

الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي
La Nature Juridique De La Vente De La Chose d'Autrui
Dans Le Droit Positif

رباحي أحمد¹

الملخص:

يعتبر بيع ملك الغير أحد صور تصرف الشخص فيما لا يملك، ومن الفقهاء من ألحق حكمه بنظرية البطلان، ومنهم من ألحقه بنظرية العقد الصحيح، الأمر الذي جعلهم يختلفون حول طبيعة الحكم المترتب عنه، فمنهم من قال بالفسخ، ومنهم من اعتبره باطلا بطلانا مطلقا، ومنهم من جعله قابلا للإبطال، ومنهم من جعل الدعوى المتعلقة به هي دعوى ضمان استحقاق مسبق، ومنهم من اعتبره موقوفا، ومنهم من قال بأنه قابل للإبطال بنص خاص في القانون. وقد حاولت الدراسة بحث ومناقشة هذه الآراء، ومعرفة التأصيل الأكثر قبولا وانسجاما مع طبيعة هذا التصرف.

Résumé

La vente de la chose d'autrui est considérée comme l'une des formes d'Actes sur ce qu'on n'a pas la propriété. Certains doctes joignent son jugement à la théorie de la nullité, d'autres le joignent à celle du contrat valide, conduisant ainsi à un différend sur le jugement qu'il entraîne. Leurs opinions divergent; certains préconisent la Résolution, d'autres la Nullité Absolue, d'autres le considèrent annulable, d'autres le considèrent Détenu, d'autres rendent l'action relative à cet acte une Garantie d'éviction anticipée et d'autres le considèrent comme Annulable par texte juridique spécial.

L'étude consiste à la recherche et à la discussion de ces différents avis, et à la détermination du raisonnement le plus rationnel et qui correspond le plus à la nature de cet acte.

¹ مدير مخبر البحث القانون الخاص المقارن أستاذ محاضر "أ" قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف.

بيع ملك الغير تصرف قانوني يقع من شخص على شيء معين بالذات وهو لا يملكه وقت التعاقد، ولم تكن له أية سلطة في بيعه؛ سواء أكانت تلك السلطة قانونية، أم اتفاقية. وقد اشترط لوصف البيع بأنه بيع لملك الغير جملة من الشروط؛ وهي أن يكون التصرف محله بيعا، لا مجرد وعد، أو تعهد عن الغير، وأن يكون محل الالتزام موجودا ومعينا بالذات أثناء عقد البيع، وأن لا يكون هذا العقد مؤجلا أو معلقا على شرط، وفوق ذلك يشترط بدهة أن لا يكون البائع مالكا للشيء المتعاقد عليه.

ونظرا لأن عقد البيع في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لم يكن ناقلا للملكية، بل كان يترتب عليه إلزام البائع بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة ومستمرة، فإن عقد بيع ملك الغير لم يكن يعتبر حينها بيعا باطلا، بل كان يعتبر بيعا صحيحا؛ لأنه لم يكن يمس بأصل الملكية. ولما تطور مفهوم البيع في القانون الفرنسي الجديد وأصبح من طبيعته نقل الملكية، كان القول بصحة بيع ملك الغير يتعارض مع هذه الطبيعة الجديدة. ولتجنب مثل هذا التعارض نص المشرع الفرنسي على بطلان بيع ملك الغير بموجب المادة 1599 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "بيع الشيء المملوك للغير باطل، ويجوز أن يترتب عليه تعويضات للمشتري إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير".

وفي ظل هذه المادة التي قضت ببطلان بيع ملك الغير تفرعت الآراء
الفقهية، واختلفت مذاهبها بشأن تأصيل حكم بيع ملك الغير، وبيان طبيعة
هذا البطلان.

ويمكن إرجاع النظريات التي حاولت تأصيل حكم بيع ملك الغير إلى
توجهين اثنين؛ أحدهما خرَّج حكم بيع ملك الغير على العقد الصحيح،
وتفرعت عنه ثلاث نظريات؛ فمن الفقهاء من قال باعتبار بيع ملك الغير مقابلاً
للفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه. ومنهم من رأى أن دعوى بطلان بيع
ملك الغير ما هي إلا دعوى ضمان استحقاق مسبق، حيث يسبق المشتري
إلى رفعها قبل أن يرفع المالك الحقيقي ضده دعوى الاستحقاق. وهناك رأى
ثالث أرجع بيع ملك الغير إلى فكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه
الإسلامي، واعتبره غير نافذ في حق المالك الحقيقي (المطلب الأول).

وأما الاتجاه الثاني فقد خرَّج حكم بيع ملك الغير على العقد غير
الصحيح، وتفرعت عنه هو الآخر ثلاث نظريات؛ رأى أصحاب النظرية الأولى
أن البطلان المقصود في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي هو البطلان
المطلق، لوجود خلل شاب العقد حين تكوينه، وذهب رأي ثان إلى القول بأن
حكم بيع ملك الغير هو القابلية للإبطال وفق ما تقره القواعد العامة في
البطلان، في حين ذهب توجه ثالث إلى اعتبار بيع ملك الغير بيعاً قابلاً
للإبطال بموجب نص خاص في القانون، لا بموجب القواعد العامة في
البطلان (المطلب الثاني).

وسنحاول من خلال هذه الدراسة عرض ومناقشة هذه النظريات الفقهية
التي تعرضت بالبحث لحكم بيع ملك الغير، لنخلص على ما يظهر لنا إلى
نتائج علمية قد تساعد في فهم مضمون الطبيعة القانونية لهذا العقد.

المطلب الأول: النظريات التي أسست حكم بيع ملك الغير على العقد الصحيح.

خرَّج أصحاب هذا التوجه حكم بيع ملك الغير على العقد الصحيح، ثم اختلفوا في الأساس الذي يرجع إليه الحكم؛ فذهب فريق إلى ربطه بفكرة الفسخ (الفرع الأول)، بينما قال آخرون بأن الدعوى المتعلقة ببيع ملك الغير هي دعوى استحقاق ضمان مسبق (الفرع الثاني)، في حين ذهب فريق ثالث إلى اعتبار بيع ملك الغير بيعاً موقوفاً (الفرع الثالث). وفيما يلي سنبين تباعاً هذه الآراء الثلاثة.

الفرع الأول: القائلون بالفسخ كحكم لبيع ملك الغير..

يرى هذا الفريق أن بيع ملك الغير يقع صحيحاً في أصله، وإن لم ينقل الملكية إلى المشتري، وباعتبار أنه عقد ملزم للجانبين فإنه إذا قصر أحد الطرفين في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد وفق القواعد العامة، وبما أن البائع لملك الغير لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري، باعتباره غير مالك للشيء محل التعاقد، كان للمشتري الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الحكم بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ البائع التزامه¹.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن استحالة نقل الملكية في بيع ملك الغير المترتبة على عدم الملكية ليست استحالة مطلقة؛ بل هي استحالة نسبية، لإمكانية حصول البائع على إقرار المالك الحقيقي للمبيع، أو إمكانية تملكه للشيء المبيع، ومن ثم يستطيع الوفاء بما عليه من التزامات، أبرزها نقل الملكية للمشتري. ويترتب على الحاليين

السابقين أنه ليس للمشتري المطالبة بالفسخ تأسيساً على عدم التنفيذ؛ لأن التنفيذ حاصل إما بالإقرار أو التملك.

وأما بخصوص نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي²، فقد رأى أصحاب هذا التوجه أنها مجرد تطبيق للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي تقر شرط الفسخ الضمني في العقود التبادلية³، ولا مجال للتمسك بلفظ البطلان الوارد بها، ما دامت النتائج التي ترتبها المحاكم على بيع ملك الغير تتفق كلها مع قواعد الفسخ.

ويبدو أن هذا الرأي يتعارض مع صريح نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي التي تحدث فيها المشرع عن البطلان ولم يتحدث عن الفسخ⁴، ومعلوم أن البطلان والفسخ مختلفان من حيث السبب والأثر؛ إذ البطلان يرد على عقد اختل فيه ركن أو شرط من شروط انعقاده، بينما يرد الفسخ على عقد نشأ صحيحاً وامتنع أحد الطرفين عن تنفيذه اختياراً مع قدرته على التنفيذ، ويبيع ملك الغير إن استحال تنفيذه فلا يعود ذلك إلى اختيار البائع؛ بل لأنه لا يملك التنفيذ لتعلق حق الغير بالمبيع. كما أن الفسخ لا يتقرر إلا بعد إعدار المدين، أما دعوى الإبطال في بيع ملك الغير فالمشتري ليس بحاجة إلى إعدار مدينه⁵.

ومن حيث اختلاف الأثر بين البطلان والفسخ فقد رأى الفقه أن أحكام البطلان تختلف عن أحكام الفسخ، ومن ذلك أن القاضي إذا

طلب منه الفسخ كان له أن لا يستجيب للطلب⁶ إذا رأى مثلاً أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لما كان وفي به من جملة الالتزامات، أو إذا رأى أن المدين لم يتعمد الإخلال بالتزامه؛ لأن الوفاء بالالتزام يقتضي تعاوناً من جانب الدائن ولم يقدّم به، كما للقاضي إمهال المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، إن لم يلحق ذلك ضرراً جسيماً في جانب الدائن. وهذا كله يختلف عن البطلان الذي يجب أن يحكم به القاضي إذا طلبه من له الحق في التمسك به، كما أن البائع إذا ملك المبيع ورفع المشتري دعوى الإبطال فإن هذا لا يمنع من الحكم بالإبطال، أما في دعوى الفسخ إذا عرض البائع الوفاء بالتزامه قبل النطق بالفسخ تعين على القاضي رفض دعوى الفسخ لانقضاء سببها.

ويظهر مما سبق أن حكم بيع ملك الغير لا يستجيب لأحكام الفسخ، لذلك وجدنا الفقهاء هجروا هذا التوجه.

الفرع الثاني: دعوى بطلان بيع ملك الغير هي دعوى ضمان استحقاق مسبق.

ابتعد أصحاب هذا الرأي عن النظرية التقليدية حين تفسيرهم لبطلان بيع ملك الغير، واعتبروا أن الخلل لم يصب العقد في أحد مكوناته بل في أثره، وقالوا إن دعوى البطلان ما هي إلا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن يرفعها المالك الحقيقي ضده؛ حيث أن المشتري إذا كان في دعوى ضمان الاستحقاق العادية

ينتظر حتى يتعرض له المستحق ليرفع هو دعوى ضمان التعرض والاستحقاق على البائع⁷، ففي بيع ملك الغير يجوز للمشتري أن يبادر برفع دعوى الإبطال قبل أن يرفعها المالك الحقيقي، ودعوى البطلان هذه ليست سوى دعوى ضمان استحقاق يستبق إليها المشتري " Garantie d'éviction anticipée"⁸.

ويرى الفقه أن تأسيس بطلان بيع ملك الغير على دعوى ضمان استحقاق مسبق لا يسلم من النقد؛ خصوصا فيما يتعلق في تطبيق مدة التقادم التي قد تختلط بين تطبيق مدة التقادم الخاصة بالبطلان، وتلك الخاصة بضمان التعرض والاستحقاق⁹.

الفرع الثالث: القائلون بأن بيع ملك الغير عقد موقوف.

ذهب هذا الرأي إلى اعتبار بيع ملك الغير موقوف النفاذ على إقرار المالك الحقيقي، فهو ليس بالبطل بطلانا مطلقا، ولا الباطل بطلانا نسبيا، وإنما هو عقد صحيح غير نافذ¹⁰، بحيث لا ينتج أي أثر من آثار العقد الصحيح إلا إذا أقره المالك الحقيقي.

وهذا الحكم مأخوذ عن الفقه الإسلامي الذي قسم العقد الصحيح إلى قسمين؛ عقد صحيح نافذ، وعقد صحيح غير نافذ¹¹.

والفقهاء القائلون بفكرة العقد الموقوف يرون أن العقد إذا استوفى شروط انعقاده وشروط صحته، انعقد صحيحا، ولكي يكون نافذا، يجب أن تكتمل فيه أيضا شروط النفاذ لتترتب عليه آثاره الشرعية، أما إذا تخلف

شرط من شروط النفاذ فإن العقد يتوقف عن ترتيب تلك الآثار. وقد حصر الفقهاء شروط النفاذ في شرطين؛ أولهما: الملك أو الولاية، وثانيهما: عدم تعلق حق للغير بمحل العقد¹².

وشرط الملك أو الولاية¹³ هو شرط يتعلق بالعاقد، فيجب لنفاذ تصرف الشخص أن يكون مالكا للشيء المتصرف فيه أو وليا أو وصيا عليه؛ لذا فتصرف العاقد ببيع، أو هبة، أو توكيل، أو إجارة، فيما لا يملك يعد تصرفا غير نافذ¹⁴.

وشرط عدم تعلق حق الغير بمحل العقد، يعني أن تصرف الشخص في محل لا يملكه يجعل العقد الذي أبرمه غير نافذ، رغم أنه صدر من أهله في محل صالِح لحكمه؛ لأن المتصرف عن الغير تنعدم فيه الولاية على المحل، فلا ينفذ تصرفه إلا إذا أجازه المالك. وحق الغير قد يكون متعلقا بعين المحل المعقود عليه، كبيع ملك الغير، أو بيع العين المرهونة، أو بيع العين المستأجرة، فمثل هذه التصرفات تتوقف على إقرار المالك الحقيقي في البيع. كما يكون حق الغير متعلقا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، وذلك كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين، التي تتعلق بمالية المدين، ولا تتعلق بأعيان أمواله، بحيث لو أتى المدين بمال آخر يفي بحقوق الدائنين نفذ تصرفه الموقوف على إقرارهم¹⁵.

وقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في العقد حتى يكون موقوفا توافر الشروط الآتية:

■ ضرورة تحقق شروط الانعقاد، وشروط الصحة في العقد؛ بمعنى أنه يجب أن يكون للعقد وجود شرعي ليتمكن القول بوقفه إذا فقد أحد شرطي نفاذه¹⁶.

■ أن لا يتعلق بالعقد شرط الخيار؛ أي أن الفضولي مثلاً في بيع الخيار إذا اشترط خيار إقرار العقد وإبطاله لمصلحة من تم التعاقد له، فإن العقد لا يتوقف بل يبطل؛ وذلك لأن الخيار ثابت لمن وقع البيع له بدون شرط¹⁷.

■ أن يكون للعقد مقر عند وجوده¹⁸، ومثال ذلك أن يبيع الفضولي ملك شخص بالغ راشد، فإن تصرفه هذا ينعقد موقوفاً على الإقرار؛ لأن البالغ الراشد يملك هذه التصرفات، ويملك إقرارها، خلاف ما لو باع الفضولي ملك صبي غير مميز، فمثل هذه التصرفات لا تعقد صحيحة؛ لأن الصبي لا يملك حق القيام بها، ولو أجزاها لا تعقد¹⁹.

■ أن لا يجد العقد نفاذاً على العاقد نفسه²⁰، ومن ذلك الشراء للغير، الذي يقوم به المشتري؛ سواء أقر هذا الغير الشراء، أم لم يقره؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف، إذ الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، أما قبول الغير هذا التصرف، ودفع ثمن المبيع فليس من قبيل الإقرار، بل هو من قبيل إنشاء عقد جديد²¹.

وعلى وجاهة هذا الرأي المؤسس على فكرة العقد الموقوف بما بيناه من ضوابط تؤسس لنظرية صلبة تضاهي نظرية القابلية للإبطال، وتحمي مصلحة المالك الحقيقي، وتضمن سيرورة المعاملات المالية واستقرارها، إلا أنه يصطدم مع بعض القواعد القانونية التي تمنع تطبيقه بالنسبة للتشريعات التي

تبنّت فكرة القابلية للإبطال، كالمشرع الجزائري، والمشرع المصري²². ومن بين عقبات تطبيق فكرة العقد الموقوف بالنسبة لبيع ملك الغير ما يلي:

■ إن القول بوقف نفاذ بيع ملك الغير مأخوذ عن القول الراجح في الفقه الإسلامي، ومعلوم أننا لا نرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي إلا عند عدم وجود نص قانوني بشأن مسألة معينة طبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

■ أحكام العقد الموقوف لا تستقيم مع تنظيم المشرع لبيع ملك الغير، حيث أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر من آثاره إلا بعد إقراره من قبل المالك الحقيقي، أما عقد بيع ملك الغير فإنه ينتج جميع آثاره القانونية، باستثناء نقل الملكية، من وقت إبرامه، وذلك كأى عقد قابل للإبطال إلى أن يطلب المشتري إبطاله، فإذا أبطل ارتد كأنه لم يكن.

■ العقد الموقوف كي ينفذ يحتاج إلى الإقرار، الذي يقتصر على المالك الحقيقي وحده، خلافاً لبيع ملك الغير الذي يمكن أن يصحح من قبل أحد طرفي العقد، وذلك كأن يصبح البائع مالكا للمبيع²³.

المطلب الثاني: النظريات التي أسست حكم بيع ملك الغير على العقد غير الصحيح.

يرى أصحاب هذا الرأي أن بيع ملك الغير ينتمي إلى جملة العقود غير الصحيحة، على أنهم اختلفوا في نوع البطلان الواجب الحكم به، فرأى فريق أن الحكم يرجع إلى البطلان المطلق (الفرع

الأول)، وذهب آخرون إلى الأخذ بنظرية البطلان النسبي وفقا للقواعد العامة المنظمة لها (الفرع الثاني)، وفي المقابل ذهب توجه إلى القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص في القانون (الفرع الثالث). وستحاول فيما عرض هذه التوجهات ومناقشتها تباعا.

الفرع الأول: القائلون بالبطلان المطلق

أسس هذا التوجه رأيه بشأن حكم بيع ملك الغير على نظرية البطلان المطلق، على أن البعض منهم من قال بالبطلان المطلق وحده (أولا)، ورأى البعض الآخر أن بيع ملك الغير يلحقه البطلان مع الأخذ بنظرية تحول العقد (ثانيا)، وستعرض لمضمون الرأيين فيما يلي تباعا.

أولا - القائلون ببطلان العقد وحده:

يرى هذا الفريق أن بيع ملك الغير طبقا للمادة 1599 من القانون المدني الفرنسي يعتبر باطلا بطلانا مطلقا²⁴؛ إما لمخالفته النظام العام والآداب العامة، وإما لانعدام السبب القصدي المباشر؛ باعتبار أن البائع لا يستطيع أن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، فيكون التزام المشتري لا يقابله التزام من جانب البائع، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة في جانب البائع الذي لا يستطيع أن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري²⁵.

وقد تعرض هذا الرأي لانتقاد فقهي شديد²⁶؛ فالبائع يستطيع أن يوفي بالتزامه وينقل ملكية الشيء غير المملوك له عندما يتمكن من

تملكه فيما بعد²⁷، فيكون بذلك السبب غير معدوم. وأما عن قولهم بالبطلان المطلق تأسيسا على استحالة المحل، فهو غير سديد؛ لأن الاستحالة في بيع ملك الغير ليست استحالة مطلقة على كافة الناس²⁸، بل هي استحالة نسبية في حق البائع فقط إذا لم يملك المبيع، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فهي ممكنة؛ لأنه يستطيع إقرار البيع وتنفيذه²⁹.

ويضاف إلى ما سبق أن أحكام البطلان المطلق لا تنطبق على حالة بيع ملك الغير؛ فالبطلان المطلق يتقرر لتخلف ركن من أركان العقد أو أحد شروط انعقاده، أو إذا نص القانون على ذلك³⁰، أما بيع ملك الغير فأركانه متوافرة، وإبطاله يتقرر لحماية المصلحة الخاصة للمشتري.

كما أن البطلان المطلق يملك التمسك به طرفا العقد، وكل شخص يكسب حقا تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري³¹، أما الإبطال في بيع ملك الغير فإنه يتقرر للمشتري وحده دون غيره³².

كما أن البطلان المطلق قد يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم، وحكمه يعتبر كاشفا لا منشئا، أما في حالة بيع ملك الغير فلا يمكن للقاضي أن يبت في حكمه دون طلب ممن أراد المشرع حماية مصلحته الخاصة، وحكمه بهذا الخصوص يكون منشئا لا كاشفا.

وبالإضافة إلى ما سبق فإنه من المقرر في القواعد العامة أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الإجازة أو الإقرار³³؛ لأنه يعتبر عقدا معدوما منذ نشأته، ولا يملك أحد أن يعيد له الحياة، أما بيع ملك الغير فإن المشتري يملك إجازته بإرادته المنفردة، ويمكن أن يستقر صحيحا منتجا لجميع آثاره بتلك الإجازة.

وأخيرا يظهر أن البطلان المطلق لا يمكن أن يكون أساسا لحكم بيع ملك الغير؛ لأنه يعارض المادة 397 من القانون المدني الجزائري التي تحدثت عن قابلية العقد للإبطال لحق المشتري³⁴.

ثانيا- البطلان المطلق مستندا إلى نظرية تحول العقد:

ذهب جانب من الفقه³⁵ إلى اعتبار بيع ملك الغير بيعا باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة، مع تكملة هذا القول بنظرية تحول العقد الباطل³⁶ "Conversion" المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 144 من القانون المدني المصري³⁷.

ويرى هذا الفريق أن الاستحالة التي تستتبع البطلان المطلق لا يقصد بها الاستحالة على الكافة وفي جميع الظروف؛ بل يقصد بها الاستحالة في ظروف معينة، وهي الظروف المحيطة بالمدين، وتقدر هذه الاستحالة المطلقة بمعيار موضوعي هو معيار الرجل المعتاد. فتكون الاستحالة مطلقة إذا لم يتمكن الرجل العادي القيام بمحل الالتزام، ولو كان يستطيع القيام به في ظروف أخرى، والفرص في بيع

ملك الغير أن الرجل العادي يستحيل عليه نقل ملكية الغير إلى المشتري، فتكون الاستحالة بالنسبة له مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا. وتكملة لهذا التصور رأى هذا الفريق تطبيق نظرية تحول العقد الباطل بطلانا مطلقا، عن طريق تحول عقد بيع ملك الغير من عقد ناقل للملكية على الفور، إلى عقد بيع منشئ للالتزامات فقط، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك العقد لو علما أن العقد الأول (بيع ملك الغير الباطل) لا يمكن انعقاده، بسبب عدم ملكية البائع للشيء المتعاقد عليه.

وأضاف أصحاب هذا الرأي أن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس، وهو أن البائع قد انصرف نيته إلى تحول عقد البيع الناقل للملكية بذاته إلى عقد بيع لا ينشئ إلا التزامات شخصية في ذمته، أما عن انصراف نية المشتري إلى تحول العقد فمفروض إلى أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشتري بالبطلان كان ذلك دليلا على أن نيته لم تنصرف إلى تحول العقد، وحينها يجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا، ولا ينتج عنه أي أثر قانوني³⁸.

وقد أورد الفقه على هذا الرأي انتقادات عديدة مفادها ما يلي³⁹:

■ إن بناء هذا الرأي على أساس أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا مردود؛ لأنه يخالف صريح نصوص التشريعات التي اعتبرته قابلا للإبطال أو موقوفا.

■ يعتبر القول بتحول عقد بيع ملك الغير من بيع ناقل للملكية إلى بيع منشئ لالتزامات فقط مخالف لنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 144 من القانون المدني المصري، وبالتالي يخالف نظرية تحول العقد التي تقضي بضرورة انصراف نية المتعاقدين معا إلى العقد الجديد وقت العقد بدلا من العقد الباطل، وفي بيع ملك الغير فإن نية العاقدين قد لا تتجه إلى إبرام العقد الجديد في الوقت نفسه.

■ إن مفهوم الاستحالة المطلقة عند أصحاب هذا الرأي لا يتمشى مع حقيقتها؛ لأن الاستحالة المطلقة هي التي يستحيل على الكافة التغلب عليها، وهذا المفهوم يخالف الاستحالة في بيع ملك الغير، التي تعتبر كما بينا سابقا استحالة نسبية بالنسبة للبائع الذي لا يملك الشيء المبيع وقت العقد ووقت تنفيذه، وممكنة بالنسبة للمالك الحقيقي؛ بل قد تكون ممكنة حتى بالنسبة للبائع إذا تملك الشيء المبيع بعد العقد.

الفرع الثاني: القائلون بالبطلان النسبي

ذهب هذا الفريق إلى القول بأن اعتبار بيع ملك الغير بيعا باطلا بطلانا نسبيا يتلاءم مع النصوص القانونية الخاصة ببيع ملك الغير وأحكامه.

على أن القائلين بهذا الرأي اختلفوا في تعليل هذا البطلان النسبي؛ حيث أرجعه البعض إلى قواعد الغلط، وذلك إما لغلط في

شخص البائع؛ بحيث أن المشتري يتوهم أن البائع هو المالك الحقيقي، وإما لغلط في محل البيع؛ إذ يتوهم المشتري أن المبيع مملوك للبائع⁴⁰.

وقد أرجع فقهاء آخرون الإبطال في بيع ملك الغير إلى عدم قدرة البائع على نقل ملكية المبيع للمشتري، وإثر هذا فرقوا بين استحالة الوفاء العارضة بعد انعقاد العقد، التي يكون معها البيع منعقدا وقابلا للتنفيذ، وإذا طرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا لجأ المشتري إلى طلب الفسخ فقط، وبين الاستحالة الموجودة وقت إبرام العقد، والتي لا يكون البيع بشأنها قابلا للتنفيذ، فيجب الحكم ببطالان العقد، وأساس هذا البطلان هو خطأ البائع الذي تعهد بما لا يمكن الوفاء به وتنفيذه⁴¹.

بينما ذهب توجه ثالث إلى جعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال باعتباره صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل⁴²، وبيع المال المستقبل صحيح، فكذلك بيع ملك الغير يكون طبقا للقواعد العامة صحيحا قابلا للإبطال؛ وذلك لأن التزام البائع بنقل الملكية في بيع ملك الغير بعيد الاحتمال (استحالة نسبية) يؤدي إلى استحالة مطلقة، لذا فإن هذا النوع من الاستحالة مآله البطلان النسبي.

وقد انتقد الفقهاء هذا الرأي وقالوا إنه بالرغم من تشابه أحكام العقد القابل للإبطال وعقد بيع ملك الغير، إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه؛ ومن ذلك أن العقد يكون قابلا للإبطال إذا تخلف شرط من

شروط صحته، أما بيع ملك الغير فلا يتخلف فيه أي شرط من شروط صحة التراضي، كما أن الإبطال مقرر لحماية ناقص الأهلية ومعيب الإرادة⁴³، والإبطال في بيع ملك الغير مقرر لحماية المشتري، والمالك الحقيقي باعتباره أجنبيا عن العقد، على خلاف ناقص الأهلية ومعيب الإرادة اللذان يعتبران طرفا في العقد.

وإضافة إلى ما سبق، فإن الإجازة في العقد القابل للإبطال تجعله يستقر ويستمر صحيحا وساريا في حق المجيز، بينما الإجازة في بيع ملك الغير فإنها لا تجعله نافذا في حق المالك الحقيقي⁴⁴، بل إقراره هو الذي يجعل العقد ساريا في حقه⁴⁵.

وأخيرا فإن العقد القابل للإبطال يختلف عن بيع ملك الغير في إنتاجه جميع آثاره القانونية إلى أن يتقرر إبطاله، بينما بيع ملك الغير فإنه لا ينتج أهم أثر من آثاره القانونية وهو نقل الملكية للمشتري.

وأما عن الأسس التي اعتمدها هذا الفريق في تعليل القول بأن بيع ملك الغير بيع قابل للإبطال وفق القواعد العامة، فقد ردها الفقه بما يلي⁴⁶:

■ إن إرجاع قابلية العقد للإبطال في بيع ملك الغير إلى الغلط قول غير مسلم به⁴⁷؛ لأن الغلط الذي يعتد به لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى، وفي بيع ملك الغير الغلط في شخص المتعاقد ليست له أهمية؛ لأنه من عقود المعاوضة، كما أن ملكية المبيع ليست لها أهمية ولا تعتبر صفة جوهرية في ذات الشيء.

إضافة إلى أن الحكم بإبطال بيع ملك الغير يقتضي أن يكون المشتري حسن النية، وهذا يتعارض مع نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي (تقابلها المادة 399 من القانون المدني الجزائري)⁴⁸ التي لم تفرق بين المشتري حسن النية والمشتري سيء النية حين تقريرها لبطلان بيع ملك الغير؛ بل اقتصرت على إعطاء الحق للمشتري في طلب التعويض إذا كان حسن النية⁴⁹.

■ إن تعليل البطلان النسبي بعدم القدرة على التسليم غير مقبول؛ لأن الاستحالة بالشكل الذي قال به أصحاب هذا الرأي على فرض وجودها فإنها تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام محل الالتزام، وليس إلى بطلانه بطلانا نسبيا.

■ بيع ملك الغير ليس من صور البيع المستقبل؛ بل إنه يختلف عنه؛ لأن المحل في بيع ملك الغير موجود يوم إبرام العقد، ومعين بالذات، إلا أنه غير مملوك للبائع، لذلك يكون قابلا للإبطال، أما مجرد بيع مال مستقبل فهو صحيح لو لم يكن المال مملوكا للبائع يوم الانعقاد.

الفرع الثالث: القائلون بالإبطال بموجب نص خاص في القانون

بعد التضارب بين الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لحكم بيع ملك الغير، استقر جمع من الفقهاء على اعتبار بيع ملك الغير يباع قابلا للإبطال بموجب نص خاص في القانون، وهذا الإبطال في أحكامه لا يخضع للقواعد العامة للبطلان.

وقد حاول أصحاب هذا الرأي تأصيل حكم بيع ملك الغير عن طريق الرجوع إلى التطور التاريخي الذي عرفه عقد البيع، حيث أنه لم يكن من طبيعة هذا العقد في القانون الروماني نقل الملكية، بل كان يلزم المشتري بنقل الحيابة فقط، مع ضمانه لدوامها دون تعرض من أحد، وهذا يترتب عليه أن بيع ملك الغير يكون صحيحاً؛ لأنه لا ينقل الملكية. واستمر الحال على هذا الشكل حتى عهد القانون الفرنسي القديم، ومع التطور الذي عرفه عقد البيع تدرج حتى أضحت طبيعته تقتضي نقل الملكية، ليصبح بيع ملك الغير نتيجة ذلك منافياً لطبيعة عقد البيع الذي عاد ينقل الملكية بمجرد تبادل التراضي، فكان لزاماً على المشرع الفرنسي أن ينص على بطلان بيع ملك الغير⁵⁰.

والتوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي أخذت به عدة تشريعات حديثة، على أنها لم تنص على البطلان كجزاء لبيع ملك الغير؛ بل جعلته القابلة للإبطال، ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني.

والمتبع لأحكام بيع ملك الغير يجد أنها تختلف عن الأحكام العامة للإبطال؛ ذلك أن الإبطال مقرر لحماية ناقص الأهلية أو معيب الإرادة، أما الإبطال في بيع ملك الغير فليس في شيء من ذلك. لهذا فإنه حين البحث عن أحكام القابلية للإبطال في بيع ملك الغير فإنه لا يجب الرجوع إلى القواعد العامة للإبطال، بل يجب الرجوع إلى النص الخاص الذي أنشأه المشرع لمصلحة قدرها، وهي مصلحة المشتري، فهذا البيع هو بيع من طبيعة خاصة، جاء حكمه عن طريق نص منشئ للإبطال وليس كاشفاً عنه.

وقد انتقد هذا الرأي بأن القول بالإبطال بنص خاص لا يفسر شيئاً، وبدل على التسليم بالعجز عن عدم القدرة في إرجاع أحكام بيع ملك الغير إلى القواعد العامة، كما أن القول بقابلية بيع ملك الغير للإبطال لا يتفق مع أهم حكم من أحكام العقد القابل للإبطال، وهو ترتيب الآثار القانونية، ففي الوقت الذي ينتج فيه هذا العقد جميع آثاره إلى حين إبطاله، فإن بيع ملك الغير لا يرتب أهم أثر من آثار عقد البيع، وهو نقل الملكية⁵¹.

ويمكن الرد على هذين الاعتراضين بأن اختلاف أحكام بيع ملك الغير عن أحكام القابلية للإبطال دليل على الطبيعة الخاصة لبيع ملك الغير التي تقتضي أن ينشئ المشرع بشأنها نص خاص، ولا تسري عليه أحكام الإبطال طبقاً للقواعد العامة.

ثم إن القول بقابلية بيع ملك الغير للإبطال بنص خاص فيه تقرير حقيقي لمضمون النص، وهذا التفسير لإرادة المشرع يتلاءم ومنطوق النص؛ إذ لو أراد المشرع إرجاع أحكام إبطال بيع ملك الغير إلى القواعد العامة لفعل ذلك عن طريق الإحالة عليها، لكنه لم يفعل، فكان هذا الإبطال بالفعل إبطال من نوع خاص. ويبدو أن الكثير من الفقهاء يميل إلى هذا الرأي، ويرجح على باقي الآراء الفقهية، وهذا الميل كشفت عنه نصوص التشريعات صراحة⁵².

وبالرجوع إلى النصوص الخاصة ببيع ملك الغير في القانون الجزائري⁵³ نلاحظ أن المشرع قد أخضع هذا البيع للقابلية للإبطال

مع خروج صريح عن القواعد العامة للإبطال، مما يدل على أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، وهو بطلان من نوع خاص.

وفي هذا فقد خولت المادة 1/397 من القانون المدني الجزائري للمشتري الحق في طلب إبطال البيع الصادر عن غير مالكة الحقيقي، أما إجازة المشتري فلا تعتبر تنجيذا للبيع في حق المالك (المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري)، وقد اعتبر المشرع الجزائري إقرار المالك الحقيقي للبيع من شأنه أن يقلب العقد صحيحا (المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري)، كما ينقلب عقد بيع ملك الغير صحيحا إذا انتقلت ملكية المبيع إلى البائع بعد انعقاد العقد (المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري).

وهذه النصوص في الواقع تكشف بما لا يدع شكاً في اعتبار بيع ملك الغير قابلاً للإبطال بنص خاص في القانون يتميز عن الإبطال المقرر لمصلحة ناقص الأهلية ومعيب الإرادة.

خاتمة:

بعد دراستنا لموضوع الطبيعة القانونية لحكم بيع ملك الغير، ظهر تعدد واختلاف مضمون النظريات الفقهية التي حاول أصحابها تأصيل حكم هذا التصرف، وما يمكن الوصول إليه في ختام بحثنا أمران مهمان؛ يتعلق أولهما بتحديد النظرية الأرجح لتكون أساساً لحكم بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وأما ثانيهما فيتعلق بمقارنة هذا الرأي الراجح في القانون الوضعي مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الصدد.

فأما الأمر الأول، فيبدو أن النظرية التي أرجعت حكم بيع ملك الغير إلى الإبطال بنص خاص في القانون هي النظرية الأولى بالقبول؛ ذلك أن باقي

النظريات قد جافت في جوهرها ومضمونها النصوص القانونية الصريحة بشأن بيع ملك الغير، كما أنها لم تراخ أوجه الاختلاف بين الأحكام التي أسست عليها حكم بيع الغير مع طبيعة وأحكام هذا البيع في حد ذاته. فالقائلون بالفسخ فاتهم أن هذا الحكم لا يرد إلا على عقد نشأ صحيحاً ولم ينفذ، في حين أن بيع ملك الغير هو عقد غير صحيح في التصور القانوني. وأما القائلون بدعوى ضمان استحقاق مسبق فقد أهملوا الاختلاف بين أحكام الاسترداد وفق القواعد العامة، والأحكام الخاصة المتعلقة ببيع ملك الغير.

كما أن رأي القائلين بوقف بيع ملك الغير يصطدم تماماً مع النصوص القانونية التي قضت بأن هذا البيع يرتب جميع آثاره القانونية باستثناء نقل الملكية منذ نشأته، في حين أن العقد الموقوف لا يرتب أي أثر إلى غاية إجازته أو إقراره. وأما الذين اعتبروا بيع ملك الغير بيعاً باطلاً بطلاناً مطلقاً فقد خالفوا صريح النصوص التي تحدثت عن القابلية للإبطال، ولم يراعوا أهم حكم يتعلق ببيع ملك الغير، وهو إمكانية إجازته من قبل المشتري، وإقراره من قبل المالك الحقيقي، وهما أمران يجعلان العقد يستقر صحيحاً، فلو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما احتتمل الإجازة أو الإقرار وفق القواعد العامة في البطلان. وبخصوص الرأي الذي اعتبر بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً، فقد أغفل أن هذا البيع لا يستجيب لأسباب الإبطال المعروفة وهي نقص الأهلية وتعييب الإرادة بأحد العيوب الأربعة، وبالتالي فإن الحكم الوارد بشأنه كان يتطلب إيجاد نص خاص يتمشى وطبيعته، يجعله يخرج عن دائرة العقود القابلة للإبطال وفق القواعد العامة المتعلقة به.

وأما الأمر الثاني، فيبدو في نظرنا أن اعتبار حكم بيع ملك الغير بيعا قابلا للإبطال بموجب نص خاص في القانون هو الحل الأرجح في القانون الوضعي بالنظر إلى باقي الآراء الفقهية التي حاولت تأصيل بيع ملك الغير، وهذا في الحقيقة لا يجعله الحل الأوفق إذا ما قورن بالصناعة الفقهية للشريعة الإسلامية التي اعتبرت بيع ملك الغير بيعا موقوفا على إقرار المالك الحقيقي للمبيع على غرار باقي حالات العقد الموقوف التي تعد من قبيل التصرف في ملك الغير أو التصرف في ملك الشخص تعلق به حق الغير، وهذا في جوهره يختلف عن صناعة القانون الوضعي الذي لم يوحد الجزاء في بيع ملك الغير، فجعله غير سار في حق المالك الحقيقي، وقابلا للإبطال في حق المشتري؛ بل إن الاضطراب واختلاف الأحكام بدا واضحا في القانون الوضعي حين عالج باقي التصرفات القانونية المتعلقة بملك الغير أو التصرفات القانونية في ملك الشخص الذي تعلق به حق الغير.

ويرجع السبب في هذا الاختلاف إلى أن فقهاء القانون خرجوا حكم بيع ملك الغير على نظرية البطلان، على ما هو معروف عنها من صعوبة في التأصيل واختلاف في الأحكام، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية خرجوا حكم بيع ملك الغير على العقد الصحيح غير النافذ، وهي نظرية مشهود لها بالدقة والشمولية.

ويبدو ملحا أن نلفت النظر إلى مسألة لا يجب التغاضي عنها، وهي أن القانون الفرنسي الجديد لم يكن ليحكم ببطلان بيع ملك

الغير لو بقي عقد البيع غير ناقل للملكية كما كان عليه في عهد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. وبالتالي جاء الخروج بالحكم من الصحة إلى البطلان فيما يتعلق ببيع ملك الغير استجابة للتطور الذي لحق عقد البيع ذاته. والسؤال الذي يدق في هذا المقام، لماذا خرجت أغلب التشريعات العربية حكم بيع ملك الغير على العقد غير الصحيح⁵⁴، وعقد البيع عندها كان دائما كما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ناقلا للملكية؟! ثم لماذا ألزمتنا أنفسنا بنص المادة من القانون المدني الفرنسي، وجعلناها أساسا في الحكم على بيع ملك الغير في تشريعاتنا، في الوقت الذي بين أيدينا نظرية متكاملة تحكم هذا البيع وغيره من التصرفات الواردة على ملك الغير من إجارة ورهن ومقايضة وغيرها من العقود، وهي نظرية العقد الموقوف؟!.

وإننا ندعو في ختام هذه الدراسة المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة النظر في التصرفات المتعلقة بملك الغير أو التي تعلق بها ملك الغير جملة، وتوحيد الحكم بشأنها، واعتبارها تصرفات موقوفة وغير نافذة إلى غاية لحوق الإجازة أو الإقرار بها، كما يمكن أن يعمم الحكم ليشمل تصرفات ناقص الأهلية ومعيب الإرادة، لترسم بذلك المعالم الكاملة لنظرية العقد الموقوف.

- 1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ج 04، ص 276. وسليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط 04، ص 523-525. وأنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 400. وكميح حورية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 42-45. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 181-182.
- 2- تقابلها المادة 397 من القانون المدني الجزائري، مع الاختلاف في طبيعة الحكم.
- 3- أنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 400.
- 4 - MAZEAUD (H. L. et J), Leçons de Droit Civil, Montchrestien, Delta, Paris, 2^e éd., 1983, t.03. p.p. 667- 668.
- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 276. وأنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 400-401. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، م س، ص 182.
- 5- تنص المادة 1/119 من القانون المدني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك".
- 6- وفي هذا المعنى تنص المادة 2/119 من القانون المدني على أنه: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".
- 7- تنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".
- 8- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 278. وأنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 401. ومرwan كركبي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، الوكالة، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 04، 2004، ص 125. وجيروم هوييه، بإشراف: جاك غستان، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 01، 2003، ج 01، ص 99.
- PLANIOL (M), Traité élémentaire de droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3e éd., 1908, t. 02, p. 472.
- 9- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 279.
- PLANIOL (M), Traité élémentaire de droit civil, op. cit., t. 02, p. 472.

- 10- العقد الموقوف هو عقد صحيح حسب رأي الجمهور، ولا يترتب على إنشائه أي أثر من آثار العقود الصحيحة؛ بل تتوقف تلك الآثار على إقرار صاحب الشأن في هذا العقد. فإن أجازته إجازة صحيحة أصبح نافذا مرتبا لآثاره، وإن لم يجزه بطل. يراجع: عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، العربية السعودية، ط01، 1981، ص187. وعبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المطبعة التعاونية، 1975، ج02، ص578.
- 11- هذا التقسيم اعتمده الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية عندهم. يراجع: عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد أمين النواوي، دار الحديث، بيروت، لبنان، ج02، ص148. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، مصر، ط01، 1995، ج03، ص1666. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دمشق، سوريا، ج04، ص16.
- 12- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط01، 1984، ص47. وأحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر، 1994، ص91.
- 13- الملك هو حيازة الشيء مع القدرة على التصرف فيه دون وجود مانع شرعي، أما الولاية فهي سلطة شرعية بها يعقد العقد وينفذ، و الولاية قد تكون أصلية، كأن يتولى الشخص أمور نفسه بنفسه. وقد تكون نيابية، بحيث يتولى شخص التصرف نيابة عن غيره عن طريق الوكالة، أو النيابة الشرعية التي تثبت للأولياء، أو الأوصياء. يراجع: وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط01، 1991، ج04، ص229-230. وأحمد مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، دمشق، سوريا، 1968، ج02، ص817.
- 14- عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، بنغازي، ليبيا، 1973، ص382.
- 15- صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ج01، ص05. ومصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط04، 1982، ص129.
- 16- أحمد الصاوي، بلغة السالك، القاهرة، مصر، ج02، ص128. ومحمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، ط01، 1993، ص139. والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصر، 1959، ج01، ص103.
- 17- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي، القاهرة، مصر، 1968، ص211. وابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مصر، ط02، 1966، ج05، ص108.
- 18- وقد وضع الفقهاء هذا الشرط باعتبار أن العقد الذي يكون له مجيز يتصور فيه الإذن للحال وبعد وجود العقد، فكان الانقضاء عند الإذن القائم مفيدا، أما إذا لم يكن للعقد مجيز فلا يمكن تصور الإذن معه. يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط02، ج05، ص149-150. والقرافي، الذخيرة، ط01، 1994، ج06، ص223.
- 19- وهذا عكس ما لو قام الصبي المحجور عليه ببيع مال نفسه، فإن تصرفه يتوقف على إقرار وليه، أو إجازته هو إذا بلغ.

- 20- هذا المثال يوافق رأي الحنفية بالنسبة لحكم شراء الفضولي، أما المالكية، فلا يفرقون بين بيع الفضولي وشراؤه، فكلاهما موقوف عندهم. يراجع: الكاساني، البدائع، م س، ج 05، ص 150-151. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، م س، ص 108. وابن عابدين، الحاشية، م س، ج 05، ص 109. وابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، ص 195. والبكري محمد شطا الدمياطي، إغانة الطالبين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 03، ص 08-09.
- 21- الكاساني، البدائع، ج 05، م س، ص 107.
- 22- وعلى خلاف أغلب التشريعات العربية أخذ المشرع العراقي والمشرع الأردني بنظرية العقد الموقوف، واعتبر أن بيع ملك الغير بيع غير نافذ.
- 23- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 281. وحبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ج 01، ص 136-137.
- 24- هناك توجه مرجوح في الفقه الإسلامي يعتبر بيع ملك الغير باطلا؛ لأن ولاية العاقد على العقد شرط لانعقاده وليست شرطاً للنفذ فقط، وعندهم العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، ولا يعترفون بوجود عقد صحيح غير نافذ. وهذا الرأي هو للشافعية، والحنابلة في رواية عندهم. يراجع: محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت، لبنان، 1955، ج 02، ص 08. وابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج 04، ص 16. ومصطفى الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دمشق، سوريا، ج 03، ص 18-19.
- 25- يراجع بهذا الصدد: السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 276-277. وأنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 401. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، م س، ص 182. ومروان كركبي، العقود المسماة، م س، ص 124.
- 26- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 277.
- 27- تنص المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".
- 28- تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".
- 29- تنص المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري".
- 30- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، سوريا، 1981، ج 01، ص 223. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، م س، ص 183.
- C.LARROUMET, Droit civil, les obligations, le contrat, Economica, Paris, 1996, t.03, p.213.**
- 31- تنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

- 32- تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري على القاعدة العامة فيمن له حق التمسك بالإبطال، فجاء نصها على النحو الآتي: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". وجاء بنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري إقرار حق الإبطال للمشتري وحده كتطبيق للقواعد العامة في الإبطال، حيث ورد بها: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".
- 33- أنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 401.
- 34- وتبقى وجوه اختلاف أخرى بين أحكام البطلان المطلق والبطلان النسبي، كالنقادم والآثار، وكلها فروق تؤيد النقد الموجه لهذا الرأي. يراجع: كميح حورية، بيع ملك الغير، م س، ص 49 وما بعدها.
- MAZEAUD (H. L. et J), Leçons de Droit Civil, op. cit., t. 03, p. 668.**
- 35- ذهب إلى هذا الرأي في الفقه العربي الأستاذ سليمان مرقس، يراجع مؤلفه: شرح القانون المدني، م س، ص 529-532.
- 36- لتطبيق نظرية تحول العقد يجب توافر الشروط الآتية:
- أن يكون التصرف الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، بحيث لو كان صحيحا كلياً أو جزئياً امتنع التحول ولو رغب فيه المتعاقدان.
- أن تتوافر كل عناصر العقد الجديد في العقد الأصلي دون إدخال عناصر أخرى.
- لا بد أن تصرف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الجديد، وهذا الشرط لا يقصد منه أن تصرف نية المتعاقدين انصرافاً حقيقياً، بل يقصد أن طرفي العقد كانا يريدان العقد الجديد لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطل، والقاضي هو من عليه البحث للتوصل إلى الكشف عن الإرادة المحتملة للطرفين.
- 37- تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تصرف إلى إبرام هذا العقد".
- 38- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، م س، ص 529-530.
- 39- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 280. وجبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، م س، ج 01، ص 135-136. وأنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 401.
- 40- MAZEAUD (H. L. et J), Leçons de Droit Civil, op. cit., t. 03, p. p 668- 669.**
- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 277. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، م س، ص 184.
- 41- كميح حورية، بيع ملك الغير، م س، ص 55 وما بعدها.
- 42- بيع ملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه، مستقبل بالنسبة لغيره.
- 43- يراجع المادة 99 من القانون المدني الجزائري.
- 44- تنص المادة 2/397 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري".
- 45- يراجع المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري.

- 46- يراجع بهذا الصدد: حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، م س، ج 01، ص 133. وكميح حورية، بيع ملك الغير، م س، ص 59 وما بعدها. ومحمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، م س، ص 184. ومروان كركبي، العقود المسماة، م س، ص 125.
- 47- الغلط بمفهومه الحديث معياره مرن يستجيب للحياة العملية ويساير تطورها، ويندرج تحته أنواع من الغلط؛ لأنه من الخطأ الوقوف أمام أنواع محدده قد لا تؤدي إلى تحقيق العدالة المرجوة من جعل الغلط سببا للإبطال، ولتقدير الغلط لا بد من النظر إلى نية المتعاقدين، والظروف التي أحاطت بالتعاقد، وبالتالي فإن نفي الغلط مطلقا في بيع ملك الغير لا يمكن التسليم به؛ سواء تعلق بعدم العلم بملكية المبيع، أم بالغلط في شخص المتعاقد. يراجع: السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 01، ص 358-359. وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصر، ط 04، 1986، ج 02، ص 361-362. وعلي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الشرطة، ع. 39، جانفي 1989، ص 36. ولبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 118.
- 48- حق طلب التعويض إذا كان المشتري حسن النية نصت عليه المادة 399 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية". وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 468.
- 49- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 277.
- 50- السنهوري، الوسيط، م س، ج 04، ص 282-283. وحبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، م س، ج 01، ص 137-138. وأنور سلطان، العقود المسماة، م س، ص 395، وص 402. ومروان كركبي، العقود المسماة، م س، ص 120. وجيروم هوييه، بإشراف: جاك غستان، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، م س، ج 01، ص 97-98.
- PLANIOL (M), Traité élémentaire de droit civil, op. cit., t. 02, p. 470.
- 51- كميح حورية، بيع ملك الغير، م س، ص 66.
- 52- المرجع نفسه.
- 53- المواد 397 و398 و399 من القانون المدني الجزائري.
- 54- المشرع العراقي والمشرع الأردني أخذوا بنظرية العقد الموقوف، واعتبرا أن بيع ملك الغير بيع غير نافذ، وهو توجه صائب، لما في هذه النظرية من محاسن تفوق بكثير نظرية القابلية للإبطال.