

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التصرفات الواردة على ملك الغير

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص : قانون عقاري

إشراف الأستاذ :

ضيبي النعاس

اعداد الطالبة :

• بن عربي فضيلة

السنة الجامعية : 2014 / 2015

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التصرفات الواردة على ملك الغير

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص : قانون عقاري

إشراف الأستاذ :

ضيبي النعاس

اعداد الطالبة :

• بن عربي فضيلة

أعضاء لجنة المناقشة

د / جمال عبد الكريم رئيساً

أ / ضيبي النعاس مشرفاً ومقرراً

د/ شلالي رضا عضواً مناقشاً

السنة الجامعية : 2014 / 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

ومن حق النعمة الذكر، وأقل جزاء للمعروف الشكر...

فبعد شكر المولى عز وجل ، المتفضل بجليل النعم ، وعظيم الجزاء ...

يجدر بي أن أتقدم ببالغ الامتنان ، وجزيل العرفان إلى كل من وجهني ،

وعلمي ، وأخذ بيدي في

سبيل إنجاز هذه المذكرة . . . و أخص بذلك الأستاذ المؤطر الذي أشكره على ما قدمه من

مساعدة

و نصائح قيمة أفادتني في إنجاز هذا العمل و صبره المتواصل معي.

كما أحمل الشكر والعرفان إلى كل من أمدني بالعلم ، والمعرفة ، و أسدى إلي النصح ،

والتوجيه وإلى ذلك الصرح العلمي الشامخ متمثلاً في جامعة الجلفة ، وأخص بالذكر كلية الحقوق

و القائمين عليها...

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساندني بدعواه الصادقة ، أو تمنيا ته المخلصة ...

أشكرهم جميعاً وأتمنى من الله عز وجل أن يجعل ذلك في موازين حسناتهم .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

إلى نور القلوب و سيد الوجود محمد صل الله عليه وسلم

لا يمكن أن نقول إلا كما قال خالقنا سبحانه وتعالى :

"وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً"

أهدي ثمرة عملي إلى من كان لهما الفضل في تربيتي و تنشئتي ، إلى أعلى و أعز الناس

إليّ:

أمي أطال الله في عمرها و أبي رحمة الله عليه.

و إلى كل إخوتي و أخواتي .

و إلى كل من يسعى لخير هذه الأمة و يعمل جاهداً لاستعادة مجدها.

مقدمة

تعتبر الملكية الخاصة حق كفله الدستور و ذلك بموجب المادة 52 منه ، و ذلك ليتمكن كل مالك من الاستقرار في ملكيته فلولا هذه الحماية لتعرضت حياة الأفراد إلى فوضى .

و من أجل هذا سعى المشرع إلى وضع قواعد في القوانين العامة و الخاصة حيث لا يمكن لأي شخص الإعتداء على ملكية الأفراد ، و يعاقب كل من يقوم بهذا الفعل الذي جرمه القانون و اعتبره جريمة و نص على عقوبتها .

و رغم هاته النصوص إلا أن هذا بقي يدفع بالأشخاص للتعدي بمختلف الصور من أهمها الإستيلاء ، التصرف و غيرها من الصور ، فبالنسبة للتصرفات فهي تصرفات مادية تتمثل في التغيير المادي للشيء مثل هدم مسكن أو إضافة بناء فيه ، أما التصرف القانوني يكون تصرف ناقل للملكية أو يرد على منفعة فقط .

و من خلال ما سبق يتضح بأن موضوع دراستنا يتمثل في التصرفات الواردة على ملك الغير و ينحصر في التصرفات القانونية .

و لقد خصصنا التصرفات التي ترد بإرادتين متطابقتين المنظمة بموجب نصوص القانون المدني لنستبعد التصرفات بإرادة منفردة لأنها نظمت بموجب قواعد خاصة .

و يثير هذا الموضوع أهمية بالغة ذلك أنه غالباً ما يكون على العقار و الذي له قيمة مالية مرتفعة و هذا ما أوجب توفير حماية له من كافة المعاملات التي تضر بمالكه .

كذلك هذه التصرفات مقررة للمالك الحقيقي فقط و ذلك بموجب مواد صريحة ، و تشمل كذلك حماية المالك الذي تقررت له المنفعة فقط .

و لقد تم اختيار هذا الموضوع نظراً لغياب نصوص قانونية توضح و تنظم حكم و آثار هذه التصرفات ، و تنظم بيع ملك الغير فقط في القانون المدني و اهمال التصرفات الأخرى ، إضافةً إلى كثرة النزاعات في هذا الشأن خاصةً البيع منها .

و الغاية من هاته الدراسة هي تبسيط أحكام هاته التصرفات ، كما صادفتنا صعوبات تتمثل في ضيق الوقت خصوصاً و قلة الأحكام و الإجتهاادات القضائية .

و لتحديد مجال لهذا الموضوع تم طرح الإشكال التالي : فيما تتمثل التصرفات الواردة على ملك الغير ؟ وكيف نظمها المشرع الجزائري ؟

و لقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي .

و للإجابة على هذا الإشكال قسمنا الدراسة إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول لأهم التصرفات المتعلقة بنقل الملكية والتي يكون محلها مال مملوك للغير، ومن خلاله تحدثنا على عقد البيع الوارد على ملك الغير الذي جاء ضمن المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة باقي التصرفات الأخرى المتعلقة بنقل الملكية. أما فيما يخص الفصل الثاني فقد خصصناه للتصرفات الواردة على الإنتفاع بملكية الغير الذي تضمن هو الآخر مبحثين ، بحيث تناولنا في المبحث الأول منه دراسة عقد الإيجار الوارد على ملك الغير، أما في المبحث الثاني فخصصناه لدراسة عقد العارية الوارد على ملك الغير.

الفصل الأول

التصرفات المتعلقة بنقل

ملكية الغير

نص المشرع الجزائري في إطار القانون المدني على العقود المتعلقة بالملكية في الباب السابع منه، وذلك ضمن المواد من 351 إلى 466 منه وخص كل نوع من هذه العقود بفصل مستقل وهي إجمالا وترتيباً خمس عقود وتمثل في البيع، المتايضة، الشركة، القرض الاستهلاكي، الصلح.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن ورود هذه التصرفات على مال مملوك للغير الذي هو محل الدراسة لم يحظى باهتمام المشرع الجزائري بذلك فيما عدا عقد البيع الذي خصه بأحكام خاصة في القسم الثاني بعنوان أنواع البيوع والذي جاء في مطلعها بيع ملك الغير، الأمر الذي جعلنا نتعرض له بالتفصيل في المبحث الأول من هذه الدراسة إلى جانب ذلك ارتأينا ضمن المبحث الثاني لعرض باقي العقود المتعلقة بالملكية وحكم وقوعها على ملك الغير وذلك لسبب وحيد وهو تشابهها في عنصرين هما تعلقهما بالملكية من جهة وعدم ورود نص صريح يقضي بحكم وقوعها على ملك الغير من جهة أخرى كما هو الشأن في عقد البيع وتمثل هذه العقود فيما يلي: الشركة، والقرض الاستهلاكي، و الصلح.

المبحث الأول: عقد البيع الوارد على ملك الغير

نجد القانون المدني الجزائري في إطار نصوصه القانونية إلى جانب المسائل الأخرى التي تم تناولها قد نظم مجموعة من العقود والتي أدرجها المشرع الجزائري ضمن ما يسمى بالعقود المسماة التي قام بترتيب هذه العقود ترتيباً منطقياً راعى فيه المحل الذي أبرم عليه العقد.

فهناك عقود تنصب على الملكية، وعقود تقع على المنفعة، وعقود ترد على العمل ثم إن هناك عقوداً احتمالية تدور جميعاً حول احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق، وانتهى بتنظيمه لعقد الكفالة.¹ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الإطار مثلما ذهبت إليه قوانين أخرى ومنها القانون المدني المصري، ومن بين هذه العقود نجد عقد البيع الذي تناوله ضمن الفصل الأول من الباب السابع المتعلق بالعقود المتعلقة بالملكية وهو بذلك يحتل رأس القائمة للعقود المسماة المنظمة بأحكامه.²

وقد ارتأينا في هذه الدراسة تخصيص مبحث مستقل لبيع ملك الغير نظراً لخصوصية هذا التصرف المجسدة بتخصيص أحكام خاصة به ضمن القانون المدني، وعليه فسنتناول من خلال هذا المبحث ضمن مطالبه مفهوم عقد البيع الوارد على ملك الغير وتمييزه عن بعض التصرفات المشابهة له، وصولاً إلى أهم نقطة في دراستنا وهي معرفة حكمه من خلال الآراء الفقهية والآثار القانونية وتطبيقات هذا النوع من التصرف على ملك الغير.

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع الوارد على ملك الغير

تقتضي دراسة مفهوم عقد البيع الوارد على ملك الغير أو بيع ملك الغير أن نشير بدايةً إلى أنه أوضح صور التصرف الصادر من غير ذي صفة إذ أن التصرف يجب أن يصدر من صاحب الحق أو الذمة أو من نائب صحيح وإلا كان التصرف غير منتج لأثره القانوني لأنه يكون غير نافذ قبل صاحب الحق، وبالتالي يعد بيع ملك الغير أوضح صور عدم النفاذ لإنعدام صفة المتصرف، ومن هنا كان لا بد وأن يكون المتصرف مالكا للمبيع حتى

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت (لبنان)، سنة 2000، من ص 11 و12.

² د/خليل حسن أحمد قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الجزء الرابع ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، (الجزائر) ، سنة 2001، ص 07.

ينقل ملكيته إلى المتصرف إليه.¹

وعليه فإننا نخصص فرعين لدراسة هذه النقطة حيث أننا نتناول ضمن الفرع الأول تعريف عقد بيع ملك الغير أما في الفرع الثاني فيتضمن الشروط الواجب توفرها في بيع ملك الغير حتى نقول أننا ضمن إطار عقد بيع وارد على ملك الغير.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع الوارد على ملك الغير

يعد بيع ملك الغير أهم التصرفات المتعلقة بالملكية، ومحاولة إيجاد تعريف لهذا النوع من البيوع يقتضي حتما إعطاء تعريف بالغير أي المقصود بهذا الأخير في المركز الأول وفي المركز الثاني نتناول تعريف عقد البيع ثم نتناول تطبيق هذا التصرف آلا وهو البيع على محل مملوك للغير في إطار القانون المدني الجزائري .

أولاً: المقصود بالغير

لبيان حكم بيع ملك الغير يجدر بنا أن نبين المقصود به لدى فقهاء المسلمين. وعليه فإن الفقه الإسلامي يعرف الغير انطلاقاً من التعريف اللغوي والإصطلاحي.

1- التعريف اللغوي: تطلق كلمة "غير على الصفة أو الإسم وقد تكون أداة إستثناء فإذا كانت صيغة فإنها تعرب إعراب ما قبلها، وإذا وردت كأداة إستثناء فإنها تعرب إعراب الإسم الواقع بعد "إلا" وقد تأتي غير وتكون اسم مثل: هذا غيرك، مررت بغيرك، ومنه قوله تعالى: "غير المغضوب عليهم ولا الضالين".²

2- التعريف الاصطلاحي: يتبين من المعنى اللغوي للفظ "الغير" أنه يطلق على المتعاقد الذي لا يملك المعقود عليه وقت البيع، وليست له ولاية في بيع الشيء المملوك للغير، وليس وكيلاً في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناءً على عقد وكالة صحيح سواء كانت الوكالة وكالة اتفاقية أو قضائية،³ و هو ما يعرف عندهم بالبيع الفضولي.

¹ د/إسماعيل عبد النبي شاهين , أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي و القانون المدني , بدون طبعة, دار الجامعة الجديدة للنشر , الأزاريطة , (الإسكندرية), سنة 2005, ص44.

² سورة الفاتحة , الآية رقم 07.

³ د/إسماعيل عبد النبي شاهين , المرجع نفسه , ص 12 و 13 .

ثانياً: تعريف عقد بيع ملك الغير

يُستشف هذا من خلال تعريف عقد البيع والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني و التي تنص: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي".

في حين نجد البعض قد عرف عقد البيع بأنه: "عقد ملزم لجانبين فهو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً"¹.

وفي تعريف آخر لعقد البيع للأستاذ إسماعيل غانم بأنه عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل إلتزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي"².

ومن خلال ما سبق ذكره من تعريفات، يتجلى لنا أن لعقد البيع مجموعة من الخصائص وتمثل بأنه عقد ملزم لجانبين، عقد معاوضة، رضائي كأصل عام، ناقل للملكية، عقد فوري، عقد محدد، عقد يرد على الأشياء.³

ويتضح كذلك من خلال ما سبق أن البيع كغيره من العقود الرضائية يتطلب ركناً لقيامه تتمثل في التراضي بتطابق الإيجاب والقبول، محلاً وسبباً إضافة لشروط صحة هذه الأركان.

فباعتبار ان المحل في عقد البيع الذي يعد ركناً أساسياً لانعقاده فإنه يتمثل في محلان الثمن و المبيع هذا الأخير باعتباره مناط دراستنا، فيشترط فيه ما يشترط في المحل الإلتزام بوجه عام بأن يكون موجوداً أو ممكناً , معيناً أو قابلاً للتعيين , صالحاً للتعامل فيه .⁴

ويقتضي عقد البيع باعتباره ناقلاً للملكية أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت البيع، قادراً على نقل ملكيته للمشتري لذا فإن نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري تكون بمجرد انعقاد العقد صحيحاً بتراضي طرفيه على المحل أي على المبيع والثمن، إضافةً إلى ركني المحل والسبب وما يلحق هذه الأركان من شروط، فإن توافرت هذه

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 21 .

² د/محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، سنة 1990، ص 09.

³ د/خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 12، 11.

⁴ د/خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 76-86.

الأخيرة انعقد البيع صحيحاً بين طرفيه وصار نافذاً بينهما لكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا إن كان البائع مالكاً للمبيع أو نائباً عن مالكة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف لبيع ملك الغير، بل نجده قد نظم أحكامه أسوة بالقانون المدني المصري في المواد من 397 إلى 399 من القسم الثاني بعنوان أنواع البيوع ضمن الغصل الأول بعنوان عقد البيع من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية في الكتاب الثاني الذي جاء تحت عنوان الالتزامات والعقود.

ففي ظل هذا الغياب لتعريف بيع ملك الغير ضمن هذه المواد، استدعى الأمر البحث في الفقه الجزائري والمقارن فنجد من يعرف بيع ملك الغير انطلاقاً من القاعدة العامة في القانون المدني الفرنسي الذي يقتضي أن تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلاً للملكية وكون البائع غير مالك.

ونجد تعريف آخر لبيع ملك الغير أن المقصود منه أن: "بيع شخص شيئاً معيناً بالذات إلى آخر وهو لا يملكه حال اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية المبيع فور التعاقد".¹

فبيع ملك الغير هو: "البيع الذي يتم بين عاقديه على أساس أن البائع يملك المبيع وقت التعاقد، وأن البيع من شأنه نقل هذه الملكية إلى المشتري حال كون البائع لا يملك فعلاً هذا المبيع".²

وفي تعريف البعض الآخر لبيع ملك الغير نجد أنه: "بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه وهذا ما يسمى ببيع ملك الغير"، وبالتالي قد حدد في نفس الوقت النطاق الذي ينحصر فيه بيع ملك الغير فهذا الأخير لا بد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع فيخرج إذن من منطقة بيع ملك الغير العقود الآتية:³

بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل، تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر، بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط، بيع الشيء الشائع، بيع الوارث

¹ د/محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 209.

² د/محمد حسنين ، المرجع نفسه ، ص 210.

³ د/إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ص 46 و 47.

الظاهر، بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط، بيع من يملك المبيع.¹

الفرع الثاني: شروط بيع ملك الغير

لا تنور مسألة ملكية البائع للمبيع إلا عندما تتوفر جميع شروط انتقال الملكية بمجرد التعاقد²، وكون أن بيع ملك الغير لا يتعلق بشروط الانعقاد وإنما بشروط النفاذ العقد في مواجهة الغير.

فعلى إثر ذلك فإننا نتعرض لشروط هذا البيع الوارد على ملك الغير في إطار الفقه الإسلامي أولاً ثم نتطرق لهذه الشروط في إطار القانون المدني الجزائري محل الدراسة.

أولاً: شروط بيع ملك الغير في إطار الفقه الإسلامي

إن عقد البيع يشترط فيه توافر شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم، ولا شأن لنا هنا بشروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط اللزوم لخروجها من نطاق الدراسة، فشروط نفاذ العقد هي التي تتعلق بموضوع دراستنا لأنها هي التي تمثل عنصر الربط بين محل العقد وعناصره الأخرى من شرائط الصحة.³ وبالتالي فشروط نفاذ العقد في إطار الفقه الإسلامي تتمثل في شرطين والذي سوف نتعرض إليهما ضمن هذه النقطة.

1- الملك و الولاية:

وقد عرف الفقهاء الملك أنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك".⁴

وعرفه بعض العلماء المحدثين بأنه: "اختصاص من إنسان بشيء يخوله شرعاً الانتفاع والتصرف فيه وحده

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 271-274.

² أ/ حورية كميح ، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير في فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون (جامعة الجزائر) ، سنة 1983 ، ص 23.

³ د/ عبد النبي إسماعيل شاهين ، المرجع السابق ، ص 12.

⁴ د/ عبد النبي إسماعيل شاهين ، المرجع نفسه ، ص 13.

ابتداء إلا المانع".¹

ويستخلص من هذه التعريفات أن القيم على المجنون أو السفية والوصي على القاصر لا يعتبر أحدهما مالكاً يتصرف في الشيء، على حين أن المجنون والسفية والقاصر يعتبر كل منهما مالكا، لأن له حق الاستغلال والتصرف والانتفاع لولا المانع الشرعي و هو أنه موضوع تحت ولاية غيره.²

فالولاية سلطة شرعية على النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً، وهي إما ولاية أصلية بأن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه وإما ولاية نيابية بأن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي أو عديمي الأهلية، وإما أن تكون مصدرها إنابة مالك الشيء كالوكيل.

وبالتالي فمضمون هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، ومن ثم لا يكون بيع الفضولي نافذا لانعدام الملك والولاية.

2- ألا يكون المبيع قد تعلق به حق الغير:

ومضمون هذا الشرط أن المبيع إذا كان فيه حق لغير البائع كان العقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق فيها وهو مالك الشيء، وعلى هذا لا ينفذ بيع المستأجر للشيء المأجور، وإنما يكون البيع موقوفاً على إجازة المؤجر (المالك).³

¹ د/ عبد النبي إسماعيل شاهين ، المرجع السابق ، ص13.

² د/ عبد النبي إسماعيل شاهين ، المرجع نفسه ، ص14.

³ د/ عبد النبي إسماعيل شاهين ، المرجع نفسه ، ص15.

ثانياً: شروط بيع ملك الغير في إطار القانون المدني الجزائري

فلكي نكون أمام بيع ملك الغير في إطار هذا القانون السابق الذكر، لابد من اجتماع شروط انتقال الملكية عامة إضافة إلى شروط أخرى خاصة تقتضيها طبيعة هذا البيع، إضافة إلى الاعتماد على ما جاء في مضمون المواد 397 وما بعدها من القانون المدني الجزائري والتي نتناولها فيما يأتي:

1- أن يكون التصرف بيعاً فورياً:

يعني هذا الشرط أن البيع لا يكون بيعاً لملك الغير إلا إذا قصد به نقل الملكية في الحال أي فور التعاقد، فإذا اتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته أي بمجرد الاتفاق، ولم يكن البائع مالكا للمبيع المعين بذاته وقت العقد كان البيع بيعاً لملك الغير ويكون قابلاً للإبطال لصالح المشتري لاستحالة تحقيق انتقال الملكية بمجرد العقد في هذا البيع، فإذا زالت العلة امتنع البطلان، فإذا استبان أن البيع ليس بيعاً باتاً أي لم يقصد منه نقل الملكية في الحال، كان العقد صحيحاً، ولم ينطبق بشأنه الجزاء المقرر لبيع ملك الغير، فإذا كان بائع الشيء قد إقتصر على التعهد بالحصول على ملكية الشيء، ثم نقلها بعد ذلك إلى المشتري لم نكن بصدد عقد بيع بل بصدد عقد آخر التزم فيه أحد الطرفين بعمل معين، وإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان.¹

كما أننا لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع، إذ الوعد بالبيع لا ينشئ إلا التزاماً بعمل، فإذا لم يكن الواعد مالكا للمبيع وقت العقد صح، ولا يتحول الوعد إلى بيع إلا عندما يظهر الموعد ورغبته في الاستفادة من التعاقد، وهو حينئذ يتحول إلى بيع دون أثر رجعي ولذلك إذا لم يكن الواعد مالكا في ذلك الوقت، كنا بصدد بيع ملك الغير وأخذ حكمه.²

ولا يعد بيعاً لملك الغير أيضاً تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك سيبيع هذا الشيء لشخص آخر بمعنى الراغب في شرائه لأن البائع هنا لا يبيع ملك غيره، وإنما إقتصر دوره على التعهد عن المالك في أن يبيع، فيكون تعهداً عن الغير ولذلك فهو تعاقد صحيح يكون جزاؤه الفسخ لا البطلان³، إذا لم يتم المتعهد بتنفيذ ما

¹ د/جميل الشراوي، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، سنة 1975، ص 81.

² د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 51.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 272.

التزم به، فهذا الشرط هو ما يدور في فحوى أو مفهوم نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري.

2- أن يكون المبيع موجوداً ومعيناً بالذات:

يعني انتقال الملكية بمجرد انعقاد البيع يقتضي أن يكون المبيع موجوداً في هذا الوقت، فبيع ما سيوجد في المستقبل ليس بيعاً لملك الغير بل هو بيع صحيح مرتب لأثاره بين طرفيه وساري في مواجهة الغير وفقاً للقواعد العامة محل الإلتزام المقررة بنص في القانون المدني الجزائري بنصه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".¹

أما بالنسبة للمبيع أن يكون معيناً بالذات نعني به أنه يجب تعيينه ببيان الصفات التي تسمح بتمييزه عن غيره وتمنع عنه الجهالة الفاحشة فيه ويجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء وفي هذا الشأن مثال تطبيقي يوضح الفكرة فتعيين أرض زراعية مثلاً يكون بيان موقعها وحدودها ومساحتها، أما تعيين السيارة يكون ببيان السنة وماركتها وموديلها.

فالأشياء المعينة بالذات إذن تنتقل ملكيتها وقت انعقاد العقد على خلاف الأشياء المعينة بالنوع التي تنتقل فيها الملكية وقت الفرز.²

3- ألا يكون المبيع مملوكاً لأحد العاقدين :

ونعني بهذا الشرط أن لا يكون المبيع مملوكاً للبائع أو نائبه نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية وقت العقد وبتالي فيتحقق بيع ملك الغير ولا يكون في نفس الوقت مملوكاً للمشتري لأن المبيع إذا كان مملوكاً للبائع، فإن العقد يكون صحيحاً ولا تثار مسألة بيع ملك الغير، فإذا تصرف الزوج في بعض أموال زوجته بوكالة صحيحة منها لم نكن بصدد بيع ملك الغير .

كما يقع البيع على غير ملك البائع كما لو باع المستأجر الأرض المستأجرة، المودع لديه ما كان لديه

¹ أنظر : المادة 92 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75-58 ، المؤرخ في 20/08/1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 ، المؤرخ في 20/06/2005 ، الجريدة الرسمية ، العدد 44.

² د/ خليل حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 210.

مودعاً، بيع الحائز لمال غيره.¹

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بيع النائب صحيح إن تم وفقاً للحدود المرسومة له في حدود النيابة لأن تصرفه هذا يكون باسم المالك ولحسابه، وهو ما قرره المادة 571 من القانون المدني الجزائري بنصها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه ينوب شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، وعلى اعتبار أن البيع ليس من أعمال الإدارة فتجب فيه وكالة خاصة تبعاً لنص المادة 571 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

أما إن تجاوز النائب حدود نيابته فإن المشرع الجزائري لم يعتبره بيعاً لملك الغير وإنما اكتفى بإلزامه بنص المادة 1/575 من القانون المدني الجزائري بنصها: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود الموسومة".

وفي غياب حكم قانوني حول الجزاء المترتب عن بيع النائب المنتجوز لحدود نيابته يمكن اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة التي تعتبر هذا البيع موقوفاً على إجازة الأصيل.²

ونعني بعدم تملك المشتري لشيء المبيع المشار إليه أعلاه بأنه إذا كان كذلك فإن البيع يقع باطلاً لاستحالة المحل في العقد وذلك لتعذر نقل الملكية من البائع للمشتري الذي يملك المبيع فعلاً.³

4- ألا يكون البيع موقوفاً أو مؤجلاً:

إن نقل الملكية بمجرد التعاقد في المعين بالذات ليس من النظام العام فيجوز التعاقد على خلافه، فالعقد شريعة المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فإن حل الأجل المتفق عليه ولم يكن البائع مالكاً فهنا فقط يجوز للمشتري طلب الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير.⁴

كما لا نكون بصدد بيع لملك الغير إن باع شخص شيئاً معيناً ص بالذات ملكيته معلقة على شرط واقف أو فاسخ، لأن البائع مالك لماله وإن كانت ملكيته غير باتة، كل ما في الأمر أن هذه الملكية تنتقل للمشتري بهذا الوصف، فإن تخلف الشرط الواقف أو تتحقق الشرط الفاسخ زالت ملكية المشتري وله أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد باع ما لا يملك إلا إذا ثبت أن المشتري قد اشترى مجرد الأصل في الملكية بأن

¹ د/عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر)، سنة 1989، ص 101.

² أ/حورية كميح، المرجع السابق، ص 26.

³ د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 188.

⁴ أ/حورية كميح، المرجع نفسه، ص 27.

يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط الفاسخ.

5- عدم تقرير حماية قانونية للمشتري:

والمقصود بهذا الشرط حماية المشتري المتعامل مع المالك الظاهر وهو حكم تضمنه القضاء والفقهاء في فرنسا اللذين عمدا إلى حماية المشتري من المالك الظاهر وتصرفاته عملاً بقاعدة عرفية موأرثة "الغلط الشائع يولد الحق".¹

والمقتضى هذه القاعدة أنه إذا ظهر شخص أمام الناس بمظهر المالك فتعامل الناس معه على هذه الصفة وكان معروفاً بها فإن تصرفه ومنه البيع يكون صحيحاً مرتباً لجميع آثاره والحكمة من ذلك حماية المشتري حسن النية من جهة وضمان استقرار المعاملات من جهة أخرى وبالتالي استبعاد المشتري سيء النية أثناء البيع من نطاق الحماية القانونية التي قررها الحكم والقضاء الفرنسي.²

وهكذا نرى أن شروط بيع ملك الغير السابق بيانها إذا تحققت أعتبر البيع بيعاً لملك الغير، ولا عبرة بعد ذلك أن يكون البيع اختيارياً أو جبرياً، تم بالممارسة أو بالمزاد، أبرمه العاقد بنفسه أم بواسطة نائبه، ويستوي أن يكون البيع وارداً على منقول أو عقار، كما يستوي أن يكون مسجلاً أو غير مسجل.³

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق ، ص277.

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 278.

³ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 52.

المطلب الثاني: تمييز عقد البيع الوارد على ملك الغير عن التصرفات المشابهة له :

يختلط بيع ملك الغير مع العديد من التصرفات التي قد تكون لها علاقة به سواء كانت هذه التصرفات مدنية أو جزائية لذا ارتأينا في هذا المطلب محاولة التمييز بين هذا التصرف والتصرفات المدنية تجنباً للإلتباس الذي يمكن أن يقع فيه الدارس لهذه التصرفات وبيع ملك الغير وهذا ما سنتطرق إليه ضمن هذه الفروع.

الفرع الأول: تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك على الشيوع :

عرف القانون المدني الجزائري الملكية الشائعة بنصه على أنها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقيم الدليل على غير ذلك".¹ وفي تعريف آخر لها بأنها: "إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بخصص معينة من غير أن تفرز حصة كل منهم فإلما المشاع، وهم شركاء في الشيوع".²

وعليه يجب التمييز بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك على الشيوع في صورتين لهذا الأخير نحاول إبرازهما مع عقد مقارنة مع بيع ملك الغير في كل حالة.

أولاً: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك لكل المال المشاع

فهنا يبيع الشريك على الشيوع المال المشاع كله دون رضا بقية الشركاء فهو بائع لحصته وحصص شركائه، هذا ما يجعلنا نتساءل هل يعد ذلك بيعاً لملك الغير؟، اختلفت اتجاهات الفقهاء في هذا الصدد، حيث اتجه البعض إلى ضرورة التمييز بين حسن وسوء نية المشتري.

1- المشتري حسن النية وقت البيع:

فإن كان المشتري يعتقد أن المال أو الشيء المباع مملوك للبائع وحده فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير.

¹ أنظر : المادة 713 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 299.

في حين يرى البعض أن للمشتري حسن النية طلب الإبطال لكل الحصص على أساس الجهل بحالة الشئوع إعمالاً لأحكام الخطأ، ويقتى صحيحاً بالنسبة لحصة الشريك البائع.¹

2- المشتري سيء النية وقت البيع:

بأن يكون المشتري عالماً بحالة الشئوع وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال، كان للمشتري الحق في طلب الفسخ البيع، فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية، ولم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة، في الوقت ذاته يذهب اتجاه آخر لاعتبار هذا البيع صادر عن غير مالك فيما زاد عن حصته وقابلاً للإبطال فيما بين طرفيه²، عملاً بأحكام الشئوع المكرسة في القانون المدني الجزائري، إذ يجوز للمشتري تبعاً لذلك طلب إبطال البيع دون انتظار القسمة سواء وقع في غلط أم لا، ويجوز لباقي الشركاء المبيعة حصصهم على أساس القاعدة العامة في الشئوع التي تقضي الحظر على الشريك إتيان عمل به مساس بحقوق الشركاء³، وهذا ما جاءت به كذلك المادة 466 من القانون المدني المصري.

وعليه يمكن للشركاء رفع دعوى لتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد عن حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة.⁴

ثانياً: تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

تضمن القانون المدني الجزائري أحكام بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع إلا أنها اقتصرت في نصها على حكم البيع بعد القسمة فأغفلت حكمه قبلها ونحاول البدء إذن بما تضمنه القانون على أن نرجع لاحقاً إلى

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 303 و 304.

² أ/حورية كميح ، المرجع السابق ، ص 32.

³ أنظر : المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

⁴ أ/حورية كميح ، المرجع نفسه ، ص 33.

الحكم قبل القسمة.¹

1- حكم البيع بعد القسمة:

وهو الحكم الذي جاء به القانون المدني الجزائري بألفاظ صريحة بنصه: "إذا كان التصوف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها المفرزة".

وعليه إذا باع الشريك جزءاً مفروزاً من المال المشاع، ثم وقع في نصيبه جزء آخر غير الذي باعه، فيحل هذا الجزء محل الجزء الذي ورد عليه البيع وينتقل للمشتري عن طريق القسمة.

أي يحل الجزء الذي وقع في نصيب الشريك (البائع) محل الجزء الذي اشتراه المشتري حلولاً عينياً إلا أن للمشتري إبطال البيع إن كان مجهول أن البائع لا يملك العين المبيعة المفرزة وليس له ذلك أيضاً إن وقع الجزء الذي باعه الشريك البائع في نصيبه.²

2- حكم البيع قبل القسمة:

إذا باع الشريك جزءاً مفروزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. فما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفروز، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء.

وليبيان حكم هذه الحالة التي لم تتضمنها نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري وإنما اقتضت فقط بتبيان حكم البيع بعد القسمة، وعليه يجب أن نميز بين حالتين:

¹ أنظر : المادة 714 من القانون المدني الجزائري , المرجع السابق .

² أنظر : المادة 2/714 من نفس القانون .

أ - حالة علم المشتري بحالة الشيوغ.

ب- حالة عدم علم المشتري أو جهله بحالة الشيوغ.¹

أ- حالة علم المشتري بحالة الشيوغ: أي أن المشتري يكون عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفروز الذي يبيعه، وإنما يملك حصة فيه على الشيوغ.

وعليه فقد اختلفت الآراء الفقهية في هذه الحالة حول إعتبار حكم بيع ملك الغير وارد بمقتضاها أم لا، فمن الفقهاء من أعتبره بيعاً لملك الغير كون الشريك البائع لا يملك الجزء المبيع لوحده وإنما يملكه مع سائر الشركاء ومن ثم فهذا الشريك يعد بائعاً ملك غيره وعليه فيملك المشتري حق الإبطال دون إنتظار نتيجة القسمة لضرر الذي يلحقه. ويستند هؤلاء بالحجج التالية:

- إن إرادة المتعاقدين إتجهت لبيع جزء معين بالذات لا إلى جزء مفروز أو ما يجمل محله.
- إن المادة 826 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري تناولت بيع المال المفروز بعد القسمة وليس من العدالة حرمان المشتري من طلب إبطال البيع وحمله على إنتظار نتيجة القسمة.²

في حين يرى بعض الفقهاء أن هذا البيع ليس بيعاً لملك الغير وأسسوا رأيهم على أن الشريك حينما يبيع جزءاً من المال المشاع ويبيعه صحيح غير نافذ في حق الشركاء الباقين فيما يتعلق بحصصهم ويجوز لهم رفع دعوى إستحقاق على البائع والمشتري للمطالبة بإستحقاق هذه الحصة ويستند كذلك هؤلاء في رأيهم هذا إلى الحجج التالية:

- أن البيع لا يلحق أي ضرر بالمشتري لعلمه بحالة الشيوغ، كما لا يلحق ضرر بباقي الشركاء لأن المشتري لا يملك أكثر مما يملكه سلفه وسلفه البائع لم تكن له ملكية مفروزة بل شائعة ومن ثم فليس للمشتري طلب إبطال البيع.
- الشريك البائع لا يبيع إلا ما يتحمل وقوعه في نصيبه بعد القسمة ومن المحتمل جداً أن تكون الحصة

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 300.

² أ/حورية كميح، المرجع السابق، ص 35.

المفرزة أقل من الحصة الشائعة المباعة فمن غير الممكن التكهن بنتيجة القسمة.¹

ب- **حالة جهل المشتري بالشيوع:** في غياب نص حول أحكام هذه الحالة في نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري، فإننا نلجأ لتطبيق القواعد العامة للمشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشيوع هذا ما يجعله قد وقع في غلط جوهري متعلق بالعين المباعة، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك، فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهري، وفي حصص سائر الشركاء بيع مملك الغير، ومن ثم فللمشتري طلب الإبطال في كل المبيع طبقاً للمادة 81 من القانون المدني الجزائري، فالغلط الجوهري الذي وقع فيه المشتري كان في صيغة جوهريّة في الشيء المباع والتي تتمثل في أن المشتري قصد شراء حصة مفرزة لا شائعة.²

وعليه يجوز للمشتري إذن قبل القسمة، طلب إبطال البيع، لا في حصص الشركاء الآخرين فحسب، بل أيضاً في حصة الشريك البائع. وما يمكن الخروج به كذلك من خلال هذه المقارنة كخلاصة عامة أن لبيع الشريك لجزء مفرز أو لكل المال المشاع طبيعة خاصة فلا يمكن إخضاعه للقواعد الخاصة ببيع ملك الغير وذلك لسببين رئيسيين³:

- أن المشرع نظم أحكام بيع ملك الغير في قواعد خاصة ومستقلة عن أحكام الشيوع مما يستشف منه حتماً اختلاف النظامين.

- إن من أهم شروط بيع ملك الغير عدم ملكية البائع للمبيع في حين نجد أن تعريف الملكية الشائعة السابق بيانه الأمر يختلف وذلك أن البائع الشريك يملك المبيع ويشاركه في الملكية أشخاص آخرون.⁴ وهو الأمر الذي كرسته المحكمة العليا في مسألة بيع المال المشاع في أحد قراراتها الصادرة في 1990/10/29 تحت رقم 63765 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

¹ أ/حورية كميح ، المرجع السابق، ص 36.

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 301.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 302.

⁴ أنظر : المادة 713 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

الفرع الثاني: تمييز بيع ملك الغير عن التصرف في ملك الغير بالإيجار

يكون التمييز من خلال التطرق إلى تعريف كل من بيع ملك الغير وإيجار ملك الغير الذي يبين وجه الاختلاف بينهما.

انطلاقاً مما سبق ذكره في تحديد تعريف لبيع ملك الغير الذي يعد "ذلك البيع الذي يتم بين عاقيه على أساس أن ملكية المبيع قائمة للبائع وقت التعاقد في كون أن البائع لا يملك فعلاً ذاك المبيع كما أنه يرد على المبيع المعين بالذات، الذي يكون غير مملوك للبائع ولا للمشتري"، فإن إيجار ملك الغير يقصد به إذن: "الإيجار الذي يعقده شخص غير مالك للشيء¹ الذي يؤجره، وليس له

الحق بالإنتفاع به، كما أنه ليس مكلفاً بالإدارة بالنسبة لهذا الشيء"، وبهذا التعريف يخرج مالك الشيء، ويخرج من له حق الإنتفاع على الشيء سواء كان مصدره تقرير حق عيني مثل صاحب حق الإنتفاع أو حق شخصي مثل المستأجر الذي يؤجر الشيء الذي أستأجره لغيره، وهو ما يسمى التأجير من الباطن.

وإيجار ملك الغير على هذا النحو يقع كثيراً في الحياة العملية مثل المستأجر الذي يؤجر الشيء الذي أستأجره بعد انقضاء مدة الإجارة، وبدون الحصول على إذن من المالك، ومثل الأب الذي يؤجر أموال ابنه البالغ الرشيد دون الحصول على إذن سابق منه، ومثل الوكيل الذي يجاوز حدود وكرالته.²

المطلب الثالث: الأحكام الفقهية والآثار القانونية لعقد بيع ملك الغير

فتناولنا من خلال هذا المطلب من المبحث الأول في الفصل الأول الذي جاء بعنوان التصرفات المتعلقة بنقل ملكية الغير، لأحكام بيع ملك الغير يقتضي حتماً معرفة أولاً مختلف الآراء الفقهية في تأصيل جزاء هذا النوع من التصرف، كون المشرع الجزائري تحدث عن الإبطال لصالح المشتري في مثل هذا التصرف لكن لم يبين نوع هذا الإبطال وهذا كله ضمن الفرع الأول في مركز أولاً، كما تناول بعد ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب إلى الآثار القانونية المترتبة عن عقد بيع ملك الغير وذلك فيما بين المتعاقدين (البائع والمشتري) هذا من جهة، وآثاره في مواجهة المالك الحقيقي لشيء المبيع محل التصوف من جهة أخرى وهو ما يطلق عليه اسم الغير والذي

¹ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 55.

² د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع نفسه، ص 56.

يقصد به في العقود عادة الأطراف الغير المتعاقدة أي الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في العقد وهو في هذا النوع من البيوع يعد المالك الحقيقي والذي قد يكون شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص وهذا كله تم توضيحه في إطار المطلب الأول من هذا المبحث وها جاءت به المادة 397 من القانون المدني وما رامت إليه.

الفرع الأول: تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

سنحاول أن نتطرق ضمن هذا الفرع إلى نقطة تتعلق بتأصيل البطلان في بيع ملك الغير وللوصول إلى الرأي الراجح لمعرفة هذا التأصيل الخاص بالبطلان لمصلحة المشتري سوف نتعرض أو يكون بالتطرق إلى مختلف الآراء الفقهية التي تعرضت إلى هذه النقطة.

أولاً : بالنسبة لمختلف الآراء الفقهية

اختلفت الآراء الفقهية في هذا الصدد وتميزت بين البطلان بنوعيه (المطلق والنسبي)، وقف النفاذ , الفسخ ، وعليه سنحاول التعرض بإيجاز لهذه الآراء الفقهية مع بيان الإنتقادات الموجهة لكل رأي ثم الوصول إلى الرأي المرجح من بينها وبيبان أسباب ذلك في إطار النقطة الثانية.

1- بيع ملك الغير عقد فاسخ:

بما أن الفسخ جزاء يترتب على إمتناع أحد العاقدين عن تنفيذ ما إلتزم به، وهو حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية إذا لم يوفي المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الإلتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ.¹

أو كما عرفه البعض بأنه نظام جزائي يرد في العقود الملزمة لجانبين بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزامه فيؤدي الفسخ إلى حل الرباط التعاقدي وإعتبار العقد كأن لم يكن فلا يترتب آثاره إلا في العقود الزمنية التي تستعصي على الرجعية.²

وهذا ما قرره وجاءت به نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي نصت "في العقود الملزمة للجانبين

¹ أ/علي فلاي ، النظرية العامة لالتزامات -العقد - بدون طبعة ، دار النشر ، (الجزائر) ، سنة 2001، ص 346.

² د/عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الحديث ، الإسكندرية (القاهرة) ، سنة 1993، ص 67.

إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ..".
وعلى ذلك ، فقد إتجهت بعض التشريعات ومنها القانون الإيطالي لسنة 1942 لإعتبار بيع ملك الغير عقداً فاسخاً ذلك لأن البائع لم يوف التزامه بنقل الملكية.¹

إلا أنه عُيِّب أو نقد هذا إ تجاه أنه يتعارض مع صريح النص في القوانين المدنية (الفرنسي منها والمصري).
وحتى الجزائري والقضية بالبطلان لا الفسخ و الإختلاف واضح بينهما، ذلك أن للقاضي سلطة واسعة في الإستجابة للفسخ وليس له ذلك لو تمكن البائع من نقل الملكية للمشتري بعد رفع الدعوى.

وكذلك وجه النقد لهذا الرأي أنه تجاهل التطور الحاصل لعقد البيع في القانون الحديث ذلك أنه أصبح عقد البيع ناقلاً للملكية بذاته وليس التزاماً في ذمة البائع أو عن البائع.²

2- بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً:

باعتبار العقد الباطل بطلان مطلق لا يعد منعقد تماماً، فهو بتالي منعدم الوجود ولا حاجة لتقرير البطلان فيه، ويلحق البطلان المطلق للعقد الذي لم يستوفى أركانه أي أحدها كانعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعيتها، أو الإخلال بركن الشكلية في العقود التي تتطلب وقرر لها المشرع وجوب إخضاعها أو إفراغها في قالب شكلي.

والعقد الباطل بطلان مطلق لا تلحقه إجازة ولا يتقدم بطلانه لأنه مخالف لنظام العام والآداب العامة إذن فهو غير موجود قانوناً.³

أو كما عرفه البعض بأنه وصف يلحق التصرف القانوني الذي إنعقد مخالفاً للأوضاع التشريعية التي نص عليها المشرع واستهدف منها المصلحة العامة أو صفة جوهرية في المصلحة الخاصة.⁴

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق ، ص 276.

² د/ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة - عقد البيع - ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، دار الكتب القانونية بيروت (لبنان) ، سنة 1990، ص 715.

³ أ/علي فلاي ، المرجع السابق ، ص 251 و 252

⁴ د/ عبد الحكم فوده ، المرجع السابق و ص 276 و 277.

وعلى هذا الأساس فقد اتجه العديد من الفقهاء لاعتبار بيع ملك لغير باطل بطلائناً مطلقاً ولكنهم اختلفوا في تأسيس هذا البطلان.¹

فمنهم من أعاده لاستحالة المحل باعتبار أن البائع لم يكن مالكاً للمبيع فيستحيل معه نقل الملكية، ومنهم من رأى أن ذلك يعود لانعدام السبب في التزام المشتري.

وقد انتقد هذا الرأي من خلال أنه استند في رأيه على انعدام سبب التزام المشتري لأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب، بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه ومن حيث استناده كذلك إلى استحقاق محل التزام البائع بنقل الملكية فور التعاقد بأن الاستحالة النسبية لا يترتب عليها بطلان العقد لأن استحالة بيع ملك الغير يمكن التغلب عليها وهذا في حالة إقرار المالك الحقيقي طبقاً للمادة 398 من القانون المدني لأن الاستحالة التي ينجر عليها البطلان هي تلك التي يستحيل على الناس التغلب عليها.²

3- بيع ملك الغير باطل بطلان نسبي:

من خلال المواد المنظمة لبيع ملك الغير سواء في القانون المدني الجزائري أو في أغلب القوانين المقارنة، نخلص إلى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال وهذا المصطلح طالما أن استعماله يقصد به البطلان النسبي، خاصة أن هذا الأخير يتلاءم مع أحكام التي قررها المشرع في بيع ملك الغير، لا سيما فيما يتعلق بضمان البائع للمشتري في حالة تعرض المالك الحقيقي له، وكذلك في إبطاله وإجازته.

إلا أنه اختلف أصحاب هذا الرأي حول أساس هذا البطلان النسبي المتفق عليه، وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي:

هناك من الفقهاء من يرى أنه في حقيقة الأمر يؤسس بيع ملك الغير على الغلط المقترن من طرف المشتري، ويكون إما في الصفة الجوهرية للمبيع أو في الشخص المتعاقد وعليه وطبقاً لنص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي التي تقتضي التفرقة بين حالتين والتي تتمثل في المشتري حسن النية وحالة المشتري سيء النية.³

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 276 و 277.

² د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 717.

³ د/ سمير السيد تناغو، عقد البيع، بدون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية (مصر)، سنة 1983، ص 384.

أ- المشتري حسن النية: فإذا كان المشتري يجهل أن المبيع مملوك للغير، يكون قد ارتكب غلطاً في صفة جوهرية وإضافة إلى البطلان في هذه الحالة يمكنه المطالبة بالتعويض.

ب- المشتري سيء النية: إذا كان المشتري عالم بملكية المبيع للغير فإن المشتري لم يقع في غلط جوهري وبالرغم من ذلك فإن البيع يكون قابل للإبطال دون التعويض ولهذا اعتبر البعض في حالة المشتري سيء النية أن العقد الذي انعقد بين أطرافه هو بمثابة انعقاد عقد غير مسمى، اتجهت إرادة المتعاقدين فيه إلى حصول البائع على ملكية المبيع من المالك، ثم ينقلها إلى المشتري فيما بعد.¹

ويرى جانب من الشُّرَّاح أن عقد بيع ملك الغير، ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في الأشياء المستقبلية وهذا يعد تصرف صحيح طبقاً لأحكام المادة 92 من القانون المدني الجزائري، غير أنه وجهت العديد من الانتقادات للقائلين ببطلان النسبي لبيع ملك الغير أهمها:

- إن الحكم بالبطلان النسبي يختلف آثاره عن البطلان المنصوص عليه في المادة 397 من القانون المدني الجزائري، ولعل أهم هذه الأوجه، أن العقد القابل للبطلان النسبي ينتج جميع آثاره كاملة ما دام المتعاقد الذي تقرر له حق الإبطال لم يطالب به، في حين يبيع ملك الغير لا ينتج أهم أثر من آثار البيع وهو نقل الملكية، تطبيقاً لقاعدة: "فاقد الشيء لا يعطيه".²

- الرأي الذي يرجح البطلان للغلط مردود عليه أن حالة الغلط في الصفة الجوهرية لا تتحقق إلا إذا اشترى شخص شيئاً كان يعتقد وقت التعاقد أنه من طبيعة معينة وهو في الحقيقة من طبيعة أخرى، أما في حالة الغلط في شخص المتعاقد، فإنها لا تتحقق سوى إذا كان المتعاقد محل اعتبار أي له صفة خاصة به مثل: الرسام، الجراح، الموسيقي.³

كما أنه لا يجوز أن نرجع بطلان بيع ملك الغير إلى الغلط⁴ مع وجود نص المادة 397 من القانون المدني وهو صريح بشأن ذلك .

وبالرجوع إلى المادة 397 من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية نجد أنها أن المشرع استعمل مصطلح **Annulation** وليس **Nulle** وهذا ما قصد به المشرع دوماً البطلان النسبي وليس المطلق، هذا ما يؤدي

¹ د/ سمير السيد تناغو ، المرجع السابق، ص 385.

² د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 546.

³ د/ سليمان مرقس ، المرجع نفسه ، ص 547 و 548.

⁴ أنظر : المادة 81 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

إلى طرح التساؤل حول هل يعد استعمال هذا المصطلح من قبل المشرع بمثابة اتجاه نيته لاعتبار بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً؟.

4- بيع ملك الغير عقد موقوف:

يقصد به أن بيع ملك الغير يكون موقوف على إقرار المالك الحقيقي لشيء المبيع له، فإن أقره نفذ في حقه وأنتج جميع آثاره، سواء ذلك في حق المالك الحقيقي أو في حق العاقدين، وإن لم يقره بقي العقد صحيحاً، ولكنه موقوف الأثر إلا من بعد الإقرار والذي يصبح العقد من وقته يرتب كامل آثاره أما قبل هذا الإقرار فلا يرتب أثره، وبناءً على هذا الرأي يكون بيع ملك الغير ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا بطلاناً نسبياً، ولا يعتبر باطلاً بحال من الأحوال.¹

فهو قد استوفى جميع شروط إنعقاده، وصدر ممن يعتبر أهلاً له، وإن كان لا ولاية له على العين محل التعاقد، والعقد عند إنعدام الولاية يعد عقداً موقوفاً أي أن أثره يظل معلقاً على إرادة من له ولاية، فإذا صدر الإقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره أما قبل فلا يرتب أي أثر ولو أجازته المتعاقد الآخر، ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للإبطال وتصححه الإجازة فهذه الإجازة هي عبارة عن نزول العاقد الآخر عن حقه في الرجوع، والعقد قبل الرجوع يصلح محلاً للإقرار، أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الإقرار، وإذا كان البائع لا يستطيع التحلل من العقد فذلك لأن العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقاً موقوفاً، وإذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق، فالطرف الأول لا يستطيع ذلك، وهذا الحق ليس حق الملكية، بل هو حق احتمالي منشؤه العقد الموقوف الذي يضع المتعاقدين في مركز قانوني أشبه ما يكون بمركز المتعاقدين في الفترة التي تسبق العقد.²

فهذا الرأي كغيره من الآراء الفقهية أو الإجابات الأخرى التي لم تسلم من الإنتقاد، فالإنتقاد الذي وجه لأصحاب هذا الرأي يتمثل في النقاط التالية:

أ - لا يتفق منطق هذا الإتجاه مع تنظيم المشرع الجزائري لبيع ملك الغير، ذلك أن المشرع يجعل هذا العقد منتجاً لجميع آثاره من وقت إبرام العقد عدا إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري، مع أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر قبل

¹ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 85.

² د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع نفسه ، ص 86.

إجازته ممن له الحق في هذه الإجازة¹ وهذا الأخير يتمثل في المالك الحقيقي .

ب - نص القانون المدني صريح في أن للمشتري في بيع ملك الغير طلب إبطال هذا البيع، والقول بأن هذا العقد موقوف يستتبع القول بأنه صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله، ومن هنا نشأ التعارض بين النص التشريعي والأخذ بنظرية العقد الموقوف وعليه وجب إعمال النص الصريح والقاضي بالإبطال البيع لا أن البيع موقوفاً.²

5- بيع ملك الغير ما هي إلا دعوى ضمان:

يذهب غالبية الفقه الفرنسي الحديث لاعتبار دعوى بطلان ملك الغير التي يرفعها المشتري على البائع أي ضده ما هي إلا دعوى ضمان مسبقة، أو ما يسميها البعض الآخر "دعوى الضمان المعجل" بمعنى أن المشتري يستطيع مباشرة هذه الدعوى على البائع ولو لم يحصل التعرض وهذا في إطار بيع ملك الغير بينما العكس في التزام ضمان عدم التعرض المقرر قانوناً للبائع تجاه المشتري باعتباره طرف ضعيف في العقد أو من خلال الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم تنفيذ البائع لهذا الالتزام، فلتقرير الحماية له أنه في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزام ضمان عدم التعرض فإنه يقرر قانوناً للمشتري رفع دعوى ضمان التعرض الصادر من الغير أو من البائع نفسه وذلك من خلال حصول التعرض الفعلي له يؤدي ذلك إلى انتزاع يده من المبيع فمباشرة لهذه الدعوى المتمثلة في دعوى ضمان التعرض العادية المنصوص عليها في المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي والمادة 371 من القانون المدني الجزائري .

وما يعاب على هذا الاتجاه أيضاً تعارضه وصراحة النص القاضي بالبطلان إضافة إلى أن حق المشتري في طلب الإبطال قد يسبق التعرض فضلاً عن ذلك أن هذا الرأي قد وقع في خلط بين معنى الضمان ومعنى البطلان.³

6- بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال للغلط:

يرى بعض الفقهاء أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لغلط في شخص المتعاقد (البائع) ، إذا توهم المشتري أنه

¹ د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 719.

² د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 89.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق ، ص 279.

مالك للمبيع , أو لغلط في المبيع بحيث توهم أنه مملوك للبائع .¹

ويعاب على هذا الرأي أن القابلية للإبطال مرتبطة بحسن نية المشتري الواقع في غلط (البائع أو المبيع) الأمر الذي يتنافى وصراحة مع نصوص القوانين المدنية (فرنسي، مصري، جزائري) والتي تجيز للمشتري إبطال العقد ولو كان سيء النية.

ثانياً: الرأي الراجح

من بين الآراء الفقهية التي تعرضنا لها لمعرفة تأصيل البطلان في بيع ملك الغير والتي في نفس الوقت المشرع الجزائري لم يبين هذا النوع من البطلان من حيث: هل هو بطلان مطلق أو بطلان نسبي، فالآراء التي وقع الترجيح عليها وهو ما إتجه إليه الدكتور رمضان أبو السعود بقوله: "إن صراحة نصوص المواد المتعلقة بأحكام بيع ملك الغير تجعلنا في غنى عن التعرض لهذه الآراء الفقهية، حيث أن المشرع قرر البطلان كمبدأ عام ثم نظم بعد ذلك أحكاماً تفيد طبيعة هذا البطلان بأنه نسبي، ومن هذه الأحكام :

- 1- طلب البطلان جوازي للمشتري فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.
- 2- إمتناع الحكم بالبطلان عندما تصبح ملكية المبيع للبائع بعد صدور العقد.
- 3- أن هذا العقد خاضع للإقرار والإجازة وهذان الأخيران لا يلحق إلا بالبطلان النسبي.²

وكذا الأمر بالنسبة لإتجاه آخر من الفقه إذ نجد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في أحد

مؤلفاته القانونية يقول : "...لذلك لا نرى بدءاً من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقضي بذلك صريح النص الذي قدمناه، فالعلة إذن في كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال منافاة هذا العقد لطبيعة البيع ولكن العلة وحدها لا تكفي فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة العقد قد تكون علة معقولة للبطلان، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد , فسبب إبطال العقد وفقاً للقواعد العامة ليس إلا نقص أهلية أو عيب من عيوب الرضا , لذلك كان لا بد من نص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها فهذا النص³ منشئ للبطلان لا كاشف عنه فلا بد إذن من القول بأن

¹ د/خليل أحمد حسن قداة , المرجع السابق , ص 221 و 222.

² أ/ حورية كميح , المرجع السابق , ص 45.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة , المرجع السابق , ص 281 و 282

بطلان بيع ملك الغير هو بطلان من نوع خاص أو بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأ بنص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة¹

الفرع الثاني: الآثار القانونية لبيع ملك الغير

بما أن حكم بيع ملك الغير هو بطلان من نوع خاص مقرر لصالح المشتري، والذي لم ينظمه المشرع الجزائري ضمن القواعد العامة ولم يخضعه له وهذا ما تطرقنا إليه في الفرع الأول، فإننا في إطار هذا الفرع سنحاول البحث عن مدى حق المشتري والبائع في طلب الإبطال، والأحقية في التعويض عن هذا الإبطال، والإشارة إلى الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاء حق المشتري في طلب الإبطال.

فإذا كان عقد بيع ملك الغير شأنه شأن أي عقد له طرفين هما البائع والمشتري، إلا أنه في إطار هذا التصرف هناك المالك الحقيقي، لا يمكن إغفاله مما يستوجب البحث في كيفية إسترداد المالك لملكه، ومدى حقه في إقرار أو تأييد البيع.²

لذا فإننا سنوضح في هذا الفرع آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين أولاً ثم نتناول آثار بيع ملك الغير بالنسبة أو في مواجهة المالك الحقيقي وهذا لتعنين هذه الآثار فيما بينهما.

أولاً: آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

تتمثل هذه الآثار بالنسبة للمتعاقدين (البائع، المشتري) في هذا النوع من البيوع فيما يلي:

1- **بيع ملك الغير ينشأ صحيحاً:** بالرجوع لنص المادة 1/397 من القانون المدني الجزائري والتي نصت: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".

ويعتقد هذا النص يستشف أن بيع ملك الغير ينشأ صحيحاً بين طرفيه، ومنتجا لجميع آثاره ماعدا

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 282 - 284.

² د/إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 165.

الآثار التي يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع¹، مثل عدم إنتقال الملكية إلى المشتري طالما كان البائع غير مالك للمبيع لأنه وطبقاً للقواعد العامة يترتب العقد الباطل لجميع آثاره بين طرفيه إلى أن يحكم بطلانه.²

وعليه فإن بيع ملك الغير يخضع أو ينطبق عليه هذا القول المذكور أعلاه، وترتيباً على ما تقدم يترتب على بيع ملك الغير إلترام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ومن ثم فإن بائع ملك الغير إذا كسب ملكية المبيع بالميراث فلا يجوز له إستناداً إلى ذلك السبب إثبات ملكيته على المبيع قبل المشتري إلى جانب ذلك يلتزم البائع لملك الغير بعدم التعرض، وتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به إنتفاع الشامل والهادئ، وله كذلك مطالبة المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع مادام لم يحكم ببطالان العقد من قبل المشتري، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن، وتسليم المبيع، ودفع نفقات المبيع، وله حق مطالبة البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إليه.³

وكل هذا يعتبر إجازة من المشتري للبيع تحول بينه وبين طلب إبطال العقد بعد ذلك.

وفي ذلك تقول محكمة نقض مدنية بمصر في 1988/11/30 ملف طعن رقم 1576"، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائماً ومنتجاً آثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ إلتزاماته، ويعد هذا إجازة منه بالعقد، فيعتبر العقد صحيحاً غير أنه لا ينقل ملكية المبيع للمشتري إلا إذا أقره المالك الحقيقي، أو آلت ملكية المبيع للبائع بعد صدور العقد".

وهذا يتفق مع قاعدة "من إلتزم بالضمان لا يجوز له التعرض"، والتزام البائع بالضمان أمر مستقر في الفقه والقضاء بحيث أنه لا يجوز للبائع أن يترضى للمشتري في انتفاعه بالعين المبيعة، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع عن طريق الإرث أو الوصية أو غيرها.

ويخلص مما تقدم أن بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً⁴، وما لم يحكم بالبطلان يظل العقد قائماً منتجاً آثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ جميع إلتزاماته.

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 698.

² د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 166.

³ د/ توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، بدون طبعة، دار الجامعة بيروت (لبنان)، 1988، ص 122.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 288.

2- حق المشتري في طلب الإبطال:

لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وذلك من خلال ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 397 من القانون المدني، فالمشتري إذن وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع فهو حق مطلق فلا يشترط فيه إصابة المشتري بضرر أو تعرض البائع له.¹

وهو مقرر بصريح نص المادة سالفه النكر، وبالتالي فهو حق مقرر لمصلحة المشتري دون البائع ولو كان حسن النية وقت إبرام العقد يعتقد أنه مالك للمبيع ذلك أن الإبطال لم يتقرر لمصلحته، إلا أن هناك جانب من الفقه يجيز له ذلك إستناداً لأحكام الغلط إن كان حسن النية.²

فحق الإبطال المقرر لمصلحة المشتري ينشأ سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً أعلن بيعه أم لم يعلن تبعا لأحكام العبارة الأخيرة من المادة 397 من القانون المدني الجزائري، وسواء كان البيع إختيارياً وحبياً تبعاً لقاعدة: " لا يستطيع شخص أن يدلي إلى غيره بأكثر مما كان يملك".

ويجمع الفقهاء على جواز التمسك بحق الإبطال للمشتري حتى ولو كان سيء النية بأن كان يعلم وقت إبرام العقد بعدم ملكية البائع للمبيع على أساس أن المشتري كان يعتقد أن البائع يستطيع أن ينقل إليه الملكية بعد أن يحصل على ملكية المبيع .

ونحن من جانبنا فإن الرأي الذي نتفق معه بخصوص هذا الصدد يكون بناءً على ما سبق التفصيل فيه إنطلاقاً من نصوص قانونية هذا من جهة وآراء الفقهية المختلفة التي تطرقت إلى هذا الجانب من جهة أخرى وبالتالي نرى أنه الأقرب لصواب وهو ما يقوله الدكتور إسماعيل عبد النبي شاهين والذي جاء بقوله: "مادام أن المشرع قرر حق الإبطال لمصلحة المشتري، فإن هذا الشخص الذي يقدم على شراء شيء وهو يعلم بعدم ملكية البائع له لا يكون جديراً بالحماية القانونية التي أقرها المشرع على المشتري حسن النية من غير مالك، هذا فضلاً عن أن المنطق والعدالة يقضيان بأن الشخص الذي يشتري من غير مالك وهو يعلم ذلك لا تتجه نيته حتماً إلى نقل الملكية في الحال لعلمه التام بإستحالة ذلك في ظل الظروف المحيطة بمثل هذا التعاقد".³

¹ د/خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 212.

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 173.

³ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 170

ويكون طلب إبطال عقد البيع أو يتمسك بإبطال هذا البيع، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو يستبق ضمان الإستحقاق، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن.¹

فدعوى إبطال عقد بيع ملك الغير تختلف عن دعوى الفسخ ودعوى ضمان الإستحقاق التي تثبت حقه في إبطال البيع الذي يكون متمسك به حتى وإن لم يتعرض له المالك الحقيقي وذلك إذا تبين له أن البائع لملك الغير لا يستطيع الحصول على ملكية المبيع وينقلها للمشتري، وهذا ما يبرر الميزة الجوهرية في تقرير المشرع الجزائري في جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وبالتالي إذا رفع دعوى الإبطال فإنه يحتم على القاضي أن يحكم له بذلك، حتى ولو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكاً قبل صدور الحكم، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكاً، ذلك أن القاضي إنما يؤسس حكمه على ما كان عليه الخصوم وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلاً للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكاً للمبيع.²

أما دعوى الإبطال التي تشمل صورة دعوى يكون موضوعها المطالبة بإسترداد الثمن، هو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/28 والذي جاء ضمنه: "حيث أنه بالرجوع إلى أسباب القرار المطعون فيه فإن قضاة الموضوع قد أسسوا قضاءهم للطاعن قانونياً سليماً يستجيب لمقتضيات المادة 397 من القانون المدني الجزائري عندما قضوا للطاعن بإسترجاع ثمن المبيع مقابل إرجاعه القطعة الأرضية ما دام أن المطعون ضدهم قد تصرفوا في عقار لا يملكونه".

و كذلك في صورة دفع يرفعه من جراء الدعوى التي رفعها البائع والتي تتضمن في موضوعها طلب المشتري بالثمن أو بأي إلتزام آخر من إلتزامات الناشئة عن عقد البيع.³

أما عن شروط طلب الإبطال فهي ذاتها الشروط اللازمة في بيع ملك الغير السالف بياؤها (عقد البيع،

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 288 و 289.

² د/ إسماعيل عبد النبي شاهين ، المرجع السابق ، ص 171.

³ د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 103.

المبيع معين بالذات، المبيع مملوك للغير، القصد من البيع نقل الملكية في الحال¹، إلى جانب

ذلك إحترام المواعيد الخاصة برفع أو بطلب الإبطال عن طريق دعوى وذلك بتقيد بما جاء في نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري وهذا نظراً لغياب نص خاص ينظم مواعيد التقادم في بيع ملك الغير، وبالتالي فإننا نرجع للقواعد العامة الخاصة بأحكام إبطال العقد.²

فبما أنه حسب أحد مواد القانون المدني الجزائري التي تنص بأنه إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

وفي إطار بيع ملك الغير فيعتبر أن حق إبطال عقد البيع الوارد على مال مملوك للغير مقرر لمصلحة المشتري دون البائع فإن المشتري يجب عليه لممارسة هذا الحق والمتمثل في الإبطال التقيد بالمدة القانونية والتي تكون في أقصر المدتين خمس سنوات من يوم إكتشاف العيب الذي كان سبباً للإبطال أو عشر سنوات من يوم التعاقد، وعليه فإنه يجب على المشتري في إطار هذا التصرف مراعاة هذا الشرط القانوني وإلا سقط حق المشتري الذي تقرر له إبطال عقد بيع ملك الغير في رفع هذه الدعوى وهذا ما يوحي إلى أحد أسباب إنقضاء حق المشتري في طلب الإبطال هذا النوع من البيوع.³

3- حق المشتري في إجازة البيع:

ونقصد به للمشتري أن يجيز البيع الذي يكون وارد على ملك الغير، فهذا الحق يؤدي حتماً بالمشتري في أن يسقط حقه في طلب إبطال هذا التصرف الواقع على ملك الغير مادام قد قام المشتري بإجازة ذلك أي - البيع-، وهو الأمر الذي يستشف ضمناً وبمفهوم المخالفة من نص المادة 2/397 من القانون المدني والتي جاء في نصها: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري". *

فإجازة المشتري للبيع الذي يكون محله شيء مملوك للغير يعني هذا أن العقد أصبح لازماً في حقه بحيث لا يمكنه بعد إجازته لهذا البيع أن يتراجع عن هذه الإجازة لأن الإجازة تعبير عن الإرادة، والتعبير عن الإرادة تلزم صاحبها، إلا أن حق المالك الحقيقي في التعبير عن إرادته بإقراره للعقد أو رفضه يبقى قائماً، فإما أن يقره فينفذ

¹ د/محمد حسنين ، المرجع السابق ، 187 و 188.

² د/خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 214.

³ أنظر : المادة 99 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

* تقابل هذه المادة 2/550 من القانون المدني الأردني و المادة 466 من القانون المدني المصري .

في حقه أو يرفضه فيبطل، يعني هذا أن إجازة المشتري للبيع يصبح لازماً في حقه وفي نفس الوقت تعد إجازته لهذا البيع لا يسري في حق المالك الحقيقي الذي يبقى دوره في إقرار هذا التصرف أو رفضه فقط.¹

والإجازة تبعاً لنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري هي سبب لزوال الحق في الإبطال حيث جاء في نصها: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إحلال بحقوق الغير"، فإجازة وفقاً لهذا النص هي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المميز عن حق إبطال العقد وتكون صريحة أو ضمنية، كما يشترط فيها أن يكون العقد قابلاً للإبطال لا باطلاً، علم المتعاقد بقابلية العقد للإبطال، زوال العيب المبطل للعقد.²

فتقرير إجازة المشتري لعقد بيع ملك الغير بأنها تزيل قابليته لإبطال هذا العقد هو بموجب نصوص قانونية وضعها المشرع الجزائري خصيصاً لهذا الصدد بالإضافة إلى ذلك فإن هذا يؤدي إلى إبقاء البيع صحيحاً، ويبقى منشأاً لإلتزامات في جانب البائع وإلتزامات في جانب المشتري أيضاً، فيكون البائع في هذه الحالة ملتزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الإستحقاق والعيوب الخفية وغيرها من الإلتزامات المقررة قانوناً للبائع، ويكون المشتري في ذات الوقت ملزماً بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع إلا أنه من جانب نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لا يكون في هذه الحالة من ضمن إلتزامات البائع لملك الغير، لأن المالك الحقيقي يكون أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه وهذا ما سبق أن وضحته المادة 2/397 من القانون المدني، وعليه فإن البائع الذي لا يستطيع تنفيذ إلتزامه والمتمثل في نقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإن المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق الجزئي.³

وإتماداً على ما سبق ذكره في هذا الصدد فإنه يثور لنا التساؤل التالي حول ما هو الحل القانوني في حالة إذا إختار المشتري رفض عقد بيع ملك الغير دون أن يختار الإجازة فهذا يؤدي بالعقد كأن لم يكن في حقه، ولكن إذا كان هذا التعبير قبل أن يعبر المالك الحقيقي عن إرادته بإقرار التصرف أو رفضه، فهل يمكن للمشتري في

¹ د/محمد يوسف الزغي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة لنشر و توزيع (عمان)، سنة 2004، ص 536.

² د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 263-265.

³ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 702 و 703.

هذه الحالة أن يتراجع عن هذا أم لا ؟¹؛ وهو الأمر الذي حاول العديد من المؤلفين في مجال القانون الوصول لهذا الحل وذلك ضمن مؤلفاتهم.

فإجابة عن هذا التساؤل يكون بأن المشتري لا يمكنه الرجوع عن إرادته في رفض العقد لأن الرفض هو تعبير عن الإرادة وبالتالي يلزمه، بحيث إذا رفض التصرف أصبح غير موجود بالنسبة له، فإذا عبر المالك عن إرادته بإقرار التصرف وأعتبره نافذاً في حقه فلن يصادف عقداً لأن هذا العقد قد إنتهى من طرف المشتري، وإذا أراد لهذا العقد أن ينشأ فلا بد له من إيجاب وقبول جديدين. ولهذا كان من الأفضل أن لا يعطى للمشتري خيار الفسخ بل كان من الواجب أن يكون العقد لازماً في حقه وأن يكون غير نافذ في حق المالك الحقيقي فقط ، بحيث يكون حق رفض البيع أو إجازته للملك فقط وليس له وللمشتري.²

4- حق تملك البائع لمحل عقد البيع الوارد على ملك الغير:

ونقصد بذلك أنه من ضمن آثار التي تدخل بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين إلى جانب الأثرين المذكورين أعلاه أن ينقلب بيع ملك الغير لبيع صحيح بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور عقد البيع المتعلق ببيع ملك الغير وهذا تبعاً لنص المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري والتي جاء بنصها: "وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا إكتسب المبيع بعد إنعقاد البيع". *

فالمعنى الذي أتت به هذه المادة أنه إذا صارت ملكية المبيع ملكاً للبائع بعد عقد البيع، فإن هذا العقد يصبح لازماً في حق المشتري، فإذا أصبح المبيع ملكاً للبائع بعد العقد لأي سبب من أسباب كسب الملكية فإن العقد يصبح ملزماً للمشتري . كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو إشتري المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك منه (هبة، صلح، حوالة، شفعة، حيازة، أولوية، أفضلية)، فهو ملتزماً بنقل الملكية إلى المشتري لأن هذا الأخير لم يتمسك بعد بإبطال البيع، فإن هذا الإلتزام ينفذ فوراً مادام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه، وهو إنعدام الملكية عند البائع قد زال وأصبح البائع مالكا، ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري بعد الشهر في العقار.³

¹ د/محمد يوسف الزغي ، المرجع السابق ، ص 536.

² د/محمد يوسف الزغي ، المرجع نفسه ، ص 536 و537.

* تقابلها المادة 2/467 من القانون المدني المصري و المادة 2/551 من القانون المدني الأردني .

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 295.

ويعد تصرف البائع في هذه الحالة ليس تصرف فضولي أي تصرف في بيع ملك الغير وإنما كالتصرف في ملكه.¹

ويشترط ليصبح العقد لازماً في حق المشتري أن تكون ملكية البائع للمبيع قد تمت بعد إنعقاد العقد أو بعد صدوره، إلى جانب ذلك أن لا يكون المشتري قد عبر عن إرادته بإبطال العقد استناداً لنص المادة 1/397 من القانون المدني الجزائري لأنه إن عبر عن إرادته هذه فإن العقد يصبح غير موجود بالنسبة له، فإذا آلت ملكية المبيع للبائع بعد العقد وبعد أن يكون المشتري قد أبطله فلا يمكن أن نعتبره لازماً في حقه أو نعتبره طرفاً فيه حسب نص المادة 1/103 من القانون المدني الجزائري والتي نصت: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله".

فإرادة البائع قد تتحكم في أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري²، وذلك بحسب ما أشارت إليه المادة 2/398 من القانون المدني الجزائري.

ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع، لم يعد هناك محل لإبطال البيع، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية فينقلب البيع صحيحاً وذلك بحكم القانون لا بحكم الإجازة ويكون البائع بعد أن إنتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ملتزماً بتسليمه إياه وبضمان الإستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية، ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع.³

لكن تجدر الإشارة أن هناك إتجاه من الفقه يرى أن المشتري إذا رفع دعوى إبطال عقد البيع الوارد على ملك الغير قبل أن تقول ملكية المبيع إلى البائع يرون أن هذا البيع يصح بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال مادام قد تم ذلك قبل صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى ويؤسسون رأيهم على المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال⁴، وهذا الأخير الذي جسده المشرع الجزائري ضمن نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

¹ د/ محمد يوسف الرغي ، المرجع السابق ، ص 538.

² د/ محمد يوسف الرغي ، المرجع نفسه ، ص 538 و 539.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 295.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 296.

5- حق المشتري في التعويض:

وفقاً لنص المادة 399 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا أبطل البيع لصالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فإن له أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"، فبتبعاً لنص هذه المادة وعملاً بالقواعد العامة، فإنه في حالة تقرير البطلان من القاضي فإنه يجوز للمشتري طلب التعويض عما لحقه من ضرر جراء الإبطال كون جزاء الإبطال كان بسبب البائع الذي باع ما لا يملك،¹ ويشترط في ذلك:

أ- صدور حكم الإبطال.

ب- أن يكون المشتري حسن النية وهو الأمر الذي يستشف من نص المادة السالفة الذكر ولا أثر لحسن نية البائع أو سوءها على خلاف القوانين الأخرى ومنها قانون الموجبات البنائي الذي يشترط الرجوع إلى البائع بالتعويض على أن يكون هذا الأخير سيء النية عملاً بنص المادة 385 منه.

ج- أن يكون الإبطال سبب له ضرر أو خسارة لحقت به أو كسب فاته

أما أساس إلزام البائع بالتعويض في حالة توفر شروطه فمختلف فيه بين الفقهاء:

فمنهم من اتجه إلى أن أساس مطالبة المشتري بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي جسده المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.²

ومن الفقهاء من ميز بين سوء نية البائع التي يقوم فيها التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وبين حسن النية فيقوم التعويض في هذه الحالة على أساس نظرية الخطأ في تكوين العقد أو تحول العقد فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع على أساس النية المحتملة للمتعاقدين التي تكون قد إنصرفت للإلتزام لو كان المتعاقدان يعلمان أن البيع كان سييئاً.³

في حين يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أن

¹ د/ محمد حسنين ، المرجع السابق ، 193 و 194.

² د/ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 216.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 292.

يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك، وإن كان سيء النية فمصدر التعويض هو إحتلاسه لملك الغير.¹

ويرى آخرون أن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك، ولكن مسؤولية البائع سميت مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل، وليست مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد وإنما هو خطأ يتقدم العقد.

وبالرجوع للفقهاء الجزائري في هذا الصدد نجد الدكتور خليل أحمد حسن قداد أن أساس إلتزام البائع بالتعويض للمشتري حسن النية عن ما ينجر من هذا التصرف والأولى بالترجيح هي المسؤولية التقصيرية على أساس أن العقد بعد زواله بتقرير بطلانه يصبح مصدر التعويض فيه هو الخطأ التقصيري لا العقد وهو ما نصت عليه المادة 399 من القانون المدني الجزائري.²

ثانياً: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

وتتميز هذه الآثار بين حالتين هما:

1- حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع :

ونقصد بذلك أنه إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع الوارد على ملكه أي بدون رضاه وعلمه سواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع، ولا يسري في حقه، ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع محل هذا النوع من البيوع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب البيع صحيحاً ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري أو ثماره أو حتى في أحوال عدم تملك أو تسليم للمبيع أو ثماره فإنه بناءً على ما أصابه من ضرر بسبب خروج الشيء المبيع أو ثماره من يد مالكة الفعلية، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الإستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض.³

ولقد أقرت المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر في 2004/03/03 بحق المالك في استرداد المبيع من

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 293.

² د/ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 216 و 217.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 296.

المشتري عن طريق دعوى الإستحقاق حيث جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث أنه من

المعلوم بالضرورة أنه في بيع ملك الغير إذا لم يقر المالك الحقيقي فإنه يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الإستحقاق فيسترد المبيع من تحت يده وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض ومن ثم يكون رجوع الطاعن على المطعون ضده، باعتباره مشترياً ذو نية حسنة يجعل دعواه غير مؤسمة..".

فيرجع المالك الحقيقي على المشتري بدعوى الإستحقاق لأنه لا يزال مالكاً للمبيع، فيسترده من تحت يده، بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية، أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بتعويض، ولا يرجع عليه بالثمار، لأن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمنان الإستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال .

على أن المشتري قد يملك المبيع، ليس بعقد البيع، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية. فهو إذا كان حسن النية فإنه يكسب العقار بالتقادم القصير، وإذا كان سيء النية فإنه يكسب كلا من العقار والمنقول بالتقادم الطويل، فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة بالنسبة منقول أو التقادم بالنسبة للعقار، فإن المالك الحقيقي لم يستطع أن يسترد المبيع منه لأيلولتها للمشتري بموجب أحد هذه الطرق القانونية، ومنه فإن المالك الفعلي ليس له حق طلب إبطال عقد البيع الرابط بين البائع والمشتري، كونه ليس طرفاً فيه¹ وهذا ما جسده الحكم الصادر من محكمة قسنطينة القسم العقاري الصادر بتاريخ 2006/11/06 والذي جاء ضمن حيثياته: "...حيث أن المدعي ليس طرفاً في العقد الذي يطالب بإبطاله في جزئته المتعلقة بحجرة الغسيل وحجرة المهملات وبتالي فإن المحكمة تقضي برفض طلبه طبقاً للقانون .

حيث أن طلب المدعي الرامي إلى إلزام المدعي عليه وكل من يجل محله أو تحت إشرافه بإخلاء الأمانة المتمثلة في حجرة الغسيل وحجرة المهملات والتي تشكل الحصة رقم 02 من البيان الوصفي للتقسيم الذي على أساسه إشتري العقار محل العقد المذكور أعلاه والمشهر بتاريخ سابق على تاريخ العقد الذي بموجبه إكتسب المدعي عليه الثاني للأمانة وكذلك للعقد محل الدعوى الحالية طلب مؤسس لتعلقه بمسألة بيع ملك الغير طبقاً للأحكام القانونية الواردة بالمادة 397 من القانون المدني الجزائري والتي لا يكون فيها البيع المبرم بين المدعي عليه الثاني والمدعي عليه الأول ناجزاً في حق المدعي بإعتباره المالك الأصلي للأمانة محل النزاع".

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ، ص 297

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض، فيرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقدته للمبيع، وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة، فيتقاضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار، ويرجع عليه بتعويض أيضا كما سبق ذكره آنفاً حتى ولو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار فهنا يطالبه بالتعويض على ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يد مالكة الفعلي، فمصدر التعويض هنا هو خطأ البائع، لأنه تسبب في الأضرار بالمالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوك لهذا الأخير، لا سيما إذا كان للبائع سوء النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصباً ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية، فإن حسن النية لا ينفي أن يكون هناك خطأ من جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملكه.¹

لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض.

يتضح إذن من كل ما سبق ذكره أن إجازة بيع ملك الغير من قبل المشتري لا أثر لها بالنسبة للمالك الحقيقي، وهو ما إتجهت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر في 17/02/1988 تحت رقم 51374 والذي جاء ضمن حيثياته: "ومن المقرر قانوناً أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما قضوا بصحة العقد العربي في القطعة الأرضية وغير المسجل والمتأخر في التاريخ عن العقدين الرسميين اللذين بملكهما الطاعنان لنفس القطعة الأرضية يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون".²

2- حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع:

تبعاً لنص المادة 1/398 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري". وتعني كلمة سرى أنه أصبح نافذاً، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة لا يكون البيع قبل إقراره من المالك سارياً في حقه، بمعنى لا يكون نافذاً في حقه، ولكن بمجرد إقراره له يصبح نافذاً ويكون نفاذه

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق، ص 298

² المجلة القضائية، المحكمة العليا لسنة 1991، العدد رقم 02، ص 11.

بحسب القواعد العامة مستنداً إلى وقت التصوف لا إلى وقت الإقرار¹

فإقرار المالك الحقيقي إذن للبيع الوارد على ملكيته وليس للبائع حق عليه، سواء كان هذا الإقرار صريحاً أو ضمناً ينقل ملكية المبيع للمشتري نظراً لزوال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضا المالك الحقيقي بالبيع، فإقرار هذا المالك للبيع الوارد على ملك الغير والذي هو في الأصل وارد على ملكيته بالرغم من أنه أجنبي عنه، وهذه الخصوصية التي يتميز بها بيع ملك الغير.²

وإذا كان المبيع عقاراً فإنه يجب شهر هذا الإقرار لإنتقال ملكية المبيع للمشتري لأنه قد زال السبب الذي من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال ذلك أن الإقرار ليس له أثر رجعي وإنما يترتب أثره من وقت وقوعه، هذا يعني أن العقد يسري في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير، ويترتب على ذلك أنه إذا رتب المالك الحقيقي حقوقاً أو حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع فإن هذه الحقوق تنتقل إلى المشتري مع المبيع كونها صادرة من مالك يملك الحق في تقريرها³، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق.

أ- وإقرار المالك الحقيقي يكون مقتصراً على مجرد إقرار بيع ملك الغير دون الإلتزامات والحقوق التي رتبها العقد، فأثر هذا الإقرار يكون مقتصراً :⁴

- على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وترتيب أثره في نقل الملكية مع إبقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري كما هي دون تغيير وهذا ما إتجاه إليه الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم وهو الرأي الذي يتفق مع المعنى الشائع لإصطلاح سريان العقد الوارد في المادة 1/469 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 398 من القانون المدني الجزائري .

- وهناك رأي آخر يقول بأن المالك المقر للبيع بجل محل البائع فيكون له من وقت الإقرار كل حقوق البائع وعليه كل التزاماته ومن هذا التاريخ تبرأ ذمة البائع من تلك الإلتزامات، وهذا يعني أن الإقرار الصادر من المالك يرتب تغييراً في شخص المدين بغير رضا الدائن وقد يرتب ذلك ضرراً لدائن، كما لو رهن البائع المبيع قبل الإقرار بإقراره

¹ د/محمد يوسف الزغي ، المرجع السابق ، ص 534

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة ، المرجع السابق ص 297

³ د/خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق و ص 218 و 219.

⁴ د/محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 196-198.

لا يؤثر في الحقوق التي يكون المالك قد قررها للغير قبل صدور الإقرار، فضلاً عن ذلك فيجوز للمالك الحقيقي أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع، ويجوز للمشتري أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الإقتضاء وهذا كله ناتج عن العلاقة القائمة بين المشتري والمالك الحقيقي مباشرة، لكن ما تجدر الإشارة إليه فيما يخص الإلتزامات التي تنتقل من البائع إلى المالك الحقيقي بمجرد إقراره لهذا البيع، أنه في حالة إذا كان البائع قد حصل على شيء من الثمن، عليه أن يؤدي عنه إلى المالك حساباً وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلاً عنه في عقد البيع.¹

- وهناك إتجاه آخر وثالث يرى بإنضمام المالك الحقيقي مع البائع ملك للغير في الفقه فإنهما يصبحان ملتزمين معاً ضمناً مسؤولين مسؤولية مجتمعة في مواجهة المشتري فمقتضى ذلك أن يكون البائع والمالك الحقيقي مدينان بالتضامن ويكون هذان كذلك دائنين بالتضامن للمشتري، فيلتزم هذا الأخير بدوره في مواجهتهما معا فتبرأ ذمته أن وفي بالثمن لأحدهما.²

فالإقرار إذن إعتماً لكل ما سبق ذكره أبعد من الإجازة، إذ لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري بكونه صادراً من الغير وارد على عقد صحيح يمتد أثره إلى نفاذ العقد في حق المقر وهذا ما نصت عليه المادة 1/398 السالفة الذكر.³

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية البيع أو المقايضة، المرجع السابق ص 299.

² د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص 198.

³ د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 263 و 264.

المبحث الثاني: أنواع العقود الأخرى الناقلة للملكية الواردة على ملك الغير

تضمن الباب السابع الذي ينظم العقود المتعلقة بالملكية في فصله الثاني والثالث والرابع والخامس من القانون المدني الجزائري كل من عقد المقايضة، الشركة، القرض الإستهلاكي، الصلح.¹

فقطا للتشابه الكبير بين عقد المقايضة وعقد البيع وكذا إحالة المشرع الجزائري في تنظيمه لعقد المقايضة إلى أحكام البيع لهذا ارتأينا دراسته مع عقد البيع ضمن المبحث الأول، أما في إطار هذا المبحث فسنستطرق من خلال مطالبه إلى باقي العقود الواردة على الملكية أو الناقلة لها في إطار ورودها على ملك الغير، وذلك باستعراض بداية مفهوم كل عقد على حدا ثم الوصول بعدها لحكم ورود هذه العقود على مال مملوك للغير .

وعليه فقد خصصنا المطلب الأول لدراسة عقد الشركة الوارد على ملك الغير والذي تضمنت دراسته فرعين حيث تناولنا في إطار الفرع الأول المحل في عقد الشركة أما في الفرع الثاني فتناولنا في إطاره أحكام تقديم مال مملوك للغير كحصة في عقد الشركة .أما بالنسبة للمطلب الثاني فقد خصصناه لدراسة القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير والذي تضمن بدوره فرعين حيث تطرقنا في إطار الفرع الأول إلى التعريف بالقرض الإستهلاكي الوارد على مال مملوك للغير وفي إطار الفرع الثاني فتطرقنا ضمنه إلى حكم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير .

وكآخر نقطة في دراستنا لهذا المبحث والتي نجدها تدخل ضمن توقعاتنا في إمكانية ورودها على ملك الغير بالنظر إلى جانب الواقع بحيث خصصنا لدراستها ضمن المطلب الثالث الذي جاء تحت عنوان عقد الصلح الوارد على ملك الغير والتي إمتدت دراسته ضمن فرعين حيث تضمن الفرع الأول منه إلى مفهوم عقد الصلح الوارد على مال مملوك للغير، أما في إطار الفرع الثاني والذي تضمن أحكام الصلح على ملك الغير.

المطلب الأول : عقد الشركة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الشركة ضمن الفصل الثالث من القانون المدني الجزائري كعقد من العقود المتعلقة بالملكية أو بمعنى آخر أدق من العقود الناقلة لها إلى جانب العقود الأخرى التي أدرجها في هذا الصدد من خلال الباب السابع منه، وذلك في المواد من 416 إلى 449، فيمكن تصور ورود عقد شركة على ملكية الغير وذلك في حالة تقديم أحد الشركاء لحصة لا يملكها بنسبة الإشتراك، وعليه فلمعرفة هذه الحالة أو

¹ أنظر المواد 351 إلى 466 , من القانون المدني الجزائري , المرجع السابق.

التصرف وبيان أحكامه، ارتأينا بدءاً التعرض لتعريف الشركة ومحلها ثم بيان ورودها على ملك الغير وحكم ذلك وهذا كله سوف ندرجه ضمن فرعي هذا المطلب.

الفرع الأول : المحل في عقد الشركة

تناول القانون المدني الجزائري في أحد مواده القانونية تعريفاً لعقد الشركة على أنها: "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".¹

ويظهر من خلال هذا التعريف أن لشركة أركاناً موضوعية عامة كباقي العقود من رضا، محل، سبب وأخرى خاصة بعقد الشركة في حد ذاته والتي تظهر من التعريف وتتمثل في "إجتماع شخصين أو أكثر، مساهمة كل واحد منهم بحصة في رأس مال الشركة، نية الإشتراك أو التعاون عن طريق قبول أخطار معينة ومساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر".² كما يتجلى من خلال هذا التعريف أيضاً خصائص عقد الشركة بأنه عقد شكلي، عقد ملزم لجانبين، عقد معاوضة، من العقود المحددة وليست بعقد إحتمالي لأن المتعاقد وقت العقد يعرف قدر ما يعطي وقدر ما يأخذ.³

وتتخذ الشركات صورتين فهي إما تكون مدنية والتي تقوم لتحقيق أغراض تعود عليها بالربح، لكن المشروعات المالية التي تقوم بها لا تدخل في أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر في القانون التجاري، وإما أن تكون تجارية وهي جماعات تقوم بمشروعات مالية للحصول على ربح مادي كالشركات المدنية لكن المشروعات المالية التي تقوم بها تدخل في أعمال التجارة.⁴

أما بالنسبة للمحل في عقد الشركة بإعتباره وثيق الصلة بدراستنا هذه فيجب أن تتوفر فيه شروط المنصوص عليها في إطار القواعد العامة والمتمثلة في أن يكون موجوداً أو ممكناً، معيناً أو قابل لتعيين، وقابلاً للتعامل فيه⁵،

¹ أنظر المادة 416 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

² م/ أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، بدون طبعة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية (مصر) ، ص 347.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الهبة و الشركة و القرض و الدخل و الصلح ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان) ، سنة 2000، ص 225 و 226.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 230.

⁵ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 253.

فهو إذن يمثل رأس مالها مقسماً إلى حصص، ولكل شريك في العقد حصته والتي تكون نقوداً، أوراق مالية، منقولاً أو لا عقاراً، حق إنتفاع، ديناً في ذمة الغير، إسمائاً تجارياً، أو غير ذلك مما يصلح أن يكون محلاً للإلتزام،¹ وهو الأمر الذي يستشف ضمن نصوص المواد 421 إلى 424 من القانون المدني الجزائري .

وعليه فإن حصة الشريك اعتماداً على نصوص المتعلقة بهذا الصدد قد تكون أحد الصور الخمس: مبلغ من النقود، عين معينة بالذات (سواء كان منقولاً أو عقاراً)، حق شخصي في ذمة الغير، ملكية فنية صناعية أو تجارية، إلتزام بعمل.

وبالتالي وبإعتبار أن مجال دراستنا منصب على الأشياء المادية، فإن الصورتين الأوليتين السالف ذكرهما سوف تنحصر عليهما حتماً هذه الدراسة وهذا للأهمية التي يضيفونها على الموضوع، مع إستخراج نقطة أخرى من الصورة الثانية والمتعلقة بحق الإنتفاع من المال تعد كحصة في عقد الشركة وهذا لشمولها بأحكام خاصة، وعلى هذا سنأتي على ذكر هذه الصور بشيء من التفصيل فيها .

أولاً: الحصة مبلغ من النقود

وهو الحكم المستشف من نصوص القانونية المتعلقة بعقد الشركة والتي أدرجها المشرع الجزائري ضمن القانون المدني والتي جاء بنصها: "إذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلزمه التعويض".²

فحكم هذه المادة يعني أنه إذا تعهد أحد الشركاء بتقديم مبلغ من النقود كحصة مساهمته بالشركة فإنه يصير بمجرد تمام العقد ملزماً بتقديم هذا المبلغ وتسري في ذلك القواعد العامة للوفاء من حيث كلفيته، زمانه ومكانه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

ثانياً: الحصة عين معينة بالذات

سواء كانت العين منقولاً أو عقاراً، وفي الفرضين قد تكون الحصة هي حق ملكية أو حق عيني آخر كحق الإنتفاع على هذه العين، فيكون الشريك في جميع هذه الأحوال ملتزماً بمجرد عقد الشركة بنقل ملكية أو الحق

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الهيئة و الشركة و القرض و الدخل و الصلح ، المرجع السابق ، ص 257.

² أنظر : المادة 421 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

العيني إلى الشركة، كما يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري .¹

فإذا كانت الحصة عقاراً، ملكية أو حق عيني آخر على العقار لا ينتقل إلى الشركة إلا بالشهر، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو في مواجهة الغير إذ الشركة تعد في هذه الحالة عقداً ناقلاً للملكية فتدخل ضمن العقود الواجب تسجيلها وشهرها بتسليمها إلى الشركة، وتسري في التسليم القواعد المقررة في تسليم المبيع، من حيث الحالة التي يكون عليها الحق وقت التسليم وطرقه والعجز في المقدار والزمان والمكان اللذان يتم فيهما التسليم وغير ذلك من القواعد العامة التي سبق ذكرها عن عقد البيع.²

أما إن كان منقولاً معيناً بالذات، فإن الملكية فيه تنتقل بمجرد إنعقاد العقد صحيح ويصبح المنقول مملوكاً لشركة في هذه الحالة من قبل التسليم إعمالاً للقواعد العامة في نقل الملكية³

ثالثاً: الحصة إنتفاع بالمال

وفي هذه الصورة يبقى الشريك مالكا للمال، ولكن يقع عليه إلتزام بتمكين الشركة من الإنتفاع به، ويمكن تصور ذلك كما لو كان الشريك مالكاً لعقار ما وتمثلت حصته بأن لا ينقل ملكية هذا العقار وإنما بتمكين الشركة من الإنتفاع به بأن نجعله مقراً لها مثلاً.⁴

الفرع الثاني: أحكام تقديم مال مملوك للغير كحصة في عقد الشركة

بتفحصنا لأحكام عقد الشركة في القانون المدني الجزائري لم نجد أي حكم يتعلق بهذا الشأن وهو الأمر نفسه بالنسبة للتشريعات المقارنة (المصري، الفرنسي) الأمر الذي يزيد صعوبة في غياب دراسة فقهية و إجتهادات قضائية، الأمر الذي إستدعى ضرورة اللجوء للقواعد العامة من جهة ونصوص متعلقة بعقد الشركة التي يمكن أن يستخلص منها ذلك من جهة ثانية.

فالوصول إلى أحكام تقديم مال مملوك للغير كحصة في عقد الشركة يقتضي ضرورة التعرض إلى صور ورود

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 264.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 265.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 266.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 272.

عقد الشركة على ملك الغير، أي محل عقد الشركة¹.

فتبعاً لما سلف ذكره ضمن الفرع الأول من هذا المطلب، وتبعاً لنص المادة 422 من القانون المدني الجزائري يمكن تصور فرضيتين لتقديم الشريك لحصة غير مملوكة له كمساهمة منه في عقد الشركة ويتعلق الأمر:

- تقديم حصة من النقود، أو عين معينة بالذات سواء كانت عقاراً أم منقولاً أو أي حق عيني آخر مملوكاً للغير مساهمة من الشريك في عقد الشركة.
- تمكين الشركة من حق الإنتفاع من قبل شريك لكن هذا الأخير ليس صاحب حق فيه فوروده على مال مملوك للغير يكون بأن تكون حصة الشريك في عقد الشركة بتمكين الشركة من الإنتفاع بعقار لا يملكه هذا الشريك إضافة إلى أنه ليس له حق انتفاع فيه لتتخذها مقراً لها².

وعلى هذا سوف نحاول تفصيل أو بيان كل حالة من الحالتين:

أولاً: الحصة عبارة عن حق ملكية أو حق عيني

فتبعاً لحرفية المادة 422 من القانون المدني الجزائري في مقدمتها التي نصت: " فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو إستحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص".

يتضح من خلال نص المادة أن أحكام البيع تسري على الشركة في جملة من القواعد ومنها الإستحقاق، فإذا كان البائع في عقد البيع ملزماً بضمان الإستحقاق المبيع من المشتري، وعدم التعرض له بذلك سواء كان التعرض منه أو من الغير شريطة أن يكون هذا الأخير قانونياً طبقاً للمادة 371 من القانون المدني الجزائري .

وعليه بما أن الشريك في عقد الشركة التي تكون لها شخصية معنوية ومستقلة عن الأشخاص الشركاء وذمة مالية كذلك³، فإنه ملزم حتماً بضمان التعرض الشخصي والتعرض القانوني والتعرض الصادر من الغير⁴ حسب المادة 422 من القانون المدني الجزائري والتي تحيلنا ضمناً لأحكام المادة 371 منه.

وعليه وتبعاً لما أسلفنا ذكره في المبحث الأول الذي تناول ماهية عقد البيع الوارد على ملك الغير وإسقاطاً

¹ أنظر : المادة 416 من القانون المدني الجزائري , المرجع السابق .

² أنظر : المادة 422 من نفس القانون .

³ أنظر : المادة 1/417 من نفس القانون.

⁴ أنظر : المادة 422 من نفس القانون .

لتلك الأحكام على أحكام عقد الشركة محل الدراسة، فإن الشركة في حالة التعرض لها من قبل الغير والذي يعد المالك الحقيقي للحصة المقدمة من قبل الشريك هذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي حول ما هو الحل القانوني الذي تقدم عليه الشركة أمام هذه الحالة؟.

فالإجابة عن هذا التساؤل يكون اعتماداً على القواعد العامة التي تنظم في نصوصها كل من إلتزام ضمان عدم التعرض والإستحقاق¹ الذي أدرجه المشرع الجزائري ضمن إطار إلتزامات البائع في عقد البيع وذلك في الباب السابع من الفصل الأول إلى جانب ذلك المواد التي نظمت فيها أحكام إنحلال العقد .

وعليه فالشركة في مثل هذه الحالة تكون مخيرة بين :

- 1- رفع دعوى ضمان التعرض الصادر من الغير ضد الشريك المتصرف بحصة لا يملكها
- 2- رفع دعوى الفسخ إستناداً لإخلال الشريك بالتزامه بالتنفيذ في نقل ملكية الحصة للشركة.²

تجدر الإشارة بالنسبة لتطبيق أحكام الفسخ لمصلحة الشركة دون أعمال الإبطال كما هو الشأن في عقد بيع ملك الغير كون هذا الأخير جاء بنص خاص من البطلان لا يمكن القياس عليه فيما يخص عقد الشركة على ملك الغير .

ثانيا : الحصة عبارة عن إنتفاع بالمال

تطبيقاً للعبارة الأخيرة من المادة 422 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " أما إذا كانت الحصة مجرد الإنتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك "³.

ومن ذلك فتنطبق أحكام هذه العبارة على أحكام الشركة، وعليه إذا تصورنا أن شريكاً قدم حصته متمثلة في إنتفاع بالمال الذي لا يملكه لصالح الشركة، فإن للشركة فسخ العقد على أساس إخلاله بإلتزامه بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير أو إنقاص الثمن إن كان التعرض جزئياً مع التعويض حسب الحال.⁴

وقد يبدو لأول وهلة أن تطبيق أحكام الإستحقاق على الشركة إن كانت الحصة ملكية أو حق عيني آخر

¹ أنظر : المادتين 375 و 376 , من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² أنظر : المادة 119، من نفس القانون.

³ أنظر : المادة 422 , من نفس القانون .

⁴ أنظر : المادة 2/484 , من نفس القانون .

وارد على العين سواء كانت منقولاً أو عقاراً، أو إن الحصة حق إنتفاع بالمال يحل إشكال حكم تقسّم الشريك لمال لا يملكه كحصة في الشركة¹.

إلا أن الإشكال الذي يطرح هو أنه في حالة عدم حصول تعرض للشركة من طرف الغير والذي يكون في الأصل المالك الفعلي للحصة التي قدمها الشريك، وقامت الشركة بإستغلالها وإستمرت في ذلك دون وقوع تعرض فما هو الحل القانوني الذي تتخذه الشركة لهذا الإشكال؟ مع العلم أن تطبيق أحكام التعرض على التصرف في ملك الغير بأي عقد من العقود لا يستقيم دائماً لا سيما وأنه من شروط رفع دعوى منع التعرض يستلزم لقيامها حصول التعرض فعلاً.

يبرى البعض أن الإجابة على هذا الإشكال يستدعي الرجوع للقواعد العامة في العقود الملزمة لجانبين وهذا نظراً لغياب نص قانوني يوضح المسألة وعليه فإنه تم الإعتماد على النصوص القانونية التي نظم المشرع فيها مسألة إخلال أحد من المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه فإن للمتعاقد الآخر المضار من ذلك طلب فسخ العقد²، وهو الأمر الذي يمكن تطبيقه على إخلال الشريك بإلتزامه بتسليم الحصة وتمكين الشركة من الإنتفاع بها.

المطلب الثاني: القرض الإستهلاكي

ورد عقد القرض الإستهلاكي ضمن الباب السابع المتعلق بالعقود الواردة على الملكية في الفصل الرابع من القانون المدني الجزائري، فهو من العقود الناقلة لملكية الشيء والحل فيه شيء مثلي أو نقود هذا المحل الذي قد يكون مملوكاً لشخص غريب عن العقد، مما يستدعي لمعرفة حكم هذا التصرف في ملك الغير أن نتعرض لتعريفه وشروط وروده على مال مملوك للغير وهذا ما سنتطرق له ضمن فرعي هذا المطلب الذي خصصنا في الفرع الأول إلى مفهوم القرض الإستهلاكي أما بالنسبة للفرع الثاني فقد خصصناه لدراسة حكم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير.

الفرع الأول : مفهوم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير

نتناول من خلال هذا الفرع إلى عرض تعريف القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير، وكذا بيان شروط توفر حالة إقراض ملك الغير، تمهيداً لمعرفة حكمه في الفرع الثاني من الدراسة.

¹ أنظر : المادتين 1/371 , 484 , من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

² أنظر : المادة 199 , من نفس القانون.

أولاً : تعريف القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير

عرفه المشرع الجزائري ضمن القانون المدني الجزائري بنصه على أنه: " هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل للمقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة " .¹

في حين أن المشرع الفرنسي نجده يستعمل عبارة عارية الإستهلاك لدلالة على القرض الإستهلاكي وذلك في المادة 1892 من القانون المدني الفرنسي.

من خلال هذا التعريف، يمكن أن نستخلص أن لعقد القرض مجموعة من الخصائص التي تميزه والمتمثلة في: أنه عقد رضائي يتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول على العناصر الأساسية، أما نقل ملكية الشيء المقترض فهذا إلتزام ينشئه عقد القرض في ذمة المقرض وليس ركن في العقد ذاته. وهذا على عكس القانون المدني الفرنسي الذي اعتبره عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم.²

كما أنه عقد ملزم لجانبيين فيلتزم المقرض بنقل ملكية الشيء المقترض وتسليمه للمقترض ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ويضمن الإستهقاق والعيوب الخفية، أما المقترض فيلتزم برد المثل أي مثل الشيء المقترض عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات كما قد يدفع فوائد مقابل للقرض.³

والقرض الإستهلاكي هو في الأصل من عقود التبرع، ولكن ذلك ليس شرطاً أساسياً بالنسبة إليه إذ يجوز الإتفاق على مقابل فينقلب إلى عقد معاوضة، إلا أنه وبالرجوع للقانون المدني الجزائري في نص المادة 454 منه نجد أنها قد أقرت هذا المبدأ وذلك بنصها: "القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك"، فالمعنى الوارد في هاته المادة يتمثل في أنها منعت الفوائد بين الأشخاص الطبيعية تحت طائلة البطلان، وفي نفس الوقت نجده قد أقر بإستثناء على هذا المبدأ بحيث أجاز التعامل بفائدة في حالتين:

1. عند إيداع شخص لأموال لدى مؤسسات القرض فتقدم له فوائد على ذلك.⁴

¹ أنظر : المادة 450 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 421.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 423.

⁴ أنظر : المادة 455 ، من نفس القانون .

2. في حالة منح قروض للأشخاص من قبل مؤسسات القرض فتأخذ هذه الأخيرة فوائد عنه.¹

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يورد نص قانوني ينظم فيه أحكام خاصة بحالة القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير، وعليه في إيجاد تعريف لهذا التصرف يكون اعتماداً على تعريف القرض الإستهلاكي الذي نصت عليه المادة 450 منه فضلاً عن ذلك إلى خصائص هذا العقد سالفه الذكر.

فمن خلال ما سبق ذكره من تعريف وخصائص للقرض الإستهلاكي بوجه عام، فإنه يمكن تعريف عقد إقراض ملك الغير أو نعني به القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير بأنه "عقد قرض محلّه شيء مملوك لغير المقرض".

فيمكن تصور حدوث إقراض ملك الغير خاصة إن كان محل العقد غلال مملوكة للغير، وهذا ما سوف نوضحه ضمن المثال التالي : كأن يقرض الإبن محصول الأرض المملوكة لأبيه لفائدة شخص تربطه به علاقة ما، فيسلم الإبن الغلال لهذا الشخص دون علم المالك الحقيقي لهذه الغلال - الوالد - ويقوم بعدها المقرض ببيع هذه الغلال وجني الفائدة من ذلك .

ويرى بعض فقهاء القانون أن إقراض ملك الغير محدود الأهمية من الناحية العملية فالشيء المقترض يكون في غالب الأحيان نقوداً ، وهذه الأخيرة لا تتعين بالتعيين، فيتعذر أن يقال أن المقرض لا يملك النقود التي يقرضها.²

ثانياً : شروط القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير

إن لقيام حالة إقراض ملك الغير يتطلب ذلك توافر شروط معينة نذكرها كالآتي:

1- أن يكون التصرف في ملك الغير بموجب عقد قرض استهلاكي:

فلكي نكون أمام عقد قرض وارد على مال مملوك لغير، يجب بداهة أن نكون أمام عقد قرض إستهلاكي

¹ أنظر : المادة 456 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 443.

الذي نظمه المشرع الجزائري في إطار القانون المدني.¹

وتبعاً لذلك ينبغي تطابق إرادتي المقرض والمقترض على الشيء المراد إقراضه، وينبغي أن يكون هذا الأخير موجوداً ومعيناً أو قابلاً لتعيين ومشروعاً.²

والحل تبعاً لنص المادة 450 من القانون المدني يكون نقوداً وهنا يلزم أن يكون شرط تحديد المقدار متوفواً، وقد يكون شيء مثلي آخر كغلال فهنا يجب أن تكون كمية الغلال المقترضة موجودة عند العقد، فإذا هلك قبله هذه الغلال فإن الحل يكون منعدياً في ذلك الوقت وبالتالي فإنه لا ينعقد العقد.³

2- أن يكون محل العقد شيئاً مثلياً لا قيماً:

ذلك أن القرض يرد على الأشياء المثلية بأنها الأشياء أي التي يقوم بعضها مقام بعض كالمأكولات والغلال والغالب أن تكون في الأشياء التي تهلك بالإستعمال.⁴

حيث أن المشرع الجزائري ضمن القانون المدني قد عرف الأشياء المثلية بأنها تلك الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادةً في التعامل بين الناس بالعدد أو بالمقياس أو بالكيل أو بالوزن.⁵

3- أن يكون محل عقد القرض الإستهلاكي مملوك للغير :

فبمفهوم المخالفة للمادة 450 من القانون المدني نقصد به عدم ملكية الشيء المقترض للمقرض في عقد القرض الإستهلاكي الوارد على مال مملوك للغير، فهو شرط أساسي لتحقيق هذه الحالة فيعد محل هذا العقد مملوك للغير أي من ليس له علاقة بعقد القرض الإستهلاكي ولا بأطرافه والمتمثلين في المقرض والمقترض بمعنى آخر أنه لا يعد مقرضاً ولا يعد مقترضاً.

¹ أنظر : المادة 450 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

² أنظر : المواد 92 ، 93 ، 94 ، نفس القانون.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 440.

⁴ د/محمد كامل مرسي باشا ، العقود المسماة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص 332.

⁵ أنظر : المادة 686 ، من نفس القانون.

الفرع الثاني : حكم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير

إن تفحصنا لنصوص القانونية التي تنظم عقد القرض الإستهلاكي في إطار القانون المدني، لا نجد أي نص يتحدث عن حكم إقراض ملك الغير كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع .

فبالرغم من إمكانية تصور وقوع هذا النوع من التصرف، وهو الحال بالنسبة للقانون المصري والفرنسي، ومن هذا المنطلق كان لزاماً الرجوع للقواعد العامة وعدم القياس على أحكام بيع ملك الغير لورودها في مواد خاصة، وعليه ففي حكم إقراض ملك الغير يستدعي منا أن نتعرض لمسألتين هامتين:

أولاً: النظريات المختلفة التي تحكم إقراض ملك الغير

إختلفت الإتجاهات الفقهية في هذا الصدد بين الفسخ والبطلان فيرى جانب منهم أنه لما كان المقرض ملتزماً بنقل ملكية الشيء المقترض، فإنه يجب أن يكون مالكاً لهذا الشيء حتى يستطيع أن ينقل ملكيته ، ولكن لما كان نقل ملكية الشيء المقترض هو إلتزام في عقد القرض وليس ركناً فإننا نرى أن إقراض ملك الغير يكون صحيحاً، ولكنه قابلاً للفسخ بناءً على طلب المقرض وذلك تطبيقاً للقواعد العامة كونه لم يرد نص في عقد القرض الإستهلاكي يبين الجزاء مماثل لنص الوارد في عقد البيع.¹

وفي مقابل ذلك يرى جانب آخر من فقهاء القانون ومنهم كامل مرسي باشا أنه إذا كان المقرض غير مالك كان العقد باطلاً ، أو بعبارة أصح لا يسري على المالك وينبني على ذلك أن لمالك الشيء المعار أن يرفع دعوى الإستحقاق على المقرض لأخذ ماله من يده بغير حاجة إلى طلب بطلان القرض. فإذا كان المقرض حسن النية معتقداً أنه إنما إقترض الشيء من مالكة، فلا يكون للمالك الحق في طلب الشيء المذكور إن تمسك المقرض بهذا الدفع أن يبقى القرض حتى ينتهي الأجل وذلك كله في غير الأحوال التي يكون فيها الشيء مسروقاً أو ضائعاً، أما إذا كان المقرض سيء النية بأنه كان يعلم أن المقرض ليس مالك لشيء المقرض فلا يكون له أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية بل يجب عليه أن يسلم الشيء لصاحبه إذا لم يكن قد تصرف فيه أو يدفع قيمته مع التعويضات.²

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 441.

² د/ محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق ، ص 325.

أما عن طبيعة البطلان فيرى الدكتور كامل مرسي باشا أنه وحسب الشراح الفرنسيين فهو بطلان مطلق يجوز للمروض التمسك به إتجاه المقترض. في حين يرى آخرون بأنه بطلان نسبي ولا يجوز للمقرض التمسك به¹. وعليه ومن خلال إستعراض هذه الآراء الفقهية فإن الرأي الراجح والمتفق عليه هو ما ذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري وذلك بتطبيق القواعد العامة وعدم القياس على بيع ملك الغير كونه تقرر بموجب نصوص خاصة وإستثنائية كما سبق وأن ذكرناه.²

وبتطبيقنا للقواعد العامة، فإنه وما دام العقد ينعقد بمجرد تطابق إرادتي كل من المقرض والمقترض على المال المقترض، مع وجود محل وسبب وإستيفائهما لجميع الشروط القانونية، فإن عقد القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير ينعقد صحيحاً مرتباً لجميع آثاره، ما عدا نقل الملكية لكون المقرض عاجزاً عن نقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض، حتى ولو تسلمه فيبقى الشيء المقترض غير مملوك للمقترض.

وفي هذه الحالة وعملاً بالنصوص القانونية التي قررها المشرع الجزائري في إطار فسخ العقد والخاصة به إلى جانب النصوص المتعلقة بضمان الإستحقاق فإن للمقترض المطالبة بفسخ العقد لعجز المقرض عن الوفاء بإلتزامه بنقل الملكية ويجوز له أن يطالبه بالتعويض في الحدود التي يجب فيها على المقرض ضمان الإستحقاق.³

ثانياً: أثر القرض الإستهلاكي في مواجهة المالك الحقيقي وفي مواجهة أطرافه

ينبغي في هذا الصدد التمييز بين حسن وسوء نية المقرض هذا من جهة وحسن وسوء نية المقرض لشيء المقترض المملوك للغير من جهة ثانية.

1- التمييز بين حسن النية وسوء نية المقرض:

أ- حالة حسن نية المقرض:

ونقصد بذلك أن يكون المقرض لا يعلم بأن الشيء المقترض غير مملوك له، ففي هذه الحالة إذا رفع المالك الحقيقي دعوى إسترداد الشيء المقترض من يد المقرض فلا يملك هذا الأخير الرجوع على المقرض بدعوى

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 326.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 284.

³ أنظر المواد 119 ، 375 ، 376 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

ضمان الإستحقاق كون المقرض غير ضامن للإستحقاق إلا وجد إتفاق صريح بين المقرض والمقترض في عقد القرض يلزم المقرض بضمان الإستحقاق وهذا عملاً وتطبيقاً لنص المادة 454 من القانون المدني والتي تنص: "إذا أستحق الشيء فإن أحكام المادة 538 وما بعدها و الخاصة بالعارية هي التي تطبق". والمادة 541 منه والتي نصت: "لا ضمان على المعير في إستحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك إتفاق على الضمان أو تعمد إخفاء سبب نزع اليد".

ب- حالة سوء نية المقرض:

ونقصد بأنه إذا كان المقوض عالماً بأن الشيء المقترض مملوكاً لغيره أي عالماً بأنه لا يملك سلطة التصرف فيه بالإقراض، ففي هذه الحالة فإن المقوض يضمن الإستحقاق وبالتالي يكون للمقترض الرجوع عليه بالتعويض في حالة نجاح المالك الحقيقي بإسترداد الشيء المقترض الذي يملكه.¹

3- التمييز بين حسن وسوء نية المقرض:

أ- حالة حسن نية المقرض:

يكون بعدم علم المقرض بأن المقرض غير مالك لشيء المقترض وأنه لا يستطيع التصرف فيه بالإقراض، وحسن النية يقاس بوقت إبرام عقد القرض وبتسلمه بهذا الإعتقاد لشيء المقترض فإنه يملك الشيء المقترض بالحيازة، ويعتبر القرض الصادر من غير مالك في هذه الحالة سبباً صحيحاً، والملكية تكون لا بعقد القرض وإنما بالحيازة و يملك المقرض الشيء المقترض من مالكة الحقيقي لا من المقرض ومن ثمة كان للمالك الرجوع عليه بما أثرى به على حسابه طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب لأن المقرض لم يجز الشيء المقترض إلا ملتزماً برد مثله، فإن كان المقرض قد إستهلك الشيء المقترض، فيرجع عليه المالك الحقيقي لا المقرض بقيمة ما إستهلكه عند نهاية القرض ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مسؤولاً طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.²

ب- حالة سوء نية المقرض:

يكون المقرض سيء النية، إذا كان يعلم وقت القرض بعدم ملكية المقرض للشيء المقترض ورغم ذلك أقبِل

¹ أنظر المادتين 375 376 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 443.

على التصرف ، ففي هذه الحالة لا يمكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذ لا يعد القرض هنا سنداً صحيحاً للتمسك بالقاعدة وبالتالي يستطيع المالك الحقيقي إسترداد الشيء المقترض حتى قبل إنتهاء مدة القرض، هذا إن كان الشيء المقترض موجوداً عينياً فإن أستهلك، فيجوز للمالك الرجوع عليه بدعوى التعويض.¹

المطلب الثالث : عقد الصلح

نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الصلح في المواد 459 إلى 466 من القانون المدني الجزائري وهذا ضمن الفصل الخامس والذي تضمن ثلاث أقسام من الفصل السابع المتعلق بالعقود الواردة على الملكية، وباعتبار الصلح كذلك أي متعلق بالملكية إرتأينا التعرض لأحكام وروده على مال مملوك للغير، فالوصول إلى هذه الأحكام يقضي حتماً التطرق لمفهومه وهو الذي جسدها في إطار الفرع الأول من هذا المطلب الذي جاء تحت عنوان مفهوم عقد الصلح الوارد على ملك الغير والذي من خلاله تطرقنا للعناصر الأساسية التالية: تعريفه، خصائصه، أركانه، طبيعته القانونية فضلا عن ذلك دراسة أهم نقطة في الموضوع والمتمثلة في ركن المحل في عقد الصلح، أما بالنسبة للفرع الثاني فتطرقنا من خلاله لدراسة أحكام عقد الصلح الوارد على مال مملوك للغير .

الفرع الأول: مفهوم عهد الصلح الوارد على ملك الغير

أولاً: تعريف عقد الصلح الوارد على ملك الغير

عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري عقد الصلح بأنه: "عقد ينهي الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

أما الصلح لدى فقهاء القانون فنجد الدكتور محمود سلامة زناقي عرفه بأنه: " إتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن إدعائه مقابل تنازل الآخر عن إدعائه أو مقابل أداء شيء ما".²

ونجد الأستاذة إبتسام إترام في مؤلفها المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري بأن الصلح "عقد ينهي به

¹ د/ محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق ، ص 329.

² ق/محمد محسني وسميرة بوغرة وعباد غوار ، الصلح في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء الأبيار (الجزائر)، الدفعة الثالثة عشر ، سنة 2002-2005، ص 03.

الطرفان نزاعاً قائماً أو محتملاً وذلك من خلال التنازل المتبادل".¹

ثانياً: خصائص عقد الصلح

يستشف من خلال عرض هذه التعاريف التي تمحورت في كلا من التعريف القانوني في التشريع الجزائري والتعريف لدى فقهاء القانون أن لهذا العقد مجموعة من الخصائص التي تميزه عن العقود الأخرى وهو ما سنتطرق إليه والآتي بيانها:

1- أنه عقد ملزم لجانبين:

إذ يلتزم كل من المتصلحين بالنزول عن جزء من إدعائه في نظير تنازل الآخر عن جزء مقابل، فينحسم النزاع على هذا الوجه ويسقط في جانب كل من الطرفين الإدعاء الذي نزل عنه ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزماً لطرف الآخر.

2- أنه عقد من عقود المعاوضة:

فلا أحد من المتصلحين يتبرع للآخر وإنما ينزل كل منهما عن جزء من إدعائه بمقابل.

3- قد يكون الصلح عقداً محدداً:

فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ ما من النقود فاتفقا على أن يعطي المدين لدائن مبلغاً أقل على سبيل الصلح.²

4- عقد غير قابل لتجزئة:

يعني أن بطلان الجزء منه يقتضي بالضرورة بطلان العقد كله.³

¹ أ/صالح سعدي ، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة المحاسنير فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر) ، سنة 2001 ، 2002 ص 15

² د/ عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 517 و 518.

³ أنظر : المادة 465 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

5- أنه عقد كاشف:

ويقصد به أنه عقد كاشف للحقوق لا منشء لها

ثالثاً: شروط عقد الصلح

يخلص من نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر أعلاه أن لصلح عدة شروط ويمكن إعتبارها في ذات الوقت مقومات هذا العقد وتمثل هذه الشروط والتي تعد شروط خاصة بهذا النوع من العقود إلى جانب الشروط الموضوعية العامة المتوفرة في باقي العقود الأخرى والتي هي :

1- وجود نزاع قائم أو محتمل:

فإذا لم يكن هناك نزاع، أو في القليل نزاع محتمل، لم يكن العقد صلحاً، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقي، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً، فالملهم أن يكون نزاع جدي قائم أو محتمل.

2- نية حسم النزاع:

بمعنى أنه يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما إما إنتهائه إن كان قائماً، وإما بتوقيه إن كان محتمل.

3- النزول المتبادل لكل من المتخاصمين عن جزء من إدعائه:

فلو لم ينزل أحدهما عن شيء مما يدعيه ونزول الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن هذا صلحاً، بل هو محض نزول عن الإدعاء.¹

رابعاً: الطبيعة القانونية لعقد الصلح

إن عقد الصلح قد إثارت طبيعته جدلاً كبيراً في الوسط الفقهي لما لها من أثر بالغ في تحديد طبيعة الحقوق المتنازع

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص508-511.

عنها والتي يحسمها الصلح فهل هذا العقد هو ناقل للحقوق كما تضمنه المشرع الجزائري في الفصل الخامس من الباب السابع أم كاشفا لها.¹

فالمشرع الجزائري في إطار القانون المدني الجزائري كان في منأى عن هذا الجدل إذ نص المادة 463 منه نصت "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما إشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها".

فالمقصود من هذه المادة بأن لصلح أثر كاشف للحقوق المتنازع فيها أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح ، فإذا إشتري شخصان داراً في الشيوع ثم تنازعا على نصيب كل منهما في الدار، وتصالحا على أن يكون لكل منهما نصيب معين أعتبر كل منهما مالكا لهذا النصيب لا بعقد الصلح الذي تم بينهما وإنما بعقد البيع الذي إشتريا به الدار في الشيوع.²

ويترتب على أن عقد الصلح له أثر كاشف للحقوق النتائج التالية:

- 1- لا يعتبر المتصالح متلقياً للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ولا يكون خلفاً له في هذا الحق. ومن ثم فلا يستطيع في مواجهة الغير أن يستعين بمستندات الطرف الآخر، فإذا خلصت لأحد المتصالحين ملكية دار ثم نازعه أجنبي في ذلك، لم يستطيع وهو يتمسك بالتقادم في مواجهة هذا الأجنبي أن يضم مدة حيازة المتصالح الآخر إلى مدة حيازته.
- 2- لا يلتزم المتصالح الآخر بضمان الحق المتنازع فيه الذي خلص للمتصالح الأول، لأنه لم ينقل إليه هذا الحق، والإلتزام بالضمان لا يكون إلا مكماً للإلتزام بنقل الحق.
- 3- إذا وقع الصلح على حق عيني عقاري لم يكن شهره واجباً فيما بين المتصالحين وإنما يجب الشهر للإحتجاج به على الغير.³
- 4- لما كان الصلح غير ناقل للحق، فإنه لا يصلح سبباً صحيحاً لتملك بالتقادم القصير فلو أن عقاراً متنازعا فيه بين شخصين خلص لأحدهما بالصلح ، فوضع هذا يده على العقار بحسن نية لمدة خمس سنوات ثم ظهر مستحق للعقار، لم يستطيع واضع اليد أن يتمسك بالتقادم القصير لأن الصلح ليس سبباً صحيحاً إذ هو كاشف للحق

¹ أ/ صالح سعدي ، المرجع السابق ، ص 35

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص582-583.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص 584-588.

غير ناقل له . لكن يجوز لو اضع اليد أن يتمسك بالتقادم الطويل إذا وضع يده لمدة خمسة عشر سنة.

5- إذا خلص عقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح، فإن الصلح وهو كاشف عن الحق لا يفتح الباب للأخذ بالشفعة، فلا يجوز لجار أو الشريك في الشبوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة. هذا إلى أن الشفعة لا يجوز الأخذ بها إلا في البيع، فإذا أثبت الشفيع أن الصلح يخفى بيعاً جاز له الأخذ بالشفعة.¹

خامساً: المحل في عقد الصلح

إن عقد الصلح كغيره من العقود يشترط فيه أركان ثلاث تتمثل في التراضي، المحل، السبب. وتطبق الأحكام العامة في شروط هذه الأركان من حيث عيب الرضا والأهلية، والمحل، السبب مع وجود إستثناءات خاصة بهذا العقد تتمثل في :

- 1- عدم قابلية الصلح للتجزئة إلا إذا إتفق الأطراف على إعتبار أجزائه مستقلة.²
- 2- عدم جواز الطعن لغلط في القانون طبقاً لنص المادة 465 من القانون المدني الجزائري، والغلط تبعاً للمادة 83 منه التي تنص "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و 82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك".³

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في تعليل هذا الإستثناء " أنه يجب التمييز ما بين الغلط في فهم القانون وهذا لا يؤثر في الصلح على خلاف القاعدة العامة، والغلط في الوقائع وهذا يؤثر في الصلح سواء وقع في الشخص أو في صفته أو في الشيء محل النزاع أو في الباعث... الخ مادام الغلط جوهرياً، والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح أن المتصلحين كأن وهما في معرض المناقشة عن حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون.⁴

فالمحل باعتباره في عقد الصلح وثيق الصلة بدراستنا فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط عامة وشروط خاصة.

¹ أنظر : المادة 794 ، من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

² أنظر : المادة 466 ، من نفس القانون .

³ أ/ صالح سعدي ، المرجع السابق ، ص 99 و 100.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الخامس ، المرجع السابق ، ص 539.

فالشروط العامة هي التي جاء ذكرها ضمن القواعد العامة وذلك في المواد 92 إلى 94 من القانون المدني الجزائري والتي يجب أن تتوفر في كل العقود المقررة قانوناً من قبل المشرع، وتتلخص هذه الشروط في: بأن يكون موجوداً أو ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين مشروعاً و قابلاً للتعامل فيه.¹

إضافة لشروط خاصة بهذا النوع من العقود وهو الأمر المنصوص عليه ضمن المادة 461 من القانون المدني الجزائري التي نصت "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية فهذه المادة ووضح أنه إذا كان محل عقد الصلح مسألة متعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام فإن هذا يكون هذا العقد جزئياً أو مآله البطلان المطلق .

فكل ما سبق ذكره أنفاً في مفهوم عقد الصلح الوارد على ملك الغير من تعريف وخصائص وشروط وطبيعة قانونية وأركان هذا العقد وخاصة منه ركن المحل نحاول أن نعطي تعريف لهذا التصرف بأن عقد الصلح الوارد على ملك الغير نعني به بأنه: أهو ذلك العقد الذي ينهي به طرفيه نزاع قائم أو يتوقيان به نزاع محتمل وذلك بأن يتنازل كل طرف عن حقه على وجه التبادل ويكون ذلك بأن يقدم المتصالح الأول إلى المتصالح الآخر بدل الصلح الذي يكون مملوكاً لشخص أجنبي عن العقد المبرم وهو في الأصل المالك الفعلي -أي الغير- لمحل التصرف".

الفرع الثاني: أحكام الصلح على مال مملوك للغير

بما أن عقد الصلح غير ناقل للملكية بل مقرر لها، فإنه يبدو لأول وهلة عدم إمكان تصور وقوعه على ملك الغير، إلا أنه يمكن تصور ذلك كما لو تصالح ولد مع الغير على مال لأبيه أو الزوجة على مال زوجها... الخ. هذا ما يجعلنا نتساءل حول حكم هذا التصرف أمام هذه الحالة؟ وهذا نظراً لغياب نص قانوني صريح ووضح حكم هذه المسألة إلى جانب ذلك أن الغياب إمتد كذلك لدراسات فقهية، وفي نفس الوقت لا نستطيع أن نطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه الحالة.

وهذا ما يجعلنا نتطرق إلى مراجع جاءت بأحكام متفرقة نحاول التعرض إليها لمعرفة بعض الحلول التي يمكن إعتماها في هذا الصدد، وعليه فسوف نتطرق ضمن هذا الفرع إلى دراسة محل التصرف وهو ما يسمى في إطار هذا العقد بديل الصلح في القوانين المقارنة وهذا في النقطة الأولى منه، وفي إطار النقطة الثانية دراسة أحكام القضاء المقارن وهي التي سوف تتركز عليها الدراسة وهذا لإرتباطها بالجانب القانوني دون الصلح في الشريعة الإسلامية الذي يدخل كذلك ضمن أحكام عقد الوارد على ملك الغير.²

¹ أ/ الطاهر برايك، عقد الصلح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر)، 1999,2000، ص 96-99.

² أ/ الطاهر برايك، المرجع نفسه، ص 95.

أولاً : بديل الصلح في القوانين المقارنة

إذ نجد مثلاً نص المادة 705 من القانون المدني العراقي قد نصت: " يكون بدل الصلح مالا مملوكاً للمصالح وأن يكون معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم ".

ونجد في قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة 1042 منه التي نصت " من شأن الصلح أن يسقط على وجه بات الحقوق والمطالب التي جرت عليها المصالحة وأن يؤمن لكل من الفريقين ملكية الأشياء التي سلمها إلى الفريق الآخر أو الحقوق التي اعترف له بها " .

فيمكن أن يستشف من هاتاه المادتين أن التصالح على مال مملوك للغير يقع تحت طائلة الفسخ نظراً لكون المتصالح لم يوف بالتزامه بضمان الإلتحاق والتسليم، لكن الإشكال الذي يعترض هذا التفسير هو طبيعة عقد الصلح المقررة للحقوق أي -الكاشفة عنها- لا المنشئة لها خصوصاً وأنه كما سلف بيانه فإن الصلح إقرار والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يمكن تصور فسخه.¹

إلا أن الصلح إذا تضمن نقل حق لا مجرد الكشف عنه فيجوز عندئذ فسخه كما لو تنازع شخصان على أرض ثم تصالحا على أن يختص أحدهما بالأرض على أن ينقل للثاني حقاً في المال كبديل للصلح، فإن لم يوف الأول بالتزامه بدفع المال للثاني جاز لهذا الأخير فسخ الصلح.²

وخلاصة لما سبق ذكره فإنه بالنظر لعدم وجود أحكام خاصة بالتصالح على مال مملوك للغير وبالنظر لعدم إمكان تطبيق أحكام الفسخ كون العقد غير ناقل للملكية بل مقررراً لها فحسب فإن هذا العقد ينشأ صحيحاً بين أطرافه وللغير المضار من هذا التصرف طلب إبطاله، الأمر الذي سوف نتطرق إليه في النقطة الثانية الموالية وذلك من خلال أحكام القضاء المقارن .

ثانياً: أحكام القضاء المقارن

نجد أن الإجتهد القضائي المقارن ونعني بذلك المصري منه قد تعرض للغير مالك المال المتصالح عليه وحقه إزاء هذا التصرف في العديد من المناسبات فأقر له التدخل في الخصام والدفع ببطلان الصلح وفي هذا الصدد قرارات من محاكم مصرية فنجد منها القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1970/05/14 والذي تضمن في حيثياته " للغير الذي أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 577.

² م/أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 5.

أصلية ببطلانه أو ييدي الدفع بالبطلان بالتدخل في الدعوى التي حصل فيها الصلح، فإذا تدخل الغير في دعوى منظورة مدعياً بأن الصلح أضر بحقوقه ودفع الخصم في مواجهته بانتهاء الدعوى صلحاً كان في إمكانه الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيساً على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحاً صحيحاً، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضي بصحة الصلح".¹

¹ م/أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 5.

الفصل الثاني

التصرفات المتعلقة بالإنتفاع

بملكية الغير

بما أن التصرف يعد مصدر من مصادر الإلتزام، فإنه كما سبق وأن درسنا في إطار تكويننا العلمي، أن هذا التصرف قد يكون أو يظهر على شكلين إما يكون بإرادة منفردة أو يصدر بإرادتين هذا الأخير يرد على الشيء بتنظيم المشرع له أي بتخصيصه لنقل ملكية هذا الشيء و إما لانتفاع بملكية الشيء دون نقله، ونحن في إطار هذا الصدد فإننا سنتطرق ضمن هذا الفصل للتصرفات الواردة على الانتفاع بملكية مال مملوك للغير ونقصد بهذه التصرفات عقد الإيجار وعقد العارية باعتبارهما من التصرفات التي تنعقد بإرادتين إلى جانب أنهما من أهم العقود المسماة بعد عقد البيع.

ويصف رجال القانون عقد البيع وعقد الإيجار خاصة بالعقود الكبيرة في حين يصفون بقية العقود بالعقود الصغيرة.¹

وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال القانون المدني قد نظم نوعين من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء وذلك ضمن الباب الثامن منه الإيجار والعارية، و هذا نظراً لكثرة وقوعهما في المعاملات اليومية بين الأشخاص سواء كان محلها عقاراً أم منقولاً هذا الأخير الذي يعد محلاً أو الذي قد يكون في نفس الوقت مملوكاً للغير المتصرف فيه بالإيجار أو العارية فقد يكون المتصرف حائزاً فقط للمنقول أو العقار سواء بوضع اليد خفية عن المالك الحقيقي، أو تربطه علاقة ما به تسمح بوجود هذا المال لديه دون أحقيته في التصرف فيه، وقد يكون غير حائز لهذا المال.

ورغم من أن الإيجار و العارية من الممكن تصور وقوعهما على ملك الغير إلا أن المشرع الجزائري لم يولي إهتماماً لهذه النقطة من خلال نصوص القانون المدني، فلم يخصص نصاً معيناً يتحدث عن حكمهما على خلاف ما ورد بالنسبة لعقد البيع الذي خصص له قسم جاء تحت عنوان أنواع البيوع الذي أدرج في ضمنه - بيع ملك الغير - وذلك في المواد 397 إلى 399 منه ، فمن خلال هذا الفصل قسمنا دراستنا لهذا الموضوع ضمن مبحثين ، تناولنا في إطار المبحث الأول إلى إيجار ملك الغير الذي تضمن هو الآخر ثلاث مطالب وفي إطار المبحث الثاني إلى عارية ملك الغير وتضمن ثلاث مطالب كذلك، تمحورت كلها في التعريف و الشروط و التمييز وأثار هذين العقدين أثناء ورودهما على مال مملوك للغير.

¹ د/حمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة البيع الإيجار، الجزء الرابع، بدون طبعة، جمعية عمال المطابع التعاونية عمان (الأردن)، سنة 2005، ص 276.

المبحث الأول : عقد الإيجار الوارد على ملك الغير

إن الهدف من دراستنا لإيجار ملك الغير هو معرفة حكمه ، خاصةً و إن كان هذا التصرف " إيجار ملك الغير " محل نزاع يطرح على القاضي يكون بأحد الصور التالية كأن يدعي شخص ثالث ليس من الطرفين الذي تم بينهما عقد الإيجار بملكيته للعين المؤجرة ويطلب الإخلاء، أو قد يرفع المستأجر دعوى على المؤجر غير المالك للعين المؤجرة يطالبه فيها بتنفيذ التزاماته، فيدفع هذا الأخير بأنه غير مالك للعين المؤجرة¹، فما هو الحل القانوني الذي يحكم به القاضي أمام هذه الحالة؟، فلمعرفة حكم هذا الإيجار الوارد على ملك الغير وفي ظل غياب نص قانوني يبين حكم هذا النوع من التصرف فإنه لا بد أولاً من بيان مفهومه وهذا من خلال استعراض تعريفه والشروط الواجب توافرها لإمكان القول أننا أمام عقد إيجار لمال مملوك للغير، ثم التعرض لتمييزه عن بعض التصرفات المشابهة له، و أخيراً التطرق لآثار هذا العقد .

المطلب الأول: مفهوم عهد الايجار الوارد على ملك الغير

سنتناول في هذا المطلب من المبحث الأول مسألتين هامتين تبين تعريف عقد الإيجار الوارد على ملك الغير وذلك بإعطاء التعريف اللغوي و الاصطلاحي إلي جانب التعريف القانوني والفقهى لعقد الإيجار ضمن الفرع الأول ثم التطرق إلى شروط إيجار ملك الغير ضمن الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف عهد الايجار الوارد على ملك الغير

سنتطرق ضمن هذا الفرع أولاً إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي إلى جانب ذلك التعريف القانوني و الفقهى لعقد الإيجار بوجه عام حتى يتسنى لنا إيجاد تعريف لعقد إيجار ملك الغير.

أولاً: التعريف اللغوي : مشتق من لفظة الإجارة وهي اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، وقد أجره أي أعطاه أجرته فهو أجر وذلك مأجور و الإيجار يعني المكارة و الإكتراء، أي الإستئجار.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي : هي عقد المنافع بعوض، وقد استعملت الإجارة بمعنى الإيجار مجازاً لغوياً.²

ثالثاً: التعريف القانوني : إن المشرع الجزائري من خلال القانون المدني الجزائري أورد تعريفاً لعقد الإيجار إلى جانب ذلك ذكره للأركان و الالتزامات الخاصة بهذا العقد وذلك في إطار القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/06 الخاص بالقانون المدني، وهو ما ورد في نص المادة 467 منه بنصها "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر

¹ د/محمد جلال حمزة، المرجع السابق، ص 277.

² د/محمد جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 278.

من الانتفاع بشي لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

في حين المشرع الفرنسي في نص المادة 1709 من القانون المدني الفرنسي قد وضع تعريف لعقد الإيجار وذلك بنصه على أنه "عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين بترك الطرف الآخر ينتفع بالشيء المؤجر لمدة معينة ومقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه" فنجد المشرع المصري قد سار على نفس المنهج الذي جاء به القانون المدني الفرنسي وكذا الجزائري وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 558 منه و التي تنص "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم

رابعاً: التعريف الفقهي : عرفت المادة 405 من مجلة الإيجار بأنه في اصطلاح الفقهاء يعني " بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم".

في حين عرفه آخرون بأن عقد الإيجار " هو الوسيلة الرئيسية لتسيير حصول الشخص على منفعة مال مملوك لشخص آخر نظير مقابل دون حاجة إلى أن يكسب ملكية هذا المال." ¹

وعرفه البعض الآخر بأنه "عقد رضائي تبادلي يلتزم بموجبه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، و في المقابل يلتزم المستأجر بدفع مبلغ معين من النقود كأجرة لمدة معينة".

فيخلص من التعريف القانوني و الفقهي بأن لعقد الإيجار مجموعة من الخصائص تتلخص أهمها فيما يلي:

1- عقد رضائي:

أي لا يشترط في انعقاده شكل معين أي أنه يتم انعقاده بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين و بالتالي لا يعد من العقود الشكلية.

2- عقد ملزم لجانبين :

لأنه ينشئ على عاتق كل من المؤجر و المستأجر التزامات متبادلة فهاته الالتزامات التي تنشئ تكون شخصية في جانب كلا الطرفين، فلا يرتب الإيجار للمستأجر حقاً عينياً في الشيء المؤجر فإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته جاز للأخر أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته هو أيضاً، وله أن يطلب فسخ العقد . ²

¹ د/عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار الأحكام العامة في الإيجار، الجزء الأول، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، سنة 2000، ص 16

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، الجزء السادس، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان؛، سنة 1998، ص 4، 5.

3- عقد مسمى من عقود المنفعة :

ذلك لأن المشرع وضع له اسما معينا وخصه بأحكام خاصة، نظمها تنظيما كاملا، بقصد الحصول على منافع الشيء وبقاء عينه ملكا لصاحبه، دون أن تهلك بالاستعمال.¹

4- من العقود الزمنية :

ذلك لأن الزمن في عقد الإيجار يعتبر عنصرا أساسيا فيه، فالانتفاع بالمأجور يحدد بمدة محددة ويتناسب بدل الإيجار مع هذه المدة.²

5- من عقود الإدارة :

ذلك أنه ليس من عقود التصرف ذلك لأنه يرد على ثمار الشيء ومنافعه، فلا يرد على أصله ويعتبر من أهم عقود الإدارة.

6- يتكون من عناصر ثلاثة يقع عليها التراضي في عقد الإيجار وهي منفعة الشيء المؤجر، المدة والأجرة.³

ونستخلص انطلاقا لما سبق ذكره أن المقصود بالإيجار الوارد على ملك الغير " بأنه العقد المبرم بين شخصين أحدهما المؤجر و الآخر المستأجر، ويكون محله شيء مملوك للغير، و الغير هنا من لا يعد طرفا في عقد الإيجار المبرم، أو محله منفعة تكون مملوكة للغير".

بمعنى آخر إما أن يكون الغير هنا مالك ملكية تامة، معناه ملكية الرقبة و ملكية المنفعة للشيء وإما أن يكون مالكا للمنفعة دون الرقبة، لأنه في هذه الحالة من له الحق في تأجير الشيء ليس مالك الرقبة وإنما مالك المنفعة، فالعبرة في عقد الإيجار بملكية المنفعة المعقود عليها لا بملكية الشيء مصدر المنفعة.⁴

وينعقد هذا الإيجار الصادر من غير المالك و الذي يسمى بإيجار الفضولي موقوفا على إجازة صاحب الحق في التصرف.⁵

¹ د/محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 282.

² د/محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 282.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 5.

⁴ د/عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية (مصر)، ص 125.

⁵ د/محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 294.

الفرع الثاني: شروط إيجار ملك الغير

حتى يثبت أننا أمام حالة أو تصرف في ملك الغير بالإيجار فإنه يجب توافر شروط معينة سوف نتعرض لها بالتفصيل فيما يلي :

أولا : أن يكون التصرف إيجارا

يعني هذا الشرط أنه يجب أن يكون العقد المبرم بين المؤجر - غير مالك للعين المؤجرة ولا المنفعة، والمستأجر عقد إيجار وذلك بأن تنصرف إرادتهما معا لإبرام هذا العقد المسمى تتوافر فيه كل العناصر الأساسية و المتمثلة في تبادل الإرادتين التي تعبر عن توفر ركن التراضي مع توافر أهلية الإدارة دون أهلية التصرف باعتبار أن الإيجار من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف في المؤجر فيكون إيجار المميز لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات من أعمال الإدارة الحسنة فيحوز له القيام بها، وما زاد عن ذلك أي عن هذه المدة المحددة قانونا فيكون من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر و بالتالي يكون قابل للإبطال لمصلحته أي لمصلحة القاصر .

فالصبي المميز قد تتوافر فيه أهلية إدارة محدودة، وفي حدود هذه الأهلية يكون الإيجار الصادر منه صحيحا.¹

أما بالنسبة لإيجار الولي أو الوصي القاصر عن القاصر لا يعد إيجارا لملك الغير إذا كانت مدته لا تزيد عن ثلاث سنوات، فإذا زاد الإيجار عن هذه المدة فإنه يجب على الولي أو الوصي عن القاصر أخذ إذن من القاضي في ذلك²، سواء كان الإيجار لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات أو لمدة تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد كما لو أجر الولي العقار لمدة ست سنوات، فإن الإيجار نفذ لمدة خمس سنوات وسقط في السنة السادسة لأن القاصر يكون قد مضت عليه سنة منذ بلوغه سن الرشد.³

ثانيا: أن يكون الشيء المؤجر معيناً بالذات

ونعني بهذا الشرط أنه إلى جانب توافر الشروط الموضوعية العامة التي تطلبها القواعد العامة أي في إطار القانون المدني في محل العقد وذلك بأن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود معيناً أو قابلاً للتعين وقابلاً للتعامل فيه فإنه يجب توافر شرط رابع يضاف إلى هذه الشروط الموضوعية العامة و التي تقتضيه طبيعة عقد الإيجار وهو أن يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك⁴ فيجب أن يكون محل عقد الإيجار معيناً بالذات غير قابل للاستهلاك

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، الجزء السادس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 98.

² أنظر: المادة 468، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق .

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه ، ص 108 .

⁴ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه ، ص 126.

لأن عقد الإيجار يفوض التزامات على المستأجر من بينها رد العين المؤجرة عند انتهاء مدة العقد بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم وهذا ما نصت عليه المادة 503 من ق.م.ج بنصها: "على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها إلا ما يكون قد أصابها من هلاك أو فساد لم يتسبب فيه". وهذا ما يميزه عن عقد القرض الاستهلاكي كونه يفرض على المقترض عند نهاية عقد القرض أن يرد للمقرض نظير ما اقترضه في النوع و القدر و الصفة¹، ولكن في عقد الإيجار يلتزم المستأجر عند انتهاء عقد الإيجار برد الشيء المؤجر بذاته.²

و ما تجدر الإشارة إليه أنه يمكن أن يكون الشيء المؤجر في هذا الصدد منقولاً أو عقاراً.

ثالثاً: ألا يكون المؤجر له حق تأجير العين

على عكس ما ذكرناه في إطار بيع ملك الغير ضمن الفصل الأول الذي من شروط قيامه أن يكون البائع و المشتري غير مالك لشيء المبيع ، لكن في إطار عقد الإيجار فإنه يمكن أن يصدر من غير المالك للعين المؤجرة، فقد حدد المشرع الجزائري من خلال القانون المدني الجزائري من يملك الحق في التأجير، ويتمثل هذا الأخير في ثلاثة طوائف من الأشخاص وهم كالاتي: الذي يملك حق الملك في الشيء المؤجر - الذي يملك الحق في أن ينتفع بالشيء المؤجر - وأخيراً الذي يملك الحق في إدارة الشيء المؤجر.³

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 469 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم في 2007 قد حددت هي الأخرى طائفة من الأشخاص المقرر لهم حق التأجير. و في إطار ما سبق ذكره أعلاه فإننا سوف نتعرض لهذه الحالات أو الأشخاص الذين لهم حق تأجير الشيء سواء كان هذا الأخير منقولاً أو عقاراً.

1- الايجار الصادر من مالك العين المؤجرة:

ونعني به من يملك أو من له السلطات الثلاث على العين المؤجرة وتمثل هذه السلطات في سلطة الاستغلال، سلطة الاستعمال، سلطة التصرف ويجوز كذلك سندا رسمياً ومشهراً لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، هذا بالنسبة لملكية العقار، فقد يكون هذا المالك (المؤجر) شخصاً طبيعياً أو معنوياً وبمعنى آخر يوضح هذه الفكرة أن المقصود بالمالك هنا المالك ملكية تامة للعين المؤجرة أي الذي يملك حق رقبته وهو الذي يملك أيضاً حق الانتفاع بها أي يملك حق تأجيرها، لأن من له حق الرقبة فقط على المال أو العين المؤجرة سواء كانت عقاراً أو منقولاً ولا يملك حق الانتفاع بها فإنه ليس لمالك حق الرقبة على العين المؤجرة حق تأجير ما يملكه بل يعود هذا الحق إلى صاحب حق الانتفاع الذي يملكه على العين. وعليه فإننا سوف نعرض صور الإيجار الصادر من مالك العين المؤجرة

1 أنظر: المادة 450، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2 أنظر: المادة 1/502، من نفس القانون .

3 أنظر: المادتين 468، 469 من نفس القانون.

وهي كالآتي :

أ- المالك على الشيوخ :

كذلك يعد مالك للعين المؤجرة الشريك الذي يملك ما يزيد عن نصف العقار فهو يملك حق تأجيرها أيضا فإذا قام المالك أو من يملك حصة تزيد عن النصف، بتأجير منزل لأحد الأشخاص وقام بتسليمه ثم أجره إلى شخص اخر فإن الإيجار الثاني، يكون باطلا، لعدم إمكانية استيفاء المنفعة.¹

ونقصد بمعنى آخر أنه إذا كانت العين مملوكة لعدة ملاك على الشيوخ، وصدر الإيجار من جميع الشركاء المشاعين كان الإيجار، بطبيعة الحال صحيحا، مهما طال مدته وناظرا في حقهم جميعا وكالإيجار الذي يعقده الشركاء جميعا بأنفسهم، الإيجار الذي يعقده وكبعضهم جميعا سواء كان هذا الوكيل الذي عينه الشركاء أجنبيا عنهم أو كان واحدا منهم، غير أن اتفاق الشركاء جميعا على التأجير قد لا يتحقق، لذلك وحرصا على عدم تعطيل الانتفاع بالمال المملوك على الشيوخ، فقد أعطى المشرع للأغلبية الحق في تأجير المال الشائع و يعني هذا أنه في حالة عدم توافر إجماع الشركاء فإن الحق في تأجير المال الشائع يكون لأغليبتهم، وتحسب هذه الأغلبية على أساس الأنصاء فمن يملك من الشركاء أكثر من نصف المال الشائع يكون له الحق في تأجيرها، ولو كان شريكا واحدا وبالتالي فإن الإيجار يلزم الشركاء الآخرين، فالزام الأقلية بالإيجار الذي تعقده الأغلبية يقوم على أساس نيابة الأغلبية عن الأقلية نيابة قانونية.²

ويرى جانب من الفقه أن المالك الذي يكون مالكا في الشيوخ وجاوز الحدود المقررة له فإنه يعد فضوليا أي المؤجر الذي لا يكون مالكا للعين المؤجرة ولا صاحب حق الانتفاع، بها وليس له حق إدارتها.³

ب- المالك شخص مريض مرض الموت :

لا يأخذ تصرفه في أملاكه بالإيجار حكم إيجار ملك الغير مادام أن المريض مرض الموت قد بلغ سن الرشد فإنه يستطيع إيجار ملكه حتى ولو كان في الحالة المذكورة أعلاه، وذلك إذا لم يكن يقصد التبرع للمستأجر، بأن يؤجر له العين المؤجرة لا يأخذ منها شيئا، أو بأن يأخذ ما دون أجره المثل بكثير متبرعا بالباقي للمستأجر، فيعد

1 د/محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 292.

2 د/محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة - البيع التأمين الإيجار و دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان)، سنة 2005، ص 691، 692.

3 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 58، 59.

الإيجار في هذه الحالة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسوي عليه أحكام الوصية.¹

فنستخلص من هذا الرأي أنه إذا أثبت الورثة أن الإيجار قد صدر في مرض الموت، أعتبر أنه قد صدر على سبيل التبرع، ما لم يثبت المستأجر أنه إيجار حقيقي، فإن لم يثبت المستأجر ذلك كان عليه أن يرد إلى التركة ما جاوز مقدار المحاباة فيه ثلثها في حالة إذا الورثة طالبوا المستأجر سواء كان وارثا أو غير وارث، ويمكن للورثة في نفس الوقت إجازة هذا التصرف.² ويستتبع المحاباة فيها لا يجاوز هذا الثلث.

ج- البائع و المشتري قبل شهر عهد البيع:

أي عند ما يكون أي منهما أجنبيا عن التصرف (الإيجار) ولهذا سوف نتطرق إلى حالة يكون أحدهما (البائع أو المشتري) أجنبيا.

● في حالة إذا كان الإيجار صادرا من بائع العقار بعقد لم يتم شهره على مستوى المحافظة العقارية المختصة، ففي هذا الإطار تكون الرابطة الإيجارية بين البائع و المستأجر للعقار لا تكون ملزمة للمشتري، إذ أن هذا الأخير بالرغم من عدم انتقال الملكية يكون له الانتفاع بالعقار بحسب الأصل ومن ثم يعد أجنبيا عن الرابطة الإيجارية. و يترتب على ذلك أنه إذا كان المشتري قد تسلم العقار فلا يكون للمستأجر مطالبته بتسليمه إليه وتقتصر حقوقه على العلاقة بينه وبين المؤجر.³

ولكن المستأجر قد يستطيع تسلم العقار من المشتري بالفعل، وفي هذه الحالة لن يستطيع المشتري استرداده منه بالرغم من عدم التزامه بالإيجار، وعلى هذا النحو تقتصر حقوق المشتري على مطالبة البائع بالتسليم، ولما كان البائع لا يستطيع استرداد العقار من المستأجر فيكون محلا بالتزاماته قبل المشتري ويكون لهذا الآخر مطالبته بالأجرة التي قبضها كما يكون له طلب الفسخ.⁴

أما بعد شهر عقد البيع فإن المشتري في هذه الحالة أن يحتج على المستأجر بعدم نفاذ الإيجار في حقه لأنه تال للبيع، ويستطيع المستأجر في هذه الحالة أن يطلب فسخ الإيجار لعدم استطاعة المؤجر أن يقوم بالتزاماته، على أن ذلك لا يمنع المشتري من التمسك بعقد الإيجار إنا أراد ذلك، وعندئذ يلتزم المستأجر به نحوه.⁵

1 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 39.

2 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 40.

3 د/مصطفى محمد الجمال، الموجز في أحكام الإيجار، الطبعة الأولى، الفتح للنشر والطباعة الإسكندرية (مصر) سنة 2002، ص 188.

4 د/مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 189.

5 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 42.

• في حالة إذا كان الإيجار صادرا من مشتري عقار بعقد ولم يشهر عقد ملكيته بالمحافظة العقارية المختصة، فإن الملكية حتما لا تنتقل إلى المشتري وهذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري بنصها: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري " .

وعليه فإن الرابطة الإيجارية لا تكون ملزمة للبائع الذي يكون أجنبيا عنها، غير أن البائع لا يستطيع أن يحول بين المستأجر والانتفاع بالعقار منذ أن يصبح تسلم المبيع حقا للمشتري لأن للمشتري الانتفاع به من هذا الوقت، ومن ثم فإذا كان التسليم قد تم فلا يستطيع البائع استرداد العقار من المستأجر. و إذا لم يكن قد تم ولكن واجبا على البائع فيستطيع المستأجر المطالبة به مستعملا دعوى مدينه المشتري .

أما إذا لم يكن التسليم واجبا على البائع، كأن كان مؤجلا أو معلقا على شرط، فلا يجوز للمستأجر مطالبته بالتسليم و يقتصر حقه على مطالبة المشتري.¹

فيكون للمشتري حينئذ قبل شهر عقد الملكية مجرد حقوق شخصية دخوله رفع دعوى استحقاق وكذلك مطالبة البائع بالتسليم للعين المبيعة فعقد البيع ينتج جميع آثاره ما عدا نقل الملكية. وعليه فإن إيجار الصادر من المشتري قبل شهر عقد ملكيته للمبيع يكون في هذه الحالة تصرف في مال مملوك للغير بالإيجار للغير بالإيجار، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الإيجار صحيحا نافذا في حق المالك أي البائع، فلا يستطيع البائع استرداد المبيع من المشتري إذا كان سلمه إليه، لأنه يلتزم بضمان التعرض قبل المشتري واسترداد العين من تحت يد المستأجر يتناقض مع هذا الضمان.²

د- المالك الذي زالت ملكيته بتحقيق الشرط الفاسخ أو فسخ عقد ملكيته:

و مثال عن المالك الذي فسخ عقد ملكيته المشتري الذي فسخ عقد شرائه لعدم وفائه بالثمن، والموهوب له بعد رجوع الواهب في الهبة.³

فالمالك الذي فسخ عقد ملكيته إذا أجر بعد الفسخ، يكون إيجاره صادرا من غير مالك. لكن إذا أجر قبل فسخ عقد ملكيته، ثم وقع الفسخ بعد ذلك ولكن قبل انتهاء الإيجار، فإن الإيجار يبقى ساريا إلى غاية انقضاء مدته لأنه صدر من مالك، فالمالك يملك الإيجار حتى لو فسخت ملكيته فيما بعد ولا يفسخ الإيجار هنا بفسخ الملكية

1 د/مصطفى محمد الجمال، الموجز في أحكام الإيجار، المرجع السابق، ص 189، 190 .

2 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 41.

3 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 42.

وهذا الحكم يسري على المالك تحت شرط فاسخ.¹

هـ- المالك الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية:

ونقصد بذلك أن الإيجار الصادر من المالك ويكون حاملا لصفة المدين التي تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية نتيجة لعدم الوفاء بالدين لدائن ويقع هذا الإيجار على ملكية العقار المرهون فإن الإيجار الذي يصدر من المدين المالك لهذا العقار المؤجر يكون نافذا في حق الحاجزين و الدائنين و الراسي عليه المزاد إذا كان عقد الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أيا كانت الأجرة المتفق عليها وأيا كانت مدته .

أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه وكذلك العقود الصادرة بعد هذا التسجيل، فهي لا تنفذ في حق المذكورين سابقا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة وهو يعد كذلك إذا لم تتجاوز مدته المدة المألوفة في هذا النوع من الإيجار ولم تكن الأجرة أقل من أجرة المثل² و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن مواد القانون المدني الجزائري بنصه " الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه نزع الملكية، أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة "³.

ويمكن القول في هذا الصدد اعتمادا على ما سبق التطرق إليه من خلال صور الإيجار الصادرة من المالك الحقيقي للعين أنه يعد أجنبيا في حالة صدور الإيجار ممن لا يملك التأجير أي من غير الأشخاص الذي قمنا بتحديدهم في النقطة المتعلقة بالإيجار الصادر من مالك العين ومن ثمة فمثل هذا الإيجار لا يكون ملزما له وذلك عندما يقوم المؤجر الذي ليس له حق على العين المؤجرة سواء كان هذا الحق متعلق بملكته لهذه العين (حق الرقبة) أو حق الانتفاع بها بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين عقارا كانت أم منقولا، ومنه يكون المالك الحقيقي أن يطلب استرداد الشيء المؤجر منه، كذلك يكون للمالك الحقيقي أن يقوم بأي تصرف قانوني بالنسبة لشيء المؤجر كبيعه أو تأجيره وهذا ما يدل على الإيجار الصادر من غير المالك الحقيقي -الغير-⁴.

2- مالك حق الانتفاع بالعين المؤجرة:

ونقصد به المنتفع و الذي هو صاحب حق عيني أو شخصي على العين المؤجرة والذي قد يكون إما:

1 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 43.

2 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 692، 691.

3 أنظر: المادة 1/896، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4 د/محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 187.

أ- صاحب حق الانتفاع:

بما أن حق الانتفاع هو حق عيني فإنه يخول لصاحبه حق استعمال واستغلال العين دون التصرف فيها، و بالتالي له حق إيجار العين، وهذا حسب ما جسده المادة 469 من القانون المدني الجزائري بنصها: "الإيجار الصادر ممن له حق المنفعة ينقضي بانقضاء هذا الحق"، فيجوز له أن يؤجر العين المنتفع بها، إذا كان عقد الانتفاع مطلقا، وكان الإيجار لا يتعارض مع طبيعة الشيء أو المال المنتفع به، و ليس له ذلك إذا كان سند الانتفاع مقيداً.¹

ب- نائب صاحب حق الانتفاع:

يجوز لنائب صاحب حق الانتفاع، أن يقوم بالتأجير العين المنتفع بها إذا كان صاحب حق الانتفاع حقا مالكا لهذا الحق العيني.²

ج- المستأجر أو المتنازل له:

فإنهم يملكون حقا شخصيا على العين المؤجرة، يخوله حق استعمالها والأصل أن المستأجر له أن يتصرف في حقه الثابت بموجب عقد الإيجار فيجوز له بيعه وهبته وهذا هو التنازل عن الإيجار، كما يجوز له إيجاره من الباطن.³

فيمكن لكل من المستأجر و المتنازل له عن الإيجار، تأجير العين إيجارا فرعيا أي أن هذا الحق الذي هو مخول لكلاهما (المستأجر و المتنازل له) مقيد بضرورة أن يكون هذا الإيجار الفرعي بموافقة من المؤجر وإلا كان إيجار لملك الغير⁴، وذلك بنص صريح في إطار القانون المدني الجزائري .

د- الدائن المرتهن رهن حيازة:

للدائن المرتهن رهن حيازي حق تأجير العين المرهونة، كونه يملك حق الإدارة عليها، فالدائن المرتهن رهن حيازي يبقى على عاتقه التزام باستثمار العين المرهونة استثمارا كاملا، وما حصل عليه من هذا الاستغلال يخصم من المبلغ المضمون بالرهن، ويخلص من ذلك أنه يستطيع أن يؤجر العين المرهونة، لأن الإيجار هو الوسيلة المألوفة للاستغلال ويستطيع الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات، لأنه لا يؤجر العين بموجب حق الإدارة نائبا عن الراهن،

¹ د/محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع التعاونية عمان (الأردن)، سنة 1998، ص 197.

² د/محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 294.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، المرجع السابق، ص 49.

⁴ أنظر: المادة 505، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

بل بموجب حقه الأصيل في استغلال العين، شأنه في ذلك شأن المنتفع.¹

أما بالنسبة للدائن المرتهن رهن رسميا لعقار فلا يثبت له حق الانتفاع بالعقار ولا حيازته وعلى ذلك لا يجوز له إيجاره ولكن يحدث في بعض الأحيان أن يشترط الدائن المرتهن على المدين مالك العقار الموهون ألا يجاوز مدة معينة في إيجار العقار، أو ألا يقبض الأجرة مقلما بدون إذنه، ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن مثل هذا الشرط غير مخالف للنظام العام، ويلتزم به المدين الراهن قبل الدائن المرتهن، ولكنه مجرد التزام شخصي لا يتعدى إلى المستأجر فإذا تعاقد هذا الأخير على مدة أطول أو دفع الأجرة مقدما بدون إذن الدائن كان الإيجار صحيحا، والدفع المعجل معتبرا، وإنما يكون للدائن المرتهن حق الرجوع على المدين الراهن لعدم قيامه بما التزم به ولا يكون المستأجر مسؤولا إلا إذا كان عالما بالشرط ومتواطئا مع الراهن في الإضرار بحقوق الدائن المرتهن.²

٥- الحائز الذي بيده شهادة الحيازة:

منحه المشرع حق تأجير العين التي يجوزها بموجب شهادة الحيازة هذه الشهادة تمنح لصاحبها حق الاستعمال و الاستغلال للعين الحائز لها، فهي إذ ترتب آثار هامة و خطيرة تجعل المالك الحقيقي إذا ظهر وحصل على إلغاء شهادة الحيازة ملزم بالتصرفات التي قام بها الحائز في حدود صلاحيته من بناء ورهن وإيجار، وينبغي على ما تقدم أن الإيجار الصادر من الحائز سواء كان وارثا ظاهرا أو لم يكن، و سواء كان حسن النية أم سيئها، فإنه يكون نافذا وصحيحا في حق المالك الحقيقي للعين المؤجرة متى كان المستأجر حسن النية، وهذا بخلاف الإيجار الصادر من غير الحائز فإنه لا يسري في حق المالك الحقيقي ولو كان المستأجر حسن النية³، لأنه إذا كان المؤجر للعين المؤجرة غير حائز لها وقام بالتصرف فيها بالإيجار فإن الإيجار يكون صحيحا فيما بينه وبين المستأجر، وهذا بخلاف بيع ملك الغير فإنه قابل للإبطال فيما بين البائع و المشتري ذلك أن بيع ملك الغير قد ورد في شأن بطلانه نصوص خاصة وهي نصوص استثنائية لا يجوز التوسع فيها.

وكذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار الصادر من الغير فحكمه لم ينظمه نص قانوني خاص يبين ذلك هذا ما وجب الرجوع في شأنه إلى القواعد العامة.⁴

٦- مالك حق السكنى ومالك حق الاستعمال:

أما مالك حق السكنى ومالك حق الاستغلال فلا يجوز لأي منهما أن يؤجر حقه، لأن هذا الحق مقصور

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 50.

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 53.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 65.

⁴ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 67.

على شخصه، فإذا أوصى لشخص بحق سكنى منزل، فقد كانت الفتوى على أنه "لا يملك المستحقون للسكنى في الدار إيجارها، ولا احدهم إسكان غيره في نصيبه بعوض، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة محل يسكن فيه وهنا يتجلى الفرق بين من يقول بأن صاحب حق السكنى إنما يؤجر حقه فلا يجوز له ذلك لأن حق السكنى الشخصي لا يجوز النزول عنه، ومن يقول بأن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين بذاتها، ولما كان تطبيق هذا المبدأ فيه ضيق، فقد يوصي شخص بسكنى منزل لأولاده، ويستتير الزمن فإذا البيت أصبح لا يليق بسكناهم، وقد ينتقلون من بلد إلى آخر فلا يستطيعون سكنى المنزل ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذي يقيمون فيه.¹

ولذلك جاءت المادة 1/469 مكرر من القانون المدني الجزائري تنص على أنه لا يجوز النزول عن حق الاستعمال وحق السكنى من طرف مالكيهما بالإيجار إلا إذا وجد بند أو نص في العقد الذي ينشئ حق الاستعمال وحق السكنى لصاحبه بجواز الإيجار وهو ما أكدته المشرع الجزائري بنصه في المادة المذكورة أعلاه " لا يجوز لصاحب حق الاستعمال وحق السكنى أن يعقد إيجارا ما لم ينص العقد المنشئ بحقه صراحة على ذلك " .

3- الإيجار الصادر من له حق الإدارة :

الأصل أن يتولى المالك إدارة أمواله ولكن من الجائز أن يقوم غيره بذلك نيابة عنه فيكون هذا الغير هو صاحب الحق في الإدارة وقد بينت ذلك المادة 468 من القانون المدني الجزائري فيتبين من نصها أن من لا يملك إلا حق الإدارة بأن كان نائبا عن المالك نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية لا يجوز له أن يعقد إيجار تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة — المحكمة— أو إذا وجد نص يجيز له ذلك، وقد لا يجيز له النص إلا عقد إيجار يقل عن ثلاث سنوات.²

والنيابة عن المالك أشرنا أعلاه أنها تكون على ثلاث أنواع اتفاقية أو قضائية أو قانونية وهذا ما سنتطرق إليه باختصار ضمن النقاط التالية:

أ- النيابة الاتفاقية:

ومثالها الوكالة و التي قد تكون هذه الأخيرة وكالة خاصة و تكون كذلك في كل عمل ليس منه أعمال الإدارة وخاصة في البيع و الرهن و التبرعات ولا نجعل للوكيل صيغة إلا في مباشرة الأمور المحدد فيها وما تطلبه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر و للعرف الجاري.³

1 د/عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 48، 49.

2 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 705.

3 أنظر: المادة 574، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

و قد تكون الوكالة عامة وهذا ما نصت عليه المادة 573 / 1 من القانون المدني الجزائري بنصها " أن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و التي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للتوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية " .

ويتضح مما تقدم أن الإيجار الذي تزيد مدته على ثلاث سنوات لا بد فيه من وكالة خاصة أما الإيجار الصادر عن الوكيل بوكالة عامة فإنه لا يجوز له التأجير لمدة تزيد عن ثلاث سنوات فيتقيد بهذه المدة وفي حالة إذا زادت مدة الإيجار الصادر منه عن ثلاث سنوات فلا يقيد الإيجار المؤجر إلا لهذه المدة ما لم يقر الموكل الإيجار عن المدة كلها.¹

ب- النيابة القضائية:

والتي تكون للحارس القضائي و القيم و الوكيل عن الغائب، فالنسبة للحارس القضائي بما أنه يلتزم بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل المعتاد وهذا ما نصت عليه المادة 607 من القانون المدني الجزائري وبما أن عقد الإيجار هو من أعمال الإدارة فإن للحارس القضائي أن يؤجر الأموال الموضوعه عنده لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات هذا ما لم يجدد الحكم القاضي بالحراسة سلطات الحارس القضائي فقد يمنحه هذا الحكم الحق في التأجير لأية مدة أو لمدة معينة.²

ج- النيابة القانونية:

و التي تكون للولي و لناظر الوقف فقد تم التطرق إلى عنصر الولي في إطار الفرع الثاني المتضمن شروط إيجار ملك الغير .

والخلاصة على ما سبق ذكره يتبين أن المشرع الجزائري قد حصر من خلال القانون المدني الأشخاص المقرر لهم حق التأجير و بالتالي فكل من خرج عن أحد الطوائف الثلاث فليس له حق التأجير العين سواء كانت عقارا أم منقولاً وبمعنى آخر أنه إذا قام بذلك شخص غير الأشخاص الذي يملكون حق التأجير فيعد إيجار ذلك الشخص الذي ابرمه إيجارا لملك الغير و يعتبر في نفس الوقت ذلك الشخص مؤجراً فضولياً.³

1 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 706.

2 د/محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 708.

3 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 58.

المطلب الثاني: تمييز ايجار ملك الغير عن غيره من التصرفات المشابهة له

قد يتداخل إيجار ملك الغير مع بعض التصرفات خاصة المتشابهة له هذا ما يجعل حكم هذه التصرفات مصدر اختلاف بين الفقهاء فمنهم من يخضعها لإيجار ملك الغير ومنهم من يرى أنها مستقلة عنه فالتطرق إلى هذه التصرفات جعلنا نحاول معرفة مدى علاقتها بإيجار ملك الغير ومدى ارتباط حكمها مع حكم إيجار ملك الغير و في إطار هذا المطلب سوف نتعرض ضمن فرعيه إلى تمييز إيجار ملك الغير عن إيجار المالك على الشيوع للمال الشائع وذلك في إطار الفرع الأول أما في الفرع الثاني فخصصناه إلى تمييز إيجار ملك الغير عن إعاره ملك الغير .

الفرع الأول : تمييز ايجار ملك الغير عن ايجار المال المملوك على الشيوع

بما أن لكل شريك في المال المملوك على الشيوع حصة يملكها ملكا تاما يعني هذا أنه يتصرف فيها ويستولي عليها من خلال ثمارها دون أن يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء الآخرين المالكين معه في الشيوع.¹

و حيث أن إدارة المال الشائع يكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.²

فإنه في إطار هذا الفرع نحاول أن نتطرق من خلال نقطتين إلى حالة إيجار المالك على الشيوع لكل المال الشائع و حالة إيجار المالك على الشيوع لجزء من المال الشائع .

أولاً- إيجار المالك على الشيوع لكل المال الشائع

فإذا ملك العين عدة ملاك على الشيوع، وأجرها الجميع لأجنبي أو لواحد منهم نفذت الإجارة في حقهم جميعا ومهما كانت المدة بمعنى حتى ولو زادت عن المدة القانونية المقررة من طرف المشرع و التي حددها بثلاث سنوات وكذلك نفس الحكم لو أجرها واحد أكثر أصلا عن أنفسهم ووكلاء عن الباقيين أو أجرها وكيل عنهم جميعاً.³

فلا يحق للشريك في الشيوع بمفرده أن يؤجر من المال الشائع، لأن كل شريك يملك المال الشائع ولكنه لا يملكه بصفة منفردة فإن كان إيجار ملك الغير صحيحا فيما بين المتعاقدين وغير نافع في مواجهة الغير فهو في هذه الحالة غير نافع في مواجهة جميع الشركاء و الآخرين، ويكون إيجار أغلبية الشركاء أصالة عن أنفسهم و وكالة عن الشركاء اللذين لم يعترضوا على الإيجار ونيابة قانونية عن المعترضين ويرى الدكتور سليمان مرقس أن هذه الإجارة لا تكون نافذة لأكثر من ثلاث سنوات لأن النائب لا يجوز له أن يؤجر عن الأصيل لأكثر من ثلاث سنوات، و لأن

¹ أنظر: المادة 714 ، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² أنظر: المادة 715 ، من نفس القانون.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص59.

إجارة المال الشائع لا فائدة منها إلا إذا كانت نافذة في حق جميع الشركاء، فلا محل لاعتبارها نافذة فيما يجاوز ثلاث سنوات في حق الأغلبية التي أبرمتها دون أقلية.¹

لكن إذا أجر أحد الشركاء المال الشائع كله ولم يعترض باقي الشركاء فيعتبر وكيلا عنهم لكن إذا اعترضوا فإن الإيجار يكون صحيحا فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وحتى في حصة الشريك المؤجر إذ لا يستطيع تسليم هذه الحصة المفروزة للمستأجر طالما تتم القسمة بعد القسمة إذا وقعت العين المؤجرة في نصيب المؤجر فإن الإيجار يبقى نافذا في حق المؤجر، وإذا لم يقع في نصيبه العين المؤجرة فيمكن للشركاء الآخرين المطالبة بإخراج المستأجر من العين.

وهناك من يرى أن الإيجار الصادر من أحد الشركاء عند ما يكون الباقيون معترضين لا يعد نافذا حتى في حصة المؤجر، و يجوز للأغلبية الشركاء تأجير العين لآخر وطلب طرد المستأجر من الشريك من العين المؤجرة.²

ولا يجوز للمؤجر طلب إبطال عقد الإيجار بحجة أن الشركاء الباقين معارضون كما لا يجوز للمستأجر طلب الفسخ طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين إذا صدر الإيجار من الشريك لكل المال المشاع فيعد صادرا من مالك فيما يتعلق بحصة الشريك المؤجر ومن غير المالك فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين، ولذلك يقع العقد صحيحا بين المؤجر و المستأجر، نافذا فيما يتعلق بحصة الشريك في مواجهة باقي الشركاء وغير نافذ فيما يتعلق بحصص أو في حق الشركاء الآخرين.³

ثانيا : ايجار المالك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع

بمعنى أنه إذا أجر أحد الشركاء جزءا مفرزا من المال المشاع يعادل حصته الشائعة فإنه لا يستطيع تسليم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون لأن ذلك يصطدم بحقوقهم، فيكون الإيجار هنا معلقا على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر، فإذا وقع جزء مفرز آخر في نصيب الشريك المؤجر فينتقل الإيجار إليه بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع⁴ وفقا لما جاء ضمن القانون المدني الجزائري.

والغالب في رأي الفقه أنه لا يمكن اعتبار الإيجار الصادر من أحد الشركاء سواء لكل المال المشاع أو جزء

¹ د/سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة-عقد الإيجار-، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية بيروت(لبنان)، سنة 1993، ص 128.

² د/عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 130.

³ د/سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 132.

⁴ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 63، 64،

منه إيجارا لملك الغير، كون الشريك يعد مالكا ولو كانت ملكيته شائعة ذلك لأن المالك على الشيوع يعد من أحد الأشخاص الذي تقرر لهم حق تأجير العين باعتبارهم كما سبق ذكره قد أدرج ضمن طائفة الإيجار الصادر من المالك.¹

الفرع الثاني: تمييز إيجار ملك الغير عن إعاره ملك الغير

يشترك كل من عقدي الإيجار والعارية الواردان على ملك الغير أنهما عقدين ملزمين لجانبين ويردان على الانتفاع بالشيء وأن لكل من المستأجر والمستعير حق شخصي، إلا أنهما يختلفان في كون الإيجار يكون دائما بمقابل نقدي بينما العارية تكون بدون مقابل، كما أن في عقد العارية يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار للمستعير، ويلتزم هذا الأخير باستعماله فيما أعد له، بينما في عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وبالمقابل يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار الذي يكون إما نقدا أو بتقديم عمل.²

فعقد العارية من عقود التبرع، فلو كانت بعوض وكان العوض نقودا كان العقد إجارة وإن كانت بغير النقود كان عقد غير مسمى.³

كما أن المستأجر يمكنه التنازل عن الإيجار أو تأجير العين إيجارا فرعيا بشرط موافقة المؤجر على ذلك⁴، بينما المستعير فليس له حق التنازل عن الشيء المعار لشخص آخر و هو في نفس الوقت أعاره من المعير.⁵

ورغم هذا الاختلاف الذي يكمن بين عقد الإيجار وعقد العارية الواردان على مال مملوك للغير، إلا أنهما يتفقان في نفس الحكم، وهو أن إيجار ملك الغير أو إعاره ملك الغير هو تصرف صحيح بين المتعاقدين وغير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي محل عقد العارية أو عقد الإيجار بمعنى المالك الحقيقي لشيء محل التصرف.

المطلب الثالث: آثار وتطبيقات إيجار ملك الغير

عرضنا فيما تقدم في إطار المطلب الأول في فرعه الأول لمن يملك حق التأجير و رأينا أن هذا الحق يثبت لملك الشيء، و لمن يكون صاحب المنفعة على الشيء، و كذلك لمن له الحق في إدارته. وقد يصدر الإيجار من غير هؤلاء و هذا ما يسمى أو يطلق عليه إيجار لملك الغير إلا أن دراستنا لهذا الموضوع انطلاقا إلى ما وصلنا

1 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 686 ، 687.

2 أنظر: المادة 1/467، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3 د/أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني العقود المسماة، الجزء الرابع، بدون طبعة، الدار الكتب القانونية الإسكندرية (مصر)، سنة 2005، ص 775.

4 أنظر: المادة 505، من نفس القانون.

5 د/محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 260.

إليه لم نصل بعد إلى الجوانب التي لها أهمية و تعطي لدراسة حقها ومن أهمها ما سنتطرق إليه ضمن هذا المطلب و المتمثلة في معرفة حكم هذا التصرف أي الإيجار الذي يكون محله مال سواءا كان هذا الأخير منقول أو عقار يكون مملوكا للغير هذا ما يجعلنا نطرح التساؤل حول ما هو حكم الإيجار الصادر من غير المالك (الغير)؟، فالإجابة عن هذا التساؤل يقتضي أن نتعرض لأثر هذا الإيجار في العلاقة بين المتعاقدين (المؤجر و المستأجر) ثم لأثره بالنسبة للمالك الحقيقي¹.

وهذا ما جسدناه ضمن الفرع الأول الذي خصصناه لدراسة آثار الإيجار ملك الغير فيما بين طرفيه هذا من جهة وفي مواجهة المالك الحقيقي من جهة أخرى إلى جانب تلك الآثار المترتبة عن إيجار ملك الغير نتناول نقطة مهمة تتمثل في تطبيقات إيجار ملك الغير ضمن هذا المطلب في إطار الفرع الثاني و التي تمحورت دراسته في تبيين تطبيقات هذا التصرف على العقار وعلى المنقول.

الفرع الأول: آثار إيجار ملك الغير

عندما نتصفح أحكام القانون المدني الجزائري وكذا القانون الفرنسي لا نجد أي نص يتحدث عن حكم إيجار ملك الغير، ولا يمكن أن نطبق عليه الحكم الوارد بالنسبة لبيع ملك الغير، كون أن النصوص المتعلقة به نصوص استثنائية وليست قواعد عامة إلا أننا نجد الفقه القانوني قد تصدى لهذه المسألة ووضع حكما لها، مع التفريق بين حكم إيجار ملك الغير فمما بين المتعاقدين وحكمه في مواجهة المالك الحقيقي للعين المؤجرة، وهذا ما سوف نتعرض إليه ضمن أولا و ثانيا.

أولا: آثار إيجار ملك الغير فيما بين المتعاقدين

إن الرأي الراجح والمستقر فقها وقضاء في إطار هذا الصدد فيذهب إلى أن الإيجار الصادر من غير المالك الحقيقي يكون صحيحا في العلاقة بين المؤجر و المستأجر، وذلك استنادا لما بين بيع ملك الغير وإيجار ملك الغير اختلاف فكما أشرنا فمما تقدم أن البطلان الذي ورد على بيع ملك الغير جاء ضمن نصوص استثنائية لا يجوز التوسع فيها وتطبيقها على الإيجار.²

ولذلك يتعين الرجوع إلى القواعد العامة وهذه تقضي بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه، ويرجع الفارق بين الإيجار و البيع في هذا الصدد إلى أنه في البيع لا يستطيع البائع نقل الملكية إلى غيره إذا لم يكن مالكا، أما في الإيجار فالملاحظ أن العقد لا يرد على الملكية وإنما على الانتفاع بالشيء فالمؤجر لا يلتزم إلا بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء مدة الإيجار، وهو قد يستطيع ذلك وإن لم يكن مالكا للشيء وليس له حق الانتفاع به، ولا

1 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 714.

2 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 108.

حق إدارته، فإن لم يتعرض المالك للمستأجر، فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب إبطال الإيجار ولا فسخه.

و يترتب على كون إيجار ملك الغير صحيحا فيما بين طرفيه التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع، كما يلتزم المستأجر بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار. ولا يجوز للمؤجر أن يتحلل من التزاماته بحجة أنه لا يملك العين المؤجرة، كما لا يجوز للمستأجر، مجرد أن المؤجر غير مالك أن يتحلل من العقد بدعوى أنه مهدد في انتفاعه بالعين بإخراج المالك له منها.¹

فإذا استطاع المؤجر الوفاء بالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع، ظل الإيجار نافذا بين طرفيه وامتنع على المستأجر التحلل من التزاماته على انه يجب أن يستثنى من هذا الحكم حالة ما إذا كان المستأجر حسن النية أي يجهل وقت التعاقد أن المؤجر غير مالك، وكانت ملكية الشيء للمؤجر أهمية خاصة بحيث ما كان يتعاقد لو علم بالحقيقة، وكان المؤجر واقعا في ذات الغلط بأن كان يعتقد انه مالك.²

أو كان من السهل عليه أن يعلم بوقوع المستأجر في الغلط فيكون للمستأجر في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد للغلط ومنال ذلك أن يستأجر شخص أرضا لمدة طويلة بقصد إقامة بعض المنشآت عليها، كأن يقيم عليها مصنعا أو يبني عليها مباني أخرى مما يقتضيه ذلك من نفقات كبيرة بحيث يهمله في هذه الحالة كثيرا أن يضمن استقرار بقائه في العين طوال مدة الإيجار أما إذا لم يستطع المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء بأن كان الشيء في يد مالكة ولم يتمكن من تسليمه للمستأجر أو كان قد سلمه إليه واسترده المالك منه كأن للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار، وإذا فسخ الإيجار يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض متى كان حسن النية أي كان يجهل عند إبرام العقد بأنه يستأجر ملك الغير إذ كان عليه في هذه أن يتوقع تعرض المالك الحقيقي له في الانتفاع بالشيء الذي استأجره ويثبت حق المستأجر في الرجوع بالتعويض متى كان حسن النية ولو كان المؤجر هو أيضا حسن النية فالعبرة في رجوع المستأجر بالتعويض على المؤجر بنية المستأجر لا بنية المؤجر.³

ثانيا: أثر إيجار ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

إن القول بصحة عقد الإيجار الصادر من الغير على مال مملوك للغير بين طرفيه (المؤجر والمستأجر) لا يعني أن العقد نافذا في مواجهة المالك الحقيقي للعين المؤجرة أو صاحب حق المنفعة و الذي يدعى - الغير - بل إن صحة العقد بين طرفيه فقط تعني أنه مادام المؤجر قد نفذ التزامه فإن للمستأجر لا يمكنه طلب فسخ أو إبطال عقد الإيجار كما أن صحة عقد الإيجار لا يؤثر فيها كون المؤجر أو المستأجر حسني النية أو سيئها .

1 د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 715.

2 د/محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 716.

3 د/محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 717.

فلا ينفذ عقد إيجار ملك الغير في حق المالك الحقيقي للعين المؤجرة أو المنفعة المؤجرة إذا كان صادرا من غير نائب عنه إلا إذا أجازته.¹

واعتبار أن عقد الإيجار غير نافذ في حق المالك الحقيقي للعين المؤجرة أو المنفعة المؤجرة يعني أن المالك يستطيع تأجير نفس العين لمستأجر آخر و تكون الأولوية للمستأجر من المالك على المستأجر من غير المالك إذا لم يكن مالكا للمنفعة المؤجرة حتى ولو كان المستأجر من غير مالك قد سلم العين ولا تطبق أحكام المادة 485 من القانون المدني الجزائري التي جاء بنصها: " إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة أعطيت الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش"، وذلك لأن الأولوية خاصة بين المستأجرين لنفس العين من نفس المؤجر ومن ذي صفة في الإيجار وإذا أجاز المالك الحقيقي عقد الإيجار فإن هذا العقد ينفذ في حقه، و يحل محل المؤجر غير المالك في حقوقه والتزاماته، على أن يعتبر هذا المؤجر وكيفا عن المالك الحقيقي سواء على العين المؤجرة أو مالك لمنفعة العين المؤجرة، ويجب عليه تقديم حساب عن وكالته في الإيجار للمالك.²

وفي حالة لم يقر المالك الحقيقي للعين المؤجرة سواء كان مالك لحق رقبته أو لحق الانتفاع بها عقد الإيجار كان له حق طلب استرداد العين المؤجرة من المستأجر، فإن نجح في دعواه كان للمستأجر أن يطلب فسخ العقد.

أما بالنسبة لرجوع المستأجر على المؤجر بالتعويض فالعبرة بحسن نية المستأجر سواء كان المؤجر سيء النية أو حسن النية.³

فإذا كان المستأجر عالما بأن العين المؤجرة ليست مملوكة للمؤجر فإن الإجماع على أن ذلك لا يعتبر مانعا له في حالة عدم قيام المؤجر بالتزاماته من طلب الفسخ العقد و الخلاف ثار في مدى استحقاق التعويض عن الفسخ من عدمه ففريق يقول بالتعويض إطلافا سواء كان المؤجر حسن أم سيء الغيبة لأنه في كلتا الحالتين، باعتبار أن علمه بعدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة كان يوجب عليه أن يتوقع احتمال عدم تمكن المؤجر من الوفاء بالتزاماته.⁴

كما يجوز للمالك الحقيقي عند عدم إقراره عقد الإيجار أن يطالب المستأجر ببناء على قواعد الإثراء على حساب الغير بقيمة ما يحصل عليه من ثمار العين ومنفعتها إلا إذا استطاع المستأجر أن يدفع بأنه تملكها بالقبض باعتباره حائزا حسن النية .

إذا لم يحصل المالك الحقيقي للعين المؤجرة على المنفعة من المستأجر فيمكنه الرجوع على المؤجر بمقتضى

¹ د/أنور طلبه، عقد الإيجار في ضوء قضاء النقض، بدون طبعة، دار الكتب القانونية القاهرة (مصر)، سنة 1999، ص 60.

² د/عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، المرجع السابق ص 138.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص 109.

⁴ د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 106.

قواعد الإثراء بلا سبب ليسترد منه الأجرة التي قبضها من المستأجر، أو بمقتضى قواعد الفعل الضار أي على الضرر الذي أصابه جراء الاعتداء على ملكه و تأجير إلى الغير وتفويت المنفعة عليه، كما له حق حبس الأجرة في يد المستأجر .

ويترتب كذلك على عدم نفاذ عقد الإيجار في حق المالك الحقيقي أن يبقى له حق التصرف في العين المؤجرة فإذا تصرف فيها كان للمتصرف له حق التمسك بعدم نفاذ عقد الإيجار في حقه ولو كان ثابت التاريخ قبل التصرف.

لكن إذا كان من تلقى الملكية من المالك الحقيقي هو المؤجر نفسه، فلا يمكنه الرجوع بدعوى الاسترداد ضد المستأجر كونه ضامن لتعرضه الشخصي.

وبالنسبة لعلاقة المستأجر بالغير أي غير المؤجر وغير المالك الحقيقي ومن تلقى الحق عنه فهي نفس العلاقة التي تكون لو أن المستأجر من المالك الحقيقي ذلك لأن عقد الإيجار يولد التزاما شخصيا بين المؤجر و المستأجر ولا يتعدى ذلك إلى الغير وعلى هذا لا تتغير علاقة المستأجر بالغير سواء استأجر من المالك الحقيقي أو من غيره ففي الحالتين لم يولد عقد الإيجار إلا ارتباطا شخصيا، وفي الحالتين ليس له من دعاوى وضع اليد إلا دعاوى استرداد الحيازة وعليه إخطار المؤجر بكل تعرض يحصل له من الغير.¹

الفرع الثاني : تطبيقات إيجار ملك الغير

بما أن الإيجار يرد على عقار فإنه كذلك يرد على منقول فبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد أولى الاهتمام بإيجار العقار ضمن هذا القانون دون إيجار الذي يرد على المنقول، لذلك فإن تطبيقات إيجار ملك الغير تختلف بين إن كان الملك عقارا أو منقولا وهذا ما سنتطرق إليه ضمن هذا الفرع وذلك بالتعرض في المركز الأول إلى إيجار العقار ثم التطرق في المركز الثاني إلى إيجار المنقول .

أولا: إيجار العقار

إن تنظيم المشرع الجزائري للإيجار الوارد على العقار في إطار القانون المدني تشمل ثلاثة أنواع من الإيجارات المدنية و المتمثلة في : الإيجارات السكنية، الإيجارات المهنية، إيجار الأراضي الزراعية فبالنسبة لإيجار المحلات السكنية فإنها تخضع في تنظيمها وتبين أحكامها كل من القانون المدني والموسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري وعليه يمكن التمييز بين المرحلتين:

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "الإيجار"، المرجع السابق، ص

1 - المرحلة الأولى:

قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 كان المشرع الجزائري لا يشترط شكلا معيناً يفرغ فيه عقد الإيجار أي أنه لم يشترط شكلا حتى تجسو العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فقد يكون كتابيا أو شفهيًا والكتابة قد تكون عرفية و إثباته يخضع للقواعد العامة للإثبات.¹

فنشترط الكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100000 دج، ورغم إجازة المشرع للشفهية في إبرام عقد الإيجار كونه عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي الإيجاب و القبول إلا أن القضاء الجزائري لم يكن يقبل إثبات عقد الإيجار عن طريق شهادة الشهود مهما كانت قيمة الإيجار و هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث اشترطت في عدد من قراراتها الإثبات الرابطة الإيجارية بين طرفيه بوصلات بدل الإيجار فقط .

ومن بين هذه القرارات التي نصت على هذا الحكم:

القرار رقم 143103 المؤرخ في 23/04/1996.²

القرار رقم 138806 الصادر في 09/07/1996.³

القرار رقم 107969 الصادر في 10/05/1993.⁴

2-المرحلة الثانية:

وهي المرحلة ما بعد صدور المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري نجد أن المشرع الجزائري ألزم طرفي عقد الإيجار على إفراغ تصرفهما في قالب شكلي وقد حدد في نفس الوقت نموذج موحد يتبعونه أثناء إفراغ عقد الإيجار ضمنه أي في إطار المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 المتضمن المصادقة على النموذج عقد الإيجار.

ولم يبين في الوقت ذاته الجهة المختصة بتحرير أو بكتابة هذا العقد أي إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوبا أمام موثق أو يكفي العقد العرفي بشأها.⁵

¹ أنظر: المادة 333، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² المجلة القضائية للفترة المدنية، المحكمة العليا، سنة 1996، العدد رقم 02، منشور.

³ المجلة القضائية، المحكمة العليا، سنة 1997، العدد رقم 01، منشور.

⁴ المجلة القضائية بالفترة التجارية والبحرية، المحكمة العليا، سنة 1993، عدد خاص، منشور.

⁵ أ / عبد السلام ذيب، عقد الإيجار المدني دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية (الجزائر)، سنة 2001، ص

ولكن عقد الإيجار يلزم تسجيله لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابعة لمديرية الضرائب وهذه الأخيرة تشترط في العقد محل التسجيل أن يكون العقد محرر من قبل الموثق وهذا ما جاء به المرسوم التنفيذي 94/69 عندما أشار في نهايته نموذج العقد وبالتالي لا يتصور القيام بتسجيل عقد شفهي .

كما أن المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة عقد الإيجار للشكل المكتوب أو عدم احترام النموذج أي لم يبين الطابع الإجمالي لكتابة عقد الإيجار كما أنه لم يبين الآثار القانونية المترتبة لانعدام كتابة العقد¹، وإنما رتب عقوبة مدنية على المؤجر كونه هو المكلف بإفراغ عقد الإيجار في الشكل المطلوب و المتمثلة في سريان عقد الإيجار المخالف لشروط الكتابة لمدة سنة تبدأ من اكتشاف المخالفة وهذا إذا أثبت المستأجر وجود علاقة عن طريق وصولات بدل الإيجار.²

وعملياً نجد أن عقود الإيجار يجريها الموثقين غالباً، ورغم ذلك فالعمل بالعقود الشفهية لم يتوقف وكثيراً ما يلجأ إليها تهرباً من دفع الضرائب لذلك قد يحدث إيجار ملك الغير في هذه الحالة .

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه ورغم أن طبيعة عقد الإيجار من العقود الرضائية فالكتابة المتطلبة هي للإثبات وليست شكلية لانعقاد.³

ثانياً : إيجار المنقول

يمكن أن يقع عقد الإيجار على محل منقول، وبما أن المنقول قد يكون شيء مادي و معنوي مثل المحل التجاري، فإن هذا الأخير يخرج من نطاق دراستنا لأن المنقول المادي الذي قد يكون معيناً بالذات أو النوع هو مناط دراستنا و بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم ينظم إيجار المنقول ضمنه ورغم ذلك فهو وارد كما أن إيجار المنقول المملوك للغير وارد كذلك يخضع لنفس حكم إيجار العقار الوارد على ملك الغير إلا المنقول تحكمه قاعدة: "الحيازة في المنقول سند الملكية" فقد يدعي المؤجر ملكيته للمنقول بالحيازة وقد يستند في حيازته إلى سند صحيح وقد يكون حسن النية أو سيئها .

فإذا كان حسن النية وحائز لسند صحيح فيعد مالكا و بالتالي إيجاره يعد إيجاراً صحيحاً وليس إيجاراً للملك المملوك للغير ولا يمكن للمالك الحقيقي في هذه الحالة الرجوع على المستأجر بدعوى الطرد إلا أنه يمكن الرجوع على المؤجر بالتعويض، لكنه إذا كان سيئ النية أي يعلم بعدم ملكيته للمنقول فيعد التصرف في هذه الحالة أو

¹ ق/ فوزية مهرة ، إثبات الإيجار المدني، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الأبيار(الجزائر) الدفعة الخامسة عشر، 2004-2007، ص 06.

² أنظر: المادة 21/2، 3 من المرسوم التشريعي 93/03 المؤرخ في 01/03/1993 الذي يتعلق بالنشاط العقاري الملغى بالقانون رقم 11/04 المؤرخ في 17/02/2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16/03/2011، العدد رقم 14.

³ ق/ فوزية مهرة ، المرجع نفسه ، ص 05.

الإيجار الصادر منه إيجارًا لملك الغير.¹

المبحث الثاني: عقد العارية الوارد على ملك الغير

لقد تناول المشرع الجزائري كما سبق ذكره في القانون المدني عقدين يردان على الانتفاع بالشيء كمصدرين من مصادر الالتزام ، وعليه فسنتناول في إطار هذا المبحث إلى عقد العارية باعتبارها العقد الثاني الوارد على الانتفاع بالشيء في جانب عقد الإيجار الذي خصصنا لدراسته المبحث الأول ضمن هذا الفصل ولعله في الكثير من الأحيان ما يختلط الإيجار بالعارية مما يستوجب التفريق بينهما وهذا ما ستحدث عنه بعد عرضنا لتعريف عقد عارية لملك الغير، بيان شروطه، والفرق بينه وبين العقود المشابهة له وأخيرا سوف نتطرق إلى بيان حكم هذا التصرف.

المطلب الأول: مفهوم عقد العارية الوارد على ملك الغير

نتناول من خلال هذا المطلب تعريف عقد العارية أولا بدءا بتعريفها من أجل معرفة المقصود منها في حالة وقوعها على مال مملوك للغير ثم نتناول الشروط الواجب توفرها في التصرف حتى يوصف بأنه عارية واردة على ملك الغير.

الفرع الأول: تعريف عقد العارية الوارد على ملك الغير

إن تعريف عقد العارية على ملك الغير لا يتأتى إلا بتعريف عقد العارية بوجه عام وفي إطار القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عرف العارية بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك، ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن برده بعد الاستعمال".²

وتجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع المصري أخذ بنفس التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري وذلك في المادة 635 من القانون المدني المصري.³

ويفرق القانون المدني المصري وكذا الفرنسي عارية الاستعمال عن عارية الاستهلاك هذه الأخيرة التي أوردها المشرع الجزائري في إطار القانون المدني الجزائري ضمن الفصل الرابع الذي جاء بعنوان القرض الاستهلاكي وذلك في المواد 450 إلى 458 منه و السالفة الذكر في إطار الفصل الأول ضمن المبحث الثاني منه بأن عارية الاستعمال موضوعها نقل حيازة شيء إلى المستعير كي يتمكن من استخدامه لغاية متفق عليها دون أن يكون من المتوقع

¹ أنظر: المادة 835، من القانون المدني الجزائري، مرجع السابق.

² أنظر: المادة 583، من نفس القانون.

³ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "العارية"، الجزء السادس، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان)، 1998، ص 1507.

عليه أي مقابل نجاه هذا الاستعمال وهذا الاستعمال مؤقت وعلى المستعير فيما بعد رد الشيء الذي استخدمه لغرض متفق عليه إلى صاحبه وهو ما يسمى بالمعير.¹

ويتميز عقد العارية بأنه عقد رضائي كونه يتم بمجرد توافق الإيجاب و القبول دون اشتراط شكلية معينة رغم انه من عقود التبرع كما أن العارية لا تعد عقداً عينياً فالتسليم لا يعد ركناً فيها كون التراضي كاف لانعقادها وهي عقد ملزم لجانبيين حيث ترتب التزامات لكل منهما حيث يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار للمستعير²، وفي المقابل ذلك يلتزم المستعير باستعمال الشيء المعار في الغرض المعد له و بالمحافظة عليه ورده عند انتهاء مدة العارية.³

و العارية لا تخول للمستعير استغلال الشيء المعار، وإنما استعماله لما اتفق عليه فيد المستعير هي يد عارضة و الحيازة القانونية تكون للمعير.

أما عن موضوع عقد العارية أي محله فهو شيء غير قابل للاستهلاك وهذا ما نفرقها عن القرض الاستهلاكي فالأصل أن العارية تكون في الأشياء التي لا تستهلك بالاستعمال كالمنازل وأما القرض فيكون في الأشياء القابلة للاستهلاك مثل النقود و الغلال.⁴

ويمكن تعريف عقد العارية الوارد على ملك الغير أنه "عقد يتم بين شخصين أحدهما المعير والأخر المستعير على محل يتميز بكونه غير مملوك للمعير ولا للمستعير أي عقد عارية ملك الغير ينص على محل مملوك للغير والغير هنا من ليس له علاقة بعقد العارية أي لا يعد معيراً ولا مستعيراً"

ويشترط في ملك الغير حتى يكون محلاً لعقد العارية أن تتوفر فيه شروط العامة لمحل عقد والشروط الخاصة بعقد العارية.

أما عن الشروط العامة فتتمثل في كون المحل موجوداً أو ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة أي قابلاً للتعامل فيه والقابلة للتعامل هنا متعلقة بالانتفاع بالشيء لا بملكته فالمال العام لا يجوز بيعه ولكن يجوز إعارته.⁵

فإلى جانب الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في محل عقد عارية حياة ملك الغير، يجب توفر كذلك شرط

¹ الآن بنابت، ترجمة د/منصور القاضي، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، مجد للمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت(لبنان)، سنة 2001، ص 325.

² أنظر: المادة 539، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

³ أنظر: المواد 542، 544، 545، من نفس القانون.

⁴ أنظر: المواد 538، 450، من نفس القانون.

⁵ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "العارية"، المرجع السابق، ص 1519.

خاص وهو أن لا يكون محل العقد قابلا للاستهلاك لأنه من التزامات المستعير رد الشيء المعار بعد انتهاء عقد العارية بالحالة التي كان عليها، وإذا لحقه هلاك أو تلف يتحمل المستعير المسؤولية.¹

ويخرج في هذا الصدد عن مفهوم الغير، المؤجر الأصلي إذا قام المستأجر الفرعي بإعارته الشيء المؤجر صاحب حق الانتفاع لكونه لا يملك أصل وإنما المنفعة فقط، الحارس القضائي، الوكيل النائب عن المالك الحقيقي، الدائن المرتهن رهن حيازي .

الفرع الثاني: شروط إعارة ملك الغير

لكي يكون أمام إعارة لملك الغير يجب توفر شروط معينة، عدا الشروط الواجب توفرها في عقد العارية بصفة عامة هذه الشروط التي سوف نوجزها كالتالي:

أولا: يجب أن يكون التصرف عقد عارية

معناه التصرف الذي محله شيء مملوك لغير المتصرفين يمثل عقد عارية وهذا بتوفر الشروط العامة لانعقاد العقد من تراضي، محل، وسبب إلى جانب الشروط الخاصة وتوفرها بحسب طبيعة كل عقد بأن يكون بدون مقابل حتى لا يلتبس بالإيجار ويكون وارد على منفعة الملكية حتى لا يلتبس أيضا بالهبة.

ثانيا: أن يكون محل عقد العارية معينا بالذات وغير قابل للاستهلاك

يعني ذلك أن يكون محل عقد عارية ملك الغير شيء معين بالذات، ذلك أنه يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن الشيء القابل للاستهلاك يكون عادة مثليا فإذا اعتبر كذلك من مثل على قيمي تتجاوز إعارته لأنه غير قابل للاستهلاك إذ هو في الواقع قابل للاستهلاك بطبيعته غير أنه أصبح قيميا في نظر المتعاقدين ويرى كذلك أن الشرط الواجب توافره في الشيء المعار هو أن يكون قيميا لا أن يكون غير قابل للاستهلاك.²

وقد يكون محل عقد عارية ملك الغير عقارا أو منقولا فتجاوز الإعارة في الأشياء غير المادية كما تجوز في الأشياء المادية.³

¹ أنظر: المادة 545، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "العارية"، المرجع السابق، ص 1520.

³ د/محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 269.

ثالثا: ألا يكون المعير له حق إعارة الشيء المعار

باعتبار الإعارة من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، فإن صاحب حق الإعارة لا ينحصر فقط في حق مالك الشيء، وعلى ذلك ارتأينا أن نحدد الفئات التي تملك حق الإعارة لنستخلص لاحقا بأسلوب الاستقصاء الفئات التي لا تملك هذا الحق و بالتالي فسوف نتطرق إلى من لهم الحق في الإعارة .

1- **المالك:** إن للمالك الحق المطلق في أن يعير الشيء المملوك له.

2- **صاحب حق الانتفاع:** بما أنه لا يترتب على عقد العارية نقل ملكية الشيء المعار من المعير إلى المستعير، بل إن للمستعير يملك فقط حق حيازة الشيء. واستعماله وعلى ذلك لا يلزم أن يكون المعير مالكا للشيء بل يكفي أن يكون حق استعماله كصاحب حق الانتفاع، ولكن يشترط في ذلك ألا يكون الانتفاع متعلقا بشخص المنتفع كصاحب حق السكنى وحق الاستعمال الشخصي، إذ لا يجوز لهما أن يعيرا الشيء المقرر عليه حقهما وإن كان بعض الشراح يرى عكس ذلك.¹

وبالنسبة للمرتهن رهن حيازي وكذا المودع عنده فلا يجوز لأي منهما إعارة ما بيده إذ ليس له حق الاستعمال ويرى معظم الشراح الفرنسيين أنه يجوز للمرتهن رهن حيازي إعارة الشيء المرهون، إلا أن هنالك بالمقابل جانبا من الفقه من يرى بعدم جواز ذلك استنادا للمبررات السالفة الذكر وعليه فلا الوديع ولا المرتهن رهن حيازي يستطيع إعارة الشيء الذي يحتجزه.²

من خلال ما سبق ذكره أو بيانه نجد أن الفئات المقرر لها الحق في إعارة الشيء تتمثل في المالك وصاحب حق الانتفاع و بالتالي فإن ما يخرج عن هذه الفئات أولا الأشخاص بأنه ليس مالكا ولا صاحب حق الانتفاع بعد معيرا لملك غيره.

المطلب الثاني: تمييز عهد إعارة ملك الغير عن العقود المشابهة لها.

قد يتداخل أو يختلط مفهوم عقد العارية مع عقود أخرى خاصة منها عقد الهبة وعقد القرض الاستهلاكي وبنسبة كبيرة مع هذا الأخير، وتجنبنا للالتباس الذي قد يظهر، فإنه يستدعي منا التمييز بين عقد العارية وتلك العقود المشابهة له، وهذا ما سوف نتطرق إليه ضمن فوعي هذا المطلب، حيث خصصنا في الفرع الأول إلى تمييز إعارة ملك الغير عن هبة ملك الغير وفي إطار الفرع الثاني فقد خصصناه لتمييز عقد إعارة ملك الغير عن القرض الاستهلاكي الوارد على ملك الغير.

¹ د/محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 265.

² الآن بينابت، ترجمة د/منصور القاضي، المرجع السابق، ص 332.

الفرع الأول: تمييز عقد إعارة ملك الغير عن هبة ملك الغير.

تلتبس كل من الهبة و العارية في أن كل منهما من عقود التبرع، وفي أن المنتفع فيهما يثري على حساب غيره بلا مقابل، إلا أنهما يختلفان في عدة أوجه وتمثل في:

- إن الهبة يجب أن تبرم في عقد رسمي فالرسمية ركن في عقد الهبة بينما العارية هي عقد رضائي وليس شكلي، وحتى من حيث الإثبات فإنها تخضع للقواعد العامة للإثبات.¹
- كما أن الهبة يترتب عنها تملك الشيء الموهوب من طرف الموهوب له، أو تملك المنفعة بينما العارية تقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء المعار دون تملكه.²

أما بالنسبة لحكم هبة ملك الغير، فقد جاء قانون الأسرة الجزائري خال من النص على حكمها ولكن في نفس الوقت نجد في أحد نصوصه أن المادة 222 منه تحل إشكالية غياب الأحكام القانونية فيما يخص وقوع مسالة قانونية تفتقر لوجود نص قانوني ينظم أحكامها بحيث أن هذه المادة المذكورة أعلاه نجدها تحيل فيما لم يوجد به نص في إطار قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

هذه الأخيرة نظمت الهبة الواردة على ملك الغير وجعلتها تصرفا غير صحيح كون من شروط الهبة عند الفقهاء أنها لا تلزم إلا بالقبض، وبالتالي لا تجوز ولا تصح هبة ملك الغير باعتبار أن الواهب لا يملك ما يهبه و بالنتيجة فهو غير قادر على تسليم الشيء الموهوب مما يجعل هبته باطلة وهذا ما أكده الفقه المالكي بالقول " لا تصح هبة ملك الغير بدون إذنه، فإذا وهب شخص ملك غيره لم تنعقد الهبة بخلاف ما إذا باع ملك غيره فإنه يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك الحقيقي".

و بالتالي تكون الهبة الواقعة على ملك الغير قابلة للإبطال إن وقعت من غير المالك و القابلة للإبطال يكون لصالح الموهوب له وحده، وغير نافذة في مواجهة المالك الحقيقي، فسواء أجاز الموهوب له الهبة أو لم يجزها فإن المالك الحقيقي أجنبي عن الهبة فلا تسري في حقه.³

الفرع الثاني: تمييز عقد إعارة ملك الغير عن القرض الاستهلاكي الوارد على ملك الغير.

تشارك كل من العارية والقرض الاستهلاكي في أنهما يولدان التزاما برد الشيء المعار أو المقرض، حيث أن

¹ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "العارية"، المرجع السابق، ص 1517.

² د/محمد بن تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، بدون طبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية (الجزائر)، ص 39.

³ د/محمد بن تقيّة، المرجع نفسه، ص 147 - 149.

العارية توجب على المستعير رد الشيء المعار عند نهايتها، كما أن القرض الاستهلاكي يوجب على المقترض رد مثل الشيء المقترض أو قيمته، ولكن الأصل أن العارية تكون في الأشياء التي لا تملك للاستعمال كالمنازل، أما القرض فيكون في الأشياء القابلة للاستهلاك كالنقود والغلال.¹

فضلا عن ذلك أن محل عقد العارية هو شيء قيمى عكس عقد القرض الاستهلاكي فمحلّه نقودا أو شيء مثلي آخر²، كما يختلفان أيضا في كون أن المقرض ينقل ملكية الشيء المقترض للمقترضين، أي أن عقد القرض الاستهلاكي عقد وارد على الملكية وان حكمه الوارد على ملك الغير فتطبق عليه القواعد العامة التي تحكم العقود و التي تقتضي أن يكون العقد صحيحا إلا أنه قابل للإبطال لمصلحة المقترض، وتؤسس القابلية للإبطال على عدم تنفيذ المقرض لالتزامه بنقل الملكية أما عقد العارية فإن حكم هذا الأخير سوف نتطرق له في إطار المطلب الثالث من خلال هذا المبحث.

المطلب الثالث : آثار عقد العارية الواردة على ملك الغير

إن الهدف من دراسة حكم العارية على ملك الغير هو معرفة الاتجاه أو الحل القانوني الذي يلجأ إليه القاضي في حالة طرح نزاع أمامه يكون موضوعه ورود عقد عارية على ملك الغير فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فلا نجد أي نص يتضمن حكم عارية ملك الغير وكذلك الحال في إطار القانون المدني المصري و الفرنسي، إلا أن الفقه و القضاء نجد قد اتجاها إلى تطبيق نفس أحكام عقد الإيجار الوارد على ملك الغير على عقد عارية ملك الغير كون أن كلا العقدين يردان على الانتفاع بالشيء، إلا أنه وكما سبق ذكره في إطار التزامات عقد الإيجار فإنه يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء عكس عقد العارية التي من بين الالتزامات التي يرتبها على طرفيه أن يلتزم المعير فيها بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار، لا بتمكينه من هذا الانتفاع فالمعير لا يضمن الاستحقاق ولا العيب المخفي.³

و أساس المنفعة في الإعارة، هو أن يترك المعير المستعير ينتفع بالشيء المعار، ومتى أمكن له ذلك وسلم الشيء المعار للمستعير يكون قد نفذ التزامه.⁴

ولا يمكن للمستعير إبطال العارية على أساس أن المعير لا يملك الشيء المعار كما أن ذلك لا يعد في مصلحته، فإذا اخل المعير بالتزامه بتسليم الشيء المعار إلى المستعير جاز لهذا الأخير طلب التنفيذ العيني، فإن لم

¹ د/محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 251

² أنظر: المادتين 538 و 450، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

³ أنظر: المادة 541، من نفس القانون.

⁴ أنظر: المادة 539، من نفس القانون

يكن الوفاء عينيا ممكنا، جاز له طلب التعويض¹، وهو ما يسمى في إطار القانون المدني الجزائري محل الدراسة بالتنفيذ بطريق التعويض الذي نظمه المشرع الجزائري في إطار الفصل الثاني من الباب الذاتي في المادة 176 منه.

وحتى وإن تعرض الغير للمستعير في استعمال الشيء المعار كأن يرفع مالك العين دعوى طرد ضد المستعير، فإن المعير في هذه الحالة لا يضمنه فهو غير ملزم بالضمان، نظرا لكون المعير متبرع بالمنفعة وهذا ما جعل المشرع يضيّق من التزامه بضمان الاستحقاق فجعله غير مسؤول عن الأضرار التي تصيب المستعير بسبب استحقاق الشيء المعار إلا في حالات الاستثنائية التي قررها المشرع الجزائري ضمن القانون المدني و تتمثل هذه الحالات الاستثنائية أو المستثناة في حالتين يلتزم فيهما المعير بضمان الاستحقاق.

- الحالة الأولى: تتمثل في حالة وجود اتفاق على ضمان الاستحقاق.
- الحالة الثانية: تتمثل في الحالة التي يتعمد فيها المعير إخفاء سبب الاستحقاق.²

وفي هذه الحالة يفترض أن المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق، أي حسن النية، وألا يكون قد تنازل ضمنا عن حقه، ولا يكفي أن يقر المعير للمستعير بأنه لا يملك حق التصرف في منفعة العين المعارة، بل يجب أن يتعمد الإخفاء، ويقع على المستعير عبء الإثبات أن المعير تعمد إخفاء سبب الاستحقاق حتى يرجع له بالتعويض عما أصابه من ضرر.³

ونلاحظ أنه يوجد نوع من التشابه بين استحقاق الشيء المعار وعارية ملك الغير، حيث أن في الاستحقاق قد يكون السبب هو أن المستعير قد رفعت ضده دعوى يطالب من خلالها المالك الحقيقي الطرد أو ترك العين المعارة أي أنه حصل للمستعير تعرض من طرف المالك الحقيقي لشيء المعار عن طريق دعوى قضائية.

فمن خلال ما سبق ذكره في إطار هذا الفصل انطلاقا لما جاء ضمن مبحثيه يمكن تأصيل حكم عارية ملك الغير فنجد أنه عقد صحيح فيما بين طرفيه (المعير و المستعير) ولا يشترط بالضرورة أن يكون المعير مالكا للعين المعارة محل التصرف وتبقى الالتزامات التي يربتها عقد العارية سارية بين المعير والمستعير ولا يمكن للمستعير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد الشيء المعار عند مطالبة المعير برده.⁴

أو عند انتهاء عقد العارية و في هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا مؤكدا كذلك وهو القرار رقم 180020 الصادر بتاريخ 1999/07/13 والتي جاء فيه: "من المقرر قانونا انه لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيابة

1 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء "العارية"، المرجع السابق، ص 1524.

2 أنظر: المادة 541، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3 د/أنور طلبه، الوسيط في شرح القانون المدني العقود المسماة، المرجع السابق، ص 779.

4 أنظر: المادة 2/546، من نفس القانون.

أن تفصل في الملكية، وحتى كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنين بإثبات صفتهم كمالكين مع أن العارية يمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية ولا تستلزم أن يكون المعير مالكا للعين المعارة فإنهم يكونوا قد تطرقوا الدعوى الملكية و بالتالي فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون.

و حيث أنه من الثابت أن العارية لا تستوحي حتما صفة المالك من أجل إثبات وقوعها فضلاء أن العارية إثباتها بكل الوسائل المعمول بها قانونا ولا تستلزم أن يكون المعير مالكا للعين المعارة".¹

ويعنى آخر كما سبق ذكره أنه إذا أعار شخص شيئا مملوكا لغيره وليس له حق إعارته، كان العقد ملزما للمتعاقدين، وليس للمعير في أن يطلب من المستعير رد الشيء بحجة أنه لم يكن له، على أن العقد المذكور لا يمنع المالك من الحصول على ذلك الشيء من المستعير مباشرة، ولو قبل انقضاء الأجل لأنه لم يكن طرفا في عقد العارية حتى يحتج به عليه وإنما يجوز لمستعير أن يحصل من المعير على تعويض إذا أخذ الشيء المعار قبل الأجل متى كان المعير سيء النية.²

أما إذا كان المعير حسن النية فإنه لا يضمن الاستحقاق اتجاه المستعير ولكن إذا لم يطالب المالك الحقيقي لشيء المعار باسترداده، فلا يمكن للمستعير رفض رد الشيء المعار للمعير بحجة عدم ملكية هذا الأخير له، فيتوجب مبدئيا على المستعير أن يرده إلى المعير، بدون تطلب أي سند ملكية غير أنه أو في حالة إذا رفع المالك الحقيقي لشيء المعار دعوى للمطالبة بالشيء محل التصرف فتوجب على المستعير عندئذ عدم الرد طالما أن المسألة لم يتم بثها بعد ويضاف إلى ذلك أنه إذا اكتشف المستعير أن الشيء المعار قد تم أخذه من غير مالكة الحقيقي فإنه يتوجب عليه إخطار المالك الحقيقي لشيء المعار وترك مهلة له للاعتراض، وعند انقضاء هذه المهلة فقط دون أن يعترض المالك الحقيقي يستطيع المستعير رد الشيء إلى المعير بدون أن يكون مسؤولا تجاه المالك الحقيقي.³

وعليه واعتمادا لما سلف ذكره نجد أن العارية يمكن أن ترد على المنقول وعلى العقار في نفس الوقت، وبالنسبة لورودها على منقول فإنه يمكن للمستعير لو رفع ضده مالك الشيء المعار دعوى استرداد أن يحتج في مواجهته بقاعدة معروفة قانونا **الحيازة في المنقول سند الملكية**⁴ ، وفي هذه الحالة فإن المالك الحقيقي لا يمكنه سوى الرجوع بدعوى التعويض ضد المعير أما بالنسبة للعقار فلم يخول المشرع للمستعير الحق في إحدى دعاوي الحيازة عكس المستأجر الذي خوله حق رفع دعوى استرداد الحيازة فقط.⁵

¹ المجلة القضائية، المحكمة العليا، سنة 1999، العدد الأول، ص 137.

² د/محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 267.

³ الآن بينات، ترجمة د/منصور القاضي، المرجع السابق، ص 342.

⁴ أنظر: المادة 835، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁵ أنظر: المادة 487، من نفس القانون.

وبالتالي إذا كان المالك الحقيقي يملك سنداً رسمياً وقانونياً ومشهراً لدى المحافظة العقارية المختصة فإنه يمكنه طرد المستعير واسترداد الشيء المعار منه والرجوع على المعير بالتعويض عن الضرر الحاصل له نتيجة استعمال الشيء المعار دون علمه ورضاه.

خاتمة

في ختام هاته الدراسة يتضح أن التصرفات التي ترد على ملك الغير تتمثل في البيع و الذي هو أهم العقود الناقلة للملكية حيث نظمته المشرع ضمن نصوص في القانون المدني إضافةً على عقود أخرى كعقد الشركة و عقد الصلح ، و هناك أيضاً تصرفات أخرى ترد على المنفعة بالشيء كعقد الإيجار و عقد العارية .

و بالتالي فالمحل الذي تكون ملكيته مملوكة للغير يمكن أن ترد عليه نفس العقود التي قررها المشرع للمالك سواء كانت ناقلة للملكية أو للإنتفاع منها فقط .

كما أن المشرع لم ينظم التصرفات الواردة على ملك الغير باستثناء البيع و لعل ذلك في أنه أخطر التصرفات التي تمس الملكية و المالك و بالتالي المشرع لم يوفر حماية قانونية شاملة للمالك في حالة التصرف في ملكيته و كذا غياب الجزاء ، أما بالنسبة لبيع ملك الغير فلم يوضح نوع البطلان الواقع عليه ، و هذا ما يؤكد قصور المشرع على تنظيم هذا الحكم و كذا عدم الاهتمام به رغم القيمة المالية لهاته الأشياء و كذلك تطبيقاً لنص المادة 52 من الدستور .

هذا ما دفع بنا إلى تقديم جملة من الإقتراحات في النقاط التالية :

- وجوب تنظيم خاص بكافة التصرفات الواردة على ملك الغير و ضرورة النص على جزاء كل منها صراحةً .
- توفير آليات تشريعية لحماية المالك من التصرفات التي قد ترد على ملكيته .

قائمة المراجع

أولاً : الكتب القانونية

- 1) الجمال مصطفى محمد، الموجز في أحكام الإيجار، الطبعة الأولى، الفتح للنشر والطباعة ، الإسكندرية (مصر) 2002 .
- 2) الزعبي محمد يوسف، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع (عمان)، سنة 2004.
- 3) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل والصلح، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان)، سنة 2000.
- 4) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء-الإيجار-، الجزء السادس، المجلد أول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان) 1998.
- 5) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء-العارية-، الجزء السادس، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان)، 1998.
- 6) الشرقاوي جميل، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة، بدون طبعة، دار النهضة العربية (القاهرة)، سنة 1975.
- 7) العطار عبد الناصر توفيق، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن ، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية (مصر) 1989 .
- 8) العمروسي أنور، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- 9) بن تقية محمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بدون طبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية (الجزائر).
- 10) بينابنت آلان ، ترجمة الدكتور القاضي منصور، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت (لبنان)، سنة 2004.
- 11) تناغو سمير السيد، عقد البيع، بدون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية (مصر)، سنة 1983.
- 12) حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، سنة 1990.
- 13) حمزة محمود جلال، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة-البيع والإيجار، الجزء الرابع ، بدون طبعة ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان (الأردن)، سنة 2005.

- 14) ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية (الجزائر)، سنة 2001.
- 15) سليم عصام أنور، الوجيز في عقد الإيجار الأحكام العامة في الإيجار، الجزء الأول، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية (مصر)، سنة 2000.
- 16) شاهين إسماعيل عبد النبي، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة (الإسكندرية)، سنة 2005.
- 17) طلبه أنور، الوسيط في شرح القانون المدني العقود المسماة، الجزء الرابع، بدون طبعة، الدار الكتب القانونية الإسكندرية (مصر)، سنة 2005.
- 18) طلبه أنور، عقد الإيجار في ضوء قضاء النقض، بدون طبعة، دار الكتب القانونية القاهرة (مصر)، سنة 1999.
- 19) عمر حمدي باشا ويلي زروقي، المنازعات العقارية، الطبعة الثالثة عشر، دار مة (الجزائر)، سنة 2011.
- 20) فرج توفيق حسن، الوجيز في عقد البيع، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، سنة 1988.
- 21) فوده عبد الحكيم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث الإسكندرية (القاهرة)، سنة 1993.
- 22) فيلاي علي، النظرية العامة للإلتزامات-العقد-، بدون طبعة، هومة للنشر(الجزائر)، سنة 2001.
- 23) قاسم محمد حسن، القانون المدني العقود المسماة-البيع التأمين الإيجار- دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت (لبنان)، سنة 2005.
- 24) قدادة خليل حسن أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع، الجزء الرابع، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، (الجزائر)، سنة 2001.
- 25) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة-عقد البيع-، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب القانونية بيروت (لبنان)، سنة 1990.
- 26) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة-عقد الإيجار، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية بيروت (لبنان)، سنة 1993.

ثانياً : المذكرات و الرسائل الجامعية

- 1) برايك الطاهر ، عقد الصلح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر)، سنة 1990-2000.
- 2) سعيدي صالح، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر)، سنة 2001-2002.
- 3) كميح حورية ، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون (الجزائر)، سنة 1983.
- 4) محسني محمد و بوغراة سمير و غوار عباد، الصلح في القانون الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الأبيار (الجزائر)، الدفعة الثالثة عشر، سنة 2002-2005.
- 5) مهرة فوزية ، إثبات الإيجار المدني، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الأبيار(الجزائر)، الدفعة الخامسة عشر 2004-2007.

ثالثاً: النصوص القانونية

أ - الأوامر :

- 1) الأمر 58 / 75 المؤرخ في 28 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 05 / 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 44.
- 2) الأمر 05 / 07 المؤرخ في 13 / 05 / 2007 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم للأمر 05 / 10 ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 .
- 3) الأمر 74 / 75 المؤرخ في 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية في 12 / 11 / 1975، العدد 92.

ب - المراسيم :

- 1) المرسوم التشريعي رقم 93 / 03 المؤرخ في 01 / 03 / 1993 ، الذي يتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بالقانون رقم 04 / 11 المؤرخ في 17 / 02 / 2011، الذي يحدد القواعد العامة التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، الجريدة الرسمية ، العدد رقم 14.

ج - الأحكام و القرارات القضائية

- 1) قرار، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 25 / 06 / 1986، ملف رقم 36889.
- 2) قرار، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 28 / 06 / 2000، ملف رقم 197920.
- 3) قرار، مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 08 / 04 / 2002، ملف رقم 006426.
- 4) قرار، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 22 / 05 / 2002، ملف رقم 232683.

رابعاً : المجالات القضائية

- 1) المجلة القضائية للغرفة المدنية، المحكمة العليا، لسنة 1991، العدد الثاني.
- 2) المجلة القضائية للغرفة التجارية والبحرية، المحكمة العليا، لسنة 1993، عدد خاص.
- 3) المجلة القضائية للغرفة المدنية، المحكمة العليا، لسنة 1996، العدد الثاني.
- 4) المجلة القضائية، المحكمة العليا، لسنة 1997، العدد الأول.

الفهرس

الفصل الأول : التصرفات المتعلقة بنقل ملكية الغير

- 9 المبحث الأول : عقد البيع الوارد على ملك الغير
- 9 المطلب الأول : مفهوم عقد البيع الوارد على ملك الغير
- 10 الفرع الأول : تعريف عقد البيع الوارد على ملك الغير
- 10 أولاً : المقصود بالغير
- 11 ثانياً : تعريف عقد بيع ملك الغير
- 13 الفرع الثاني : شروط بيع ملك الغير
- 13 أولاً : شروط بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي
- 15 ثانياً : شروط بيع ملك الغير في إطار القانون المدني الجزائري
- 19 المطلب الثاني : تمييز عقد البيع الوارد على ملك الغير عن التصرفات المشابهة له
- 19 الفرع الأول : تمييز بيع ملك الغير عن بيع المال المملوك على الشيوع
- 19 أولاً : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك لكل المال المشاع
- 20 ثانياً : تمييز بيع ملك الغير عن بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع
- 24 الفرع الثاني : تمييز بيع ملك الغير عن التصرف في ملك الغير بالإيجار
- 24 المطلب الثالث : الأحكام الفقهية والآثار القانونية لبيع ملك الغير
- 25 الفرع الأول : تأصيل البطلان في بيع ملك الغير
- 25 أولاً : بالنسبة لمختلف الآراء الفقهية
- 31 ثانياً : الرأي الراجح
- 32 الفرع الثاني : الآثار القانونية لبيع ملك الغير
- 32 أولاً : آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين
- 41 ثانياً : آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
- 46 المبحث الثاني : أنواع العقود الأخرى الناقلة للملكية الواردة على ملك الغير .
- 46 المطلب الأول : عقد الشركة
- 47 الفرع الأول : المحل في عقد الشركة
- 48 أولاً : الحصة مبلغ من النقود
- 48 ثانياً : الحصة عين معينة بالذات
- 49 ثالثاً : الحصة انتفاع بالمال .
- 49 الفرع الثاني : أحكام تقديم مال مملوك للغير كحصة في عقد الشركة
- 50 أولاً : الحصة عبارة عن حق ملكية أو حق عيني
- 51 ثانياً : الحصة عبارة عن انتفاع بالمال

- 52 **المطلب الثاني : القرض الإستهلاكي**
- 52 **الفرع الأول: مفهوم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير**
- 53 **أولاً : تعريف القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير**
- 54 **ثانياً : شروط القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير**
- 56 **الفرع الثاني: حكم القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير**
- 56 **أولاً : النظريات المختلفة التي تحكم إقراض ملك الغير**
- 57 **ثانياً : أثر القرض الإستهلاكي في مواجهة المالك الحقيقي وفي مواجهة أطرافه**
- 59 **المطلب الثالث : عقد الصلح**
- 59 **الفرع الأول : مفهوم عقد الصلح الوارد على ملك الغير**
- 59 **أولاً : تعريف عقد الصلح الوارد على ملك الغير**
- 60 **ثانياً : خصائص عقد الصلح**
- 61 **ثالثاً : شروط عقد الصلح**
- 61 **رابعاً : الطبيعة القانونية لعقد الصلح**
- 63 **خامساً : المحل في عقد الصلح**
- 64 **الفرع الثاني : أحكام الصلح على مال مملوك للغير**
- 65 **أولاً : بديل الصلح في القوانين المقارنة**
- 65 **ثانياً : أحكام القضاء المقارن**
- الفصل الثاني : التصرفات المتعلقة بالانتفاع بملكية الغير**
- المبحث الأول : عقد الإيجار الوارد على ملك الغير**
- 69 **المطلب الأول : مفهوم عقد الإيجار الوارد على ملك الغير**
- 69 **الفرع الأول : تعريف عقد الإيجار الوارد على ملك الغير**
- 69 **أولاً : التعريف اللغوي**
- 69 **ثانياً : التعريف الإصطلاحي**
- 69 **ثالثاً : التعريف القانوني**
- 70 **رابعاً : التعريف الفقهي**
- 72 **الفرع الثاني : شروط إيجار ملك الغير**
- 72 **أولاً : أن يكون التصرف إيجاراً**
- 72 **ثانياً : أن يكون الشيء المؤجر معيناً بالذات**
- 73 **ثالثاً : أن لا يكون المؤجر له حق تأجير العين**
- 82 **المطلب الثاني : تمييز إيجار ملك الغير عن غيره من التصرفات المشابهة له**
- 82 **الفرع الأول : تمييز إيجار ملك الغير عن إيجار المال المملوك على الشيوع**

82	أولاً : إيجار المالك على الشيوع لكل المال الشائع
83	ثانياً : إيجار المالك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع
84	الفرع الثاني : تمييز إيجار ملك الغير عن إعارة ملك الغير
84	المطلب الثالث : آثار وتطبيقات إيجار ملك الغير
85	الفرع الأول : آثار إيجار ملك الغير
85	أولاً : آثار إيجار ملك الغير فيما بين المتعاقدين
86	ثانياً : أثر إيجار ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي
88	الفرع الثاني : تطبيقات إيجار ملك الغير
88	أولاً : إيجار العقار
90	ثانياً : إيجار المنقول
91	المبحث الثاني : عقد العارية الوارد على ملك الغير
91	المطلب الأول : مفهوم عقد العارية الوارد على ملك الغير
91	الفرع الأول : تعريف عقد العارية الوارد على ملك الغير
93	الفرع الثاني : شروط إعارة ملك الغير
93	أولاً : يجب أن يكون التصرف عقد عارية
93	ثانياً : أن يكون محل عقد العارية معيناً بالذات وغير قابل للإستهلاك
94	ثالثاً : أن لا يكون المعير له حق إعارة الشيء المعار
94	المطلب الثاني : تمييز عقد إعارة ملك الغير عن العقود المشابهة لها
95	الفرع الأول : تمييز عقد إعارة ملك الغير عن هبة ملك الغير
95	الفرع الثاني : تمييز عقد إعارة ملك الغير عن القرض الإستهلاكي الوارد على ملك الغير
96	المطلب الثالث : آثار عقد العارية الواردة على ملك الغير
101	خاتمة
103	قائمة المراجع
108	الفهرس