

الطبيعة القانونية للتصرف في الملكية العقارية للغير

The legal nature of the disposition of the immovable property of others

قوق أم الخير *

جامعة عمار ثلجي، الأغواط

gomelkher@gmail.com

RESEARCH

تاريخ الإستلام: 2020/11/15 تاريخ القبول: 2020/12/25 تاريخ النشر: 2021/01/05

ملخص:

يعتبر البيع من أقدم وأكثر العقود الشائعة في الحياة ومن بين صور البيع نجد بيع ملك الغير بتصرفات كانت للرسول الكريم في التعامل وذلك لتبيان جائية البيع والشراء، ونظرا لانتشارهما وشيوعهما في حياتنا اليومية ومدى تطویرهما للاقتصاد الوطني، الأمر الذي تطلب تنظيمهما في قواعد عامة تحكمها في إطار قوانين وضعية شرعها المشرعون والفقهاء تحفظ الإطار العام للتعامل.

وسنشير عبر التعاريف القانونية والتقنيات والنصوص الصادرة في القانون الوضعي، ذلك أن القانون هو أساس حماية المالك حماية شاملة، يمنع الغير من الاعتداء على ملكه، كما سنعرّج أيضا على التعاريف الفقهية حتى نمزج بين الفقه والقانون، ومن خلال هذه التعاريف نتطرق الى الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي .

الكلمات المفتاحية: بيع ملك الغير ، الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير .

ABSTRACT:

Sale is one of the oldest and most common contracts in life, and among the forms of sale we find the sale of the property of others through the actions of the Honorable Messenger to deal with it in order to clarify the permissibility of buying and selling, taking into account their prevalence and prevalence in our daily life and the extent of their development of the national economy, which required to organize them according to general rules that govern within the framework. Positive laws legislated by legislators and jurists who preserve the general framework of commerce.

* -المؤلف المرسل:

We will refer to the legal definitions, codes and texts issued in positive law, because the law is the basis of an overall protection of the owner, preventing others from attacking his property, and we will also refer to the case law definitions in order to mix the jurisprudence and law. Through these definitions, we address the legal nature of the sale of the property of others in Islamic law and positive law.

key words: Selling the property of others, the legal nature of selling the property of others.

مقدمة:

ان التصرف في الحقوق من أكثر المواضيع الشائعة، في الحياة العملية، ذلك أن هذا النوع من التصرفات تنصب على الحقوق المالية، لذلك وقع اختيار هذا الموضوع وهو التصرف في ملك الغير سواء بالبيع أو الرهن لماله من أهمية كبرى. وذلك عندما يحسن المشرع تنظيمه بأحكام واضحة حفاظا على حقوق الاطراف المتعاقدة وحقوق الغير.¹

وأمام ذلك فان موضوع التصرف بصفة خاصة وموضوع الحقوق بصفة عامة قد حظي بأهمية كبيرة من قبل الفقهاء والتقسيمات المدنية، حيث حولت للمالك التصرف فيها باستعمال السلطات الثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولكن قد يحدث ان يكون التصرف من غير مالك وهو ما يدخلنا في صميم البحث موضوع الدراسة التي هي بين يديكم للمناقشة والتي نأمل من الله عز وجل أن تكون اشارة توجيهه ونداء استغاثة للمشرعين المدنيين الجزائريين ليقفوا مع التيار ويواكب صوت النهضة فالعالم اصبح قرية صغيرة.

ومن خلال ما تقدم فان أهمية الموضوع تبرز أكثر في انه يظهر ما يترتب على بيع ملك الغير من اثار قانونية تنعكس على نطاق الحياة العملية للمجتمع الجزائري قصد توعيته بأحكام هذا البيع حتى لا يثرى شخص على حساب أشخاص آخرين دون وجه حق.

وكذلك غموض النصوص القانونية الخاصة والمتعلقة برهن ملك الغير بسبب التشريع الجزائري الذي استمد احكامه من نصوص القانون الفرنسي، كما انه مسألة تعامل جدي بين المتعاقدين ومنتشرة في الحياة العملية للمجتمع لكنه يجهل احكامه ودليل ذلك أن هناك أشخاص يباع أو يرهن ملكهم من قبل اشخاص آخرين لكنهم لا يعرفون أنه من حقهم اللجوء الى القضاء لاسترداد ملكهم.

ومنه نطرح الاشكالية التالية ما هي الطبيعة القانونية للتصرف في ملك الغير بين بيعه ورهنه في القانون

المدني الجزائري؟.

¹ جباري رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، علوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2017/2016 ص 1.

ولالإحاطة بهذا الموضوع وحتى نتمكن من الاجابة على الاشكالية سنعمد المنهج الوصفي الذي على الباحث اعتماده من أجل ابراز الجانب النظري عن طريق جمع المعلومات، والمنهج التحليلي وذلك لتحليل الآراء الفقهية والمواد القانونية والمنهج المقارن .

وبناء على ما تقدم تكون معالجة الموضوع من خلال تقسيم بحثنا على النحو التالي:

حيث يقتضي التعرض في المرحلة الأولى الى ماهية التصرف في ملك الغير (المبحث الأول) والبحث في المرحلة الثانية عن الطبيعة القانونية للتصرف في ملك الغير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير

عقد البيع هو توفيق إرادتين على إحداث أثر قانوني مشروع.¹ ولقد عرف المشرع الفرنسي الحديث البيع، في الفصل 1582 من المجلة المدنية الفرنسية بأنه : "اتفاق بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بتسليم شيء والآخر يدفع الثمن"،² وبمقاربة هذا الفصل والفصل اللاحق له (الفصل 1583) نلاحظ أن عقد البيع في القانون الفرنسي أصبح ناقلا للملكية، لا مقتصر على مجرد إنشاء التزام بتسليم الملكية³ أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو ما أطلق عليه البيع المطلق، أو بيع العين بالعين وهو ما يسمى بالمقايضة أو بيع النقد بالنقد وهو ما يسمى بالصرف.⁴

وتعريف الشريعة الإسلامية للبيع يفيد أن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية إلى التزام بتسليم المبيع. وهذا التعريف ما جاء به القانون التونسي كما الجزائري والقانون المصري أي لا اختلاف فيه. وعلى ضوء ما تقدم من عرض لمفهوم البيع في القانون الجزائري والقانون المقارن نستخلص أهم ما يميز هذه المؤسسة عن مثيلاتها، ذلك أنه عقد رضائي يعتمد أساسا إرادة تعاقدية ويكون ملزما لهما، هذا فضلا على أنه عقد بعوض وذلك كله دون إغفال وظيفة عقد البيع ألا وهي نقل الحقوق، فهو إذن عقد ناقل للملكية.

المطلب الأول: تعريف بيع ملك الغير.

قبل أن نتطرق إلى تعريف بيع ملك الغير، ينبغي أن نعرف ماذا نقصد بالغير في العقود عادة؟.

¹ بشار عدنان ملكاوي، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2008، ص 120 .

² Article 1582 C.C.F « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer... ».

³ الفصل 3851 م.م.ف ينص على أنّ "البيع يكون تاما و أن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن و لو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن".

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 4، العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 79 وما يليها .

تطلق كلمة "غير" على الصفة أو الاسم وقد تكون أداة استثناء، فإذا كانت صفة فإنها تتبع موصوفها وقد تأتي "غير" وتكون اسما مثلا هذا غيرك، ومررت بغيرك¹ ومنه قوله تعالى: "غير المغضوب عليهم ولا الضالين".² ويظهر من المعنى اللغوي للفظ "الغير"، أنه يطلق على شخص الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع، وليس له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير وليس وكيلًا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة وهذا هو اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية.³

أما في بيع ملك الغير فنقصد به المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفا في العقد إلا أن ملكيته للشيء المبيع ألزمت إدخاله في هذا التصرف من اجل إقراره أو رده لهذا التصرف الواقع على ملكه.

إن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية ما أدى إلى تناوله وتنظيمه في كل التقنينات الحديثة، وكذا تعريفه من قبل كل الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون، ومن أجل الإحاطة بكلى التعريفين سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام، أولا نذكر تعريف ملك الغير في الفقه الإسلامي باعتبار أن دين الدولة هو الإسلام ما جاء به الدستور، وثانيا تعريف بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وثالثا مقارنة كلا التعريفين.

الفرع أول: تعريف ملك الغير في الفقه الإسلامي

يسمي الفقهاء المسلمون بيع ملك الغير ببيع الفضولي⁴ ويعرف الفضولي في اللغة "من الفضل وهو الزيادة وجمعه فضول كفلس وفلوس وقد غلب استعماله على من لا خير فيه . وأستعمل الجمع استعمال المفرد فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه".⁵

أما اصطلاحا فلقد عرّف الفقهاء المسلمين الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي...".⁶ ولقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المتأثرة بالفقه الحنفي في المادة 112 الفضولي بقولها: "هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي".⁷

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005، ص12.

² سورة الفاتحة الآية رقم "07".

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. ص 12 و13.

⁴ ابن نجيم، زين الدين، بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بدون طبعة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص120 /علي حيدر المرجع السابق، ص 100.

⁵ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، ط1، دار الحديث، القاهرة، سنة 2000، ص 282.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، الجزء4، دار الفكر، ط2، دمشق سوريا، سنة1405هـ1985م، ص167.

⁷ حيدر علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريف المحامي فهمي حسيني، المجلد1، البيوع، الإجارة، الكفالة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ 2003م، ص109.

والفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له، فكان تصرفه هذا من بيع مالا يملك، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك، أو كمن يشتري شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه وليس له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وما أشبه ذلك.¹

الفرع الثاني: تعريف ملك الغير في القانون الوضعي.

لم تعرف القوانين الوضعية بيع ملك الغير تاركة الأمر لاجتهاد الفقهاء إلا أنها تطرقت إلى تنظيم أحكامه في مواد عديدة، وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج التي تنص على أنه: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب الإبطال ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أم لم يعلن بيعه" وتقابلها المادة 466 من ق م المصري بنصها: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل أو لم يسجل" نجد أنها تضمنت عناصر بيع ملك الغير والتي استند عليها الفقه الوضعي عند تعريفه لبيع ملك الغير ومن خلالها عرف بيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه.

فيتضح من التعريف السابق أنه يركز على عنصرين أساسيين وهما الشيء المعين بالذات، وعدم ملكية البائع له، علماً أن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا أعتبر باطلاً من الأصل.

أما التقنين المدني الفرنسي في المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي،² فهو الآخر لم ينص على تعريف بيع ملك الغير وإنما اكتفى بالقول أن بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويض في حالة ما إذا كان يجهل عدم ملكية البائع للشيء المبيع.³

ومما تقدم يمكن أن نستنتج أن تعريف بيع ملك الغير هو ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير مالك، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات، دون أن يكون موقوفاً أو مؤجلاً.⁴

الفرع الثالث: مقارنة بين التعريفين (الفقهي الإسلامي) و(القانون الوضعي).

في بداية بحثنا هذا تعرضنا إلى أن مفهوم بيع ملك الغير و هو الفضولي لذلك سنقارن بين التعريفين الفقهي والوضعي حتى نتمكن من رسم صورة المفهوم الواضح والشامل لبيع ملك الغير، فلقد قلنا سالفاً أن فقهاء القانون عرفوا بيع ملك الغير، بأن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه، واستندوا في تعريفهم هذا على العناصر الموجودة

¹ فرج عبد الرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1969، ص43.

² تقابلها المادة 385 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص46.

⁴ محمد يوسف الرغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص533.

في المادة 466 من ق م مصري ولكن هل هذا التعريف يحيط بمفهوم بيع ملك الغير ؟ لذا فإن الأمر يستدعي إجراء مقارنة بين التعريفين ولأن القانون الوضعي ومنه القانون الجزائري عرف الفضالة في المادة 150 من ق م الجزائري، لهذا سنقارن في القسم الأول بين بيع ملك الغير وبيع الفضولي، وفي قسمه الثاني بين الفضالة في الفقه والفضالة في القانون.

أولاً: المقارنة بين تعريف بيع ملك الغير وتعريف الفضولي

لو دققنا في التعريف الذي أتى به فقهاء القانون لا اعتبرنا البيع الصادر من غير مالك ولو بموجب النيابة القانونية، يبيعا لملك الغير وهذا في الطبع يخالف أبسط قواعد القانون، أما لو ذهبنا إلى تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي، لا اعتبرنا البيع الصادر من غير مالك بموجب نيابة قانونية يبيعا صحيحا، إذ حتى يعود التصرف فضوليا حسب الفقه الإسلامي لا بد أن يكون صادرا من غير إذن صاحبه، وهذا يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع . وفي الحقيقة إن نفس القول يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أنه حتى في ظل المفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية، لهذا ذهب جانب من الفقه إلى تعريف بيع ملك الغير على أنه هو أن يبيع الشخص شيئا معيننا بالذات مملوكا للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلًا من المالك أو وليا عنه.¹

نخلص في الأخير إلى القول، أن تحديد مفهوم بيع الفضولي عند الفقهاء المسلمين، كان شاملا وأدق من مفهوم بيع ملك الغير عند فقهاء القانون.

ثانياً: المقارنة بين تعريف الفضالة في القانون وبين تعريف الفضالة في الفقه

وكما سبق وأن بين أن بيع ملك الغير في القانون الوضعي يقابله بيع الفضولي في الفقه الإسلامي فإن الفضالة في القانون الوضعي ليست هي في الفقه الإسلامي، فقد نظم المشرع بيع ملك الغير ضمن أحكام عقد البيع، في حين أن الفضالة جاءت أحكامها مستقلة عن بيع ملك الغير، فالفضالة في القانون الوضعي هي "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك".²

ومن خلال هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط.³ وهي:

- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.
- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة لرب عمله.
- ألا يكون الفضولي ملتزما بالقيام بهذا العمل.

¹ عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن، ص 262.

² أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 378.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 264 و 265.

أما حسب الفقه الإسلامي، فالفضولي - كما شاهدنا - هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذونا له، دون أن يشترط في هذا العمل أن يكون ضروريا أو عاجلا.¹

أي أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضروري أو غير ضروري، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من مفهوم الفضالة في القانون الوضعي التي قصرت حكم الفضالة على التدخل العاجل من قبل الفضولي. ومجلة

الأحكام العدلية نصت على مسألة الفضالة في المادة 112 وهي تتجه إلى ما ذهب به الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن البيوع الأخرى.

بعد أن عرفنا بيع ملك الغير وحددنا مفهومه بين القوانين الوضعية والتعاريف الفقهية واللغوية، توصلنا إلى أنه يتشابه كثيرا مع بعض الأنظمة المدنية والجزائية، ولتفادي الخلط واللبس القائم بينه وبين هذه الأنظمة، سنقوم بتمييز بيع ملك الغير عن بعض الأنظمة المدنية وقبل هذا لا بد من التطرق إلى ذكر شروطه لنحصره مع ما تقدم من مفاهيم وتعريف وبعدها نقوم بتمييزه في هذا الفرع.

الفرع الأول: شروط بيع ملك الغير:

- أن يكون العقد بيعا.
- أن يكون الشيء المبيع معينا بذات.
- عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع.

1_ أن يكون العقد بيعا:

عقد بيع هو ما توافرت فيه أركانه من تراضي ومحل وسبب فلا بد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعاً، فهو ينصب على نقل الملكية من البائع إلى المشتري.² ومن ثمة فإن كل عقد أو اتفاق من شأنه أن لا ينقل الملكية، يخرجنا من نطاق عقد البيع إلى نطاق عقد آخر كما لو كان العقد مجرد وعد بالبيع.

2. أن يكون الشيء المبيع معينا بالذات:

يقتضي بيع ملك الغير أن نكون أمام عقد بيع، وهذا يعني نقل الملكية في الحال، وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئا معينا بالذات³ لأنه اذا وقع على شيء معين بالنوع كالمثلثات فلا يعتبر بيع ملك الغير، ذلك لأن ملكية

¹ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9(البيوع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن، ص 110.

² محمد جبر الألفي، "الفضالة"، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و قوانين بلدان الشرق الاوسط، "مجلة الحقوق والشريعة"، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس 1980 ص 52/51.

³ أحمد سعيد الزرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010، ص 269.

الأشياء المعينة بالنوع لا تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد وإنما من وقت إبرازها¹ والمثلثات هي الأشياء التي توجد لها مثل من جنسها مساوي أو مقارب لها في القيمة، بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة والقمح.²

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

3 . عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع:

عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع يعتبر من أكثر الشروط التي تجعلنا بصدد بيع ملك الغير، وهذا ما جاءت به المادة 397 ق م الجزائري والتي جاء نصها كآتي "إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه... " وعليه إذا كان البائع مالكا للشيء المبيع نكون امام عقد صحيح، وإذا كان المشتري مالكا للشيء المبيع نكون امام عقد باطل لتخلف محله.

الفرع الثاني: تميز بيع ملك الغير عن بعض المفاهيم المشابهة

بعد أن عرفنا ما هو بيع ملك الغير، وذكرنا شروطه، لابد من تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له وهذه الأنظمة هي: التعهد عن الغير، البيع بشرط التملك، التصرف في الحصة الشائعة.

أولا: تميز بيع ملك الغير عن التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير³ "يتمثل في إلتزام شخص بالقيام بعمل معين، وهو الحصول على موافقة مالك شيء معين . عقارا أو منقولا. على بيع هذا الشيء لشخص آخر"، وتنص المادة 114 ق م جزائري على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه..."⁴ إذ محل الإلتزام هو مجرد القيام بعمل، وليس نقل ملكية الشيء معين. بالذات، وهذا التعهد يقع صحيحا، لأننا لم نكن بصدد عقد البيع بل بصدد عقد آخر،⁵ يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل معين إذا لم يوفي المتعهد بتنفيذ ماتعهد به يفسخ

¹ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1997، ص 159.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4، المجلد الأول، دار النهضة العربية، د ب ن، سنة 1960، ص 272.

³ التعهد عن الغير: هو عقد يتعهد بموجبه "المتعهد" نحو "المتعهد له" بأن يجعل شخصا ثالثا الغير يلتزم بأمر معين

⁴ تقابله المادة 153 ق م. م، والمادة 209 ق. م. أردني

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، بند 154، ص 272

العقد أي مصيره الفسخ لا البطلان، ولأن المتعاقد لم يبيع ملك غيره، وإنما تعهد عن المالك في أنه سيبيع ما يملكه فيكون هذا تعهد عن الغير وليس بيعا لملك الغير.¹

ثانيا: تمييز بيع ملك الغير عن البيع بشرط التملك:

قد يقع أن يبيع شخص شيئا معيناً بالذات غير مملوك له، ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا الشيء، فهذا البيع يتم صحيحاً لأنه ليس بيعاً لملك الغير، إذ أن البائع لم يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزاماً نهائياً وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع، إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية وإن لم يتحقق الشرط يسقط البيع،² فهذا الأمر لا يمكن تطبيقه على بيع ملك الغير، لكن إذا لم يتحقق الشرط وادعى البائع ملكية المبيع نكون أمام بيع ملك الغير، أما إذا تحقق الشرط فإن البائع يبيع ملكه ولكن في كل الأحوال نجد أن المتعاقدان قد اتفقا منذ البداية. أن هذا البيع غير بات، بل هو بيع معلق على شرط تملك البائع للمبيع، فإن لم يتحقق عاد كل واحد من الأطراف إلى حالته الأولى.³

ثالثا: تمييز بيع ملك الغير عن التصرف في الحصة الشائعة:

عرفت المادة 713 من ق م الجزائري التي تقابلها المادة 825 من ق م المصري الشيوخ بقولها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك". يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المال الشائع هو مال مملوك لأكثر من شخصين، وذلك دون تحديد نصيب كل منهم تحديدا ماديا.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفقوا على جواز بيع الحصة الشائعة، سواء كان البيع للشريك أو لأجنبي، وسواء كان المشاع قابلا للقسمة أولا، عقار أو منقول وسواء كان البيع بإذن الشريك أو بدونه.⁴ والدليل على ذلك قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"⁵ وقوله تعالى: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم".⁶

ويتضح ان كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني يتفقان على جواز بيع الحصة الشائعة من منقول او عقار بشرط عدم الضرر، كما يتفقان على جواز بيعه لأجنبي، لكن يختلفان في ان القانون المدني اجاز لبقية الشركاء حق

¹ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، ب ط، دار الجامعية، الإسكندرية، د س ن، ص 128 / إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 56/ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 15.

² إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 58/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 272 / 273.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 128/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 59/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 274.

⁴ جمال خليل النشار، نفس المرجع، ص 4241.

⁵ سورة البقرة الآية رقم "275".

⁶ سورة النساء الآية رقم "119".

استرداد الحصة المبيعة اذا كان المبيع منقولاً واستعمال حق الشفعة اذا كان المبيع عقاراً، اما فقهاء الشريعة الاسلامية اجازوا لبقية الشركاء استرداد الحصة المبيعة باستعمال حق الشفعة فقط سواء كان المبيع منقولاً او عقاراً. إن دراسة المال الشائع يستدعي منا التوقف لإبراز نقاط الاختلاف والتشابه بينه وبين بيع ملك الغير، ويكون ذلك بدراسة حالتين هما تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وتصرف الشريك في كل المال الشائع على التوالي:

الحالة الأولى: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

إن موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع يختلف قبل قسمة هذا المال عنه بعد القسمة، لهذا سنتعرض أولاً إلى موقفه من بيع الشريك جزء من المال الشائعة قبل القسمة ثم نتبعه ثانياً بموقفه بعد القسمة.

أ. موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة :

نصت المادة 714 فقرة 2 من ق م الجزائري . تقابلها المادة 2/826 ق م مصري . على انه: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه . من وقت التصرف . إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في أبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري، تطرق إلى معالجة حكم هذا البيع بعد القسمة وأغفله قبل ذلك. ما توصلنا إليه هو ان بيع الشريك لجزء مفرز من المال قبل القسمة صحيح في حدود هذا الجزء المفرز بينما يعتبر بيعا لملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين على الشيوع في هذا الجزء المفرز و اساس طلب ابطال العقد المقرر للمشتري هو الغلط في صفة جوهرية وهو جهله بحالة الشيوع وليس على اساس صدور البيع من غير مالك.

ب . موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة:

يتضح من نص المادة 2/714 ق م الجزائري، أن الشريك عندما يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع، وعند التقسيم يقع في جزء غير الجزء الذي باعه للمشتري، فإن هذا النصيب يحل محل النصيب الذي وقع عليه البيع، أي حق المشتري يستقر في الجزء الذي يقع فيه نصيب البائع، من وقت الشراء لا من وقت القسمة، وهذا ما يسمى بالحلول العيني،¹ أما إذا كانت نتيجة القسمة عدم حصول البائع على جزء معين من العين، ونحصر حقه على مقابل نقدي

¹ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 20. /خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 224. /محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006، ص 200.

لخصته، وفي هذه الحالة ما على المشتري إلا اللجوء للمطالبة بالتعويض على أساس قواعد الضمان.¹ لهذا فإن بيع الشريك جزء من المال المفروز طبقا للمادة 2/714 لا يعتبر بيعا لمال الغير، لأنه في حالة العلم بالشيوع يخضع لمبدأ الحلول العيني² أي أن حقه يحل في محل الذي وقع فيه حق البائع.³

أما إذا كان المشتري لا يعلم بحالة الشيوع، فمن حقه إبطال البيع لأنه يعتبر كما سلفنا غلط في صفة جوهرية للمبيع المادة 714 الفقرة الأخيرة، من ق م جزائري إذ تقول: "وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها".

الحالة الثانية: تصرف الشريك في كل المال الشائع

بعد تعرضنا لمعالجة صورة بيع الشريك جزء مفروز من المال الشائع، سنتعرض فيما يأتي إلى صورة تصرف الشريك في كل المال الشائع وهل له نفس حكم بيع الشريك جزء مفروز من المال الشائع، لكن قبل ذلك يجب ان ندرس حالة علم و جهل المشتري بان المال مملوك على الشيوع :

أ. إذا كان المشتري يعلم :

لا يجوز له أن يطلب الإبطال لأنه اتجه إلى إحداث هذا الأثر القانوني وهو على دراية من أمره. أي وهو متوقع أن البائع قد يستطيع أن يستخلص كل المال لنفسه، وإلا فمن حق المشتري أن ينقص من الثمن مما يعادل ما وقع في نصيب البائع لكنه لا يستطيع أن يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء.⁴

ب. إذا كان المشتري يجهل:

من حقه طلب إبطال البيع قبل القسمة، أما بعد القسمة و إن لم يقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب إبطال البيع نظرا لتفريق الصفقة عليه، أما إذا وقع المال كله في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائيا، وبالتالي تحقيق ما أراد المشرع.

إذن بيع الشريك كل المال الشائع بيع صحيح بين طرفيه، غير نافذ في حق باقي الشركاء، إذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق، ويكون لهم أن يقرروا هذا البيع ليصبح نافذا في حقهم جميعا.⁵

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ب ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008، ص 124.

² نفس المرجع، ص 125/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 302.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 125/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 199.

⁴ محمد رضا الحضيري، المرجع السابق، ص 227.

⁵ أيمن محمد حسين ناصر، المرجع السابق، ص 40.

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

الا أن الفقه الإسلامي يخص مسألة بيع الشريك كل المال الشائع بحكم خاص به، على عكس القانون المدني الذي ترك هذا البيع لاجتهادات الفقهاء.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

تعددت النظريات واختلفت آراء الفقهاء وشرح القانون في تحديد هذه الطبيعة والجزاء المترتب عليها فلقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 397 والتي تقابلها المادة 466 م. م، والمادة 1599 م. ف، وهذا ما أدى الى اختلاف الآراء الفقهية حول هذه الطبيعة فالبعض منهم اعتبروه عقدا قابلا للإبطال او باطلا تأثرا بالقانون الوضعي والبعض الآخر اعتبروه عقدا موقوفا على اجازة المالك تأثرا بالفقه الاسلامي.

لهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: في الأول نتعرض إلى النظريات المستمدة من القواعد العامة، وفي الثاني نتحدث عن النظريات التي جاء الفقهاء المسلمون لتحديد الطبيعة القانونية، أما في الفرع الثالث سنقوم بتخصيصه لإجراء المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي حتى تتمكن من معرفة من هو الرأي الأرجح.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي

والتي يمكن إجمالها في ستة نظريات، نظرية الفسخ التي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم نتيجة لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، و نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك الحقيقي وهذا في الفقه الإسلامي، ونظرية البطلان المطلق، ونظرية تحول العقد الباطل، ونظرية البطلان النسبي، ونظرية البطلان بنص خاص، دون إغفال للانتقادات التي وجهت لكل نظرية لنتمكن من معرفة أي من الآراء هو الراجح.

الفرع الأول: نظرية الفسخ

والتي تسلم بالأحكام التي قررتها المحاكم نتيجة لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية واعتمدوا على القواعد العامة باعتبار ان عقد البيع ملزم للجانبين وعقد رضائي والتي اشترطت ان يكون المشتري وحده صاحب الحق في طلب الفسخ.

ويرى بعض الفقهاء¹ بأن المشرع المصري وإن نص على (بطلان)² بيع ملك الغير في المادة (466) من القانون المدني إلا أنه في الحقيقة لم ينظم إلا الفسخ، والحالة هي كذلك في بيع ملك الغير، لأن بيع ملك غيره لا يستطيع

¹ جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني المدني المصري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص. ص 278 و 281.

² البطلان المقصود هنا البطلان النسبي أي القابلية للإبطال.

تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، لأنه غير مالك فيكون من حق المشتري فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه.

النقد الموجه للنظرية:

اصطدمت هذه النظرية مع نص المادة 466 ق. م. م. القائلة بقابلية بيع ملك الغير للإبطال ولا يجوز تطبيق القواعد العامة عليها لما يوجد فرق كبير بين الفسخ والقابلية للإبطال ذلك أن قواعد الفسخ تقضي بانه لا يجوز طلب فسخ العقد الا بعد اعدار المدين كما تعطي للمحكمة سلطة تقديرية في منح أجل للمدين للوفاء، في حين ان للمشتري ان يطلب فسخ عقد بيع ملك الغير دون اعدار البائع في حين ان لا تملك تلك السلطة في طلب الابطال .

الفرع الثاني :نظرية العقد الموقوف

بعض فقهاء القانون المصري¹ وهم بصدد تأصيل بيع ملك الغير خرجوا عن القواعد العامة في القانون المدني المصري.² واستعانوا بفكرة العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي، والتي تقول بتوقف فكرة البيع على اجازة المالك الحقيقي فان أقره يسري البيع في حقه وفي حق غيره، والعكس صحيح أي إذا رأى مصلحته في رفض هذا البيع يبطل البيع وينعدم أثره.

النقد الموجه للنظرية:

تعارض هذه النظرية مع النص القانوني لبيع ملك الغير الذي يجعله ينتج جميع آثاره من وقت الانعقاد باستثناء نقل الملكية لكن لا يمكن الرجوع اليها الا في حالة غياب نص تشريعي وهو موجود وصریح يجعل منه عقدا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وليس عقدا موقوفا على اقرار المالك .

الفرع الثالث: نظرية البطلان المطلق.

يرى بعض من الفقهاء الفرنسيين³، من خلال نص المادة 1599 أن بطلان بيع ملك الغير هو بطلان مطلق⁴، ويرجع ذلك لانعدام السبب إذ ان التزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية

¹ شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، د ط، د ن، سنة 1952، ص 79. وأشار إلى هذا الرأي عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقالة من مجلة القانون واقتصاد، سنة 2009، القسم 1، ص 74 و 75.

² هذه النظرية إن خرجت عن القواعد العامة في القانون المدني المصري، فإنها تعتبر من القواعد العامة حسب القانون المدني الأردني، وسنبجتها عند دراسة الطبيعة القانونية حسب الفقه الإسلامي.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري -المرجع السابق، الهامش 3، الفقرة 155، ص 276/ وهذا الرأي جاء به الفقيهان " AUPRY et Rau "

⁴ Pour plus du détails sur la nullité Cf. André BILODEAU, op.cit., p.39

إليه،¹ أو استحالة المحل استحالة مطلقة لأن البائع لا يستطيع نقل الملكية،² فإذا لم يتم البائع بنقل الملكية إلى المشتري بمجرد العقد فينتج على ذلك تخلف ركن السبب و تخلف الركن يعني البطلان المطلق.³ (كتخلف الرضا أو المحل أو السبب أو إذا كان احد طرفيه فاقد الأهلية غير مميز، واشتراط شكل معين ولم يفرغ العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون)

نقد الموجه للنظرية:

القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا قول مخالف للنصوص القائلة بقابلية العقد للإبطال والذي يسمح بإجازة البيع.⁴ وفي حالة عدم تمكن البائع من نقل الملكية يكون الجزاء هو الفسخ وليس البطلان المطلق ذلك لأنه وبإخلال احد الطرفين لالتزامه يترتب عليه عدم الفسخ لعدم التنفيذ.

الفرع الرابع : نظرية تحول العقد.

اتجه هذا الرأي إلى الأخذ بنظرية تحول العقد لكن رغم هذا لم يخرجوا عن تطبيق أحكام القواعد العامة. فذهبوا إلى القول بأن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل، استحالة مطلقة للظروف الخارجية المحيطة بالبائع،⁵ ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية، طبقا لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري،⁶ إلى بيع منشئ لمجرد التزامات فحسب، أي إلى عقد بيع من نوع ثان، الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى عقد جديد بدلا من العقد الباطل.

النقد الموجه للنظرية:

نجد أن ما جاء به الدكتور سليمان مرقس بتحول العقد⁷ تعرض لنقد من طرف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، إذ أن القول بأن "العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات، يتعارض مع نظرية التحول

¹ سليمان مرقس، الوافي ج3، المرجع السابق، ص 716 / رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 67/ نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع "مجد"، ط1، بيروت لبنان، سنة 1982، ص 122.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 148، د/ رمضان أبو السعود - عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 133 د /إسماعيل عبد النبي شاهين: " بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا على أساس تخلف السبب والمحل، ولا يترتب عليه أي أثر، إذ أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن وهو التزام البائع بنقل الملكية، ومادام البائع غير مالك فإن التزام المشتري لا يقابله شيء، المرجع السابق ص 77. 78 / وهذا ما أكده محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، السنة 2007، ص 11.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، هامش 284، ص 148.

⁴ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 80 / أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية، في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 259.

⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 722 د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 156، ص 279.

⁶ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 116.

⁷ محمد صبري السعدي " وتتلخص نظرية تحول العقد في أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 264.

المعروفة،¹ فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد -لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد، بدلا من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تصعب على هذا التأويل.

فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع.

وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح " في بيع ملك الغير لا يمكن تطبيق المادة 105 من القانون المدني الجزائري- التي تقابلها المادة 144² من القانون المدني المصري لأن كلا الطرفين نجدهم يتجهون إلى إبرام عقد بيع ناقل للملكية وبذلك نستبعد الأخذ بنظرية التحول.

الفرع الخامس: نظرية البطلان النسبي

طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وليس البطلان المطلق، وهذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري ويكون في هذه الحالة للمشتري الحق في طلب التعويض، ونقصد هنا المشتري حسن النية،³ وهو ما أكدته المادة 466 من ق. م. م، ذلك ان البطلان النسبي يكون في حالة نقص الأهلية او عيب في ارادة احد المتعاقدين، والبعض رد هذا البطلان النسبي الى استحالة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد تؤدي الى بطلانه بطلانا نسبيا أو أنه راجع الى غلط المشتري في صفة جوهرية في شخص البائع أو المبيع ويعتبر هذا الغلط عيبا في الرضا وعليه يمكن طلب ابطاله على اساس هذا السبب.

النقد الموجه للنظرية:

الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية في حين أن هذا الحق محول للمشتري ولو كان سيئ النية،⁴ وهو يتعارض مع نص المادة 467 ق. م. م، والتحدث عن الغلط في شخص المتعاقد، إذا كان الشخص محل اعتبار في العقد كأن يكون هذا المتعاقد رساما، أو طبيا، أو موسيقيا،

¹ الياس ناصيف يقول " : وقد أخذ على هذا الرأي أمران : تعارضه مع نصوص القانون وتعارضه مع نظرية التحول المعروفة " ... مرجع سابق، ص 116.
² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، فقرة 156، ص 280، / وفي نفس المعنى جاءت آراء الفقهاء / رمضان جمال كامل، مرجع سابق ص 74 / رمضان أبو السعود، عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 134، / محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 151، / محمد محي الدين إبراهيم، أحكام شروط البيع، مرجع سابق، ص. ص 14 و 15. / ويرد سليمان مرقس على هذه الانتقاء التي وجهه له، عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله " :أولا أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكيف هذا العقد بأنه قابل للإبطال كما لا تستقيم مع تكيفه بأنه باطل بطلانا مطلقا، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بالإرادة شخص أجنبي ... من المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء في آثار التي قررتها هذه النظرية". مرجع سابق، هامش 48، ص 723 / تتعلق المادتين 105 و 144 بنظرية التحول العقد.

³ -R. Beudant et P. Lerebours -Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. 11, avec la collab. de J. Brethe de la Gressaye, Rousseau, 2e éd., 1938, n° 99, p. p. 68. Dalloz, 1997, n° 615, p. 580.

⁴ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 184 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 720.

وليس في بيع ملك الغير أي شيء من ذلك، وهذا الغلط في شخص البائع ليس له تلك الأهمية البالغة وليس بالصفة الجوهرية،¹ إذ لا يمكن القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو الغلط مادام نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري صريح في ذلك.

الفرع السادس: نظرية البطلان بنص خاص

استند بعض شراح القانون الى ان قابلية بيع ملك الغير للابطال لا تقوم على اساس القواعد العامة وانما تستند الى نص تشريعي خاص لأن المشرع وضعه لمصلحة المشتري بأن اعطى له حق الابطال والاجازة، وللمالك الحقيقي أن يقضي بعدم سريانه في حقه الى ان يجيزه وهو مستمد من نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي تقابله المادة 466 من القانون المدني المصري وليس من القواعد العامة. إلا انه تم انتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقهاء القائل بان البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئاً ويعتبر تسليمًا بالعجز، عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هي في القواعد العامة، وإنما في الحقيقة هذا لا يعتبر عجزاً بل هو تقرير لما جاء في نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي تقابله المادة 466 من القانون المدني المصري، وبالرغم من اتفاق الفقهاء على البطلان من نوع خاص إلا أنهم اختلفوا في علة تقرير هذا البطلان.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

لقد اختلفت آراء الفقهاء المسلمين في حكم بيع ملك الغير إلا أن الأمر استقر على رأيين فقهيين، فالأول يذهب إلى أن بيع الفضولي باطل، أما الثاني يذهب إلى أن بيع الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك، ثم تقوم بعد ذلك بالموازنة بين الرأيين.

الفرع الأول: نظرية البطلان

ذهب بعض من الفقهاء المسلمين إلى القول ببطلان بيع الفضولي منهم: الشافعية في المذهب الجديد،² والحنابلة في إحدى الروايتين،³ وبعض المالكية،⁴ وأبو ثور وابن المنذر،⁵ وابن حزم الظاهري،⁶ فيقولون بان بيع الفضولي باطل بطلان مطلق ويترتب عليه أن لا ينتج أي اثر سواء بين المتعاقدين، ولا في مواجهة المالك الحقيقي، كما أن هذا البيع

¹ كميح حورية، المرجع السابق، ص 62 .

² شمس الدين محمد الخطيب الشريني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاضل المناهج، ج 1، ط 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1418 هـ 1997م، ص 21.

³ ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو محمد الحنبلي، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص. ص 274 و 275.

⁴ القراني، شهاب الدين ابن العباس احمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، ج 4، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1437 هـ، ص 244.

⁵ النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج 9، د ط، المطبعة المنيرية، القاهرة، د س ن، ص 285.

⁶ ابن حزم المحلي أبي بكر، ج 8، د. ط، د. ن، مصر، سنة 1350 هـ، ص 434.

لا يصح حتى لو جازه المالك الحقيقي، ذلك لان الفضولي ل يعتبر مالكا للشيء المبيع وليس له ولاية التصرف في المبيع، لأنه ليس مأذونا له من المالك الحقيقي، ولان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، لان العقد لا وجود له منذ البداية،¹ ولكي يصح لابد من إعداد عقد جديد بين المشتري وبائع ملك الغير، ويؤسس فقهاء هذه النظرية آرائهم على أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والقياس والمعقول وسنقوم بعرضها على النحو الآتي:

1. القرآن الكريم:

استدل فقهاء هذه النظرية على بطلان بيع الفضولي بقوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ﴾².
ومن خلال هذه الآية الكريمة يتبين أن الفضولي لا يمكنه أن ينقل الملكية للمشتري أي لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع، و لم يتحصل المالك على الثمن لذلك فهو باطل،³ كما لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بلا إذن صاحبه وهذا ما لا يجوز شرعا.

2. السنة النبوية الشريفة.

ومن السنة النبوية الشريفة قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في بطلان بيع الفضولي لحكيم بن حزام حين سأله يا رسول الله يأتي الرجل يسألني البيع و ليس عندي، أ فأبيعه؟ فأجابه صلى الله عليه وسلم: " لا تبع ما ليس عندك"⁴ فهذا الحديث دل على نهي صريح " وإنما هو وحي يوحى، ولا ينطق عن الهوى" من الشارع نفسه وهو الرسول الكريم، عن بيع ما ليس مملوكا.، والنهي هنا يعني البطلان .

3. القياس:

ويقربه أصحاب النظرية من بائع السمك في الماء والطير في الهواء، ولأن هذه البيوع باطلة فإن بيع الفضولي باطل، لأنه غير قادر على تسليم ما باعه وذلك لأنه لا يملكه.⁵

¹ الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6 و7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1424هـ، 2002 م، ص 573 . 575. / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص. ص 168 و 169.

² سورة النساء الآية رقم "29".

³ محمد الألفي، المرجع سابق ص 95.

⁴ الحديث رواه أبو داود في سنن، في كتاب الإجازة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث 3503:، سنن أبي داود، ج 4، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، لبنان، د.ت، ص 665 / أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، ج3، ط1، مطبعة المدني، س 1428 هـ، 2007 م، ص 125 / أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، ج3، المرجع السابق، ص. 21 / ابن قدامة عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 4 المرجع السابق ص 274 .

⁵ النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص 286.

4: المعقول:

وهو في نظر القائل بهذه النظرية صدور العقد ممن له ولاية إصداره، وهي الولاية التي لا تتحقق إلا بثبات الملك أو بإذن الملك، والولاية واجبة لانعقاد العقد وهذا يعني الارتباط بين كلا الطرفين، بحيث يتمكن كل منهما من تمكين الآخر من أحكام العقد كاملة، ويقع بيع الفضولي باطلا، لأن الفضولي لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع، فهو لا يملك الولاية، وانعدامها يعني بطلان البيع.

تقييم هذه النظرية:

تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة من قبل فقهاء آخرين كانت نظرتهم لبيع الفضولي على أنه في حالة إجازة الملك، فهو صحيح، وقدموا على هذا أدلة عديدة وهي نفس ما استند عليه أصحاب هذه النظرية.

الفرع الثاني: نظرية العقد الموقوف على إجازة المالك

كان الحنابلة، في إحدى الروايتين،¹ وأغلب المالكية² وكذلك الشافعية في المذهب القديم كما ذكر عن المذهب الجديد من هذا الرأي أيضا³ والأحناف⁴ وعن إسحاق ابن راهوية،⁵ كما يرى فقهاء هذه النظرية أن هذا البيع بيع صحيح إذا كان موقوفا على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازته تقرر صحته منذ انعقاده وبذلك ينتج جميع آثاره، لكن إن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلا، وأعتبر كأنه لم يكن، ويستدل فقهاء هذه النظرية مشروعية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك من عدة أدلة نذكر منها:

1: القرآن الكريم

استدل فقهاء هذه النظرية على توقف بيع الفضولي على إجازة المالك بقوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾⁶، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ﴾⁷ وقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ۗ﴾⁸.

¹ ابن قدامة، المغني، ج4، المرجع السابق، ص205.

² ابن رشد، أبي الوليد محمد ابن أحمد ابن محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ. 2000م، ص 270، 271/ القرائي، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص 226.

³ النووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص 282، 285.

⁴ الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع، ج6 المرجع السابق، ص 573 و 576.

⁵ النووي، المجموع، المرجع السابق، ص 259.

⁶ سورة القرة الآية رقم "275".

⁷ سورة النساء الآية رقم "29".

⁸ سورة الجمعة الآية رقم "10".

ويستدل من هذه الآيات الكريمة على أن الله عز وجل شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل بنصوص عامة سواء كان البيع نافذاً أو موقوفاً وإن كان رضا المتعاقدين موجوداً منذ البداية أو عند صدور الإجازة ممن يملكها في النهاية، فيجب العمل بإطلاق هذه الآيات إلا ما خص بدليل.¹

2. السنة النبوية الشريفة

ومن السنة النبوية الشريفة قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بما روي عن أبي داود والترمذي وابن ماجه، أن عروة البار في قوله دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشتري له شاه فاشتريت له شاتين، بعتهما بدينار وحدث بالشاه والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ما كان من أمري فقال "بارك الله لك في صفقة يمينك"². ويتبين لنا من الحديث الشريف أن عروة باع واشترى ما لم يوكل بشرائه، وباع ما لم يوكل ببيعه وأقره نبينا الكريم، ما يدل على صحة التصرف فإن أحازه المالك نفذ وان لم يجزه بطل.

3. القياس

أصحاب هذه النظرية استدلو على أن بيع الفضولي هو عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يصبح وقوفاً على الإجازة قياساً على الوصية ان تعدت الثلث فإنها تحتاج إلى إجازة الورثة حتى تنفذ، ونفس الأمر بالنسبة للبيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح.³

4. المعقول

في نظر أصحاب هذه النظرية أن عقد الفضولي توافرت فيه جميع أركان التصرف صحيح، ذلك أن كل من البائع والمشتري إرادتهما سليمة ومحل العقد مشروع، إلا أنه غير مملوك لبائع فهذا لا يعني عدم وجوده، وكل ما في الأمر وجود مانع أوقف نفاذه وهو احتمال عدم رضا المالك به، فإذا أحازه المالك نفذ وأنتج آثاره من وقت إبرامه، وإذا لم يجزه بطل العقد.

تقييم هذه النظرية:

تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة من قبل الفقهاء الذين تبنا نظرية بطلان البيع، وقدموا على هذا أدلة عديدة وهي نفس ما استند عليه أصحاب هذه النظرية.

¹ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 77/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 167/ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج6، المرجع السابق، ص 576.

² أخرجه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك رقم الحديث 1258، الجامع الصحيح سنن الترمذي أبي محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س ن، ص 559.

³ القراني، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص 244.

الفرع الثالث: الموازنة للنظريتين

بعدما عرضنا في القسمين السابقين حجج القائلين ببطان بيع الفضولي، وحجج القائلين بتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك، ووازننا بين النظريتين هذا لنعرف أي الرأيين هو الأرجح، فوجدنا ان الرأي القائل بتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك هو الرأي الراجح لما فليه من تيسير على الناس وتحقيق مصالحهم دون أي ضرر يمكن ان يلحق بأحد المتعاقدين زيادة على ان العقد الموقوف على إجازة المالك يتفق مع مبدأ الرضائية طبقا للقاعدة التي تقول الاجازة اللاحقة كالإذن السابق فهو يتمشى مع القواعد الفقهية.

المطلب الثالث: المقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي في تحديد الطبيعة القانونية لملك الغير

بعد أن قمنا بتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي المتمثلة في فكرة العقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري في حالة عدم التزام البائع بنقل الملكية إليه، وتحديد الطبيعة القانونية لبيع الفضولي في الفقہ الإسلامي المتمثلة في فكرة العقد الموقوف على إجازة المالك لذلك لم يبق أمانا إلا معرفة أي من الاتجاهين يتلاءم مع أحكام بيع ملك الغير.

الفرع الأول: أحكام العقد القابل للإبطال

فكرة العقد القابل للإبطال هي فكرة غربية خالصة، وهو عقد له وجوده القانوني،¹ ومع ذلك فقد أخذت به بعض القوانين العربية التي استمدت أغلب أحكامها من القوانين الغربية نجد القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني السوري والمصري.

ويكون في حالة ما اذا تخلف في العقد شرط من شروط الصحة أو عيب من عيوب الرضا، والعقد في هذه الحالة صحيحا وينتج جميع آثاره حتى يطلب من تقرر الإبطال لمصلحته إبطاله والإجازة في هذا العقد يقتصر دورها على تأكيد صحة هذا العقد. وهناك ثلاثة حالات العقد القابل للإبطال وهي على التوالي :

- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.
- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين.
- حالة البطلان بنص خاص المتعلقة ببيع ملك الغير المادة 397 ق م ج.

الفرع الثاني: أحكام العقد الموقوف

فكرة العقد الموقوف هي فكرة إسلامية خالصة، فلا تعرفه القوانين الغربية، ومع ذلك فقد أخذت به القوانين العربية التي تأثرت بالفقہ الإسلامي نجد القانون المدني الجزائري والقانون المدني العراقي والسوري...، وكذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة 111¹،

¹ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 109.

والعقد الموقوف هو: "العقد المشروع بأصله ووصفه، والذي يتوقف أثره عليه بالفعل على إجازة من يملكها شرعا"،² وفقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لفاذ العقد أن يكون للعاقدا ولاية على محل العقد، (والولاية على محل العقد تتحقق في حالة ما إذا كان المميز مالكا للشيء المبيع أو نائبا عن المالك) فإذا لم تتوفر هاتين الحالتين فيكون العقد موقوفا على إجازة المالك الحقيقي وفي هذه الحالة نكون أمام بيع الفضولي.³ وعلى نوع التصرف الذي يجريه. وتتحقق في حالة ما إذا ما تصرف الشخص الراشد في ملكه فيقع تصرفه صحيحا وناظدا، ذلك أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر⁴ ينعقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي. ذلك لأن الولاية في رأي الفقه الإسلامي شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

الفرع ثالث: بيع ملك الغير بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف

يتضح لنا من خلال تحديد الطبيعة القانونية لكل من العقدين الموقوف والقابل للإبطال هو أن العقد الموقوف هو ذلك العقد الذي يتوقف نفاذه على إجازة المالك الحقيقي، أي لا ينتج آثاره حتى تلحقه الإجازة ذلك أن الإجازة تحرر العقد وتجعله ينتج آثاره، أما العقد القابل للإبطال فهو جائز إلى أن يلحقه البطلان ذلك لأن الإجازة في العقد القابل للإبطال يقتصر دورها على زوال خطر البطلان الذي يهدد العقد، لذلك فهو عقد صحيح منتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه لمن تقرر البطلان لمصلحته (بإجازة المشتري).

وعليه "يرجح العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال، لشموله و استغنائه بذاته عن أي شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف، فقد قلنا كل شيء. أم إذا قلنا: بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضا عقد غير سار في حق المالك الحقيقي..."⁵ وهذا ما قال به الدكتور السنهوري وكذلك الدكتور احمد الزرقاء وبعض شراح القانون الفرنسي (لينان دي بلقون).

الخاتمة:

في الأخير نستنتج من خلال المقارنة بين فقه الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة الإسلامية كانت اوسع وادق في تعريفاتها عكس شراح القانون حيث اعتبرت بيع ملك الغير كل شيء معين بالذات من غير مالكة بيعا فضوليا، وقد توصلنا في الأخير الى جملة من الاستنتاجات و الاقتراحات تتمثل في :

¹ حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م1، المرجع السابق ص 108.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 43.

³ ابن الهمام، فتح القدير، ج5 المرجع السابق، ص 309.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص240/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 277 / محمد سعيد جعفرور،

إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، د ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، سنة 2009.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص 278.

اولاً: ضرورة الاقتداء بالتشريع العربي الذي حاول التملص ولو قليلاً في التشريعات الأوروبية التي عرفنا انها تقتدي بأسلافها الرومان وفلسفة الكنيسة.

والاخذ بنظرية العقد الموقوف هذه النظرية التي تسهل من حجم التعاملات لأنها تعطي الحق للمالك الحقيقي دون غيره، حيث تجعله المقر للبيع ومن حقه فقط، اما ان يجيزه واما ان يمنعه، فلا يبقى للمشتري سوى حق الفسخ.

ان الاخذ بهذه الفكرة اي فكرة العقد الموقوف تغني عن الاستعانة بعدم سريان العقد كما بالعقد القابل للإبطال، فهي عملية أكثر ومختصرة لما يبعد التعقيد اذا اخذنا بفكرة العقد القابل للإبطال، وهذا ما ألع عليه كبار الفقهاء امثال السنهوري و سميير تناغو.

ثانياً: ضرورة ايجاد او وضع نص في ما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه الى صحيح، باطل وموقوف وهكذا تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون هي نفسها حالات العقد الموقوف المتمثلة في ناقص الأهلية ومعيب الإرادة وبائع ملك الغير.

ثالثاً: ضرورة تعديل التشريع المدني ايضاً في ما يخص بيع الشريك كل المال الشائع لأنه اقتصر على وضعه نصاً خاصاً بحكم بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع.

رابعاً: كما سبق وان اشرنا اعلاه فإننا نقترح على المشرع ايضاً ان يضع نصاً يقرر من خلاله قابلية رهن ملك الغير للإبطال أسوة بالمشرع المصري او ان يأخذ بما توصلنا اليه من خلال هذه الدراسة وهو في اعتقادنا الحل الأحسن لإشكالية التصرف في ملك الغير سواء بالبيع او الرهن وهي الأخذ بنظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الاسلامي، فيكون البيع او الرهن موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي لذلك نوصي المشرع بالنظر الجدي الى هذا الاقتراح.

4- المصادر والمراجع:

- الكتب:

- القرآن الكريم.

- 1- بشار عدنان ملكاوي، سلسلة اعرف عن العلمية القانونية، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2008.
- 2- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005.
- 3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 4، العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

- 4- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، السنة 2005.
- 5- ابن نجيم، زين الدين، بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بدون طبعة، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 6- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، ط1، دار الحديث، القاهرة، سنة 2000
- 7- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، الجزء4، دار الفكر، ط2، دمشق سوريا، سنة1405هـ1985م.
- 8- حيدر علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب المحامي فهمي حسيني، المجلد1، البيوع، الإجارة، الكفالة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ 2003م.
- 9- فرج عبد الرزاق حسن، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1969.
- 10- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 11- عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البحوث العلمية، الكويت، د س ن.
- 12- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 13- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9(البيوع الخاصة)، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، د س ن.
- 14- أحمد سعيد الزقرد، عقد البيع، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2010.
- 15- بيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، ط1، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1997.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4، المجلد الأول، دار النهضة العربية، د ب ن، سنة1960
- 17- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، ب ط، دار الجامعية، الإسكندرية، د س ن.
- 18- محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006.
- 19- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ب ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.
- 20- جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني المدني المصري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993.
- 21- شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، د ط، د ن، سنة1952.
- 22- نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع "مجد"، ط1، بيروت لبنان، سنة 1982.
- 23- أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية، في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة2002.
- 24- شمس الدين محمد الخطيب الشر بيبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاضل المناهج، ج1، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ 1997م.

- 25- القرافي، شهاب الدين ابن العباس احمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، ج4، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1437 هـ.
- 26- النووي أبو زكريا محي الدين، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج9، د ط، المطبعة المنيرية، القاهرة، د س ن.
- 27- ابن حزم المحلي أبي بكر، ج8، د. ط، د. ن، مصر، سنة1350هـ.
- 28- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6 و7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة1424هـ، 2002
- 29- ابن رشد، أبي الوليد محمد ابن أحمد ابن محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ. 2000م.
- 30- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، د ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، سنة 2009.

- كتب بالغة الاجنبية:

- 1- R. Beudant et P. Lerebours -Pigeonnière, Cours de droit civil français, t. 11, avec la collab. de J. Brethe de la Gressaye, Rousseau, 2e éd., 1938, n° 99, p. p. 68. Dalloz, 1997, n° 615.

مذكرات:

- 1- جباري رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، علوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2016/2017.

- مقالات:

- 1- محمد جبر الألفي، "الفضالة"، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و قوانين بلدان الشرق الاوسط، "مجلة الحقوق والشرعية"، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، العدد الثالث، أغسطس 1980 ص51/52.
- 2- عبد البر محمد زكي، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري، مقالة من مجلة القانون واقتصاد، سنة2009، القسم 1، ص. ص 74 و 75.