



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص قانون محاربي

بغوان :

بيح ملك الخير
في التشريع الجزائري

إشراف الأستاذة :
بن طيبة صونية

إعداد الطالب :
موسي سيف الدين

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
عزاز مراد	أستاذ مساعد - أ	رئيسا
بن طيبة صونية	أستاذ محاضر - أ	مشرفا ومقررا
طواهرية الكاملة	أستاذ محاضر - ب	ممتحنا

السنة الجامعية : 2019-2020

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية
على ما يرد في هذه المذكرة
من أراء

شكر و عرفان

أشكر الله سبحانه وتعالى أولاً وأحمده كثيراً على أن يسر لي أمري في القيام بهذا العمل وإتمام مشواري الدراسي بنجاح وتوفيق منه وحده .

كما أتقدم بخالص شكري و عرفاني وتقديري إلى الأستاذة المشرفة على هذه الرسالة الأستاذة: "بن طيبة صونية" التي أعانتني كثير في إنجاز هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها القيمة، فجزاها الله خيراً على كل ما قدمته لي .

وشكراً جزيلاً لأعضاء اللجنة الكرام على قبولهم مناقشة المذكرة، كما نشكر كل مد يد العون لإنجاز هذه المذكرة .

الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا

بذكرك

أهدي ثمرة جهدي إلى مصدر الحب والحنان وملك حياتي، وإلى من قال خاتم الأنبياء

في حقهم " الجنة تحت أقدام الأمهات " إلى أمي الغالية أطال الله عمرها .

وإلى صاحب القلب الكبير وتاج الزمان الذي يسعى لأنعم بالراحة وتحدي المستحيل

ليرفع من شأني ويراني سعيداً أبي الغالي حفظه الله .

إلى أخواتي اللواتي ساعدني وكانوا خير عون لي أسأل الله تعالى أن يحفظهم ويديم

شملهم

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل .

قائمة المختصرات :

المختصرات	معناها
ق	قانون
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
د.ط	دون طبعة
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
ص	صفحة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة

مقدمة

يعد البيع من أهم المعاملات المالية نظرا لانتشاره في التعامل بين الناس وكثرة تداوله في حياتهم اليومية لإشباع حاجاتهم، إذ نعتبر عقد البيع من أقدم العقود وأكثرها شيوعا، كما يعد الوسيلة الرئيسية لتبادل الأموال بين الأفراد، وهذا منذ انتقال الإنسان من مرحلة المقايضة إلى مرحلة البيع بعد اكتشاف النقود.

ولقد حظي عقد البيع باهتمام المشرع في الماضي والحاضر فتكاملت أحكامه وأصبحت مصدر الكثير من العقود، ولقد عرفه المشرع في المادة 351 قانون مدني : "البيع يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" فالقصد من عقد البيع في أغلب صورته هو نقل حق الملكية على منقول أو عقار من البائع إلى المشتري نظير مقابل يريده هذا الأخير، ويتمثل هذا المقابل في مبلغ من النقود.

وهذا بغية إحاطة المالك للشيء المبيع بحماية قانونية كافية لدرء اعتداء الغير، لكن قد يحدث وأن يتصرف شخص غير المالك في الشيء المبيع، وهو ما يعرف ببيع ملك الغير الذي يتعارض مع القاعدة الفقهية "فاقد الشيء لا يعطيه"، حيث لا يمكن التصرف في الشيء من غير مالك، الذي له جميع السلطات من تصرف واستغلال واستعمال.

ومما سبق تتجلى أهمية الموضوع : في كون بيع ملك الغير منتشر انتشارا كبيرا في الحياة العملية مع جهل الأشخاص بأحكامه، فهناك أشخاص يقع الاعتداء على أملاكهم ولكنهم لا يدركون أنه من حقهم اللجوء للقضاء لاسترداد هذه الأملاك، إضافة إلى الآثار القانونية التي يترتبها بيع ملك الغير وانعكاسها على الحياة العملية.

أما الدوافع المؤدية لاختيار هذا الموضوع فهي دوافع شخصية تتمثل أساسا في ارتباط الموضوع بمجال التخصص المدروس فضل عن وجود رغبة ملحة منا لفتح هذا الموضوع بالدراسة والنقاش بشيء من التفصيل.

أما الدوافع الموضوعية فتكمن في دافع دراسة وتوضيح الاحكام المنظمة لهذا النوع من البيوع وأهم الإشكالات التي تعترض القاضي الفاصل في منازعات بيع ملك الغير في تطبيقه وتقديره لهذه الأحكام.

وبالنسبة للإشكالية التي سنحاول الإجابة عنها في هذا البحث فتمثل فيما يلي :

إلى أي مدى استطاع المشرع الجزائري أن يوازن بين مصلحة المشتري والمالك الأصلي في البيع العقاري لملك الغير ؟

ولقد اعتمدنا في ذلك على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الأنسب في تحليل النصوص القانونية المتصلة بالموضوع، وأيضا الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن. وأيضا إلى المنهج الوصفي لما تتطلبه العملية من وصف لمفهوم بيع ملك الغير وأيضا أهم خصائصه، وأيضا أهم الأنظمة المشابهة له كثير المال الشائع وبيع الوارث الظاهر، وبيع النائب وما إلى ذلك.

أما عن أهداف الدراسة فنتمئل في محاولة إعطاء نظرة شاملة حول الزوايا التي تخص بيع ملك الغير عن طريق تحديد مفهومه وأهم الأحكام المتعلقة به. إضافة إلى ان جل التشريعات والدراسات كانت عامة في دراسة بيع ملك الغير، فلم تفرق بين المنقول والعقار لذلك سنحاول تسليط الضوء على أحكام بيع ملك الغير الوارد على العقار لاختلاف أحكامه.

وأیضا من أهداف الدراسة إثراء المكتبية القانونية بدراسة قانونية ممزوجة بين القانون الخاص والقانون العقاري.

وفيما يتعلق بالدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع فكانت تتمحور أغلبها حول بيع ملك الغير في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، ولأمانة العلمية فقد اعتمدنا في معالجة هذا الموضوع على دراسات متخصصة منها التي تعود للأستاذ رحمان يوسف، مذكرة ماجستير بعنوان بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، حيث تطرق لهذا الموضوع عن طريق مقارنة أحكام بيع ملك الغير في القانون الوضعي وبين أحكامه في الفقہ الإسلامي من جميع الزوايا.

وأیضا دراسة للأستاذ احمد محمد حسين ناصر مذكرة ماجستير بعنوان دراسة مقارنة في ظل القانون الوضعي والفقہ الإسلامي لبيع ملك الغير، عالج أيضا الموضوع بشيء من التفصيل وفقا للمنهج المقارن بين بيع ملك الغير في القانون المدني والفقہ الإسلامي والذي يطلق على بيع ملك الغير ببيع الفضولي أو الفضالة.

إضافة إلى دراسة أخرى تعود للأستاذة لحرش دنيا زاد ذهبية، مذكرة ماجستير بعنوان بيع ملك الغير التي اكتفت بدراسة الموضوع وفقا للتشريع الجزائري وأغفلت دراسة بيع ملك الغير الوارد على العقار حتى لمجرد الإشارة.

لذلك سنحاول في هذه الدراسة معالجة ما تم إغفاله في هذه المذكرات والتركيز على بيع عقار الغير خاصة في ظل نظام الشهر العيني وإلى أحكامه.

وكأي بحث واجهتنا صعوبات تمثلت في قلة المراجع المتخصصة وصعوبة الحصول عليها خاصة في ظل أزمة الوباء التي تمر بها البلاد والعالم بصفة عامة.

أما الخطة التي اعتمدها في معالجة لهذا الموضوع فهي خطة ثنائية تكون من

فصلين :

الفصل الأول تعرضنا فيه إلى ماهية بيع ملك الغير، من خلال مفهوم بيع ملك الغير في المبحث الأول وإلى تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة في المبحث الثاني.

والفصل الثاني تعرضنا إلى الإطار القانونية لبيع ملك الغير، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى أحكام بيع ملك الغير، وفي المبحث الثاني إلى تطبيق بيع ملك الغير على العقار.

الفصل الأول

ماهية بيع ملك الغير
في البيع ملك الغير

الفصل الأول ماهية بيع ملك الغير

المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير

المطلب الأول : تعريف بيع ملك الغير

الفرع الأول : مفهوم بيع ملك الغير

الفرع الثاني : خصائص بيع ملك الغير

المطلب الثاني : شروط بيع ملك الغير

الفرع الأول : أن يكون التصرف بيعا

الفرع الثاني : أن يكون المبيع معين بالذات

الفرع الثالث : أن المبيع مملوكا لشخص غير البائع والمشتري

المبحث الثاني : تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة

المطلب الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المشاع

الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع جزء مفرز.

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع لكل المال

الشائع.

المطلب الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر وبيع النائب

الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الوارث الظاهر

الفرع الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن بيع النائب

من الأمور المتفق عليها أن بيع ملك الغير باطل وعلّة هذا البطلان في العصر الحديث ترجع إلى أن عقد البيع أصبح من العقود الناقلة للملكية، وهذا على خلاف ما كان سائدا في القانون الروماني والقانوني الفرنسي القديم، حيث كان بين ملك الغير صحيحا في كل منهما، ومن ثم يستطيع الشخص في القانون الروماني أن يبيع ملك الغير وفقا لمفهوم البيع الروماني، أي البيع الذي لا يضمن فيه البائع إلا تمكين المشتري من الحياة الهادئة المستمرة، إذ البيع في هذه الحالة لا ينقل الملكية.

ثم صدر القانون الفرنسي الجديد، وعدل عن القاعدة السابقة، فأصبح البيع بنقل الملكية بداية، ومن ثمة أصبح البيع يتنافى مع طبيعة البيع، لأن نقل ملكية المبيع فيه إلى المشتري أصبحت مستحلية، لهذا كان منطوقا أن ينص المشرع الفرنسي على بطلان بيع ملك الغير.

ثم صدر التقنين المدني المصري القديم الذي خص على أن بيع ملك الغير يصح إذا أجاز المالك الحقيقي مما يدل على أنه اتخذ مسار القانون الفرنسي في معالجته لأحكام بيع ملك الغير.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فكان حريصا على حماية المالك حماية شاملة بمنع الغير من الاعتداء على ملكيته.

حيث أن مالك الشيء وحده له حق التصرف عن ملكه، فحتى يقع البيع صحيحا يجب أن يكون البائع مالك للمبيع وإلا وقعنا في مشكلة بيع ملك الغير، لذلك سنحاول التطرق إلى تحديد مفهوم بيع ملك الغير في المبحث الأول حتى نعلم متى نكون أمام هذا التصرف وإلى تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير

تقتضي طبيعة البيع باعتباره عقدا ناقل للملكية بذاته أن يكون المبيع مملوك للبائع حتى يمكن أن تنتقل ملكيته إلى المشتري، وهذا تكريس لمبدأ "فاقد الشيء لا يعطيه"، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في المواد المنظمة لبيع الغير في القانون المدني، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف بيه ملك الغير في المطلب الأول أما المطلب الثاني سنخصصه لشروط بيه ملك الغير .

المطلب الأول : تعريف بيع ملك الغير

لم تتعرض التشريعات إلى تعريف بيع ملك الغير وإنما تركت ذلك للاجتهادات الفقهية، والمشرع الجزائري بدوره لم يورد تعريفا لبيع ملك الغير بل نظم أحكامه من خلال المواد 397 إلى 399 من ق م ج ، لذلك سنحاول تعريف بيه ملك الغير ونبين خصائصه فيما يلي :

الفرع الأول : مفهوم بيع ملك الغير

يمكن تعريف بيع ملك الغير بأنه : "ذلك البيع الذي يكون فيه المبيع معنيا بالذات ولا يكون لأحد الطرفين".

وقد عرف على أنه ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير مالك سواء بعمله أو بدونه فينصب على شيء موجود معين بالذات دون أن يكون هذا البيع موقوفا أو مؤجلا⁽¹⁾.

كما عرف على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات لا يملكه البائع ولو كان البائع يملك، الشيء المبيع لانتقلت الملكية فيه بمجرد العقد إلى المشتري إذا كان منقولاً، وانتقلت الملكية فيه بالتسجيل إذا كان عقاراً، أما إذا كان المبيع غير مملوك للبائع، فإن البيع لا يكون صحيحاً ويكون باطل بطلنا نسبياً (قابلاً للإبطال) ولا تنتقل به الملكية إلى المشتري ولو سجل العقد في مصلحة الشهر العقاري⁽²⁾.

¹ دنيا زاد ذهبية لحرش ، بيع ملك الغير ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص11.

² سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، القانونية 2002، ص 93.

ويرى بعض الفقهاء ومنهم الدكتور عبد الزراق السنهوري أنه يقصد ببيع ملك الغير: "أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه"⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن معظم الفقهاء الذين تطرقوا إلى تعريف بيع ملك الغير اعتمدوا في ذلك على ثلاثة عناصر جوهرية تميز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى، وهي كون العقد بيعاً وعدم ملكية البائع للشيء المبيع وأن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فيطلق على بيع ملك الغير بيع الفضولي وتعرف الفضالة في اللغة، جمع الفضل أي الزيادة، واستعمل الجمع استعمال الفرد وهو تدخل الفرد فيما لا يعنيه ولا يخصه، وقد غلبت كلمة الفضول على الزيادة التي لا خير فيها. أما الفضولي في الفقه فهو كل من يتصرف بلا إذن شرعي، أو هو من يتدخل في شؤون الغير ببيع شيء ما، والفضالة في القانون تختلف عن الفضالة في الشريعة. فالقانون يشترط أن يقوم الفضولي بعمل ليس ملزماً به لحساب رب العمل تفضل منه، قصد فائدة الأخير⁽²⁾.

- المقصود بالغير في بيع ملك الغير :

الغير بوجه عام هو الأجنبي تماماً عن العقد فهو ليس بأحد المتعاقدين، ولا خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً ولا دائماً لأحد المتعاقدين، حيث أن العقد المبرم لا يترتب التزاماً في ذمة الغير لكن يجوز أن يكسبه حقاً⁽³⁾.

معنى "الغير" لغة: تطلق كلمة "غير" على الصفة أو الاسم فقد تكون أداة استثناء فإذا كانت صفة فغنها تتبع موصوفها، وقد تأتي غير وتكون أسماً مثل: هذا غيرك، ومررت بعيرك ومنه قوله تعالى: "غير المغضوب عليهم ولا الضالين"⁽⁴⁾.

¹ عبد الزراق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998 ص 309.

² دنيا زاد ذهبية لحرش، مرجع سابق، ص 9-10.

³ عبد الزراق دريال، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، د.ط. دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، د.ت.ن، ص 64.

⁴ سورة الفاتحة، الآية 7.

أما في اصطلاح الفقهاء :

يتبين من المعنى اللغوي من اللفظ "غير" أنه يطلق على المتعاقد الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع وليس له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير، وليس وكيل في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة صحيح سواء كانت الوكالة اتفاقية أو قضائية أو شرعية أي لا يكون للعقد ولاية إنشاء وإصدار العقد، أما في بيع ملك الغير فنقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد إلا أن ملكيته للشيء المبيع ألزمت⁽¹⁾ إدخاله في هذا التصرف من أجل إقراره أو رده لهذا التصرف الواقع على ملكيته ويعني ذلك أن هذا النوع من البيوع الخاصة يقصد بالغير فيها المالك الحقيقي، وهو ليس له أية علاقة بالبيع المبرم بين البائع والمشتري، وهذا العقد لا يجعله لا دائنا ولا مدنيا اتجاه أي من الأطراف إلا في حال أجاز هذا البيع⁽²⁾.

الفرع الثاني : خصائص بيع ملك الغير

ينفرد عقد البيع بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، كونه عقد من العقود الملزمة لجانبين.

حيث ينشئ التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري، كما أنه يعتبر من عقود المعاوضة التي تتم بمقابل وهو الثمن النقدي، كما يعتبر أيضا عقدا رضائيا يكفي لإنعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري فلا يشترط شكل معنيا لإنعقاده باستثناء العقارات، وما يميزه أيضا أنه يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى وأيضا اعتباره من العقود الناقلة للملكية⁽³⁾.

من هذه الخصائص نخلص إلى : لعقد البيع خصائص لها علاقة وطيدة ببيع ملك الغير والتي تتمثل في كونه عقد رضائي وعقد ناقل للملكية وعقدا شكليا إذا كان محل العقد عقارا.

¹ اسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام بيه ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص ص 12-13.

² اسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع نفسه، ص 13.

³ دنيا زاد ذهبية لحرش ، مرجع سابق، ص 12.

أولاً : بيع ملك الغير عقد رضائي

يعتبر عقد بيع ملك الغير من العقود الرضائية التي لم يشترط المشرع لإنعقاده شكل خاص، وهذا العقد يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أياً كانت طريقة هذا التبادل كتابة أو شفاهة وهذا ما انتص عليه المادة 59 ق.م.ج: "بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"⁽¹⁾.

بناءً على هذا النص فإنه يقتضي لإنعقاد البيع اقتران الإيجاب بقبول مطابق له مع مراعاة القواعد القانونية اللازمة لإنعقاد العقد، وهذا النص ينطبق على كل العقود بما فيها بيع ملك الغير، فإذا تقابل إيجاب أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر انعقد البيع لأنه يقوم على أساس وجوب التراضي بين الطرفين وأن يكون رضا الطرفين صحيحاً⁽²⁾.

1. تطابق الإيجاب مع القبول :

ويقصد به اتجاه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني، وهذا الأخير لا يكون إلا بعد أن يتصل التعبير عن الإرادة للطرف الموجه إليه والعلم به، وهذا ما يقضي به المادة 61 من القانون المدني بقولها : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم ما لم يقع الدليل على خلاف ذلك"⁽³⁾.

فلا ينعقد بيع ملك الغير إلا بتطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري حول كل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر هذا العقد كالشيء المبيع والثمن، ويتحقق ذلك بوجود إرادتين وهما إرادة الموجب وإرادة الموجب له، وهذا ما يعبر عليه بتطبيق الإيجاب والقبول.

¹ المادة 59 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ،(المعدل والمتمم).

² علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية 2008، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت.ن، بن عكنون الجزائر، ص 28.

³ المادة 61 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني،(المعدل والمتمم).

2. صحة التراضي :

يعد التراضي الركن الاساسي لقيام عقد بيع ملك الغير، لكن يجب أن يكون رضا أطراف البيع صحيحا ، وذلك بأن يصدر من ذي أهلية أي بالغين سن الرشد 19 سنة كاملة دون أن يحجر عليه بعارض من عوارض الأهلية، ويجب أن يكون الرضا خاليا مما يشوبه من العيوب التي نص عليها المشرع الجزائري والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن⁽¹⁾.

- الغلط :

هو وهم يثور في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع بمعنى أن يتصور الشيء على غير حقيقته، والمشرع الجزائري، اشترط في الغلط الذي يوجب إبطال بيع ملك الغير أن يكون جوهري وداخل في نطاق العقد.

الغلط الجوهري يكون إذا بلغ الغلط حدا من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط كأن يقع المتعاقد في غلط في صفة جوهريّة للشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة جوهريّة فيه.

ويؤسس بطلان بيع ملك الغير على الغلط الذي وقع فيه المشتري ويكون ذلك إما في الصفة الجوهرية للمبيع أو في شخص المتعاقد فقد جهل المشتري أن المبيع مملوك للغير، ويقبل التعاقد معه هنا المشتري وقع في غلط في الصفة الجوهرية للشخص المتعاقد لأنه يعتقد أن البائع كان مالك لشيء المبيع⁽²⁾.

- التدليس :

يعتبر تدليسا سكوت المتعاقد عن واقعة إذا علمها المتعاقد الآخر امتنع عن التعاقد، ويعتبر تدليسا أيضا إذا قام البائع باستعمال طرق احتيالية لدفع المشتري للتعاقد وخاصة البائع ويعرف التدليس على أنه قيام لملك الغير، يستعمل عدة حيل مثل تقديم بيانات كاذبة للمشتري أو الصمت وعدم اعترافه بأنه ليس مالك للشيء المبيع.

¹ أمجد محمد منصور ، الوجيز في العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الأولى 2006، دار البركة للنشر

والتوزيع، د.ت.ن، ص 54.

² عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص ص 21، 22.

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 من القانون المدني، ويعرف التدليس على أنه قيام المتعاقد باستعمال الحيلة والخداع من أجل إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة فلولا الغش والحيلة لما أقدم المتعاقد الآخر على التعاقد⁽¹⁾.

- الإكراه :

ولقد عرفه المشرع في المادة 88 فقرة 1 من قانون مدني جزائري : "الإكراه هو الرهبة التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين وتحمله على التعاقد".

وهذا ما نجده في بيع ملك الغير حيث يلجأ البائع إلى استعمال الإكراه لدفع المشتري إلى التعاقد معه، ويقصد به الضغط غير المشروع الواقع على إرادة الشخص المتعاقد عند إصداره لقبوله، حيث يولد في نفسه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد عند إصداره لقبوله، حيث يولد في نفسه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد.

- الاستغلال : أو الغبن

جعل المشرع الجزائري الاستغلال عيب في الإرادة ينطبق على سائر التصرفات وهو أن ينتهز البائع طيشا أو هوى جامح في المشتري، فيؤدي به إلى إبرام بيع ملك الغير، إذ لولا هذا الاستغلال لم أقدم المشتري على التعاقد⁽²⁾.

ثانيا : بيع ملك الغير عقد ناقل للملكية :

لا ينقل العقد بذاته الملكية مباشرة و إنما يتم نقل الملكية بناء على التزام البائع بنقلها، فعقد البيع ينشأ التزاما بنقل الملكية أي أن نقل المبيع و هو الحكم الجوهري للعقد الصحيح، وعليه لا يكون البيع بيعا لملك الغير إلا إذا قصد المتعاقدين به نقل الملكية فور التعاقد و يعود السبب في ذلك أن هذا الأخير لم يعد يتلاءم و طبيعة البيع الناقل للملكية بذاته لأن هذه الخاصة تستوجب صدور التصرف من مالك الشيء أو عن نائبه القانوني.

أما إذا لم يكن البائع مالكا للبيع ي كون العقد قابل للإبطال لصالح المشتري لاستحالة تحقيق انتقال الملكية لمجرد البيع، أما إذا لم يقصد منه نقل الملكية على الفور رغم كون

¹ عبد الزراق دربال , مرجع نفسه، ص 24.

² علي علي سليمان , مرجع سابق، ص 64.

البائع ليس مالكا للبيع، إلا أن العقد يكون صحيحا، كما نجد أنه يجوز قانونا للمتعاقد من الاتفاق على مخالفته لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد صحيح أما إذا حل الأجل المتفق عليه ولم يصبح البائع مالكا لشيء البيع على أساس بيع ملك الغير. (1)

ثالثا : الشكلية في العقود التي يكون محلها عقار:

يمر العقد الناقل للملكية العقارية بمجموعة من المراحل ابتداء بعملية توثيق العقد أمام الموثق ثم تسجيله و أخيرا شهره في البطاقات العقارية لكي يرتب أثره في الحين وهو نقل الملكية ، و لكل مرحلة من هذه المراحل المتعاقبة وظيفتها (2).

1. التوثيق: لكي ينشأ العقد يجب أن تتوفر الأسس اللازمة لوجوده و بمعنى أركانه وهي التراضي،المحل والسبب، لكن قد يضيف القانون إلى هذه الأركان ركنا آخر، وينطبق ذلك على البيوع العقارية التي يوجب المشرع ضبطها في قالب توثيقي إعمالا بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و من ثم يكون تجسيد وظيفة التوثيق في النقاط التالية :

- إتمام ركن من أركان العقد بالنسبة للعقود التي يتطلب المشرع إفراغها في قالب رسمي
- تمكين المتقاعد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد باعتبار أن العقد الرسمي عنوان الحقيقة لما ورد أمام الموثق
- يعتبر ما ورد في العقد التوثيقي حجة على الكافة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.
- إن أحكام عقد البيع تترتب بمجرد توثيق العقد عدا الأثر العيني أي أن عقد الموثق و قبل شهره بالمحافظة العقارية و إن كان لا ينقل الملكية إلى المشتري لكنه ينشأ التزامات في مواجهة كل من البائع و المشتري فيلتزم بموجبه البائع أن

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق، ص 51.

² سي يوسف زاهية حورية ، الوجيز في عقد البيع ، د. ط. دار الأمل للطباعة والنشر د.ت.ن، ص115.

ينقل الملكية إلى المشتري كتسليم المبيع و ضمان التعرض و الاستحقاق⁽¹⁾ و العيوب الخفية، كما ينشأ التزامات في مواجهة المشتري الذي يلتزم بموجبه بدفع الثمن والمصروفات و بأن يتسلم الغير الميعة.

2. **التسجيل** : إضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون لتعبير عن الإرادة اشترط قانون التسجيل الصادر في تاريخ 90 ديسمبر 1976 بموجب الأمر 76-105 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها لدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم.

ويلزم نفس القانون الموثقين بتسجيل جميع العقود لأجل لا يتجاوز شهر و في حالة التأخير يتعرض الموثق لعقوبات جنائية طبقا لنص المادة 38 من قانون التسجيل التي تنص (يجب أن توثق عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها). وإضافة المادة 93 : "إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين و الأنظمة الساري المفعول عند الإقتضاء"⁽²⁾.

أما عن وظيفة التسجيل في القانون الجزائري فيمكن تجسيدها في النقاط التالية :

- تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية :

حيث جاء نص المادة 28 من القانون 06-02 المتضمن مهنة التوثيق : "يحصل الموثق الحقوق و الرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف بصدد الضريبة و فضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيها المبالغ التي يحوزها"⁽³⁾.

¹ عمر حمدي باشا , نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام. د.ط. دار هومة للطباعة و النشر . الجزائر، 2004 ص 135.

² المادة 93 من الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل. جريدة الرسمية عدد 81 الصادرة سنة 1977 (المعدل والمتمم).

³ المادة 28 من القانون 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن مهنة التوثيق.جريدة رسمية عدد 14 بتاريخ 08 مارس 2006(المعدل والمتمم).

يقوم الموثق بهذه المهمة المسندة إليه عن طريق تسجيله لمختلف العقود التي يحررها و العقود التوثيقية أنواع منها ما يخضع لرسم تسجيل ثابت و منها ما يخضع لرسم تسجيل نسبي أو تصاعدي و هذا ما أوضحتها المادة 2 من قانون التسجيل : "تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم"⁽¹⁾، والجدير بالملاحظة أن المشرع في مادة حقوق التسجيل لا تهمه صحة المعاملة من عدم رسميتها و من صحتها أو بطلانها.

ب. إثبات تاريخ العقود العرفية :

العقود العرفية هي التي يقوم الأطراف بتحريرها فيما بينهم دون تدخل من جانب الموظف العام أو الضابط العمومي و قد نصت المادة 328 من قانون مدني جزائري: "لا يكون العقد العرفي حجة الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت :
_ من يوم تسجيله

_ من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .

من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .

من يوم وفاة أحد الذين لهم لعقد خط أو إمضاء"⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن قاعدة ثبوت التاريخ العرفي لا تتعلق بالنظام العام، فإذا لم يتمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ المحرر فإن تاريخه العرفي يكون حجة عليه على الرغم من عدم وجود التاريخ الثابت و ذلك أنه أندا بأنه قد نزل عن حقه فيه.

3. الشهر :

يعرف الشهر العقاري أنه نظام قانوني له مجموعة من القواعد يضمن بها حق الملكية العقارية و كذا الحقوق العينية العقارية الأخرى و جميع العمليات القانونية الواردة على العقارات.

¹ المادة 2 من الأمر 76_105 المتضمن قانون التسجيل، (المعدل والمتمم).

² المادة 328 من الأمر 75-58 المتضمن المدني، (المعدل والمتمم).

فالإشهار العقاري يلعب دور هام يتمثل في إعلام الغير بالوضعية القانونية لعقار ما و كذلك الثروة العقارية لشخص ما، فضل على أنه يلعب دور مهما في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين⁽¹⁾.

واستناد لأحكام المادة 14 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري يكون الشهر إلزاميا بالنسبة للعقود التالية :

كافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعدلة أو المعلنة الواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

- كافة العقود و الأحكام القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان محل تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذا تسجيل الرهون و الإمتيازات
- وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مشهر في مجموعة البطاقات العقارية⁽²⁾.

وفيما يتعلق بأجال الشهر فقد ألزمت المادة 99 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الموثق بإيداع العقود لدى المحافظة العقارية في أجل شهر من تاريخ إبرام العقد والثاني فوظيفة الشهر يمكن تجسيدها في إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار ودعم الائتمان العقاري⁽³⁾.

المطلب الثاني : شروط بيع ملك الغير

بعد الخوض فيما تقدم من تعريفات مختلفة لبيع ملك الغير و التفرقة بين مفهوم بيع ملك الغير و الفضالة في الفقه الإسلامي، وذلك لتحديد المفهوم الدقيق لبيع ملك الغير و بيان خصائصه فحتى يتسنى لنا تحديد وضبط نطاق هذا النظام القانوني وجب تحديد شروطه التي حددها القانون و المتمثلة في :

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 122.

² المادة 14 من الأمر 74_75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري جريدة الرسمية عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 (المعدل والمتمم).

³ عمر حمدي باشا ، مرجع سابق، ص 137.

كون التصرف بيعا (الفرع الأول) و أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات (الفرع الثاني) وأن يكون المبيع مملوكاً لشخص غير البائع والمشتري، (الفرع الثالث) :

الفرع الأول : أن يكون الصرف بيعا

يعتبر عقد البيع من أهم العقود وأكثرها شيوعاً ، لهذا فقد أهتم الفقه و القانون بتنظيم أحكامه حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني بقولها : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخره في مقابل ثمن نقدي"⁽¹⁾.

وبالتالي يفهم من هذه المادة أن للبيع خصائص من بينها أنه عقد ملزم لجانبين و هو يلزم البائع بنقل حق مالي أو ملكية شيء ما إلى المشتري بينما يلتزم هذا الأخير بدفع ثمن نقدي مقابل ذلك فأما فيها يخص الخاصة الثانية فهو عقد رضائي فيكفي تطابق الإيجاب والقبول لانعقاده إلا أن هناك بعض العقود إضافة إلى الرضائية تتطلب شكله لانعقاده⁽²⁾.

وبالتالي يفهم من هذا الشرط أن البيع لا يكون بيعا لملك الغير إلا إذا قصد به نقل الملكية في الحال (فور التقاعد) فإذا اتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته أي بمجرد الاتفاق و لم يكن البائع مالكا للبيع المعين بذاته وقت العقد كالبيع بيعا لملك الغير و يكون قابل للإبطال لصالح المشتري.

وطبقا لما سبق نخرج من نطاق بيع ملك الغير بعض التصرفات المشابهة:

أولا : التعهد عن الغير لا يعد بيعا لملك الغير

تنص المادة 114 ق م على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فل يتقيد الغير بتعده ، فإن رفض الغير أن يلتزم يجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما ألزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من الوقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد أو من أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"⁽³⁾.

¹ المادة 351 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

² لحرش دنيا زاد ، مرجع سابق، ص12.

³ المادة 114 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

و يقصد بالتعهد عن الغير و إن كان نادر الوقوع أن يتعهد شخص لأخر أن يحصل له على قبول الغير للعقد الذي يتعهد لأجله، و مثال ذلك أن يملك إثنان عقار فيبيع أحدهما نصيبه و يتعهد البائع للمشتري أن المالك الثاني سيقبل بيع نصيبه إليه أيضا.

و التعهد بهذه الطريقة عبارة عن التزام المتعهد باسمه لا باسم الغير أي أن المتعهد إنما يتقاعد باسمه⁽¹⁾ هو لا باسم من يتعهد عنه، و يترتب على ما قبل أن الغير إن قبل التعهد فيكون المتعهد قد نفذ التزامه من جهة، كما يعد من قبل التعهد (أي الغير) قد قبل التعاقد باسمه أي أنه ينشأ عقد مستقل بين الغير والمتعاقد معه من جهة ثانية، أما إذا أخفق المتعهد في الحصول على قبول الغير فإن المتعهد يكون في وضع من أجل بالتزامه العقدي مما يترتب مسؤولية العقدية⁽²⁾.

وعليه قد يتعهد شخص قبل آخر بأن يبيع الغير ما يملكه فلا يعد بيعا لملك الغير، وقد يتعهد شخص بأن يبيع لآخر شيء معين بالذات غير مملوك له في الحال وإنما سيعمل على اكتسابه، فهذا أيضا لا يعد بيعا لملك الغير، بل لا يعد بيعا أساسا، فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية الشيء المعين بالذات للمشتري، وإنما التزم بعمل معين هو كسب ملكية الشيء أولا.

والتعهد عن الغير هو التزام المتعهد للحصول على موافقة الغير وبالتالي لا بيع ملك الغير وإنما يتعهد على حصوله على موافقة المالك ورضاه وبالتالي قبوله بالبيع، ومنه على المتعهد لا يتصرف في ملك الغير⁽³⁾.

ثانيا : الوعد بالبيع ليس بيعا لملك الغير

نص المشرع على الوعد بالبيع من خلال نص المادة 71 قانون مدني بأنه :
"الاتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون

¹ دريال عبد الرزاق , مرجع سابق، ص 65.

² دريال عبد الرزاق , مرجع سابق، ص 65.

³ رمضان أبو السعود , شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الطبعة الثانية 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ت.ن، الإسكندرية، ص 128.

له أثر إلا إذا عين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها"⁽¹⁾.

فالوعد بالبيع عقد يلتزم بمقتضاه شخص يبيع شيء أو حق ما، إذ أظهر الموعد له رغبة في الشراء ضمن مدة معينة.

فهو عبارة عن اتفاق غير نهائي، لأنه ينصب على مجرد وعد بالبيع ولا ينصب على البيع ذاته وبالتالي يجب لانعقاده أن نتوافر فيه أركان العقد عامة⁽²⁾.

والوعد بالبيع لا يترتب حكم عقد البيع في انتقال ملكية المبيع، وإنما يترتب على الواعد التزاما بالقيام بعمل، وبالتالي نكون أمام وعد بالبيع، فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء الموعود به تم البيع وأخذ حكمه، وخرجنا عن نطاق بيع ملك الغير وحكمه، أما إذا كان⁽³⁾ الواعد غير مالك وبقي غير مالك حتى بعد أن أظهر الموعد له (المشتري) رغبته في الشراء، فإننا في هذه الحالة نكون أمام بيع ملك الغير ويأخذ حكمه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : أن يكون المبيع معينا بالذات

الأصل العام هو وجوب توفر جملة من الشروط في محل أي عقد والتي يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا ومنه يجب أن يكون المحل موجودا أو قابل للوجود غير مستحيل ومعينا أو قابل للتعيين، ومشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما بالنسبة لبيع ملك الغير فلا بد أن يكون المبيع معينا بالذات وجوبا لتحقيق هذا النوع من البيوع الخاصة.

¹ المادة 71 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

² أسعد دياب ، القانون المدني، العقود المسماة، البيع الإيجار، الوكالة، الجزء الأول، د.ط منشورات زين الحقوقية 2007، بيروت- لبنان، ص 65.

³ أيمن محمد حسين ناصر ، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2006، ص

⁴أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع نفسه، ص 27.

- المبيع المعين بالذات :

الأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء، فتعيين الأرض الزراعية مثل بيان موقعها وحدودها واسم الحوض الذي تقع فيه ومساحتها...إلخ. وتعيين السيارة يكون ببيان نوعها وسنة الصنع...إلخ.

- المبيع المعين بالنوع "المثلثات" :

وهي التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والتي اعتاد الناس التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن مثل : الذهب أو القمح...إلخ⁽¹⁾. لذلك حتى نكون بصدد بيع ملك الغير يجب أن يكون محل البيع شيء معين بالذات، أما إذا كان المبيع من المثلثات فلا يعد البيع بيعا لملك الغير طبقا لنص المادة 397 قانون : "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه"⁽²⁾، فالأشياء المعينة بالذات تنتقل ملكيتها وقت انعقاد العقد بقوة القانون وبصورة حتمية، وإذا كانت غير معينة بالذات تكون خارجة عن نطاق بيع ملك الغير.

فإذا ورد بيع ملك الغير على شيء معين بنوعه لا يعتبر صادر عن غير المالك وبذلك يخرج عن نطاق بيع ملك الغير، لأن الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل منذ إبرام العقد مباشرة، وإنما من وقت إفرازها، ومن ثم لا تطلب أن يكون البائع مالك للمبيع وقت إبرام العقد ويكون العقد صحيحا رغم عدم⁽³⁾ ملكية البائع المبيع، لأن التنفيذ العيني يمكن تطبيقه في مثل هذه الحالات، حيث يقوم البائع بنقل ملكية الشيء الذي يتوفر فيه الوصف المطلوب للمشتري، لذلك لا يكون لهذا الأخير الحق في طلب إبطال العقد.

¹ اسماعيل عبد النبي شاهين , مرجع سابق، ص 50.

² المادة 397 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

³ يوسف رحمان , بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص

قانون مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 29-30.

- البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ :

نجد أنه من المبادئ المتعارف عليها أن نقل الملكية بمجرد العقد ليس من النظام العام، فيمكن الاتفاق على عكسها وهو ما نص عليه المادة 203 قانون مدني: "يكون الالتزام معلق على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"⁽¹⁾.

فقد يبيع شخصا شيئا معيناً بالذات ولا يملكه وقت التعاقد ويعلق البيع على شرط واقف هو تملكه لهذا المبيع، وهذا البيع ينعقد صحيحاً وهو ليس بيعاً لملك الغير إذ أن البائع لما يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزامات ما وإنما علق التزامه على شرط واقف وهو أن يملك المبيع، فكلا من البائع والمشتري قد اتفقا منذ البداية على أن البيع غير بات، بل هو معلق على شرط، وهو الشرط هو تملك البائع للمبيع، فإذا تحقق الشرط أصبح مالك للمبيع فيلتزم بنقل الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط يسقط البيع، ويعود كل طرف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

ويكون ملك البائع بات أيضاً إذا كان معلق على شرط فاسخ، فالبايع يملك المبيع ولكن ملكيته معلقة على شرط، فإذا تحقق الشرط الفاسخ عاد المشتري غير مالك وزالت ملكيته بأثر رجعي وللمشتري حق طلب إبطال العقد على أساس بيع ملك الغير أي نتيجة تصرف البائع فيما لا يملك. لأن البائع لم يقرر ملكيته التامة للمبيع عند التعاقد، أمام إذا تخلف الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري للشيء المبيع ملكية تامة

نستخلص مما سبق أن البيع المعلق على شرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً يخرج على نطاق بيع ملك الغير فتتحقق الشرط الواقف وعدم تحقق الشرط الفاسخ يجعل بيعه صحيحاً نافذاً لأنه يجعله يتصرف في ملكه، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ وعدم تحقق الشرط الواقف يجعل هذا البيع بيعاً لملك الغير ويأخذ حكمه⁽²⁾.

¹ المادة 203 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

² أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع سابق، ص 29.

- بيع الأشياء المستقبلية :

المادة 92 الفقرة 1 قانون مدني : "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"⁽¹⁾ ومثاله بيع منزل لم يبدأ في بناءه على أن تنتقل الملكية عند تمام البناء.

وعليه إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل، لا يعد بيعاً لملك الغير، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالك للمبيع، وهذا راجع لكون المبيع لم يحدد بذاته فيقتصر البائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين⁽²⁾.

ويلاحظ كذلك أن قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية، قد ورد عليها استثناء في المادة (02 / 92) ق.م.ج إذ تنص على أنه : "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل وإن كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، وعليه فبيع ما سيوجد في المستقبل ليس بيعاً لملك الغير، بل هو بيع صحيح مرتب لآثاره بين طرفيه وساري في مواجهة الغير وفقاً للأحكام العامة في محل الالتزام.

الفرع الثالث : أن يكون المبيع مملوكاً لشخص غير البائع والمشتري.

يعد هذا الشرط من أهم ما يميز بيع ملك الغير، فالبايع غير مالك للشيء المبيع، لأنه إذا كان الشيء المبيع مملوكاً له كان لعقد صحيحاً ولا مجال للقول بوجود بيع لملك الغير⁽³⁾.

لكن في كثير من الحالات يوكل البيع لأشخاص غير مالكيين مثل حالة الوكيل أو الوصي أو الولي، وهذا بمقتضى تفويض بحوزته لمباشرة هذه التصرفات دون أن يكونوا مالكيين للشيء المبيع، فالوكيل لا يعد بائعاً لملك الغير إذا تصرف في حدود وكالته، أما إذا تصرف خارج ما تقتضي الوكالة يكون بائعاً لملك الغير⁽⁴⁾.

فبيع ملك الغير يقع كثيراً في الحياة العملية، فقد يبيع الأب ملك أبنه لاعتباره نائباً عنه، وإنما أصيل عن نفسه وقد يبيع الزوج بعض أملاك زوجته والوارث قد يبيع عينا لا

1 المادة 92 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني ، (المعدل والمتمم).

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

3 رمضان جمال كامل ، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، الطبعة الخامسة، دار الألفي، مصر 2002، ص 3.

4 يوسف رحمان ، مرجع سابق، ص 30.

تدخل ضمن أموال الشركة أو في الشركة، ولكن لا تقع ضمن نصيبه، وكما يقع في المال الشائع عندما يقوم أحد الشركاء ببيع كل المال الشائع وصولاً بملك إلا جزءاً منه⁽¹⁾.

أما إذا كان المبيع مملوكاً للمشتري وقت التعاقد واتجه إلى شراءه نتيجة جهله ملكيته إياه فلا يعد بيعاً أصلاً، وذلك لاستحالة تحقق الغرض المستهدف به إستحالة مطلقة ألا نقل الملكية من البائع إلى المشتري الذي يملك المبيع فعلاً وإن كان له حق الرجوع على البائع باسترداد الثمن والتعويض إذا كان لذلك مقتضى.

وبالتالي ملكية البائع للشيء المبيع تضعنا أمام بيع صحيح، وملكية المشتري للمبيع تضعنا أمام بيع باطل، وعدم ملكية المشتري والبائع للشيء تضعنا أمام بيع ملك الغير⁽²⁾.

ومنه فإن أي حالة ينطبق عليها الشروط الثلاثة السابقة الذكر فهي تعد من قبل بيع ملك الغير فنطبق عليها أحكامها، أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فهي تخرج من نطاق بيع ملك الغير.

¹ خليل احمد حسن قداة , الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة

2005، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 2005، ص211.

² أيمن محمد حسين ناصر , مرجع سابق، ص 25.

المبحث الثاني : تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة

يختلط بيع ملك الغير مع العديد من الأنظمة المشابهة له، والتي قد تكون لها علاقة به، ولتجنب الالتباس والغموض الذي قد يقع فيه الدارس لهذه الأنظمة سنحاول التمييز بينها وبين بيع ملك الغير وتتمثل هذه الأنظمة في : بيع المال الشائع سواء بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع أو بيع الشريك لکن المال الشائع، وأيضا بيع الوارث الظاهر : وهذا ما سنطرق إليه في المطلب الأول إلى تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال الشائع، وفي المطلب الثاني إلى تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر وبيع النائب فيما يلي :

المطلب الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المشاع

عرفت المادة 713 ق.م.ج الشيوخ بقولها : "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء وعلى الشيوخ، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقع دليل على غير ذلك"⁽¹⁾.

فالمال الشائع هو الذي يملكه شخصان فأكثر بحيث يعرفان القيمة الحسابية لما يملكان، لكنهما لا يعرفان أين يقع بالضبط الجزء من المال الذي يمثل هذه الحصة الحسابية، ولذلك يقال بأن الحصة شائعة في كل المال فمن يملك الثلث في قطعة أرضية على الشيوخ لا يعرف بالضبط أين يقع هذا الثلث هل في شمال القطعة أو في جنوبها أو في غربها أو في شرقها، فالذي يحدد موقع الملك هو عملية القسمة التي قد تكون رضائية أو قضائية حيث ينجم عنها فرز الحصص⁽²⁾.

ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً متعددة منها : تصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك الا حصة فيه، وهنا نكون بصدد بيع ملك الغير لان نصيب الشريك لم يحدد بعد ، كما انه تصرف في المال الشائع بدون رضا وعلم الشركاء الآخرين ،فما حكم هذين الأمرين؟

وهل يمكن اعتبارهما من قبيل بيع ملك الغير؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه⁽³⁾.

¹- المادة 713 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني ، (المعدل والمتمم).

²- زكريا سرايش ، الموجز في شرح قواعد البيع ، ون طبعة -دار بلقيس -الجزائر 2017 ص 38.

³- يوسف رحمان ، مرجع سابق-ص 44.

الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع جزء مفرز.

نصت المادة (02/714) من ق.م.ج : "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال المشاع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه، من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"⁽¹⁾. يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يتطرق الى معالجة حكم هذا البيع بعد القسمة ، وأغفله قبل ذلك، وعليه يجب التفرة بين حكم البيع قبل القسمة وبعدها.

اولا: حكم بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة

لقد أغفل المشرع الجزائري عن ذكر حكم بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة وإنما تطرق فقط إلى حكم بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، لهذا تعددت آراء الشرح حول هذا النوع من البيوع على النحو التالي:

• **الرأي الأول :** ذهب هذا الرأي إلى القول بصحة بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع، لأنه صادر من مالك فيما يعادل حصته، وبالنسبة لباقي الشركاء يكون بيعا صادرا من غير مالك، أي بيع لملك الغير فيما يعادل حصص باقي الشركاء، ذلك أن حصص باقي الشركاء تتركز أيضا على الجزء المعين الذي تصرف فيه الشريك.

• **الرأي الثاني:** يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير لان البائع في هذا الفرض لا يملك إلا حصة شائعة، وبالتالي أن فرز حصة من هذه الحصة الشائعة وعينها وباعها فيكون قد باع مالا يملك.

• **الرأي الثالث:** فلا يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها، وبالتالي فان هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح صادر من مالك⁽²⁾. من هنا يتضح أن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع ليس بيعا لملك الغير يعتقد البعض، لان أساس طلب الإبطال المقرر للمشتري هو لغلط في صفة جوهرية وهو

¹ - المادة 713 الفقرة 2 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

² - أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 34.

جهله بحالة الشيوخ وليس على أساس صدور البيع من غير مالك، ذلك أن أحكام بيع ملك الغير تسوى بين حالتي العلم والجهل بملكية البائع لما يبيعه وتعطي للمشتري حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين، عكس أحكام المادة (2/714) من ق.م.ج، التي فرقت بين حالة العلم وحالة الجهل⁽¹⁾.

وبالتالي فبيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة صحيح في حدود هذا الجزء المفرز، بينما يعتبر بيعا لملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين على الشيوخ في هذا الجزء المفرز.

ثانيا/ حكم بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة :

يتضح من نص المادة (2/714) السابقة الذكر أن الشريك عندما يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع، وعند القسمة يقع في جزء غير الجزء الذي باعه للمشتري، فإن هذا النصيب يحل محل النصيب الذي وقع عليه البيع⁽²⁾، أي حق المشتري، ويستقر في الجزء الذي يقع فيه نصيب البائع، من وقت الشراء لا من وقت القسمة وهذا ما يسمى الحلول العيني، أما إذا كانت نتيجة القسمة عدم حصول البائع على جزء معين من العين، وانحصر حقه في مقابل نقدي لحصته، ففي هذه الحالة ما على المشتري إلا اللجوء للمطالبة بالتعويض على أساس قواعد الضمان، لهذا فإن بيع الشريك جزء من المال المفرز لا يعتبر بيعا لملك الغير لأنه في حالة العلم بالشيوخ يخضع لمبدأ الحلول العيني، أي أن حقه يحل مكان الذي وقع فيه حق البائع، أما إذا كان المشتري لا يعلم بحالة الشيوخ، وأثبت أنه لم يكن على علم أن الشريك البائع لا يملك العين التي تصرف فيها كما حددها، فيحق له إبطال البيع إذ أن هذا الجهل يعتبر بمثابة غلط في صفة جوهرية للمبيع، ونصت على ذلك صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري: " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها"⁽³⁾.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 301.

² - يوسف رحمان ، مرجع سابق، ص 48.

³ - المادة 714 من الامر 58-75 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع لكل المال الشائع.
للمالك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات من بيع وهبة ورهن سواء كان رهنا حيازيا أو رسميا ،كذلك له أن يستعلم حقه وان يستغله بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء على الشيوع⁽¹⁾، وعلى ذلك نصت المادة 714 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: "كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكا تاما وله أن يتصرف فيه وان يستولي على ثمارها، وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁽²⁾.

وبالتالي ليس للشريك على الشيوع أن يقوم بعمل فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، لكن قد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع، لذلك نتساءل هل يعتبر تصرف الشريك على الشيوع في كل المال الشائع بيعا لملك الغير؟ .
تضاربت الآراء الفقهية في هذا البيع، فلهذا نفرق بين حالتين :

- حالة المشتري حسن النية والمشتري سيئ النية ، حيث يجوز للمشتري طلب إبطال كل البيع إذا كان يجهل أن البائع لا يملك كل المبيع ،أما إذا كان يعلم أن البائع لا يملك كل المال فيعتبر صحيحا فيما يتعلق بحصة البائع، ويكون حكمه بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين حكم بيع ملك الغير، فيجوز له طلب الإبطال فيما يتعلق بحصته، أما فيما يخص حصة البائع يبقى هذا البائع قائما في حقه، وقد أجاز البعض المطالبة بفسخ العقد⁽³⁾.

أما الرأي الآخر فيرى بضرورة الرجوع إلى إرادة المتعاقدين فيما يخص حصة البائع في المال الشائع إذا كان المشتري عالما أن البائع لا يملك الحق على كامل العين ،واتضح أن الطرفين لم يقصدا قصر البيع على حصة البائع بل اشترط لنهاذ العقد تملك البائع العين بكاملها ،كان المشتري إبطال البيع ،فيكون حكم البيع حكم الغلط ولا يجوز له

¹-أنور سلطان ، العقود المسماة ،شرح عقدي البيع والمقايضة،دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2005ص 407.

²- المادة 714 الفقرة 2 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

³-عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص ص302،301.

إبطال البيع كله ما لم يتبين أن غلط كان جوهرياً ، بحيث لو كان المشتري يعلم أن البائع لا يملك سوى حصة شائعة من العين لما أقدم على إبرام هذا العقد.

في حين أن رأياً آخر قد اعتبر هذا البيع صادراً من غير المالك بالنسبة لما زاد عن حدود حصة في مال مشاع يكون قابل للإبطال فيما بين طرفيه، فيجوز للمشتري طلب إبطال البيع دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة سواء وقع المشتري في خطأ أم لا، أما بالنسبة للشركاء الذين بيعت حصصهم، فالبيع غير ناجز فيما يخص حصصهم، فليس للشريك بأن يتصرف تصرف يلحق الضرر بحقوق باقي الشركاء.

إلا أن الرأي الراجح هو الذي يعتبر ما زاد عن حصة البائع في المال الشائع بها لملك الغير، أما حصة البائع الشريك في الشيوع فتميز بين حالتين : حالة اعتقاد المشتري أن البائع يملك كل المال، وحالة علمه أن البائع شريك في المال الشائع⁽¹⁾.

أولاً : حالة اعتقاد المشتري أن البائع يملك كل المال

إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك كل المال وحده فمن حقه طلب إبطال البيع قبل القسمة للغلط، أما بعد القسمة فإذا لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب إبطال البيع نظراً لتفريق الصفقة عليه، أما إذا وقع المال كله في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائياً، وبالتالي تحقيق ما أراد المشتري وبطبيعة الحال هنا لا يحق للمشتري طلب الإبطال طالما أن البائع استخلص المال كله لنفسه⁽²⁾.

ثانياً : حالة علمه أن البائع شريك في المال الشائع

إذا كان المشتري على علم وقت البيع أن البائع شريك في المال الشائع، فلا يستطيع الطعن في البيع للغلط، ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيتمكن من اكتساب ملكية المال الشائع كله لينقلها إليه، فإذا لم يستطيع البائع أن يستخلص ملكية كل المال كان للمشتري إما أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن أو فسخه بسبب تفرقة الصفقة لكن إذا استطاع البائع استخلاص الملكية كأن اشترى حصص الشركاء أو انتقلت

¹ يوسف رحمان ، مرجع سابق، ص 45.

² أمين محمد حسين ناصر ، مرجع سابق، ص 40.

الملكية بسبب آخر من أسباب انتقالها، فلم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع لأن ملكية كل المال⁽¹⁾.

المطلب الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر وبيع النائب

نظرا للتشابه الكبير بين بيع ملك الغير وبين بيع الوارث أو الظاهر وأيضا بيع الغائب ارتأينا وجوب التمييز بين كل هذه الأنظمة من خلال :

الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الوارث الظاهر

يجدر في البداية أن نعرف الوارث الظاهر حتى نتعرف على حقيقة بيعه وما يختلف فيه مع بيع ملك الغير فنقول أن الوارث الظاهر هو من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه وارث ثم يتضح أنه ليس كذلك وذلك كالوارث الأبعد في درجة الإرث إذا استولى على مال المتوفى لعدم علمه وعلم الكافة بوجود من يحجبه في الإرث، هذا هو مضمون الوارث، فما الحكم لو باع شيئا من مال المتوفى، ثم ظهر الوارث الحقيقي وتبين أن الوارث الظاهر باع ملك الغير؟⁽²⁾.

ذهب الفقه إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي حماية للمشتري حسن النية الذي يجهل عدم ملكية البائع للمبيع، واستقرار للمعاملات بين الناس.

والملاحظ أنه لا يوجد نص في القانون الوضعي يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما الفقه والقضاء الفرنسي عالج هذه المسألة وعمد إلى تأجيل حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامة وهي أن الغلط الشائع يولد الحق.

ومفادها أن من يتعامل بحسن نية مع شخص يظهر للناس بصفة معينة ويحمله الناس فعلا، هذه الصفة ثم يكشف بعد ذلك عدم صحة هذه الصفة، فإنه يكون بحاجة إلى حماية القانون نظرا لحسن نيته وشيوع الغلط في حقيقة هذا المظهر الكاذب.

¹ يوسف رحمان , نفس المرجع، ص 46.

² اسماعيل عبد النبي شاهين , مرجع سابق، ص ص 61-62.

وتتجسد هذه الحماية في أن بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا في حق الوارث الظاهر احتراما للأوضاع الظاهرة وعمل على استقرار المعاملات، فيتملك المشتري المبيع ومن ثمة لا يحتاج إلى الحماية المقررة في أحكام بيع ملك⁽¹⁾ الغير.

وهذا خلافا للقضاء المصري الذي حسم الموضوع في بادئ الأمر لصالح بيع ملك الغير، فاعتبرت محكمة النقض المصرية بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير استنادا إلى النص القانوني الذي يعالج بيع ملك الغير، وقررت بأنه لا يجوز مخالفة القانون بدعوى استقرار المعاملات، إذ أن القانون عند ما يريد حماية الأوضاع الظاهرة يقرر لها نصوص استثنائية تعالجها.

إلا أن القضاء المصري قد تراجع عن رأيه هذا ليقدر في الحكم الصادر بتاريخ 16 فيفري 1986 قاعدة عامة مقتضاها حماية الأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية وأهم ما جاء فيها : "حيث أنه وإن كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيدها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها".

من خلال هذا الاجتهاد نلاحظ أنه يمكن الأخذ بقاعدة الأوضاع الظاهرة لحماية المتعاملين بحسن نية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة ويشترط في تطبيقها الشروط التالية:

1. ظهور شخص بمظهر يخالف الوضع الحقيقي ولكن يعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي، ويحمله الناس على ذلك.

2. أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أو ايجابيا في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه.

3. أن يتعامل معه الآخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية أي أنه كان يجهل مخالفة هذا المظهر الحقيقي ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول.

4. أن يكون هذا التعامل بعوض حقيقي لأنه لو كان بغير عوض أو بعوض صوري فإن المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر لا يكون جديرا بالحماية القانونية.

¹ أيمن محمد حسين ناصر، مرجع سابق، ص ص 30-31.

لقد تم تكريس هذه القاعدة "الأوضاع الظاهرة" في الفقه والقضاء المصريين ولم يشير القانون ولا القضاء الجزائري عن تطبيقاتها، إلا أنه في حقيقة الأمر ولتشابه النظامين فيما يخص أحكام بيع ملك الغير، فيمكن الأخذ بهذه القاعدة في النظام الجزائري إذا ما توفرت شروط تطبيقها⁽¹⁾.

الفرع الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن بيع النائب

يقصد بالنيابة بصفة عامة أن يقوم شخص يسمى النائب بإبرام العقد باسم ولحساب الأصيل، والنيابة قد تكون اتفاقية مثل الوكيل الذي يباشر أعمال نيابة بموجب عقد الوكالة، وقد تكون قانونية مصدرها القانون كنيابة الولي، وقد تكون قضائية كنيابة الوصي أو الحارس القضائي⁽²⁾.

ولتمييز بيع ملك الغير وبيع النائب يجب التطرق أولاً إلى شروط وجوب النيابة ثم متى تكون أمام تجاوز في حدود النيابة.

أولاً : شروط وجود النيابة

يجب أن تكون النيابة مكتوبة في محرر رسمي أي من قبل الموثق في حالة النيابة للتصرف في العقار أما النيابة للتصرف في المنقول وتثبت بجميع طرق الإثبات. ويعبر النائب عن إرادته فيعتبر النائب حامل للإرادة المنيب ويتصرف باسم الأصيل، وفي حال وجود عيب من عيوب الرضا فإن إرادة النائب تكون محل اعتبار للاعتداء بها، وبالتالي يجب أن تكون إرادة النائب سليمة ويجب أن يكون التصرف باسم الأصيل ولحسابه إذا كان النائب يعبر عن إرادته فلا بد أن يصرح أنه يتصرف باسم شخص آخر ولحسابه إذا كان النائب يعبر عن إرادته فلا بد أن يصرح أنه يتصرف باسم الأصيل ولحسابه حتى يعلم المتعاقد الآخر أن المنيب لا يتعاقد لحسابه الشخصي وفي حال عدم علمه فلا يتصرف آثار العقد إليه مباشرة ويجب أن يعمل النائب في حدود السلطة المخولة له وهذه السلطات يحددها الاتفاق أو القانون أو القضاء حسب نوع النيابة، ولا يجوز للنائب أن يتعدى حدود السلطات المخولة له، فالعبرة بملكية الأصيل للشئ المبيع أي من تتصرف إليه آثار العقد فإذا كان المنيب مالكا عد بيعا عاديا.

¹ أيمن محمد حسين ناصر ، المرجع السابق، ص 33.

² فايز أحمد عبد الرحمان ، عقد البيع، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006، ص 409.

ثانيا : تجاوز حدود النيابة

النيابة الخاصة بالقيام بعمل محددة هي أن تكون محصورة فيه ولا تتعداه لغيره وبالتالي فإن لم يكن البيع لتلك العين من ضمنها وباعها النائب فهذا تجاوز لحدود النيابة ولا يعد بيعا لملك الغير، وبالتالي فإن البيع⁽¹⁾ لا ينصرف إلى الملك الحقيقي وعلم المتعاقدين أو عدم علمهما بهذا التجاوز سواء كون هذا البيع باطل كما أن البيع لا ينصرف إلى البائع الذي أدعى النيابة أو تجاوز حدودها لأنه لم يقع ببيع المبيع باسمه من جهة ومن جهة أخرى فإن نية الطرفين لم تتصرف إلى أن يكون التعاقد لحسابه. وهكذا لا تترتب آثار البيع سواء بالنسبة للمالك أو بالنسبة لمن أدعى النيابة أو تجاوز حدودها ولا يكون للمشتري سواء الرجوع على هذا الأخير بتعويض الأضرار التي أصابته من جراء عدم نفاذ العقد وبالتالي فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير لعدة أسباب، منها أنه في حال إقرار المالك للبيع لإدعاء النيابة أو تجاوز حدودها تتصرف آثارها إلى وقت التصرف وفي حالة عدم الإقرار لا ينفذ أثر البيع في حق من أدعى النيابة فلا يخوله الحقوق ولا يلقي على عاتقه التزامات، وبالتالي لا نكون أمام بيع ملك الغير فيبقى العقد نافذا بين طرفيه إلى أن يقضي بإبطاله⁽²⁾.

¹ دنيا زاد ذهبية لحرش , مرجع سابق، ص ص 31-33.

² دنيا زاد ذهبية لحرش , المرجع نفسه، ص ص 31-33.

خلاصة الفصل الأول

من الأمور المتفق عليها أن الإنسان حر في التصرف فيما يملك، وعلى الغير احترام هذه الحرية، لذلك فبيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية والقانونية مع القول الفقهي "فاقد الشيء لا يعطيه"، لكن على الرغم من ذلك نجد بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية، وهو ذلك التصرف الصادر من غير مالك سواء بعلمه أو بدونه، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات دون أن يكون هذا البيع موقوفاً أو مؤجلاً، وحتى نعلم متى نكون أمام هذا التصرف يجب أن تتوفر شروطه والتمثلة في أن يكون العقد بيعاً، وأن لا يكون البائع مالكا للشيء المبيع الذي بدوره يجب أن يكون معيناً بالذات، فهذه الشروط ساعدت على إخراج مجموعة من التصرفات من نطاق بيع ملك الغير أهمها التعهد عن العقد، الوعد بالبيع، بيع الأشياء المستقبلية والبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ... وغيرها.

إلا أنه رغم ذلك قد يقع الدارس لبيع ملك الغير في خلط نتيجة تشابه هذا النظام مع أنظمة أخرى لذلك ارتأينا أن نميز بيع ملك الغير عن غيره من الأنظمة المشابهة لنبين أوجه الاختلاف بينهما وهي بيع مال الشائع وبيع الوارث الظاهر وبيع النائب.

الفصل الثاني

النظام القانوني لبيع ملك الغير

المطلب الثاني النظام القانوني لبيع ملك الغير

المبحث الأول : أحكام بيع ملك الغير

المطلب الأول : حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

الفرع الأول : حق المشتري في طلب الإبطال

الفرع الثاني : حق المشتري في التعويض

الفرع الثالث : تصحيح بيع ملك الغير

المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

الفرع الأول : عدم سريان بيع ملك الغير في حق المالك

الفرع الثاني : إقرار المالك الحقيقي للبيع

المبحث الثاني : تطبيق بيع ملك الغير على العقار

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل

برضائية البيع العقاري

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الإتجاه القائل

بشكالية البيع العقاري

المطلب الثاني : بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني

الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري

الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني

يكشف بيع ملك الغير عن مركز تتناقض فيه المصالح، فلدينا طرفا العقد (البائع والمشتري) ومالك الشيء المبيع، هناك تعارض في المصالح بين المشتري والمالك الحقيقي للمبيع، أمام هذا المركز المركب أراد المشرع أن يحقق التوازن والحماية لكل من المشتري والمالك الحقيقي بإقراره لأحكام استثنائية وهي قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري وحده، وفي نفس الوقت عدم نفاذ العقد في مواجهة المالك الحقيقي إلا بإقراره لهذا التصرف الذي ورد على ملكه من طرف الغير ونتيجة لذلك وجدت عدة صعوبات في تحديد طبيعة هذا الجزاء، لكن كل ذلك يختلف إذا تعلق الأمر ببيع عقار الغير، خاصة في ظل نظام الشهر العيني.

لذلك سنحاول التعرض بالتفصيل لأحكام ملك الغير في المبحث الأول وإلى تطبيق بيع ملك الغير على العقار في المبحث الثاني.

المبحث الأول : أحكام بيع ملك الغير

يعتبر بيع ملك الغير عقد صحيح ينعقد بين البائع الذي تصرف بملك ليس له الحق في التصرف فيه وبين المشتري الذي اعتقد وقت انعقاد البيع أن للمبيع مملوك لبائع، وطالما هو عقد صحيح فإن جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع تنشأ في ذمة البائع وذمة المشتري، ولكن لأن القواعد العامة في القانون لا يجيز أن يتصرف احد الأشخاص بمال لا يملكه لأن فاقده الشيء لا يعطيه فتصبح مسألة انتقال ملكية المبيع من البائع وفقا لأحكام هذا العقد أشبه بالمستحيل نظرا لعدم ملكية البائع لهذا المبيع من جهة وتعلق حق الغير بالمحل من جهة أخرى⁽¹⁾، لذلك أعطى المشرع للمشتري حق في إبطال البيع إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض متى أصابه ضرر، وبما انه يملك بنص القانون الحق في إبطال البيع فإنه يملك حتما، الحق في تصحيح هذا البيع لينتج آثاره العادية لذلك نتعرض إلى حكم بيه ملك الغير فيما بين المتعادين (المطلب الأول) وإلى حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي (المطلب الثاني).

المطلب الاول : حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعادين

أعطى المشرع كما سبق الذكر لمشتري ملك الغير عدة مكنات في مواجهة البائع، إذ أجاز له طلب إبطال العقد، ولما كان للإبطال موجبات فإن له أيضا مسقطات ، فهناك حالات لو تحقق واحد منها سقط حق المشتري في طلب الإبطال وللمشتري كذلك الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته، وله فضل عن ذلك إجازة العقد، وبذلك يزول ما كان يتهدده من أسباب الإبطال ويجب على البائع تنفيذ التزامه، فإن لم يفعل كان للمشتري ان يستعمل حقه في مواجهة هذا الأخير .

لذلك سنتطرق أولا إلى قابلية إبطال بيع ملك الغير ثم إلى أساس الحكم بالتعويض المستحق للمشتري وأخيرا إحالة تصحيح هذا البيع بزوال سبب إبطاله.

¹ خليل احمد حسين قعادة , مرجع سابق, ص 219.

الفرع الأول : حق المشتري في طلب الإبطال

تضاربت آراء الفقهاء وكذا الاجتهادات القضائية في من له حق طلب إبطال بيع ملك الغير، فهناك من ذهب إلى القول إلى أنه حق معقود للمشتري وحده دون غيره على أساس النصوص القانونية وأن هذا الحق مكرس لحمايته بالدرجة الأولى، وذهب آخرون على القول بأن هذا الحق هو للبائع كما هو للمشتريين لهذا من التطرق لهذه الآراء للتأكد من مدى صحتها⁽¹⁾.

أولا : تقرير إبطال البيع لمصلحة المشتري وحده

طبقا لنص المادة 397 قانون مدني التي تنص : "...فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع"⁽²⁾، فإن للمشتري وحده حق طلب إبطال العقد متى تبين ان المبيع مملوك لغير البائع، لأن البطلان تقرر في هذه الحالة لمصلحته وللمشتري التمسك بالبطلان بدعوى رفعها طالبا ذلك و بطريق الدفع، فهو يستطيع رفع دعوى أصلية حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي في المبيع، طالبا استرداد ما دفعه من ثمن، كما يستطيع المشتري التمسك بالبطلان بطريق، وذلك عندما يرفع عليه البائع دعوى يطلب ثمن المبيع تنفيذ عقد البيع، فيدفع هذه الدعوى بإبطال البيع لوقوعه على ملك الغير. ويثبت الحق في المطالبة بالإبطال للمشتري دون البائع ذلك لأن التزامه بالضمان يتعارض مع منحه الحق في طلب الإبطال، كما أن المالك الحقيقي للشيء المبيع لا يمكنه المطالبة بالبطلان تأسيسا على الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير، وإنما يكون له رفع دعوى الاسترداد ضد حائز الشيء.

وللمشتري حق المطالبة بإبطال البيع ولو كان سيء النية، بأن كان يعلم وقت التعاقد أن المبيع مملوك للغير كما يثبت له هذا الحق ولو كان البائع حسن النية يجهل انه يبيع ملك غيره، ويكون للمشتري هذا الحق سواء كان البيع واردا على منقول أو عقار سواء تسجل هذا البيع او لم يسجل، فتسجيل عقد بيع العقار لا يؤثر على حق المشتري في طلب الإبطال إذ لا أثر له العقد، فالتسجيل لا يجعل بيع ملك الغير صحيحا⁽³⁾ حسب

¹ يوسف رحمان , مرجع سابق، ص ص 90-91.

² المادة 397 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

³ محمد حسن قاسم , عقد البيع، د ط، الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1990، ص ص 159-160.

ما جاء في نص المادة 397 : "...ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن او لم يعلن بيعه"⁽¹⁾.

فإذا تمسك المشتري بإبطال العقد فإن على القاضي ان يجيب إلى طلبه إذ له مصلحة واضحة في ذلك وهو استناده إلى عدم تملك البائع للشيء المبيع، وبالتالي عدم إمكانية نقل ملكيته له.

ويترتب على الحكم بإبطال العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين ويترتب عليه وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد بأن يرد البائع الثمن إلى المشتري ويرد المشتري الشيء المملوك للغير متى كان قد تسلمه⁽²⁾.

ثانيا : حق البائع في طلب الإبطال استنادا إلى قواعد الغلط

يذهب أصحاب هذا الرأي أن البائع له طلب إبطال البيع إذا كان قد وقع في غلط، بأن كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له إذ أن الغلط في بيع الإنسان ما لا يملك يكون منصبا على غاية جوهرية لصاحب الإرادة (البائع)، بحيث أنه لو لم يقع فيه ما كان لقبل على التصرف أي ما كان يبيع ملك غيره، وهذا هو شرط الاندفاع إلى التصرف ببيع ما لا يملك وهو يجهل ذلك⁽³⁾، وتبعاً لذلك نكون أمام تطبيق القواعد العامة متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانون طبقاً للمادة 81 قانون مدني، فهنا يكون من حقه طلب الإبطال ليس على أساس المادة 397 قانون مدني بل على أساس القواعد العامة ويجب أن يكون البائع حسن النية وقع في غلط جوهري، إذ كان يظن أن المبيع مملوك له فيجب عليه طلب إبطال البيع للغلط، لهذا نجد المشرع لم يأخذ بالقواعد العامة إلا بالنسبة للمشتري أما البائع فيجب له ذلك. لكن لم يسلم هذا الرأي من انتقادات حادة منها القول بمنح البائع هذه الوسيلة يتعارض وصريح المادة 397 قانون مدني التي قصرت طلب الإبطال على المشتري دون غيره، لذلك لا يمكن الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة مع وجود نص خاص لأن الخاص يقيد العام.

¹ المادة 397 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

² نبيل إبراهيم سعد , العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، الطبعة الأولى 1997، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 163.

³ اسماعيل عبد النبي شاهين , مرجع سابق، ص 173.

أما فيما يخص المالك الحقيقي فلا يستطيع التمسك بالإبطال لأنه ليس طرفا في العقد وبالرجوع إلى القواعد العامة نجدها لا تلزم طرفي العقد لأن البطلان لم يتقرر لحماية، وإنما تقرر لحماية المشتري، كما نجد القانون قد خول للمالك الحقيقي سبل كثيرة يقتضي بها حقه، منها ان له الحق في التصرف في المبيع متجاهلا هذا البيع، وله استعماله واستغلاله، وله حق طلب استرداده من المشتري إذا كان هذا الأخير قد تسلمه من البائع أو بالرجوع على البائع بالمطالبة بالتعويض إذا تملك المشتري الشيء المبيع بالحيازة في المنقول التناقد فيما يخص العقار⁽¹⁾.

الفرع الثاني : حق المشتري في التعويض

يترتب على الحكم بإبطال العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين ويترتب عليه وجوب إعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل التعاقد بأن يرد البائع الثمن إلى المشتري، ويرد المشتري الشيء المملوك للغير إذا ما تسلمه، علاوة على ذلك يجوز للمشتري أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب إبطال البيع وهذا نصت عليه المادة 399 قانون مدني : "إذا أبطل البيع، فله أن يطلب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية" وبثبوت حق المشتري في التعويض شرط وجوب توافر شرطين هما⁽²⁾:

أولا : شروط التعويض.

1) **الحكم بإبطال البيع** : لكي يثبت للمشتري حق التعويض عليه أن يرفع دعوى يطالب فيها بإبطال التصرف الصادر من البائع إضافة إلى التعويض، ويقصد بالمطالبة القضائية للمشتري الذي شرع الإبطال لمصلحته بإبطال العقد مع تعويض عما فاته من كسب، وما أصابه من ضرر والمطالبة القضائية تكون عن طريق رفع دعوى أمام القضاء المنظم لذلك وفق قانون الإجراءات المدنية الإدارية، كما أن المطالبة يجب أن تكون نتيجتها لصالح المشتري أي ان تحكم المحكمة بإبطال العقد⁽³⁾.

¹ يوسف رحمان , مرجع سابق، ص 84.

² نبيل ابراهيم سعد , مرجع سابق، ص 163.

³ دنيا زاد ذهبية لحرش , مرجع سابق، ص 73.

2) ان يكون المشتري وقت التعاقد حسن النية : للمشتري إلى جانب طلب إبطال البيع، مطالبة البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فيقتصر حقه في طلب البطلان واسترداد الثمن دون تعويض، والحكمة في ذلك ظاهرة لأن علم المشتري وقت البيع أن المبيع ملك للغير يمنع ادعاه بضرر إصابة من البيع.

ويظهر من نص المادة 399 ق.م.ج أن الحق في التعويض مترتب على إبطال العقد فلا يحكم بالتعويض للمشتري إلا عند الحكم له بإبطال العقد وشرط التعويض أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع فإن كان بعلم وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع فلا يحق له طلب التعويض ولكن يحق له طلب الإبطال.

ولا أثر لحسن نية البائع أو سوءها، فالنص صريح في أن للمشتري طلب التعويض ولو كان حسن نية⁽¹⁾.

ثانيا : تقدير التعويض

من المتفق عليه أن تقدير التعويض مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي والذي يختص بتقدير مبلغ التعويض في حالة إثبات المشتري توافر عناصر المسؤولية التقصيرية التي تقوم عليه التعويض وهذه العناصر تلزم حسن النية أو سيء النية، بالرغم من ان العدالة واتساق النظام القانوني كان يفرض على المشرع الوضعي أن ينص على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه مالك وكان اعتقاده مبنيا على ما يقتضيه مسلك الشخص العادي.

نلخص إلى أن أساس التعويض في بيع ملك الغير هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية ومن ثمة لا يمكن تطبيق نص المادة 375 قانون مدني التي تعد بمثابة تنفيذ العقد عن طريق التعويض، لأنه في بيع ملك الغير يكون التعويض على أساس التقصير المرتكب من طرف البائع. وتبعاً لذلك فإنه على القاضي عند تقديره للتعويض الناشئ عن

¹ محمد حسنين , عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون- الجزائر 2006، ص 126.

بيع ملك الغير الرجوع إلى القواعد العامة، وهذا التعويض يشمل كل ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب⁽¹⁾.

الفرع الثالث : تصحيح بيع ملك الغير

إن بيع ملك الغير يتسم بطبيعة خاصة به، جعلت منه بيعا قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده فرأينا كيفية تحقق هذا الإبطال وسنطرق إلى الآثار الخاصة الأخرى لبيع الغير، وذلك عندما يصبح هذا البيع صحيحا مرتبا لجميع آثاره والتزاماته. وحالات تصحيح بيع ملك الغير هي خمسة حالات هي⁽²⁾:

1) التقادم :

يسقط حق المشتري في الإبطال بالتقادم طبقا للقواعد العامة، إذ لم ينص التقنين المدني الجزائري على تقادم هذه الدعوى، ولكن التقادم فيها يمكن أن يقاس على حالات الإبطال النسبي الذي ورد في المادة 101 قانون مدني جزائري، فيسقط ح المشتري في طلب الإبطال⁽³⁾ بأقصر المدتين 05 سنوات من يوم اكتشاف العيب الذي كان سببا للإبطال أو 10 سنوات من يوم التعاقد، وهذا ما نجده في نص المادة 101 ق م ج التي تنص على ما يلي :

"يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف في وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه.

غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد"⁽⁴⁾.

¹ علي هادي لعبيدي , العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الأولى 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009، ص 62.

² أيمن محمد حسن ناصر , مرجع سابق، ص 126.

³ محمد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، د.ط 2012، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، د.ت.ن. ص 142.

⁴ المادة 101 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، (المعدل والمتمم).

نستخلص من خلال هذه المادة قاعدة عامة تقضي بأن يتمكن من تقرر له الحق في الإبطال من رفع هذه الدعوى خلال المدة التي يتمكن فيها من رفعها أي تبدأ المدة من وقت علم المشتري بعدم تملك البائع للمبيع إذا كان المشتري سيء النية وقت التعاقد أي يعلم أن البائع غير مالك فإن مدة هي 05 سنوات تبدأ من وقت التعاقد.

(2) إجازة المشتري للبيع :

قبل التطرق لهذا الموضوع يجب أولاً توضيح مصطلح الإجازة ومعناها القانوني والفقهي :

نصت المادة 100 قانون مدني على أنه : "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير"⁽¹⁾. يتضح من نص هذه المادة أن الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال، فيزول الخطر عن العقد الذي يتهدده بالزوال، وإجازة لا ترد على العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً، بل ترد فقط على العقود الباطلة بطلاناً بينياً، كما أنها تصدر بإرادة منفردة أي بإرادة صاحب الحق ومن ثن لا تحتاج إلى قبول الطرف الثاني.

وبما أن الإجازة عمل قانوني فيشترط لقبولها أن يكون المجيز ضمنها يتمتع بالأهلية الكاملة، كما يشترط خلو إرادته من كل عيوب الرضا وإلا ترفض الإجازة. وتختلف الإجازة عن الإقرار كون الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، وترد على العقد القابل للإبطال وتصدر من طرف العاقد الذي تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان⁽²⁾.

أما الإقرار فيرد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد يهدف من ورائه جعل العقد سارياً في حقه بعد أن كان من الغير، ومن ثمة يستطيع المشتري أن يجيز العقد ليزيل البطلان ويقره المالك الحقيقي لكي يكون سارياً في حقه⁽³⁾.

¹ المادة 100 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

² محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف

القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2004، دار الهدى للنشر ص 249.

³ دنيا زاد ذهبية لحرش ، مرجع سابق، ص 43.

وإجازة المشتري للعقد لا ينتج آثارها القانونية إلا من وقت أن يعلم المشتري أن البائع غير مالك للمبيع، أي بعد علمه بأن العقد قابل للإبطال، كما تجدر الإشارة إلى أن لإجازة المشتري أثرا رجعيا لهذا إذا أجاز المشتري العقد زالت قابلية للإبطال، وكان ملتزما بدفع الثمن والمصروفات للبائع ويكون البائع ملتزما بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية إلى غير ذلك من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع⁽¹⁾، ولكن لما كان المبيع غير مملوك للبائع ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير تنفيذ التزامه بنقل ملكية البيع إلى المشتري، فإن المشتري يستطيع أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتمكن البائع من تسليمه له أو لم يتم نقل ملكيته له، كما يمكن له أن يرفع على البائع بالمطالبة بالضمان، في حالة تعرض المالك الحقيقي له⁽²⁾.

3) تملك المشتري للمبيع :

قد يحدث ويكتسب المشتري ملكية المبيع لا عن طريق أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ولكن عن طريق التقادم المكسب القصير (إذا كان حسن النية) أو التقادم الطويل (إذا كان سيء النية) أو بمقتضى الحيازة في المنقول سند الحائز فهل يزول حقه في الإبطال بعد اكتسابه لملكية المبيع بهذا الطريق ؟

يرى البعض إن المشتري يمتنع عليه في مثل هذه الأحوال التمسك بإبطال العقد ذلك لأنه قد تمتع بمزايا الملكية من وقت الشراء كما أنه قد استند على العقد في التمسك بوضع اليد في بعض الحالات، بينما يرى آخرون عدم حرمان المشتري من الحق في التمسك بالإبطال في هذه الأحوال، لأن التمسك بمثل هذا الدفع قد لا يقبله، فيميز المشتري ونحن نذهب إلى ترجيح الرأي الأول الذي يتفق مع قواعد عدم جواز التعسف في استعمال الحق⁽³⁾.

¹ محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د، ب، ن، 2006، ص 536.

² يوسف رحمان ، مرجع سابق، ص 111.

³ رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص 142.

4) تملك البائع للمبيع :

يسقط حق المشتري في المطالبة بالإبطال إذا آلت ملكية الشيء المباع للبائع بعد صدور العقد، وأيا كان سبب التملك كأن يشتريه أو يرثه، أو اكتسبه عن طريق التقادم إن كان عقار أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ففي هذه الحالة ينقلب العقد صحيحا، وهذا ما نصت عليه المادة (02/398) قانون مدني بقولها : "وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

وبعد تملك البائع للمبيع أصبح التزامه بنقل الملكية للمشتري ممكنا بعد أن زال سبب عدم إمكانية نقل الملكية وهو عدم ملكية البائع للمبيع، وبذلك أصبح العقد صحيحا ينتج جميع آثاره بما في ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ويرى جانب من الفقه أنه يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال في حالة تملك البائع للمبيع أن يحدث ذلك قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا تم التملك بعد رفع هذه الدعوى لا يؤثر في حق المشتري في الإبطال لأن التملك بعد رفع هذه الدعوى لا يؤثر في حق المشتري في الإبطال ويتعين على القاضي أن يحكم به إذا توافرت⁽¹⁾ شروطه، غير أن الهدف من الدعوى هو حماية لا حاجة لها بعد تملك البائع للمبيع وإمكانية نقل الشيء المبيع إلى المشتري سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها، فلا مصلحة إذن للمشتري في الاستمرار في دعوى الإبطال بعد رفعها وتملك البائع للمبيع، إلا أنه إذا تملك المشتري المبيع بشرائه من مالكة الحقيقي أو لكونه وارث، لهذا الأخير فيعتبر ذلك من قبل استحقاق المبيع ولا يسقط حق المشتري في المطالبة بإبطال العقد، أما إذا تملك المشتري المبيع بالحيازة مستفيدا من العقد في تملكه، فهنا لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بدعوى الإبطال، أما إذا تملك العين المبيعة بالتقادم الطويل دون أن يستفيد من العقد (عقد البيع) فالأمر محل خلاف أن له الرجوع على البائع بدعوى الإبطال، إذ أن المشتري له أن يتنازل عن كسب الملكية بالتقادم ويعتبر مطالبة المشتري بالإبطال تنازلا ضمينا عن الحق المكتسب بالتقادم⁽²⁾.

¹ دنيا زاد ذهبية لحرش ، مرجع سابق، ص 44.

² دنيا زاد ذهبية لحرش ، المرجع نفسه، ص 45.

وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 06 أبريل 1994 (تحت رقم 108763) أكدت القاعدة القانونية المذكورة في المادة 389 من القانون المدني، بشأن اعتبار البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب ملكية المبيع بعد انعقاد البيع ولقد جاء قرارها كما يلي :

الوجه الثاني : المأخوذ من مخالفة المادة 72 من القانون المدني ذلك أنه كان على المجلس القضائي أن يلزم ورثة صاحب الوعد بالبيع بإتمام تصرف مورثهم وبقي الحكم الصادر في هذا الشأن مقام العقد

الوجه الثالث : المأخوذ من خرق المادة 398 ذلك أن البيع يعتبر صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد الوعد بالبيع.

عن الوجه الثالث بالأسبقية :

حيث عمل بالمادة 388 يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

حيث أن قضاة الموضوع بحكمهم بإبطال العقد المتضمن الوعد بالبيع، يكونون قد خالفوا أحكام المادة السابقة، مما يعرض قرارهم لنقض دون التطرق إلى مناقشة الوجهين الأول والثاني⁽¹⁾.

(5) إقرار المالك الحقيقي :

إذا أقر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع اعتبر إقراره قبولا منه على انتقال الملكية إلى المشتري وبه يزول السبب الذي تقرر من أجله البطلان، إلا أنه يشترط السقوط حق المشتري في طلب الإبطال صدور الإقرار من المالك قبل رفع الدعوى، أما إذا صدر بعد رفعها فإن ذلك لا يؤثر في حق المشتري في طلب الإبطال وهذا ما ستناوله بالتفصيل في الفرع الثاني :

¹ لحسين بن الشيخ آت ملويا , المنتقى في عقد البيع، دار هومة، بوزريعة الجزائر، 2005، ص ص 62-63.

المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

كل من لم يكن طرفا في العقد وحقه يضار من هذا العمل يسمى الغير، ومن بينهم المالك الحقيقي فأثر بيع ملك الغير بالنسبة للمالك يكمن في كون للمالك احتمالات بعد علمه بهذا البيع فله أن لا يقر البيع الصادر من البائع وبالتالي عدم سريان هذا البيع في حقه (الفرع الأول)، وإما أن يسري هذا البيع في حقه وهذا بإقراره للبيع (الفرع الثاني) (1).

الفرع الأول : عدم سريان بيع ملك الغير في حق المالك

تنص المادة (2/ 397) قانون مدني على أنه : "وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجاز المشتري" يتضح من هنا أن المالك بالنسبة للبيع، لوارد على ملكية يعد بمثابة الغير، فلا تتصرف إليه آثاره ولا يلتزم بأي التزام ذلك أن العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفه، وأطراف في هذا البيع هما البائع والمشتري.

وبما أن المالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الوارد على ملكه، فإنه لا يجب له رفع دعوى البطلان لأن البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده كل ما في الأمر أن المالك لا يتأثر بهذا البيع ولا يسري في حقه، وفيما يلي سنوضح حالة رفض المالك البيع الوارد على ملكه من قبل الغير وما يترتب على هذا البيع وذلك بعد التطرق أولا إلى علاقة المالك بالمشتري ثم إلى علاقة المالك بالبائع ثانيا.

أولا : علاقة المالك بالمشتري :

مادام المالك الحقيقي في بيع ملك الغير أجنبي عن العقد، وغيره بالنسبة للبيع الصادر من سواه، ومن ثم فهو لا يضاربه ولا يتأثر به ولا ينفذ في مواجهته، إذ تبقى ملكية المبيع له إن لم يقر البيع، ولا تنتقل الملكية منه إلى المشتري حتى ولو أجاز هذا الأخير البيع وانقلب صحيحا فيما بين المتعاقدين إذ لا أثر لهذه الإجازة في حق المالك. ويظل العقد مع هذه الإجازة عاجزا عن نقل الملكية إلى المشتري، أي أنه يظل غير ساري في حق المالك الحقيقي لكن ما حكم العلاقة لو تم تسليم المشتري المبيع من البائع؟ وما هي الوسائل القانونية التي حولها المشرع للمالك الحقيقي في هذه الحالة؟(2).

¹ دينا زاد ذهبية لحرش ، مرجع سابق، ص 45.

² يوسف رحمان ، مرجع سابق، ص ص 135-136.

لقد أعطى القانون الحل في هذه الحالة، وهو رجوع المالك على المشتري بدعوى استحقاق المبيع لأنه هو المالك الأصلي للمبيع فيسترده من تحت يده، إلا أن ذلك مشروط بعدم اكتساب المشتري لملكية المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية غير البيع.

فقد يكتسب المنقول على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وأما إذا كان عقار فيكسب الملكية إما على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير المدى، غير أنه لم يتمكن المشتري من تملك المبيع سواء بالحيازة أو التقادم، فإن المالك يسترد المبيع من تحت يد المشتري بالإضافة إلى ذلك يطالبه بالتعويض هذا كان سيء النية، أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بالتعويض، بل لا يرجع عليه بالتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة⁽¹⁾ وهو ما نصت عليه المادة 837 قانون مدني بقولها : "يكسب الحائز ما يقتضه من الثمار مادام حسن النية"⁽²⁾، كما يمكن للمشتري الرجوع على البائع إما بدعوى ضمان الاستحقاق طبقاً للالتزامات التي تقع على عاتق البائع، أو بدعوى الفسخ أو دعوى البطلان، وكما سبق الذكر أن إجازة المشتري للبيع تسقط حق الإبطال لهذا يجب أن لا تكون هناك إجازة حتى لا يترتب عليه سقوط هذا الحق.

ثانياً : علاقة المالك بالبائع

في علاقة المالك بالبائع يختلف الحكم فيما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أولاً، فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري فيكون للمالك الحق في استرداده عن طريق دعوى استحقاق يرفعها عليه، أما إذا دفع البائع دعوى الملك بتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو التقادم في العقار، فالمالك حينها لا يستطيع استرداد ملكه منه، أما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم فإنه لا يكون للمالك سوى الرجوع على البائع بالتعويض وذلك بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة أو التقادم، ويكون سبب التعويض هنا هو خطأ البائع لأن البائع يبيعه لملك غيره نسبب بالأضرار بالمالك وعلى

¹ يوسف رحمان ، المرجع السابق، ص 136.

² المادة 837 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

الأخص إذا كان سيء النية لأنه يعتبر مغتصباً ، أما إذا ثبت أن البائع حسن النية ولم يرتكب أي خطأ كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه ورثه فباعه لم يكن هناك محل الرجوع عليه بالتعويض فكل ما يكون للمالك هو استرداد ملكه إن أمكن وإلا استرد قيمته وتعتقد أن أساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب إذ لا يجوز أن يثري البائع على حساب المالك بل سبب شرعي⁽¹⁾.

الفرع الثاني : إقرار المالك الحقيقي للبيع

إذا أقر المالك البيع الصادر من البائع إلى المشتري، اعتبر إقراره قبولاً منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع وترتب عليه انتقال الملكية منه إلى المشتري، وبذلك يرفع عن المشتري الضرر الذي من أجله تقرر له حق البطلان ويقضي هذا الحق تبعاً لزوال سببه، وقد نصت المادة 398 الفقرة 01 قانون مدني : "إذا أقر المالك البيع، يسرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري"، وهذا النص لم يتشترط أن يكون الإقرار صراحة إذ من الجائز أن يكون الإقرار ضمناً، كما أن نفاذ العقد في حق المالك يكون من تاريخ الإقرار لا من تاريخ إبرام العقد، ومن بين أهم نتائج إقرار المالك الحقيقي مايلي:

أولاً : سريان البيع في حق المالك

عندما يقر البيع من طرف المالك يصبح نافذاً في حقه، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري إذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضا المالك الحقيقي بالبيع، ويلتزم البائع باحترام العقد فلا يجوز له التعرض للمشتري في انتفاعه، ولا أن يطالبه باسترداد المبيع، وينتج الإقرار أثره من وقت صدوره، أي تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ صدور الإقرار أو من تاريخ تسجيله، إذا كان المبيع عقاراً ويترتب على ذلك أن يسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت صدور الإقرار لا من تاريخ إبرام العقد، والحقوق التي قررها المالك على المبيع في الفترة بين إبرام العقد وصدور إقراره أو تسجيله تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها لأنه صاحب حق الملكية كاملة⁽²⁾، وفي قضية السيد (تازدايت صالح) ضد الصندوق الوطني للتقاعد،

¹ أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع سابق، ص 150.

² يوسف رحمان ، المرجع السابق، ص 139.

قضت المحكمة العليا بتاريخ 12 جانفي 2000، باعتبار عقد بيع ملك الغير لا يكون نافذا في حق المالك إلا إذا أجازته هذا الأخير وهذا تكريس لنص المادة 398 من القانون المدني قضاء المحكمة العليا قرارها كما يلي :

"لكن حيث أن ما يعينه المدعي في الطعن على القرار المطعون فيه لمخالفة المادتين 398 و 324 مكرر من القانون المدني غير مبرر لأن قضاة الموضوع بينوا في حيثيات القرار المنتقد بأن عقد البيع المقضي بإبطاله والذي حرره الموثق (صدراتي بوزيد) بتاريخ 30 جوان 1992 والمتعلق بالشقة، الواقعة بحيدرة لصالح (تازدايت صالح) مع طرده من الشقة، اعتبر كذلك أي باطل لأنه استند إلى عقد باطل وتقرر بطلان هذا العقد المؤرخ في 06 أكتوبر 1987 بموجب قرار إداري صادر من الغرفة الإدارية بتاريخ 03 ديسمبر 1996، بسبب أن البيع الثاني المتضمن بيع⁽¹⁾ الشقة للمدعي في الطعن يعتبر صادر من بائع ليس له هو المالك الحقيقي للشقة المتنازع عليها، وبالتالي فإن تطبيق قضاة الموضوع للمادة 397 من القانون المدني في محله ثانيا : سقوط حق المشتري في طلب الإبطال"

يترتب على اقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير تأكيد صحة هذا البيع في القانون الوضعي، وبالتالي سقوط حق المشتري في طلب إبطال هذا البيع. ويتفق الفقه المصري على أن سقوط حق المشتري في طلب الإبطال في حالة إقرار المالك للبيع، يشترط فيه أن يصدر هذا الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا كان الإقرار لاحقا لرفع دعوى الإبطال فليس الإقرار أي أثر، حتى لو لم يفحص القاضي بعد بدعوى الإبطال ذلك ان القاضي ينظر في الدعوى كما هي يوم رفعها وفي ذلك الوقت كان المشتري صاحب الحق الوحيد في طلب الإبطال وبالتالي يتوجب على القاضي أن ينظر دعوى الإبطال بالرغم من صدور الإقرار من المالك في وقت لاحق إذ لا يجوز أن يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى⁽²⁾.

¹ لحسن بن الشيخ آت ملويا , مرجع سابق، ص 63.

² أيمن محمد حسين ناصر , المرجع السابق، ص 100.

ثالثاً : علاقة المالك بالمشتري

عندما يقر المالك البيع الوارد على ملكه من قبل الغير في حقه، ويسقط حق المشتري في طلب إبطاله ومن ثم تنشأ علاقة بين المالك الحقيقي والمشتري لكن اختلف الفقهاء حول هذه العلاقة.

الرأي الأول:

إذا اقتصر المالك على مجرد إقرار البيع دون أن يبرم أي اتفاق بينه وبين البائع والمشتري بشأن الالتزامات والحقوق التي رتبها العقد، فيجب اقتصار الإقرار على مجرد إزالته العقبة التي كانت تحول بين المشتري وبين نقل الملكية إليه مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري كما هي ولا يمكن ان تنشأ علاقة بين المالك والمشتري، يحل من خلالها المالك محل البائع، إلا باتفاق الأطراف الثلاثة على ذلك سواء المشتري أو المالك.

لكن انتقد هذا الرأي على أساس أغفل تكييف إقرار المالك وتحديد نوع العلاقة التي تنشأ بينه وبين طرف العقد.

الرأي الثاني :

المالك الحقيقي بعد إقراره للمبيع يحل محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته وذلك من وقت الإقرار فيترتب على ذلك تحرر البائع من جميع حقوقه والتزاماته، وذلك من وقت الإقرار وتقوم مباشرة علاقة المالك بالمشتري، فيحث لهذا الأخير مطالبة المالك بتسليم المبيع له، والرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعويض⁽¹⁾ من الغير او كشف فيه عيباً.

لا تبرئ التزامات البائع إلا بالوفاء بها من طرفه أو طرفه أو من طرف المالك الحقيقي، بحيث لو قام المالك الحقيقي بتنفيذ كل الالتزامات الناشئة عن العقد تبرأ ذمة البائع، أما إذا أخل بالتزام من التزاماته تقوم مسؤولية البائع معه انتقد هذا الرأي فلا يمكن أن يخرج البائع من العقد دون نص تشريعي يسلم ذلك، كما لا يمكن استبدال مدين

¹ دنيا زاد ذهبية لحرش , مرجع سابق، ص ص 117-118.

المشتري البائع مدنيا آخر بمجرد الإرادة المنفردة للمالك دون توقف على قبول الدائن الذي قد يلحق به ضرر من جراء ذلك⁽¹⁾.

الرأي الثالث :

يعتبر البائع والمالك متضامنين في حالة الإقرار حيث يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المشتري في حالة إقرار المالك الحقيقي يكون له مدنيا بالتضامن وهو المدين الأصلي (البائع) والمدين الجديد الذي انضم إليه وهو الملك الحقيقي المقر بالبيع أي مسؤولية تضامنية في مواجهة المشتري.

يعاب على هذا الرأي أنه نظر إلى البائع فقها كمدین بمجموعة من الالتزامات، ينظم إليه المالك الحقيقي في تحملها ولم يتطرق إلى تكييف موقف المالك بالنسبة للحقوق التي قد تكون للبائع وناشئة عن العقد هل سيكون البائع أيضا ضامنا فيها قبل المشتري الذي يكون له حينئذ دائنان بها بحيث يستطيع الوفاء بها لأحدهما.

كذلك قد يلحق الضرر بالبائع لأن العلاقة تضامنية بينهما وفي هذه العلاقة البائع يحتفظ بالثمن لكن في حالة ما إذا قدم المشتري للمالك ثمن البيع، فإن ذمته تبرأ رغم انهم ملتزمون اتجاهه تضامنيا بمعنى يكون فقها في التزامات اتجاه المشتري وهذا يلحق الضرر بالبائع⁽²⁾.

¹ دنيا زاد ذهبية لحرش , نفس المرجع، ص 118.

² يوسف رحمان , المرجع السابق، ص 144.

المبحث الثاني : تطبيق بيع ملك الغير على العقار

كما سبق القول أن علة بطلان بيع ملك الغير هو أن الملكية في البيع يجب أن تنقل في الحال ومن يبيع ملك غيره لا يترتب على بيعه هذا الأثر، هذا إن كان محل عقد البيع منقول لكن لإشكال يظهر إذا كان محل عقد بيع ملك الغير عقارا حيث ينشأ تعارض مع قوانين الشهر العقاري على اعتبار أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد إتباع إجراءات الشهر العقاري سواء كان هذا بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير لذلك سنحاول في هذا المبحث أن نتطرق إلى الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في المطلب الأول وإلى بيع عقار الغير في ظل نظام الشهر العيني في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير

أقر المشرع الجزائري انتقال الملكية بالنسبة للعقار بجملة من الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق الأثر القانوني للتصرف المبرم الذي يكون منصب على عقار، وهذا الأمر ينطبق أيضا على بيع عقار لغير حيث يخضع هو أيضا للقواعد العامة المتعلقة بالعقار، لذلك وجد رأيان مختلفان في تحديد طبيعة هذا البيع لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين : الفرع الأول نبحث عن التكييف القانوني لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل برضائية البيع العقاري وفي الفرع الثاني نبحث في التكييف القانوني لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل بشكلية البيع العقاري.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل برضائية البيع العقاري

سبق أن بينا حتى نكون أمام بيع لملك الغير لا بد أن تكون بصدد عقد ناقل للملكية ولما كان بيع العقار حسب هذا الاتجاه هو عقد رضائي يترتب عليه آثاره عدا نقل الملكية وبالتالي فإن بيع العقار غير المسجل في دائرة الشهر العقاري هو الآخر عقد رضائي يترتب عليه جميع آثاره عدا نقل الملكية التي لا تنتقل إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة⁽¹⁾.

ومن المقرر قانونا في بيع ملك الغير انه لا يجوز للمشتري وحده إبطال العقد حتى ولو كان يعلم وقت البيع ان المبيع غير مملوك للبائع، إذ لم يشترط القانون حسن

¹ أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع سابق، ص 103.

نية المشتري إلى في طلب التعويض وبمعنى آخر يجوز للمشتري طلب إبطال البيع بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع، بغض النظر عن ما إذا كان على علم بذلك أولاً وقت إبرام البيع لأن في بيع العقار المملوك للغير لا تنتقل الملكية إلى المشتري حتى ولم تم تسجيل البيع إلا إذا كان البائع مالكا⁽¹⁾.

فحسب هذا الرأي هو عقد رضائي وليس شكلي إذ أن إجراء التسجيل هو شرط لإمكان التنفيذ وليس شرط لانعقاد البيع، أما الآثار الأخرى فهي غير متوقفة على تسجيل البيع والدليل على ذلك هو انه لا يوجد نص يقضي ببطلان بيع العقار غير المسجل، كما أن الالتزامات التي يربتها العقد الغير المسجل هي التزامات شخصية بين ذوي الشأن ولا يكون نافذا في حق الغير فتطلب الشهر في بيع عقار الغير لا يجعل منه عقدا شكليا.

وبما أن بيع العقار لا يؤدي إلى نقل الملكية العقارية مباشرة وإنما لا بد من إتباع إجراء الشهر فإنه هناك آراء متعددة اختلفت في تحديد طبيعة هذا البيع.

الرأي الأول يقول : بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل

الرأي الثاني يقول : بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل وبعده

الرأي الثالث يقول : بأن بيع عقار الغير قابل للإبطال بنص القانون

وسنتناول هذه الآراء الثلاثة بالتفصيل

أولا : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل

يفرق هذا الرأي في الحكم بين عقار الغير قبل تسجيله وبين عقار الغير بعد

تسجيله وجعل الحكم قبل التسجيل الصحة وبعد التسجيل البطلان.

ويعلل صاحب الرأي وجهة نظره في أن البيوع العقارية قبل تسجيلها لا تكون ناقلة

للملكية بذاتها وإنما⁽²⁾ يلزم لهذا الأمر التسجيل وبالتالي لا يصح القول بأن بيع عقار الغير

باطل قبل التسجيل، ذلك أن بيع ملك الغير حتى تكون بصدده لا بد أن تكون بصدد عقد

بيع ناقل للملك والحال ليس كذلك.

¹ محمد المنجي , عقد البيع الابتدائي، (الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل)، الطبعة الثانية، منشأة

المعارف الإسكندرية، د.ت.ن. ص 372.

² امين محمد حسين ناصر , المرجع السابق، ص 104.

أما بعد التسجيل هذا البيع العقاري، فإن هذا البيع يصبح ناقل للملك، وبالتالي نكون إذا ما باع شخص عقار غيره أمام بيع العقار الغير وينطبق عليه النص الخاص به والذي يقرر بطلان هذا البيع.

ولقد رد القضاء المصري على هذا الرأي في أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه، وبالتالي فإن بيع عقار الغير يقع باطل ولا يترتب على تسجيله تصحيح البطلان ولا يترتب عليه أثر في نقل الملكية من البائع إلى المشتري.

كما جاء في نقد هذا الرأي في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما قوله: "إن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطل، فلو كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فإنه ينبغي ان يستمر صحيحا بعده".

نخلص مما تقدم إلى عدم صحة هذا الرأي، إذ أن القانون المصري لم يجعل للتسجيل قوة تصحيح العقود الباطلة ولا قوة إبطال العقود الصحيحة⁽¹⁾.

ثانيا : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده

يرى هذا الرأي أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يتعين انتقالها في الحال وبيع ملك الغير لا ينتج هذا الأثر ونظر الزوال هذه العلة بصور قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان ومن ثم يكون بيع عقار لغير صحيحا قبل أن يسجل ويبقى صحيحا حتى بعد التسجيل⁽²⁾.

وانتقد هذا الرأي على أساس أن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى نقل الملكية، ولكن لسبب خارج عن إرادتهما لا تنتقل، وهو ما يحدث في البيع غير المسجل، إذ أن إرادة الأطراف اتجهت إلى نقل الملكية في الحال إلا أن التسجيل يقف حائل أمام تحقيق رغبة هذه الإرادة ومن ثم فإن علة البطلان وهو قصد نقل الملكية حالا تظل متوافرة بخصوص بيع ملك الغير قبل التسجيل ومن ثم يكون البيع قابل للإبطال⁽³⁾.

¹ أيمن محمد حسين ناصر , المرجع السابق، ص 104.

² عبد الزراق السنهوري , مرجع سابق، ص 287.

³ أيمن محمد حسين ناصر , مرجع سابق، ص 105.

ثالثا : بيع عقار الغير قابل للإبطال بنص القانون

إن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير إذ لا يزال البيع ناقل للملكية وإن كانت هذه الملكية تتراض إلا أن تتم التسجيل وبالتالي فإن بيع عقار الغير قابل للإبطال سواء قبل التسجيل أو بعده، وهذا الرأي هو الراجح لأن عقد البيع ناقل للملكية في حد ذاته، والاستثناءات التي جاءت عليه لا تقوى على تغيير طبيعته، وبالتالي فإن حكم بيع عقار الغير هو حكم بيع ملك الغير، والمتمثل في قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الإتجاه القائل بشكلية البيع العقاري

ذهبت أغلب التشريعات إلى جعل عقد بيع العقار شكليات ورتب على تخلف هذه الشكلية بطلان العقد وحكم بيع ملك الغير في هذه القوانين هو توقف العقد على إجازة المالك، إن إجازة نفذ وإن لم يجزه بطل⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : "لا تنتقل ملكية الحقوق العينية في العقار سواء كانت ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا اتبعت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"⁽³⁾.

يتضح من خلال هذه المادة أنه لا يكون البيع أثر إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وبما أن تخلف الشكل سبب من أسباب البطلان فإن تخلفه في عقد بيع العقار يحصل هذا البيع باطل، وبالتالي لا يرتب آثاره من نقل ملكية المبيع، وتوفر هذا الشرط في الحقوق يجعلها عقود مشهورة لها قوة بثوت مطلقة وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل أثبات العكس تهدف إلى تأمين المعاملات العقارية مقتضاها أن كل ما أثبت في السجل العيني هو الحقيقة التي لا مطعن عليها فتنقل الملكية العقارية ولحقوق العينة العقارية الأخرى بالشهر إلى المتصرف إليه خالصة من كل شائبة، فمن يكتسب ملكية عقار أو أي حق عيني عقاري مستندا إلى

¹ رمضان جمال كامل ، مرجع سابق، ص ص 81-82.

² أيمن محمد حسين ناصر ، مرجع السابق، ص 107.

³ المادة 793 قانون مدني (المعدل والمتمم).

الشهر في السجل العيني يجب أن يؤيد في اكتسابه لها، ويصبح مالكا أو صاحبا للحق العيني بصفة قاطعة ونهائية حتى ولو كانت هذه القيود تستند إلى تصرف باطل أو معيب وهذا ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني¹.

وبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية سواء سجل أو لم يسجل، فلم يغير قانون التسجيل ولا قانون الشهر بعده من طبيعة عقد البيع، فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه أو من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ إلزاما بنقلها في جانب البائع، فبيع عقار الغير إن لا يزال منافيا لطبيعة عقد البيع، ومن ثم فإن علة البطلان في البيع غير المسجل موجودة، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل وبالتالي وجب القول أن يبيع عقار الغير يكون قابل للإبطال قبل تسجيله ويبقى بطبيعة الحال قابل للإبطال بعد التسجيل، فالتسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطلا، فلو كان بيع عقار لغير قابل للإبطال قبل التسجيل، فإنه يجب أن يستمر قابل للإبطال بعد التسجيل⁽²⁾.

يتضح من خلال ما سبق ان بيع عقار مملوك للغير يكون صحيحا إذا تم شهره في السجل العقاري مما يؤكد على شكلية عقد البيع وتخلف هذا الركن الشكلي يؤدي إلى بطلان عقد البيع، فالقيام بعملية مسح الأراضي أمر ضروري لأن ذلك يضمن الطابع الرسمي على التصرفات التي ترد على العقارات، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر من قانون مدني جزائري والمادة 61 من المرسوم 63-76 الصادر في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل التجاري التي نصت على ما يلي : "كل عقد يكون موضوع اشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"⁽³⁾.

والمشرع الجزائري فيما يخص تسجيل عقد بيع العقار نجده قد تبين نظام الشهر العيني والذي يتم فيه شهر التصرفات وفقا لعقار وليس وفقا لأسماء مالكيها، كما هو الحال في نظام الشهر الشخصي، بحيث أنه لكل عقار في هذا النظام بطاقة تحمل الرقم

¹ محمد حسنين , مرجع سابق، ص 189.

² عبد الرزاق السنهوري , مرجع سابق، ص 276.

³ المادة 61 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976 (المعدل والمتمم).

الذي رقم فيه هذا العقار في خريطة المسح، وهذه البطاقة تبين لنا طبيعة العقار وموقعه ومساحته وحدوده، فالشخص الذي يريد التعامل في عقار معين يمكنه أن يطلع على بطاقته العقارية لكي يعرف اسم المالك والتصرفات الواردة عليه وما يثقله من أعباء، ولا يتم شهر الوثائق محل الإيداع في الحافظة العقارية إلا بعد مراجعة سابقة لها وهذا ما يعرف بمبدأ المشروعية⁽¹⁾.

المطلب الثاني : بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني

كما سبق وأن ذكرنا أن بيع ملك الغير إذا وقع على منقول، فليس هناك أي إشكال إنما الإشكال يظهر إذا وقع هذا البيع على عقار مملوك للغير فيكون ثمة تعارض مع قوانين الشهر العقاري على اعتبار أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالشهر.

فالمادة 165 من ق م ج تنص على أن : "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام معيناً بالذات يمتلكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري." ويتبين كذلك من نص المادة 793 ق م ج أنه : "لا تنتقل الملكية والحقوق الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري."

أما المادة 15 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري التي تنص : "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية".

فمن خلال كل هذه النصوص يتضح أن الملكية في العقار أو الحقوق الأخرى لا تنتقل إلا بعد إتباع إجراءات الشهر سواء كان هذا الانتقال بين المتعاقدين أو بالنسبة

¹ خليل أحمد حسن قدارة ، مرجع سابق، ص ص 117-118.

للغير، وتوضيح ذلك لا بد من التطرق إلى مفهوم الشهر العقاري في الفرع الأول وإلى حكم بيع ملك الغير في ظل نظام الشعر العيني في الفرع الثاني⁽¹⁾.

الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري

إن الأخذ بنظام مستقر للشهر العقاري يعتبر من أهم المسائل التي تؤدي إلى تدعيم الملكية العقارية وتوفير الائتمان العقاري، بحيث يحيط الجميع علما بالوضع القانوني للعقارات والحقوق العينية الواردة عليه، وذلك بمعرفة مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه، وتاريخ إنشائها وأصحاب هذه الحقوق حتى إذا أقدم⁽²⁾ شخص على التعامل في هذه العقار بشرائه أو بقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية عليه، كان على بنية من أمره مما يسهل تداول الحقوق العقارية ويشجع على الائتمان العقاري.

ويعرف الشهر العقاري بأنه مجموعة الإجراءات والقواعد المعنية لتحديد هوية العقار وشهره، فهو إذن يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص، لذلك نجد جل التشريعات أوجبت بقوانين خاصة شهر التصرفات والعقود القائمة بين الأفراد وذلك بغية تأمين استقرار المعاملات وحفظ الحقوق، كما يعرف كذلك بأنه : عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهار بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها⁽³⁾.

إن تحقيق الشهر العقاري لاستقرار المعاملات وتدعيمه للائتمان يتفاوت من حيث نوع الشهر أو النظام المعمول به في شهر التصرفات العقارية فإذا كان الشهر مبني على أساس العقار ذاته نكون امام نظام معين من الشهر وهو نظام الشهر العيني، أما إذا كان مبني على أساس الأشخاص أطراف التصرف القانوني كنا امام نظام الشهر الشخصي

¹ علي خوجة خيرة , بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الثاني، الجلفة في 17 جوان 2018، ص 228-229.

² مسعود رويصات , نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانون تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 08.

³ مجيد خلفوني , نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 2033، ص 13.

وعليه فإن هناك نوعان من أنظمة الشهر العقاري في معظم الدول، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني⁽¹⁾.

أولاً : نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري المعروفة، بعد إقرار مبدأ شكلية العقود حيث اتخذته أغلب الدول أساساً للحفاظ العقاري، وشهر المعاملات العقارية وعليه يمكن تعريف نظام الشهر الشخصي من العبارة نفسها أو من عبارة "شخصي" التي تفيد بأن الشخص محل اعتبار في شهر التصرفات العقارية، إذن فإن نظام الشهر الشخصي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها، أي يتخذ اسم الشخص محور أساساً لتصنيف كل التصرفات التي يبرمها هذا الشخص ويتم ذلك بوضع سجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات القانونية، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات إلى المكلف بالتسجيل والشهر، هذا أو يلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص، فيخصص لكل حرف من الحروف الهجائية صفحة أو عدة صفحات من السجل وذلك حسب أهمية الاسم⁽²⁾.

1) خصائص نظام الشهر الشخصي :

من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي يمكن ان نستخلص جملة من الخصائص نوجزها في النقاط التالية :

- إن نظام الشهر الشخصي هو أقدم نظام للشهر ولذلك فإن اغلب الدول في تشريعاتها انتهجت هذا النظام كما هو الحال في فرنسا بلجيكا، إيطاليا، مصر، التي أخذت بنظام الشهر الشخصي بموجب قانون 114 لسنة 1946 والذي لا يزال معمولاً به إلى يومنا هذا بالرغم من إصدارها لقانون رقم 142 لسنة 1964

¹ مسعود رويصات ، المرجع السابق، ص 15.

² زهرة بن عمار ، دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعات أمام القضاء، الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011، ص 33.

لتطبيق نظام الشهر العيني الذي يتطلب مسح جميع العقارات إلا أنه أمام الصعوبات المالية والإدارية لم يتم تعميم المسح.

- يتم الشهر فيه على أساس الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات القانونية ومن هنا كان نظاما شخصيا، فلا يعقد بمواصفات العقار محل التعامل من واقع وحدود وماسحة، وإنما ينظر إلى الهوية الكاملة للأشخاص المالكين أو الذين تعاملوا فيه⁽¹⁾.

- نظام الشهر الشخصي مجرد وسيلة لعلائية التصرفات الواردة على العقار، فليست له أية قوة ثبوتية ولا يكون له أثر على التصرف المشهر، ولا يحول بين الطعن بالفسخ أو البطلان في الحق المنتقل من السلف إلى الخلف، فهو مجرد إعلام للغير بوجود الحقوق الواردة على العقار دون أن يكون له تأثير عليها، كما أنه لا يظهر العقار من التكاليف المنتقل بها استنادا إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوق أكثر مما كان له⁽²⁾.

(2) تقدير نظام الشهر الشخصي :

من الخصائص السابقة الذكر يتبين لنا أن لهذا النظام عيوباً أكثر من مزاياه الأمر الذي جعلنا في هذا الصدد تبدأ بانتقاده وذكر عيوبه ثم نتطرق بعد ذلك إلى مزاياه :

أ. **عيوب نظام الشهر الشخصي :** تتمثل هذه العيوب في :

- **عدم تحقيق الغرض الذي أنشأ من أجله الشهر العقاري :** لقد نشأ نظام الشهر العقاري من أجل إعلان كل التصرفات الواردة على العقارات، والحقوق العينية الأخرى، وبالتالي استقرار الملكية العقارية وتوفير الائتمان الشيء الذي يجعل نظام الشهر الشخصي لا يحقق هذه الأهداف وذلك لأنه يعتبر وسيلة إعلام فقط وأن

¹ كريمة فردي ، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008، ص 20.

² ليلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012، ص 28.

التسجيل لا يغير في ذلك شيئاً، خاصة فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ولاستحقاق إذ ظهر أن المتصرف هو غير مالك⁽¹⁾.

- أنه لا يعطي المتصرف إليه ضمانات بثبوت الحق للمتصرف فيه له بصفة نهائية، بل يعرضه للمنازعة في أي وقت والحكم بزوال هذا الحق، لأن الشهر في هذا النظام ليس من شأنه أن يظهر عيوب العقد فالعقد المشهر يظل عرضه للطعن، وطلب الإبطال لأي سبب من أسباب البطلات، فالشهر لا يظهر عيوب التصرف فالتصرفات تشهر بحالتها دون التحري عن صحتها، فإذا كانت صحيحة بقيت صحيحة وإذا كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت معيبة فالشهر لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً⁽²⁾.

- صعوبة معرفة مالك العقار الحقيقي : ذلك أنه لو أردنا معرفة عقار معين، يجب علينا بالضرورة الرجوع إلى نوعين من السجلات، سجل رتبت فيه التصرفات الواردة على العقارات حسب الترتيب الزمني وسجل رتبت فيه التصرفات المذكورة حسب الترتيب الأبجدي للحروف الهجائية التي تبدأ بها كل اسم متصرف، فالأمر مستحيل بالنسبة للسجل الأول لأنه لا يوجد أي علامة تدل على أسم المتصرف أو المتصرف إليه أو على وصف العقار بالنسبة للسجل الثاني، فهذا يتطلب البحث الطويل لمعرفة كل الأسماء خاصة كلما زادت التصرفات على عقار معين، مما ينقص من مصداقية النتيجة المتحصل عليها حول وضعية العقار.

- خطر ضياع الملكية بالتقادم : سبق القول بأن نظام الشهر الشخصي ليس له قوة ثبوتية، مما لا يؤمن من ظهور خطر يتمثل في ظهور شخص آخر من الغير يدعي ملكية العقار عن طريق التقادم ذلك أن هذا النظام لا يحظر اكتساب الملكية عن طريق التقادم⁽³⁾.

ب. مزايا نظام الشهر الشخصي : رغم الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي

إلا أنه لم يخو من بعض المزايا :

¹ محمد رويصات ، مرجع سابق، ص ص 17، 47.

² ليلي لبيض ، مرجع سابق، ص 28.

³ مسعود رويصات، مرجع سابق، ص 18.

- اعتباره نظام قائم بذاته يؤدي دوره في الحياة العملية وذلك بتحقيق العلانية بوقوع تصرفات قانونية على عقارات معينة
- لا يتطلب نظام الشهر الشخصي عملية مسح عقاري، وهذا ما يجعله لا يتطلب تكاليف كبيرة ترهق كامل الخزينة العمومية للدولة.
- بالرغم من انه لا يمنح التصرفات العقارية المستقرة الحجية المطلقة إلا أن شهر هذه الأخيرة يعد بمثابة قرينة قانونية على ملكية العقار، غير ان هذه القرينة القانونية تبقى بسيطة ويجوز إثبات عكسها، كما أن افتراض بطلان التصرفات او فسخها ناشئ على احتمال وجود عيب في التصرف القانوني، إلا انه لا يمكن تعميم هذا الاحتمال على جميع التصرفات المستقرة⁽¹⁾.

ثانيا / نظام الشهر العيني :

إن نظام الشهر العيني هو ذلك النظام الذي يعتمد في شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها، أي على العقار موضوع التصرف نفسه، فإذا كان نظام الشهر الشخصي يخصص صفحة من السجل لكل اسم، فإن نظام الشهر العيني عكس ذلك إذ يخصص صفحته من السجل لكل عقار أو عين يدون فيها موقعه وحدوده ورقمه وماسحته، وجميع الحقوق المترتبة له أو عليه من بيع ورهن وهبة وغيرها، بحيث تكون هذه المعلومات المدونة في هذا السجل بمثابة الحالة المدنية للشخص الطبيعي.

ولقد أرجح المؤرخون ظهور نظام الشهر العيني إلى بداية النصف الثاني من القرن 19 في استراليا على يد السيد (روبرت تورنس)⁽²⁾.

يتميز هذا النظام بأن جميع الحقوق العينة أصلية اوتبعية كانت لا تكتسب فيه إلا بالشهر، وأي بيان مثبت في السجل العقاري يعتبر هو الحقيقة المطلقة، لأن من شأن هذا النظام تطهير جميع العيوب التي قد تلحق بالتصرف⁽³⁾.

¹ كريمة فردي , مرجع سابق، ص 21.

² عبد الغني بوزيتون , المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2009-2010، ص 84.

³ زهرة بن عمار , مرجع سابق، ص 38.

1) خصائص نظام الشهر العيني :

يتميز نظام الشهر العيني أو نظام السجل العقاري بجملة من الخصائص أو المبادئ جعلته يحقق بواسطتها الهدف المرجو من الشهر العقاري وتتمثل هذه المبادئ في :

- **مبدأ التخصيص** : كل تصرف يرد على عقار سواء كان منشأ أو معدلاً أو ناقل لحق الملكية، تخصص له صفحة أو عدة صفحات في بطاقة عقارية معين تقيد فيها جميع التصرفات الواردة على هذا العقار ومجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني فالاعتماد على مبدأ التخصيص يسهل عملية البحث في السجل العيني عن المالك الحقيقي للعقار أو صاحب الحق العيني المنقل به هذا العقار.

- **مبدأ القيد المطلق** : فكل حق مقيد يعتبر الحقيقة ولا يمكن لأحد أن ينازع في ذلك، لذا تكتسب هذه الحقوق قوة الإثبات المطلقة في مواجهة الكافة بعض النظر عن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ⁽¹⁾.

- **مبدأ المشروعية** : ومقتضاها وجوب التحقق والرقابة والمراجعة الدقيقة السابقة لعملية الشهر، فلا يشهر أي حق عيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة، بحيث يكون مطابقاً للحقيقة وعنواناً لها لما أن هذا الحق العيني سيحصن بمجرد قيده في السجل التجاري⁽²⁾.

- **مبدأ القوة الثبوتية** : أو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني ويقصد لذلك أن التصرفات التي تشهر في ظل نظام الشهر العيني هي قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر، إذ يصبح التصرف المشهر مصحح من العيوب مهما كان مصدرها، وبالتالي تكون الحقوق المقيدة حقيقة مؤكدة ونهائية لا يجوز الطعن فيها⁽³⁾.

¹ كريمة فردي ، مرجع سابق، ص 24.

² عبد الغني بو زيتون ،مرجع سابق،ص84.

³ كريمة فردي ، مرجع السابق، ص 24.

- مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم : هذا المبدأ الذي يعد خروجاً عن القواعد العامة المتعرف عليها التي تقتضي بأنه في المناطق التي لم يؤسس فيها السجل العقاري ولم يتم فيها المسح، فإن التقادم يعتبر سبباً من أسباب اكتساب الملكية العقارية، ونظراً لأهمية هذا المبدأ قامت العديد من التشريعات بالتأكيد عليه من بينها التشريعات الجزائرية.

(2) تقييم نظام الشهر العيني :

بطبيعة الحال فإن نظام الشهر العيني بمزاياه التي ذكرناها سابقاً تجنب العيوب التي علقت بنظام الشهر الشخصي لأنه قام من أجل عدم فعالية وقصوره عن تحقيق أهداف الشهر العقاري، لذلك فمن الطبيعي أن يحظى نظام الشهر العيني بمميزات وصفات إلا أنه رغم كثرة مزاياه إلا أنه لم يخلو من عيوب.

أ. مزاياه :

- **حماية المتعاقدين** : توفير الحماية التامة للمعاملين، فما هو مقيد في السجل العقاري يعتبر عنواناً للحقيقة بالنسبة للغير.

- **سهولة معرفة الحالة القانونية للعقار** : كما سبق القول تخصص لكل وحدة عقارية صفحة أو عدة صفحات عينية، ولمن أراد معرفة الوضعية القانونية للعقار ما عليه سوى الرجوع إلى السجل العيني والصيغة المخصصة لهذا العقار ليجد أسماء كل المتصرفين في هذا العقار وكل الحقوق العينية التي تنقله العينية التي تنقله واسم المالك الأخير للعقار.

- **عدم تأثير تشابه لأسماء** : إن هذا الإشكال لا يطرح في نظام الشهر العيني لأن كل التصرفات تسجل طبقاً لمواقع العقار وأرقامها ومساحتها على عكس نظام الشهر الشخصي.

- **عدم تعارض سندات الملكية** : سندات الملكية المستخرجة من السجل تكون دائماً متطابقة مع السجل من حيث كل البيانات المدونة وعليه من المستحيل وجود

تعارض بين سندات ملكية العقار لأن مصدر استخراجها واحد هي الصحيفة⁽¹⁾ المخصصة للعقار في السجل العيني.

- **الحماية من ضياع العقار** : لا يخش ضياع العقار الممسوح لا كلياً ولا جزئياً، لأنه يلازمه رقم معين مسجل باسم مالكة الحقيقي ويسلم له دفترًا عقارياً، هذا السند الإداري يحتوي على نفس بيانات البطاقة العقارية.

- **حجية بيانات السجل التجاري** : بعد الانتهاء من عمله المسح العام للأراضي فإن بيانات السجل العقاري تعد حجة لما تضمنه لا يعتريها أي غموض أو شك إذن فهو لا يثير إشكال المالك الحقيقي للعقار لأن التسجيل بإدارة الشهر العقاري يكون على أساس أخذ المعلومات والبيانات من العقار ذاته، مع استحالة وجود تشابه العقارات بسبب الالتصاق أو الجوار لأن كل عقار يحمل رقماً معيناً⁽²⁾.

ب. عيوبه :

يعاب على هذا النظام ما يلي :

- إن الإجراءات الأولية الواجب اتخاذها من أجل إشهار الحقوق العينية العقارية تستدعي الكثير من الوقت وتتطلب تكاليف باهضة لأن الأخذ به يقتضي عمل مسح شامل لجميع الأراضي وإجراء تحقيق لإثبات صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل عقار لإثباتها في السجل العقاري.

- يتطلب هذا النظام إنشاء بطاقة عقارية لكل عقار على حدا، سواء كان هذا العقار ريفياً أو حضارياً ومجموع هذه البطاقات شكل ما يعرف بالسجل العقاري، غير أن إنشاء هذه البطاقات وعملية تنظيمها وجمعها، يتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة وهذا ما زاد في تأخر تفعيل هذا النظام.

- يؤخذ على هذا النظام أنه يضحى بمصلحة المالك الحقيقي لصالح مكتسب العقار وذلك يتعارض من مبدأ القوة النبوية المطلقة مع مبادئ العدالة⁽³⁾.

¹ زهرة بن عمار ، مرجع سابق، ص 39.

² زهرة بن عمار ، مرجع نفسه، ص 40.

³ ليلي أبيض ، مرجع سابق، ص 33.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري

انطلاقا من أن المشرع أوجب مراعاة الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري في كل التصرفات الواردة على عقار، بحيث لا يكون لها أثر سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا منذ شهرها في المحافظة العقارية وفي هذا السياق تنص المادة 29 من القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، على أن كل إثبات⁽¹⁾ للملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينة يتم بموجب عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.

لذلك وجب الرجوع إلى القانون الجزائري المنظم للشهر العقاري وهو القانون الذي تضمنه الأمر رقم 74-75 بالإضافة إلى المرسومين الصادرين لتطبيقه : المرسوم رقم 62-76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة والمرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري. لذلك وجب الرجوع إلى القانون الجزائري المنظم للشهر العقاري وهو القانون الذي تضمنه الأمر رقم 74-75 بالإضافة إلى المرسومين الصادرين لتطبيقه : المرسوم رقم 62-76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة والمرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

فالمتصفح لهذه النصوص القانونية سيكتشف من خلال العبارات التي تضمنها أن المشرع أخذ بنظام الشهر العيني واعتمد على المسح من أجل تقسيم الأرض إلى وحدات عقارية التي تخصص لها بطاقات عقارية من السجل العقاري (العيني) غير أن المشرع وإدراكا منه بمدى صعوبة تجسيد نظام الشهر العيني على الواقع نظرا لصعوبة إتمام عملية المسح، نص في المادة 27 من الأمر 73-74 على الأخذ بنظام الشهر الشخصي في انتظار انتهاء عملية المسح⁽²⁾.

الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني.

لقد تدخل المشرع لحماية الملكية العقارية بنصوص خاصة تفيد بأن التصرف القائم بين المتعاقدين لا يكفي وحده لنقل الملكية إلا بمراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري،

¹ زهرة بن عمار ، مرجع سابق، ص 41.

² زهرة بن عمار ، المرجع السابق، ص 41.

كما تنص عليه المادة 165 و 793 السابقين الذكر، وتؤكد المادتين 15 و 16 من الأمر 74-75 ضرورة إشهار المعاملات العقارية من تنتج آثارها القانونية.

وعليه فإن السند العقاري لا وجود قانوني له إلا بمراعاة إجراءات الشهر العقاري ففي حالة وجود نزاع عقاري قضائي فيؤخذ في الاعتبار تاريخ القيد.

فبعد استعراض كل النصوص التي تنظم عملية الشهر العقاري في التشريع الجزائري، يتضح أن المعاملة في العقار قد ضبطها المشرع الجزائري بشكل محكم لا يمكن معه التلاعب في المعاملات العقارية خاصة في نظام الشهر العيني، ذلك أنه كما سبق شرحه فإنه في ظل النظام العيني وبعملية المسح العام للأراضي على مستوى كل البلديات يتحدد الوضع المادي والحقوق لصاحب العقار.

وعلى هذا الأساس فإن كل تعامل في العقار سواء بالبيع أو بأي تصرف آخر لا يمكن أن يتم إلا عند ما ثبت الملكية للبائع بموجب الدفتر العقاري الذي يشكل سنداً قوياً للملكية، ولا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل العقاري دونه، وكل تأثير في البطاقة العقارية ينبغي أن ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار. فهو يعتبر بمثابة جسم للملكية العقارية يستمد روحه أساساً من وثائق المسح، ويشكل مخالفة هذه القاعدة من طرف المحافظ العقاري خرقاً لأحكام الشهر يترتب عنه المسؤولية الكاملة بمجرد ثبوت خطئه، والمتمثل في تسليم الدفاتر العقارية دون مراعاة مقاييس الرسم الطبوغرافي لحدود الملكيات المنجزة بمناسبة الأشغال المسحية⁽¹⁾.

في غيابه لا يمكن لأي شخص أن يدعي ملكيته للعقار، ولو كان هو المالك الظاهر له، وبالتالي لا يمكن له بيع هذا العقار على اعتبار أن الملكية تنتقل بالشهر، ومادام ليس له سند مشهر يثبت ملكيته ويسمح له بنقلها إلى المشتري، فهو غير مالك ولا يمكن له كذلك أن يتصرف في هذا العقار عن طريق الوعد بالبيع على اعتبار أن الوعد بالبيع في بيع العقار يخضع لشكلية التي يخضع لها عقد البيع وهو ما نصت عليه المادة 71 من قانون مدني بقولها : "الاتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

¹ نعيمة حاجي , المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، د.ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص 122.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" (1).

ويقول الأستاذ (سليمان مرقس) انه إذا كان بيع ملك الغير نافذ في حق المالك وعاجز عن نقل الملكية منه إلى المشتري باعتباره عقدا صحيحا منتجا لجميع آثاره، فإنه يعتبر مع ذلك سببا صحيحا يفيد في الاستناد إليه لكسب الملكية بالتقادم عن طريق الحيازة، غير أن هذا الرأي لا يستقيم مع نظام الشهر العيني، على اعتبار أن السجل العيني لا يأخذ بالتقادم كوسيلة لكسب الملكية، وهذا يعتبر من جهة حماية للملكية العقارية والمعتدين عليها، ومن جهة أخرى فإنه عملية المسح تحدد جميع الملكيات وتحدد أصحابها وعلى اعتبار أن الحيازة تتم على ملكية خاصة مجهول صاحبها، وطالما أن عملية المسح تحدد بدقة أصحاب الملكيات فلم يعد هناك ملكيات مجهولة لأصحاب في هذا النظام حتى يمكن اكتسابها بالتقادم.

والغريب أن نص المادة 397 من قانون مدني في نفس الوقت مع نص المادة 324 و 793 من قانون مدني واللذان تجعل من نقل الملكية لا يتم إلا عن طريق الامتياز، فكيف في ظل الإجراءات التي حددتها هاتين المادتين بيع ملك الغير وبخول المشرع للمشتري من خلاله طلب إبطال العقد ؟ في حين أن المادة 324 قانون مدني يشترط أن يتم تحرير العقد أمام الضابط العمومية وتخصصه (2).

بموجب المادة 753 إلى عملية الإشعار، خاصة أن نية المتعاقدين تتجه أكثر إلى نقل الملكية بدون أي شرط لا واقف ولا فاسخ، فكيف يمكن لمن لا يجوز على عقد مشهر أن يبرم عقد بيع عقار بدون أن يكون مالكا؟ (3)

ويمكن القول أن المادة 397 من القانون المدني لا نجد لها تطبيق في نظام الشهر العيني الذي يتبناه المشرع الجزائري بموجب الأمر والمرسومين المذكورين أعلاه على اعتبار أن المالك ليس له دفتر عقاري وعليه يرى الأستاذ (علي خوجة خيرة) انه لا يمكن

¹ المادة 71 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).

² سليمان مرقس ، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكنب القانونية شتات، دت،ن،ص 214.

³ سليمان مرقس ، المرجع نفسه، ص 214.

بيع ملك الغير بموجب توكيل خاص، وفي هذه الحالة لا يمكن إعمال أحكام هذه المادة غير انه يبقى الإعمال لها في حالة بيع المنقول المعين بالذات.

وعليه وفي النهاية نخلص إلى أن نظام الشهر العيني تثبت فيه الملكية لشخص بموجب الدفتر العقاري، فإذا تصرف صاحب هذا الدفتر العقاري، فإذا تصرف صاحب هذا الدفتر بضبط دفتره ويؤشر فيه بهذا التصرف شكل واضح دون كشط أو تحشير وفقا للمادة 450 من المرسوم 63-76، ويسلم للمتصرف إليه باعتباره المالك الجديد وفي حالة إعداد دفتر جديد فإنه يعمل على إتلاف الدفتر السابق، ويشير هذا الإتلاف على البطاقة العقارية وبالتالي فإن أي عقار له دفتر واحد مهما تعاقب عليه الملاك، على خلاف نظام الشهر الشخصي الذي يمكن لعدة أشخاص الحصول على عقود ملكية مختلفة لعقار واحد ويمكن لكل واحد منهم التصرف فيه وعلى هذا يتعذر لأي شخص في نظام الشهر العيني أن يدعي ملكية عقار طالما انه لا يجوز على دفتر عقاري باسمه وهو ما يتعذر معه إمكانية بيع عقار مملوك للغير⁽¹⁾.

¹ علي خوجة عيرة , مرجع سابق، ص ص 232-233.

خلاصة الفصل

بالرجوع إلى أحكام بيع ملك الغير نجد أن المشرع الجزائري قد نظمها من خلال المادة 397 وما يليها، كذلك تطرقنا لدراسة أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين، والتي تكمن في أحقية المشتري في إبطال العقد وحده، سواء كان حسن النية او سيء النية لكونه المتضرر الوحيد من ذلك، إضافة إلى منحه التعويض إذا كان حسن النية، أما فيما يتعلق بتطبيق هذا النوع من البيوع فيقع في الحالات التالية : إما بسقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بالتقادم، وإما بإجازة المشتري للبيع، او تملك المشتري للعقار بالتقادم، وأيضا تملك البائع للمبيع وحالة إقرار المالك الحقيقي للبيع الذي ورد على ملكه.

أما فيما يتعلق بأحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي، فينتج عنها احتمالين: عدم إقرار المالك للبيع أو حالة إقراره للبيع، إضافة إلى أن أحكام بيع ملك الغير الذي يكون محله عقار تختلف تماما عن هذه الأحكام لذلك حاولنا توضيح التكييف القانوني لبيع عقار الغير بين الاتجاه القائل بالرضائية والاتجاه القائل بالشكلية وأخيرا حكم بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني.

الخطمة

من خلال هذه الدراسة يمكن القول أن بيع ملك الغير، هو ذلك التصرف بالبيع الذي يرد على شيء معين بالذات لا يملكه البائع، ومن هذا التعريف نستخلص أن بيع ملك الغير يقوم على ثلاثة عناصر تميزه عن غيره من البيوع، وهي كون العقد بيعا، وعدم ملكية البائع للشيء المبوع، وأن يكون المبيع معين بالذات، ومن هذه الشروط تم استبعاد العديد من التصرفات من نطاق بيع ملك الغير منها: التعهد عند الغير الوعد بالبيع، بيع أشياء مستقبلية، البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ.

كما حاولنا تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة وهي : بيع المال الشائع، وبيع الوارث الظاهر وأخيرا بيع النائب.

وبالنسبة للنظام القانوني لبيع ملك الغير الذي يتمثل أساسا في أهم الأحكام القانونية المتعلقة بمثل هذا النوع من البيوع كونه عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري مع منحه التعويض إذا كان حسن النية، إضافة إلى إمكانية جعل هذا البيع نافذا بإقرار المالك الحقيقي له.

أما فيما يتعلق ببيع عقار الغير، فالأمر يختلف تماما خاصة في ظل نظام الشهر العيني والذي يعد مستحيل الوقوع كون هذا النظام يتميز بالقوة الثبوتية وأيضا حظره للتقادم.

ومن هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية :

- رغم أن المشرع أفرد بيع ملك الغير بمواد خاصة كما سبق لنا ذكره إلا أنها كانت قاصرة في أحكامها وغامضة في فحواها، كما أنها كانت متناقضة، فأحكام بيع ملك الغير الواردة في القانون المدني مناقضة ومخالفة لقوانين الشهر العقاري.
- حصر المشرع نظام بيع ملك الغير في ثلاثة مواد قانونية، الأمر الذي جعلها غير كافية لرفع اللبس، وهذا ما أثر سلبا على تطبيق القاضي لهذه الأحكام.
- بيع ملك الغير يكشف عن مركز متناقض، مركز المشتري والمالك الحقيقي، وتدخل المشرع في إقراره لقابلية بيع ملك الغير للإبطال لمصلحة المشتري وفي نفس الوقت جعله غير ساري في حق المالك الحقيقي، فهو بهذا لم يجعل له حكما واحد وهو ما يوقع الدارس في حيرة من أمره.

أما بالنسبة للتوصيات :

- نقترح اعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لبيع ملك الغير من اجل القضاء على الغموض والتناقض ومعالجة ما يثيره بيع ملك الغير من مشاكل.
- إذا ما تبين سوء نية المشتري واقدامه على شراء ملك الغير نقترح حرمانه من حقه في الاحتجاج باكتسابه للملكية بالتقادم، مهما كانت المدة التي يحوز فيها المبيع.
- نوصي المشرع بضرورة أخذه بفكرة العقد الوقوف بدل فكرة العقد القابل للإبطال باعتبار أن العقد الموقوف يحقق حماية أثر للمالك الحقيقي الذي ورد البيع على ملكه.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : النصوص القانونية

أ) القوانين والأوامر :

• الأوامر :

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانوني المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 (المعدل والمتمم)
2. الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 (المعدل والمتمم)
3. الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1975 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1976 (المعدل والمتمم).

• القوانين :

1. القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1991.
2. القانوني رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006 (المعدل والمتمم).

ب) المراسيم :

1. المرسوم التنفيذي رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976 (المعدل والمتمم).
2. المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976 (المعدل والمتمم).

ثانيا : المؤلفات :

1. أحمد عبد الرحمن فايز , عقد البيع، د.ط. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006.

2. اسماعيل عبد النبي شاهين , أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.
3. أسعد دياب , القانون المدني في العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، الجزء الأول، د.ط، منشورات زين الحقوقية 2007، بيروت لبنان.
4. أمجد محمد منصور , الوجيز في العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الاولى 2006، دار البركة للنشر والتوزيع، د.ت.ن.
5. أنور سلطان , العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.
6. خليل أحمد حسن قدارة , الوجيز في شرح القانوني المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
7. رمضان أبو السعود , شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الطبعة الثانية 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ت.ن، الإسكندرية.
8. رمضان جمال كامل , احكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، د.ط، دار الألفي، مصر 2002.
9. زكريا سرايش , الوجيز في قواعد البيع، د.ط، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر 2017.
10. سي يوسف زاهية حورية , الوجيز في عقد البيع، د.ط، دار الأمل للطباعة والنشر، د.ت.ن، الجزائر.
11. سليمان مرقس , العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية شتات، د.ت.ن.
12. سمير عبد السيد تناغو , عقد البيع، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية 2002.
13. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998.

14. **علي علي سليمان** , النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2008.
15. **علي هادي لعبيدي** , العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009.
16. **عمر حمدي باشا** , نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الاحكام، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2004.
17. **لحسن بن الشيخ آت ملويا** , المنتقى في عقد البيع، دون طبعة، دار هومة، بوزريعة الجزائر، 2005.
18. **محمد حسن قاسم** , عقد البيع، دون طبعة، الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1990.
19. **محمد حسنين** , عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 2006.
20. **محمد صبري السعدي** , الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، د.ت.ن.
21. **محمد صبري السعدي** , شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزامن التصرف القانون والإرادة المنفردة، الجزء الاول، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى للنشر، د.ت.ن.
22. **محمد المنجي** , عقد البيع الإبتدائي، الآثار العملية والقانونية لعقد البيع غير المسجل، الطبعة الثانية منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن.
23. **محمد يوسف الزغبى** , شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
24. **مجيد خلفوني** , نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الاولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003.
25. **نعيمة حاجي** , المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، دون طبعة، عين مليلة، الجزائر، د.ت.ن.
26. **نبيل إبراهيم سعد** , العقود المسماة، البيع الجزء الاول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ن.

ثالثا : الرسائل الجامعية :

أ) رسائل الدكتوراه :

1. **ليلي لبيض** , منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد حنيضر بسكرة، 2011-2012.

ب) رسائل الماجستير :

1. **أيمن محمد حسين ناصر** , بيع ملك الغير : دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.

2. **دنيا زاد ذهبية لحرش** , بيع ملك الغير، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر 1، 2001-2013.

3. **زهرة بن عمار** , دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعات أمام القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار، عنابة 2010-2011.

4. **كريمة فردي** , الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2007-2008.

5. **عبد الغني بوزيتون** , المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009-2010.

6. **مسعود رويصات** , نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.

7. **يوسف رحمان** , بيع ملك الغير بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون مقارن، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان 2011-2012.

رابعاً : المجالات العلمية :

1. علي خوجة خيرة , بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الثاني، الجلفة 17 جوان 2018.

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
الفصل الأول ماهية بيع ملك الغير	
04	تمهيد
05	المبحث الأول : مفهوم بيع ملك الغير
05	المطلب الأول : تعريف بيع ملك الغير
05	الفرع الأول : مفهوم بيع ملك الغير
07	الفرع الثاني : خصائص بيع ملك الغير
14	المطلب الثاني : شروط بيع ملك الغير
15	الفرع الأول : أن يكون التصرف بيعا
17	الفرع الثاني : أن يكون المبيع معيناً بالذات
20	الفرع الثالث : أن المبيع مملوكاً لشخص غير البائع والمشتري
22	المبحث الثاني : تمييز بيع ملك الغير عما يشابهه من الأنظمة
22	المطلب الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المشاع
23	الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع جزء مفرز.
25	الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك في الشيوع لكل المال الشائع.
27	المطلب الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن الوارث الظاهر وبيع النائب
2	الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الوارث الظاهر
29	الفرع الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن بيع النائب
31	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني النظام القانوني لبيع ملك الغير	
32	تمهيد
33	المبحث الأول : أحكام بيع ملك الغير
33	المطلب الأول : حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

33	الفرع الأول : حق المشتري في طلب الإبطال
36	الفرع الثاني : حق المشتري في التعويض
38	الفرع الثالث : تصحيح بيع ملك الغير
42	المطلب الثاني : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
42	الفرع الأول : عدم سريان بيع ملك الغير في حق المالك
44	الفرع الثاني : إقرار المالك الحقيقي للبيع
49	المبحث الثاني : تطبيق بيع ملك الغير على العقار
49	المطلب الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير
49	الفرع الأول : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل برضائية البيع العقاري
52	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الإتجاه القائل بشكلية البيع العقاري
54	المطلب الثاني : بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني
55	الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري
64	الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في ظل نظام الشهر العيني
67	خلاصة الفصل
68	الخاتمة
	قائمة المصادر والمراجع
	قائمة المختصرات
	ملخص

ملخص :

يعد بيع ملك الغير نوعا من البيوع الخاصة التي نظم المشرع أحكامها، فهو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير مالك سواء بعلمه أو بغير علمه فينصب على شيء موجود ومعين بالات دون أن هذا البيع موقوفا أو مؤجلا، حيث أقر له المشرع حكما خاصا، وهو قابليته للبطلان لمصلحة المشتري وحده دون غيره، هذا إذا كان محل عقد البيع، إما إذا كان محله عقارا فالأمر يختلف لذلك.

حاولنا في هذه الدراسة معالجة هذه النقطة باعتبار بيع العقار المملوك للغير مستحيل الوقوع خاصة في ظل نظام الشهر العيني الذي يتميز بالقوة الثبوتية وحظر التقادم.

Abstract :

The sale of the property of others is considered a kind of private sale, the provisions of which are regulated by the legislator.

It is that disposal of the sale issued by a non owner, whether with his knowledge or without knowledge, it is focused on an existing and specific thing without this sale being suspended or postponed, as the Algerian legislator has approved a special ruling for it and as its ability for the interest of the buyer alone is invalid, excluding others, this is if it is replaced by a real estate, then the matter is different, therefore we tried in this study to address this point considering the sale of real estate owned to others is impossible to fall, especially in light of the system of in-kud month which is characterized by evidentiary strength and attended obsolescence.