



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أحكام التصرفات القانونية الواردة على عقارات الغير

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عقاري.

إعداد الطالب:

معمرى جعفر

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الاسم واللقب
رئيسا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	د. لموشية سامية
مشرفا ومقررا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	د. بوساحة نجاة
مناقشا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	د. منصف عبد العزيز لعاربة

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

{ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ }

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعانني على أداء هذا الواجب ووفقني على إنجاز هذا العمل ومكان ليتم إلا بفضلته وتوفيقه فأشكره شكرا عظيما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه وبعد:

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتورة الفاضلة "بوساحة نجاه" التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة وحرصها الدائم طيلة إشرافها على هذا العمل

فاللهم أجرها عني خير الجزاء و أرزقها الجنة يا رب

كما نشكر أعضاء اللجنة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذا العمل المتواضع

كما أتوجه بأسمى وأبلغ عبارات الشكر والتقدير إلى كل أساتذتنا الأكارم الذين أشرفوا وساهموا وشاركوا في تكويننا طيلة مسارنا الجامعي، إلى كل طاقم إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمه لخضر

الإهداء

من دواعي الفخر والإعتزاز أن أهدي ثمرة جهد هذا العمل المتواضع إلى من لا يمكن للكلمات أن توفيهما حقهما إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما إلى والدي العزيزين برا و إحسانا بهما وتقديرا لهما أدامهما الله لي..

إلى من كانت لي سندا معنويا زادني قوة طيلة إنجاز هذه المذكرة

زوجتي الغالية

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

مقدمة

مقدمة

إن أحد الركائز الأساسية في النظام الإقتصادي في مختلف المجتمعات سواء على مستوى الدخل القومي أو الفردي ، هو تملك العقار أو الملكية العقارية، كما له أهمية إجتماعية وسياسية، وله دور فعال في التنمية الإقتصادية، ولقد أبدى المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى أهمية كبرى لحماية الملكية العقارية وذلك حماية لها من التلاعب بشأن ملكيتها وحماية الغير، وإحتلال الملكية العقارية الخاصة حيزا ماديا إستلزم ضرورة وجود نصوص قانونية تجسد صورة حمايتها من أي إعتداء محتمل الوقوع ولذلك نرى أن المشرع الجزائري نظم مجموعة من النصوص القانونية قصد تحديد الإطار القانوني التي يتم بموجبه تملك العقار والتصرف فيه .

وفي الظاهر أن حق الملكية يتسم بقدر من البساطة والوضوح إلا أن له جانب غامض ومبهم وأحيانا يكون متناقضا وذلك من خلال القوانين التي تنظمه ، ورغم ذلك فإن حق الملكية العقارية يبرز كأول الحقوق على الإطلاق .

كما أن هذا الموضوع قد حظي بأهمية كبرى من قبل الفقهاء الشريعة والقانون، وتعددت النصوص القانونية الوضعية التي تهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة وكذلك المالك الحقيقي، حماية تمنع الغير من الإعتداء عليه، ذلك لأن المالك هو المخول له قانونيا التصرف في ملكه بإستعمال السلطات الثلاث، وهي سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف، وإن كان الغير يستطيع أن يستعمل سلطة الإستعمال والإستغلال بإذن من قبل المالك إلا إن حق التصرف يبقى حكرا على المالك وحده وهو حق مكرس ومحمي بواسطة القانون وينص عليه الدستور¹

¹ جباري رضا ، التصرف في ملك الغير ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص : قانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، السنة الجامعية : 2016/2017 ، ص 1 .

كما نصت المادة 64 من الفقرة الأولى من الدستور الجزائري المعدل والمتمم لسنة 2016 على حماية الملكية بنصها على أن :

"الملكية الخاصة مضمونة.¹

ولكن قد يحدث التصرف من غير المالك، وهو ما يدخلنا على صميم الموضوع الذي نحن بصدد دراسته، كأن يتصرف شخص في عقار وهو لا يملكه سواء كان التصرف ناقل للملكية أو تصرف غير ناقل للملكية، ويكون هذا التصرف بدون إذن قانوني ومن هنا اشتبكت الآراء واختلف الفقهاء بشأن هذه التصرفات وأحكامها والجزاء المترتب عليها .

وعلى ضوء ما تقدم تعتبر أهمية هذا الموضوع القديم المتجدد المختلف بشأن أحكامه فقها وتشريعا في توضيح أحكامه وبيان مدى صحته وكيفية معالجته لضمان إستقرار المعاملات الواردة على العقارات وتبيان حق كل طرف متدخل أو غير متدخل في عملية التصرف في ملك الغير، أيضا وبيان احترام حقوق الملكية وضمان استقرار المعاملات المدنية المتعلقة بها ،ذلك أن كل التشريعات تقريبا أدرجت مجموعة من النصوص القانونية التي تصون حق الملكية وتمنع الغير من الإعتداء عليها هذا على غرار الآيات القرآنية التي تعتبر أولى النصوص التشريعية قد أولت هذا الموضوع عناية خاصة وذلك لحماية الملكية .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا

فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾².

أما عن أسباب إختيارنا لهذا الموضوع فقد تعددت بين الدوافع الموضوعية والشخصية، أما عن الدوافع الشخصية فالموضوع له علاقة بالتخصص العقاري الذي إخترناه في مسارنا الدراسي، بالإضافة إلى رغبتنا في البحث والإطلاع على هذا الموضوع، أما بخصوص الدوافع

¹ دستور معدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، ج ر عدد

76، بتاريخ 2016/03/07، المتضمن التعديل الدستوري.

² سورة البقرة، الآية 188.

الموضوعية تتمثل في كثرة المنازعات العقارية والتي ترجع بالأساس فتصرف سواء عن حسن نية أو سوءها.

ومن الصعوبات التي اعترضتنا أن التصرفات القانونية الأخرى ما عدا البيع لم تتوفر فيها مراجع كافية وهذا ما أدى بنا إلى الاستعانة بالمراجع المتعلقة بالقانون المدني المصري، وقد صادفتنا صعوبات أخرى تتمثل في اختلاف الآراء حول الأحكام المتعلقة بالتصرفات القانونية وهذا راجع إلى غياب النص القانوني الجزائري الذي يحسم الجدل.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع ارتأينا معالجته من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما هي أحكام التصرف في عقار الغير ومدى صحته ؟

ولقد اقتضت معالجة الإشكالية أن يكون المنهج المتبع جامعاً ما بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي لأنه يتماشى مع طبيعة الموضوع الذي يركز على تحليل النصوص القانونية، مع سرد لمجموعة من التعاريف .

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر قسمنا الموضوع إلي فصلين.

حيث سنتناول في الفصل الأول التصرفات القانونية الناقلة للملكية : والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى بيع ملك الغير وفي المبحث الثاني إلى هبة ملك الغير .

أما في الفصل الثاني التصرفات القانونية الغير الناقلة للملكية :

حيث خصصنا المبحث الأول في إيجار ملك الغير والمبحث الثاني رهن ملك الغير .

الفصل الأول

الفصل الأول : التصرفات القانونية الناقلة للملكية

هي كل تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع و الهبة والوصية والمعاوضة والوصية والميراث، ومما لا شك فيه أن كل تصرف من هذه التصرفات ناقل للملكية سواء كانت بإرادة منفردة أو ناتجة عن تلاقي إرادتين فإذا كان الموضوع التصرف متعلق بال عقار أو حق عيني آخر يفترض لصحته بعض الشروط منها (الشكلية - الإشهار) ولذلك اكتفينا بإختيار نموذجين من هاته التصرفات القانونية الناقلة للملكية في هذا الفصل، البيع و الهبة مع تركيز على مسألة (عقار الغير) .

كما نرى أن المشرع الجزائري نظم بيع ملك الغير في القانون المدني في المواد 397 و398 و399 في حين لم يتكلم على هبة ملك الغير وإنما تكلم على الهبة بصفة عامة في القانون الأسرة في المواد 202 إلى 212 بخلاف المشرع المصري الذي نص على حكم هبة ملك الغير .

سنتناول في المبحث الأول بيع ملك الغير، وفي المبحث ثاني هبة ملك الغير .

المبحث الأول : بيع ملك الغير

يعتبر بيع ملك الغير صورة من عقد البيع، خصه المشرع بجملته من الأحكام ويُفترض فيه نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه إلى المشتري، ولهذا ارتأيت أن يكون هذا المبحث ضمن ثلاث مطالب، حيث يدرس في المطلب الأول مفهوم بيع ملك الغير، في حين يتناول المطلب الثاني أحكام بيع ملك الغير، أما المطلب الثالث فتطرقت فيه إلى حكم بيع عقار الغير.

المطلب الأول : مفهوم بيع ملك الغير

من الأمور المتفق عليها أن الإنسان حرّ التصرف فيما يملك، وعلى الغير احترام هذه الحرية، وحتى يقع البيع صحيحا يجب ان يكون البائع مالكا للمبيع، إلا أنه في بعض الأحيان فقد يقوم شخص غير المالك ببيع ملك غيره لهذا سنحاول ضبط تعريف بيع ملك الغير وشروطه .

الفرع الأول : تعريف بيع ملك الغير وشروطه

أولا : تعريف ملك الغير

أ- التعريف الفقهي :

وتعددت التعريفات حول ملك الغير نذكر منها:

ويمكن تعريف بيع ملك الغير، بأنه ذلك البيع الذي يكون محلّه شيء معيّن بالذات غير مملوك للبائع .

وقدر عرّفه بعض الفقهاء على أن بيع ملك الغير هو الذي يبيع فيه شخص شيئا معينا بالذات للغير دون وجه حقّ، أي ألا يكون البائع وكيلًا عن المالك، وعُرّف أيضا بأنه ذلك البيع الذي يكون فيه المبيع معينا بالذات ولا يكون مملوكا لأحد الطرفين¹.

¹ لحرش دنيا زاد، بيع ملك الغير، مذكرة ماجستير تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية، 2012/2013، ص11.

ب-التعريف القانوني :

عرفه المشرع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني "إذا باع شخص شيئاً معيناً وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه".¹

عرف المشرع المصري في المادة 466 من القانون المدني " إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطالب بإبطال البيع ويكون الأمر ولو وقع على عقار سجل العقد أو لم يسجل.

وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيع ولو أجاز المشتري العقد".²

ومن خلال التعاريف التي سبقت نستنتج بأن، بيع ملك الغير هو ذلك البيع الذي يكون محله شيء معين بالذات غير مملوك للبائع.

ثانيا : شروط بيع ملك الغير

نصت المادة 397 من نفس القانون على أنه "إذا باع الشخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلنه أو لم يعلن ببيعه". ومن خلال نص هذه المادة نستخلص شروط تحقق بيع ملك الغير كالتالي:

أ- أن يكون العقد بيعاً:

أي أنه يجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى نقل الملكية في الحال بثمن نقدي، وعلى هذا لو تبين أن البائع والمشتري قد اتفقا على إرجاء نقل الملكية لأي سبب كتملك

¹ قانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المعدل والمتمم لأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن

القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31، المؤرخة في 2007/05/13

² إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير (الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص45.

البائع للمبيع مثلا، أو حتى الحصول على إقرار المالك الحقيقي للبيع، فلا نكون بصدد بيع ملك الغير.

ب- أن يكون المبيع معيّنًا بالذات:

بمفهوم المخالفة، لو كان البيع معيّنًا بالنوع فلا نكون بصدد بيع ملك الغير، لأن الأشياء المعيّنة بالنوع تعتبر من المثليات، وتقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، ولا تنتقل ملكيتها إلا بعد الفرز، حتى ولو كان المبيع مملوكا للبائع¹.
حتى نكون بصدد بيع ملك الغير، يجب أن يكون المبيع معيّنًا بالذات، سواء كان منقولاً أو عقاراً، وبغير تفرقة في بيع العقار بين بيع المسجّل وبيع غير المسجّل².

ت- ألا يكون المبيع مملوكا للبائع ولا المشتري:

يتفق جميع الفقهاء على أن بيع ملك الغير يتحقق إذا كان المبيع غير مملوك للبائع وقت العقد ولا للمشتري، لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع فإن العقد يكون صحيحا، ولا تثار مسألة بيع ملك الغير.

وإذا كان البيع مملوكا للمشتري وقت التعاقد واتجه إلى شرائه نتيجة جهله ملكيته إياه، فلا يُعدّ ذلك بيعا أصلا، وذلك لاستحالة تحقيق الغرض المستهدف به استحالة مطلقة، ألا وهو نقل الملكية³.

الفرع الثاني : نطاق بيع ملك الغير

بيع ملك الغير لا بدّ أن يكون مبيعا معينا بالذات، ليس مملوكا للبائع ولا للمشتري، فيخرج إذا من منطقة بيع ملك الغير العقود الآتية :

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع (بين القانون المدني والفقہ الإسلامي -دراسة مقارنة-)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص، 20-21.

² إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 50.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 48.

أولاً : بيع الشيء المعلق على شرط اكتساب البائع وملكيته

قد يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه وقت التعاقد، ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا المبيع، فالبيع هنا لا يعد بيعاً باتاً، وإنما هو بيع معلق على شرط واقف، وهو امتلاك البائع للمبيع، فإن تحقق الشرط انتقلت الملكية إلى المشتري، أما إذا لم يتحقق الشرط سقط البيع¹.

ثانياً : تعاهد الشخص عن المالك للشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر

فهذا البيع لا يعدّ بيع ملك الغير، لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره وإنما هو تعاهد عن المالك في أن يبيع، فيكون تعاهداً عن الغير².

ثالثاً : بيع الشيء المستقبلي

فإذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد، ولكنه سيوجد في المستقبل، لم يكن هذا بيع ملك للغير، حتى ولو كان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع³.

رابعاً : البيع المعلق على شرط

ففي هذه الحالة البائع لم يبيع ملك غيره، بل باع ملك نفسه، وإن كان الملك غير باتاً، فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط، وإما ملكاً معلقاً على شرط فاسخ، فيزول إذا تحقق الشرط، وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشتري، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ⁴، فإذا تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري للمبيع باتاً، أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق

¹ رمضان محمد أبو السعود، العقود المسماة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص128.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (بيع المقايضة)، الجزء الرابع، منشأة الناشر المعارف الإسكندرية، ص233.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص57.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص234.

الشرط الفاسخ فقد أصبح المشتري غير مالك وليس له الرجوع على البائع ما دام انه قد اشترى عالما بالشرط¹.

خامسا : بيع الشيء الشائع

فهنا يبيع الشخص شيئا يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره، ولكن يتوقف الامر على نتيجة القسمة، فإن وقع هذا الشيء كله في جهة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعا لملك الغير.²

سادسا : بيع الوارث الظاهر

وهذا إذا كان في حقيقته يباع لملك الغير، لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا في حق الوارث الحقيقي، ومن ثم تملك المشتري المبيع فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها للمشتري في بيع ملك الغير.³

المطلب الثاني : أحكام بيع ملك الغير

يتضح من أحكام الفقرة الأولى من المادة (397)، من القانون المدني الجزائري، أن بيع ملك الغير بيع قابل للإبطال بحيث جاء فيها "فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع"⁴.

أما المادة (398) فتتص أنه "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.

وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص58.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص234

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص234.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، (عقد البيع)، ج4، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2001، ص ص 211-212.

وعليه وبناء على النصوص المواد السابقة الذكر يتضح أن بيع ملك الغير له آثار للمالك الحقيقي وهذا ما سنأتي على تفصيله.

الفرع الأول : آثار بيع ملك الغير

أولاً : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري

أعطى المشرع للمشتري ملك الغير عدة خيارات في مواجهة البائع، منها، طلب الإبطال ولما كان للإبطال موجباته، فإن له أيضاً مسقطات، فهناك حالات لو تحقق واحدا منها سقط حق المشتري في طلب الإبطال، وللمشتري كذلك الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته¹.

أ- حق المشتري في طلب إبطال البيع:

لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع². وهذا ما أكدته المادة (397) سالفه الذكر.

وحق طلب الإبطال مقصور فقط على المشتري، كما ذكرنا بنص القانون لأنه مقرر لمصلحته، حق طلب إبطال العقد ينشئ للمشتري سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً، وسواء كان العقار قد سجلت ملكيته أو لم تسجل، ويجوز له أن يتمسك بحقه بالإبطال حتى ولو كان سيء النية يعلم وقت إبرام العقد بعدم ملكية البائع للمبيع، على أساس أن المشتري اعتقد أن البائع يستطيع أن ينقل إليه ملكيته بعد أن يحصل على ملكية المبيع³.

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال المبيع⁴.

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 27.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 247.

³ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص ص 212-213.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 247.

وطلب إبطال العقد من قبل المشتري قد يقع على صورة دعوى يرفعها أمام القضاء مطالباً فيها بإبطال العقد لعدم ملكية البائع للمبيع، وذلك ليسترد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع، أو ليستبق ضمان الاستحقاق، وإما في صورة دفع يدفع به دوى البائع إذا طالب بهذا الثمن، وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال فليس أمام القاضي إلا أن يحكم بذلك، حتى ولو أقر المالك الحقيقي للبيع أو يصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم، لأن القاضي يؤسس حكمه على ما كان عليه الحال وقت رفع الدعوى¹.

ب- أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال العقد :

يسقط حق المشتري في طلب إبطال المبيع لعدة أسباب، منها:

1. بالتقادم وهذا لم يرد فيه نص خاص نرجع للقواعد العامة، إذا مضت 5 سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع، أو مضي خمسة عشر عاما من وقت إبرام عقد البيع، وهذا ما نصت عليه المادة 101 من ق م²
2. إجازة المشتري للمبيع صراحة أو ضمنا بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع³.
3. إقرار المالك الحقيقي للبيع طبقا للفقرة الأولى من المادة (398): "إذا أجاز المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري".
4. تملك البائع للمبيع بعد إبرام العقد طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة: "وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

ت- حق المشتري في طلب فسخ البيع:

وإذا أجاز المشتري البيع سواء كان صراحة أو ضمنا، فينقلب البيع صحيحا ويبقى منسئ للالتزامات في جانب كل من البائع والمشتري، ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، لأن المالك الحقيقي هو أجنبي عن العقد، لا تنتقل منه الملكية إلا برضاه⁴.

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص ص 213-214.

² يراجع في ذلك المادة 101 من القانون المدني الجزائري .

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص33.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص202.

وهذا ما نصت عليه المادة (397) من فقرتها الأخيرة: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع، ولو أجازته المشتري".

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإن المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز أيضا إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان استحقاق¹.

ث - حق المشتري في طلب التعويض:

تنص المادة (399) من نفس القانون على أنه: "إذا أبطل البيع لصالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

يتبين من هذه المادة أنه في حالة إذا حكم القاضي ببطان العقد فإن للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، ويشترط للحكم بالتعويض للمشتري أن يكون هناك حكم صدر في دعوى الإبطال، ويشترط أيضا أن يكون المشتري حسن النية، يجهل أن البائع وقت إبرام العقد أنه لا يملك المبيع².

أما إذا كان يعلم ذلك، فإنه يستطيع ان يطالب بإبطال البيع، وله الحق في استرداد الثمن دون التعويض، ولا يشترط في مطالبة التعويض أن يكون البائع سيء النية، أي أن يكون عالما وقت البيع أن المبيع غير مملوك له.

ومصدر التعويض بعد إبطال البيع لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه، فقد زال بالإبطال، وإنما مصدر التعويض الخطأ التقصيري³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 203.

² خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص ص 216.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 251.

ثانيا : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع

يثبت حق طلب الإبطال للمشتري على نحو ما أسلفنا، فليس للبائع هذا الحق وهو ما أكدته نص المادة (397) من نفس القانون.

ولكن هناك اختلاف بين بعض الفقهاء حول مدى إمكانية لجوء البائع لطلب إبطال العقد في حالة جهله عدم ملكية المبيع.

فمن الفقهاء من قال ليس من حق البائع طلب إبطال العقد، ولو كان حسن النية.

وهناك من أجاز للبائع طلب إبطال العقد إذا توافرت في حقه شروط الغلط، ويكون الإبطال في هذه الحالة ليس لورود البيع على ملك الغير، وإنما لعيب من عيوب الإرادة وهو الغلط. ونحن نميل إلى الرأي الأول الذي يحرم البائع من مكانة طلب الإبطال، وهذا ما أكدته المشرع صراحة¹.

ثالثا : حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

نظرا لمكانة المالك الحقيقي بالنسبة لعقد البيع الذي تم فإنه نكون أمام فرضيتين هما :

أ - عدم إقرار المالك الحقيقي للمبيع

بادئ ذي بدئ، يعد المالك الحقيقي من الغير بالنسبة للبيع الذي تم، ومن ثم فهو لا يسري في حقه، بل وله أن يتجاهل هذا البيع ويتصرف في العين كأنه لم يرد عليها البيع².

وعليه يستطيع المالك الحقيقي استرداد المبيع إذا قام البائع بتسليم المبيع للمشتري، وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض، وله أن يسترد المبيع من المشتري مباشرة باعتباره المالك الحقيقي للمبيع، ويستطيع مطالبة المشتري بالتعويض إذا كان سيء النية، أما إذا كان حسن النية فلا يستطيع المالك مطالبة المشتري بالتعويض، ولا بالثمار

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ص 46-47.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 49.

التي يكون المشتري قد حصل عليها أثناء حياة المبيع لأن المشتري يكون قد اكتسب هذه الثمار حياة، وإذا كسب المشتري المبيع بطريقة أخرى غير البيع، كالتقادم مثلا، فإن المالك الحقيقي ليس له ان يطالب باسترداد المبيع من المشتري¹.

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم، ويرجع عليه بالتعويض حتى ولو لم يملك المشتري للمبيع، فإنه يطالبه بالتعويض على ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده، ومصدر التعويض مسؤولية تقصيرية، وركن الخطأ فيها هو تصرف البائع فيما لا يملك².

إذا العقد يعتبر لا أثر له بالنسبة له، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أي من البائع والمشتري- أن يحملة أية التزامات، ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري دون رضاه³.

وهذا ما أكدته الفقرة 02 من المادة (397) سالفه الذكر.

ب- إقرار المالك الحقيقي للمبيع

نص المشرع الجزائري في المادة (398) من الفقرة الأولى من نفس القانون على: "إذا أقر المالك المبيع سرى مفعوله عليه وسار ناجزا في حق المشتري".

إن إقرار المالك الحقيقي للعقد يجعل العقد ساريا في حقه ويبطل حق المشتري في طلب الإبطال، ويمكن الاحتجاج بهذا الإقرار عليه من وقت الإقرار لا من وقت صدور البيع، وبالتالي لا يحق للمالك أن يمتنع عن تسليم المبيع للمشتري إذا كان الأخير لم يستلمه، ولا يحق له أيضا أن يعترض له فيه أو أن يطالب باسترداده، ولا يحق له ان يتصرف في المبيع بعد هذا الإقرار، ويترتب على هذا الإقرار كذلك أن ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري وإليه تنتقل الملكية من تاريخ الإقرار⁴.

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 218.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مرجع سابق، ص 256.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 196.

⁴ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص 201.

الإقرار ليس له أثر رجعي، وإنما أثره يترتب من وقت وقوعه، ومن ثم إذا كان المبيع أحد العقارات، فيجب تسجيل إقرار المالك حتى تنتقل الملكية، ولا تنتقل الملكية إلا من تاريخ إجراء هذا التسجيل، ويترتب على ذلك أنه إذا رتب المالك الحقيقي حقوقاً على المبيع قبل إقراره، فإن هذه الحقوق تنتقل إلى المشتري مع المبيع وذلك لأنها صادرة من مالك يملك الحق في تقريرها¹.

الفرع الثاني : التأصيل القانوني لبطلان بيع ملك الغير

اختلف الفقهاء في تأصيل بطلان بيع ملك الغير اختلافاً كبيراً، وتضاربت الآراء فيه.

فبيع ملك الغير عقد صحيح ينعقد بين البائع الذي تصرف في ملك ليس له الحق في التصرف فيه، وبين المشتري الذي اعتقد وقت انعقاد البيع أن المبيع مملوكاً للبائع، وطالما هو عقد صحيح، فإن جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع تنشأ في ذمة البائع والمشتري، ولكن الآن القواعد العامة في القانون لا تجيز أن يتصرف أحد الأشخاص بملك لا يملكه، فتصبح مسألة انتقال ملكية المبيع من البائع وفقاً لأحكام، مثل هذا العقد، أشبه بالمستحيل².

ومن خلال ما تقدم نرى اختلاف شراح القانون حول حكم ملك الغير إلى:

أولاً : هناك رأي يرى هذا البيع قابل للفسخ وليس باطلاً

ولكن يبدو هذا الرأي أنه لا يصح أمام نص القانون الصريح الذي يقضي بالبطلان، وكذلك إذا كان الجزاء هو الفسخ، وكان للقاضي السلطة التقديرية طبقاً للقواعد العامة في إجابة المشتري إلى طلبه، ولما أمكنه من القضاء به إذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوة، وفي ذلك تناقض واضح مع ما يقضي به القانون³.

¹ خليل أحمد حسن قدامة ، مرجع سابق، ص ص 218-219.

² خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص ص 219.

³ رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 133.

ثانيا : وهناك رأي يذهب إلى أن البيع باطلا بطلانا مطلق

وواضح أن هذا البطلان لا يتفق مع احكام البطلان المطلق، وذلك لأن البطلان المطلق لا يقع إلا إذا تخلف لركن من أركان العقد الموضوعية أو الشكلية كعدم وجود تراضي أو المحل أو السبب، ومعروف أن البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة من أحد المتعاقدين لأنه عدم ، والعدم لا يخلق منه شيء، بينما في بيع ملك الغير قد أجاز المشرع للمالك الحقيقي للمبيع أن يجيز، والبطلان المطلق يؤدي كذلك إلى عدم إنتاج العقد لأي أثر من آثاره، بينما في ملك الغير ينتج البيع كل آثاره ما عدا إنتقال الملكية¹.

ثالثا : وهناك رأي يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا

وذلك أن البطلان النسبي يقع عندما يكون نقص في الأهلية أو أحد عيوب الإيراد، كالغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع، وإما لغلط في المبيع فقد توهم المشتري أنه مملوكا للبائع، وعيب هذا الرأي واضح فهو يقتضي ألا يكون بيع ملك الغير قابلا للبطلان، إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في البائع أو المبيع².

وهذه تعارض مع عموم نص المادة (399) من القانون المدني، أن التمسك بالبطلان النسبي بحجة حسن النية، هذا لا أصل له في بيع ملك الغير، لأنه يستوي في القانون أن يكون المشتري حسن النية أو سيء النية وقت البيع.

أما بالنسبة لتعويض المشتري يشترط فيه أن يكون حسن النية، فإذا كان سيئ النية لا يستحق التعويض، ويبقى حقه في طلب الإبطال باق³.

¹ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص ص 220-221.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 237.

³ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص ص 222.

رابعاً : رأي آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف

على أن بيع ملك الغير عقداً موقوفاً على نحو معروف في الفقه الإسلامي، فبيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه أن العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، فالعقد يعد في هذه الصورة عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف موقوف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أتى أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك يضل معدوم الأثر كما كان¹.

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي:

أ- لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، كما تقضي به أحكام الفقه الإسلامي، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه شأن أي عقد قابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري الإبطال، ثم إن المشتري يملك الإيجاز، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي.

ب- الأخذ بنظرية العقد الموقوف إذا لم يكن هناك نص باعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون، أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال، لا عقداً موقوفاً، فيجب في هذه الحالة إعمال النص القانوني الصريح².

خامساً : رأي آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص

طالما انتهينا إلى أن البطلان الذي وصف به المشرع بيع ملك الغير، لأنه ليس بطلاناً مطلقاً ولا نسبياً، ولا عقداً موقوفاً، لهذا نقول ان البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير هو بطلاناً مقرراً بنص خاص في القانون، وهذا ما ذهب إليه جل الفقهاء، منه الفقيه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري. البطلان في عقد بيع ملك الغير له من الأحكام ما يخالف بها الأحكام العامة للبطلان بنوعه³. من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح

¹ رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 134.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 240.

³ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص ص 222.

البائع مالكا للمبيع، مع أن العقد قابل للإبطال لصالح المشتري، فلا بد إذا من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأه نص تشريعي صريح¹.

المطلب الثالث : أحكام بيع عقار الغير

إن انتقال حق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة علي العقارات سواء كان فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير لا يكون نافذا إلا إذا تمت إجراءات التسجيل الشهر العقاري الذي يعتبر ضروريا في الحياة العصرية لتأمين المعاملات العقارية².

يقصد بالتسجيل العقارات، هو عبارة عن إجراء يقوم به مفتش التسجيل عقد تلقية المحررات أو المتصرف القانونية الواردة على العقار، حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل وهو إجراء ملزم وفي حالة مخالفته يخضع المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية³.

كما تنص المادة 3 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل

العقاري على "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية"⁴.

ولكن الأمر الذي أثار خلافا كبيرا بين شراح القانون في شأن حكم بيع ملك الغير قبل التسجيل وبعد صدور قانون التسجيل، حيث يرى بعضهم أن بيع ملك الغير صحيح قبل التسجيل وقابل للإبطال بعده ، بينما يرى البعض الآخر، أن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيله، وذهب فريق ثالث إلى أنه قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده⁵.

وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص243.

² فان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2012/2011، ص 107

³ جميلة زليدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، قسم الحقوق، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية، 2012/2011، ص 55

⁴ الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، الصادرة في 18/11/1975 .

⁵ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص107.

الفرع الأول : بيع العقار الغير صحيح قبل التسجيل قابل للإبطال بعده

ذهب بعض الفقهاء إلى أن بيع عقار الغير يقع صحيحا ما دام لم يسجل، ثم ينقلب باطلا بالتسجيل، لأن بيع عقار الغير لم يعد ناقلا للملكية بذاته، بل بالتسجيل، فانعدمت فيه علة البطلان ببيع ملك الغير، وكل ما في الأمر أن المشتري يكون له حق فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية، وهذا الفقه يسلم بأن المشتري إذا تمكن من تسجيل العقد، فإن البيع يمكن إبطاله عندئذٍ، لأنه أصبح بطبيعته بعد التسجيل قابلا لنقل الملكية، وقد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه:

- 1- أن من المستقر عليه أن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطلا، فلو عقد بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فينبغي أن يستمر صحيحا بعده.
- 2- أن المنطق القانوني يأبى قبول القول بأن عقدا ما وقع صحيحا وقت انعقاده، ثم ينقلب باطلا لسبب تالٍ لهذا الانعقاد¹.

الفرع الثاني : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده

يرى هذا الرأي أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يتعين انتقالها في الحال، وبيع ملك الغير لا ينتج أثر، ونظرا لزوال هذه العلة بصدور قانون التسجيل فإن بيع العقار المملوك للغير يكون صحيحا قبل التسجيل وبعده².

ولم يسلم هذا الرأي من النقد لأن إرادة المتعاقدين يمكن أن تتجه إلى نقل الملكية وقت التعاقد، إلا أنها لا تنتقل بالفعل لسبب خارج عن إرادتهما، ففي حالة البيع الغير مسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن حال دون ذلك لضرورة التسجيل، وهو وضع اقتضاه القانون لا إرادة المتعاقدين، فتبقى علة البطلان وهي قصد نقل الملكية في الحال³.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص108.

² مباركي نجوى وبودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2012-2013، ص69.

³ إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق، ص109.

الفرع الثالث: بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده

إن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير، إذ لا يزال البيع ناقلاً للملكية، وإن كانت هذه الملكية تتراخى إلا أن يتم التسجيل، وبالتالي فإن بيع عقار الغير قابلاً للإبطال، سواءً قبل التسجيل أو بعده.

وهذا الرأي هو الراجح لأن عقد البيع ناقلاً للملكية بحد ذاته، والإستثناءات التي جاءت عليه لا تقوى على التغيير طبيعته، إذ أن كلا من قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لم يغيرا من الأمر شيئاً بالنسبة لطبيعة عقد البيع، فالبيع لا يزال بطبيعته ناقلاً للملكية، وبالتالي فإن حكم بيع عقار الغير هو حكم بيع ملك الغير والمتمثل في قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري¹.

المبحث الثاني : هبة ملك الغير

قبل أن نخوض في حكم هبة الغير؛ يجب أولاً أن نقوم بتعريف الهبة بصفة عامة وتحديد الخصائص التي تميزها عن التصرفات الأخرى، والأركان التي تقوم عليها، وعليه فسنتناول تعريف الهبة في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني أركان عقد الهبة في العقار، وفي المطلب الأخير حكم هبة عقار الغير.

المطلب الأول : مفهوم عقد الهبة

تعتبر الهبة من التصرفات القانونية الناقلة للملكية في الحال وقد خصها المشرع بجملة من الأحكام لكن قبل الخوض في هذه الأخيرة يجب علينا أولاً تحديد تعريفها وخصائصها .

الفرع الأول : تعريف عقد الهبة

أولاً : لغة

كلمة هبة مشتقة من فعل وهب بمعنى أعطى بلا عوض فهو واهب ووهاب والوهاب إسم من أسماء الله الحسنى ومعناه، كثير العطاء بلا عوض.²

¹ مباركي نجوى وبودريقة جميلة، مرجع سابق، ص 69.

² معجم الكنز، منشورات عشاش، الجزائر، سنة 2003، ص 375 .

قال الله تعالى في كتابه العزيز < ووهبنا له إسحاق ويعقوب >¹

هي العطية الخالية من الأعراض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، ووهبت له هبة وموهوبة ووهبا، أي أعطيته ومنحته.²

ثانيا: التعريف الفقهي للهبة

وعرف الهبة خليل المالكي في مختصره أنها (تملك بلا عوض لثواب الآخرة صدقة)، أي تملك ذات وأما ثواب الآخرة صدقة فهو يعني أن الهبة إذا كان المقصد بتمليكها ثواب الآخرة فهي صدقة.³

عرفها الشافعية على أنها تملك بلا عوض، والمقصود من هذا التعريف تملك العين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة، فهي تمثل الهدية والصدقة.⁴

ثالثا : التعريف القانوني

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الهبة تملك بلا عوض"⁵.

من هنا نرى أن المشرع أعطى تعريفا عاما للهبة.

كما عرفها أيضا المشرع المصري من القانون المدني المادة 486 بقوله "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له بدون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام".

نخلص مما سبق، إلى أن الهيئة عقد موضوعه تملك الإنسان لغيره لمال يملكه في الحياة بلا عوض .

¹ سورة الأنعام، آية 84.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، سنة 1968، ص 804.

³ حسن محمد بدوي، موانع الموضوع في الهبة، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 21 .

⁴ محمد بن أحمد الرملي، شرح زيد بن رسلان، دار المعارف، لبنان 2007، ص 25.

⁵ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005 .

الفرع الثاني: خصائص الهبة في العقار

أولاً : الهبة في العقار عقد كسائر العقود

وباعتبار أن الهبة في العقار من العقود فلا يصح إلا بوجود أركانه وهي الإيجاب والقبول، الإيجاب من طرف الواهب، والقبول من طرف الموهوب له¹.

وهذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري بقولها "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول". وهذا يعطينا لفتة على أن الهبة لا تتعقد بالإرادة المنفردة بل تحتاج إلى إيجاب وقبول، وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، الهبة تكون بين الأحياء فقط والوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

ثانياً : الهبة في العقار من العقود والتبرعات

لا يكفي لتحقيق الهبة أن يتصرف الواهب في مال له دون عوض، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة وهو نية التبرع، فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع، كأن يجهز أب ابنته أو إعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج، ففي جميع هذه الأحوال إنما يوفي الأب، فهو لا يتبرع ويكون تصرفه هذا وفاء لا هبة، فيجب إذا في الهبة أن تتمحض نية الواهب للتبرع دون أن يقصد الوفاء، أو إلى جني منفعة مادية أو أدبية².

ثالثاً : الهبة في العقار تصرف بلا عوض

يجب أن يكون التزام الواهب لا يقابله عوض لأن طبيعة الهبة أنه تصرف في المال دون مقابل، وهذا ما نصت عليه المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة تملك بلا عوض".

¹ قعباش فارس، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف لمسيلة ، السنة الجامعية 2015-2016 ، ص 16.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، ج5، ط3، دار نهضة مصر، 2011م، ص ص 15-19.

الهبة في أصلها هي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له، ولذلك فإن طبيعتها تفرض ان تكون بدون مقابل وعلى الرغم من ذلك لا مانع أن تكون الهبة بعوض¹.

كأن تكون من الهبات المتبادلة، فقد يهب شخص لآخر شيئاً، ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب، فتكون الهبتين متبادلتين، وتكون كل منهما دون عوض لأن كلا من الهبتين ليس عوضاً عن الهبة الأخرى، بل كل واهب قد وهب نية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته، وينطبق ذلك أيضاً على الهدايا المتبادلة².

رابعاً : الهبة في العقار عقد شكلي

الهبة مثلها مثل العقود الأخرى لا يجب أن تتوفر فيها نية التراضي الإيجاب والقبول فقط، بل يجب أن تنصب في قالب معين، وهذا ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعات احكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"³.

المطلب الثاني : أركان عقد الهبة في العقار

كسائر العقود كي تتعقد الهبة صحيحة منتجة لآثارها يجب أن تتوفر على أركان عامة وأخرى خاصة.

الفرع الأول : الأركان العامة

نظم المشرع الأركان العامة للعقود في المواد 59 إلى 98 من القانون المدني وبالتالي لا يجب أن يخلو أي عقد من هذه الأركان وإلا عدَّ باطلاً وهي على التوالي :

¹ كشاد ياسمين، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد إكلي محند أولحاج لبويرة، السنة الجامعية 2016-2017، ص ص 19-20.

² عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص12.

³ كشاد ياسمين، مرجع سابق، ص24.

أولاً : التراضي

لا يتم التراضي في عقد الهبة إلا بتطابق الإيجاب مع القبول وهذا ما نصت عليه المادة 206 سالفه الذكر، كما أن القبول يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا وتتعد الهبة من تاريخ العلم بالقبول من لموهوب له شخصيا أو نائبه نيابة قانونية أو اتفاقية¹.

يجب أن يتوافق الإيجاب مع القبول توافقا تاما، فإن قرر الواهب إعطاء عقاره على سبيل الهبة، وقرر الموهوب له تسلم نفس العقار لكن على سبيل الإيجار فلا تتعد الهبة².

ولكي يعتبر التراضي صحيحا يجب أن يتوافر على ما يلي :

أ- شروط صحة التراضي:

1. أهلية الواهب:

تنص المادة 78 من القانون المدني على أن "كل شخص اهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية او فاقدها بحكم القانون". كما نصت المادة أيضا 203 من قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغ 19 سنة و غير محجور عليه".

يلاحظ أن المشرع اكتفى بذكر أهلية الواهب فقط، وهذا فيه تشديد في وجوب اهلية التبرع لدى الواهب باعتباره يقوم بعمل ضار ضررا محضا على خلاف الموهوب له الذي يقوم بعمل نافع له نفعا محضا³.

2. أهلية الموهوب له :

وعليه فإن هبة الصبي الغير مميز أو الصبي المميز الذي لم يبلغ 19 سنة لا تصح، بخلاف هبة الموهوب له، فإن قانون الأسرة لم يحدد شروط الواجبة توفرها للموهوب له، وباعتبار أن قبول التبرع من التصرفات النافعة نفعا محضا لذا فقد اكتفى بوجود أهلية التمييز

¹ بصغير خالدية، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، السنة الجامعية 2018م-2019م، ص22.

² كشاد ياسمين، مرجع سابق، ص27.

³ بصغير خالدية، مرجع سابق، ص23.

عند العقد وعند قبول الهبة، أما إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية ينوب عنه وليه أو وصيه لأن من شروط قبول الهبة أن يكون القبول صريحا سالما¹. وهذا تطبيق لأحكام المادة 81 من القانون الأسرة "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

ب- خلو الإرادة من العيوب

ولكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون التراضي سليما خاليا من العيوب التي قد تشوبه، وقد نظمها المشرع من المواد 81 إلى 87 من القانون المدني وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، هذه العيوب قد تمس بالإرادة فتعيبها وعليه يصبح العقد قابل للإبطال².
ثانيا/ المحل

نصت عليه المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني.

ونصت المادة 205 من قانون الأسرة "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا او منفعة"، وهذه الممتلكات إما أن تكون منقولات أو عقارات، ولا شك أن محل التزام الواهب في هبة العقار هو العقار ذاته سواء كان مبنيا أو فلاحيا، كما يصح محل الهبة حقا عينيا كحق الانتفاع³.

ويستخلص من المواد 92 إلى 95 المتعلقة بالمحل الشروط التالية :

أ- أن يكون المحل موجودا:

بعبارة أخرى أن يكون الشيء الموهوب وقت إبرام العقد موجودا، إذا لا يصح أن يكون المحل شيء مستقبلي ، ولكن إذا كان شيء مستقبلي محقق الوجود يجوز هيبته.

ب- أن يكون معيناً:

فلا بد أن يكون العقار محل الهبة معيناً، بحيث ينفي هذا التعيين الجهالة بموقع العقار.

¹ قعباش فارس، مرجع سابق، ص33.

² المرجع نفسه ، ص34.

³ بصغير خالدية، مرجع سابق، ص27.

ت- أن يكون المحل مشروعاً:

أي أن يكون محل الهبة مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ث- أن يكون المحل مملوكاً للواهب:

وهذا ما نصت عليه المادة 205 "يجوز...كل ممتلكاته..."، بقولها كل ممتلكاته أو جزء منها

وهذا ما يدل على وجوب ملكية الواهب للشيء الموهوب.

وعليه فإن الهبة لا تقع إلا على الملكية الخاصة للفرد، ويمنع أن يتصرف الشخص في ملك

غيره وهو ما يسمى بهبة ملك الغير الذي سيأتينا تفصيله لاحقاً¹.

ثالثاً : السبب

السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على الهبة، ويجب أن يكون السبب مشروعاً غير

مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كانت الهبة باطلة بطلان مطلق².

الفرع الثاني : الأركان الخاصة

نظراً لآثار عقد الهبة على الذمة المالية للواهب المتمثلة في إفتقارها فقد خصها المشرع

بأركان إضافية بحيث تنص المادة تنص المادة 206 فقرة 01 من قانون الأسرة "تتعقد الهبة

بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات...".

من خلال هذا النص نرى أن لمشرع الجزائري اشترط ركنين في عقد الهبة وهما: الحيابة

والشكالية بالنسبة للعقارات.

أولاً : الحيابة

نقصد بالحيابة وهي تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب، وبالرجوع إلى

نص المادة 206 من قانون الأسرة فإنها تؤكد على أن الهبة لا تتعقد بالإيجاب والقبول فقط، بل

اعتبرا الحيابة شرطاً أساسياً لصحة عقد الهبة، وبدونها يبطل العقد³.

¹ قعباش فارس، مرجع سابق، ص ص39-41.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص133.

³ قعباش فارس، مرجع سابق، ص 45.

وأضافت المادة 207 من نفس القانون على أن "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة، وإذا كان بيد الغير يجب إخباره بها ليعتبر حائزا".

وبتالي نستخلص ما يلي:

أ- إذا كان العقار بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازته صحيحة، كأن يكون الموهوب له مستأجر للعقار.

ب- إذا كان العقار بيد الغير يجب في هذه الحالة إخبار هذا الغير بعقد الهبة حتى يتمكن الموهوب له من حيازة العقار.

إلا أن المشرع الجزائري أورد بعض الاستثناءات لقاعدة الحيازة، وذلك ما نصت عليه المادة 208 من نفس القانون¹. المتمثلة في

إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة.

ثانيا : الشكلية

تنص المادة 206 على أن الهبة تتم بالإيجاب والقبول، إلا أنه أضاف شرطا من الشروط لصحتها وتامها، ألا وهو شرط الشكلية بقوله في نفس المادة "ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات".

يجب أن تتوفر الشكلية في عقد الهبة، والمقصود بالشكلية المطلوبة هنا هي الشكلية المتعلقة بهبة العقار، وتتمثل في ضرورة إفراغ رضا الطرفين في شكل رسمي على يد موثق مختص، وفقا لما تنص عليه المادة 206 سالف الذكر، وإلى جانب الرسمية لا بد من اتباع إجراءات التسجيل واحترام إجراءات الشهر العقاري حتى تنتج الملكية آثارها بين المتعاقدين واتجاه الغير، وجزاء تخلف الشكلية هو البطلان المطلق، فإذا اختل شكل الهبة في العقار فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلق ولا تنتج أثرا².

¹ بصغير خالدية، مرجع سابق، ص 35 .

² كشاد ياسمين، مرجع سابق، ص 38-40.

المطلب الثالث : حكم هبة عقار الغير

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هبة ملك الغير ولا عن الجزاء المترتب عليها، بخلاف كافة التشريعات التي خاضت في هذه المسألة كالمشرع المصري والسوري والعراقي. ينص المشرع المصري من القانون المدني المادة 491 "إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليه أحكام المادتين 466 و467". ومن خلال نص هذه المادة نرى أن المشرع المصري أحالنا إلى أحكام بيع ملك الغير أي ما يسري على بيع ملك الغير يسري على هبة ملك الغير. ولذلك سنتطرق إلى حكم هبة عقار الغير بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقي.

الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدين

هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له، فللموهوب وحده أن يطلب إبطال الهبة حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، ويكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة في حالة ما إن كانت الهبة مقترنة بشرط، فيطلب إبطال الهبة للتخلص من هذا الشرط¹.

ويجوز للموهوب له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إبطال الهبة في حالة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء بأن العقار الموهوب هو مملوك للغير، أما الواهب فلا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه لأن الهبة ليست باطلة بطلانا مطلقا، بل هي قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له وحده².

ينقل العقد صحيح في حق الموهوب له إذا آلت ملكية الهبة للواهب بعد صدور عقد الهبة³، وهبة ملك الغير قابلة للإبطال بموجب نص خاص، كما أن هبة عقار الغير تكون قابلة

¹ بصغير خالدية، مرجع سابق، ص 30.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص ص 121-122.

³ إبراهيم السيد أحمد وأشرف أحمد عبد الوهاب، عقد الهبة، ط1، دار العدالة النشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 52.

للإبطال قبل التسجيل وبعده، وتسري سائر أحكام بيع ملك الغير على هبة ملك الغير في جميع ما قدمناه من مسائل¹.

الفرع الثاني : بالنسبة للمالك الحقيقي

هناك حالتين بالنسبة للمالك الحقيقي لعقد هبة العقار

أولاً : إذا لم يقر المالك الحقيقي الهبة

في هذه الحالة لا تسري في حقه ويبقى مالكا للموهوب، لا تنتقل منه الملكية إلى الموهوب له حتى ولو اجازها الموهوب له، ويترتب على ذلك أن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع للموهوب له بدعوى الاستحقاق وان يرجع للواهب بالتعويض².

ثانياً : إذا أقر المالك الحقيقي الهبة

في هذه الحالة تنتقل ملكية العقار إلى الموهوب له إذا زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية، ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار حتى تنتقل الملكية، ومتى انتقلت الملكية إلى الموهوب له زال السبب الذي من أجله جعل المشرع هبة ملك الغير قابلة للإبطال، فانقلبت الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقي، وتقلب الهبة صحيحة من وقت صدورها ولكن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا وقت الإقرار³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص122.

² بصغير خالدية، مرجع سابق، 30.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص123.

ملخص الفصل الأول

بيع ملك الغير باطل وهذا البطلان خاص بالبيع أنشأه نص تشريعي خاص لعلة معقولة وهي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع، فلا بد إذن أن نقول أن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص لا يستمد من القواعد العامة، وإنما من نص تشريعي خاص استند إلى علة معقولة، وهذا البيع لا يسرى في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره فينقلب العقد صحيح في حق المشتري وكذلك إذا آلت الملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية، أما بالنسبة لعقد الهبة يجب أن يكون الواهب مالكا للموهوب، وأن يكون أهلا للتبرع فالصغير و المحجور عليه لا يجوز له أن يهب شيئا من ماله، والغير لا يجوز له أن يهب عقار غيره وحكم هبة الغير كحكم بيع ملك الغير، غير أنه البطلان الذي يترتب على هبة عقار الغير هو البطلان النسبي لمصلحة الموهوب له وعدم النفاذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أجازها هذا الأخير هنا يسقط حق البطلان وتكون العبة نافذا في حق المالك، أما إجازة الموهوب له مقصورة على إسقاط حق البطلان فقط .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : التصرفات القانونية الغير ناقله للملكية

هناك عديد من التصرفات القانونية الغير الناقلة للملكية وهي عبارة على عقد كباقي العقود ترد على العقار على أساس حق الانتفاع مثل عقد الإيجار أو على أساس حق الضمان مثل عقد الرهن الرسمي و هذه التصرفات لا تنقل الملكية .

المشعر الجزائري لم يتطرق إلى أحكام الإيجار والرهن اللذان يردان على عقار الغير ، بخلاف المشعر المصري الذي ينص على هذا النوع من التصرفات .

سنتناول في المبحث الأول إيجار ملك الغير، وفي المبحث الثاني رهن ملك الغير .

المبحث الأول : إيجار ملك الغير

المشرع الجزائري لم يتكلم على إيجار ملك الغير، وقبل أن نشرع في الموضوع سنعرّف الإيجار بصفة عامّة، ونتناول خصائصه وطبيعته القانونية وأركانه، وفي الأخير نتكلم على حكم إيجار ملك الغير.

المطلب الأول : مفهوم الإيجار

يعتبر الإيجار من العقود المسماة التي ترد على المنفعة وقد خصها المشرع بجملة من الأحكام سنأتي على تفصيلها.

الفرع الأول : تعريف الإيجار

أولاً : التعريف اللغوي

مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، والأجرُ الجزاء على العمل والجمع أجور والإجارة من أجر يأجرُ وهو ما أعطيت من أجر والأجر الثواب.

أجرا إيجار، الدار أكرها إياها، واستأجر الدار أي اكرهاها.¹

ثانياً : التعريف الفقهي

الإيجار هو عقد على منفعة مباحة مقابل بدل محدد في مدة معينة، على عين معلومة.

عرّفته الدكتور محمد فريدة زواوي على أنه : "عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة مقابل لقاء أجر معلوم"².

ثالثاً : التعريف القانوني

عرّفه المشرع الجزائري في المادة 467 من القانون المدني على أنه: "الإيجار عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيءٍ لمدةٍ محدّدةٍ مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدّد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أيّ عمل آخر".

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 9، ص 309.

² جديلات محمد، آثار عقد الإيجار في ظلّ تعديلات القانون المدني الجزائري بالقانون 05/07، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة زيّان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية 2015/2014، ص ص 4-5.

وعرفه المشرع المصري في المادة 558 من ق م ق ص "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

ومن التعاريف التي سبقت نستخلص ما يلي :

أن عقد الإيجار هو عقد بين المؤجر و المستأجر يقع على منفعة معينة مقابل أجر معلوم لمدة محددة.

الفرع الثاني : خصائص عقد الإيجار

من خلال التعاريف السابقة الذكر نستنتج خصائص عقد الإيجار التي تميزه عن باقي العقود وهي كما يلي.

أولاً : الإيجار عقد معاوضة

الإيجار عقد يتلقى بمقتضاه المؤجر عوضاً لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وهذا المقابل يدعى بدل الإيجار، ولا بدّ أن تكون الأجرة الجديّة والأجرة التافهة تستوي في الحكم مع انعدام الأجرة، وإذا انعدمت الأجرة نكون أمام عقد عارية وليس إيجار¹.

ثانياً : الإيجار عقد ملزم لجانبين

لأنه يولّد التزامات متقابلة على عاتق كل من المؤجر والمستأجر، فالمؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعاً هدئاً وكاملاً، وعلى المستأجر دفع بدل الإيجار واستعمال العين المؤجرة في ما أعدت له والحفاظ عليها².

¹ أخضري محمد، عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة زيّان عاشور الجلفة ، السنة الجامعية 2016/2017 ص 8.

² زروقي خديجة، التزامات المستأجر في إيجار العقارات والمنقولات، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012/2013، ص 6.

ثالثا : الإيجار عقد زمني

يستغرق تنفيذ الإيجار مدة زمنية وهي مدة الانتفاع، وتعتبر عنصراً أساسياً في عقد الإيجار، حيث تتجدد إثرها التزامات الطرفين تمكين الانتفاع في مدة زمنية معينة ودفع أجرة مناسبة لهذه المدة وقد تضمنت المادة 467 من القانون المدني المدة كركن في عقد الإيجار، واشترطت أيضاً المادة 2 من نموذج عقد الإيجار ضرورة تحديد المدة.

عقد الإيجار عقد زمني، وعليه فلا يكون للفسخ أثر رجعي، فلا يمكن إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، بحيث لا يمكن إرجاع الاستعمال الذي مارسه المستأجر في الفترة السابقة على العين المؤجرة، فإذا فسخ الإيجار فإن الآثار التي تمت قبل فسخه تظل قائمة أو تؤخذ بعين الاعتبار، فإذا استعمل المستأجر العين فيجب اقتطاع الأجرة مقابل المدة التي استعملت فيها العين¹.

رابعا : الإيجار عقد شكلي

لقد أوجب المشرع الشكلية في عقد الإيجار بعد التعديل الجديد وجعلها من مبطلات العقد في حال تخلفها وهذا ما نص عليه المشرع في القانون المدني وجاء فيه "ينعقد الإيجار كتابةً ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً"²

نص المشرع صراحة على أن تخلف ركن الشكلية يؤدي إلى بطلان عقد الإيجار.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للإيجار

الإيجار حق شخصي ليس حق عيني على خلاف حق المنتفع أو صاحب حق الاستعمال لهم حق عيني، بينما المستأجر له حق شخصي فقط يستطيع من خلاله مطالبة المؤجر من تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا الحق نافذ في مواجهة الخلف الخاص و العام، لأن حق المستأجر متصل بعين المؤجرة وليس بشخص المؤجر.

¹ أخضري محمد، مرجع سابق، ص 9.

² يراجع المادة 467 مكرر من القانون المدني الجزائري .

وكذلك باعتبار حقّ البقاء يشبه لحد ما حق الانتفاع ولكن المشرع تراجع عن هذا الحق وبالتالي أصبحت وضعية المستأجر مختلفة لأنه نص صراحة أن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء مدته¹

وهذا طبقا للمادة 469 مكرر 1 من القانون المدني التي جاء فيها "ينتهي الإيجار بانقضاء المدّة المتفق عليها دون حاجة الى التّنبيه بالإخلاء"

وما يدعم الطرح السابق نص المادة 468 من نفس القانون التي تنص على "لا يجوز لمن لا يملك إلا حقّ القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدّته على ثلاث سنوات مالم يوجد نصّ يقضي بخلاف ذلك وإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض الى ثلاث سنوات".

إلى جانب ذلك حقّ الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع، أمّا عقد الإيجار فلا ينتقل إلى الخلف العامّ مالم يتفق المتعاقدان وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 2.

إذن الإيجار مهما طالّت مدّته لا يعتبر حقّ عيني، ولا يعطي لصاحبه حقّ التصرف في العين ولا التنازل عن الإيجار إلا بموافقة المؤجّر، على خلاف صاحب حقّ الانتفاع فيمكنه التصرف في حقّ الانتفاع و تأجير العين².

المطلب الثاني : أركان عقد الإيجار

كأي عقد يجب أن يتوافر غي عقد الإيجار الأركان الموضوعية العامة من تراضي ومحل والسبب بالإضافة للشكلية كما سبق بيانه، وهذا ما سنأتي على تفصيله

الفرع الأول : التراضي

لكي يكتمل ركن التراضي في عقد الإيجار يجب أن يتراضى الطرفان بأن يتبادل التعبير عن إرادتهما وأن تتطابق هاتين الإرادتين تطابقاً تاماً حول المسائل الأساسية في العقد، كما

¹ أخضري محمد، مرجع سابق، ص 10.

² دريس كمال فتحي، عقد الايجار، محاضرات سنة ثالثة حقوق، معهد العلوم القانونية و الإدارية الوادي، السنة الجامعية 2010/2011، ص 3.

يجب أن تكون إرادة كل من المؤجر والمستأجر حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة التي تجعلها غير سليمة ما يجعل العقد قابلاً للإبطال، بالإضافة إلى وجوب توفر لأهلية اللازمة¹.

أولاً : المسائل التي يتفق عليها الطرفان في العقد

يجب أن تتطابق إرادة المتعاقدين على المسائل الجوهرية، التي بدونها لا ينعقد العقد أما المسائل الثانوية عدم الاتفاق عليها لا يؤثر على العقد ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك. تتمثل هذه المسائل الجوهرية في الاتفاق على إبرام عقد إيجار كذلك محله أي تطابق الإرادتين على ذات العين المراد تأجيرها و الأجرة التي يدفعها المستأجر، إضافة الى مدته².

ثانياً : الأهلية

تختلف الأهلية المعتمد بها في عقد الإيجار فيما يخص طرفيه كالتالي :

أ- أهلية المؤجر :

فالأهلية المطلوبة في المؤجر هي أهلية الإدارة، وهذا ما يستخلص من نصوص المواد 468 و 573 من القانون المدني و التي تنص على أن أعمال الإدارة الحسنة هي الأعمال التي لا تتجاوز مدتها ثلاث سنوات، فيجوز للقاصر المميز القيام بها، أما الإيجارات التي تزيد مدتها عن ثلاث سنوات فتعتبر من أعمال الإدارة الدائرة بين النفع والضرر وتكون قابلة للإبطال إذا قام بها قاصر.

كما أن للولي الوصي أن يؤجر العين لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وفقاً للمادة 468 من نفس القانون³.

ب- أهلية المستأجر

بالرجوع إلى المواد 42 و 43 من القانون المدني نرى أن التصرفات الصادرة من الشخص الغير مميز تعتبر تصرفات باطلة بطلان مطلق، أما الشخص المميز فهو ناقص

¹ زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 9.

² دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 4.

³ أخصري محمد، مرجع سابق، ص 12.

الأهلية، تكون تصرفاته قابلة للإبطال في الآجال المنصوص عليها في المواد 101 و102 من نفس القانون¹.

الفرع الثاني: المحلّ

نظرا لخصوصية عقد الإيجار فإن محله ينقسم إلى :

أولا : العين المؤجرة

يشترط في الشيء المؤجر أن يكون موجوداً وقت العقد، أو قابل للوجود في المستقبل، وأن يكون معينا أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً ومملوكاً للمؤجر وهذا التطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها في المواد 92 إلى 95 من القانون المدني فإن لم يكن الشيء موجوداً وقت العقد أو كان غير قابل للوجود، كان الإيجار باطلاً².

ثانيا : بدل الإيجار

ذكرنا سابقا أن عقد الإيجار يعد من عقود المعاوضة وإلا عد عقد عارية وهذا ما يؤكده النص المادة 467 من القانون المدني على " ... يحدّد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".

ويعرّف بدل الإيجار بأنه العوض الذي يلتزم المستأجر بأدائه للمؤجر لقاء انتفاعه بالعين المؤجرة، لذلك يجب على أطراف عقد الإيجار تحديد بدل الإيجار لأنّه ركن في العقد إذا تخلف كان العقد باطلاً³.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن الأجرة قد تكون مبلغ من النقود أو تقديم عمل، ويجب أن تكون الأجرة جدية غير تافهة، ويجب أن تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

¹ دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 6.

² أخضري محمد، مرجع سابق ص 13.

³ دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 11.

الفرع الثالث : السبب

يعرف السبب في العقود بأنه العنصر المعنوي الذي يسمح بمعرفته الهدف الذي من أجله يؤدي المتعاقدان التزامهما، فلا جديد يذكر يضاف إلى ما جاءت به القواعد العامة.

يعدّ السبب في كلّ العقود عنصراً معنوياً، فهو الهدف الذي من أجله يقوم المتعاقد بإلزامه، يعتبر السبب في عقد الإيجار واضح بالنسبة لكلّ طرف، فالمؤجّر يبرم العقد للاستفادة من بدل الإيجار، والمستأجر يهدف إلى استغلال الشيء المؤجر¹.

الفرع الرابع : الشكليّة

جاء في المادّة 467 مكرر "ينعقد الإيجار كتابةً ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً".

وبالتالي أصبحت الكتابة في العقد أمراً إلزامياً وهذا ما نصّ عليه المشرّع صراحة.

ولم يشترط المشرّع الكتابة الرسميّة فقد تكون عرفيّة، على أن يكون الإيجار تاريخ ثابت طبقاً لنصّ المادّة 328 من القانون المدني، كما رتبّ المشرّع على تخلف ركن الشكليّة بطلان العقد².

المطلب الثالث : نطاق حقّ الإيجار

المؤجّر هو المالك للعقار، يستطيع أن يؤجّر عقاره إذا كان بالغاً وراشداً إذا هو يستطيع أن يتصرّف في هذا العقار، وقد يصدر الإيجار من غير المالك كالمنتفع أو من له حقّ سكن أو الإدارة³.

الفرع الأول : الإيجار الصّادر من صاحب حقّ الإدارة

الأصل أن المالك للشيء هو الذي له الحقّ في الإدارة، ولكن قد تثبت حقّ الإدارة لغير المالك، فيكون نائباً عن المالك في استعمال هذا الحقّ، فيقوم بتأجير هذه العقارات، وهذا لا

¹ جديلات محمد، مرجع سابق، ص 14.

² دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 21.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الإيجار والعارية)، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار نهضة

مصر، 2012 ص.39

يعتبر إيجار ملك الغير، وإنما هي تعتبر أعمال إدارة يقوم بها هذا الشخص نيابة عن المالك، وقد تكون هذه النيابة نيابة اتقافية كالوكيل ومدير الشركة والزوج، أو نيابة قضائية كالحارس القضائي أو الوصي، وقد تكون نيابة قانونية كالولي وناظر الوقف. وهؤلاء جميعاً لا يملكون العين المؤجرة وليس لهم إلا حق إدارتها¹. وهذا ما يؤيده نص المادة 468 من ق م ج.

فالقاعدة إذاً أنّ من يدير العين لا يملك إيجارها لمدة تزيد على 3 سنوات، فإذا زاد على هذه المدة يجب أن يكون بإذن من صاحب العقار، أي المالك وإلا انقضت المدة إلى 3 سنوات، وكلّ هذا ما لم يوجد نصّ يقضى بخلاف ذلك.

الفرع الثاني : الإيجار الصادر من صاحب حق الانتفاع والسكن

جاء في المادة 469 من ق م ج "ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع".

لصاحب الانتفاع الحق في تأجير العين التي تقرّر له عليها حق انتفاع الحق، ويكون هذا العقد ملزم للمنتفع دون مالك الرقبة، وينتهي هذا العقد بانقضاء مدة الانتفاع، وهذا ما نصّت عليه المادة السالفة الذكر، أمّا إذا كانت مدة حق الانتفاع غير محدّدة، ينتهي عقد الإيجار بوفاء المنتفع طبقاً لنصّ المادة 852²

الانتفاع حق عينيّ يخول صاحبه استعمال الشيء المملوك للغير واستغلاله، وينتهي حتماً بموت المنتفع، ويلاحظ أنّ المنتفع لا تقيده مدة 3 سنوات عندما يؤجّر العين، كما سبق ذكره عند صاحب الإدارة، لأنّه لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة ولا يدير العين نائباً عن الغير، وإنما يستعمل حقه الأصيل في الانتفاع³.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الإيجار والعارية)، مرجع سابق، ص 53-54.

² دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 10.

³ أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، عقد الإيجار، مرجع سابق، ط 1، دار للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 51-

المطلب الرابع : حكم إيجار عقار الغير

المقصود بإيجار عقار الغير : هو الإيجار الذي يصدر عن شخص لا يملك الشيء ، وليس له حق التعامل في المنفعة أو حق الإدارة¹.

كما سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري لم يخص إيجار ملك الغير بنص خاص وبالتالي يجب الاحتكام لآراء الفقهاء في هذا الصدد بحيث يفصلون في حكم الإيجار بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقي وهذا ما سنأتي على تفصيله :

الفرع الأول : حكم إيجار عقار الغير فيما بين المتعاقدين

إيجار عقار الغير صحيح فيما بين المتعاقدين، وهذا بخلاف بيع ملك الغير، فإنه قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري كما سبق ذكر، ويختلف الإيجار عن البيع في هذا الصدد بأن البائع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا للمبيع فيكون البيع الصادر منه قابل للإبطال، أما المؤجر ليس هنالك ما يمنعه من أن يلتزم بتسليم عين لا يملكها و ليس له حق الانتفاع بها ولا حق الإدارة إلى المستأجر، ومادام المالك الحقيقي لم يعترض للمستأجر فليس لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد ولا فسخه ،فالإيجار صحيح غير قابل للإبطال، والفسخ لا يكون إلا إذا أعترض المالك عين المؤجرة.²

ويلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجر كما يلتزم المستأجر بكافة الالتزامات المترتبة على عقد الإيجار، وإذا لم يتمكن المؤجر من تسليم العين المؤجرة للمستأجر وكان هذا الأخير حسن نية لا يعلم وقت التعاقد بأن المؤجر يؤجر ملك الغير جاز له المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر أما إذا كان سيء نية لا يجوز له طلب بتعويض ويلزم المؤجر بتعويض سواء كان حسن نية أو سيء نية، غير أن المؤجر إذا كان حسن نية أي لم يعلم أنه يؤجر ما لا يملكه فلا يسأل إلا عن الضرر المتوقع فقط.³

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء التشريع في القانون المدني الجديد، (عقد الإيجار)، المجلد السابع، دار محمود القاهرة، 2018، ص 276.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الإيجار والعارية)، مرجع سابق، ص ص 67-68.

³ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ص 277-278.

الفرع الثاني : حكم إيجار عقار الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

المالك الحقيقي أجنبي عن العقد إذا لم يكن طرفا فيه ،فلا ينفذ في حقه وله أن يتجاهل حصوله تماما، وأن يطلب استرداد العين المؤجرة من المستأجر إذا كان قد تسلمه، ويستطيع المالك الحقيقي أن يرجع على المؤجر بتعويض إما على أساس الإثراء بلا سبب، باعتباره أن قبض المؤجر للأجرة يمثل إثراءه على حساب المالك أو وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لأنه قد حرم من الانتفاع بعقاره بسبب عمل المؤجر غير المشروع.¹

إذا كان العقد صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر فإنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي، لأن المالك الحقيقي أجنبي عن العقد، ومن ثم يستطيع هذا الأخير استرداد العين المؤجرة من المستأجر، كما يستطيع أن يؤجرها لمستأجر آخر، وقد يقر المالك الحقيقي الإيجار فيصبح نافذا في حقه ويحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، أما قبل أن يقر المالك الحقيقي عقد الإيجار فلا تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر وكل ما يستطيع أن يفعله هو أن يحجز الأجرة تحت يد المستأجر، كما أن المستأجر لا يستطيع التمسك بحكم المادة 604 من ق م ص التي تقابلها المادة 469 مكرر 3 من ق م ج والتي تجعل الإيجار الثابت التاريخ نافذا في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة لأن حكم هذه المادة يفترض أن الإيجار صادر من المالك الأصلي الذي انتقلت الملكية منه إلى المالك الجديد.²

المبحث الثاني : رهن ملك الغير

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الاحكام التي تتعلق برهن ملك الغير بخلاف المشرع المصري والأردني، ولذلك قبل ان نخوض في أحكام رهن الملك الغير علينا ان نتكلم على الرهن بصفة عامة وكما نعلم ان رهن نوعان هناك الرهن الحيازي وهناك الرهن الرسمي ولقد اخترنا الرهن الرسمي لأنه ينصب على العقارات دون سواها كما نص المشرع الجزائري

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الإيجار والعارية)، مرجع سابق، ص 69.

² محمد العزمي البكري، مرجع سابق

، ص ص 279-280.

في المادة 886 من القانون المدني "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

وعليه علينا ان نعرف الرهن ونذكر خصائصه و كيفية انعقاده، ونختم بتحديد حكم رهن ملك الغير.

المطلب الأول : مفهوم الرهن الرسمي

يعتبر الرهن الرسمي تأميناً عينياً، يهدف إلى ضمان الوفاء بالالتزامات ونظم المشرع أحكامه في المواد من 882 إلى 936.

الفرع الأول : تعريف الرهن الرسمي

كما جرت العادة سنحاول تحديد المقصود بالرهن لغوياً ثم فقهيًا ونختم بالتعريف القانوني.

أولاً : التعريف اللغوي

قال تعالى ﴿كُلُّ امْرِيٍّ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ﴾ [الطور: 21].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "نفس المؤمن مرهونة بدينه"

والرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه يقال رهنت فلانا دار رهنا وارتنه إذا أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهن¹.

ثانياً : التعرف الفقهي

عرف الرهن الرسمي على أنه حقّ عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرّر ضماناً للوفاء بدين، وهذا الحقّ العينيّ يتقرّر على عقارٍ مملوكٍ للمدين أو لكفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحقّ في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار، متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج13، ص 188 .

هذا العقار، وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومنتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته¹.

- وعرف أيضا على أنه حقّ عينيّ تبعي يترتب على عقار مملوك للمدين أو غيره (الكفيل العيني)، بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالتزامه، وطالما أنّه حقّ عينيّ تبعي، فهو يمنح لصاحبه حقاً في التتبع وآخر في الأفضلية².

ثالثا : التعريف القانوني

عرّف المشرّع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 من القانون المدني على أنّه "الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أيّ يد كان".

كما عرفه المشرّع المصري في المادة 1030 من القانون المدني على أنّه: "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصّص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أيّ يد يكون".

وخلاصة التعريف أن الرهن الرسمي عقد يرتب للدائن حقا عينيا على عقار معين يخول له ميزة التقدم والتتبع لاستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (التأمينات الشخصية و العينية)، الجزء العاشر، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية، 2004، ص221 .

² رمضان أبو سعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص127.

الفرع الثاني : خصائص الرهن الرسمي

خصائص الرهن باعتباره حقّ ثم باعتباره عقد وهذا ما سنحاول توضيحه كما يلي :

أولاً : الرهن الرسمي باعتباره حق

أ- حقّ عيني:

يتميّز الرهن الرسمي بكلّ ما تتميّز به الحقوق العينيّة الأخرى، إذ يخول لصاحبه سلطة المباشرة على الشّيء موضوع الحقّ، تخوله هذه السّلطة الحصول على حقّه من قيمة ذلك الشّيء "العقار" بالأفضليّة على غيره من الدّائنين العاديين والدّائنين المرتهنين التّاليين له في المرتبة بالإضافة إلى أن يتمتّع بحقّ تتبّع العقار في يد من تنتقل إليه ملكيّة العقار أو حيازته، لأنّ حقّه على العقار حقّ عيني تبعي، ولذا فالرهن الرسمي هو حقّ عيني تبعي، لأنّه لا ينصب على ملكيّة العقار المثقل به، بل على القيمة الماليّة لملكية هذا العقار¹.

ب- الرهن حقّ تبعي:

أي أنّه يوجد لضمان حقّ آخر هو الدّين المضمون به، فيقوم بقيام هذا الدّين ويتبعه في وجوده وعدمه فيبطل ببطلانه و ينقضي بانقضائه.

فإذا تقرّر بطلان الدّين المضمون بطل الرهن تبعاً لذلك، وإذا انقضى الدّين المضمون بالوفاء أو بغيره، انقضى الرهن تبعاً له، فبموجبه يكسب الدّائن أفضليّة على غيره من الدّائنين العاديين والدّائنين المرتهنين التّاليين له في المرتبة، وهو في هذا لا يحتاج إلى وساطة شخص آخر كما في الحقوق الشّخصيّة، بل له سلطة مباشرة في الوصول².

ت- حقّ عيني عقاري:

نصّت المادّة 886 من القانون المدني الجزائري على أنّه "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلّا على عقار مالم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك". ويستخلص من النصّ أنّ الرهن لا يردّ على المنقولات، نظراً لصعوبة خضوعها لنظام الشّهر بسبب كثرة التّصرّفات الواردة عليها، وسرعة انتقالها من

¹ آيت مجبر حسين، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة، السنة الجامعية 2015/2016، ص8.

² زوبير مصطفى، الرهن العقاري القانوني في تشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون العقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، السنة الجامعية 2012/2013، ص16.

يد إلى أخرى، إلا أن هناك استثناءات اقتضتها الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات التي تسمح بإمكانية شهر هذه الحقوق العينية ومن أمثالها السفن، المحلات التجارية، الطائرات.

ث- حق غير قابل للتجزئة:

الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة للدين المضمون. أما بالنسبة للعقار المرهون، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكة وأصبح كل وارث مسؤول عن جزء من الدين، فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مرهوناً في كل الدين، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله¹.

أما بالنسبة للدين المضمون، فدعوى الرهن أيضا لا تتجزأ، يعني ذلك أن أي جزء من الدين لمضمون بكل العقار المرهون، ومثاله إذا وقى المدين جزءاً أكبر من الدين فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي، ولا يتخلص من الرهن بالنسبة ما وفى من الدين. وهذا ما نصت عليه المادة 892 من القانون المدني الجزائري².

ثانيا : الرهن الرسمي باعتباره عقدا

أ- **عقد مسمى** : يظهر ذلك من خلال إعطاء المشرع تسمية للرهن الرسمي، وقد وضع المشرع أحكام تفصيلية للرهن بعد أن عرفته المادة 822³.

ب- **عقد ضمان عيني** : يعتبر الرهن الرسمي عقد ضمان، لأنه ينشأ بقصد إعطاء الدائم حق الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بدينه، وهو ضمان عين، لأن الرهن سواء كان هو المدين أو الكفيل للعين يلتزم فيه بتقديم عين معينة للوفاء بالدين.

ت- **عقد ملزم لجانب واحد** : يكون الرهن الرسمي عادةً عقداً يلزم الرهن فقط، دون أن يلزم الدائن المرتهن، إذ يلتزم الرهن سواء هو المدين نفسه أو الكفيل العيني بالتزامين هما : الالتزام بإنشاء حق عيني على العقار المرهون، والالتزام بضمان سلامة حق الرهن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (التأمينات الشخصية و العينية)، مرجع سابق، ص 223.

² آيت مجبر حسي، مرجع سابق، ص 10.

³ زويبير مصطفى، مرجع سابق، ص 19.

ث- عقد شكلي : وهذا مانصت عليه المادة 883 من الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو بحكم أو بمقتضى قانون". طبقاً لهذا النص فإنّ الرهن عقد شكلي والشكلية فيه هي الرسمية، والرسمية ركن فيه لا يقوم بدونها، فإذا ما تخلّفت كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً¹.

ج- الرهن الرسمي عقد معاوضة :

ويتمثل في ذلك في كون الرهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن، بل يقدمه له بمقابل، ويمكن أن يكون هذا المقابل قيام الرهن (المدين) باقتراض مبلغ من المال من قبل الدائن المرتهن².

المطلب الثاني : أركان عقد الرهن الرسمي

لكل عقد أركان موضوعية عامة تكفي لقيامه بالإضافة لركن الشكلية في بعض العقود مثل عقد الرهن الرسمي وهذا ما سنأتي على تفصيله

الفرع الأول : الأركان الموضوعية

يتحدّد إنشاء الرهن الرسمي بأركان موضوعية عامة، يخضع فيها للقواعد العامة المعروفة في النظرية العامة للعقد، وفي نفس الوقت له أركان موضوعية خاصة نصّ عليها المشرع الجزائري عند تنظيمه للرهن الرسمي.

أولاً : الأركان الموضوعية العامة

أ- التراضي:

يصدر من المتعاقدين الرهن والدائن المرتهن ويجب أن تكون إرادتهما متطابقتين، كما يمكن أن يصدر الرضا ممن ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً، بحيث يجب أن تكون الوكالة خاصة ورسمية، ويجب أن يكون رضا طرفي عقد الرهن الرسمي سليماً وخالياً من عيوب الإرادة المعروفة، في نظرية العقد وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال³.

¹ آيت مجبر حسين، مرجع سابق، ص 11.

² زكري أمين، الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، السنة الجامعية 2018/2019، ص 17.

³ زويبير مصطفى، مرجع سابق، ص 22.

يكون التراضي صحيحاً عندما يكون خالياً من عيوب الرضا، وصادراً من ذي أهلية، ويقصد بالأهلية صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل لالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك، ونصت المادة 884 من الفقرة الثانية من ق م ج على "يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه" الظاهر من النص أن المشرع قد اشترط في الراهن أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون، لكي لا يلحق أي ضرر بعقاره .

يعتبر الرهن الرسمي بالنسبة للراهن في هذه الحالة عملاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لذا يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، أي أن يكون بالغاً لسن الرشد وفي حالة إذا كان لم يبلغ سن الرشد ولكن بلغ سن التمييز كان عقده قابلاً للإبطال، وإذا كان لم يبلغ سن التمييز كان عقده باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما بالنسبة للدائن المرتهن يعتبر من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، ولذا لا تلزم في الدائن أهلية التصرف ويكفي فيه أهلية التعاقد¹.

ب- المحل:

يتمثل في إنشاء حق عيني على العقار مملوك للراهن لضمان بالالتزام الذي يترتب في ذمة الراهن بنفسه أو في ذمة غيره، ويلزم في محل الالتزام توفر شروط معينة :

أن يكون محل رهن عقار:

يجب إذن أن يكون محل رهن عقار، والعقار هو كل شيء مستقر في حيزه، وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف، فعقد الرهن الرسمي إذن لا يرد إلا على العقارات.

أن يكون معيناً أو قابل للتعيين :

أن يكون هذا العقار معيناً أي موجود أو قابل للتعيين أي قابل للوجود مستقبلاً، المشرع الجزائري لم يضع حكماً لرهن المال المستقبلي، ويرجع للقواعد العامة ومع غياب نص صريح الذي يمنع رهن المال المستقبلي فيمكن القول إذن بصحة رهن المال المستقبلي، شريطة أن يتم تعيين هذا العقار تعييناً دقيقاً .

¹ آيت مجبر حسين، مرجع سابق، ص 14 .

أن يكون مشروعاً غير مخالفٍ للنّظام و الآداب العامّة:
 أن يكون العقار مما يجوز تعامل فيه ،فالغاية من الرهن هو تنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد عند حلول أجل دين إذا لم يفى المدين بدينه، وعلى هذا يحظر رهن الأموال الموقوفة لأن الوقف يحبس العين الموقوفة عن التداول وكذلك رهن حقوق الارتفاقات الإيجابية والتي لا يمكن بيعها استقلال عن العقار وكذلك رهن أموال الدولة، كل هذه الأموال لا يجوز فيها المعاملات¹.

ت- السبب:

فالسبب في عقد الرهن، هو ضمان للوفاء بالدين ،أمّا بالنسبة لشروط السبب فهي نفسها المعروفة في النّظرية العامّة للالتزام ،ولا يوجد ما يختصّ به سبب عقد الرهن عن غيره من العقود²، معنى السبب هو الدافع إلى التّعاقّد، إنّ المشرّع الجزائري يشترط أن يكون الالتزام سبباً فإذا لم يكن له سبباً أو كان سببه غير مشروع فإنّ العقد يكون باطلاً³.

ثانيا : أركان الموضوعيّة الخاصّة

اشترط القانون كذلك شروط موضوعيّة خاصّة متّصلة بخصوصيّة عقد الرهن الرسمي، بعض هذه الشّروط متعلّقة بالشّخص الرّاهن الذي يقرّر حقاً عينياً تبعياً على عقاره وأخرى تتعلّق بالعقار المرهون والدين المضمون.

أ- الشّروط الواجب توفّرها لدى الرّاهن:

تنصّ المادّة 884 من الفقرة الثّانية من القانون المدني "يجب أن يكون الرّاهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتّصرف فيه". الظاهر من النصّ أنّ المشرّع الجزائري قد اشترط في الرّاهن أن

¹ أولمي أعمار، عقد الرهن الرسمي كوسيلة حماية الحقوق، مذكرة نيل شاهدة الماجستير، تخص قانون العقود، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولدي معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2017/2018، ص ص 51-54.

² زوبير مصطفى، مرجع سابق، ص 23.

³ ايت مجبر حسين، مرجع سابق، ص 16.

يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون، وأن يكون مالكا له كذلك حتى تكون له صلاحية تقرير حق الرهن عليه.¹

ب- الشروط الخاصة بالمال المرهون والدين المضمون:

إلى جانب الشروط المفروضة في جانب الزاين من الصحة، عقد الرهن، اشترط المشرع كذلك شروط أخرى إحداهما متصلة بالمال المرهون وأخرى بالدين المضمون، تنص المادة 886 من نفس القانون على أنه "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ... وإلا كان رهناً باطلاً".

حدّد هذا النصّ الشّروط الواجب توفّرها في المال المرهون :

- 1- أن يكون محلّ الرهن عقار.
- 2- أن يكون العقار المرهون ممّا يصحّ التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني.
- 3- أن يكون العقار موجوداً وقت إبرام عقد الرهن.
- 4- أن يكون العقار المرهون معيّناً تعييناً دقيقاً.

أمّا الشّروط الخاصّة بالدين المضمون هي :

- 1- تعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً: يتمّ تعيين الدين بتحديد مقداره وكذلك مصدره.
- 2- ونصّت المادة 891 أيضاً من القانون المدني على الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن، كضمان الدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي.²

الفرع الثاني : الشكلية

حسب نصّ المادة 883 من ق م ج فإنّ الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن الرسمي هي الرسمية، ويقصد بها تحرير الرهن من طرف ضابط عمومي في حدود اختصاصاته وصلاحياته، وفقاً للإجراءات التي يفرضها القانون في تحرير العقد الرسمي³، تعتبر الشكلية في عقد الرهن

¹ أولمي أعمار، مرجع سابق، ص ص 34 35.

² أولمي أعمار، مرجع سابق، ص ص 50-62.

³ آيت مجبر حسين، مرجع سابق، ص 24.

هو إفراغ عقد الرهن الرسمي في ورقة رسميّة وفقاً للشكل الذي يتطلّبه القانون، وهذا ما يعرف بالرسميّة، يضاف إليها إجراء القيد بالمحافظة العقارية لمكان تواجد العقار¹. ونصّت المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلّق بتأسيس السّجل العقاري على أنّه "كل عقد موضوع شهر العقاري في المحافظة العقارية يجب أن يكون مفرغ في شكل رسمي"². إذا لم يعقد الرهن الرسمي في الشكل الذي يتطلّبه القانون، وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما نصّ عليه ق م ج³.

المطلب الثالث : حكم رهن ملك الغير

المشرّع الجزائري لم يُحلّنا إلى أحكام هذا النوع من الرهن وما هو الجزء المترتّب عليه. يقصد برهن ملك الغير، الرهن الذي يعقده الرّاهن باسمه ولحسابه وعلى عقار معيّن بالذات مملوك للغير⁴.

ولعل سبب ذلك أنه جعل من ملكية العقار المرهون شرطاً خاصاً للرّاهن وإلا عد العقد باطل بطلان مطلق وهذا الرأي الغالب .

أمّا المشرّع المصريّ فقد خاض في أحكام رهن ملك الغير، حيث تنصّ الفقرة الأولى من المادة 1033 من ق م ص "إذا كان الرّاهن غير مالك للعقار المرهون، فإنّ عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقرّه المالك الحقيقي بورقة رسميّة وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإنّ حقّ الرهن لا يترتّب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للرّاهن".

ورهن ملك الغير هو غير رهن المال المستقبلي، إذ أنّ رهن ملك الغير هو رهن لعقار لا يملكه الرّاهن، وإنّما يرهنه عادة لاعتقاده أنّ المالك شهر الرهن بورقة رسميّة، أو أنّه سيسعى حتّى يصبح العقار مملوكاً وعند ذلك يستقرّ رهنه من ذلك الوقت⁵.

¹ زكري أمين، مرجع سابق، ص 22.

² مرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر، العدد 30، الصادرة في 1976/04/13.

³ يراجع المادة 883 من ق م ج.

⁴ أنور العمروسي، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، طبعة الخامسة، دار العدالة للنشر القاهرة 2015، ص 167.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية)، مرجع سابق، ص 241.

وقد اختلف الفقهاء في تأصيل الحكم الذي وضعه المشرع لرهن ملك الغير في المادة 1033 من ق م ص سالفه الذكر .

ذهب فريق في وصف العقد رهن ملك الغير كبيع ملك الغير فكلاهما باطل بطلانا نسبيا ولكن البطلان هنا خاص أنشأه المشرع بنص خاص لأنه لا يتفق مع القواعد العامة في البطلان، وذهب رأي إلى تأصيل رهن ملك الغير على فكرة العقد الموقوف على نحو الفقه الإسلامي.

وذهب رأي ثالث إلى نظرية تحويل العقد، وينتهي إلى أن رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلق وهو بهذا لا يتفق مع نص مادة 1033 من الفقرة الأولى من ق م ص كما أنه يتعارض أيضا مع القواعد العامة¹.

وواضح أن نص المادة لا يذهب إلى اعتبار، رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا، لأنه رتب عليه آثار لا تترتب على العقد الباطل، فهو قد أجاز إقراره من جانب المالك الحقيقي، كما رفع عنه البطلان إذا تملك الراهن العقار المرهون بعد العقد، وهذان حكمان لا ينسجمان من منطق البطلان المطلق .

ولبيان حكم رهن ملك الغير يجب أن نميز بين أثره في علاقة الراهن و المرتهن وأثره بالنسبة للمالك الحقيقي :

الفرع الأول : بالنسبة للراهن والمرتهن

يعتبر هذا العقد قابلا لإبطال لصالح الدائن المرتهن وهذا البطلان بطلانا نسبياً، شأنه شأن بيع ملك الغير بما يترتب عليه من حق المرتهن في التمسك بإبطال الرهن باعتباره الطرف الذي تقرّر الإبطال لمصلحته، سواءً كان يعلم أو لا يعلم بعدم ملكية الراهن للعقار المرهون، فإذا تمسك المرتهن بالإبطال وأبطل العقد اعتبر الرهن كأن لم يكن².

¹ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 167.

² همام محمد حمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية، منشأة النشر المعارف الإسكندرية، 2001، ص 348.

ففي علاقة الراهن والمرتهن وهما طرفا العقد رأينا أن الرهن باطلا بطلانا نسبيا ،شأنه شأن بيع ملك الغير ويترتب على هذا أن الحق في طلب الإبطال يكون مقصورا على الدائن المرتهن وحده دون الراهن لأن البطلان وضع لمصلحته.¹

وبزول حق الإبطال في الحالات التالية :

أولا : بإجازة المرتهن للعقد إجازة صريحة أو ضمنية

برجوع للمادة 100 من ق م ج التي تنص على "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد ،دون إخلال بحقوق الغير " ووضح من النص المادة أن الإجازة يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية، معنى ان تكون صريحة أن تكون بأي عبارة يفهم منها الإجازة بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة وضحه ،وتكون ضمنيا بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في طلب الإبطال .

ثانيا : كما يزول بتقادم

وهذا ما نصت عليه المادة 140 من ق م ص التي تقابلها المادة 197 من ق م ج والتي تنص على " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاثة سنوات من يوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه "

أي أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 3 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو تدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة إكراه من يوم انقطاعه، وفي كل الأحوال لا يجوز تمسك بحق الإبطال إذا انقضت 15 سنة من وقت إبرام العقد.

ثالثا : وكذلك إذا أقرّ المالك للعقد

ويستلزم القانون أن يكون إقرار المالك في هذه الحالة بورقة رسمية، وفي هذا لأن إقرار المالك رهنا جديدا فيشترط فيه من حيث الشكل ما يشترط في تقرير الرهن، فالرهن لا ينشأ إلا من تاريخ الإقرار ولا يكون بأثر رجعي، فتاريخ الإقرار هو تاريخ تحرير الورقة الرسمية، فوجب

¹ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 168

أن يحزر هذا الإقرار في ورقة رسمية حتى لا تتخذ هذه الصورة وسيلة للتحايل على شكل الرهن والتهرب من تحريره في ورقة رسمية، ولا يمكن أن يردد تاريخ الورقة الرسمية بأثر رجعي إلى تاريخ الورقة الرسمية التي حرر فيها الرهن الصادر من غير المالك¹.

رابعاً : وإذا آلت ملكية العقار المرهون إلى الزّاهن

وفي حالة انتقال ملكية العقار للزّاهن فإنّ حقّ الرّهن لا يترتّب على العقار إلّا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للزّاهن ،بما يعني زوال العيب الذي كان يمنع ترتيب الرّهن كحق عيني تبعي².

الفرع الثاني : بالنسبة للمالك الحقيقي

أما بالنسبة للمالك الحقيقي فالعقد يعتبر غير نافذ في حقه، إذا هو يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الرهن، ولكن للمالك الحقيقي أن يقرّ العقد أو يمتنع وهذا ما سنأتي على تفصيله :

أولاً : إذا أقرّه المالك الحقيقي

ففي هذه الحالة ينفذ العقد في حقه وينشأ الرّهن، ولا ينفذ الرّهن في مواجهة المالك إلّا بإقراره له في ورقة رسمية، وهذا ما نصّت عليه المادة 1033 سالفه الذكر، كما يترتّب على الإقرار أثنان ،سقوط حقّ المرتهن في طلب الإبطال، ويصبح العقد نافذ في حقّ المالك الحقيقي وينتج هذا الإقرار أثره في حقّ المالك من تاريخ صدوره وليس من تاريخ الرّهن. ولا يجوز أن يترتّب على إقرار المالك الحقيقي للعقد إضرار بالغير ممن قد كسب حقاً من هذا المالك قبل صدور الإقرار فإذا كان المالك قد قرر على العقار رهناً وحقق عينياً آخر، ثم قام هذا الأخير بشهره قبل صدور الإقرار، فإنّ إقرار المالك للعقد لا يؤثر في حق الغير، فإذا فرض وكان الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر حق الغير فلا يكون هذا الرهن نافذاً في حقه³.

¹ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، الجزء 14، ص 299.

² همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 349.

³ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 170.

ثانيا : إذا لم يقره المالك الحقيقي

ففي هذه الحالة الرهن لا ينفذ في حق المالك الحقيقي باعتباره صادراً ممن لا ولاية له في التصرف على العقار، وإذا لم يصدر هذا الإقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للرهن¹.

¹ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 171.

ملخص الفصل الثاني :

حكم الإيجار الصادر من غير المالك صحيح بين طرفيه، وليس نافذاً في حق المالك الحقيقي أو من له الحق الانتفاع به، وبقاء المستأجر في العين المؤجرة يعتبر غاصبا لها ما لم يجزه المالك أو صاحب الحق في التأجير، كما سبق القول بأن إيجار ملك الغير صحيح بين المؤجر والمستأجر فلا يحق للمستأجر التصل من آثاره طالما مكنه المؤجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، كما أن رهن ملك الغير أيضا غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإجازته بورقة رسمية مناطه أن يكون محررها موظفا عموميا مختصا، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للرهن، كما أن العقد قابل للإبطال لصالح الدائن المرتهن وإذا كان للدائن المرتهن طلب إبطال العقد، فوفقا للقواعد العامة يزول طلب الإبطال إذا أجازا الدائن المرتهن العقد صراحة أو ضمنا، ويصبح عقد الرهن صحيح بين المتعاقدين ولكن غير نافذ في حق المالك الحقيقي حتى يقره، كما يسقط طلب الإبطال بالتقادم أو بإقرار المالك الحقيقي .

الخاتمة

وإن كان المشرع الجزائري وكذلك التشريعات المقارنة قد اعتبرت هذه التصرفات صحيحة من حيث المبدأ وإنما يترتب على المتصرف التزامات شخصية وهو ضمان نفاذ التصرف وفي نفس الوقت أعطي المشرع للمتصرف إليه حق طلب الإبطال علاوة على طلب التعويض وهو ما يعني أن طلب البطلان من قبل المتصرف إليه مقترناً بعدم نفاذ التصرف، وبذلك فإن التصرف في ملك الغير يتوقف نفاذه على ثنائية صيرورة المتصرف مالكا أو إقرار التصرف من قبل المالك الحقيقي

وبهذا المنطق فإن التصرف في ملك الغير فهو لا ينفذ بمجرد انعقاد التصرف لأنه ينشأ التزام ليبقى قائماً على عاتق المتعهد بنقل الملكية فهو الذي يسعى للحصول عليها إما يتحقق حادث يصبح بموجبه مالك وبالتالي ينفذ التصرف أو يسعى معه لجعل المالك الحقيقي يقوم بإقرار التصرف وبالتالي ينفذ الالتزام بنقل الملكية .

وخلاصة القول أن التصرف في ملك الغير حسب القواعد العامة قد يكون صحيح أو باطلا بطلانا مطلقاً أو نسبياً حسب الأحوال.

ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص النتائج التالية :

- إن الأحكام التي وقع النص عليها بموجب المواد 397 و 398 من ق م ج، وإن كانت خاصة بملك الغير، إلا أنها تنسحب على جميع التصرفات الأخرى المتعلقة بملك الغير، نظراً لأن كل تصرف بعوض يترتب التزام بالضمان، وهو نفس الأساس الذي ينبني عليه البيع، وتتحد معه كل التصرفات الأخرى المتعلقة بملك الغير، ذلك أن الضمان المقرر لهذا التصرف لا يقتصر على ضمان الفعل الشخصي للمتصرف بل يشمل أيضاً ضمان فعل الغير.
- على البائع بأن يسعى إلى الحصول على موافقة المالك بالإجازة والإقرار وإلا سلب عليه الضمان بإرجاع الثمن والتعويض على التصرف في حالة استحقاق الشيء المبيع ثم إن التصرف في ملك الغير تأكد من خلال هذه الدراسة والتحليل بأنها تختلف عن إحكام الفضالة باعتبار أن الفضولي يقوم بعمل لصالح الغير بما أن البائع يقوم بالتصرف لصالحه .

- إن عدم تمكن البائع من اكتساب الملكية سوف يؤدي إلى عدم نفاذ العقد وبالضرورة يحق للمشتري طلب الفسخ وهو حق من حقوقه يمكنه على ضوءه طلب ذلك سواء جعل الاستحقاق أو قبل حصوله.
- إن ثبوت حق المشتري في طلب التعويض، لا يتميز بالديمومة، فقد يسقط هذا الحق لأحد الأسباب المنصوص عليها في القانون كعدم احترام المشتري أوامر القانون الإجرائية والموضوعية، مثل عدم إخطار البائع لدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده، أو سقوط الحق في المطالبة بالتعويض بالتقادم.
- هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له، وإذا لم يقر المالك الحقيقي الهبة فسواء أجاز الموهوب له أو لم يجزها فإن المالك الحقيقي أجنبي عن العقد فلا تسري في حقه، ومن ثم يبقى مالكا للموهوب بل له أن يرجع على الموهوب له بدعوى استحقاق وأن يرجع على الواهب بالتعويض.
- وقد يقر المالك الحقيقي الهبة وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له ويجب تسجيل هذا الإقرار حتى تنتقل الملكية إلى الموهوب له صحيحة بإقرار المالك ومن وقت الإقرار.
- الإيجار ملك الغير يقع صحيحا فيما بين المؤجر و المستأجر إلا أنه لا يكون نافذا في حق المالك وإذا هذا الأخير لم يتعرض للمستأجر في انتفاعه بالعين فليس لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد أو فسخه أو يمتنع عن تنفيذ التزامه بسداد الأجرة بدعوى أن المؤجر ليس له الحق في التعامل في منفعة العين المؤجرة .
- وإن كان هذا الإيجار صحيح بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في حق مالكة إلا بإجازته، فإن لم يجزه ظل المستأجر بالنسبة له غاصبا للعين المؤجرة.
- إذا قام الغير دعوى بشأن ملكية العين المؤجرة أعتبر ذلك تعرضا قانونيا للمستأجر يبيح له حبس الأجرة تحت يده حتى يدفع المؤجر التعرض .
- رهن ملك الغير هو رهن لعقار موجود ومعين لا يملكه الراهن وقت الرهن وهو قابل للإبطال لصالح الدائن المرتهن وقابليته للإبطال جاءت على خلاف القواعد العامة.

- ويسقط طلب الدائن في الإبطال إذا آلت الملكية العقار إلى الراهن أو بتقادم أو إذا أجازته الدائن المرتهن أو بإقرار من المالك الحقيقي.
- رهن ملك الغير غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإجازته بورقة رسمية.
- فإنه انطلاقاً من النتائج التي توصلنا إليها حاولنا اقتراح بعض التوصيات التي نرى بأنها قد تساهم في تنظيم التصرفات القانونية التي ترد على العقارات :
- على المشرع إعادة النظر في أحكام الإيجار والهبة و الرهن من جانب التصرفات القانونية الصادرة من الغير .
- على المشرع أن يوضح الجزاء المترتب على تصرفات القانونية التي تقع على عقارات الغير .
- أرى ألا يقتصر قانون العقوبات الجزائي بصفته المرجع العام بالنسبة للجرائم و العقوبات المقررة لها، على مادة وحيدة تتعلق بجريمة التعدي على الملكية العقارية .
- كما يجب على السلطة التشريعية إعادة النظر في مجمل القوانين التي تحكم العقار في بلادنا .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

1 - القرآن الكريم

2- معجم الكنز، منشورات عشاش، الجزائر، 2003.

3 - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، لبنان، 1968.

4- النصوص القانونية:

أ - القوانين :

1- دستور معدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، ج ر عدد 76، بتاريخ 2016/03/07، المتضمن التعديل الدستوري.
2 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.

3 - القانون رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل ويتمم بالأمر رقم 07 - 05، الجريدة الرسمية رقم 44، العدد 31، مؤرخة في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 .
ب- الأوامر و المراسيم :

1 - الأمر رقم 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 12 ، العدد 92.

2 - المرسوم رقم 76 - 63 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق ل 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 13، العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل سنة 1976.

ثانيا : المراجع

1- الكتب :

- 1- إبراهيم السيد أحمد وأشرف أحمد عبد الوهاب، عقد الإيجار، طبعة الأولى، دار العدالة النشر والتوزيع، القاهرة ، 2018.
- 2- إبراهيم السيد أحمد وأشرف أحمد عبد الوهاب، عقد الهبة، الطبعة الأولى، دار العدالة النشر والتوزيع، القاهرة ، 2018.
- 3- إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير (الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 4- أنور العمروسي، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، طبعة الخامسة، دار العدالة للنشر، القاهرة، 2015.
- 5- حسن محمد بدوي ، موانع الموضوع في الهبة ،دار جامعة الجديدة ،الإسكندرية ، 2004.
- 6- خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، (عقد البيع)، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 7- رمضان أبو سعود، التأمينات الشخصيّة والعينيّة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- 8- رمضان محمد أبو السعود ، العقود المسماة، ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 9- سي يوسف زاهية حورية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
- 10- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، (بيع المقايضة)، الجزء الرابع ، منشأة الناشر المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،(التأمينات الشخصية و العينية) ،الجزء العاشر ،منشأة المعارف للإسكندرية ، 2004.
- 12 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، (الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، دار نهضة مصر، 2011.
- 13 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الإيجار والعارية)، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار نهضة مصر، 2012 .

- 14- محمد بن أحمد الرملي، شرح زيد بن رسلان، دار المعارف، لبنان، 2007 .
- 15- محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع (بين القانون المدني والفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة-)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 16- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء التشريعي في القانون المدني الجديد، (عقد الإيجار)، المجلد السابع، دار محمود القاهرة، 2018 .
- 17- نايف بن جمعان الجريدان، أحكام العقود المدنية، مكتبة القانون بالرياض، 2014.
- 18- همام محمد حمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة النشر المعارف الإسكندرية، 2001.
- 3- الرسائل والأطروحات :**
- أ- أطروحات الدكتوراه :**
- 1- جباري رضا ، التصرف في ملك الغير ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص : قانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، السنة الجامعية : 2016/2017.
- ب - رسائل ماجستير :**
- 1- أولمي أعمار، عقد الرهن الرسمي كوسيلة حماية الحقوق، مذكرة نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولدي معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2017./2018.
- 2 - جميلة زايددي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، قسم الحقوق، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي، السنة الجامعية 2011/2012 .
- 3 - زروقي خديجة، التزامات المستأجر في إيجار العقارات والمنقولات، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012./2013.
- 4 - قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية .

- 5 - لحرش دنيا زاد، بيع ملك الغير، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012/2013.
- ج - رسائل الماجستير :
- 1 - أخضري محمد، عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيّان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2016./2017.
- 2 - آيت مجبر حسين، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2015/2016.
- 3 - بصغير خالدية، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2018./2019.
- 4 - جديلات محمد، آثار عقد الإيجار في ظل تعديلات القانون المدني الجزائري بالقانون 05/07، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة زيّان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية 2014./2015.
- 5 - زكري أمين، الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2018/2019.
- 6 - زويبير مصطفى، الرهن العقاري القانوني في تشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقاري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، السنة الجامعية 2012/2013 .
- 7- قعباش فارس، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف لمسيّلة، لسنة الجامعية 2015./2016

8 - كشاد ياسمين، الهبة في العقار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، لبويرة ، السنة الجامعية 2016/2017 .

9 - مباركي نجوى وبودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، السنة الجامعية 2012./2013.

4- المحاضرات :

1- دريس كمال فتحي، عقد الإيجار، محاضرات سنة ثالثة حقوق، معهد العلوم القانونيّة والإدارية الوادي، 2010/2011.

الفهرس

أ مقدمة

الفصل الأول : التصرفات القانونية الناقلة للملكية

المبحث الأول: بيع ملك الغير 6

المطلب الأول : مفهوم بيع ملك الغير 6

الفرع الأول : تعريف بيع ملك الغير وشروطه 6

الفرع الثاني : نطاق بيع ملك الغير 8

المطلب الثاني: أحكام بيع ملك الغير 10

الفرع الأول : آثار بيع ملك الغير 11

الفرع الثاني : التأصيل القانوني لبطان بيع ملك الغير 16

المطلب الثالث: أحكام بيع عقار الغير 19

الفرع الأول: بيع العقار الغير صحيح قبل التسجيل قابل للإبطال بعده 20

الفرع الثاني : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده 20

الفرع الثالث: بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده 21

المبحث الثاني: هبة ملك الغير 21

المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة 21

الفرع الأول : تعريف عقد الهبة 21

23.....	الفرع الثاني: خصائص الهبة في العقار
25.....	المطلب الثاني: أركان عقد الهبة في العقار
25.....	الفرع الأول : الأركان العامة
28.....	الفرع الثاني : الأركان الخاصة
29.....	المطلب الثالث : حكم هبة عقار الغير
29.....	الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدین
30.....	الفرع الثاني : بالنسبة للمالك الحقيقي
31.....	ملخص الفصل الأول

الفصل الثاني : التصرفات القانونية الغير ناقله للملكية

35.....	المبحث الأول: إيجار ملك الغير
35.....	المطلب الأول : مفهوم الإيجار
35.....	الفرع الأول : تعريف الإيجار
36.....	الفرع الثاني : خصائص عقد الإيجار
37.....	الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للإيجار
38.....	المطلب الثاني : أركان عقد الإيجار
38.....	الفرع الأول : التراضي

40.....	الفرع الثاني: المحلّ
41.....	الفرع الثالث : السبب
41.....	الفرع الرابع : الشكلية
41.....	المطلب الثالث : نطاق حقّ الإيجار
41.....	الفرع الأول : الإيجار الصّادر من صاحب حقّ الإدارة
42.....	الفرع الثاني : الإيجار الصّادر من صاحب حقّ الانتفاع والسّكن
43.....	المطلب الرابع : حكم إيجار عقار الغير
43.....	الفرع الأول : حكم إيجار عقار الغير فيما بين المتعاقدين
44.....	الفرع الثاني : حكم إيجار عقار الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
44.....	المبحث الثاني: رهن ملك الغير
45.....	المطلب الأول : مفهوم الرهن الرسمي
45.....	الفرع الأوّل : تعريف الرّهن الرسمي
47.....	الفرع الثاني : خصائص الرّهن الرسمي
49.....	المطلب الثاني : أركان عقد الرّهن الرسمي
49.....	الفرع الأوّل : الأركان الموضوعية
52.....	الفرع الثاني : الشكلية

54.....	المطلب الثالث : حكم رهن ملك الغير
55.....	الفرع الأول : بالنسبة للراهن والمرتهن
57.....	الفرع الثاني : بالنسبة للمالك الحقيقي
59.....	ملخص الفصل الثاني
60.....	الخاتمة
64.....	قائمة المصادر والمراجع
70.....	الفهرس