

إدارة مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية تقدم:

سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

العدد 11



مختصر لموضوع

بيع ملك الغير في القانون المغربي

* دراسة مقارنة *

إعداد:
د. ياسين بيهوش



الإشراف الفني عن السلسلة:



المدير المسؤول عن السلسلة:

د. جعفر فاسمي

د. محمد فاسمي

نشر في موقع العدالة المغربية www.justicemaroc.com
مع النشر المعارق القانونية والقضائية - جميع الحقوق محفوظة ©

سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

ISBN: 978-9920-36-139-2



رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ
الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ
وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي
إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ
[الأمهانه 15]



سلسلة أبحاث قانونية جامعية عميقة

مقدمة من الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات
والأبحاث القانونية والقضائية



الكلمة الافتتاحية للعدد :

يقدّمها المدير المسؤول :

و. محمد قاسمي

بسم الله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نغدو في طريقنا حتى نبلغ مقام اليقين،
والصلاة والسلام على خير الهدى وشفيع الوري والأنام وعلى أصحابه أجمعين:

أما بعد:

إن من أهم مظاهر الصدقة في العلم أن يتم نشره وتبليغه للعباد، فإيماننا منا
بأهمية تقريب المعلومة القانونية والقضائية للقارئ الكريم وعدم تحميله مشاق
البحث والسفر قصد الحصول عنها، تتشرف الإدارة العلمية لمجلة الباحث
للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية بأن تضع بين يدي الفقيه والباحث
والممارس والطالب وكل مهتم بالشأن القانوني هذا العدد من السلسلة الذي هو
عبارة عن بحث معمق جادت به جعبة أحد الباحثين الأفاضل، وإنه لم دواعي السرور
أن نرى أعمالا كهذه تنشر ببادرة من أصحابها بعيدا عن أي احتكار وتخصيص.

فالشكر الجزيل لكل من ساهم في إعداد هذه الدراسة والتنسيق بين أحضانها،
والشكر الجزيل للقائمين على نشرها، وفي انتظار العدد 12 تقبلوا أسمى عبارات
التقدير والاحترام والسلام.

شروط النشر في السلسلة:

أن يكون البحث المراد نشره بحثا معمق كالأطاريح والرسائل والتقارير

إرسال البحث بصيغة الورد WORD لبريد السلسلة الإلكتروني

Majalatlbahit@gmail.com

بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني المعمق
الفوج الثاني

موضوع البحث:

بيع ملك الغير في القانون المغربي

دراسة مقارنة

تحت إشراف الأستاذ:
د. البشير عدي

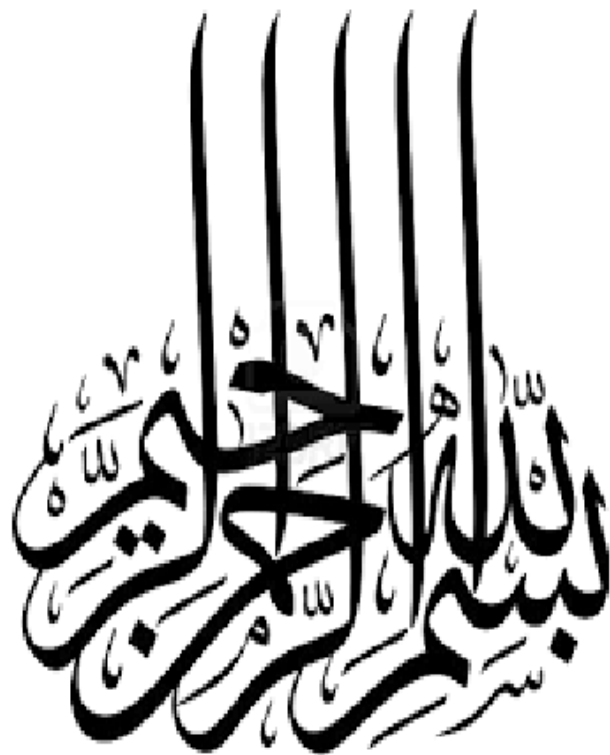
إعداد الطالب الباحث:
ياسين بيهوش

لجنة المناقشة:

- الدكتور: الحسين بلوش.....رئيسا ومشرفا
- الدكتور: البشير عدي.....عضوا ومشرفا
- الدكتور: يحيى بوهكو.....عضوا
- الدكتور: إسماعيل أبو ياسين.....عضوا

السنة الجامعية

2018-2017



إهداء

إلى من قال في حقهما عز وجل "وبالوالدين إحسانا"
إلى أبي وأمي العزيزين، أطال الله في عمرهما
إلى إخواني الأعزاء
إلى كل أفراد العائلة كل واحد باسمه
إلى كل من علمني منذ بداية مساري الدراسي
إلى كل الأصدقاء و الصديقات
إلى كل من أبدى لي النصح يوما
إلى كل من ساعدني ولو بكلمة طيبة
إلى كل هؤلاء أهدي هذا البحث المتواضع راجيا من الله
تعالى أن يصلح نقصي ولمن أهديت أن يتقبلوا إهدائي

كلمة شكر وامتنان

تعجز حقيقة كل عبارات الشكر والامتنان أن تؤدي وظيفتها في حق أستاذي الفاضل الدكتور البشير عدي على تفضله بالإشراف على إنجاز هذا العمل العلمي، وعلى ما قدمه لي من توجيهات وإرشادات ساعدتني في إنجاز عملي هذا، فله يعود الشكر الجزيل والاحترام والعرفان وأسأل الله العلي القدير أن يرزقه الصحة والعافية.

كما أقدم بخالص شكري وامتناني إلى أستاذي الفاضل المنسق البيداغوجي لماستر القانون المدني المعمق الدكتور الحسين بلوش، أولاً على تشريفه لي بقبولي بسلك ماستر القانون المدني المعمق الفوج الثاني، وثانياً على كل ما بذله وببذله من جهد في سبيل إنجاح مسار البحث العلمي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة ابن زهر بأكادير، وإلى أساتذتي الفضلاء الدكتور يحيى بوهكو، والدكتور إسماعيل أبو ياسين على قبولهم مناقشة هذا البحث.

وإلى كل الأساتذة الفضلاء لجهدهم وتفانيهم المتواصل، في تكويني خلال المراحل الدراسية التي قطعتها، خاصة فترة تكويني بماستر القانون المدني المعمق.

كما أتوجه بالشكر الجزيل لعميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجميع موظفيها وأطرها وجميع الأساتذة بها. فتقبلوا أساتذتي الفضلاء أسمى عبارات التقدير والامتنان.

ياسين بھوش



المختصرات

■ باللغة العربية:

- ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود.
- م.ح.ع: مدونة الحقوق العينية.
- ظ.ت.ع: ظهير التحفيظ العقاري.
- ق.م.م: قانون المسطرة المدنية.
- د.ذ.ط: دون ذكر الطبعة.
- د.ذ.م: دون ذكر المطبعة.
- د.ذ.ت.ط: دون ذكر تاريخ الطبع.
- د.ذ.م.ط: دون ذكر مكان الطبع.

■ باللغة الفرنسية:

- P : Page.
- Op.cit : Ouvrage Précité
- Art : Article.

المقدمة

تعتبر الملكية من الحقوق المقدسة عند الإنسان، فكل شخص في الحياة تجده مالكا لشيء معين مهما بلغت قيمته، فيحق له أن يتصرف فيه كيف شاء ببيعه أو كرائه أو رهنه أو بأي شكل آخر يسمح له به القانون.

ويعتبر البيع في الحياة العملية من أبرز التصرفات القانونية التي يبرمها الأشخاص بشأن ممتلكاتهم، حيث يمكن وصفه بالمحرك الرئيسي لكل دورة اقتصادية كاملة، فأكثر العقود المبرمة في حياتنا الواقعية هو عقد البيع، مما جعله يحظى بأهمية بالغة من الناحية التشريعية، هذه الأهمية وصل صداها إلى كل التقنيات الحديثة التي أفردت له نصوص قانونية عديدة تنظم أحكامه.

وتظل الغاية الأسمى من كل قانون تم تشريعه هي الحفاظ على الحقوق وتكريس النظام بين المصالح، وهي الغاية التي سعت النصوص القانونية المؤطرة للبيع إلى تحقيقها من خلال نصها على حماية حق الملكية الذي يتمتع به الأشخاص في حيازتهم لما يملكونه، فكل مالك أصبح بفضل القانون متمتعاً بحماية شاملة تمنع الغير من الاعتداء على ملكه.

لكن بالرغم من ذلك قد يفاجئ البعض أحيانا بحدوث تصرفات قد تضر بحقوقه التي يتمتع بها على ملكه، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر من يبيع شيئاً مملوكاً لغيره، كأن يقدم شخص على بيع شيء مملوك لجاره الغائب، أو أن يبيع الأب ملك ابنه باعتباره أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن ابنه، أو أن تبيع الزوجة ملك زوجها باعتبارها أصيلة عن نفسها لا نائبة عن زوجها، فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير أو كما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

وبيع ملك الغير بالنظر إلى طبيعته نجده يتعارض مع المنطق السليم أولاً، حيث لا يقبل أحد بأن يباع ملكه من قبل شخص آخر دون إذنه، كما



أنه يتناقض أيضا من الناحية القانونية والشرعية مع المبدأ القائل بأن "فقد الشيء لا يعطيه".

لكن بالرغم من هذا التعارض فبيع ملك الغير من الناحية الواقعية متعارف عليه وبكثرة سواء تعلق الأمر بالعقار أو المنقول، مما استوجب من التشريعات الوضعية وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية التصدي لهذا التصرف بتحديد تأصيله القانوني وأيضا طبيعته القانونية فضلا عن ضبط أحكامه وتحديد آثاره.

وبالرجوع إلى أغلب التقنيات الوضعية الحديثة التي تعرضت لمسألة بيع ملك الغير نجد أن مواقفها من تأصيله القانوني متباينة كما أنها مختلفة بخصوص طبيعته القانونية. أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فلم يسلم أيضا من الاختلاف التي لحق ببيع ملك الغير بين التقنيات الوضعية المقارنة، إذ عرف التكليف الفقهي لهذا البيع اختلافا ملحوظا من مذهب إلى آخر.

فكان من الطبيعي أن يؤدي الاختلاف الحاصل في تأصيل بيع ملك الغير وتحديد طبيعته القانونية، سواء بين التقنيات الوضعية أو بين مذاهب الفقه الإسلامي، إلى الاختلاف على مستوى الآثار القانونية المترتبة عنه.

أهمية الموضوع:

تتبع أهمية موضوع بيع ملك الغير من الهدف الذي يتوخاه التشريع الوضعي والفقه الإسلامي من تنظيم أحكام هذا البيع وهو الوصول إلى ضمان حقوق المالك الحقيقي للمبيع في علاقته بأطراف هذا العقد والغير، وكذلك من خلال محاولة إبراز أهم الاختلافات التي تعترى النصوص القانونية المؤطرة لهذا البيع سواء من حيث الصياغة أو من حيث الأحكام والآثار القانونية التي تقررها، فضلا عن محاولة الوقوف على عمل واجتهاد القضاء المغربي والمقارن في تناوله لموضوع بيع ملك الغير



ورصد مكان القوة والضعف في أحكامهما وقراراتهما، في سبيل إيجاد حلول قانونية تسعف في ضبط هذا النوع من البيوع، وكذلك صيانة حقوق الملاك الحقيقيين للمبيع في مواجهة من يعتدي على أموالهم.

صعوبات الموضوع:

- عند اختياري العمل على موضوع بيع ملك الغير وجدت نفسي أمام موضوع ليس لي إطلاع كافي وعميق على أحكامه وقواعده، فوجدت نفسي تائها عن مداخله. لكن بعد إطلاعي على عدد لا بأس به من الكتابات المتعلقة به تمكنت بفضل الله وعونه من اكتشاف وبلوغ مفاتيح موضوع بيع ملك الغير والتي تتمحور أساسا حول مدى ملكية البائع للشيء المبيع.

- أثناء جمعي مادة البحث العلمية المتخصصة في بيع ملك الغير واجهت قلة فيها بالنسبة للتشريع المغربي، فحاولت تدارك هذا النقص بالاعتماد على مراجع أجنبية، لعلني أتوفق في الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع.

- تقصير المشرع المغربي في توفير تنظيم قانوني وافٍ لموضوع بيع ملك الغير، حيث سن له فصلا واحدا في قانون الالتزامات والعقود هو الفصل 485 ق.ل.ع، مما جعل مهمة استخلاص قواعده وأحكامه من الصعوبة بمكان، الأمر الذي حتم علي اللجوء إلى الفقه والقضاء لعلني ألتمس منهما ما لم يدركه المشرع في تنظيمه لهذا البيع.

- اختلاف الفقه في مسائل بيع ملك الغير جعلني أواجه صعوبة في تبني موقف فقهي عن غيره من المواقف الفقهية الأخرى، فقامت ببسط مختلف الآراء واستحضار ما وجهت لها من انتقادات حتى أتمكن من الفصل بينها.

- صعوبة في الحصول على أحكام وقرارات محاكم الموضوع المتعلقة ببيع ملك الغير، وذلك راجع إلى صعوبة التنقل بين كل محاكم

المملكة، فضلا عن اللامبالاة التي واجهتنا من قبل بعض موظفي جهاز كتابة الضبط ببعض المحاكم.

دوافع اختيار الموضوع:

اخترت بيع ملك الغير لكي يكون موضوع هذه الرسالة لعدة دوافع،
لعل أهمها:

- الدافع الشخصي المتمثل في حب الغوص في المواضيع القانونية التي لها ارتباط وثيق بالحياة اليومية للناس والتي تثير إشكالات على المستوى النظري والتطبيقي، فبيع ملك الغير يعد من بين أبرز التصرفات التي نعيشها في حياتنا الواقعية والعملية.
- الدافع الموضوعي الذي يتجسد في الوقوف على ما يعرفه موضوع بيع ملك الغير من إشكالات على المستوى التشريعي والفقه والقضائي، والوقوف على أثر هذه التناقضات على حقوق المتقاضين، فضلا عن محاولة الإسهام في تقديم بعض الحلول الناجعة لتفاديها والحد من آثارها.

إشكالية البحث:

يهدف هذا البحث إلى دراسة بيع ملك الغير دراسة تأصيلية اعتمادا على آراء الفقه القانوني والإسلامي والاجتهاد القضائي في هذا الموضوع، وذلك بغية الوقوف على مدى توفيق المشرع المغربي في تنظيم أحكام هذا البيع مقارنة بغيره من القوانين المقارنة، واعتبار هذا المبتغى الاشكال المركزي لهذا البحث.

منهجية البحث:

للإجابة عن إشكالية الموضوع أثرت الاعتماد على مجموعة من المناهج المختلفة:

- المنهج التحليلي: يحتم أفراد المشرع المغربي لبيع ملك الغير فصلا وحيدا في قانون الالتزامات والعقود عدم إغفال هذا الزاد القانوني، فيتعين تحليله من خلال عرض الأفكار المثارة حوله، وشرحها وتوضيح إرادة المشرع من خلالها.

- المنهج الاستنباطي: تبتغي هذه الدراسة بيان كيفية تعامل القضاء المغربي مع بيع ملك الغير، حيث سنعمل في هذا البحث على استنباط أحكام بيع ملك الغير من أبرز الأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع.

- المنهج النقدي: بسط الأفكار والمواقف غير كاف ليحقق البحث الهدف العلمي المنشود من ورائه، لذلك كان لزاما مناقشة مختلف التوجهات الفقهية والقضائية بإعمالها أو نقدها.

- المنهج المقارن: تستوجب ندرة المراجع الوطنية في موضوع بيع ملك الغير الانفتاح على القوانين والدراسات المقارنة، مع وجوب احترام خصوصيات التشريع المغربي. فيعد تقديم هذه الآراء الفقهية والتوجهات القضائية المقارنة من باب البحث عن بدائل تسد الفراغ وتعالج الخلل، فإن تبين أن قواعد القانون المغربي تخالف مبادئ التشريعات المقارنة صُرح بذلك، ونُبه إلى وجوب الأخذ بما يتوفر من حلول في التشريع الوطني.



تقسيم البحث:

تقتضي منا الضوابط المنهجية وضع خطة بحث تكون معالم نسير على هداها، لنصل لغايتنا ونحقق مرادنا من دراسة موضوع بيع ملك الغير. ولذلك فقد بدأت الفصل الأول من هذا البحث بتحديد ماهية بيع ملك الغير، بتجلية معناه ومفهومه، وكذا شروطه وخصائصه، ثم بسطت الحديث عن طبيعته القانونية في التشريع والفقه، إضافة إلى تحديد مميزاته ونطاقه.

أما الفصل الثاني فعالجت فيه أحكام بيع ملك الغير وآثاره القانونية، سواء في العلاقة الرابطة بين المتعاقدين فيما بينهما، أو في العلاقة التي تربط بين المالك الحقيقي والمتعاقدين، وكذلك الغير.

وسيرًا على هذا التصميم، سأتناول موضوع بيع ملك الغير وفق التصميم التالي:

- الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير ونطاقه.
- الفصل الثاني: أحكام بيع ملك الغير وآثاره القانونية.



الفصل الأول:

ماهية بيع ملك الغير ونطاقه



يعتبر الإنسان حرا في التصرف فيما يملكه من أموال، ومن مظاهر هذه الحرية في التصرف البيع. فكل شخص حر في بيع ما يملكه شرط أن تتوفر في هذا البيع الشروط التي تضمن صحته، وتضمن كذلك تحقق الآثار القانونية والمادية المتوخاة منه. لكن أحيانا قد لا ينطوي البيع على كافة أركان وشروط صحته مما يجعلنا أمام بيع من نوع آخر قد يكون بيعا لملك الغير.

فبيع ملك الغير، موضوع دراستنا هذه، يعد بيعا صحيحا متى توافرت فيه مجموعة من الشروط التي يتطلبها القانون. فهو يتميز عن مجموعة من التصرفات القانونية الأخرى المشابهة له بخصوصيات تجعله خاضعا لأحكام عقد البيع في عمومياته ولا يخرج عن نطاق البيع بالرغم مما يتميز به عن عقد البيع المألوف بصورته النمطية العادية خصوصا فيما يتعلق بملكية الشيء المبيع.

وحتى نكون أمام بيع لملك الغير، يجب أن نكون أمام حالة تمتاز بكون محل عقد البيع غير مملوكا للبائع. ومعنى ذلك، أن يقوم البائع ببيع شيء مملوكا لغيره دون إذنه.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام بيع ملك الغير بموجب الفصل 485 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "بيع ملك الغير يقع صحيحا.

(1) إذا أقره المالك،

(2) إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء المبيع.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير.



ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

ويتضح من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي لم يعرف بيع ملك الغير وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى شروطه وبعض أحكامه، مثله مثل العديد من التشريعات المقارنة التي امتنعت عن وضع تعريف لبيع ملك الغير، ونذكر على سبيل المثال كل من القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري، والقانون المدني السوري. وقد أصاب في ذلك لأن وضع التعاريف يعتبر مبدئيا من اختصاص الفقه وإن كان هذا المبدأ قد أصبح يعرف تراجعاً كبيراً بسبب اتجاه التشريعات القانونية الحديثة إلى وضع التعاريف حسماً لكل خلاف فقهي قانوني وقضائي في تعريف بعض المفاهيم والمؤسسات القانونية وتكييفها.

إن إجماع التشريع المغربي وأغلب التشريعات المقارنة عن تعريف بيع ملك الغير يوجب علينا تناول هذه المؤسسة القانونية من خلال تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية، إضافة إلى التطرق إلى أهم مميزاتها والعناصر التي يجب أن تتوفر فيها، الأمر الذي سنعمل على تبيانها في إطار هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير ومميزاته.



المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير وطبيعته القانونية

يترتب عن كل تصرف نتيجة، وعن كل فعل أثر، فعندما يبيع شخص شيئاً مملوكاً لغيره فقد يترتب عن هذا البيع مجموعة من الآثار والنتائج، تختلف بين إذا كان البيع قد تم بموافقة البائع أم من عدمه، غير أن ما يلحق هذا البيع من إجازة أو رفض لا يغير من طبيعة التصرف الأولية التي تعد بيعاً لملك الغير. وهذا النوع من البيوع اختلفت في تعريفه التشريعات الوضعية والمذاهب الفقهية، فهذا الاختلاف الحاصل انعكس على الاجتهادات الفقهية التي عملت على إبراز أهم المميزات التي ينفرد بها بيع ملك الغير عما يشته به من تصرفات، كما كان له أثر كبير في تحديد مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في التصرف بالبيع حتى نقول بأنه بيع لملك الغير.

وكما سبق الذكر، فإن المشرع المغربي وكالعديد من التشريعات المقارنة لم يتطرق إلى تعريف بيع ملك الغير، لكن هذا لن يمنعنا من تحديد مفهوم بيع ملك الغير سواء من الناحية التشريعية أو الفقهية.

لتحديد مفهوم بيع ملك الغير وطبيعته القانونية، وإبراز مميزاته وشروطه ارتأينا تحديد إطاره المفاهيمي من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير.

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير

لا يختلف كثيرا مفهوم بيع ملك الغير باختلاف الجهة التي عرفته، فبالرغم من تعدد التعاريف التي أعطيت لهذا النوع من التصرفات إلا أنها تبقى في عمومها متقاربة إلا حد كبير. فبعض التشريعات الوضعية قامت بمحاولات عديدة لتعريف بيع ملك الغير (الفقرة الأولى)، إلا أن العديد من الفقهاء القانونيين اعتبروها تعاريف مختلة وناقصة، الأمر الذي دفعهم إلى وضع تعاريف يتداركون من خلالها النقص الذي خلفته سابقتها (الفقرة الثانية)، ويبقى الفقه الإسلامي من الجهات التي كانت لها المبادرة في تعريف بيع ملك الغير بالرغم من بعض الاختلافات المذهبية التي أحاطت به (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المغربي والتشريع المقارن

لم تضع التشريعات الوضعية تعريفا لبيع ملك الغير، تاركة أمر ذلك لاجتهاد الفقهاء، وهو ما يكرس العرف القانوني الذي يجعل مسألة وضع التعاريف القانونية شأنا فقهيا من حيث المبدأ، فالتشريعات الوضعية التي بين أيدينا لم تضع تعريفا لهذا النوع من البيوع وإنما اكتفت فقط بتحديد حالاته وشروطه وآثاره.

أولا: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المغربي

ينص الفصل 485 من ق.ل.ع على ما يلي: "بيع ملك الغير يقع صحيحا.

(1) إذا أقره المالك.

(2) إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء المبيع.



وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

باستقراء نص الفصل 485 ق.ل.ع يتبين أن المشرع المغربي لم يعرف بيع ملك الغير وإنما اكتفى فقط بذكر الشروط التي تجعله بيعا صحيحا، إضافة إلى تطرقه إلى حالة رفض المالك إقرار البيع وما يترتب عنها من حقوق لفائدة المشتري. فبالرجوع إلى الفصل المذكور وبمفهوم المخالفة يمكن القول أن بيع ملك الغير لا يعد بيعا صحيحا إذا لم يقره المالك الأصلي للشيء المبيع، أو إذا لم يكسب البائع فيما بعد ملكية الشيء المبيع.

وبناء على ما سبق، يمكن تعريف بيع ملك الغير في ضوء ما جاء به الفصل 485 ق.ل.ع بأنه "بيع لشيء مملوك للغير دون إرادته ودون أن يتمكن البائع فيما بعد من اكتساب ملكية الشيء المبيع". غير أن ما يلاحظ أيضا على الفصل 485 من ق.ل.ع إغفاله التنصيص على وجوب انتقال الملكية بمجرد إبرام عقد البيع، فحتى نكون أمام بيع لملك الغير يجب أن نكون أمام بيع ينقل ملكية الشيء المبيع بمجرد إبرام العقد. فبيع الأشياء المستقبلية والبيوع المعلقة على شرط أو أجل على سبيل المثال لا الحصر لا تعد بيوعا لملك الغير ما دامت هذه الأشياء المستقبلية لم توجد ومادام الشرط أو الأجل لم يتحققا بعد، فالعبرة في بيع ملك الغير تكون بانتقال ملكية الشيء المبيع للطرف المشتري.

ثانيا: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المقارن

لقد حذت التشريعات المقارنة حذو التشريع المغربي في إحجامها عن تعريف بيع ملك الغير واكتفت كذلك بتحديد حالاته وشروطه وأحكامه،



فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون المدني الفرنسي في مادته 1599¹ التي تطرق فيها إلى بيع ملك الغير ينص على أن بيع ملك الغير يقع باطلا "La vente de la chose d'autrui est nulle"، مع الإشارة إلى أحقية المشتري في المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار شرط ألا يكون عالما بكون الشيء المبيع مملوكا للغير.

وعند مقارنة مضمون المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي بنص الفصل 485 ق.ل.ع المغربي يبدو أن المشرع المغربي اعترف في الفصل 485 ق.ل.ع مبدئيا بصحة بيع ملك الغير شرط أن يتوفر على أحد الشرطين المنصوص عليهما في الفصل المذكور، وهما: إقرار المالك أو اكتساب البائع لملكية الشيء المبيع فيما بعد، وهو ما يدل على حرص المشرع المغربي قدر الإمكان على استقرار المعاملات وحفظ حقوق الغير، في حين نجد أن المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي كانت حاسمة في تحديد طبيعة هذا البيع واعتبرته بيعا باطلا بقوة القانون، وذلك بالرغم من اتفاقها مع المشرع المغربي في التنصيص على أحقية المشتري في المطالبة بالتعويض شريطة ألا يكون عالما بكون الشيء المبيع مملوكا لغير البائع.

أما بالنسبة للتشريع المدني المصري، فنجد أن المادة 466 منه تنص على ما يلي: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل.

وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد".

¹ - Article 1599 : "La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui".



يتضح من خلال المادة 466 أعلاه أن المشرع المصري لم يضع تعريفاً لبيع ملك الغير شأنه في ذلك شأن المشرع المغربي والفرنسي، بل اكتفى فقط بالتنصيص على حق المشتري في إبطال البيع وعدم سريان هذا الأخير في حق مالك الشيء المبيع. ليتطرق بعدها إلى باقي الأحكام والمقتضيات القانونية المنظمة لبيع ملك الغير بموجب المواد 467 و468 من القانون المدني المصري.

فالمادة 467 من نفس القانون نصت على أنه: "إذا أقر المالك البيع سرى في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري، وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد". في حين أقرت المادة 468² بأحقية المشتري في الحصول على تعويض إذا حكم له بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية.

بمقارنة ما ذهب إليه المشرع المصري مع ما ذهب إليه نظيره المغربي يمكن القول أن الاثنين معاً أحجما عن تعريف بيع ملك الغير مكتفين فقط بتنظيم أحكامه وشروطه والآثار القانونية المترتبة عليه، حيث أقرّا معاً بأحقية المشتري في المطالبة بإبطال البيع وضمان حقه في المطالبة بالتعويض إذا توفرت الشروط الموجبة له، كما نصا على إمكانية تحول البيع من بيع لملك الغير إلى بيع صحيح شرط أن يقر المالك الأصلي بالبيع حتى يسري في حقه أو أن تؤول ملكية الشيء المبيع إلى البائع بعد إبرام العقد.

² - تنص المادة 468 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".



ويعد قانون الموجبات اللبناني أيضا من القوانين التي لم تعريف بيع ملك الغير بل اكتفى فقط بتبيان شروطه وأحكامه، فقد جاء في المادة 385 من القانون المذكور ما يلي: "بيع مال الغير باطل إلا في الاحوال الآتية:

1 - إذا كان المبيع شيئا معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.

2 - إذا أجاز له المالك.

3 - إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع.

أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك.

ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير...".

فبالرجوع إلى نص المادة أعلاه يتضح أن المشرع اللبناني كان حاسماً في تحديد طبيعة بيع ملك الغير وذلك باعتباره بيعاً باطلاً وهو نفس التكييف الذي أعطاه المشرع الفرنسي بمقتضى نص المادة 1599 من قانونه المدني، غير أن الاختلاف بين المادتين يكمن في كون البطلان الذي أقرته المادة 1599 بطلاناً مطلقاً، في حين أن صياغة المادة 385 من قانون الموجبات اللبناني توحى بأن بيع ملك الغير هو بيع باطل نسبياً، ويستفاد ذلك من خلال العبارة التالية: "بيع مال الغير باطل إلا في الاحوال الآتية"، كما أن نفس المادة أقرت بصحة بيع ملك الغير بشروط وهي:

- إذا كان المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.
- إذا أجاز له المالك.
- إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع.



من خلال الشروط الثلاثة أعلاه يتبين أن المشرع اللبناني كان أكثر شمولاً وإحاطة بشروط بيع ملك الغير مقارنة بنظيره المغربي حيث أكد على ضرورة كون المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط، أي ألا يكون معيناً بذاته، فحتى نكون أمام بيع لملك الغير يجب أن يكون المبيع معيناً بكيفية دقيقة وحاسمة لأي خلاف أو اختلاف، ومادام المبيع لم يعين بذاته فإن البيع يكون صحيحاً ولا يندرج ضمن بيع ملك الغير.

أما فيما يتعلق بالشروط الأخرى فهي نفس الشروط التي نص عليها الفصل 485 من ق.ل.ع، فالمادة 385 من قانون الموجبات اللبناني أقرت هي كذلك بصحة بيع ملك الغير إذا أجازهُ المالك، أو إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع، دون أن تغفل التنصيص على حق المشتري في الحصول على تعويض من البائع إذا رفض المالك أن يجيز البيع شرط أن لا يكون المشتري عالماً بأن البائع غير مالك للشيء المبيع.

تنص المادة 135 من القانون المدني العراقي على أنه:

" 1 - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك.

2 - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر.

3 - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.



4 - وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

يستفاد من نص المادة 135 أعلاه أن المشرع العراقي لم يرقم هو كذلك بتحديد مفهوم بيع ملك الغير مكتفياً فقط بمعالجة أحكامه، فالمشرع العراقي قد عالج بيع ملك الغير ضمن أحكام العقد الموقوف في باب النظرية العامة للالتزام فاعتبره بيعاً موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي للمبيع، وهذا يعني أنه عقد صحيح لكنه غير نافذ. ومما لا شك فيه فهو موقف مغاير تماماً لموقف كل من التشريعات المقارنة السابقة (التشريع المغربي والفرنسي والمصري واللبناني) التي منها من اعتبره باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر سوى التعويض إذا كان له محل (المشرع الفرنسي)، ومنها من اعتبر بيع ملك الغير بيع باطل نسبياً (المشرع المغربي والمصري واللبناني).

الفقرة الثانية: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه القانوني

عند العودة لمعظم الكتابات القانونية التي تتناول بيع ملك الغير يتضح بشكل جلي إجماع أصحابها عن وضع تعريف لهذا النوع من البيوع، إذ أنهم يكتفون فقط بالإشارة للحالات التي نكون فيها بصدد بيع ملك الغير، إضافة إلى تحديد بعضهم لأبرز الشروط الواجب توفرها حتى نكون بصدد بيع ملك الغير.

لكن بالرغم من ذلك نجد أن الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري قد عرف بيع ملك الغير بكونه "بيع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه"³، كما عرفه البعض بأنه "ذلك البيع الذي يكون محله شيء معين

³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، د.ب.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1955، ص: 271.



بالذات غير مملوك للبائع⁴، في حين عرفه بعض الفقه الفرنسي بكونه بيع يقوم على نقل البائع لفائدة المشتري حقا لا يملكه⁵. ويقصد ببيع ملك الغير أيضا "تلك الأحوال التي يُقبل فيها البائع على بيع شيء معين بالذات مملوكا لغيره دون أن يكون مرخصا له بالتصرف فيه"⁶

يتضح من التعاريف الواردة أعلاه أنها جاءت عامة ولم تحدد بشكل دقيق وكاف نطاق بيع ملك الغير والشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى نكون أمام بيع لملك الغير، حيث يلاحظ عليها أنها لم تشترط في تعريفها لبيع ملك الغير ضرورة أن يقصد من البيع نقل الملكية في الحال. فهذا الشرط يعد من الشروط الجوهرية التي يقوم عليها بيع ملك الغير، لأن عدم نقل ملكية الشيء المبيع في الحال قد يترتب عنه فيما بعد بيعا صحيحا لا يدخل ضمن بيع ملك الغير، إذ بإمكان البائع أن يملك الشيء المبيع خلال الفترة الفاصلة بين إبرام عقد البيع ونقل ملكيته للمشتري فنكون بصدد بيع صحيح مستوف لجميع الشروط والأركان.

كما أغفلت التعاريف أعلاه أيضا الإشارة إلى الحالة التي يكون فيها البائع غير مالك للمبيع لكنه يعد وكيلا عن المالك⁷ أو نائبا عنه⁸. فهنا بالرغم من كون البائع لا يعد مالكا للمبيع إلا أننا لا نكون بصدد بيع ملك

⁴ - رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير: فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض، الطبعة الثالثة، مكتبة الألفى القانونية، المنيا، 1997، ص: 11.

⁵ - "La vente de la chose d'autrui est donc une vente qui vise au transfert d'un droit dont le vendeur n'est pas titulaire".

- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Dalloz : Contrats civils et commerciaux, 8^e édition, Paris, 2007, P : 129.

- Alain Sériaux, Contrats Civils, 1^{er} édition, 2001, Presses Universitaires de France, 2001, P : 49-50-51.

⁶ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الأمان، الرباط، 1999، ص: 74.

⁷ - عرف الفصل 879 ق.ل.ع الوكالة بكونها: "عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه...".

⁸ - جاء في المادة 229 من مدونة الأسرة ما يلي: "النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم".



الغير لأن أثر تصرف البائع (الوكيل أو النائب) ينصرف إلى المالك الأصلي ويعتبر البيع صحيحا.

الفقرة الثالثة: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

يقابل مفهوم بيع ملك الغير في التشريعات الوضعية بيع الفضولي⁹ في الاصطلاح الفقهي للشرعية الإسلامية¹⁰، فالفقهاء المسلمين يبحثون بيع ملك الغير تحت عنوان بيع الفضولي¹¹، غير أنه لا بد من الإشارة إلى الاختلاف الحاصل بين اصطلاح الفضولي في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي، فبالنسبة للقانون الوضعي يعرف الفضولي بأنه من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك¹²، في حين يعرف الفضولي في الاصطلاح الفقهي الإسلامي بأنه: "هو الذي يتصرف في حق غيره دون أن تكون له ولاية شرعية (وكالة أو ولاية)"¹³، وهو "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة"¹⁴. فبيع

⁹ - الفضولي في اللغة هو: المشتغل بما لا يعنيه، وأصله الفضل والفضيلة، ضد النقص والنفيسة، والجمع فضول. والتفضل هو التطول على غيرك.

- ابن منظور الأفريقي، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، د.ب.ط، دار صابر، بيروت، 2010، ص: 524-525.

¹⁰ - عبد الرحمن أحمد جمعة، بيع ملك الغير وفقا لأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 1982-1983، ص: 68.

¹¹ - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص: 18.

¹² - نظم المشرع المغربي أحكام الفضالة بموجب الفصول 943 إلى 958 من ق.ل.ع، حيث ينص الفصل 943 من ق.ل.ع على أنه: "إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه، وبدون أن يرخّص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت للأحكام الآتية".

¹³ - محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، د.ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص: 105.

¹⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954، ص: 129.



الفضولي إذا يطلق على كل بيع ينصب على شيء مملوك لغير بائعه ودون إذن من مالكه¹⁵.

يلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن الفضولي في الفقه الإسلامي يختلف عن الفضولي في التشريع الوضعي. ففهاء الشريعة الإسلامية أثناء تعريفهم للفضولي لم يشترطوا أن يكون عمله عاجلاً أو ضرورياً، عكس القانون الوضعي الذي اشترط أن يقوم الفضولي بشأن عاجل وضروري لرب العمل تفضلاً منه¹⁶.

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض الباحثين يخلطون بين الفضولي في القانون الوضعي والفضولي في الفقه الإسلامي، والحقيقة أن تصرف الفضولي ببيع ملك غيره في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي التصرف في ملك الغير (بيع ملك الغير)، لا الفضالة التي يعتبرها المختصين القانونيين تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب¹⁷.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع الوضعي، حيث سنتطرق فيه إلى الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير وذلك من خلال عرض موقف كل من التشريع المغربي والتشريع المقارن (الفقرة الأولى)، كما سنتناول من خلاله أيضاً الطبيعة القانونية لهذا البيع في الفقه الإسلامي بعرض أبرز المواقف الفقهية الإسلامية التي تناولته ومناقشتها (الفقرة الثانية)

15 - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الأول، د.ذ.ط، دار الكلام الطيب، دمشق- بيروت، 2010، ص: 370.

16 - عبد الرحمن جمعة الحلالشه، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1998، ص: 79.

17 - صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني: دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص: 41 و 42.



الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المغربي والتشريع

المقارن

يعد تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير من المواضيع التي أثارت نقاشا فقهيا قانونيا حادا سواء داخل منظومة تشريعية واحدة كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي، أو عند مقارنة التكييفات التي أعطيت لبيع ملك الغير بين العديد من النصوص القانونية المختلفة، الأمر الذي يوجب علينا كباحثين في هذا الموضوع الوقوف على طبيعة هذا البيع القانونية في كل من التشريع المغربي (أولا)، وكذلك في بعض التشريعات المقارنة (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المغربي

لقد اختلفت آراء الفقهاء القانونيين المغاربة والفقهاء الدارسين لقانون الالتزامات والعقود المغربي بشأن الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، الأمر الذي ترتب عنه ظهور ثلاث نظريات فقهية تتجاذب هذا النوع من البيوع هي: نظرية الفسخ، نظرية العقد الموقوف، ونظرية القابلية للإبطال.

1- نظرية الفسخ

من القائلين بهذه النظرية نجد كل من شكري السباعي، ومحي الدين اسماعيل علم الدين، اللذان أسسا رأيهما على حكم القواعد العامة للفسخ في القانون، إذ اعتبرا أن البائع لم ينفذ التزامه في هذا العقد الملزم له تجاه المشتري ومن ثم فالجزاء هو الفسخ.

وبالرجوع إلى نص الفصل 485 من ق.ل.ع وعند قراءته بشكل عرضي يبدو أن المشرع المغربي قد أقر بحق المشتري في طلب فسخ البيع إذا رفض المالك إقرار بيع ملكه، أو إذا لم يفلح البائع في تملك الشيء المبيع فيما بعد. وهو ما يوحي لنا بأن الجزاء القانوني المقرر لعقد البيع الذي يكون محله مملوكا للغير هو الفسخ، ويعني ذلك أنه إذا لم يقم البائع



ينقل ملكية الشيء المبيع المملوك في أصله لغير بائعه جاز للمشتري أن يطالب بفسخ البيع سواء كان البائع عالما بأن المبيع مملوكا للغير أم لا¹⁸.

غير أن هذه النظرية واجهت العديد من الانتقادات، حيث هناك من يرى بأن قواعد الفسخ يمكن تطبيقها في حالة واحدة من حالات بيع ملك الغير وهي الحالة التي يكون فيها المشتري يعلم بملكية الغير للشيء المبيع، فالعقد في هذه الحالة لا يعد عقد بيع لأن إرادة المتعاقدين هنا قد اتجهت فقط إلى إلزام البائع بتملك الشيء المبيع لنفسه، على أن ينقل ملكية المبيع فيما بعد ذلك إلى المشتري، أو إلى إلزامه (البائع) بأن يحصل على إقرار المالك بالبيع، فإذا لم يتمكن البائع من تنفيذ أحد هذين الالتزامين جاز للمشتري حينها طلب فسخ العقد¹⁹.

إن ما ذهب إليه الانتقاد السابق لنظرية الفسخ والذي جعلها نظرية نسبية تقتصر فقط على حالة علم المشتري بكون المبيع مملوكا للغير وليس للبائع هو انتقاد في رأينا لا يتماشى مع ما أسس له المشرع المغربي بموجب الفصل 485 من ق.ل.ع، فالانتقاد المذكور بني على أساس القواعد العامة المنظمة للفسخ، وهو ما يتعارض مع النص الخاص الذي يمثله الفصل المذكور. فبالأحرى تطبيق القواعد الخاصة التي جاء بها الفصل 485 من ق.ل.ع والتي تقر بأحقية المشتري بطلب "فسخ" البيع، على ما تنص عليه القواعد العامة.

كما يعاب على نظرية الفسخ أيضا أنها لا تمكن المشتري من التحلل من العقد الذي أبرمه مع البائع حتى ولو رفع دعوى الفسخ (مرحلة ما قبل صدور الحكم)، وذلك عندما يصبح البائع مالكا للمبيع أو يقر المالك الحقيقي بالبيع تطبيقا لنص الفصل 485 ق.ل.ع، فالقاضي هنا لا يستطيع أن يقضي بالفسخ حتى ولو رفعت دعوى المطالبة بذلك لأن الأسباب التي بنيت عليها

18 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص: 65.

19 - رأي للأستاذ سلطان العدوي، أشار إليه أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 48.



الدعوى أصبحت منعدمة، بعكس ما هو عليه الحال في دعوى الإبطال، فالقاضي يحكم به (الإبطال) حتى ولو أصبح البائع مالكا للمبيع، شرط أن يكون ذلك بعد رفع الدعوى لا قبلها.²⁰

2- نظرية العقد الموقوف²¹

يعتبر الأستاذ إدريس الضحاك أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، غير أن ما يعاب على هذا الرأي هو أن المشرع المغربي أثناء تقسيمه للعقد من حيث الصحة لم يأخذ بالنظرة الفقهية الإسلامية كما زعم الأستاذ الضحاك²²، بل أخذ بالتقسيم الغربي لنظرية البطلان الذي يقسم البطلان إلى قسمين هما: البطلان والإبطال²³.

فلو سلمنا بأن بيع ملك الغير عقد موقوفا كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي²⁴ فيجب علينا أن نقر بأن هذا العقد لا ينتج الأثر المتوخى منه إلا إذا أجاز له المالك الحقيقي، وهو ما يتعارض مع الواقع والقانون، فبيع ملك الغير من الناحية القانونية ينتج أثره في الحال بين المتعاقدين شأنه شأن أي عقد قابل للفسخ، ولا يفسخ العقد إلا إذا طلب المشتري فسخه. كما أن القول بأن العقد يعتبر موقوفا في نطاق العلاقة التي تحكم البائع والمشتري قول يتناقض مع الأحكام العامة في القانون والأحكام الخاصة لبيع ملك الغير،

20 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 276.

21 - لا بد هنا من التمييز أولا بين كل من العقد الموقوف والعقد غير النافذ، فالعقد الموقوف هو العقد التي لا ينتج أي أثر بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة، أما بالنسبة للعقد غير النافذ في حق الغير فمعناه عدم نفاذ التصرف في حق الغير مع بقاءه صحيحا نافذا فيما بين المتعاقدين. - للتعمق أكثر راجع: عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 208-209.

22 - إدريس الضحاك، بيع ملك الغير في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 59-60-61، السنة السادسة، ماي-يوليوز، 1963، ص: 419-420-422.

23 - أنظر القسم الخامس من قانون الالتزامات والعقود المعنون بـ: "بطلان الالتزامات وإبطالها" والذي قُسم إلى بابين:

الباب الأول: بطلان الالتزامات (الفصول من 306 إلى 310 ق.ل.ع).

الباب الثاني: إبطال الالتزامات (الفصول من 311 إلى 318 ق.ل.ع).

24 - سنفصل في ذلك في الفقرة الموالية (الفقرة الثانية).



فيجب هنا أن نميز بين إبرام العقد وبين إنتاج أثره، لأن الإبرام متعلق بأطراف العقد فقط عكس الآثار الناتجة عن تنفيذ العقد التي قد تشمل طرفاً ثالثاً هو الغير.

3- نظرية القابلية للإبطال

بالرجوع إلى الفصل 485 من ق.ل.ع يتبين أن الموقف الذي تبناه المشرع المغربي يختلف كلياً عن الموقفين السابقين (نظريتا الفسخ والعقد الموقوف)، فهو قد اعتبر عقد بيع ملك الغير عقدا قابلاً للفسخ لفائدة المشتري دون البائع، الأمر الذي ساهم في بروز آراء فقهية مختلفة حاولت تحديد طبيعة الحكم المنصوص عليه في الفصل 485 ق.ل.ع. فالاتجاه الغالب في الفقه المغربي يرى بأن هذا الحكم لا يتناسب مع طبيعة هذا البيع الذي تتعارض فيه المصالح بين أكثر من طرف، فنظام الفسخ المنصوص عليه في الفصل 485 ق.ل.ع الذي تقرر لحماية المشتري لا يحقق نفس الحماية بالنسبة للمالك الحقيقي للشيء المبيع، لذلك فإن الأستاذ خالد عبد الله عيد²⁵ يرى بأن هذا البيع غير مسبب تطبيقاً لمقتضيات الفصلين 64 و 65 من ق.ل.ع لأن التزام البائع فيه يفتقر إلى محل موجود، كما أن التزام المشتري إلى يفتقر هو كذلك إلى سبب مشروع تطبيقاً لأحكام الفصل 62 من القانون المذكور²⁶.

وبعد دراسة الفصل 485 من ق.ل.ع دراسة وافية وتحليل الآثار المترتبة عن أحكامه يتضح لنا أن الفسخ المنصوص عليه في الفصل المذكور لا يعد سوى تطبيقاً لنظرية القابلية للإبطال، فهذا الأخير (الإبطال) قد قرر بموجب نص خاص هو الفصل 485 ق.ل.ع حتى يتميز عن الحالات العامة التي يتقرر فيها الإبطال كنقصان الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا، وهو رأي نساير فيه أستاذنا عبد الرزاق أيوب الذي اعتبر

25 - أشار له: عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 77.

26 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 77.



أن الفسخ الذي أقره الفصل 485 من ق.ل.ع لا يعد سوى قابلية للإبطال
تقررت بموجب نص خاص²⁷.

ثانياً: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المقارن

سنتناول في إطار هذه النقطة أبرز النظريات القانونية²⁸ التي تناولت
من منظورها بعض التشريعات المقارنة عقد بيع ملك الغير مع تحليلها
والتعليق عليها.

1- نظرية البطلان المطلق

من أبرز التيارات الفقهية القانونية التي قالت بأن بيع ملك الغير
يخضع لنظرية البطلان المطلق نجد بعض الفقه الفرنسي ويسايره في ذلك
الفقه المصري، فأنصار هذه النظرية الذين تمسكوا بحرفية نص الفصل
1599 من القانون المدني الفرنسي يؤسسون بطلان بيع ملك الغير إما على
انعدام سبب البيع على اعتبار أن التزام المشتري لا يقابله شيء من قبل
الطرف البائع لكون هذا الأخير لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وإما على
استحالة المحل استحالة مطلقة لأن البائع ليس هو المالك الحقيقي للمبيع ولا
يقدر على نقل ملكيته إلى المشتري²⁹، فهل صحيح أن السبب في بيع ملك
الغير يعد منعدماً؟ وهل أن استحالة المحل في بيع ملك الغير توجب البطلان
المطلق؟

بخصوص انعدام السبب في بيع ملك الغير، لا يعتبر مجرد تعذر
تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية للمشتري فور إبرام العقد مبرراً للقول
بانعدام سبب التزام المشتري، إذ قد يملك البائع في المستقبل الشيء المبيع،

²⁷ - عبد الرزاق أيوب، محاضرة أُلقيت بمناسبة حصة دراسية بسلك ماستر القانون المدني المعمق الفوج
الثاني، كلية الحقوق، جامعة ابن زهر، أكادير، 2016-2017.

²⁸ - سنقتصر في بحثنا هذا على تناول كل من نظرية البطلان المطلق، نظرية العقد الموقوف، ونظرية
القابلية للإبطال، وذلك راجع أساساً إلى تقاربها من بعضها وإلى النقاش الفقهي القانوني الذي أثارته.

²⁹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص:
276-277.



كما قد يقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع، وحينها يتمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية للمشتري، وبالتالي يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية للمشتري³⁰. وإذا أخذنا بالرأي الذي يعتبر أن أساس بطلان بيع ملك الغير هو انعدام سبب التزام المشتري فيجب تطبيق نظرية الفسخ بدل نظرية البطلان تطبيقاً للقواعد العامة لعقد البيع، فهذا الأخير يعد من العقود الملزمة للجانبين التي تنتقل فيها الملكية بحكم العقد، وعليه فلو صحة مسألة انعدام سبب التزام المشتري لكان تطبيق نظرية الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أصوب لأننا أمام عقد بيع فيه التزامات متقابلة³¹.

أما فيما يتعلق باستحالة المحل في بيع ملك الغير، فبعض الفقهاء لم يميزوا بين حالتين هما الحالة التي يكون فيها البائع غير مالك للمبيع والحالة التي يكون فيها المحل منعدماً، ففي الحالة الأولى لا يكون هناك سبب موجب للبطلان لأن الاستحالة هنا استحالة نسبية وليست مطلقة، فإمكانية إقرار البيع من المالك الحقيقي أو أن يصبح البائع هو نفسه مالكا لا تعد مستحيلة بشكل مطلق، وبالتالي فالجزاء المترتب عن الحالة الأولى هو الفسخ وليس البطلان. أما في حالة انعدام المحل (استحالة مطلقة) فالجزاء المترتب هنا هو البطلان³².

خلاصة لما سبق، يتضح أن نظرية البطلان المطلق لا يمكن تطبيقها على بيع ملك الغير لعدة أسباب وهي:

30 - أيمن محمد ناصر، مرجع سابق، ص: 51.

31 - زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013-2014، ص: 56.

32 - ينص الفصل 59 من ق.ل.ع على أنه: "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون."



- البطلان هو جزاء يقرر عند عدم توفر ركن من أركان العقد ولا ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له³³، بينما نجد أن عقد بيع ملك الغير يختلف تماما عن ذلك فقد توافرت أركانه وينتج آثاره باستثناء نقل الملكية.
- العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ولا الإقرار³⁴، في حين أن المالك الحقيقي للمبيع يمكن أن يقر بعقد البيع الذي انصب على ملكه³⁵.
- لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد، كما للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، عكس ما هو عليه الحال في عقد بيع ملك الغير الذي يبقى للمشتري وحده الحق في التمسك ببطلانه.

2- نظرية العقد الموقوف

تعتبر نظرية العقد الموقوف نظرية مستمدة من الفقه الإسلامي عموما ومن الفقه الحنفي خصوصا، ويرى أصحاب هذه النظرية أن بيع ملك الغير موقوف على إرادة البائع التي لها السلطان الأكبر في إقرار هذا التصرف أو عدم إقراره³⁶، ويعتبر تصرف الفضولي من بين تطبيقات هذه النظرية، إذ يتوقف مصير تصرفه على إقرار المالك الحقيقي للشيء المبيع. ويعد كل من القانون المدني الأردني الذي تنص المادة 171 منه على أنه: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك"، والقانون المدني العراقي الذي تنص مادته 135 على أن: "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك"

33 - الفصل 306 من ق.ل.ع: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له".

34 - الفصل 309 من ق.ل.ع: "إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر".

35 - ينص الفصل 485 من ق.ل.ع على أن بيع ملك الغير يقع صحيحا إذا أقره المالك.

36 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 76.



من التشريعات المدنية العربية التي تأثرت بهذه النظرية، حيث جاء في مضمونها أن من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي.

إن ما يعاب على نظرية العقد الموقوف في علاقتها ببيع ملك الغير هو أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، في حين نجد أن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ما عدا انتقال الملكية، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله³⁷، وهو ما يبين أن أحكام بيع ملك الغير حسب القانون الوضعي لا تتماشى مع نظرية العقد الموقوف حسب مفهومها في الفقه الإسلامي.

3- نظرية القابلية للإبطال

ذهب جانب كبير من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلى القول بأن بيع ملك الغير لا يقع باطلاً بل قابلاً للإبطال، ولكنهم اختلفوا في السبب الذي يعللون به رأيهم، فقال بعضهم أن السبب هو الاستحالة النسبية القائمة على ظروف موضوعية مستمدة من ملابسات إبرام العقد، وقال بعضهم الآخر أن السبب في الإبطال هو غلط المشتري في شخص البائع أو في صفة جوهرية في المبيع، وقال فريق آخر أن الإبطال هنا هو نوع خاص أنشأه المشرع بمقتضى نص خاص³⁸.

ويرى أغلب الفقه المصري وبعض الفقه الفرنسي أن سبب اعتبار بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال هو كون هذا العقد ينافي طبيعة البيع طبقاً للقواعد العامة، غير أنهم أشاروا إلى كون منافات طبيعة عقد البيع لا تعد حسب القواعد العامة سبباً لإبطال العقد لأن العقد لا يبطل عموماً إلا بنقص أهلية طرفيه أو وجود عيب من عيوب الرضا، الأمر الذي أوجب وضع

37 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 281.

38 - للمزيد حول الموضوع راجع: عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 157.



نص خاص يقرر بطلان هذا البيع³⁹، مفندين برأيهم الآراء التي بنت سبب الإبطال على كل من الاستحالة النسبية وغلط المشتري. وبالتالي فبناء على ما سبق بيانه فإن حالات العقد القابل للإبطال أصبحت ثلاثا وهي: تصرف ناقص الأهلية، وجود عيب من عيوب الرضا، وحالة بيع ملك الغير باعتبارها حالة خاصة مقررة بموجب نص خاص⁴⁰.

الفقرة الثانية: طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي⁴¹

بعد الرجوع إلى الكتابات الفقهية الإسلامية نجد أن بيع ملك الغير المنصوص على أحكامه في القانون الوضعي يقابله في الفقه الإسلامي بيع الفضولي، هذا البيع أثار خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اختلفت المذاهب الفقهية في الحكم على تصرفات الفضولي، ولعل من أسباب هذا الاختلاف اعتبار المصلحة، ثم الاختلاف في تقويمها، بالإضافة إلى الاختلاف الأساسي الذي يعود لقيمة النصوص الأصلية الواردة بالموضوع، وإلى أصول المذاهب المختلفة أيضا.

ويرى بعض الفقهاء أن بيع الفضولي باطل من أساسه ولا ينتج أي أثر سواء فيما بين المتعاقدين، أو في مواجهة هذا الغير، ومن ثم فيستبعد تصحيح هذا البطلان فيما بعد (أولا)، بينما يرى بعضهم الآخر أن هذا التصرف صحيح ولكن تتوقف انتاج آثاره القانونية على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازته انعقد صحيحا وأنتج آثاره منذ انعقاده، وإن نقضه اعتبر باطلا (ثانيا). فمن هو يا ترى الرأي الراجح من القولين؟ (ثالثا).

39 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 283-284.

40 - زينة أحمد خريسات، مرجع سابق، ص: 68.

41 - سننترق هنا إلى الطبيعة القانونية لبيع الفضولي فقط دون معالجة الحكم الشرعي له مع الإشارة أحيانا إلى بعض الأحكام لإغناء هذه الدراسة.

- للتوسع أكثر راجع: سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص: 484-494.



أولاً: نظرية بطلان بيع ملك الغير (بيع الفضولي)

يرى فقهاء هذه النظرية ومنهم أبو ثور وابن المنذر⁴²، وابن حزم الظاهري⁴³، وبعض المالكية⁴⁴، والشافعية في المذهب الجديد⁴⁵، والحنابلة في إحدى الروايتين⁴⁶، أن عقد بيع الفضولي باطل بطلاناً مطلقاً وغير قابل للتصحيح، وذلك لأنه تصرف في حق الغير دون إذن من الشارع، ودون إذن من صاحب الشأن.

وهؤلاء الفقهاء يؤسسون بطلان بيع الفضولي على انتفاء الملكية والولاية وهما من شروط الانعقاد، وفي بيع الفضولي لا يكون البائع مالكا وليس له ولاية التصرف في المبيع، وبالتالي يكون تصرفه بالمبيع من غير إذن مالكة باطل من أساسه، ولا يترتب عليه أثر لا بين المتعاقدين، ولا بالنسبة للغير. ولأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة أو الإقرار فإن بيع الفضولي لا يمكن تصحيحه بإجازة المالك له⁴⁷، لأن إجازته هنا تنصب وتقع على شيء معدوم.

ويؤسس فقهاء نظرية البطلان رأيهم على مجموعة من الأدلة والحجج المستقاة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ومصدري القياس والمعقول.

42 - - محي الدين النووي، المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية، الجزء التاسع، د.ب.ط، المطبعة المنيرية، القاهرة، د.ب.ت، ص: 285.

- عبد الله بن قدامة، المغني، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مطبعة المنار، القاهرة، 1367هـ، ص: 206-205.

43 - علي ابن حزم الأندلسي، المحلى، الجزء الثامن، د.ب.ط، المطبعة المنيرية، القاهرة، 1350هـ. ص: 434.

44 - شهاب الدين القرافي، الفروق، الجزء الثالث، القاهرة، 1344هـ، ص: 242.

45 - إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص: 13.

- محمد بن محمد أبي الغزالي، الوسيط في المذهب، الجزء الأول، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، 1317هـ، ص: 134.

46 - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، 206-205.

47 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 72.



1- الدليل من القرآن الكريم

ترتكز نظرية بطلان بيع الفضولي على دليلين من القرآن الكريم، حيث يتمثل الدليل الأول في قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}⁴⁸. هذه الآية الكريمة جعلت فقهاء هذه النظرية يعتبرون بيع الفضولي أكلاً لأموال الناس بالباطل، وهو ما يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً، ولا يمكن أن يصحح هذا البيع بالإجازة من قبل المالك لأن هذه الأخيرة لا تلحق العقد الباطل.

أما الدليل القرآني الثاني الذي استند عليه فقهاء هذه النظرية فهو قوله تعالى: {ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى}⁴⁹. وتدل هذه الآية الكريمة في نظر الفقهاء على أن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع، ولا أن يملك المالك الحقيقي الثمن.

2- الدليل من السنة النبوية الشريفة

إن من أدلة السنة النبوية التي يستدل بها فقهاء نظرية البطلان ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "أن حكيم بن حزام قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيع منه؟ قال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك"⁵⁰.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشيء غير المملوك للبائع، وأن بيعه يعد باطلاً، لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم، والنهي عند هؤلاء يقتضي البطلان⁵¹.

48 - سورة النساء، الآية: 29،

49 - سورة الأنعام، الآية: 164.

50 - سنن أبي داود، الجزء الثالث، ص: 384.

51 - صلاح الدين شوشاري، مرجع سابق، ص: 44.

واستدلوا أيضا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه:
"لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك"⁵².

كما يستدلون أيضا بما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده
 أن الرسول صلى الله عليه وسلم أرسل عقاب بن أسيد إلى أهل مكة أن
 أبلغهم عني أربع خصال: **"أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف،
 ولا تبع ما لم تملك، ولا ربح ما لم تضمن"**⁵³.

ويشير الحديثين أعلاه إلى نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس عن
 بيع ما لا يملكوه، وبما أن الفضولي لا يملك ما يبيعه فلا يصح إذا تصرفه.

3- الدليل من القياس

يعتبر أنصار نظرية البطلان أن التصرف الصادر من الفضولي
 الذي يبيع ملك غيره يقع باطلا، لأنه لا يقدر على تسليم ما باعه، فهو كمن
 باع السمك في الماء أو الطير في الهواء، وهو بيع باطل⁵⁴.

4- الدليل من المعقول

يتمثل المعقول لدى فقهاء هذه النظرية في وجوب صدور العقد ممن
 له ولاية إصداره، وهذه الولاية لا تتحقق إلا بالملك أو بالإذن، والولاية
 عندهم كالأهلية لذلك يجب أن تكون كاملة، ولأن انعقاد عقد البيع يعني
 الارتباط بين كل من البائع والمشتري، بحيث يتمكن كل منهما من تمكين
 الآخر من أحكام العقد كاملة، فإن بيع الفضولي الذي يبيع ملك غيره يقع
 باطلا، لأنه لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع فهو ليس صاحب الولاية
 في ذلك، وانعدام الولاية في نظرهم تعني بطلان البيع⁵⁵.

52 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 263.

53 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 263.

54 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 286.

55 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 73.



تقييم نظرية بطلان بيع ملك الغير (بيع الفضولي)

لاقت نظرية بطلان بيع الفضولي الذي يبيع ملك غيره مجموعة من الانتقادات من قبل أنصار وفقهاء نظرية البيع الموقوف، هذه الانتقادات جاءت كرد على الأدلة التي استند عليها فقهاء نظرية البطلان من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والمعقول.

ففي ردهم على ما جاء به فقهاء نظرية البطلان من دليل قرآني⁵⁶ فقد اعتبروا أن بيع الفضولي لا ينتج أثره إلا إذا لحقته الإجازة لأنه بيع موقوف لا يرتب أي أثر قبل إجازته من قبل المالك الحقيقي، وبالتالي لا يمكن القول بأن هذا البيع فيه أكل لأموال الناس بالباطل. كما اعتبروا أيضا أن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة ولا ينتج العقد قبلها أي أثر، لأن العقد موقوف على إجازته، وذلك في ردهم على ما استدلوا به من الآية 164 من سورة الأنعام⁵⁷.

أما في ردهم على دليل فقهاء نظرية البطلان من السنة النبوية الشريفة، فبخصوص قوله صلى الله عليه وسلم "لا تبع ما ليس عندك" قالوا أن هذا الحديث جاء بمناسبة بيع حكيم بن حزام شيئا غير موجود عنده وسيقوم بشرائه من السوق ليقوم بتسليمه للمشتري، وهذا فيه غرر والغرر لا يجوز، إذ من المحتمل أن لا يجد الشيء المراد بيعه في السوق⁵⁸، وهذا البيع باطل في الفقه الإسلامي، لذلك فإن الفقهاء يرون بأن هذا الحديث الشريف جاء ليحرم بيع المعدوم وليس بيع الفضولي⁵⁹.

أما بالنسبة لردهم على ما استنتجه أنصار نظرية البطلان من قوله صلى الله عليه وسلم "لا بيع إلا فيما تملك" فقد ذهبوا إلى أن النهي الوارد

56 - المقصود هنا رد فقهاء نظرية العقد الموقوف على ما استنتجه فقهاء نظرية البطلان من الآية 29 من سورة النساء، والآية 164 من سورة الأنعام.

57 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 74-75.

58 - ابن قدامة، مرجع سابق، ص: 228.

59 - كمال الدين الهمام، فتح القدير شرح الهداية، الجزء الخامس، د.ب.ط، د.م، 1316هـ، ص: 309.



في الحديث الشريف مقصور على التصرفات المنتجة لآثارها فعلا، بينما بيع الفضولي موقوف أثره على إجازة المالك⁶⁰.

وفي تعليقهم على قياس فقهاء نظرية البطلان بيع الفضولي على بيع السمك في الماء والطير في الهواء، اعتبر فقهاء نظرية العقد الموقوف أن البيوع التي قيس عليها بيع الفضولي هي بيوع باطلة لانعدام محلها، في حين أن بيع الفضولي وإن كان محله في ملك غير البائع إلا أنه موجود، ولهذا السبب تتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك⁶¹.

أما فيما يخص الحجج المنطقية التي استمدها فقهاء نظرية البطلان من عقلهم الصميم والمتمثلة أساسا في وجوب صدور العقد ممن له ولاية إصداره فقد رد عليها أصحاب نظرية العقد الموقوف بكون الولاية ليست كما يقولون شرط من شروط الانعقاد، وإنما هي شرط من شروط النفاذ، وتختلف شرط النفاذ لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما يؤدي إلى وقف نفاذه على الإجازة ممن يملكها شرعا⁶².

60 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 286.

61 - كمال الدين الهمام، مرجع سابق، ص: 309-311.

62 - محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد: 25، ص: 162.



ثانيا: نظرية توقف بيع ملك الغير (بيع الفضولي)

يذهب فقهاء هذه النظرية ومنهم الحنفية⁶³، وأغلب المالكية⁶⁴، والشافعية في المذهب القديم⁶⁵، والحنابلة في إحدى الروايتين⁶⁶، وإسحاق بن راهوية⁶⁷، إلى أن بيع الفضولي بيع صحيح منعقد متى كان الفضولي أهلا للتصرف وكان المحل قابلا لذلك التصرف في ذاته، غير أن البيع يبقى موقوف النفاذ على إجازة المالك الحقيقي⁶⁸، فلا ينتج أي أثر قانوني لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا إذا أجاز له حق إجازته، وحينئذ تنقصر صحته منذ انعقاده وينتج جميع آثاره بأثر رجعي⁶⁹. واستدلوا هم أيضا على قولهم هذا بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والمعقول.

63 - أبو بكر السرخسي، المبسوط، الجزء الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار السعادة، 1331هـ، ص: 153.

- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص: 575.

- كمال الدين الهمام، مرجع سابق، ص: 309.

- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الفكر، د.م.ط، 1962، ص: 113.

64 - ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص: 270-271.

65 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 282-285.

66 - ابن قدامة، مرجع سابق، ص: 205.

67 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 285.

68 - والعقد الموقوف هو العقد الذي يتعلق به حق الغير ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجاز له أصحاب الحق، فإذا لم يجزه بطل العقد واعتبر كأنه لم يكن. وهو كذلك التصرف الذي ينعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكنه ينقصه أحد عنصرين النفاذ، الملكية أو الأهلية، فهو تصرف موقوف لأن صحته أو بطلانه لم يتقرر بعد بصفة نهائية.

- محمد عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المكتبة الحديثة، م.ط.غ.م، 1988، ص: 16.

- الحبيب الدقاق، نظرية تحول التصرف في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1987-1988، ص: 188.

69 - محمد جبر الألفي، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الرابع، 1987.



1- الدليل من القرآن الكريم

استدل فقهاء نظرية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك بما ورد في كتابه عز وجل من آيات مثل قوله تعالى: {وأحل الله البيع}⁷⁰، وقوله سبحانه: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}⁷¹، وقوله عز وجل: {فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله}⁷².

هذه الآيات الكريمة في نظرهم إن دلت على شيء إنما تدل على جواز البيع بالاطلاق، أي سواء كان نافذا أم موقوفاً، وسواء تم بطريق الأصالة أو بطريق النيابة، وسواء وجد الرضا من المتعاقدين في الابتداء أم وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل⁷³. أي أن هذه الآيات الكريمة لم تفرق في حل البيع أن يكون صادراً من المالك بطريق الأصالة، وبين أن يكون صادراً عن الوكيل في الابتداء، أو عن الفضولي الذي يصبح وكيلاً بالإجازة⁷⁴.

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان}⁷⁵، فهذه الآية عندهم المقصود بها أن بيع الفضولي بعد إجازته بما فيه من توفير في المشقة على المالك، يعد من قبيل التعاون على البر والتقوى، لذلك ينبغي القول بصحته ومشروعيته⁷⁶.

70 - سورة البقرة، الآية: 275.

71 - سورة النساء، الآية: 29.

72 - سورة الجمعة، الآية: 10.

73 - الكاساني، مرجع سابق، ص: 576.

74 - عبد الرحمن جمعة الحلالش، مرجع سابق، ص: 195.

75 - سورة المائدة، الآية: 2.

76 - شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ص: 343.



2- الدليل من السنة النبوية الشريفة

استدل أصحاب نظرية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك بما روي عن أبي داود والترمذي وابن ماجه أن عروة البارقي قال: "دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، فجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت له ما كان من أمري، فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك"⁷⁷. كما استدلوا أيضا بما روي عن حكيم بن حزام "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري به أضحية فاشتري به أضحية وباعها بدينارين، واشتري أضحية بدينار وجاء بالأضحية والدينار، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: ضح بالشاة وتصدق بالدينار، فتصدق بالدينار ودعا له بالبركة"⁷⁸.

ووجه الدلالة من الحديث الأول أن عروة البارقي باع الشاة التي اشتراها للنبي صلى الله عليه وسلم دون إذنه، ورغم ذلك لم يبطل عقده بل أجازته، فكان ذلك دليلا على أن التصرف صحيح ولكنه موقوف لا ينتج أثره إلا بالإجازة، ولو كان باطلا لرده وأنكره عليه لأن الباطل ينكر⁷⁹.

أما دلالة الحديث الثاني الذي جاء فيه أن الصحابي حكيم بن حزام قد اشترى ما لم يوكل بشرائه، ثم باع ما لم يوكل ببيعه، وأقره الرسول صلى الله عليه وسلم، فتتجلى في كون تصرف الفضولي أمرا جائزا وصحيحا ومتوقفا على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه لن ينفذ.

77 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 285.
78 - سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب حدثنا أبو كريب 855/3.
79 - صلاح الدين شوشاري، مرجع سابق، ص: 46.

3- الدليل من القياس

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن عقد بيع الفضولي عقد له مجيز حال وقوعه، فجاز أن يصح موقوفاً على الإجازة قياساً على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها تجوز وتكون موقوفة على إجازة الورثة حتى تنفذ، كما يقولون بأنه يجوز بيع الفضولي قياساً على البيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام، فهو بيع صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن⁸⁰.

4- الدليل من المعقول

يرى أنصار هذه النظرية أن بيع الفضولي عقد توافرت فيه جميع أركان انعقاده، فإرادة البائع والمشتري سليمة من العيوب، ومحل العقد مشروع، وكونه غير مملوك للبائع لا ينفي وجوده، ولكن في نفس الوقت يوقف نفاذ العقد لأن احتمال عدم رضا المالك بالبيع قائم وموجود، فإذا ما أجاز المالك هذا البيع نفذ العقد وترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده، وإذا لم يجزه بطل العقد واعتبر كأن لم يكن⁸¹.

← تقييم نظرية توقف بيع ملك الغير (بيع الفضولي)

واجهت نظرية توقف بيع الفضولي هي كذلك مجموعة من الانتقادات من قبل أنصار وفقهاء نظرية بطلان بيعه، هذه الانتقادات جاءت كرد على الأدلة التي استند عليها فقهاء نظرية البطلان من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والمعقول.

فهناك من رد على دليلهم من القرآن الكريم بالقول أن العموم الوارد في الآيات القرآنية الكريمة التي استدلو بها لا يشمل عقد الفضولي قبل الإجازة، ذلك أن هذا العقد قبل إجازته لا يستوجب الوفاء على المالك،

80 - شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ص: 244.

81 - أبو بكر السرخسي، مرجع سابق، ص: 154،

- شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ص: 343.

والتمسك بالعموم بعد الإجازة يتوقف على جواز الرجوع إلى العام بعد خروج الفرد منه⁸².

وقالوا أيضا بأن قوله عز وجل: {وتعاونوا على البر والتقوى} يتنافى مع بيع الفضولي، حيث أن بيع الإنسان مال غيره دون إذنه إنما هو إثم وعدوان وليس فيه تعاون على البر والتقوى⁸³.

وبخصوص رد فقهاء نظرية البطلان على الدليل المستمد من السنة النبوية الشريفة، فقد قالوا أن الصحابي عروة البارقي كان وكيلًا للرسول صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة، إذ أن عروة لم يقتصر تصرفه على البيع وإنما قام بالشراء والبيع والتسليم، وهذا أمر لا يجوز إلا بإذن المالك، وهو ما لم يحصل من عروة البارقي، وهذا يدل على أنه كان وكيلًا وكالة مطلقة⁸⁴.

أما فيما يتعلق بجوابهم على ما جاء به أصحاب نظرية البيع الموقوف من قياس، فإنهم يرفضون قياس بيع الفضولي على الوصية التي تجاوزت ثلث التركة، وقالوا أن الوصية تصح بالمجهول والمعدوم وهو ما لا يصح في بيع الفضولي، ناهيك عن أن الوصية تحتل الغرر بخلاف البيع⁸⁵.

ثالثًا: الترجيح بين النظريتين

بعد أن عرضنا في الفقرتين السابقتين (أولًا وثانيًا) حجج كل من القائلين ببطلان بيع ملك الغير (بيع الفضولي)، وحجج القائلين بتوقف آثار

82 - أبو بكر السرخسي، مرجع سابق، ص: 117.

83 - لاشين محمد يونس الغياثي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986، ص: 139.

84 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 285-287.

85 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 285-287.



هذا البيع على إجازة المالك، وتنتظرنا إلى الانتقادات التي وجهت إلى كلا الرأيين، سنعمل على المقارنة والترجيح بينهما.

فعند العودة إلى الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير (بطلان بيع الفضولي) نجد أن هذا الرأي ينطلق من الحرص على عدم الوقوع في الإثم والحرام وأكل أموال الناس بالباطل، ولأن أصحاب نظرية البطلان لا يعترفون بنظرية العقد الموقوف لكون التصرف عندهم إما صحيحاً وإما باطلاً، فإنهم لا يجدون أمامهم سوى القول ببطلان هذا البيع الذي يتم دون إذن صاحبه، الأمر الذي يجعلهم يعتبرون ملكية البائع للشيء المبيع شرط وجود أو صحة في التصرف.

أما أصحاب الرأي القائل بتوقف بيع ملك الغير (بيع الفضولي) على إجازة المالك الحقيقي للبيع، فإنهم يأخذون بفكرة تأجيل البائع والمشتري لبعض الآثار المترتبة عن هذا البيع، وهم بالتالي يعترفون بوجود مرحلة تتوسط بين التصرف الصحيح النافذ والتصرف الباطل، هذه المرحلة هي مرحلة التصرف الموقوف، الشيء الذي يجعل من ملكية البائع للشيء المبيع عندهم شرط نفاذ لهذا البيع.

إن الرأي القائل بتوقف آثار بيع ملك الغير (بيع الفضولي) على إجازة المالك الحقيقي يبقى في رأينا المتواضع هو الرأي الراجح لعدة أسباب أهمها:

- ✓ نظرية البيع الموقوف فيها تيسير وتفريج على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية.
- ✓ بيع ملك الغير (بيع الفضولي) لا يرتب آثاره إلا بإجازة المالك الحقيقي، وهذا الأخير لا يلحقه أي ضرر ولا يصيب ملكه أي عدوان قبل الإجازة.
- ✓ نظرية توقف البيع تتماشى مع مبدأ الرضائية، فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبراً عنه أو دون إجازته أو رضاه.



✓ هذه النظرية اعتبرت أن ملكية البائع للشيء المبيع شرط من شروط النفاذ وليس الانعقاد، وهو ما يترتب عنه وقف العقد دون ابطاله.

✓ عقد بيع ملك الغير في حكم هذه النظرية ينعقد صحيحا موقوفا على اجازة المالك الأصلي، وكل ما في الأمر أن انتقال الملكية في هذا البيع يتأخر إلى حين إجازته.

يستفاد مما سبقت معالجته أن الرأي الراجح في تحديد طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي هو الرأي القائل بتوقف هذا النوع من البيوع على إجازة المالك الحقيقي للشيء المبيع، فهو رأي بني على أساس حجج قوية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وبني أيضا على قياس وحكمة عقل سديدين، الأمر الذي جعل العديد من الفقهاء يأخذون به ويتبنونه، وتسايروهم في ذلك العديد من التقنينات المدنية المعاصرة التي تأثرت بموقف الفقه الإسلامي كالتقنين المدني الأردني، ومجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الإيراني⁸⁶.

86 - راجع: عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 199-200.



المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير

يعد بيع ملك الغير من البيوع التي يشترط فيها توفر مجموعة من العناصر الأساسية، فوجود هذه الأخيرة هو الكفيل بتحديد هل نحن أمام بيع لملك الغير أم لا، كما أن معرفة هذه العناصر يساعد أيضا في تحديد نطاق التصرفات التي تعتبر بيعا لملك الغير والتصرفات التي لا تدخل في نطاق هذا النوع من البيوع.

ولتحديد عناصر بيع ملك الغير وحصر نطاقه ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط بيع ملك الغير والتصرفات الخارجة عن نطاقه.

المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عما يشته به من أنظمة.



المطلب الأول: شروط بيع ملك الغير والتصرفات الخارجة عن نطاقه

في إطار هذا المطلب سنتطرق إلى تحديد عناصر وشروط بيع ملك الغير في فقرة أولى، على أن نحدد بعدها التصرفات الخارجة عن نطاقه في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: شروط بيع ملك الغير

ينص الفصل 485 من ق.ل.ع على أن: "بيع ملك الغير يقع صحيحاً:

(1) إذا أقره المالك،

(2) إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء المبيع.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

يستفاد من التعريف أعلاه أنه حتى نكون أمام بيع لملك الغير يجب أن تتوفر أربعة شروط⁸⁷، وهي:

- أولاً: أن نكون بصدد عقد بيع.
- ثانياً: أن يكون المبيع معيناً بذاته.
- ثالثاً: ألا يكون المبيع مملوكاً للبائع أو المشتري عند التعاقد.

87 - أنظر أيضاً: محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986، ص: 23.



■ رابعاً: أن يقصد من البيع نقل الملكية في الحال.

أولاً: أن نكون بصدد عقد البيع

ينص الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

طبقاً لنص الفصل 488 من ق.ل.ع نكون بصدد عقد بيع بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين على انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي، ويعني ذلك اتفاق الطرفين على ماهية العقد، وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً.

ويبقى انتقال الملكية هو الغاية الأساسية من عقد البيع، سواء كان البيع اختيارياً أم اجبارياً⁸⁸، الأمر الذي يُخرج كل عقد أو اتفاق لا يهدف إلى نقل الملكية من نطاق عقد البيع.

ثانياً: أن يكون المبيع معيناً بذاته

لكي يعتبر البيع بيعاً لملك الغير يجب أن يكون محله شيئاً معيناً بذاته. ويقصد بالأشياء المعينة بذاتها الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء⁸⁹، وهي أيضاً الأشياء التي تتفاوت في القيمة تفاوتاً يعتد به في التداول⁹⁰.

وتكمن أهمية شرط أن يكون المبيع معيناً بذاته في الأسباب التالية:

88 - محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، د.ب.ط، دار النهضة العربية، د.ب.ط، 1968، ص: 82.

89 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص: 13.

90 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 24.



1- إن ملكية المبيع لا يمكن أن تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، وبقوة القانون، وبصورة حتمية، إلا إذا كان هذا المبيع محددًا ومعينًا بذاته.

2- هذا الشرط وضع ليتماشى مع طبيعة الحقوق العينية التي تتميز بكونها حقوق ترد على أشياء معينة بذاتها. فإذا لم يكن المبيع معينًا بالذات وقت إبرام العقد، فلا يمكن أن تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري فور إبرام العقد.

3- عندما يعين الشيء المبيع بالذات يمكن عندئذ التعرف هل فعلاً يملك البائع الشيء المبيع أم لا.

ثالثًا: ألا يكون المبيع مملوكًا للبائع أو المشتري عند التعاقد

يعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية التي ينبغي وجودها حتى نكون أمام بيع لملك الغير، فالمبيع يجب أن يكون مملوكًا لغير البائع أو المشتري. فإذا كان المبيع مملوكًا للبائع كان العقد صحيحًا، وإذا كان المبيع مملوكًا للمشتري وقد أقدم على شرائه جاهلاً بملكيته له فإن البيع لا ينعقد أصلاً ويعد باطلاً لتخلف المحل، وكذلك لاستحالة تحقيق الغرض المقصود منه استحالة مطلقة وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع في الأصل.

يتضح مما سبق أن ملكية البائع للشيء المبيع تضعنا أمام بيع صحيح، في حين تضعنا ملكية المشتري للشيء المبيع أمام بيع باطل، وعدم ملكية المشتري والبائع للشيء المبيع تضعنا أمام بيع لملك الغير.

رابعًا: أن يقصد من البيع نقل الملكية في الحال

يعتبر نقل الملكية في الحال من الشروط الأساسية الواجب توفرها حتى يمكن القول أننا أمام بيع لملك الغير، إذ تكمن أهمية هذا الشرط في أنه



هو الذي يمكننا من التمييز بين حالة بيع ملك الغير وغيره من التصرفات الأخرى التي لا يقصد منها نقل الملكية في الحال كتعهد البائع في العقد بالحصول على ملكية المبيع المملوك للغير ونقلها إلى المشتري، والتعهد عن المالك ببيع الشيء إلى شخص معين، والالتزام عن المالك شرط إقراره إياه، وأيضا بيع الأشياء المعينة بنوعها التي لا تنتقل ملكيتها بمجرد العقد بل من وقت الفرز.

الفقرة الثانية: التصرفات الخارجة عن نطاق بيع ملك الغير

بعد أن رأينا أن انتقال ملكية الشيء المبيع في الحال من أهم الشروط التي يقوم عليها بيع ملك الغير، يمكن القول بأن كل تصرف لا ينقل ملكية المبيع بمجرد إبرام العقد يعتبر خارجا عن نطاق بيع ملك الغير. ويمكن حصر أهم هذه التصرفات في ما يلي:

أولاً: الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه

ينص الفصل 36 من ق.ل.ع على أنه: "يجوز الالتزام عن الغير على شرط إقراره إياه، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق. ولا يبقى هذا الطرف ملتزما إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوما بعد الإعلام بالعقد".

يستفاد من الفصل أعلاه أنه يمكن بيع شيء مملوك للغير⁹¹ تحت شرط صريح من قبل البائع يتمثل في الحصول على إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر منه، ومعنى ذلك أن المشتري يكون على بينة من أمره منذ البدء بأن البائع يتصرف فيما لا يملك. وهذا بخلاف بيع ملك الغير حيث لا

91 - نعني بالغير كل من لم يكن طرفا في العقد بشخصه أو بمن يمثله، والغير بهذا المعنى الواسع يشمل الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين، والغير بالمعنى الصحيح الضيق. ويقصد به أيضا كل من لا تربطه بالمتعاقدين أي رابطة إلزامية، وهو كل شخص لا ينتمي للخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائنين.



يشترط أن يكون المشتري عالماً بأن المبيع غير مملوك للبائع، بل لا يشترط فيه أيضاً حتى علم البائع إن كان المبيع مملوكاً أو غير مملوكاً له⁹².

ثانياً: التعهد عن الغير⁹³

إذا تعهد شخص عن المالك الحقيقي بأن يبيع لشخص آخر شيئاً مملوكاً لهذا المالك، فإن هذا التعهد لا يعد بيعاً لملك الغير، إذ أنه لم يقدّم ببيع ملك غيره، وإنما تعهد عن المالك في أنه سيبيع ما يملكه، فيكون هذا تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير⁹⁴. والدليل على ذلك أن محل التعهد⁹⁵ عن الغير هو القيام بعمل يتمثل في حصول المتعهد على رضا المالك بأن يبيع، فهو إن استطاع ذلك فهذا يحتاج إلى عقد بيع يبرم بين المالك والغير حتى تنتقل الملكية وإلا التزم المتعهد بتعويض الغير عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذه لالتزامه⁹⁶. وبالتالي فإن مجرد التعهد لا ينقل الملكية⁹⁷.

ثالثاً: الوعد بالبيع والبيع الاحتمالي

يعتبر الوعد بالبيع مجرد التزام يتجسد في القيام بعمل معين، وهذا الوعد يعد صحيحاً حتى وإن صدر من غير المالك، وذلك لأن الوعد بالبيع لا يرتب حكم عقد البيع في انتقال ملكية المبيع، فهو مجرد بيع احتمالي يتفق

92 - عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشه، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: عقد البيع، مرجع سابق، ص: 584.

93 - للمزيد راجع: أحمد العطاري، التعهد عن الغير، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط، 2013-2014، ص: 145-148.

94 - Baudry et Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil: Du contrat de vente, 3eme édition, p:122.

95 - يتمثل محل التعهد في التزام شخص بالقيام بعمل معين هو الحصول على موافقة مالك شيء معين ببيع هذا الشيء لشخص آخر. فمحل التزام المتعهد هو مجرد القيام بعمل وليس نقل الملكية، - محمد حسام محمود لطفي، أحكام عقدي البيع والإيجار، د.ب.ط، د.ب.م، القاهرة، 1990، ص: 105.

96 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 26.

97 - في هذا التعهد لا يلزم المتعهد مالك الشيء ببيعه وإنما يلزم نفسه، فإذا رفض المالك التعهد، جاز للمتعهد له أن يرجع على المتعهد بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المتعهد بالتزامه. - سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول: في البيع والإيجار، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد، 1980، ص: 189.



المتعاقدان بمقتضاه على أن يكون البيع مجرد احتمال قد يتحقق عندما يملك البائع (الواعد) المبيع فينقل ملكيته للمشتري (الموعد له)، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء للمشتري⁹⁸.

رابعاً: بيع الأشياء المستقبلية

إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل، فإن هذا البيع لا يعد ناقلاً للملكية، إذ يرى بعض الفقه⁹⁹ أن وقوع البيع على أموال مستقبلية لا ينشأ الحق بالمبيع¹⁰⁰ إلا بظهور محله ووجود الأعيان التي يرد عليها، ولا مجال لانتقاله إلى المشتري قبل ذلك التاريخ. ولا يمكن إذا القول بأن المبيع مملوك للبائع أو لغيره إلا عند تواجده فعلاً وقت إبرام العقد. وبناء على ذلك فإن بيع الأشياء المستقبلية لا تعد بيعاً لملك الغير، لأن هذا الأخير يشترط أن يكون المبيع عند البيع غير مملوك للبائع، في حين أن بيع الأشياء المستقبلية قد لا تكون مملوكة للبائع أثناء إبرام عقد البيع، لكنه قد يتمكن من الحصول عليها عند حلول وقت تنفيذ العقد فيصبح مالكا للشيء المبيع.

خامساً: بيع الأشياء المعينة بنوعها

من المعلوم أن بيع الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل ملكيتها بمجرد التعاقد، بل لا بد من فرزها وتعيينها عن مثيلاتها¹⁰¹، إذ قبل هذا الفرز أو

98 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 273.

- زينة أحمد خريسات، مرجع سابق، ص: 27.

99 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 272.

- محمد لبيب شنب ووجدي صبحي خليل، مرجع سابق، ص: 74.

100 - تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد أجاز أن يرد العقد على شيء مستقبلي وذلك بموجب المادة 1-160.

101 - يعرف المشرع الأردني الأشياء المثلية في المادة 56-1 من قانون المدني بأنها: "ما تماثلت أحادها أو أجزائها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن".

التعيين لا يمكن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا يعود إلى طبيعة هذا النوع من البيوع¹⁰².

وتقوم عملية الفرز والتعيين بدور هام في إثبات ملكية الشيء المبيع وتيسير معرفة المالك من غير المالك، فيكون البيع صحيحا إذا وقع من المالك الحقيقي، ويكون بيعا لملك الغير إن وقع من غير المالك الحقيقي للمبيع.

سادسا: تعليق البيع على شرط التملك

يعرف الفصل 107 من ق.ل.ع الشرط بأنه: "تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله.

والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح أن يكون شرطا، وإن كان مجهولا من الطرفين".

يتبين من نص الفصل أعلاه أن وجود الشرط في الالتزام يؤدي إلى إحدى النتيجتين هما: إما وجود الالتزام أو زواله. وشرط التملك في عقد البيع يعد شرطا واقفا يتوقف عليه العقد، فهو إن تحقق نكون أمام بيع ناقل للملكية، وإن لم يتحقق يسقط البيع.

وهذا القول لا يصدق على بيع ملك الغير، إذ في هذا النوع من البيوع يبيع الشخص ملك غيره، أما في حالة البيع المعلق على شرط التملك فقد يبيع الشخص ملكه في حال تحقق الشرط، وقد يفشل في تملك الشيء المبيع، وبالتالي يسقط البيع لتخلف المحل، ولكن في كل الأحوال لا يبيع الشخص ملك غيره، ذلك أن البائع والمشتري يتفقان منذ البداية على أن البيع غير بات وإنما معلق على شرط كسب البائع للملكية، فإن أصبح مالكا

102 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 28.



تصرف تصرف المالك، وإلا سقط البيع وعاد كل طرف إلى الحالة التي كان عليها¹⁰³.

المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عما يشتبه به من أنظمة

بعد أن عرفنا بيع ملك الغير، وحددنا شروطه ونطاقه، فلا بد من تمييزه عن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له. وهذه الأنظمة هي: بيع الوارث الظاهر، وبيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع، ثم بيع الشريك كل المال الشائع.

الفقرة الأولى: بيع الوارث الظاهر

نكون أمام بيع الوارث الظاهر في الحالة التي يبيع فيها شخص يظهر بمظهر المالك شيئا معيناً بالذات لشخص آخر حسن النية، فيظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس بالمالك الحقيقي، فيكون قد باع شيئا مملوكا لغيره.

وذهب أغلب الفقه¹⁰⁴ إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، فبالرغم من اعترافهم بكونه بيعا لملك الغير في حقيقته لأن الوارث الظاهر لا يملك حقا المبيع، إلا أنهم ولا اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل اعتبروا بيع الوارث الظاهر بيعا صحيحا نافذا في حق الوارث الحقيقي، ومن ثم يملك المشتري المبيع، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشتري حسن النية في بيع ملك الغير¹⁰⁵.

وجدير بالذكر أنه لا يوجد نص في القانون الوضعي يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما اختلفت بعض التشريعات والتوجهات القضائية في

103 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 28.

104 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ومعه العديد من الفقهاء الفرنسيين والمصريين.

- راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 274.

105 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 274.



معالجة هذا النوع من البيوع بين القواعد العامة والقواعد العرفية، كما هو الشأن بالنسبة لكل من الفقه والقضاء الفرنسي الذي عالج بيع الوارث الظاهر وعمد إلى تأصيل حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامة وهي "الغلط الشائع يولد الحق"¹⁰⁶.

أما محكمة النقض المصرية فقد تضاربت قراراتها في تحديد موقفها من بيع الوارث الظاهر، حيث أنها في بداية الأمر اعتبرت بيع الوارث الظاهر بيعاً لملك الغير، معللتا قرارها بأنه لا يجوز مخالفة القانون بحجة استقرار المعاملات¹⁰⁷. إلا أن ما استقر عليه القضاء المصري هو اعتبار أن الوارث الظاهر يبيع ملك غيره فعلاً، فهو من حيث المبدأ يبيع لملك الغير، مالم يتبين أنه قد صدر عن أطرافه بحسن نية، فالمشتري في هذه الحالة يملك المبيع وينفذ البيع، نزولاً لمقتضيات حسن النية وحماية الأوضاع الظاهرة، ويشترط لتطبيق قاعدة المتعاملين بحسن نية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة توافر ما يلي:

- ظهور الشخص بمظهر الوضع الحقيقي، فيعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي ويحمله الناس على ذلك.
- أن يكون صاحب الحق الحقيقي قد أسهم بخطئه في ظهور المتصرف في الحق بمظهر صاحبه.
- أن يتعامل معه شخص آخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، بحيث يكون جاهلاً لمخالفة هذا الوضع للواقع الحقيقي.

106 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 30.

107 - قرار نقض مدني لمحكمة النقض المصرية، عدد: 1979/03/29. أشار إليه: شعله سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عام، د.م.ط، د.ب.ط، ص: 457.

• أن يكون التعامل بعوض حقيقي حتى يكون التعامل مع صاحب الوضع الظاهر جديرا بالحماية القانونية.¹⁰⁸

فبتحقق الشروط التي سبق ذكرها أعلاه لا تبقى حاجة في أعمال أحكام بيع ملك الغير في حالة بيع الوارث الظاهر، لكن شريطة أن يبذل المشتري جهدا في التعرف على البائع، بغض النظر عن النتيجة المتوصل إليها هل فعلا يعد مالكا حقيقيا أم لا.¹⁰⁹

يتضح مما سبق أن بيع الوارث الظاهر هو من حيث المبدأ بيع لملك الغير¹¹⁰ ما لم يتبين أن هذا البيع قد صدر من بائع يعتقد أنه مالك لصالح مشتري يعتقد هو الآخر أنه يتعامل مع مالك الشيء المبيع لأن الوضع الظاهر يؤيد اعتقاده، حينها فقط يصح البيع وينفذ في حق المالك الحقيقي، حماية للأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية.

الفقرة الثانية: بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع¹¹¹

إذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمته، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. فما يملك يتمثل في حصته في الشيوع، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء المفرز¹¹²، ومثال هذا التصرف، هو أن تكون هناك أرضا شائعة بين شريكين لكل منهما النصف

108 - شعلة سعيد أحمد، مرجع سابق، ص: 258.

109 - زينة أحمد خريسات، مرجع سابق، ص: 31-32.

110 - جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر في: 1996/2/27، تحت عدد: 198، ما يلي: "إن المطلوب في النقض يؤكد أنه اشترى من البائعة له زوجة الهالك مالك المبيع وموروث الطاعنين والتي لا ترث فيه إلا الربع، ويرث الباقي بقية الورثة (المدعين)، ولم تدل بما يفيد استقلالها بالمبيع كله عن بقية الورثة الشيء الذي يؤكد أنها باعت أكثر مما تملك".

- أشار إليه: عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998، الجزء الثاني: العقود، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، د.م.ط، 1999، ص: 13.

111 - للتعلم أكثر في دراسة تصرفات الشريك في المال الشائع راجع: عبد اللطيف كرازي، تصرف الشريك في المال الشائع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998-1999.

112 - عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشه، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: عقد البيع، مرجع سابق، ص: 590.



في الشيوخ، وأن يقوم أحد الشريكين بتحديد جزءاً مفرزاً من هذه الأرض بمقدار النصف ويبيعه، معتقداً أن هذا الجزء المفرز الذي باعه هو الذي سيقع في نصيبه بعد القسمة. ويبقى إجراء القسمة هو المعيار الكفيل بتحديد هل نحن أمام بيع ملك الغير أم لا، فإن وقع الجزء المفرز بعد القسمة في نصيب البائع اعتبر أنه قد باع ما يملك¹¹³، أما إن وقع الجزء المفرز في نصيب شريكه اعتبر عندئذ أنه باع ملك غيره.

ويعتبر التصرف في المال الشائع قبل قسمته من المسائل التي أثارَت خلافاً فقهيًا يتجسد في تساؤل بعض الفقهاء حول مدى أحقية المشتري في إبطال البيع دون الحاجة إلى انتظار نتيجة القسمة سواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوخ أو كان يجهله¹¹⁴، في حين يرى البعض الآخر منهم أن للمشتري الحق بإبطال البيع ولا يجبر على انتظار نتيجة القسمة.

لكن يبقى الرأي الراجح هو وجوب تعليق حكم البيع على نتيجة القسمة، فإذا ما وقع الجزء محل البيع في نصيب البائع نفذ البيع واعتبر صحيحاً، أما إذا كان الجزء المفرز من نصيب باقي الشركاء فهنا نكون أمام بيع لملك الغير¹¹⁵.

113 - تنص المادة 322 من م.ح.ع على أنه: "يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفرزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكية خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون".

- ينص الفصل 1088 ق.ل.ع على أنه: "يعتبر كل من المتقاسمين أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعها القسمة في نصيبه، سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية كما يعتبر لأنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء".

114 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن: حق الملكية، د.ب.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1959، ص: 844.

115 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 303.

الفقرة الثالثة: بيع الشريك كل المال الشائع¹¹⁶

للمالك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات من بيع وهبة ورهن، سواء أكان رهنا حيازيا أم رسميا. كذلك له أن يستعلم حقه وأن يستغله بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي المشتاعين¹¹⁷. لكن قبل تحديد حصة المتصرف (البائع) في المال الشائع، فإن بيعه لكل هذا المال يجعلنا حتما أمام بيع لملك الغير¹¹⁸، فهذا النوع من البيوع يكون واقعا في نصيب شريكه في الشيوخ دون نصيبه هو الذي يبقى بيعه له صحيحا، الأمر الذي يخول للشريك الآخر رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقه على الشيء المبيع، كما يجوز له أن يُقر هذا البيع ليصبح نافذا في حقه¹¹⁹. وعليه فإن بيع كل المال الشائع يعد بيعا صحيحا وينتج آثاره بين طرفيه ولا يجوز للمشتري طلب الإبطال إلا إذا كان يعتقد أن البائع يملك العين كلها ملكية مفرزة¹²⁰.

والشريك في ملكية عقار مع ورثة آخرين الذي باع العقار مصرحا بأنه هو المالك الوحيد بناء على السندات التي توجد تحت يده لا يتصرف هنا بوصفه مالكا على الشياخ وفي صالح الشركاء، بل العكس من ذلك فهو يتعاقد باسمه الخاص وعقد البيع الذي أبرمه يتعلق بملك الغير¹²¹.

116 - راجع: عبد اللطيف كرازي، تصرف الشريك في المال الشائع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998-1999.

117 - أنور سلطان، العقود المسماة: شرح عقدي البيع والمقايضة، د.ذ.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص: 407.

118 - شريطة ألا يكون البائع وكيلا عن باقي شركائه بموجب وكالة صحيحة. فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1830، بتاريخ 19 شتنبر 1990، الملف المدني عدد 84/3794، أنه: "إذا ورد في عقد البيع أن البائع باع أصالة عن نفسه وعن ينوب عنهم بوكالة، فمعنى هذا أنه لم يبيع أنصبة من لم بوكله، ومنهم الطاعن. فالشريك الذي لم يبيع نصيبه أصالة أو نيابة يحق له أن يطلب شفعة المبيع". أشار إليه: محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول: الالتزامات بوجه عام، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص: 481.

119 - جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية أنه: "لا يلزم بيع ملك الغير ولو في الشياخ إلا إذا أقره الشركاء بعد البيع أو ملك البائع الحظوظ الشائعة لشركائه في الشركة أو الشياخ بعد البيع".

120 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 38.

121 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، عدد: 806، بتاريخ 1929/5/21. أشار إليه: عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص: 13.



وكخلاصة لما سبق ذكره بخصوص بيع الشريك كل المال الشائع فإنه حتى لا نكون أمام بيع لملك الغير فمن الضروري أن يصدر البيع من جميع الملاك حتى يكون بيع المال الشائع صحيحا وناظرا في حقهم جميعا¹²². أما إن باع أحد الشركاء كل المال الشائع فإنه يكون قد باع ملكه أي حصته الشائعة، وباع أيضا ملك غيره المتمثل في حصص باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا البيع يكون صحيحا في حدود حصته وقابلا للإبطال فيما يعادل حصص باقي الشركاء الذين يحق لهم إبطال البيع دون انتظار إجراء القسمة. أما المشتري فيبقى من حقه هو أيضا أن يطلب الإبطال بالنسبة لكل المال الشائع في حال جهله بملكية البائع للمال على سبيل الشيوع، معتقدا أن البائع أنه يملك ملكية مفرزة¹²³.

122 - "بيع جميع الشيء المشترك يعد بيعا لملك الغير بالنسبة لحصص الشركاء، ولا ينفذ في حقهم إلا إذا وقع إقراره من طرفهم، ولا يحتج به عليهم من طرف المشتري، فلا فرق في ذلك بين أن يكون هذا الأخير حسن النية أو سيء النية".

- قرار المجلس الأعلى عدد 403، بتاريخ 20 فبراير 1985، الملف المدني عدد 94/305، أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 480-481.

123 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 39.



الفصل الثاني:

أحكام بيع ملك الغير وآثاره القانونية



يعتبر عقد بيع ملك الغير من التصرفات القانونية التي ينتج عنها رابط أو روابط قانونية شأنه في ذلك شأن أي عقد بيع آخر. غير أن ما يميز عقد بيع ملك الغير عن عقد البيع العادي الذي ينتج علاقة ثنائية القطبين تتمثل في الرابطة القانونية التي تربط بين البائع والمشتري هو أن بيع ملك الغير يؤدي إلى قيام علاقتين قانونيتين أساسيتين هما: العلاقة الرابطة بين البائع والمشتري، والعلاقة الرابطة بين كل من البائع والمشتري بالمالك الحقيقي للمبيع. دون أن ننسى العلاقة المحتمل قيامها بين كل من المالك الحقيقي والغير.

هذه الروابط القانونية المترتبة عن بيع ملك الغير تفرض علينا معالجة أحكام هذا البيع والآثار القانونية المترتبة عنه في إطار كل علاقة على حدى. ففي العلاقة الرابطة بين كل من البائع والمشتري سنتطرق إلى حالتين اثنتين هما: حالة تصحيح بيع ملك الغير، وحالة إبطال بيع ملك الغير. فتصحيح بيع ملك الغير سنتطرق فيه إلى كل من إجازة المشتري للبيع وتملكه للشيء المبيع، ثم نتبعها بدراسة الحالة يملك فيها البائع المبيع ويسقط فيها حق المشتري في رفع دعوى الإبطال.

أما فيما يتعلق بإبطال بيع ملك الغير، ففي هذه النقطة سنتناول أحقية كل من البائع والمشتري في إبطال هذا البيع، على أن نخرج بعدها إلى دراسة حق المشتري في الحصول على التعويض والأساس القانوني الذي بني عليه هذا الأخير.

أما بالنسبة للعلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والبائع والمشتري، فسنتناول فيها هي كذلك حالتين: حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع، وحالة عدم إقراره له، مبينين آثار كل حالة على حدى.



وبخصوص العلاقة المحتمل قيامها بين كل من المالك الحقيقي والغير، فإننا سنعالج فيها احتمالين اثنين: الاحتمال الأول أن يكون المبيع عقاراً، والاحتمال الثاني أن يكون المبيع عبارة عن منقول.

للإحاطة بكل ما سبق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين وذلك وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين.

المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير في علاقة المالك الحقيقي بالمتعاقدين والغير.



المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

سبق وأن رأينا عند دراستنا الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير أن هذا النوع من البيوع يقع قابلاً للإبطال لفائدة المشتري، فالقانون أعطى لهذا الأخير الحق في إبطال البيع، إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض متى كان مستحقاً، غير أن حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير لا يكون مطلقاً، فهو حق قابل للسقوط عند تحقق شروط محددة. والمشتري بما له من حق في المطالبة بإبطال بيع الملك الغير، يبقى له كذلك الحق في تصحيح هذا البيع لينتج آثاره القانونية الكاملة¹²⁴.

وبناء على ذلك، سنتولى في إطار هذا المبحث التطرق إلى الشروط الكفيلة بجعل بيع ملك الغير يقع صحيحاً، على أن نتعرض بعدها إلى حالة إبطال بيع ملك الغير واستحقاق المشتري للتعويض. وذلك وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: تصحيح بيع ملك الغير.

المطلب الثاني: إبطال بيع ملك الغير واستحقاق المشتري للتعويض.

124 - باستثناء نقل الملكية الذي يبقى متوقفاً على إقرار المالك الحقيقي للشيء المبيع.



المطلب الأول: تصحيح بيع ملك الغير

بالرجوع إلى الفصل 485 من ق.ل.ع نجد أنه حدد شرطين رئيسيين حتى يقع بيع ملك الغير بيعاً صحيحاً، وهما: أن يقره المالك الحقيقي، أو أن يكسب البائع فيما بعد ملكية الشيء المبيع.

وبالإضافة إلى الشرطين السابقين تضيف بعض التشريعات المقارنة وكذلك بعد الآراء الفقهية القانونية ثلاث شروط إضافية تتمثل في كل من: إجازة المشتري للبيع، وتملكه للشيء المبيع، فضلاً عن سقوط حقه في رفع دعوى الإبطال.

الفقرة الأولى: إجازة المشتري للبيع وتملكه للمبيع

تعتبر إجازة المشتري للبيع (أولاً) وكذلك تملكه للشيء المبيع (ثانياً) من بين التصرفات المصححة لبيع ملك الغير. فكيف ذلك؟

أولاً: إجازة المشتري للبيع

تعرف الإجازة لغة بـ: إمضاء التصرف وإنفاذه، أي جعله نافذاً¹²⁵. أما في الاصطلاح القانوني فالإجازة La confirmation هي تصرف قانوني بمقتضاه تتجه إرادة من شرعت لمصلحته قابلية العقد للإبطال نحو التنازل عن حقه في إبطال العقد الذي يصبح صحيحاً بآثر رجعي. ومن ثم فهي لا تفيد إبرام عقد جديد كبديل للعقد القابل للإبطال، بل تؤدي فقط إلى جعل العقد الموجود المهدد بالبطلان صحيحاً¹²⁶.

¹²⁵ - ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد السادس، دار صابر، بيروت، 2010، ص: 229.
- أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، الطبعة الأولى، دار الميزان للنشر، حمام سوسة، تونس، 2009، ص: 441 وما بعدها.

¹²⁶ - عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول: المصادر الإرادية للإلتزام، د.ذ.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، ص: 192.



أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، فتعرف الإجازة بكونها ذلك التصرف الانفرادي الذي يصدر من صاحب الحق فيها لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيتربط عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر فوري حسب طبيعة التصرف الموقوف¹²⁷.

ولقد خولت بعض التشريعات المقارنة¹²⁸ للمشتري حق إجازة بيع ملك الغير الذي يكون صادرا من غير المالك الحقيقي، فالمشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة 466 من قانونه المدني على أنه: "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد". وإجازة المشتري لبيع ملك الغير تكون بعدم مطالبته بإبطال البيع، وهي قد تكون إجازة صريحة¹²⁹ كما يمكن أن تكون ضمنية¹³⁰، فينقلب البيع صحيحا بين المتعاقدين¹³¹.

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير حتى تنتج أثرها في تصحيح هذا النوع من البيوع يشترط أن يكون المشتري عالما وقت صدور الإجازة منه أن البائع لا يملك المبيع¹³²، كما يجب أن يتوفر على الأهلية الكاملة وقت الإجازة (أهلية إبرام العقد محل الإجازة)، فضلا عن خلو إرادته من العيوب. فعند توفر هذه الشروط الثلاثة يصح بيع ملك الغير بين المتعاقدين وينقلب إلى بيع منتج لالتزامات مجردة، لا يبعث ناقلًا للملكية¹³³، لأن المالك الحقيقي للمبيع يعتبر أجنبيا عن العقد ولا تنتقل منه الملكية إلا برضائه.

127 - أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 2000، ص: 54.

128 - الفقرة الثانية من المادة 466 من القانون المدني المصري، والفقرة الثانية من المادة 550 من القانون المدني الأردني.

129 - الإجازة الصريحة: تكون باللفظ الصريح الذي يدل على إجازة البيع.

130 - الإجازة الضمنية: تستخلص من تنفيذ المشتري للبيع بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن أو أن يقرر حقوقا للغير على المبيع.

131 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 293.

132 - إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، د.ب.ط، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958، ص: 26.

133 - أحمد نجيب الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة: شرح القانون المدني في العقود، الجزء الأول، د.ب.ط، مطبعة الاعتماد، مصر، 1925، ص: 212.



وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 466 من القانون المدني المصري التي تقول: "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة، ولو أجاز المشتري العقد"¹³⁴.

ويستفاد من ذلك أن إجازة المشتري للبيع تعني أن العقد أصبح لازماً في حقه بحيث لا يمكنه بعد إجازته أن يتراجع عن إقراره بالبيع لأن الإقرار تعبير عن الإرادة¹³⁵، والتعبير عن الإرادة يلزم صاحبه. عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمالك الحقيقي الذي يبقى حقه في التعبير عن إرادته بإقراره أو رفضه قائماً، فأما أن يقر به فينفذ في حقه البيع أو يرفضه فيبطل هذا البيع باعتباره بيعاً لملك الغير¹³⁶.

وتجدر الإشارة هنا إلى الحالة التي يرفض فيها المشتري إجازة البيع في إطار العلاقة القانونية التي تربطه بالبائع. فما هو الحل إذا اختار المشتري رفض العقد وبالتالي اعتباره كأن لم يكن في حقه قبل أن يعبر المالك الحقيقي عن إرادته بإقرار التصرف أو رفضه، فهل يمكنه أن يتراجع عن هذا الرفض أم لا؟

كإجابة عن هذا التساؤل يرى الدكتور محمد محروك¹³⁷ أن المشتري لا يمكن له أن يتراجع عن رفضه لأن الرفض هو تعبير عن الإرادة ويلزمه، بحيث إذا رفض التصرف أصبح غير موجود بالنسبة له، فإذا عبر المالك الحقيقي عن إرادته بإقرار التصرف واعتباره نافذاً في حقه فلن

134 - تنص أيضا المادة 550 من القانون المدني الأردني في فقرتها الثانية على أنه: "ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجاز المشتري"،

135 - جاء في الفقرة الثانية من الفصل 318 ق.ل.ع أن: "الإجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال".

- للتعلم أكثر راجع: محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، د.ب.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

136 - محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة: البيوعات والأكرية الواردة على العقار في ضوء آخر التعديلات، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة، مراكش، 2017، ص: 126.

137 - محمد محروك، مرجع سابق، ص: 127.



يصادف عقدا يقع عليه لأن هذا العقد قد انتهى من طرف المشتري وإذا أريد لهذا العقد أن ينشأ فلا بد له من ايجاب وقبول جديدين.

لذلك كان من الأفضل أن لا يعطي كل من المشرع المصري¹³⁸ والمشرع الأردني¹³⁹ خيار إبطال البيع أو فسخه للمشتري قبل أن يعبر المالك الحقيقي عن إرادته، بل كان من الواجب أن يكون العقد لازما في حقه وأن يكون غير نافذ في حق المالك فقط دون غيره، فيبقى الحق لهذا الأخير في رفض البيع أو إجازته.

وفي نفس السياق تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي وعلى عكس ما ذهب إليه المشرع المصري والمشرع الأردني قد قطع الطريق بموجب الفصل 485 ق.ل.ع على المشتري في إبطال بيع ملك الغير قبل معرفة رأي المالك الحقيقي في البيع، فهو قد ربط ممارسة هذا الحق بضرورة رفض المالك الحقيقي إقرار البيع.

أما بخصوص موقف الفقه الإسلامي من إجازة المشتري، فبيع ملك الغير طبقا لأحكامه يعد بيعا موقوفا على إجازة المالك الحقيقي فقط، وبالتالي فهو لا يعترف سوى بإجازة هذا المالك للبيع دون غيره. مما يعني أنه بالرغم من إجازة المشتري للبيع فإن هذا الأخير يبقى موقوف النفاذ على إجازة المالك الحقيقي.

ثانيا: تملك المشتري المبيع

يتنوع محل عقد بيع ملك الغير بين المنقول والعقار، فقد يملك المشتري المنقول محل البيع عن طريق حيازته تطبيقا لقاعدة "الحيازة في

138 - المادة 466 من القانون المدني المصري.

139 - المادة 550 من القانون المدني الأردني.



المنقول سند الملكية"، وقد يملك العقار المبيع بالتقادم. فهل هذا التملك يسقط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير أم لا؟

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين:

الرأي الأول يقول بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال، ذلك لأن المشتري في حالة تملك المبيع، يتمتع بجميع حقوق المالك من وقت الشراء، ولم يحصل له ضرر على الإطلاق، فضلا عن أنه أصبح مالكا استنادا على العقد الذي يطلب إبطاله. فأصحاب هذا الرأي ومن بينهم الأستاذان "البدراوي"¹⁴⁰ و"مرقس"¹⁴¹ يرون أن المشتري لو كسب ملكية المبيع عن طريق الإرث أو الوصية أو عن طريق الشراء من المالك الحقيقي لا يكون له الحق في طلب إبطال البيع الصادر إليه من غير المالك الحقيقي¹⁴².

أما الرأي الثاني، فيرى أن المشتري لا يجبر على التمسك بوضع اليد، لأن وضع اليد لا يترتب عليه اكتساب الملكية حتما وتلقائيا، بل لابد من تمسك المشتري به، ولا يجوز أن يجبر المشتري على التمسك بدفع تأبى ذمته أن يتمسك به وهو عالم أن المبيع مملوك في الواقع لغير من باعه إليه¹⁴³، وبالتالي يبقى حقه في المطالبة بالإبطال قائما.

وأمام سكوت التشريع المغربي عن الموضوع يبقى في نظرنا الرأي الأخير (الثاني) هو الرأي الراجح لمنطقيته، فهو يعكس ما نص عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 373 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله".

140 - عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، د.ب.ط، مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ب.ط، 1970، ص: 419

141 - سليمان مرقس ومحمد علي إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د.ب.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص: 454.

142 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 133.

143 - أحمد نجيب الهلالي، مرجع سابق، ص: 209.

- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، د.ب.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ب.ط، د.ب.ط، ص: 128.



غير أنه تجب الإشارة إلى ما أقره الفصل 374 ق.ل.ع الذي نص على أنه: "يسوغ للدائن ولكل شخص آخر له مصلحة في التمسك بالتقادم، كالكفيل، أن يتمسك ولو تنازل عنه المدين الأصلي".



الفقرة الثانية: تملك البائع للمبيع وسقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال

بعد أن رأينا دور كل من إجازة المشتري للبيع وتملكه للمبيع في تصحيح بيع ملك الغير، سنتطرق كذلك إلى تملك البائع للمبيع وسقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال في تصحيح هذا النوع من البيوع.

أولاً: تملك البائع للمبيع

يقضي الفصل 485 من ق.ل.ع في فقرته الأولى بأن: "بيع ملك الغير يقع صحيحاً.

(1) إذا أقره المالك،

(2) إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء".

وتنص الفقرة الثانية من المادة 467 من القانون المدني المصري على أنه: "ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

كما تنص أيضاً المادة 385 من قانون الموجبات اللبناني على أن: "بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال التالية:

- إذا كان المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.

- إذا أجاز به المالك.

- إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع".



يستفاد من خلال النصوص أعلاه أن تملك البائع للشيء المبيع بعد إبرام عقد البيع يسقط حق المشتري في طلب الإبطال، وأيا كان سبب هذا التملك¹⁴⁴، ففي هذه الحالة ينقلب العقد صحيحا¹⁴⁵.

وهو الرأي الذي أيدته وكرسته محكمة النقض المصرية في مجموعة من قراراتها حيث اعتبرت أن: "ناظر الأوقاف لا يملك ابدال أعيانه حتى ولو كان مأذونا بذلك في حجة الوقف، وعقد البذل الذي يبرمه لا يخرج عن كونه تصرفا في بعض أعيان الوقف ممن لا يملك هذا التصرف، وهو بذلك يأخذ حكم بيع ملك الغير بحيث إذا لحقته الإجازة من المالك الحقيقي أو صارت الملكية إلى البائع بعد صدوره انقلب العقد صحيحا"¹⁴⁶، كما قضت أيضا نفس المحكمة في قرار صادر عنها بكون: "العقد ينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"¹⁴⁷، وهو ما استقر عليه توجه محكمة النقض المغربية التي جاء في أحد قراراتها أنه "طبقا للفصل 485 من ق.ل.ع يقع بيع ملك الغير صحيحا إذا أقره المالك أو إذا اكتسب البائع ملكية المبيع فيما بعد"¹⁴⁸.

وسقوط حق المشتري في طلب إبطال البيع يرجع لعدة أسباب أهمها:

■ سبب التزام المشتري الذي كان التزاما غير مسببا ينقلب إلى التزام مسبب، فالبائع يصبح مالكا في حالة اكتسابه لملكية المبيع بعد البيع، فيكون لالتزامه محل موجود وحقيقي، ويصلح أن يكون سببا لالتزام

144 - يختلف سبب اكتساب البائع ملكية المبيع بين أن يكون قد تحقق الشرط المعلق عليه ملكية البائع، وإما أن يكون أمرا آخر كإثراء البائع للمبيع بعد إبرام العقد، أو حصوله عليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الإرث...

145 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص: 46.

146 - قرار عن محكمة النقض المصرية صادر في: 1961/04/13 أشار إليه: عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 226-227.

147 - قرار لمحكمة النقض المصرية صادر في 1968/04/18 أشار إليه: عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 227.

148 - قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 3786، ملف مدني عدد: 1115-1-1-2003، بتاريخ: 2004/12/29، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2017-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.



المشتري في نفس الوقت، فيستطيع بالتالي أن ينقل ملكية المبيع للمشتري من حيازة المالك القديم.

■ يصبح بإمكان البائع أن يلزم المشتري في نطاق البيع المتعاقد عليه، فيمنع المشتري من المطالبة بفسخ العقد، بل يصبح ملتزماً بدفع الثمن وتسلم المبيع وفقاً لشروط البيع¹⁴⁹.

■ إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع وهو لا يزال ملتزماً بنقل الملكية أي أنه لم يصدر بعد حكم يقضي بإبطال البيع، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه، وهو انعدام الملكية عند البائع، قد زال وأصبح البائع مالكا. ومن ثم تنتقل الملكية لفائدة المشتري¹⁵⁰ بمجرد تحويلها إلى البائع، ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع لم يعد هناك محل لإبطال البيع، لأن هذا الأخير تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية. فينقلب البيع صحيحاً بحكم القانون. ويكون البائع بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ملتزماً بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لأي سبب آخر، وكذلك بضمان العيوب الخفية¹⁵¹.

■ لقد تقرر حق المشتري في المطالبة بالإبطال بغرض دفع الضرر الذي قد يلحقه من جراء عدم انتقال ملكية المبيع إليه. وبما أن الضرر الذي من المحتمل أن يلحق المشتري يكون سببه هو عدم تمكن البائع من تملك الشيء المبيع حتى ينقل ملكيته لفائدة المشتري، فإن تملك البائع للمبيع قد جعل المشتري في غير حاجة لطلب إبطال البيع مادام البائع قادر على نقل ملكية المبيع إليه.

وجدير بالذكر أن حكم اكتساب البائع ملكية المبيع بعد إبرام عقد البيع يختلف باختلاف سببه، فسبب اكتساب البائع ملكية المبيع إما أن يكون تحقق

149 - عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 227-228.

150 - وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كان المبيع عقاراً فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد تسجيل البيع.

151 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 295.

الشرط المعلق عليه ملكية البائع وإما أن يكون أمرا آخرًا كإثراء البائع للمبيع بعد العقد أو حصوله عليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث¹⁵².

فإذا كان سبب اكتساب البائع للملكية هو تحقق الشرط الواقف فينبغي لمعرفة الحكم في نطاق التشريع المغربي التمييز بين ما إذا كان قد أعطي للشرط أثر رجعي أم أثر فوري¹⁵³.

فإذا أعطي للشرط الأثر الرجعي أخذ المشتري المبيع خالياً من كل الحقوق التي قد رتبها عليه المالك السابق خلال المدة المعلق فيها الشرط، فهذا الأخير إذا تحقق كان له أثر رجعي واستند مفعوله إلى وقت التعاقد. فمثلاً إذا باع عمرو عقاراً إلى زيد وعلق هذا البيع على شرط واقف، ثم باع زيد نفس العقار إلى سعيد، ثم رهن عمرو هذا العقار إلى محسن وأعقب ذلك تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع، فتحقق الشرط يجعل زيد مالكا للعقار الذي رهنه عمرو من تاريخ تعاقدته معه، ولذلك ينتقل العقار إلى سعيد خالياً من كل حق، ويسقط حق محسن بلا نزاع أي أن المبيع يدخل في ذمة المشتري خالياً من جميع الحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي وذلك بفضل الأثر الرجعي للشرط¹⁵⁴.

152 - أحمد نجيب الهلالي، مرجع سابق، ص: 334.

153 - ينص الفصل 125 من ق.ل.ع على أنه: "لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر".

154 - وجدير بالذكر أن كل من القانون المدني الفرنسي (المادة 1179)، والتقنين المدني المصري (المادة 270)، إضافة إلى كل من القانون المدني العراقي (المادة 290)، وقانون الموجبات اللبنانية (المادة 81-1)، قد أعطوا هم كذلك للشرط أثر رجعي كقاعدة عامة إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

إلا أن هذا التوجه لم يمشي فيه المشرع الأردني الذي أعطى للشرط أثراً فورياً بموجب المادة 400 من قانون المدني والتي تنص على أن "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"، وهو ما يعني أنه في حالة تملك البائع ملكية المبيع عند تحقق الشرط الواقف، فإن المشتري يأخذ المبيع بالحالة التي هو عليها وقت تحقق الشرط، وبالتالي فإن المشتري يملك المبيع بجميع الحقوق التي أثقل بها المالك المبيع في الفترة التي علق فيها الشرط، وذلك لما للشرط من أثر فوري في هذا القانون.



أما إذا أعطي للشرط أثر فوري فإن الحقوق المرتبة على المبيع تسري في حق المشتري بفعل الأثر الفوري لهذا الشرط¹⁵⁵.

وعندما يكون اكتساب البائع ملكية المبيع مبنياً على سبب آخر غير تحقق الشرط، كما لو اشترى البائع المبيع من المالك الأصلي بعد العقد، أو كما لو ورث البائع المبيع، أو اكتسبه بموجب وصية، أو اكتسبه بموجب أحكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار، فلا يكون لتصحيح البيع أثر رجعي، أي أن البيع يعد صحيحاً من وقت امتلاك البائع للمبيع فقط. فالحقوق التي يرتبها المالك الأصلي في الفترة بين حصول البيع وانتقال ملكية المبيع للبائع تبقى نافذة¹⁵⁶، أي أن المبيع في هذه الحالة يدخل في ذمة المشتري مثقلاً بكل الحقوق التي يرتبها المالك الأصلي قبل أن تنتقل ملكيته إلى البائع.

أما بالنسبة للحقوق التي قد يرتبها البائع نفسه في الفترة ما بين العقد وبين تملكه للمبيع فهي لا تسري على المشتري ولا تؤثر في حقه، لأن هذه الحقوق معيبة أصلاً باعتبار أنها صادرة من شخص لا صفة له، أي من غير مالك¹⁵⁷.

رغم اختلاف سبب امتلاك البائع للمبيع بين الأسباب التي سبق وأن ذكرناها فالنتيجة واحدة وهي سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير، إذ أن الأصل هو تقرير هذا الحق للمشتري، وبامتلاك البائع للمبيع، تنعدم مصلحة المشتري في المطالبة بإبطال البيع لارتفاع الضرر عنه، فالبائع أصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، كما يقع

155 - عبد الرحمن جمعة الحلالشه، مرجع سابق، ص: 230.

156 - يتضح من ذلك أن التشريع المدني المغربي، والفرنسي، والمصري، واللبناني، يختلف الحكم لديهم باختلاف سبب اكتساب البائع ملكية المبيع، بخلاف القانون المدني الأردني الذي يضل عنده الحكم واحد مهما كان السبب في كسب البائع ملكية المبيع وهو سرعان الحقوق التي يرتبها المالك الأصلي على المبيع في حق المشتري.

157 - أنور سلطان، مرجع سابق، ص: 334.



على البائع ضمانه¹⁵⁸. ويكون المشتري ملزماً بدفع الثمن وبتسليم المبيع طبقاً للأحكام القانونية لعقد البيع.

كان ذلك موقف التشريع الوضعي بخصوص حكم تملك البائع للمبيع وأهميته في تصحيح بيع ملك الغير، فما هو إذا موقف الفقه الإسلامي في هذا الموضوع؟

لقد أثار تملك البائع (الفضولي) للمبيع الذي كان مملوكاً لغيره خلافاً فقهاء بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فأغلب الأحناف يرون أن بائع ملك الغير إذا اكتسب ملكية المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية كما لو ورث الشيء المبيع أو اشتراه من مالكه الحقيقي في وقت لاحق على العقد الذي كان قد أبرمه بصفته فضولياً فإن هذا العقد الموقوف ينقلب باطلاً، أما لو كان سبب كسبه لملكية المبيع سابقاً على العقد الذي عقده مع المشتري، كما لو غصب شيئاً وباعه ثم ضمَّه المالك، فإن العقد يصبح صحيحاً نافذاً، لأنه بالتضمين أصبح مالكا من وقت الغصب، وهو سابق على وقت البيع¹⁵⁹.

ويقرر هذا الفريق من الفقهاء الأحناف هذا الحكم بقاعدة عامة هي "لأنه إذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف أبطل الموقوف نظراً لأنه لا يتصور اجتماعهما في محل واحد"، فملك الفضولي النافذ أقوى من ملك

158 - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية رقم 1618 جلسة 1985/12/25 "أن عقد بيع ملك الغير إلى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشتري يبقى قائماً منتجا لأثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية، وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه". قرار أشار إليه: محمد السيد خلف، قضاء النقض في الملكية في خمس وخمسين عاماً، الطبعة الأولى، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، د.ذ.ب.ط، ص: 579.

159 - وقد ورد في الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، ص: 111 بأنه: "من باع ملك غيره ثم اشتراه، وسلمه إلى المشتري، لم يجز، ويكون باطلاً لا فاسداً. وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه. ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك". أشار إليه: عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 233.



الموقوف، ونظرا لعدم إمكانية اجتماع المالكين فيغلب الملك الأقوى الذي هو ملك الفضولي، فيصير ملك المشتري الموقوف باطلا¹⁶⁰.

لكن هناك قلة من الفقهاء الأحناف خرجوا عن هذه القاعدة واعتبروا أن العقد الموقوف في هذه الحالة يتحول إلى عقد نافذ، والسبب في ذلك يرجع لزوال المانع الذي كان يحول دون تنفيذ العقد الذي هو عدم اكتمال رضا المالك الحقيقي بسبب كسب البائع ملكية المبيع¹⁶¹.

أما بالنسبة للملكية فقد فرقوا بين حالتين:

- الحالة الأولى: وهي الحالة التي يملك فيها البائع الفضولي الشيء المبيع بالإرث فإن له الحق في أن ينقض هذا البيع أو أن يجيزه لأن حقوق الموروث قد انتقلت إليه.

- الحالة الثانية: وهي الحالة التي يملك فيها الفضولي الشيء المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية غير الميراث، فلا يكون له الحق في الاختيار بين الإجازة والرد، فيتحول العقد الموقوف إلى عقد صحيح نافذ، لزوال المانع من نفاذه¹⁶².

أما بخصوص الشافعية الذين أخذوا بفكرة العقد الموقوف فيرون أنه لو باع الفضولي ملك غيره، ثم ملكه وأجازه، فإنه لم ينفذ قطعا، فالعقد الموقوف تحول في هذه الحالة إلى عقد باطل، لأن المعتبر عندهم هو إجازة من يملك التصرف عند العقد¹⁶³.

ويذهب الحنابلة إلى اعتبار تملك البائع الفضولي للشيء الذي باعه سببا مبطلا للعقد الذي عقده على مال الغير، وذلك استنادا إلى

160 - أبي بكر السرخسي، مرجع سابق، ص: 153.

161 - محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، م.ط.غ، 1962، ص: 22.

162 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 234.

163 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 283.



قاعدة "الأثر الأقوى -تملك الفضولي- يزيل الأثر الأضعف -بيع مال الغير-".

أمام اختلاف الآراء الفقهية في مسألة تملك البائع (الفضولي) للمبيع وأثرها في صحة بيع ملك الغير، يرى الدكتور السنهوري ونشاطه رأييه في ذلك أن حجج القائلين ببطلان بيع الفضولي إذا تملك البائع المبيع تتعارض مع قاعدة عامة استقرت في الفقه الإسلامي مفادها أن "من سعى في نقض ما تم من جهته مردود عليه"، فإذا تم أمر من قبل أحد، فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في إبطال ما كان قد أتمه. وبالتالي كان من الأجدر بأصحاب رأي بطلان بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي أن يعتبروا بيع ملك الغير بيعاً صحيحاً نافذاً إذا تملك البائع (الفضولي) الشيء المبيع بغض النظر عن سبب هذا التملك¹⁶⁴.

ثانياً: سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال

ينص الفصل 485 من ق.ل.ع على أنه: "...إذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع¹⁶⁵. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

يتضح من الفصل أعلاه أنه كلما توافرت شروط بيع ملك الغير فإنه يبقى الحق للمشتري وحده في المطالبة بإبطال البيع، هذا الإبطال إذا ما

¹⁶⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 88-87.

¹⁶⁵ - بعد أن بينا أن المقصود من الفسخ هنا هو تقرير حق المشتري في إبطال البيع بموجب نص خاص يتمثل في الفصل 485 من ق.ل.ع ارتأينا المحافظة على الصيغة اللغوية المعتمدة في صياغة هذا الفصل.

تقرر يصبح البيع كأن لم يكن¹⁶⁶. غير أن حق المشتري في رفع دعوى الإبطال يكون محصورا في نطاق زمني يحدده القانون.

وجدير بالذكر أن القوانين المدنية العربية لم تتضمن نصا خاصا يحدد مدة معينة لسقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير، مما جعل شراح القانون المدني ينقسمون إلى رأيين، أحدهما يدرج تقادم هذه الدعوى ضمن التقادم القصير الوارد في الفصل 311¹⁶⁷ من ق.ل.ع المغربي، في حين يدخل الرأي الآخر دعوى إبطال بيع ملك الغير ضمن التقادم الطويل المنصوص على مدته في الفصل 314¹⁶⁸ من ق.ل.ع.

ويتجه رأي الأغلبية¹⁶⁹ في الفقه القانوني إلى قياس مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعاوى الإبطال الأخرى وهي سنة¹⁷⁰، وهذه المدة استنادا إلى الفصل 312 من ق.ل.ع تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه

¹⁶⁶ - ينص الفصل 316 من ق.ل.ع على أنه: "يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته..."

والحكم بالإبطال بنسحب بأثر رجعي على العقد منذ تكوينه، فيزول ويصبح كأنه لم يكن، سواء بالنسبة للمتعاقدين اللذين يجب أن يعادا مبدئيا إلى حالهما قبل التعاقد، وكذلك بالنسبة للغير الذي قد يتعرض الحق الذي اكتسبه على الشيء الوارد عليه العقد المقرر إبطاله للزوال.

- محمد مومن، مقارنة بين بطلان العقود وإبطالها في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مقال منشور بمجلة الأملاك، العدد التاسع، 2011، ص: 36.

¹⁶⁷ - الفصل 311 من ق.ل.ع: "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد".

- جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية: "التقادم المقرر بالفصل 311 من ق.ل.ع يطبق على دعاوى الإبطال المبنية على أحد عيوب الرضا ولا يواجه به إلا أطراف العقد، ولا يواجه به الغير" قرار عدد 1644، ملف مدني عدد: 2005/2/1/4045، بتاريخ: 2007/05/29، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2007-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.

¹⁶⁸ - الفصل 314 من ق.ل.ع: "تنقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد".

¹⁶⁹ - ومنهم عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 289. وتوفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص: 124. وإسماعيل غانم، مرجع سابق، ص: 26.

¹⁷⁰ - وذلك طبقا لما نص عليه الفصل 311 من ق.ل.ع. وتقابل هذه المدة في القانون المدني المصري ثلاث سنوات (البند الأول من المادة 140).



المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع. وفي جميع الأحوال يسقط حق المشتري طبقاً للفصل 314 من ق.ل.ع بانقضاء خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد.

هذا بالنسبة للحالة التي لا يكون فيها المشتري عالماً بعدم ملكية البائع للمبيع. لكن يبقى التساؤل قائماً حول كيفية احتساب مدة السنة في حال انعقد بيع ملك والمشتري عالماً بكون البائع غير مالك للمبيع؟

وفق أصحاب نفس الرأي فإن تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير في هذه الحالة تبدأ من وقت إبرام العقد، وهي المدة التي يتمكن فيها المشتري من إبطال البيع. أي أن مدة السنة، يفرق في شأنها بين حسن نية المشتري وسوء نيته، ففي الحالة الأولى تبدأ من يوم علمه بعدم ملكية البائع للمبيع، وفي الحالة الثانية تبدأ المدة من يوم إبرام العقد¹⁷¹.

أما رأي الأقلية¹⁷² اتجه إلى تطبيق حكم القواعد العامة على تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير، أي جعل تقادم هذه الدعوى خمسة عشرة سنة. إذ برأيهم أن الفصلين 311 و 312 ق.ل.ع، والبند الثاني من المادة 140 من القانون المدني المصري جاؤوا خصوصاً لمعالجة حالات معينة على سبيل الحصر، وقد نصا¹⁷³ على مبدأ لكل حالة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس وانقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأً لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير، مما يتعين القول معه بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمرور الأجل القصير¹⁷⁴ لأن المشرعين لم يعتمدوا هذا الأجل إلا في الحالات التي حدد

171 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 128.

172 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: العقود المسماة، الجزء الثالث، الطبعة الخامسة، د.م.، 1990، ص: 704.

173 - الفصل 312 ق.ل.ع والمادة 140 من القانون المدني المصري.

174 - سنة واحدة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، وثلاث سنوات في القانون المدني المصري.



فيها مبدأ لهذه المدة، ولأن هذه الأخيرة لا تبدأ إلا من وقت العقد، فإن تقادم دعوى بيع ملك الغير وحسب هذا الرأي لا يتم إلا بخمسة عشرة سنة¹⁷⁵.

غير أن ما نؤاخذه على هذا الرأي هو كون المشرع المغربي بموجب الفصل 311 من ق.ل.ع قد أدخل دعوى إبطال بيع ملك الغير ضمنياً ضمن دعاوى الإبطال التي تتقادم بمرور سنة، فقد جاء في الفصل 311 ق.ل.ع ما يلي: "وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلاً مخالفاً"، وهو ما يجعل رأي هذا الاتجاه الأخير (الأقلية) يتعارض مع الواقع القانوني المغربي. أما بخصوص المادة 140 من القانون المدني المصري، فهناك من يرى أن المشرع المصري قد حصر بموجب البند الثاني من المادة 140 حالات العقد القابل للإبطال، ولم يكن بيع ملك الغير من ضمنها، فهو في رأيهم لو أراد أن يعطي لدعوى إبطال بيع ملك الغير نفس الحكم لفعل ذلك، الأمر الذي يجعل منطق إخضاع تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير إلى القواعد العامة هو الأقوى، أي مدة خمسة عشر سنة من يوم إبرام العقد سواء كان المشتري حسن النية لا يعلم بملكية البائع للمبيع أم سيء النية يعلم بهذه الملكية، فالحكم في نظرهم واحد في كلتا الحالتين¹⁷⁶.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع المغربي بالرغم من نصه على تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير ولو بشكل غير صريح، إلا أنه قد جعل دعوى الإبطال منقضية بالتقادم في جميع الحالات بمرور أجل خمسة عشرة سنة من تاريخ العقد طبقاً للفصل 314 من ق.ل.ع.

175 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 128.

176 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 129.



المطلب الثاني: إبطال بيع ملك الغير واستحقاق المشتري للتعويض

عند الرجوع إلى الفصل 485 من ق.ل.ع نجده ينص على أنه إذا رفض المالك الحقيقي للمبيع إقرار البيع، كان للمشتري أن يطلب إبطال البيع¹⁷⁷، وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير. مما يعني أن عدم إقرار المالك الحقيقي ببيع ملكه يؤدي بنا إلى أثرين أساسيين في بيع ملك الغير هما الإبطال والتعويض، فمن هي الجهة التي لها الحق في إبطال هذا النوع من البيوع؟ وما هي الشروط التي بتحققها تجعل التعويض مستحقا؟

الفقرة الأولى: إبطال بيع ملك الغير

لقد سبق وأن أشرنا إلى أن إبطال بيع ملك الغير حق مخول للمشتري بمقتضى القانون، غير أن هناك من يرى بوجوب منح هذا الحق أيضا للبائع لأسباب معينة، الأمر الذي يستوجب منا معالجة الأحقية في إبطال بيع ملك الغير من زاويتين، حيث سنتطرق أولا إلى الرأي الذي يؤكد على أحقية المشتري وحده دون غيره في إبطال بيع ملك الغير، على أن نتعرض بعدها إلى الرأي القائل بضرورة منح حق الإبطال أيضا للبائع، دون أن نغفل موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة.

أولا: إبطال بيع ملك الغير من حق المشتري فقط

يذهب الرأي الغالب في الفقه المغربي والفقه الجزائري¹⁷⁸ والفقه المصري¹⁷⁹ إلى القول بأن طلب إبطال بيع ملك الغير لا يجوز إلا من المشتري فقط، فهو الذي تقرر هذا الحق لمصلحته، سواء كان البيع

177 - "أن يطلب فسخ البيع" بلغة الفصل 485 من ق.ل.ع.

178 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص: 187

179 - راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 290. وعبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 222.



اختياريا أو جبريا، مدنيا أو تجاريا¹⁸⁰. ويستندون في قولهم على ما جاء به الفصل 485 ق.ل.ع¹⁸¹، والمادة 466 من القانون المدني المصري¹⁸²، إضافة إلى المادة 397 من القانون المدني الجزائري¹⁸³، فهذه النصوص القانونية منحت وبشكل صريح للمشتري حق إبطال البيع¹⁸⁴.

فالمشتري له الحق في طلب الفسخ (الإبطال) حتى ولو كان عالما بأن الشيء المبيع مملوك للغير. فبمفهوم المخالفة للفقرة الأولى من نص الفصل 485 ق.ل.ع فإن عقد البيع يكون قابلا للفسخ (للإبطال) لمصلحة المشتري إذا لم يقره المالك أو تعذر على البائع الجمع بين صفتي المالك والبائع قبل ممارسة المشتري لدعوى الفسخ (الإبطال)، مما يعني أن أحقية المشتري في دعوى الفسخ (الإبطال) تتلشى بزوال المانع أو السبب الذي كان يهدد المشتري باستحقاق الشيء المبيع منه¹⁸⁵.

والسبب في قصر طلب الإبطال على المشتري يرجع بالأساس إلى الضرر الذي يلحق به من جراء عدم انتقال ملكية المبيع إليه. أما الطرف البائع فهو في مأمن من أي ضرر، لأنه هو الذي يجب أن يعرف ما إذا كان

180 - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني: العقود المسماة وما يشابهها، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص: 34.

181 - الفصل 485 ق.ل.ع: "...وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع...".

182 - المادة 468 من القانون المدني المصري: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع".

183 - الفصل 397 من القانون المدني الجزائري: "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".

184 - قضت عدة قرارات صادرة عن محكمة النقض المصرية بأن المشتري هو الوحيد الذي يحق له طلب إبطال بيع ملك الغير. فقد جاء في قرار نقض مدني صادر عن نفس المحكمة في جلسة 1983/04/20 ما يلي: "بطلان بيع ملك الغير -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مقرر لمصلحة المشتري، وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد، كما له أن يجيزه، وإذا طالب (المشتري) البائع بتنفيذ التزاماته يعد هذا إجازة منه للعقد". كما جاء في قرار آخر أن "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري، فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد". قرار لمحكمة النقض المصرية صدر في جلسة 1985/12/25.

- أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، ط.غ.م، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص: 180-181.

185 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 78.



يملك المبيع أو لا يملكه، وبالتالي لا محل لحمايته عن طريق منحه الحق في إبطال البيع¹⁸⁶.

زد على ذلك، أن البائع لا تجيز له قواعد الضمان أن يطلب إبطال البيع، ولا تجيز له استرداد الشيء المبيع بحجة التزامه بردها إلى مالكها، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع، لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض¹⁸⁷.

كما أن المشتري بإمكانه المطالبة بإبطال البيع سواء كان يجهل أن المبيع مملوكا للغير (حسن النية)، أو كان على علم بعدم ملكية البائع للمبيع (سوء النية). فحسن أو سوء نية البائع لا تأثير لها على حق المشتري في طلب إبطال البيع¹⁸⁸.

إلا أن هناك رأي فقهي مخالف للرأي الغالب يرى أنه إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع، فإن العقد لا يكون بيعا وبالتالي فلا يكون باطلا، ولذلك فلا يثبت للمشتري الحق في طلب الإبطال إلا إذا كان حسن النية يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ولا وجه لإعطاء المشتري الذي يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع الحق في الإبطال، ولا يكفي لذلك مجرد الاستناد إلى نصوص القانون، فهذه الأخيرة تتحدث عن تعويض المشتري، ولذلك فمن الطبيعي أن يشترط لاستحقاقه حسن نية المشتري، واعتبار هذا العقد باطلا يتطلب تكييفه على أنه عقد بيع، والعقد الذي يعلم فيه المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع لا يعتبر بيعا، بل هو في نظرهم عقد غير مسمى موضوعه التزام الطرف الآخر (البائع) بالحصول على موافقة البائع (المالك الحقيقي)، فهو يعد عندهم تعهدا من قبل البائع عن الغير¹⁸⁹.

186 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 113.

187 - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص: 699.

188 - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص: 704.

189 - راجع: رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص: 34-35. و محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، مرجع سابق، ص: 76-77.



وبمقارنة حجج الرأيين الفقهيين السابقين يتبين لنا أن الرأي الأول القائل بأحقية المشتري في طلب إبطال البيع بغض النظر عن علمه أو جهله بمدى ملكية البائع للمبيع أم لا، هو الرأي الذي يمكن الأخذ به، والدليل على ذلك ما يلي:

1- اشترط الفصل 485 ق.ل.ع أن يكون المشتري حسن النية حتى يكون له الحق في مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة عدم تمكن البائع من نقل ملكية المبيع لفائدته¹⁹⁰، ولم يشترط حسن النية بالنسبة لطلب الإبطال، وهو ما يدل على أن للمشتري الحق في طلب فسخ البيع سواء كان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع أو كان جاهلا لذلك.

2- أعطى المشرع المغربي للمشتري الحق في طلب إبطال بيع ملك الغير دون أن يشترط عليه في ذلك أن يكون حسن النية وقت البيع.

3- لا يمكن القول بأن مجرد علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع يجعل من العقد تعهدا عن الغير، إذ أن المرجع في ذلك نية الطرفين، فإذا كانت نية الطرفين قد انصرفت إلى البيع والشراء كان العقد عقد بيع، أما إذا كانت نية الطرفين اقتصرتا على التزام أحدهما على السعي للحصول على موافقة المالك على البيع، لم تكن هنا بصدد عقد بيع.

وجدير بالذكر أن للمشتري الحق في أن يطلب إبطال البيع إما "بطريقة أصلية"، أو عن طريق "دفع الدعوى".

فالطريقة الأصلية تتم برفع "دعوى الإبطال" وذلك في حالتين¹⁹¹:

190- أما إذا كان المشتري سيء النية (عالما بعدم تملك البائع للشيء المبيع) فلا يستحق أي تعويض. وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها عدد: 31، الملف المدني عدد: 11/8/1/3851، الصادر في: 22 يناير 2013، والذي جاء فيه: "لا مجال للاستدلال بحسن نية الطاعنين مادام قد ثبت للمحكمة مصدرة القرار أن المشتريين على علم تام بالحكم القاضي ببيع المدعى فيه بالمزاد العلني، وإقدامهم رغم ذلك على شرائه بالمراساة دون مطالبة البائعين باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف إجراءات التنفيذ قبل الشراء". أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 483.

191 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 222-223.



✓ **الحالة الأولى:** إذا كان المشتري قد دفع الثمن ثم تبين له أن البائع قد باع مال غيره فعندئذ يستطيع أن يرفع الدعوى ويطلب فيها بفسخ البيع واسترداد الثمن باعتبار أن هذا الثمن قد دفع لشخص لا يستحقه (الدفع غير المستحق).

✓ **الحالة الثانية:** إذا لم يكن قد دفع الثمن بعد ولكنه يريد منع البائع من الزامه بتنفيذ العقد.

ويتعين على المشتري أن يرفع دعواه قبل تملك البائع للمبيع أو إقرار المالك الحقيقي للبيع، وذلك حتى يتسنى للقاضي أن يحكم له بالإبطال. فبرفع المشتري لدعوى الإبطال يتحتم على القاضي أن يحكم به حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم، لأن دعوى المشتري سبقت إقرار المالك الحقيقي وكانت قبل أن يصبح البائع مالكا للمبيع، والقاضي يكون ملزما بالرجوع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى¹⁹²، وهو الوقت الذي كان البيع فيه قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع¹⁹³.

أما بالنسبة لطلب إبطال البيع من قبل المشتري عن طريق "دفع الدعوى"، فهو تصرف يكون بمثابة رد فعل على إقامة البائع الدعوى على

192 - قد أخذت محكمة النقض المغربية في قرار صادر عنها بالرأي القائل بوجوب أن يرجع القاضي في حكمه إلى الأوضاع التي كانت سائدة وقت رفع دعوى الإبطال من قبل المشتري.

- قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 3786، ملف مدني عدد: 1115-1-1-2003، بتاريخ: 2004/12/29، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2017-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.

193 - ويرى الدكتور السنهاوري أن قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين، قد يتفق مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال. بينما يرى الدكتور أن حق المشتري في طلب الإبطال حق مكتسب مادام كان سابقا على السبب الذي ترتب عليه استقرار الملكية له، وكفي لاكتساب هذا الحق في نظره أن يكون المشتري قد أظهر إرادته في طلب البطلان بأي شكل، ويضيف بأنه يكفي إظهارها ولو برسالة من غير رفع الأمر إلى القضاء.

- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 289.

- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد: العقود المسماة، الجزء السادس، عقد البيع وعقد المقايضة، د.ظ، المطبعة العالمية، د.م.ط، 1953، ص: 446.



المشتري مطالباً بإياه بدفع الثمن، فالمشتري هنا يمكن له أن يدفع دعوى البائع بأنه قد باع ملك الغير وبالتالي الامتناع عن أداء الثمن استناداً إلى أحكام بيع ملك الغير¹⁹⁴.

ودفع دعوى البائع من قبل المشتري لا يشترط فيها أن يكون قد أصابه ضرر من جراء البيع أو أن يكون المالك الحقيقي قد تعرض له في انتفاعه بالمبيع¹⁹⁵، بل يثبت له الحق في الدفع لمجرد أن البيع مملوك لشخص غير البائع.

ثانياً: إبطال بيع ملك الغير من حق المشتري والبائع

عند الرجوع إلى الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده قد تطرق بشكل صريح لمسألة عدم أحقية البائع لملك غيره في المطالبة بإبطال هذا البيع، عكس التشريعات المقارنة¹⁹⁶ التي لم تُجب عن هذه المسألة، مما نتج عنه خلاف فقهي حول الحكم واجب التطبيق في ذلك، لينقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول: ☒ يقول أصحابه بجواز مطالبة البائع بإبطال بيع ملك الغير لكن على أساس القواعد العامة في الغلط¹⁹⁷، لا على أساس وروده على ملك غيره. ويمكن له ذلك متى كان هذا البائع قد وقع في غلط جوهري، وكان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد. وحتى ينطبق هذا القول فإنهم يؤكدون على وجوب الاشتراك في

194 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 225.

195 - إذا تعرض المالك الحقيقي على المشتري ومنعه من الانتفاع بالشيء المبيع فللمشتري في هذه الحالة الحق في الرجوع على البائع وإلزامه بضمان الاستحقاق.

196 - القانون المدني الفرنسي (المادة 1599)، القانون المدني المصري (المادة 466)، القانون المدني السوري (المادة 434)، والقانون المدني الأردني (المادة 550).

197- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome 10: Contrats civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956. P: 49.



الغلط بين البائع والمشتري¹⁹⁸، بأن يكون المشتري يعلم بوقوع البائع في الغلط، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك¹⁹⁹.

✓ **الاتجاه الثاني:** يرى أصحابه أن البائع يجوز له أن يطلب البطلان شأنه في ذلك شأن المشتري، بل قد منحوا الحق في ذلك حتى ولو كان سيء النية وقت البيع، شرط أن يطلب البطلان قبل تسليم المبيع للمشتري، أما إذا كان قد سلم المبيع للمشتري فلا يجوز له طلب استرداده، لأن طلب الاسترداد لا يقبل إلا من المالك الحقيقي، فهو الذي يكون له وحده حق رفع دعوى الاستحقاق واسترداد المبيع²⁰⁰.

✓ **الاتجاه الثالث:** وهو اتجاه جاء ليرد على ما يقوله أنصار الاتجاه الأول اللذين يؤسسون حق البائع في إبطال البيع على القواعد العامة للغلط، حيث يذهب أصحابه إلى أنه لا يجوز للبائع ولو كان حسن النية طلب إبطال البيع على أساس القواعد العامة في الغلط²⁰¹، وذلك للأسباب التالية:

198 - تنص المادة 120 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

- راجع أيضا الفصول: 39 و 41 و 42 ق.ل.ع.

199 - إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص: 25.

- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، د.ب.ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ب.ط، ص: 287.

- عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص: 215.

200 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 248-249.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص:

291.

- أحمد نجيب الهلالي، مرجع سابق، ص: 213.

- أنور سلطان، مرجع سابق، ص: 331.

201- BAUDRY et SAIGNANT, Traite théorique et pratique de droit civil : La vente et de l'échange, 3eme édition, 1908, P: 90.

- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome 10: Contrats civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956. P: 44.



1- إن البطلان المقرر هو بطلان نسبي شرع لمصلحة المشتري وحده، فليس لأحد غيره حق المطالبة به، ومن ثم فالبائع لا يملك طلب البطلان ولو كان حسن النية.

2- لا مجال لتطبيق القواعد العامة في موضوع نظمه المشرع بنص خاص.

3- البائع ملتزم بنقل الملكية في الحال إلى المشتري أو على الأقل بالعمل على نقلها إليه إذا لم يكن مالكا وقت البيع، فلا يصح أن ينقض ما التزم به.

4- يعد البائع ضامن ولا يصح أن يتعرض الضامن للمضمون، فإن كان البائع سيء النية فالأمر ظاهر وإن كان حسن النية بأن اعتقد أنه مالك للمبيع، وجب اعتباره مقصرا، ولذلك لا يجوز طلب البطلان في جميع الأحوال.

5- البائع لا يستطيع الادعاء ببطلان البيع لعدم الصفة لأنه ليس المالك الحقيقي للمبيع، فلا يصح له أن يطلب برد ملكية الشيء إليه. وإذا فعل جاز للمشتري أن يدفع "بدفع الضمان"، ومن توجب عليه الضمان لا يستطيع نزع يد سواه.

6- الاعتراف بحق البائع في طلب الإبطال يتعارض مع نص المادة 468 من القانون المدني المصري ومقتضى الفصل 485 ق.ل.ع المغربي اللذان يمنعان البائع من طلب إبطال بيع ملك الغير حتى ولو كان حسن النية²⁰².

هذا بالنسبة للتشريعات المقارنة التي لم تعالج مسألة أحقية البائع هو كذلك في إبطال البيع، أما بالنسبة للتشريع المغربي فقد قرر صراحة

202 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 250-251.



بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 485 ق.ل.ع حرمان البائع من التمسك بطلب البطلان، حيث جاء فيها: "ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير"²⁰³، وهو ما أكدته العمل القضائي لمحكمة النقض المغربية التي جاء في أحد قراراتها أن: "بيع ملك الغير يقع صحيحاً، فلا يجوز للبائع أن يدفع ببطلانه بحجة أن الشيء مملوك للغير"²⁰⁴. والعلة من هذا الحرمان يعود للأسباب التالية:

1- البائع لا يستطيع الادعاء ببطلان البيع لعدم توفره على صفة المالك الحقيقي، فلا يصح له أن يطالب برد ملكية الشيء المبيع إليه، وإذا قام بذلك فللمشتري أن يدفع الرهون "بدفع الضمان" ومن توجب عليه الضمان لا يستطيع نزع يد سواه.

2- لا يجوز لأي شخص أن يدعي بفعله المشين، سواء كان حسن النية أو سيئها، فهو يعتبر مهملاً ومقصراً في تقصي حقيقة ملكيته للمبيع، ويعتبر بالتالي مخطئاً في كلتا الحالتين، وعليه أن يتحمل وزر خطأه. فإذا كان قد باع ملك غيره فإن التزامه يعتبر مفتقراً إلى المحل الأمر الذي يجعله باطلاً بالنسبة له، وبالتالي فلا يستطيع هو أن يدعي بهذا البطلان.

3- لا مجال للاجتهاد أمام صراحة النص القانوني والقول برأي يخالف ما جاء فيه²⁰⁵.

يتضح مما سبق أنه بالرغم من مناداة البعض بضرورة منح البائع لملك غيره الحق هو كذلك في المطالبة بإبطال هذا البيع إلا أن حججهم في

²⁰³ - وهو ما أقره أيضاً قانون العقود اللبناني في الفقرة الثالثة من المادة: 385 "ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير"، وتؤيده في ذلك المادة 576 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي جاءت مطابقة لنص الفصل 485 ق.ل.ع.

²⁰⁴ - قرار المجلس الأعلى، عدد 726، بتاريخ 15 يونيو 1989، الملف المدني عدد 86/1091، أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 481.

²⁰⁵ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 252-253.



ذلك كانت غير قوية بقدر قوة حجج الاتجاه الفقهي القائل بضرورة قصر هذا الحق على المشتري دون البائع، فبعض النصوص القانونية المقارنة كانت صريحة ومطابقة للفصل 485 ق.ل.ع المغربي، إذ أنها حصرت حق المطالبة بإبطال ملك الغير في الطرف المشتري فقط دون الطرف البائع، وذلك لأسباب متعددة تعرضنا لها.

ونحن بدورنا وعلاقة بالمسألة ذاتها نقول بوجوب ترجيح الرأي الذي يقصر الحق في الإبطال لمصلحة المشتري وحده دون البائع، لأنه من الغير الجائز الرجوع إلى القواعد العامة في ظل وجود القواعد الخاصة المنظمة لهذا النوع من البيوع، وذلك تطبيقاً لقاعدة "الخاص يقيد العام". كما أنه إضافة إلى الأسباب السابقة فإن معظم النصوص القانونية أكدت على عدم منح حق إبطال بيع ملك الغير لفائدة البائع إدراكاً منها لأهمية ضمان توازن الحقوق المتقابلة بين البائع والمشتري، فبإعطاء حق المطالبة بالإبطال للبائع نكون قد وضعنا الطرف المشتري²⁰⁶ في وضع الضعف في مواجهة الطرف البائع، الأمر الذي سيؤثر سلباً على التوازن العقدي والحماية القانونية التي من المفترض أن تكون مقررة لفائدة الطرف الضعيف الذي هو المشتري.

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من مسألة إبطال البيع

بعد أن رأينا أن الحق في طلب إبطال بيع ملك الغير في نطاق التقنين المغربي والتقنيات المقارنة مقصور على المشتري وحده دون البائع، سنتطرق إلى رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

بالرجوع إلى الكتابات الفقهية الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في مسألة من له الحق في طلب فسخ بيع الفضولي. فبالنسبة للأحناف، فهم يمنحون حق فسخ بيع الفضولي للمشتري والبائع،

²⁰⁶ - ونخص بالذكر هنا المشتري حسن النية الذي لم يكن يعلم بعدم ملكية البائع للشيء المبيع،



ولهم في هذا الحكم ما يبرره. فهم يمنحون المشتري هذا الحق حتى لا يلزمه العقد، لأن عقد الفضولي في نظرهم يبقى موقوفا مهما طالّت المدة إلى أن يتدخل المالك الحقيقي بإجازة هذا البيع أو رفضه. وأمام هذه المدة التي قد تطول إلى أمد بعيد. منح الفقه الحنفي المشتري الحق في التخلص من هذا البيع²⁰⁷.

أما بخصوص منحهم البائع الحق في التحلل من بيع ملك الغير (بيع الفضولي)، فقد تقرر ذلك حتى يتخلص من المسؤولية التي سوف تلحق به إذا أجاز المالك الحقيقي البيع، لأن الفضولي بعد الإجازة يعد بمثابة الوكيل الملتزم بحقوق العقد التبعية، فيطالب بالتسليم، ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، أما المالك الحقيقي فله إجازة هذا البيع فينفذ في حقه، وله رده ويسقط بذلك البيع²⁰⁸.

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 يعتبر مجيزا للعقد، وكان من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد وإلا سقط حقه.

← **الحالة الثانية:** وهي حالة إبرام العقد دون حضرة المالك، ففي هذه الحالة يكون أمام المالك عام يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه إجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتا يفسر سكوته على

207 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 116.

208 - جاء في بدائع الكاساني: "ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نفذ، وكذا إذا فسخه المشتري يفسخ... لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد (البائع الفضولي)، فهو بالفسخ (الإبطال) يرفع العهدة عن نفسه". علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص: 581.



أنه إجازة للعقد، وفي كل حال يبقى له الحق بمطالبة البائع بالتأمين خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حقه²⁰⁹.

وبمقارنة رأي كل من الأحناف والمالكية، فإننا نرجح ما جنح إليه فقهاء المالكية، لأن ما جاء في موقفهم فيه ما يحقق حماية الأطراف الضعيفة في هذا البيع، كما أنه يحافظ على استقرار المعاملات بين الناس. فعقد الفضولي عندهم وإن كان موقوفاً، إلا أن مدة وقفه لا تتجاوز العام²¹⁰، فخلال هذه المدة يجب على المالك الحقيقي أن يقرر موقفه من البيع فإن هو أجازة نفذ البيع، وفي ذلك مصلحة للجميع، لأن الفضولي هو من باع الشيء المبيع، والمشتري قبل هذا البيع لرغبته فيه، وبما أن المالك بارك في فلا ضرر من ذلك، أما إن رفضه فهو وحده من يتضرر من هذا البيع فيبقى له الحق ف إبطاله خلال أقل من عام.

الفقرة الثانية: حق المشتري في التعويض

ينص الفصل 485 ق.ل.ع على أنه: "إذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير"²¹¹. كما تنص المادة 468 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو

209 - أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث، د.ط، د.ذ.م، 1309 هـ، ص: 457.

- زينة أحمد خريسات، مرجع سابق، ص: 75-76.

- عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 254-255.

- أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، 116-117.

210 - وهو ما يتناقض مع ما ذهب إليه الأحناف في إبقائهم عقد الفضولي موقوفاً مهما طالّت المدة التي تنتضي بين وقت إبرامه ووقت تدخل المالك بالإجازة أو بالرد.

211 - كما جاء أيضاً في قرار لمحكمة النقض المغربية أن: "بيع ملك الغير يعطي للمشتري الحق في المطالبة بفسخ (إبطال) العقد وإلزام البائع بالتعويض إن كان حسن النية، ولا يعطيه الحق إلا في استرداد الثمن دون أي تعويض إن كان عالماً لحظة شرائه بأن المبيع قد فوت لغيره، ولا يكون له الحق إلا في استرداد ما أداه مقابل شرائه للعقار لا على أساس قيمة العقار بتاريخ الفسخ (الإبطال)". قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 3786، ملف مدني عدد: 1115-1-1-2003، بتاريخ: 2004/12/29، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 08-05-2017، على الساعة: 10:00 صباحاً.



كان البائع حسن النية". وتقضي أيضا المادة 399 من القانون المدني الجزائري بـ: "إذا أٌبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"²¹².

يستفاد من النصوص أعلاه أن للطرف المشتري في بيع ملك الغير الحق في المطالبة بالتعويض إذا لم يتمكن البائع من نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، أو إذا رفض المالك الحقيقي أن يقر البيع الصادر عن البائع، وهو ما يجعلنا نتساءل عن مفهوم وشروط هذا التعويض (أولا)، فضلا عن البحث في الأساس القانوني الذي تبني عليه مسؤولية البائع عن التعويض (ثانيا).

أولا: مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه

سنعالج مفهوم حق المشتري في التعويض والشروط الواجب توفرها حتى يكون مستحقا من زاويتين.

1- مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه في القانون الوضعي

يعد حق المشتري في الحصول على التعويض بمثابة جزاء قانوني يلزم البائع الوفاء به في حالة عدم تمكنه من نقل ملكية الشيء المبيع لفائدة المشتري، وأبى المالك الحقيقي أن يقر البيع الصادر عن البائع، وذلك حتى يجبر الضرر الذي أصاب المشتري بسبب إبطال البيع. ويشمل التعويض ما فات المشتري من كسب، وما لحقه من خسارة نتيجة إبطال البيع.

²¹² - أنظر أيضا: المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي، المادة 436 من القانون المدني السوري، المادة 457 من القانون المدني الليبي، والمادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.



وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من الفصل 485 ق.ل.ع والنصوص القانونية المقارنة له يمكن حصر الشروط التي يتطلبها القانون لكي يستطيع المشتري الرجوع على البائع بالتعويض في ثلاثة²¹³، هي:

■ **الشرط الأول: عدم تمكن البائع من نقل ملكية المبيع إلى المشتري.** ويكون ذلك عندما يرفض المالك الحقيقي إقرار البيع أو إذا لم يتمكن البائع من الحصول على ملكية المبيع في تاريخ لاحق للبيع، فيحكم للمشتري بإبطال البيع، أما إذا لم يحكم بالإبطال فلا حق للمشتري في التعويض، وذلك سواء أكان لم يطلب الإبطال أصلا رغم ثبوته له، أو أكان حقه في الإبطال قد سقط.

■ **الشرط الثاني: حسن نية المشتري وقت التعاقد.** ومعنى ذلك ألا يكون المشتري وقت البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع، أما إذا كان يعلم ذلك، فإنه لا يستطيع أن يطالب بإبطال البيع، ولكن يبقى له الحق في استرداد الثمن الذي دفعه للبائع دون مصاريف البيع أو أي تعويض آخر²¹⁴. فالمشتري سيء النية يتحمل تبعه تصرفه²¹⁵

■ **الشرط الثالث: سوء نية البائع.** فهناك من التشريعات المقارنة من يؤكد على وجوب إثبات سوء نية البائع حتى يتمكن المشتري من الحصول على التعويض، إذ نجد أن الفقرة الثانية من المادة 358 من قانون الموجبات والعقود اللبناني تقضي بأنه: "إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبايع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالما بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك".

²¹³ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 257-258-259.

²¹⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 291.

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, tome: 5, 6eme édition, Paris, 1947, P: 351.

²¹⁵ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص: 33.



لكن في مقابل ذلك، هناك من التقنيات من تصرف النظر عن حسن أو سوء نية البائع، فنجد مثلا أن المادة 468 من القانون المدني المصري تنص على أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

وهناك أيضا من القوانين من سكت عن الموضوع، فمثلا الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده يقضي في فقرته الثالثة بما يلي: "وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير". ويشاطره في هذا الرأي القانون المدني الفرنسي²¹⁶.

ويبقى الرأي القائل بصرف النظر عن حسن أو سوء نية البائع في رأينا هو القول الصائب، لأنه من العدل إلزامه بإصلاح ما سببه من أضرار للمشتري، فالبائع حتى ولو كان يعتقد أن المبيع يدخل في ملكه، فهو قد تصرف فيه بدون حذر وتبصر عن طريق بيعه لمشتري ظهر له بمظهر المالك الحقيقي للمبيع، الأمر الذي يلزمه بتحمل تبعات هذا التصرف²¹⁷.

2- مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه في الفقه الإسلامي

يميز فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تعويض المشتري من الفضولي بين حالتين:

²¹⁶- Article 1599 : "La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui".

²¹⁷ - وهو نفس الرأي الذي أخذ به ضمنا المشرع المغربي تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (لأن البيع بعد إبطاله أصبح كأنه لم يكن، وبالتالي لم يبقى أساس صالح للمسؤولية العقدية)، فالمخطئ طبقا لهذه القواعد يسأل عن التعويض بالرغم من كونه حسن النية.
- راجع في ذلك: عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 261.



← الحالة الأولى: علم المشتري بالفضالة

يرى بعض فقهاء المذهب الحنفي أن المشتري إن كان يعلم أنه يشتري من فضولي وقت أداء الثمن (سوء النية)، فإن هذا الثمن يكون أمانة له لدى الفضولي، ويسترده المشتري إن كان باقيا، ولا يطالب به إن هلك²¹⁸. ويرى غالبية الفقهاء الأحناف أن المشتري يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له، لأن البائع في هذه الحالة يعد في مركز الغاصب الذي أخذ شيئا بغير حق²¹⁹.

أما فقهاء المالكية²²⁰ والشافعية²²¹ والحنابلة²²²، فيختلفون مع الأحناف بخصوص الثمن الذي دفعه المشتري للبائع، حيث أنهم يعطون المشتري الحق في المطالبة به حتى ولو هلك في يد البائع، وسواء كان المشتري يعلم بأنه يتعامل مع الفضولي أو كان يجهل ذلك.

ويستفاد مما سبق ذكره أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على شرط حسن نية المشتري لاستحقاق التعويض، فهم يقرون بعدم جواز رجوع المشتري على البائع بأكثر من الثمن الذي دفعه له لأنه كان عالما عند الشراء بأن البائع فضولي غير مالك للمبيع. غير أنهم اختلفوا في مسألة ارجاع البائع الثمن الهالك في يده لفائدة المشتري، حيث يرى الأحناف أن البائع غير مطالب بالثمن الهالك، في حين يرى المالكية والحنابلة والشافعية وجوب ارجاع البائع للمشتري الثمن الذي دفعه له بغض النظر عن بقائه أو هلاكه.

218 - محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، ص: 114.

219 - علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص: 581.

220 - أحمد الدردير، مرجع سابق، ص: 457.

221 - محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، مقال منشور بمجلة الشرق الأوسط، العدد الثالث، 1980، ص: 103.

222 - محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، مرجع سابق، ص: 103.



← الحالة الثانية: جهل المشتري بالفضالة

لقد انقسم الفقه في حكم استحقاق المشتري الجاهل بالفضالة للتعويض إلى اتجاهين اثنين:

- الاتجاه الأول: ويمثله المالكية والحنفية. ففقهاء المذهبين معاً لا يعطون للمشتري الجاهل بالفضالة (حسن النية) الحق في الرجوع على الفضولي لمطالبته بالتعويض عن الزيادة التي دفعها للمالك، سواء كانت هذه الزيادة تتمثل في قيمة العين²²³، أو في النفع الذي عاد عليه منها²²⁴.
- الاتجاه الثاني: ويمثله الحنابلة والشافعية. فهم قد منحوا للمشتري حسن النية الحق (الجاهل بالفضالة) في الرجوع على البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين المستردة إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يحصل عليها، أما إذا كانت الزيادة التي دفعها تقابل العين أو المنافع التي عادت على المشتري، فإن بعض الشافعية والحنابلة يرون أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع، بينما يرى البعض الآخر منهم بعدم جواز هذا الرجوع²²⁵.

ثانياً: مصدر حق المشتري في التعويض

سنتناول في إطار هذا الجزء الأساس القانوني الذي تبنى عليه مسؤولية البائع عن التعويض في القانون الوضعي، على أن نتطرق بعدها إلى دراسة مصدر هذا التعويض في الفقه الإسلامي.

²²³ - علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص: 582.

²²⁴ - محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، ص: 114-113.

²²⁵ - محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، مرجع سابق، ص: 105.



1- الأساس القانوني لتعويض المشتري في القانون الوضعي

لقد انقسم الفقهاء القانونيين حول تحديد الأساس القانوني الذي تبنى عليه مسؤولية البائع عن التعويض إلى رأيين أساسيين:

■ **الرأي الأول:** يقول أن أساس التعويض المستحق للمشتري هو المسؤولية التقصيرية، أي خطأ البائع سواء كان حسن النية أو سيئها. فإذا كان سيء النية اعتبر خطأه مقصودا وقد يشكل جرم الاحتيال إذا توافرت شروطه، أما إذا كان المشتري حسن النية، فإن خطأه يكون غير مقصود لعدم تثبته من ملكيته للمبيع قبل إقدامه على بيعه، على أن ذلك لا يعني تشابه حكم البائع حسن النية بالبائع سيء النية من حيث مدى التزامه بالتعويض. حيث أن البائع حسن النية لا يلزم بتعويض الضرر غير المتوقع، خلاف البائع سيء النية الذي يلزم بتعويض المشتري عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة²²⁶.

ولقد تعرض هذا الرأي للانتقاد بسبب عدم إمكانية نسبة الخطأ التقصيري إلى البائع حسن النية، وبالتالي لا يمكن أن يقال بأن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر بذاته خطأ تقصيريا يوجب التعويض²²⁷.

■ **الرأي الثاني:** يفرق أصحابه بين البائع حسن النية والبائع سيء النية. فعندما يكون البائع سيء النية يلزم بتعويض المشتري وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية²²⁸، أما إذا كان البائع حسن النية فإن أساس التعويض هو "نظرية الخطأ في تكوين العقد"²²⁹. إذ لا يصلح

226 - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 123.

227 - محمد حسنين، مرجع سابق، ص: 194.

228 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 262.

229 - تعود نظرية الخطأ في تكوين العقد إلى الفقيه الألماني "أهرنج" الذي يرى فيها أن العقد لا يرتب الالتزامات التي تتولد عنه فحسب، بل أنه يرتب أيضا على كل من طرفيه التزامات بتعويض الآخر عن الضرر الذي يلحق به من جراء بطلان العقد الذي تسبب بفعله خطئه فيه، فبطلان العقد إن كان من شأنه أن يهدد الالتزامات الأولى إلا أنه لا يمس النوع الثاني من الالتزامات أي الالتزام بالتعويض عن البطلان.



في نظرهم أن يكون العقد بعد إبطاله مصدرا للتعويض، لكنهم يقولون بجواز تحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد صحيح غير مسمى ينشئ التزاما في ذمة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال المبيع إليه.

ويبقى في رأينا ما ذهب إليه فقهاء الرأي الثاني هو الرأي الراجح، حيث أنه لا يجوز أن نقول أن مسؤولية البائع هي مسؤولية تقصيرية، فهذه الأخيرة تقوم على أساس الخطأ، في حين أن البائع يكون ملزما بالتعويض حتى ولو كان حسن النية، أي حتى ولو لم يقع خطأ من جانبه. ولذلك فإننا نتفق مع ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 468 من قانونه المدني والتي تعد من أبرز النصوص القانونية التي أخذت بنظرية الفقيه الألماني "اهرنج" التي تقوم على الخطأ عند تكوين العقد. فلا يصح إذا جعل المسؤولية التقصيرية مصدرا للتعويض في حالة البائع حسن النية.

وبالرجوع إلى التشريع المغربي، فإننا نجد أن قانون قانون الالتزامات والعقود يؤسس مسؤولية البائع عن التعويض على ما ورد في الفصلين 259 ق.ل.ع و 485 ق.ل.ع²³⁰. فقد جاء في الفقرة الأولى من الفصل 259 ق.ل.ع أنه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين". كما جاء أيضا في الفقرة الثالثة من الفصل 485 ق.ل.ع أنه: "إذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير".

- راجع: عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، ط.غ.م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، س.غ.م، ص: 503-512.
230 - عبد الرحمن أحمد جمعة، مرجع سابق، ص: 234.



2- مصدر تعويض المشتري في الفقه الإسلامي

بعد أن تناولوا بالدراسة والتحليل شروط استحقاق المشتري للتعويض في الفقه الإسلامي، وإقرارهم أن الفعل الضار الذي تسبب فيه البائع حسن النية هو أساس التعويض، لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر سوء نية البائع على تعويض المشتري، الأمر الذي يستوجب منا الرجوع إلى القواعد العامة للضمان²³¹. فهذه القواعد تشير إلى أنه إذا وقع الضرر من البائع سيء النية فإنه يوجب الضمان للمشتري، ومصدر هذا الضمان في الفقه الإسلامي هو ضمان الفعل الذي يلحق الضرر بالآخر (الفعل الضار)، كأن يتلف له مالاً أو يغصب له مالاً، والفضولي يبقى في مركز الغاصب، وهو ما يقابل المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي، فلا فرق إذاً بين البائع حسن النية و البائع سيء النية، لأن القاعدة في الفقه الإسلامي تجعل كل إضرار بالغير يلزم الضمان²³².

وبناء على ذلك، يمكن القول أن أساس التعويض في الفقه الإسلامي سواء أكان البائع حسن النية أو سيئها هو الفعل الضار، لأن المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي تقوم على الإضرار لا على الخطأ كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية²³³.

231 - مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، الطبعة السادسة، مطابع فتي العرب، دمشق، 1965، ص: 255.

232 - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام: مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، د.ب.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص: 125.

233 - زينة أحمد خريسات، مرجع سابق، ص: 78. وأيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 127.



المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير في علاقة المالك الحقيقي بالمتعاقدين والغير

عند الرجوع إلى الفصل 485 ق.ل.ع، والفصل 228 ق.ل.ع الذي يقضي بأن: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلى في الحالات المذكورة في القانون"، وكذلك الفصل 33 ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون"، وكذلك المفهوم الضيق لمصطلح الغير²³⁴، يتبين لنا أن المالك الحقيقي للمبيع في بيع ملك الغير ليس خلفاً عاماً ولا خاصاً أو دائناً، بل هو مالك أصلي لشيء مبيع باعه غيره لطرف آخر. مما يعني أن المالك الحقيقي واستناداً إلى مبدأ نسبية آثار العقد لا يتأثر بالتصرفات الصادرة من الغير على ملكه، فيبقى له الخيار في أن يقر البيع، أو أن يرفض إقراره، وهو ما يعني اختلاف النتائج المترتبة على كل حالة من الحالتين المذكورتين.

وبما أن المالك الحقيقي هو الطرف الأساسي الذي يتوقف عليه نفاذ بيع ملك الغير، فإن الخيار الممنوح له بين إقرار وعدم إقرار هذا النوع من البيوع يأتى في العلاقة التي تربطه بالبائع والمشتري من جهة، والعلاقة التي يحتمل أن تربطه بالغير من جهة أخرى.

إن ما سبقت الإشارة إليه يستوجب منا أن نتناول موضوع أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي في علاقته بالبائع والمشتري، وفي علاقته بالغير، وفق التصميم التالي:

²³⁴ - بالرغم من أن مالك الشيء المبيع يعتبر غيراً بالنسبة لأحكام الفصل 485 ق.ل.ع إلا أنه يتعين أخذ مصطلح الغير هنا في معناه الضيق الذي تختلف أحكامه عن أحكام الغير بالمعنى الواسع للكلمة.
- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 79.



المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والمتعاقدين.

المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير.



المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والمتعاقدين

يعتبر المالك الحقيقي للمبيع غيرا بالنسبة لعقد البيع الذي بموجبه بيع ملكه، واستنادا إلى مبدأ نسبية آثار العقد فإن المالك لا يتأثر بالتصرفات الصادرة من الغير على ملكه، فيبقى له الخيار في أن يقر بيع ملكه، أو أن يرفض إقرار ذلك. ويعني ذلك أن النتائج المترتبة على بيع ملك الغير تتوقف على حالتين إثنين هما: حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع (الفقرة الأولى)، وحالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إقرار المالك الحقيقي للبيع وآثاره

تعتبر الآثار المترتبة على إقرار المالك الحقيقي للبيع متشابهة إلى حد التطابق سواء عند مقارنتها بين القوانين، أو عند مقارنتها بالفقه الإسلامي. غير أن الإقرار المتعارف عليه في القانون الوضعي يختلف عن نظيره في الفقه الإسلامي، حيث نجد أن الكتابات الفقهية الإسلامية تأخذ في معالجتها لبيع الفضولي بلفظ الإجازة عوض الإقرار²³⁵.

أولاً: مفهوم إقرار المالك الحقيقي للبيع وصيغته

سنتناول في إطار هذا المحور مفهوم الإقرار في القانون الوضعي ومقابلته في الفقه الإسلامي، على أن نتطرق بعدها إلى صيغة إقرار المالك لبيع ملك الغير.

235 - جدير بالذكر أن الإقرار له أثر أبعد من الإجازة، فهو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري.
- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص: 33.



1- مفهوم الإقرار في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

يعرف الإقرار²³⁶ قانوناً بأنه: "اعتراف الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه عليه، أو بواقعة منتجة لأمر قانوني على عاتق من صدر منه الإقرار بقصد الزام نفسه، وعلمه أنه سيستخدم حجة عليه، وأن خصمه سيعفى به من تقديم أي دليل، والأصل أن يكون صريحاً، ويجوز أن يرد الإقرار ضمناً بالامتناع عن قول أو السكوت عن أمر"²³⁷.

ويلزم في الإقرار القانوني أن يصدر عن شخص متمتع بأهلية التصرف، وأن يصدر أيضاً عن اختيار وإدراك (الفصل 409 ق.ل.ع)، وأن يرد على محل معين أو قابل للتعيين، وأن يكون خالياً من عيوب الرضى²³⁸.

أما بالنسبة للفقہ الإسلامي فقد عرف الإقرار بأنه: "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال لذلك مقر، ولهذا مقر له، وللحق مقر به"²³⁹.

وكما سبق الذكر، فالفقہ الإسلامي لم يأخذ في معالجته لبيع ملك الغير (بيع الفضولي) بالإقرار كما سبق تعريفه، وإنما اعتبر هذا النوع من البيوع موقوف على إجازة المالك الحقيقي، لذلك نجد الفقهاء قد اعتمدوا في تناولهم لهذا الموضوع الإجازة بدل الإقرار.

وإذا كانت الإجازة في القانون بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقد الذي تقررت لمصلحته القابلية للإبطال في إحداث أثر قانوني يتمثل في النزول عن حقه في ذلك الإبطال. فإن الإجازة في الفقہ الإسلامي تعني قبول الشخص (يمكن أن يكون أجنبياً عن العقد) لعقد ما كان ليحتج به عليه لولا

236 - عبد السلام السليمان، الإقرار في القانون المدني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1982، ص: 30.

237 - لقد ميز المشرع المغربي بموجب الفصلين 405 و 407 ق.ل.ع بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي.

238 - عبد السلام السليمان، مرجع سابق، ص: 30.

239 - المادة 1572 من مجلة الأحكام العدلية.



إقراره له، وذلك كما في بيع ملك الغير، فإنه قابل للإبطال من قبل المشتري وفي نفس الوقت لا يسري في حق المالك الحقيقي للمبيع إلا إذا أقره. وبالتالي فإن أجاز المشتري بيع ملك الغير سقط حقه في التمسك بالبطلان، وإذا ما أقر المالك الحقيقي هذا البيع كان سارياً في حقه، فتنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري²⁴⁰.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي في معالجته لبيع ملك الغير لم يفرق بين لفظي الإجازة والإقرار، فالمصطلحين معا يطلقهما على التصرف الموقوف، وذلك راجع أساساً إلى اتفاق اللفظين معا من ناحية الهدف الذي يرمي إليه كل من المجيز أو المقر، فهما معا يهدفان إلى جعل العقد الصحيح أو الفعل المادي منتجاً لآثاره. لكن رغم ذلك نلاحظ ميل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تعرضوا لموضوع بيع ملك الغير إلى توظيف لفظ الإجازة بشكل كبير مقارنة بلفظ الإقرار²⁴¹. كما أنه اشترط في الإجازة حتى تعتبر صحيحة توفر مجموعة من العناصر وقت العقد ووقت الإجازة²⁴²، وهي:

- وجود البائع.
- وجود المشتري.
- وجود المجيز.
- وجود المبيع.²⁴³

240 - سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص: 522.

241 - الفقه الإسلامي يعتبر بيع ملك الغير بيع موقوف على إجازة أو إقرار المالك الحقيقي، وبالتالي باختلاف توظيف اللفظ أحياناً بين الإجازة والإقرار لا يؤثر على النتيجة المتوخاة من الاثنين معا، لأنه يشترط فيهما أن يكونا من قبل المالك الحقيقي للمبيع دون غيره.

242 - محمد جبر الألفي، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه، مرجع سابق، ص: 252-253.

243 - نصت المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً، فإن كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة".

2- صيغة إقرار المالك الحقيقي لبيع ملك الغير

يعبر عن الإقرار طبقاً للقواعد العامة بشكل صريح أو ضمني²⁴⁴، وقد يفسر السكوت في بعض الحالات أيضاً على أنه تعبير ضمني عن الإقرار.

والتعبير الصريح عن الإقرار: هو الذي يفصح عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس كأن يجري التعبير باللفظ²⁴⁵ أو بالكتابة²⁴⁶ أو بالإشارة²⁴⁷ المتداولة عرفاً، أو بصورة أعم باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، كأن يعبر المالك عن إرادته بإقرار البيع الحاصل لملكه من أحد الأشخاص دون سابق توكيل، وذلك لفظاً أو كتابة، أو كأن يسأل هل تقرر البيع الحاصل من فلان غير الموكل منك بالبيع فيومئ برأسه إلى الأسفل دلالة على قبوله²⁴⁸. إضافة إلى أن الإقرار الصريح لا يشترط فيه بيانات معينة طالما يدل على المقصود، كقوله: أقررت أو أمضيت التصرف.

أما التعبير الضمني عن الإقرار: فهو الذي يفصح بطريقة غير مباشرة عن الإقرار، ويستفاد من كل عمل يقوم به المالك الحقيقي ويدل على انصراف إرادته إلى إقرار البيع، كأن يطلب المالك الثمن من

244 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 37 ق.ل.ع على أنه: "يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة، ويصح أن يجيء ضمنياً وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه".

245 - وذلك من خلال التعبير عن الإقرار بالكلام الواضح والصريح الذي لا التباس فيه.

246 - ومعناه أن يقر المالك الحقيقي للمبيع بالكتابة المباشرة التي يفهم من قراءتها أنه قد أقر البيع المعقود على ملكه.

247 - كأن يهز المالك رأسه معبراً عن موافقته على البيع.

248 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 268.



المشتري، أو أن يتنازل عن حقه في تملك الشيء المبيع²⁴⁹، أو أن يوقع على عقد البيع الصادر من زوجته لعين مملوكة له كضامن متضامن²⁵⁰.

أما بالنسبة لمسألة سكوت المالك الحقيقي للمبيع، فيطرح التساؤل عن مدى إمكانية اعتبار هذا السكوت تعبيراً ضمناً عن إرادة المالك في إقرار البيع الوارد على ملكه عملاً بالمثل القائل "من سكت قبل" أم لا؟

كإجابة عن السؤال المطروح، وبالرجوع إلى الفصل 38 ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضراً أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته"، يمكن القول أن سكوت المالك الحقيقي للمبيع الذي حصل بيع ملكه في حضوره أو أعلم به ولم يعترض عليه يعد إقراراً لهذا البيع ما لم يكن هناك سبب مشروع يبرر هذا السكوت.

وجدير بالذكر أن مسألة سكوت المالك الحقيقي للمبيع قد أثارت نقاشاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فغالبية الفقهاء الأحناف يروا أن سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه، لا يدل على الإجازة، في حين يرى البعض منهم أن سكوت المالك يعتبر في بعض الحالات إجازة للبيع، وذلك منعاً لوقوع الضرر أو إذا دل العرف على ذلك²⁵¹.

249 - "حيث إذا تنازل المالك الحقيقي عن حقه في تملك الشيء المبيع لفائدة البائع، فآثار عقد التنازل تسري في مواجهته، وينزل هذا التنازل منزلة البيع بعد إقراره من صاحبه ضمناً بإجازة عقد البيع المعبر عنه بالتنازل".

- قرار المجلس الأعلى، عدد 1288، بتاريخ 19 نونبر 2003، الملف التجاري عدد 03/544، أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 481.

250 - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972، ص: 51.

- عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 268.

251 - أبي بكر السرخسي، مرجع سابق، ص: 140-141.

أما بالنسبة لفقهاء المالكية فيعتبرون أن سكوت المالك يمكن أن يكون إجازة، غير أنهم ميزوا في ذلك بين حالتين²⁵²:

⇐ **الحالة الأولى:** هي حالة حضور المالك للعقد، وهنا يفسر سكوته على أنه إجازة للعقد، ويحق له مطالبة البائع بالثمن خلال عام من العقد، فإذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه في المطالبة به.

⇐ **الحالة الثانية:** هي حالة إبرام العقد بدون حضرة المالك، وهنا تعطى للمالك مهلة مدتها عام من وقت علمه بالبيع، ليختار فيها إجازة العقد أو رفضه. فإذا لم يعبر عن إرادته خلال هذه المهلة، سيفسر سكوته على أنه إجازة للعقد، فيبقى له فقط الحق في مطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة سقط هذا الحق.

وبالنسبة للشافعية فلا يعتبرون البيع صحيحا إذا باع شخص سلعة وصاحبها حاضر ولم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر²⁵³.

أما عند الحنابلة، فسكوت المالك الحاضر لبيع ملكه من قبل الفضولي لا يعتبر إجازة لهذا البيع، لأن سكوته غير قاطع في الدلالة على رضاه على هذا البيع²⁵⁴.

ثانيا: آثار إقرار المالك الحقيقي للبيع

ينص الفصل 485 ق.ل.ع في فقرته الأولى على أن: "بيع ملك الغير يقع صحيحا.

(1) إذا أقره المالك"²⁵⁵.

252 - أحمد الدردير، مرجع سابق، ص: 12.

253 - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص: 287.

254 - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص: 206.

255 - جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية: "طبقا للفصل 485 من ق.ل.ع، فإن بيع ملك الغير يقع صحيحا إذا أقره المالك". قرار عدد: 2010، ملف مدني عدد: 3132-1-2004، بتاريخ:

كما تنص المادة 467 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه: "إذا أقر المالك البيع، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري".

وهو نفس المقتضى الذي أكدته المادة 551 من القانون المدني الأردني في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري".

يتبين من خلال هذه النصوص أن المالك الحقيقي للمبيع وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكه دون إذن، وهذا الإقرار لا بد حتى يعتد به أن تتوافر فيه الأركان المنصوص عليها في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وهي:

- 1- أهلية الالتزام،
- 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام،
- 3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام،
- 4- سبب مشروع للالتزام²⁵⁶.

فبتوفر الإقرار على هذه الشروط ترتبت عليه الآثار التالية:

- 1- سريان البيع في حق المالك الحقيقي
- يترتب على إقرار المالك الحقيقي للبيع سريان هذا البيع في حقه، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدني المصري

2006/06/14، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2017-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.

²⁵⁶ - يشترط الفقه الإسلامي لصحة إجازة تصرف الفضولي ما يلي:

- 1- أن يكون التصرف الفضولي مجيز عند صدور التصرف.
- 2- أن يكون محل العقد باقيا وقت صدور الإجازة.
- 3- أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي ومن تعاقد معه.

- راجع: محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص: 95 وما بعدها.



التي نصت على أنه: "إذا أقر المالك البيع، سرى البيع في حقه". غير أن هذا السريان قد أثار في الفقه المصري نقاشا حول المقصود به، والسبب في هذا الاختلاف راجع إلى إجماع المشرع المصري عن تنظيم الآثار المترتبة على إقرار المالك الحقيقي للمبيع. فهل يقصد بذلك حلول المالك المقرر محل البائع فتقوم علاقة تعاقدية مباشرة بينه وبين المشتري، فتكون للمالك من وقت الإقرار كافة حقوق البائع ويتحمل بالمقابل كافة التزاماته وتبرأ بذلك ذمة البائع من هذه الالتزامات ويفقد تلك الحقوق؟ أم أن إقرار المالك للبيع يجعله منظما إلى العقد فيصبح هو والبائع ملتزمين به ويكون المشتري ملتزما في مواجهتهما معا؟ أم أنه فقط بإقرار المالك يرتب البيع أثره في نقل الملكية وتبقى الالتزامات التعاقدية بين البائع والمشتري فلا يحل المالك الحقيقي المقرر محل البائع في التزاماته وحقوقه ولا ينظم إليه إلا إذا تم الاتفاق على ذلك؟²⁵⁷

هذا الاختلاف بين الفقهاء المصريين بشأن المقصود بسريان العقد في حق المالك أدى إلى ظهور ثلاث آراء فقهية مختلفة عن بعضها:

■ **الرأي الأول:** يقول أن إقرار المالك للبيع الصادر من غيره يترتب عليه حلول المالك المقرر محل البائع من وقت صدور الإقرار في جميع حقوقه والتزاماته في العقد، فتقوم علاقة تعاقدية مباشرة بينه وبين المشتري، فتبرأ ذمة البائع من الالتزامات الناشئة عن البيع. فأصحاب هذا الرأي يقربون أثر إقرار المالك من أثر واقعة الفسالة عندما يقر رب العمل تصرف الفضولي²⁵⁸.

ولقد تعرض هذا الرأي للنقد، حيث إن القول بحلول المالك محل البائع في التزاماته وحقوقه يعد قول غير صحيح لأن الإقرار كما سبق وأن

257 - عبد الرحمن حمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 274.

258 - عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص: 590.

- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص: 535.

- سليمان مرقس ومحمد علي إمام، مرجع سابق، ص: 452-453.



أشرنا يعتبر تصرف صادر عن إرادة منفردة هي إرادة المالك دون تدخل من المشتري ولا يصح أن يتغير المدين دون موافقة الدائن الذي قد تكون له مصلحة في بقاء البائع ملتزماً بما يفرضه عليه العقد من التزامات، فإذا أريد انصراف أثر البيع إلى المالك وإحلاله محل البائع فلا بد أن يتفق على ذلك أصحاب الشأن جميعاً وهم البائع والمشتري والمالك الحقيقي للمبيع²⁵⁹.

■ **الرأي الثاني:** يرى أصحابه انضمام المالك الحقيقي إلى البائع في العقد، بحيث يصبحان ملتزمين بشكل تضامني ومسؤولين مسؤولية مجتمعة في مواجهة المشتري، ومن ثم يصبح المشتري بدوره ملتزماً في مواجهتهما معاً²⁶⁰.

■ **الرأي الثالث:** يذهب أنصاره إلى القول بأن إقرار المالك يقتصر أثره على إمكانية احتجاج المشتري عليه بالبيع الذي أقره، وبالتالي إزالة العائق الذي كان يحول دون أن يرتب البيع الأثر الأساسي المتوخى منه وهو نقل الملكية لفائدة المشتري، وفي ما عدا ذلك فإنهم يعتبرون المالك أجنبياً عن العقد، فلا ينصرف إليه ما يُنشئه من حقوق والتزامات، مما يعني أن العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري تبقى كما هي بدون تغير ما لم يبرم اتفاق بين البائع والمشتري والمالك بشأن الالتزامات والحقوق التي رتبها العقد يقضي بخلاف ذلك.

ويؤكد أصحاب هذا الرأي على أهمية التفرقة بين الأثر النسبي للعقود، وبين الاحتجاج بها أو سريانها، فعندهم لا يعني سريان العقد بإقرار المالك في مواجهته أن يصبح دائناً أو مدیناً²⁶¹.

259 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 275.

260 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 275.

261 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 298-299.

- إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص: 29-30.

- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون المدني، د.ذ.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص: 323.



ويعد هذا الرأي الأخير (الرأي الثالث) في نظرنا هو الرأي الراجح لعدة أسباب منها أنه يتفق مع التفسير المنطقي والسليم لإرادة المالك المُقر، حيث أن مجرد إقراره للعقد لا يعني إلزامه بالالتزامات المترتبة على العقد، كما أن هذا الرأي قد أخذ بالتفسير الشائع لاصطلاح "سريان العقد" الذي يعني الاحتجاج به على شخص معين، وهذا الاحتجاج لا يعني أن هذا الشخص قد أصبح ملزماً بالالتزامات التي ترتبت عن ذلك العقد، لأن هناك فرق بين القوة الملزمة للعقد وبين الاحتجاج به.

أما بالنسبة للتشريع المغربي وكذلك التشريع المقارن، فآثر إقرار المالك الحقيقي للبيع يساير ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث الذي سبقت الإشارة إليه، حيث إن أثر هذا الإقرار في هاته التشريعات يقتصر على إمكانية الاحتجاج بالبيع على المالك المُقر، وأيضاً إزالة العائق الذي بين عقد البيع وبين ترتب أثره في نقل الملكية إلى المشتري، وفيما عدا ذلك يظل المالك أجنبياً عن العقد فلا ينصرف إليه ما ينشئه من حقوق والتزامات، ما لم يبرم اتفاق بينه وبين البائع والمشتري بشأن الالتزامات والحقوق التي رتبها العقد يقضي بخلاف ذلك²⁶².

وبإقرار المالك الحقيقي للبيع فإن العقد ينقلب صحيحاً فيستمر في إنتاج آثاره القانونية، فيصبح البائع ملزماً بنقل الملكية لفائدة المشتري، كما يلتزم أيضاً بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية. في حين يصبح المشتري ملزماً بدفع الثمن ومصروفات البيع وبتسليم المبيع²⁶³.

2- انتقال ملكية المبيع إلى المشتري

يترتب على إقرار المالك الحقيقي للبيع وسريان هذا الأخير في حقه انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، هذه الملكية تنتقل إلى المشتري من

²⁶² - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 276.

²⁶³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ص: 299.



تاريخ الإقرار إذا كان المبيع منقولاً، ومن تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً. فبإقرار المالك الحقيقي للشيء المبيع يكون قد زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية²⁶⁴.

وإقرار المالك ليس له أثر رجعي يعود به إلى تاريخ إبرام العقد، وإنما فقط يجعل هذا العقد سارياً في حقه من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت²⁶⁵.

وعكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمالك الحقيقي، يبقى لإقرار هذا المالك أثر رجعي تجاه المشتري الذي ينقلب العقد صحيحاً في حقه من وقت إبرامه²⁶⁶.

كما يترتب أيضاً على انتقال الملكية إلى المشتري من تاريخ إقرار المالك عدم الإضرار بالحقوق التي رتبها هذا الأخير للغير على المبيع خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام عقد البيع إلى تاريخ إقراره من قبل المالك، فهذه الحقوق تنتقل مع المبيع إلى المشتري، لأنها تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، ولا يكون أمام المشتري في هذه الحالة سوى الرجوع على البائع بالضمان الممنوح له قانوناً²⁶⁷.

3- سقوط حق المشتري في طلب إبطال البيع

يترتب على إقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير تأكيد صحة هذا البيع، وبالتالي سقوط حق المشتري في طلب إبطاله لزوال السبب الذي من أجله اعتبر البيع قابلاً للإبطال.

264 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص: 33.

265 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص: 33.

266 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص: 33.

267 - ينص الفصل 532 ق.ل.ع على أن: "الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

(أ) أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)،

(ب) ثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب)".

- راجع أيضاً الفصل 542 ق.ل.ع الذي يعالج مسألة الاستحقاق الجزئي.



وكما سبق الذكر، فإن أغلب الفقه يشترط في الإقرار حتى يسقط به حق المشتري في طلب الإبطال أن يصدر قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، فالقاضي بعد رفع دعوى الإبطال ينظر فيها كما هي يوم رفعها، لذلك لا يمكن الاحتجاج على المشتري بالإقرار الصادر من المالك بعد رفع الدعوى حتى ولو لم يفصل القاضي بعد في دعوى الإبطال، إذ لا يجوز أن يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في دعواه²⁶⁸.

الفقرة الثانية: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع وآثاره

بالرجوع إلى الفصل 485 ق.ل.ع نجده قد أشار إلى حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع في بداية فقرته الثالثة، حيث عبر عن هذه الحالة بعبارة "وإذا رفض المالك الإقرار"، مما يعني أن فرضية رفض المالك إقرار البيع تبقى قائمة، ولذلك ارتأى المشرع المغربي بموجب الفصل 485 ق.ل.ع تنظيم أحكام هذه الحالة المتوقعة حدوثها في هذا النوع من البيوع.

ويختلف أثر وحكم عدم إقرار المالك للمبيع بين ما إذا كان البائع قد سلم فعلا الشيء المبيع للمشتري، أو لم يسلمه. مما يحتم علينا دراسة أحكام كل حالة على حدى.

أولاً: عدم تسليم البائع الشيء المبيع إلى المشتري

إذا لم يقترن البيع الذي أبرمه البائع مع المشتري بالتنفيذ الفعلي، أي أنه لم يسلم للمشتري الشيء المبيع، فإن المالك الحقيقي للمبيع يعتبر في هذه الحالة من الغير بالنسبة لعقد البيع الوارد على ملكه، فلا ينصرف إليه أثر ذلك العقد ولا يحتج به عليه تبعا لمبدأ نسبية العقد، وذلك سواء حكم بإبطال

268 - عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص : 292.



هذا البيع أو لم يحكم به، وسواء أكان حق المشتري في المطالبة بإبطال العقد قد سقط، أم لا يزال قائماً.

وبالتالي فإن المالك الحقيقي للمبيع لا يعتبر دائناً ولا مدیناً لأي طرف من أطراف العقد، كما لا يحق للمشتري أن يطالبه بناء على هذا العقد. زد على ذلك أن المالك له الحق في أن يتصرف في الشيء المبيع بكل أنواع التصرفات القانونية والمادية التي يخولها له القانون.

وفي مقابل ذلك، فإن المالك الحقيقي للشيء المبيع لا يقبل منه الإدعاء ببطلان البيع بسبب افتقار هذا البيع إلى أي أثر في حقه، وانتفاء مصلحته في الدعوى، فضلاً عن كونه ليس طرفاً في العقد، إضافة إلى أن الحق في الإبطال قد تقرر لحماية المشتري ولم يتقرر لحماية المالك (في حالة عدم التسليم)²⁶⁹.

ثانياً: تسليم البائع الشيء المبيع إلى المشتري

يترتب عن تسليم البائع الشيء المبيع إلى المشتري، وتسلمه في مقابل ذلك الثمن من هذا الأخير، أحقية المالك الحقيقي في استرداد المبيع، وحقه في إبطال البيع، فضلاً عن أحقيته في المطالبة بالتعويض إن كان له محل، كما يترتب عنه أيضاً حق المشتري في المطالبة بالثمن والتعويضات المستحقة قانوناً.

1- دعاوى المالك الحقيقي للمبيع

يحق للمالك الحقيقي للمبيع أن يعود على المشتري الذي اشترى ملكه من بائع آخر بدعوى الاستحقاق، كما له الحق أيضاً في الرجوع على البائع بدعوى التعويض عما أصابه من ضرر، إضافة إلى أحقيته في المطالبة بإبطال البيع استناداً إلى التوجه الحديث لمحكمة النقض المغربية.

²⁶⁹ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 277-278.



أ- دعوى استحقاق المبيع

يحق للمالك الحقيقي للمبيع أن يعود على المشتري بدعوى استحقاق المبيع لأنه لا يزال مالكا له، فيسترده من تحت يده وذلك قبل انقضاء مدة التقادم. وتتقادم دعوى المالك الأصلي المطالب بالاستحقاق بمدة خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ علمه بالمبيع²⁷⁰.

وقد يعترض سبيل المالك الحقيقي في استرداد المبيع تحقق أحد الوقائع التالية²⁷¹:

- **التحويل:** إذا قام المشتري بتحويل الشيء المبيع بواسطة عمله على نحو يكسبه زيادة بالغة في قيمته عما كان عليه وهو مادة أولية، ساغ له عندئذ الاحتفاظ به في مقابل أن يدفع قيمة المادة الأولية قبل التحويل، إضافة إلى تعويض تقدره المحكمة التي يجب عليها أن تراعي كل المصالح المشروعة للمالك الأصلي، ومن بينها ما كان للشيء في نفسه من قيمة معنوية.

ومع ذلك، يسوغ للمالك الأصلي أن يسترد المبيع الذي لحقه التحول إذا دفع للحائز الزيادة في القيمة التي أعطاهها للشيء، وفي كلتا الحالتين يكون للمالك الأصلي حق الامتياز على كل دائن آخر²⁷².

- **هلاك المبيع:** عند هلاك الشيء المبيع يتعذر على المالك الحقيقي استرداد ملكه من المشتري أو البائع حسب الأحوال، لهذا كان لا بد من تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج منه دون علمه وموافقته،

²⁷⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص:

295.

²⁷¹ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 279-280.

²⁷² - راجع الفصل 104 من ق.ل.ع.



وهذا يعني أنه لا بد من رجوع المالك الحقيقي على البائع بالتعويض،
فالبائع يضمن للمالك قيمة الشيء المبيع.

ويفرق الفقه المصري والأردني في تعويض المالك الحقيقي عن
هلاك الشيء المبيع في يد المشتري بين الحائز حسن النية والحائز سيء
النية²⁷³. فالحائز حسن النية لا يكون مسؤولاً عن أي تعويض عما قد ينتفع
به تجاه المالك، كما أنه لا يسأل عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف إلا بقدر
ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف.

أما الحائز سيء النية فيكون مسؤولاً عن هلاك المبيع ولو كان هذا
الهلاك ناشئاً عن حادث فجائي، إلا إذا أثبت بأن المبيع كان سيتلف حتى
ولو كان باقياً في يد المالك²⁷⁴.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مسألة هلاك البيع فهو ليس
موحداً. فالأحناف يفرقون بين حالة هلاك المبيع عند الفضولي (البائع)،
وحالة هلاكه عند المشتري. فإذا هلك المبيع عند الفضولي وكانت يد هذا
الآخر "يد أمانة"²⁷⁵ فلا ضمان عليه إلا بالتعدي. أما إذا كانت يد الفضولي
"يد ضمان"²⁷⁶ فإنه يضمن في كل حال هلاك المبيع.

أما إذا هلك الشيء المبيع عند المشتري، فالمشتري يكون مسؤولاً
عن الهلاك، لأن يد المشتري تكون يد ضمان على المبيع لأنه يحوز المبيع

²⁷³ - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 149-150.

²⁷⁴ - راجع المادتان: 983 و 984 من القانون المدني المصري. والمادتان 1195 و 1191 من القانون المدني الأردني.

²⁷⁵ - يقصد بـ "يد الأمانة": أن يحوز الحائز (الفضولي) الشيء لمصلحة ماله (المالك الحقيقي). فالمودع عنده تعد يده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954، ص: 127.

²⁷⁶ - يقصد بـ "يد الضمان": أن يحوز الحائز (الفضولي) الشيء لنفسه، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يحوز المغضوب كمالك له.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 128.



لنفسه، فالمشتري يضمن المبيع سواء كان حسن النية أم سيئها. ويبقى للمالك الخيار في أن يضمن أي من البائع أو المشتري²⁷⁷.

أما فقهاء المالكية فهم يفرقون بين المشتري سيء النية العالم بأنه يشتري من غاصب ملك غيره، وبين المشتري حسن النية الذي يجهل ذلك. فيضمن المشتري سيء النية هلاك المبيع مهما كان سبب الهلاك، ويكون من حق المالك في هذه الحالة تضمينه أو تضمين الفضولي (البائع) حسب اختياره.

أما بالنسبة للمشتري حسن النية الذي يجهل واقعة الغصب، فليس للمالك حق في الرجوع عليه إلا إذا كان الهلاك ناتج عن تعديه²⁷⁸.

أما الشافعية والحنابلة فهم يجعلون المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع، فلا فرق عندهم في ذلك بين علم المشتري بالغصب أو جهله به، ويكون للمالك الحق في تضمين أي من البائع أو المشتري²⁷⁹.

• تملك المشتري للمبيع عن طريق الحيازة:

تختلف أحكام الحيازة بالنسبة للمشتري بحسب ما إذا كان المبيع عقاراً أو منقولاً.

1- فإذا كان المبيع عقاراً يجب التمييز بين العقار المحفظ والعقار غير المحفظ.

²⁷⁷ - أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص: 152.

²⁷⁸ - أحمد الدردير، مرجع سابق، ص: 457.

²⁷⁹ - محمد الشافعي، الأم، الجزء الثالث، د.ب.ط، دار المعرفة، بيروت، 1990، ص: 220.
- علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص: 177.

❖ **فبالنسبة للعقار المحفظ:** ينص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري²⁸⁰ على أن: "التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

ويتضح من خلال ما قضى به الفصل أعلاه أن المشتري لو حاز العقار المحفظ المباع من غير مالكة الحقيقي واستمر في حيازته عشرات السنين، فهو لا يستطيع أن يدعي تملك العقار الذي حازه عن طريق التقادم المكسب، كما أن هذه الحيازة الفعلية لا تمنع المالك الحقيقي من رفع دعوى الاستحقاق في مواجهة المشتري.

ويعني ذلك، أنه إذا ورد بيع ملك الغير على عقار أو حق عيني مسجل بالرسم العقاري باسم المالك الحقيقي فإن المشتري لا يستطيع أن يملكه وفقا لشروط التقادم المكسب مهما طالت مدة حيازته.

❖ **أما بالنسبة للعقار غير المحفظ:** تنص المادة 250 م.ح.ع²⁸¹ على أنه: "إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار".

كما تقضي أيضا المادة 251 م.ح.ع.ب: "تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة".

²⁸⁰ - القانون رقم 14.07، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5958 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 24 نوفمبر 2011، ص: 5575.

²⁸¹ - القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نوفمبر 2011. الجريدة الرسمية عدد 5958 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 24 نوفمبر 2011، ص: 5587.



يستفاد من المواد المذكورة أعلاه أن المشرع المغربي قد اشترط على المشتري أن يحوز العقار المبيع غير المحفظ مدة عشر سنوات كاملة إذا كان أجنبيا غير شريك، أي ألا تربطه بالمالك الحقيقي رابطة القرابة. أما إذا كانت رابطة القرابة بينهم قائمة وليست بينهم عداوة، فيجب على المشتري أن يحوز العقار المبيع مدة أربعين سنة. في حين إذا كانت فيما بينهم عداوة فيشترط أن تمتد حيازة المشتري لعشر سنوات كاملة²⁸². وذلك بغض النظر عن كون المشتري مرتكزا أو غير مرتكز في حيازته على سند صحيح، ولا بين أن يكون حسن النية أو سيئها.

2- أما إذا كان المبيع منقولاً فيتعين التفرقة بين ما إذا كان المشتري الحائز للمبيع سيء النية وغير مرتكز في حيازته على سند صحيح، وبين المشتري الحائز حسن النية المرتكز على سند صحيح في الحيازة.

❖ **فبالنسبة للمشتري الحائز حسن النية والذي تقوم حيازته على سند صحيح:** تنص الفقرة الأولى من الفصل 456 ق.ل.ع على أنه: "يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه".

يفترض في المشتري الحائز حسن النية والذي تقوم حيازته على سند صحيح أنه هو المالك، وذلك استنادا إلى ما قضت به الفقرة الأولى من الفصل 456 ق.ل.ع، مما يعني أن المشتري الحائز للمنقول إذا تمسك بما نص عليه الفصل المذكور فلن يتمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع الذي كان يملكه إلا إذا أقام الدليل على عكس ما يدعيه الحائز للمبيع.

282 - راجع أحكام مدة الحيازة المنظمة بمقتضى المواد: من 250 إلى 259 م.ح.ع.



لكن استثناءً وطبقاً لما نص عليه الفصل 456 مكرر ق.ل.ع²⁸³ يمكن للمالك الحقيقي أن يسترد منقوله في حالتي الضياع والسرقة، إذ يحق لمالك المنقول الضائع أو المسروق استرداده ممن يكون حائزاً له ولو بحسن نية، وذلك خلال أجل ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة.

❖ أما بالنسبة للمشتري الحائز شيء النية الذي لا تقوم حيازته على سند صحيح: فينص في هذه الحالة الفصل 101 ق.ل.ع على أن: "الحائز شيء النية ملزم بأن يرد مع الشيء، كل الثمار الطبيعية والمدنية التي جناها، أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء إدارة معتادة وذلك من وقت وصول الشيء إليه. ولا حق له إلا في استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقت لحفظ الشيء، وجني الثمار، غير أنه لا يكون له الحق في أن يباشر هذا الاسترداد إلا على الشيء نفسه. ومصروفات رد الشيء تقع على عاتقه".

ويعتبر المشتري الحائز شيء النية الذي لا تقوم حيازته على سند صحيح في هذه الحالة ضامناً للمنقول المبيع الذي في حيازته، حيث ينص الفصل 102 ق.ل.ع على أن: "الحائز للشيء عن سوء نية ضامن له، فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة قاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. وإذا كان الشيء من المثاليات لزمه رد مقدار يعادله.

وإذا لحق الشيء عيب فقط، تحمل الحائز شيء النية الفرق بين قيمته في حالته السليمة وقيمه وهو على الحالة التي يوجد عليها. وهو يتحمل بقيمته كاملة إذا لحقه عيب لدرجة يصبح معها غير صالح لاستعماله فيما أعد له".

²⁸³ - الفصل 456 ق.ل.ع (مكرر): "من ضاع له أو سرق منه شيء كان له الحق في استرداده، خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة، ممن يكون هذا الشيء موجوداً بين يديه. ولهذا الأخير أن يرجع على من تلقى الشيء منه".



ولا يعد سقوط حق المالك في استرداد المبيع من مشتريه مانعا يحول بينه وبين مطالبة البائع بالتعويض عما لحق من أضرار مادية كانت أو معنوية.

ب- دعوى التعويض

إذا سقط حق المالك في استرداد الشيء المبيع أو استرداد ثماره من المشتري فإن ذلك لا يمنعه من مطالبة البائع بالتعويضات المخولة له قانونا، فللمالك الحقيقي الحق في الرجوع بالتعويض على البائع:

- إذا تملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم.
- إذا هلك المبيع²⁸⁴.
- إذا تملك المشتري الحائز بحسن نية ثمار المبيع.
- إذا أصاب المالك الحقيقي ضرر بسبب خروج المبيع من يده، سواء كان البائع حسن النية أو سيئها.

ويقوم تعويض البائع للمالك الحقيقي استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان البائع سيئ النية، أو على قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان البائع حسن النية²⁸⁵.

ج- دعوى الإبطال

لقد خولت محكمة النقض المغربية للمالك الحقيقي للمبيع في مجموعة من القرارات الصادرة عنها حديثا الحق في إبطال بيع ملك الغير بالرغم من كونه طرفا أجنبيا عن العقد، حيث جاء في قرار صادر عنها في 29 مارس 2006: "إن الدعوى حسب المقال الافتتاحي تتعلق ببيع ملك

284 - راجع الفصل 539 ق.ل.ع.

285 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 289.



الغير وأن الطاعن الذي ادعى الملكية لم يقر البيع، والمحكمة حين اعتبرت أن الطاعن لا حق له في طلب إبطال البيع الذي ادعى أنه انصب على ملكه رغم أنه لم يُقره، وأهملت أن بيع ملك الغير لا يقع صحيحا إذا لم يقره المالك، وهذا الحكم الذي نص عليه الفصل 485 من ق.ل.ع يقر للمالك حق المطالبة بإبطال البيع الذي انصب على ملكه، تكون قد طبقت الفصل 485 المذكور تطبيقا سيئا وعرضت قرارها للنقض²⁸⁶.

وبهذا القرار المذكور تكون محكمة النقض المغربية قد أكدت ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالقنيطرة سنة 2005 في قرار جاء فيه: "إذا فوت المالك على الشياح جزءا مفرزا فلشريكه إما طلب استحقاق حصته شائعة منه على قدر نسبة تملكه، وإما إبطال البيع في حدود نفس النسبة"²⁸⁷. فضلا عن تكريس نفس المحكمة (محكمة النقض) للتوجه ذاته في قرار سابق لها جاء فيه: "نص الفصل 485 من ق.ل.ع على صحة بيع ملك الغير إذا أقره المالك وإذا كسب البائع فيما بعد ملكية المبيع، والمفهوم المعاكس لذلك أنه في حالة عدم توفر أحد الشرطين المذكورين لا يكون البيع صحيحا مما يبرر للمالك حق المطالبة بإبطاله"²⁸⁸.

كما جاء أيضا في قرار صادر عن نفس المحكمة أن: "الفصل 485 من ق.ل.ع يجيز بمفهوم المخالفة للمالك الذي لم يقر البيع الواقع على ملكه أن يطلب إبطاله ولو لم يكن طرفا في العقد، لوجود نص خاص يسمح بذلك. ومحكمة الاستئناف حين أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من عدم قبول دعوى الطاعن بعله أنه لا صفة له في طلب إبطال البيع لكونه ليس

²⁸⁶ - قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 1041، ملف مدني عدد: 1739-2-1-2004، بتاريخ: 2006/03/29، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2017-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.

²⁸⁷ - قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة، عدد 2، ملف مدني عدد: 02/428، بتاريخ 2005/01/04، أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 484.

²⁸⁸ - قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 1476، ملف مدني عدد: 03/602، بتاريخ: 2005/05/18، أشار إليه: محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 481.



طرفا في العقد. والحال أن الفصل 485 من ق.ل.ع يجيز بمفهوم المخالفة للمالك الذي لم يقر البيع الواقع على ملكه أن يطلب إبطاله. وبالرغم من أن الطاعن حسب وثائق الملف لم يقر البيع المطعون فيه، فإنها تكون قد أساءت تطبيق الفصل 485 ق.ل.ع الذي ينص على أن بيع ملك الغير يقع صحيحا إذا أقره المالك. وعرضت بذلك قرارها للنقض²⁸⁹.

تعكس هذه القرارات التوجه الذي أصبحت تسير فيه محكمة النقض المغربية مؤخرا في تفسير وتأويل الفصل 485 من ق.ل.ع، فبعد أن أقرت في مجموعة من قراراتها السابقة بكون لفظ "الفسخ" المنصوص عليه في الفصل المذكور يقصد منه قابلية عقد بيع ملك الغير للإبطال بموجب نص خاص هو الفصل 485 ق.ل.ع، اعتبرت أن الحق في المطالبة بإبطال هذا النوع من البيوع مقرر أيضا لفائدة المالك الحقيقي ولو بشكل ضمني يستشف من المفهوم المعاكس للفصل 485 ق.ل.ع²⁹⁰.

2- دعوى المشتري

سبق وأن رأينا أن للمالك الحقيقي للمبيع الحق في الرجوع على المشتري بدعوى استحقاق المبيع، هذا الرجوع يترتب عليه أثرين في غاية الأهمية²⁹¹:

أ- إعلام البائع بدعوى الاستحقاق

²⁸⁹- قرار محكمة النقض المغربية، عدد: 313، ملف مدني عدد: 2-1-2-2006، بتاريخ: 2008/01/23، منشور بموقع: WWW.JURISPRUDENCEMAROC.COM، أطلع عليه يوم: 2017-05-08، على الساعة: 10:00 صباحا.

²⁹⁰- جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية: "أنه إذا كان يستفاد من مقتضيات الفصل 485 من ق.ل.ع أن حق فسخ العقد يظل حكرا على أطراف العقد الصحيح الذي يلقي التزامات متبادلة على كل واحد منهم، فإنه بالمقابل جعل من حق كل متضرر من هذا العقد، أو معني بآثاره أن يتقدم بدعوى إبطاله".

- قرار عدد: 2646، الملف المدني عدد: 05/3014، صادر بتاريخ: 25 يوليوز 2007. أشار إليه محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 482.

²⁹¹- عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 289-291.



تكمن أهمية إعلام البائع بدعوى الاستحقاق في محافظة المشتري على حقوقه المشروعة في مواجهته في حالة استحقاق المالك الحقيقي للمبيع. إذ ينص الفصل 537 ق.ل.ع على أنه: "إذا وجهت إلى المشتري دعوى، بسبب الشيء المبّيع، وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعي البينة على دعواه. وإذا ذاك تنبهه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل، رغم هذا التنبيه، أن يدافع مباشرة فقد كل حق في الرجوع على البائع". ويقر الفصل 547 ق.ل.ع بأن: "البائع، ولو أدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:

- إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع.
- إذا بنى الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري".

لكن في مقابل ذلك، لا يفقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذا كان لم يتمكن، بسبب غيابه، من إخطاره في وقت مفيد، واضطر نتيجة لذلك أن يدافع عن نفسه وحده ضد المستحق²⁹².

ب- تعويض المشتري عن فقدان المبيع

يتعين عند دراسة تعويض المشتري من قبل البائع عن استحقاق المالك الحقيقي للمبيع التمييز بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي لهذا المبيع:

292 - الفصل 548 ق.ل.ع.

3- الاستحقاق الكلي للمبيع: بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام ضمان الاستحقاق في قانون الالتزامات والعقود المغربي نجد أن هذا الأخير يميز في هذه الأحكام بين البائع حسن النية والبائع سيء النية:

❖ **حالة البائع حسن النية:** لقد جاء في الفصل 538 ق.ل.ع ما يلي: "إذا استحق المبيع كله من يد المشتري، من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد:

- الثمن الذي دفعه ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم.
- المصروفات القضائية التي أنفقتها على دعوى الضمان.
- الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق".

غير أن هناك بعض الفقه²⁹³، ونحن نؤيده في ذلك، من يلاحظ على أن هذا الفصل لم يأخذ بعين الاعتبار حسن نية البائع في مسألة استرداد المشتري للثمن الذي دفعه مقابل تسلمه المبيع في حالة هبوط قيمة هذا الأخير وقت الاستحقاق، حيث اعتبر أن الفصل 538 ق.ل.ع لم يفرق في حكم هبوط قيمة المبيع بين هبوطها بفعل المشتري وبين هبوطها بدون فعله، فهو يجيز للمشتري أن يطالب بالثمن كاملاً في الحالتين معاً²⁹⁴.

لذلك اعتبر صاحب هذا الرأي أنه كان أولى بالمشروع المغربي أن لا يجيز للمشتري أن يطالب إلا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق إذ هي تمثل خسارته الحقيقية المترتبة على فقد المبيع، ليوافق بذلك حكم نظيره المصري الذي نص في المادة 443 من قانونه المدني على أنه: "إذا

²⁹³ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 291.

²⁹⁴ - ويحذو كل من القانون المدني الفرنسي (المواد: 1630-1631)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة: 433)، وكذلك القانون المدني العراقي (المادة: 554)، إضافة إلى القانون المدني الأردني (المادة: 505)، حذو الفصل 538 من ق.ل.ع المغربي، فهم كذلك لم يميزوا بين الحالتين في الحكم.



استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق". كما أنه دعى كذلك إلى تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب من خلال إنقاص ثمن المبيع الذي يلتزم البائع برده إلى المشتري بما يعادل الفائدة التي عادت على المشتري نتيجة انتفاعه بالمبيع قبل الاستحقاق²⁹⁵.

❖ **حالة البائع سيء النية:** لقد نظم المشرع المغربي أحكام هذه الحالة بموجب الفصلين 540 و 541 ق.ل.ع، حيث نص في الفصل 540 على أن: "البائع سيء النية ملزم بأن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات التي أنفقها حتى مصروفات الزينة أو الترف". وقد جاء في الفصل 541 ق.ل.ع أنه: "إذا كانت قيمة الشيء المستحق قد ازدادت عند حصول الاستحقاق ولو بغير علم المشتري، فإن الزيادة في القيمة تدخل في مبلغ التعويض، إذا صدر تدليس من البائع".

وجدير بالإشارة إلى أن كل من القانون المدني المصري، والسوري، والأردني، لم يميزا بين البائع حسن النية والبائع سيء النية في مسألة التعويضات التي يلتزم بها لفائدة المشتري عند استحقاق المبيع من هذا الأخير (المشتري).

4- **الاستحقاق الجزئي للمبيع:** لقد ميز المشرع المغربي بموجب الفصل 542 ق.ل.ع²⁹⁶ بين حالتين في الاستحقاق الجزئي للمبيع: حالة الاستحقاق الجزئي بالغ الأهمية، وحالة الاستحقاق الجزئي قليل الأهمية.

❖ **حالة الاستحقاق الجزئي بالغ الأهمية:** منحت الفقرة الأولى من الفصل 542 ق.ل.ع للمشتري الذي تعرض للاستحقاق الجزئي البالغ

²⁹⁵- عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 292-293.

²⁹⁶- ينص الفصل 542 ق.ل.ع على أنه: "في حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع، وبحيث إن المشتري كان يمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

وإذا لم يبلغ الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع لم يثبت للمشتري إلا الحق في انقاص الثمن بقدر ما استحق".



من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع حق الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

❖ **حالة الاستحقاق الجزئي قليل الأهمية:** منعت الفقرة الثانية من الفصل 542 ق.ل.ع المشتري من فسخ البيع في الحالة التي لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي حدا كافيا لتبرير هذا الفسخ، وفي المقابل أعطته الحق فقط في انقاص الثمن بقدر ما استحق.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي وكذلك التشريعات المقارنة في هذا البحث²⁹⁷ لم تشترط صدور اقرار المالك أو عدم اقراره خلال مدة معينة، وهذا بخلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في المسألة ذاتها²⁹⁸، الأمر الذي يجعل هذا البيع مهددا في أي وقت بالإبطال.

المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير

تختلف أحكام بيع ملك الغير من قبل المشتري الأول لفائدة لمشتري الثاني (الذي يعد من الغير بالنسبة للمالك الأصلي) باختلاف طبيعة الشيء المبيع، فقد يكون المبيع منقولا، كما قد يكون عقارا. هذا الأخير يختلف هو كذلك أحكام بيعه بحسب ما إذا كان عقارا محظا أو عقارا غير خاضع لنظام التحفيظ، الأمر الذي يستوجب منا معالجة أحكام كل حالة على حدى.

²⁹⁷ - باستثناء القانون المدني العراقي الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 136 على أنه: "يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا".

²⁹⁸ - للمزيد راجع موقف الفقه الإسلامي من مسألة إبطال البيع الذي سبقت الإشارة إليه.



الفقرة الأولى: أحكام بيع العقار المحفظ في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير

يعرّف العقار المحفظ بذلك العقار الذي خضع لمجموعة من الإجراءات والعمليات التي جعلته خاضعا لنظام التحفيظ العقاري من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد، وترمي هذه الإجراءات والعمليات في النهاية إلى إقامة رسم للملكية مسجل بسجل عقاري سواء تعلق الأمر بأراضي زراعية أو غير زراعية، أو بعقارات مبنية أو غير مبنية²⁹⁹.

ويترتب عن اخضاع العقار لنظام التحفيظ العقاري تأسيس رسم عقاري خاص به يبقى محفوظا بالمحافظة العقارية، هذا الرسم العقاري يظهر العقار من الحقوق غير الظاهرة وقت التحفيظ ولو كانت مشروعة، ويعترف في نفس الوقت بالوجود القانوني للحقوق الظاهرة وقت التحفيظ ويضفي عليها صبغة المشروعية.

ويشكل تأسيس الرسم العقاري دليلا قاطعا على حق الملكية والحقوق العينية والتحملات العقارية المعلن عنها أثناء مسطرة التحفيظ³⁰⁰.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام التحفيظ العقاري يعتمد على قواعد متينة لضبط الحقوق الواقعة على الملكية العقارية ضبطا محكما. فالحقوق التي يتم تقييدها بالرسم العقاري تكون محفوظة لدى المحافظة على الأملاك العقارية لأنها تعكس الحقيقة، وتكون مرجعا في كل وقت وحين لكل من يريد الاطلاع على حالة العقار من الوجهتين المادية والقانونية.

299 - محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، د.ذ.ط، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ص: 67.

300 - محمد خيري، مرجع سابق، ص: 200.



ويعتبر الإشهار الغاية المتوخاة من تقييد الحق بالرسم العقاري، حيث يعتبر هذا التقييد قرينة على وجود هذا الحق وثباته، إلا أنه يبقى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس خلافا لحجية التحفيظ³⁰¹.

وبالرجوع إلى الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري³⁰² نجد أنهما ينصان تاليا على ما يلي: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"³⁰³.

"إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم"³⁰⁴.

يستفاد من الفصلين أعلاه أن الحقوق العينية المتعلقة بالعقار المحفظ والأفعال المادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس تلك الحقوق أو نقلها أو الإقرار بها أو تغييرها أو إسقاطها، يجب أن تقيّد بالرسم العقاري حتى تنتج أثرها ويكون لها وجود بالنسبة للأطراف والغير، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المغربية في قرار صادر عنها جاء فيه: "لا يكون أثر حتى بين المتعاقدين للاتفاقات الرامية إلى إنشاء أو نقل حق عيني

301 - سعيدة بنموسى، حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، العدد 26، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ص: 541.

302 - القانون رقم 14.07، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5958 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 24 نوفمبر 2011، ص: 5575.

303 - الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.

304 - الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري.



عقاري إلا من تاريخ تسجيلها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية الحق العيني حتى بين المتعاقدين إلا عن طريق إشهاره بتقييده في الرسم العقاري المخصص لكل عقار³⁰⁵.

وبخلاف التقييد بين الأطراف الذي تبقى له حجية نسبية تعتمد على صحة التصرف من عدمه، فإن حجية التقييد بالنسبة للغير تختلف بين ما إذا كان هذا الغير قد قيد عن حسن نية أو عن سوء نية.

فالتقييد بالنسبة للغير حسن النية - الذي يجهل عيوب سند من تلقى الحق عنه ولا يعلم عنها شيئاً أثناء تلقيه ذلك الحق وتقييده بالرسم العقاري - يكتسي قوة ثبوتية مطلقة نسبياً وذلك استناداً إلى الفقرة الثانية من الفصل 66 ظ.ت.ع التي تنص على أنه: "لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"، وكذلك المادة 2 من م.ح.ع في فقرتها الثانية التي تنص على: "أن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله، شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه".

أما بالنسبة للغير سيء النية - الذي كان يعلم بعيوب سند من تلقى عنه الحق وقت حصول تقييده بالرسم العقاري - فيواجهه بالتشطيب على تقييده بالرسم العقاري.

وبناء على ما سبق ذكره، فإن المشتري الثاني الذي اشترى العقار المحفوظ المملوك في الأصل لغير بائعه بحسن نية لا يعتد بشرائه ما لم يقيده

³⁰⁵ - قرار عدد 233، بتاريخ 15/05/1968، أشار إليه: محمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2017، ص: 14.



بالرسم العقاري الخاص بالعقار المبيع. فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) أن: "عدم تسجيل الشراء في الرسم العقاري للعقار المبيع لا يعطي الحق للمشتريين في المطالبة بما في الرسم" 306.

وكما هو معلوم، فإن التقييدات في الرسوم العقارية تستند على تراتبيتها، حيث لا يمكن للمشتري الثاني أن يقيد حقه في الرسم العقاري ما لم يكن المشتري الأول الذي باع له العقار المحفظ قد قيد هو كذلك حقه في الرسم المذكور.

فإذا كان المشتري الأول الذي باع العقار المحفظ المملوك للغير لفائدة المشتري الثاني قد قيد حقه في الرسم العقاري، فإن المالك الأصلي يبقى له الحق طبقاً للفقرة الثانية من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية في أن يطالب بإلغاء هذا التقييد الذي تم بسبب تدليس أو زور داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه، لأنه يستحيل على المشتري الأول أن يقيد حقه بالرسم العقاري دون أن يدلي بسند يثبت به صحة شرائه وتملكه للعقار المحفظ.

وبما أن العقار قد بيع من قبل غير المالك المقيّد بالرسم العقاري ودون إرادته، فإن السند الذي قد يبنى عليه المشتري الأول تقييده سيتخلله لا محالة تزوير يغير الحقيقة التي بني عليها التصرف، هذا التزوير يجب على المالك أن يثبته للمحكمة داخل أجل أربع سنوات من تاريخ تقييد المشتري لحقه في الرسم العقاري حتى يتسنى له إبطاله، وذلك استناداً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 2 من م.ح.ع.

306 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1999/05/25. أشار إليه: محمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، مرجع سابق، ص: 122.



وتتطبق نفس الأحكام التي رأيناها بخصوص تقييد المشتري الأول لشرائه العقار المحفظ المملوك للغير على المشتري الثاني، فهذا الأخير إذا ما أراد أن يقيّد حقه بالرسم العقاري لا بد له من أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية بالسند الذي بموجبه انتقلت ملكية العقار المحفظ إليه طبقاً للفصل 69 من ظ.ت.ع.

ويبقى على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات هذا القانون وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد³⁰⁷، وذلك قبل أن يتخذ قراره بشأن طلب التقييد سواء كان بالقبول أو الرفض.

فإذا قبل المحافظ على الأملاك العقارية تقييد حق المشتري الثاني المترتب عن عملية الشراء في الرسم العقاري، كان لزاماً على المالك الحقيقي للعقار المحفظ أن يطالب بإبطال هذا التقييد داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد حتى يتمكن من المحافظة على ملكه.

الفقرة الثانية: أحكام بيع العقار الغير محفظ في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير

تقوم حيازة العقار على شرطين هامين هما: أن تكون الحيازة غير مجردة من الموجب القانوني، وأن تكون كذلك خالية من الالتباس. وكما هو معلوم فإن هذين الشرطين لا يتوفران في حيازة المشتري الثاني الذي اشترى عقاراً غير محفظاً من غير ماله الحقيقي، فهو لا يركز في حيازته على موجب قانوني، كما أن غياب هذا الموجب يجعل حيازته ملتبسة.



ويشترط إضافة إلى ما سبق أن يستمر المشتري حائزا بموجب الصفات السابقة للمبيع مدة من الزمن تختلف بحسب ما إذا كان المشتري يرتبط بالحائز برابطة القرابة أم لا.

فإذا كانت تربط بين المشتري الحائز والمالك الحقيقي رابطة قرابة، فينبغي أن يحوز المبيع مدة 10 سنوات كاملة إذا كانت بينهم عداوة، ومدة أربعون سنة إذا لم تكن بينهم عداوة³⁰⁸.

أما إذا كان المشتري الحائز لا تربطه بالمالك الحقيقي أية قرابة، فينبغي أن يحوز الشيء المبيع مدة عشر سنوات كاملة³⁰⁹.

وجدير بالذكر أن التمسك بالحيازة لمنع المالك الحقيقي من استرداد ملكه هو حق قانوني للمشتري وليس بواجب عليه، فله إذا اقتنع بملكية الغير أن لا يتمسك بهذه الحيازة ولو كان حسن النية فيها، لأن المبادئ الأخلاقية توجب أن لا يجبر شخص على استعمال سلاح قانوني لأمانة حق لغيره قد علمه وقنع به³¹⁰.

ويتبين من خلال ما سبق ذكره أن المالك الحقيقي للشيء المبيع قد يتمكن من استرداد ملكه من يد المشتري الثاني، كما أنه قد لا يفلح في ذلك:

أولاً: حالة تمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع

إذا تمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع من يد المشتري الثاني نكون حينها أمام مسألة الرجوع بالضمان في حالة البيوع المتتالية، والتي يترتب عليها ما يلي:

308 - الفصل 251 م.ح.ع.

309 - الفصل 250 م.ح.ع.

310 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 305.



• الحكم الصادر باستحقاق المالك الحقيقي للمبيع من يد المشتري الثاني يكون أيضا حكما في مواجهة كل من البائع والمشتري الأول الذي باع المبيع للمشتري الثاني.

• يحق للمشتري الثاني أن يرجع على المشتري الأول بصفته بائعا له بموجب عقد البيع المبرم بينهم، وذلك طبقا لما نصت عليه قواعد ضمان الاستحقاق في البيع التي تفرق بين البائع حسن النية والبائع سيء النية:

– **البائع حسن النية:** الذي هو المشتري الأول يرجع عليه المشتري الثاني بالثمن الذي دفعه له عند الشراء إضافة إلى المصروفات النافعة التي أنفقها على المبيع ومصاريف دعوى الضمان والاستحقاق. وعندئذ يحق للمشتري الأول الذي اشترى المبيع من البائع الأصلي أن يعود على هذا الأخير إذا كان البائع حسن النية بالثمن الذي دفعه له مقابل المبيع إضافة إلى مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق، وليس بالمبلغ الذي رجع عليه به المشتري الثاني³¹¹.

– **البائع سيء النية:** (المشتري الأول) الذي باع المبيع مرة ثانية يرجع عليه المشتري الثاني بقيمة الزيادة في قيمة المبيع مع بقية التعويضات، فإذا اشترى المبيع بخمسة آلاف درهما ثم بلغت قيمته ستة آلاف درهما وقت الاستحقاق، فإن المشتري الثاني يرجع على المشتري الأول الذي باع له المبيع بمبلغ ستة آلاف درهم مضافا إليها المصروفات النافعة التي أنفقها على المبيع، وكذلك مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق، ما لم يفت على المشتري الثاني ربح متوقع نتيجة استحقاق المالك الحقيقي للمبيع³¹².

311 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص:

656.

312 - الفصل 538 ق.ل.ع .



ويبقى للبائع (المشتري الأول) الحق في الرجوع على البائع الأصلي سيء النية بنسبة الزيادة الحاصلة في قيمة المبيع، فإذا كان قد اشتراه منه بمبلغ ثلاثة آلاف درهما وكانت قيمته وقت الاستحقاق ستة آلاف درهما فإنه يرجع عليه بستة آلاف درهما، إضافة إلى مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق³¹³.

• ويحق للمشتري الثاني أيضا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع الأصلي عن طريق الدعوى غير المباشرة، وذلك باستعمال دعوى المشتري الأول إذا توافرت شروطها باعتباره دائنا للمشتري الأول، وفي هذه الحالة لا يستطيع المشتري الثاني أن يرجع على البائع بأكثر مما كان للمشتري الأول الحق في الرجوع به على بائعه الأصلي³¹⁴.

لكن إذا اشترط المشتري الأول (البائع للمشتري الثاني) على المشتري الثاني عدم الضمان فإن المشتري الثاني في هذه الحالة يفقد حقه في الرجوع على البائع الأصلي بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائنا للمشتري الأول يستعمل دعوى مدینه لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول الذي باع له. وبالتالي يتبقى له فقط الحق في اللجوء إلى الدعوى المباشرة في مواجهة البائع الأصلي لكون دعوى الضمان التي كانت من حق المشتري الأول في مواجهة البائع الأصلي انتقلت إلى المشتري الثاني³¹⁵، باعتبار أن دعوى الضمان تعتبر من ملحقات المبيع تنتقل معه من مشتر إلى آخر.

313 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 306-307.

314 - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 307.

315 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص: 309.



ثانيا: حالة عدم تمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع

يترتب على عدم تمكن المالك الحقيقي للمبيع من استرداد ملكه طبقا للقواعد العامة للضمان التي سبق ذكرها ما يلي:

- رجوع المالك الحقيقي على البائع الأصلي لمطالبته بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب بيعه لملكه دون إذنه.
- رجوع المالك الحقيقي على البائعين اللاحقين بالتعويض إن كانوا سيئي النية.

وفي حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع الحاصل من البائع الأول دون أن يكون عالما بحقيقة البيع الثاني، اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين اعتبار اقراره ممتد ليشمل أيضا البيع اللاحق على البيع الأول، وبين من جعل منهم هذا الاقرار خاص بالبيع الأول فقط³¹⁶.

وأمام سكوت قانون الالتزامات والعقود المغربي عن الإجابة عن هذه المسألة، يرى الدكتور أحمد جمعة الحلالشة ونحن نؤيده في ذلك، أن البيع الثاني ينفذ تبعا للبيع الأول، ذلك أن المشتري من البائع الأول يكون قد باع ملكه إلى المشتري الثاني على أن تنتقل ملكية المبيع محملة بكافة الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي قبل حصول الاقرار. أما بالنسبة للحقوق التي يربتها البائع الأول أو البائع الثاني (المشتري الأول) فلا تنفذ في حق المشتري الثاني لأنها ملزمان نحوه بالضمان³¹⁷.

³¹⁶ - راجع: عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 210-2011.

³¹⁷ - عبد الرحمن جمعة الحلالشة، مرجع سابق، ص: 211.

الخاتمة

اقتصر المشرع المغربي في تنظيمه لبيع ملك الغير على الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود، هذا الفصل اعتمدته كأساس قانوني للحكم بإبطال بيع ملك الغير من عدمه، بغية الوقوف على إشكالاته الموضوعية والإجرائية، النظرية والعملية، محاولا إيجاد أجوبة قانونية شافية، مستندة على أدلة راجحة وحجج دامغة.

فاستحضرت قرارات القضاء المغربي، وعلى رأسه المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا، قديمها وحديثها، كحل لما استشكل من مواضيع بيع ملك الغير، فكانت قراراته مما ضمن في هذا البحث خير جواب لموضوع بيع ملك الغير، باعتباره أعلى هيئة قضائية بالمغرب، ولكونه أيضا مرجعا لباقي القضاء المغربي، قبل أن يكون محكمة تنقض وتحيل الأحكام على ما دونها من محاكم المملكة.

وكان لزاما لتحقيق الغاية العلمية المتوخاة من معالجة موضوع بيع ملك الغير، وكضابط منهجي وضع تلخيص للبحث، وتذييله باستنتاجات ومقترحات، تسعف الدارس في الوصول إلى لب هذا البيع، وما يعاني منه من قصور تشريعي في القانون المغربي:

1- تلخيص البحث

تناول المشرع المغربي بيع ملك الغير في فصل وحيد هو الفصل 485 ق.ل.ع، عكس جل القوانين الأخرى المقارنة به. فبيع ملك الغير يعد من التصرفات التي حضيت بأهمية بالغة من قبل التشريعات الوضعية، وفقهاء القانون، فضلا عن فقهاء الشريعة الإسلامية.

فبالعودة إلى الفقه الإسلامي نجد أن الكتابات الفقهية التي تطرقت إلى هذا البيع سمتة ببيع الفضولي، فمصطلح الفضولي في الفقه الإسلامي



يختلف عن ذلك المتعارف عليه قانونا، فالفضولي في الفقه الإسلامي هو "من يتصرف في حق غيره دون أن تكون له ولاية شرعية في ذلك"، في حين نجد أن فقهاء القانون يعرفون الفضولي بأنه "من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك".

وتتجاذب الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه المغربي ثلاث نظريات فقهية، وهي:

- نظرية الفسخ: ويتمسك أصحابها بحرفية نص الفصل 485 ق.ل.ع، حيث يعتبرون أن الفصل المذكور أقر بحق المشتري في طلب فسخ البيع إذا رفض المالك إقرار بيع ملكه، أو إذا لم يتمكن البائع من تملك الشيء المبيع فيما بعد.

- نظرية العقد الموقوف: يرى أنصار هذه النظرية أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي.

- نظرية العقد القابل للإبطال: يعتبر فقهاء أن جزاء الفسخ المقرر لفائدة المشتري دون البائع بموجب الفصل 485 ق.ل.ع لا يتناسب مع طبيعة هذا البيع الذي تتعارض في مصالح أكثر من طرف.

ويعتبرون أيضا أن بيع ملك الغير بيع غير مسبب استنادا إلى مقتضيات الفصلين 64 و 65 ق.ل.ع، لافتقار التزام البائع فيه إلى محل موجود، وكذلك افتقار التزام المشتري إلى سبب مشروع طبقا لأحكام الفصل 62 ق.ل.ع.

ولكي يمكن أن نعتبر أنفسنا أمام بيع لملك الغير يجب أن تتوفر في هذا الأخير مجموعة من الشروط، وهي:

- ✓ أن نكون بصدد عقد البيع.
- ✓ أن يكون المبيع معينا.
- ✓ ألا يكون المبيع مملوكا للبائع أو المشتري عند التعاقد.



✓ أن يقصد من البيع نقل الملكية في الحال.

إن بيع ملك الغير يعتبر من البيوع القائمة بذاتها، فهو يستوجب في قيامه كما سبق وأن رأينا مجموعة من الشروط ، هذه الأخيرة تجعله مميزا عن عدة تصرفات تشبهه في بعض الجزئيات. فبيع ملك الغير يعتبر نوع من البيوع، فه وليس التزام عن الغير شرط اقراره إياه، كما أنه لا يعد تعهدا عن الغير أو وعد ببيع.

وأحكام هذا النوع من البيوع تختلف باختلاف العلاقة بين الأطراف، فأحكامه فيما بين المتعاقدين تختلف عن تلك التي تنظم علاقتهم بالمالك الحقيقي والغير. فبيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين البائع والمشتري يمكن أن يصح بإجازة المشتري للبيع أو بتملكه لهذا الأخير.

فإجازة المشتري لهذا البيع يشترط فيها أن يكون المشتري أهلا للتصرف، وعالما وقت صدور الإجازة بأن البائع لا يملك المبيع، فضلا عن خلو إرادته من العيوب. فإذا توفرت هذه الشروط في إجازة المشتري ينقلب العقد صحيحا بين المتعاقدين منتجا لالتزامات مجردة لا بيعا ناقلا للملكية.

أما بالنسبة لتملك المشتري للمبيع، فإن الفقه انقسم في الإجابة عن مدى سقوط حقه (المشتري) في طلب إبطال بيع ملك الغير، إذا تملك المبيع فيما بعد عن طريق حيازته أو بالتقادم، إلى اتجاهين:

- اتجاه أول: يقول بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال لأنه أصبح يتمتع بجميع حقوق المالك من وقت الشراء ولم يحصل له أي ضرر، كما أنه أصبح مالكا استنادا إلى العقد الذي يطلب إبطاله.



فهم يرون أن المشتري لو كسب ملكية المبيع عن طريق الإرث، أو الوصية، أو عن طريق شرائه من مالكه الحقيقي، فلا يحق له طلب إبطال البيع الصادر من غير المالك الحقيقي.

- اتجاه ثانٍ: يذهب إلى أن المشتري لا يجبر على التمسك بوضع اليد، لأن وضع اليد لا يترتب عليه اكتساب الملكية حتما وتلقائيا، بل لابد من تمسك المشتري به، ولا يجوز إجبار المشتري على التمسك بدفع تأبى ذمته أن يتمسك به، وبالتالي فإن حقه في المطالبة بالإبطال يبقى قائما.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في هذه المسألة الخلافية التزم السكوت، فلم يدلي بدلوه في هذا الموضوع، الأمر الذي جعل الخلاف قائما.

ويصح أيضا بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين بتملك البائع للمبيع، أو بسقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال سواء كان السبب في ذلك تقادم هذا الحق أو إقرار المالك الحقيقي للمبيع.

وإذا لم يتم تصحيح بيع ملك الغير بإحدى الكيفيات التي سبق وأن أشرنا إليها، فإن حكم القضاء في هذه النازلة سيكون هو إبطال البيع مع إقرار التعويض لفائدة المشتري إن كان له ما يبرره.

وقد أثار الحق في المطالبة بإبطال بيع ملك الغير نقاشا فقهيا بين من يقصره على المشتري فقط (وهو الرأي الغالب في الفقه المغربي)، وبين من يخوله أيضا للبائع. غير أن موقف المشرع المغربي في هذه المسألة كان حاسما وصريحا، فقد منع بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 548 ق.ل.ع البائع من إبطال البيع ولو كان حسن النية.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض المغربية في مجموعة من القرارات الصادرة عنها حديثا أضحت تمنح حق إبطال بيع ملك الغير للمالك الحقيقي

أيضا، مستندة في ذلك على ما استنبطته عن طريق مفهوم المخالفة للفصل 485 ق.ل.ع.

وينتج عن الحكم بإبطال بيع ملك الغير في بعض الحالات وبشروط محددة الحكم بالتعويض لفائدة المشتري باعتباره أكثر طرف تضررا من عدم انتقال ملكية المبيع إليه. وحتى يستحق المشتري هذا التعويض وجب أن تتوفر الشروط التالية:

✓ ألا يتمكن البائع من نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

✓ أن يكون المشتري حسن النية وقت التعاقد.

✓ أن يلحقه ضرر من عدم إتمام هذا البيع.

ولقد شكل تحديد الأساس القانوني الذي بني عليه تعويض المشتري موضوع خلاف بين الفقهاء، فهناك من الفقه من يقول أن أساس هذا التعويض هو المسؤولية التقصيرية أي خطأ البائع سواء كان حسن النية أو سيئها. وهناك رأي آخر يذهب إلى وجوب التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيء النية. فعندما يكون البائع حسن النية فإن أساس التعويض يقوم على نظرية "الخطأ في تكوين العقد"، أما إذا كان سيء النية.

2- استنتاجات البحث

تعد الاستنتاجات عصارة البحث، وثمره الموضوع، توضع بميزان الصواب الراجح، بأدلة يرى أنها كفيلة بتعصيد ما توصل إليه من نتائج، ومن أهم هذه النتائج التي ترسخت في ذهني وأنا أدارس موضوع بيع ملك الغير ما يلي:

✓ لا يختلف كثيرا مفهوم بيع ملك الغير باختلاف الجهة التي

تناولته، فمعظم التعاريف والخصائص والشروط متقاربة إلى حد كبير.



✓ يمكن تعريف بيع ملك الغير استنادا إلى الفصل 485 ق.ل.ع بأنه "بيع لشيء مملوك للغير دون إرادته، ودون أن يتمكن البائع فيما بعد من اكتساب ملكية الشيء المبيع".

✓ يؤخذ على الفصل 485 ق.ل.ع إغفاله التنصيص على وجوب انتقال ملكية المبيع بمجرد إبرام عقد البيع، لأن البيوع المستقبلية والبيوع المعلقة على شرط أو أجل لا تعد بيوعا لملك الغير.

✓ لو سلمنا بكون بيع ملك الغير بيعا موقوفا، مستنديا في ذلك على نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، فيجب علينا أن نقر بأن هذا العقد لا ينتج أي أثر إلا إذا أجازته المالك الحقيقي، وهو ما يتعارض مع الواقع والقانون. فبيع ملك الغير ينتج أثره بين المتعاقدين في الحال شأنه شأن أي عقد قابل للفسخ، ولا يفسخ العقد إلا إذا طلب المشتري ذلك.

✓ يعد الفسخ المنصوص عليه في الفصل 485 ق.ل.ع تطبيقا لنظرية القابلية للإبطال. فهذا الجزاء قد قرر بموجب نص خاص هو الفصل 485 ق.ل.ع، وذلك حتى يتميز عن الحالات العامة الأخرى التي يتقرر فيها الإبطال كتنقصان الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا.

✓ يبقى من حق المشتري المطالبة بإبطال بيع ملك الغير حتى ولو تملك المبيع نفسه بموجب تقادم، أو حيازة، أو إرث، أو وصية، أو شراء من المالك الحقيقي.

✓ يعتبر الرأي الذي يؤسس تعويض المشتري على نظرية الخطأ في تكوين العقد هو الرأي الراجح، لأنه لا يجوز القول أن مسؤولية البائع هي مسؤولية تقصيرية، فهذه الأخيرة تقوم على أساس الخطأ، في حين أن البائع يكون ملزما بالتعويض حتى ولو كان حسن النية، أي حتى لو لم يقع خطأ من جانبه.

2- مقترحات البحث

يعد الاكتفاء بالانتقاد والاقتصار على تبيان عدم السداد، قصورا في النظرة العلمية، والتي لن تكتمل إلا بتقديم بدائل مقنعة، تسد ما أغفل من أمر في موضوع بيع ملك الغير، وهي بدون ريب لن تبلغ الكمال ولن تحصى من البدائل إلا قليلها، ومنها:

✓ العمل على تعديل الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود باستبدال جزاء الفسخ بالإبطال.

✓ ضرورة اشتراط الفصل 485 ق.ل.ع تعيين المبيع تعيينا كافيا يميزه عن سواه.

✓ أن يسارع المشرع المغربي إلى إضافة شرط نقل الملكية في الحال.

✓ أن يخول الفصل 485 من ق.ل.ع للمالك الحقيقي للمبيع بصراحة النص الحق في المطالبة بإبطال البيع الوارد على ملكه.



لائحة المراجع

■ المراجع العربية:

- أولاً: الكتب

- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، دار صابر، بيروت، 2010.

- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد السادس، دار صابر، بيروت، 2010.

- أبو بكر السرخسي، المبسوط، الجزء الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار السعادة، 1331هـ.

- إبراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

- أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث، د.ب.ط، د.ب.م، 1309هـ.

- أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، الطبعة الأولى، دار الميزان للنشر، حمام سوسة، تونس، 2009.

- أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 2000.

- أحمد نجيب الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة: شرح القانون المدني في العقود، الجزء الأول، د.ب.ط، مطبعة الاعتماد، مصر، 1925.

- إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، د.ب.ط، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958.



- أنور سلطان، العقود المسماة: شرح عقدي البيع والمقايضة، د.ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، د.ب.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ب.م.ط، د.ب.ت.ط.

- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير: فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض، الطبعة الثالثة، مكتبة الألفى القانونية، المنيا، 1997.

- سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول: في البيع والإيجار، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد، 1980.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: العقود المسماة، الجزء الثالث، الطبعة الخامسة، د.ب.م، 1990.

- سليمان مرقس ومحمد علي إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، د.ب.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.

- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، د.ب.ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ب.م.ط.

- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

- شعله سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عام، د.ب.م.ط، د.ب.ت.ط.

- شهاب الدين القرافي، الفروق، الجزء الثالث، القاهرة، 1344هـ.



- صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني: دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

- عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول: المصادر الإرادية للإلتزام، د.ب.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016.

- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشه، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2005.

- عبد الرحمن جمعة الحلالشه، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1998.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن: حق الملكية، د.ب.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1959.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، د.ب.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1955.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1954.



- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون المدني، د.ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

- عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998، الجزء الثاني: العقود، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، د.ب.ط، 1999.

- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الأمان، الرباط، 1999.

- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام: مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، د.ب.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني: العقود المسماة وما يشابهها، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002.

- عبد الله بن قدامة، المغني، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مطبعة المنار، القاهرة، 1367هـ.

- عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، د.ب.ط، مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ب.ط، 1970.

- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.

- علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956.



- علي ابن حزم الأندلسي، المحلى، الجزء الثامن، المطبعة المنيرية، القاهرة، 1350 هـ.

- كمال الدين الهمام، فتح القدير شرح الهداية، الجزء الخامس، 1316 هـ.

- لاشين محمد يونس الغياثي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972.

- محمد السيد خلف، قضاء النقص في الملكية في خمس وخمسين عاما، الطبعة الأولى، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، د.ب.ط.

- محمد الشافعي، الأم، الجزء الثالث، د.ب.ط، دار المعرفة، بيروت، 1990.

- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، د.ب.م، 1962.

- محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، الكتاب الأول: الالتزامات بوجه عام، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015.

- محمد بن محمد أبو الغزالي، الوسيط في المذهب، الجزء الأول، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، 1317 هـ.

- محمد حسام محمود لطفي، أحكام عقدي البيع والإيجار، د.ب.ط، د.ب.م، القاهرة، 1990.



- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، د.ب.ط، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.
- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، د.ب.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- محمد عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المكتبة الحديثة، م.ب.ط.غ.م، 1988.
- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد: العقود المسماة، الجزء السادس، عقد البيع وعقد المقايضة، د.ب.ط، المطبعة العالمية، د.ب.م.ط، 1953.
- محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، د.ب.ط، دار النهضة العربية، د.ب.م.ط، 1968.
- محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة: البيوعات والأكرية الواردة على العقار في ضوء آخر التعديلات، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة، مراكش، 2017.
- محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، د.ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، الطبعة الأولى، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1986.
- محي الدين النووي، المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية، الجزء التاسع، المطبعة المنيرية، القاهرة.



- مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، الطبعة السادسة، مطابع فتى العرب، دمشق، 1965.

- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الأول، د.ب.ط، دار الكلام الطيب، دمشق- بيروت، 2010.

ثانياً: الأطروحات والرسائل

1- الأطروحات

- أحمد العطاري، التعهد عن الغير، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس- أكادال، الرباط، 2013-2014.

- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير: دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006.

2- الرسائل

- الحبيب الدقاق، نظرية تحول التصرف في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1987-1988.

- عبد الرحمن أحمد جمعة، بيع ملك الغير وفقاً لأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 1982-1983.



- عبد السلام السليمان، الإقرار في القانون المدني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1982.

- عبد اللطيف كرازي، تصرف الشريك في المال الشائع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998-1999.

- زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013-2014.

ثانيا: المقالات

- إدريس الضحاك، بيع ملك الغير في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 59-60-61، السنة السادسة، ماي-يوليوز، 1963.

- سعيدة بنموسى، حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة التقض، العدد 26، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

- عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد: 25.

- محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط، مقال منشور بمجلة الشرق الأوسط، العدد الثالث، 1980.

- محمد جبر الألفي، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الرابع، 1987.

● المراجع الفرنسية:

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, tome: 5, 6eme édition, Paris, 1947.
- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome 10: Contrats civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956.
- BAUDRY et SAIGNANT, Traite théorique et pratique de droit civil : La vente et de l'échange, 3eme édition, 1908.
- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Dalloz : Contrats civils et commerciaux, 8^e édition, Paris, 2007.
- Alain Sériaux, Contrats Civils, 1er édition, 2001, Presses Universitaires de France, 2001.

■ المواقع الالكترونية:

- موقع وزارة العدل المغربية: www.justice.gov.ma
- موقع الخدمة العامة لنشر القانون الفرنسي: www.legifrance.gouv.fr



الفهرس

9	المقدمة
15	الفصل الأول: ماهية بيع ملك الغير ونطاقه
18	المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير وطبيعته القانونية
19	المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير
19	الفقرة الأولى: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المغربي والتشريع المقارن
19	أولا: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المغربي
20	ثانيا: مفهوم بيع ملك الغير في التشريع المقارن
25	الفقرة الثانية: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه القانوني
27	الفقرة الثالثة: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
28	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي
29	الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المغربي والتشريع المقارن
29	أولا: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المغربي
29	1- نظرية الفسخ
31	2- نظرية العقد الموقوف
32	3- نظرية القابلية للإبطال
33	ثانيا: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في التشريع المقارن
33	1- نظرية البطلان المطلق
35	2- نظرية العقد الموقوف
36	3- نظرية القابلية للإبطال
37	الفقرة الثانية: طبيعة بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
38	أولا: نظرية بطلان بيع ملك الغير (بيع الفضولي)
39	1- الدليل من القرآن الكريم
39	2- الدليل من السنة النبوية الشريفة
40	3- الدليل من القياس
40	4- الدليل من المعقول
43	ثانيا: نظرية توقف بيع ملك الغير (بيع الفضولي)
44	1- الدليل من القرآن الكريم
45	2- الدليل من السنة النبوية الشريفة
46	3- الدليل من القياس
46	4- الدليل من المعقول



- 47 ثالثا: الترجيح بين النظريتين
- 50 المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير
- 51 المطلب الأول: شروط بيع ملك الغير والتصرفات الخارجة عن نطاقه
- 51 الفقرة الأولى: شروط بيع ملك الغير
- 52 أولا: أن نكون بصدد عقد البيع
- 52 ثانيا: أن يكون المبيع معينا بذاته
- 53 ثالثا: ألا يكون المبيع مملوكا للبائع أو المشتري عند التعاقد
- 53 رابعا: أن يقصد من البيع نقل الملكية في الحال
- 54 الفقرة الثانية: التصرفات الخارجة عن نطاق بيع ملك الغير
- 54 أولا: الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه
- 55 ثانيا: التعهد عن الغير
- 55 ثالثا: الوعد بالبيع والبيع الاحتمالي
- 56 رابعا: بيع الأشياء المستقبلية
- 56 خامسا: بيع الأشياء المعينة بنوعها
- 57 سادسا: تعليق البيع على شرط التملك
- 58 المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عما يشتبه به من أنظمة
- 58 الفقرة الأولى: بيع الوارث الظاهر
- 60 الفقرة الثانية: بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع
- 62 الفقرة الثالثة: بيع الشريك كل المال الشائع
- 64 الفصل الثاني: أحكام بيع ملك الغير وآثاره القانونية
- 67 المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين
- 68 المطلب الأول: تصحيح بيع ملك الغير
- 68 الفقرة الأولى: إجازة المشتري للبيع وتملكه للمبيع
- 68 أولا: إجازة المشتري للبيع
- 71 ثانيا: تملك المشتري للمبيع
- 74 الفقرة الثانية: تملك البائع للمبيع وسقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال
- 74 أولا: تملك البائع للمبيع
- 81 ثانيا: سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال
- 85 المطلب الثاني: إبطال بيع ملك الغير واستحقاق المشتري للتعويض
- 85 الفقرة الأولى: إبطال بيع ملك الغير
- 85 أولا: إبطال بيع ملك الغير من حق المشتري فقط
- 90 ثانيا: إبطال بيع ملك الغير من حق المشتري والبائع



94	ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من مسألة إبطال البيع.....
96	الفقرة الثانية: حق المشتري في التعويض.....
97	أولاً: مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه.....
97	1- مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه في القانون الوضعي.....
99	2- مفهوم حق المشتري في التعويض وشروطه في الفقه الإسلامي.....
101	ثانياً: مصدر حق المشتري في التعويض.....
102	1- الأساس القانوني لتعويض المشتري في القانون الوضعي.....
104	2- مصدر تعويض المشتري في الفقه الإسلامي.....
105	المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير في علاقة المالك الحقيقي بالمتعاقدين والغير.....
107	المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والمتعاقدين.....
107	الفقرة الأولى: إقرار المالك الحقيقي للبيع وآثاره.....
107	أولاً: مفهوم إقرار المالك الحقيقي للبيع وصيغته.....
108	1- مفهوم الإقرار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.....
110	2- صيغة إقرار المالك الحقيقي لبيع ملك الغير.....
112	ثانياً: آثار إقرار المالك الحقيقي للبيع.....
113	1- سريان البيع في حق المالك الحقيقي.....
116	2- انتقال ملكية المبيع إلى المشتري.....
117	3- سقوط حق المشتري في طلب إبطال البيع.....
118	الفقرة الثانية: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع وآثاره.....
118	أولاً: عدم تسليم البائع الشيء المبيع إلى المشتري.....
119	ثانياً: تسليم البائع الشيء المبيع إلى المشتري.....
119	1- دعاوى المالك الحقيقي للمبيع.....
128	2- دعوى المشتري.....
132	المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير ..
133	الفقرة الأولى: أحكام بيع العقار المحفظ في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير.....
137	الفقرة الثانية: أحكام بيع العقار الغير محفظ في إطار العلاقة الرابطة بين المالك الحقيقي والغير.....
138	أولاً: حالة تمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع.....
141	ثانياً: حالة عدم تمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع.....
142	الخاتمة.....
149	لائحة المراجع.....
158	الفهرس.....



صدر من السلسلة أعداد سابقة وهي:

- 1 ● دور النيابة العامة في القضايا المدنية..... ذ. رشيد بوهدى
- 2 ● المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة..... ذ. كريكر محمد
- 3 ● مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي..... ذ. عبد الواحد الحماني □
- 4 ● الحكم التحكيمي وصيغته التنفيذية..... ذة. فاطمة الزهراء الديلال
- 5 ● مسؤولية الطبيب عن الشهادة الطبية..... ذ. إبراهيم حقي
- 6 ● حركية الفاعلين ودورهم في التنمية الترابية..... ذ. إبراهيم أليوب
- 7 ● الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة في القانون المغربي..... ذ. خالد أحربيل □
- 8 ● التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة..... ذ. محمد قاسمي
- 9 ● تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد أشخاص القانون العام..... ذ. محمد صالحى
- 10 ● العنف الأسري ضد المرأة بالمغرب..... ذ. خديجة الفيلاي