

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العقيد أحمد دراية - أدرار



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

# بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

تحت إشراف الأستاذ

من إعداد الطالبين

الدكتور: بلبالي إبراهيم

عبد العزيز أحمد

بوحفص صادق

لجنة المناقشة :

الصفة	الرتبة	السادة الأساتذة	
رئيسا	أستاذ التعليم العالي	رقادي أحمد	01
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر (أ)	بلبالي إبراهيم	02
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر (أ)	طبي عبد المجيد	03

الموسم الجامعي : 1443 هـ - 2021 / 2022 م



## شهادة الترخيص بالإيداع

انا الأستاذ(ة): بلعالي ما براهيم  
المشرف مذكرة الماستر الموسومة بـ:

من إنجاز الطالب(ة): بوحسن الصادق

و الطالب(ة): عبد العزيز أحمد

كلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

القسم: العلوم الإنسانية

التخصص: شريعة ومأثورات

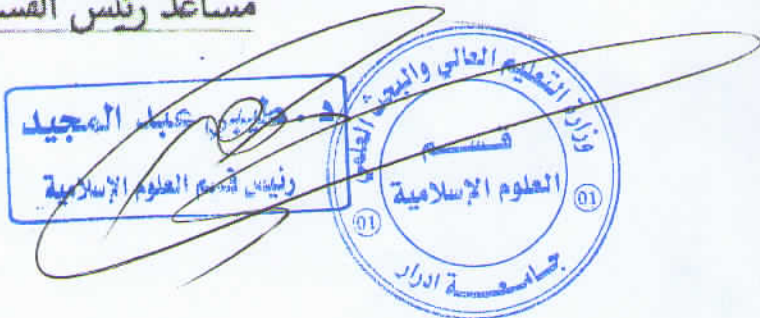
تاريخ تقييم / مناقشة: 2022/01/20

أشهد ان الطلبة قد قاموا بالتعديلات والتصحيحات المطلوبة من طرف لجنة التقييم / المناقشة، وان المطابقة بين  
النسخة الورقية والإلكترونية استوفت جميع شروطها.  
ويامكانهم إيداع النسخ الورقية (02) والأليكترونية (PDF).

- امضاء المشرف:

أدرار في: 2022/09/29

مساعد رئيس القسم:





# شكر وتقدير

الحمد لله على امتنانه وفضله وإحسانه الذي أعاننا ووفقنا لإنجاز هذا العمل ونسأله أن يجعله في ميزان حسناتنا يوم القيامة وأن يتقبله منا خالصا لوجهه الكريم.

أولا نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذنا الفاضل: الدكتور بلبالي ابراهيم الذي تكرم وقبل الإشراف على هذه المذكرة، فممنحنا من ثقته ووقته وجهده وكرم أخلاقه، فكان لنا نعم المعلم والمرشد المتواضع والصادق في نصحه والأمين في توجيهه، فأسأل الله أن يرزقه الخير حيث كان ويجزيه عنا كل خير .

كما نتقدم بخالص شكرنا و التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من جهد في مناقشة هذه المذكرة و تقديم توجيهاتهم القيمة، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذتنا بكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية.

كما نتقدم بشكرنا الجزيل لكل من ساعدنا من قريب أو بعيد ولو بكلمة طيبة

# إهداء

الحمد لله على توفيقه وامتنانه، و له الشكر على فضله وإحسانه، والصلاة والسلام على خير خلقه  
سيدنا محمد وعلى آله .

أهدي هذا الجهد المتواضع

إلى من كان دائما سندا و محفزا و داعما لي لمزيد من التقدم و النجاح اللذان سانداني وساعداني  
بدعائها لي بالتوفيق و السداد في كل الأمور أبي و أمي الغاليتين حفظها الله ، وإلى زوجتي و أبنائي و  
أخواتي و أخي كل واحد باسمه و إلى أساتذة كلية الشريعة اللذين لم ييخلوا علينا بالتوجيه و النصح و  
أخص بالذكر الأستاذ المشرف د. بلبالي ابراهيم الذي رافقنا بتوجيهاته و آرائه السديدة التي أوصلتنا  
إلى هذا العمل المتقن و الجيد

الطالب : عبد العزيز أحمد

# إهداء

الحمد لله على الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله, والصلاة والسلام على من ارسله الله هاديا و معلما و مرشدا و رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله .

اهدي ثمرة هذا الجهد و العمل

إلى الذين كانا سببا في وجودي و سهرا على تربيتي و تهديبي، إلى من طاعتهما حق وحبهما فطرة و برهما عبادة، إلى الذين تعبوا لرؤيتي مرتقيا مراتب العلم و سبل المعرفة لا يتبعون من ذلك جزاء ولا شكورا، إلى أبي وأمي أطال الله في عمرهما أهدي لهما ثمرة عملي.

إلى زوجتي وأبنائي , أخوتي و إلى كل عائلتي الكريمة.

إلى كل من تلقيت العلم و التحصيل على أيديهم، إلى كل من درسني أو علمني حرفا، إلى كل أساتذتي...أهدي لكم هذا العمل.

إلى كل زملائي في العمل

إلى كل زملائي بجامعة العقيد احمد دراية بادرار.

إلى كل هؤلاء...أهدي ثمرة عملي.

الطالب : بوحفص صادق

# مقدمة

## المقدمة

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

## أولاً: تحديد موضوع البحث وبيان أهميته

عقد البيع من أقدم العقود التي عرفتها البشرية منذ الأزل وأكثرها انتشارا وشيوعا، ولا يكاد يمر يوم إلا ويعقد الشخص أكثر من عقد بيع أو شراؤه لمأكله أو ملبسه أو علاجه، لأنه أداة يستطيع من خلالها الأشخاص أن يحصلوا على ما يحتاجونه من سلع ومنتجات، فضلا عن أنه يمثل في ذات الوقت وسيلة هامة تمكن الفرد من التصرف فيما لا يحتاج إليه، وتمكنه من زيادة ثروته إذا احترف عملية البيع والشراء .

وباعتبار بناء الحياة اليومية للمجتمع عليه في التعامل فيما بينها فقد حظي تنظيمه في التقنيات الحديثة بنصوص عديدة. حيث نظم المشرع الجزائري عقد البيع ضمن الفصل الأول من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية بهذا يحتل رأس القائمة للعقود المسماة المنظمة لأحكامه، فأورد له أحكاما تفصيلية بخصوص حقوق والتزامات البائع و المشتري.

عرف المشرع الجزائري عقد البيع من خلال نص 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 " وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هدف القانون حماية المالك حماية شاملة لمنع الغير من الاعتداء على ملكه، حيث أن مالك الشيء وحده له حق التصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحيانا أن يصدر التصرف من غير مالك الشيء فالأب قد يبيع ملك ولده باعتباره أصيلا عن نفسه لا نائبا، وكثيرا ما يبيع الحاضرون أموال الغائبين؛ فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير وما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

تعرف المادة 397 من (ق.م.ج) بيع ملك الغير أنه: كل بيع يكون من غير المالك، يعد بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري، لأن البائع إذا لم يكن مالكا، فإنه لا يستطيع نقل ملكية المبيع، وحقيقة الأمر مسألة ملكية المبيع لا تثور إلا عند توافر كل شروط انتقال الملكية بالتعاقد.



إن القاعدة المشهورة التي تقول "فاقد الشيء لا يعطيه"، تتعارض وبيع ملك الغير، كما يتعارض من الناحية المنطقية والقانونية. وتبدو المشكلة أعظم إذا ما علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر العقاري المطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية<sup>1</sup>

### ثانيا: إشكالية البحث

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

كيف عالج المشرع الجزائري والفقه الإسلامي بيع ملك الغير بما يضمن حقوق جميع أطراف هذه العلاقة؟

ولمعالجة هذا الإشكال نطرح السؤالين الفرعيين الآتيين

- ما حقيقة بيع ملك الغير ونطاقه وطبيعته ؟
- ماهي آثار بيع ملك الغير وتطبيقاته ؟

### ثالثاً: أسباب ودوافع اختيار الموضوع

إضافة إلى الميل الذاتي والرغبة الشخصية لفكرة الموضوع، وانسراحنا له لما اقترح علينا، فقد دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع الأسباب التالية:

- أهمية الموضوع العلمية المتمثلة في مسألة نقل الملكية إلى المشتري حيث نكون في بعض الحالات أمام شخص يبيع ما لا يملك، فنتساءل عما يترتب عن ذلك، خاصة إذا تملك المشتري الشيء المبيع بطرق قانونية، ثم ظهر المالك الحقيقي
- البحث عن موقف الفقه الإسلامي من هذا البيع، وهل هذا الموقف هو نفسه الذي نحا إليه القانون الجزائري.
- أن لهذا الموضوع أهمية كبيرة في الحياة اليومية إذ فرض نفسه على الباحث للتطرق لكيفية معالجة هذه التساؤلات.

<sup>1</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، اطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية- نابلس- فلسطين، 2006، ص1

## رابعاً: أهداف البحث

نطمح من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمها:

- أهمية هذه الدراسة فيما يترتب على بيع ملك الغير من آثار قانونية تنعكس في نطاق الحياة العملية للمجتمع خصوصاً مسائل العقار التي كانت تتصف بنوع من الغموض من حيث عقود الملكية وتداخل هذه العقول قبل ظهور مفهوم الدفتر العقاري وسح لأراضي فتجد عقار واحد لعدة مالكين بعقود مختلفة .
- الحاجة الماسة للمجتمع الجزائري في اكتسابه ثقافة وعلمه بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يشرى أشخاص على حساب أشخاص آخرين بدون وجه حق، وهذا من شأنه أن يحافظ على الكسب المشروع.
- غموض وعدم كفاية النصوص القانونية الخاصة أو المتعلقة ببيع ملك الغير .
- حاجة المجتمع الجزائري في تصحيحه وتوثيقه لكثير من العقود خاصة العقود العرفية مما فتح مجال بيع العقار المملوك للغير

## خامساً: الدراسات السابقة

- عبد الكريم أحمد علي المرتضي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني(دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006،
- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن
- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية- نابلس- فلسطين، 2006،
- رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2012/2011م،
- زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لاستكمال دراسة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2013-2014 جامعة الشرق الأوسط.

- بلاغ وردية - مداد يسمينة، بيع ملك الغير بين القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري- تيزوزو، 2016/2015.
- بودريقة جميلة- مباركي نجمة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل - 2012-2013 جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية.
- عصمان الحو هشام، الغير في القانون المدني - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2018/2019م.

### سادساً: صعوبات البحث

بصراحة فكرة موضوع البحث واضحة، والمادة العلمية فيه متوفرة، ولم تعترضنا مصاعب في مسيرة إنجازنا لهذا البحث، لكن الصعوبة التي لم نستطع التغلب عليها كانت ضعف الاستغلال الأمثل لمعلومات البحث وقبل ذلك جمع واستقصاء هذه المعلومات بسبب طبيعة الدراسات المقارنة وما يترتب عنها من صعوبة التحكم في إدارة منهج المقارنة، خصوصاً في المواضيع الواسعة المباحث؛ والتي تتيح إمكانية تناولها ومعالجتها بأكثر من طريقة، مما يضطر معها الباحث إلى الحذف والتعديل والتردد في اعتماد خطة البحث النهائية كلما ازداد عمقا في القراءة والبحث، وتجمعت لديه مادة علمية جديدة.

### سابعاً : منهج البحث

بالإضافة إلى المنهج المقارن الغالب والأساسي في البحث، تم التوسل بمجموعة من المناهج المساعدة، في مقدمتها: المنهج الوصفي الذي لا غنى عنه في التعرف على المفاهيم المصطلحات الرئيسة في البحث، والمنهج التحليلي في استنتاج واستثمار النصوص القانونية التي عنت بهذا الموضوع وكذا مناقشة الأدلة والمؤيدات، فضلاً عن الآراء الفقهية التي تدعم بعض الاستنتاجات والرؤى حول الموضوع.

## ثامناً: خطة البحث

الموضوع وطبقاً لعناصره تحت عنوان بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي وما يجيب عليه من تساؤلات، ويصبوا إلى تحقيقه من أهداف اقتضى تقسيمنا للموضوع إلى فصلين اثنين.

تناول الفصل الأول ماهية بيع ملك الغير، بتعريفه وتحديد نطاقه وطبيعته.

أما الفصل الثاني فتناول آثار بيع ملك الغير وتطبيقاته.

# الفصل الأول

## ماهية بيع ملك الغير



المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير

المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير

المطلب الثاني: المقارنة بين تعريفات بيع ملك الغير

المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير و ما يميزه عن غيره من الأنظمة

المطلب الأول: نطاق بيع ملك الغير

المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة

المبحث الثالث: طبيعة بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

والفقه الإسلامي

المطلب الأول: طبيعة بيع ملك الغير في القانون الجزائري

المطلب الثاني: طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

## الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير

### المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير

لتحديد مفهوم بيع ملك الغير يجدر بنا أولاً تقديم تعريفه في اللغة وفي القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، ثم المقارنة بين هذه التعاريف، وتحديد نطاق بيع ملك الغير وما يميزه عن غيره من الأنظمة، وطبيعة بيع ملك الغير في كل من القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير

#### أولاً- تعريف بيع ملك الغير في اللغة

لم تضع مصادر ومعاجم اللغة العربية مفهوم ل عبارة " بيع ملك الغير " كمركب إضافي وإنما تضمنت فقط معاني ودلالة تلك الألفاظ والتي يمكن من خلالها استخلاص ووضع تعريف له.

#### 1- البيع في اللغة:

جاء في مختار الصحاح: "بَاعَ الشَّيْءَ يَبِيعُهُ يَبِيعُ وَيَبِيعُهُ بِبَيْعٍ شَرَاهُ ... وَأَيْضًا اشْتَرَاهُ فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ"<sup>1</sup> ، فالأصل أن اللغة تطلق كلا من البيع و الشراء على معنى واحد فيقال لفعل البائع بيع وشراء ، كما يقال لفعل المشتري بيع وشراء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ﴾<sup>2</sup> ، فإن معنى ﴿شَرَوْهُ﴾ في الآية: باعوه، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة، إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع و هو إخراج الذات من الملك وخص الشراء بفعل المشتري و هو إدخال الذات في الملك<sup>3</sup>.

إذن فتعريف البيع في اللغة: هو مبادلة مال بمال، وذلك كونه حقيقةً في وَصْفِ الْأَعْيَانِ لِكَنَّهُ أُطْلِقَ عَلَى الْعَقْدِ مجازاً لأنه سبب للتَمْلِيكِ وَالتَّمْلُكِ<sup>4</sup>.

#### 2- الملك في اللغة:

الْمَلِكُ : مُلْكُهُ عِزُّهُ وَسُلْطَانُهُ، ... وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾<sup>1</sup> ، لله سلطان السموات السبع والأرضين، يفعل في سلطانه ما يشاء<sup>2</sup>. وَالْمَلِكُ احتواء الشيء و القدرة على

<sup>1</sup> - زين الدين بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار المعاجم - مكتبة لبنان - 1986م، ص29

<sup>2</sup> - سورة يوسف الآية 20

<sup>3</sup> - عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، 1933م، مطبعة الحضارة الشرقية ، ج2، ص(192،193)

<sup>4</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1، دار المعارف، الطبعة الثانية، ص 69

الاستبداد به،<sup>3</sup> وملاك الأمر بفتح الميم و كسرهما ما يقوم به،... وما تمالك أن قال كذا و كذا ما تماسك.<sup>4</sup>

### 3- الغير في اللغة:

غير: - بدون ألف و اللام - تطلق على الصفة، أو الاسم، و قد تكون أداة استثناء،<sup>5</sup> فهي "كلمة يوصف بها و يستثنى. فإن وصفت بها أتبعها إعراب ما قبلها. و إن استثنت بها أعربت بالإعراب الذي يجب للاسم الواقع بعد إلا، و ذلك أن أصل غير صفة و الاستثناء عارض.... و قد تكون بمعنى لا فتصبها على الحال"<sup>6</sup> كقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>7</sup>  
الغير: - بالألف و اللام - هو الطرف الثالث في القضية وهو غير ممثل في حكم - التأمين على الغير، الإضرار بالغير- الآخر.<sup>8</sup>

### 4- تعريف بيع ملك الغير في اللغة:

يتبين من خلال شرح هذه الألفاظ أن من معاني بيع ملك الغير في اللغة :

- 1- "بيع البائع ما ليس مملوكا له ولم تكن له سلطة عليه "
- 2- "بيع يرد على شيء لم يكن في ملكية أو سلطة المتبايعين "
- 3- "مبادلة مال بمال من غير ولاية أو سلطة عليه وهو ملك الغير"

### ثانياً- بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

لقد أورد المشرع الجزائري بيع ملك الغير ضمن أنواع البيوع في الفصل الأول من الباب السابع من العقود المتعلقة بالملكية، حيث تطرق له في مواد عديدة دون الخوض في إيجاد تعريف له، تاركا الأمر لاجتهاد الفقهاء، وبالرجوع إلى المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما

1 - سورة الشورى، الآية 49

2- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة ، ج6، ص504

3- انظر: جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت لبنان- ج 11 ص 492

4- زين الدين بن أبي بكرين عبد القادر الرازي، مرجع سابق ، ص 264

5- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م،

ص12

6- زين الدين بن أبي بكرين عبد القادر الرازي، مرجع السابق ، ص217

7 - سورة البقرة الآية 173

8- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر ، الطبعة الأولى، 2008م، عالم الكتب القاهرة ، ج3ص1655

يلي: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه"، نجد أنها تضمنت عناصر بيع ملك الغير، والتي استند عليها فقهاء القانون عند تعريفهم لهذا البيع.<sup>1</sup>

### 1-: البيع في القانون المدني الجزائري

عرف المشرع الجزائري عقد البيع من خلال نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"<sup>2</sup>

و عرفه الأستاذ اسماعيل غانم بأنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما و هو البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل التزام الطرف الثاني و هو المشتري بثمن نقدي"<sup>3</sup>

و عرفه كذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه "عقد ملزم للجانبين فهو يلزم البائع بان ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر و يلزم المشتري بان يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقدياً".<sup>4</sup>

إن المشرع الجزائري عرف البيع بآثاره مع أن جوهر العقد هو التراضي على ترتيب هذه الآثار، كما ورد في نص المادة 351 المذكورة أعلاه من القانون المدني الجزائري أن البائع يلتزم بأن ينقل للمشتري الملكية أو الحق المالي، مع أن البيع قد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير، فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية إلى شخص ثالث.<sup>5</sup>

ويستخلص من تعريف نص المادة 351 المذكورة أعلاه أن عقد البيع عقد ملزم للجانبين ( البائع و المشتري )، و عقد معاوضة، وكذلك هو عقد رضائي، كما أنه من العقود المتعلقة بنقل الملكية.

### 2-: الملكية في القانون المدني الجزائري

<sup>1</sup> - كحول و ليد، محاضرات في القود الخاصة لطلبة السنة الثالثة قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة منثوري قسنطينة، ص 20

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78. الصادرة في 30 سبتمبر 1975م

<sup>3</sup> - محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري، 2000م، ديوان مطبوعات جامعية - بن عكنون الجزائر ، ص9

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3، 2000م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج4 ص21

<sup>5</sup> - رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، 2012/2011، ص10



عرف القانون المدني الجزائري الملكية في (674) منه بقوله " الملكية حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة ".<sup>1</sup> و جاء في نص المادة (675) الفقرة الأولى من القانون نفسه " مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير"<sup>2</sup>

وهذا التعريف يوافق بعض تعاريف فقهاء القانون، كما جاء في تعريف عبد الرزاق السنهوري لحق الملكية " إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون "<sup>3</sup>، ويعتبر "هذا الحق حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً، بل هو جماع هذه الحقوق العينية و عنه تتفرع جميعاً، فمن كان له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء"<sup>4</sup>.

فالمشعر الجزائري وسع في نطاق حق الملكية و لم يقيدتها إلا في حدود استعمال هذا الحق الذي يجب أن يكون وفقاً للقوانين والنظام العام، وقد وأورد كذلك لهذا الحق في مواد عدة أحكام وطرق اكتساب الملكية و التي حصرها في الاستيلاء والتركة، والوصية، والاتصاق بالعقار، وعقد الملكية، والشفعة، والحيازة.

### 3- الغير في القانون المدني الجزائري

لم يضع المشعر الجزائري معنى محدد لمفهوم الغير، رغم أنه أورده في العديد من المواد، ففي نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري في القسم الثالث بعنوان آثار العقد " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".<sup>5</sup> مما أدى إلى عدم وجود معيار أو قاعدة بموجبها يمكن تحديد من هو المتعاقد ومن هو غير المتعاقد الذي بدوره قد يتدخل في تنفيذ العقد ويأخذ حكم أطرافه، وكذا بيان إمكانية انصراف آثار العقد إلى الغير باعتباره استثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في

<sup>1</sup> - الأمر رقم 58-75 المشار إليه سابقاً

<sup>2</sup> - الأمر رقم 58-75 المشار إليه سابقاً

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، طبعة 1952، دار إحياء التراث العربي، بيروت

لبنان، ج8، ص 493

<sup>4</sup> - نفس المرجع ص 496

<sup>5</sup> - الأمر رقم 58-75 المشار إليه سابقاً

نسبية آثار العقد، ولكن يمكن من خلالها أن نبين أن المقصود هنا بالغير : من لم يكن طرفا في العقد و لا خلفا لأحد المتعاقدين، فالغير هو كل من ليس طرفا في العقد حيث لا تترتب آثار العقد في مواجهته.<sup>1</sup>

و يقصد بالغير في العقود غالبا الأطراف غير المتعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا في العقد، غير أنه وكما سبق الذكر؛ في هذا النوع من البيوع الخاصة، يقصد بالغير "المالك الحقيقي"، فهو أجنبي على هذا العقد لأنه لم يكن خلفا عاما ولا خلفا خاصا ولا من الدائنين فإنه لا ينصرف إليه أثر العقد ولو كان الشيء المبيع خاصا به ومملوكا له، إذ العقد غير ساري المفعول في حقه.<sup>2</sup>

#### 4- تعريف بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

من خلال نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري "إذا باع شخص شيئا معينًا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه" ومن خلال كذلك الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص عقد البيع وحق الملكية نجد أن مضمونها تتوافق مع تعاريف بعض فقهاء القانون.

- " بأنه ذلك البيع الذي يكون فيه المبيع معينًا بالذات و لا يكون مملوكا لأحد الطرفين"<sup>3</sup>
- " أن يبيع شخص شيئا معينًا بالذات إلى آخر وهو لا يملكه حال اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية المبيع فور التعاقد"<sup>4</sup>

غير أن هذا الاتجاه أولا يشترط أن يكون البائع غير مالك للمبيع، ولكن إذا ثبت أن البائع باع مالا مملوكا لآخر بحكم نيابته الشرعية عن المالك فهو غير مالك ولكن لا يكون قد باع ما لا يملكه، وأن هذا الاتجاه لا يشترط ضرورة نقل الملكية في الحال.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - عصمان الحو هشام، الغير في القانون المدني - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد

بن باديس، 2019/2018م، ص 02

<sup>2</sup> - رحمان يوسف ، المرجع السابق، ص18

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 4 ، المرجع السابق، ص232

<sup>4</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص46

<sup>5</sup> - عبد الرحمن أحمد جمعة، الطبيعة القانونية بيع ملك الغير في القانون المدني القطري، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد

45، العدد 3، 2018م، ص 97

" البيع الذي يبيع فيه الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير بدون وجه حق أي بدون أن يكون البائع وكيلاً عن المالك أو ولياً "، يمتاز هذا التعريف أنه يتطلب صدور البيع عن غير المالك و عدم كون البائع وكيلاً أو ولياً عليه، وقد أغفل ضرورة عدم وجود اتفاق أو نص يعلق نقل الملكية على القيام بعمل ما أو يضيفه إلى أجل معين.<sup>1</sup>

و من خلال نص المادة 397 من القانون المدني نستخلص أنه لا يمكن أن يكون بيع ملك الغير إلا إذا توافر فيه الشروط التالية:

- ألا يكون المبيع مملوكاً لأحد المتعاقدين.
- أن يكون البيع معيناً بالذات.
- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاته، أي بمجرد الاتفاق.<sup>2</sup>

### ثالثاً- تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

يصطلح على بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي " بيع الفضولي " .

والفضولي في اللغة من الفضل وهو الزيادة و فضولي من يشتغل بما لا يعنيه و جمعه فضول و جعل علماً، والفضالة نوع من الكلام الذي لا خير فيه كجهالة و ضلالة،<sup>3</sup> إلا أن هناك فرقاً بين الفضولي في القانون المدني والفقه الإسلامي فمعنى الفضالة كما جاء في نص المادة 150 من القانون المدني الجزائري " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك "<sup>4</sup> أما عن مفهوم بيع الفضولي (بيع ملك الغير) في الفقه الإسلامي فيتجلى من خلال تعريف عقد البيع وتعريف الملك والولاية، ثم تعريف الفضولي.

1- **عقد البيع في الفقه الإسلامي:** إن ماهية عقد البيع في الفقه الإسلامي أعم من حيث المعنى من القانون الوضعي فالبيع في الفقه الإسلامي له معنيان.

- معني عام وهو: تملك مال بمال على وجه مخصوص، أي بإيجاب أو تعاط ( و يشمل السلم والصرف و المقايضة )

<sup>1</sup> - عبد الرحمن أحمد جمعة، المرجع السابق ص 97

<sup>2</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 48

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق ص 475

<sup>4</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المشار إليه سابقاً

- و معني خاص وهو :تمليك عين بثمن موصوف في الذمة ( لا يشمل إلا البيع المتعارف عليه وهو البيع المطلق ) 1

و خصائص البيع في القانون المدني الجزائري تتشابه مع خصائص البيع في الفقه الإسلامي

## 2- الملك والولاية في الفقه الإسلامي

عرف بعض الفقهاء الملك بأنه: "هو حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك" 2.

و الولاية سلطة شرعية على النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعا<sup>3</sup>

3- الفضولي ( الغير ) في الفقه الإسلامي: عرف فقهاء المسلمين الفضولي " من يتصرف في حق

الغير بلا إذن شرعي" 4 و عرفه البعض الآخر : " من يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له

ولاية إصداره، ... و كذلك شراء شيء لشخص بغير إذنه على إن رضي به صح الشراء و إلا لم

يصح" 5 و بمفهوم أوسع ما يمكن أن نستخلصه في مفهوم الفضولي، هو ما ذكره عبد الرزاق

السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي : الفضولي "من يتدخل في شؤون الغير دون

توكيل أو نيابة....." 6 و تبعا لذلك لا يعد فضوليا من يتصرف في شؤون غيره بتفويض مشروع

كتفويض في تسيير مرفق عام، وإنما يعتبر نائبا عنه، وهذه النيابة تختلف باختلاف نوع التصرف فقد

تكون نيابة شرعية كولاية الآباء و الجد على الصغير، وإما نيابة قضائية، كولاية الولي المنصوب من

قبل القاضي على الصغير و المجنون والمعتوه، أو نيابة عقدية كالوكيل<sup>7</sup>

1 - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 6

2 - تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت - ط1، 1991، ج 1، ص 232

3 - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 13

4 - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط 1، 1997م، دار الكتاب العلمية بيروت لبنان، ج6، ص 245

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

6 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط1، 1998، 2م، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج4، ص 183

7 - رحمان يوسف ، المرجع السابق، ص21

أما تعريف بيع الفضولي فقد جاء في معني المحتاج "بيع الفضولي، وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية"<sup>1</sup>، و قيل "...بيع الفضولي، وهو الذي يبيع ما لا يملك أو ما ليس مأذونا في بيعه"<sup>2</sup> وجاء في تعريف آخر بيع الفضولي: "وصورته: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضي البيع، وإن لم يرض فسخ"<sup>3</sup>

ولكي يكون الشخص فضوليا و يطلق على بيعه مصطلح بيع ملك الغير يجب أن يتحقق فيه ما يلي

- ألا يكون البائع ( الفضولي ) مالكا للشيء المعقود عليه وقت البيع.

- أن لا يكون العاقد مأذونا له في التصرف من الشرع.

- أن لا يكون العاقد ( البائع ) وكيلًا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة.<sup>4</sup>

### المطلب الثاني: المقارنة بين تعريفات بيع ملك الغير

بعد عرضنا لكل من مفهوم بيع ملك الغير من الجانب اللغوي والقانوني والفقهية، نقوم في هذا المطلب بمقارنتها مع بعضها حتى نتمكن من معرفة أوجه التقارب والاختلاف بينها مع إظهار أي التعريفات أشمل من حيث المضمون أو المفهوم.

### أولاً: المقارنة بين التعريف اللغوي و التعريف القانوني والفقهية لعقد البيع

إن التعريف القانوني والفقهية لعقد البيع كلاهما قد أخذوا بمضمون التعريف اللغوي للبيع والذي له مفهوم واسع إلا أن القانون قد ضيق من هذا المفهوم وعلماء الفقه الإسلامي جعلوا له معنيين معنى أعم ومعنى أخص، فعندما قدمنا تعريف البيع لغة، تبين لنا بكل بساطة أن البيع هو مبادلة مال بمال، فالتعريف القانوني لعقد البيع، يتفق مع التعريف اللغوي، في معنى المعاوضة المالية، إذ إن كلا التعريفين جعلنا من المعاوضة أساسا للبيع، ونفس القول ينطبق على التعريف الفقهي للبيع

<sup>1</sup> - الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، 1994م، دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص351

<sup>2</sup> - أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج 14، ص 96

<sup>3</sup> - ابن رشد، أبو الوليد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2004م، دار الحديث - القاهرة، مصر، ج3، ص 189

<sup>4</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 19

في تعريفات الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم. وبذلك يقترب التعريف الفقهي من المعنى اللغوي لكلمة البيع.<sup>1</sup>

ثانيا: المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير في القانون و تعريف بيع ملك الغير في الفقه

جاء في التعريف القانوني لبيع ملك الغير " بأنه ذلك البيع الذي يكون فيه المبيع معيناً بالذات و لا يكون مملوكاً لأحد الطرفين"<sup>2</sup>، كما تناوله المشرع الجزائري دون وضع تعريف له في نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه"<sup>3</sup> مبينا شروطه التالية:

- ألا يكون المبيع مملوكاً لأحد المتعاقدين،

- أن يكون البيع معيناً بالذات،

- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاته، أي بمجرد الاتفاق.<sup>4</sup>

وفي هذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في ماهية بيع ملك الغير، والذي يصطلح عليه ببيع الفضولي إلا أن هناك اختلافاً من حيث الصياغة، إذ إن فقهاء الفقه الإسلامي وضعوا عدة تعاريف باختلاف مذاهبهم أكثر دقة ووضوحاً،<sup>5</sup>

أما إذا ما أمعنا النظر في النصوص القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير، فإننا نعتبر التصرف بالبيع، الذي يقوم به شخص غير المالك الحقيقي، ولو بمقتضى وكالة قانونية هو بيع لملك الغير، ولكن هذا الجانب غير صحيح ويخالف القواعد القانونية، لأن الوكالة القانونية تخرجنا عن بيع ملك الغير، فهو بيع صحيح حيث يثبت فيه التفويض القانوني من المالك الأصلي وفي حدود الوكالة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، اطروحة لنيل شهادة

الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية- نابلس- فلسطين، 2006، ص 10

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 4، المرجع السابق، ص 232

<sup>3</sup> - الأمر رقم 58-75 المشار إليه سابقاً

<sup>4</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 48

<sup>5</sup> - نفس المرجع ص 12

<sup>6</sup> - رحمان يوسف، المرجع السابق ص 22

أما تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية لبيع الفضولي في مقابل بيع ملك الغير كان دقيقا؛ إذ نجد البيع من غير المالك بمقتضى وكالة أو تفويض شرعي وقانوني بيعا صحيحا؛ لأن الفقهاء المسلمين يعتبرون البيع، بيع فضولي إذا كان من غير إذن صاحبه.<sup>1</sup>

ومن هنا ما يمكن استخلاصه هو أن بيع الفضولي في الفقه الإسلامي أشمل و أدق من بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

### ثالثا: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون وبين مفهوم الفضالة في الفقه

إن أحكام الفضالة تناولها المشرع في القانون المدني الجزائري في المواد من 150 إلى 159 في القسم الثالث من الفصل الرابع ( شبه العقود ) للباب الأول ( مصادر الالتزام ) من الكتاب الثاني المعنون تحت عنوان الالتزامات و العقود بينما تناول بيع ملك الغير و الذي يقابله مفهوم بيع الفضالة في الفقه، تناول أحكامه في المواد (397، 398، 399) في القسم الثاني أنواع البيوع من الفصل الأول ( عقد البيع) الباب السابع ( العقود المتعلقة بالملكية ) من الكتاب الثاني ( مصادر الالتزام ) وقد عرف المشرع الجزائري الفضولي في المادة 150 من ق.م.ج "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك".<sup>2</sup>

فمصطلح الفضالة في القانون المدني الجزائري يتوافق مع مصطلح الفضالة في الفقه الإسلامي من حيث اللفظ أما من حيث الاصطلاح فيختلفان فالفضالة في الفقه تم تكييفها اصطلاحا على بيع ملك الغير و الموجود نفسه في القانون المدني الجزائري.

فالفضالة في مفهوم نصوص المواد 150، 151 من القانون المدني الجزائري، يلاحظ أنها تقتضي وجود شخصين، يقوم الأول من تلقاء نفسه بإدارة شؤون غيره، عن علم وبلا تفويض،<sup>3</sup> فمن خلال هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط

- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.
- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة لرب العمل.
- أن لا يكون الفضولي ملزما بالقيام بهذا العمل.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - نفس المرجع ص 22

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا

<sup>3</sup> - رحمان يوسف، المرجع السابق ص 23

أما في الفقه الإسلامي فالفضولي كما جاء في تعريف بعض الفقهاء كما ذكره عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي : الفضولي "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة..."<sup>2</sup> و بمفهوم آخر " من يشتغل في شؤون غيره دون إذن، أو ولاية منه، كمن يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل وكمن يبيع ملك غيره دون تفويض من المالك"<sup>3</sup> من خلال تعريف الفضولي في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي نلاحظ أن الفضالة في الفقه الإسلامي أشمل و أدق منها في القانون المدني الجزائري و بينهما أوجه الاتفاق و أوجه الاختلاف.

#### أوجه الاتفاق:

- الفضولي في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي من يتصرف في شؤون الغير و يعمل لمصلحة الغير سواء عن قصد أو دون قصد
- رتب كل من القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي آثارا عن هذا التصرف
- لا يعد الفضولي تابعا لرب العمل أو صاحب العمل أو صاحب الشأن في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي

#### أوجه الاختلاف:

- إن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق بغض النظر عن هذا العمل أو التصرف سواء كان تدخل الفضولي ضروريا أو غير ضروري.
- القانون المدني الجزائري يشترط أن يقوم الفضولي بشأن عاجل و ضروري لرب العمل تفضلا منه، أما الفقه الإسلامي فلا تشترط أن يكون هذا العمل عاجلا أو ضروريا
- اشتمال تعريف القانون المدني الجزائري على عبارة " عن قصد القيام بالشأن " وهذه العبارة لا توجد في تعاريف الفقه الإسلامي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بودريقة جميلة- مباركي نجمة ، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لتيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص القانون

الخاص الشامل - 2012-2013 جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، ص 8

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 183

<sup>3</sup> - اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق ، ص 18

<sup>4</sup> - أنظر : رحمان يوسف، المرجع السابق ص 26



## المبحث الثاني : نطاق بيع ملك الغير و ما يميزه عن غيره من الأنظمة

من خلال تناولنا لمفهوم بيع ملك الغير وما يقابله من مفهوم الفضالة في الشريعة الإسلامية و الفرق بينهما و كما لاحظنا أنه لكي نكون بصدد بيع ملك الغير لا بد من توافر بعض الشروط سواء في القانون المدني الجزائري أو في الفقه الإسلامي ونجد أن نفس الشروط التي استخلصناها من المواد التي تناولها المشرع الجزائري أوردها الفقه الإسلامي مع الاختلاف في شرط أو شريطين في ذكره أو صياغته أما إذا ما أمعنا النظر في مضمونه يمكن أن نجد له تكييفاً في الجانب الآخر سواء في القانون أو الفقه و هذه الشروط هي التي تحدد لنا نطاق هذا البيع و تعتبر كضوابط لتمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة أو البيع و ما يخرج عن نطاقه.

### المطلب الأول: نطاق بيع ملك الغير

يتمثل نطاق بيع ملك الغير في الشروط التي يجب أن تتوفر فيه لكي يكون حكم بيع ملك الغير وهي كما يلي:

أولاً : أن يكون العقد بيعاً:

إن نصوص المواد 197-199 من ق.م. ج التي تتناول أحكام بيع ملك الغير تتضمن عبارة صريحة للبيع م197 " إذا باع شخص...<sup>1</sup> "، م 198 " إذا أقر المالك البيع...<sup>2</sup> " م 199 " إذا أبطل البيع...<sup>3</sup> فلا يمكن أن يكون هذا التصرف بيعاً لملك الغير إلا إذا كان بصدد عقد البيع، و ما يقابله في الفقه الإسلامي هو بيع الفضولي.

<sup>1</sup> - المادة 197 من ق.م. ج " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه ، و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري "

<sup>2</sup> - المادة 198 من ق.م. ج " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزاً في حق المشتري ، و كذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع "

<sup>3</sup> - المادة 199 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 "

فعقد البيع لا بد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد، وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً، فعقد البيع ينصب هدفه على نقل الملكية من البائع إلى المشتري، أي بمجرد تطابق الإرادتين الإيجاب و القبول انعقد العقد وتنتقل الملكية مباشرة إلى المشتري<sup>1</sup>

أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع، أو أن يتعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء المبيع ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية للطرف الآخر، أو أن يتعهد أحد الطرفين بالحصول على إقرار المالك الحقيقي للشيء على بيعه للآخر، فإن هذا العقد لا يعدّ بيعاً لملك الغير<sup>2</sup>

**ثانياً : أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات :**

إن أول شرط وضع في بيع ملك الغير أن يكون هذا التصرف أو العقد بيعاً، وهذا يعني نقل الملكية في الحال وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات،<sup>3</sup> فالأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي تم تحديدها تحديداً دقيقاً وذلك ببيان صفاتها و خصائصها التي تميزها عن غيرها، ويمكن القول بأنها الأشياء التي لا يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء، كالعقارات بوجه عام، وكل شيء ذاتي له ما يميزه عن غيره، كالسيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صدورها بالتالي يكون سهلاً نسب ملكيتها لشخص معين، و يعتبر بيعها عن غير مالكا بيعاً لملك الغير، فالأشياء المعينة بالذات إذن تنتقل ملكيتها وقت انعقاد العقد، بقوة القانون، وبصورة حتمية.<sup>4</sup>

إن الشيء المعين بالنوع لا يمكن وصفه أنه مملوك أو غير مملوك، فلا يمكن وصف هذا البيع بأنه بيع ملك الغير، و يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع بيع شيء معين بالذات من غير مالكة أمكن القول بأننا بصدد بيع ملك الغير سواء كان الشيء المعين بالذات عقاراً أو منقولاً<sup>5</sup>

**ثالثاً : أن يكون المبيع غير مملوك للبائع أو المشتري:**

<sup>1</sup> - أيمن حسين ناصر، المرجع السابق، ص23

<sup>2</sup> - مطالبي بسمة - سودار أمينة، أحكام بيع ملك الغير دراسات مقارنة بين القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مجلة

الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد 05، 31-01-2021، مجلد 02 ص 1077

<sup>3</sup> - أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط 1، 2010، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ص. 2

<sup>4</sup> - بلاغ وردية - مداد يسمينة، بيع ملك الغير بين القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

الداخلي، جامعة مولود معمري- تيزيوزو، 2015/2016، ص37

<sup>5</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، 2008، دار المطبوعات الجامعية-

الاسكندرية-مصر، ص21

عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع وقت التعاقد من أكثر الشروط بل شرط أساسي الذي يجعلنا أمام بيع ملك الغير، وهو ما يستفاد من نص المادة 397 من ق م ج التي تنص على انه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ....."

فبمقتضى هذا النص يشترط أن يكون البائع غير مالك للشيء المبيع، حيث إن ملكية البائع للمبيع تضعنا أمام عقد بيع صحيح، ولا تتأثر مسألة بيع ملك الغير، فإذا تصرف الزوج في بعض أموال زوجته بوكالة صحيحة منها، لم نكن بصدد بيع ملك الغير، أما الوصي الذي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه يعتبر يبيع ملك الغير، لأن البائع ليس له الحق على المبيع ولم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف، وبالتالي يكون انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مستحيلا بمجرد انعقاد البيع<sup>1</sup>

أما لو كان المبيع مملوكا للمشتري وتقدم على شرائه جهلا منه بملكته له فإن البيع لا ينعقد أصلا لاستحالة نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع فعلا بينما البائع غير مالك له.

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

إذ متى توفرت هذه الشروط الثلاثة السابقة الذكر كان البيع يباعا لملك الغير، ويستوي في ذلك علم البائع أو عدم علمه بملكته للشيء المبيع، وأي حالة لا تنطبق عليها هذه الشروط تخرج من دائرة بيع ملك الغير .

### المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة

بعدما تطرقنا الى تعريف بيع ملك الغير، وتحديد نطاقه، لابد من تمييزه عما يشابهه من الأنظمة، وبيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، وبيع الشريك كل المال الشائع .

<sup>1</sup> - خليل احمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 4 عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996 ، ص 209

## الفرع الأول : بيع الوارث الظاهر

يمكن تعريف الوارث الظاهر بأنه " من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه وارث ثم يتضح أنه ليس كذلك " <sup>1</sup>

بمعنى آخر هو من يدعي نفسه مالكا للشيء المبيع ثم يبيعه لشخص آخر حسن النية، وبعده يظهر أنه ليس بمالك الحقيقي للشيء كالوارث الأبعد في درجة الإرث إذا استولى على مال المتوفي لعدم علمه وعلم الكافة بعدم وجود من يحجبه في الإرث يتبين من خلالها أن الوارث الظاهر باع ملك الغير <sup>2</sup>، فرغم أن الملك الظاهر يعتبر مالكا للبيع مما يجعل بيعه بيعا لملك الغير، يقع بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا في حق الوارث الحقيقي .

وذهب الفقه إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي حماية للمشتري في حسن النية الذي يجهل عدم ملكية البائع للمبيع، واستقرار المعاملات بين الناس <sup>3</sup>.

القانون الوضعي لم يعالج مسألة بيع الوارث، وإنما الفقه والقضاء الفرنسي عاجلا هذه المسألة وعمد إلى حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامة هي " إن الغلط الشائع يولد الحق " <sup>4</sup>

وفي الأخير نستخلص أن بيع الوارث الظاهر هو من حيث المبدأ بيع لملك الغير، إلا إذا اتضح أن البائع يعتبر البائع الحقيقي أو يكون المشتري حسن النية بحيث يتجاهل المالك الحقيقي، حينها فقط يكون البيع صحيحا وينفذ في حق المالك الحقيقي .

## الفرع الثاني : بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع

نصت المادة 714 فقرة 2 مدني جزائري وتقابلها المادة 826 / 2 مدني مصري على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب

<sup>1</sup> - مرقس سليمان ، العقود المسماة عقد البيع ، علم الكتب ، مصر ، 2005 ، ص 727

<sup>2</sup> - اسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ص 61

<sup>3</sup> - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص 274

<sup>4</sup> - أيمن محمد حسين ناصر المرجع السابق ص 30

المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

يتضح من أن هذا النص أن المشرع الجزائري عالج مسألة بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع بعد القسمة وأغفله قبل ذلك دون أن يتطرق لحاله قبل القسمة وعليه يجب التفرقة بين حكم هذا البيع قبل القسمة وبعدها، وعليه سنتطرق لكل حالة على حدة<sup>1</sup>.

حكم بيع الشريك جزء مفرزا من المال الشائع قبل القسمة: نجد أن المشرع الجزائري من خلال ما نصت عليه المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء، عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة من خلال هذا نجد أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى حكم بيع الشريك جزء من المال المفرز قبل القسمة، لهذا نطبق قواعد عامة في ما يتعلق بحكم هذا التصرف<sup>2</sup>.

لهذا تعددت الآراء حول هذا النوع من البيوع .

**1- الرأي الأول :** ذهب إلى القول بصحة بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع لأنه تصرف فيما يملك لذلك يكون بيعه صحيحا غير نافذ في حق باقي الشركاء لأنه يعتبر بيعا لملك الغير فيما يخص حصص باقي الشركاء ذلك أن حصصهم تتركز أيضا على الجزء الذي تصرف فيه الشريك<sup>3</sup>

**2- الرأي الثاني :** يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير، كون أن الشريك باع جزءا لا يملكه وحده بل يملكه مع باقي الشركاء، وبالتالي فإن فرز حصته من هذه الحصة الشائعة وبيعها فيكون قد باع ما لا يملك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 223

<sup>2</sup> - الوسيط ج 8 المرجع السابق ص 873

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1973، ص 465

**3- الرأي الثالث :** لا يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها وبالتالي فإن هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح صادر من مالك.<sup>2</sup>

من هنا يتضح أن بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع ليس بيعا لملك الغير كما يعتقد البعض، لأن أساس طلب الإبطال المقرر للمشتري هو الغلط في صفة جوهرية وهو جهله بحالة الشيوع وليس على أساس صدور البيع من غير المالك، ذلك أن احكام بيع ملك الغير تسوي بين حالتي العلم والجهل بملكية البائع لما يبيعه، وتعطي للمشتري حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين ، عكس أحكام المادة 714 / 2 من ق م ج التي فرقت بين حالة العلم وحالة الجهل .

فإذا كان المشتري يعلم بأن البائع لا يملك الحصة التي تصرف فيها ملكية مفرزة فإن البيع يعتبر صحيحا ومن ثمة لا يجوز للمشتري إبطال العقد.<sup>3</sup>

أما إذا كان المتصرف إليه يجهل وقت انعقاد البيع أن البائع لا يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإنه في هذه الحالة يجوز للمشتري طلب إبطال العقد على أساس أحكام الغلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكا ملكية مفرزة للبائع.<sup>4</sup>

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

## 2 حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع بعد القسمة .

من خلال ما نصت عليه المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري " أن الشريك عندما يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع، وعند التقسيم يقع في جزء غير الجزء الذي باعه للمشتري، فإن هذا التحصيل محل النصيب الذي وقع عليه البيع، أي حق المشتري يستقر في الجزء الذي يقع فيه نصيب

<sup>1</sup> - ابن محمد حسين ناصر ، المرجع السابق ص 34

<sup>2</sup> - سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ط 4 ، عالم الكتب ، القاهرة 1980 ص 539

<sup>3</sup> - محمد رضا الحضري ، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية ، دعوات صحة التعاقد وصحة التوقيع ، د ب ن 1989 ص 225

<sup>4</sup> - خليل احمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 4 عقد البيع ص 22

البائع، من وقت الشراء لا من وقت القسمة، وهذا ما يسمى بالحلول العيني<sup>1</sup>، أما إذا كانت نتيجة القسمة عدم حصول البائع على جزء معين من العين، ويحصر حقه على مقابل نقدي لحصته، وفي هذه الحالة ما على المشتري إلا للجوء للمطالبة بالتعويض على أساس قواعد الضمان<sup>2</sup>.

لهذا فإن بيع الشريك جزءا من المال المفرز طبقا للمادة 714 / 2 لا يعتبر بيعا لمال الغير، لأنه في حالة العلم بالشيوع يخضع لمبدأ الحلول العيني<sup>3</sup>.

أي أن حقه يحل في محل الذي وقع فيه حق البائع، أما إذا كان المشتري لا يعلم بحالة الشيوع، و أثبت انه لم يكن على علم ان الشريك البائع لا يملك العين التي تصرف فيها كما حددها فيحق له إبطال البيع، إذ أن هذا الجهل يعتبر بمثابة غلط في صفة جوهرية للبيع<sup>4</sup>، ونصت على ذلك صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري إذ تقول " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك المتصرف فيها "

جاء في نظرية الحلول العيني للدكتور منصور مصطفى منصور " : والحلول بصفة عامة هو تبديل القانوني فإذا كنا بصدد تبديل شخص بآخر كان الحلول شخصا وإذا تبذلت عين بأخرى يسمى الحلول عينيا، فالحلول العيني هو التبديل القانوني لعين بأخرى " <sup>5</sup>؛...

### الفرع الثالث : بيع الشريك كل المال الشائع

بعدهما تطرقنا في الفرع الثاني لصورة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، سنتعرض فيما يلي إلى صورة تصرف الشريك في كل مال الشائع وهل لهذا التصرف نفس حكم سابقه أم لا، تضاربت آراء الفقهاء في حكم هذا البيع، فهناك من فرق بين حالة علم وجهل المشتري بأن المال المملوك على الشيوع يكون في حالتين

1 - رمضان جمال كمال المرجع السابق، ص 20، / محمد حسنين - المرجع السابق، ص 200، د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح قانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقار في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2008، ص 124. د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 224

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

3 - حسن فرج، المرجع السابق، هامش 3، ص 387.

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

5 - نقلا عن حسن فرج المرجع السابق، هامش 3 ص 387

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

**2 الحالة الثانية :** إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك كل المال وحده، فمن حقه طلب إبطال البيع قبل القسمة للغلط، أما بعد القسمة فإذا لم يقع المال كله في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائياً، وبالتالي تحقق ما أراد المشتري هنا لا يحق للمشتري طلب الإبطال طالما أن البائع استخلص المال كله لنفسه.<sup>2</sup>

إذا فبيع الشريك كل المال الشائع بيع صحيح بين طرفيه، غير نافذ في حق باقي الشركاء، إذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق، ويكون لهم أيضاً أن يقرروا هذا البيع ليصبح نافذاً في حقهم جميعاً.<sup>3</sup>

وفي الأخير نستخلص أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع بينه وبين شريكه فإنه يكون قد باع بالإضافة إلى ملكه ملك غيره. لأن الشريك البائع يكون بائعاً لملك غيره فقط في نصيب شريكه في الشيوع وهذا القول من شأنه يمنح الشريك الآخر باعتباره مضرراً استرداد نصيبه في الشيوع من المشتري.<sup>4</sup>

أما عن موقف الفقه الإسلامي من تصرف الشريك في الحصة الشائعة، فنجد في هذا الصدد أنه يفرق بين أمرين

**1- علاقة البائع بباقي الشركاء** فالبيع في هذه الحالة يكون صحيحاً إذا تم بإذن باقي الشركاء، أما إذا كان هذا البيع قد تم بغير إذنتهم فإن الفقهاء يجعلون مثل هذا البيع صحيحاً بمقدار حصة الشريك

<sup>1</sup> - محمد رضا الحضري، المرجع السابق ص 227

<sup>2</sup> - محمد رضا الحضري، المرجع نفسه ص 227

<sup>3</sup> - أيمن محمد حسين ناص المرجع، السابق ص 49

<sup>4</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق ص 522



البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء لأن كل من المالكين في نظر الفقهاء المسلمين له حكم لو انفرد فإذا أجمع بينهما

ثبت لكل واحد حكمه . أما إذا كان الشيء المشترك مما لا ينقسم كالدابة مثلا وتصرف الشريك في نصيبه فهذا يعني تسليم المال كله للمشتري، وحكم هذه المسألة كما جاء في حاشية الدسوقي " إن كان البيع قد تم دون إذن الشريك الآخر فإن البائع يضمن حصة شريكه إذا أتلفت الدابة.<sup>1</sup>

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

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

### المبحث الثالث : طبيعة بيع ملك الغير في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

#### المطلب الأول : طبيعة بيع ملك الغير في القانون الجزائري

نصت المادة 373 / 1 من ق م ج على انه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع "

<sup>1</sup> - سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المرجع السابق ص 522

<sup>2</sup> - جمال خليل النشار، المرجع السابق ص 208

<sup>3</sup> - جمال خليل النشار، نفس المرجع ص 209

واضح من النص السابق أن بيع ملك الغير في ظل القانون الجزائري هو بيع قابل للإبطال . كما يلاحظ كذلك على هذه المادة أنها غامضة وقاصرة في تنظيمها على بيع ملك الغير بكونه قابل للإبطال دون تفصيل في ذلك ما أدى إلى وجود عدة آراء فقهية في هذا المجال لذا سنحاول في هذا المطلب توضيح طبيعة ملك الغير في القانون الجزائري وذلك بالتعرض في الفرع الأول إلى القواعد العامة وبيع ملك الغير وثانيا نظرية البطلان من نوع خاص .

### الفرع الأول : القواعد العامة وبيع ملك الغير

لقد تعددت آراء الشراح، واختلفت مذاهبهم اختلافا كبيرا حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير، غير أنه يمكن ردها الى خمسة نظريات، فالأولى التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم ويردها إلى نظرية الفسخ، والثانية تتمسك بنص القانون الذي يقرر أن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا والثالثة ترى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لإمكان التوفيق بين نص القانون والنتائج التي وصلت اليها المحاكم والرابعة تركز على نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي والخامسة ترى تحول العقد من عقد ناقل للملكية إلى مجرد عقد منشئ للالتزامات .

وسنبين في هذا المطلب النظريات السابقة الذكر مع نقدها وتوضيح الرأي الراجح .

**1- نظرية الفسخ :** إن في منظور بعض الآراء الفقهية ان بيع ملك الغير يعتبر صحيحا، ولو لم ينقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع، والدليل على ذلك هو ان انواعا كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك نسلم بصحتها كبيع الاشياء المستقبلية وبيع المثليات.<sup>1</sup>

يجوز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا لم يكن هناك نقل للملكية من طرف البائع سواء كان البائع حسن أم سيئ النية، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه المخل بالتزامه، فإذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري كما لو حمل المالك على الإقرار بالبيع، أو تمكن هو من اكتساب ملكية المبيع ونقلها بعد ذلك إلى المشتري، لطلب الفسخ،<sup>2</sup> ويخلص مؤيد وهذه النظرية إلى

<sup>1</sup> - رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 65

<sup>2</sup> - الياس نصيف ، المرجع السابق ، ص 103

أن النتائج التي ترتبها المحاكم على أحكام بيع ملك الغير تتفق مع قواعد الفسخ وليس مع قواعد البطلان، وإن استعمل القانون لفظ البطلان وليس لفظ الفسخ.<sup>1</sup>

بالرغم من قوة حجج أنصار هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من الانتقادات فهي من ناحية تصطدم بنص القانون الذي يقضي في هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ،<sup>2</sup> ومن ناحية أخرى فإنها تتجاهل التطور الذي حصل في طبيعة عقد البيع في القانون الحديث، حيث أصبح عقدا ناقلا للملكية بذاته في ظل هذه التشريعات الحديثة، وإذا كان هناك بيع ما تزال تعتبر صحيحة بالرغم من أنها لا تنقل الملكية بذاتها، فما ذلك إلا استثناء من الأصل يسمح بالقول بأن البيع في القانون الحديث صار نوعين أحدهما يقصد أن ينقل الملكية في الحال بذاته وبطبيعته، والثاني يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية، فلا يعتبر انتقال الملكية من مستلزمات العقد بمجرد انعقاده كالبيع التي ترد على أموال مستقبلية..... الخ.<sup>3</sup>

لهذا لا يمكن رد جزء بيع ملك الغير إلى الفسخ بوجود النص الصريح الذي يتحدث عن قابلية الإبطال طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري .

**2- نظرية العقد الموقوف :** ذهب بعض الشراح إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي كما أنه لا يمكن أن يخضع إلى جزاء من الجزاءات التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني فلا يمكن وصف بيع ملك الغير بأنه باطل بطلانا نسبيا لأن أحكام هذا البطلان لا تنطبق عليه.<sup>4</sup>

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

<sup>1</sup> - الياس نصيف ، المرجع نفسه ص 104

<sup>2</sup> - سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المرجع السابق ص 524

<sup>3</sup> - الياس نصيف المرجع السابق ، ص 104 ، د / اسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ص 75

<sup>4</sup> - رمضان جمال كمال المرجع السابق ص 69 د / محمد اللفي . الفضالة . المرجع السابق ، ص 99 ، د / سليمان مرقس ،

المرجع السابق ص 718 د / جعفر الفضلي ، المرجع السابق ص 182

في حالة غياب النص التشريعي، وهنا في هذا البيع يوجد نص صريح وهو المادة 397 من القانون المدني الجزائري "؛ أي: أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري،<sup>1</sup> وليس عقدا موقوفا على إقرار المالك، لذلك قد يصح الأخذ به في حالة مجاوزة الوكيل لحدود وكالته،<sup>2</sup> فيكون إبرام العقد موقوفا على إجازة الأصيل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بذلك . أما في بيع ملك الغير فلا يجوز لأنه لا يوجد نص تشريعي صريح .

**3- نظرية البطلان المطلق :** ذهب فريق آخر من الشراح إلى أن القانون قد نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يرتب عليه أية أحكام، وذلك لا يسمح بالقول بأن هذا البطلان نسبي فيكون مطلقا<sup>3</sup>. أما إلزام البائع بتعويض المشتري فأساسه ليس العقد وإنما خطأ البائع في بيع مالا يملك، إذ إن العقد بين بائع ملك الغير والمشتري قد وقع باطلا بطلانا مطلقا سواء لانعدام سبب التزام المشتري وهو نقل الملكية إليه من البائع، أو لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد.<sup>4</sup>

رغم استناد هذه النظرية على نصوص صريحة إلا أنها لم تسلم من الانتقادات حيث اعترض على هذا الرأي من حيث استناده إلى إنعدام سبب التزام المشتري بأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمائه، ومن حيث استناده إلى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأن هذه الاستحالة نسبية لا يترتب عليها بطلان العقد.<sup>5</sup> واعترض عليه ثانيا من حيث إن 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 إن أقره المالك الحقيقي أو أجازته المشتري، فلا يمكن القول مع هذا كله إن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المرجع السابق ص 526

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 150 د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 719

<sup>3</sup> - الياس نصيف المرجع السابق ص 135

<sup>4</sup> - رمضان جمال كمال، المرجع السابق ص 65

<sup>5</sup> - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص 276

<sup>6</sup> - محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المرجع السابق 183

4 نظرية البطلان النسبي: باعتبار أن المشرع الجزائري قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق، طبقا للمادة 397 من القانون المدني الجزائري .

كما أن هذا النوع من البطلان هو الذي سيسمح بترتيب جميع الأحكام التي رتبها المحاكم على بيع ملك الغير لكن رغم اتفاقهم باعتبار البطلان المطبق هنا نسبيا، إلا أنهم اختلفوا في تأسيس هذا البطلان، فأرجعه البعض إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا، وأرجعه البعض الآخر إلى غلط في صفة جوهرية في المبيع وهو كونه مملوكا للبائع<sup>1</sup> .

لقد أخذ على هذا الرأي أن الغلط كسبب للإبطال يشترط فيه أن يكون البائع حسن النية والأمر على عكس ذلك في بيع ملك الغير، إذ إنه لا يعتد في بطلان بيع ملك الغير بحسن أو سوء نية البائع<sup>2</sup> .

كما اعترض على هذا الرأي في أن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا قول لا يتفق مع أهم حكم من أحكام بيع ملك الغير، وهو أنه لا ينقل ملكية البيع، وبالعكس من ذلك ينتج العقد الباطل بطلانا نسبيا جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحا صحة تامة لا مطعن عليها إلى أن يتقرر بطلانه<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص

بعد ما استعرضنا النظريات التي تستند على القواعد العامة في تحديد طبيعة جزاء بيع ملك الغير، نجد أنها قد تعرضت لعدة انتقادات، إذ هناك من يرجع طبيعة جزاء هذا البيع إلى قواعد الفسخ، إلا أن نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح، إذ أعطى للمشتري حق طلب الإبطال دون غيره .

وهناك من رده بطلانا مطلقا، وبما أن هذا الأخير لا يكون إلا في حالة تخلف أحد أركان العقد كتخلف ركن المحل أو السبب، وهناك من أرجعه إلى البطلان النسبي لكن لا يكون ذلك إلا في

<sup>1</sup>- HENRI, LEON JEAN, MAZEAUD-leçons de droit civil-tome3 (principaux contrats) deuxième volume, éditions Montchrestien , p. 73

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، المرجع السابق، ص. 157 . 8 . 15

<sup>3</sup> - رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 72

حالة نقص الأهلية، أو بسبب عيب في الإرادة وهذا غير متوفر في بيع ملك الغير، كما يرى رأي آخر إلى فكرة العقد الموقوف، إلا أنها لا تتفق مع القانون الوضعي وعلى إثر هذا الخلاف وعجز أصحاب الآراء السالفة الذكر في تأصيل بطلان بيع ملك الغير على أساسها اتجه بعض من شراح القانون،<sup>1</sup> إلى القول بأن بطلان ملك الغير بطلانا نسبيا لا يستمد أسبابه من القواعد العامة، بل أنشاه القانون بنص تشريعي خاص .

وقد تبنى هذا الرأي عبد الرزاق السنهوري الذي أرجع أساس بطلان بيع ملك الغير إلى النص التشريعي في حد ذاته، معللا ذلك بأن بيع ملك الغير لا يمكن اعتباره بطلانا يخضع للقواعد العامة، علما أنه وفقا لهذه القواعد لا يقرر البطلان إلا لنقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضا لذا كان لا بد من نص ينشئ بطلان بيع ملك الغير،<sup>2</sup> وقد تحجج بعض 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 التشريعية.<sup>3</sup>

ولكن انتقد هذا الرأي من طرف بعض شراح القانون، إذ أنهم وضحو أن اعتبار هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئا، وهو سوى تسليم بعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير إلى القواعد العامة.<sup>4</sup>

نخلص إلى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وهذا البطلان ليس بطلانا مطلقا ولا نسبيا، وإنما هو بطلان خاص قرره المشرع بنص خاص،<sup>5</sup> وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج نجد أن المشرع أراد أن يفرد بيع ملك الغير بحكم خاص، كون أن تطبيق القواعد العامة عليه تؤدي إلى نتائج غريبة .

ومن ثمة لو كان المشرع يريد تطبيق القواعد العامة على بيع ملك الغير، لكان أدرجها ضمن الآراء التي سبق ذكرها مما يجعل الرأي القائل بالبطلان من نوع خاص جدير بالاهتمام.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 283

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص 283 ص 284

<sup>3</sup> - رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 78

<sup>4</sup> - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 528

<sup>5</sup> - رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 79

<sup>6</sup> - خليل احمد حسن قداد ، ج 4 ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 219 ص 220

وهذا ما جعل الكثير من شراح القانون المدني، يرون أن بطلان بيع ملك الغير من نتائج المادة 466 من ق م ج ليس بأي حال من الأحوال تطبيقاً لأحكام البطلان النسبي، وأن هذا النص منشئ للبطلان لا كاشف عنه.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

### الفرع الأول : نظرية البطلان

يرى بعض فقهاء الشريعة، منهم الشافعي وابن المنذر وأبي ثور و أنصار هذه النظرية أنّ بطلان بيع الفضولي مؤسس على انتفاء الملكية والولاية اللذان يعتبران من شروط الانعقاد، وفي بيع الفضولي لا يكون البائع مالكا ولا متمتعا بولاية التصرف في المبيع، ومن ثمة يكون تصرفه بالبيع من دون إذن صاحبه باطلا من أساسه، ولا يترتب عليه أثر لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير<sup>2</sup> ، وبما أنّ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإنّ هذا البيع لا يصح ولو أجازته صاحب الشأن، وحتى لو انتقلت ملكية المبيع إلى البائع، لأنّ الإجازة تؤثر في عقد موجود، ومادام هذا العقد لا وجود له من نشأته، فلا تصيره الإجازة موجودا وحسب رأيهم فإنّ الطريقة المثلى لتصحيح هذا البيع هي أن يعاد إبرام العقد من جديد بين البائع والمشتري، لأن العقد الأول لا وجود له ويعتبر كأنه لم يكن.<sup>3</sup>

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

**1- القرآن الكريم :** أول دليل على بطلان بيع الفضولي قوله تعالى في الآية الكريمة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾<sup>4</sup> ، يتضح من قوله تعالى أنّ بيع الفضولي يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل، مما يؤدي إلى بطلانه كما أنّ إجازة المالك اللاحقة لا تصححه لأنّ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة. أما الدليل الثاني فهو قوله تعالى :

﴿ قُلْ أَعْيَبَ اللَّهُ رِبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾<sup>5</sup> ، يتضح هنا أنّ هذه الآية أفادت بطريق الحصر أنّ كسب الإنسان يكون عليه لا على

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 283

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. ص. 71 72.

<sup>3</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 23

<sup>4</sup> - سورة النساء الآية ( 29 ) .

<sup>5</sup> - سورة الأنعام الآية ( 164 ) .

غيره، ولو صح تصرف الفضولي لكان ذلك استنادا لكسب الإنسان على غيره وهو ما يتنافى مع هذه الآية، كما أن الفضولي في عقد البيع لا يستطيع ولا يمكنه أن يملك المشتري المبيع ولا أن يملك المالك الثمن.

**2- السنة النبوية الشريفة:** من بين الأحاديث النبوية التي استدلووا بهذا الحديث الشريف القائل: "لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك"،<sup>1</sup> فحسب هذا الحديث إذا قام الفضولي ببيع ما لا يملك فهذا العقد يعتبر باطلاً ذلك أنّ الشخص لا يبيع إلا ما يملك، كذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك"<sup>2</sup> ففي هذا الحديث نهي رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الشيء غير المملوك للبائع، وأنّ بيعه يعتبر باطلاً لأنه تصرف فيما نهي عنه الشارع الحكيم والنهي بمقتضى البطلان.<sup>3</sup>

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

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

<sup>1</sup> - المجموع النووي، ج 9، المطبعة المنيرية بالقاهرة، د ب ن، د س ن، ص. 286

<sup>2</sup> - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ج 5، ط 1؛ دار الحديث، القاهرة، 2000، ص. 16

<sup>3</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 25

<sup>4</sup> - محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص. 56. ص. 57. 5

<sup>5</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 73.



ويرون أنّ حكم العقد لا يجوز أن ينفصل عن سببه، و إلا كان حكم العقد باطلاً أو غير منعقد لأنه لا معنى للعقد إلا كونه مفيداً للحكم الذي وضع له. فالبيع مزيل للملك وولاية إزالة الملك يكون بصدورها عن المالك. لهذا يبيع الفضولي باطل لاستحالة انعقاد السبب فيه، وهو عدم ملكية الفضولي للمبيع<sup>1</sup>

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

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

أمّا القياس فانتقد على أساس أنّ بيع السمك في الماء والطير في الهواء، هي بيوع باطلة لانعدام محلها، أما بيع الفضولي و إن كان محله مملوكاً لغير البائع إلا أنه موجود، لهذا تتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك.<sup>5</sup>

أمّا الحجج التي استمدها أصحاب نظرية البطلان من العقل يرد عليها من زاويتين فالأولى تتجلى في أنّ القول بأنّ الولاية شرط من شروط النفاذ لا شرط للانعقاد قول غير مسلم به، لأنّ أغلب الفقهاء يرون أنّها شرط من شروط الانعقاد، والتسليم بهذا القول يؤدي إلى عدم انعقاد تصرف

<sup>1</sup> - عبد الرزق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 138

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 74

<sup>3</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 4. 2

<sup>4</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 75. 6. 7

<sup>5</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع نفسه، ص. 76

الفضولي أي بطلانه،<sup>1</sup> أما الثانية فإنّ الحكم قد ينفصل عن السبب وليس كما يقولون بعدم جواز ذلك، لأنه تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما هو الحال في البيع بشرط الخيار، و أجازه المالك تجعل الشيء مملوكا للمشتري من وقت العقد و أن ردّ فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له.<sup>2</sup> يتضح لنا مما تقدم أنّ بيع الفضولي في ظل هذه النظرية باطل بصريح القرآن والسنة، وذلك لتخلف المحل.

### الفرع الثاني: نظرية الصحة

يرى أنصار هذه النظرية من بينهم أبو حنيفة ومالك أنّ من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك، بحيث أنّه إذا أجاز المالك العقد تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من المشتري، أما إذا لم يجز تصرف الفضولي بطل التصرف، و إذا كان المشتري قد دفع الثمن فله الرجوع على الفضولي أو البائع لاسترداد الثمن.<sup>3</sup> وهذا كله يتطلب توفر شرطين هما<sup>4</sup>:

1. ألا يجد العقد نفاذا على الفضولي نفسه، فإن وجد نفاذا عليه ولم يجزه المالك الحقيقي يعتبر نافذا على الفضولي ولا يتوقف.
2. أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه، كأن يبيع عقار ارشد أو عقار صغير بمثل القيمة، فإنّ للمالك الراشد ولولي الصغير إجازة ذلك العقد لأنهما يملكان إنشاء هذا البيع، أما إذا باع عقار صغير بعين فاحش أو وهب ماله، فإنّ العقد يعتبر باطلا ولا يتوقف على الإجازة لأنها إن صدرت من الصغير فهي غير معتبرة لأنه ناقص الأهلية، و إن صدرت من وليه تكون غير معتبرة كذلك لأنه لا يملك مباشرة تصرف ضار بالصغير.

فالعقد الموقوف إذن عقد صحيح إلا أنّه لا ينتج آثاره لا في مواجهة الغير ولا بين المتعاقدين ولكن ينتج آثاره إذا أجاز المالك الحقيقي، وقد استدل أنصار هذه النظرية بعدة أدلة من القرآن والسنة تدعيما لرايهم، ففي القرآن الكريم استدلّوا بالآية الكريمة ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي

<sup>1</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 29

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 7

<sup>3</sup> - عبد الودود يحيى، "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة العدد الأول

والثاني، مارس 1955، ص. 87

<sup>4</sup> - محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص. 1. 62

الأرض وابتغوا من فضل الله<sup>1</sup> وهذه الآية في نظرهم تدل على جواز البيع بالإطلاق، أي سواء كان نافذاً أو موقوفاً. كذلك قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>2</sup> وهذا يعني أن عدم إذن المالك لا ينفي للعقد وصفه بالعقد.

أما في السنة النبوية الشريفة فقد استدلوا بحديث عروة البارقي الذي وكله الرسول صلى الله عليه وسلم أن يشتري له شاة فاشترى له شاتين، وباع الثانية دون أن يرجع إلى الرسول صلى الله عليه وسلم في أمر بيعها فإذن الرسول عليه الصلاة والسلام لهذا البيع يدل على صحته، إذ لو لم يكن كذلك لما أقره ولما دعا له بالبركة، بل لأمر برد الشاة و إعادة الدينار إلى صاحبه، فبيع الفضولي إذا يعتبر صحيحاً،<sup>3</sup> وهذه النظرية تعرضت أيضاً لعدة انتقادات والتي شملت جميع الأدلة التي استند إليها أصحاب هذه النظرية للتدليل على صحتها، وتمثل هذه الانتقادات فيما يلي:

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

أما فيما يخص دليلهم في السنة فلقد انتقد على أنّ العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الباطل لأن الإجازة لا تصحح العقد الباطل، وعلى أنّ عروة ما كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة وما يدل على ذلك أنه باع الشاة وسلمها واشترى أخرى بثمن أقل وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن المالك.<sup>4</sup>

### الفرع الثالث: الموازنة بين النظريتين

من خلال كل ما سبق فإنّ الرأي الراجح هو الرأي القائل بتوقف آثار بيع الفضولي على إجازة المالك، لأنه يتماشى مع القواعد الفقهية، ذلك أنّ العقد يمكن أن ينعقد مع تخلف حكمه، فالبيع مع اشتراط البائع خيار الشرط عقد منعقد ومع ذلك لا يخرج المبيع من ملكية البائع وهذا بإجماع الفقهاء.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - سورة الجمعة الآية (10)

<sup>2</sup> - سورة المائدة الآية (1)

<sup>3</sup> - عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 138

<sup>4</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 34. 36.

<sup>5</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 83.

# الفصل الثاني

## أحكام بيع ملك الغير و تطبيقاته



المبحث الأول: آثار بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

المطلب الأول: آثار بيع ملك الغير في ما بين المتعاقدين

المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

المبحث الثاني: آثار بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: آثار بيع ملك الغير في ما بين المتعاقدين

المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

المبحث الثالث: تطبيقات بيع ملك الغير

المطلب الأول: بيع المنقول المملوك للغير

المطلب الثاني: بيع العقار المملوك للغير

### المبحث الأول : آثار بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

خلصنا في المبحث السابق إلى أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري مع اختلاف في تأصيل هذا البطلان .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا العقد يرتب آثار لا تقتصر على أطرافه، بل قد تمتد إلى المالك الحقيقي. لذا سنحاول في هذا المبحث تناول آثار هذا العقد بين المتعاقدين في المطلب الأول ثم آثاره بالنسبة للمالك الحقيقي في مطلب ثان.

#### المطلب الأول : آثار بيع ملك الغير في ما بين المتعاقدين

ينتج بيع ملك الغير - رغم قابليته للإبطال - آثاره بين المتعاقدين، لأنه كما ذكرنا سابقا يبقى عقد البيع صحيحا بينهما إلى حين إبطاله.

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

#### الفرع الأول : قابلية بيع ملك الغير للإبطال

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

**1 . إبطال البيع من حق المشتري وحده :** بيع ملك الغير صحيح وغير باطل في العلاقة الموجودة بين البائع والمشتري، ومن شأن ذلك أن يلتزم كل منهما بكافة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع، ولقد جرت العادة أن تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد في العقود الأخرى، أما في بيع ملك الغير فإنه يتعذر على البائع نقل ملكية المبيع مما يجعله محلا بالتزام تعاقدية، وهذا ما أعطى الحق للمشتري

دون غيره ولا يحق لغيره ذلك حتى ولو كان حسن النية<sup>1</sup>. وهذا لصريح نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تقضي...<sup>2</sup> فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه". لذلك فإن هذا الحق مقرر للمشتري وحده، ولا يشترط أن يكون قد أصاب هذا الأخير ضرر من هذا البيع، وله أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي في المبيع، ومن المعلوم أنّ طلب البطلان يتم عن طريق رفع هذه الدعاوى التي تتم بواسطة القضاء وليس عفواً<sup>3</sup>

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

يتضح هنا أن المشتري له الحق في المطالبة بإبطال العقد سواء كان حسن النية أو سيئها، إلا أنه إذا كان حسن النية فإنه يتقرر بالإضافة إلى طلب الإبطال التعويض عن الضرر الذي أصابه، أمّا البائع فسواء كان حسن أو سيء النية، فإنه للمشتري المطالبة بالإبطال<sup>5</sup>.

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

## 2: إبطال البيع من حق البائع والمشتري

<sup>1</sup> - رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 31/عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص 288

<sup>2</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 16 و 168

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، الجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص. 154

<sup>4</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 51

<sup>5</sup> - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 111-112

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

**الرأي الأول :** يذهب هذا الرأي إلى القول أن للبائع الحق في طلب إبطال البيع كما هو مقرر للمشتري، طبقا للقواعد العامة في الغلط، عند وقوع هذا الأخير في غلط جوهري، وكان هو السبب الدافع إلى التعاقد، بحيث لولا هذا الغلط ما أقدم البائع على التعاقد،<sup>1</sup> وهذا هو الشرط الدافع إلى هذا التصرف ببيع ما لا يملك وهو يجهل ذلك. فالبائع لا يطلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير وإنما على أساس الغلط الجوهري<sup>2</sup>

وهذا القول لا يمكن الإعمال به إلا إذا توفر شرط اشتراك البائع والمشتري في الغلط، بأن كان المشتري يعلم بوقوع البائع في الغلط أو يستطيع أن يعلم ذلك أو كان هو واقعا في نفس الغلط.<sup>3</sup> بحيث أنه ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحق للبائع ولو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري، لأنّ إجباره على التسليم وهو ليس مالكا يتضمن إكراهها له للاعتداء على مال الغير<sup>4</sup>

**الرأي الثاني :** نادى أغلب الفقهاء بأنّه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع سواء كان حسن أو سيئ النية لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري، كما أنّ التزام البائع بالضمان يتعارض مع حقه في إبطال البيع.<sup>5</sup>

لم يعط المشرع الجزائري للبائع حق طلب الإبطال سواء كان حسن أو سيئ النية، كونه مخظئا ومن ثمّة لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالإستاد إلى خطئه وهذا طبقا للمادة 397 من ق م ج<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 47 ؛ د/ محمد حسنين، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 190 .

إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 173 ، عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ، المرجع السابق ، ص 2

<sup>2</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن، ص. 38

<sup>3</sup> - أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 27

<sup>4</sup> - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 123

<sup>5</sup> - الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص. 123

<sup>6</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 212

وهذا الرأي هو الرأي الراجح وذلك استنادا إلى عدم إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة في حالة وجود الحكم في القواعد الخاصة، لأنّ الخاص يقيد العام.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : حق المشتري في التعويض

لا يقتصر حق المشتري على طلب إبطال العقد فقط، بل له أن يطالب بالتعويض وحتى يتسنى له ذلك الحق، في حالة إبطال البيع بسبب عدم قدرة البائع على نقل الملكية، لا بد من النظر إلى حسن نية المشتري،<sup>2</sup> من عدمها لأنه إذا كان سيئ النية؛ وهذا يعني أنه كان على علم بأن البائع غير مالك للمبيع وتعهد هذا التصرف فسيحرم من حق التعويض.

وتنص المادة 399 من ق م ج<sup>3</sup> على أنه " إذا بطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية." يتبين من هذه المادة، أنّ المشتري إلى جانب طلبه إبطال البيع، له أن يطالب البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، ولقد وضع المشرع شرطين للاستفادة من هذا التعويض وهم:<sup>4</sup>

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

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

كما يعد المشتري حسن النية ولو كان بإمكانه العلم بأنّ المبيع مملوك للغير، أي يرجع جهله لتقصير منه، غير أنه يجوز للمشتري ولو كان عالما وقت البيع أنّ البائع لا يملك المبيع أن يشترط في عقد البيع

<sup>1</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 114

<sup>2</sup> - فايز أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 387 . د/ إسماعيل عبد النبي المرجع السابق فقرة 125 ، ص 178 ، د/

مصطفى احمد الزرقاء ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 261 .د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق 1

<sup>3</sup> - الأمر 58.75، المذكور سابق

<sup>4</sup> - حمد حسنين، المرجع السابق، ص. 193



الرجوع على البائع بالتعويض بالإضافة إلى استرداده الثمن إذا قام المالك الحقيقي بانتزاع المبيع من يده.<sup>1</sup>

إضافة لهذين الشرطين، أضاف المشرع اللبناني شرطا آخر، وهو أن يكون البائع سيئ النية، أي يجب أن يثبت أنه كان عالما بأنه لا يملك البيع، فالبايع حسب هذا الشرط لا يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إلا إذا كان عالما أنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك.<sup>2</sup> غير أنّ المشرع الجزائري حسم هذه النقطة بعدم اشتراطه سوء نية البائع لحصول المشتري على التعويض، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري.

لقد اختلف شراح القانون المدني في أساس هذا التعويض، فيما إذا كان المسؤولية التقصيرية أو العقدية، ويرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف الموجود في تأصيل بطلان بيع ملك الغير. فنجد البعض تبنى نظرية الخطأ في تكوين العقد، أما البعض الآخر فيرى أن أساس مطالبة المشتري بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية. وبالرجوع إلى القواعد العامة، نجد أنّ المسؤولية العقدية لا تقوم إلا في حالة إخلال المتعاقد بأحد التزاماته<sup>3</sup>، لذلك نرى أنّ الرأي الذي يؤسس مطالبة المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يعتبر أولى بالترجيح بحجة أنّ العقد بعد زواله يتقرر بطلانه، فيصبح مصدر التعويض ليس العقد وإنما الخطأ التقصيري<sup>4</sup>، وهذا الخطأ قد نص عليه المشرع صراحة في المادة 399 من ق م ج،<sup>5</sup> حيث يعتبر البائع في نظر المشرع مرتكباً لخطأ في حالة بيعه ما لا يملك وذلك دون حاجة لقياس سلوكه على الرجل المعتاد.<sup>6</sup>

كما أنّ المشرع ألزم البائع بالتعويض سواء كان حسن النية أو سيئها، وهذا لا يعني أنّ مسؤوليته لا تقوم على أساس الخطأ، لأنه بإمكان البائع أن يعلم بعدم ملكيته للمبيع ولكنه قصر في ذلك مما يستوجب مسؤوليته<sup>7</sup> من المتفق عليه أن تقدير التعويض مسألة موضوعية تخضع للسلطة

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.

<sup>2</sup> - حمد حسنين، المرجع السابق، ص. ص. 193194

<sup>3</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. ص. 182 183

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعية، الاسكندرية، د س ن، ص 137

<sup>5</sup> - رجع المادة 399 من الأمر 58.75، المشار إليه سابقا

<sup>6</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. 2

<sup>7</sup> - الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط 3؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 200 ص 61

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 (بتعويض الأراضي المباشرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، وسواء كان البائع حسن أو سيء النية، بالرغم من أنّ قواعد العدالة واتساق المنطق القانوني كان يفرض على المشرع الوضعي أن ينص على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه مالك للمبيع وكان اعتقاده مبنيا على ما يقتضيه مسلك الشخص العادي<sup>1</sup>.

نخلص إلى أن أساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية ومن ثمة لا يمكن تطبيق نص المادة 375 من ق م ج<sup>2</sup> التي تعد بمثابة تنفيذ العقد عن طريق التعويض، لأنه في بيع ملك الغير يكون التعويض على أساس التقصير المرتكب من طرف البائع. وتبعاً لذلك فإنه على القاضي عند تقديره للتعويض الناشئ عن بيع ملك الغير، الرجوع إلى القواعد العامة وهذا التعويض يشمل كل ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: تصحيح بيع ملك الغير

من بين الخصائص التي يتميز بها بيع ملك الغير هو قابلية الإبطال، وهذا الحق مقرر للمشتري دون غيره، لكن قد يحدث ويصحح هذا البيع بطرق مشروعة، وبالتالي يسقط حق هذا الأخير في الإبطال فيصبح صحيحاً فيما بين المتعاقدين.

ومن بين تصحيح بيع ملك الغير الحالات التالية:

#### أولاً: التقادم

من خلال التطرق للنصوص القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير، لم نعر على نص خاص يحدد مدة معينة لسقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير، مما جعل شراح القانون المدني ينقسمون على أنفسهم مترددين في جعل تقادم هذه الدعوى ضمن التقادم القصير أو التقادم الطويل حسب القواعد العامة.

يتجه رأي الأغلبية في الفقه المصري إلى جعل مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعوى الإبطال وهي ثلاث سنوات، وهذه المدة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المشتري بعدم ملكية

<sup>1</sup> - راجع المادة 375 من الأمر 58.75، المشار إليه سابقاً

<sup>2</sup> - راجع المادة 375 من الأمر 58.75، المشار إليه سابقاً

<sup>3</sup> - عبد الرزق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 2.91

البائع للمبيع، وفي جميع الأحوال يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي أبرم فيه العقد<sup>1</sup>.

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

بالنسبة للمشرع الجزائري فدعوى المشتري في طلب إبطال العقد تخضع للأحكام العامة لنظرية البطلان التي تجعل مدة تقادم دعوى البطلان النسبي عشر سنوات وفقا لأحكام المادة 101 من ق.م.ج 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.

رغم أن هناك أقلية ممن كان لها رأي مخالف فقد اتجهت إلى تطبيق حكم القواعد العامة على تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير؛ أي: جعل مدة تقادم هذه الدعوى خمسة عشر سنة، بحيث أنّ مدة ثلاث سنوات جاءت خاصة بحالات معينة ولكل حالة مبدأ وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس، أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير مما يتعين القول معه بأنّ هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، ولا يسقط الحق في رفع هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة وقت العقد فإنّ تقادم دعوى الإبطال حسب هذا الرأي لا يتم إلا بخمسة عشر سنة<sup>3</sup>.

ومن هنا يمكن القول أن حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع الصادر من الغير إذا لم يرفع دعوى الإبطال في المدة المحددة لذلك يصبح ساقطا<sup>4</sup>.

### ثانيا :إجازة المشتري للبيع

<sup>1</sup> - محمد رضا الخضيرى، المرجع السابق، ص 20. 2

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. ص. 127. 128

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 155

<sup>4</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4(عقد البيع) ، المرجع السابق، ص. 214

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

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 إحلال بحقوق الغير." قبل التعرض لهذا الموضوع يجب أولا توضيح مصطلح الإجازة ومعناها القانوني والفقهي:

يتضح من نص هذه المادة السالفة الذكر أنّ الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال، فيزول الخطر عن العقد الذي يتهدده بالزوال<sup>1</sup> والإجازة لا ترد على العقود الباطلة بطلانا مطلقا، بل ترد فقط على العقود الباطلة بطلانا نسبيا، كما أنها تصدر بإرادته منفردة، أي بإرادة صاحب الحق في طلب الإبطال ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني.<sup>2</sup>

وبما أنّ الإجازة عمل قانوني، فيشترط لقبولها أن يكون المجيز متمتعا بالأهلية الكاملة، كما يشترط خلو إرادته من كل عيوب الرضا من غلط، إكراه، تدليس واستغلال وإلا ترفض الإجازة.<sup>3</sup> وتختلف الإجازة عن الإقرار في كون الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، وترد على العقد القابل للإبطال وتصدر من طرف العاقد الذي تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان،<sup>4</sup> أما الإقرار فيرد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد يهدف من ورائه جعل العقد ساريا في حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى، فبيع ملك الغير قابل للإبطال وفي نفس الوقت لا يسري في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، ومن ثمة يستطيع المشتري أن يجيز العقد ليزيل البطلان ويقره المالك الحقيقي لكي يكون ساريا في حقه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص. 85

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 40. 1

<sup>3</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 121

<sup>4</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع نفسه، ص 22. 1

<sup>5</sup> - راجع المادة 397 / 2 من الامر 75. 58، المشار إليه سابقا

فبمقتضى المادة 397 / 2 من ق م ج<sup>1</sup> فإنه يمكن للمشتري أن يجيز العقد إذا قام بالتنازل عن حقه في إبطال ذلك العقد، ويتم ذلك صراحة أو ضمنا، كما لو قرر المشتري حقوقا للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع، وكما لو طلب ورثة المشتري الحكم بثبوت ملكيتهم للمبيع، بالتالي يصبح العقد مرتبا لكافة آثاره على البائع وعلى المشتري، فالبائع ملزم بنقل ملكية المبيع للمشتري وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية... الخ.

وعليه فإن المشتري ملزم بدوره بدفع الثمن والمصاريف وبتسليم المبيع، وهذا طبقا للقواعد العامة لعقد البيع. ويلاحظ أنّ البائع يستطيع تنفيذ كافة التزاماته ماعدا التزاما واحدا وهو نقل ملكية المبيع للمشتري وذلك نظرا لعدم ملكيته للمبيع، لهذا السبب أعطى المشرع للمشتري الحق في المطالبة بإبطال البيع، كما يجوز له زيادة على ذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في حالة ما إذا تعرض له المالك الحقيقي، لأنّ البائع يعتبر ضامنا للمبيع في حالة إقامته لهذه الدعوى.<sup>2</sup> و يحق طلب إلغاء أو فسخ العقد للمشتري حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعلم وقت البيع أنّ البائع لا يملك المبيع، واستند في ذلك على أنه راض بالبيع اعتقادا منه أنّ البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع لينقله إليه، بحيث أنه لو تم الحصول على إجازة المالك الحقيقي بعد إقامة الدعوى وقبل الحكم فيها صح قبول تلك الإجازة بشرط عدم تضرر المشتري من جراء التأخير.<sup>3</sup>

كما أنّ قواعد الضمان لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع، ولا تجيز له استرداد الشيء المبيع بحجة التزامه برده إلى مالكة أو بحجة استحقاقه إياه بعد البيع لأنّ من التزم بالضمان امتنع منها لتعرض التعرض.<sup>4</sup>

لا يصح بيع ملك الغير بين المتعاقدين إلا إذا كان المشتري عالما وقت صدور الإجازة منه أنّ البائع لا يملك المبيع فينقلب إلى بيع منتج لالتزامات مجردة لا يباعا ناقلا للملكية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 20. 1

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 8. 13

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 512

<sup>4</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 30. 1

<sup>5</sup> - السيد خلف محمد، 1999، ص ص 582 . 583، المرجع السابق

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير أثر رجعي، إذ يعتبر البيع صحيحا من يوم إبرام العقد وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري، ولكن حتى لو اعتبر هذا البيع صحيحا بين البائع والمشتري إلا أنه لا أثر لهذه الإجازة بالنسبة للمالك الحقيقي.<sup>1</sup>

ويكون للمشتري بعد إجازة هذا العقد أن يتمسك بحقه بالفسخ في حالة عدم إمكانية البائع نقل ملكية المبيع إليه إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض، كما يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان في حالة ما إذا تعرض له المالك الحقيقي، بأن رفع المالك على المشتري دعوى استحقاق وثبت استحقاقه للمبيع، فيكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض يتضح لنا من هذا المنطلق أنّ لإجازة المشتري شروطا لا بد من توافرها وهي:<sup>2</sup>

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

- أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، كون هذه الإجازة تصرفا قانونيا يستلزم ذلك.

- أن تكون إرادة المشتري سليمة و خالية من أي عيب من عيوب الرضا.

ومما سبق نتوصل إلى أنّ المشتري في بيع ملك الغير يكون أمام ثلاث خيارات وهي خيار الإبطال قبل الإجازة، خيار الفسخ بعد الإجازة، وخيار الاستحقاق بعد مطالبة المالك له باسترداد المبيع. وكل هذه الخيارات يمكن الاستغناء عنها بمجرد إقرار المالك الحقيقي للبيع.<sup>3</sup>

### ثالثا: تملك المشتري المبيع

يسقط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير، إذا تملك المشتري المبيع، المنقول بالحيازة غير البيع وفقا لقاعدة " الحيازة في المنقول سند للملكية" و العقار بالتقادم المكسب طبقا لأحكام المادة 827 من ت. م. ج.

### 1- اكتساب المشتري ملكية المنقول:

تعتبر الحيازة طريقة من طرق اكتساب الملكية، و الحيازة في المنقول هي سند الملكية، تؤدي حيازة الشيء إلى كسب الملكية فورا دون حاجة إلى استمرار الحيازة مدة معينة لأنه تتمتع بجميع مزايا

<sup>1</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 31. /1 بورديقة جميلة ومباركي نجمة، المرجع السابق، ص 43

<sup>2</sup> - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. ص. 131 132

<sup>3</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 31. 1

الملكية من وقت الشراء كما هو الحال في حيازة المنقول إذا استندت إلى سبب صحيح، و يشترط أيضا أن تقترن الحيازة بحسن نية المشتري أي الحائز.

تعرف الحيازة 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،<sup>1</sup> الحيازة تتكون من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في الأعمال المادية التي يمارسها الحائز، أما العنصر المعنوي هو نية الحائز في تملكه الشيء الذي بحوزته.<sup>2</sup>

يشترط في المشتري أن يكون حسن النية أثناء حيازته ملكية المنقول، وهذه القاعدة تهدف إلى حماية من يتلقى المنقول من غير مالكه، و هو يعتقد بحسن النية أنه يتعامل مع مالك المنقول، من الصعب التحقق من كل سندات الملكية لكل من يتعامل في المنقول. لذلك المشتري لا يستطيع كلما اشترى منقولا التحقق من أن المتصرف هو المالك.<sup>3</sup>

## 2- اكتساب المشتري ملكية العقار بالتقادم:

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

أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني التي يقتضي أن يكون لكل بلدية سجلا عقاريا، و يتم إنشاء محافظات عقارية مكلفة بمسك السجل العقاري و هو ما يظهر لنا من خلال الأمر 75 / 76 المؤرخ في 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، فهنا خلال هذا النظام يمكن للمشتري المتواجد في البلديات التي تمت فيها عملية مسح الأراضي،<sup>4</sup> بأن يمتلك العقار المبيع عن طريق التقادم المكسب بحيازته لمدة من الزمن، و لقد ورد في هذا الصدد آراء

<sup>1</sup> - قاسم محمد حسن، مرجع سابق، ص 229

<sup>2</sup> - أبو السعود رمضان، مرجع سابق، ص 287

<sup>3</sup> - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، ج 2، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن،

1999 ص 229. 232

<sup>4</sup> - كميح حورية، مرجع نفسه، ص 120

مختلفة تعالج مسألة مدى خضوع العقار المشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب و انقسمت هذه الآراء إلى اتجاهين:<sup>1</sup>

### الاتجاه الأول:

ينطلق من فكرة مفادها أن وضع اليد على عقار لا يكون سببا لتملكه بالتقادم المكسب ولو طالت المدة، لأن ذلك يتنافى مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر العيني لأن الحيازة قرينة على الملكية والملكية ثابتة هنا بالشهر، ولذلك لا يمكن تحرير عقد شهرة في هذه الحالة لتعارض ذلك مع القوة الثبوتية للشهر.

### 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 سنداتها، لذا وضعت نصوصا خاصة في هذا المجال كسوريا و المغرب و ليبيا والعراق و مصر، خلافا للجزائر التي لا يوجد في تشريعها نص يستثني العقارات المشهورة سنداتها من مبدأ التقادم المكسب، لذلك وأمام الفراغ القانوني الموجود في هذا المجال فلا يمكن الخروج عن القاعدة العامة الواردة في المادة 827 ت.م. ج التي تنص على أن "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة 15 بدون انقطاع"

ميز المشرع الجزائري بين المشتري حسن النية والمشتري سيء النية، ذلك من خلال المادتين 827 و 828 (ق. م. ج) إذ تنص هذه الأخيرة على ما يلي: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات. و لا يشترط توافر حسن نية إلا وقت تلقي الحق. و هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم. و يجب إشهار السند".

بالإضافة إلى هذا هناك من يرى أنّ حق المشتري في طلب الإبطال لا يسقط بمجرد توفر شروط التمسك بالتقادم أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بل لا بد من أن يتمسك المشتري

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 40



باكتساب الملكية سواء في الحيازة أو في التقادم، أمّا إذا لم يشأ أن يتمسك بالملكية يبقى حقه قائماً طلب الإبطال.<sup>1</sup>

### ربعا: تملك البائع المبيع

إن حكم اكتساب البائع ملكية المبيع يختلف باختلاف سببه، فإذا كان سبب اكتساب البائع الملكية هو تحقق الشرط الواقف، أخذ المشتري المبيع سالماً من كل الحقوق التي رتبها عليه المالك القديم خلال المدة التي علق فيها الشرط، ذلك لأنّ الشرط إذا تحقق كان له أثر رجعي واستند مفعوله إلى وقت التعاقد،<sup>2</sup> أمّا إذا اكتسب البائع ملكيته عن طريق الشراء أو الإرث أو الوصية أو اكتسبه بموجب أحكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار، فإنه لا يكون لتصحيح البيع أثر رجعي، أي أنّ البيع يعتبر صحيحاً من وقت امتلاك البائع للمبيع فقط، بمعنى أنّ ملكية الحقوق التي يربتها المالك الأصلي على المبيع في الفترة بين حصول البيع وانتقال ملكية المبيع للبائع تبقى نافذة، أي ينتقل المبيع إلى المشتري مثقلاً بما عليه من أعباء،<sup>3</sup> وإذا أنقصت هذه الأعباء من قيمة المبيع فحكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق وفقاً للمادة 375 من ق م ج،<sup>4</sup> أمّا الحقوق التي رتبها البائع نفسه في الفترة بين العقد وبين اكتساب الملكية فلا تسري على المشتري ولا تؤثر في حقه، لأنّ هذه الحقوق معيبة أصلاً باعتبارها صادرة من شخص غير مالك.<sup>5</sup> وسواء كان سبب ملكية البائع للمبيع هو تحقق الشرط الواقف أو غير ذلك مما ذكر فإنّه يترتب على ذلك سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير إذ أنّ الأصل تقرير هذا الحق للمشتري، لكن بامتلاك البائع للمبيع تنتفي مصلحة المشتري في طلب الإبطال لرفع الضرر عنه، فالبائع أصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص. 4

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص. 134

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 520

<sup>4</sup> - راجع المادة 375 من الأمر 58.75، المشار إليه سابقاً

<sup>5</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 334

<sup>6</sup> - السيد خلف محمد، المرجع السابق، ص 5.79

إلا أنّ البعض يرى بأنّ حق المشتري في طلب الإبطال يبقى قائماً إذا كانت المطالبة به سابقة على السبب الذي اكتسب بموجبه البائع ملكية المبيع، لأنّ حقه في إبطال البيع حق مكتسب ويكفي ذلك أن

كما تنص المادة 398 من ق م ج<sup>1</sup> على أنّه " و كذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد "

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

#### خامساً: إقرار المالك الحقيقي:

وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني ، إذ أنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بإبطاله ، وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني بالتفصيل .

#### المطلب الثاني : آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

من خصوصيات بيع ملك الغير أنه عقد لا تنحصر آثاره على المتعاقدين ، على غرار بقية العقود الأخرى. بل نجد طرف خارج هذا الإتفاق ، إلا أنه لإقراره له أو رفضه الأثر الهام-إن لم نقل الجوهري - وهو المالك الحقيقي وهذا ما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني . وسنحاول في هذا المطلب تحديد آثار هذا العقد بالنسبة للمالك الحقيقي قبل إقراره في الفرع الأول ثم بعد إقراره في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول : عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

<sup>1</sup> - المادة 398 من الأمر 58.75 ، المشار إليه سابقاً

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الج 1 زكري، ج 4(عقد البيع)، المرجع السابق، ص. ص. 215 .216

تنص المادة 397/ من ق م<sup>1</sup> على أنه " وفي كل حالة لا يكون البيع ناجز في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري ".

بما أنّ المالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الوارد على ملكه، فإنّه لا يحق له رفع دعوى البطلان، لأنّ البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، كل ما في الأمر أنّ المالك لا يتأثر بهذا البيع، ولا يسري في حقه. وفيما يأتي سنوضح حالة رفض المالك البيع الوارد على ملكه من قبل الغير وما يترتب على هذا البيع و ذلك بعد التطرق أولاً إلى علاقة المالك بالمشتري ثم إلى علاقة المالك بالبائع ثانياً، فيعتبر المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير، فلا تنصرف إليه آثاره ولا يلزم بأي التزام، ذلك أنّ العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه، والأطراف في هذا البيع هما البائع والمشتري.

### 1- علاقة المالك بالمشتري

يعتبر المالك الحقيقي أجنبي عن البيع الوارد على ملكه، لأنه ليس طرفاً فيه، فلا يسري هذا البيع في حقه وكذا الالزامات والحقوق التي ينشئها البيع الوارد على ملك الغير لا تضاف إلى المالك الحقيقي وهذا تطبيقاً لأحكام القواعد العامة التي تقضي بعدم انصاف العقد لغير عاقديه، فله أن يتجاهل العقد ويعتبره غير موجود،<sup>2</sup> ويتصرف في ملكه كما يشاء سواء بعمل مادي أو تصرف قان وني باعتباره صاحب حق الملكية، ما عدا إقدامه على طلب إبطال العقد أو إجازته لأنه طرف أجنبي عن العقد.<sup>3</sup>

وإذا تسلم المشتري المبيع من البائع وحازته فإنّه للمالك في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وبدعوى التعويض، فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنّه لا يزال مالكا للمبيع فيسترده من تحت يده ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ علمه بالبيع ويرجع على المشتري بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيئ النية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المادة 397 / من الأمر 5 .7 .58 ، المشار إليه سابق

<sup>2</sup> - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 388

<sup>3</sup> - أبو النجا نبيل إبراهيم، عقد البيع في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ص 191

<sup>4</sup> - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 296

ولكن قد يحدث أن يملك المشتري المبيع على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان منقولاً، أو على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير إذا كان عقاراً، فيدفع المشتري دعوى المالك بتملكه المبيع على أساس الحيازة أو التقادم المقترن بالحيازة،<sup>1</sup>

إذن فيما عدا الحالة السابقة يحق للمالك استرداد ملكه من المشتري بالرجوع عليه بدعوى الاستحقاق، ورجوع المالك على المشتري في هذه الدعوى يشمل الثمار أيضاً وهذا ما يتضح من نص المادة 783 من ق م ج<sup>2</sup> التي جاء نصها كالتالي: "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية". فإذا كان المشتري حسن النية، أي لا يعلم بأن البائع غير مالك للمبيع يكسب ما كان قد قبضه من ثمار ومن ثمة فهو لا يلزم إلا برد ما كان قائماً منها عند رفع الدعوى عليه، على أن يحمّل المالك ما أنفقه المشتري من مصروفات على حفظ الثمار.<sup>3</sup>

تنص المادة 838 من ق م ج<sup>4</sup> على ما يلي: "يكون الحائز سيئ النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها". يتبين من هذا النص أنه إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أن حيازته تمثل اعتداءً على حق الغير، فإنه يلزم برد الثمار التي قصر في قبضها.<sup>5</sup>

ولكن لو حدث أن هلك الشيء المبيع في يد المشتري الحائز، فإنه في هذه الحالة نفرق في الحكم بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية، فالأول لا يكون مسؤولاً عن أي تعويض عما قد ينتفع به تجاه المالك، ولا يسأل كذلك عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتب على هذا الهلاك أو التلف، أم الثاني فهو مسؤول عن هلاك المبيع ولو كان هذا الهلاك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت بأن المبيع كان سيتلف حتى لو كان باقياً في يد المالك.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 296

<sup>2</sup> - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 296

<sup>3</sup> - هذا الحكم مستمد من نص الفقرة الأولى من نص المادة 837 من الأمر 58.75، المشار إليه سابقاً

<sup>4</sup> - عبد الكريم أحمد علي المرتضي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006، ص 8. 20

<sup>5</sup> - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 50. 1

<sup>6</sup> - بودريقة جميلة ومباركي نجمة، المرجع السابق، ص 49

إذن في حالة الهلاك يتعذر على المالك استرداد ملكه من المشتري، ونلاحظ أن حق المالك في التعويض هنا غير ثابت في كل الأحوال، لهذا كان لابد من تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج من دون علمه، وهذا يعني لابد من رجوع المالك الحقيقي على البائع.<sup>1</sup>

## 2- علاقة المالك بالبائع

بالنسبة لعلاقة المالك الحقيقي أو الغير مع البائع فالامر يختلف في الحكم فيما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أو لا فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري فيكون للمالك الحق في استرداده عن طريق دعوى استحقاق يرفعها عليه، أمّا إذا دفع البائع دعوى المالك بتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو التقادم في العقار، فالمالك حينها لا يستطيع استرداد ملكه منه،<sup>2</sup> أما إذا كان اكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم بعد ما استلم المبيع من البائع، فإنّ ه لا يكون للمالك سوى الرجوع على البائع بالتعويض وذلك بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة أو التقادم، ويكون سبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع لأنّ البائع بيعه لملك غيره تسبب بالأضرار بالمالك وعلى الأخص إذا كان سيئ النية، لأنّه يعتبر مغتصباً، أمّا إذا ثبت أنّ البائع حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه لم يكن هناك محلاً للرجوع عليه بالتعويض فكل ما يكون للمالك هو استرداد ملكه إن أمكن وإلا استرد قيمته، ونعتقد أنّ أساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني: إقرار المالك الحقيقي للبيع

ففي هذه الحالة يمكن استخلاص عدة نتائج، مبينة فيما يأتي.

### 1-: سريان البيع في حق المالك

بعد إقرار المالك للبيع، يصبح سريان هذا البيع في حقه، لأنه لم يعد هناك مانع من انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ الإقرار إذا كان المبيع منقولاً، ومن تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً. فإقرار المالك ليس له أثر رجعي يعود به إلى تاريخ

<sup>1</sup> - نفس المرجع ص 49

<sup>2</sup> - عبد الرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 97 . 2

<sup>3</sup> - محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن، ص. ص. 350 . 351

إبرام العقد، لأن البائع حينها لم يكن مالكا، وإنما أصبح كذلك بالإقرار الصادر من المالك فقط. ويترتب على أن الملكية تنتقل للمشتري من تاريخ إقرار المالك لا من تاريخ إبرام العقد، عدم الإضرار بالحقوق التي رتبها المالك للغير على الفترة ما بين تاريخ إبرام العقد و تاريخ إقراره، فتنتقل هذه الحقوق مع المبيع إلى المشتري، لأنها بالإقرار تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، ولا يكون أمام المشتري والحالة هذه سوى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإقرار الصادر من المالك قد يأخذ الشكل الصريح أو الضمني، ومن صور الإقرار الضمني، توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع، وقد قضي بأّنه لا يكون إقرار المالك ضمنيا بمجرد قبضه للثمن بل لا بد أيضا أن يعلم أن هذا هو ثمن ماله المبيع.<sup>2</sup>

وإذا انقلب العقد صحيحا بهذا الإقرار، يبقى كل طرف من أطراف العقد ملزما بالتزامه، فيفضل البائع ملزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا بإقرار المالك، وبضمان الاستحقاق الجزئي إذا ما رتب المالك حقا عينيا على المبيع قبل إقرار المالك للبيع، كما يلزم أيضا بضمان العيوب الخفية، أمّا المشتري فيكون ملزما بدفع الثمن والمصروفات وتسلّم المبيع.<sup>3</sup>

## 2- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

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

ويشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال عند إقرار المالك للبيع، أن يصدر هذا الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أمّا إذا كان الإقرار لاحقا لرفع الدعوى فليس للإقرار أي أثر، حتّى لو لم يفصل القاضي في دعوى الإبطال، ذلك أنّ القاضي ينظر في الدعوى كما هي يوم رفعها، لأنّه في ذلك الوقت كان المشتري صاحب الحق الوحيد في طلب الإبطال، لذا يتوجب على القاضي

<sup>1</sup> - أمين محمد حسين ناصر، المرجع السابق ص 153

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 141

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. ص. 218 . 219

أن ينظر في الدعوى بالرغم من صدور الإقرار من المالك في وقت لاحق إذ لا يجوز أن يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى.<sup>1</sup>

### 3- علاقة المالك بالمشتري

عندما يقر المالك الحقيقي البيع الوارد على ملكه من قبل الغير، ويسري هذا البيع في حقه يسقط حق المشتري في طلب إبطاله، يقع المالك في معادلة بيع ملك الغير بعد الإقرار، بمعنى يمكن أن يجل المالك المقر محل البائع فتقوم العلاقة التعاقدية بين المالك المقر المشتري مباشرة، كما قد يحدث أن ينظم المالك بعد الإقرار إلى البائع ليصبح ملتزماً معه في مواجهة المشتري، كما قد يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني : آثار بيع ملك في الفقه الإسلامي

توصلنا إلى أن تصرفات الفضولي موقوفة النفاذ، ولنتمكن من الوقوف على آثار بيع الفضولي في الفقه الإسلامي وفق العقد الموقوف، لابد من معرفة مفهوم العقد الموقوف ابتداءً، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في الأول مفهوم العقد الموقوف، أما المطلب الثاني فنعرض فيه لآثار بيع الفضولي وفق العقد الموقوف.

#### المطلب الأول: العقد الموقوف

يمكننا التعرف على العقد الموقوف من خلال تعريفه لغوي أ، حيث يقال وقفت الدابة وقفاً وقفاً سكنت، ووقفت الدار وقفاً حسبتها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع.<sup>3</sup>

أما في الاصطلاح فقد ورد أكثر من تعريف في كتب الفقهاء ونورد منها مايلي:  
العقد الموقوف: ماتعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك.<sup>4</sup>، ويقال أيضاً "موقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير"<sup>5</sup> والعقد

<sup>1</sup> - محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص. 446

<sup>2</sup> - أيمن محمد حسين ناصر المرجع السابق ص 155

<sup>3</sup> - المصباح المنير، ج 2، المرجع السابق، ص 148

<sup>4</sup> - ابن نجيم، ج 6، مرجع سابق، ص 75 .

<sup>5</sup> - عبد الله ابن أحمد ابن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، ج 4 مطبعة المنار، ص 39.

الموقوف هو العقد المشروع بأصله وبوصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير.<sup>1</sup>

والمستفاد من أقوال المالكية في إحدى الروايتين وعند الحنابلة وعند الشافعية في المذهب القديم في كلامهم عن التصرفات الموقوفة كبيع الفضولي، أن العقد الموقوف هو ما ت وقف إفادته الحكم على الإجازة مما يملكها شرعاً<sup>2</sup>، وفي ملك بيع الفضولي من يتوقف العقد لمصلحته هو المالك فيجعل العقد نافذاً أو يرفضه ورفضه للعقد يؤدي الى فسخه.<sup>3</sup>

ومما ورد في كتب الفقه الحديثة أن العقود والتصرفات الموقوفة التي لا تظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد إجازتها إجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الإجازة، ومعنى كون هذه العقود موقوفة أي أنها لا توصف بالنفذ ولا ببطلانها، إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك<sup>4</sup> ويشترط الحنفية في العقد توافر أربعة أنواع من الشروط، ويترتب على توافر كل نوع من هذه الشروط اجتناب العقد لمرحلة من مراحلها،<sup>5</sup> فإذا ما توافرت شروطه انعقد العقد، وإذا تخلف الركن أو أحد شروط الانعقاد كان العقد باطلاً، وهناك شروط لصحة العقد المنعقد، ولا بد من توافرها لانعقاد العقد سليم أ من الفساد، أما إذا انعقد العقد صحيحاً سليماً، فلا يكون نافذاً مرتباً لآثاره إلا إذا توافرت له شروط النفاذ على إجازة من تقرر الوقف حماية لمصلحته، والعقد المنعقد الصحيح النافذ، إما أن يكون لازم أ أو غير لازم، فيكون لازم أ إذا خلا من أحد الخيارات وقد يكون غير لازم بطبيعته، كعقد الوكالة والعارية.<sup>6</sup>

وشروط النفاذ عند الحنفية هي الشروط التي يجب توافرها بالعقد ليفيد حكمه أي ليرتب آثاره وهذه الشروط هي : الملك أو الولاية على المعقود عليه كبيع الفضولي، وألا يتعلق بالمعقود عليه حق

<sup>1</sup> - النووي، مرجع سابق، ص 102 ،

<sup>2</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ، مرجع سابق، ص 141 . 142 .

<sup>3</sup> - الكزنجي، محمد أحمد (2002) . العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، ط 5، مطبعة النجف، ص 169 .

<sup>4</sup> - الزحيلي ، محمد ، مرجع سابق، ص 28

<sup>5</sup> - الكزنجي، محمد أحمد ، مرجع سابق، ص 169 .

<sup>6</sup> - السنهوري، ج 4 ، مرجع سابق، ص 129 .



الغير أي ألا يكون مرهونا، وأحيى ر الولاية على نوع التصرف كناقص الأهلية والمكره، فإذا ما تخلف أحدها كان العقد موقوف.<sup>1</sup>

ومرتبة العقد الموقوف من م ا رتب العقد التي يعرفها الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى روايتين، أما الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى فعندهم أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، وعليه فالعقد الموقوف عند الحنفية والمالكية يعد صحيحاً أما عند الشافعية ومن وافقهم بال أري فهو باطل، وكان ذلك سبباً في الخلاف الفقهي حول تصرفات الفضولي .

إذاً العقد الموقوف يشتمل التصرفات التي تفتقد إلى ولاية المحل أو ولاية التصرف، فالعقد الموقوف ينعقد باكتمال شروط انعقاده، فهو عقد صحيح لا يمكننا القول ببطلانه، ومجرد تخلف الولاية على المعقود عليه - كما في بيع الفضولي - يوقف نفاذ هذا العقد ولا ينتج آثاره، فلا أثر له في الواقع مع أنه انعقد صحيحاً حتى تلحقه الإجازة ممن يملك الحق فيها، فإن أجازته نفذ العقد وبدأت آثاره تظهر وإن لم يجزه اعتبر العقد كأن لم يكن.<sup>2</sup>

من المسؤولية التي سوف تلحق به إذا أجاز المالك الحقيقي البيع، فالفضولي بعد الإجازة يعد بمثابة الوكيل الملتزم بحقوق المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي وفق العقد الموقوف

علمنا أن العقد الموقوف لا يفيد الحكم في الحال، أي لا ينتج آثاره إلى أن تلحقه الإجازة ممن توقف العقد لمصلحته، فالعقد إذا كان يباع فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويتوقف تنفيذ التزم المشتري بدفع الثمن، أي أن العقد له وجود شرعي ولكن لا يمكن الإيجابار على تنفيذه في الحال، وبعبارة أخرى أن العقد الموقوف في حالة سبات قد يفيق منه إذا أجاز وقد يموت قبل أن يفيق إذا لم يجز.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1 ، عمان الاردن، 2001، ص 23.

<sup>2</sup> - زينة أحمد خريسات ، التأصيل القانوني لبيع لفضولي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي القانون الوضعي، مذكرة لاستكمال دراسة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2013-2014 جامعة الشرق الاوسط، ص73

<sup>3</sup> - شوشاري، صلاح الدين محمد، مرجع سابق، ص 23.

وبذلك يمر بيع الفضولي الموقوف في مرحلتين، مرحلة ما قبل صدور الإجازة حيث يكون التصرف فيها موقوف النفاذ ولا ينتج آثاره، ومرحلة ما بعد صدور الإجازة حيث يتم بعث الحياة من جديد في هذا العقد وينتج آثاره بمجرد صدور الإجازة<sup>1</sup> ونصل إلى أن آثار بيع الفضولي تخص ثلاثة أطراف هم الفضولي أي البائع، والمشتري والمالك الحقيقي، وسنعرض آثار بيع الفضولي فيما يخص كل طرف وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: آثار بيع الفضولي بالنسبة للمشتري.

أخذ الفقه الإسلامي بفكرة فسخ البيع واستبعد بذلك فكرة طلب الإبطال التي تخص الفقه الغربي، ولكنهم اختلفوا في مسألة من له الحق بذلك، أهو المشتري دون الفضولي نجد أن الحنفية يمنحون حق فسخ بيع الفضولي للمشتري والبائع معاً، ولهم في هذا الحكم ما يبرره، ويتضح ذلك من قولهم "لو فسخ البائع البيع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ"<sup>2</sup>، فهم يمنحون المشتري هذا الحق تحرازاً من لزوم العقد في جانبه، لأن عقد الفضولي في نظرهم يبقى موقوفاً مهما طالت المدة إلى أن يتدخل المالك الحقيقي بإجازة هذا البيع أو رفضه، وأمام هذه المدة التي قد تطول إلى أمد بعيد، فقد منح الفقه الحنفي المشتري الحق في التخلص من هذا البيع<sup>3</sup>

أما عن منحهم البائع حق التحلل من بيع الفضولي، فذلك حتى يتخلص العقد، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وإن في ذلك ضرر به، وله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، أما المالك الحقيقي فله إجازة هذا البيع فينفذ في حقه، وله رده فيسقط البيع<sup>4</sup>

وعلى العكس من ذلك يذهب فقهاء المالكية، فعند هؤلاء بيع الفضولي لازم من جهة كل من البائع والمشتري، وغير لازم بالنسبة للمالك الحقيقي، ويفرقون في الحكم بالنسبة للمالك بين حالتين، الحالة الأولى وهي حالة حضور المالك العقد، فإن حضر المالك وسكت فهو يعتبر مجيأراً للعقد، وكان من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد وإلا سقط حقه، أما الحالة الثانية

<sup>1</sup> - راجع ماجاء سابقاً في هذه الدراسة، ص 54 50.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، 2002، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، بيروت دار الكتب العلمية، ص 58.

<sup>3</sup> - شوشاري، صلاح الدين، مرجع سابق، ص 3.

<sup>4</sup> - السرخسي، مرجع سابق، ص 53

وهي حالة إبرام العقد دون حضرة المالك، ففي هذه الحالة يكون أمام المالك عام واحد يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه إجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتا يفسر سكوته على أنه إجازة للعقد، وفي كل حال يبقى له الحق بمطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي

#### 1- بالنسبة للبائع (الفضولي)

يحق للبائع التحلل من البيع أسوة بالمشتري وذلك وفق الفقه الحنفي، كما يتمثل دور البائع في بيع الفضولي في حالة تملك المبيع، وقد اختلف الفقه الإسلامي حول مسألة طروء الملك البات أي تملك البائع المبيع بعد العقد قبل الإجازة، فالحكم لدى أكثرية الحنفية هو بطلان بيع الفضولي في حال تملك البائع المبيع لسبب من أسباب كسب الملكية وكان ذلك لاحقاً للعقد، استناداً إلى قاعدة مؤداها "إذا طأ ر ملك نافذ على موقوف فكان مبطلا للموقوف، إذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد"<sup>2</sup>

أما إذا كان سبب ملكية الشيء المبيع سابقاً على العقد، كما لو غضب شيئاً وباعه ثم ضمنه المالك فإن العقد يصح وينفذ، لأنه بالتضمنين أصبح مالكا من وقت الغضب. ومع ذلك فهناك من الحنفية من قال بنفاذ العقد في حال تملك البائع المبيع بعد العقد، لأن المانع من نفاذ العقد قد ازل بكسب البائع ملكية الشيء المبيع.<sup>3</sup>

أما المالكية فقد فرقوا في الحكم بين الميراث كسب ملكية البائع للمبيع، وبين سبب آخر غير الميراث، فإذا تملك البائع الشيء المبيع بالإرث، فيكون البائع في هذه الحالة قد ورث حقوق المورث والتي تجيز له نقض البيع أو إجازته أما إذا كان سبب التملك سبب آخر غير الميراث كالهبة، أو البيع فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز نقضه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع، مرجع سابق، ص 81 و5.

<sup>2</sup> - السرخسي، مرجع سابق، ص 14 و3.

<sup>3</sup> - محمد امين ابن عابدين، 1962م، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج4، دار الفكر، ص 117 و1.

<sup>4</sup> - فرج عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 90 و1.

والراجح أن القول ببطلان بيع الفضولي إذا ملك البائع الشيء المبيع يتعارض مع القاعدة الفقهية العامة المقننة في المادة ( 100 ) من مجلة الأحكام العدلية<sup>1</sup> والتي تقضي " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه "، فالبائع لملك الغير بعد أن يصبح مالكا للشيء المبيع لا يستطيع أن ينقض البيع السابق الذي تم من قبله، و إلا فسعيه مردود عليه ولا اعتبار لتصرفه في نقض العقد بل يصبح ملزماً له،<sup>2</sup> لهذا يعتبر بيع الفضولي بيعاً صحيحاً نافذاً، إذا ملك البائع المبيع، أي كان سبب هذا الملك

## 2- بالنسبة للمالك الحقيقي

ينقلنا المالك وحده من مرحلة ما قبل الإجازة إلى مرحلة ما بعد الإجازة، فالمالك وحده إما أن يقر البيع، وإما أن يرفض إقراره .

وتصدر الإجازة في الفقه الإسلامي من المالك وحده الذي باع الفضولي ماله من غير إذنه، ومصطلح الإجازة في القانون الوضعي يختلف عنه في الفقه الإسلامي، ذلك أن لمصطلح الإجازة مدلوله الخاص في القانون الوضعي، كما هو حال الإقرار في الفقه الإسلامي .

والإجازة في الفقه الإسلامي ترد على العقد الموقوف ولا ترد على العقد الباطل، وبيع الفضولي - كما مر معنا- عقد موقوف فهو إما أن يجاز من المالك فينفذ وإما أن لا يجاز منه فيبطل، وحتى تصح هذه الإجازة شرعاً لا بد من توافر شروط معينة هي.

. - وجود الفضولي حين الإجازة

- وجود المالك عند الإجازة.

- وجود المجيز حين العقد.

- وجود المشتري عند الإجازة.

- وجود المعقود عليه عند الإجازة.<sup>3</sup>

أما إن رفض المالك البيع، فهنا فلا تنصرف آثاره ولا يلزم بأي التزام، أي يبطل البيع ويعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل البيع، ويعتبر البيع كأن لم يكن، حتى وإن كان المشتري حسن النية.

<sup>1</sup> - حيدر علي، درر الحكماء شرح مجلة الاحكام - 1991-، ص 88

<sup>2</sup> - المومني، عيسى، العقد الموقوف في القانون المدني الاردني، جامعة عين شمس، 1989، ص 107

<sup>3</sup> - قدرى محمد قدرى باشا، مرجع سابق، ص 213

## المبحث الثالث: تطبيقات بيع ملك الغير

إن من خلال دراسة لمفهوم بيع ملك الغير لاحظنا أن المشرع الجزائري تناوله في القانون المدني ضمن أنواع البيوع والتي تخضع للقواعد العامة لعقد البيع و هي من العقود المتعلقة بالملكية، و التي ترد على المنقول و العقار، فبعد أن تناولنا ماهية و أحكام بيع ملك الغير نتناول في هذا المبحث تطبيقات بيع المنقول المملوك للغير في المطلب الأول و تطبيقات بيع العقار المملوك للغير في المطلب الثاني

## المطلب الأول: بيع المنقول المملوك للغير

تنص المادة 683 من ق. م. ج. على أنه " كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول"<sup>1</sup>.

فالمنقول إذا هو عبارة عن كل شيء يمكن نقله دون تلف حسب نص المادة، فهذه ففرقت بين أوصاف العقار و المنقول، إلا أنه هناك نوعان من المنقول وهما منقولات معينة بالنوع تنتقل ملكيتها عن طريق الفرز، ومنقولات معينة بالذات تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام عقد البيع،<sup>2</sup> عكس العقار الذي لا تنتقل المعين بالذات فقط.

المنقولات التي تنتقل ملكيتها بالنوع لا يمكن أن يتحقق فيها بيع ملك الغير الذي لا يرد إلا على الأشياء المعينة بالذات أما المنقولات المعينة بالذات هي التي يتحقق فيها بيع ملك الغير. إن قاعدة الحيازة في المنقول أو ما يسمى بسند الملكية حسب نص المادة 835 من ق م ج " من حاز بسند صحيح منقول أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته..."<sup>3</sup>.

فالعقد يكون هنا قابلا للإبطال بالنسبة للمشتري، وغير ناجز في حق المالك الحقيقي، أي أنه لا أثر على ملكيته، إلا أنه يمكن للمشتري أن يدفع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، 2007، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص14

<sup>3</sup> - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا

ثبات حقه، ولا يكون لهذا الأخير سوى الرجوع على البائع بالتعويض. ولتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية آثار جد هامة وهي:<sup>1</sup>

أولاً: تملك المشتري الثمار بالحيازة: وهذا ما نصت عليه المادتين 837<sup>2</sup> و 838<sup>3</sup> من ق م ج.

ثانياً: استرداد المصروفات: كما يعد من أهم النتائج المترتبة على بيع ملك الغير- في حالة استرداد المالك الحقيقي للمبيع- استرداد المصروفات التي قد يكون قد أنفقها المشتري حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة 839<sup>4</sup> من ق م ج.

ثالثاً: المسؤولية في حالة الهلاك : ففي نص المادة 842 من القانون المدني الجزائري "إذا كان الحائز حسن النية و انتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولاً تجاه من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا للانتفاع"<sup>5</sup>

فخلاصة القول أن بيع المنقول يتوقف على حسن نية المشتري، فإذا كان المشتري حسن النية واستند إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه يكتسب الملكية فوراً على أساسها، أما إذا كان سيء النية فإنه يملكه بالتقادم الطويل.

### المطلب الثاني: بيع العقار المملوك للغير

#### الفرع الأول : بيع العقار المملوك للغير في القانون المدني

تعد مسائل الملكية العقارية من اعقد المسائل القانونية، فلقد تدخل المشرع الجزائري لحماية هذا الحق بترسانة من النصوص القانونية لاكتساب الملكية، كقوانين الشهر العقاري و الحيازة ولكن في ظل هذه الترسانة من القوانين كيف يمكن بيع عقار مملوك للغير، أو بمعنى آخر كيف يكمن بيع يمكن نقل ملكية عقار من غير المالك الى المشتري:

<sup>1</sup> - بودريقة جميلة- مباركي نجمة، المرجع السابق ص72

<sup>2</sup> - المادة 837 من القانون المدني الجزائري "يكسب الحائز ماقبضه من الثمار ما دام حسن النية. و يعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوما"

<sup>3</sup> - المادة 838 من القانون المدني الجزائري "يكون الحائز سيئ النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها "

<sup>4</sup> - المادة 839 من القانون المدني الجزائري " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة...."

<sup>5</sup> - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقاً

ففي نصت المادة 683 من ق م ج على أنه "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله بدون تلف فهو عقار، غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"<sup>1</sup>، فالعقار هو كل شيء لا يمكن نقله بدون تلف وهذا هو الأصل، أمّا الاستثناء هو أنه هناك عقارات بالتخصيص تكون في الأصل منقولات ولكنها سخرت لخدمة العقار مما يجعلها متصلة به اتصالا وثيقا، وبما أنّ العقار يخضع لنظام خاص به فيجب تطبيقه، وبما أنّ بيع عقار مملوك للغير يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالعقار، فإنّ هناك أمران مختلفان في تحديد طبيعة هذا البيع.<sup>2</sup>

**أولاً: الاتجاه القائل برضائية بيع العقار:** إنّ بيع العقار هو عقد رضائي يترتب جميع آثاره عدا نقل الملكية وبالتالي فإنّ بيع العقار غير الممسوح في دائرة الشهر العقاري هو الآخر عقد رضائي يترتب عليه جميع آثاره عدا نقل الملكية التي لا تنتقل إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة<sup>3</sup> فحسب نص المادة 397 أن بيع ملك الغير أنه يجوز للمشتري وحده إبطال العقد، ويكون الأمر كذلك على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه.

فيري أنصار هذا الاتجاه أن عقد البيع هو عقد رضائي وليس شكلي، لأن التنفيذ على أحد آثار عقد البيع لا يبدأ من تسجيل نقل الملكية إلى المشتري وليس فقط شرطا لانعقاد البيع، فانتقال ملكية العقار المبيع يتوقف على تسجيل عقد البيع، بخلاف الآثار الأخرى فهي غير متوقفة على تسجيل البيع والدليل على ذلك هو أنّه لا يوجد نص يقضي ببطلان بيع العقار غير المسجل<sup>4</sup>

**1- بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل:**

يرى أنصار هذا الرأي أنه تمت فرق في الحكم، بين بيع عقار الغير قبل تسجيله وبين بيع عقار الغير بعد تسجيله، فالحكم قبل تسجيله الصحة وبعد تسجيله البطلان، واستندوا على أن ملكية العقار لا تكون إلا بعد التسجيل ففي الأصل في البيع نقل الملكية ففي بيع ملك الغير فالملكية لم تثبت لا للطرف الأول وهو البائع ولا للطرف للطرف الثالث وهو الغير.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - نفس الامر رقم 58-75

<sup>2</sup> - بودريقة جميلة - مباركي نجمة ، المرجع السابق، ص 68

<sup>3</sup> - أيمن حسين ناصر المرجع السابق، ص 94

<sup>4</sup> - بودريقة جميلة - مباركي نجمة ، المرجع السابق، ص 68

<sup>5</sup> - نفس المرجع ص 69

ولقد تلقى أنصار هذا الرأي عدة ردود كالقضاء المصري حيث أن لم يجعل للتسجيل قوة لتصحيح العقود الباطلة<sup>1</sup>، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بنظام الشهر العقاري و اعتبره شرط للحصول على سند الملكية كما جاء في نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري"<sup>2</sup>

## 2- بيع عقار الغير صحيحا قبل وبعد التسجيل :

في نظر البعض بأن بيع ملك الغير حتى يكون بيعا صحيحا في نظر القانون لا بد من انتقال الملكية فيه مباشرة، وهذا أمر غير متحقق في بيع الغير في مسائل العقار، لأن فيه عدم انتقال الملكية و التي لا تكون إلا بعد التسجيل، فإن بيع عقار الغير بموجب هذا الرأي يقع صحيحا قبل التسجيل وبعده، لانتفاء علة البطلان<sup>3</sup>

## 3- بيع عقار الغير قابلا للإبطال بنص القانون.

ودليل أنصار هذا الاتجاه، أن التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير، إذ لا زال البيع ناقلا للملكية، رغم إن إجراءات التسجيل تخضع لعدة إجراءات قانونية، هذا ما يستلزم القول ببطلان بيع ملك الغير لمصلحة المشتري سواء قبل تسجيل العقد أو بعد تسجيله. وهذا هو الرأي الأرجح.<sup>4</sup>

## ثانيا: الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار

يرى أصحاب هذا الاتجاه بضرورة شكلية عقود البيع بالنسبة للعقارات و التي لا بد أن تكون عقود رسمية وهذا بناء على نص المادة 793 من . م . ج التي تنص على أنه " لا تنتقل ملكية الحقوق العينية في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"<sup>5</sup>.

## ثالثا- بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني

1 - أيمن حسين محمد ناصر، المرجع السابق ص 105

2 - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا

3 - أيمن حسين محمد ناصر، المرجع السابق ص 105

4 - نفس المرجع ص 105

5 - الأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا



فالمشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني، إلا أن هذا النظام لا يمكن تطبيقه إلا بعد مسح كافة الأراضي، لكن هذا ليس بالامر السهل، لأنه لحد الآن لم يتم مسح كافة الأراضي، فالسجل العقاري يعرف بأنه مجموعة الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلان الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو تبعية، منشئة أو كاشفة، ناقلة أو مزيلة<sup>1</sup>

ففي نظام الشهر العيني تثبت الملكية للشخص بموجب الدفتر العقاري، فأى تصرف لصاحب هذا الدفتر، يجب عله ضبط دفتره و تأشيرته بشكل واضح دون كشط على هذا التصرف و يسلم للمتصرف اليه باعتباره المالك الجديد، و بالتالي فإن أي عقار له دفتر واحد مهما تعاقب عليه المالك على خلاف نظام الشهر الشخصي الذي يمكن لعدة اشخاص الحصول على عقود ملكية مختلفة لعقار واحد و يمكن لكل واحد منهم التصرف فيه . و على هذا يتعذر لأي شخص في نظام الشهر العيني ان يدعي ملكية عقار ما طالما انه لا يجوز على دفتر عقاري باسمه . و هو ما يتعذر معه.<sup>2</sup> ابرام بيع ملك الغير إلا بالتزوير أو الاحتيال.

### الفرع الثاني : بيع العقار المملوك للغير في الفقه الإسلامي:

إن علماء الفقه الإسلامي لم يفرقوا في الحكم بين بيع المنقول وبيع العقار، فكلاهما أموال، إذ متى أبرم العقد صحيحا ترتب عليه حكمه الأصلي، وهو ثبوت ملك المبيع للمشتري وملك البائع للثمن في الحال، وبما أن حكم العقار يأخذ حكم المنقول، وبما أن الحكم هو صحة البيع دون ضرورة توافر شكل معين لصحة البيع، وبما أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفا في الفقه الإسلامي على إجازة المالك، فإن بيع عقار الغير هو الآخر ينعقد موقوفا على إجازة المالك، إن أجازته نفذ و إن لم يجزه بطل، فالفقه الإسلامي وإن اعتبر البيع ناقلا للملكية بحكمه سواء وقع على عقارا أو منقول إلا أنه لا مشكلة في تعليق انتقال الملكية على التسجيل. لأن التسجيل في لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية. بمعنى أن التسجيل يقتصر دوره على توثيق الحقوق فقط.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا - ليلي زروقي، المنازعات العقارية طبعة 2003 دار هومة - الجزائر-ص 63

<sup>2</sup> - علي خوجة خيرة، بيع العقارات المملوكة للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم

الانسانية، 17-06-2018، جامعة ريان عاشور - الجلفة- مجلد 11- العدد02، ص233

<sup>3</sup> - أيمن حسين محمد ناصر، المرجع السابق ص.ص 105-109

## الخاتمة

الحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع , والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى  
ءاله وصحبه وسلم .

في نهاية عملنا المتواضع نجد أن بيع ملك الغير، نظام خاص في البيوع، أفرده المشرع الجزائري  
بنصوص خاصة.

ولقد توصلنا من خلال بحثنا المتواضع أن بيع ملك الغير هو ذلك التصرف الصادر من غير  
المالك سواء بعلمه أو بدونه، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات دون أن يكون هذا التصرف  
موقوفا أو مؤجلا.

وما نستخلصه أنه لكي نكون أمام هذا النوع من البيع يجب توافر مجموعة من الخصائص التي  
هي نفسها مع عقد البيع والتي تتمثل في كون العقد ملزما للجانبين، ونجد أنه يعتبر عقد  
معاوضة، كما يعتبر عقدا رضائيا، كما أنه عقد غير ناقل للملكية، ومجموعة من الشروط منها ما هي  
عامة والمتمثلة في الرضا المحل والسبب، ومنها ما هي خاصة ينفرد بها بيع ملك الغير عن غيره من  
العقود، وهي أن يكون الشيء المبيع معين بالذات، وعدم ملكية البائع للشيء المبيع وقت العقد، وأن  
يكون الغرض نقل ملكية شيء مقابل ثمن نقدي.

وفي الأخير نجد أن المشرع قنن نظام بيع ملك الغير في ثلاث مواد تحت عنوان " البيوع  
الخاصة ، غير أنها كانت غامضة ولم تبين أحكامه بدقة، وجعل منه نظاما مستهجنا لا يمكن إرجاعه  
إلى القواعد العامة، وهذا ما قد يؤثر سلبا على طريقة تطبيق القاضي لهذه الأحكام.

وفي الأخير توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات كما يلي :

- إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لبيع ملك الغير من أجل القضاء على الغموض و معالجة  
ما يثيره بيع ملك الغير من مشاكل
- نقترح بضرورة إجراء تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري فيما يخص مراحل العقد وذلك من  
خلال تقسيمه إلى صحيح، باطل وموقوف وبالتالي تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون  
الجزائري .

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

كانت هذه أهم النتائج والتوصيات المستخلصة من خلال بحثنا المتواضع ,والذي لم تتمكن من الإمام بجميع عناصره , , فبالله التوفيق والحمد لله رب العالمين

الفهارس

أولا : فهرس الايات القرانية

الاية	نص الاية	الصفحة
سورة البقرة		
173	﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾	07
سورة النساء الآيه		
29	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	31
سورة المائدة الآيه		
01	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	34
سورة الأنعام الآيه		
164	﴿ قُلْ أَعْيَرَ اللَّهُ أَبْعِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾	31
سورة يوسف		
20	﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ ﴾	06
سورة الشورى، الآيه		
49	﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴾	07
سورة الجمعة الآيه		
10	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾	34

ثانيا : فهرس الاحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
1	" لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، .....	31
2	" لا تبع ما ليس عندك.....	31

ثالثا: قائمة المصادر والمراجع	
01	القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم
03	أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة،
04	الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، ج 5، ط 1؛ دار الحديث، القاهرة،
المعاجم اللغوية	
05	أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1، دار المعارف، الطبعة الثانية
06	أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، الطبعة الأولى، 2008م، عالم الكتب القاهرة، ج3
07	أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1، دار المعارف، الطبعة الثانية
08	جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت لبنان - ج 11
09	زين الدين بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع السابق
الكتب الفقهية	
10	ابن رشد، أبو الوليد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2004م، دار الحديث - القاهرة، مصر، ج3،
11	ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1 1997م، دار الكتاب العلمية بيروت لبنان، ج6،
12	أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، ج 14،
13	ابي بكر بن محمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج13، ط1، دار السعادة
14	أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، 2000م، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص 76
15	الخطيب الشرييني، شمس الدين محمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1، 1994م، دار الكتب العلمية، 1994م، ج2،

16	عبد الله ابن أحمد ابن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، ج4 مطبعة المنار
17	محمد امين ابن عابدين، 1962م، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج4، دار الفكر
الكتب القانونية	
18	رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة، دار الجامعية، الاسكندرية، د س ن
19	أبو النجا نبيل إبراهيم، عقد البيع في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ص 191
20	أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط 1، 2010، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر،
21	الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط 3؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 200
22	الكرنبي، محمد أحمد ( 2002 ). العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، ط 5، مطبعة النجف،
23	المومني، عيسى، العقد الموقوف في القانون المدني الاردني، جامعة عين شمس، 1989،
24	الياس نصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، ج9 ( البيوع الخاصة) مكتبة الحلبي الحقوقية بيروت، 1998 م المرجع السابق
25	أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة، دار النهضة العربية بيروت، 1987م، المرجع السابق
26	تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت - ط 1991، ج 1، ص 232
27	تناغو سمير عبد السيد، عقد البيع، الاسكندرية، الفنية للطباعة و النشر، ب د س
28	جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وآثاره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية . 1999م
29	جميل الشراوي، شرح العقود المدنية ( البيع و المقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م،
30	توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع الدار الجامعية، مصر 1988م،

31	حمدي عمر حمدي باشا - ليلي زروقي، المنازعات العقارية طبعة 2003 دار هومة - الجزائر-
32	حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الاحكام - 1991م دط1، دار الكتب العلمية، بيروت-
33	خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4 عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996،
34	خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4 عقد البيع
35	خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1(مصادر الالت ازم)، المرجع السابق
36	زين الدين بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار المعاجم - مكتبة لبنان
37	سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط 4، عالم الكتب، القاهرة 1980 ص 539
38	سليمان مرقس، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1973،
39	سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن، ص. 38
40	صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، عمان الاردن، 2001،
41	عبد الرحمن أحمد جمعة، الطبيعة القانونية بيع ملك الغير في القانون المدني القطري، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 3، 2018م،
42	عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، 2000م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج4
43	عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، طبعة 1952، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج8
44	عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط1998، 2م، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج4،



45	عمر حمدي باشا - ليلي زروقي، المنازعات العقارية طبعة 2003 دار هومة - الجزائر -
46	محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996،
47	محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري، 2000م، ديوان مطبوعات جامعية - بن عكنون الجزائر،
48	محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، 2007، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
49	محمد رضا الحضري، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية، دعوات صحة التعاقد وصحة التوقيع، د ب ن 1989
50	محمد صبري السعدي، الواضح في شرح قانون المدني، عقد البيع والمقايضة دراسة مقار في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2008
51	محمد محيي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، 2008، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية-مصر،
52	محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، ج 2، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 1999
53	مرقس سليمان، العقود المسماة عقد البيع، علم الكتب، مصر، 2005، ص 727
54	اسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م
المذكرات والاطروحات الجامعية	
55	عبد الكريم أحمد علي المرتضي، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني (دراسة مقارنة)؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006،
56	محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د س ن،
57	ايمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، اطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية -

	نابلس - فلسطين، 2006،
58	رحمان يوسف، بيع ملك الغير بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2012/2011م،
59	زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع لفضولي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ة القانون الوضعي، مذكرة لاستكمال دراسة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2013-2014 جامعة الشرق الاوسط،
60	بلاغ وردية - مداد يسمينة، بيع ملك الغير بين القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري- تيزيوزو، 2016/2015،
61	بودريقة جميلة- مباركي نجمة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص القانون الخاص الشامل - 2012-2013 جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،
62	عصمان الحو هشام، الغير في القانون المدني - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2019/2018م،
المقالات	
63	علي خوجة خيرة، بيع العقارات المملوكة للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، 17-06-2018، جامعة ريان عاشور - الجلفة- مجلد 11- العدد 02،
64	محمد جبر الألفي، الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و قوقنين بلدان الشرق الاوسط، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت السنة الرابعة العدد 06
65	مطالبي بسمة - سودار أمينة، أحكام بيع ملك الغير دراسات مقارنة بين القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد 05، 31-01-2021، مجلد 02
66	كحول و ليد، محاضرات في القود الخاصة لطلبة السنة الثالثة قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة منشوري قسنطينة

رابعاً: فهرس الموضوعات

الشكر

الإهداء

01 مقدمة

08 الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير

08 المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير

08 المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير

08 أولاً- تعريف بيع ملك الغير في اللغة

08 1-البيع في اللغة:

08 2-الملك في اللغة:

09 3-الغير في اللغة:

09 4-تعريف بيع ملك الغير في اللغة:

09 ثانياً- بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري

10 1- البيع في القانون المدني الجزائري

10 2- الملكية في القانون المدني الجزائري

11 3- الغير في القانون المدني الجزائري

12 4- تعريف بيع ملك لغير في القانون المدني الجزائري

13 ثالثاً- تعريف بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

13 1- عقد البيع في الفقه الإسلامي:

14 2- الملك أو الولاية في الفقه الإسلامي

14 3- الفضولي ( الغير) في الفقه الإسلامي:

15 المطلب الثاني: المقارنة بين تعريفات بيع ملك الغير

15 أولاً: المقارنة بين التعريف اللغوي و التعريف القانوني والفقهية لعقد البيع

- 16 ثانيا: المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير في القانون و تعريف بيع ملك الغير في الفقه
- 17 ثالثا: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون وبين مفهوم الفضالة في الفقه
- 19 المبحث الثاني : نطاق بيع ملك الغير و ما يميزه عن غيره من الأنظمة
- 19 المطلب الأول: نطاق بيع ملك الغير
- 19 أولا : أن يكون العقد بيعاً:
- 20 ثانيا : أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات :
- 20 ثالثا : أن يكون المبيع غير مملوك للبائع أو المشتري:
- 21 المطلب الثاني :تميز بيع ملك الغير عن غيره من الانظمة
- 21 الفرع الاول : بيع الوارث الظاهر
- 22 الفرع الثاني :بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع
- 23 1- الراي الاول :
- 23 2- الراي الثاني
- 24 3- الراي الثالث
- 24 2 حكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة .
- 25 الفرع الثالث : بيع الشريك كل المال الشائع
- 26 1 الحالة الأولى
- 26 2 الحالة الثانية
- 26 1- علاقة البائع بباقي الشركاء :
- 27 2- علاقة البائع بالمشتري :
- 27 المبحث الثالث : طبيعة بيع ملك الغير في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

27	المطلب الاول : طبيعة بيع ملك الغير في القانون الجزائري
28	الفرع الاول : القواعد العامة وبيع ملك الغير
28	1- نظرية الفسخ :
29	2- نظرية العقد الموقوف
30	3- نظرية البطلان المطلق
31	4 نظرية البطلان النسبي
31	الفرع الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص
33	المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
33	الفرع الاول : نظرية البطلان
36	الفرع الثاني: نظرية الصحة
37	الفرع الثالث :الموازنة بين النظريتين
39	الفصل الثاني آثار بيع ملك الغير و تطبيقاته
39	المبحث الأول : آثار بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري
39	المطلب الاول : اثار بيع ملك الغير في ما بين المتعاقدين
39	الفرع الاول : قابلية بيع ملك الغير للإبطال
39	1-إبطال البيع من حق المشتري وحده :
41	2- إبطال البيع من حق البائع والمشتري
42	الفرع الثاني : حق المشتري في التعويض
44	الفرع الثالث: تصحيح بيع ملك الغير
48	1-اكتساب المشتري ملكية المنقول:
49	2- اكتساب المشتري ملكية العقار بالتقادم
52	المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
53	الفرع الأول: عدم اقرار المالك الحقيقي للبيع

55	الفرع الثاني: إقرار المالك الحقيقي للبيع
57	المبحث الثاني : آثار بيع ملك في الفقه الإسلامي
57	المطلب الأول: العقد الموقوف
60	المطلب الثاني: آثار بيع الفضولي
61	1- بالنسبة للفضولي
62	2- بالنسبة للمالك الحقيقي
62	المبحث الثالث: تطبيقات بيع ملك الغير
62	المطلب الأول: بيع المنقول المملوك للغير
64	المطلب الثاني: بيع العقار المملوك للغير
64	الفرع الأول : بيع العقار المملوك للغير في القانون المدني
64	أولاً:الاتجاه القائل برضاية بيع العقار:
65	1- بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل:
65	2- بيع عقار الغير صحيح قبل وبعد التسجيل :
66	3- بيع عقار الغير قابلاً للإبطال بنص القانون.
66	ثانياً: الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار
66	ثالثاً : بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني
67	الفرع الثاني : بيع العقار المملوك للغير في الفقه الإسلامي:
68	خاتمة
71	فهرس الآيات
71	فهرس الأحاديث
72	المصادر والمراجع
77	فهرس المواضيع