذا الحق أي الحق في التمسك بالإبطال من ذمة المجيز فلي له بعد الإجازة أن يطالب بالإبطال .

الإجازة تصرف يكشف عن الآثار حيث إن وظيفة الإجازة تنحصر في تأييد آثار العقد و منع احتمال زوالها مستقبليا، وذلك بزوال حق المجيز في التمسك بالإبطال منذ إبرام العقد، لا من وقت صدور الإجازة وهذا حسب المادة 100 من ق م ج³، و بالتالي يكون للإجازة أثر رجعي بينما يرى بعض الفقهاء أنه ليس لديها أثر رجعي لأن العقد القابل للإبطال ينعقد صحيحا ويظل كذلك ما لم يتقرر بطلانه⁴.

5. طرق التعبير عن الإجازة .

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لكيفية حصول هذه الإجازة ،لهذا نرجع إلى تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد طبقا للمادة 100 من ق م ج ، ويستنتج من هذه المادة أن الإجازة قد تكون صريحة باللفظ الذي يدل على إجازة البيع ، أو ضمنية تستفاد من الأعمال التي يقوم بها

¹ نور سلطان ،مرجع نفسه ،ص 404.

² جعفر محمد سعيد ، ، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر سنة 2000 ص 47.

³ تنص المادة 100 من ق م ج على ما يلي : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير " .

⁴ لحرش دنيازاد ذهبية، بيع ملك الغير، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، 2012.2013، ص 92.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

المشتري ،سواء كانت أعمال القانونية أو مادية ، للمشتري أن يجيز البيع و لا يطلب إبطاله ، فينقلب البيع صحيحا :

➤ التعبير الصريح عن الإجازة : وتتحقق الإجازة الصريحة إعمالا بمقتضى أحكام المادة 60 من ق م ج و تكون بإحدى طرق التعبير الآتية الكتابة -اللفظ -الإشارة¹.

➤ التعبير الضمني عن الإجازة : تختلف الإجازة الضمنية عن الإجازة الصريحة ، بحيث يتخذ المجيز موقفا لا يدع شك بالإجازة ، و هي التي يستدل عليها من ظروف الحال، يشترط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا في إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال.لم ينص القانون المدني الجزائري على صور التعبير الضمني ، أما القانون الفرنسي ذكر صورة من صور التعبير الضمني وهي التنفيذ الاختياري²، ومن شروط التنفيذ الاختياري أن يصدر التنفيذ من العاقد المقرر له الحق في الإبطال ، وأن يكون التنفيذ قد تم فعلا ،أن يتم التنفيذ في المدة المقررة لإجازة و أن يكون اختياريا³. و يجب لكي يكون التعبير ضمنيا أن يكون المشتري على علم بأن البيع قابل للإبطال و يقصد تأييد العقد و النزول عن حقه في التمسك بالإبطال ، ومثال ذلك أن يكون شاهدا على عقد البيع المبرم على الرغم من معرفته بأنه هو المالك لهذا العقار .

6.آثار الإجازة.

إجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ويصبح صحيحا فيما بين المتعاقدين .أما بالنسبة للمالك الحقيقي فلا يسري العقد في حقه بإجازة المشتري، طبقا للمادة 397 الفقرة 2 من ق م ج

¹ نص المادة 60 من ق م ج : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، و بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون يتخاذ موقف لا بدع أي شك على مقصود صاحبه ...".

² وهذا في المادة 1338 من القانون المدني.

³ جعفرور (محمد سعيد) ،المرجع السابق ، ص 153.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

التي تنص على ما يلي : " .. و في كل حال لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري " ¹ .

أ- بالنسبة للمتعاقدین:

في حالة إجازة المشتري للعقد حالة إجازة المشتري للعقد و زال حقه في طلب الإبطال ، ينقلب العقد صحيحا بين المتعاقدين بأثر رجعي ، و في حالة إجازة المشتري للعقد ينقلب العقد صحيحا بين الطرفين و ذلك بأثر رجعي من وقت إبرامه بدفع الثمن و المصروفات للبائع و تسلم المبيع، و يكون البائع ملزما بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ²، وغير ذلك من التزامات البائع ويلتزم المشتري بدفع الثمن و المصروفات التي تنتج عن هذا البيع.

و يكون للمشتري الحق طلب في فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية ، كما يحق له طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ³.

و إذا تعرض المالك الحقيقي للمشتري له الحق في الرجوع على البائع بضمان التعرض و الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة لضمان الاستحقاق ⁴ ، التي نصت عليها المادة 371 من ق م ج ⁵.

ب- بالنسبة للغير :

¹ محمد صبري السعيد ، المرجع السابق ، ص 141 و 142.

² أسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 190.

³ محمد ألييب شنب، مجدي صبري خليل، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، (د.ب.ن)، 1968، ص 86.

⁴ كميح حورية ، مرجع سابق ، ص 118.

⁵ المادة 371 من ق م ج : " يضمن البائع عدم تعرض المشتري في الانتفاع بالبيع كله أو بعضه ،سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري و يكون البائع مطالباً بضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آلا إليه هذا الحق من البائع نفسه " .

حسب ما جاءت به المادة 100 من ق م ج السالفة الذكر، أن أثر الإجازة يعود إلى المتعاقدين، و لا تضر بحقوق الغير كونها لا تسري في حقه¹، فالغير هو الذي اكتسب حق على الشيء المبيع، لا يلحقه أي ضرر نتيجة إجازة المشتري البيع و لا تسري عليه بأثر رجعي².

ج- بالنسبة للمالك الحقيقي :

جاء في نص المادة 397 الفقرة 2 من ق م ج : "و في كل حالة ، لا يكون هذا البيع ناجز في حق المالك لشيء المبيع ، و لو أجازه المشتري " ، نستنتج من نص المادة أن البيع ينقلب صحيحا بعد إجازة المشتري، و لكن أثاره لا تمتد إلى المالك الحقيقي لأنه يعتبر أجنبي عن العقد .

و هذا ما أكدته القرار رقم 106893 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/12/22³ ، و في ذات السياق نصت المادة 466 الفقرة 2 من ق م ج : "و في كل حالة لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة و لو أجاز المشتري العقد " .

ثالثا : انتقال ملكية المبيع بعد البيع .

و من أسباب التي ينقلب فيها العقد صحيحا نجد في حالة انتقال ملكية المبيع إلى أحد طرفي العقد (البائع و المشتري) :

1_ تملك المشتري المبيع بعد البيع :

¹ فيلاي علي، مرجع نفسه، ص 337.

² أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع سابق ، ص 130.

³ مجلة المحكمة العليا - عدد - 03 سنة - 1994 ص 29 نص ما يلي : "من المقرر قانونا انه إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات و هو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ، و لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء و لو أجاز المشتري ، و يتوجب قانونا الحصول على وكالة خاصة في كل عمل يتعين بالبيع أو المرافعة أمام القضاء في حق الغير و لما كان عن الثابت في -قضية الحال- أن الطاعن لم يكن راضيا بالبيع و لا طرفا في العقد ، و أنكر توكيله المطعون ضده القيام ببيع سيارته فإن قضاة الموضوع لعدم تحققهم بذلك و قضوا بالتزامه بإتمام إجراءات البيع ، قد خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لنقض " .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

قد تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري لأحد الأسباب و هنا سنفرق بين انتقال المنقول و انتقال العقار :

أ_ تملك المشتري للمنقول :

هناك عدة وسائل لانتقال الملكية و من بينها نجد الحيازة التي تعرف على أنها سيطرة الشخص سيطرة فعلية على حق من الحقوق ، و يستوي الأمر إذا كان هذا الشخص هو صاحب الحق ، أو لم يكن كذلك ، و هذه السيطرة الفعلية تتجلى في قيام الشخص بأعمال مادية تتفق مع مضمون الحق الذي سيطر عليه ¹ ، الحيازة تتكون من عنصرين ، عنصر مادي يتمثل في الأعمال المادية التي يمارسها الحائز ، أما العنصر المعنوي هو نية الحائز في تملكه الشيء الذي بحوزته ² .

و لقد ميز المشرع الجزائري بين العقر و المنقول و ذلك في المادة 683 من ق م ج ³ ، و تطبيقا للقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ، ينتج عنها كسب ملكية المبيع من طرف المشتري ⁴ ، و يشترط في المشتري ما يلي :

➤ حسن نية المشتري : يجب على تامشترى أن يكون حسن النية أثناء حيازته لملكية

المنقول ، وهذه القاعدة تهدف إلى حماية من يتلقى المنقول من غير مالكة ، و هو يعتقد بحسن النية انه يتعامل مع مالك المنقول ، من الصعب التحقق من كل سندات الملكية لكل من يتعامل

¹ قاسم محمد حسن ، مرجع سابق ، ص 229 .

² أبو السعود رمضان ، مرجع سابق ، ص 287 .

³ نص المادة 683 من ق م ج : " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " .

⁴ إن مجال هذه القاعدة ينطبق على كل منقول مادي أو كل شيء قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف أو تغيير . ولا تخضع للقاعدة المنقولات المادية المعتبرة عقار بالتخصيص كالجرار ، والأدوات المتعلقة أو الملحقة بالعقار ، لأنها متصلة به ، إلا إذا فصلت عنه فتصبح منقولات بحسب طبيعتها د / عبد المجيد زعلاني : " وجود علاقة تخصيص فعلا بين المنقول والعقار بحيث يوضع الأول في الثاني رصد على خدمته " . المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق ، دار هوميه ، ط 2010 ، ص 43 و 44 د/محمدي فريدة (زواوي) ، المرجع السابق ، ص 139 .

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

في المنقول لذلك المشتري لا يستطيع كلما اشترى منقولاً التحقق من أن المتصرف هو المالك¹. وحسن النية مفترض لدى الحائز ، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ، وتنص المادة 835 الفقرة 03 من ق م ج على ما يلي :

"والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح ، وحسن النية ما لم يقد دليل على خلاف ذلك " 2 .

➤ **الحيازة :** لقد نصت عليها المادة 835 الفقرة 01 من ق م ج : "من حاز سند صحيح منقولاً أو حق عينياً على المنقول أو سند لحامله ، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" ، لتطبيق قاعدة الحيازة سند الملكية يشترط أن تكون الحيازة قانونية ، مستجمعه لعنصرها المادي و المعنوي ، و ليست عرضية³ و أن تكون خالية من العيوب كون الحيازة تقوم على أساس حسن النية فهي تتنافى مع الإكراه و الخفية ، كما لا يمكن أن تكون الحيازة في هذه الحالة منقطعة و لا يشترط مرور مدة معينة من الزمن ، لذلك ليس هناك موسع من الوقت لتقطع الحيازة، فإذا ثبت أن المشتري حيازته حقيقية مقترنة بنية التملك ، ذلك يؤدي إلى إثبات أن الحيازة خالية من العيوب⁴ .

¹ محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، ج2، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،1999، ص 229 232 .

² د /محمدي فريدة ،المرجع السابق ، ص 141، د /سليمان مرقس : " أن يكون حسن النية وقت تسلمه الشيء أنه تسلمه من مالكة ،ولا يشترط أن يظل على هذا الاعتقاد بعد تسلم الشيء .." ، المرجع السابق ، ص 366 و 367 ، د/محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 196، جاء في قرار محكمة العليا الجزائرية ، الغرفة العقارية ، رقم قرار 223939 المؤرخ في 23/01/2002 المجلة قضائية لسنة 2003 ، ع1 ، ص 32 "إن الحيازة مسألة موضوعية تخضع في إثباتها للقواعد العامة".

نقلا عن د /عمر حمدي باشا ود /ليلي زروقي -المنازعات العقارية ، ط3، دارهومة ، الجزائر ، سنة 2007 ، ص 81 .
³ الحيازة القانونية هي التي يتوفر فيها العنصر المادي و المعنوي ، و إذا تخلف هذا الأخير تكون الحيازة عرضية ، و الحائز العرضي لا يمارس الأعمال المكونة للعنصر المادي في الحيازة لحساب نفسه ، بل لحساب شخص آخر ، كما ان ه لا تتوفر لديه نية الظاهر بمظهر المالك ، للمزيد من التفاصيل أنظر قاسم محمد .

⁴ السنهوري عبد الرزاق أحمد ، مرجع نفسه ، ص1135 .

➤ **السند الصحيح** : تنص المادة من 835 ق م ج : " من حاز سند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله ، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

إذا كان حسن النية و السبب صحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف و القيود العينية، فانه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف و القيود العينية.

و الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح و حسن النية ما لم يقد دليل على خلاف ذلك "

و تنص المادة 835 من ق م ج : " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة "

و منه يمكن تعريف السند الصحيح على أنه تصرف من شأنه أن ينقل الملكية، أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق، فالذي يقف حاجزا من ترتيب نقل الملكية هو صدوره من غير المالك .ولا يعتبر سندا صحيحا العقد غير الناقل للملكية مثل عقد الوديعة ¹ .

يشترط في السبب الصحيح أن يصدر تصرف قانوني إلى الحائز باعتباره خلف خاص، وأن يكون هذا التصرف ناقل للملكية أو الحق العيني، كما يجب أن يكون هذا من غير صاحب

¹ محمدي فريدة، المرجع السابق ، ص 141، د/ عبد الرزاق السنهوري : "أن القانون الفرنسي لم يشترط في حائز المنقول أن يكون لديه سند صحيح"؛ الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، الجزء 9، منشأة المعارف لنشر ، الإسكندرية ، لسنة 2004، فقرة 444، المرجع السابق ص 1128، سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 367

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

حق التصرف صادر¹، وهذا الشرط محقق في بيع ملك الغير، لأن المشتري اشترى المبيع من غير المالك² و يعتبر ذلك سببا صحيحا أي توافرت فيه شروط السبب الصحيح، و رغم أن هذا البيع يعتبر من قبيل العقود القابلة لإبطال، فهو يصلح أن يكون سببا صحيحا³، طالما لم يحكم بإبطاله

أما فيما يخص مسألة إثبات السبب الصحيح، فالمشتري لا يكلف بذلك لأنه مفترض بمجرد الحياة، حسب نص المادة 835 الفقرة 03 من ق م ج السالفة الذكر .

ب _ تملك المشتري للعقار :

إن التقادم يرد فقط على العقارات دون المنقولات و ذلك تطبيقا للقواعد العامة، فإن حق المشتري في الإبطال يسقط بالتقادم المكسب فيما يخص العقارات .

و لقد عرفت المادة 683 من ق م ج العقار بأنه: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص ."

¹ أبو السعود رمضان، مرجع سابق، ص ص 351-356 .

² كميح حورية، مرجع سابق، ص 121 .

³ السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 1138 .

و كذلك بالرجوع إلى المادة 793 من ق م ج تنص : " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"¹.

و لكي يمتلك المشتري العقار المبيع عن طريق التقادم المكسب² بحيازته لمدة من الزمن ، و لقد ورد في هذا الصدد آراء مختلفة تعالج مسألة مدى خضوع إلى اتجاهين العقار المشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب و انقسمت هذه الآراء إلى اتجاهين³ :

الاتجاه الأول : يرى أن حيازة عقار ليست سببا في الحصول على ملكيته بالتقادم المكسب.

الاتجاه الثاني : يرى أن التقادم المكسب طريق استثنائي لكسب الملكية ومن ثم فلا مانع أن ترتب عقود الشهر على عقارات لها سندات ملكية مشهورة. علما أن هناك دولا لا تجعل التقادم المكسب سببا من أسباب كسب الملكية على الملكيات المشهورة سنداتهما ،لذا وضعت نصوصا خاصة في هذا المجال كسوريا و المغرب و ليبيا و العراق و مصر خلافا للجزائر التي لا يوجد في تشريعها نص يستثني العقارات المشهورة سنداتهما من مبدأ التقادم المكسب ،لذلك و أمام الفراغ القانوني الموجود في هذا المجال فلا يمكن الخروج عن القاعدة العامة الواردة في المادة (827 من ق م ج التي تنص على ما يلي : " حاز منقولا أو عقار دون أن يكون مالكا له أو

¹ د /عبدالمجيد زعلاني ، المرجع السابق ،42، د /محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص.197د /محمد حسنين ، المرجع السابق ص ، -87.

² هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 300815 الصادر في تاريخ 18-05-2005 ، و جاء فيه ما يلي : " تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب ، عند توافر شروط الحيازة ، و لا يشترط فيها السبب الصحيح ".المجلة القضائية ، عدد -02 سنة 2005، ص 158.

³ حمدي باشا عمر ،مرجع سابق ،ص 40 .

من خاصا به ،صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة 15 بدون انقطاع " ¹.

2_ تملك البائع المبيع بعد البيع :

تنص المادة 398 الفقرة 03 من ق م ج على ما يلي : "وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع"².

نستنتج من المادة أنه لا يحق المشتري طلب إبطال العقد في حالة إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد إبرام العقد ، كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك ، و هو يزال ملتزما بنقل الملكية لأن المشتري لم يتمسك بعد إبطال البيع ، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، و هو انعدام الملكية عند البائع ، قد زال و أصبح البائع مالكا ³.

أو عن طريق التقادم المكسب إذا كان عقارا، ووفق قاعدة الحيازة إذا كان منقولاً، ففي هذه الحالة يمنع على المشتري طلب إبطال البيع ، لأن العائق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه قد زال وأصبح هو المالك بالتالي بإمكانه الوفاء بالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه.

إن الهدف من تقرير بطلان بيع ملك الغير هو حماية المشتري من خطر استحقاق المالك للمبيع، و بزوال هذا الخطر ، لا يبقى لطلب المشتري إبطال البيع أية فائدة ، و عليه ستتقل الملكية لهذا الأخير بمجرد أيلولتها للبائع و بعد الشهر في المحافظة العقارية موقع العقار ⁴.

¹ لحرش دنيازاد ذهبية، بيع ملك الغير، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2012.2013، ص 115.

² و تقابلها المادة 467 الفقرة الثانية من قانون مدني مصري على : "...وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"، د /محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 140.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 295.

⁴ السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع نفسه ، ص 295.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

كما ويرى جانب من الفقه أنه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال في حالة تملك البائع للمبيع أن يحدث ذلك قبل أن يرفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا تم التملك بعد رفع هذه الدعوى ف ن ذلك لا يؤثر في حق المشتري في الإبطال ، لأن التملك بعد رفع هذه الدعوى لا يؤثر في حق المشتري في الإبطال، ويتعين على القاضي أن يحكم به إذا توافرت شروطه، غير أن الهدف من الدعوى هو حماية المشتري، وهذه الحماية لا حاجة لها بعد تملك البائع للمبيع و إمكانية نقل الشيء المبيع إلى المشتري سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها، فلا مصلحة إذن للمشتري في الاستمرار في دعوى الإبطال بعد رفعها وتملك البائع للمبيع¹ .

و بعد أن ينقلب البيع صحيحا يكون البائع ملتزما بتسليمه و بضمان الاستحقاق و العيوب الخفية ، و يلتزم المشتري بدفع الثمن و المصروفات و تسليم المبيع .

المطلب الثاني : أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي .

لا يسري بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي حتى لو أجاز المشتري هذا العقد . لأن المالك يعتبر من الغير في هذا البيع الذي تم لملكه فلا يكون هذا البيع نافذا في مواجهة ،أما إجازة المشتري للعقد فهذه أثرها ينصرف إلى العلاقة بينه و بين البائع و لا تؤثر على حكم العقد بالنسبة للمالك لكن إذا أقره المالك البيع أصبح نافذا في حقه . أما إذا لم يقره المالك الحقيقي فإن هذا البيع يظل غير نافذ في حقه .

الفرع الأول: حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع .

¹ فايز (أحمد عبد الرحمان)، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية ،طبعة 6882ص390 كما ذكره -كمال(رمضان جمال)، المرجع نفسه ص 42.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

بيع ملك الغير يقوم بين البائع و المشتري فقط، ولا تتصرف آثاره إلى المالك الحقيقي إيجاباً أو سلباً ، فلا يصبح الدائن بالحقوق المترتبة عن العقد، و لا يصبح المدين بالالتزامات و بالتالي يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع على الرغم من وقوع عقد البيع¹ .

إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع و سواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ،فلا يسرى في حقه. ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحا. ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ،وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض²، يجوز للمالك الحقيقي عند عدم الإقرار، التصرف في ملكه كما يشاء سواء بعمل مادي و تصرف قانوني باعتباره صاحب حق ملكية، وكما يحق له أن يتجاهل هذا البيع كليا، كونه أجنبي عن العقد ويبقى مالكا للمبيع³ ، و بما أن المالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الوارد على ملكه، فإنه لا يحق له رفع دعوى البطلان، لأن البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، كل ما في الأمر أن المالك لا يتأثر بهذا البيع، ولا يسرى في حقه. و سنفصل في هذا كما يلي أولا علاقة المالك بالمشتري ثم إلى علاقة المالك بالبائع.

أولا : علاقة المالك الحقيقي بالمشتري: يستطيع المالك الحقيقي أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع، فيسترده من تحت يده. وذلك قبل انقضاء التقادم وتتقدم دعوى المالك الأصلي المطالب بالاسترجاع بمدة خمس عشر تبدأ من تاريخ علمه

¹ قداة خليل أحمد حسن ، المرجع السابق، ص 217.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 296.

³ رمضان جمال كامل ،مرجع سابق، ص 51.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

بالبيع¹، له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية سيء النية يعلم أن البائع غير مالك للمبيع . أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة². حسب المادة 837 الفقرة 01 التي تنص على ما يلي : "يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار ، ما دام حسن النية" .

فلا يلتزم المشتري برد الثمار التي وجدت عند رفع الدعوى، بل يلتزم المالك الحقيقي بدفع المصاريف التي أنفقها المشتري لحفظ الثمار أي المصروفات الضرورية، دون المصروفات 782 و 785 من ق م ج ، أما المصروفات الكمالية النافعة التي تطبق بشأنها المادتين فيكون له الحق في إزالته شرط عدم المساس بأصل الشيء أو الاتفاق على إبقائها بمقابل دفع قيمتها المستحقة .

إذا تسلم المشتري المبيع من البائع وحازه فإنه للمالك في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، دعوى التعويض، فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأن لا يزال مالكا و للمبيع فيسترده من تحت يده ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ علمه بالبيع .

و إذا كسب المشتري المبيع بطرق آخر غير البيع، كالتقادم مثلا فإن المالك الحقيقي ليس له أن يطالب باسترداد المبيع من المشتري³ .

و هذا ما نصت عليه المادة 398 من ق م ج : "و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لوأجازه المشتري " .

¹ فإذا مرت هذه السنوات و لم يطالب المالك بهذه الملكية هل يعتبر مقرا للعقد وفق الدستور الجزائري أي دستور 1996 في المادة 52 منه تنص على "الملكية الخاصة مضمونة" وبالتالي فالملكية وفق هذا الطرح مضمونة دستوريا.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 297.

³ محمد لبيب شنب ، شرح عقد البيع ، طبعة 1968، الفقرة 54، ص 91.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و لكن المالك الحقيقي أن يجيز عقد البيع ، و ذلك عن طريق الإقرار و بهذا تنص المادة 398 من ق م ج على أنه : " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري " .

بمعنى قد يحدث أن يمتلك المشتري المبيع على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان منقولا، أو على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير إذا كان عقارا، فيدفع المشتري دعوى المبيع على أساس الحيازة أو التقادم المقترن بالحيازة¹.

بمعنى يرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال. على أن المشتري قد يمتلك المبيع، لا بعقد البيع، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية. فهو إذا كان حسن النية، يكسب المنقول بالحيازة، و يكسب العقار بالتقادم. وإذا كان سيء النية، يكسب كلا من المنقول و العقار بالتقادم الطويل. فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترد ه منه².

وقد أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03/03/2004 تحت رقم 144 حق المالك في استرداد المبيع من المشتري بعدما تسلمه من البائع³، فجاء في ميثاق هذا القرار : "حيث أنه من المعلوم بالضرورة أنه في بيع ملك الغير إذا لم يقر المالك الحقيقي فإنه يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق فيسترد المبيع من تحت يده وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض ومن ثم يكون رجوع الطاعن على المطعون ضده باعتباره مشتريا ذو نية حسنة يجعل دعواه غير مؤسدة .." .

و الإقرار كتصرف قانوني قد يكون صريحا، و قد يكون ضمنيا فالقانون لم يشترط شكلا معينيا للإقرار .

¹ نبيل إبراهيم السعد، المرجع السابق، ص165.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص296.

³ قرنان فتيحة، عرعر خرفية، مرجع سابق، ص24.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

التعبير الصريح : هو الذي يفصح عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس كأن يجري التعبير باللفظ و الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو بصورة اتخاذ مواقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ، كأن يعبر المالك عن إرادته بإقرار البيع الحاصل لملكه من أحد الأشخاص دون سابق توكيل و ذلك لفضا أو كتابة ، أو كأن يسأل هل تقرر البيع الحاصل بين فلان وعلان على ملكك الواقع بالموقع الفلاني ، فيقول نعم غير أنه في البيع العقاري يجب أن يكون أي قرار مكتوب كتابة رسمية و إلا لا يعتد به .

التعبير الضمني : هو الذي ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة يمكن أن تستنبط منها دلالة في ظروف الحال، كأن يعرف بالبيع الحاصل في ملكه ولا يتحرك أو يتخذ موقفاً ينبئ عن كونه معارضا للعقد المبرم مابين المشتري و البائع¹.

ثانيا : علاقة المالك الحقيقي بالبائع: يستطيع المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض، إذا اكتسب المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم². و هنا يستدعي الأمر في علاقة المالك الحقيقي بالبائع التفرقة بين عدة حالات، إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أم لم يسلمه بعد و إذا كان البائع حسن أو سيء النية :

فإذا كان البائع سلم المبيع للمشتري أي أنه وضع يده على المبيع واكتسب هذا الأخير ملكيته عن طريق الحيازة أو التقادم فإنه يكون للمالك الحقيقي رفع دعوى الاستحقاق على المشتري لأنه لا يزال مالكا للمبيع و يمكنه أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية ، و يرجع على البائع بدعوى التعويض. و يمكنه أن يتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للشيء المبيع .

¹ لحرش دنيازاد ذهبية، بيع ملك الغير، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، 2012.2013، ص 116.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 297.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و هنا يمكن للبائع أن يدفع دعوى المالك الحقيقي بالحيازة إذا كان المبيع منقولاً أو بالتقادم إذا كان عقاراً، خاصة إذا كان البائع حسن النية و بالتالي المالك الحقيقي لا يستطيع استرداده . و في مثل هذه الحالة لا يكون أمامه من سبيل سوى التعويض، على أساس فقده المبيع.

بمعنى أنه يجوز للمالك الرجوع على البائع بالتعويض حتى و لو كان حسن النية، فإن حسن النية لا ينفي أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع مالا يملكه. لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية و لم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه و اعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض وكل ما يكون عليه هو استرداد ملكه إذ أمكن، واسترداد قيمته¹. إن تعذرت القيمة يوم استحقاق المبيع، فأساس رجوع المالك على البائع في هذه الحالة هو الإثراء بلا سبب بمرور 10 سنوات، تسري من يوم علم المالك بضياع حقه وبخمس عشرة 15 سنة يبدأ سريانها من اليوم الذي نشأ فيه العقد²، وهذا تطبيقاً لنص المادة 142 من ق م ج : "تسقط دعوى التعويض عن الإثراء سبب بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه عن الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق". إذا هلك الشيء المبيع في يده يتعذر استرداد المالك ملكه ففي هذه الحالة يضمن البائع للمالك قيمة الشيء المبيع يوم الشراء.

الفرع الثاني : حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع .

الإقرار التعبير عن الإرادة الصادرة عن شخص أجنبي عن العقد، بغية جعل ، العقد سارياً في حقه، و إقرار المالك الحقيقي هو قبول البيع الوارد على ملكه من قبل الغير، إذ ما كان ليحتج بالعقد عليه لولا هذا الإقرار³ ، المادة 368 الفقرة 01 من ق م ج : "إذا أقر المالك البيع يسري

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 197.

² كميح حورية، مرجع سابق، ص 146.

³ جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 61.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

مفعوله عليه .. " يختلف الإقرار عن الإجازة¹ ، بما أن بيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري غير نافذ في حق المالك الحقيقي، بالتالي الإجازة تصدر من قبل من تقررت لصالحه و هو المشتري فبيع ملك الغير، ليتأكد صحة البيع و يسقط حق المشتري في طلب إبطاله .

أما الإقرار فيكون من حق المالك الذي لا ينفذ هذا العقد في حقه، فإذا أقره سرى في حقه و امتنع عليه المطالبة باسترداد ماله.

يترتب عن الإقرار أثر رجعي و أثر فوري في نفس الوقت، فالأثر الرجعي يكون تجاه المشتري فالبيع يعتبر صحيحا من وقت البيع لا من وقت إقراره من المالك الحقيقي، و ذلك تطبيقا للقاعدة القائلة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. و الأثر الفوري يكون بالنسبة للمالك الحقيقي، لأن البيع لا يسري في حقه إلا من وقت إقراره إياه من تاريخ العقد، و هذا خلافا على الإجازة.

الإقرار يلقي مع الإجازة في أن كل منهما تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة، و ما قيل في الإجازة من شروط صحتها و كيفية التعبير عنها ينطبق بلا شك على الإقرار.

و منه فإن القانون الوضعي كان في غنى عن هذا الجمع غير الموفق في بيع ملك الغير لو أخذ بفكرة العقد الموقوف، التي توقف أثر العقد على الإجازة ، فالمالك الحقيقي هو من يملكها دون أن يخول المشتري حق في ذلك² .

قد يقر المالك الحقيقي البيع بالرغم من أنه أجنبي عنه ، و هذه خصوصية في بيع ملك الغير، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير. و متى أنقلت الملكية إلى المشتري ، فقد زال السبب الذي من أجله جعل

¹ فيلالي علي، مرجع سابق، ص 334.

² الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 54.

المشعر البيع قابلا للأبطال ، فينقلب صحيحا بإقرار المالك الحقيقي كما رأيناه ينقلب صحيحا بإجازة المشتري بل إن الإقرار أبعد أثرا من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سرىا في حق المالك الحقيقي و ينقل الملكية إلى المشتري¹ .

أولا : سرىان البيع في حق المالك الحقيقي.

و ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري من وقت صدوره، أى أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثرا رجعىا. و يسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت و هذا فيما يتعلق بحقوق الغير. و يترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل إقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، و جاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى .

وإذا ما انقلب العقد صحيحا بإقرار المالك الحقيقي، بقى مرتبا لالتزاماته. فيكون البائع ملتزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا بإقرار المالك. و يكون ملتزما كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقا عينيا على البيع قبل إقراره للبيع، و ملتزما بضمان العيوب الخفية. أما المشتري فيكون ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع² .

و ينتج الإقرار أثره من وقت صدوره، أى تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ صدور الإقرار³ ، أو من تاريخ تسجيله، إذا كان المبيع عقارا ، و يترتب على ذلك أن يسرى العقد في حق المالك

¹ عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص 297.

² عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع نفسه، ص 298.

³ د/محمد حسن قاسم : "يترتب على سرىان العقد في مواجهة المالك الحقيقي من وقت الإقرار أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من تاريخ هذا الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقارا. " ...؛ العقود المسماة ، المرجع السابق ، المرجع السابق، ص 190، د/عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص 298. د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 204

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

الحقيقي من وقت صدور الإقرار، لا من تاريخ إبرام العقد ، والحقوق التي قررها المالك على المبيع في الفترة بين إبرام العقد وصدور إقراره أو تسجيله تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار الصادر من المالك قد يأخذ الشكل الصريح أو الضمني، ومن صور الإقرار الضمني، توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع، وقد قضي بأنه لا يكون إقرار المالك ضمنيا بمجرد قبضه للثمن بل لابد أيضا أن يعلم أن هذا هو ثمن ماله المبيع².

و يترتب على الإقرار نفس الآثار التي يرتبها البيع بصفة عامة، حيث يأخذ المالك الحقيقي دور البائع و يلتزم بنفس التزاماته و من بين هذه الالتزامات نقل الملكية، و منه يعد الإقرار من بين الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير .

ثانيا : سقوط حق المشتري في طلب الإبطال .

بعد إقرار المالك الحقيقي للبيع صراحة أو ضمنيا، يصبح البيع نافذا في حقه ومن وقت التصرف ، بعد أن كان موقوفا، حيث تنص المادة 398 الفقرة الأولى من ق م ج على أنه : "إذا أقر المالك البيع يسري مفعوله عليه وصار ناجز في حق المشتري "

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

يشترط في سقوط حق المشتري في طلب الإبطال، أن يكون هذا الإقرار قد صدر قبل رفع المشتري دعوى الإبطال. أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم في الدعوى فإنه لا

¹ د/رمضان جمال كامل ، المرجع السابق ، ص 59.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص141.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال¹، وذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى، فيكفي أن يكون الحق موجودا في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده، فيجب على القاضي أن يحكم في الدعوى المرفوعة إليه حتى ولو صدر الإقرار بعد رفع الدعوى وهذا هو الموقف الغالب في الفقه المصري².

وذهب بعض الفقه إلى أن إقرار المالك الحقيقي للبيع يسقط حق المشتري في طلب الإبطال. سواء صدر هذا الإقرار قبل رفع دعوى الإبطال أم بعد رفعها، بشرط أن يصدر الإقرار قبل الحكم في دعوى الإبطال³، غير أن الرأي الأولى بالقبول، ذلك الذي يذهب إلى أنه من أجل سقوط حق المشتري في طلب الإبطال يجب أن يكون الإقرار صادرا قبل رفع الدعوى⁴ و هذا ما يؤكد الدكتور سليمان مرقس: " أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيكفي أن يكون الحق قائما في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده ..".

أما في الفقه الإسلامي فالأمر يختلف، لأنه يأخذ بفكرة العقد الموقوف وبالتالي ليس للمشتري في ظل هذا الفقه حق الإجازة أو الإبطال و إنما يكون له حق الفسخ⁵.

ثالثا : علاقة الملك الحقيقي بالمشتري.

لقد رأينا أنه في حالة إقرار المالك الحقيقي للعقد، ثم يسري هذا البيع هنا يسقط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير، و ينتج عن هذا الإقرار حلول المالك الحقيقي محل البائع و بالتالي تنشأ علاقة بين المالك المقر و المشتري، و هذا ما يثير التساؤل هل تنشأ العلاقة مباشرة بين المالك الحقيقي و المشتري؟ أم ينظم المالك بعد الإقرار إلى البائع ليصبح ملتزما

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق،ص140.

² سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 708.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 187.

⁴ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص708.

⁵ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق ص ،50وما بعدها.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

معه في مواجهة المشتري مباشرة؟ هل يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع و بين ترتيب أثره في نقل الملكية؟

و قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة و ظهرت عدة اتجاهات :

الرأي الأول: يرى أنه يجب أن يحل المالك الحقيقي محل البائع، بمعنى يترتب على الإقرار حلول المالك الحقيقي محل البائع في جميع حقوقه و التزاماته¹، ومن ثم تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، فيكون للمالك حق مطالبة المشتري بالثمن ويكون لهذا الأخير حق مطالبة المالك بتسليم المبيع والرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض من الغير، أو استرداد المبيع من تحت يد أو مطالبته بضمان إذا اكتشف به عيبا ما².

ما يعيب هذا الرأي هو أنه نجد هذا الرأي يخرج البائع من العقد كما لو كان وكيل لا تتصرف آثار العقد إليه، و هذا أمر لا يمكن التسليم به دون نص قانوني يقرر ذلك³، كما يؤخذ على هذا الرأي أنه استبدل مدين المشتري الذي هو البائع لملك الغير بمدين آخر بمجرد الإرادة المنفردة للمالك دون اتفاق على قبول المدين الذي قد يتضرر منه المشتري بسبب إعساره (المالك المدين جديد)، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، أو إذا كان قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل صدور الإقرار. و إذا كان المالك معسرا فلن يجد المشتري حقه في الرجوع عليه بالضمان⁴.

¹ محمد محي الدين ابراهيم : "أنه بإقرار المالك فإنه يحل محل البائع الذي يتلشى من دائرة العقد ويصبح المالك الحقيقي هو الطرف المواجه للمشتري وتبرأ ذمة البائع ضامنا من التزامات الناشئة عن البيع... المرجع السابق ، ص51، د/محمد حسنين،

المرجع السابق، ص197؛ د/رمضان جمال كامل، ، المرجع السابق، ص 60

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 146

³ محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص52 .

⁴ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص156.

الرأي الثاني: يعتبر البائع والمالك متضامنين في حالة الإقرار. أي يرى بانضمام المالك إلى العقد بحيث يصبح هو والبائع ملتزمين به، مسؤولية متضامنة في مواجهة المشتري، وبهذا يكون أي صاحب هذا الرأي قد تجنب إلحاق الضرر بالمشتري¹.

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المشتري في حالة إقرار المالك الحقيقي، يكون له مدين بالتضامن هو المدين الأصلي (البائع)، والمدين الجديد الذي انضم إليه وهو المالك الحقيقي المقر بالبيع² أي مسؤولية تضامنية في مواجهة المشتري. و لا تبرأ التزامات البائع إلا بالوفاء بها من طرفه أو من طرف المالك الحقيقي، بحيث لو قام المالك الحقيقي بتنفيذ كل الالتزامات الناشئة عن العقد الناشئة عن العقد تبرأ ذمة البائع أما إذا أخل بالتزام من التزاماته تقوم مسؤولية البائع معه، انتقد هذا الرأي فلا يمكن أن يخرج البائع من العقد دون نص تشريعي يسلم ذلك³ ، كما لا يمكن استبدال مدين المشتري البائع مدينا آخر بمجرد الإرادة المنفردة المالك دون توقف على قبول الدائن الذي قد يلحق به ضرر من جزاء ذلك⁴.

الرأي الثالث: يعتبر إقرار المالك إزالة العقبة المالك على مجرد إقرار البيع، دون أن يبرم أي اتفاق بينه وبين البائع والمشتري بشأن الالتزامات و الحقوق التي رتبها العقد، فيجب أن يقتصر أثر الإقرار مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع و بين ترتيب أثره في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري كما هي دون تغيير⁵. ويكون ملتزما بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ويبقى المشتري ملتزما نحوه بالثمن.

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

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 197.

³ كميح حورية، مرجع سابق، ص 150.

⁴ أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص 156.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 374.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

و لقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه أغفل تكييف إقرار المالك، وما هو نوع العلاقة التي تنشأ بينه وبين كل من البائع والمشتري، خاصة وأن الإقرار لا يمكنه بذاته نقل الملكية في العقار، بل لا بد من أن يقوم المالك ببعض الإجراءات حتى يتم من خلالها نقل الملكية العقارية¹.

والرأي الغالب هو كون الإقرار لا يتعدى مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثر المادة في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، وهذا ما يتفق مع نص 398 من ق م ج².

و هناك من يرى من الفقهاء أن إقرار المالك يأتي لإزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وما ترتب عليه؛ فلا يحل المالك الحقيقي محل البائع ولا ينضم إليه إلا إذا وجد اتفاق خاص بذلك بينه وبين المشتري والبائع، إذ أن الإقرار تصرف يصدر عن إرادة منفردة هي إرادة المالك فلا يجوز أن يكسبه حقوقاً أو يحمل غيره بالتزامات بغير اتفاق أو نص، بل أن إقرار المالك للبيع لا يفيد أكثر من انصراف إرادته إلى الموافقة على انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بموجب العقد³.

وهذا الرأي في حقيقة الأمر يتفق وما جاءت به المادة 398 الفقرة 02 من ق م ج⁴: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً..." فالنص اكتفى في بيان أثر إقرار المالك، بأنه يترتب عليه سرى ان العقد في حقه، وهو طبقاً للمعنى الاصطلاحي السائد يعني الاحتجاج عليه بالعقد، وليس من المحتم أن يصبح هذا الشخص ملتزماً بالالتزامات التي يولدها العقد ولا أن

¹ / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 203.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 167.

³ الوافي، مرقس، المرجع السابق، ص 709.

⁴ تقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه فثمة فارق بين الاحتجاج بالعقد على الغير وبين القوة الملزمة للعقد بالنسبة للعاقدين¹.

أما موقف الفقه الإسلامي من مسألة صحة إجازة المالك فبالرجوع إلى أحكامه، نجد للإجازة الصادرة من قبل المالك الحقيقي متى وقعت صحيحة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي جاء به فقهاء الشريعة، نفذ البيع وأصبح الفضولي بمنزله الوكيل، إذ الإجازة اللاحقة بمنزله الوكالة السابقة². وهذا ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1453 بقولها: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة". وهذا ما أخذت به الدول التي تأثرت بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني العراقي في المادة 928: "الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة". لهذا فإن إجازة المالك في الشريعة الإسلامية، تجعل الفضولي بمنزلة الوكيل³ ويترتب على ذلك أن تنصرف آثار العقد إلى المالك والأصل من كل هذا إلى أن العقد الموقوف، إذا أجزى حررته الإجازة فأطلقت سراحه من محبسه فنفذ وأنتج جميع آثاره⁴.

خاتمة الفصل الثاني:

من خلال دراسة الفصل الثاني المعنون بتأصيل البطلان في بيع ملك الغير و إنفاذه، تبين لنا أنه من البيوع القابلة للإبطال، و الإبطال هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان البيع، و بهذا كان بيع ملك الغير محل نقاش نظرا لاختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة

¹ د /محمد حسنين، المرجع السابق، ص 197.

² د /عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص.193 د /إسماعيل عبد النبي شاهين: "يترتب على الإجازة ممن يملكها شرعا جعل الفضولي وكيلا يلتزم بحقوق التصرف..."، المرجع السابق، ص 137 ابن الهمام كمال الدين -فتح القدير ج 5، المرجع السابق، ص 311.

³ جاء في البحر الرائق لابن نجيم ج6، المرجع السابق، ص246 و: "247 وقيد بالمالك في قوله: فللمالك أن يفسخه أو يجيزه فسخه فقط حتى لو أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه، فإنه لأن للفضولي بعد كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وغير ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل الإجازة يصير ثبوته".

⁴ د /محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 216.

الفصل الثاني: إنفاذ بيع ملك الغير و نظرة تأصيلية له

جزاء بيع ملك الغير . فمنهم من يرجعها إلى الفسخ و منهم من يردها إلى البطلان المطلق و منهم من يرى أن جزاءه البطلان النسبي و البعض الآخر يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل بحيث يتحول من عقد ناقل للملكية لعقد منشأ لالتزامات شخصية ما بين كل من البائع و المشتري و أخيرا يذهب بعض الشراح إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف على إجازة المشتري كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، و كل هذه الاتجاهات انتقدت فظهر رأي آخر يرى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص في القانون.

و تعرفنا في هذا الفصل على الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير، فهناك أحكام خاصة بالمتعاقدين و أحكام تتعلق بالمالك الحقيقي، فالمشتري له الحق في طلب التعويض إذا كان لا يعلم بأن المشتري لا يملك المبيع و هناك حلا يسقط فيها هذا الحق كالإجازة مثلا، كما يحق للمالك الحقيقي استرداد الملكية إذا كان المشتري سيء النية، و يحق له طلب إبطال البيع أو إقراره، و له الحق أيضا في الرجوع على المشتري و طلب التعويض .

الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع بيع ملك الغير، الذي نظمته المشرع الجزائري بموجب أحكام المواد 397 و 398 و 399 من ق م ج.و تعرفنا في الفصل الأول على مفهومه من الناحية الفقهية و كذلك من الناحية القانونية، حيث أن الشريعة الإسلامية على غرار القوانين الوضعية

عالجت مسألة بيع ملك الغير كونه بيع فضولي فهو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، و عرفه شراح القانون على أنه التصرف الصادر من غير المالك سواء بعلمه أو بدونه، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات دون أن يكون هذا التصرف موقوفاً أو مؤجلاً. و من خلال هذا التعريف نستنتج أن هناك ثلاثة شروط يجب توافرها ليتم عقد بيع ملك الغير، و هذه الشروط هي: أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معنا بالذات، عدم ملكية البائع للشيء المبيع. وكل تصرف لا ينطبق عليه هذه الشروط يخرج عن نطاق بيع ملك الغير ليأخذ تكييف آخر يستقل به، وبهذا المعنى أخرجنا عن نطاق بيع ملك الغير التصرفات المدنية التالية: التعهد عن الغير، الوعد بالبيع، بيع الشيء المستقبلي، بيع المال الشائع، الوارث الظاهر، البيع المتعلق بشرط التملك، و ميزناه عن ضمان التعرض و الاستحقاق، و كذلك بيع النائب لا يعد بيع ملك الغير. كما ميزناه عن التصرفات الجزائية منها النصب و الاحتيال و خيانة الأمانة.

و في الفصل الثاني توصلنا إلى أن القوانين الوضعية قد اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية الخاصة، فمن الفقهاء من اتجه إلى القول بأن بيع ملك الغير قابل للفسخ إذا لم يتم ببيع ملك بنقل الملكية، جاز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه. لقيت هذه النظرية اعتراضاً كبيراً في الفقه لأنها تصطدم بنص القانون. يرى اتجاه ثاني بأنه باطل بطلان مطلق اعتبر أصحاب هذا الاتجاه بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً، لأن سبب التزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل ملكية المبيع. تعاب هذه النظرية كون البطلان المطلق يتعارض مع الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير فسبب التزام المشتري ليس معدوم و إنما هو التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع و ضمانه، واستحالة موضوع التزام البائع بنقل الملكية فور العقد هي استحالة نسبية لا ترتب بطلان العقد. فلا يمكن لنا تطبيق نظرية البطلان المطلق على بيع ملك الغير، حيث أن العقد الباطل بطلان مطلق هو عقد منعدم الوجود ولا حاجة لتقرير البطلان عليه. أما الاتجاه الثالث فيعتبره باطل

بطلان نسبي وأن أساس هذا البطلان هو الغلط الذي قد يكون في شخص البائع الذي توهم المشتري أنه مالك للمبيع، وقد يكون في المبيع نفسه والذي توهم المشتري أنه مملوك للبائع والغلط في كلتا الحالتين جوهري، و هناك من أقام البطلان النسبي لببيع ملك الغير على أساس خطأ البائع بقيامه بالتزام لا يمكنه الوفاء به.

أما المشرع الجزائري نجده يتخذا أحكاما لببيع ملك الغير تختلف عن القواعد العامة في البطلان النسبي، هذا الأخير الذي يتحقق بتخلف شرط من شروط صحة أركان العقد إضافة إلى كونه مقرر لحماية ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة، وهذا ما لا نجده في بيع ملك الغير حيث أنه عقد مستوفي لجميع أركانه وشروط صحته.

و هناك من يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل، وذهب اتجاه آخر إلى أنه عقد موقوف فعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقدا موقوفا يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك الحقيقي.

و تعرفنا على أحكام بيع ملك الغير التي نظمها المشرع الجزائري في المادة 397 من ق م ج، منها ما يتعلق بالمتعاقدين التي تكمن في حق المشتري في طلب أبطال العقد و منها المتعلق بالمالك الحقيقي و حقه في طلب التعويض.

و من خلال هذا البحث يمكن استخلاص النتائج التالية:

✓ إن منطلق و محور دراسة هذا الموضوع يبني على ثلاثة مواد 397،398،399 من ق م ج، و التي تتعلق بأحكام بيع ملك الغير، هذه المواد هي التي أسست لنا أحكام عامة لصحة بيع ملك الغير.

- ✓ تمكنا من خلال هذا الموضوع من الوقوف حول دقة المفاهيم القانونية و مدلولاتها الصحيحة، و الآثار التي يترتبها كل مفهوم و ذلك بالتفريق بين تأصيل بيع ملك الغير و نفاذه، و بين الفسخ و البطلان، و بين البطلان المطلق و البطلان النسبي.
- ✓ أن صحة بيع ملك الغير لا تستتبع بالضرورة من نفاذه، فإذا تحققت شروط العقد و إذا لم يتحقق ذلك انحل العقد سواء بواسطة الفسخ أو بطلب الإبطال أو بطلب إبطال من طرف المشتري حسن النية.
- ✓ إن ثبوت حق المشتري في طلب التعويض لا يتميز بالديمومة، فقد يسقط هذا الحق لأحد الأسباب المنصوص عليها قانونا كإقرار أو الإجازة مثلا.

التوصيات والاقتراحات:

- ✓ نقترح بضرورة إجراء تعديل تشريعي في ق م ج، فيما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى صحيح، باطل و موقوف و بالتالي تصح حالات العقد القابل للإبطال في القانون الجزائري هي نفس حالات العقد الموقوف و المتمثلة في تصرفات ناقص الأهلية و معيب الإرادة و بائع ملك الغير.
- ✓ نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 398 من ق م ج من أجل توضيح الآثار التي تترتب على إقرار المالك الحقيقي.
- ✓ نقترح على المشرع الجزائري الأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال ليصبح بيع ملك الغير بيعا موقوفا بدلا من كونه قابل للإبطال بحجة أن العقد الموقوف يحقق حماية أكثر للمالك الحقيقي الذي ورد البيع على ملكه.

قائمة المراجع و المصادر

أولاً: باللغة العربية.

أ_ القرآن الكريم:

1) سورة البقرة الآية 275.

سورة النساء الآية 119.

ب_ النصوص القانونية:

1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 الصادر في 30/09/1975 المعدل و المتمم.

2) الأمر رقم 76/75، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92 الصادر سنة 1975.

ج_ الكتب:

كتب عامة :

1) أبو السعود رمضان، الوجيز في شرح العقود المسماة (عقود البيع و المقايضة و التأمين)، الدار الجامعية للطباعة و النشر، مصر، 1994.

2) أبو السعود رمضان ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة، دار المطبوعات لجامعية، مصر، 2000.

3) أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، الطبعة 1 ؛ المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2010.

4) إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د.س.ن).

5) إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، دون طبعة، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، 1958.

- (6) الاهواني حسام الدين كامل، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار السلاسل لطباعة و النشر، الكويت.
- (7) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9 (البيع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية بيروت، 1998 .
- (8) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.
- (9) أنور سلطان، العقود المسماة(عقد البيع و المقايضة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- (10) جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية(البيع_الإيجار_المقاولة)، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية المكتبة القانونية، بغداد لسنة 2007.
- (11) حبار آمال، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية في القانون المدني الجزائري)، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، الطبعة الأولى، 2013.
- (12) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1 (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- (13) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1996.
- (14) رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، ط06، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية، (د.ب.ن.)، (د.س.ن.).
- (15) رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط 3؛ مكتبة الألفى القانونية، د ب ن، 1997-1998.
- (16) سليمان مرقص، الوافي شرح القانون المدني (العقود المسماة)، المجلد الأول، سنة 1990.

- 17) سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع و الايجار)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 01، 2007.
- 18) عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار البحوث العلمية، الكويت، دون سنة نشر.
- 19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، ج المجلد الأول، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، 1960.
- 20) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء 4 ، طبعة 1 ، مؤسسة التاريخ ، لبنان ، 1953-1954.
- 21) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2009.
- 22) عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية المجلد الثامن.
- 23) علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: د/ نصر الدين تونسي، شركة القدس للتصدير، القاهرة، مصر، الطبعة 1، سنة 2007.
- 24) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر.
- 25) محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.
- 26) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام -التصرف القانوني -العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى للنشر، الطبعة الثانية، 2004.

- (27) محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرع عقد البيع في القانون المدني، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 2006.
- (28) مرقس سليمان، العقود المسماة عقد البيع، علم الكتب، مصر، 2005.
- (29) معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج2، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.
- (30) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء 1، الطبعة 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1997.
- (31) نزيه كباره، العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، الكفالة، الطبعة 1، دون بلد النشر ، 2010.
- (32) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته - النظريات الفقهية والعقود ، الجزء 4.

كتب متخصصة :

- (1) ابن نجيم زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفروع الحنفية، الجزء 5، دار الكتاب العلمية ، بيروت لبنان 1418هـ، 1997.
- (2) أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء 3، دار إحياء العربية ، مصر، بدون سنة.
- (3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة العشرون، 2018.
- (4) الطباخ شريف، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثانية، دار القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
- (5) النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي الشافعي، المجموع شرح المهذب، الجزء 9، دار الفكر، القاهرة، بدون سنة.

- (6) جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- (7) خليل محمد الأمير، الأكاليل في شرح مختصر، مكتبة القاهرة، الطبعة 1، مصر، دون سنة.
- (8) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دون طبعة، القاهرة، 1334 هجري.
- (9) شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء2، دار المعرفة، الطبعة1، بيروت، 1418هـ، 1997.
- (10) شوشاي صلاح الدين محمد، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر، الاردن، 2001.
- (11) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير شرح الهداية، الجزء5، الطبعة1، مطبعة الأميرية ببولاق محمدية، مصر، سنة 1316هـ 1899.
- (12) عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي أبو محمد، الحنبلي- المغني، الجزء4، دار الكتاب العربي الطبعة 1، مصر، دون سنة.
- (13) علاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء4، الطبعة الأولى، بمملكة العربية السعودية، سنة 1375هـ 1956.
- (14) محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف الإسكندرية، دون سنة.
- (15) محمود عبد الرحيم ديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دراسة الإشكالات التعهد عن الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون سنة نشر.

16) مصطفى مجدي هرجة، جرائم النصب و خيانة الأمانة و الجرائم المرتبطة، دار محمد للنشر و التوزيع، د ب ن 2003-2004.

ج_ الرسائل و المذكرات الجامعية:

❖ رسائل الدكتوراه:

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

2) جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة (سلسلة مجموعة الدكتوراه في كلية بن عكنون) بدون سنة.

3) زاوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه للدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.

4) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد في الفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن.

❖ الماجستير

1) جعفر محمد سعيد، إجازة العقد القابل لإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1985.

2) رحمان يوسف، بيع ملك الغير في القانون الوضعي و الفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011_2012 .

3) كميح حورية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.

4) لحرش دينا زاد ذهبية، بيع ملك الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012_2013.

(5) محمدي فريدة، حجية العقود المشهورة ، مذكرة ماجستير ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 1987.

❖ الماستر

(1) مباركي نجمة و بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2012_2013.

(2) مدادي يسمينة و بلاغ وردية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الداخلي، قسم القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

هـ) المقالات:

(1) صباحية عبد القادر دحمان، مداخلة حول التجربة الجزائرية في التوثيق في ظل إصلاحات الاقتصادية، الأمين العام للغرفة الوطنية للتوثيق، مجلة الموثق، العدد الثالث، أفريل 2002.

و)

ز) القرارات:

- (1) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 25/06/1986 ملف رقم 889.
- (2) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 18/05/2005 ملف رقم 300815.
- (3) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 11/12/2009 ملف رقم 549408.

ح) الإجتهااد القضائي:

(1) مجلة المحكمة العليا العدد 02_03 سنة 1994.

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة.....	01
الفصل الأول : ماهية بيع ملك الغير	07
المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير	09
المطلب الأول : تعريف بيع ملك الغير	09
الفرع الأول : تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.....	09
الفرع الثاني : تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي.....	11
الفرع الثالث : المقارنة بين التعريفين الفقهي و القانوني.....	12
أولاً: المقارنة بين مفهوم بيع ملك الغير و بين مفهوم بيع الفضولي.....	12
ثانياً: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون و بين مفهوم الفضالة في الفقه.....	13
المطلب الثاني : شروط بيع ملك الغير	14
الفرع الأول : أن نكون بصدد عقد بيع.....	15
أولاً : تعريف عقد البيع.....	16
ثانياً : خصائص عقد البيع	19
ثالثاً : أركان عقد البيع.....	20
1.الأركان العامة.....	20
2.الشكلية في البيع العقاري.....	22

- 24..... الفرع الثاني : أن يكون الشيء المبيع معين بالذات.....
- 26..... أولاً : بيع المنقولات
- 27..... ثانيا : بيع العقارات.....
- 28..... الفرع الثالث : عدم ملكية البائع و المشتري لشيء المبيع.....
- 30..... المبحث الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن غيره من البيوع.....
- 30..... المطالب الأول : تمييز بيع ملك الغير عن غيره الأنظمة المدنية المشابهة له.....
- 30 الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير.....
- 33..... الفرع الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن الوعد بالبيع.....
- 34..... الفرع الثالث : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشيء المستقبلي.....
- 36 الفرع الرابع : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال الشائع.....
- 42..... الفرع الخامس : تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر.....
- 42..... الفرع السادس : تمييز بيع ملك الغير عن البيع المعلق على شرط التملك.....
- 48..... الفرع السابع : تمييز بيع ملك الغير عن ضمان التعرض و الاستحقاق.....
- 49..... أولاً : التعرض الشخصي.....
- 52..... ثانيا : تعرض الغير.....
- 53..... الفرع الثامن : بيع النائب لا يعد بيع لملك الغير.....
- 54..... أولاً : شروط وجود النيابة.....

- 56..... ثانيا: تجاوز حدود النيابة.....
- 57..... المطالب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن غيره الأنظمة الجزائية المشابهة له.....
- 57..... الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن النصب و الاحتيال.....
- 58..... أولا: الركن المادي.....
- 60..... ثانيا: الركن المعنوي.....
- 61..... الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن خيانة الأمانة.....
- 62..... أولا: الركن المادي.....
- 63..... ثانيا: الركن المعنوي.....
- 64..... ثالثا : الضرر.....
- 65..... خاتمة الفصل الأول.....
- 66 الفصل الثاني : تأصيل البطلان في بيع ملك الغير و إنفاذه
- 68..... المبحث الأول: تأصيل البطلان بيع ملك الغير.....
- 69..... المطالب الأول: النظريات التقليدية لبطلان بيع ملك الغير
- 70..... الفرع الأول: نظرية الفسخ.....
- 73..... الفرع الثاني: نظرية البطلان المطلق.....
- 76..... الفرع الثالث: نظرية البطلان النسبي.....
- 79..... الفرع الرابع: نظرية تحويل العقد.....

81.....	الفرع الخامس: نظرية العقد الموقوف
85.....	المطلب الثاني : نظرية البطلان الخاص
88.....	المبحث الثاني : إنفاذ بيع ملك الغير
88.....	المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين
89.....	الفرع الأول: قابلية إبطال بيع ملك الغير
89.....	أولا : حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير
91.....	1_ كيفية تمسك المشتري بالإبطال
92.....	2_ أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير
94.....	ثانيا : حق المشتري و البائع في إبطال بيع ملك الغير
96.....	الفرع الثاني: حق المشتري في طلب التعويض
97.....	أولا : شروط المطالبة بالتعويض
98.....	ثانيا : مصدر التعويض
100.....	ثالثا : كيفية تقدير التعويض
101.....	الفرع الثالث : تصحيح بيع ملك الغير
101	أولا : تقادم دعوى البطلان
103.....	ثانيا : إجازة المشتري لعقد بيع ملك الغير
103.....	1. تعريف الإجازة

104	2. شروط الإجازة
105	3. من له الحق في الإجازة
105	4. مميزات الإجازة
106	5. طرق التعبير عن الإجازة
107	6. آثار الإجازة
109	ثالثا : انتقال ملكية البيع
109	1. تملك المشتري للمبيع
114	2. تملك البائع للمبيع
115	المطلب الثاني : أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
116	الفرع الأول: حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع
117	أولا : علاقة المالك الحقيقي بالمشتري
120	ثانيا: علاقة المالك الحقيقي بالبائع
121	الفرع الثاني: حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع
122	أولا : سريان البيع في حق المالك الحقيقي
124	ثانيا : سقوط حق المشتري في طلب الإبطال
125	ثالثا : علاقة الملك الحقيقي بالمشتري
130	خاتمة الفصل الثاني
131	الخاتمة

135.....قائمة المراجع

134.....الفهرس

