

مفاهيم قانونية في انتقال ملك المبيع

عرض ونقد فقهي

Legal Concepts in the Transfer of Ownership of the Subject Matter of Sale

An Exposition and a Jurisprudential Critique

د. عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الناصر

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

Dr. Abdul Aziz Ibn Muhammad Ibn Abdullah Al-Naser

Associate Professor at the Higher Institute of Judiciary

amalnasser@imamu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله، وصلى الله وسلم على رسول الله، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه، أما بعد:

فلما كانت حاجة الإنسان تتعلق بما في يد غيره، وقد لا يبذله بغير عوض؛ أحل الله البيع؛ ليصل كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته^(١).

وعقد البيع أهم عقود المعاملات المالية، وهو جنس يشمل أنواعاً عديدة، والمقصود الأصلي منه المبيع، لأنه هو الذي ينتفع به، والتمن وسيلة للمبادلة؛ لأنه في الغالب من النقود التي لا ينتفع بها بالذات بل بواسطة التوصل بها إلى المقاصد؛ بمنزلة الآلات^(٢).

ولما كان انتقال ملك^(٣) المبيع هو أهم آثار البيع ومقتضياته، فقد رغبت أن أبحث جملة من المفاهيم القانونية المتصلة به؛ مما وقفت عليه ورأيت أنه بحاجة إلى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. والله الموفق للصواب، وعليه التوكل والاعتماد.

أهمية الموضوع:

يكتسب الموضوع أهميته مما يأتي:

- (١) انظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٧.
- (٢) انظر: التلويح على التوضيح للتفتازاني ١/ ٢١٧.
- (٣) بالكسر أفصح. انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٤/ ١٤٢.

١. أهمية عقد البيع في حياة الناس؛ إذ لا يكاد يخلو أحد من كونه بائعاً أو مبتاعاً.
٢. تعلقه بانتقال ملك المبيع الذي هو المقصود الأساس من البيع.
٣. الرغبة في إحاطة المستجدات القانونية بالدراسات الفقهية.

مشكلة البحث:

مدى توافق جملة من المفاهيم التي تضمنتها القوانين المدنية بشأن انتقال ملك المبيع مع أحكام الفقه الإسلامي.

الدراسات السابقة:

الدراسات المتعلقة بعقد البيع وآثاره كثيرة، إلا أني لم أجد -بعد البحث- دراسة نقدية لأحكام انتقال ملك المبيع في القوانين المدنية على ضوء الفقه الإسلامي؛ وبخاصة أنها تتعلق بأبواب متفرقة.

منهج البحث:

سلك في هذا البحث مناهج بحثية متنوعة، من أبرزها المنهج الاستقرائي في تتبع المفاهيم القانونية ذات الصلة بموضوع البحث، والمنهج النقدي في دراستها.

وفي دراسة كل موضوع أبدأ بالعرض القانوني، مورداً ما في القانون المدني المصري، وما ذكره شراحه، ثم ما ورد في نظام المعاملات المدنية والأنظمة الأخرى، وقد سلك هذا الترتيب

مراعاة للتسلسل التاريخي، نظراً لكون القانون المدني المصري هو الأقدم. ثم أتبع ذلك بالنقد الفقهي، وأختمه باقتراح ما تظهر مناسبتة على ضوء الدراسة الفقهية.

واتبعت في كتابة البحث الإجراءات المعتادة في كتابة مثل هذه البحوث من حيث التوثيق والتعليق.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد وستة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع ومشكلة البحث والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطة.

التمهيد.

المبحث الأول: هل المبيع هو حق الملكية؟

المبحث الثاني: هل نقل الملكية التزام على البائع؟

المبحث الثالث: مدى صحة تعليق نقل ملكية المبيع.

المبحث الرابع: مدى صحة بيع ملك الغير بإجازة المشتري؛ مع عدم انتقال الملكية.

المبحث الخامس: مدى ملكية المشتري الثاني للعقار؛ بالسبق في التسجيل.

المبحث السادس: مدى ملكية المشتري الثاني حسن النية للمنقول؛ بالحيازة.

وتحت كل مبحث مما سبق مطلبان: الأول في العرض القانوني، والثاني في النقد الفقهي.

ثم الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

ثم المراجع.

وأسأل الله التوفيق والسداد.

التمهيد

ثمة أوضاع ورسوم معينة تتعلق بانتقال ملكية المبيع في القوانين المدنية، تمتُّ بصلة إلى القوانين القديمة، كالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وغيرها، ونظراً لكون تلك القوانين نتاج آراء وأفكار بشرية فقد كانت تتدرج وتتغير في الأحكام من طور إلى طور، وتتلقى القوانين اللاحقة كثيراً من التقاليد عن القوانين السابقة، ويبقى تفسير طائفة من الأحكام فيها يرجع إلى اعتبارات تاريخية.

وعلى سبيل المثال فقد ذكر الشراح أن البائع لم يكن يلتزم في العهود الأولى بنقل الملكية، بل كان يلتزم بنقل حيازة هادئة للمشتري، وارتبط بذلك ضمان البائع للتعرض الذي يقع على المشتري في المبيع، وقد تركت تلك التقاليد التاريخية طابعها ظاهراً في القوانين المدنية وألقت بظلالها حتى على القوانين الحديثة، ومن ذلك مثلاً انفراد دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عن غيرها بطائفة من الأحكام^(١).

وهذا الفهم لفلسفة القانون وطبيعته، وكونه لا يعدو أن يكون مستمداً من أفكار مجردة، يفسر كثيراً من المفاهيم التي اشتملت عليها القوانين، وتبقى ضرورة ملحّة إلى وجود معيار توزن به تلك المفاهيم والأفكار البشرية، ولا بد أن يكون ذلك المعيار هو الوحي المنزل من

(١) تعرض البائع هو ما يصدر عنه مما يحول - كلياً أو جزئياً - دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، وتعرض الغير هو ادعاؤه حقاً في المبيع سابقاً على العقد. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٤/ ٦٢٠ و٦٢٦ و٦٤١.

عند الحكيم العليم اللطيف الخبير سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، وما استنبطه العلماء منه من أحكام تتعلق بأفعال المكلفين، وذلك أن الملك حكم شرعي إجماعاً، ويتبع الأسباب الشرعية^(١).



(١) انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق ٣/ ٢٣٢.



المبحث الأول هل المبيع هو حق الملكية؟

المطلب الأول: العرض القانوني:

يقول السنهوري (ت ١٣٩١هـ): «المبيع ليس هو الشيء ذاته، بل هو الحق فيه، فتباع الدار أو يباع حق الملكية في الدار، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها، على أن المألوف إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار أن يقال: تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية، فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ذكر الحق المبيع بالذات»^(١).

وفي المقصود بالمبيع ذكر «أن المبيع قد يكون حق ملكية، وهو الغالب، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية ..»^(٢).

وورد في القانون المدني المصري التزام البائع بـ «نقل الحق المبيع» إلى المشتري^(٣).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ١٩١ (حاشية).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ٤٠٥، ونحوه في الحيازة، هل تقع على الشيء نفسه أو على حق الملكية والحقوق الأخرى؟ انظر: ٩ / ٧٨٦، وانظر: عقد البيع للزقرد ص ٨٨.

(٣) انظر: المادة (٤٢٨) من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م

وعلى هذا فالقانونيون يرون أن المبيع هو حق الملكية، وليس الشيء الذي تنتقل ملكيته، فإذا بعت سيارة فمحل البيع هو حق ملكية السيارة، وليس السيارة نفسها.

ولذلك جاءت تسمية مجموعة عقد البيع وما ضُمَّ إليه في القانون المدني المصري بأنها: العقود التي تقع على الملكية^(١).

وعبر بعض الشراح بأن الملكية هي محل العقد^(٢).

وعدتها المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصري: الموضوع الذي يرد عليه العقد، وعبرت عن البيع بأنه من العقود التي ترد على الملكية^(٣).

وكذلك نظام المعاملات المدنية؛ فقد سُمي مجموعة عقد البيع والعقود التي معه: العقود الواردة على الملكية، وهذه التسمية مبنية على ما سبق.

كما أن النظام حين قرر أحكام المحل في العقد بوصفه من مصادر الالتزام عبر بأن محل الالتزام يصح أن يكون «نقل حق عيني»^(٤)،

(١) انظر: القانون المدني المصري: العقود التي تقع على الملكية.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١١ / ٤.

(٣) نقلاً عن المرجع السابق ١٢ / ٤.

(٤) انظر: المادة (٧٠) من نظام المعاملات المدنية.

ومثاله حق الملكية، إذ إنه من الحقوق العينية الأصلية^(١)، وهذا جارٍ على ما سبق من ورود عقد البيع على حق الملكية عند القانونيين.

على أن النظام في مواضع أخرى يعبر بما يفهم منه أن المحل في عقد البيع هو الشيء المبيع نفسه، كاشتراطه في محل الالتزام أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه أو مقداره أو قابلاً للتعيين^(٢)، فإن ورود هذه الأوصاف على الشيء المبيع أوضح من ورودها على حق الملكية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

لا يختلف تعبير الفقهاء في إضافة البيع والشراء إلى المال المعقود عليه نفسه، فهو محل العقد، وعقد البيع يرد عليه، فالعقد في بيع الدار يرد على الدار نفسها وليس على حق الملكية فيها.

ويعبرون عن محل العقد بالمبيع أو المعقود عليه أو المثلث، كقولهم في شروط البيع: «كون المبيع - أي المعقود عليه ثمناً كان أو مثمناً - مالاً»^(٣).

بل هذا هو الوارد في لسان الشرع أيضاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ﴾ [سورة يوسف: ٢٠]، وقوله ﷺ: «من باع نخلاً...» الحديث^(٤).

(١) انظر: المادة (٢٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٧٢) من نظام المعاملات المدنية، والمادة (١٣٣) من القانون المدني المصري.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٧/٢.

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ومسلم (١٥٤٣).

والقول بأن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل هو حق الملكية فيه لا حاجة له؛ من وجوه:

الأول: ما سبق من أن المبيع حقيقةً هو المال المعقود عليه.

الثاني: أن هذا اللفظ «حق الملكية» لم يرد على ألسنة الفقهاء مطلقاً لهذا المعنى، بل يعبرون بالملك، والملك ليس هو حق الملك، «والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة»^(١)، «وحقوق الملك تتبع الملك»^(٢)، وهي كالشرب والطريق ونحو ذلك^(٣)، ولها أمثلة أخرى.

الثالث: أن هذه الإضافة لا تخلو من إيهام في المعنى، فإن إضافة الحق إلى الملكية تحتمل أمرين:

أولهما: أن تكون من قبيل إضافة الشيء إلى سببه، فيكون معناها الحق الذي سببه الملك، كما سبق من حصة الماء والطريق ونحو ذلك، وكقول القانونيين: إن حق الملكية يخول الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يظهر لي أن هذا هو المراد عندهم.

(١) الفروق للقرافي ٢٠٨/٣.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/١ وفيه التفريق بين حقوق الملك وحقوق المالك.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ٧/٢٩١، والمستدرک على مجموع فتاوى ابن تيمية ٤/٨٥ وأعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤٧٠ و٥/٢٩ و٣٢١ وأوردوا ذلك في سياق إثبات شفعة الجوار، وانظر المادة (٩٥٤) و(٩٥٥) من مجلة الأحكام العدلية.

ثانيهما: أن تكون من قبيل إضافة الشيء إلى نفسه، كما يقال: يوم الخميس، فيكون معناها أن الملكية نفسها هي الحق^(١)، وكأن هذا هو مرادهم، لكن الأجود أن يقال: الملك؛ كما هو تعبير الفقهاء، لأن التعبير بحق الملك يرد عليه أمران:

١. أن تسمية الملك الحاصل فعلاً حقاً فيه نظر؛ فإن الملك يختلف عن حقوق الملك، كما سبق.

٢. أن هذه الإضافة توهم أن المراد الحق في أن يملك، أي حق التملك، وهو مجرد الإمكان والصلاحيّة للملك^(٢)، وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم: مَنْ ملك أن يملك^(٣)، أو: من انعقد له سبب المطالبة بالملك^(٤)، ويقوي هذا الإيهام أن الحقوق العينية الأخرى عندهم جارية على هذا المعنى، فحق الانتفاع يعني الحق في أن يتنفع، وحق الاستعمال يعني الحق في أن يستعمل، وحق السكنى يعني الحق في أن يسكن، وهكذا، لكن حق الملكية يعني عندهم الملك لا الحق في أن يملك.

ويلحظ أن القانونيين يخالفون الفقهاء في اصطلاحهم بالحق، فهم من جهة: يجعلون الملك الحاصل فعلاً حقاً - كما سبق -، ومن جهة

(١) من معاني الحق في اللغة: الملك. انظر: تاج العروس للزبيدي ١٦٧/٢٥.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٤١/١٨.

(٣) انظر: المقدمات الممهّدات لابن رشد الجد ٥٦٢/١، والفروق للقرافي ٢٠/٣، والحاوي الكبير للماوردي ٤٩٠/٧، وتصحيح الفروع للمرداوي ٣٤٦/٨، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٩٤٧/١٠.

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٢٠/٣، الفرق ١٢١.

أخرى يقولون مثلاً: الشفعة ليست بحق، ولكنها سبب لكسب الحق^(١)، في حين أن الفقهاء يعبرون كثيراً بحق الشفعة^(٢).

وبناء على ما سبق فالمقترح تعديل تسمية المجموعة الأولى من العقود في نظام المعاملات المدنية من «العقود الواردة على الملكية» إلى تسمية تطابق موضوعها وما ترد عليه^(٣)، وتعديل المادة السبعين منه كذلك^(٤).

على أن الذي يظهر أن قول القانونيين: إن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل حق ملكيته؛ هو مجرد منازعة لفظية، وقد ذكروا أن من المألوف التعبير ببيع الشيء دون ذكر حق الملكية؛ كما سبق.

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٧٨٥ و ٩/ ٤٤٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧، والذخيرة للقرافي ٧/ ٣١٠، والحاوي الكبير للهاوردي ٧/ ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٧/ ٤٥٣، وكشاف القناع للبهوتي ١٤/ ٤٥٣.

(٣) سمتها وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد: عقود التمليك.

(٤) سيأتي مزيد بحث متعلق بها في المبحث التالي.



المبحث الثاني هل نقل الملكية التزام على البائع؟

المطلب الأول: العرض القانوني:

يقرر القانونيون أن العقد يترتب التزاماً بنقل الملكية، فعقد البيع مثلاً ينشئ التزاماً على البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١)، لا أن الملكية تنتقل بمقتضى العقد، ويكون انتقالها أثراً مباشراً له، ويتضح ذلك من تعريفهم للبيع، ومن تعدادهم لالتزامات طرفيه، فقد عرّف القانون المصري البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي^(٢).

وقد نقل السنهاوري (ت ١٣٩١هـ) انتقاد بعض الشراح للتعريف بأنه لا ينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع في القانون الحديث، وهو انتقال الملكية بمجرد العقد، وعقّب عليه بقوله: «لكن يلاحظ أن

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهاوري ٢١/٤ وقد ذكر في ٤٠٦/٤ ونحوه في ٢٨٢/٤ أن البيع لم يكن في القوانين القديمة ناقلاً للملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري دون تعرض من أحد، ثم تطور بعد ذلك تدرجاً. فيبدو أن جعل القانونيين نقل الملكية التزاماً على البائع هو امتداد لكون نقل الحيازة التزاماً، مع أن بينهما فرقاً فنقل الحيازة يتطلب عملاً بخلاف انتقال الملكية فهو معنى، و«النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني»؛ كما نقله الخطاب في مواهب الجليل ٢٢٣/٤.

(٢) المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري.



انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشئه البيع»^(١)، فنقل الملكية يسبقه التزام بنقل الملكية^(٢).

كما أن من صور محل الالتزام عند القانونيين: التزام المدين بنقل حق عيني^(٣).

لكنهم مع ذلك يقررون أن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، «فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً.. فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد، وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه»^(٤).

ويشرح السنهاوري وقوع ذلك على مرحلتين في الحقيقة، فيقول: «البيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون؛ إذا توافرت الشروط المطلوبة، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري، فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ٢٤.

(٢) انظر: المرجع السابق ٩ / ٣٣٢.

(٣) انظر: المرجع السابق ١ / ٣٧٥.

(٤) المرجع السابق ٤ / ٤٢٥، وانظر: ٤ / ٢٤، والمادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٥.

ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام^(١).

ويقول: «والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل، ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته، فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحت شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته»^(٢).

ويرى بعض الشراح أن البيع إذا ورد على منقول معين فإنه ينقل الملكية بذاته^(٣).

أما نظام المعاملات المدنية فبالرغم من أنه عرّف البيع بأنه «عقد يُملّك بمقتضاه البائع المبيع للمشتري مقابل ثمن نقدي»^(٤)، وقرر أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بانعقاد البيع^(٥)، وأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار والمنقول تنتقل بالعقد متى ورد على محل

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٤/٤١٢.

(٢) المرجع السابق ١/٣٧٥، وانظر: الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، ٢/٢٤٩.

(٣) انظر: عقد البيع للزقرد ص ١٤.

(٤) المادة (٣٠٧) من نظام المعاملات المدنية.

(٥) انظر: المادة (٣١٨) من نظام المعاملات المدنية.

مملوك للمتصرف^(١)، كما قرر أن محل العقد إذا كان معيناً بالذات انتقلت ملكيته بالعقد^(٢)، إلا أنه بقي في النظام عُلّقَ من تلك الفكرة القانونية، وبيان ذلك فيما يأتي:

١. أدرج النظام المادة (٣١٨) آنفه الذكر المتعلقة بانتقال الملكية تحت عنوان «التزامات البائع»، مما يشير إلى أن نقل الملكية التزام على البائع، وهذا لا يتفق مع المواد آنفه الذكر التي تقتضي أن انتقالها أثر للعقد.

٢. نص النظام على الآتي: «يصح أن يكون محل الالتزام نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل»^(٣)، ومثال كون محل الالتزام نقل حق عيني: ما ينشأ عن عقد البيع، فيلتزم البائع -وفقاً لهذه المادة- بنقل حق الملكية الذي هو حق عيني أصلي^(٤)، وهذا أيضاً لا يتفق مع المواد السابقة.

٣. نص النظام أيضاً على الآتي: «يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل ملكية المبيع للمشتري وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه جعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً»^(٥)، ويُلاحظ أن هذه المادة لم تتجه إلى التزام البائع بتسليم المبيع مثلاً، أو إلى توثيق نقل

(١) انظر: المادة (٦٥٥) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٦٥٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) المادة (٧٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٤) انظر: المادة (٢٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٥) المادة (٣١٩) من نظام المعاملات المدنية.

الملكية، وإنما تنص على التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية، وهذا يقتضي أن الملكية لم تنتقل بالعقد، وهي عامة لم تخص حال كون المبيع غير معين.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

الصحيح أن انتقال الملكية أثر عقد البيع ومقتضاه، وليس التزاماً على البائع، وبيان ذلك أن الملك معنى، و«العبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة»^(١)، وانتقاله من البائع إلى المشتري لازم للعقد، وليس التزاماً على العاقد.

نقل الخطاب (ت ٩٥٤هـ) عن بعض الفقهاء: «نقل الملك لازم للبيع»^(٢).

بل إن ابن رشد (ت ٥٢٠هـ) جعل حقيقة البيع: «نقل الملك عن عوض»^(٣).

و«كل من عقد البيع بينهما على شيء فقد انتقل ملك البائع كما باع على المشتري»^(٤).

(١) الفروق للقرافي ٣/ ٢٠٨، وانظر حاشية ابن الشاط ٣/ ٢٣٢.

(٢) مواهب الجليل للخطاب ٤/ ٢٢٢، وهو في سياق مناقشة تعريف ابن رشد الآتي.

(٣) المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ٢/ ١٩.

(٤) اختلاف الفقهاء للمروزي ص ٥٥٤، وهو من كلام أبي ثور.

والبيع سبب للملك، فيلزم من وجوده وجود الملك، وقد يترتب الملك على أسباب أخرى^(١).

وقد أجمع العلماء على ملك المشتري للمبيع بالعقد.

قال ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «ويملك المشتري المبيع بالعقد.. إجماعاً»^(٢).

وبناء على ما سبق فما ذكره بعض الشراح وما ورد في بعض القوانين المدنية مما يفيد أن نقل الملكية التزام على البائع ليس بسديد، وإن كان تنظيراً لا يظهر له أثر عملي، والمقترح تعديل المواد المشار إليها من نظام المعاملات المدنية على النحو الآتي:

١. عدم إدراج المادة (٣١٨) تحت عنوان «التزامات البائع».

٢. حذف عبارة «نقل حق عيني» من المادة (٧٠).

٣. تعديل المادة (٣١٩) بحيث تنجّه إلى تسليم المبيع أو توثيق انتقال الملكية.

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣/ ٢٠٨، الفرق ١٨٠.

(٢) المستدرك على مجموع فتاوى ابن تيمية ٤/ ١٤، وانظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، ص ٢١٢.



المبحث الثالث مدى صحة تعليق نقل ملكية المبيع

المطلب الأول: العرض القانوني:

لما كان البيع بالتقسيط ينطوي على مخاطر عدم سداد المشتري للأقساط فقد ظهرت في وقت سابق صورة البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، وحقيقتها أن يبيع البائع شيئاً ويشترط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى حين سداد المشتري لجميع الأقساط، فينعقد البيع، وقد يتسلم المشتري المبيع، لكن يُعلّق نقل الملكية على الوفاء بجميع الثمن؛ استيثاقاً من البائع لحقه، واحترازاً من إعسار المشتري^(١).

ويتضح من ذلك:

١. انعقاد البيع.

٢. تعليق نقل الملكية على شرط واقف بالنسبة إلى المشتري، وشرط فاسخ بالنسبة إلى البائع، والشرط الواقف والفاسخ هنا شيء واحد يتمثل في وفاء الثمن^(٢).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١٧٢/٤ وما بعدها، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ١٨٠، والعقود التجارية وعمليات البنوك للجبر ص ٤٥.

(٢) الشرط الواقف هنا يترتب عليه وجود الملكية، والشرط الفاسخ يترتب عليه زوالها. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١٧٣/٤.

وقد جَوَّز القانون المدني المصري هذه الصورة، وقرر أنه إذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع^(١).

وكذلك نص نظام المعاملات المدنية على الآتي:

« ١. للبائع - إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً - أن يشترط تعليق نقل الملكية للمشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو سلّم المبيع. ٢. إذا استوفى البائع الثمن عُدَّت ملكية المشتري مستندة إلى وقت انعقاد البيع^(٢).

ومفاد المادة أن العقد منعقد، وقد يسلم المبيع، ومع ذلك فالملكية لم تنتقل، بل هي معلقة على أداء جميع الثمن.

ومما له صلة ما قرّره النظام في الالتزام المعلق على شرط من أنه: «إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط ..»^(٣).

(١) انظر: المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري، وفي ختام تلك المادة أنها تسري ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً، وهي تشير إلى صور من التعامل سبقت الإيجار المنتهي بالتمليك أو الإيجار التمويلي بصورته الحالية، كالبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية - وهي محل البحث -، والإيجار الساتر للبيع، ونحوها.

(٢) المادة (٣٢٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) المادة (٢٠٣) من نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

انقضاء العقد مع عدم انتقال الملك غير متصور فقهاً، ولا يصح؛ لكون انتقال الملك أهم أثر للبيع، بل عبر ابن رشد (ت ٥٢٠هـ) عن البيع بأنه: «نقل الملك عن عوض»^(١)، فهذا الشرط «مناقض لعقد البيع، يفسد به البيع بالإجماع، لأنه لا معنى للبيع إلا نقل ملك المبيع إلى المشتري.. واشترط عدم نقل الملك معناه أن يعقد البيع بشرط عدم البيع، وهو تناقض ظاهر»^(٢).

والصورة محل البحث تسمى: البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، وقد سبق أن صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه «لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع»^(٣)، وذلك أن للبائع أن يستوثق لحقه بعقود الاستيثاق كالرهن والضمان، ولكن ليس له أن يمنع أهم الآثار المترتبة على العقد^(٤).

وإنما التعليق المعهود فقهاً هو أحد شيئين^(٥):

- (١) المقدمات الممهדות لابن رشد الجد ١٩ / ٢.
- (٢) فقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، ١ / ٤٩٠.
- (٣) القرار ٥١ (٦ / ٢) صدر في الدورة السادسة للمجمع المنعقدة في ١٧ - ٢٣ / ٨ / ١٤١٠هـ.
- (٤) انظر: بحث: البيع بالتقسيط: نظرات في التطبيق العملي، د. علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧١ / ٦.
- (٥) يضاف إليهما صورة بيع العربون التي صححها الحنابلة. انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣ / ٢.

الأول: تعليق العقد من أصله، لا تعليق نقل ملكية المبيع مع انعقاد البيع.

وتصحیح هذا التعليق رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(١)؛ خلافاً للأئمة الأربعة^(٢)، وصحح الشيخ كذلك تعليق العقود الأخرى كالإجارة والوقف والهبة^(٣).

الثاني: تعليق الفسخ، كأن يقول: إن جئني بالثمن إلى كذا وكذا وإلا فلا بيع بيننا^(٤).

وضابط ذلك أن «ما كان تمليكا محضاً لا يدخل التعليق فيه قطعاً؛ كالبيع، .. وما كان حلاً محضاً يدخله التعليق قطعاً ... وبين المرتبتين مراتب يجري فيها الخلاف»^(٥).

وعلى ما سبق فالمقترح حذف المادة (٣٢٠) من النظام.

(١) انظر: الفروع لابن مفلح ١٩٠/٦.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٤٢/٥، وشرح الزرقاني على خليل وحاشية البناني ٨/٥، والمهذب للشيرازي ١٩/٢، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣ و١٤/٢ وفيه استثناء بيع العربون؛ فيصح.

(٣) انظر: اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية لمجموعة من الباحثين ٢١١/٦ و١٢٠/٨ و١٨٧/٨ و٤٠٤/٨.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب، القاعدة (١١٨) ٤١٢/٢، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة للديان ٣٩٧/٥.

(٥) المنشور في القواعد الفقهية للزركشي ٣٧٧/١، وانظر: الموسوعة الفقهية ٣١٣/١٢.



المبحث الرابع مدى صحة بيع ملك الغير بإجازة المشتري؛ مع عدم انتقال الملكية

المطلب الأول: العرض القانوني:

إذا باع شخص ملك غيره، فالأطراف الذين لهم صلة هم: ١-
البائع الذي لا يملك. ٢- المشتري. وهذان هما طرفا العقد. ٣- المالك،
وهو أجنبي عن العقد.

ووفقاً للقانون المدني المصري وشراحه فإن أحكام هذا البيع على
النحو الآتي:

١. بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري بموجب نص
خاص في القانون، وليس عقداً باطلاً^(١)، ولكون قابليته للإبطال تقررت
بموجب نص خاص فإنه يختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة
في ذلك، وذلك أن الأصل أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً
إلا إذا أجازاه العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته وهو هنا المشتري،
أما بيع ملك الغير فينقلب صحيحاً أيضاً بأحد أمرين آخرين:

أ. إقرار المالك، ويفرق الشراح بين أثره في حق المشتري، إذ ينقلب
العقد صحيحاً من وقت العقد بأثر رجعي، وبين أثره في حق المالك،

(١) انظر في الفرق بين العقد الباطل والقابل للإبطال في القانون: الوافي في شرح
القانون المدني، سليمان مرقس، ٤٦٦/٢.

إذ يسري العقد في حقه من حين الإقرار دون أثر رجعي، فلو أن المالك رتب عليه حقاً عينياً بعد العقد وقبل الإقرار فإن ملكيته تنتقل مثقلة بهذا الحق.

ب. أن يصبح البائع مالكا للمبيع بعد العقد؛ بأن يرث المالك أو يشتري المبيع منه أو غير ذلك.

٢. ما لم يحصل أي من هذين الأمرين فأمام المشتري ما يأتي:

أ. أن يرفع دعوى الإبطال، فيتحتّم على القاضي أن يحكم له بذلك، ولا أثر لإجازة المالك ولا لكون البائع أصبح مالكا بعد الحكم.

أما البائع فلا يملك إبطال البيع لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري. وللمشتري حسن النية أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر أو كسب فاته بسبب إبطال البيع، أما إذا كان يعلم فله أن يسترد الثمن فحسب بدعوى الإبطال.

ب. أن يميز المشتري البيع صراحة أو ضمناً فينقلب البيع صحيحاً، ويبقى منشئاً لالتزامات في جانب البائع والمشتري، ولكن لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١)؛ لأن المالك لا تنتقل منه الملكية إلا برضاه، فلا يسري العقد على المالك، بل يبقى مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع،

(١) ذكر الشراح أن المشتري قد يملك المبيع لا بعقد البيع، بل بحيازة المنقول إذا كان حسن النية! انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٢٩٦/٤، وستأتي مناقشة ذلك في المبحث السادس.

ويكون له أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق وعلى البائع بدعوى التعويض.

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين فيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبسائر الالتزامات، ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن، لكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه فإن المشتري يجوز له في هذه الحال المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق.

وأشير أخيراً إلى ما ذكره الشراح من أن بيع ملك الغير كان في القانون الروماني صحيحاً؛ لأن البيع في ذلك القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري دون تعرض من أحد، وغير المالك يستطيع أن يقوم بذلك ومن ثم كان بيعه صحيحاً^(١).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٢٦٩/٤ وما بعدها، والمواد (٤٦٦) و(٤٦٧) و(٤٦٨) من القانون المدني المصري، وشرح أحكام عقد البيع، د. محمد شنب، ص ٨٩ وما بعدها، وعقد البيع للزقرد ص ٢٧٠، والبيع في القانونين اللبناني والمصري، مصطفى الجمال، ص ٨٩، وعقد البيع، سمير تناغو، ص ٣٨٢، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٤٩٩.

أما نظام المعاملات المدنية فقد اشتمل على مادتين^(١) لا يخرج مضمونها عما سبق، وخلاصتهما:

١. بيع ملك الغير لا ينفذ في حق المالك. ومفهومه أنه قد ينفذ في حق المتعاقدين.

٢. إذا أجاز المالك نفذ في حقه؛ دون إخلال بحقوق الغير. وقد سبق بيان ذلك.

٣. للمشتري طلب إبطاله ما لم تؤل ملكية المبيع إلى البائع بعد العقد، أو يحجز المالك البيع.

٤. إذا حكم للمشتري بإبطال العقد وكان يجهل عدم ملك البائع للمبيع فله أن يطالب بالتعويض، ولو كان البائع حسن النية. ويُقصد بحسن النية من يجهل أنه يعتدي على حق الغير^(٢). وهو بنحو ما تقدم في القانون المدني المصري.

ويلحظ من هذا العرض القانوني لأحكام بيع ملك الغير ما يأتي:

١. أن بيع ملك الغير ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً عند القانونيين، بل قد ينقلب صحيحاً ولو لم يحزه المالك.

(١) انظر: المادة (٣٥٩) و(٣٦٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٦٧٥) من نظام المعاملات المدنية.

٢. أن القوانين تجعل تصحيح العقد وعدمه أمراً نسبياً، فقد يصح العقد بالنسبة إلى المتعاقدين دون المالك، كما أن إجازة المالك تسري بأثر رجعي بالنسبة إلى المشتري، ودون أثر رجعي بالنسبة إلى المالك.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

يرد النقد الفقهي على ما سبق من وجوه:

الأول: أن بيع ملك الغير إذا لم يجزه المالك ليس قابلاً للإبطال كما يقول القانونيون، بل هو باطل بإجماع العلماء، نقل الإجماع ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) وابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) وغيرهما^(١).

قال ابن تيمية: «أما بيع نصيب الغير فلا يصح إلا بولاية أو وكالة وإذا لم يجزه المستحق بطل باتفاق الأئمة»^(٢).

فإن أجازه المالك نفذ عند الحنفية والمالكية^(٣)؛ أما الشافعية والحنابلة فلا يصح عندهم ولو أجازه المالك^(٤).

(١) انظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص ٨٤، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، ص ٢٠٨.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٣٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١٥٠، والفروق للقرافي ٣ / ٢٣٨ وذكر أنه صحيح إلا أنه محرم، وذكر الخطاب في مواهب الجليل ٤ / ٢٧٠ أن حكمه التكليفي يختلف بحسب المقاصد وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح.

(٤) انظر: أسنى المطالب لتركيا الأنصاري ٢ / ١٠، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩ / ٢، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة للديان ٢ / ١٢٩، والموسوعة الفقهية =

الثاني: نفاذه بإجازة المالك عند من يقول به يستند إلى وقت العقد كما قرره السرخسي (ت ٤٨٣هـ) فقد قال: «فأما عند الإجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة»^(١)؛ خلافاً لما يقوله القانونيون من أن أثره بالنسبة إلى المالك من حين الإجازة، وأثره بالنسبة إلى المشتري من حين العقد!، وأن المالك لو رتب حقاً عينياً بعد العقد وقبل الإجازة لانتقل المبيع محملاً بهذا الحق.

الثالث: يتضح مما سبق أنه ليس لإجازة المشتري أثر في تصحيح العقد؛ خلافاً لما يقرره القانونيون.

الرابع: لا يوجد في الفقه الإسلامي تصحيح نسبي للعقد، بأن يصحح بالنسبة إلى المتعاقدين دون المالك إذا أجازاه المشتري، بل إما أن يصح وإما أن يبطل، وحكمه في الحاليين يتعلق بالمالك والعاقدين؛ خلافاً لما يقرره القانونيون.

الخامس: إذا باع ملك غيره ثم اشتراه من مالكة ليسلمه للمشتري فإن العقد لا يكون بذلك صحيحاً؛ خلافاً لما يقرره القانونيون من أن أيلولة المبيع إلى البائع بعد العقد تصحح العقد.

= ٢٨٥ / ٣ و ١٧٢ / ٣٢، وفقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، ٩٣٩ / ٢.

(١) المبسوط للسرخسي ١٥٥ / ١٣.

قال السرخسي (ت ٤٨٣ هـ): «وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ما باعه؛ لأن حكم ذلك السبب لا يمكن إثباته باعتبار الملك الحادث له، فحكم السبب ثبوت الملك المشتري من وقت العقد، وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد، وقد زال ذلك بإزالته، فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصوراً على الحال وحكم السبب ليس هذا.. وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أن المراد إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد؛ بدليل قصة الحديث»^(١)، فإن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سألت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق. قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

السادس: ثمة مسألة ذات صلة أشير إليها تمييزاً للبحث، وهي: حكم الأعيان المسروقة والمغصوبة ونحوها، إذا آلت إلى مشترٍ ونحوه وهو لا يعلم كونها مستحقة، فهل إذا وجدها مالكة يستحقها على من هي بيده مجاناً؟ أو بالثمن؟ أو لا يستحقها؟ ثلاثة أقوال للفقهاء^(٣).

(١) المرجع السابق ١٣/ ١٥٥.

(٢) أخرجه أحمد (١٥٥٧٣) وأبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢) والنسائي (٤٦١٣) واللفظ له، وابن ماجه (٢١٨٧) عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وصححه النووي في المجموع ٩/ ٢٥٩.

(٣) ونحوها مسألة: ما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين، فأدركه صاحبه قبل قسمه أو أدركه مقسوماً. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١٢٨، والمغني لابن قدامة ١٣/ ١١٧، وكشاف القناع للبهوتي ٧/ ١٢٨، والمستدرک على مجموع فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٣١، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/ ٣٥٤، وقواعد ابن رجب =

والمقترح تعديل مواد بيع ملك الغير؛ بناء على الوجوه السابقة،
لتتفق مع ما ذكر.



= ٢٢٦/٢، وانظر الأقوال الثلاثة وأدلتها في بحث: استحقاق الأعيان المالية
المسروقة أو المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع، د. علي الديبان،
العدد السابع من مجلة العدل.

المبحث الخامس مدى ملكية المشتري الثاني للعقار بالسبق في التسجيل

المطلب الأول: العرض القانوني:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر التسجيل في انتقال ملكية العقار:

يقرر القانون المدني المصري أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع^(١) والعقد هو سبب نقل الملكية^(٢)، ويوضح شراحه ذلك بأن الحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة فكان الواجب شهره؛ ليعلم أصحاب المصلحة بوجوده ويأخذوا ذلك في حسابهم عند التعامل.

والأصل أن نظام الشهر خاص بالتصرفات القانونية الواقعة على عقار، ومن أنواعه: الشهر العيني أو السجل العقاري، وهو نظام له حجية، لكون التصرفات لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها، والاستقصاء عن بيانات العقار، وأهلية المتصرف وملكيته، وبعد الفحص الدقيق يكون إجراء التسجيل، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف

(١) انظر: المواد (٢٠٤) و(٩٣٢) و(٤٠٢) و(٩٣٤) من القانون المدني المصري.

(٢) نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٣٣٦/٩.

له؛ لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق، فالشهر لا التصرف هو الذي ينقل الحق، والتسجيل ليس مجرد إعلان للتصرف بل نقل للحق العيني^(١).

وقد ذكر السنهوري مراحل قوانين الشهر في مصر، وأنه قبل نظام الشهر «كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية» وأن المحاكم المختلطة قضت «بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسري على عقود البيع فيما بين الأهالي قبل صدور التقنيات الحديثة، وبأنه كان يكفي لانعقاد البيع توافق الإيجاب والقبول على المبيع والضمن»^(٢)، ثم كان التقنين المدني السابق في مصر يميز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع، وبين انتقالها بالنسبة إلى الغير، حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل، ثم صدر قانون الشهر العقاري في عام ١٩٤٦م، فصارت الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل؛ سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير^(٣)، وتنتقل من وقت التسجيل لا بأثر رجعي^(٤).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٤٣٤ و ٤٣٧.

(٢) المرجع السابق ٤/ ٤٤٠.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٤٧٤ و ٤٨١.

(٤) أما السنهوري فيرى أن للتسجيل أثراً رجعياً في انتقال الملكية بين المتعاقدين، لكن ليس له أثر رجعي في انتقالها بالنسبة للغير! انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٥١١ و ٥١٨ وما بعدها، وقارن بها في ٩/ ٣٣٦.

والبيع غير المسجل يعدّ عقد بيع ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل! فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري وتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق، ويلتزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع، وللمشتري مطالبة البائع بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد، فإذا جرى تسجيله فقد نفذ التزامه، وانتقلت الملكية فعلاً بالتسجيل، وإلى جانب الالتزامات فمن آثاره أيضاً أن الشفعة تثبت به، وإذا صدر من غير مالك جاز للمشتري أن يطلب إبطاله، فيبيع ملك الغير لا ينقل الملكية ولو سُجل.

وينبني على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل أن المالك إذا باع عقاره لمشتري ولم يسجل، ثم باع المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده؛ فإن الملكية لا تنتقل إليه من المشتري الأول، بل من البائع الأول؛ لأن المشتري الأول لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده، بل بقيت الملكية للبائع، وانتقلت منه للمشتري الثاني^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فقد نص على الآتي: «إذا اشترط نص نظامي إجراءً لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى، لم تنتقل إلا باستكمال ذلك الإجراء»^(٢)، ولم أقف على اشتراط التسجيل لانتقال

- (١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٢٨٦/٤ و ٤٨٥ و ٥٠٥ وما بعدها ٦١٩، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٨، والبيع في القانونين اللبناني والمصري، مصطفى الجمال، ص ١٢٦، وعقد البيع، سمير تناغو، ص ١٦٤ و ٢٠٤ و ٢٥٥.
- (٢) المادة (٦٥٧) من نظام المعاملات المدنية، ويمكن أن يكون من أمثلة ذلك الإجراء: إفراز المبيع غير المعين بالذات، كما في المادة (٦٥٦)، وانظر أيضاً: المادة (١٨) من تنظيم الدعم السكني.

الملكية في الأنظمة المحلية، لكن نص نظام التسجيل العيني للعقار على أن الحقوق العينية الناشئة عن التصرفات العقارية لا تكون منتجة لآثارها القضائية والإدارية إلا بالتسجيل^(١)، وهذا قريب مما سبق؛ خاصة في حال التمسك بالملكية أمام الجهات القضائية والإدارية.

كما نص النظام على أن للسجل العقاري الحجية المطلقة في الإثبات ويعمل بمضمونه أمام القضاء والجهات كافة بلا بينة إضافية^(٢).

الفرع الثاني: صورة بيع العقار مرتين وتسجيل المشتري الثاني له:

هذه الصورة تتصل بكون الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهي أيضاً من صور التعرض الموجب للضمان في القانون المدني المصري، فقد جاء فيه: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه؛ سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري؛ ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه»^(٣).

ويلحظ أن الجملة الأخيرة تتضمن أنه قد يثبت للأجنبي حق بعد البيع يؤول إليه من البائع نفسه، وحينئذ يضمن البائع للمشتري تعرض ذلك الأجنبي الذي آل إليه حق من البائع.

(١) انظر: المادة (١٣) من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٢) انظر: المادة الرابعة من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٣) المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري.

ومن صور ذلك ما ذكره شراح القانون المدني المصري من أن البائع لا يجوز له بيع العقار مرة ثانية، ولكن إذا باعه مرتين وبإدارة المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول فإن الملكية تنتقل إليه هو دون المشتري الأول، فإذا نزع المشتري الثاني العقار من يد المشتري الأول فإن هذا يعدّ تعرضاً صادراً من المشتري الثاني، وهو في الوقت نفسه تعرض صادر من البائع نفسه؛ لأن المشتري الثاني استمد حقه من البائع، وحينئذ فإن البائع يضمن للمشتري الأول هذا التعرض واستحقاق المشتري الثاني للعقار.

كما أن للمشتري الأول أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية إليه، لكن ليس للمشتري أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك^(١).

وهذا التصرف من البائع صدر بعد البيع الأول الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض، والحق للمشتري الثاني آيل إليه من نفس البائع، ومعنى ضمان التعرض هنا أن يدفع البائع عن المشتري الأول هذا التعرض، فإذا لم يتمكن فإنه يضمن الاستحقاق ويدفع له -وفقاً للقانون المدني المصري- قيمة المبيع مع الفوائد، وقيمة الثمار،

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٥٠٤ و ٦٢٦ و ٦٢٨، وعقد البيع للزقرد، ص ١٩٤ و ١٩٩.

والمصرفات النافعة، والمصرفات الكهالية، وجميع مصرفات دعوى الضمان؛ بالتفصيل والقيود الواردة في القانون^(١).

وهل يشترط في انتقال الملكية للمشتري الثاني أن يكون حسن النية بألا يكون وقت شرائه عالماً بالتصرف السابق؟ هناك ثلاثة آراء للقانونيين:

الأول: اشتراط حسن النية فيه.

الثاني: عدم اشتراط حسن النية، فلا يؤثر علمه بالتصرف السابق، لكن يشترط عدم تواطئه مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول.

الثالث: عدم اشتراط حسن النية ولا عدم التواطؤ، ويرجع المشتري الأول بالتعويض على البائع، وعلى المشتري الثاني بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع، لكن لا تكون للمشتري الأول ملكية العقار^(٢).

وأشير أخيراً إلى ما ذكره الشراح من أن دعوى ضمان التعرض في القانون هي دعوى تختلف عن دعوى إبطال العقد أو فسخه التي تتفرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ودعوى الضمان على النحو المذكور لها خصوصية ترجع إلى اعتبارات تاريخية تمت بصله إلى القانون

(١) انظر: المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٢٨٣.

(٢) في الموضوع نزاع بين القانونيين، والسنهوري يتجه إلى الرأي الثاني، والقضاء في مصر أخذ بالثالث. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٥٣٧/٤.

الروماني والقانون الفرنسي القديم، وما اشتملا عليه من رسوم وأوضاع معينة تتعلق بنقل ملكية المبيع^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فقد نص في مواد ضمان التعرض والاستحقاق على الآتي: «يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير في المبيع كله أو بعضه إذا كان الحق سابقاً لعقد البيع أو آيلاً إلى الغير من البائع»^(٢).

وعبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» صورتها بنحو ما تقدم.

كما نص النظام على ما يضمنه البائع في حال استحقاق المبيع، وتشمل: ثمن المبيع وقيمة الثمار التي ردها المشتري للمستحق، والنفقات النافعة، والنفقات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، والتعويض عن أي أضرار أخرى نشأت باستحقاق المبيع^(٣).

وإذا طبقنا ذلك على الصورة محل البحث فيقال إن الحق للمشتري الثاني آيل من البائع نفسه، فيضمن البائع الثمن وهذه النفقات للمشتري الأول، على أن النظام ليس صريحاً في ذلك لكون الحكم نُقل بشكل جزئي كما تقدم؛ لعدم نص النظام على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، على أن نظام التسجيل العيني للعقار نص على أن الحقوق

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٦١٩، وقد فرق بينها القانون المدني المصري كما يتضح من آخر المادة (٤٤٣).

(٢) المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) انظر: المادة (٣٣٥) من نظام المعاملات المدنية.

العينية الناشئة عن التصرفات العقارية لا تكون منتجة لآثارها القضائية والإدارية إلا بالتسجيل^(١)؛ كما سبق، ونص أيضاً على الآتي: «يكتسب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة بعد انقضاء سنة من تاريخ نشر قوائم الملاك، وللمتضرر من التسجيل العيني الأول بعد اكتسابه الحجية المطلقة حق اللجوء إلى المحكمة المختصة وطلب التعويض من المتسبب دون الحق في طلب إلغاء التسجيل العيني الأول أو تعديل بياناته أو الحقوق الواردة فيه»^(٢).

ويفهم منه أنه لو ثبت الملك لشخص آخر بعد اكتساب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة فليس لذلك الشخص إلا التعويض، وليس له إلغاء التسجيل أو تعديله.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

الأمر الأول: فيما يتعلق بما تنص عليه بعض القوانين من أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل:

يرد النقد على ذلك من وجوه:

(١) انظر: المادة (١٣) من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٢) المادة (١١) من نظام التسجيل العيني للعقار.

أولها: أن الملك حكم شرعي إجماعاً، ويتبع الأسباب الشرعية^(١)، وقد جعل الشارع من أسبابه عقد البيع، بصيغته القولية أو الفعلية، فإذا وجدت صيغة البيع انتقل الملك، كما سبق بيانه في المبحث الثاني.

ثانيها: لا يتوقف انتقال الملك شرعاً على التسجيل، كما أن التسجيل بذاته ليس سبباً للملك، والتوصيف الفقهي له أنه نوع من التوثيق^(٢)، وقد بحث العلماء في علم الوثائق والشروط والسجلات، وصنفوا فيه، ومن تعريفاتهم له: أنه «علم باحث عن كيفية ثبوت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال»^(٣).

ثالثها: قول القانونيين إن البيع غير المسجل ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية؛ ليس بصواب، فإن انتقال الملك هو أهم أثر للبيع، والبيع إذا صح ترتبت جميع آثاره، وإذا فسد لم تترتب آثاره^(٤).

(١) انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق ٣/ ٢٣٢.

(٢) قارن بما ورد في المادة الثامنة من نظام الأحوال الشخصية، فقد أوجبت توثيق عقد الزواج، ومع ذلك فقد أجازت طلب إثبات عقد الزواج غير الموثق، ولم تلغ أثره. وعقد الزواج أهم من عقد البيع.

(٣) كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة ٤/ ٤٩٢، وانظر: مقدمة تحقيق كتاب الفائق في صورة رسم الوثائق للأهدل، تحقيق: د. عبد العزيز بن داود، بحث في العدد (١٩) من مجلة قضاء، ص ١٥.

(٤) على أن الأحكام قد تتبع لبعض لتعدد أسباب شرعية، لكن هذا ليس على نحو ما ذكره. انظر: الإنصاف للمرداوي (مطبوع مع الشرح الكبير) ٢٣/ ٤٨٩، وتوصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية لابن خنين ٢/ ٣٧٧، ونقل فيه ضابطاً =

الأمر الثاني: فيما يتعلق بصورة بيع العقار مرتين وتسجيل المشتري الثاني له:

يرد النقد على ذلك من جهة أن البيع الأول إذا انعقد صحيحاً شرعاً فإن الملك ينتقل به إلى المشتري الأول ولو لم يسجل العقار، وحينئذ يكون البيع الثاني له بيعاً باطلاً؛ لأن البائع غير مالك له، ولا يصححه تسجيل المشتري الثاني له.

قال ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «وأما إذا باع الرجل سلعة من رجل ثم باعها بعد من آخر فلا اختلاف في أن الأول أحق بها وإن قبضها الثاني»^(١).

كما أنه لا أثر لعدم التواطؤ مع البائع، ولا لما يسميه القانونيون حسن النية ويقصدون به عدم العلم، وبغض النظر عن هذه التسمية غير المطابقة للمعنى المراد فإن «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»^(٢).

وإعطاء التسجيل العيني للعقار حجية فيه مصلحة من جهة استقرار المعاملات والأوضاع، ولكن إذا ثبت خطؤه فمصلحة إيصال الحق لصاحبه مقدّمة، وحينئذ فيحسن أن يكون هناك إجراءات مناسبة

= وهو: أنه إذا اجتمعت الأسباب فإن قبل الحكم التجزئة توزعت الأحكام على الأسباب؛ لأن الأسباب الشرعية يجب صيانتها عن التعطيل ما أمكن.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٨/ ١٢٣.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩/ ٢.

لمراجعة التسجيل في تلك الحال؛ ولو في نطاق ضيق، ويبقى البحث في الأعيان المستحقة إذا آلت إلى مشتري ونحوه وهو لا يعلم كونها مستحقة، فهل للمالك أن ينتزعها ممن هي بيده مجاناً أو بالثمن أو ليس له انتزاعها؟ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١).

وبناء على ما سبق فالمقترح حذف عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» الواردة في المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية، ومراجعة المادة الحادية عشرة والمادة الثالثة عشرة من نظام التسجيل العيني للعقار.

(١) انظر: المبحث الرابع من هذا البحث.

المبحث السادس مدى ملكية المشتري الثاني حسن النية للمنقول بالحيازة

المطلب الأول: العرض القانوني:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر الحيازة في ملكية المنقول:

يشير الشراح إلى أن القانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية، وأنه يجب لا اعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى للحائز السيطرة، فلا يعتدي أحد عليها ولو كان هو المالك للمال، وللمالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز.

ووفقاً لما ورد في القانون المدني المصري وشراحه فإن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول، أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول، أو بالتقادم القصير في العقار وحده، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده، أو بالقبض في تملك الثمار^(١).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنة ٩٨٣ و ٧٩٠ / ٩.

وقد نص القانون المدني المصري على أن من حاز بسبب صحيح منقولاً فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته^(١).

وحسن النية معناه أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك.

والسبب الصحيح هو تصرف قانوني ناقل للملكية؛ كالبيع، ولكنه مع ذلك لم ينقل الملكية للحائز لأنه صادر من غير مالك، ولو صدر من مالك لنقلها^(٢).

أما نظام المعاملات المدنية فقد عرّف الحيازة، وعدّها قرينة على الملكية عند النزاع فيها، وعرّف الحائز حسن النية بأنه من يجهل أنه يعتدي على حق الغير؛ ما لم يكن الجهل ناشئاً عن خطئه الجسيم^(٣)، ولم يطلق النظام أن حيازة المنقول تكسب الملكية.

(١) انظر: المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١١٣٧/٩ و١١٣٩.

(٣) انظر المواد: ٦٧٣ و٦٧٤ و٦٧٥ من نظام المعاملات المدنية، وكانت المادة (١٥٨) (ملغاة) من نظام المرافعات الشرعية تنص على أن حيازة المنقول قرينة بسيطة على الملكية، ويجوز إثبات العكس، كما أن المادة (٢٠٩) منه فيها إمكان رفع دعوى مستعجلة لمنع التعرض للحيازة أو استردادها، ولا يؤثر أمر القاضي بذلك على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه.

الفرع الثاني: صورة بيع المنقول مرتين وحيازة المشتري الثاني له:

ذكر الشراح في معرض كلامهم عن نقل الملكية في المنقول ما مفاده أن البائع إذا باع سيارة -مثلاً- لمشتري، ثم باعها البائع مرة أخرى لمشتري ثانٍ، فإنه يكون قد باع ما لا يملك، وحينئذ:

- فإذا بقيت السيارة في يد البائع فإن المشتري الأول هو الذي يستردها منه لأنه هو المالك، ويرجع المشتري الثاني على البائع بتعويض.
- وإذا سلمها البائع للمشتري الأول فإنه يكون سلمها إلى مالكها، وليس للمشتري الثاني أن يرجع على المشتري الأول بشيء وإنما يرجع على البائع كما سبق.

- ولكن إذا سلم البائع السيارة للمشتري الثاني، والمشتري الثاني حسن النية لا يعلم أنها بيعت قبل ذلك للمشتري الأول، فإن المشتري الثاني يملك السيارة، لا بعقد البيع؛ لأن البائع لا يملكها عند بيعها له، ولكن يملكها بسبب الحيازة بحسن نية، وتنتقل إليه الملكية من المشتري الأول لا من البائع! وحتى لو كان المشتري الأول قد باعها على شخص آخر فإن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني من ذلك الشخص الذي أصبح مالكاً بالبيع الصادر له من المشتري الأول!^(١)

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنةوري ٤/ ٤٢٦، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٥.

وقد سبقت الإشارة في المبحث السابق إلى ما جاء في القانون المدني المصري بشأن أحكام ضمان التعرض من أن البائع يضمن للمشتري تعرض الأجنبي، ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع؛ إذا كان هذا الحق قد آل إلى الأجنبي من البائع نفسه^(١)، ومن صور ذلك: «بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثاني، فتنقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثاني والبائع في وقت واحد»^(٢)، وهذا التصرف من البائع صدر بعد البيع الأول الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض، والحق للمشتري الثاني آيل إليه من نفس البائع، ومعنى ضمان التعرض هنا أن يدفع البائع عن المشتري الأول هذا التعرض، فإذا لم يتمكن فإنه يدفع له -وفقاً للقانون المدني المصري- قيمة المبيع مع الفوائد، وقيمة الثمار، والمصروفات النافعة، والمصروفات الكمالية، وجميع مصروفات دعوى الضمان؛ بالتفصيل والقيود الواردة في القانون^(٣).

وسبقت الإشارة أيضاً إلى أن دعوى الضمان على النحو المذكور لها خصوصية ترجع إلى اعتبارات تاريخية تمت بصلة إلى القانون الروماني

(١) انظر: المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٦٢٨/٤.

(٣) انظر: المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٢٨٣.

والقانون الفرنسي القديم، وما اشتملا عليه من رسوم وأوضاع معينة تتعلق بنقل ملكية المبيع^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فبالرغم من أن النظام لم ينص على اكتساب الملكية بموجب حيازة حسن النية بسبب صحيح - كما سبق - إلا أنه نص على الآتي: «يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير في المبيع كله أو بعضه إذا كان الحق سابقاً لعقد البيع أو آيلاً إلى الغير من البائع»^(٢).

وعبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» صورتها بنحو ما تقدم.

كما نص النظام على ما يضمنه البائع في حال استحقاق المبيع، وتشمل: ثمن المبيع وقيمة الثمار التي ردها المشتري للمستحق، والنفقات النافعة، والنفقات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، والتعويض عن أي أضرار أخرى نشأت باستحقاق المبيع^(٣).

لكن السؤال المهم: من المستحق في المثال المتقدم في أول هذا المبحث؟

المبتادر إلى الذهن أن المشتري الأول هو المستحق، لكن الذي يظهر لي أن عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» تشير إلى أن النظام تابع القانون المدني المصري في إثبات الملكية للمشتري الثاني، مع إثبات حق المشتري

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٦١٩، وقد فرق بينها القانون المدني المصري كما يتضح من آخر المادة (٤٤٣).

(٢) المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) انظر: المادة (٣٣٥) من نظام المعاملات المدنية.

الأول في أن يرفع على البائع دعوى الضمان للمطالبة بما سبق ذكره من الثمن والشمار والنفقات والتعويض عن الضرر، على أن النظام ليس صريحاً في ذلك لكون الحكم نُقل بشكل جزئي لعدم نص النظام على أن حيازة المنقول بحسن نية تكسب الملكية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

ثمة أمران:

الأمر الأول: ما ورد في بعض القوانين المدنية وذكره شراحها من أن حيازة شيء مملوك للغير تكسب الملكية بشرطين: وجود سبب صحيح، وحسن النية؛ ويرد عليه النقد من وجهين:

أولهما: أن ما عدوه سبباً صحيحاً من بيع غير المالك ليس بسبب صحيح شرعاً، وهم وإن لم يجعلوه سبباً صحيحاً للملك؛ لأنه بيع صادر من غير مالك، لكن جعلوه سبباً صحيحاً للحيازة التي تكسب الملك، مع أنه تبين عدم صحة هذا السبب الذي بنيت عليه الحيازة.

ثانيهما: ما اشترطوه من حسن نية الحائز لا أثر له في تصحيح سبب الملك، لأن «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»^(١)، كما سبق، مع ما في تعبيرهم عن عدم العلم بحسن النية من البعد؛ فإن هذا اللفظ لم يوضع لهذا المعنى في اللغة والشرع.

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩/٢.

والأجود من ذلك أن تكون الحيازة قرينة كما في نظام المعاملات المدنية، قال ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على الملك»^(١)، ومن عبارات الفقهاء: اليد دليل الملك^(٢).

ويبقى النظر في مدى استحقاق المالك لانتزاع عينه التي آلت إلى مشتري لا يعلم أنها مستحقة، هل للمالك أن ينتزعها منه مجاناً أو بالثمن؟ ثم يرجع به على المتصرف بغير حق؟ وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة^(٣).

الأمر الثاني: فيما يتعلق بصورة بيع المنقول مرتين وحيازة المشتري الثاني له، يرد عليه أن البيع الأول إذا انعقد صحيحاً شرعاً فإن الملك ينتقل به إلى المشتري الأول، فيكون البيع الثاني بيعاً باطلاً؛ لأن البائع غير مالك له، ولا يصححه حيازة المشتري الثاني له، ولا أثر لما يسميه القانونيون حسن النية ويقصدون به عدم العلم، كما سبق.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجلد ١١ / ١٤٥، وانظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١٠٧/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩/٤، والذخيرة للقرافي ٢٤٦/٦، وفتاوى السبكي ٤٥١/١، والمغني لابن قدامة ٩٥/٦، وبحث: أثر الحيازة على الملكية، د. عبد الحميد المجلي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد (٤٥)، ص ١٢٢١.

(٣) انظر: المبحث الرابع من هذا البحث.

وقد تقدم قول ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «وأما إذا باع الرجل سلعة من رجل ثم باعها بعد من آخر فلا اختلاف في أن الأول أحق بها وإن قبضها الثاني»^(١).

وبناء على ما سبق فالمقترح حذف عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» الواردة في المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٨/ ١٢٣.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فمن أهم نتائج هذا البحث ما يأتي:

١. الملك حكم شرعي بإجماع العلماء، وهو يتبع الأسباب الشرعية، والقوانين المدنية تقرر أحكاماً وأوضاعاً تتعلق بانتقال الملكية، بعضها متلقى من قوانين قديمة، وتلك الأحكام بحاجة إلى النظر في ارتباطها بأسباب شرعية، وقد تلافى نظام المعاملات المدنية إشكالات واردة في بعض القوانين المدنية.

٢. ذكر بعض الشراح أن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل حق الملكية فيه، ولا حاجة لذلك، بل المبيع هو المال المعقود عليه نفسه.

٣. التعبير بالملك أدل على المراد من التعبير بحق الملكية.

٤. انتقال ملكية المبيع لازم لعقد البيع، وليس التزاماً على البائع؛ خلافاً لما تقرر بعض القوانين المدنية.

٥. صورة البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية لا تصح من الناحية الفقهية، وللبائع أن يستوثق لحقه بغير ذلك.

٦. ما تقرر بعض القوانين المدنية من أحكام بشأن بيع ملك الغير مثل تصحيح العقد بإجازة المشتري مع عدم انتقال الملكية به؛ لا يصح شرعاً.

٧. التوصيف الفقهي لتسجيل العقار أنه توثيق، والملكية تنتقل بالعقد لا بالتسجيل؛ خلافاً لبعض القوانين المدنية، وما يذكره الشراح من ملكية المشتري الثاني إذا سبق إلى تسجيل العقار المبيع قبل المشتري الأول؛ لا يصح.

٨. يقرر الفقهاء أن اليد دليل الملك، ولذلك فالحيازة قرينة على الملك، كما في نظام المعاملات المدنية، والحيازة لا تكسب الملك إذا وقعت على شيء مملوك للغير، ولو كان سببها صورة بيع، كما أن ما يذكره بعض الشراح من ملكية المشتري الثاني للمنقول إذا حازه؛ لا يصح.

ومن التوصيات:

١. الأحكام الجزئية في مواد القوانين المدنية ترتبط بأصول قانونية، ويعبر عنها بألفاظ ذات دلالة اصطلاحية قانونية لا دلالة لغوية فحسب، فمن المهم أن يلحظ الباحثون والمختصون هذا الجانب، ولذلك يوصى بأن يكون الأصل الذي يُستمد منه مرجعاً فقهياً، مثل: مجلة الأحكام الشرعية، ونحوها.

٢. أوردت في نهاية كل مبحث جملة من الاقتراحات والتوصيات بشأن بعض مواد نظام المعاملات المدنية.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع

١. أثر الحيازة على الملكية، د. عبد الحميد المجلي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمهور، العدد (٤٥).
١. اختلاف الفقهاء للمروزي، تحقيق محمد حكيم، أضواء السلف، الرياض.
٢. اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، مجموعة من الباحثين، دار كنوز إشبيليا.
٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
٤. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، دار عطاءات العلم.
٥. استحقاق الأعيان المالية المسروقة أو المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع، د. علي الديان، مجلة العدل، العدد السابع.
٦. الإنصاف للمرداوي (مطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، تحقيق د. عبد الله التركي و د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية.
٨. بدائع الفوائد لابن القيم، تحقيق علي العمران، دار عطاءات العلم.
٩. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد الجدل، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
١٠. البيع بالتقسيط: نظرات في التطبيق العملي، د. علي السالوس، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
١١. البيع في القانونين اللبناني والمصري، د. مصطفى الجمال، الدار الجامعية.

١٢. تاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدي، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت.
١٣. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى.
١٤. التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٥. تنظيم الدعم السكني، الصادر عام ١٤٣٥ هـ.
١٦. تهذيب الأسماء واللغات للنووي، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٧. توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، عبد الله آل خنين، الطبعة الأولى.
١٨. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، دار الفكر في بيروت.
١٩. الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٠. الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
٢١. سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية وفيصل البابي الحلبي.
٢٢. سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية.
٢٣. سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي في بيروت.
٢٤. سنن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية في حلب.
٢٥. شرح أحكام عقد البيع د. محمد ليبب شنب، تنقيح: وائل بندق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.

٢٦. شرح الزرقاني على خليل (ومعه حاشية البناني)، بعناية: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية.
٢٧. شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) لمنصور البهوتي، عالم الكتب.
٢٨. صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة.
٢٩. صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي في بيروت.
٣٠. عقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري
٣١. عقد البيع، د. أحمد السعيد الزقرد، المكتبة العصرية.
٣٢. عقد البيع، سمير تناغو، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٣٣. العقود التجارية وعمليات البنوك، د. محمد الجبر، مطبوعات جامعة الملك سعود.
٣٤. الفائق في صورة رسم الوثائق لمحمد الأهدل، تحقيق: د. عبد العزيز بن داود، بحث في العدد (١٩) من مجلة قضاء.
٣٥. فتاوى السبكي، لتقي الدين السبكي، دار المعرفة، بيروت.
٣٦. الفروع، لشمس الدين ابن مفلح، ومعه: تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة.
٣٧. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، لشهاب الدين القرافي، وحاشية ابن الشاط عليه، دار عالم الكتب.
٣٨. فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً للوضع، محمد تقي العثماني، دار القلم.
٣٩. القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ م.

٤٠. قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي.
٤١. قواعد ابن رجب (تقرير القواعد وتحرير الفوائد)، لزين الدين ابن رجب، دار ركائز.
٤٢. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي، تحقيق: لجنة في وزارة العدل.
٤٣. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لحاجي خليفة، تحقيق بشار عواد وآخرين، الطبعة الأولى.
٤٤. لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت.
٤٥. المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، مطبعة السعادة، مصر.
٤٦. مجلة الأحكام العدلية، أعدتها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق نجيب هواويني.
٤٧. المجموع شرح المذهب، للنووي، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة.
٤٨. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمعها: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.
٤٩. مراتب الإجماع لابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٠. المستدرك على مجموع فتاوى ابن تيمية، جمعه محمد ابن قاسم، الطبعة الأولى.
٥١. مسند الإمام أحمد، تحقيق: أحمد شاكر، دار الحديث في القاهرة.
٥٢. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان بن محمد الديان، الطبعة الثانية.
٥٣. المغني لموفق الدين ابن قدامة، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب.

٥٤. المقدمات الممهدة لابن رشد الجدل، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
٥٥. المنشور في القواعد الفقهية، لبدر الدين الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية.
٥٦. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، دار الكتب العلمية.
٥٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد الخطاب، دار الفكر.
٥٨. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، دار الفضيحة.
٥٩. الموسوعة الفقهية، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت.
٦٠. موسوعة القواعد الفقهية محمد صدقي آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٦١. نظام الأحوال الشخصية، الصادر عام ١٤٤٣هـ.
٦٢. نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر عام ١٤٤٣هـ.
٦٣. نظام المرافعات الشرعية، الصادر عام ١٤٣٥هـ.
٦٤. نظام المعاملات المدنية، الصادر عام ١٤٤٤هـ.
٦٥. الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، الجزء الثاني في الالتزامات، الطبعة الرابعة.
٦٦. وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد، الصادرة عام ١٤١٨هـ.
٦٧. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي في بيروت.



