



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص: قانون عقاري

إعداد الطالب:

عقوني محمد

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور عزري الزين

بتاريخ 2016/12/01

أمام لجنة المناقشة المتكونة من السادة الأساتذة:

أ.د./لشهب حورية	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة بسكرة
أ.د./عزري الزين	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة
أ.د./زرارة صالح الواسعة	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا	جامعة باتنة
أ.د./رامول خالد	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا	جامعة البلدية
د/مانع سلمي	أستاذ محاضراً	ممتحنا	جامعة بسكرة
د/بن عبد القادر زهرة	أستاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة قسنطينة

السنة الجامعية: 2016/2015

بسم الله الرحمان الرحيم

شكر وعرافان

أول الشكر وآخره لله عز وجل

وامثالاً لقول المصطفى عليه الصلاة والسلام "من لا يشكر الناس لا يشكر الله "

فإني أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير العميق لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عزري الزين على ما خصه لي من جهد ووقت وما قدمه من نصائح وتوجيهات قيمة لإخراج الرسالة على ما هي عليه الآن. كما أتقدم بخالص شكري وامتناني لأعضاء لجنة مناقشة الأطروحة بتفضلهم قبول مناقشة هذه الرسالة وتحمل عبء مراجعة هذا العمل وتصويب أفكاره وأخطائه بما يكون مناسباً وملائماً في هذه الأطروحة. ولا أنسى أن أقدم شكري لأساتذة وموظفي كلية الحقوق بجامعة بسكرة وكل من قدم لي يد العون في إنجاز هذا العمل المتواضع.

إليهم جميعاً أقول جزاكم الله خير جزاء في الدنيا والآخرة

الطالب

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من علماني أصول الحياة وحب طلب العلم إلى والدي الكريمين أطل الله في عمرهما.
إلى من قصرت في حقهم طيلة فترة إعداد هذه الرسالة رفيقة دريزوجتي الكريمة وابنتي أسيل.
إلى من كانوا لي خير عون وسند إخواني وأخواتي.
إلى كل الزملاء والأصدقاء.
إلى كل من ساهم في هذا العمل ولو بكلمة طيبة.
إلى كل من يسعى إلى طلب العلم.

الطالب

قائمة المختصرات

الاختصار	معناه
ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري
ق.إ.م.إ.ج.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق.أ.ج.	قانون الأسرة الجزائري
ق.أ.و.	قانون الأملاك الوطنية
ق.ت.ع.	قانون التوجيه العقاري
م.أ.ع.ت.س.ع.	مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري
ت.س.ع.	تأسيس السجل العقاري
جرجج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ج	دينار جزائري

مقدمة

للمال مكانة هامة في حياة الأفراد والدول، ويعكس مستوى الحياة الاجتماعية والاقتصادية؛ ويعتبر مؤشرا مهما يظهر مدى تطور الدول. وحب تملك المال بالفطرة، فقد فطر الله عليها الإنسان، ما جعلهم يتسابقون ويتنافسون، وقد يتصارعون ويتنازعون من أجل الظفر به. يقول عز وجل في محكم تنزيله " وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا"¹، ويقول تعالى " الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا"².

وتأخذ ملكية المال صورا عديدة وأشكالا مختلفة، فبعد أن كانت البشرية تعيش في مشاعية مطلقة وبملكية جماعية، تحولت بظهور فكرة الملكية الفردية، أو المفردة إلى الملكية التي تكون خالصة لشخص واحد ينفرد بها، تكون ثابتة له على سبيل الاستثناء والافراد على شيء مفرز، دون منازع أو مزاحم، وهو الأصل في التملك. فيكون لصاحبها حق إدارتها والانتفاع بها والتصرف فيها وفق القانون بشكل مباشر، دون أن تكون عليه رقابة من أحد لأنه يملكها منفردا.

غير أن هناك صورة أخرى للمال وجدت استثناء، حين يملكه أكثر من شخص على وجه الشيوخ، فيتعدد الملاك لشيء واحد، دون أن يخصص لكل منهم جزءا مادياً معيناً فيه، كان كل منهم مالكا على الشيوخ، أو مشتاعا، أو شريكا في الملك.

الملكية الشائعة رغم أنها ترد على المنقولات كما تكون في العقارات، إلا أن الشيوخ لصيق بالعقار الشائع أكثر من المنقول، لعدة اعتبارات أبرزها طول مدة الشيوخ في العقار في الكثير من الأحيان، كما أن طبيعة العقار تخلق عدة إشكالات وتعقيدات عند الاستعمال والاستغلال، بالإضافة إلى الاختلال والثغرات الموجودة في التنظيم العقاري في الجزائر، الذي يجعل الانتفاع والتصرف في العقار الشائع أمرا في غاية التعقيد.

وتعتبر الملكية الشائعة ليست بالنظام المفيد اقتصاديا، بسبب اختلاف رغبة وميول الشركاء في الاستفادة منها، مع عدم استقرار التصرفات والأعمال الواردة عليها، ما يؤدي إلى إعاقة الانتفاع بها، إلا أنها باتت أمرا واقعا لا مناص منه لأسباب كثيرة، حيث نجدها منتشرة بكثرة

¹ - الآية 20 من سورة الفجر.

² - الآية 46 من سورة الكهف..

في بلادنا، وقد تستمر إلى زمن طويل، ما يجعلها وعاءً عقاريا معتبرا، يمكن أن يكون له دور اقتصادي مهم، غير أنه ونظرا لطبيعة هذه الملكية التي يتم فيها إخضاع سلطات الملاك المشتاعين لقيود معينة بسبب تساويهم في الحقوق على نفس الشيء، غالبا ما يؤدي إلى عرقلة استغلال واستثمار العقار الشائع والاستفادة منه على الوجه الأكمل.

فوجود الشيوخ في العقارات غالبا ما يؤدي إلى إهمالها وعدم إعمارها، لأن عناية المالك المستقل بملكه تكون بطبيعة الحال أكثر مما لو كان مالكا على الشيوخ، بالإضافة إلى ما يترتب على الشيوخ من تقييد لحرية الشركاء وخضوع بعضهم لمشيئة البعض الآخر في أمر التمتع والانتفاع بحصصهم الشائعة، ما يؤدي في أحيان كثيرة إلى الإضرار بمصالح الملاك على الشيوخ.

الدراسة والبحث في موضوعنا يتمحور حول السبل والوسائل القانونية المتاحة للانتفاع بالعقار أثناء فترة الشيوخ. ولا نقصد هنا حق الانتفاع فقط، بل كل الأعمال والتصرفات المترتبة من طرف الشركاء للانتفاع بهذه الملكية واستثمارها أثناء فترة الشيوخ، وهذا ما أكدته وحرص عليه المشرع الجزائري في نصوصه المنظمة للملكية الشائعة، حيث نجده في المادة 2/716 من القانون المدني¹ يقضي بما يلي: "وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا...". كما نصت المادة 1/717 من نفس القانون بما يلي: "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال...".

هذا ما يبين اهتمام المشرع بتنظيم الانتفاع بالمال الشائع على أحسن وجه، إدراكا منه لكثرة التعقيدات والإشكالات التي تخلق في الملكية الشائعة عند الاستعمال والاستغلال والانتفاع بالمال أثناء فترة الشيوخ، والتي قد تطول في أحيان كثيرة وفي ظروف سيئة.

وقد لفت انتباهي بعد النظر في نوع القضايا المطروحة في محاكمنا أن جزءا مهما من هذه القضايا متعلق بالملكية الشائعة، خاصة ما تعلق بمحاولة الانتفاع بها من طرف الشركاء؛ ما ينعكس سلبا على مصالح الملاك على الشيوخ. حيث نجد الكثير من العقارات الفلاحية الشائعة

¹ - الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975.

تُهمَل ويتراجع إنتاجها بسبب اختلاف الملاك على الشيوخ في طريقة الانتفاع بها، بالإضافة إلى جهلهم في حالات كثيرة بطرق ووسائل الانتفاع طبقاً للقانون، كما نجد مباني تجارية تبقى مغلقة لسنوات بسبب وفاة صاحبها، فتتحول إلى ملكية شائعة بين الورثة، الذين يُبقون المال شائعاً دون الاتفاق على تنظيم الانتفاع به.

الانتفاع بالعقار الشائع يشمل أهم السلطات المخولة للمالك، فهو يضم إلى جانب سلطة مباشرة أعمال الإدارة، سواء كانت إدارة معتادة، أو غير معتادة، سلطة التصرف غير الناقلة للملكية، أما التصرفات المؤدية إلى نقل الملكية كالبيع والهبة، فهي خارج موضوع دراستنا ودائرة اهتمامنا، لأنها لا تحقق الانتفاع أثناء فترة الشيوخ، ولا تعد إحدى صورته بسبب نقل ملكية الحصة المتصرف فيها إلى الغير، سواء كان شريكاً في المال، أو أجنبي عنه.

وتقتصر دراستنا على سلطة التصرفات المؤدية للانتفاع بالعقار الشائع أثناء فترة الشيوخ، عن طريق ترتيب حقوق عينية أصلية متجزئة عن الملكية، كحق الانتفاع والاستعمال والاستغلال، وترتيب حقوق عينية تبعية، كالرهن، سواء كان رهناً رسمياً، أو حيازياً.

أهمية الموضوع: يمكن النظر إلى أهمية موضوع الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري من جانبين، علمي (نظري) وعملي (تطبيقي).

1- أهمية علمية (نظرية): التطرق لموضوع الانتفاع بالعقار الشائع هو في حد ذاته ملامسة لموضوع الشيوخ بوجه عام. حيث من خلال تلك الملامسة يمكن التطرق إلى حقيقة هذا النوع من الاشتراك في الأموال؛ على أساس مقارنة اعتمدها المشرع الجزائري، تقوم على النظر إلى الشيوخ من زاوية سلبية باعتباره وضعاً غير مرغوب فيه، وأنه حالة طارئة مآلها الزوال، وأنه أسلوب غير عادٍ للملك، وغير جدير بالاهتمام من حيث الاستمرار فيه واستثمار الأموال في إطاره.

ولأن الملكية العقارية الشائعة لها أحكام، فمن المهم إدراك النظام القانوني لهذه الملكية ودورها في تحقيق المنفعة الخاصة لأصحابها والمصلحة العامة للمجتمع والدولة، فتبرز أهمية الدراسة في أنها تسعى إلى الكشف عن الأحكام المنظمة لهذه الملكية، في إطار نظام الشيوخ وأحكام العقار.

كما نلاحظ قلة اهتمام الباحثين بموضوع الشيوخ بوجه عام، وبالأخص الانتفاع بال عقار الشائع (في حدود ما اطلع عليه الباحث)، ولا يتم التطرق إليه، إلا بشكل عرضي خلال تناول نظام الملكية، أو الحقوق العينية، أو الأموال، أو القسمة، رغم أن الاستفادة والانتفاع بال عقار الشائع أثناء فترة الشيوخ لا تقل أهمية عن القسمة مثلا، لأن عمليا الأموال التي تبقى شائعة لفترة طويلة لا تقل عن الأموال التي تقسم وتتحول إلى ملكية مفرزة. وعليه فإن الأمر يحتاج إلى دراسة الشيوخ دراسة معمقة لإبراز كل العراقيل والصعوبات القانونية التي تواجه الملاك المشتاعون فيما يتعلق بالانتفاع بال عقار الشائع، مع اقتراح الحلول على ضوء حقيقة الملكية الشائعة وخصائصها وتوضيح كل ذلك بالشرح والبيان.

2- أهمية عملية (تطبيقية): تكمن في أهمية الشيوخ ذاته باعتبار أن هذا النوع من الملكية أصبح ينتشر يوما بعد الآخر، ويستمر لمدة طويلة ليصل إلى الأحفاد في بعض الأحيان، كما هو الحال في الشيوخ الوراثي، حيث طبيعة المجتمع الجزائري القائمة على التماسك العائلي تساعد على بقاء أموال التركة شائعة بين الورثة، إلى درجة أنه يعتبر قسمة التركة في بعض المناطق أمرا مستكرا وغير مقبول اجتماعيا.

وبذلك فإن معالجة قضايا الشيوخ، بما فيها تلك المتعلقة بالانتفاع بال عقار الشائع تعتبر أمرا مهما، من أجل تسليط الضوء على الموضوع ومناقشة مختلف الإشكالات التي يطرحها وفق النصوص القانونية والتحديات التي تفرضها متطلبات التنمية.

وبناء على ما سبق، عمل الباحث جاهدا قدر الإمكان ليساهم بهذا العمل المتواضع على توضيح حقيقة النظام القانوني للشيوخ في العقارات باعتباره أصبح يفرض نفسه على الواقع الاجتماعي والاقتصادي.

الأسباب والدوافع لاختيار الموضوع: يعود سبب اختياري لموضع البحث لعدة أسباب موضوعية وشخصية أهمها:

- ما أملتة الحياة العملية، من وجود الكثير من العقارات الشائعة معطلة وغير مستفاد منها لفترة طويلة، أصبحت عبئا على الملاك على الشيوخ، ما يدعو إلى تسليط الضوء على هذه الإشكالات لإيجاد الحلول الممكنة.

- كثرة النزاعات المطروحة أمام الجهات القضائية المختصة ينصب موضوعها حول أعمال الإدارة، وأعمال التصرف المؤدية إلى الانتفاع بال عقار الشائع. ما جعلها مجالاً خصباً للدراسة والتنقيب، لما تثيره من إشكالات قانونية وعملية واجبة البحث والتمحيص.

- مواصلة البحث واستكمال الدراسات المتعلقة بالملكية الشائعة، بغية التعمق أكثر في جانب مهم منه والمتعلق بكيفية الانتفاع بال عقار الشائع.

- أما السبب الشخصي في اختيار موضوع البحث، فيعود للرغبة الملحة في دراسة موضوع له جانب عملي مفيد، يساهم في محاولة إيجاد حلول للإشكالات العديدة التي يتطرق إليها القضاء، والتي تنعكس على حماية مصالح الأفراد والمجتمع.

إشكالية الدراسة: عملت من خلال موضوع هذه الدراسة أن أطرح تساؤلاً مهماً، وهو إلى أي مدى يمكن اعتبار الوسائل والآليات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري عند تنظيمه للملكية العقارية الشائعة ولسلطات الشركاء المشتاعين كفيلاً بتحقيق الانتفاع الأمثل بال عقار الشائع؟
وتأسيساً على ما سبق نطرح التساؤلات التالية:

- هل تحقق قسمة المهابة رغبة الشركاء في الانتفاع الأمثل بال عقار الشائع؟

- كيف يتم انتفاع الشركاء بال عقار الشائع عن طريق الإدارة المعتادة وغير المعتادة؟

- ما مدى صحة تصرفات الشركاء المؤدية للانتفاع بال عقار الشائع؟

أهداف الدراسة: تعمل الدراسة على تحقيق هدف أساسي، وهو تبيان سبل ووسائل الانتفاع بال عقار الشائع أثناء فترة الشيوخ من طرف الشركاء مجتمعين، أو أغلبية منهم، أو عند أفراد أحدهم بذلك، بالإضافة إلى تحديد المعوقات والعقبات التي تقف حائلاً دون الانتفاع الأمثل بهذه الملكية، وتوعية الملاك على الشيوخ بكل ما ينجر عن عدم توافق الآراء حول الانتفاع بال عقار الشائع وتحقيق الإجماع، أو الأغلبية المطلوبة قانوناً، في تسييرها واستغلالها والأضرار الناجمة عن ذلك.

المنهج المتبع: اقتضت طبيعة الدراسة اعتماد جملة من المناهج العلمية التي تتكامل فيما بينها للإجابة عن إشكالية موضوع هذه الأطروحة، فاعتمد الباحث على استخدام **المنهج التحليلي** الذي يظهر من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة للملكية الشائعة، ومختلف النصوص المتعلقة

بالعقار الشائع وسبل الانتفاع به، وتحليل سياسة المشرع الجزائري إزاء هذا النوع من الأموال والآليات المتبعة في استعمال واستغلال العقار الشائع؛ كما تم الاستعانة **بالمنهج الوصفي** وذلك من خلال رصد إشكالات الانتفاع بالعقار الشائع بهدف معرفة أحكام الإدارة والتصرف فيه، وذلك بالاعتماد على النصوص التشريعية المنظمة للملكية الشائعة والعقار، وكذا الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى الآراء الفقهية المختلفة.

كما تم الاستعانة **بالمنهج التاريخي** من أجل تبيان تطور القوانين والأحكام المنظمة للملكية الشائعة عبر الأزمنة والعصور المختلفة، لفهم هذا النظام أكثر، وإعطاء نظرة على حاضره ومستقبله، كما استعان الباحث **بالمنهج المقارن**، رغم أن الدراسة ليست مقارنة، لإظهار وتبيان موقف المشرع الجزائري مقارنة بالتشريعات المقارنة، خاصة التشريع الفرنسي والمصري.

نطاق الدراسة: ستكون هذه الدراسة مقتصرة على الملكية الشائعة، أو ما يصطلح على تسميتها بالشيوع الاختياري، وقد نظمها المشرع الجزائري في قسم خاص بها، هو القسم الرابع من القانون المدني، وبالتالي لا يدخل في إطار بحثنا الملكية المشتركة، أو ما يسمى بالشيوع الإجباري.

ومعالجة موضوع الانتفاع بالعقار الشائع سوف تكون على ضوء الأحكام العامة المنظمة لأعمال الإدارة والتصرفات، والأحكام الخاصة بالملكية الشائعة التي جاء بها الأمر رقم: 58-75، **المتضمن القانون المدني الجزائري**، وبعض النصوص المتفرقة في عدة قوانين، أهمها القانون رقم: 30-90، **المتضمن قانون الأملاك الوطنية**¹، والمرسوم التنفيذي رقم: 12-427، **الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة**²، بالإضافة إلى النصوص المنظمة للعقار التي جاءت في عدة قوانين مختلفة.

الدراسات السابقة: رغم وجود العديد من الدراسات المتعلقة بالملكية الشائعة، إلا أن أغلبها يتناول قسمة المال الشائع، خاصة على مستوى التشريع الجزائري، ومن أهم الدراسات التي اعتمدت عليها:

¹ - القانون رقم: 30-90، المؤرخ في 1990/12/01، **المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم**، ج ر ج ج، العدد 52، المؤرخة في 1990/12/02.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، المؤرخ في 2012/12/16، **يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة**، ج ر ج ج، العدد 69، المؤرخة في 2012/12/19.

- **الدراسة الأولى:** معنونة بـ "قسمة المهايأة - دراسة مقارنة -"، أطروحة رسالة دكتوراه، للباحثة كحيل حياة، التي بحثت في وسيلة من وسائل الانتفاع بالعقار الشائع، وهي قسمة المهايأة. ولقد جاءت الدراسة في بابين، تطرقت الباحثة في الباب الأول إلى ماهية المهايأة، أما الباب الثاني، فقد تناولت تكييف قسمة المهايأة وأثارها وانقضائها، وجاءت هذه الدراسة مقارنة بين ما جاء به المشرع الجزائري في القانون المدني حول قسمة المهايأة، وبين ما جاءت به شريعتنا الغراء باعتبارها أول من نظم قسمة المهايأة.

وتتداخل دارستنا ودراسة الباحث في أنها تناولت جزءا أساسيا، يتمثل في الفصل الأول من الباب الأول، والمتعلق بإدارة العقار الشائع عن طريق قسمة المهايأة، إلا أن وجه الاختلاف يكمن في أن دراسة الباحث جاءت مقارنة مع الفقه الإسلامي، الذي ليس له محل في دراستي.

- **الدراسة الثانية:** هي كتاب بعنوان، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، للباحث محمود عبد الرحمان محمد، تناول مواضيع تنظيم الملكية الشائعة في القانون المصري والفقه الإسلامي والقانون الفرنسي في مقدمة الدراسة، وتناول استعمال واستغلال المال الشائع في التنظيم التشريعي والاتفاقي في القانون المصري والفقه الإسلامي، مع الإشارة إلى دور القضاء الفرنسي في تنظيم استعمال المال الشائع في المبحث الأول، وبعدها تطرق إلى المبدأ العام في إدارة المال الشائع وتولي أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع، ثم عرج للبحث في وسائل القانون الفرنسي للتخفيف من حدة مبدأ الإجماع في إدارة المال الشائع.

تناول الباحث بالتفصيل مسائل ونقاط عديدة تدخل في نطاق الباب الأول من بحثي، والمتعلقة بإدارة المال الشائع، إلا أنه تناول الإدارة بالمال الشائع بصفة عامة، بخلاف موضوع دارستنا الذي يسلط الضوء على العقار الشائع فقط، كما أن الباحث تناول محاور لا تدخل في دارستنا، وهي دراسة المقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي.

- **الدراسة الثالثة:** متعلقة بـ "إدارة المال المشاع في التشريع المغربي"، للباحث عبد اللطيف كرازي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. تناول الباحث الدراسة في بابين، يتناول الأول نطاق حق الشريك في تدبير المال الشائع والانتفاع به وحفظه، في الفصل الأول منه، أما الفصل الثاني، فقد تناول الإدارة المعتادة للمال الشائع بين أهمية التنظيم الاتفاقي وفعالية دور القاضي. وتطرق

الباحث في الباب الثاني للأطروحة إلى إدارة المال الشائع بين سلبيات الإجماع وإكراهات الشيوخ الإجباري، حيث بحث في الفصل الأول منه في سلطات الشريك المشتاع بخصوص الإدارة غير المعتادة للمال الشائع، وفي الفصل الثاني خاض بدراسة إكراهات إدارة المال الشائع في إطار الشيوخ الإجباري.

لقد تناولت هذه الدراسة الكثير من العناصر التي تعد جزءا أساسيا في بحثي، خاصة فيما تعلق منها بالإدارة المعتادة وحفظ المال الشائع والإدارة غير المعتادة له، إلا أن هذه الدراسة جاءت وفق القانون المغربي الذي يختلف في الكثير من المسائل عن القانون الجزائري، وهو أهم اختلاف عن دراستنا، كما أن الباحث اختص في دراسته على إدارة المال الشائع، في حين أن بحثي بتوسع ليشمل جميع وسائل الانتفاع بالعمارة الشائع، ومنها أعمال التصرف، بالإضافة إلى أن الباحث قام بدراسته لتشمل المال الشائع بصفة عامة وتوسع ليشمل الشيوخ الإجباري، بخلاف دراستنا المقتصرة على الشيوخ العادي.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة، قسمت الدراسة إلى بابين يسبقهما فصل تمهيدي، والمعنون ب: "ماهية الملكية الشائعة". فكان من الضروري تناول هذا الفصل للتعريف بهذا النوع من الملكية وتمييزها عن غيرها وذكر مصادرها وكيفية انقضائها، وتحديد طبيعة حق الشريك فيها، وتنظيم هذه الملكية، لأن دون هذه المفاهيم وهذا التشخيص لا يمكن فهم واستيعاب ما نتناوله عند البحث في دراستنا.

واعتمد الباحث في تقسيم الدراسة إلى بابين، على أساس طبيعة أعمال الانتفاع بالعمارة الشائع، فجاء الباب الأول معنونا بـ "الانتفاع بالعمارة الشائع عن طريق أعمال الإدارة". وقسمناه إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول "إدارة العمارة عن طريق قسمة المهايأة"، ثم تطرقنا إلى "إدارة العمارة الشائع عن طريق الأغلبية" في الفصل الثاني.

أما الباب الثاني، فجاء موسوما بـ "الانتفاع بالعمارة الشائع عن طريق أعمال التصرف"، وقسمناه أيضا إلى فصلين، الأول تناولنا فيه "الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة شائعة"، وخصصنا الفصل الثاني لـ "الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة مفترزة".

الفصل التمهيدي

ماهية الملكية الشائعة

أثرنا في البداية وقبل خوض غمار البحث والدراسة في طرق ووسائل انتفاع الشركاء بالعقار الشائع، أن نمهد لهذه الدراسة من خلال التطرق إلى مفهوم الملكية الشائعة وتبيان طبيعتها القانونية (المبحث الأول) وتوضيح الفرق بينها وبين باقي الملكيات، ولاستيعاب الأحكام التي تنظم هذه الملكية وفهم الإشكالات التي قد تظهر عند الانتفاع بها، كان لابد من البحث في تنظيم الملكية الشائعة (المبحث الثاني) بداية من الحضارات القديمة، ثم الفقه الإسلامي وصولاً إلى القانون الوضعي المعاصر.

المبحث الأول

مفهوم الملكية الشائعة وتبيان طبيعتها القانونية

سنتناول في بداية هذا المبحث مفهوم الملكية الشائعة (المطلب الأول)، ولمعرفة الطبيعة القانونية لهذه الملكية نتطرق إلى تكييف حق الشريك المشتاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة

نعرض في مستهل الدراسة تعريف الملكية الشائعة لغة واصطلاحاً وقانوناً (الفرع الأول)، ثم نخوض في ما يميز هذه الملكية عن غيرها (الفرع الثاني)، فضلاً عن تبيان مصدر الشروع وأسباب انقضائه (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف الملكية الشائعة

أولاً: تعريف الملكية الشائعة لغة

قال ابن منظور في لسان العرب " يقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومُشاع فيها، أي ليس بمقسوم ولا معزول، وقال الأزهري: إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها.

وسهم شائع أي غير مقسوم، ونصيبه في الشيء شائع وشاع على القلب والحذف ومشاع كل ذلك غير معزول.

أبوسعيد : هما مُتَشَايِعَانِ ومُشْتَاعَانِ في دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها، وهم شُيْعَاءُ [شُيْعَاءُ فيها] وكل واحد منهم شَيِّعٌ لصاحبه، وهذه الدار شَيْعَةٌ بينهم أي مُشَاعَةٌ.¹
 "شاع (شاع) الشيء - شُيُوعًا، وشَيَعَانًا، ومَشَاعًا: و- الدار ونحوها مما يملك: كان مشتركاً لم يقسم. يقال إشتري داره على الشيوع.

(إشتاعا) في كذا: إشتَرَكَ. (تَشَايَع) - الرجلان في الشيء: تشاركًا فيه ولم يقتسماه
 (الشَّيِّعُ): المشارك في شيء مشاع (ج) شُيْعَاءُ
 (المشاعُ): الشائع والمشارك المبهم لم يحدد.²

وجاء في تهذيب اللغة: "شاع الشيء يشيع مشاع وشيعوعة، فهو شائع إذا ظهر وتفرق، وأجاز غيره شائع مشيوعاً، وتقول: تقطر قطرة من لبن في الماء فشيع فيه، أي تفرق فيه."³

ثانياً: تعريف الملكية الشائعة اصطلاحاً

1: تعريف الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي

جاء في المادة 138 من مجلة الأحكام العدلية تعريف المشاع بأنه: "ما يحتوى على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس، وغير ذلك من الحصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أم غير منقول."⁴

كما عرفت المادة 139 من المجلة، الحصة الشائعة بأنها: "الحصة السارية إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك، فالحصة السارية هي الحصة الشائعة، أو المشاعة ومجموع الحصص المشتركة لا يعد مشاعاً، فالمزرعة المشتركة من حيث كل حصة على حدا مشاعة ومن حيث مجموع الحصص غير مشاعة، بل مشتركة بين الشركاء."⁵

1 - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997، ص 503.

2 - مجمع اللغة العربية، "المعجم الوسيط"، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص 503.

3 - أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، "تهذيب اللغة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ص 40(3/40).

4 - منقول عن مازن مصباح صباح، "إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات

الإسلامية)، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، يونيو 2009، ص 67.

5 - منقول عن نفس المرجع ونفس الصفحة.

كما عرف بعض الفقهاء الملكية الشائعة بأنها: "هي ما تعلقت بجزء نسبي غير معين ومحدد، وتكون كل ذرة من المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت الدار مثلا مشتركة بين خمسة أشخاص، فإن لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها".¹

2: تعريف الملكية الشائعة عند فقهاء القانون

الملكية الشائعة هي ملكية عدة أشخاص لشيء واحد، دون فرز وتجنيد نصيب كل منهم في هذا الشيء، فالمالك في الشيوع يشترك هو وباقي الملاك كل بقدر حصته في كل ذرة من ذرات المال الشائع، ولا يختص أي منهم منفردا بنصيب محدد من هذا المال، بل يملك حصة تقدر بنسبة منه، ولكن هذه النسبة لا يقابلها جزء محدد من الشيء محل الحق.

وعليه فالملكية التي تثبت لشخص اعتباري واحد كالشركة، لا تعد ملكية شائعة، لأن المالك هو الشركة باعتبارها شخصا اعتباريا مستقلا عن أشخاص الشركة، وليس هو الشركاء المتعددون.²

وتعرف الملكية الشائعة على أنها هي: "التي تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك، فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثمة يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا (QUOTE-PARTS)، دون أن ينقسم المال ذاته".³

ويعتبر الشيوع حالة قانونية، حيث يمارس عدة أشخاص حقوق ذات طبيعة واحدة على نفس الملكية،⁴ دون أن يختص كل منهم بشيء مفرز فيه، بل يملك كل شريك حصته الشائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات، وبذلك يكون هذا الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتحدد نصيب كل منهم ماديا فيه، بل يتحدد نصيب كل شريك من الناحية المعنوية في ذات الحق،

¹ - مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 67.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 5، و 6.

³ - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، الجزء الثامن، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص

712.

⁴ - Brigitte Hess-Fallon , et Anne-Marie Simon , « Droit Civil », 7 édition , Dalloz , Paris, France , 2003 , p 157.

فيكون له النصف أو الثلث أو الربع، وتتعين حصص الملاك في الشيوخ عادة عند بدايته تبعا لمصدره.¹

فإن كان ميراثا حدد القانون نصيب كل وارث، وإن كان وصية عين الوصي نصيب كل موصى له، وأما إذا كان عقدا تكفل العقد بتعين حصة كل شريك.

وفي حالة لم تعين الحصص، مثال أن يشتري عدة أشخاص عقارا على الشيوخ دون أن يحددوا نصيب كل منهم، فالأصل أن تكون الحصص متساوية، ما لم يقد دليل على غير ذلك.² وقد جرى الفقهاء على هذا الحكم، وفسروا على ضوءه قوله تعالى: "فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ".³ حيث يقررون في قسمة التركة حين يكون الإخوة للأم متعددون بقسمة الثلث فيما بينهم على وجه التساوي، ولأن القرآن الكريم لم يحدد نصيب كل واحد من هؤلاء الإخوة في ذلك الثلث، فإن الأنثى تأخذ مثل الذكر، وبذلك يعتبرون شركاء بالتساوي،⁴ وعمل المشرع الجزائي بالقاعدة المذكورة، والتي نص عليها في المادة 713 من القانون المدني بما يلي: "...وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك".

3: نطاق وجود الشيوخ

قد يوجد الشيوخ في كل الحقوق العينية الأصلية، وإن كان المشرع قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة، ومثال الشيوخ في حق الانتفاع أن يوصي شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيصبح مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا،⁵ أو حق الانتفاع المشاع بين الشركاء في المستثمرات الفلاحية الجماعية المنظمة بقانون رقم: 87-19، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي

1 - محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 90.

2 - أحمد محمود خليل، "إدارة المال الشائع والتصرف فيه"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2007، ص 09.

3 - الآية 12 من سورة النساء.

4 - محمد إبن معجوز، "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 1990، ص 122.

5 - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 101.

الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم¹، وهنا حق الانتفاع دائم،² كما يمكن أن يكون الشيوخ في حق الارتفاق، وهذا ما نصت عليه المادة 879-2 من القانون المدني بقولها: "وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوخ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين". كما قد ينجم الشيوخ عن انحلال شخص معنوي كشركة تجارية، أو مدنية مثلا، إذ تصبح أموال الشركة مملوكة على الشيوخ بين شركاء الشركة المنحلة بعد تصفيتها كل حسب نصيبه فيها³، حيث تنص المادة 448 من القانون المدني على تطبيق في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع.

فإذا كان المبدأ المعمول به يقضي أن الشركة تحافظ على شخصيتها المعنوية إبان مرحلة التصفية، وذلك من أجل متطلبات هذه المرحلة التي تفرض وجود شخص معنوي يتم التعامل معه في مواجهة الدائنين والمدينين، فإن نطاق تطبيق هذا المبدأ لا يكون إلا بشكل استثنائي، وفي إطار علاقة الشركاء بالغير، أما بخصوص علاقة الشركاء بعضهم ببعض، فإنهم يعتبرون شركاء على الشيوخ، ومن ثم فلا يمكن مواجهتهم باستمرار عنصر الشخصية المعنوية للشركة، خاصة وأن الاستثناء لا يمكن التوسع في تطبيقه.⁴

أما بالنسبة للحق الشخصي المملوك لعدة أشخاص، فيرى فقهاء التشريع الوضعي أن طبيعة الحق الشخصي لا تسعف في جعله محلا للشيوخ، ويبررون ذلك بأن الحق الشخصي ينقسم بينهم بنسبة حصة كل واحد منهم فيه، بحيث لا يمكن أن يبقى مشتركا بينهم طالما أن الحق الشخصي

1 - ألغي بموجب المادة 34 من القانون رقم: 10-03 المؤرخ في 15 غشت 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ج.ر.ج.ج، العدد 46، المؤرخة بتاريخ 18 غشت 2010، حيث تم تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز وفق نص المادة 10 منه.

2 - تواتي سهيلة، "إدارة أنواع الشيوخ في القانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012، ص 4.

3 - عبد الرزاق عبد الله، "إدارة المال الشائع"، www.argaam.com/article/articledetail/214424، تاريخ التحميل: 2014/10/16.

4 - كرازي عبد اللطيف، "إدارة المال المشاع في التشريع المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب، 2006-2007، ص 7.

قابل للانقسام، فإنه ينقسم بين مالكيه، أما في الحالة التي يكون فيها غير قابل للانقسام، فإنه يصبح ملكا شائعا شأنه شأن الحق العيني.¹

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيرون أن الشيوع قد يكون أيضا في الديون عندما يتعدد أصحاب دين معين في ذمة شخص، كما لو باع شخصان بضاعة لآخر، فيثبت لهما دين مشترك عليه، ويكون بذلك لكل واحد من البائعين حصة شائعة في هذا الدين، أو في حالة توفي شخص مدين لشخص آخر، فينتقل هذا الدين كحق مشترك للورثة، وكما قد يكون في حالة إتلاف مال شائع، أين يثبت دينا شائعا لفائدة الشركاء في ذمة من تسبب في الإتلاف، فيكون بذلك لكل شريك منهم حصة شائعة فيه.²

وسبب هذا الخلاف بين الفقهاء يعود إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون أن الديون لا تقبل القسمة لكونها أوصاف اعتبارية لا تصلح لأن تنقسم إلى أجزاء، في حين يرى فقهاء التشريع الوضعي أن الديون تقبل القسمة باعتبارها أموالا مثلية،³ إذا وجبت لمتعديدين وجبت لهم موزعة عليهم لتمائل أجزائها، أو آحادها.³

والشيوع لا يجمع إلا بين شخصين أو أكثر يملك كل واحد منهم نفس الحق، فلا يمكن أن يجمع الشيوع بين حق الملكية وحق الانتفاع مثلا، لأنهما حقين مختلفين، فإذا كان شخص يملك عقارا ويملك شخص آخر حق انتفاع على نفس العقار، فلا مجال لأن يعتبر الشخصين شريكان على الشيوع، لأن كل شريك يملك حقا مختلفا عن الحق الذي يملكه الآخر.⁴

فإذا كان شخصان يملكان رقبة عقار، وكان شخص ثالث يملك حق الانتفاع بنفس العقار، فإن الشيوع لا يكون، إلا فيما بين الشخصين المالكين لرقبة العقار، في حين لو كان حق الانتفاع مملوكا لشخصين في عقار، وأما حق الرقبة فيه مملوكا لشخص آخر، فإن الشيوع غير قائم، إلا فيما بين الشخصين المالكين لحق الانتفاع وفي حدود هذا الحق.

1 - كرازي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 1.

2 - علي الخفيف، "الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية"، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 134.

3 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 91، و 92.

ولا شيوخ في الحالة التي يتنازل فيها المالك عن حقه في الاستعمال والاستغلال للغير بين المالك والمنفع، ولا شيوخ كذلك بين المالك وصاحب حق الانتفاع، لأن حق الملكية في هاتين الحالتين ليس مشتركا بين المالك وبينهما.¹

ثالثا: تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري

الشيوخ حالة كما يتحقق في الملكية، فإنه يتحقق في الحقوق العينية الأخرى، هذا ما جعل المشرع لم يكن دقيقا عند تناوله لمفهوم الشيوخ، فوضع تعريفا له يقتصر على الملكية، لأنها أكثر الحقوق شيوخا وأهمها،² حيث نص في المادة 713 من القانون المدني السالفة الذكر على ما يلي: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك."

الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات

يتبين مما ذكر أن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية الفردية، فحق الملكية فيها يتقرر لأكثر من شخص واحد، في حين أن هذا الحق في الملكية الفردية يثبت لشخص واحد، ومن جهة أخرى محل الحق في الملكية الشائعة يحدد تحديدا معنويا، لأن كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها، ويرمز لها بنسبة حسابية، أما الملكية الفردية، أو المفززة، فإن محل الحق يتحدد تحديدا ماديا.³

وإذا كان نطاق حق الانتفاع في الملكية المفززة هو كل المال المملوك، فإن نطاق هذا الحق في إطار الشيوخ هو الحصة الشائعة، وهذه الأخيرة لا تتحدد في جزء معين بل تتسحب إلى كل جزء من أجزاء المال الشائع، وبالتالي فإن الشريك له حق ممارسة حق انتفاعه بالمال الشائع بقدر حصته الشائعة، وهو ما أكده المشرع في نص المادة 714 من ق.م.ج، في عبارة "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها...".

¹ - عبد المنعم البدرابي، "حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها)"، المطبعة العربية الحديثة، 1973، ص 153.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825/874"، المرجع السابق، ص 06.

³ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، "سلطات المالك على الشيوخ في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 23، و 24.

وتأخذ أيضا التشريعات المقارنة بهذه القاعدة، كما يتضح ذلك من نص المادة 815-9 من القانون المدني الفرنسي، وحتى القضاء المقارن، كما يظهر ذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 17/02/1971.¹

وفي الملكية الشائعة، ليس لأي مالك أن يستعمل، أو يشغل الشيء، أو يتصرف فيه، إلا بقيود خاصة وفي حدود ما تسمح به حصته، أما في الملكية الفردية فللمالك أن يستأثر بمنافع العين كلها، بحيث له أن يستعملها ويستغلها ويتصرف فيها كما يشاء في حدود القانون.

والملكية الشائعة جاءت بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية)، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال، ولا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميزها عن الملكية المفرزة، والمال المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل كل شريك يملك نصيب معين فيه، وهذا ما يميزها عن الملكية المشتركة،² التي تعتبر ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين لا ملكية فردية، بحيث لا يكون لواحد منهم منفردا حق ما على الشيء المملوك، أو على جزء مفرز أو شائع منه، إذ أن كل شريك في الملكية المشتركة متى قدم نصيبه فقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الجماعة دون أن تكون لها شخصية معنوية، أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية وليست جماعية، بحيث أن كل مالك على الشيوع يملك نصيبه ويختص به في المال الشائع مباشرة.³

ولا تعتبر ملكية الطبقات ملكية شائعة، بل هي ملكية فردية مفرزة، لأن كل مالك يملك طبقة من المسكن لا يزاحمه في ملكيتها غيره من الملاك، ولا يعد مملوكا على الشيوع من المسكن، إلا أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع ملاك الطبقات، كالدرج والباب، وكذلك الأرض.⁴

¹ - François Xavier Testu , « L'indivision », Dalloz, 1996, p 60.

² - عبد العزيز عامر، "حق الملكية"، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، مصر، 1967، ص 100، و 101.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 92.

⁴ - أنظر إدريس الحياي، "محاضرات في القانون العقاري"، الطبعة الأولى، (بدون ذكر دار النشر)، 2010، ص 60، و 61.

الفرع الثالث: مصدر الشيوخ وأسباب انقضائه

تنشأ الملكية الشائعة، إما بتصرف قانوني أو واقعة مادية، لأن مصدر الشيوخ هو مصدر الملكية بصفة عامة، أي أن هذه المصادر تكمن في أسباب كسب الملكية ما دام أن هذا السبب يتصل بعدة أشخاص في نفس الوقت، ومثل التصرف المنشئ لملكية شائعة، أن يشتري شخصان أو أكثر عقار على الشيوخ، وقد تكون الوصية إذا أوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوخ، كما قد تكون الواقعة المادية، وأكثرها انتشاراً في الميراث¹، حيث تنتقل الكثير من ملكية المباني والأراضي الزراعية إلى الورثة، وتضل ملكيتها شائعة فيما بينهم لفترة من الزمن.

وقد ثار الجدل حول اكتساب الملكية الشائعة بالتقادم، غير أن الرأي الراجح هو إمكان ذلك على أساس أن الحصة الشائعة كالنصيب المفرز، يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والإفراد، فيكون لكل من الحائزين في الشيوخ أن يقوم بأعمال الحيازة بشرط، ألا يحول ذلك دون قيام شركائه في الحيازة بما يجوز لهم من هذه الأعمال.²

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم صادر في 10 أكتوبر 1946، أن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث أن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والإفراد، ولا فارق بين الاثنتين، إلا من حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوخ تخالط يد غيره من المشتاعين، والمخالطة ليس عيباً في ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه، جاز أن يمتلكوه بالتقادم، سواء اشتركوا في حيازته المادية، أم ناب في الحيازة بعضهم عن بعض، هذا ما لم يكن لمالك العقار يد عليه وحلت الحيازة لغاصبه.

أما إذا كان للمالك يد على العقار، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح.

¹ - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، (بدون سنة الطباعة)، ص

158، و159.

² - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 102.

ولكن الفرض ينتفي كما تنتفي مضنة التسامح من جانب المالك، إذا كان الغير الذي يزاحمه في ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة في عقاره، حيازة استقرت على مناهضة حق المالك، ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض، أو مضنة التسامح، فعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم.¹

فأساس الحكم المذكور أن الحيازة الصالحة للتقادم هي الحيازة التي تشابه حيازة المالك، فبمجرد أن يستعمل الحائز الملكية استعمال الشريك على الشيوع عند حيازته للحصة الشائعة حتى تتقلب حيازته إلى ملكية شائعة بالتقادم.²

وبما أن الملكية الشائعة تقوم على أساس اشتراك شخصين أو أكثر في هذه الملكية، فإن الشيوع ينتهي وينقضي وتتحول الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة بأي سبب يؤدي إلى إنهاء هذا التعدد.

فقد يكون هذا السبب تصرفا قانونيا مثل أن يبيع كل الشركاء المال الشائع إلى شخص من الغير، فتخلص له الملكية مفرزة، أو في الحالة التي يبيع فيها أحد الشريكين حصته للشريك الآخر، كما أن الشيوع ينقضي عندما يقسم الشركاء المال الشائع، فيصبح كل منهم مالكا لما اختص به بعد القسمة ملكية مفرزة، أو عندما يوصي أحد الشريكين للآخر بحصته في المال الشائع، وقد يكون السبب في انقضاء الشيوع واقعة مادية، مثل أن يرث أحد الملاك على الشيوع أنصباة الآخرين في العقار الشائع بعد وفاتهم، ويكسب شخص من الغير ملكية الشيء الشائع كله بالتقادم مع مراعاة أن تتوفر فيه شروط الحيازة القانونية طول الفترة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم، كما قد يحدث أن يمتلك أحد الشركاء أنصبة الملاك على الشيوع الآخرين بالتقادم، حين ينفرد بحيازة الشيء كله بنية تملكه عند مراعاة شروط الحيازة لاسيما خلوها من الغموض الذي قد يشوبها بسبب أن المالك على الشيوع قد يحوز الشيء أحيانا بوصفه نائبا عن باقي الملاك على الشيوع، أو لكونه شريكا يجوز له مباشرة حقه على هذه الملكية.

¹ - حكم نقض صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 10 أكتوبر 1946، نقلا عن عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 155.

² - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 155.

ويبقى أهم سبب ينقضي به الشيوخ هو قسمة المال الشائع، سواء كانت ودية، أو قضائية،¹ لأنها السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ، كما يقصد به أصلا مباشرة إنهاء هذه الحالة، في حين تبقى الأسباب الأخرى كلها عارضة، ولا يقصد منها إنهاء حالة الشيوخ.²

المطلب الثاني: تكيف حق الشريك المشتاع.

بما أن محور دراستنا ينصب على الأعمال والتصرفات المرتبة للانتفاع بالعقار الشائع من طرف المالك على الشيوخ، فإن هذا يتطلب من البداية ضرورة أخذ الإحاطة بمفهوم وطبيعة حق الشريك على حصته الشائعة، حتى يتسنى لنا إدراك الأحكام المتعلقة بما يرتبه الشركاء من أعمال وتصرفات على ملكيتهم.

وعليه تستدعي منا الدراسة التطرق إلى طبيعة حق الشريك في التصرف (الفرع الأول)، ثم إلى تمييز تصرف الشريك المشتاع عن غيره من التصرفات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع

إن اختلاف طبيعة حق المالك على الشيوخ عن حق المالك في الملكية المفردة، أدى إلى ظهور خلاف على صعيد الفقه في تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع بسبب خصوصية هذا الحق، والقيود الواردة عليه لمصلحة الشركاء الآخرين، فذهب البعض إلى اعتباره حقا شخصيا، في حين اعتبره آخرون حقا عينيا من نوع خاص، غير أن الرأي السائد اعتبره حق ملكية بالمعنى الدقيق، وسوف نتناول هذه الآراء بأكثر تفصيل.

أولا: اعتبار حق الشريك المشتاع حقا شخصيا

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى " أن المال الشائع يكون مملوكا ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن كل شريك، وبذلك يكون حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصي يخول له اقتسام منافع الشيء الشائع إلى أن تقع القسمة." ³ ،

¹ - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 159.

² - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1967، ص 804.

³ - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 161.

والتي بموجبها يتحصل الشريك على جزء مفرز، فعندها فقط يتحول حقه من حق شخصي إلى حق عيني.

ويبرر أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه إلى اعتبار المال الشائع هو ملك لمجموع الشركاء، كما هو قائم في ملكية الشركة، غير أن النظامين يختلفان، فالأموال الشائعة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك، أما أموال الشركة، فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع، بل هي مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، حيث أنه متى قدم كل شريك نصيبه فإنه يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الشركة، ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه. إن هذا الرأي قد يصلح لتفسير بعض النظم الأجنبية، كنظام ملكية اليد المشتركة المعروفة في القوانين الجرمانية، غير أنه لا يمكن الأخذ به في القانون الجزائري، لأن الحقوق لا تنشأ إلا للأشخاص، والقانون لا يعترف بمجموع الشركاء في المال الشائع بالشخصية الاعتبارية، وحتى لو افترضنا أن لهذا المجموع شخصية معنوية في نظر القانون، ما استقام منطق هذا الرأي، حيث يخرج الأمر عن الملكية المشتركة إلى الملكية الخاصة المفرزة، بأن يمتلك المجموع باعتباره شخصا معنويا واحدا للمال المشترك ملكية مفرزة محددة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك.¹

ويعتمد هذا الإتجاه في تأسيس رأيه، على اعتبار أن الحق العيني يلزم وجود محل معين له، يكون شيئا محددًا مفرزًا، غير أن حق الشريك في الشيوع يكون واردا على حصة غير مفرزة، وبذلك فهي ليست محددة تحديدا ماديا، ولا يصبح حقه حقا عينيا، إلا بعد إجراء القسمة وحصوله على حصة مفرزة.²

غير أن هذا يتعارض مع ما خص به المشرع كل شريك مشتاع من سلطات مباشرة على الشيء الشائع، سواء فيما يتعلق بالاستعمال، أو الاستغلال، أو التصرف، والتي لا تكون إلا

¹ - مصطفى الجمال، " نظام الملكية "، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 54.

² - زهدي يكن، " شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة "، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، بيروت، (دون ذكر سنة الطباعة)، ص 331.

لصاحب حق عيني¹ ، كما سنراه لاحقاً، مما ينتج رابطة عينية مباشرة بين صاحب الحق وهو المالك على الشيوع ومحل الحق وهي حصته الشائعة.

ثانياً: اعتبار حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص.

لقد ظل الفقه الحديث في مجموعه متمسكا بما جرى عليه التقليد باعتبار أن حق الشريك في الشيوع حقا عينيا، ولكن ذلك لم يمنع الفقهاء من الاختلاف حول طبيعة هذا الحق العيني. وبما أن هناك فروق بين حق المالك على الشيوع وحق المالك ملكية مفرزة، إذ يكون في الملكية الشائعة سلطات كل شريك تحد منها سلطات الشركاء الآخرين، واعتمادا على هذه الفكرة يذهب رأي بعض الفقهاء على أن حق الشريك المشتاع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية، وهي خاصية الاستثناء، حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء ما دام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، ولذلك يفضل هؤلاء الفقهاء تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني من نوع خاص (sui generis).²

وهذا الحق له اسمه المعروف في القانون وهي الملكية الشائعة. ولكن هذا الرأي لا يتفق مع ما جاء به المشرع الجزائري الذي حصر مضمون الحقوق العينية الأصلية في سلطات ثلاث، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، والقول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يخرج عن هذه الحدود، وعليه فإن حق الشريك إما أن يكون جامعا لكل هذه السلطات، ويصبح بذلك حق ملكية، وهو ما يتعارض مع القول بأن حق الشريك حق عيني من نوع خاص، وإما أن تكون حقوقه مقتطعة من سلطات الملكية، وفي هذه الحالة يبقى التساؤل على من يثبت له حق ملكية الشيء الشائع، فمن غير المنطق أن يبقى الشيء الشائع طوال فترة الشيوع دون مالك.³

هذا ما جعل أصحاب هذا الاتجاه يذهبون إلى اعتبار أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك، بحيث لا يكون فيها الشيء مملوكا لمجموع الشركاء، ولا لكل الشركاء، ومع ذلك لا يمكن القول بأن الشيء الشائع بدون مالك، ويتضح أن ما وصل إليه أصحاب هذا الرأي يعكس عجزهم،

¹ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 27، و28.

² - نبيل إبراهيم سعد، " الحقوق العينية الأصلية "، المرجع السابق، ص 104.

³ - حسن كيرة، " الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها "، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص 158، و159.

لأنه لا يستقيم مع أحكام القانون، باعتبار الشيوخ صورة من صور التملك تقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء، أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، وإلا فمن هو مالك الشيء الشائع؟¹

ثالثا: حق الشريك المشتاع حق ملكية بالمعنى الدقيق.

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء "أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق"². غير أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك في نفس الوقت، فليس له صاحب واحد مثل ما هو موجود في الملكية العادية المفترزة، وأما الشيء الشائع وهو محل هذا الحق، فلا يلحقه التعدد، فهو واحد لا يتجزأ، وبمقتضى ذلك فإن حق الشريك يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محددًا بقدر حصته.³

ويتضح مما ذكرنا أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، في حين لا يكون هناك تقسيم مادي لمحل الحق، وهذا التكييف لا يقدح فيه أن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال الشائع، إذ أن الشركاء الآخرين الذين يشاركونه في الحصول على هذه المزايا ملاك مثله، فالاستناد إلى فكرة الاستثناء، والتي تعتبر ميزة أساسية لحق الملكية لا تتنافى مع حرمان الشريك من الاستثناء بجميع مزايا الشيء الشائع، لأن المنع هنا موجه إلى الغير، وما دام المشتاعون جميعا ملاكًا، فلا يعتبرون من الغير (غير الملاك)، وبذلك فإن الاستثناء الذي يميز ملكية كل منهم لا يكون موجهًا لهم⁴. أما أخذ الاستثناء في الملكية بما يعتبر عدم تصور المشاركة في الانتفاع بالشيء، فإنه يعتبر من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية، والتي لم يعد لها وجود في القانون الوضعي، ولا في التصور النظري لحق الملكية.⁵

وهذا التكييف لحق الشريك هو التكييف السليم، فظاهرة تعدد أطراف الحق مع بقاء محله واحدا ظاهرة مسلم بها، ومعروفة في القانون، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية عند تضامن

1 - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 161.

2 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 159.

3 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 159.

4 - أحمد عبد العال أبو قرين، "حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع"، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999، ص 129.

5 - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 55.

الدائنين، أو عدم قابلية الدين للانقسام مع تعدد الدائنين. ويترتب على ما ذكرناه أن لكل شريك مشتتة كافة سلطات المالك، فله حق الاستعمال والاستغلال والتصرف.

لكن ليس له أن يمارس هذه السلطات إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين، لأن جميع الشركاء على الشيوع يتمتعون وفي نفس الوقت وعلى نفس المحل بهذه السلطات، ولما كانت حقوق الشركاء على الملكية الشائعة حقوق متزاحمة، فالمنطق أن يتقيد استعمال كل منهم في سلطاته بما للآخرين من سلطات مماثلة¹، وهذا ليس من شأنه أن ينفي عن حقهم وصف الملكية.²

فليس هناك شك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بمعنى صريح في نص المادة 713 من القانون المدني السالفة الذكر، وهو بصدد التعريف بالملكية الشائعة بقوله: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً، وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع....".

ويتضح من نص المادة أن المشرع اعتبر الشركاء على الشيوع يملكون الشيء الشائع، أي أن حقهم فيه حق ملكية، ومن جهة أخرى فإن المادة 714 / 1 من ق.م.ج، تجمع بين يدي المالك في الشيوع جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، بنصها على ما يلي: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

فكل ما يختلف فيه حق الملكية الشائعة عنه في الملكية المفترزة هو أن حق المالك على الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء، وهذا ما يجعل للمال الشائع أحكاماً خاصة به في إدارته واستعماله واستغلاله والانتفاع به والتصرف فيه.

ولنوضح أكثر في طبيعة أعمال وتصرفات الشريك في الملكية الشائعة، سوف نرى ما يميزها عن غيرها من الأعمال والتصرفات الواردة على صور أخرى من الملكية.

¹- Jean-Louis Bergel , et Marc Bruschi , et Sylvie Cimamonti, « **Traité de Droit Civil , les Biens** », L.G .D . J , Paris, France, 2000 , p 471 , 497.

² - عبد المنعم فرج الصده، " الحقوق العينية الأصلية "، المرجع السابق، ص 162.

الفرع الثاني : تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره

أولاً: تمييزه عن حق المالك في الملكية المفترزة

يملك الشريك في المال الشائع حصة شائعة في كل المال، ولا تكون معينة في جزء منه بخلاف الملكية المفترزة التي تكون فيه الحصة المملوكة محددة، فيتعين نصيب المالك على الشيوع معنوياً في العقار الشائع، في حين يتعين نصيب المالك مادياً في الملكية المفترزة، ولذلك يكون حق الشريك في التصرف في الملكية الشائعة مقيداً بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، بخلاف ذلك في الملكية المفترزة¹. ويعتبر هو الاختلاف الجوهرى بين الملكية الشائعة والملكية المفترزة.

ثانياً: تمييزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية

تقرر الملكية لمجموع الشركاء في الصورة المتعلقة بالملكية الجماعية (la propriété collective) ، أو ملكية الأيدي المشتركة (la propriété en main commune) التي يعرفها النظام الجرمانى، فيكون الاستعمال فيها لأغراض جماعية باعتبارها ملكية مشتركة، بخلاف ما يكون في المال الشائع الذي يكون لأغراض فردية باعتبارها ملكية فردية (propriété individuelle)، كما أن الشريك بمفرده في الملكية الجماعية لا يعتبر مالكا للمال، ولا أي حصة فيه مفترزة، أو شائعة، بل الكل يملكون مجتمعين كل الشيء المملوك، رغم أن للشريك الحق في الانتفاع به.

وبما أنه لا يوجد في النظام الجرمانى لملكية الأيدي المشتركة تحديد الملكية لفكرة الحصة، فإنه لا يجوز لأي من الملاك القيام بأي تصرف ناقل للملكية، بل ولا يجوز له أيضاً استعمال المال، أو الانتفاع به دون موافقة جميع الشركاء، بخلاف ما هو مقرر للشريك في الشيوع في حق التصرف باعتباره مالكا لحصة شائعة. لذلك لا يعتبر نظام ملكية الأيدي المشتركة المعروف في النظام الجرمانى من قبيل الملكية الفردية²، كما أنها نظام مستقر، وليس عابراً مثل الملكية الشائعة، فلا يستطيع أي شريك أن يطلب قسمتها قبل أن يتحقق الغرض، أو المصلحة التي أنشئت من أجلها هذه الملكية³.

1 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 23، و 24.

2 - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 132.

3 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 25.

ثالثاً: تمييزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة.

لأفراد الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل، أو المصلحة المشتركة، أن يتم اتفاق كتابي بينهم على إنشاء ملكية الأسرة، ولا يشترط في أن تكون هذه الملكية من تركة ورثوها، بل يمكن أن تكون من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية. غير أن حق الشريك في هذا النوع من الشيوخ الذي يعتبر شيوخاً إجبارياً يختلف عنه في حق الشريك في الشيوخ العادي (الاختياري)، حيث أنه لا يجوز للشريك في ملكية الأسرة أن يقوم بالتصرف في نصيبه لأجنبي عن الشركاء، إلا بعد موافقتهم جميعاً على ذلك، غير أن له حق التصرف في حالة ما كان إلى شريك آخر دون أن يكون ملزماً بالحصول على موافقة باقي الشركاء، في حين أن للشريك في الشيوخ العادي الاختياري التصرف في حصته الشائعة، سواء لأجنبي عن الشركاء، أو لأحد منهم.¹

توصلنا فيما سبق إلى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله، كالملكية المفردة، وإن كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفردة في أنه لا يخول لصاحبه إلا نسبة معينة من مزايا الشيء، وفي أنه حق معرض منذ البداية إلى أن يستبدل به حق ملكية مفردة ترد على جزء من الشيء الشائع. وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على أحكامه، فيظهر أثرها في حكم ما يجريه الشريك من أعمال وتصرفات على العقار الشائع، سواء فيما تعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 211.

المبحث الثاني

تنظيم الملكية الشائعة

تطور تنظيم الملكية الشائعة عبر عدة مراحل وفترات بداية من القوانين التي نظمتها في الحضارات القديمة (المطلب الأول)، إلى ما جاء به الفقه الإسلامي ثم القانون الوضعي من تنظيم لهذه الملكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة

نتناول تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية، ثم في الحضارة المصرية قبل أن نتطرق إلى تنظيمها في القانون الروماني.

الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية

كانت الملكية في العصور الأولى للإنسان جماعية، بحيث كانت قائمة على سيطرة وتملك زعيم القبيلة لجميع الأموال العقارية الموجودة على مستوى حدود هذه القبيلة، مما نتج عنه عدم المساواة في الحقوق بين أفراد القبيلة الواحدة لوجود الطبقة، تمثلت في وجود طبقة مقربة من رئيس القبيلة، مثل أفراد أسرته، أو طبقة رجال الدين المحيطين به، وهم الطبقة العليا، ويتميزون عن غيرهم من أفراد القبيلة، لأنه كان لهم أمكانية الحصول على بعض أموال القبيلة في حالة أراد رئيس القبيلة ذلك، إلا أنه كان لهذا الأخير الحق في استرداد ملكية هذه الأموال في أي وقت يشاء.

وظهرت هذه الملكية على هذا الشكل في القانون الآكادي le code akkaden déshunna ، ثم في عهد الأسرة المالكة الأولى من حضارة بابل، وذلك في قانون حمورابي في نص المادة 98 منه، بحيث تعتبر هذه الصورة من الملكية الجماعية من الصور الأولى للملكية التي عرفها الإنسان.¹

"وجدت بعض الإشارات لهذه الصورة من الملكية في الحضارة اليونانية، وذلك في بيونانية، في بعض أوراق البردي التي تشرح الملكية الجماعية في مدونة جیوس، إلا أن هذه الصورة من

¹ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 36، و37.

صور الملكية الجماعية ليست ملكية شائعة بمعناه المعروف حالياً، ولذا لا نستطيع القول بأن الملكية الشائعة كانت معروفة في هذه العصور.¹

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارة المصرية القديمة

دخول الملكية الجماعية في مرحلة جديدة في الحضارة المصرية القديمة كان ناتج لتطورها، بحيث ظهرت في العصر الوسيط الأول من الدولة المصرية القديمة من حوالي سنة 2180 ق.م إلى سنة 1785 ق.م، صورة من الملكية الجماعية تمثلت في ملكية الأسرة بدلا من ملكية القبيلة، إذ يكون مال الأسرة مملوكا ملكية مشتركة للأسرة، فلا تكون ملكية فردية لكل فرد منها، بحيث كان الابن الأكبر هو من يتكفل بإدارة هذه الأموال لإنفراده بمركز قانوني متميز في هذه الملكية يعطيه الحق في إدارة أموال الأسرة والتمتع بالنصيب الأكبر فيها، والظاهر أن هذا المركز القانوني كان ينتقل بعد وفاة الابن الأكبر إلى من يليه في السن من إخوته الذكور، وكان هذا النظام مختصرا في الأموال العقارية، أما بالنسبة للأموال المنقولة فملكيتها كاملة، وحق الاستعمال والانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها مكفولة لمالكها.²

الفرع الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الروماني

لم تظهر صورة الملكية الشائعة بمعناها المعروف الحالي، إلا في القانون الروماني، الذي يعتبر من أقدم التشريعات التي عرفت نظام الشيوخ، فظهر ما يسمى بالشيوخ الوراثي الناشئ عن وفاة المورث واجتماع ورثته في ملكية أمواله على الشيوخ إلى حين قسمتها، وكان القانون الروماني يعتبر هذه الملكية الشائعة نوعا من أنواع الملكية الجماعية، وأنها كانت سابقة في وجودها عن عقد الشركة، لذا فقد أعتبر البعض أن القواعد المنظمة للشيوخ الوراثي في هذا القانون هي المصدر الرئيسي للقواعد المنظمة للشركة فيما بعد.

وسوى القانون الروماني بين المالك على الشيوخ وغيره من الملاك، بحيث اعتبره مالكا، لكن صاحب حق ملكية مقيدة بحقوق سائر الملاك على الشيوخ، فيكون له بذلك حق ملكية مطلقة على

¹ - نفس المرجع، ص 37.

² - نفس المرجع، ص 38.

حصته الشائعة، غير أنه مقيد بأن لا يتعارض مع حقوق بقية الشركاء عند القيام بأي عمل يمس جوهر المال الشائع¹.

واعتبر القانون الروماني الملكية الشائعة وضعا قانونيا استثنائيا، وهي حالة مؤقتة مصيرها الزوال وتحولها إلى عدة ملكيات مفرزة حسب عدد الشركاء فيها، ولأن القانون الروماني يرى في الملكية الشائعة استثناء من الأصل، وهو الملكية المفرزة، لم تكن هناك حاجة ملحة إلى تنظيم الشيوع في حالة البقاء،² واهتم بتنظيم أحكام قسمة المال الشائع النهائية، سواء كانت رضائية، أو قضائية أكثر من تنظيم أحكام الملكية الشائعة والقواعد التي تنظم سلطات الشركاء في الشيوع من استعمال واستغلال وتصرف، ولذا فقد أقر القانون الروماني لكل مالك على الشيوع مهما كان مقدار نصيبه الحق في طلب القسمة النهائية في أي وقت شاء، من أجل العودة إلى أصل الملكية وهي الملكية المفرزة.³

وإذا كان القانون الروماني هو أول تشريع عرف نظام الملكية الشائعة بمعناه المعروف حاليا، فإن الفقه الإسلامي سبق التشريعات الأخرى في تنظيم أحكام الملكية الشائعة، وهو ما سوف نتناوله بأكثر تفصيل في ما يلي.

المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

نتطرق إلى تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم نخرج إلى البحث في تنظيم هذه الملكية في القوانين الوضعية لكل من فرنسا ومصر (الفرع الثاني)، ثم الجزائر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي

لم يستعمل الفقه الإسلامي في عموم اصطلاح (الملكية الشائعة) المعروف في القانون الوضعي، وإنما أستعمل للدلالة على هذا النظام اصطلاح (شركة الملك)، أو (شركة الأموال)، وتعد الملكية الشائعة - أي شركة الملك - إحدى صور الشركة.

¹ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 36، و37.

² - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 794.

³ - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 39.

حيث أن الشركة في الفقه الإسلامي لها مفهوم واسع ومختلف عن مفهومها في القانون المدني الوضعي، فهي تتسع لتشمل (شركة العقد)، وهي ما يطلق عليها القانون الوضعي اسم (الشركة)، سواء كانت مدنية أم تجارية، وشركة الملك هي ما يطلق عليها القانون الوضعي (الملكية الشائعة)، واستعملوا لفظ " المشترك، أو الشريك " للدلالة على المالك في الشيوخ، أو الشريك في الشيوخ، وقد عرفت المادة 1060 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان بقولها: " شركة الملك هي أن يكون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر، أي مختصا بهما بسبب من أسباب الملك، كسواء وإيهاب وقبول وصية وتوارث، أو بخلط أموالهم أو اختلاطها في صورة لا تقبل التمييز والتفريق، كأن يشتري اثنان مثلا مالا، أو يهبه لهما الغير، أو يوصي لهما به ويقبلا، أو يرثاه منه، فيصير ذلك المال مشتركا بينهما، ويكون كل منها شريكا للآخر فيه، كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض، فتصير هذه الذخيرة المخلوطة، أو المختلطة مالا مشتركا بين الاثنين".¹

وتتفرع شركة الملك إلى نوعين من التقسيمات، يتمثل الأول في شركة اختيارية وشركة جبرية، أما الثاني فيتمثل في شركة عين وشركة دين.

وتعرف شركة العين على أنها الاشتراك في المال العين والموجود، كاشتراك اثنين شائعا في أرض، أو دار، ويعرفها الفقهاء المعاصرون بأنها ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون تعلق بجزء معين مميز، كعقار، أو سيارة ورثها جميع الورثة عن مورثهم، فملكية كل واحد منهم لحصته مرتبط بجزء مختلط بملك الغير.²

حيث جاء في المادة (1789) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري: " إذا تملك اثنان فأكثر عينا أو منفعة، بسبب من أسباب الملك وعقد واحد، كسواء وإيهاب وأرث واستتجار وقبول وصية ونحو ذلك، فتلك العين أو المنفعة مشتركة بينهما شركة ملك"³

1 - محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 11، و12.

2 - نفس المرجع، ص 12.

3 - نقلا عن أحمد فلاح عبد البخيت، " الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون _ دراسة مقارنة _"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 127، و128.

وقد عمل الفقهاء المسلمون على وضع أحكام مفصلة لتنظيم شركة الملك في مذاهبهم المتعددة بداية من استعمال المال المشترك واستغلاله، ثم التصرف فيه وانتهاء بقسمته، فحددوا سلطات كل مالك مشتاع على المال الشائع، إدراكا منهم أنها نظام قانوني يستمر لفترة طويلة رغم ما يشوب هذه الملكية من عيوب، كما لم يتوقف الفقه الإسلامي في وضع أحكام الملكية فقط، وإنما عمل في جميع مذاهبه على وضع قواعد لإنهاء الملكية الشائعة، حيث أفرد بابا خاصا بقواعد القسمة النهائية للمال الشائع.¹

وقد جاءت النصوص القانونية المنظمة لاستعمال المال الشائع خاصة القسمة المؤقتة للمال الشائع، وهي قسمة المهايأة في القوانين الوضعية لمعظم الدول العربية ومنها القانون الجزائري مستمدة من الفقه الإسلامي، كما عالج هذا الأخير موضوعا لم يتناوله القانون المدني الجزائري، وهو تنظيم استعمال المال الشائع في حالة غياب أحد الشركاء.

أما فيما يخص تنظيم استغلال المال الشائع عن طريق إدارته، فلا نجد في الفقه الإسلامي قواعد تنظم هذه الإدارة، كما جاءت في القانون الوضعي، حيث لم يكن اصطلاح إدارة المال الشائع معروف لدى الفقه الإسلامي، غير أن هذا لم يمنعه من تنظيم موضوع يندرج ضمن إدارة المال الشائع بالتفصيل، وهو موضوع حفظ المال الشائع، حيث أطلق عليه اصطلاحا "عمارة الملك المشترك"، فوضع قواعد تنظم طرق تمويل أعمال حفظ المال الشائع بصورة متميزة عن الصور التي جاء بها القانون المدني الوضعي عند تنظيمه لهذا الموضوع.

كما نظم الفقه الإسلامي أيضا موضوع استئثار أحد الشركاء باستعمال المال الشائع والآثار المترتبة عليه، كذلك بين حكم إجارة المال الشائع، وذلك في الباب الخاص بـ: "الإجارة"، سواء كان الإيجار صادر من جميع الملاك على الشيوع، أو من أحدهم، كما عالج الأحكام المتعلقة بإنفراد أحد الشركاء بالبناء على الأرض الشائعة على أساس أن هذين التطبيقين هما أهم تطبيقات أعمال الإدارة.²

وأما فيما يخص مشروعية شركة الملك (الملكية الشائعة)، فهناك نصوص خاصة في الكتاب والسنة تدل بوضوح على مشروعيتها، ومن هذه النصوص قول العزيز الحكيم في محكم تنزيله

1 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 40.

2 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 40، و 41.

"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"¹ ، وقوله تعالى " فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهَمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ."²

تدل هذه الآيات الكريمة على أن الله تبارك وتعالى قد جعل الميراث مملوكا على الشيوخ بين الورثة، وذلك قبل قسمته وتوزيعه³، وجاء في حديث رسول الله " صلى الله عليه و سلم " من كان له شريك في ربة، أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك.⁴ و"الربة" هي المنزل، وجمعها (الرباع) و(الربوع). ويدل هذا الحديث على مشروعية شركة الملك.⁵

الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المصري والفرنسي

أولا: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المصري

1: في القانون المدني القديم

رغم انتشار الملكية الشائعة في مصر بسبب الميراث، وبقاء الورثة غالبا في الشيوخ لمدة طويلة، وما يترتب عنها من إشكالات في الواقع العملي، إلا أن التقنين المصري القديم حذا التقنين الفرنسي⁶ في الاعتراض عن تنظيم هذا النوع الخاص من الملكية، فلا نكاد نجد في هذا التقنين نصوصا تتعلق بالشيوخ، سوى تلك التي تبين إجراءات قسمة الأموال الشائعة في الفصل الخاص بقسمة التركة (المادة 448 وما بعدها)، فضلا عن ذلك، فقد جاء في قانون المرافعات

1 - الآية 11 من سورة النساء.

2 - الآية 12 من سورة النساء.

3 - سلطان محمد عبد الرحمان الطريجي، " سلطات المالك على الشيوخ"، ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2007، ص 12.

4 - الإمام مسلم، "صحيح مسلم بشرح النووي"، كتاب المساقاة باب الشفعة، رقم الحديث: (133)، الجزء (المجلد 3)، ص 1229.

5 - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفرقي المصري، المرجع السابق، ص 24.

6 - لم يكن هناك ما يدعو المشرع المصري القديم إلى إفعال تنظيم أحكام الملكية الشائعة بالرغم من أهميتها وانتشارها في مصر واستمرارها لمدة طويلة، سوى أنه كان مقلدا، أو بمعنى أدق " مترجما" للتقنين المدني الفرنسي السابق في تنظيمه للملكية الشائعة، وإذا كان لهذا الأخير أسباب تاريخية تدفعه إلى هذا الاقتضاب، فإنه لم يكن للمشرع المصري في التقنين المدني القديم أي مبرر فيما جاء به، أنظر أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 42، و43.

القديم بنص المادة 621 التي تجيز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد عن خمس سنوات ، وهو حكم موضوعي أدخل في قانون المرافعات.¹

لذا فقد اجتهد القضاء المصري من خلال ما قضت به محكمة النقض في عهد هذا القانون لسد هذا النقص التشريعي، وجاء بكثير من الأحكام والحلول العملية لتنظيم استعمال المال الشائع والانتفاع به واستغلاله والتصرف فيه، وكانت مرجعا مهما للمشرع المصري في القانون الحالي عند تنظيمه الملكية الشائعة.²

2: في القانون المدني الصادر سنة 1948

تجاوز القانون المدني الجديد الصادر سنة 1948 القصور التشريعي الذي لازم القانون السابق، وتوسع في تنظيم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها وانتشارها في مصر، من أجل إيجاد الحلول المناسبة لكل إشكالات الشيوع وما ينشأ عنه من نزاعات، فعالج أحكام الشيوع بنصوص مفصلة، ووقف بشكل خاص عند إدارة المال الشائع والتصرف فيه، ثم بين قواعد حق استرداد الحصة الشائعة، وتناول بعد ذلك انقضاء الشيوع بالقسمة، ثم تبعها بنصوص جديدة متعلقة بأحكام قسمة المهايأة وأحكام أخرى جاءت في نصوص المواد من 825 إلى 869 من هذا التقنين.³ ومن بين ما جاء به من أحكام هو إعطاء حق إدارة المال الشائع للشركاء مجتمعين، كما جعل ما يستقر عليه رأي من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ملزما للجميع، أما حق الاسترداد لحصة شائعة فقصره على المنقول، حتى لا يتزاحم في العقار مع الشفعة.⁴

ثانيا : تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي

1: في ظل القانون المدني الفرنسي القديم

اعتبر واضعو التقنين المدني الفرنسي الملكية الشائعة أمرا استثنائيا وعارضا، مصيره إلى الزوال، فلم يهتموا بها بأكثر مما اهتم الفقهاء الرومان، وعليه قدروا أنها ليست في حاجة إلى تنظيم

1 - محمود عبد الرحمن محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 10.

2 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 43.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 11.

4 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 43، و44.

قانوني متكامل، فلم يحتوي هذا التقنين قبل تعديله سوى على بعض النصوص الخاصة بالشيوع الوراثي.

غير أن الواقع يؤكد انتشار الملكية الشائعة في فرنسا وبقائها لمدة قد تطول لأسباب مختلفة، من بينها أنه في كثير من الأحيان يعتبر الإبقاء على الشيوع الوراثي هو القاعدة تقريبا بعد الوفاة المبكر للأب أو الأم، إما احتراماً لمن بقي منهما على قيد الحياة، وإما لوجود قصر بين الورثة، ويرى هؤلاء تفادي إجراءات القسمة القضائية.

كما قد تمتد حالة الشيوع عند اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، ويجوز الاتفاق من جديد بعد انقضاء تلك المدة على مدة أخرى مماثلة¹، وهذا طبقاً لما أقرته المادة 815 من القانون المدني في فقرتها الثانية، وتتعدى أسباب البقاء في الشيوع لمدة أطول النص القانوني إلى القاضي، الذي يجوز أن يأمر بإبقاء بعض الأموال في حالة الشيوع بناء على طلب من بعض الشركاء فقط.²

وفي ظل هذه الظروف ونظراً لغياب التنظيم القانوني للملكية الشائعة في التقنين المدني الفرنسي، أقام الفقه والقضاء نظرية مستقلة للشيوع استناداً إلى النصوص المنظمة للشيوع الوراثي والشركات المدنية من جهة، وإلى القواعد المنظمة لحق الملكية من جهة أخرى، وقد عملت هذه النظرية على التفريق بين الحصة المعنوية التي يختص بها الشريك، والتي يمكن له أن يمارس عليها حقوق المالك، والشيء الشائع نفسه محل الملكية منظوراً إليه من الناحية المادية، فلا يمكن لأي من الشركاء التصرف فيه، إلا بموافقة سائر المالكين على الشيوع.³

إلا أن إجماع الشركاء جميعهم على رأي واحد أمر نادر الحدوث، إن لم يكن مستحيلاً خاصة عند كثرة عدد الملاك على الشيوع، فقاعدة الإجماع التي اشترطها الفقه والقضاء الفرنسي للقيام بأعمال الإدارة والتصرف قاعدة صارمة تعيق في حالات كثيرة الاستغلال الأحسن والانتفاع الأمثل بهذا المال الشائع، ولم يجد القضاء الفرنسي بداً من تقرير عدة استثناءات على هذه القاعدة عند

¹ - Brigitte Hess-Fallon , et Anne-Marie Simon ,Op. cit, p159 .

² - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 04، و05.

³ - نفس المرجع، ص 05، و06.

تطبيقها في استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه استجابة للحاجة العملية، كما تراعي مصلحة جميع الشركاء في نفس الوقت ومنها ما يلي:

1- منح القضاء الفرنسي كل شريك في الشيوخ أيا كان مقدار نصيبه الحق في القيام منفردا بجميع أعمال حفظ المال الشائع، مع إجبار كافة الشركاء على تحمل نفقات هذه الأعمال حسب مقدار نصيب كل شريك في المال الشائع .

2- تطبيق نظرية الوكالة الصريحة والضمنية على أعمال الإدارة والتصرف، إذ سمح لكل شريك القيام بأعمال إدارة المال الشائع أيا كان نوعها، بحيث تكون نافذة في مواجهة باقي الشركاء، إذا كان وكيلا عنهم، سواء بمقتضى وكالة صريحة، أو في حالة سكوت جميع الشركاء وعدم اعتراضهم على ما قام به من عمل مع علمهم به باعتباره وكيلا ضمنيا عنهم¹، وفي حالة عدم وجود وكالة صريحة، أو ضمنية، فقد طبق القضاء الفرنسي نظرية الفضالة إن توفرت شروطها.

3- في الحالة التي لا يصل فيها الشركاء إلى اتفاق على تنظيم إدارة المال الشائع، عمل القضاء الفرنسي على تكريس حقه في تعيين مدير من بين الشركاء، أو من غيرهم، لإدارة المال الشائع بشروط يحددها القاضي المختص، وكان تطبيق هذا الاستثناء بحذر شديد خاصة عندما يكون العقد هو مصدر الشيوخ حتى لا يمس بإرادة الشركاء.²

رغم هذا المجهود الكبير للفقهاء والقضاء الفرنسي إلا أنه لم يكن كافيا لتعويض الفراغ التشريعي المنظم للملكية الشائعة، فكان يشوبها النقص وعدم الإقناع في حالات كثيرة، مما أوجب العمل على إيجاد نصوص قانونية تنظم الملكية الشائعة تنظيما كاملا شاملا وفق ما يميز هذه الملكية عن غيرها من الأنظمة القانونية المختلفة.

2: تنظيم الملكية الشائعة في قانون 76 - 1286

هذا القانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 1976³ ، أضاف إلى القانون المدني الفرنسي 36 مادة جديدة قسمت إلى مجموعتين يضم كل منها 18 مادة.

¹– Sophie Druffin –Bricca ,et Laurence – Caroline Henry, « **Droit Civil : les biens** », Gualino éditeur, Paris, France, 2004, p160.

² – أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 50، و 51.

³ – وقبل صدور هذا القانون كانت هناك عدة مشاريع لقوانين ترمي إلى تحقيق نفس الغرض، أما مشروع صدر عن جمعية الدراسات التشريعية ونشر ضمن أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي في المجلد التاسع المخصص للميراث سنة 1954-

المجموعة الأولى وضعت في المكان الأصلي لتنظيم الشيوخ في الفصل الخاص بالمواريث تحت عنوان " في الشيوخ ودعوى القسمة "، وتطبق هذه المواد على جميع أنواع الشيوخ أيا كان مصدرها أو محلها، بحيث تمثل الحد الأدنى من القواعد القانونية القابلة للتطبيق في هذا الشأن. وأما المجموعة الثانية فقد تم وضعها بعد الفصل المخصص لعقد الشركة تحت عنوان "في الاتفاقات المتعلقة باستعمال الحقوق الشائعة"، ويفترض لتطبيق موادها وجود اتفاق بين الشركاء على تنظيم الشيوخ.¹

وهذا التقسيم لنصوص القانون إلى مجموعتين متميزتين يعكس موقفا مبدئيا للمشرع الفرنسي عبر عنه السيد Foyer في تقرير له حول مشروع هذا القانون بقوله: " إن إخضاع جميع أنواع الشيوخ أيا كان مصدرها، أو محلها لنفس القواعد التنظيمية هي فكرة جذابة لبساطتها، ولكن هذه البساطة تعتبر خطيرة، لأنها تتجاهل حقيقة أن الشيوخ خلافا للشركة يكون في غالب الأحوال حالة مفروضة (الزامية)، وليس حالة إرادية أو مختارة".²

فتطبيق هذا المبدأ يؤدي إلى إخضاع الملكية الشائعة إلى نظامين مختلفين حسب ما إذا كانت مفروضة على الشركاء، أو كانت اختيارا من قبلهم.

بالنسبة للشيوخ القانوني، أو الإجمالي، جاء به القانون 1976 بالاعتماد على النظام التقليدي للشيوخ، ولم يتم تعديله بصورة جذرية، وعليه بقيت الموافقة الجماعية من الشركاء من حيث المبدأ ضرورية للقيام بأي عمل من أعمال الإدارة أو التصرف في الملكية الشائعة، غير أن هذا القانون حاول العمل على التخفيف من حدة هذه القاعدة وجعلها أكثر مرونة عند التطبيق لمواجهة الصعوبات والعراقيل العملية التي تنجر عنها مستندا على ما استقر عليه القضاء قبل صدوره، ومطبقا أيضا فيما بين الشركاء على الشيوخ نفس الإجراءات والوسائل المستخدمة في نظام الأموال المشتركة بين الزوجين.

1955، أما المشروع الثاني فقد صدر عن لجنة تنقيح القانون المدني برئاسة السيد (FOYER) وزير العدل الأسبق، ونشر في تقريره رقم: 1604 في سنة 1974-1975، أنظر محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 07.

1 - أيمن سعد عبد المجيد سليم، المرجع السابق، ص 52، و53.

2 - نقلا عن محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 08.

أما بالنسبة للتنظيم القانوني للشيوخ الاتفاقي، فقد بني على مبدئين، الأول متعلق بحرية الشركاء في الاتفاق لتنظيم الملكية الشائعة حسب ما يرونه محققا لمصالحهم، أما الثاني هو أن القانون له دور مهم لتكملة هذه الاتفاقات، أو توجيهها، ومن جهة أخرى الحفاظ على حقوق الغير على المال الشائع، وحتى حقوق الشركاء أنفسهم عليه.¹

وعليه نستخلص مما ذكرنا أنه عند دراسة أي موضوع من مواضيع الملكية الشائعة في القانون الفرنسي، يجب مراعاة هذه الثنائية، أو الازدواجية في تنظيم الشيوخ التي أتى بها قانون 1976، كما هو مبين فيما تناولناه.

3: تنظيم الملكية الشائعة بعد قانون 2006-728

في محاولة من المشرع الفرنسي للتخفيف من قاعدة الإجماع في إدارة المال الشائع والتصرف فيه، لما لهذا الإجماع من صعوبة التحقيق من الناحية العملية لاختلاف رغبة وميول الشركاء، عمل المشرع الفرنسي على تعديل النصوص المنظمة للملكية الشائعة من خلال قانون رقم: 2006-728، المؤرخ في 2006/06/23، والذي عدل وأضاف نصوص جيدة من أجل التسهيل في إدارة المال الشائع، كما تم في نص المادة 815-3، حيث عوض قاعدة الإجماع بحكم الأغلبية في إدارة المال الشائع²، أين منح للشركاء أصحاب الأغلبية مالكي على الأقل ثلثي المال الشائع الاستغلال العادي للملكية، ولها أن تقرر ولاية عامة لمباشرة بيع الأثاث الشائع لتسديد الديون ونفقات المال الشائع، وكذلك عند تجديد عقود الإيجار ماعدا إيجار الأراضي الفلاحية، أو التجارية، أو الصناعية، أو الحرفية، والأغلبية ملزمة في هذه الحالة لحماية مصالح الأقلية بإبلاغ هذه الأخيرة بالقرارات المتخذة من طرفها، ولم يتخلى المشرع الفرنسي عن قاعدة الإجماع واشترط ذلك في جميع التصرفات التي تمس بجوهر المال الشائع، غير التي أشار لها في الحالات السابقة.³

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع ، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 08، و 09.

² - Guillenchmidt-Guignot, « Indivision », *AJ Famille Dalloz-Revue*, septembre 2013, p 507.

³ - أنظر المادة 815-3 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الجزائري

نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة، أو ما يعرف بالشيوع الاختياري ضمن الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية"، من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ضمن القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول المعنون بحق الملكية، وذلك في المواد من 713-742، وهي موزعة على النصوص المنظمة لسلطات المالك المشتاع من المادة 713-721، والمواد المنظمة لقسمة المال الشائع من المادة 722-737.

والملكية الشائعة قد تكون أيضا بين الأشخاص الطبيعية والشخص الاعتباري، كما قد تكون بين أشخاص معنوية، وقد نظم المشرع الجزائري هذه الحالة في المواد 97-99 من القانون رقم: 90-30، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، كما نظم كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الشخص المعنوي وبين الأشخاص الطبيعيين من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، في نص المواد 124 - 129، والتي تبين وتنظم أيضا كيفية إيجار حصة الدولة في حالة العقارات غير القابلة للتقسيم.

الباب الأول

الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال الإدارة

يعمل الشركاء بكل الوسائل القانونية من أجل الانتفاع والاستفادة من ثمار العقار الشائع واستغلاله بطريقة تعود عليهم بالفائدة، محاولين تفادي الدخول في خلاف بينهم يؤدي إلى صدام قد يخلق إشكالات تعيق الانتفاع الأمثل بهذا العقار، ويذهب الشركاء في مباشرة ذلك عن طريق أعمال الإدارة¹، مثلما قد يلجأون إلى القيام بأعمال التصرف.

ويكون انتفاع الشركاء من خلال مباشرة أعمال الإدارة، بإجماعهم على ذلك عند الاتفاق على قسمة المهاية (الفصل الأول)، كما يكون عند إدارة العقار الشائع من طرف أغلبية الشركاء (الفصل الثاني).

الفصل الأول

إدارة العقار الشائع عن طريق قسمة المهاية

قبل الخوض في تفاصيل قسمة المهاية، نتطرق إلى المبدأ العام في الإدارة (المبحث الأول)، ثم نعمل على تبيان مفهوم قسمة المهاية (المبحث الثاني)، وأنواعها (المبحث الثالث)، وفي الأخير نتطرق لخضوع قسمة المهاية لأحكام عقد الإيجار (المبحث الرابع).

¹ - في الواقع تعتبر فكرة أعمال الإدارة وفكرة أعمال التصرف أفكار تغيرت النظرة إليها من نظرة قانونية بحتة إلى نظرة اقتصادية، على أساس أن كل عمل من أعمال الإدارة تقريبا يتضمن عملا من أعمال التصرف، فمثلا عندما يقوم الشريك في عقار ببيع المحصول، أو المنقولات السريعة التلف، فإنه من الناحية القانونية يأتي بعمل من أعمال التصرف، في حين أنه من الناحية الاقتصادية لا يقوم، إلا بعمل من أعمال الإدارة .

حيث لم تعد الطبيعة القانونية للعمل تكفي كمعيار للتمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف . والقول أن التصرف يترتب عليه خروج الشيء من ذمة الشخص يجانب الصواب، والصحيح هو البحث عن هدف العمل والمزايا التي تترتب عليه والمخاطر التي يمكن أن تعترض هذا المال، وبالتالي يعتد في معيار التمييز بالأثر الاقتصادي للعمل على الذمة المالية، أنظر أكثر محمد السعيد رشدي، "أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص"، منشأة المعارف مطبعة الإخوة، الإسكندرية، 2010-2011، ص 174-177.

المبحث الأول

المبدأ العام في الإدارة

إذا كان كل شريك في الملكية الشائعة مالكا ملكا تاما لحصته، وله عليها كل سلطات الملك من استعمال واستغلال وتصرف، فإن حقه هذا مقيد بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء في المال الشائع طبقا لنص المادة 714 من ق.م.ج، فليس لأي شريك حق إدارته والانتفاع به بدون موافقة سائر الشركاء.

لذلك كان إجماع الشركاء أمرا لا بد منه لحسن إدارة واستعمال هذا العقار، ومن ثم الانتفاع به على أحسن وجه تحقيقا لمبدأ المساواة فيما بينهم جميعا.

وإذا كان الحفاظ على مصالح الشركاء في العقار الشائع يبرر ضرورة إجماعهم عند إدارته وحسن الانتفاع به، فإن هذا المبدأ - الإجماع - نفسه يعتبر غالبا مصدرا لكل المساوئ والمعوقات التي تحيط بالشيوع، وعليه سوف نبحت في شرح مفهوم مبدأ الإجماع، وتبريرات الأخذ به عند دراسة إجماع الشركاء في إدارة العقار الشائع (المطلب الأول)، ثم نسلط الضوء على الآثار المترتبة عن هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجماع الشركاء في إدارة العقار الشائع

مبدأ الإجماع مبدأ قانوني استعان به المشرع الجزائري والقانون المقارن بشكل متفاوت في تنظيم الملكية الشائعة، ما يجعلنا نعمل على إيضاح المقصود بهذا المبدأ (الفرع الأول).
وبما أن مبدأ الإجماع كان محل خلاف بين شراح القانون في مدى إلزاميته والاستثناءات الواردة عليه، فإن من المهم النظر في التبريرات المقدمة في إقرار هذا المبدأ (الفرع الثاني)، ودوره في مواجهة أفراد أحد الشركاء في الانتفاع بجزء مفرز (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الإجماع

تنص المادة 715 من القانون المدني بما يلي: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".¹

¹ - ورد هذا المبدأ في القانون المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي، فقد نصت عليه المادة 827 من القانون المدني المصري، كما نصت عليه المادة 815-3 الفقرة 01 من القانون المدني الفرنسي المضافة بقانون 1976، والمعدل بقانون رقم: 2006-728، كما جاء هذا المبدأ في نص المادة 1075 من مجلة الأحكام العدلية.

وجاء النص صريحا واضحا يبين أن إدارة المال الشائع في الأصل من حق الشركاء مجتمعين ، لا يختص بها أحد منهم، ولأن لكل شريك حقا في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق باقي الشركاء، فإن انفرد أحدهم بإدارة العقار الشائع يكون فيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء، فلا بد إذن من إجماعهم ليقرروا الكيفية التي تكون عليها إدارة المال الشائع، وهذا هو الأصل، لكن تعذر إجماع الشركاء في أغلب الأحيان أورد عليها استثناءات هامة، ما جعل المشرع ينظم هذه المسألة تنظيميا مفصلا واجه به العقبات العملية التي تحول عادة دون الاستغلال والانتفاع الأمثل بالمال الشائع، مراعيًا ما قد يتفق عليه الملاك على الشيوخ بشأن إدارة العقار الشائع.¹

إن الغرض من إدارة العقار الشائع هو الانتفاع به واقتسام ثماره فيما بين الملاك على الشيوخ، فهم ملاك هذا العقار، ولكل مالك حق استعمال الشيء والانتفاع به، بحيث أنه إذا تمكن كل مالك على الشيوخ الانتفاع باستعمال العقار الشائع كان له ذلك، كوجود مصرف خاص شائع، أو بئر شائع، إذ يجوز لأي مالك على الشيوخ أن ينتفع بالعقار الشائع ، فيأخذ من البئر الماء الذي يروي به أرضه، ويوصل الماء الذي يتبقى بعد الري إلى المصرف الخاص، كذلك يجوز لكل شريك أن يرفع دَعَاوَى الحيازة، إذا توفرت شروطها لمواجهة من يعتدي على حيازته لحصته الشائعة، دون حاجة إلى أن يشترك معه في ذلك باقي الشركاء²، وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسترد بها حصته الشائعة من يد الغير، وتقنصر الدعوى في هذه الحالة على نصيبه الشائع في العقار، دون أن يحتاج إلى أن يشترك معه باقي الشركاء.

ويبقى كل ما قدمناه لا يدخل في صميم أعمال الإدارة ، بل تعتبر أعمالا جانبية، أما الأعمال الإدارية الرئيسية التي تقع كثيرا، وتهدف إلى الانتفاع بالعقار الشائع واستثماره بزراعة الأرض الفلاحية مثلا، أو إيجارها، فهذه تقنضي في الأصل إجماع الملاك على الشيوخ، إلا فيما عدا ما أقره القانون من استثناء، وبذلك يمكن مثلا لكل الشركاء في الشيوخ أن يجمعوا على إيجار الدار،

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 810، و811.

² - إذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع، وتوفرت في الحيازة شروطها، كان للشريك منع الاعتداء على حيازته بدعوى الحيازة، حتى لو كان هذا الاعتداء صادر من الشركاء الآخرين، أنظر نفس المرجع، ص 811.

أو الأرض باتفاقهم جميعهم على تفاصيل شروط عقد الإيجار، ويعتبر هذا مثالا على إجماع الشركاء في إدارة العقار الشائع.¹

غير أن العقار الشائع، قد يكون مما ينفر بطبيعته من أن يكون محلا للاستعمال المشترك، كالسكن الانفرادي، وأغلب الأشياء لا يتأتى الاشتراك في استعمالها والانتفاع بها، إلا بالتضامن العام بين الشركاء على طريقة الاستعمال والاستغلال، وكثيرا ما يتعذر تحقيق هذا التضامن والتوافق بين الملاك على الشيوخ، بسبب اختلاف نزعاتهم ورغباتهم، فقد يرغب أحد الشركاء في منزل أن يستعمله سكنا، بينما يريد شريكا آخر أن يفتح فيه محلا للتجارة، في حين يبغى شريك ثالث أن يجعل له مخزن في جزء منه.

وينجر عن هذا الاختلاف للشركاء في طريقة الاستعمال والاستغلال إلى إعاقة وتعطيل الانتفاع بالعقار الشائع، لأن حق كل مالك على الشيوخ في استعماله مقيدا بعدم المساس بحقوق باقي الملاك على الشيوخ²، ولذلك نص المشرع في المادة 715 من ق.م.ج، المذكورة أعلاه، على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين. كما جاء بها تحفظ يقضي بـ: " ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك "، وهو تحفظ يرتضيه الشركاء مجتمعين أيضا، كأن يجمعوا أن يقوم بعضهم، أو أحدهم، أو شخص من الغير بإدارة المال الشائع، فيكون من يتولى إدارة العقار الشائع نائبا يستند عمله إلى رضا وموافقة جميع الشركاء.³

الفرع الثاني: تبريرات إقرار مبدأ الإجماع

يقوم مبدأ إجماع الشركاء لإدارة المال الشائع على أساس ما لهم من حقوق متساوية في نفس الوقت في التسلط على المال الشائع، واقتسام منفعته وإدارته.

فلا يجوز لأحدهم، أو بعضهم الأفراد بأي عمل من أعمال إدارته دون الرجوع إلى باقي الشركاء، وإلا عد ذلك اعتداء على حقوقهم، مما يستلزم اتفاق كل الملاك على الشيوخ وإجماعهم على طريقة محددة لإدارة المال الشائع بناء على مبدأ المساواة فيما بينهم.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 811 و812.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 70، و71.

³ - نفس المرجع، ص 71، و72.

ويبرر وجود هذا المبدأ حماية المصالح المشروعة للملاك على الشيوع ، فالأكيد أن لكل منهم مصالح مختلفة يسعون لتحقيقها، وغالبا ما يكون تضارب وتنافر وتعارض بين هذه المصالح، كما لو اختص أحد الشركاء، أو بعضهم بإدارة العقار الشائع دون بقية الشركاء، وعملوا على تحقيق مآربهم، ولو على حساب مصالح الشركاء الآخرين، ومنه كان أقوى ضامن لحماية مصالح جميع الشركاء هو إجماعهم واتفاقهم، بحيث يشتركون جميعا في إدارة المال الشائع، فلا يعتد بأي عمل، أو تصرف يخرج عن هذا الإجماع.¹

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن أعمال مبدأ الإجماع مسألة منطقية، لتفادي الإنفراد بإدارة المال الشائع والتصرف فيه، ولأن هذا المبدأ يمكن تجاوزه، إذا أراد ذلك الشركاء عن طريق وضع تنظيم اتفاقي يخضعون لمقتضياته عند إدارتهم لهذا المال.²

الفرع الثالث : مبدأ الإجماع في مواجهة أفراد أحد الشركاء للانتفاع بحصة مفرزة

يبقى التساؤل قائما في الحالة التي يضع أحد الشركاء يده على حصة مفرزة من العقار الشائع وكانت مساوية لنصيبه في الملكية الشائعة، هل يبقى لسائر الشركاء حق الاعتراض عليه؟ لا يجوز إنفراد أحد الشركاء على الشيوع باستعمال والانتفاع بالعقار الشائع، أو التصرف فيه أو على حصة مفرزة منه حفاظا على حقوق باقي الشركاء، لأن كل شريك له نصيب في كل ذرة من ذرات المال الشائع، طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 714 من ق.م.ج السالفة الذكر، التي تقضي بما يلي: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". ولكن ليس معنى ذلك اعتبار هذه الأعمال والتصرفات صادرة من غير مالك، فكل شريك على الشيوع مالك، غير أنها لا تكون نافذة ولا يحتج بها في حق بقية الملاك على الشيوع.³

كما أنه إذا جاز لكل شريك في أن يختص بجزء مفرز من المال الشائع يعادل نصيبه بأن ينتفع به ويستغله، يؤدي إلى انتفاء الهدف من تنظيم أحكام الشيوع وإدارته، وقد يؤدي هذا إلى

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع ، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص72، و73.

² - Christian LARROUMET , droit civil ,T 02, « les biens » , droits réels principaux, 3 édition, Economica, Delta, Paris, France,1998, p150.

³ - نقلا عن زهدي يكن، " الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا"، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، (بدون سنة الطباعة)، ص 147.

تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع في حالة ما إذا رأت الأغلبية إدارته عن طريق تأجيله مثلا، بحيث يقف هذا الشريك الحائز حجر عثرة أمام هذه الإدارة، فيؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، مما يضر بمصلحة الملاك على الشيوع والمصلحة العامة.

" ويظهر من تتبع أحكام الاجتهاد أن أحد الشركاء إذا وضع يده على جزء من العقار معادل لنصيبه، لم يجز لباقي الشركاء الاعتراض على ذلك، وكل ما لهم، هو المطالبة بقسمة العقار إذا لم يرضهم ذلك.

ولكن هذا الاجتهاد محل نظر، لأن كل مالك على الشيوع له حق ملكية في كل ذرة من العقار المشاع، وهذا الحق متساوٍ بين الشركاء لا يمتاز به واحد عن الآخر، وهذا المبدأ لا يتفق مع استقلال أحد الشركاء باستعمال جزء من المال المشترك، ولو كان مساويا لنصيبه، لأن معنى هذا المبدأ هو منع الشريك الآخر من الاستئثار بجزء مفرز من المال الشائع، سواء باستعماله، أو استغلاله دون موافقة الشركاء الآخرين، فإذا هو فعل ذلك، كان لسائر الشركاء حق منع تعرضه، هو أو من تلقى الحق عنه"¹، لما في ذلك من الإضرار بحقوقهم، وهو ما لا يقره نص القانون.

وهذا ما ذهب إليه القانون² والقضاء الفرنسي، حيث جاء في حكم صدر بعد قانون سنة 1976، " طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 815-9، والمادة 815-10 من القانون (والمضافتين بقانون سنة 1976)، فإن المالك على الشيوع الذي ينتفع بالشيء الشائع على أفراد يلتزم بدفع تعويض، ما لم يوجد اتفاق مخالف، وهذا التعويض يضاف إلى المال الشائع، مثله مثل الإيراد، إلا إذا اتفق الأطراف على قسمته (أي التعويض) فيما بينهم بصفة مؤقتة"³.

ولم تفرق محكمة النقض الفرنسية بين الحالة التي يختص فيها الشريك بجزء مفرز والانتفاع به، وبين حالة إنفراده بكل المال الشائع، في حين ميزت محكمة النقض المصرية بين الحالتين،

1 - زهدي يكن، " الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا"، المرجع السابق، ص 145، و 146.

2 - حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 815-9 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. »

في حين لم يذكره النص الجزائري صراحة.

3 - حكم رقم 305 صادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1984، منقول عن محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 23.

ففي الحالة الأولى، والتي يحوز فيها الشريك العقار الشائع كله لاستغلاله والانتفاع به، أجازت لبقية المالكين على الشيوع طرد الشريك الحائز، وذلك بدعوى منع التعرض، على أساس أن ما قام به هذا الشريك يعتبر في هذه الحالة تعرضاً لهم في حيازتهم للمال المشترك.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية صادر في 04 ماي سنة 1944 أن "وضع اليد على الحصة الشائعة يحمي بدعوى وضع اليد، فيكون لكل مالك واضح يد خالصة، أو على الشيوع أن يستعين بدعوى وضع اليد في حماية يده، فيقبل رفع هذه الدعوى من الشريك في الملك المشاع لدفع التعرض الواقع له، أياً كان المتعرض، فإن وقع من بعض الشركاء في العقار الشائع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء، فإنه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض، فإذا كان الحكم قد رفض دعوى منع التعرض بمقولة أنه لا يجوز في القانون رفعها من الشريك على شريكه في الشيوع، فإنه يكون مخالفاً للقانون".¹

وفي الحالة الثانية عند إنفراد الشريك للانتفاع بجزء مفرز من العقار الشائع، لم تجز محكمة النقض المصرية لبقية الملاك على الشيوع طرد الشريك الحائز، إذا كان هذا الجزء المفرز الذي يحوزه مساوٍ لحصته الشائعة، وذلك إسناداً إلى ما يمتلكه في هذا الجزء بما يتناسب مع نصيبه في المال كله، وإلى التبادل في المنفعة مع بقية الشركاء بالنسبة للباقي من هذا الجزء.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 03 يناير 1974، بما يلي: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع، إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده، وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر، بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار، أو يرجع على واضع اليد ما يقابل الانتفاع".²

وقد تعرض هذا الموقف لمحكمة النقض المصرية إلى انتقاد من بعض الفقه، على أساس أن كل شريك له حق ملكية في كل ذرة من العقار الشائع، وهذا يقتضي منع الشريك من أن يختص بجزء مفرز من العقار الشائع، سواء باستعماله، أو باستغلاله، أو الانتفاع به دون موافقة من سائر

¹ - نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1944/05/04، منقول عن محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال

وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 23، و24.

² - نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصري بتاريخ 1974/12/03، منقول عن نفس المرجع، ص 25.

الشركاء الآخرين، أو على الأقل الأغلبية منهم، تطبيقاً لما جاء في النصوص المنظمة لإدارة المال الشائع.¹

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن مبدأ إجماع الشركاء

قد يكون لمبدأ الإجماع حلاً مثالياً من الجانب النظري في تنظيم الملكية الشائعة، غير أنه من الناحية العملية تظهر عدة نقائص وسلبيات عند التوسع في تطبيقه، لذا يجب أن ننظر في مبدأ الإجماع بين محاسن إقراره وأضرار تطبيقه (الفرع الأول)، وما هي الاستثناءات التي أقرها المشرع للحد من سلبياته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ الإجماع بين محاسن إقراره وأضرار تطبيقه

إذا إتفق جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالعقار الشائع وإدارته، فإن كل عمل بمقتضى هذا التنظيم يكون صحيحاً وناظاً في حق الجميع، سواء قبل قسمة العقار، أو بعدها، وأياً كانت النتيجة المترتبة عن هذه القسمة، فيسري هذا الاتفاق عليهم وعلى خلفهم، سواء كان الخلف عاماً، أو خاصاً، فإذا وقع الجزء الذي تم تأجيله بإجماع الشركاء مثلاً في نصيب واحد منهم فقط، فإن الإيجار يبقى نافذاً في مواجهته.²

ورغم ما يحققه إجماع الشركاء من تنظيم مثالي لاستغلال والانتفاع بالمال الشائع على أكمل وجه، وبغض النظر عن مبررات هذا المبدأ التي تستند على أن لكل الشركاء حقوق متساوية في نفس الوقت وعلى نفس الشيء، ما استوجب حماية مصالحهم جميعاً في الانتفاع والاستغلال للمال الشائع، إلا أن هذا الإجماع يعتبر مصدراً لكل المعوقات وسبباً في الكثير من الأحيان إلى تعطيل إدارة العقار الشائع، لأنه قلماً يتحقق إجماع الشركاء على إدارة المال الشائع، لاختلاف مشاربهم وتفاوت أغراضهم وتنوع اتجاهاتهم، فما يرغب فيه أحد الشركاء قد لا يريده البقية منهم، وقد تقف الأقلية في وجه ما تريده أغلبية الشركاء.³

ومن أهم أسباب الأخذ بقاعدة الإجماع، هو التعامل مع الملكية الشائعة انطلاقاً من هذه النظرة، أي أن الشيوع غير جدير بالاهتمام من حيث التنظيم القانوني، أو أنه وضع مؤقت وغير

1 - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 24-26.

2 - نبيل إبراهيم سعد، " الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 107.

3 - عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، الطبعة 1967، المرجع السابق، ص 813.

مرغوب فيه، لما يؤدي من سوء الاستغلال وغياب التفاهم بين الشركاء، ومن ثم العمل على زواله من خلال إخضاعه لأحكام تساعد على إنهائه في أسرع وقت بإجراء القسمة.¹

غير أن هناك من يرى أن أهم تبرير تقوم عليه قاعدة الإجماع، والمتمثل في كون الملكية الشائعة تشكل وضعا مؤقتا واستثنائيا، أصبح غير قائم في الواقع الحالي لوضعية الأملاك الشائعة² فالجانب العملي يؤكد أن أغلب النزاعات المطروحة أمام الجهات القضائية والمتعلقة بالملكية الشائعة، يكون موضوعها اختلاف الشركاء حول إدارة المال الشائع؛ وفي محاولة لبعض الشركاء فرض آرائهم على حساب البقية، دون النظر للمصلحة المشتركة لجميع الملاك على الشيوع، ولا للوظيفة الاقتصادية والاجتماعية لهذه الملكية.

هذا ما جعل القضاء الفرنسي أصبح يميل إلى إعطاء قاضي الموضوع سلطة تقديرية أوسع عند النظر في الطلب المتعلق بالقسمة النهائية للمال الشائع، من أجل تمكينه من تقدير الأسباب والظروف، مع مراعاة كافة المصالح التي من الممكن أن تتأثر بالقسمة، فيمكن للقاضي أن يأمر بإجراء قسمة جزئية، من أجل تمكين الشريك الذي يطلب القسمة للخروج من حالة الشيوع، على أن يستمر باقي الشركاء اللذين لا يرغبون في القسمة، شركاء مشتاعين في ما تبقى من المال الشائع.³ وأمام هذا الخلاف والنزاع بين الملاك على الشيوع، لا يبقى لمواجهة هذا الوضع، إلا أحد الأمرين، " إما أن يقسم الشركاء المال الشائع بينهم ما داموا في الشيوع قسمة مهياة زمانية، أو مكانية، فيتيسر لكل منهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع لمدة من الزمن، أو بجزء مفرز منه كل الزمن، وهذا يقتضي البقاء على الأصل واشتراط الإجماع، فلا تجوز قسمة المهياة، إلا بإجماع الشركاء المشتاعين، أو أن يدير الشركاء المال الشائع بطرق الإدارة المختلفة كالإيجار، ولكن لما كان الإجماع متعذرا، فإن الأغلبية تكفي خروجا على الأصل، وفي هذه الحالة يكفل القانون للأقلية الضمانات الكافية حتى لا تتحكم فيها الأغلبية."⁴

¹- Christian LARROUMET, Op .cit, p146.

²- Gabriel Marty-Pierre Raynaud, « les biens », par Patrice Jourdain, Dalloz Delta, Paris, France,1995,p83.

³-Christian LARROUMET, Op .cit, p149.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 813.

الفرع الثاني: الاستثناءات للحد من سلبيات مبدأ الإجماع

إذا كان الأصل هو إجماع الشركاء في إدارة المال الشائع، ولأن هذا الإجماع كما ذكرنا يتعذر في الكثير من الأحيان تحقيقه، فقد نظم المشرع الجزائري استثناءات ترد على هذا المبدأ تنظيمًا مفصلاً لمواجهة العقبات التي تحول دون الانتفاع الأمثل بالمال الشائع في حالة تعذر إجماع الشركاء من أجل التخفيف من حدة المساوئ الناجمة عن اشتراطه في أعمال الإدارة.

ولهذا كان ليد من التنازلي عن هذا الشرط، وجعل زمام المبادرة بيد أغلبية الشركاء، التي يكون رأيها ملزماً للجميع، وفي المقابل كفل القانون للأقلية الضمانات الكافية، حتى لا تتحكم فيها الأغلبية، وإذا لم تتفق الأغلبية أمكن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع¹، خلافاً للقانون الفرنسي الذي تمسك في قانون 1976 بمبدأ الإجماع، على نحو ما كان سائداً في القضاء السابق على صدوره، غير أن المشرع الفرنسي سار على منوال المشرع الجزائري والمصري في التعديل بموجب القانون رقم: 2006-728، الذي عدل نص المادة 815-3، و عوض مبدأ الإجماع بحكم الأغلبية في إدارة المال الشائع، رغم احتفاظه بقاعدة الإجماع في ما تعلق بالتصرفات الماسة بجوهر المال الشائع.

وإدراكاً من المشرع الفرنسي بصعوبة وتعذر اتفاق جميع الشركاء لطريقة معينة في استعمال وإدارة المال الشائع، فقد عمل على التخفيف من حدة مبدأ الإجماع، بوضع عدة وسائل تقليدية لتسهيل هذه الإدارة والمحافظة في نفس الوقت على مبدأ الإجماع، استمد بعضها من القضاء السابق، والبعض الآخر من نظام الأموال المشتركة بين الزوجين، وأهم هذه الوسائل، الوكالة بين الشركاء، سواء كانت عامة، أو خاصة، أو ضمنية، والصلاحية القضائية والفضالة، وأقر للقضاء صلاحيات واسعة للفصل في منازعات الشركاء²، حماية منه للمصلحة المشتركة للمال الشائع وللشركاء على حساب المصلحة الفردية لكل شريك³.

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 68، و 74.

² - منح القضاء الفرنسي ممثلاً في رئيس المحكمة الابتدائية، سلطة التدخل بصفة مستعجلة في حسم أي نزاع بين الأطراف، بحيث يمكن القول أن له دور رئيسي في تنظيم الانتفاع بالعقار الشائع، أنظر نفس المرجع، ص 57، وما يليها.

³ - بخوش زوبير، "إدارة المال الشائع"، مذكرة لنيل ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 15.

لأن إعمال مبدأ الإجماع يؤدي إلى جعل حق الانتفاع واستغلال المال الشائع والتصرف فيه الذي يمنحه حق الملكية، مجرد مسألة نظرية لا امتداد لها على مستوى الواقع، حيث يؤدي إلى تعطيل سلطات الشريك بهذا الخصوص، وشل إرادته في القيام بأعمال قصد الانتفاع بالمال الشائع والمساهمة في إدارته وتسييره، ولا يبقى أمامه من مخرج سوى طلب القسمة.¹

ومع كل ما ذكرنا، فإن تحقق الإجماع خاصة عند الشركاء الورثة، في الانتفاع بالعقار الشائع واستثماره، سيما إذا كان عن طريق الاتفاق على قسمة المهايأة، يحقق صورة نموذجية للانتفاع على جميع المستويات.

المبحث الثاني

مفهوم قسمة المهايأة

تعتبر قسمة المهايأة من أهم وسائل الانتفاع بالعقار الشائع، لأنه يهدف إلى تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط هذه الإدارة من صعوبات، وتحقيق إجماع الشركاء على طريقة معينة لاستعمال واستغلال العقار الشائع، هو أفضل وسيلة للتوفيق بين حقوقهم وحماية مصالحهم، فلا يكون هناك مجال للاختلاف والمنازعة بينهم، وقبل الخوض في أنواع القسمة وأحكامها، وجب التدقيق في تعريف قسمة المهايأة (المطلب الأول)، ومدى توفر شرط صفة الشريك عند مباشرتها (المطلب الثاني)، ثم نتطرق إلى معرفة الأسباب التي أدت بالشركاء اللجوء إليها، وفي الأخير نتناول طرق إثبات قسمة المهايأة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف قسمة المهايأة

البحث في تعريف قسمة المهايأة يتطلب منا تعريفها لغة وإصطلاحاً وقانوناً، وتبيان التكيف القانوني لها.

¹—Gabriel Marty-Pierre Raynaud, Op .cit ,p 90.

الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة

"المهايأة لغة مأخوذة من الفعل هيا يقال هاء يهوء ويهيء، والهيئة الحالة الظاهرة، وتهيأت للشيء، أخذت له أهبتة وتفرغت له، وتهيأ القوم، جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد بها النوبة".¹

"وقد ذهب أحد الفقهاء المحدثين، إلى أن التعبير بقسمة المهايأة تعبير غير دقيق، لأنه يحمل على الظن بوقوع فعل القسمة على المهايأة نفسها وهذا محال، لأن المهايأة نفسها لا تنقسم، وذلك باعتبارها عملية متكاملة الوقائع، ولذلك يرى أنه كان من الأصح الاكتفاء بلفظة "مهايأة" فقط، أو استعمال مصطلح "عملية المهايأة"، أو "قسمة الانتفاع"، لأنه أكثر دقة ودلالة على الكيفية، أو الهدف منها، فضلا عن أنه يظهر طابعها التنظيمي المتميز".²

غير أننا لا نجد لهذا الانتقاد محلا عند دراسة هذا الرأي في ضوء تعبيرات اللغة العربية، فإن هذا التعبير من قبيل إضافة الشيء إلى استعماله، كقطع السكين وكتابة القلم، فلا يعني ذلك أن القطع يكون للسكين، أو أن الكتابة تكون للقلم، وكذا قسمة المهايأة، فهي تعني أنها القسمة التي تتم بالمهايأة، وأما من حيث تسميتها قسمة، وإن كان الباحث لا يعترض على ذلك³، فإن الله تعالى قد سماها في كتابه العزيز قسمة في الآية الكريمة "وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ"⁴

1 - منقول عن ندى سالم حمدون ملا علو، "مفهوم المهايأة وتكييفها" مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 42، السنة 2009، ص 03

2 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، "أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقهاء الإسلامي - دراسة مقارنة -"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 41.

3 - كحيل حياة، "قسمة المهايأة - دراسة مقارنة -"، أطروحة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 15، و 16.

4 - الآية الكريمة 28 من سورة القمر.

الفرع الثاني: تعريف المهايأة اصطلاحاً

أولاً: تعريف المهايأة في الفقه الإسلامي

يعتبر الفقه الإسلامي أول من عرف قسمة المهايأة، باعتبارها طريقة من طرق الانتفاع بالمال الشائع يقع في الأصل باتفاق جميع الشركاء، وقد وردت أحكام قسمة المهايأة في كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المتعددة ضمن باب القسمة.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف قسمة المهايأة حسب ما يراه كل مذهب، إلا أنها تدور حول معنى واحد، هو أن قسمة المهايأة هي قسمة المنافع، ويرى بعض الفقه أن أهم وأوضح تعريف هو ما جاء به المالكية، بالقول أن " اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد".¹

فقد جاء تعريفاً مبيناً لكيفية قسمة منافع المشترك المتحد كالدائر مثلاً، بحيث يختص كل مالك على الشيوع بالانتفاع به مستقلاً عن شريكه مدة زمنية معينة، وأما المتعدد كالدارين مثلاً، فيختص كل شريك بالانتفاع بوحدة مستقلاً عن شريكه مدة زمنية معلومة، وبذلك ذكر هذا التعريف نوعي القسمة الزمانية والمكانية وبين كيفية نشوءهما.²

ثانياً: تعريف فقهاء القانون

تعدد تعريف شراح القانون للمهايأة، فبعضهم عرفها بأنها: "هي التي يتناوب فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء الشائع دون الملكية التي تبقى شائعة فيما بينهم"³، وعرفها آخرون بأنها: "إما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، وهذا وذاك بصفة مؤقتة".⁴

والقول أن المهايأة تتم عن طريق الاتفاق المؤقت بين الشركاء، يحتوي على مصطلح غير دقيق، ذلك لأنه ألحق صفة المؤقت بالاتفاق، أو بالعقد الذي تنشأ به المهايأة، فلا يوجد هناك ما

1 - منقولاً عن حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 51.

2 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

3 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 143.

4 - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 165.

يسمى بالاتفاق المؤقت والاتفاق الدائم، لكن المهايأة التي أطلق عليها البعض القسمة المؤقتة، كانت من أجل تمييزها عن القسمة النهائية التي تنتهي الشيوخ، وبذلك صفة الوقتية تلحق المهايأة نفسها، وليس العقد، أو الاتفاق.¹

وللمهايأة تعريف عام، وهو "قسمة المنافع"، والذي يشمل كل الحالات التي تجوز فيها المهايأة، سواء بين المالكين لرغبة المال مثل الشركاء، أو التي تكون بين المالكين للمنفعة كالمستأجرين، كما تجوز المهايأة بالوقف، وبين أصحاب حقوق التصرف، والمهايأة بين المستأجر والمالك.

كما للمهيأة تعريف خاص وهو موضوع دراستنا، حيث تعرف على أنها وسيلة يستعين بها الشركاء لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، من خلال الاتفاق على قسمة منفعة المال الشائع بينهم.² ويرى بعض الفقه أنه ليس هناك ما يمنع من تسمية عملية تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بقسمة المهايأة، لعدة أسباب، أولها أن الغاية من هذه العملية هو الإنهاء المؤقت لتشابك علاقات الشركاء فيما بينهم، الناتج عن وقوع حق كل شريك في ذات المال الشائع المراد تنظيم الانتفاع به، أما السبب الثاني، فهو أن المشرع الجزائري تناول تنظيم أحكام قسمة المهايأة، كوسيلة من وسائل الانتفاع بالمال الشائع ضمن النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوخ بالقسمة، وهو ما يدل قناعته ورضاه على تسمية عملية تنظيم الانتفاع بالمال الشائع "قسمة مهايأة".

وتأكيدا لما سبق، فإنه يعود السبب الثالث والأخير، على أن في الفقه الإسلامي عرف المهايأة بأنها "قسمة منافع"، وهذا يدل على أن هذه العملية التنظيمية للانتفاع بالمال الشائع هي في حقيقتها قسمة للمال الشائع، ولكن باعتبارها قسمة انتفاع وليست قسمة نهائية.³

كما عرف البعض قسمة المهايأة بأنها "قسمة مؤقتة، فهي لا تنتهي الشيوخ ولا ترد على الملكية، وإنما تهدف فقط إلى تقسيم منافع العين الشائعة بين الشركاء أثناء قيام الشيوخ، بحيث يحصل كل شريك على قدر منفعه يتناسب مع حصته."⁴

1 - ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 04

2 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

3 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 41، و42.

4 - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 108.

والاتفاق على المهايأة قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً عن طريق وضع كل شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع بصفته شريك مهائئ، مثل قيامه بزراعة جزء مفرز من الأرض الفلاحية الشائعة يعادل حصته فيها، أو تأجيرها من الباطن إلى الغير.¹

وتتحقق قسمة المهايأة باتفاق جميع الشركاء في صورتين، إما باختصاص كل واحد منهم بمنافع الشيء لفترة زمنية معينة تعادل حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة الزمنية، وإما بجزء مفرز محدد يوازي حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية.²

وهذا النوع من القسمة ينصب على منفعة الشركاء بالمال لمدة معينة، فلا يؤدي إلى المساس بملكية الرقبة، كما أنه اتفاق مؤقت ينتهي حتماً، لأن المراد منه هو تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ولا ينهي حالة الشيوخ.³

وبذلك فهي وجدت للحد من سلبات الملكية الشائعة، والحلول دون تعطيل الانتفاع بها أثناء فترة الشيوخ، التي قد تطول وتؤثر على مصلحة الشركاء والمصلحة العامة، وتعتبر أهم وأفيد أشكال التنظيم الاتفاقي لاستغلال واستعمال العقار الشائع.

كما يستهدف العمل بقسمة المهايأة إلى تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع، وما يحيط هذه الإدارة من صعوبات⁴، وتحقيق إجماع الشركاء على طريقة معينة لاستعمال واستغلال العقار الشائع هو أفضل وسيلة للتوفيق بين حقوقهم وحماية مصالحهم، فلا يكون هناك مجال للاختلاف والمنازعة بينهم.

وقسمة المهايأة لا تكن في المثليات، لأنه لا يمكن أن يحقق الانتفاع بها، مع بقاء عينها، وحيث أنها قابلة للقسمة، فلا حاجة للمهايأة عليها، وبذلك لا يجوز المهايأة، إلا في القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كما هو الحال في العقار كالدور والأرض، ومن ثم يجوز أن يتهاياً الشركاء على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة وذاك سنة أخرى، أو أن يزرعا

1 - كحيل حياة، المرجع السابق، ص 23.

2 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 161.

3 - جميل الشرقاوي، " الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني، الكتاب الأول، حق الملكية"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 104، و 105.

4 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 476.

الشريكين هذا نصفها وذاك نصفها الآخر¹؛ فيكون لكل شريك أن ينتفع به بنفسه، أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد من بقية الشركاء على إدارته لنصيبه، ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها، وفي المقابل هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختص به من العقار الشائع.²

ويتميز عقد المهايأة بميزات عدة، فهو عقد رضائي يبنى على رضا ومحل وسبب، لا يحتاج إلى شكلية معينة لانعقاده.

كما أن عقد المهايأة من عقود المعاوضة، حيث أن كل شريك متعاقد يأخذ مقابلا لما أعطى، ويعطي مقابلا لما يأخذ، إذ ينتفع الشريك بالمال الشائع في مقابل انتفاع الشريك الآخر به لمدة أخرى، إذا كانت المهايأة زمنية، أو بجزء مفرز من المال الشائع في حالة كانت المهايأة مكانية .

ويعتبر عقد المهايأة من العقود الملزمة للجانبين، بحيث ينشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين، فيكون كل منهما دائنا للآخر أو مدين له، فكل شريك في قسمة المهايأة تقع عليه التزامات أثناء انتفاعه بالمال الشائع، وبالمقابل يكون له حقوق على عاتق الشريك المهايئ الآخر.³

ثالثا: تعريف المهايأة في القانون الجزائري

نظم المشرع الجزائري هذا النوع من القسمة في المواد: 733 - 736، من القانون المدني، ولم يتعرض لتعريف قسمة المهايأة، غير أنه وصفها في الفقرة الأولى من نص المادة 733، بما يلي:

" يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء...." ، كما تنص المادة 734 من ق.م.ج على ما يلي: " يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا⁴ الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب وحصته".

1 - محمد كامل مرسي باشا، " شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية "، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 253.

2 - عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية "، طبعة، 1967، المرجع السابق، ص 816، و 817.

3 - ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 5.

4 - ورد خطأ في نص المادة 734 بوضع الفعل " يتناولوا " بدلا من الفعل الأصح " يتناولوا "، أي عن طريق المناوبة والتبادل، فلا يستقيم المعنى، إلا بتصحيح الفعل في النص المذكور.

من خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع الجزائري بين الصور التي تتم وفقها قسمة المهايأة، من خلال وصف قسمة المهايأة المكانية في نص المادة 733 من القانون المدني، و قسمة المهايأة الزمنية في نص المادة 734 من نفس القانون.

ونخلص مما ذكرنا أنه إذا كان إجماع بين كل الشركاء في الملكية الشائعة على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع وإدارته، فإن كل عمل يتم بمقتضى التنظيم يكون صحيحا وناظدا في حق الجميع، إذ أنه في كثير من الأحيان يتم اتفاق بين جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالعقار الشائع، فيسري هذا الاتفاق عليهم وعلى خلفهم، سواء كان عاما، أو خاصا، وتتجلى أهم الصور في هكذا اتفاق عن طريق قسمة المهايأة.¹

أما في التشريع الفرنسي، فلم ينظم قانون 31 ديسمبر لسنة 1976 أحكام قسمة المهايأة، ولا يعرف هذا القانون مصطلح المهايأة، ولم ينظم صورة معينة من صور التنظيم الاتفاقي للاستعمال، مكتفيا بذكر الأحكام العامة التي تنظم الاتفاق على استعمال المال الشائع.²

الفرع الثالث: التكييف القانوني لقسمة المهايأة

قسمة المهايأة ليست قسمة بالمعنى الصحيح، لأنها لا تنهي حالة الشيوع في الملكية، ولا تحولها إلى ملكية مفرزة، بل هي مجرد وسيلة لتنظيم انتفاع الشركاء بالملكية الشائعة، فلا تعتبر قسمة نهائية تعمل على أن يستأثر كل شريك بملكية حصة مفرزة، ولكنها قسمة وقتية مقصورة على العين وحدها، في حين تبقى حالة الشيوع قائمة في الملكية، وبذلك لا تخضع قسمة المهايأة لأحكام القسمة النهائية.³

لأن الشريك في المهايأة المكانية ينتفع بجزء مفرز، فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء، في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، وبذلك فهي منفعة مقابل منفعة.

1 - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 107، و 108.

2 - كحيل حياة، المرجع السابق، ص 17، و 18.

3 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 149، و 150.

كما أن في المهايأة الزمنية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع، على أنه في المقابل يختص شركائه كل في نوبته على نصيبه هو في منفعة المال.

فيمكن كما ذكرنا تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية، أو زمانية، لأنها مقايضة انتفاع بانتفاع، وهذه المقايضة تكون إيجارا، لأنه ليس من الضرورة أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا.¹ كما يشترط ذلك في الثمن عند البيع، ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار²؛ وهذا ما يتضح في نص المادة 735 من ق.م.ج، التي تقضي بما يلي: "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

وقد ذهب أغلب شراح القانون المدني إلى أن عقد الإيجار لتسيير حصول الشخص على منفعة مال مملوك لشخص آخر نظير مقابل، دون حاجة إلى أن يكسب ملكية هذا المال، فعقد الإيجار هو انتفاع بمقابل، وعقد قسمة المهايأة بنوعيتها، سواء كانت مكانية، أو زمانية عقد انتفاع بمقابل، والمعقود عليه في قسمة المهايأة هو المنفعة مثل الإيجار.³

وبذلك يعتبر الشريك مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لحصص باقي الشركاء، فيطبق أحكام الإيجار على كل ما يتعلق بحقوقه والتزاماته، وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير.⁴ ويرى الباحث أن موقف المشرع الجزائري جاء واضحا وصريحا في نص المادة 735 من القانون المدني السالفة الذكر، بتكييف قسمة المهايأة على أنها عقد إيجار، أو قريبة من الإيجار، على اعتبار أن بعض أحكام الإيجار، والتي تخالف طبيعة الملكية الشائعة لا تطبق على قسمة المهايأة.

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 467 في فقرتها الثانية من القانون المدني بما يلي: "يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا، أو بتقديم أي عمل آخر".

2 - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 821، وأنظر كذلك حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

3 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 70، و 71.

4 - أنور طلبة، "الملكية الشائعة"، (بدون دار نشر، ولا سنة الطباعة)، ص 88.

وعلى هذا الأساس يعتبر الشريك في مركز قريب من مركز المؤجر، وشركائه في مركز قريب من مركز المستأجر، من حيث قابلية الكثير من قواعد الإيجار للتطبيق على هذا المركز.¹

المطلب الثاني: شرط صفة الشريك في المهايأة

حتى يكون عقد المهايأة صحيحا يجب أن يكون المتعاقدين شركاء على الشيوع، فلا يجوز أن يكون أحدهم، أو كلاهما أجنبيا عن العقار الشائع، أو أن يكون شريكا ولكنه فقد هذه الصفة لأي سبب كان أدى إلى نقل للملكية، فيكون بذلك خروجاً من الشيوع، ولا حاجة لتنظيم الانتفاع به، وبالتالي إذا فقد المتعاقد صفة الشريك بعد إجراء المهايأة، فإنه يترتب عليه زوالها.

وقد يحدث أن يقوم الشريك بنقل ملكية منفعة حصته الشائعة إلى الغير، سواء كان مستأجراً، أو مستعيراً، أو منتفعاً، أو صاحب حق الاستعمال والسكن، أو نقل حيازة الحصة الشائعة إلى الغير، مثل حالة المرتهن في الرهن الحيازي، فإذا أراد باقي الشركاء في هذه الحالة الاتفاق على المهايأة، فهل يعد تصرف الشريك بكذا تصرف مانعاً من الاتفاق عليها؟ أم أنه يجوز أن تتعد المهايأة بين المستأجر، أو المنتفع، أو المستعير، أو صاحب حق الاستعمال والسكن، أو المرتهن وبين باقي الشركاء؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نسلط الضوء على المهايأة بين المستأجر وباقي الشركاء (الفرع الأول)، والمرتهن وباقي الشركاء (الفرع الثاني)، على اعتبار أن الإيجار والرهن هما من العقود الأكثر شيوعاً في المعاملات التي تخص الملكية العقارية الشائعة، كما أن الأحكام التي سنتوصل إليها بالنسبة للمستأجر تنطبق على المستعير والمنتفع وصاحب حق الاستعمال والسكن، فأردنا بذلك تجنب التكرار.

الفرع الأول: المهايأة بين المستأجر وباقي الشركاء

إذا أجر الشريك في الشيوع حصته الشائعة لشريك آخر، أو للغير، لا مجال هنا للحديث عن المهايأة، لأن الشريك بتأجير حصته لشريكه لا يريد الانتفاع بها، وإنما نقل ملكية منفعتها إلى الشريك الآخر، لكن إذا أجر الشريك حصته لغير الشركاء وأراد باقي الملاك على الشيوع الاتفاق على المهايأة، فهل يجوز لهم ذلك؟ أي الاتفاق على المهايأة مع المستأجر، على اعتبار أن

¹ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 73، و74.

المهياة هي قسمة منافع والشركاء يملكون المنفعة، أما الشريك المؤجر، فقد نقل ملكية منفعة حصته الشائعة إلى المستأجر.

عند الرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 733 حصرت حق الاتفاق على المهياة بين الشركاء بنصها على ما يلي: "يتفق الشركاء في قسمة المهياة"، فبمقتضى هذا النص حدد المتعاقد في المهياة في المال الشائع بالشريك فقط، وبذلك لا يجوز أن تجرى المهياة بين الشريك والمستأجر.

بالإضافة إلى أن أحد الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر في عقد الإيجار، هو تسليم المؤجر الشيء المأجور للمستأجر وأن يبقى المأجور تحت يد المستأجر بشكل متصل ومستمر لا تتخلله فترات انقطاع إلى حين انتهاء عقد الإيجار، في حين أن اتفاق المستأجر مع الشريك على المهياة سوف يؤدي إلى تخلي المستأجر عن الحصة التي استأجرها لمصلحة الشريك المتهايي، وهنا نقع في تناقض، لأنه كما ذكرنا يجب أن تبقى الحصة الشائعة تحت يد المستأجر بقاء متصلا ومستمر¹.

أما في القانون المدني اليمني، فقد جاء في نص المادة 693 ما يلي: "يصح تأجير المشاع إلى الشريك مطلقا، وإلى الغير فيما يمكن قسمته والانتفاع به ولو بالمهياة". ويتضح من نص المادة أن المشرع اليمني أجاز إيجار الشريك لحصته الشائعة لغير الشريك، فقط إذا كان المال الشائع يقبل القسمة والمهياة، وهذا لتسهيل تسليم الحصة المأجورة إلى المستأجر، فلا مكان لإجراء المهياة بينه وبين الشركاء الآخرين، لأن المشرع اليمني عاد ونص على صفة المتعاقد في المهياة، في أن يكون شريكا في نص المادة 1227، التي تقضي بما يلي: "قسمة المنافع نوعان: الأول أن يختص كل من الشركاء"، وبذلك قد لا يكون قصد المشرع اليمني حل هذه المسألة، وإنما الأمر يتعلق بتسليم الحصة المأجورة إلى المستأجر، إذا كان أجنبيا عن الشركاء².

ويرى الباحث من المهم أن نشير إلى أن المشرع الجزائري كان عليه عند تنظيمه لأحكام المهياة أن ينتبه لهذه المسألة ولا يحصر إجراء المهياة بين الشركاء فقط، وإنما يطلقها بين مالكي منفعة الحصة الشائعة، من أجل أن يتسع مجال الانتفاع واستثمار العقار الشائع والاستفادة منه،

1 - ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 6-8.

2 - نفس المرجع، ص 8.

بشرط أن تكون مهياًة رضائية فقط، حتى لا نفع في تناقض بين الأحكام المنظمة للمهياًة والمنظمة لعقد الإيجار.

الفرع الثاني: المهياًة بين المرتهن رهنا حيازياً وباقي الشركاء

قد يحدث وأن يرهن الشرك في العقار الشائع حصته رهنا حيازياً، ويقوم بتسليم هذه الحصه إلى المرتهن الذي يحتفظ بحيازتها بيده، أو بيد عدل، ذلك أن الحيازة أو القبض ركن في عقد الرهن الحيازي، لا ينعقد إلا بها، ففي هذه الحالة إذا أراد باقي الشركاء أن يتفقوا على المهياًة، هل يجوز لهم ذلك بأن تكون المهياًة بين المرتهن وباقي الشركاء؟

هناك من أجاز أن تجري المهياًة بين المرتهن والشرك، وهناك من أجاز أن تجري المهياًة بين الراهن والشرك.¹

أما إذا رجعنا إلى نصوص القانون المدني، نلاحظ أننا لا نستطيع الأخذ بالرأي السابق مع العلم أن المشرع الجزائري أخذ بجواز رهن الحصه الشائعة وذلك للأسباب التالية :

1- لأن نص المادة 733 من القانون المدني السالف الذكر حصر الاتفاق على المهياًة بين الشركاء على الشبوع فقط، كما أسلفنا الذكر.

2- ليس من المنطق أن تجري المهياًة بين المرتهن والشرك، لأن المرتهن يحبس الحصه الشائعة لضمان دينه، ولا تنتقل إليه ملكية هذه الحصه، ولا حتى ملكية منافعها، ومن يهياً يشترط فيه أن يكون مالكا للمنفعة فعلا.

3- المرتهن يقع عليه التزام إدارة الشيء المرهون واستغلاله، وليس له أن ينتفع به دون مقابل، غير أن القول بجواز أن يتهاهىء مع الشرك يستلزم أن يكون انتفاعه بالمرهون دون مقابل، وهو ما يخالف الواقع.

أما بالنسبة للرأي الذي يذهب إلى جواز الاتفاق على المهياًة بين الراهن والمالك، فلا يجوز الأخذ به كذلك، لأن عقد الرهن الحيازي لا ينعقد إلا بالقبض، أو الحيازة، كما ذكرنا سلفاً من قبل المرتهن للمال المرهون، ولا يكون الراهن حائزاً مادام الرهن قائماً، إلا في حالة واحدة وهي أن

¹ - ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 09.

يستأجر الراهن العقار المرهون رهنا حيازيا من المرتهن، فحينئذ له الانتفاع بها، وبالتالي يجوز له أن يتفق في هذه الحالة مع باقي الشركاء على المهايأة.¹

ويتضح مما ذكر أن المشرع الجزائري لم يجر إبرام عقد المهايأة في الشيوخ، إلا مع من كان له صفة الشريك في الشيوخ، وحتى عندما يملك الغير منفعة الحصة الشائعة، كالمستأجر والمنافع وصاحب حق الاستعمال والسكن، فإنه لا يجوز أن تجرى المهايأة بين هؤلاء وبين الشريك، وهذا يعني أن التصرفات التي يجريها الشريك على حصته مضرّة وتعتبر عقبة في وجه باقي الشركاء للانتفاع بالعقار الشائع عن طريق المهايأة.

وبالتالي يرى الباحث أنه كان على المشرع أن ينظر في هذه المسألة، ويجيز أن تكون المهايأة في المال الشائع لكل من يملك المنفعة، لأنها بالأصل قسمة منافع، ويخرج المرتهن من دائرة هذا الحكم، لأن حيازة الحصة هي التي انتقلت وليس منافعها، إلا أنه يجوز أن تجري المهايأة بين الراهن والشريك الآخر، إذا أجر المرتهن الحصة الشائعة إلى الراهن.

المطلب الثالث: أسباب اللجوء إلى المهايأة

إيجابيات وميزات قسمة المهايأة تجعل منها ملجأ أغلب الملاك في الشيوخ، وتتعدد أسباب اللجوء إلى قسمة المهايأة، ويبقى أهمها عندما يكون العقار الشائع غير قابل للانتفاع المشترك (الفرع الأول)، وفي حالة رغبة الشركاء عدم إنهاء حالة الشيوخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة العقار الشائع الغير قابل للانتفاع المشترك

إن المهايأة تهدف إلى الانتفاع الأمثل بالعقار الشائع في الحالة التي يكون فيها غير قابل للانتفاع المشترك، كأن يكون العقار الشائع دارا صغيرة متكونة من غرفتين مملوكة على الشيوخ لأربعة أشخاص، فلا مجال في هذه الحالة إلى الانتفاع بالدار انتفاعا مشتركا، إلا من خلال المهايأة، ولهذا لو كان العقار الشائع قابلا للانتفاع المشترك، لما كان اتفاق الشركاء على المهايأة ضروريا، كما لو كان بئرا، فهنا يستطيع كل الشركاء الانتفاع به بالسقي.²

1 - ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 10.

2 - ميثاق طالب عبد حمادي، "التنظيم القانوني للمهايأة - دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والمصري"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج 3، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2011، ص 188، و 189.

وقد يكون اختلاف رغبة الشركاء وميولهم حول طريقة الانتفاع بالعقار الشائع سببا في لجوئهم إلى المهاية، كأن يكون العقار الشائع أرضا فلاحية مملوكة على الشيوع لشخصين، أحدهم يريد زراعة البيوت البلاستيكية والآخر يريد غرسها نخيلا.

فلا يكون في هذه الحالة من وسيلة للانتفاع بهذه الأرض، إلا عن طريق الاتفاق على المهاية، ونادرا ما قد يحصل اتفاق للانتفاع بالعقار الشائع بصورة مشتركة، ما يجعل الشركاء يلجأون في الكثير من الأحيان إلى المهاية.

الفرع الثاني: رغبة الشركاء في عدم إنهاء حالة الشيوع

لا يعتبر وصف العقار الشائع بأنه غير قابل للانتفاع المشترك، وحده سببا كافيا للجوء إلى المهاية، لأنه قد يكون هذا سببا قويا للذهاب إلى قسمة العقار الشائع فيما بينهم، وإنهاء حالة الشيوع، وبالتالي يضاف إلى السبب الأول سببا ثان، وهو الرغبة في عدم إنهاء حالة الشيوع، إذ يرى الملاك على الشيوع في الكثير من الأحيان أن المنفعة التي يحصلون عليها من خلال الانتفاع بالعقار الشائع هي أكثر بكثير مما قد يحصلون عليه عند تقسيم العقار الشائع بينهم.¹

فلو كان مثلا العقار الشائع أرضا فلاحية مملوكة لورثة، واختلفوا حول طريقة الانتفاع بهذه الأرض، ولم تكن لهم رغبة في إنهاء حالة الشيوع، سواء لأسباب اجتماعية تتعلق بتقوية الروابط الاجتماعية فيما بينهم، أو لأسباب اقتصادية حيث يعتبر الشركاء أن ما يحصلون عليه وهم على الشياح أكثر مما قد يحصلون عليه بعد قسمة الأرض الشائعة قسمة نهائية، فيتفقون على البقاء في الشيوع، واقتسام منافع وثمار الأرض من خلال قسمة المهاية.

كما تعتبر طبيعة العقار الشائع في حد ذاته، الذي يأبى القسمة العينية، ولا يتم قسمته إلا عن طريقة قسمة التصفية دافعا إلى قسمة المهاية.² فحين تكون في المثال السابق الأرض الفلاحية تتربع على مساحة لا يسمح القانون بتجزئتها وقسمتها على كل الورثة، بسبب أنها قد تكون أقل من المساحة المرجعية للأراضي الفلاحية، وبالتالي لا تكون القسمة فيها، إلا من خلال قسمة التصفية، وهو إجراء يحرم الملاك على الشيوع من العقار الشائع وهي الأرض الفلاحية، وهو ما لا يرغب فيه الشركاء في أغلب الأحيان.

¹ - ميثاق طالب عبد حمادي، المرجع السابق، ص 189.

² - نفس المرجع، ص 190.

المبحث الثالث

أنواع قسمة المهايأة

تنقسم قسمة المهايأة بحكم المكان والزمان إلى نوعين، الأول يرجع إلى المكان وتسمى مهايأة مكانية (المطلب الأول)، وتكون بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في العقار الشائع، متنازلاً لباقي الشركاء في مقابل ذلك الانتفاع بباقي الأجزاء. أما النوع الثاني يرجع إلى الزمان وتسمى المهايأة الزمانية (المطلب الثاني)، وتكون باتفاق جميع الشركاء على أن يتناوبوا بالانتفاع بجميع المال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع مقدار حصته.

المطلب الأول: المهايأة الكمانية

تعتبر قسمة المهايأة الكمانية أكثر شيوعاً عملياً من المهايأة الزمانية، وسوف نتناول في هذا المطلب تعريفها (الفرع الأول) وتبيان المدة المتفق عليها في المهايأة (الفرع الثاني)، ثم نرى هل يمكن أن تتحول قسمة المهايأة الكمانية إلى قسمة نهائية (الفرع الثالث)، وبعدها نتطرق إلى مدى جواز طلب القسمة النهائية أثناء قسمة المهايأة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة الكمانية

لم يذكر المشرع في نص المادة 733 من ق.م.ج صراحة قسمة المهايأة الكمانية، مكتفياً بذكر قسمة المهايأة، تاركاً لما يليها ما يفيد بأنها قسمة المهايأة الكمانية، حيث يقضي نص المادة بما يلي: "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء...".

وقد عرفها بعض الفقه بما يلي: "تكون قسمة المهايأة مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، فهي من قبيل الإفراز بجمع منفعة كل من الشركاء في قطعة مفرزة من المال الشائع".¹

¹ - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 477.

وهناك من عرفها ب: " أن يختص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته، فيتم انتفاع الشركاء معا في وقت واحد".¹

ويكون للشريك الانتفاع بهذا الجزء، سواء كان بزراعة الأرض، أو سكن الدار، أو أن يقوم بتأجيرها للغير، ولا يجوز لأي أحد من باقي الشركاء أن يحاسبه على هذا الجزء الذي اختص به ولا على الغلة أو الثمار، وفي مقابل ذلك لا يحق له أن يحاسب أحدا من الشركاء الآخرين على الجزء الذي يختص به هذا الشريك، وذلك تخلصا من المشاكل والعراقيل التي تعوق استغلال والانتفاع بالعقار الشائع.²

وبوجه عام للشريك أن يستغل ما اختص به مفرزا من المال الشائع، وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره، فتكون قسمة منفعة لا قسمة ملك.³

والأمثلة عن هذه القسمة كثيرة، منها أن يكون العقار الشائع عبارة عن أرض فلاحية بمقدار أربعين هكتار يملكها ثلاثة أشخاص، الأول يملك النصف والثاني والثالث يملك كل منها الربع، فتكون قسمة المهايأة بتقسيم الأرض إلى ثلاثة أقسام، الأول يحتوى على عشرون هكتارا للشريك الذي يملك النصف، والبقية عشرة هكتارات لكل من الشريكين الآخرين.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يبقى كل شريك منتفعا بقسمته إلى أن تنتهي حالة الشروع، بإخراج نصيب كل شريك بصورة مستقلة، أم أن لهذه القسمة مدة محددة؟

الفرع الثاني: مدة المهايأة المكانية

نصت الفقرة الأولى من المادة 733 من ق.م.ج السالفة الذكر على أنه لا يجوز الاتفاق على البقاء في هذه القسمة لمدة تزيد عن خمس سنين، والعبرة من عدم السماح للشركاء بالاتفاق على البقاء فيها أكثر من تلك المدة هي أن هذه القسمة تبقى الشروع قائما مادامت المهايأة المكانية قائمة، فرغم أنها تفرز المال من حيث المنفعة، إلا أنها تبقى شائعا من حيث الملكية، وعليه لا

¹ - نعيم سمارة المصري، " قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يناير 2011، ص 186.

² - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 145

³ - عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 816.

يمكن أن يجبر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد عن خمس سنين، فإذا حدث أن اتفقوا على ذلك كان هذا الاتفاق باطلا،¹ فيما زاد عن المدة المحددة قانونا.²

ويجوز للشركاء إذا انقضت المدة المتفق عليها تجديدها لعدة مرات متتالية بشرط أن لا تزيد كل مدة عن خمس سنين.

أما في حالة لم يكن هناك اتفاق على المدة، أو أن هذه المدة المتفق عليها انتهت ولم يتم تجديدها مع استبقاء المهاية، فإن المدة تكون سنة واحدة قابلة للتجديد، إلا إذا أعلن أحد الملاك على الشيوخ إلى باقي شركائه قبل إنهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل أنه لا يرغب في تجديد المهاية³. ولم يحدد المشرع كيف يتم إعلان الشركاء بالرغبة في عدم التجديد في نص المادة السالفة الذكر، ولذا يجوز أن يتم بكافة الطرق والوسائل، وعبء إثباته يقع على الشريك المدعي.

وبالتالي فإن المهاية لازمة في جميع الأحوال لا يستقل أي شريك بإنهائها، فلا تنتهي، إلا بانقضاء المدة المتفق عليها، مع عدم الرغبة في التجديد، أو بانقضاء مدة السنة بشرط الإعلان المذكور.⁴

وعمليا فإن قسمة المهاية المكانية تدوم مدة طويلة، فتجدد مرة تلو الأخرى، وغالبا ما تدوم خمسة عشر سنة وأكثر، دون أن يرغب أحد من الشركاء في إنهائها، وهذا أكبر دليل على أن هذه المهاية هي خير قسمة للعقار الشائع، اطمأن وارتاح لها الشركاء في التعامل على أساسها⁵، وهو ما جعل قسمة المهاية من الآليات القانونية التي ساهمت في حسن استغلال العقار الشائع والانتفاع به بعيدا عن الصعوبات التي يثيرها اختلاف الشركاء وطبيعة الملكية الشائعة.

1 - وهذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني، وفق نص المادة 104، التي تقضي بأنه إذا كان العقد في شق منه باطلا، أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، لأنه في هذه الحالة تضمن اتفاق بين المتعاقدين يخالف نص القانون، بشرط أن لا يكون هذا الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال يحول دون إتمام العقد، فيبطل العقد كله في هذه الحالة.

2 - محمد عزمي البكري، "قسمة المال الشائع، وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء"، المرجع السابق، ص 247.

3 - برهام محمد عطاالله، "عقد البيع"، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، (بدون سنة طباعة)، ص 195.

4 - مهند قاسم العبيدي، "المهاية بين الشريعة والقانون"، مجلة الجامعة العراقية، الجامعة العراقية، العدد (1/26)، 2011، ص 280.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 817.

فنجدها خاصة في الأسر ذات الأصل الواحد عندما تحوز أراضي على الشياح آلت إلى أبائهم وأجدادهم عن طريق الميراث، أو الوصية، أو الهبة، فيتهياً الملاك على الشيوخ ويتفقون على أن كل شريك منهم يستقل بجزء من هذه الأرض وينتفع بها، ثم يموت هذا الشريك و يخلفه ورثته من بعده في هذه الأرض، دون أن يرغب أحد منهم في إنهاء حالة الشيوخ فيها.¹

الفرع الثالث: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى نهائية

لقد ذكرنا فيما سبق أنه في كثير من الأحيان تدوم قسمة المهايأة المكانية لمدة طويلة لعدة أسباب، أهمها عدم رغبة الشركاء في إنهاء حالة الشيوخ، وهذا يعود في الغالب إلى التركيبة الاجتماعية والثقافية للأسرة الجزائرية، بحيث يعتبرون أن الأرض ليس مجرد مال ينتفع به الورثة بل لها وظيفة اجتماعية، فلا يحبذون السعي إلى قسمة العقار الشائع وإنهاء حالة الشيوخ.

ويرى الباحث أن طول إجراءات القسمة القضائية تزيد في عمر الملكية الشائعة، خاصة إذا كانت عقود عرفية، وليست موثقة، إذ أن القضاء المختص عملياً يشترط الشهادة التوثيقية في نقل الملكية، ويشترط أن تكون عقود الملكية موثقة حتى تفصل المحكمة في طلب الشريك لقسمة العقار الشائع، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى عدم استكمال إجراءات القسمة القضائية، وبالتالي بقاء أوعية عقارية كثيرة على الشياح ويعقود عرفية لسنين طويلة بسبب نفور الشركاء من القسمة القضائية.

ويرى الباحث أن تنظيم الملكية العقارية أصبح ضرورة ملحة، من خلال القضاء على الازدواجية في المعاملات العقارية، التي أوجدها الواقع العملي، بين المعاملات الواقعة على العقار غير الممسوح، والذي لا يحوز مالكه، إلا على وثائق عرفية، وبين المعاملات الواقعة على العقارات المملوكة بوثائق رسمية ودفاتر عقارية، وذلك من خلال إتمام عملية مسح الأراضي على جميع العقارات في أقرب وقت، وهو الإجراء الوحيد الذي ينهي هذه الصعوبات والعراقيل، والتي تسهل ليس للشركاء في الانتفاع بالعقار الشائع فقط، بل تذلل عوائق عديدة متعلقة بالملكية العقارية بصفة عامة.

¹ - رحابي عبد المجيد، "أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري"، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 110.

وبناء على ما سبق يحدث أن تدوم قسمة المهايأة المكانية مدة طويلة، فتستمر إلى أكثر من خمسة عشر سنة، دون أن يكون هناك رغبة لأي شريك في إنهاؤها، لأنه يجوز الاتفاق على تجديد هذه القسمة بعد انقضاء مدتها، وإذا لم يتم الاتفاق على مدة محددة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، فإنها تظل تتجدد سنة بعد أخرى، فإذا كانت هذه القسمة مهايأة مكانية واستمرت بسبب تجديدها مدة خمسة عشر سنة، ولم يتفق على أن تظل هذه القسمة مكانية دون أن تتقلب إلى قسمة نهائية، فإنه بتمام مدة الخمس عشر سنة تتقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بحكم القانون¹؛ وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 733 من ق.م.ج، بما يلي: " وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ."

وتحول قسمة المهيأة المكانية إلى قسمة نهائية لا يكون بأثر رجعي، بحيث يعتبر تاريخها هو وقت انتهاء الخمس عشرة سنة، لا وقت ابتداء قسمة المهايأة، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك.²

ويترتب على ذلك، إذا حرر قسمة المهايأة في وثيقة جاز تسجيلها وشهرها، وإذا لم تكتب يجوز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة التي تقضي بثبوت القسمة النهائية، ويكون تاريخها هو اليوم التالي لانقضاء الخمس عشر سنة المشار إليها.³

وهذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، بقولها أن المهايأة المكانية تتقلب إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي، إذا دامت خمسة عشر سنة، ولم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك؛ وبينت المذكرة الإيضاحية أن هذا تجديد خطير في المشروع، ولكنه له ما يبرره، لأن المهايأة المكانية التي تدوم خمسة عشر سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا

¹ - بن سلطان الطاهر، " الشيوخ في الملكية العقارية"، مجلة الموثق، العدد 6، أبريل 1999، ص 35، المرجع السابق، ص 36.

² - مهدي كامل الخطيب، "دعوى الفرز والتجيب - على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض-"، دار الألفي القانونية بالمنيا، (دون سنة طباعة)، ص 223.

³ - رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 84.

لنتائجها، فإن كانوا يريدون غير ذلك ما عليهم إلا أن يتفقوا عند قسمة المهايأة أن لا تتحول إلى قسمة نهائية.¹

وبما أن القسمة النهائية في هذه الحالة ليست قسمة اتفاقية، بل تتم بقوة القانون، فلا يجوز نقضها بسبب الغبن، لأن نص المادة 732 من ق.م.ج، التي تجيز نقض القسمة لهذا السبب لا تنطبق على القسمة التي تتم بحكم القانون، إنما هي محصورة فقط في القسمة الاتفاقية، أو الرضائية.²

وفي حالة إذا كان أحد الشركاء شخص لا تتوفر فيه الأهلية، اختلف الفقه فمنهم يرى أن هذا لا يمنع من تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، لكونها تتم بحكم القانون، وليس باتفاق. فيما يرى أغلب الفقه أن قسمة المهايأة المكانية لا تتعد في هذه الحالة، إلا بواسطة نائب عن القاصر، سواء كان هذا النائب وليا، أو وصيا، أو قيما³؛ فالمهايأة المكانية لا تتحول إلى قسمة نهائية إذا بقي ناقص الأهلية عند انقضاء مدة الخمس عشر سنة التي نص عليها القانون، إلا بعد إتباع الإجراءات الواجب مراعاتها في القانون في حالة ناقص الأهلية⁴، وصيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية، لا يجوز التمسك في مواجهته بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية، إلا بعد مراعاة هذه الإجراءات.⁵

ومن خلال ما ذكرنا، فإن قسمة المهايأة المكانية للعقار الشائع مدة خمسة عشر سنة تنقلب إلى قسمة نهائية بقوة القانون، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وكل إجراء لقسمة أخرى يعد باطلا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في عدة قرارات لها منها، القرار رقم: 32128، المؤرخ في 1984/01/09، جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة للمال الشائع مدة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

1 - مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

2 - محمد عزمي البكري، "قسمة المال الشائع، وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء"، المرجع السابق، ص 254، و 255.

3 - محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 33.

4 - أنظر المادة 88 من القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 /06/ 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ج.ج، العدد 24، المؤرخة في 12/06/1984.

5 - مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 225، محمد عزمي البكري، "قسمة المال الشائع، وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء"، المرجع السابق، ص 250، و 251.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن القرار المطعون فيه أيد حكماً صادقاً على تقرير خبرة بقسمة العقارات المتنازع عليها، وذلك رغم وجود رسم قسمة أملاك بين أسلاف المتخاصمين مؤرخ في 15/02/1824، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم هذا خرخوا المادة 733 من القانون المدني.¹ كما قضت المحكمة العليا في القرار رقم: 59514، المؤرخ في 09/05/1990 بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا دامت قسمة المهايأة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن القسمة تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من خمسة عشر سنة.

ومن ثم فمصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون.²

يرى الباحث رغم المبررات المهمة التي جاء بها المشرع والقضاء الجزائري في تحول قسمة المهايأة المكانية بقوة القانون إلى قسمة نهائية، وهي إنهاء حالة الشيوع عن طريق قسمة ارتضاها الشركاء، إلا أنه في الواقع قد يكون في غير صالح جميع الشركاء، خاصة وأن قسمة المهايأة رغم طول مدتها، إلا أنها تبقى قسمة ظرفية، ورغم عدم اتفاق الشركاء على بقائها مكانية، إلا أنهم لم يقصدوا في الغالب جعلها قسمة نهائية، على أساس أنه في حالات كثيرة لا تعطي قسمة المهايأة حق بعض الشركاء الشرعي والقانوني ولا تتصفهم.

واعتبر المشرع أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة يعتبر قرينة على قيام قسمة المهايأة المكانية بين الملاك على الشيوع طوال هذه المدة³؛ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 733 من ق.م.ج، في جزئها الثاني بقولها: "إذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرزاً من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة، أفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى

1 - أنظر المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1990، ص 71.

2 - أنظر المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1991، ص 35.

3 - مهدي كامل الخطيب، المرجع السابق، ص 226.

قسمة مهياة". وهذه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس¹، فإذا لم يثبت العكس، تخلص ملكية هذا الجزء الذي اختص به الشريك مفرزا بحيازته مدة خمسة عشر سنة إعمالا للقرينة المذكورة في نص المادة السالفة الذكر، كما يمكن لباقي الشركاء أن يثبتوا أن هذه الحيازة، ورغم أنها تعود إلى قسمة المهياة، إلا أنه قد تم وسبق أن اتفقوا على ألا تتقلب المهياة إلى قسمة نهائية².

لقد أعى المشرع الشريك الحائز من إثبات حصول قسمة المهياة وتقديم السند المثبت للاتفاق عليها بالنص على تلك القرينة، لأنه عمليا يكون صعبا وشاقا بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع تلك المدة الطويلة³، ويكفي الشريك بإعمال هذه القرينة أن يثبت أن حيازته للجزء المفرز استمرت خمسة عشر سنة حيازة هادئة مستمرة، وما على باقي الشركاء إذا أرادوا نقض القرينة، إثبات أن القسمة مازالت قسمة مهياة، فيتقدم أحدهم بعقد القسمة، أو باتفاق لاحق لهذا العقد متضمنا أن حيازة الشريك الآخر تستند إلى قسمة مهياة مكانية، وأنها لا تتقلب إلى قسمة نهائية مهما انقضى عليها من زمن، لأن مدة خمسة عشر سنة ليست مدة تقادم ولكنها عنصرا من عناصر القرينة التي نص عليها المشرع.

ويشترط في تحول قسمة المهياة المكانية إلى نهائية أن تكون حيازة الشريك حيازة أصلية يستند فيها إلى أنه مالك على الشيوخ، لأنه إذا كانت حيازته للجزء المفرز حيازة عارضة، كما لو كان مستأجرا للجزء الذي يحوزه، لا يصبح مالكا له مهما دامت إجارته، ونفس الشيء إذا كانت حيازته تستند إلى عارية الاستعمال⁴.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم: 181703، المؤرخ في 1998/09/30 بما يلي: " من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهياة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

1 - القاعدة في القرائن عموما أنها قابلة لإثبات العكس، وليست قاطعة، فلو كانت قاطعة لتحولت قسمة المهياة المكانية حتما إلى قسمة نهائية بانتهاء مدة خمسة عشر سنة، وهذا ما قضت به المادة 733 من القانون المدني، التي استبعدت تطبيق القرينة، إذا وجد اتفاق على استبعادها، أنظر أنور طلبية، المرجع السابق، ص 289.

2 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874 "، المرجع السابق، ص 485، و 486.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 34.

4 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 289.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدعى عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة منذ 1973 إلى 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال، دون أن يقع أي احتجاج من قبل الورثة الآخرين، وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً.¹

وكما ذكرنا سابقاً في القسمة النهائية، سواء وجدت باتفاق يقرها أو بحكم قضائي، وإذا قام نزاع في شأنها بعد رفع أحد الشركاء دعوى القسمة إلى المحكمة، فإن المشرع ألزم بضرورة مراعاة الإجراءات المتعلقة بشهر العقار في كل التصرفات الواردة عليه والتي من أهمها التصرفات الناقلة للملكية، وعليه هذا الاتفاق أو الحكم القضائي المنشئ للقسمة القضائية، يجب أن يسجل في مصلحة التسجيل والطابع ويشهر في المحافظة العقارية.²

فإذا كان ما حازه الشريك وألت إليه ملكية عقار، فإنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير، إلا بشهر القسمة النهائية التي تحولت إليها قسمة المهايأة، ولا يقدح في ذلك أن القسمة تحصل في هذه الحالة بحكم القانون، لأن النصوص المتعلقة بشهر التصرفات الواردة على العقار توجب كل قسمة عقارية، حتى تكون حجة على الغير، دون أن تفرق في ذلك بين القسمة العقارية التي تتم بالاتفاق، والقسمة التي تتم بحكم قضائي، والقسمة التي تكون بحكم القانون.³

وإن كانت الملكية تنتقل للمتقاسمين دون حاجة إلى شهرها، فإن الشهر واجب لنفاذ القسمة في حق الغير، وهو من تلقى من أحد الشركاء حقا عينيا على العقار، على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوخ، ومتى تم شهر القسمة النهائية في المحافظة العقارية نفذت في حق الغير الذي يكون له أن يطلب من الشريك أن يمكنه من الجزء المفروز الذي اختص به في الحالة التي يكون معادلاً للحصة الشائعة محل التصرف، ولا يحق للغير المطالبة بجزء غير الذي كان من نصيب الشريك المتصرف، لأنه لا يملك إلا الجزء الذي اختص به، والذي آل إليه عن طريق القسمة.

1 - أنظر المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1998، ص 37.

2 - سوف نتطرق بأكثر تفصيل لكيفية شهر التصرفات الواردة على عقار في المبحث الأخير من الدراسة.

3 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 489.

فمتى تحققت المحكمة من صحة عقد قسمة المهايأة، وعدم تضمنه بندا يحول دون تحول تلك القسمة إلى قسمة نهائية واستمرار المهايأة خمس عشر سنة، وأن عريضة الدعوى تم شهرها¹، قضت بصحة ونفاذ عقد القسمة وتحولت قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، ومتى كان الحكم الصادر في هذا النزاع نهائيا وجب التأشير به في هامش شهر عريضة الدعوى.²

ويرى الباحث أن هناك اختلاف واضح في التفريق بين عقد قسمة المهايأة التي انقلبت إلى قسمة نهائية بعد تحقق الشروط المذكورة في القانون، والتي ألزم المشرع كما ذكرنا وجوب شهر عقدها، والتي تنهي حالة الشيوخ، وتؤدي إلى اختصاص كل شريك بجزء مفرز، وبين الحالة التي تكون فيها قسمة مهايأة ولم تنقلب بعد إلى قسمة نهائية، ففي هذه الحالة إذا لم يتفق الشركاء على مدة محددة لقسمة المهايأة، يجوز للشريك طلب قسمة العقار متى أراد ذلك، وهذا ما بينه قرار المحكمة العليا رقم: 198689، المؤرخ في 2000/05/31، بما يلي: " من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط، مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ.

وحيث أنه لما ثبت في - قضية الحال - أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية، أساؤوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني.³

الفرع الرابع: مدى جواز طلب القسمة النهائية أثناء قسمة المهايأة

اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث هناك من الشراح من يرى أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الملكية الشائعة قبل إنهاء مدة المهايأة المتفق عليها، لأن القضاء بالقسمة النهائية يؤدي إلى نقض اتفاق المهايأة قبل انقضاء مدته، وهذا لا يجوز إلا برضا جميع الشركاء، فبموجب

¹ - طبقا للفقرة الأخير من نص المادة 17 من القانون رقم: 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23. التي تقضي بما يلي: " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلق بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار."

² - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 298، و 299.

³ - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 283.

قسمة المهاية يمتنع الشريك على طلب القسمة طوال مدة التهايو عملا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.¹

وهناك من شراح القانون المدني من ذهب إلى أن الاتفاق على قسمة المهاية لا يحول دون أن يكون للشريك الحق في طلب القسمة النهائية أثناء مدة المهاية المتفق عليها، على أساس أن قسمة المهاية هو اتفاق يتعلق بطريقة الانتفاع، وعليه لا يسري في حدود المدة المتفق عليها، إلا عندما يكون الشيوخ قائما، ومن ثم فهو ينقضي بانقضاء الشيوخ بأي سبب من أسباب انقضائه، والتي على رأسها القسمة النهائية.²

ويرى الأستاذ محمد عزمي البكري أن الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، لأن القول إذا وضعت أغلبية الشركاء نظاما للانتفاع بالمال الشائع، فلا يجوز لأي من الشركاء طلب القسمة أثناء المدة التي حددتها الأغلبية لهذا النظام، بحيث أن النظام الذي تضعه الأغلبية ملزم لكافة الشركاء مثله في ذلك مثل قسمة المهاية، وهذا كله كلام غير مقبول.³

عدم وجود نص قانوني يفصل في هذه المسألة، جعل القضاء الجزائري يقر مبدأ مفاده أنه لا يجوز طلب القسمة النهائية إلا في حالة عدم اتفاق الشركاء على مدة معينة في قسمة المهاية للعمارة الشائع، ففي هذه الحالة يبقى لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت يشاء، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم: 148362، المؤرخ في 1997/05/28 بما يلي: " من المقرر قانونا أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء في قسمة المهاية للملك المشاع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت.

¹ - محمد عزمي البكري، "قسمة المال الشائع، وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء"، الطبعة السابعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص 22، و 23.

² - نفس المرجع، ص 23.

³ - نفس المرجع ونفس الصفحة 23.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس لما قضي برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي، رغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة، يعرض قراره للنقض لانعدام الأساس القانوني".¹

يرى الباحث أن هذا القرار لا ينسجم مع نظرة المشرع الجزائري إلى الملكية الشائعة باعتبارها ملكية غير مرغوب فيها اقتصادياً، وأنها وضع استثنائي مآله الزوال والتحول إلى ملكية مفرزة، وعليه فالرأي الأقرب إلى الصواب هو من يجيز طلب القسمة النهائية أثناء مدة قسمة المهايأة، حتى ولو اتفق الشركاء على مدة قسمة المهايأة، لأن المهايأة وجدت لوضعية مؤقتة في الملكية الشائعة، ولا يمكن أن تكون عائقاً لإنهاء هذه الملكية وتحويلها إلى ملكية مفرزة لاتقاء متاعب وصعوبات الشيوخ، وتحقيقاً لمصالح الشركاء والمصلحة العامة.

المطلب الثاني: المهايأة الزمانية

قسمة المهايأة الزمانية هي شكل من أشكال المهايأة، وصورة من صور الانتفاع بالعقار الشائع، والمشرع الجزائري على غرار تشريعات القانون المقارن نص على هذا الشكل من القسمة لتسهيل الانتفاع بالعقار حسب اختلاف طبيعة العقار و وضعيته ومصصلحة الشركاء، وسوف نتبع نفس الخطوات التي اتبعناها عند دراستنا للمهايأة المكانية، بداية من تعريف المهايأة الزمانية (الفرع الأول)، ثم البحث في المدة الزمنية لهذه المهايأة (الفرع الثاني)، وفي الأخير نجيب عن التساؤل المتعلق بإمكانية تحول المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة الزمانية

نص المشرع على قسمة المهايأة الزمانية في المادة 734 من ق.م.ج بما يلي: "يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

بناء على ما جاء في نص المادة، فإن قسمة المهايأة الزمانية "هي أن يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال الشائع مدة زمنية تتناسب مع حصة كل منهم، بحيث ينتفع أحد الشركاء

¹ - أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1997، ص 173.

بالمال الشائع كله، وبانتهاء مدة انتفاعه يبدأ شريك آخر في الانتفاع بكل المال وهكذا¹. وهناك من الفقهاء من عرفها بأنها: " اتفاق الشركاء على أن يحوز كل منهم كل المال الشائع مدة معينة يتمتع به، بحيث تتناسب هذه المدة مع ما له من حصة شائعة"²، وهناك من عرفها بأنها: " هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته."³

والمقصود مما ذكرنا أن كل شريك مشتاع يتمكن بموجب هذه القسمة من الإفراد باستعمال العقار واستغلاله دون غيره من بقية الشركاء طوال مدة تعادل نصيبه وحصته الشائعة في هذا المال، ثم يسلمه للشريك الآخر ينتفع به مدة أخرى، وهكذا دواليك⁴. فإذا كان العقار الشائع أرضاً زراعية مثلاً، يملكونها على الشيوع ثلاثة شركاء، فإن كان لشريكين الربع وللثالث النصف، واقتسموها قسمة مهايأة زمانية، فإنه يكون بموجب عقد القسمة أن ينتفع صاحب النصف بهذه الأرض لمدة سنة، وصاحبي الربع ينتفع كل واحد منهم بالأرض لمدة ستة أشهر وهكذا.

ووجب في هذا النوع من المهايأة تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع⁵، بحيث يستغل الشريك طول هذه المدة حقه بالأصالة ولا يكون نائباً عن شركائه، إلا في وضع اليد المادي على العين، وهذا لا يؤثر في حق الانتفاع ذاته، فلا يلزم الشريك المنتفع بتعويض ما للشريك الآخر على أساس أنه كان مغتصباً نصيبه، أو مانعاً إياه في الانتفاع به⁶.

ويجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالعقار الشائع كما يشاءون لفترة تتجدد على أساس نسبة ما يملكه كل شريك في الملكية الشائعة، ويكون للشريك بموجب هذا الاتفاق استغلال العقار الشائع والانتفاع به بنفسه، أو بواسطة غيره، عن طريق تأجيله لمدة تتناسب

1 - يوسف محمد عبيدات، " الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص 48.

2 - رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 84، و 85.

3 - نعيم سمارة المصري، المرجع السابق، ص 186.

4 - إدريس الحيايني، المرجع السابق، ص 30.

5 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 491.

6 - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 35.

مع حصته؛ وبعد انقضاء المدة لآخر شريك تبدأ نوبة الشريك الأول، وهكذا مع إلزام كل شريك بعدم التعرض لباقي الشركاء في انتفاعهم بالعقار الشائع.¹

الفرع الثاني: مدة قسمة المهايأة الزمانية

على خلاف المهايأة المكانية، فإن القانون لم يقيد الشركاء من حيث زمن الانتفاع بالمال الشائع، وبذلك تسري عليها القواعد العامة في هذا الشأن، فيجوز لهم الاتفاق على أي وحدة زمنية يرونها تتناسب وطريقة استغلال هذا العقار الشائع، وكل ما هناك أنه لا يجوز أن يؤدي مثل هذا الاتفاق إلى إجبار الشريك على البقاء في الشيوخ مدة تزيد عن خمس سنين.²

ويكون الانتفاع بالتناوب لنوبات متعددة، ما لم يكن الشركاء قد اتفقوا على عدد النوبات التي تتكرر فيها المهايأة، فيلتزموا جميعاً بهذا العدد، فإن لم يحدد عدد يتكرر فيه النوبات، ثم بدأ الشريك الأول في نوبة جديدة بعد انتهاء نوبة الشريك الأخير ودون اعتراض من أي شريك، بدأت نوبة جديدة بناء على إرادة ضمنية للملاك على الشيوخ، ويجوز أن تستمر بذات الأسلوب في تكرر النوبات، ما لم يخطر أحد الشركاء بقية الملاك على الشيوخ بعدم رغبته في تجديد المهايأة.³

ويشترط تحديد مدة الانتفاع لصحة المهايأة الزمانية، وإلا كان الاتفاق باطلاً⁴، لأن مدة المهايأة كما ذكرنا سابقاً معيار الانتفاع، بحيث يتم تحديد مدة قسمة المهايأة الزمانية بناء على مقدار نصيب الشريك في العقار الشائع، لذا وجب تحديد المدة حتى يتمكن باقي الشركاء من الحصول على منافع العقار الشائع بقدر حصصهم⁵، ويحدد الاتفاق في قسمة المهايأة الزمانية هذه المدة وكيف تنقضي.⁶

1 - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 302، و303.

2 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 492.

3 - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 302.

4 - وأما في القانون الأردني، فتنص المادة 1055 من قانونه المدني على أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء على مدة المهايأة تعينها المحكمة، كما تجري القرعة لتعيين البدء في المهايأة زماناً وتعين المحل في المهايأة مكاناً.

5 - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 48.

6 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 820.

الفرع الثالث: عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية

خلافا لما جاء في قسمة المهايأة المكانية، فإن المشرع لم ينص على تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية، لأن في هذه الحالة الأخيرة يبقى العقار الشائع على حاله دون إفرار بينما يقسم زمن الانتفاع به.

وبذلك لا تتحول أبدا قسمة المهايأة الزمانية إلى نهائية، لأنها لا تنتهي للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن التحول إليها¹، فهي عكس ما يحصل في قسمة المهايأة المكانية التي تؤدي إلى قسمة العقار الشائع إلى أجزاء مفرزة على نحو ما يحدث في القسمة النهائية، وكل ما هناك أن الفرق بينهما ينحصر في أن الأولى قسمة منفعة، أما الثانية فهي قسمة ملك، ومع مضي الزمن يمكن أن تتحول الأولى إلى الثانية²؛ في حين تبقى المهايأة الزمانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية، لأنها لا تنتهي وضعا مؤقتا يمكن أن يصبح نهائيا³.

المطلب الثالث: المهايأة التي تسبق القسمة النهائية

إدراكا من المشرع الجزائري بأهمية الانتفاع بالعقار الشائع واستغلاله أجاز قسمة المهايأة حتى بعد البدء في إجراءات القسمة النهائية، وسميت هذه المهايأة بالتي تسبق القسمة النهائية، فكان لزاما علينا أن نعرفها (الفرع الأول)، ونعدد أهم الفروق التي تميزها عن باقي المهايآت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالمهايأة التي تسبق القسمة النهائية

أجاز المشرع قسمة المال قسمة مهايأة حتى بعد بدأ إجراءات القسمة النهائية لهذا المال الشائع ، وعليه يمكن اتفاق الشركاء على هذه القسمة والاستفادة من الانتفاع بالعقار الشائع أثناء إجراءات القسمة النهائية وإلى غاية الانتهاء منها، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 736 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية."

1 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 492.

2 - محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 35.

3 - سعيد سعد عبد السلام، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص163.

ولأن إجراءات القسمة النهائية قد تطول لفترة طويلة من الزمن، فقد عمد المشرع على تمديد فترة إمكانية الانتفاع بالمال الشائع إلى غاية الانتهاء من كل هذه الإجراءات، حتى يتم الاستفادة والانتفاع بهذه الملكية والحلول دون تعطيل استغلالها لفترة قد تطول.

كما أجاز المشرع للقاضي في حالة تعذر اتفاق الأطراف على قسمة المهايأة، أن يأمر بها إذا طلب أحدهم ذلك منه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 736 السالفة الذكر بما يلي: " فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء، وبعد الاستعانة إذا اقتضى الأمر ذلك."

من الواضح أن نص المادة يشوبها نقص، لأنه لم يبين لنا من هو المستعان به في الفقرة الثانية من النص، وبالنظر إلى ما يقابل هذا النص في القانون المدني المصري نجد أن لفظ " بخبير " قد سقط من النص الجزائري ، لأن الفقرة الثانية من نص المادة 849 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 736 السالفة الذكر تبين لنا من يستعان به بحيث تنص على " بعد الاستعانة بخبير".

فقد يستعين القاضي بخبير في إجراء قسمة المهايأة، وفي الأغلب يكون هو نفس الخبير الذي تستعين به المحكمة في إجراء القسمة النهائية، من أجل العمل على وضع حد للنزاعات التي تسبق هذه القسمة.¹

ولم يفصل المشرع الجزائري في شروط إجراء المهايأة القضائية في حالة طلب أحد الشركاء القسمة النهائية في حين طلب آخر قسمة المهايأة، بخلاف المشرع الأردني الذي نص في القانون المدني عليها بالتفصيل في المادة 1058 وبين شروط إجراء المهايأة في حالة قبول المال الشائع للقسمة أولاً؛ بحيث أنه إذا طلب أحد الملاك على الشروع القسمة النهائية في حين طلب الآخر قسمة مهايأة، فإن المحكمة تقبل دعوى القسمة النهائية، أما في حالة طلب أحد الشركاء قسمة المهايأة ورفض آخر، فإنه يجبر على المهايأة، ونفس الحكم إذا طلبها أحد الشركاء في العين المشتركة غير قابلة للقسمة، في حين امتنع آخر، فإنه يجبر أيضا على المهايأة.²

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 823.

2 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 149.

يرى الباحث أنه كان على المشرع الجزائري أن يحذو إلى ما ذهب إليه المشرع الأردني في تنظيم إجراءات المهايأة القضائية، حين بين في حالة تقديم طلب قسمة نهائية من أحد الشركاء وطلب قسمة مهايأة من شريك آخر بأي الطلبين يأخذ، وقد وفق المشرع الأردني في التفريق بين ما إذا كان المال قابل للقسمة، أم لا حتى يقبل بقسمة المهايأة، أو بالقسمة النهائية.

الفرع الثاني: تمييزها عن باقي المهايآت

هناك اختلاف بين هذه المهايأة وتلك التي سبق ذكرها، والتي تتم خلال الشيوخ وقبل البدء في إجراء القسمة النهائية في أمرين اثنين.

الأمر الأول، هو يمكن أن يأمر بها القاضي رغم عدم إجماع الشركاء عليها، وبذلك فيمكن أن تكون قضائية، وليست حتما اتفاقية كما في القسمة الأولى.

أما الأمر الثاني، فإن زمن قسمة المهايأة فيها يستمر إلى غاية انتهاء إجراءات القسمة النهائية ولو زادت عن خمسة سنوات، أي أنها ليست محددة بزمن معين لا يصح أن تزيد عنه، كما في القسمة الأولى¹؛ والعبرة من ذلك هو أن هذه المهايأة وجدت لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع إلى غاية أن تنتهي إجراءات القسمة النهائية، وما دامت هذه لم تتم، فلا معنى لتحديد زمن المهايأة الذي قد يؤدي إلى إنهاؤها بحجة مضي وقت طويل على نشوئها، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع قبل قسمته، مما يلحق ضررا بالشركاء.²

وقد اختلف الفقهاء في نوع هذه القسمة، فهناك من يرى " أن المهايأة التي تسبق القسمة النهائية للمال الشائع إنما تكون مهايأة مكانية لا زمانية، حيث فيها وحدها تقسيم هذا المال بين الشركاء، كما يشير النص، وليس مجرد تقسيم زمن الانتفاع به".³

وهناك من يرى أنه " يجوز أن يتفق الشركاء أثناء إجراءات القسمة النهائية على إجراء قسمة بينهم مكانية، أو زمانية".⁴

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 823.

2 - محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 35، و 36.

3 - نفس المرجع، ص 36.

4 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 308.

فإن كانت هذه القسمة مكانية اختص كل شريك بعد القسمة بنصيبه، فإن لم يكن واضح اليد عليه انتقلت حيازته إلى ما ناب عنه من القسمة والجزء الذي اختص به، وله الحق في حبس الجزء الذي يحوزه حتى يسلم له الجزء الذي اختص به.

أما إذا كانت المهياة زمانية، وقد استوفى كل الشركاء نوباتهم، تتم القسمة النهائية بإعطاء كل شريك منهم ما اختص به من قسمة العقار الشائع، أما إن وجد بعض الشركاء لم يستوفوا نوباتهم، فإنه يتم تعليق حكم القسمة إلى غاية استيفاء كل شريك نوبته؛ ويجوز كذلك في هذه الحالة تعويض الشركاء عما فاتهم من الانتفاع بالعقار من طرف من استوفوا نوباتهم، فلا يتم تنفيذ حكم القسمة، إلا بعد اتفاق جميع الشركاء على ذلك.¹

المبحث الرابع

خضوع قسمة المهياة لأحكام عقد الإيجار

سبق وأن ذكرنا أن قسمة المهياة هي قسمة منفعة، وليست قسمة ملك يترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ، وبذلك فإنها لا تخضع لأحكام القسمة النهائية، بل لأحكام عقد الإيجار²، وهذا بصريح القانون في نص المادة 735 من القانون المدني والتي تقضي بما يلي: " تخضع قسمة المهياة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة ". إن المهياة بنوعها هي مقايضة انتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا، فليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا، وهذا ما يستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه التي تنص على أن الاحتجاج بقسمة المهياة على الغير (المطلب الأول)، وأهلية المتقاسمين (المطلب الثاني)، وحقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهياة تخضع لأحكام الإيجار (المطلب الثالث)، بشرط أن لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

1 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 308.

2 - يقصد بأحكام عقد الإيجار التي تخضع لها قسمة المهياة، أحكام الإيجار الواردة في نصوص القانون المدني أي الأحكام العامة دون الأحكام الخاصة، وبناء على ذلك لا يسري على قسمة المهياة ما تنص عليه بعض النصوص، كما في عدم جواز التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير، أو مشاركته فيه، لأن هذه الأحكام القصد منها حماية المستأجر من استغلال الملاك، فلا محل لها في قسمة المهياة، لأن مظنة الاستغلال فيها غير قائمة، وبالتالي هي أحكام تتعارض مع طبيعة قسمة المهياة، أنظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها.

فيعتبر كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في القسمة المكانية مؤجرا ومستأجرا، كما يعتبر بالنسبة للمال الشائع كله في القسمة الزمنية في مقام المستأجر وغيره في مقام المؤجر، فيكون بذلك لكل مهائئ حقوق والتزامات المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمنان العيوب الخفية والتعرض واستعمال ما اختص به الشريك فيما أعد له، وعدم التغيير فيه والمحافظة عليه ورده بعد انتهاء القسمة، ولا مجال لتطبيق أحكام الالتزام بوفاء الأجرة، لأنه يتعارض مع طبيعة القسمة.

وسوف نعمل على ذكر هذه الحقوق والالتزامات التي تثبت للشركاء في قسمة المهاية، والتي تخضع لأحكام عقد الإيجار¹ بأكثر تفصيل فيما يلي من الدراسة.

المطلب الأول: إثبات قسمة المهاية والاحتجاج بها على الغير

تخضع المهاية لأحكام الإيجار من حيث إثباتها والاحتجاج بها على الغير، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها، وطبقا لنص المادة 735 من القانون المدني السالفة الذكر، إذا تصرف أحد الشركاء في حقه الشائع للغير، سواء كان بالبيع، أو بالهبة مثلا بعد قسمة المهاية، فإن هذه القسمة لا تسري على هذا الغير، إلا إذا كان هنالك تاريخ ثابت لعقد المهاية قبل التصرف الناقل للملكية، دون حاجة إلى استلزام علم هذا الخلف بالقسمة². والغير في حكم هذه المادة هو كل من تلقى حقا عينيا على المال الشائع على أساس أنه لا يزال مملوكا على الشيوع.

اشتراط المشرع أن يكون عقد الإيجار مكتوبا، وله تاريخ ثابت، وأوجب تحت طائلة البطلان إفراغ المعاملات الإيجارية في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ، واعتبرها شرطا لانعقاد العقد³ في نص

¹ - إخضاع المهاية لأحكام الإيجار ليس لكونها تتفق معه في التكييف فحسب ، إنما فقط من أجل تنظيم علاقات الشركاء خلالها ، ولهذا المشرع لم ينص بصفة مطلقة على إلحاقها بالإيجار، وإنما قيده بما يتوافق وطبيعة قسمة المهاية طبقا لنص المادة 735 ق.م.ج، فنجد فقهاء القانون عند تعرضهم لتكييف قسمة المهاية يقولون بأن المهاية قربت من الإيجار وليس كالإيجار بالمعنى الدقيق، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص821.

² - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص85.

³ - خلفوني مجيد، "الإيجار المدني في القانون الجزائري"، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 133.

المادة 467 مكرر من القانون المدني¹ التي تقضي بما يلي: "ينعقد الإيجار كتابة²، ويكون له تاريخ ثابت، وإلا كان باطلاً."

كما يكون للخلف الخاص أن يتمسك بهذه القسمة طبقاً لنص المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني، التي تنص على ما يلي: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبراً يكون الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية."

والنصين المذكورين أعلاه لا يتعارضان مع المهايأة، وعليه يطبقان بصدد إثبات القسمة والاحتجاج بها على الغير، وبذلك فإن قسمة المهايأة بنوعيتها تكون نافذة ويحتج بها في مواجهة من انتقلت إليه الملكية من الشريك المهايئ الذي تصرف في نصيبه الشائع، بشرط أن تكون المهايأة بعقد مكتوب، ولها تاريخ ثابت قبل التصرف الناقل للملكية، وإلا فإن عقد المهايأة أصلاً يكون باطلاً.³ ودون حاجة تلزم علم الغير بهذه القسمة.

أما في حالة تم رهن الحصة التي اختص بها الشريك المتهاييء من طرف باقي الشركاء بعد قسمة المهايأة، فإن هذه القسمة تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، حتى ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، على أساس أنها من أعمال الإدارة الحسنة وفق نص المادة 896 من ق.م.ج.

كما تكون الإجارة الصادرة من طرف باقي الشركاء المتهايئين للغير، غير نافذة في مواجهة الشريك المتهايئ صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء الذي اختص به، ويكون من حق هذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي استأجر من باقي الشركاء بعد القسمة، ولو لم يكن

1 - لم يكن القانون المدني قبل التعديل الذي أدخله المشرع بخصوص الإيجار بمقتضى القانون رقم: 07-05، المؤرخ في 2007/05/13، يشترط الكتابة في الإيجار ولا شروط شكلية معينة في الكتابة.

2 - لا يفهم بالضرورة أن الكتابة المذكورة في هذه المادة على أنها الكتابة الرسمية، والتي يحررها المكتب العمومي للتوثيق، حيث يمكن أن يكون الإيجار عرفياً، شرط أن يكون لهذا المحرر تاريخ ثابت بتسجيله بمصلحة التسجيل والطابع، أنظر خلفوني مجيد، "الإيجار المدني في القانون الجزائري"، المرجع السابق، ص 152.

3 - أما في القانون المدني المصري، فلم يشترط في عقد الإيجار أن يكون له تاريخ ثابت، وبذلك إذا تصرف أحد الشركاء في نصيبه الشائع تصرفاً ناقلاً للملكية بعد قسمة المهايأة، فإن القسمة تسري على من انتقلت إليه الملكية، إذا كان للعقد تاريخ ثابت قبل هذا التصرف دون حاجة إلى استلزام علم هذا الخلف بالقسمة، كما أن للخلف الخاص وهو المتصرف إليه أن يتمسك بهذه القسمة، ولو لم تكن نافذة في حقه لعدم ثبوت تاريخها قبل التصرف الناقل للملكية، طبقاً لنص المادة 604 من القانون المدني المصري، أنظر محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 494، و 495.

عقد قسمة المهايأة مشهرا، لأن الشريك المتهايئ في حكم المستأجر لما اختص به من هذه القسمة، وطبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجار، فإنه لا يجب شهره¹ للاحتجاج به على الغير.²

المطلب الثاني: أهلية المتقاسمين

سوف نتناول في هذا المطلب تطبيق أحكام الإيجار على أهلية الشريك المتهايئ (الفرع الأول)، ثم نخوض في حكم أهلية الشريك المتهايئ القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الشريك المتهايئ هي أهلية كل من المؤجر والمستأجر

كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هي تسعة عشر سنة حسب نص المادة 40 من ق.م.ج.

أما إذا كان المتهايئ صغيرا غير مميز، أو معتوها، أو مجنونا جنونا مطبقا، فإن تصرفاته تكون باطلة، وإذا كان الشريك المتهايئ صغيرا مميزا، أو كان سفيها، أو ذا غفلة، فتعقد قسمته لماله الشائع قسمة مهايأة موقوفة على إجازة وليه، أو وصيه، في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء، أو تتوقف على إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد، باعتبار أن قسمة المهايأة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.³

فقسمة المهايأة، سواء كانت مكانية، أو زمنية يعتبر كل شريك فيها مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص باقي الشركاء، لذا وجب أن تتوفر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر، والمقصود هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف.⁴

وفي ما يخص التأجير، فإن الراجح فقها، وما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، أنه من أعمال الإدارة، غير أن هناك اختلاف في الاستتجار، فهناك من يرى أنه من أعمال الإدارة، وهناك

¹ - يشترط في عقد الإيجار الذي يزيد عن اثني عشر سنة أن يكون مشهرا، وفق نص المادة 17 من الأمر رقم: 75-74، المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، العدد 92، المؤرخة في 1975/11/18. وبما أن مدة قسمة المهايأة لا تزيد عن خمس سنوات في كل الأحوال، فلا يشترط الشهر للاحتجاج بها على الغير.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 503، و504.

³ - صاحب عبيد الفتلاوي، "الأحكام القانونية لقسمة المهايأة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، الإصدار 2، جامعة بغداد، سنة 2010، ص 81، و82.

⁴ - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 495، و496، أنظر صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 82.

من يرى أنه من أعمال التصرف، وذهب رأي ثالث بالقول أنه قد يكون من أعمال الإدارة وقد يكون من أعمال التصرف. ولا مجال هنا لهذا الخلاف فيما تعلق بالقسمة، فتعتبر من أعمال الإدارة، لأن حجة الرأي القائل بأن الاستتجار من أعمال التصرف تتعارض مع طبيعة القسمة، حيث أن هذا الرأي يستند إلى أن المستأجر عندما يلتزم بالأجرة، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما ينفعه، وفي القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف في شيء، لأن الذي يقابل انتفاعه بجزء يختص به، هو التزامه بتمكين غيره من الشركاء المتهايئين من الانتفاع بالأجزاء الأخرى¹.

وبالتالي فإن أهلية الشريك المتهاييء أهلية كل من المؤجر والمستأجر، والتي هي أهلية إدارة حتى في الاستتجار، إذ هو يعتبر في المهياة من أعمال الإدارة.²

الفرع الثاني: أهلية القاصر في المهياة

تخضع سلطة من له الولاية³ على مال القاصر، ومن في حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهياة للأحكام الخاصة بسلطته في التأجير، ويترتب على ذلك، وطبقا للمادة 88 من قانون الأسرة ما يلي:

1- لا يجوز للولي، أو الوصي، أو القيم، أن يعقد المهياة نيابة عن القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة، إلا بإذن من القاضي، كما لا يجوز لهؤلاء أن يعقدوا مهياة نيابة عن قاصر لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، إلا بإذن القاضي.

2- لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد مهياة تزيد مدتها على ثلاثة سنوات، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاثة سنوات طبقا لنص المادة 468 من القانون المدني⁴، ومثل هؤلاء الوصي والقيم والوكيل العام.⁵

1 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 496.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 821، محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 38.

3 - نظم المشرع أحكام الولاية بموجب المواد من 87 إلى 91 من ق.أ.ج.

4 - تنص المادة 468 من القانون المدني بما يلي: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاثة(3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث(3)سنوات."

5 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 496، و497، أنظر صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 83، و84.

كما تطبق النصوص الخاصة بسلطات الولي والوصي والمقدم والوكيل عن الغائب على قسمة المهايأة التي تجري نيابة عن الشريك الخاضع للولاية، أو للوصاية، أو القوامة، أو الغائب وفق ما جاء في نص المادتين 88 و 181 من ق.أج.

المطلب الثالث: حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة

تسري أحكام الإيجار أيضا على حقوق المتهايين والتزاماتهم، إلا ما كان يتعارض منها مع طبيعة قسمة المهايأة، فكل شريك يكون له حقوق المستأجر من تسليم (الفرع الأول) وتعهد بالصيانة (الفرع الثالث) وضمان للتعرض والعيوب الخفية (الفرع الرابع)، وعلى كل شريك متهايي التزامات المستأجر في استعمال العين حسب ما أعدت له (الفرع الثاني) والمحافظة عليها، وردها عند إنتهاء المدة.¹

ويلتزم جميع الشركاء المتهايين بالترميمات الضرورية، ويسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين من العقار الشائع في تكاليف هذه الترميمات في ذلك الجزء، أما الترميمات التأجيرية فهي عليه وحده؛ كما يلزم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين من العقار الشائع ببذل عناية الشخص العادي في استعمالها والمحافظة عليها، ويكون مسؤولا عن أي تلف، أو هلاك ناجم عن الاستعمال غير المألوف لها.²

وبما أن قسمة المهايأة تجمع كل من صفة المؤجر والمستأجر في الشريك، فإنه يلتزم بجميع الالتزامات المترتبة عن عقد الإيجار، سواء الخاصة بالمؤجر، أو المستأجر، وفي نفس الوقت تعد حقوقا بالنسبة له، شرط أن لا تتعارض هذه الالتزامات والحقوق مع طبيعة قسمة المهايأة، ونتطرق إليها بأكثر تفصيل في ما يلي :

الفرع الأول: الالتزام بالتسليم والرد

إذا تمت المهايأة بالاتفاق، أو عن طريق القضاء، فإنه يترتب عليها التزام الشركاء بتمكين الشريك المتهايي من الانتفاع بالمال الشائع وفقا لنوع المهايأة، ولكن حتى يتمكن من الانتفاع

¹ - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص86، أنور طلبة، المرجع السابق، ص 306، نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص109، و 110.

² - السيد عبد الوهاب عرفة، "القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب(دعوى القسمة)"، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 2006، ص 26، و 27، نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص109.

بالمال الشائع لابد من قيام الشريك بتسلم ذلك المال بوضعه تحت تصرفه، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

أما عن كيفية التسليم، فقد أحال المشرع الجزائري إلى الأحكام المنصوص عليها في عقد البيع ، وهو ما نصت عليه المادة 478 من القانون المدني بقولها: " يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام، خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر."

وبالرجوع إلى أحكام البيع فيما يتعلق بالتسليم، نجد أن المادة 367 من ق.م.ج، تنص على أنه " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية." فالمرجع في هذا النص جعل التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، كالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، وبالتالي فإن التزام الشركاء لتسليم المال الشائع بينهم إلى الشريك المتأهية يعتبر كالتزام البائع بتسليم المبيع، وبما أن الأحكام المقررة في هذا الشأن لا تتعارض مع طبيعة القسمة، فإن التزام الشركاء بتسليم المال محل قسمة المهايأة يتم بوضعه تحت تصرف الشريك المتأهية، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وهذا يكون إما عن طريق التسليم الحقيقي، من خلال وضع المال محل القسمة تحت تصرف الشريك المتأهية، بحيث يتمكن من الانتفاع دون عائق، ويكون بالتخلي عنه، أو تركه خالياً مع تسليم مفاتيحه للشريك المتأهية، إذا كان العقار سكناً مثلاً.

كما يكون التسليم معنوي أو حكمي، ويحصل ذلك في حالة ما إذا كان العقار، أو جزء منه محل قسمة المهايأة في يد الشريك المتأهية قبل القسمة، لأي سبب من الأسباب، كما لو كان مودعاً لديه، فيكون التسليم في هذه الحالة بمجرد تراضي الشركاء على قسمة المهايأة.¹

¹ - صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 97، و98.

أما عن زمن التسليم، فلم تنظمه النصوص القانونية المنظمة للإيجار، أو البيع، وعليه وجب تطبيق القواعد العامة، حيث تنص المادة 1/281 من ق.م.ج، على ما يلي: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق، أو نص يقضي بغير ذلك." ووفقاً للقواعد العامة وحسب نص المادة، فإن التسليم يتم فوراً بمجرد انعقاد العقد، وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على ميعاد معين يتم فيه التسليم.

وبناء على هذا النص المذكور، فإن على الشركاء في قسمة المهايأة تسليم المال محل القسمة فوراً بمجرد إبرام العقد بينهم على قسمة المهايأة، حتى لو كان العقار الشائع مشغولاً من أحدهم، فيتوجب عليه إخلاؤه وتسليمه للشريك الذي عليه الدور بالانتفاع، ما لم يوجد اتفاق، أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.¹

أما عن مكان تسليم المال محل القسمة، فالأصل أنه يتم في المكان الذي يعينه المتعاقدان، فالعقد شريعة المتعاقدين، أما إذا لم يتفقا على مكان التسليم، فإننا نرجع إلى الأحكام العامة طبقاً للمادة 1/282 من القانون المدني، التي تقضي بما يلي: " إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق، أو نص يقضي بغير ذلك."

وبالتالي فإن التسليم يتم في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت إبرام العقد، أو المكان الذي ذكر في العقد أنه موجود فيه، ما لم يوجد اتفاق، أو نص يخالف ذلك.² وبتطبيق هذا النص على قسمة المهايأة، فإنه يجب على الشركاء تسليم العقار الشائع، أو جزء منه محل المهايأة في مكان وجوده عند الاتفاق على قسمة المهايأة، ما لم يوجد اتفاق، أو نص يخالف ذلك.

يلتزم سائر الشركاء بتسليم العين التي اختص بها الشريك وملحقاتها في حالة تصلح للوفاء بما أعدت له من منفعة إلى الشريك الذي اختص بها بموجب قسمة المهايأة بنوعها³، كما يلزم

1 - صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص 98.

2 - سي يوسف زاوية حورية، "الوجيز في عقد البيع - دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية"، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2008، ص 162، و163.

3 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 26، و27.

الشريك المتهايي الذي اختص بمنفعة جزء معين من العقار الشائع، أو بكامل العقار الشائع رد العين المشتركة عند انتهاء مدة القسمة، وإلا عد غاصبا بلا سند، ويلزم بتعويض بقية الشركاء المتهايين عما أصابهم من ضرر.¹

الفرع الثاني: استعمال العقار المتهايي عليه فيما أعد له

حق الشريك الذي اختص بجزء معين من العقار الشائع في استعماله والانتفاع به يكون مقيدا بعدم استعماله، إلا بحسب ما أعد له²، كما يلتزم بأن لا يحدث أي تغيير فيه، وإن فعل يلزم بإرجاعه إلى الحالة التي كان عليها ويعوض باقي الشركاء إن وقع ضرر³؛ ويسأل الشريك المتهايي عن التلف والهالك الناجم عن الاستعمال غير المألوف له، ويعمل على بذل عناية الرجل العادي في استعماله والمحافظة عليه⁴، كما يتحمل الشريك المسؤولية عن حريق المال الشائع الذي اختص به في قسمة المهياة، إلا إذا أثبت أنه نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.⁵

ويكون للشريك المتهايي تأجير الجزء المفرز الذي اختص به إيجارا نافذا في حق باقي الشركاء المتهايين، الذين يتمتع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض، حتى لو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية العقار الشائع.

وبذلك يحق للشريك المتهايي أن ينتفع ويستغل ما اختص به، سواء بنفسه، أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء، فيكون له أن يؤجر من الباطن وتطبق في هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن.⁶

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الملاك المشتاعين على كيفية استعمال المال الشائع محل المهياة، فإنه يجب استعماله بطريقة تتفق مع ما أعد له من غرض طبقا لما جرى عليه العرف، فإذا كان محل القسمة أرضا زراعية وتمت المهياة على أن يتم استعمالها للزراعة، فليس المقصود هنا مطلق الزراعة، إذ يجب زراعتها وفق ما جرى عليه العرف، وحسب الزراعة المتداولة

1 - طبقا لأحكام عقد الإيجار، وفقا لنص المادة 502 من ق.م.ج

2 - طبقا لأحكام عقد الإيجار، وفقا لنص المادة 491 من ق.م.ج

3 - طبقا لأحكام عقد الإيجار، وفقا لنص المادة 492 من ق.م.ج

4 - طبقا لأحكام عقد الإيجار، وفقا لنص المادة 495 من ق.م.ج

5 - طبقا لأحكام عقد الإيجار، وفقا لنص المادة 496 من ق.م.ج

6 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 822.

في المنطقة الموجودة بها، لأن عرف الاستعمال في مثل هذه الأحوال يعتبر مكملاً لإرادة الطرفين، ويعتبر لازماً ولو لم يكن منصوص عليه في الاتفاق المبرم بين الطرفين.

ويذهب البعض من شراح القانون أن هناك تحفظين على هذه القاعدة، يتمثل الأول في أنه يجوز تغيير نوع الاستعمال المتفق عليه بناء على موافقة الشركاء الآخرين، أما الثاني، فيكون في حالة جرى العرف على التسامح في إجراء تغيير في الاستعمال قريب مما هو متفق عليه، بحيث لا يترتب عليه أي ضرر، مع الالتزام برد المال الشائع عند انتهاء مدة المهاية بالحالة التي تسلمها الشريك.¹

الفرع الثالث: صيانة العقار الشائع المتهايئ عليه

يلتزم جميع الشركاء المتهايئين بالمحافظة على ما اختصوا به من حصص بجميع الترميمات الضرورية للعقار الشائع، ويسهم الشريك المتهايئ الذي اختص بمنفعة جزء معين من العقار الشائع في تكاليف ما يتم من ترميمات، في حين ينفرد وحده بالترميمات التأجيرية التي تخص الجزء الذي اختص بمنفعته²، وفقاً لقواعد الإيجار ونص المادة 494 من القانون المدني.

وبالتالي فإن الترميمات الضرورية تكون على الشركاء جميعاً، تدفع تكاليفها حسب نسب حصصهم، أما الترميمات التأجيرية، أو الإصلاحات المألوفة والجاري بها العمل، فإن الشريك المتهايئ يلزم بالقيام بجميع التدابير الخاصة بالترميمات التي تخص بالجزء الذي اختص به من القسمة، ما لم يكن هناك اتفاق بغير ذلك.³

الفرع الرابع: ضمان التعرض وضمن العيوب الخفية

وفقاً لما جاء في نص المادة 483 من القانون المدني، فإن لجميع الشركاء أن يمتنعوا عن كل تعرض يحول دون انتفاع الشريك المتهايئ بالجزء الذي اختص به، ولا يجوز أن يحدثوا به، أو بملحقاته أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع، ولا يقتصر ضمان جميع الشركاء في العين المشتركة على الأفعال التي تصدر منهم، أو من تابعيهم، بل تمتد إلى كل ضرر، أو تعرض قانوني صادر عن أي شخص تلقى الحق عنهم، كما يتضح من استقراء أحكام نص المادة 487

1 - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 101.

2 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 500.

3 - رحابي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 117.

من القانون المدني وتطبيقها على قسمة المهايأة، في حين أن الشركاء المتهايين لا يضمنون للشريك المتهاىء التعرض المادي على الجزء الذي اختص به، والصادر عن الغير الذي يدعي حقا على هذا الجزء.

وللشريك المتهاىء أن يطالب شخصا المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة.

كما أن نص المادة 488 من القانون المدني تلزم جميع الشركاء بضمان العيوب الخفية التي تحول دون استعمال، أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا للجزء الذي اختص به الشريك المتهاىء، فتؤدي إلى عدم الانتفاع به، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقصا يخل بالغرض الذي أعد له، ويستثنى من هذا الضمان العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها.

الفصل الثاني

إدارة العقار الشائع عن طريق الأغلبية

نظم المشرع الجزائري إدارة المال الشائع تنظيمًا مفصلاً، بحيث ميز بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، من حيث الأغلبية المطلوبة في كل منها، ومن حيث طبيعة الأعمال التي يحق للملاك على الشيوع مباشرتها. ومعلوم أن مشكل إدارة المال الشائع تتعدد وتثار بشكل كبير بين الملاك على الشيوع، فقد يحصل أن ينفرد شريك بالقيام بعمل من أعمال الإدارة، فنتضرر مصالح شركائه، وقد يتعذر تحقق الأغلبية التي تملك سلطة إجراء أعمال الإدارة، ما يؤدي إلى عرقلة استغلال واستعمال المال الشائع.

وسوف نعمل في هذا الفصل على دراسة طبيعة الأعمال التي تنطوي تحت إدارة العقار الشائع إدارة معتادة، وسلطات الشريك بخصوص هذه الإدارة (المبحث الأول)، من خلال توضيح مفهومها وتحديد سلطة الأغلبية في ممارستها، ثم نرجع إلى البحث في الإدارة غير المعتادة (المبحث الثاني) من خلال التعرف على الأعمال والتصرفات التي تنطوي تحتها، والنظر في الأغلبية المطلوبة في مباشرة هكذا أعمال.

المبحث الأول

سلطات الشريك بخصوص إدارة العقار الشائع إدارة معتادة

الإدارة المعتادة هي الوسيلة الأكثر شيوعاً في الانتفاع بالعقار الشائع، لما تنظمه من آليات لتسيير شؤون ومصالح الشركاء في تدبير وإدارة العقار والحفاظ عليه وصيانته، مما يستلزم علينا في هذا المبحث، تبيان مفهوم الإدارة المعتادة (المطلب الأول) وطبيعة الأعمال التي يحق للأغلبية مباشرتها على العقار الشائع، وحدود سلطتهم في ذلك (المطلب الثاني)، وسوف نتطرق أيضاً إلى توضيح هامش المبادرة الذي يتحصل عليها الشريك منفرداً من أجل المساهمة في إدارة العقار الشائع إدارة معتادة (المطلب الثالث)، وما ينتج عنها من خلافات بين الملاك على الشيوع، ودور القاضي في التوفيق بين مصالح الشركاء المتعارضة (المطلب الرابع).

ويبقى من بين أهم الأعمال المتعلقة بالإدارة المعتادة، هو حفظ المال الشائع وصيانته، حيث سوف نرى سلطة كل شريك في حفظ وصيانة العقار الشائع (المطلب الخامس) من المخاطر والأضرار التي قد تصيبه.

المطلب الأول: مفهوم الإدارة المعتادة

لفهم طبيعة الأعمال التي يحق للشركاء مباشرتها على الملكية الشائعة، ومدى صحتها والآثار المترتبة عليها، سوف نعمل على تعريف الإدارة المعتادة (الفرع الأول)، ولأن المشرع اكتفى بتوفير الأغلبية للقيام بها، والتي تعتبر استثناء عن مبدأ الإجماع الذي سبق وأن أسهبنا في توضيحه، كان علينا تسليط الضوء على إيجابيات عدم الأخذ بمبدأ الإجماع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالإدارة المعتادة

أعمال الإدارة المعتادة كثيرة الحدوث عمليا، وهي الوسيلة التي تمكن الملاك المشتاعين من ممارسة حق الانتفاع والاستغلال، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بموضوع على جانب من الأهمية والحساسية بالنسبة للشركاء المشتاعين.

كما ينجر عن الإدارة المعتادة للعقار الشائع أعقد المشاكل التي تواجه الملاك المشتاعين، وذلك بحكم طبيعة هذا النوع من الأعمال والتصرفات، وارتباطها بالتسيير والتدبير اليومي والمعتاد للمال المشترك.

ولا يقصد بأعمال الإدارة المعتادة أعمال التدبير والتسيير فقط، بل كذلك أعمال الحفظ، وأعمال الاستعمال والاستغلال، مادام أن الهدف من جميع هذه التصرفات واحد، وهو التمكن من الانتفاع بالمال الشائع؛ فأعمال الحفظ مثلا، وإن كانت تتم لمجرد صيانة المال المشترك، أو ترميمه، أو حماية حق متعلق به، فإن القصد منها في النهاية هو الإبقاء على المال الشائع في وضعية مادية، أو قانونية إيجابية، أو تحسين هذه الوضعية بغية تمكين الملاك المشتاعين من الحفاظ على حقوقهم في المال المشترك، وتمكينهم أيضا من استخلاص أكبر قدر من مزايا هذا المال ومنافعه.

ونظم المشرع الجزائري في المادة 716 من القانون المدني أحكام الإدارة المعتادة، دون أن يبين ما المقصود بها، وماهية هذه الأعمال تاركا تلك المهمة للفقهاء¹، وكل ما يمكن الرجوع إليه في تحديد ماهيتها إلى نص المادة 717 من القانون المدني، والتي تنص على الأغلبية اللازمة للأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة، حيث بينت أن هذه الأعمال هي التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن أعمال الإدارة

¹ - هناك بعض التشريعات المقارنة عملت على تعريف الإدارة المعتادة، على غرار التشريع المدني اليمني، حيث أوضحت المادة 1075 منه أن " أعمال الإدارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ."

المعتادة هي تلك الأعمال التي تهدف إلى استعمال المال الشائع واستغلاله والحصول على ثماره، دون أن يكون من شأنها إحداث تغييرات أساسية في المال الشائع، أو القيام بتعديلات في الغرض الذي أعد له هذا المال.

كما يعرف الفقه الإدارة المعتادة بأنها: "الأعمال التي لا ترمي إلى تغيير أساسي، أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع (كإيجار الأرض المشاعة، أو زرعها) ¹؛ أو أنها: " كل الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال الشيء فيما أعد له بطبيعته والحصول على ثماره ²." وهناك من الفقه من عرفها بـ: " كل الأفعال والتصرفات التي تهدف إلى الانتفاع بهذا المال واستثماره، ومثلها إيجار الدار المشتركة وقبض أجرتها وصيانتها ودفع الضرائب المستحقة عنها ³." وبهذا قد تكون أعمال الإدارة المعتادة أعمالاً مادية، كزراعة الأرض وحفظ المحاصيل بعد جمعها، أو تصرفات قانونية، كتأجير الأرض واستئجار العمال لها، وشراء ما يلزمها من البذور والمبيدات والماكينات وغيرها.

وتشمل الإدارة المعتادة كذلك توظيف النقود بإيداعها في البنوك في حسابات جارية، أو كودائع بفائدة، أو شراء سندات الاستثمار مادام التوظيف مؤقتاً، ولا يؤدي إلى تجميد الأموال لفترة طويلة، أما الأعمال التي تعتبر نافعة للشيء، أو لزيادة قيمته، أو زيادة نفعه، فهي تخرج عن أعمال الإدارة المعتادة، مثلها مثل الأعمال الكمالية التي تهدف إلى زخرفة وزينة الأشياء ⁴.

ويدخل في أعمال الإدارة المعتادة ما جاء في نص المادة 2/573 من القانون المدني، والتي تدرج ضمن المواد المنظمة لأحكام الوكالة، حيث أعطت أمثلة عن أعمال الإدارة بالقول: " يعتبر من العقود الإدارية ⁵، الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون، وجميع أعمال التصرف، كبيع المحصول، وبيع البضاعة، أو المنقولات التي يسرع إليها التلف، وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله."

1 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 155.

2 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 75.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 67.

4 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 76.

5 - خطأ في ترجمة النص الأصلي " أعمال الإدارة"، وليس " العقود الإدارية".

إن أدق ما يعرض للشركاء في الشيوخ هو إدارة المال الشائع، لذلك تكفل المشرع بوضع قواعد لهذه الإدارة لتيسير القيام بها، والعمل على حسم ما يقع من نزاعات بين الملاك على الشيوخ. ولأن الغرض من إدارة المال الشائع هو الانتفاع به واقتسام ثماره فيما بين الشركاء، فقد عمل المشرع على توسيع مجال استعمالها، فلم يشترط إجماع الشركاء، وفي المقابل ضبطها بشروط نصت عليها المادة 716 من القانون المدني بما يلي: " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبا، فإن لم توجد أغلبية، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا، سواء أكان الخلف عاما، أو خاصا.

وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم ."

يتبين من نص المادة أن الإدارة المعتادة لا تخرج عن الحالات الآتية:

أولاً: إما أن تتولى أغلبية الشركاء إدارة العقار الشائع إدارة معتادة في حالة تعذر إجماعهم، وتحسب هذه الأغلبية كما جاء في نص المادة على أساس قيمة الأنصبا، وليس عدد الشركاء، ويكون ملزما لجميع الشركاء ما يستقر عليه رأي هذه الأغلبية في الإدارة؛ كما يجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديرا لإدارة العقار إدارة معتادة، وتضع له نظاما لحسن الانتفاع به يلتزم به الجميع.

ثانياً: وإما أن يتولى أحد الشركاء بأعمال الإدارة المعتادة، دون اعتراض من باقي الشركاء، فيعتبر وكيلا عنهم وكالة عامة بالإدارة.

ثالثاً: في حالة تعذر وجود أغلبية من الشركاء لإدارة العقار الشائع، أو إنفراد أحد الشركاء لتولي أعمال الإدارة المعتادة، لكن اعترض عليه البقية، أعطى المشرع لكل مالك على الشيوخ الحق في أن يطلب من القاضي الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضيه الضرورة، وللقاضي أن

يعين عند الحاجة مديرا للعقار الشائع، يكون الغرض منه إدارة العقار الشائع والمحافظة عليه، دون المساس بأصل الحق الذي قد يكون محلا لنزاع.¹

الفرع الثاني: إيجابيات عدم الأخذ بمبدأ الإجماع في الإدارة

مبدأ الإجماع في الانتفاع والاستغلال والتصرف في الملكية الشائعة، كما ذكرنا سابقا أفضل طريقة نظريا للانتفاع بالعقار الشائع، لانتهاء فيه مضرة أي شريك، لكن من الناحية العملية لا يتحقق هذا الإجماع بسبب ميول ورغبة الملاك في الشروع، وبذلك يتحول هذا المبدأ من أحسن وسيلة للانتفاع إلى شرط يؤدي إلى عرقلة وشل الانتفاع الأمثل بالعقار الشائع، لهذا أحسن المشرع الجزائري في عدم الأخذ بمبدأ الإجماع في الإدارة العادية وغير العادية، واكتفائه بالأغلبية، ولهذا إيجابيات تبررها النقاط التالية:

أولا: مبدأ الإجماع يخالف طبيعة حق الشريك

الأصل أن يتصرف الشريك ويتمتع بالعقار الشائع بكل ما يتيح القانون من وسائل، لأن حق الملكية حق مقدس، ولا معنى لهذا الحق إذا لم يتمتع صاحبه بما يخول له من امتيازات ومنافع، ويبقى الاستثناء هو أن هذا الحق يقيد في حالة ما ألحق ضررا ومس بحقوق غيره من الشركاء؛ ولهذا فإن المنطق يدعونا للقول بضرورة الابتعاد عن قاعدة الإجماع، وعدم اشتراطها في بعض الأعمال والتصرفات.

ولا اعتبارات مهمة متعلقة بالمصلحة العامة المتمثلة في حماية العقار الشائع واستغلاله أحسن استغلال والانتفاع به على وجه يحفظ الدور الهام للوظيفة الاجتماعية للعقار، وأيضا تحقيقا لمصالح الشريك في مباشرة أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة طالما كانت هذه الأعمال والتصرفات تصب في المصلحة المشتركة ولها نتائج إيجابية، كأن يقوم الشركاء بالسقي وتقليم الأشجار المثمرة ومداواتها، وجني الثمار قبل تلفها.

¹ - رعد مقداد محمود، " إدارة و حفظ المال الشائع (دراسة قانونية - قضائية)"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 4، نيسان 2009، ص 339، أنظر كذلك محمد حسن قاسم، " القانون المدني، العقود المسماة (البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار) - دراسة مقارنة -"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 688، و 689.

وتزداد هذه الأهمية خاصة في الأراضي الفلاحية، لما لهذا العقار من أهمية اقتصادية في المساهمة في الإنتاج الفلاحي، وأيضا لما تتطلبه من عدة أعمال وتدابير يؤدي التأخر في إنجازها، أو عدم القيام بها إلى أضرار تصيب المنتج الفلاحي وينقص من قيمة العقار. ورغم أن هذه الأعمال والتصرفات تمس بالعقار الشائع كله، إلا أن القانون يأتي لحماية المصالح وفي حالة تعارض بين مصلحتين، فإنه تحمي المصلحة الأهم، ولأن هذه الأعمال والتصرفات لها نتائج إيجابية هامة ما يبرر القيام بها، فإن الابتعاد عن قاعدة الإجماع في هذه الحالة وعدم تطبيقها أقرب إلى تحقيق العدالة والمساواة.

لأن اشتراط إجماع الشركاء يؤدي إلى شل إرادة الشريك المشتاع عندما يريد مباشرة أعمال قصد الانتفاع بالمال الشائع، أو المساهمة في إدارته وتسييره، ويعطل سلطات الشريك في القيام بأعمال تعود بالفائدة على العقار والملاك على الشيوع.

وأعمال مبدأ الإجماع، ولو له ما يبرره من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية هذا الإجماع لا يتحقق في أغلب الأحيان، ما يرهن كل ما يفيد مصلحة الشركاء في إدارة وتسيير هذه الملكيات الشائعة، ويبقى تحقيق الإدارة والتصرف بإجماع الشركاء مجرد جانب نظري ليس له في الواقع حضور في مجمل الأحيان.

كما يؤدي هذا المبدأ إلى الإنقاص من حق الملكية للشريك، لأن رغم أن حق الملكية في الشيوع يفيد عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، إلا أنه ليس دائما يستوجب إجماع الشركاء من أجل تجنب هذا الضرر، فهناك أعمالا كثيرة رغم أنها لا تحقق الإجماع، إلا أنها لا تلحق الضرر بأي شريك، بل العكس من ذلك، فهي تخدم المال الشائع والشركاء، وبالتالي أعمال هذا المبدأ يتعارض مع طبيعة حق المالك على الشيوع.

ثانيا: مبدأ الإجماع يتعارض مع طبيعة الحق العيني

إن الحق العيني يتعارض تماما مع تكبيل الإرادة ووضع القيود والحد من التصرف الذي يصنعه، أو يؤدي إليه أعمال مبدأ الإجماع، لأن الحق العيني يعد مرادفا للسلطة والقدرة على ممارسة

الصلاحيات.¹ حيث يعتبر الحق العيني: "هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية."²

وهذا ما يعني أن صاحب الحق العيني له أن يباشر وبشكل مباشر سلطة استخلاص فوائد ومنافع الشيء في حدود ما تسمح به طبيعة هذا الحق العيني، فالحق العيني يمنح صلاحيات بشكل مباشر وبدون قيود، أو عوائق، باستثناء ما قد ينص عليه القانون من قيود لغرض، أو لآخر³. مثل ما يفرضه المشرع من قيد متعلق بعدم المساس والإضرار بحقوق الشركاء الآخرين في تصرف الشريك. والملكية الشائعة تعطي للشريك المشتاع حق عيني مشاع، وهذا ما يترتب عنه أن للشريك سلطات مباشرة يمنحها هذا الحق العيني على الملكية الشائعة، وهو ما يتطلب تمتعه بحرية التصرف والانتفاع وممارسة تلك السلطات على المال الشائع، مع مراعاة وضعية الشيوخ ومصالح كافة الشركاء، أو غالبيتهم.⁴ وهو ما لا يتحقق غالبا عند إجماع قاعة الإجماع، ما يحول دون أن يباشر الشريك المشتاع ممارسة سلطاته على المال الشائع، مما يجعل هذه السلطات التي يمنحها الحق العيني وفق ما تخوله الملكية الشائعة مجرد مسألة نظرية بعيدة عن واقع الحال.

وهذا ما يطرح جملة من التناقضات فيما تعلق بحقوق الشريك الذي أعطى له القانون حق الملكية، الذي يخول أن يتمتع هذا المالك بحقوق كاملة غير منقوصة، فلا يجوز للمشرع أن يمنح هذا بيد ويسحبها منه بأخرى، بحجة اشتراط الإجماع عند ممارسة أي عمل، أو تصرف، فيسقط هنا في وضعية من التناقض غير مبرر وغير مفهوم، مما يؤدي إلى ضياع مصداقية الحقوق التي تعتبر جوهر العدالة برمتها.⁵

ثالثا: تعطيل مبدأ الإجماع للوظيفة الاجتماعية للملكية الشائعة

حق الملكية لم يعد كما أراده واضعي مدونة نابليون حقا مقدسا، له وظيفة واحدة وهي إسعاد الفرد وتحقيق رغباته على أوسع نطاق، بل أصبح لحق الملكية وظيفتين، تتمثل الأولى في تحقيق المصلحة الخاصة للمالك وتلبية حاجاته من خلال إعطائه حق الاستغلال والانتفاع والاستفادة من مزايا الشيء

¹ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 273.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 182.

³ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 273.

⁴ - Christian Atias , « **Droit Civil, les biens** », tome I, Librairies Techniques, paris,1980, p 141.

⁵ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 274.

ومنافعه؛ أما الوظيفة الثانية فتتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع من خلال تلبية حاجات المجتمع عن طريق توجيه وترشيد استعمال واستغلال الملكية والانتفاع بها بما ينفع ويخدم المجتمع.¹ وإن كان حق الملكية هو حقا ذاتيا، إلا أن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها، وقد أغفل القانون المدني الفرنسي في سنة 1804 الكثير من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق، في حين وقف عند ذاتية حق الملكية، غير أن هذه النظرة التي تعمل بمبادئ الفلسفة الليبرالية التي سادت أوروبا منذ بداية القرن التاسع عشر، والتي تمجد الفرد وتعطيه الأولوية على حساب مصالح المجتمع تراجعت منذ بداية القرن العشرين، بسبب ظهور مذاهب الاشتراكية التي انتشرت طوال القرن التاسع عشر، وأخذت تنفذ إلى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، ووصلت إلى أوجها في القرن العشرين، حيث ما لبثت أن تظهر جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الذي يحقق المصلحة العامة على حساب جانب الذاتية في هذا الحق، الذي يحقق المصلحة الخاصة.²

كل هذا جعل من الواضح أن حق الملكية حق ذاتي يهدف إلى تحقيق مصالح الأفراد المالكين ورغباتهم وحاجاتهم، وهو كذلك حق اجتماعي، وهذا راجع لأمرين، الأول لمبدأ التضامن الاجتماعي، لأنه يقضي بوجود التعاون في المجتمع، والملكية تعتبر من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون، لأن المالك يعتبر نفسه عضوا في المجتمع الذي يعيش فيه، وبالتالي فهو يأخذ منه كما يعطيه، لأن المجتمع ساهم بشكل ملحوظ في جهود المالك بقدر مستوى مساهمة الأسرة، أو لعلها تزيد، فإذا كانت الأسرة قد ساهمت باعتبارها أحد مبررات الميراث، فإن مساهمة المجتمع تبرر هي الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية، وحتى لو تملك الشخص بعمله وحده، فهو مدينا أيضا للمجتمع بما يكسب، لأن ليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك، بل إن المجتمع ساهم في جهود المالك للوصول إلى ما أصبح مالكا له.³

¹ - Jean-Louis Bergel , et Marc Bruschi , et Sylvie Cimamonti, Op .cit ,p 66.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري،"الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 553، و554.

³ - نفس المرجع، ص 554.

ويرى الفقيه "L'EON DUGUIT" إن حق الملكية ليس مجرد حق، بل هو أيضا وظيفة اجتماعية.¹ ويؤدي القول بأن تكون للملكية وظيفة اجتماعية أن يقيد حق الملكية لا للمصلحة العامة فحسب، بل أيضا للمصلحة الخاصة.²

وهذا التغيير في الرؤية حول طبيعة دور الملكية، فرض اعتماد أسلوب يراعي التوازن ما بين مصالح الفرد وورغباته واحتياجاته، وبين مصلحة المجتمع وحماية المصلحة العامة، وتبقى الأولوية في حالة تضارب المصالح تعطى لمصلحة المجتمع، على اعتبار أن هذا الأخير يشمل الجميع ويختزل في ذاته جميع المصالح، وبالتالي فإن النتيجة النهائية تخدم مصالح الفرد؛ ولا يضر ذلك أن يتنازل هذا الأخير عن بعض الامتيازات، ويضحي ببعض حقوقه ما دام في الأخير ستكون النتيجة لصالحه.³

وما يجب الإشارة إليه أن تقديس الملكية الشائعة لا يتعارض مع المحافظة على المصلحة العامة، لأن هذه الأخيرة تقتضي تنشيط الانتفاع بالعقار الشائع واستثماره، وهذا ما يحققه توسيع سلطات الشريك للتصرف في حصته الشائعة، ما يسهل من دخول العقار في حلبة التنمية واستثماره بشكل أفضل، وعليه فإن تقديس الملكية لا يتعارض مع متطلبات المصلحة العامة، بل العكس من ذلك فهو يساهم في تحقيقها.⁴

وهذا ما يلزم استغلال كل الأموال وتسخيرها لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ولا يبرر أبدا ترك هذه الأموال وتجميدها وعدم استغلالها والانتفاع بها، بحجة أن المالك حر في ملكه، وهذا ما تقضي به الكثير من النصوص القانونية، مثل ما تنص عليه المواد 48-51 من القانون رقم: 25-90، المتضمن التوجيه العقاري⁵، التي تقضي بمعاينة المستثمرين الذين لم يستغلوا

¹—Jean-Louis Bergel , et Marc Bruschi , et Sylvie Cimamonti, Op .cit, p 79.

² - عبد الرزاق السنهوري ،"الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية "، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 555.

³ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 274، و 275.

⁴ - بخنيف محمد، "إدارة العقار المشاع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة"، ww.concour.maroc.com، أطلع عليه بتاريخ 2015/01/06.

⁵ - القانون رقم: 25-90، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج.ر.ج.ج، العدد 49، المؤرخة في 18/11/1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26، المؤرخ في 25/09/1995، ج.ر.ج.ج، العدد 55، المؤرخة في 27/09/1995.

الأراضي الفلاحية لموسمين فلاحيين متتاليين تصل إلى حد أن تأمر الهيئة العمومية ببيعها إذا كانت الأرض خصبة.

فتجميد الملكية وعدم الانتفاع بها، وعدم الاستغلال الأمثل لها يضر بالاقتصاد الوطني و تيرة التنمية، وينعكس سلبا على الجانب الاجتماعي، ما يهدد المصلحة العامة، فلما يتعلق الأمر بترك مئات الهكتارات من الأراضي الفلاحية مهملة دون استغلال، وبالتالي دون إنتاج، أو عند عدم الانتفاع بعقارات، سواء كانت بنايات، أو أراض، كل هذا يؤثر في الإقبال على الاستثمار ويحد من النشاط الاقتصادي خاصة ونحن نعلم أن العقار يمثل أساس التنمية والاستثمار.

ويرى الباحث أنه من الطبيعي أن تكون لهذه المسألة أهمية كبيرة، ونحن نعلم أن الملكية العقارية الشائعة تشكل نسبة مهمة من كتلة الأموال التي لها قيمة في سوق العرض والطلب، ولها دور مهم في الإنتاج والاستثمار، خاصة لما يتعلق الأمر بأراضٍ فلاحية شاسعة، أو بنايات تجارية في مناطق لها بعد اقتصادي باقية على الشيوخ لسنوات طويلة.

كل هذا يبين خطورة مبدأ الإجماع، وكيف أن تطبيقه، أو التوسع فيه يلحق بهذه الثروات العقارية خسائر كبيرة بسبب عدم استغلالها والانتفاع بها، وهو ما يؤدي بالمساس بالبعد الاقتصادي لحق الملكية، وكذلك بالوظيفة الاجتماعية لها.

المطلب الثاني: سلطة أغلبية الشركاء في إدارة العقار الشائع إدارة معتادة

جعل المشرع الإدارة المعتادة للعقار الشائع وفق شروط وضوابط، يأتي على رأسها تحديد الأغلبية المطلوبة في هذه الإدارة(الفرع الأول)، وحتى يعتد بهذه الأغلبية حدد المشرع طبيعتها وبين كيفية تشكيلها(الفرع الثاني)، كما أعطى الحق لهذه الأغلبية أن تعين مديرا لإدارة وتسيير شؤون العقار الشائع(الفرع الثالث)، ولأن هذه الأعمال التي تقرها الأغلبية تكون في غالب الأحيان محل ممارسة يومية وتنعكس بصورة مباشرة على كل الشركاء، فقد حرص المشرع الجزائري على حماية الأقلية من تعسف قرارات الأغلبية(الفرع الرابع).

الفرع الأول: الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة

الإدارة المعتادة بحكم طبيعتها وهي المرتبطة باستعمال واستغلال المال الشائع وحفظه، تفرض نفسها وتكاد تشكل موضوع الممارسة اليومية للمالك على الشيوخ، ومن هنا فقد أولاهها المشرع

الجزائري اهتماما خاصا وخصها بأحكام مرنة، وكان من هذه الأحكام إخضاعها لسلطة الأغلبية المطلقة¹، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 716 من ق.م.ج، السالفة الذكر، حيث يتجلى لنا أن الأغلبية المطلوبة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة هي الأغلبية المطلقة للشركاء، تحسب على أساس قيمة الأنصباء، لا على أساس عدد الشركاء؛ فالملاحظ أن المشرع أخذ بعين الاعتبار عند تحديد طبيعة الأغلبية عنصر الأنصبة دون عنصر العدد، أي بإمكان شريك واحد تكوين الأغلبية المقصودة، إذا ما كان يملك أكثر من نصف العقار.

وخلافا للمبدأ القائل بأن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين يقتضي حصول إجماع كل الشركاء وتوافقهم بشأن ذلك، ولأن غالبا ما يختلف الشركاء في الانتفاع بالمال الشائع، عمل المشرع الجزائري على التخفيف من هذه القاعدة في الإدارة المعتادة للمال الشائع، وأخذ برأي الأغلبية المطلقة لتمكين الشركاء من الانتفاع بالعقار الشائع.

¹ - بينما خالفت بعض التشريعات المقارنة هذا، وأخذت بسلطة أغلبية ثلاثة أرباع المال الشائع، منها القانون اللبناني في نص المادة 835 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تقضي بما يلي " إن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات التي تتخذها الغالبية فيما يختص بإدارة الشيء المشترك، وكيفية الانتفاع به، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة "، كما سلك في ذلك المشرع المغربي في نص الفقرة الأولى من الفصل 971 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقضي بما يلي: "قرارات أغلبية المالكين على الشياخ ملزمة للأقلية فيما يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به بشرط أن يكون لمالك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال"، وذهب المشرع التونسي أيضا إلى نفس الحكم في المادة 68 من مدونة الحقوق العينية التونسية، حيث تنص هذه المادة على أن "ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء يلزم الباقين فيما يتعلق بإدارة المشترك واستغلاله على شرط أن تبلغ الأغلبية ثلاثة أرباع من قيمة الأنصباء".

أما القانون الفرنسي الذي كان يأخذ بمبدأ الإجماع قبل أن يعدل القانون المدني الفرنسي بقانون 23 جوان 2006، حيث خفف من قاعدة الإجماع وفق نص المادة 815-3 من القانون المدني الفرنسي، بتمكين أغلبية مالكي ثلثي المال الشائع الاستغلال العادي للملكية، ولها أن تقر ولاية عامة لمباشرة بيع الأثاث الشائع لتسديد الديون ونفقات المال الشائع، وكذلك عند تجديد عقود الإيجار، ماعدا إيجار الأراضي الفلاحية، أو التجارية، أو الصناعية، أو الحرفية. والأغلبية ملزمة في هذه الحالة لحماية مصالح الأقلية بإبلاغ هذه الأخيرة بهذه القرارات، ولم يتخلى المشرع الفرنسي عن قاعدة الإجماع، وألزم ذلك في جميع التصرفات التي تمس بجوهر المال الشائع غير التي أشار لها في الحالات السابقة، أنظر

D.G.Brelet, « **Gestion de L'indivision -nouvelles règles du jeu** », *Info Agricole*, Édité par la Fédération des Centres de Gestion Agréés Agricoles – Trimestriel – Décembre 2007-N°106, p 03,04.

وبالتالي فالإجماع مطلوب عند إبرام عقد إيجار الأراضي الفلاحية، وعقد الإيجار المرتب من بعض الشركاء لا يمكن الاحتجاج به ضد باقي الملاك على الشيوخ، ويبقى مصيره متعلق بنتيجة القسمة وما يختص به كل شريك، أنظر

Christine Faivre, « **Biens Indivis: comment les affermer et les reprendre ?** », www.gers-chambagri.com.

تاريخ التحميل: 2014/11/21.

بناء على نص الفقرة الأولى من المادة 716 السالفة الذكر، فإن أعمال الإدارة المعتادة الصادرة عن الأغلبية، تكون نافذة في حق جميع الشركاء، وليس للأقلية حق الاعتراض عليها، ذلك لأن الأغلبية تنوب نيابة قانونية عن الأقلية.

ونظرا لأن أعمال الإدارة المعتادة هي في صالح العقار الشائع، وبالتالي في صالح الشركاء، لأنها تتعلق بصيانة العقار وحفظه واستغلاله والانتفاع به، فإنه يكفي لمباشرتها رأي الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، لا على أساس عدد الشركاء.¹

رغم هذا لم يسلم معيار الأخذ بالأغلبية المطلقة على أساس قيمة الأنصبة من الانتقاد، لأنها تخول لشريك واحد تولي أعمال الإدارة المعتادة لكونه مالكا لأغلبية الحصص، وليس للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر من هذا الشريك، ومن ثم قد لا يكثر برأي باقي الشركاء، الذين قد يكون رأيهم أصوب على اعتبار أنه رأي جماعة، رغم ضعف حصصهم في العقار الشائع، وهذا ما قد يدفعهم لطلب القسمة والخروج من الشروع، إذا لم يتمكنوا من الطعن في قرارات هذا الشريك بالتعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة.²

الفرع الثاني: تشكيل الأغلبية

قد يحصل بخصوص كيفية تشكيل الأغلبية أن يكون المتصرف إليه - ومصطلح التصرف هنا يؤخذ بمفهومه العام، أي جميع أنواع التصرفات بما فيها أعمال الإدارة - عضوا ضمن الأغلبية التي تقرر إجراء هذا التصرف، كأن يقوم شريك يملك ثلث دار على الشروع بإيجارها لشريك آخر يملك الثلث، حيث يكتمل النصاب وتتحقق الأغلبية، فهل يعتد برأي هذه الأغلبية بالرغم أنها تتكون من المؤجر والمستأجر، وهم المستفيدين من العقد؟

أجاب بعض الفقه عن هذا التساؤل قائلا بجواز قيام الشريك بإيجار العقار الشائع لفائدة شريك آخر، ويعتبر الشريكان يُكونان الأغلبية المطلوبة لمباشرة أعمال الإدارة المعتادة، حيث أن الإيجار

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 104.

2 - محمود عبد الرحمن محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 79.

المبرم في هذه الحالة يسري في حق باقي الشركاء، لا يحول دون ذلك اجتماع صفة المالك وصفة المستأجر في نفس الشخص، على اعتبار أن المالك يمكن أن يكون مستأجراً للشيء الذي يملكه.¹ وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للملكية الشائعة في القانون المدني نجدها لم تتطرق لهذه الفرضية، حيث جاءت بصيغة العموم، وتكلمت عن الأغلبية من المال الشائع دون أي شيء آخر. غير أن مسألة مساهمة الشريك المستأجر في تكوين الأغلبية المطلوبة لإبرام عقد الإيجار، تعني أن هذا الشريك قد كان له دور المؤجر حينما أكمل النصاب القانوني المطلوب لإبرام العقد من جهة، وفي الوقت نفسه اتخذ موقع المستأجر من جهة أخرى، وهذا في حد ذاته أمر غير مقبول، لأن الشريك الذي استأجر لنفسه المال الشائع بالاتفاق مع شريك آخر على اعتبار أنهم يملكان الأغلبية في العقار الشائع، إنما يعتبر كمن تعاقد مع نفسه.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة تعاقد الشخص مع نفسه بنص عام، غير أنه بالرجوع إلى النصوص الخاصة نستشف أن المشرع لا يجيز ذلك، حيث نجده في نص المادة 77 من القانون المدني يمنع الشخص النائب أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه²؛ وقد عاد المشرع وطبق هذه القاعدة العامة في نص المادة 410 من القانون المدني، التي تمنع من ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني، أو أوامر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة، أو باسم مستعار ولو بطريقة المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، إلا في حالة حصل إذن من القاضي.³

وفي هذا السياق يرى الأستاذ محمد حسنين أنه لو تعاقد شخص مع نفسه باسم من ينوب عنه، فإن هذا "العقد غير نافذ في حق الأصيل، ذلك أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه، إنما يقوم على قرينة

1 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 38.

2- تقضي المادة 77 من القانون المدني بما يلي: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة."

3- تقضي المادة 410 من القانون المدني بما يلي: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق، أو نص قانوني، أو أوامر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة، أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى."، كما تنص المادة 412 بما يلي: "يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه."

قانونية، هي أن الشخص الذي أناب عنه غيره في التعاقد، أو السلطة التي أقامت شخصاً نائباً عن آخر لا تقصد أن يباح للنائب أن يتعاقد مع نفسه، رغم تعارض المصلحتين، فإذا تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك المنع، كان متجاوزاً حدود نيابته، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل، إلا إذا أقره الأصيل في النيابة الاتفاقية، أو بعد اكتمال أهليته في النيابة القانونية، أو إذا أقرته المحكمة إن كانت ولايته قضائية، ولهذا يكون التصرف نافذاً، إذا أبرمه النائب مع نفسه بإذن الأصيل، أو بإذن المحكمة.¹

وينفذ قرار الشركاء أصحاب الأغلبية في حق الأقلية حتى وإن كانوا من القاصرين، فينفذ في مواجهتهم ما تتخذه الأغلبية من تدابير وطرق للانتفاع وإدارة العقار الشائع. وإذا كانت أحكام القانون المدني تعطي للشركاء أصحاب الأغلبية الحق في إيجار العقار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، فهل تكون هذه الإدارة المعتادة ملزمة للأقلية، أم تتعارض مع ما جاءت به المادة 88 من ق.أ.ج، التي تضع تدابير لحماية القاصر؟

في هذه الحالة يستوجب التمييز بين ما إذا كان الشريك المؤجر ليس ولياً، أو وصياً، أو قيماً على القاصر، وبين ما إذا كان كذلك، ففي الحالة الأولى نرجح إعمال أحكام الملكية الشائعة دون تطبيق النصوص المتعلقة برعاية القاصرين، لأن ما جاء في نص المادة 88 المذكورة أعلاه من أحكام تتعلق بتحديد السقف الزمني لعقود إيجار الأملاك العقارية للقاصر، إنما تتناول حدود وصلاحيات الولي والوصي والقيم، ومن جهة أخرى فإن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل قانون إيجار العقار، لأن وجود حصة شائعة لقاصر تقتضي تقيده بوجود أن لا يمتد عقد الإيجار لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد عملاً بنص المادة 88 من ق.أ.ج، السالفة الذكر، الأمر الذي سوف يوفر المنفذ القانوني للتخلص من أحكام الإيجار، مما سيدفع الملاك المؤجرين إلى تمليك القاصر حصته شائعة، ولو كانت صغيرة.²

¹ - محمد حسنين، "عقد البيع في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 228.

² - ضحى محمد سعيد النعمان، السيد صهيب عامر سالم، "إيجار عقار القاصر - دراسة في القانون العراقي"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 3، الإصدار 9، 2014، ص 92، و93.

وكان على المشرع الجزائري أن ينظم إدارة العقار الشائع الذي يمتلك فيه القاصر حصة شائعة، وأن يقر لأصحاب أغلبية الحصص إدارة العقار الشائع، وإن كانوا من البالغين في حالة الشريك البالغ صاحب الأغلبية ليس وليا، أو وصيا، أو قيما على القاصر، والنص على أعمال أحكام رعاية القاصرين على العقار الذي للقاصر حصة شائعة فيه، والذي يؤجره الشريك البالغ إذا كان وليا، أو وصيا، أو قيما، مهما كان مقدار حصة الشريك القاصر.

أما في حالة تساوي حصة الشريك البالغ، والذي ليس وليا، أو وصيا، أو قيما مع حصة الشريك القاصر، فليس هناك من نص يقر بالإدارة لشريك دون آخر في الملكية الشائعة، ويرى الباحث في هذه الحالة بضرورة تغليب مصلحة القاصر، كونه الطرف الأضعف والأولى بالرعاية والحماية.

الفرع الثالث: تعيين مدير للعقار الشائع

عند مباشرة أعمال الإدارة يجوز لأصحاب الأغلبية أن تقوم بهذه الأعمال بنفسها، كما يجوز لها كذلك أن تختار مديرا من بين الشركاء، أو من غيرهم، يكون هو صاحب الشأن في إدارة العقار الشائع، لأنه في حالات عديدة لا تقوم أغلبية الشركاء بإدارة العقار الشائع، بسبب ما يتطلب ذلك من تواجدهم جميعا في مكان إبرام العقد، وهو ما يصعب عمليا تحقيقه، خاصة إذا اختلف مكان إقامة الشركاء أصحاب الأغلبية، وكثرة عقود الإدارة الخاصة بالعقار الشائع، وبهذا يكون اختيار مدير يكون وكيلا عن هذه الأغلبية في حدود الإدارة المعتادة، يعتبر حلا مناسباً في هذه الحالة.

كما لأصحاب الأغلبية أن تضع نظاما لحسن إدارة العقار الشائع يتقيد به المدير في إدارته، ويكون متجاوزا لحدود سلطته إذا هو خرج عن هذا النظام، الذي يسري على جميع الشركاء، بما فيهم الأقلية، كما يسري على الخلف العام والخلف الخاص للشركاء، حتى لو لم يعلم به هذا الخلف الخاص، حسب ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 716 من القانون المدني السالفة الذكر، حيث حين قررت سريانه عليه إنما تكون قد افترضت - فرضا لا يقبل إثبات العكس - علمه به.

ويجوز لأصحاب الأغلبية أن تجمع بين العمليين، فتعين مديرا وتضع نظاما لحسن إدارة العقار الشائع، وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة هذا الوكيل، بأن لا يؤجر العقار الشائع لأكثر من سنة مثلا، أو أن يتم إيداع الربيع في مصرف معين.¹

¹ - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 84، و85، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 828.

وللأغلبية السلطة في الإبقاء على هذا النظام، أو تعديله أو إلغائه، أو وضع نظام جديد، وليس بالضرورة أن تكون هي نفس الأغلبية التي قامت بوضع هذا النظام.¹

وهذا بخلاف ما جاء في القانون الفرنسي، الذي اختزل الأشخاص الذين تكون لهم صفة الوكيل في الملاك على الشيوخ، مميزا في سلطاته بين الوكالة العامة والخاصة والضمنية.² فالنرم المشرع الفرنسي أن يكون الوكيل شريكا في الشيوخ، ولا يجوز أن يكون من الغير، وفي حالة غياب مثل هذه الوكالة وعند وجود خلاف بين الملاك على الشيوخ أدى إلى شل المال الشائع، مكن المشرع القاضي الحق في أن يتخذ، أو يسمح بجملة من التدابير العاجلة التي تقتضيها مصلحة الشركاء حفاظا على الملكية الشائعة.³

ويعود سبب التفرقة بين الشريك والغير، هو رغبة المشرع الفرنسي في إنهاء العرف الذي كان سائدا في السابق، وهو قيام طائفة الموثقين بدور وكيل الشركاء المشتاعين في إدارة المال الشائع، ومن أجل العمل على تذليل الكثير من المشاكل والصعوبات العملية، وذلك بصفة منتظمة، فجاءت المادة 815-3 من القانون المدني الفرنسي المستحدثة بقانون 1976 لمخالفة هذا العرف، ولإنهاء العمل به بصورة نهائية بالنص أن يكون الوكيل شريكا مشتاعا بصفة إلزامية⁴، وهذا في النظام القانوني المحدد بموجب المواد 815-1 إلى 815-18، الذي يطبق على جميع أنواع الشيوخ، باعتباره يمثل الحد الأدنى من القواعد القانونية القابلة للتطبيق في هذا الشأن.

أما في النظام الاتفاقي للشيوخ المحدد بموجب المواد 1873-1 إلى 1873-18، وهو النظام الثاني، جاء في الفصل الخاص بعقد الشركة تحت عنوان "الاتفاقات المتعلقة باستعمال الحقوق

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 828.
2 - الواقع أن إدارة المال الشائع بواسطة وكيل عن الشركاء استقر عليه القضاء قبل قانون 1976، وليس بالأمر المستحدث كلية في القانون الفرنسي، حيث أقر القضاء الفرنسي حق الشركاء في اختيار وكيل عنهم للقيام بهذه المهمة، سواء هذا الوكيل من بينهم أو من الغير، وكل ما جاء به المشرع الفرنسي في قانون 1976، هو أنه حصر الأشخاص الذين يمكن أن يكون لهم صفة الوكيل عن المشتاعين، كما بين سلطاتهم بمقتضى الوكالة، في حالة ما كانت عامة أو خاصة أو ضمنية، أنظر محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع"، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

3- Michèle Muller, « Droit civil », 3 édition, Foucher, France, 2008, p 79.

4 - محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع"، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 107، و 108.

الشائعة". فقد نص المشرع الفرنسي على أنه يجوز للشركاء تعيين مديرا من بين الشركاء، أو من الغير، يكون بموجبه له الحق في إدارة المال الشائع.¹

الفرع الرابع: شرط عدم التعسف في استعمال الحق عند الإدارة

إذا أقر أغلبية الشركاء عملا من أعمال الإدارة المعتادة، يبقى على أي حال للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص الحق في الاعتراض على قرار الأغلبية، إذا كان يتضمن تعسفا في استعمال الحق، وذلك إذا راعت الأغلبية مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية، لاسيما إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء، أو كانت شريكا واحدا فقط²، علاوة على حقهم في طلب القسمة والخروج من الملكية الشائعة.³

ولا يجوز للأقلية أن تبني تظلمها على عدم ملاءمة القرار لصالح الشركاء، مادام لم تثبت أن فيه تعسفا من طرف الأغلبية، حيث أن المشرع لم يضع رقابة خاصة على قرارات الأغلبية فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة، على خلاف ما سنراه في أعمال الإدارة غير المعتادة.⁴

¹ - Sophie Druffin - Bricca, « L'essentiel du Droit des biens », Gualino éditeur, Paris, France, 2000, p 67.

² - تعد قرينة على التعسف قلة عدد الأغلبية بالنسبة لعدد الأقلية، وتجدر الإشارة أن أحكام التعسف في استعمال الحق المنظمة في القانون المدني عدلت بموجب القانون رقم: 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، فقبل التعديل كان المشرع ينظم هذه النظرية بمقتضى نص المادة 41 من القانون المدني، وهذا التنظيم كان منتقدا، لأنه جاء ضمن أحكام الأهلية، وليس هناك ما يربط التعسف في استعمال الحق وبين أحكام الأهلية، ولهذا كان ينبغي النص عليه في الباب التمهيدي أسوة بالقوانين العربية الأخرى، أما بعد التعديل، فتم إلغاء المادة 41 وتم القانون المدني بالمادة 124 مكرر، التي جاءت في القسم الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ضمن أحكام الفعل المستحق للتعويض، والتي تقضي بما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 827،

و828، أنظر نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 113، و114، رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 88.

⁴ - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 87.

فإذا كان العقار الشائع أرضاً فلاحية، وجب على الشريك، أو الشركاء أصحاب الأغلبية التسجيل في سجلات الفلاحين، والحصول على بطاقة فلاح طبقاً لنص المادة 06 من القرار الوزاري¹، الصادر عن وزارة الفلاحة والصيد البحري، والتي تقضي بما يلي: " في حالة الملكية الفلاحية الشائعة وبحسب الحالة يمكن أن يصدر طلب التسجيل:

- من مجموع الشركاء، إذا كانوا يمارسون كلهم النشاط الفلاحي طبقاً للمادة 716 من القانون المدني.
 - من الشريك أو الغير المفوض من طرف الشركاء الحائزين لأغلبية الحصص.
 - من الشريك المعين من طرف المحكمة، حسب ما جاء في المادة 716 من القانون المدني.
 - من الذي يليه الدور في حالة قسمة مهياًة، طبقاً للمادة 734 من القانون المدني."
- ويعتبر تعسفاً في استعمال الحق، إذا اشترطت هذه الأغلبية باعتبارها صاحبة الحق في إدارة العقار الشائع، عدم استغلال الأراضي الفلاحية، طبقاً لنص المادة 48 من القانون 90-25، المتضمن التوجيه العقاري، والتي تنص على ما يلي: "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلاً تعسفاً في استعمال الحق، نظراً إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي.

وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر، أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية، أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي، أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً."

ويترتب على مخالفة الأغلبية صاحبة إدارة العقار الفلاحي الشائع الخاضع للقانون الخاص² محتوى نص المادة المذكورة أعلاه تأجير، أو بيع هذا العقار جبراً من طرف الديوان الوطني للأراضي

¹ -قرار وزاري مؤرخ في 25/05/1996، يحدد كليات تسجيل الفلاحين ومسك السجلات المتعلقة بهم، ونموذج بطاقة الفلاح المهنية.

² - أما الأراضي الفلاحية غير المستغلة التابعة للأمالك الخاصة للدولة فإنها تبقى خاضعة لأحكام المادة 28 من القانون رقم: 10-03 الذي يحدد شروط وكليات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، السالف الذكر.

الفلاحية بعد المعاينة، طبقا للمرسوم التنفيذي 97-484¹، والمادة 51 من ق.ت.ع.² وبالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر من القانون المدني السالفة الذكر، التي تنص على المعايير العامة التي تثبت التعسف في استعمال الحق، ورغم أن التعسف في استعمال حق الملكية يعتمد على هذه المعايير العامة، إلا أنها لا تنطبق على الحالة المنصوص عليها في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري السالفة الذكر، لأن المشرع اعتمد في هذا النص على معيار جديد وهو الإخلال بالمصلحة العامة، فيعتبر أن عدم استثمار الأرض الفلاحية تعسفا في استعمال حق الملكية، لأنه يخل بالمصلحة العامة، على اعتبار أن لهذه الأرض أهمية اقتصادية، ولها وظيفة اجتماعية لا بد من حمايتها وصيانتها، وهنا نقول بأن المشرع الجزائري لم يتبنى معيار الإخلال بمصلحة عامة، كمعيار عام لنظرية التعسف أثناء عرضه للمعايير العامة للتعسف في المادة 124 مكرر السالفة الذكر، وقد سائر في ذلك باقي التشريعات العربية.³

و وجه البعض انتقادا للمشرع الجزائري على عدم نصه على هذا المعيار، ويرى ضرورة النص على ذلك، بحيث يعتبر بأن معيار الإخلال بالمصلحة العامة هو معيار تكميلي يجعل من نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مرنة شاملة لكافة الحقوق، كما أنها تعمل على مساعدة القضاء في تقييد حق الملكية الخاصة وجعلها في خدمة المصلحة العامة لتجسيد الوظيفة الاجتماعية للملكية، خاصة بعد فتح المجال أمام الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية، وما قد يصاحب هذا النشاط من

1 - مرسوم تنفيذي رقم: 97-484، مؤرخ في 15/12/1997، يضبط تشكيلة الهيئة الخاصة وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، ج.ر.ج.ج، العدد 83، المؤرخة في 17 ديسمبر 1997، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم: 12-83، مؤرخ في 20/02/2012، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 26/02/2012.

2- تنص المادة 51 من القانون 90-25 المتضمن ت.ع، على ما يلي " إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحية ينذر المستثمر ليستأنف استثماره، وإذا بقيت الأرض غير مستثمرة لدى انتهاء أجل جديد مدة (01) سنة، تقوم الهيئة العمومية المخولة لهذا الغرض بما يأتي:

- وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب وعلى نفقة المالك، أو الحائز الظاهر، إذا كان المالك الحقيقي غير معروف.

- أو عرض الأرض للتأجير .

- أو بيعها إذا كانت خصبة جدا أو خصبة."

3- شمشم رشيد، "التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 169.

رغبة أكيدة في الربح السريع، تكون في كثير من الأحيان على حساب المصلحة العامة للمجتمع، وهو ما يعود بالضرر على الاقتصاد الوطني.¹

ويؤيد الباحث هذا الرأي لما فيه من تقنين حقوق كل الأطراف وصيانة أكثر للمصلحة العامة، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه بعض الفقه عند توجيهه نفس الانتقاد إلى المشرع المصري، على عدم نصه على هذا المعيار.

غير أنه من الواضح أن معايير التعسف التي نص عليه المشرع في المادة 124 مكرر السالفة الذكر، جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

وعليه يرى الباحث أنه يمكن اعتبار المادة 48 من ق.ت.ع، السالفة الذكر تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي تتطوي ضمن تطبيقات معيار الإخلال بالمصلحة العامة التي نص عليها المشرع صراحة في هذه المادة بقوله "... نظراً إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي".

والوظيفة الاجتماعية للملكية تمثل عنصر الجماعة في الملكية، حيث يتعلق حق المجتمع بحق المالك في استثمار أرضه، لأنه يملك جزءاً من الثروة الوطنية التي تساهم في الاقتصاد الوطني، فليس له أن يهملها أو يتركها بدون استثمار، مما يؤدي إلى تعطيل هذه الثروة.²

وبناء على ما سبق، فإنه ليس لبقية الشركاء الاعتراض على إدارة العقار الشائع من طرف الأغلبية، مادامت لم تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة، وأضرت بمصالح الأقلية وفق ما تقدم التفصيل فيه.

ولهذه الأغلبية أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة للعقار الشائع بنفسها، كتأجيرها للسكن، وقبض الأجرة، والقيام بالترميمات الضرورية، أو زراعة الأرض، وغيرها من الأعمال المعتادة.

إلا أن الإيجار الذي تعقده الأغلبية لا يسري في حق الأقلية، إلا لمدة ثلاثة سنوات، وإذا كانت المدة المذكورة في العقد أطول من ذلك تخفض هذه المدة إلى ثلاثة سنوات، طبقاً لنص المادة 468³

1 - فاضلي إدريس، " نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 274.

2 - شمش رشيد، المرجع السابق، ص 171.

3 - أما المشرع المصري، فقد أجاز في نص المادة 559 من القانون المدني، أن تكون المدة أطول إذا كان بترخيص من السلطات المختصة.

التي تقضي بما يلي: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاثة (3) سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاثة (3) سنوات؛ كما قضت المادة 2/573 من القانون المدني السالفة الذكر، أن الإيجار يكون من أعمال الإدارة إذا لم تزد مدته على ثلاثة سنوات، ومن ثم لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاثة سنوات، فإذا عقد إيجارا لمدة أطول تخفض المدة إلى ثلاثة سنوات، لأن الإيجار في هذه الحالة يكون صادر من أصحاب الأغلبية بالأصالة عن أنفسهم وبالنيابة عن أصحاب الأقلية، والنائب لا يجوز أن يؤجر عن الأصل لأكثر من ثلاثة سنوات.¹

كما أن إيجار العقار الشائع لا فائدة منه، إلا إذا كان نافذا في حق جميع الشركاء، فلا محل لاعتباره نافذا فيما يجاوز ثلاثة سنوات في حق الأغلبية التي أبرمته دون الأقلية.

لكن يبدو واضحا أنه لا جدوى من تقرير عدم نفاذ الإيجار الصادر من أصحاب الأغلبية لأكثر من ثلاثة سنوات، طالما أن لهذا الأخير الحق في تجديد الإيجار لثلاثة سنوات أخرى بعد انتهاء الثلاثة السنوات الأولى، غير أنه في الواقع تظهر فائدة ذلك في حالة ما إذا غير أحد الشركاء المؤجرين من أصحاب الأغلبية رأيه وانضم إلى الأقلية، وبانضمامه هذا أصبحت الأقلية أغلبية، مما يجيز لهذه الأغلبية الجديدة أن تنهي الإيجار عن طريق عدم تجديده بعد انتهاء مدة ثلاثة سنوات. ولا يكون للأغلبية الجديدة هذا الحق، ولا تستطيع أن تفعل شيئا في حالة كان الإيجار نافذا لكل مدته.²

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1980/05/31 بما يلي: "النص في المواد 827 و 828 و 559 و 701 من القانون المدني يدل على أن حق تأجير المال الشائع باعتباره من أعمال الإدارة، كما يكون للشركاء مجتمعين، يصح أن يكون لأصحاب الأغلبية، وتعتبر الأغلبية في هذه الحالة نائبة عن أصحاب الأقلية نيابة قانونية في المال الشائع، ولكن لا تنفذ هذه الإجارة في حق الأقلية إلا لمدة ثلاثة سنوات، فإذا عقد الأغلبية إجارة لمدة تجاوز ذلك، كان للأقلية أن تطالب بإنقاص المدة بالنسبة إليها إلى هذا الحد، إذ تعتبر الأغلبية فيما جاوز أعمال الإدارة المصرح لها بأدائها متعدية على حقوق الأقلية، التي يحق لها إزاء ذلك المطالبة بتعويض

1 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 42.

2 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

الضرر الناجم عن هذا التعدي، وذلك بطريق التنفيذ العيني مادام ممكنا بإنهاء عقد الإيجار المنصب على نصيبهم بعد انتهاء مدة السنوات الثلاثة أنفة الذكر، دون أن يغير من ذلك حسن نية المستأجر، باعتقاده أن المؤجر له هو صاحب الحق في تأجير العين، مادام أنه لم يقع من صاحب الأغلبية ما يضيفي على ذلك المؤجر من الظاهر ما يوحي إلى المستأجر بأنه هو صاحب الحق في التأجير، إذ بوقوع ذلك من صاحب الأقلية يكون مخطئا، فلا يحق له الإفادة من خطئه في مواجهة المستأجر.¹

ويعتبر تبليغ المستأجر بإخلاء العين من أحد الشركاء أصحاب الأغلبية كاف لترتيب آثاره، دون الحاجة لأن يكون صادرا من جميع الشركاء المشكلين للأغلبية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم: 97403 المؤرخ في 15/03/1992، الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه في حالة الإيجار المبرم بين عدة شركاء في الملكية وبين المستأجر، فإنه يكفي قانونا تبليغ أحدهم التنبيه بالإخلاء للمستأجر ليعتبر صحيحا."²

المطلب الثالث: حكم أفراد أحد الشركاء بإدارة العقار الشائع

قد يحدث وأن ينفرد أحد الشركاء في العقار الشائع بإدارته إدارة معتادة، فيباشر في إيجاره مثلا دون أن يكون صاحب أغلبية الحصص فيه، فما هو حكم هذا الإيجار؟ الذي قد يكون يشمل حصة شائعة في العقار، أو جزء مفرز منه، أو العقار كله، ما حكمه بالنسبة لشركائه، وبالنسبة للغير الذي استأجره هذا الشريك؟

يوجد في هذه الحالة فرضين، الأول هو الذي يحدث عند عدم اعتراض باقي الشركاء (الفرع الأول)، وأما الثاني هو الذي يكون إذا تم اعتراض بقية الشركاء على أفراد أحدهم بإدارة العقار الشائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم اعتراض الشركاء على أفراد أحدهم بإدارة العقار الشائع

وهذا الفرض نصت عليه المادة 716 من القانون المدني وفي فقرتها الأخيرة بقولها: "وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم"، وفي هذه الحالة، وهي غير نادرة الحصول، يعتبر أن هناك وكالة ضمنية صدرت من باقي الشركاء إلى الشريك الذي تطوع لإدارة

¹ - قرار منقول عن محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 81، و82.

² - قرار غير منشور، مقتبس عن حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري"، الطبعة الحادية عشر، دار هومة، الجزائر، 2011، ص

العقار الشائع، فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه وكيفا عن باقي الشركاء في جميع أعمال الإدارة المعتادة التي باشرها على العقار الشائع¹؛ وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق باقي الشركاء.²

فيكون إيجاره للعقار الشائع مثلا نافذا في حقهم، وكذلك قبضه للأجرة وقيامه بأعمال الصيانة، ودفعه للضرائب، كما له أن يزرع الأرض إذا كان العقار الشائع أرضا معدة للفلاحة، ويكون له أيضا أن ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مزروعات، وأن يستأجر عمال للقيام بالأعمال الفلاحية من حرث وغرس وحصد، وأن يشتري ما يلزمه من سماد وبذور، وأن يستأجر الآلات الفلاحية اللازمة، وأن يحفظ المحصول بعد جمعه في مستودعات ومخازن مخصصة لذلك، ثم يبيعه في السوق بأثمانه الجارية، وغيرها من الأعمال التي تدخل في نطاق الإدارة المعتادة عملا بأحكام المادة 2/573 من القانون المدني السالفة الذكر.

وتكون كل هذه الأعمال نافذة في حق باقي الشركاء³، ويجوز تأسيسا على ذلك للشريك في علاقته بالشريك الآخر الذي تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعتها المشتركة للعقار الشائع أن يثبت في حدود هذه العلاقة، صدور هذا التصرف منه بوصفه من أعمال الإدارة، وذلك بجميع الطرق منها البينة والقرائن، على أساس أن هذه التصرفات تعد بالنسبة له بمثابة واقعة مادية.⁴ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم: 38418 المؤرخ في 1985/12/07⁵، ومما جاء فيه " من المقرر قانونا أن عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة، وأن في أعمال الإدارة المعتادة يكون رأي الأغلبية ملزما لجميع الشركاء، وإذا تولى أحدهم الإدارة دون

1 - ومن هذه الأعمال ما ينطوي في ظل الأعمال المادية، لا التصرفات القانونية، كزراعة الأرض، فلا ترد عليها الوكالة، ويمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة فضوليا، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، هامش ص 826.

2 - مشاري العنجري، "إدارة المال الشائع والتصرف فيه"، جريدة الشاهد اليومية، www.alshahedkw.com/index.php، تم التحميل بتاريخ: 2015/02/05، وأنظر رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص 341، و342.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 825، و826.

4 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 46.

5 - المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1990، ص 120.

اعتراض من الباقيين، عد وكيلا عنهم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بفسخ عقد الإيجار وطرد المدعي عليه من المحل التجاري.

ومن جديد قضوا بأن التتبيه غير مطابق للقانون، وإبطال الدعوى لعدم مشاركة الولي في التتبيه وهو يعارض الدعوى، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون."

وفي قرار آخر لها تحت رقم: 196140، المؤرخ في 28/06/2000¹، جاء فيه "أن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء، يعد وكيلا عنهم.

حيث يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعي عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970، دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن، وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض من الباقيين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة 716 من ق.م."

ولا يشترط عدم اعتراض جميع الشركاء، كما قد يدل عليه ظاهر النص، بل يكفي عدم اعتراض من يمثل بالإضافة إلى حصة الشريك الذي قام بأعمال الإدارة المعتادة أغلبية الحصص²، وفي هذه الحالة، فإنه يفترض أن هذا الشريك لا يملك أغلبية الحصص في العقار الشائع، وإلا كنا أمام الحالة السابقة.

وبما أن المشرع في نص المادة 716 من القانون المدني السالفة الذكر نص على أن رأي الأغلبية يكون ملزما للجميع، فإن أعمال الإدارة المعتادة التي يقوم بها الشريك تكون نافذة في حق جميع الشركاء حتى المعترضين منهم عليها، لأنه يعتبر وكيلا عن الأغلبية ونائبا نيابة قانونية عن الأقلية المعترضة.

فإذا كان عمل الإدارة المعتادة هو الإيجار مثلا، فقد افترض القانون أن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من طرف أحد الشركاء، دليل على وجود وكالة سابقة منهم له بالتأجير، ومن ثم ينفذ الإيجار في حقهم، إلا لمدة لا تتجاوز ثلاثة سنوات، شأن أي إيجار يصدر من الوكيل،

¹ - مجلة الإجتهد القضائي للعرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 186.

² - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 87.

أو النائب، وهذا بخلاف ما إذا قلنا أن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من أحد الشركاء، إنما هو إقرار لاحق لا توكيل سابق، فيتعين في هذه الحالة أن يسري الإيجار في حق الشركاء لأية مدة، ولو تجاوزت ثلاثة سنوات، لأن الشركاء قد أقرروا الإيجار بالمدة المحددة في العقد.¹

ويرى الباحث أن المشرع الجزائري قد اعتبر الشريك الذي ينفرد بعمل من أعمال الإدارة المعتادة دون اعتراض الباقيين وكيلا عنهم، ولم يفرق في هذا الصدد بين تصرفاته القانونية وتصرفاته المادية، مع أن النيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية، ورغم أن المادة 152 من القانون المدني تقضي بما يلي: "تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي". إلا أن الأعمال المادية التي يقوم بها الشريك ليست ضرورية لبقية الشركاء، وبما أنهم وافقوا عليها، فإنه تطبق عليهم قواعد الوكالة لا الفضالة طبقا لنص المادة المذكورة، لأن في الفضالة يجب أن يكون العمل الذي قام به الفضولي عملا ضروريا لرب العمل، فلا يكفي أن يكون العمل مفيدا، أو نافعا له لتبرير تدخل الفضولي.

فإذا لم يكن العمل ضروريا² لا يستطيع من قام به الرجوع بدعوى الفضالة، إلا إذا أقره رب العمل وفي هذه الحالة تطبق أحكام الوكالة³، طبقا لنص المادة 152 من ق.م السالفة الذكر.

ويلتزم الوكيل بأن يوافي باقي الشركاء المعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم لهم حسابا على كل الأعمال التي قام بها⁴، ولا يجوز أن يستعمل العقار الشائع لصالحه.⁵

فإذا باشر الشريك إدارة العقار الشائع دون اعتراض من بقية الشركاء، يكون له حق التقاضي فيما ينشأ عن هذه الإدارة من منازعات، ويصح أن يكون هذا الشريك مدعيا أو مدعى عليه، وتكون شهادة الشاهد الشريك في الملكية قد نزلت منزلة شهادة الخصم الذي باشر الدعوى، من حيث جواز قبولها،

1- عبد الرزاق السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 61.

2- أما إذا كان العمل الذي قام به الفضولي ضروريا تحققت الفضالة، وأمكن للفضولي الرجوع على رب العمل بدعوى الفضالة، وهذا الفرض غير محقق في حالة قيام أحد الشركاء بأعمال مادية دون اعتراض من الباقيين، لأن في المال الشائع يحق لأي شريك القيام بالأعمال الضرورية، وهي الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع و صيانته، رغم اعتراض بقية الشركاء، وبالتالي لم يبق إلا الأعمال النافعة، والتي تطبق عليها قواعد الوكالة، أنظر تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص 35.

3- نفس المرجع ونفس الصفحة.

4 - أنظر نص المادة 577 من ق.م.ج.

5 - أنظر نص المادة 578 من ق.م.ج.

أو ردها، ولا يجوز قبولها كدليل على خصمه، وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا تقبل شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما، لأنه يكون شاهدا لنفسه في النقض.¹

الفرع الثاني: اعتراض الشركاء على إنفراد أحدهم بإدارة العقار الشائع

قد يحدث بعد أن يتولى أحد الشركاء الذي لا يملك أغلبية الأنصبا إدارة العقار الشائع، دون اعتراض من الباقين، أن يعترض على إدارته جميع الشركاء، أو من يمثل منهم أغلبية حصص هذا العقار الشائع، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية.²

ولا تنفذ هذه الأعمال في حق باقي الشركاء، فإذا كان العمل المنفرد به الشريك هو الإيجار مثلا، سواء كان الإيجار منصبا على العقار الشائع كله، أو على جزء منه، يحق لباقي الشركاء طلب طرد المستأجر وإخراجه، وإدارة العقار الشائع على أساس عدم وجود مثل هذا الإيجار³؛ ولكن عدم نفاذ الإيجار في حق باقي الشركاء لا ينفي صدوره من مالك وانعقاده صحيحا فيما بين عاقيه، وفقا لتكليف حق الشريك في الشروع على أنه حق ملكية بالمعنى الدقيق.⁴

وعند اعتراض الشركاء الذين يشكلون الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة على أعمال الإدارة التي قام به الشريك منفردا، فإنه لا يعد وكيلا عنهم في الإدارة، وإذا استمر تعارض ميول الشركاء واختلاف رغباتهم، دون أن تخلص منهم أغلبية بحسب قيمة الأنصبا لإدارة العقار الشائع، لم يبق أمامهم، إلا اللجوء إلى القضاء، فيحق لأي شريك أن يرفع الأمر إلى المحكمة.

المطلب الرابع: دور القاضي في التوفيق بين المصالح المتعارضة للشركاء وإدارة العقار الشائع

تبقى المحكمة ملجأ كل شريك عند تعارض مصالح الشركاء واختلافهم في تحديد الطريقة المثلى للانتفاع بالعقار الشائع، وعجزهم عن تحقيق الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة، طبقا لما قضى به نص المادة 716 من القانون المدني بما يلي: ".... فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع".

1 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 47، و48، و50.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 826.

3 - رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص 342.

4 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 165.

وقبل الخوض في اللجوء إلى القضاء لإدارة العقار الشائع (الفرع الثاني)، سوف نتناول في هذا المطلب دور القضاء في حماية حق الملكية في نطاق الشيوع (الفرع الأول).

الفرع الأول: الحماية القضائية لحق الملكية في نطاق الشيوع

تعتبر حماية الملكية العقارية لها أهمية كبيرة، ومسألة ملحة لما لهذا العقار من قيمة مالية اقتصادية واجتماعية تكون في الكثير من الأحيان محل نزاعات وصراعات وأطماع الكثير، وإذا كان هذا حال الملكية المفترزة، فإن الأمر يكون أكثر أهمية بالنسبة للملكية العقارية الشائعة، لما يميزها من تداخل سلطات الشركاء وتزاحم حقوقهم على نفس الملكية، وهو ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى الاعتداء على حقوق بعضهم البعض، وهذا يجعل احتمال تعرض حق المال في الشيوع للاعتداء يزيد عن ما هو موجود في الملكية المفترزة.

وأمام وجود بعض الثغرات وضعف فاعلية النصوص القانونية المنظمة لبعض أحكام الملكية الشائعة والمتعلقة بتسيير وإدارة المال الشائع، فإن دور القاضي يكون مهما وحاسما في الكثير من القضايا المختلفة لتجنب الاختلال في هذا الجانب، على أساس أن القاضي هو الذي يعيد للنص القانوني روحه عند تطبيق النصوص بشكل منسجم مع فلسفة المشرع، من خلال إعادة قراءة النصوص على ضوء قصد المشرع وواقع الحال.

والقاضي مطالب بأن يطبق القانون بشكل يتناسب مع طبيعة حق المالك المشتاع، الذي كما ذكرنا سالفا باعتباره حق ملكية بالمعنى الدقيق، أي أن القاضي يحمي مصالح الشركاء من خلال تمكينهم من ممارسة سلطاتهم المتعلقة بالاستغلال والانتفاع بالعقار الشائع وحق التصرف فيه، خاصة إذا تعلق بتسيير وإدارة المال الشائع والانتفاع به أثناء فترة الشيوع، حتى لا تؤدي الطبيعة الاستثنائية لهذه الملكية إلى تعطيل وعرقلة الانتفاع به.

وتبرز أهمية عمل القاضي في تحقيق التوازن بين مصالح الشركاء المشتاعين وحمائهم من تعدي بعضهم على بعض، ويعتمد في هذا على حماية مصلحة أغلبية الشركاء على اعتبارها تمثل المصلحة العامة والأهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق متطلبات تفعيل استثمار العقار الشائع والانتفاع به على الوجه الأكمل، من خلال حسن استغلاله واستعماله، ويعتبر المعيار المهم في تحديد المصلحة الأولى بالحماية في حالة تعارض المصالح.¹

¹ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 198.

كما للقاضي أن يعمل على الحد من تعسف الشركاء في استعمال حقوقهم عند أعمال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على أوسع نطاق، خاصة وأن طبيعة الملكية الشائعة وتشابك حقوق الشركاء وتداخلها يجعل وقوع التعسف وارداً بشكل كبير في المعاملات بين الملاك على الشيوع.

ويعتبر القضاء الاستعجالي مسرحاً لعدة نزاعات مرتبطة بأعمال الإدارة، نظراً لطبيعة هذه الأعمال ولما تتميز به الملكية الشائعة، نتطرق إليه في النقاط التالية:

أولاً: دور القاضي الاستعجالي في حل مشاكل إدارة العقار الشائع

يستشف من نص المادتين 299 و300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن المشرع لم يعطي تعريفاً للقضاء الاستعجالي، كما لم يذكر حالات الاستعجال على سبيل الحصر، واكتفى بتحديد اختصاص القضاء المستعجل، تاركاً التقدير للقاضي الاستعجالي في تحديد وتقدير مدى توفر عناصر الاستعجال. ويقوم نظام القضاء المستعجل على تحقيق حماية قضائية سريعة ووقائية للحقوق والمراكز القانونية التي يهددها خطر محقق.¹

ويؤخذ في تحديد مدى اختصاص القضاء الاستعجالي بمعيار دفع الضرر، الذي لا يمكن، أو يصعب جبره لاحقاً، بموجب أمر ذي طبيعة مؤقتة.²

وتتميز الدعوى الاستعجالية عن غيرها من الدعاوى بالنظر إلى الجهة القضائية المختصة للفصل فيها، وكذا إلى المنازعات التي على أساسها ترفع، وأجال الفصل في قضاياها وحجية الأحكام، أو بالأحرى الأوامر التي تصدرها.

ووجب لاختصاص القضاء الاستعجالي توفر عنصر الاستعجال، ولا يؤدي الفصل في الطلب المساس بأصل الحق، إذ لا يجوز لقاضي الاستعجال أن ينظر في دعوى موضوعها منازعة جدية حول حق يدعيه الخصوم، بل تكون من اختصاص قاضي الموضوع.

¹ - دلاندة يوسف، " الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص 141، و142.

² - بريارة عبد الرحمان، " شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، الطبعة الرابعة، منشورات بغدادية، الجزائر، 2013، ص 227.

وهذه الشروط هي نفسها التي يجب أن تتوفر في الدعوى الاستعجالية التي يكون موضوعها متعلق بإدارة العقار الشائع والانتفاع به والتصرف فيه.

فإذا كان نزاع بين الشركاء حول مسألة متعلقة بالانتفاع بالعقار الشائع وإدارته، وتوفرت في هذه الخصومة شروط الدعوى الاستعجالية، حق للشريك الذي له مصلحة اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة.

وخلافا للقواعد العامة هناك حالات لا تتوفر فيها عناصر الاستعجال، غير أنها تستمد طبيعتها ويستمد القضاء الاستعجالي اختصاصه بها استنادا إلى ما يستقر عليه القضاء في المحكمة العليا ومجلس الدولة، وإما إلى وجود نص قانوني صريح يعطي الاختصاص إلى القضاء الاستعجالي.¹ ولا يخضع القاضي عندما يقر مدى توفر عنصر الاستعجال إلى رقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة وقائع لا مسألة قانون.

وحيث أن شروط دعوى الاستعجال تتم بنوع من المرونة بالنسبة لعنصر الاستعجال، وأيضا بالنسبة لشروط عدم المساس بالموضوع، ولأن القاضي له سلطة تقديرية في مدى توفر هذه الشروط من عدمها، فإن هذه الأمور يجب إعمالها في إطار النزاعات المتعلقة بالانتفاع بالعقار الشائع وإدارته وتسييره بشكل يساهم في تفعيل دور قاضي الاستعجال في ما تعلق بهذه القضايا، حتى يتمكن الملاك على الشيوخ الاستفادة من مزايا هذا القضاء على أوسع نطاق.

وتعتبر القضايا المتعلقة بالانتفاع وإدارة المال الشائع من القضايا التي يكون احتمال توفر عنصر الاستعجال فيها قائم بشكل كبير، بحكم الوضع الذي تؤول إليه مصالح الشركاء عند قيام النزاع بحيث يقع ضرر كبير لكل، أو بعض الشركاء، لأن الشيوخ يشكل مجالا خصبا للخصومة بين الشركاء وتتجم عنها عواقب وخيمة إذا استمرت على حالها، حيث تعطل الانتفاع بهذا المال وتضر بمصالح الشركاء.

ولهذا فإن تقدير شروط اختصاص القضاء الاستعجالي يكون وفق ما يميز طبيعة هذه القضايا، فيكون النظر فيها من طرف القاضي بشكل مرن يراعي فيه طبيعة مشاكل الشيوخ، والعمل على الحيلولة دون تعطيل وشل الانتفاع بالمال الشائع، والعمل على رفع الضرر القائم على حقوق الشركاء.

¹ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 232.

ويجب التوسيع من نطاق اختصاص قضاء الاستعجال فيما تعلق بقضايا الانتفاع بالعقار الشائع وإدارته وتسييره، لأن حقوق الشركاء في هذا النوع من القضايا يكون في الغالب مهدد بخطر مستعجل، كما هو الحال في القضايا التي يكون موضوع النزاع فيها متعلق بحفظ العقار الشائع وصيانته وترميمه، وأيضاً حينما يختلف الشركاء في استغلال واستعمال العقار الشائع، وهذا غالباً ما يحدث، فيؤدي إلى شل الانتفاع بالملكية الشائعة وتعطيلها، ما يجعل مصالح الشركاء مهددة بخطر وشيك يدفعهم باللجوء إلى القضاء الاستعجالي لإنصافهم بما يلزم من تدابير تحفظية عن طريق أوامر تحفظ حقوقهم، مثل تعيين حارس قضائي، أو تعيين مدير للعقار الشائع، أو يُأمر بإجراء خبرة لتحديد الوسيلة المثلى لتنظيم الانتفاع بالعقار الشائع؛ وكذلك عندما تبدأ الأغلبية التي تملك سلطة الإدارة المعتادة في تنفيذ القرارات، حيث يجب إتاحة الفرصة للأقلية من أجل التظلم وفق ما ينظمه القضاء الاستعجالي، على أساس أن مرور الوقت يؤدي إلى ضياع استدراك الموقف.¹

وتوسيع الاختصاص في هذا النوع من القضايا المتعلقة بالانتفاع بالعقار الشائع إلى القضاء الاستعجالي يتطلب تكييف الشرط المتعلق بعدم المساس بالموضوع بالشكل الذي يحقق حماية مصالح الشركاء المشتاعين، لأن التشدد في أعمال هذا الشرط يؤدي في جل الحالات إلى تعطيل دور القضاء الاستعجالي في حل نزاعات منتشرة، وينتج عنها آثار ومشاكل كبيرة.²

ثانياً: الأمر بتعيين الحارس القضائي لتدبير العقار الشائع في مرحلة النزاع

طبيعة المال الشائع واختلاف الشركاء، إما في كيفية إدارة المال الشائع، أو أثناء التصرف فيه، أو حول تقدير نصيب كل واحد منهم، أو أي نزاع آخر بين الشركاء يؤدي إلى عدم الانتفاع بالعقار الشائع وإهماله، ما يلحق به ضرراً لو استمر هذا الوضع، جعل المشرع الجزائري يعطي الحق لأي واحد من الشركاء اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لوضع العقار تحت الحراسة القضائية بسبب وجود خطر عاجل يهدد مصالح الشركاء، أو بعضهم في حالة بقاء العقار الشائع على هذه الوضعية.

1: مبررات تعيين الحارس القضائي

رغم أن هناك من يرى أن وضع العقار الشائع تحت الحراسة القضائية يتطلب وجود نزاع جدي وليس مجرد اختلاف الملاك على الشيوع في إدارة المال الشائع، إلا أنه عملياً يكفي عدم حصول

¹ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 208، و 209.

² - نفس المرجع، ص 208.

اتفاق بين الشركاء في استعمال واستغلال وإدارة العقار الشائع إلى ظهور نزاع جدي، لأن عدم الاتفاق يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع وتعرضه لعدة أخطار، وهذا كاف ليعتبره القضاء الاستعجالي سببا للأمر بتعيين حارس قضائي للعقار الشائع، مع تحقق الشروط الأخرى للحراسة القضائية. ويعتبر استئثار أحد، أو بعض الشركاء الانتفاع بالعقار الشائع، وحرمان البقية من حقهم في ذلك، من أهم الأسباب التي تثبت النزاع بين الشركاء، وتبرر وضع العقار الشائع تحت الحراسة القضائية. وهذا ما أكده القضاء المصري في القرار الاستعجالي الصادر عن محكمة الاستئناف بالقاهرة الذي يقضي بما يلي: " لما كان طرفي التداعي ملاك على الشيوع للعقارات المبينة بالصحيفة، وتشير الأوراق إلى احتدام الخلاف بينهم على إدارتها، وكيفية توزيع الربح الناتج منها على أصحاب النصيب، وذلك أمر يتوافر معه الخطر من بقاء الحال كما هو عليه، وبالتالي يتوافر الاستعجال المبرر لاختصاص القضاء المستعجل بفرض الحراسة القضائية على العقارات السالفة الذكر.¹ ويتضح من هذا القرار أن استمرار الخلاف بين الشركاء واحتداده بينهم حول إدارة العقار الشائع، والاستفادة من الغلة الناتجة عن الانتفاع به، يشكل في حد ذاته خطرا يهدد مصالح الشركاء، ما يعني توفر شرط الاستعجال الذي يعطي الاختصاص للقضاء الاستعجالي لتعيين حارس قضائي من أجل حماية مصالح الشركاء.

وتكون المحكمة مطالبة بالاستجابة لطلب أحد الشركاء في هذه الحالة، إذا تبين لها أن النزاع القائم بين الملاك على الشيوع أضر بهم، لأنه أدى إلى عرقلة الانتفاع بالعقار الشائع، والإضرار به عند إهماله وعدم صيانتته وحفظه.

ويحق لأي شريك رفع دعوى استعجالية لاستصدار أمراً بوضع العقار الشائع تحت الحراسة القضائية؛ وله ذلك مهما كان قدر نصيبه في العقار الشائع، فلا يشترط فيه امتلاكه للأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة، لأن طلب أعمال الحراسة القضائية ليس من أعمال الإدارة المعتادة، بل يندرج ضمن أعمال الحفظ والصيانة للعقار الشائع، الذي أقر المشرع فيه بأن يكون من حق كل شريك مهما كان نصيبه، حماية للمصلحة العامة من خلال الحفاظ على الملكية الشائعة، وفق نص المادة 718

¹ - قرار صادر بتاريخ 1982/12/30 في الملف المدني عدد 623 لسنة 1982، نقلا عن كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق،

من القانون المدني، التي تقضي أن لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الملاك على الشيوخ.

ومن أهم الوسائل التي يقرها القضاء ويلجأ إليها الشريك من أجل تسيير أمور العقار الشائع، والانتفاع به لتجنب ما أصاب العقار من سوء تدبير، الذي أضر بحقوق الملاك على الشيوخ، هو طلب وضع العقار الشائع تحت الحراسة القضائية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار الشائع، وفق ما تقضي به المادة 299 من ق.إ.م.إ. بما يلي: " في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية، أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال، أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة.

يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال."

وفي حالة وجود من بين الشركاء ناقص الأهلية لا وصي له، أو غائب، يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بوضع العقار الشائع تحت الحراسة القضائية، وهو ما تقضي به محكمة النقض المصرية في نقض مدني صادر بتاريخ 1955/12/19 " متى كانت واقعة الدعوى هي قيام نزاع بين ورثة بائع وورثة مشتري على إدارة أطيان وأعيان التركة التي وقع البيع على جزء شائع فيها، وذلك بسبب منازعة المشتري في قسمة هذه الأطيان، مما اقتضى تعيين البائع حارساً قضائياً على كافة عقارات التركة، وكانت محكمة الاستئناف قد طبقت أحكام الحراسة في شأن هذا النزاع، فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون لعدم تطبيق المادة 828 مدني يكون في غير محله.¹

حيث يعطى للقاضي في حالة وفاة شخص ووجود ورثة قاصرين للمتوفى اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لصيانة حقوق هؤلاء الورثة، ومن بين هذه الإجراءات قد يأمر بوضع التركة تحت الحراسة القضائية إلى غاية أن يتمكن من تعيين نائب شرعي يتكفل بتدبير مصالحهم.²

وفي حالة تعيين الحارس القضائي من بين الشركاء فعلى المحكمة أن تراعي في هذه الحالة طبيعة النزاع المطروح أمامها وظروف وملابسات القضية، حتى لا تكون هناك آثار سلبية على مصالح

¹ - نقض مدني صادر بتاريخ 1955/12/19، نقلا عن كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 219.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

الشركاء، وهذا يحدث خاصة عندما تكون نزاعات وصدامات ومشاحنات بين الشركاء تؤثر على العلاقة بينهم ويصعب تقبل بعضهم تعين أحد الشركاء حارساً قضائياً، مما يصعب من مهامه. ولهذا من الأحسن أن يتم تعيين حارساً قضائياً أجنبياً في هذه الحالة إذا لم يكن هناك إجماع للشركاء في قبول أحد منهم، أو على الأقل موافقة الأغلبية منهم على ذلك.¹

2: سلطات الحارس القضائي

بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالشيوع، وكذا المتعلقة بالحراسة القضائية، فإن سلطات الحارس القضائي تكون في حدود الإدارة المعتادة ولا تتعداها، فلا تتجاوز إطار أعمال التدابير والتسيير، فتكون سلطات الحارس القضائي هي نفسها سلطات المدير للعقار الشائع، يتولى تدبير شؤون العقار طوال مدة انتدابه.

ولا يكون بذلك للحارس القضائي أن يبرم تصرفات تمس بالحقوق العينية للمال الشائع، كإبرام عقود إيجار طويلة الأمد، أو ترتيب حق انتفاع، أو رهن، أو القيام بعمل مادي يغير في العقار الشائع، كالبناء.

ويلتزم الحارس القضائي بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها، وإدارتها بعناية الرجل العادي.²

ويحق لأي شريك في حالة قصر الحارس القضائي في أداء مهامه وأهم واجباته في تدبير وإدارة العقار الشائع، وأدى إلى عرقلة الانتفاع به، أن يلجأ إلى القضاء بتقديم طلب استعجالي لاستبداله، ومتى تبين للمحكمة من خلال الحجج والقرائن ما يثبت تهاون وتقصير الحارس القضائي في القيام بمهامه، لها أن تصدر أمراً مستعجلاً بعزله، وتعيين شخصاً آخر بدله، ولا ينحصر هذا الحق في الملاك على الشيوع، إذ يكون للغير الذي تتضرر مصالحه من تصرفات الحارس القضائي وسوء إدارته ذلك أيضاً.³

وتنتهي الحراسة بزوال سبب قيامها، بدون صدور حكم من المحكمة، فيكون اتفاق الشركاء جميعهم أو أغليبتهم على إدارة العقار وإنهاء الخلاف بينهم كافٍ لإنهائها، وهذا ما قضت به المحكمة

1 - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 219.

2 - أنظر المادة 607 من ق.م.ج.

3 - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 221.

العليا في قرار لها تحت رقم : 58504، المؤرخ في 19/03/1990، بما يلي: " من المقرر قانونا أنه تجوز الحراسة القضائية على الأموال التي تركها المتوفى، في حالة قيام نزاع بين الورثة، وذلك لحفظ حقوق ذوي الشأن، وتنتهي الحراسة بزوال سبب قيامها، ومن ثمن فإن القضاء بخلاف هذا يعد خرقا للقانون".¹

الفرع الثاني: اللجوء إلى المحكمة لإدارة العقار الشائع إدارة معتادة.

في كثير من الأحيان تتعارض رغبة وميول الشركاء في إدارة العقار الشائع، وتختلف اتجاهاتهم دون أن ينجحوا في تشكيل أغلبية بحسب قيمة الأنصبة لإدارة العقار الشائع إدارة معتادة، وفي هذه الحال لا يوجد مخرج غير الذي نص عليه المشرع في المادة 1/716 من ق.م.ج، السالفة الذكر، وهو اللجوء إلى القضاء، حيث تقضي المادة بما يلي: " فإن لم توجد أغلبية، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع". ويستخلص من نص المادة أنه إذا لم تكن هناك أغلبية، وشلت الإدارة المعتادة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تعين من يدير العقار الشائع من بين الشركاء، أو من غيرهم، ويكون لهذا المدير إيجار العقار الشائع مثلا، ويكون إيجاره نافذا ما دام في حدود السلطة التي رسمتها له المحكمة لإدارة المال الشائع، كما للمحكمة أن تتخذ من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه الضرورة للمحافظة على العقار الشائع.²

وأما إذا تعلق الأمر بتركة، فيجوز لأحد الأطراف طلب تكليف مصفّي لإدارة المخلف وإعداد مشروع قسمة.³

وقد تأمر المحكمة بإيجار الأرض الفلاحية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفا من فوات الفرصة، من خلال انتداب أحد الشركاء للتعاقد معه، أو تأذن لأحد الشركاء بالإفناق على الأرض إلى أن يتم نضج المحصول، كما أن المدير الذي قد تعينه المحكمة تكون له سلطة الحارس

1 - المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991، ص 42.

2 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 689، محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825/874"، المرجع السابق، ص 88، و 89، عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 828، و 829، نبيل إبراهيم سعد، " الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 114.

3 - علي كحلون، " القانون العقاري الخاص"، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010، ص 119، و 120.

القضائي¹ ، ويقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ويكون ملزماً بتقديم الحساب للشركاء، كما تلزم أعماله في حدود الإدارة المعتادة جميع الشركاء؛ ويستمر كل هذا إلى غاية أن يعود الشركاء، أو أغلبيتهم إلى الاتفاق، أو إلى أن تتم إجراءات قسمة العقار الشائع عند طلب أحد الشركاء ذلك، حينها تنتهي مهمة المدير المعين من المحكمة بدون صدور حكم منها، فتنتهي صفته بمجرد الاتفاق، أو القسمة.² غير أن المحكمة لا تملك أن تتعاقد نيابة عن الشركاء، لهذا فهي تأمر فقط بما يتخذ من أعمال الإدارة المعتادة.³

كما يجب على الشريك الذي يرغب في اللجوء إلى القضاء أن يعلن قراره إلى شركائه، وإذا كان لهؤلاء الشركاء قرارات أخرى أعلنوا بها، تعرض القرارات المختلفة أمام القضاء، ليأمر في الأخير بما يراه مناسباً من بينها، مع إعطاء ضمانات للمخالفين لصيانة حقوقهم، كما يأخذ بعين الاعتبار ما اتفقت عليه أغلبية الشركاء وما عرض من ضمانات.⁴

وبذلك ليست هناك أي سلطة للمحكمة في شأن إدارة العقار الشائع إدارة معتادة⁵، إلا حين لا تتوفر الأغلبية وعرقل الانتفاع بالعقار الشائع وإدارته بسبب اختلاف الشركاء وتعارض آرائهم.

1 - طبقاً للمادة 604 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء، إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن، وتنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية."

2 - أنور طلبية ، المرجع السابق، ص 116، و117، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 829، محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 88.

3 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 88.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 105.

5 - أما في القانون الفرنسي، فقد نص على دور القاضي في تسهيل إدارة المال الشائع في الفقرة الأولى من نص المادة 815-4 من القانون المدني الفرنسي، التي جاءت بما يلي:

« Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. »

وبناء على ما جاء في المادة أعطى المشرع الفرنسي للشريك الحق أن يطلب من القاضي منحه صلاحية في أن ينوب عن شريك آخر، حيثما كان هذا الأخير في حالة لا تسمح له بالإفصاح عن إرادته، ويمكن للقاضي مراعاة لمصلحة هذا الشريك الأخير أن يمنح الأول صلاحية الإنابة عنه بوجه عام، أو في حدود معينة لا يجوز أن يتعداها، أنظر

Edmond- Noel Martine « Chronique de Droit Rural », Revue Juridique de L'Ouest, 1989-4, p 619.

ويكون ذلك عمليا برفع أحد الشركاء الأمر إلى المحكمة المختصة بدعوى استعجالية¹ ، وعلى القاضي أن يتخذ جميع التدابير الضرورية المؤقتة التي ترمي إلى الحفاظ على العقار الشائع وحسن الانتفاع به وإدارته، فله أن يعين حارسا قضائيا لضمان كل ذلك.²

المطلب الخامس: سلطات الشريك في القيام بالأعمال اللازمة لحفظ العقار الشائع

طبقا لنص المادة 02/573 من القانون المدني السالفة الذكر، فإن أعمال الحفظ تعد من أعمال الإدارة، حيث تقضي المادة بما يلي: " ويعتبر من العقود الإدارية...وأعمال الحفظ والصيانة... " كان يجب أن تخضع هذه الأعمال للقاعدة السابقة الذكر، التي لا تجيز للشريك القيام بها بدون موافقة بقية الشركاء، طالما أنه لا يمتلك أغلبية الحصص في العقار الشائع، كما قد فصلنا سلفا، إلا أن المشرع استثنى أعمال الحفظ والصيانة من القاعدة المذكورة، وأجاز لكل شريك في الشيوخ مهما كانت الحصة التي يمتلكها في العقار الشائع، القيام بهذه الأعمال دون أن يكون ملزما بالحصول على موافقة باقي الملاك على الشيوخ، بل وحتى رغم اعتراضهم؛ وذلك طبقا لنص المادة 718 من القانون المدني والتي تقضي بما يلي: " لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء. "

ولذا وجب أن نستعرض ونبين الأعمال التي تتطوي تحت مفهوم أعمال الحفظ (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى حق الشريك منفردا في مباشرة هذه الأعمال (الفرع الثاني)، وحقه في مباشرة إجراءات التقاضي لحفظ العقار الشائع (الفرع الثالث)، وتحمل نفقات إدارته وحفظه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التعريف بالأعمال اللازمة لحفظ العقار الشائع

أعمال الحفظ للعقار الشائع تتسع لتشمل كل من الأعمال المادية، مثل القيام بالترميمات الضرورية للعقار، وجني الثمار قبل التلف، والتصرفات، أو الإجراءات القانونية مثل الوفاء بالضرائب المفروضة على العين حتى لا يتعرض العقار للحجز، والوفاء بدين الدائن المرتهن للعين الشائعة توقيا للتنفيذ عليها جبرا، وقطع التقادم المكسب لملكية العقار الشائع ضد من يحوزه بنية اكتساب

¹ - في حين أن محكمة التمييز العراقية ذهبت إلى أن طلب تعيين مدير إدارة المال الشائع هو من اختصاص القضاء العادي، وليس من اختصاص القضاء المستعجل، أنظر رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص 340، و341.

² - حسن حسين جواد الحميري " مدير المال الشائع"، www.omanlegal.net، تم التحميل بتاريخ: 2015/05/07.

ملكيتها؛ كما تتسع أعمال الحفظ أيضا لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض¹، إذا كان العقار الشائع بيد مغتصب، أو في يد أي حائز آخر.

أما في التشريع الفرنسي وبسبب غياب نص يعرف هذا النوع من الأعمال لتميزها عن باقي التصرفات الأخرى لاسيما أعمال الإدارة، بادرت محكمة النقض الفرنسية بواسطة قرارها الصادر بتاريخ 1983/01/25 إلى تعريف التدابير الضرورية لحفظ الأموال الشائعة بأنها: "التصرفات المادية، أو القانونية التي تهدف إلى إنقاذ المال الشائع من ضرر محقق، دون أن يكون من شأن ذلك المساس بحقوق باقي الشركاء."²

وقد بينت محكمة النقض المصرية نوع أعمال الحفظ التي يمكن للشريك مباشرتها في قولها: "... وأعمال الحفظ التي يصح أن يقوم بها كل شريك في الشيوخ منفردا دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، تكون أعمالا مادية، وقد تكون تصرفات قانونية، أو اتخاذ إجراءات، أو رفع دعوى."³ وفي حالة إذا كان أحد الشركاء مستأثرا بالانتفاع بالعقار الشائع، ولحق بهذا العقار تلفا بسبب خطأ هذا الشريك، فإن مسؤوليته عن تعويض ما لحق الشركاء الآخرين من ضرر تكون على أساس قواعد المسؤولية العقدية، إذا كان انتفاعه بالعقار الشائع بموجب عقد مع سائر الشركاء، أو على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا انتفى قيام العقد.

وإذا أصحح الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف، فإن ذلك لا يعتبر عملا من أعمال حفظ العقار الشائع، بل هو رفع الضرر عينا عن المتضرر، وبذلك لا يكون له حق الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة.⁴

ويثبت الحق في القيام بأعمال الحفظ لكل شريك في الشيوخ انتقلت إليه ملكية حصة شائعة في العقار الشائع، فإن قام بها شريك لم يشهر عقده، أو من انتقلت إليه حصة مفرزة، فلا يعتبر

¹ - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 116، و 117.

² - François Xavier Testu, Op.cit, p 81, Christian LARROUMET, Op.cit, p 153.

³ - نقض مدني بتاريخ 1989/11/29 في الطعن رقم 1045، منقولاً عن محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، هامش ص 86.

⁴ - نفس المرجع، ص 86، و 87، أنور طلبية، المرجع السابق، ص 130، و 131.

أي منهما شريك في الشيوغ، وإنما يعتبر من غير الشركاء، وبالتالي لا يكون رجوعهما على باقي الشركاء بنفقات الإصلاح والحفظ، بل يكون بدعوى الفضالة، أو دعوى الإثراء بلا سبب.¹

كما أن أعمال التحسين، لا تعد من قبيل أعمال الحفظ، بل هي من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة، وبذلك لا يجوز للشريك، ولو كان مالكا لأكثرية الحصص أن يقوم بما اعتزم إجراءه من تحسينات قبل إبلاغ شركائه، ويترتب على عدم اعتبار أعمال التحسين من أعمال الحفظ، أن الشريك لا يتقاضى قيمة ما أنفق، وإنما يعامل على أساس الشريك الباني في الأرض المشاعة.²

الفرع الثاني: حق الشريك في القيام بأعمال حفظ العقار الشائع دون موافقة باقي الشركاء

أولاً: أعمال الحفظ حق لكل شريك استثناء عن قاعدة الإجماع

أعطت المادة 718 من القانون المدني السالفة الذكر، كل شريك في الشيوغ الحق في اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ المال الشائع، ولو كان دون موافقة سائر الشركاء، ويعزى ذلك إلى أن حق الشريك على الشيء الشائع يخول له القيام بكافة الأعمال، إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، وحيث أن أعمال الحفظ والصيانة ليس فيه مساس بحقوقهم، فيجوز له مباشرتها ولو عارضوا، ولذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يرد على العقار الشائع كله، لا يختص في جزء منه، فيستفيد جميع الشركاء، لأن منفعة هذه الأعمال تعود على العقار الشائع كله؛³ وكل شريك على الشيوغ ملزم بالمساهمة كل بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها الشريك لحفظ العقار الشائع.⁴

ولقد أخرج المشرع هذه الأعمال عن الخضوع للمبدأ العام في إدارة المال الشائع والقاضي بوجوب إجماع الشركاء للقيام بأعمال الإدارة، على اعتبار أنها أعمال تتطلب الاستعجال في القيام بها، هذا

1 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 130.

2 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 166، و 167.

3 - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 117، محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 110، و 111.

4-Sophie Druffin – Bricca, « L'essentiel du Droit des biens »,Op.cit, p 68.

ما جعل المشرع يسمح لكل شريك أن يستقل بالقيام بها دون رضا الشركاء الآخرين، من أجل تسهيل الحفاظ على الملكية الشائعة من خطر وشيك، وقد تكون أعمال الحفظ والصيانة مادية، أو قانونية.¹ ومهما كان قدر حصة الشريك، ولو كان تافها، يحق له مباشرة أعمال الحفظ والصيانة، مما يجعلها استثناء من المبدأ، أو الأصل، لخصوصية هذه الأعمال رعاية للمصلحة العامة، وكذا للمصلحة المشتركة للشركاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1969/05/21 بما يلي: " إذا تعلق الأمر بتعدي الغير بدون سبب، يجوز لكل شخص في الشروع حماية الملكية المشاعة لوحده، والحصول على طرد كل أجنبي من الملكية المشاعة."²

إلا أن الاختلاف الفقهي ساد الأساس القانوني لحق الشريك في القيام بأعمال الحفظ، فهناك من يرى بأنه يعتبر فضولياً³، تطبيقاً لنص المادة 151 من القانون المدني، التي تقر أن الفضالة تتحقق عندما يكون الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين العملين من ارتباط لا يستطيع القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر، ولكن هذا الرأي لا يتوافق مع الحالة التي يعترض فيها سائر الشركاء على عمل الشريك.⁴

وهناك من يرى أن الأساس القانوني لحق الشريك يستمد من الوكالة الضمنية⁵، بحيث يكون الشريك أصيلاً عن نفسه وكيلاً عن باقي الشركاء، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله، فيرجع عليهم

¹ - Sophie Druffin –Bricca, Laurence – Caroline Henry, « **Droit Civil : les biens** », Op.cit, p159. Béatrice kan – Balivet, « **La Gestion Des Biens Indivis Dans Le Regime Legal** », La Faculté de Droit Virtuelle, Université Lyon3, 2003/2004, fdv.univ-lyon3.fr.2014/08/14: تاريخ التحميل

² - قرار مؤرخ في 1969/05/21 (بدون ذكر رقم القرار)، المجلة القضائية، 1969 (دون ذكر العدد)، ص 304، مقتبس عن حمدي باشا عمر، " القضاء العقاري"، المرجع السابق، ص 113.

³ - أنظر رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص 346.

⁴ - محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 87، حامد مصطفى، " الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة لجنة البيان العربي، جامعة الدول العربية، 1964، ص 116.

⁵ - أضاف المشرع السوداني لنص المادة 2/534 من قانون المعاملات المدنية السوداني إضافة إلى ما ذكره المشرع الجزائري في نص المادة 718 من ق.م.ج، "ويعد وكيلاً عنهم في ذلك"، وقد أحسن المشرع السوداني بهذه الإضافة لما فيها من حصانة للشريك الذي يقوم بأعمال حفظ المال الشائع، دون حاجة لموافقتهم، لأنه يعد وكيلاً عنهم في ذلك، وهو ما لم نجده في نص الجزائري، حيث كان سيجنبنا الرجوع إلى تفسيرات قد تكون ليست في محلها، أنظر أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 165، و166.

بدعوى الوكالة¹؛ ولكن هذه الوكالة لا يمكن أن تتوافر كذلك في حالة اعتراض بقية الشركاء صراحة على عمل هذا الشريك.

وذهب بعض شراح القانون إلى القول أن هذه الأعمال تأخذ حكم الوكالة في حالة تمت برضا سائر الشركاء، ويطبق عليها حكم الفضالة عند تدخل الشريك دون إذن، أما إذا رفض بقية الشركاء هذه الأعمال، فيكون الأساس هو الإثراء بلا سبب.²

" يذهب غالبية الفقه إلى أن الأساس القانوني لحق الشريك في القيام بأعمال الحفظ، هو اعتبار الشريك نائباً قانونياً عن باقي الشركاء، غير أنه قد أعتراض على ذلك بالقول بأن النيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية، أما هنا فمن الممكن أن يتم الحفظ بعمل مادي، وقد دُفع هذا الاعتراض بأنه ليس من المسلم أن النيابة القانونية تنحصر في التصرفات القانونية وحدها، إذ المعلوم أن للولي وللوصي القيام بأعمال الحفظ لأموال القصر، رغم أن هذه الأعمال قد تكون تصرفات قانونية، أو أعمالاً مادية."³

ويذهب الباحث إلى تأييد الرأي الراجح وهو اعتبار الشريك في قيامه بأعمال الحفظ والصيانة نائباً عن سائر الشركاء نيابة قانونية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم: 116228، المؤرخ في 1994/11/22، بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يحق لكل شريك في الشروع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع اشتروا على الطاعن الذي يملك في الشروع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضده، عرضوا قرارهم للنقض."⁴

1 - بخوش زوبير، المرجع السابق، ص 70.

2 - علي كحلون، المرجع السابق، ص 118.

3 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 111.

4 - المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1994، ص 142.

ثانياً: ممارسة أعمال حفظ العقار الشائع من طرف المنتفع به

بما أن أعمال الحفظ والصيانة، كما ذكرنا استثنائها المشرع من مبدأ الإجماع، نظراً للطبيعة الخاصة لتلك التدابير، والتي تستوجب السرعة في التصرف، فهل طبيعة هذه الأعمال تعطي الحق من له حق الانتفاع بكل العقار الشائع، أو بجزء منه في مباشرة هذه الأعمال حماية للملكية الشائعة؟ لم يذكر المشرع الجزائري هذه الحالة ولم ينص عليها صراحة بخلاف ما جاء في القانون الفرنسي، حيث يرى الفقه الفرنسي أن المنتفع لا يعتبر وفقاً للمفهوم التقليدي شريكاً في الشيوع، فلا يكون صاحب حق في اتخاذ ما يلزم من تدابير حفظ وصيانة المال الشائع، الذي لا يملك فيه شيئاً، وهو اعتقاد لازم الفقهاء الفرنسيين لمدة طويلة، وقبل صدور قانون 1976؛ إلا أن نص الفقرة الرابعة من المادة 815-02، جعل البعض يرى أنه أدخل المنتفع في اعتباره، حيث تنص على ما يلي: " عندما تكون الأموال الشائعة مثقلة بحق الانتفاع، فإن هذه السلطات (أي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الشيء، واستعمال النقود التي تحت يد الشريك للإنفاق منها على تلك التدابير، وإلزام شركائه في الشيوع - في حالة عدم وجود النقود الكافية - بالمساهمة معه في النفقات الواجبة للقيام بها)، تكون حجة على المنتفع في الإطار الذي يلتزم فيه بالترميمات".

وبناء على ذلك، وحسب هذا الرأي، فإنه يجب إعطاء المنتفع الحق في مباشرة تلك التدابير، بالنسبة للمال الشائع الذي له عليه حق الانتفاع، وليس كل الأموال الشائعة، رغم أنه ليس مالك في الشيوع، وهذا لما تتطلبه مصلحة العقار الشائع، ومن ثم مصلحة المنتفع به، وجميع الشركاء فيه.¹ وذهب الفقه المصري إلى نفس الرأي بالقول أن المنتفع يستطيع أن يباشر أعمال الحفظ والصيانة، بحيث يعتبر نائباً عن مالك الرقبة، ويكون له بناء على ذلك قطع التقادم الساري ضد المالك.²

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الأستاذ محمود عبد الرحمان محمد عند القول أن هذا الرأي يتفق مع المنطق، فما دام المنتفع ملتزماً بما يقوم به غيره من تدابير لحفظ وصيانة العقار الشائع الذي ينتفع به، يكون من حقه هو أيضاً القيام بهذه التدابير من أجل تحقيق ذات الهدف، وهو الحفاظ على العقار الشائع وصيانته، لأن المنطق يدعو إلى المساواة بين الأمرين، كما أن خصوصية أعمال الحفظ والصيانة، والتي تتميز بالاستعجال تبرر أيضاً السماح للمنتفع بالمبادرة باتخاذها، خاصة وأنه

1 - محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 102، و 103.

2 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

هو أيضا سيكون من المنتفعين بها، ولو جاء ذلك على حساب القاعدة العامة التي تقضي بعدم ثبوت صفة الشريك المشتاع للمنتفع في الفرض الذي نحن بصددده.

ومع أنه لا توجد مادة في القانون الجزائري ضمن أحكام الملكية الشائعة، تقابل ما جاء به القانون المدني الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة 815-2 السالفة الذكر، إلا أنه إذا رجعنا إلى النصوص والأحكام المنظمة لحق الانتفاع، نجد أن نص المادة 848 من القانون المدني، تقضي بما يلي: "يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه بكل ما يعرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، فإنها تكون على المالك، ويلتزم بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، وإذا كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع."

يرى الباحث عند استقصاء نص المادة أن المشرع ألزم المنتفع بالتكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة، وعليه فمن باب أولى أن يباشر المنتفع هو أيضا هذه الأعمال، والتدابير لحفظ وصيانة العين المنتفع بها، فإذا كانت هذه العين ملكية شائعة، وجب على المنتفع أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ وصيانة العقار الشائع، مادام المشرع ألزم المنتفع بهذه النفقات، فإن له أن يتخذها ويباشرها مثل سائر الشركاء في المال الشائع.

وبما أن نص المادة في فقرتها الثانية تجيز للمنتفع القيام بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة على نفقته في حالة لم يحم بها المالك، على أن يرجع على هذا الأخير عند انتهاء حق الانتفاع، فإنه يستشف منها أن للمنتفع ممارسة أعمال الحفظ والصيانة، دون إذن المالك حماية للعين المنتفع بها.

وبذلك فإن المنتفع بالعقار الشائع له أن يقوم بأعمال الحفظ والصيانة، والمشاركة في نفقات وتكاليف العقار الشائع، رغم انتفاء صفة الشريك فيه، حماية للملكية الشائعة ومصالح الشركاء، خاصة وأن هذه التدابير تتميز بالاستعجال، فعادة ما يكون المنتفع هو الأقرب إلى حالة ووضعية العقار الشائع من الملاك على الشروع، كما قد لا تحضر الأموال اللازمة للقيام بتدابير الحفظ والصيانة لدى هؤلاء الشركاء، ما تؤدي الضرورة إلى تدخل هذا المنتفع للقيام بهذه التكاليف والنفقات، والتي تصب في الأخير في مصلحته هو أيضا، حتى يبقى ينتفع بهذا العقار الشائع في أحسن أحواله، وله الرجوع على جميع الشركاء بما أنفقه.

الفرع الثالث: حق الشريك في مباشرة إجراءات التقاضي لحفظ العقار الشائع

قبل أن نستعرض أمثلة عن دعاوى الحفظ والصيانة ننظر في صفة التقاضي لدى الشريك.

أولاً : صفة التقاضي لدى الشريك المشتاع

هناك غموض في طبيعة أعمال التقاضي، هل هي من أعمال الحفظ، أم من أعمال الإدارة؟

1: طبيعة أعمال التقاضي التي تمنح للشريك حق ممارستها

تأخذ قضايا النزاع المنشورة على مستوى القضاء والمتعلقة بالشيوع، سواء كانت تخص إدارة العقار الشائع وكيفية الانتفاع به، أو التي يكون موضوعها اعتداء وقع من طرف أحد، أو بعض الشركاء، أو من الغير، على العقار الشائع حيزاً مهماً من مجموع القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية المختصة، والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يحق للشريك منفرداً أن يباشر إجراءات التقاضي برفع الدعوى والقيام بإجراءات الخصومة للدفاع عن مصالحه ومصالح باقي الشركاء؟ أم لا بد من موافقة جميع الشركاء، أم أنه يشترط موافقة الأغلبية المطلوبة في أعمال الإدارة المعتادة؟، أم الأغلبية المطلوبة في الإدارة غير معتادة؟

أ- أعمال التقاضي من أعمال الحفظ

لقد ذكرنا سابقاً أن أعمال الحفظ هي الأعمال التي تهدف إلى صيانة المال الشائع والمحافظة عليه من أي خطر قد يهدد هذه الملكية، سواء كان مادي أو قانوني، فإذا كانت أعمال الحفظ تهدف إلى ذلك، فإن التقاضي يبقى من صميم هذه الأعمال، وعليه يكون من حق أي شريك منفرداً مهما كانت قيمة نصيبه أن يباشر أعمال إجراءات التقاضي، مع بقاء حقه في الرجوع على باقي الشركاء بما أنفقه من مصاريف التقاضي.

إن إجراءات التقاضي تهدف إلى صيانة حق الشريك وحقوق باقي الشركاء، والمحافظة على العقار الشائع في ذاته، فلا يعتبر حق فقط بل هو واجب تتطلبه حماية المصالح الخاصة للشركاء والمصلحة العامة التي قد تتضرر من الإهمال، أو الاعتداء على العقار الشائع، ومن أي خطر يهدده، سواء كان من طرف الشركاء، أو من الغير، من أجل الحفاظ على منفعة الملكية الشائعة، وهذا ما يتطلب أن لا يشترط في رفع الدعوى، أو غيرها من إجراءات التقاضي إجماع الشركاء، أو موافقة الأغلبية المطلوبة في الإدارة.¹

¹ - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 128، و 129.

فيكون بذلك للشريك منفرداً أن يباشر الإجراءات القضائية اللازمة، مع طلبه التعويض إذا استلزم ذلك في حالة الاعتداء على العقار الشائع، سواء بالبناء عليه، أو بسرقة منقولات موجودة به مثلاً، كما يكون له ذلك عندما يصدر الاعتداء من أحد، أو بعض الشركاء، كأن ينفرد أحدهم بتأجير العقار الشائع، أو يقوم بعضهم باحتكار غلة الملكية الشائعة.

ب- أعمال التقاضي من أعمال الإدارة

تعتبر أعمال التقاضي التي تهدف إلى حفظ العقار الشائع وصيانتته هي الغالب في القضايا المنشورة أمام الجهات القضائية، في حين أن أعمال التقاضي التي تهدف إلى إدارة وتسيير شؤون العقار الشائع لا تكون، إلا في بعض الحالات التي تنشأ فيها خلافات حول تدبير وتسيير العقار وطرق الانتفاع به.

وبذلك فإن إجراءات التقاضي تكون من أعمال الإدارة المعتادة حين لا يكون الهدف من هذه الإجراءات هو حماية العقار الشائع وحفظه من خطر يهدد مصالح الملاك على الشروع، بل يكون قصد الشريك المتقاضي هو إدارة وتسيير العقار الشائع.

وفي الحالة التي تعتبر فيها إجراءات التقاضي من أعمال الإدارة، فإنه لا يجوز للشريك مباشرتها منفرداً، بل لابد من موافقة الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة.

كما لا يمكن اعتبار إجراءات التقاضي مهما كان نوعها من أعمال التصرف، لأنها لا تتعلق بتعديل، أو إنشاء، أو إنهاء حق عيني، كما هو الحال في أعمال التصرف، بل إن كل ما تهدف إليه هو حماية مصلحة معينة.¹

ويكون للشريك في الشروع عن طريق الميراث صفة التقاضي بشأن المال الموروث، دون حاجة إلى تقديم شهادة توثيقية² تثبت انتقال الملكية إليه، لأن المشرع لم يخضع انتقال الملكية عن طريق

1 - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 130.

2 - تعرف الشهادة التوثيقية بأنها: " الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق، تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة، أو الموصى لهم ". وتعد الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل أحد الورثة، ويحرر بشأنه عقد يتضمن البيانات التالية:

- الإشارة إلى الوارث الذي تقدم إلى الموثق للمطالبة بإعداد الشهادة التوثيقية.

- ذكر الحالة المدنية للمتوفى والتصديق عليها.

الوفاة للشهر، وهذا ما يفهم من نص المادة 2/15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والتي تنص على ما يلي: " غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم: 477874 مؤرخ في 2008/12/17، الذي جاء فيه ما يلي: " لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة، مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة."¹

وفي قرار آخر للمحكمة العليا رقم: 391380 بتاريخ 2007/01/17، يقضي بـ" تنقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاء، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى العمومية."² كما أكدت هذا المبدأ في قرار آخر لها رقم: 572702، صادر بتاريخ 2011/02/17، بالقول أن " الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء."³

وفي معرض تسببها لقرارها لاحظت المحكمة العليا ردا على الوجه المأخوذ من مخالفة المادة 491 من المرسوم 63-76، المتعلقة بتأسيس السجل العقاري⁵، أنه خلافا لمزاعم الطاعنين، فإن الشهادة التوثيقية المنصوص عليها بالمادة 91 من المرسوم المذكور أعلاه، تخص نقل التركة بين الورثة، ولا تعتبر شرطا لرفع الدعوى، وإثبات الصفة لانتقال التركة بين المورث الأصلي وورثته تتم بمجرد الوفاة طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إ.م.أ.ع.ت.س.ع، وبالتالي فإن الدفع بالمادة 91 المذكورة أعلاه في غير محله، ومنه فإن الدفع غير مؤسس ويستوجب الرفض.⁶

- ذكر العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها، بالاستناد إلى العقود الرسمية التي تقدم للموثق من قبل الطالب، أنظر زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، " المنازعات العقارية"، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 209، و 210.

1 - مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2008، ص 265.

2 - المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة العقارية، الجزء الثالث، لسنة 2007، ص 191.

3 - مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2011، ص 92.

4 - المادة 1/91 تقضي بما يلي: " كل انتقال، أو إنشاء، أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة، أو بفعل الوفاة، ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة."

5 - المرسوم رقم: 63-76، المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، العدد 30، المؤرخة في 13/04/1976.

6 - دلاندة يوسف، "الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015، ص 140.

فلا يقتصر إثبات الصفة على الشهادة التوثيقية لرفع الدعوى، ويمكن إثباتها بتقديم فريضة، لأن هذه الأخيرة تشكل وسيلة إثبات على اعتبارها محررا رسميا ذا حجية ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير.¹

2: مدى إلزامية إدخال كل الشركاء المشتاعين في الدعوى

يعتبر أي إجراء قضائي متعلق بحق في المال الشائع يمس بحقوق كل الملاك على الشيوع، وإن كان موجها ضد بعضهم البعض، على أساس أن كل شريك مشتاع هو مالك للعقار الشائع مع بقية الشركاء في حدود نصيبه، ولتمكينه من الدفاع عن حقوقه في الدعوى، فإنه لا يكفي عند رفع الدعوى ضد الملاك المشتاعين أن تكون ضد أحدهم، أو بعضهم، بل يشترط أن يدخل جميع الشركاء، وإلا أعتبر كأنها وجهت إلى من ليس له الصفة، وتقع تحت طائلة عدم قبول الدعوى، إلا في الحالة التي يكون من رفعت ضده الدعوى له وكالة²، فيكون من وجهت إليه الدعوى أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي شركائه.

وفي حالة تم مباشرة إجراءات التقاضي ضد أحد الشركاء، فإنه لا ينتج أي أثر في مواجهة الباقيين، وإذا تعلق الأمر مثلا بتوجيه إنذار بإخلاء مسكن ضد ورثة المستأجر، فإن هذا الإنذار يجب أن يوجه إلى كل الورثة، مهما تعددوا، وتبليغ الإنذار لأحدهم لا يسري أثره في مواجهة باقي الشركاء.³

فلما كان الإجراء القضائي ضد شريك مشتاع يؤدي إلى المساس بحقوق جميع الشركاء، وطالما أن موضوع الإجراء غير قابل للتجزئة، فإنه يجب أن يشمل هذا الإجراء جميع الملاك على الشيوع. ويسري استثناءً على قاعدة وجوب إدخال الشركاء المشتاعين في الدعوى، أو توجيه أي إجراء قضائي آخر ضدهم جميعا، بأن يكون ممارسة ذلك ضد بعض الشركاء دون البعض الآخر، عندما يكون النزاع مقصورا على بعض الشركاء ويكون موضوعه قابلا للتجزئة، وإذا كان الفصل في النزاع لا يمس بمصالح الشركاء الآخرين.⁴

1 - تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص 41.

2 - يشترط في إجراءات التقاضي وكالة خاصة، طبقا لنص المادة 574 من ق.م.ج.

3 - كرازي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 133، و134.

4 - نفس المرجع، ص 134، و136.

فلا يكون الشريك مجبرا على إدخال كل الشركاء في حالة ما إذا رفع الدعوى ضد شريك استأثر بثمار الأرض الفلاحية الشائعة لوحده، وحرم بقية الشركاء حقهم، ويحق في هذه الحالة لأي شريك منهم مقاضاة هذا الشريك لوحده، لمنعه من الاستئثار بمنفعة العقار الشائع، ولا يكون مجبرا على إدخال شركاء ليس لهم علاقة بالقضية.

ثانيا: أمثلة عن بعض الدعاوى المرفوعة لحفظ العقار الشائع

نذكر فيما يلي بعض الأمثلة عن الدعاوى القضائية الرامية إلى حفظ وصيانة العقار الشائع، والتي عرضت على القضاء.

1: دعاوى مراجعة بدل الإيجار

تعتبر من الدعاوى التي تساهم في حفظ العقار الشائع، وقد قضت المحكمة العليا في إحداها بقرارها رقم: 153436، المؤرخ في 1997/06/24، الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن لكل شريك على الشروع أن يتخذ أي إجراء يراه ضروري لحفظ الشيء المشاع، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما رفضوا طلب الشريك على الشروع بمراجعة بدل الإيجار للحفاظ على المال الشائع، يكونون قد أسأؤوا تطبيق القانون.¹

2: دعاوى الطرد

في حالة التعدي على الملكية العقارية الشائعة دون سبب، يثبت حق كل شريك مالك على الشروع في رفع دعاوى الطرد ضد كل أجنبي تعدى على العقار الشائع، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم: 425758 المؤرخ في 2008/02/13، جاء فيه ما يلي: " لا تشترط موافقة جميع الشركاء في الشروع لرفع دعوى الطرد من الملكية الشائعة، عندما تكون من أعمال حفظ الشيء.²" كما قضت المحكمة العليا في قرارها رقم: 150167، المؤرخ في 1997/11/19، بما يلي: "من المقرر قانونا لكل شريك في الشروع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء.

1 - المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1997، ص 128.

2 - مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2008، ص 235.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك، فإنهم قد أصابوا في قرارهم، خاصة وأن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء، أو أغلبهم، ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن.¹

3: دعاوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم: 75576، المؤرخ في 1992/01/21، ومما جاء فيه: "ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما نسبوا للطاعنة أنها طالبت بمفردها بحقوق مشاعة، وبعدم قبولهم دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي سجلتها بالرغم من كون أن القانون سمح لها كمالكة على الشيوخ أن تتولى كل إجراء لحماية الحق الكامل على الشيوخ، فإن قضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون."²

الفرع الرابع: تحمل نفقات إدارة العقار الشائع وحفظه

تنص المادة 719 من القانون المدني على ما يلي: " يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ، أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

يتضح من نص المادة أن نفقات إدارة العقار الشائع، وتكاليف حفظه وصيانته، وجميع الأعباء الناتجة عن الشيوخ، أو المقررة على العقار، يتحملها جميع الشركاء كل حسب نصيبه³، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

فإذا قام أحد الملاك على الشيوخ بهذه النفقات، أو التكاليف، كما في حالة إذا رفع أحد الشركاء دعوى طرد أجنبي عن الملكية الشائعة، فلا شك أنه يتكبد المصاريف القضائية المحددة في نص

¹ - المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1997، ص 59.

² - المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1994، ص 16.

³ - وهذا ما أقره القانون الفرنسي، طبقا لنص المادة 815-2/2 و3، حيث يجوز للشريك أن يتخذ التدابير اللازمة لحفظ المال الشائع، وعند عدم وجود نفود خاصة لحساب الشيوخ جاز له إلزام شركائه في الشيوخ بتحمل النفقات الضرورية، فإن رفضوا تم إلزامهم بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية طبقا لنص المادة 6/815، وعند عدم انصياعهم للأمر، فلا مناص من اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهتهم؛ وبالتالي فإن قاعدة الإجماع عند إدارة العقار الشائع في القانون الفرنسي لا تطبق على أعمال الحفظ والصيانة، أنظر:

Gabriel Marty-Pierre Raynaud, Op.cit .,p 90, 94.

المادة 418 من ق.إ.م.إ.ج، التي تقضي أنه "تشمل المصاريف القضائية الرسوم المستحقة للدولة ومصاريف سير الدعوى ولا سيما مصاريف إجراءات التبليغ الرسمي والترجمة والخبرة وإجراءات التحقيق ومصاريف التنفيذ التي يحددها التشريع.

وتشمل المصاريف أيضا أتعاب المحامي وفقا لما يحدده المشرع."

ويكون للشريك الذي قام بأعمال الحفظ حق الرجوع على سائر الشركاء الآخرين كل بقدر نصيبه في العقار الشائع ، سواء أنفقت هذه التكاليف باتفاق جميع الشركاء، أو باتفاق الأغلبية فيما أعطاه القانون من سلطات، أو أنفقت هذه التكاليف من طرف شريك بمفرده عند مباشرته لأعمال الحفظ.¹ وفي جميع الأحوال تنفق هذه النفقات لحساب الشركاء جميعا، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، كنص الفقرة الأولى من المادة 705 من ق.م.ج، فيما تعلق بالحائط المشترك وهو شائع بين الجارين، حيث يتحمل الشريك الذي يقوم بتعليق الحائط المشترك نفقات التعليق، وصيانة الجزء العلوي، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليق دون أن يفقد شيئا من متانته. كما أنه قد يوجد اتفاق مخالف، كإعفاء الشريك المدير منها مقابل أعمال الإدارة.²

وما يتحمله الشريك من هذه النفقات، يكون عبارة عن نسبة مما أنفقه من قام بأعمال الحفظ، سواء كان هذا الشريك على علم بهذه الأعمال أو يجهلها، وسواء قبل بها، أو عارضها، وبغض النظر عن مقدار الفائدة التي سيجنيها من هذا الإنفاق، وقد أضافت المادة 719 السالفة الذكر إلى نفقات أعمال الإدارة والحفظ، سائر التكاليف الناتجة عن الشروع، كنفقة إصلاح الحائط المشترك، أو تجديده³، أو المقرر على العقار، كفوائد الديون وأقساطها.⁴

ويستطيع كل شريك أن يتخلص من هذه النفقات المتعلقة بإدارة العقار الشائع وحفظه إذا تخلى عن حصته في هذا العقار⁵ ؛ وذلك طبقا للقواعد العامة التي تجيز لصاحب الحق العيني أن يتخلص من

1 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 113.

2 - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 132.

3 - أنظر المادة 704 من ق.م.ج.

4 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 113، و 114.

5 - كانت المادة 831 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أن " لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته من المال الشائع"، وقد تم حذف هذا النص من قبل مجلس الشيوخ، مبررة لجنة القانون المدني في تقريرها لهذا الحذف بأن "فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلي، فكرة عامة التطبيق، ولكن إجراء حكمه من

الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق، عن طريق التخلي عن هذا الحق، وهذا ما يعرف بالالتزامات العينية.¹

وبالتالي لكل شريك أن يتخلى عن حصته مقابل التخلص من الرجوع عليه، بحيث تقسم هذه الحصة والنفقات التي تخلص منها الشريك على سائر الشركاء، كل بقدر حصته، على أن يتم شهر سند التخلي في العقار حتى تنتقل ملكية الحصة²، فتؤول حصة الشريك المتخلي إلى الشركاء الآخرين، وتزداد حصصهم به بقوة القانون، دون حاجة إلى قبول منهم، أو أي عمل من أعمال الاستيلاء.

وينحصر هذا التخلي على تخلص الشريك من المساهمة في كافة الالتزامات الناتجة عن الشروع، سواء كانت هذه الالتزامات نشأت قبل، أو بعد التخلي، دون أن تتعدى إلى مسؤولية المالك الشخصية الناشئة عن الأخطاء التي يرتكبها، والمؤدية إلى إتلاف العقار الشائع مثلا، أو التي تكون بسبب تعسفه في استعمال حقه في الملكية الشائعة.³

وقد نالت فكرة التخلي هذه انتقادات على أساس أنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ويتجسد هذا بكل وضوح في حالة أنفق أحد الشركاء نفقات باهظة لإصلاح الشيء، ثم نزلت أسعاره في السوق، فيصبح ثمنه لو بيع لا يكفي لتغطية نفقات إصلاحه وصيانته، وهذا يؤدي إلى إفلات بقية الشركاء من تحمل نصيبهم من الإصلاح عن طريق التخلي عن حصصهم في المال الشائع، فيصبح الشريك الذي سبق وأن دفع نفقات أعمال الحفظ والصيانة ملزما بتحملها وحده مع أنها تزيد عن قيمة الشيء الذي أصبح مملوكا له وحده، نتيجة قيام باقي الشركاء بالتخلي عن حصصهم فيه، وهو أمر غير مقبول.

الناحية العملية يقتضي وضع تفاصيل يحسن تجنبها؛ أنظر نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 118.

¹ - عبد المنعم فرج الصده، "محاضرات في القانون المدني- الملكية في قوانين البلاد العربية، الملكية الشائعة-"، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، جامعة الدول العربية، مصر 1962، ص 23، جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 115، و 116.

² - أنور طلحة، المرجع السابق، ص 133.

³ - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 118.

ويؤيد الباحث مع ما ذهب إليه الأستاذ محمود عبد الرحمان محمد، عند قوله الأولى أن يتحمل جميع الشركاء نفقات أعمال الحفظ والصيانة، لأن أعمال مبدأ المساواة بينهم يلزمهم أن يواجهوا جميعا احتمال تقلبات الأسعار.¹

ولم يشترط المشرع في من يباشر أعمال الحفظ والصيانة أهلية الإدارة، على أساس أن هذه الأعمال عاجلة تقتضيها ضرورة المحافظة على المال، فيجوز لناقص الأهلية القيام بها، كما أنها تعد واجبا على عاتق من له سلطة إدارة أموال غيره، كالوصي، أو الوكيل، دون أن يلجأ إلى طلب إذن من المحكمة.²

المبحث الثاني

الإدارة غير المعتادة للعقار الشائع

تنص الفقرة الأولى من المادة 717 من القانون المدني على ما يلي: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية،³ والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات."

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع قضى بأحكام خاصة عند ممارسة الشركاء لأعمال الإدارة غير المعتادة، وألزمها بضوابط، وأعطى سلطة للأغلبية بمباشرتها (المطلب الأول)، كما وضع المشرع شروط وإجراءات معينة (المطلب الثاني) عند ممارسة هذه الإدارة، غير أنه لم يتطرق إلى حكم أفراد الشريك بأعمال الإدارة غير المعتادة (المطلب الثالث)، رغم أنه عمليا ليس بالعمل النادر.

1 - محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع ، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 96.

2 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني ، حق الملكية المواد من 825 / 874 "، المرجع السابق، ص 112.

3 - الأصح "أو وليس و" ، لوجود خطأ في ترجمة النص الرسمي من النص الأصلي.

المطلب الأول: سلطة الأغلبية في ممارسة أعمال الإدارة غير المعتادة

يستشف من نص المادة 717 من القانون المدني السالفة الذكر، أن المشرع فرق في مسألة إدارة المال الشائع بين الإدارة المعتادة وغير المعتادة في أمرين، الأول يتعلق بالأغلبية المطلوبة للإدارة، أما الأمر الثاني، فيتمثل في السلطات المخولة لهذه الأغلبية. والأكد أن هناك أسباب وجيهة لهذا، سوف نعمل على إدراكها من خلال البحث في مفهوم أعمال الإدارة غير المعتادة (الفرع الأول)، ثم تسليط الضوء على الأغلبية المطلوبة في هذه الإدارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم أعمال الإدارة غير المعتادة

عرف المشرع الإدارة غير المعتادة في الفقرة الأولى من نص المادة 717 من ق.م.ج، السالفة الذكر، بما يلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية، والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة.....".

يتضح لنا من نص المادة أن أعمال الإدارة غير المعتادة هي تلك الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، والتي تهدف إلى تحسين الانتفاع بالمال الشائع، عن طريق إدخال تغييرات أساسية، أو تعديلات في الغرض الذي أعد له هذا المال.

وقد عرفها بعض الفقه بأنها: الأعمال " التي يترتب عليها تغيير أساسي في الشيء المملوك على الشيوع، أو تعديل هام في الغرض الذي أعد له، كالبناء في الأرض الزراعية، أو تعديل بناء عمارة سكنية ليكون فندقاً".¹

وهناك فرق بين التغيير والتعديل بالنسبة للغرض الذي أعد له المال، بحيث أنه إذا كان العمل كلياً فهو تغيير، أما إذا كان جزئياً فهو تعديل في الغرض، ومثال التغيير الأساسي للعقار الشائع، البناء على الأرض الفلاحية، لأنها تمس بالهيكل والأساس، أما التعديل في الغرض، فيكون مثلاً في حالة تحويل الأرض الفلاحية من أرض للمحصول العادي، كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تغرس فيها أشجار الفواكه المختلفة، أو أرض لزراعة الزهور.

¹ - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 109.

أما إذا كانت الأرض معدة لزراعة الفواكه وحولت ليغرس فيها النخيل، أو تزرع بقولا وخضروات ما بين أشجار الفواكه، أو تربية دواجن، فإنها تبقى إدارة عادية، ولا يعتبر تغيير أساسي في الغرض الذي أعد له المال، مثل ما هو في حالة تربية المواشي لما تقتضيه من نفقات كبيرة، وخبرة فنية، ومخاطر جدية، قد تخرج هذا العمل من حدود الإدارة المعتادة.¹

ومن خلال ما تقدم يظهر لنا الفرق بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، فالأولى تهدف إلى الانتفاع العادي بالعقار الشائع، وهي إما أن تكون أعمال مادية، كزراعة الأرض فيما أعدت له من قبل، أو تصرفات قانونية، كتأجير العقار الشائع لينتفع به المستأجر حسب الغرض الذي خصص له.

أما الثانية، وهي أعمال الإدارة غير المعتادة، فالهدف منها تحسين الانتفاع بالمال الشائع، لأنه قد تكون مصلحة هذا المال وكذا الشركاء في الشيوخ، في تغيير، أو تعديل الغرض الذي أعد له هذا العقار، وقد حرص المشرع على الانتفاع الأمثل للملكية الشائعة، لتحقيق منفعة خاصة للشركاء، ومنه منفعة عامة للدولة، التي تقتضي في بعض الأحيان الخروج عن الإدارة المعتادة.

وتكون أعمال الإدارة غير المعتادة أعمال مادية، وهي أقرب إلى أعمال التصرف المادي، إلا أن المشرع لم يضع معيارا واضحا يسهل من خلاله التفريق بين أعمال الإدارتين المعتادة وغير المعتادة، خاصة فيما تعلق بالأعمال التي تهدف إلى تعديل الغرض الذي أعد له المال الشائع، لأنها تقترب كثيرا من أعمال الإدارة المعتادة المادية؛ رغم أن مسألة التفريق بين هذه الأعمال لها أهمية كبيرة، لما يترتب عنها من أحكام ونتائج تختلف حسب طبيعة هذه الأعمال، ويبقى تقدير ما إذا كان العمل يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة، أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة، يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية.²

الفرع الثاني: الأغلبية المطلوبة في الإدارة غير المعتادة

بالنظر إلى خطورة الأعمال الخارجة عن الإدارة المعتادة، وما تتركه من آثار على العقار الشائع، حيث أنها تؤدي إما إلى تغيير في حالته الراهنة، وإما في الغرض المخصص له أصلا، مما يجعل الأغلبية العادية - المطلقة - لا تكفي لمباشرتها، كما في الإدارة المعتادة، وعلى هذا الأساس أمر

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 831.

² - بخوش زوبير، المرجع السابق، ص 82.

المشروع بأغلبية خاصة، طبقا لنص المادة 717 من ق.م.ج، السالفة الذكر، تتكون من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل، حيث أن الأغلبية هنا أيضا تحدد على أساس قيمة الأنصبة في المال الشائع، وليس على أساس عدد الشركاء.

وعليه إذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة، وغير المعتادة على السواء، وإن وجد مدير فعليه الحصول على هذه الأغلبية قبل القيام بالعمل.

وبما أن إجماع الشركاء يكاد يكون مستحيل التحقق، وكان من شأن استنزاهه تعطيل القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، التي قد تعود بالفائدة على جميع الشركاء، وتؤدي إلى الانتفاع الأحسن بالعقار الشائع، فقد اتخذ المشرع الجزائري موقفا وسطا، فأعطى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق لتقرير هذه الأعمال¹؛ وفي المقابل وضع ضمانات تكفل حقوق الأقلية، لما قد تحمله الإدارة غير المعتادة من خطورة على مصالحهم، وبذلك تلتزم هذه الأقلية بقرار الأغلبية بعد إعلانها بهذا القرار، مع إعطاء هذه الأقلية حق الاعتراض.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم: 44808، المؤرخ في 1988/03/23، ومما جاء فيه: " من المقرر قانونا أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع.

ومن المقرر أيضا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا، لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده، تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون.²

¹ - خلافا لبعض التشريعات الأخرى، كالقانون العراقي الذي اكتفى بالأغلبية المطلقة بنص المادة 1065 من القانون المدني، والقانون اللبناني الذي اشترط الإجماع بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة في نص المادة 836 من القانون اللبناني، وهو ما قد لا يتحقق في كثير من الأحيان، ويؤدي إلى صعوبات كثيرة، أنظر علي الخفيف، المرجع السابق، ص 186، و187.

² - المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990، ص 17.

ويباشر من يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة، هذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائبا عن مالك الربع الباقي والأقلية.¹

وفي الحالة التي يكون فيها مدير العقار الشائع، هو من يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة، فإنه يحتاج إلى موافقة أغلبية (3/4) ثلاثة أرباع العقار الشائع على الأقل.

أما إذا كان هذا المدير غير موافق على هذه الأعمال، فيكون ملزما بها، رغم عدم موافقته في حالة موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع، وله أن يتحى وتعين الأغلبية العادية مديرا جديدا يكون موافقا على هذه الأعمال ليقوم بها.²

وهناك من التشريعات المقارنة من اكتفت بالأغلبية المطلقة، كما هو الحال في القانون العراقي، فقد نصت المادة 1065 من القانون المدني العراقي على ما يلي: "لشركاء أصحاب القدر أكبر الحصص أن يدخلوا بإذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدله المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا من الإجراءات، ولها بوجه خاص في أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات."

وبذلك اعتد المشرع العراقي في الإدارة غير المعتادة بالأغلبية العادية، فالشركاء الذين لهم أغلبية في الحصص والذين يملكون أكثر من نصف المال الشائع، سواء كانوا أشخاصا عدة، أو شخصا واحدا أن يباشر ما يدخل في الإدارة غير المعتادة، وهو بذلك قد ساوى بين الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وبين الأغلبية اللازمة للإدارة غير المعتادة، كما جعل قرار الأغلبية فيه مقيدا بضرورة الحصول مسبقا على إذن من المحكمة، بخلاف المشرع الجزائري الذي قضى بأن لا يكون الرجوع إلى المحكمة، إلا عند ما يعارض الأقلية هذه القرارات خلال شهرين من إعلانها لهم.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الأستاذ رعد مقداد محمود، في أن نص القانون العراقي كان الأوفر حظا في تناوله لأحكام الإدارة غير المعتادة، إذ لم يكن متشددا لحرمان أصحاب القدر الأكبر من الحصص في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة والمفيدة لتحسين المال الشائع، غير أن هذا يكون

1 - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 122.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 832.

بعد استئذان المحكمة، وذلك حماية للأقلية من سوء نية الأغلبية، من خلال تمكين المحكمة أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة لضمان ما قد يستحق من تعويضات.¹ وبذلك أعطى المشرع العراقي ضماناً أقوى مما أعطته باقي التشريعات ومنها التشريع الجزائري للمحافظة على حقوق بقية الشركاء، وضمان لهم مقاضاة شريكهم.

أما في التشريع الجزائري، فقد ألزم المشرع الأغلبية بإعلان قراراتها إلى الأقلية، وأعطى لهذه الأخيرة الحق في الاعتراض عليها، وخول للمحكمة واسع النظر في مراقبة قرارات هذه الأغلبية، وسوف نتناول هذه الضوابط القانونية بأكثر تفصيل فيما هو آت من الدراسة.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الإدارة غير المعتادة

تتمحور هذه الشروط والإجراءات في إعلان الأغلبية لقراراتها للأقلية (الفرع الأول)، التي يكون من حقها الاعتراض (الفرع الثاني)، من خلال سلطة المحكمة في الرقابة على اتفاق الأغلبية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعلان الأغلبية لقراراتها للأقلية

لم يكتفي المشرع بزيادة مقدار الأغلبية المطلوبة في مباشرة الإدارة غير المعتادة مقارنة بالنسبة لأعمال الإدارة المعتادة، بل أضاف إلى ذلك ضمان آخر لحقوق الأقلية، نظراً لما يشوب هذه الأعمال من خطورة على مصالحهم، فأعطى لهم حق الاعتراض على قرار الأغلبية، وحتى يتسنى للأقلية ممارسة هذا الحق، ألزم المشرع أغلبية الشركاء أن تعلن قراراتها المتعلقة بأعمال الإدارة إلى باقي الشركاء.²

ولم يحدد المشرع في نص المادة 717 من ق.م.ج، السالفة الذكر، وسيلة معينة للإعلان، وعليه يتم الإعلان بكل الوسائل، ويصح ذلك إذا تم على يد محضر قضائي، أو برسالة موصى عليها، وقد يكون الإعلان شفويًا، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه، فيكون على الأغلبية إثبات حصول الإعلان عند إنكاره.³

1 - أنظر رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص 343، وما بعدها.

2 - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 171، أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 22.

3 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 120.

يرى الباحث أن عدم تحديد طريقة معينة للإعلان، قد يفتح مجال التلاعب في وسيلة تبليغ القرارات من أجل تفويت الميعاد القانوني، الذي يجب أن يتم خلاله اعتراض الأقلية على أعمال الإدارة غير المعتادة المتخذة من الأغلبية أمام المحكمة، وبذلك الحلول دون ضمان حق الأقلية في الاعتراض الذي أقره القانون. فكان من الأحسن لو اشترط المشرع أن يتم التبليغ عن طريق محضر قضائي، لما يترتب عن هذه الأعمال من مخاطر قد تؤدي إلى ضرر جسيم بمصالح الأقلية. ويسبب هذه المخاطر لم يكتف المشرع باشتراطه أن تصدر هذه الأعمال من أغلبية خاصة (من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع)، وإعلان قراراتها إلى باقي الشركاء من أجل بدأ سريان مهلة التظلم أمام المحكمة، بل أضاف ضرورة الحصول على الرخص التي يتطلبها القانون مراعاة لطبيعة العقار وهي:

1- الحصول على رخصة البناء¹، على الأرض الشائعة طبقا للمادة 52 من قانون 90-29²، المتعلق بالتهيئة والتعمير، مما يعطي الحق لباقي الشركاء بطلب وقف هذا البناء في حالة عدم الحصول على هذه الرخصة.

2- إذا كان العقار الشائع عقارا فلاحيا، فإن البناء عليه يخضع لقيود خاص من أجل عدم تغيير وجهته الفلاحية، فلا يكون البناء عليه، إلا لضرورة الحاجة الذاتية، عملا بأحكام المادة 34 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

حيث يشترط هذا القانون أن يكون الهدف من كل إنجاز يتم فوق الأراضي الفلاحية هو رفع الطاقات الإنتاجية للمستثمرة القائم عليها، ومن أجل ذلك حق البناء فوقها، وجعل ممارسة هذا الحق خاضع لاستصدار رخصة مسبقة من مديرية المصالح الفلاحية، على أن يتكفل التنظيم بتحديد شروط وأشكال هذه الرخصة.

¹ - رخصة البناء عبارة عن قرار إداري يمنح قبل الشروع في أعمال البناء، فهي لا تمنح لتسوية بنايات قائمة، ولا تقتصر رخصة البناء على إقامة بناء جديد فقط، بل تشترط أيضا من أجل إجراء عمليات تمديد البنايات الموجودة، وكذا من أجل عمليات التغيير، والتي تشمل الحيوان الضخمة، أو الواجهات الخارجية للمبنى، أنظر عزري الزين، "النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر البرلماني، العدد التاسع، 2005، ص 135، و 141.

² - قانون رقم: 90-29، المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، العدد، 52، المؤرخة 2 ديسمبر 1990.

الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية

عمل المشرع على الموازنة بين مصالح الشركاء من خلال تمكينهم من الاستفادة بالعقار الشائع لكونهم ملاك، ولهم الحق في التمتع به واستغلاله، وفي نفس الوقت حرص على حماية العقار الشائع، لما له من وظيفة اجتماعية واقتصادية، وذلك بالعمل على تجنب ما يعطل الانتفاع به والاستفادة منه. فبعد ما أقر المشرع التخفيف من مبدأ إجماع الشركاء الصعب المنال، والذي يؤدي غالباً إلى عرقلة الانتفاع الأمثل للعقار الشائع، وذلك بإعطاء أغلبية من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع إدارة المال إدارة غير معتادة، منح في المقابل لبقية الشركاء الأقلية حق الاعتراض على قرار الأغلبية حماية لمصالحهم، فأعطى المشرع لكل شريك من الأقلية في حالة عدم موافقته على قرار الأغلبية حق معارضة هذا القرار أمام القضاء خلال شهرين من تاريخ التبليغ.¹

وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من نص المادة 717 من ق.م.ج، السالفة الذكر، التي جاءت بما يلي: "... ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان."

فتظلم أي شريك من الأقلية يجب أن يتم خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه، ويقدم التظلم بعريضة إلى المحكمة المختصة طبقاً للقواعد عامة، وهي محكمة اختصاص موقع العقار، وعلى المحكمة أن توازن بين حجج الأغلبية وحجج الأقلية، ولها أن تقرر قرار الأغلبية، أو ترفضه.²

وأما إذا لم يتم التظلم في الميعاد الذي هو كما ذكرنا سالفاً شهرين، يبدأ من اليوم التالي لحصول الإعلان، فإن قرار الأغلبية يصبح نهائياً، وملزماً للجميع على اعتبار هذا السكوت موافقة ضمنية، ويمكن للأغلبية المباشرة في تنفيذه، لكن ليس قبل أن تنتهي هذه المدة، دون طعن من طرف الأقلية.

وفي حالة طعن أحد الشركاء فقط، استفاد بقية الشركاء المعارضين من طعنه، وإذا قدم الطعن، فلا يجوز للأغلبية أن تنفذ قرارها دون ما ضرورة، وإلا تأمر المحكمة بوقف التنفيذ.³

وحق الأقلية في الاعتراض، ليس مقيداً بوجود غش، أو تعسف من جانب الأغلبية، فقد يكون مبني على الملاءمة، وعلى مدى سلامة وواقعية قرار الأغلبية.⁴

1 - أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 158

2 - عبد الناصر توفيق العطار، " شرح أحكام حق الملكية"، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص 103.

3 - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 105.

4 - نفس المرجع ونفس الصفحة.

فرأي الأغلبية غير ملزم للأقلية ابتداء، بل يجب عليها إعلان قرارها للأقلية، التي لها حق الاعتراض أمام المحكمة التي يثبت لها رقابة على هذا الاتفاق، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 717 السالفة الذكر على سلطة المحكمة في حالة رجوع المعارضين من الشركاء إليها، فجاءت بما يلي: " وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات."

يتضح من نص المادة أن للمحكمة سلطة في رقابة اتفاق الأغلبية نعرضها بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الثالث: سلطات المحكمة في الرقابة على اتفاق الأغلبية

للقاضي سلطة تقديرية في الموافقة على القرار، أو رفضه وفق ما يفرضه واقع الحال.

أولاً: موافقة المحكمة على قرار الأغلبية

تتظر المحكمة في قرار الأغلبية، ولها واسع النظر في ذلك، فإذا رأت أن هذا القرار يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالعقار الشائع، ما يعود بالمنفعة على المصلحة الخاصة للشركاء، وكذا المصلحة العامة، دون أن يلحق ضرراً بمصالح الأقلية، أو أن يكون الضرر أقل بكثير مقارنة بالفائدة المرجوة من تحسين الانتفاع بالعقار الشائع.

والمحكمة في هذه الحالة لها أن توافق على قرار الأغلبية، ولها ذلك دون اتخاذ أي تدبير يذكر، كما لها أن تأمر بعد الموافقة على اتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير للمحافظة على حقوق الأقلية، أو تأمر هذه الأغلبية بإعطاء المتظلم كفالة شخصية، أو عينية تضمن الوفاء بما قد تستحق الأقلية من تعويض¹ نتيجة الأضرار التي قد تتكبدها من هذا العمل، الذي وافقت عليه الأغلبية، وفي هذه الحالة تكون مباشرة الأغلبية في تنفيذ قرارها معلقاً على تقديم كفالة وفقاً للقواعد المقررة في القانون.²

وللمحكمة أن توافق على هذا العمل مطلقاً، أو مع تحفظات، كما قد تضع شروطاً لتنفيذه، وزيادة على ذلك تحيطه بضمانات تكفل إنجازها على وجه مرض للجميع، وتطمئن إليها الأقلية، فيما إذا

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 103، عبد المنعم فرج الصده، "محاضرات في القانون المدني - الملكية في قوانين البلاد العربية، الملكية الشائعة"، المرجع السابق، ص 20، حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 115.

² - عرف المشرع الكفالة في نص المادة 644 من القانون المدني بما يلي: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه."

تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسائر؛ ويتبين من ذلك أن موافقة المحكمة على العمل لا يعفي الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض، إذا ما انجر عن هذا العمل خسارة للشركاء، وأظهر المستقبل صواب معارضتها، وخطر القيام بمباشرة هذه الأعمال التي تخرج عن الإدارة المعتادة، أو تؤدي إلى تعديلات جوهرية على العقار الشائع.¹

ثانياً: عدم موافقة المحكمة على قرار الأغلبية

تبدأ المحكمة بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره أصحاب الأغلبية، وتسمع في ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية، وقد تقرر المحكمة بعد سماع حجج الطرفين ألا توافق على العمل، إذا رأت في قرار الأغلبية غير مجد، وغير مبرر، ويلحق ضرراً بمصالح الأقلية، خاصة إذا كانت أغلبية الحصة في العقار الشائع بيد شخص واحد.

والمحكمة ليست ملزمة بالتصديق على قرار الأغلبية، رغم أنها تمثل الجانب الأكبر من الشيء الشائع، بحيث قد ترى من ظروف الحال ما يصبو رأي الأقلية المعارضة ويرجحه²، فيمتنع على الأغلبية مباشرة ما اتفقت عليه من عمل؛ كما للمحكمة أن تتخذ جملة من التدابير اللازمة، كأن تأمر بوقف البناء وبإزالة ما قد تم، وتستعين في ذلك بفكرة تحسين الانتفاع بالمال، وتكون الإزالة على نفقة الأغلبية.³

ويتبين من خلال ما ذكرنا سابقاً أنه عند تظلم الأقلية، وبعد سماع حجج كل من الأغلبية والأقلية، تكون للمحكمة الخيار بين حلول ثلاثة:

- 1- أن توافق على قرار الأغلبية دون اتخاذ أي تدبير، ويكون ذلك بعد أن يثبت لها بأنه لا يشوب القرار ثمة شائبة، وأنه صدر من طرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.
- 2- أن توافق على قرار الأغلبية، مع اتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير، لضمان مصالح الأقلية، إذا رأت المحكمة أن العمل غير مأمون العاقبة، فتحتاط لكفالة حقوق الأقلية.

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 166، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 833.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 166، أنظر عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 171، أنظر أنور طلبية، المرجع السابق، ص 120.

³ - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 120.

3 - أن تلغي قرار الأغلبية، ويكون ذلك بعد التحقق من أن قرار الأغلبية صدر بناء عن غش، أو تعسف، أو أنه لا يحقق صالح الشركاء، وبالتالي يمنع المباشرة في تنفيذه.¹

والمشرع الجزائري بذلك يكون قد عمل على إخضاع حق الأغلبية في الإدارة غير المعتادة إلى رقابة قضائية تكفل حقوق الأقلية، وتوفق بين مصلحتها من جهة، ومصلحة الأغلبية في تحقيق الانتفاع بالعقار الشائع، وجعله أصلح للاستغلال من جهة أخرى، وبذلك يكون قد منح المحكمة سلطة واسعة فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة مقارنة بما خصها عندما يتعلق الأمر بأعمال الإدارة المعتادة، أين حصر دورها في المحافظة على المال الشائع فقط عند عدم توفر الأغلبية.

المطلب الثالث: إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

لم يبين المشرع حكم إنفراد الشريك عند مباشرته أعمال الإدارة غير المعتادة (الفرع الأول) بنص صريح، ما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للملكية الشائعة، وكتطبيق عن ذلك نسلط الضوء على حكم قيام الشريك بالبناء على جزء مفرز من الأرض المشاعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

قد يحدث عمليا على سبيل المثال أن يستأثر أحد الورثة بالمال كله بعد وفاة المورث، فما هو حكم ما يقوم به من أعمال تنطوي تحت الإدارة غير المعتادة، كالبناء مثلا؟، في حين أنه لا يمثل الأغلبية لإجراء هذا العمل، فضلا على أنه لم يحصل مسبقا على موافقة شركائه للقيام به.

بالرجوع إلى نص المادة 717 من ق.م.ج، السالفة الذكر، التي نظمت أحكام الإدارة غير المعتادة، نجد أنها لم تبين حكم إنفراد أحد الشركاء بأعمال الإدارة غير المعتادة، ولم يضع المشرع نصا خاصا في هذا الشأن، وعليه ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الشروع، والمبنية على أساس التكييف الصحيح لحق الشريك المشاع؛ هذه القواعد تقضي بأنه لا يجوز للشرك إذا كان لا يمثل الأغلبية أن يقوم منفردا بأي من هذه الأعمال، إلا في الحالة التي يكون فيها وكيلا عن باقي الشركاء لسكوتهم على إنفراده بهذا العمل، وعدم اعتراضهم عليه، رغم علمهم به، فيكون بهذا العمل أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي شركائه.²

1 - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 106.

2 - محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 90.

"وأما في غير هذه الحالة، حيث يجهل باقي الشركاء مثل هذا الأفراد من جانبه، أو حيث يعلمون به، ولكنهم يعترضون عليه، فيعتبر مثل هذا الأفراد من جانب الشريك تخطيا لما يسمح له القانون به من سلطات، واعتداء على حقوق الشركاء الآخرين، رغم ورود حقه طوال الشيوخ على الشيء الشائع، مما يخولهم حق طلب إزالة ما قام به من تعديلات جوهرية في الشيء الشائع إضرارا بحقوقهم.¹" وبالتالي فإن الانتفاع بالمال الشائع مشروط بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، حتى ولو عاد هذا العمل بالنفع عليهم جميعا، طبقا لنص المادة 714 من ق.م.ج، وهذا ما استقرت عليه أغلب التشريعات المقارنة، منها القانون المصري والفرنسي.

وبناء على ما سبق فإن أفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة يستوجب أن تكون لديه وكالة خاصة، وليست عامة طبقا لنص المادة 574 من القانون المدني، التي جاءت بما يلي: " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة..."، ويتطلب أيضا هذا العمل موافقة أصحاب أغلبية من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع.

ويمكن أن يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة نفس المدير المكلف من قبل الشركاء الذين يملكون الأغلبية المطلقة للحصص في العقار الشائع، ولكنه في هذه الحالة هو في حاجة إلى موافقة الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في العقار الشائع، وعدم اعتراض الأقلية بعد إبلاغهم بذلك.

فإذا كان مدير العقار الشائع أحد الشركاء، ويملك ربع العقار الشائع مثلا، فإنه يكون في حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف العقار الشائع على الأقل، هذا في حالة ما كان هو نفسه موافقا على العمل، أما إذا لم يكن موافقا، فلا بد من موافقة سائر الشركاء، والذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع في هذه الحالة.

أما إذا انفرد أحد الشركاء بأي عمل منها، وهو ليس بمالك لثلاثة أرباع العقار الشائع، مع علم وسكوت وعدم اعتراض باقي الشركاء، ويكون عدم الاعتراض من خلال الموافقة على هذه الأعمال قبل إقامتها، أو إقرارها بعد ذلك، فيكون عمله هذا نافذا في مواجهتهم لاستلزام وجود وكالة ضمنية قد صدرت من هؤلاء إليه، فيقوم بالعمل بصفته أصيلا عن نفسه وكيفا عن باقي الشركاء.

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 167.

رأينا فيما سبق إذا انفرد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة، ولم يعترض على عمله هذا من الشركاء من يملك الأغلبية المطلقة للحصص في العقار الشائع عد وكيلا عنهم، فهل يكون نفس هذا الحكم صحيحا في حالة إنفراد أحد الشركاء بأعمال الإدارة غير المعتادة؟ أي هل يكفي عدم اعتراض الشركاء الذين يملكون بالإضافة إلى حصة هذا الشريك على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، أم يشترط عدم اعتراض جميع الشركاء على عمله؟

يرى الباحث أن افتراض الوكالة لا بد أن يكون بمقتضى نص قانوني، كما هو عليه الحال في أعمال الإدارة المعتادة التي نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة 716 من القانون المدني السالفة الذكر، وهو ما لا يوجد بالنسبة للإدارة غير المعتادة.

كما أن الأغلبية المطلقة في الإدارة المعتادة لها أن تقر هذه الأعمال وتنفذها دون أن يكون للأقلية حق الاعتراض، وهو ما يخول لها أن تقر أعمال الشريك المنفرد بالإدارة المعتادة، غير أن في الإدارة غير المعتادة، ورغم أن الأغلبية الخاصة تملك حق تقرير أعمال الإدارة غير المعتادة، إلا أنها لا تستطيع أن تباشر تنفيذها، إلا إذا وافقت عليها الأقلية ضمينا بسكوتها، أو وافقت المحكمة على تلك الأعمال، رغم اعتراض الأقلية عليها.

وبالتالي لا يحق للأغلبية أن تقر عمل الشريك المنفرد بأعمال الإدارة غير المعتادة، لأنها لا تستطيع أن تمنح الوكيل سلطات أكثر مما تملك.

ونستخلص مما سبق أنه لا يكفي عدم اعتراض الذين يملكون بالإضافة إلى حصة هذا الشريك المنفرد بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، بل لابد من إقرار جميع الشركاء بعمله حتى يكون نافذا في حقهم، حيث يكفي اعتراض أحد الشركاء على عمل الشريك المنفرد حتى يكون عمله غير نافذ في حق بقية الشركاء.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم: 349341 المؤرخ في 2006/05/17، جاء فيه ما يلي: "يحق لكل شريك الاعتراض على الدعم الفلاحي الممنوح لأحد الشركاء لإقامة مشروع على الأرض المملوكة على الشيوع، ما لم يكن الدعم باسم الشركاء في الشيوع جميعا، أو بموافقتهم، ومن ثم كان تجميد قرار الدعم تطبيقا سليما لنص المادة 717 ق.م¹"

¹ - قرار رقم: 349341، مؤرخ في 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 401 وما بعدها، قرار مقتبس عن حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري"، المرجع السابق، ص 112.

وسوف نسهب فيما هو آت من البحث في حكم أفراد أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز من الأرض المشاعة، على اعتبار أنه من أهم التطبيقات التي تخص أفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة وأكثرها شيوعا، لما تنثيره عمليا من عديد النزاعات بين الشركاء في الشروع.

الفرع الثاني: إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض المشاعة

إذا قام الشريك في الشروع بالبناء على أرض مفرزة من العقار الشائع، فإن البناء يعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة، مما يستوجب موافقة أغلبية الشركاء الذين لا تقل أنصبتهم بالإضافة إلى نصيب هذا الشريك على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، لكي ينفذ هذا العمل في مواجهة باقي الشركاء، وسواء وافقت على البناء قبل إقامته، أو أقرته بعدها ، فإن هذا البناء يصبح مملوكا على الشروع لجميع الشركاء، ويساهمون في تكاليفه بنسبة حصة كل منهم في الأرض المشاعة.¹

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها بما يلي: "لما كان الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء مشروعا، أو بناء على جزء مفرز من أرض شائعة بعلم باقي الشركاء ودون اعتراض منهم، أعتبر وكيلا عنهم في ذلك ، وعد سكوتهم إقرارا لعمله، ويكون المنشأ ملكا شائعا بينهم جميعا، ويتحمل كل منهم في تكاليفه بنسبة حصته في الأرض، ما لم يتفق على غير ذلك".²، وأضافت في حكم آخر لها: " أن البناء يكون ملكا شائعا بينهم جميعا، ولو لم يوفوا في حينه بما عليهم من نفقات، وذلك حق شخصي للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الاتفاق، وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة".³

ولذا فالشريك الذي يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير، فإذا ما طلب الشريك الآخر بملكته لحصة في هذا البناء، وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت

1 - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 90، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 167 ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 834، و835.

2 - نقض مدني، بتاريخ: 1990/05/08، صادر عن محكمة النقض المصرية، منقول عن محمود عبد الرحمان محمد، "استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 90.

3 - نقض مدني، بتاريخ: 1991/04/30، صادر عن محكمة النقض المصرية، منقول عن نفس المرجع، ص 90، و91.

إقامته، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبرا في حكم الوكيل. ¹

وأما إذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء، أو لم تقره بعد إقامته، فإن الشريك الباني يكون مجبرا على إزالة البناء، ودفع تعويض لسائر الشركاء لما قد يلحق الأرض من ضرر، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة، ودون انتظار لنتائجها. ²

لأن هذا العمل يعد اعتداء على حقوقهم، ويكون لهم من ثم الحق في إزالته والمطالبة بتعويض ما أصابهم من ضرر، من جراء هذا العمل، طبقا لنص المادة 714 من القانون المدني، والتي تقضي بأن الانتفاع بالمال الشائع مشروط بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، حتى ولو عاد هذا العمل بالنعف عليهم جميعا.

وهذا ما قضت به محكمة تمالوس، القسم العقاري، في حكم صادر بتاريخ 1999/12/26، جاء فيه ما يلي: "حيث يستخلص من نص المادة 717 من القانون المدني، بأنه إذا أقام أحد الشركاء المشتاعين بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها، فإن هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة.

ويترتب على ذلك أن هذا العمل يقتضي موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، حيث أن المشرع فتح الطريق أمام الشريك الذي يريد البناء في جزء مفرز من العقار الشائع، ولكن شريطة الحصول على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع، حيث أنه وفي هذه الحالة، فالمدعية محقة في منع المدعى عليه من مواصلة أشغال البناء الجارية فوق الأرض المشاعة بينهما رفقة شركاء آخرين، مادام أن هذا الأخير لم يقدم للمناقشة ما يثبت أنه قد حصل على موافقة الأغلبية المطلوبة.

حيث ينبغي الإشارة والتذكير أنه حتى في حالة إنفراد أحد الشركاء بالبناء على الأرض الشائعة كلها، أو بعضها، كان للشركاء الباقين أن يطالبوا بهدم ما بني، دون إمكانية مطالبة الشريك المنفرد

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 113.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 1967، المرجع السابق، ص 834، و835، رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 90، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 167.

بالبناء بالتمسك بأحكام الالتصاق المنصوص عليها في المادة 784 من القانون المدني، لأنها تتعلق بمن يقيم المنشآت على أرض الغير، والحال أن الشريك المشتاع يرد حقه على العين المشتاعة كلها.¹

يرى الباحث أن ما جاء في الحكم من قول أن قيام الشريك منفرداً بأعمال الإدارة غير المعتادة يستوجب موافقة الشركاء أصحاب على الأقل ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، وليس موافقة الجميع، يخالف ما قد وصلنا إليه من نتيجة مفادها أن هذه الأغلبية لها الحق في أن تقرر الأعمال غير المعتادة، ولكن لا يحق لها مباشرتها، إلا بعد موافقة الأقلية عليها ضمناً بسكوتها، أو إذا وافقت عليها المحكمة رغم اعتراض الأقلية.

وعليه لا يحق للأغلبية أن تقرر عمل الشريك المنفرد، لأنها لا تستطيع أن تمنح الشريك سلطات أكثر مما تملك، بل لا بد من موافقة جميع الشركاء على عمل الشريك المنفرد، ويكفي اعتراض أحدهم حتى يكون عمل هذا الشريك المنفرد غير نافذ في حق باقي الشركاء.

كما يستتف من هذا الحكم أن في حالة إنفراد أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز، دون موافقة، أو علم باقي الشركاء، يكون من حقهم طلب هدم وإزالة البناء الذي أقامه هذا الشريك، دون انتظار نتيجة القسمة، والتي قد تؤدي إلى اختصاص الشريك الباني بالجزء الذي أقيم عليه البناء، ولا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بأحكام الالتصاق²، على اعتبار أن هذه الأحكام لا تطبق إلا على من يقيم بناء على ملك الغير.

في حين أن الشريك الذي يقيم بناء على أرض شائعة لا يعد بانياً في ملك الغير بالمعنى الدقيق للكلمة، على أساس أن حق الشريك يرد على المال الشائع كله، فهو لا يتركز في جانب معين منه، بل ينتشر في كل ذرة من ذراته وإن كان محدداً بقدر حصته.³

1 - حكم قضائي، صادر بتاريخ 1999/12/26، (دون ذكر الرقم)، منقولاً عن تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص 59.

2 - أنظر المادتين 784، 785 من ق.م.ج.

3 - تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص 60.

خلاصة الباب الأول

نظم المشرع حق الشركاء في الانتفاع بالعقار الشائع، حيث اعتبر حق الشريك المشتاع حق ملكية بالمعنى الدقيق، غير أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك في نفس الوقت، فليس له صاحب واحد مثل ما هو موجود في الملكية العادية المفترزة.

وقد استعان المشرع في هذا بمبدأ الإجماع، كمبدأ قانوني في تنظيم الملكية الشائعة، على أساس أنه يعتبر أحسن طريقة لتدبير المال الشائع والانتفاع به والتصرف فيه، إلا أن مساوئ هذا الإجماع والمتمثل في عدم تحققه في أرض الواقع في غالب الأحيان بسبب ميول ورغبة الشركاء في طريقة الانتفاع، جعل المشرع الجزائري ينظم استثناءات ترد على هذا المبدأ تنظيماً مفصلاً لمواجهة العقبات التي تحول دون الانتفاع الأمثل بالمال الشائع في حالة تعذر الإجماع.

وتعتبر قسمة المهايأة من أهم صور تحقق الإجماع في الانتفاع بالعقار الشائع، حيث تمثل نموذجا مثاليا للانتفاع بهذه الملكية من خلال نوعين من هذه القسمة، إذ ميزها المشرع بحكم المكان والزمان إلى صورتين، الأولى قسمة مهياة مكانية والثانية قسمة مهياة زمانية.

كما عمل المشرع على تنظيم الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق إدارته، بحيث ميز بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، من حيث الأغلبية المطلوبة في كل منهما، ومن حيث طبيعة الأعمال التي يحق للملاك على الشيوع مباشرتها، فحدد الأغلبية المطلوبة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة بالأغلبية المطلقة، أما في الإدارة غير المعتادة، فألزم أن تكون من طرف أصحاب من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، تحسب هذه الأغلبية في كل منهما على أساس قيمة الأنصباء لا على أساس عدد الشركاء. أما من حيث طبيعة الأعمال فإن أعمال الإدارة غير المعتادة هي ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، وتتمثل أساسا في تغييرات أساسية وتعديلات في الغرض الذي أعد له هذا لعقار.

ولم يعط المشرع أي سلطة للمحكمة في شأن إدارة العقار الشائع إدارة معتادة، إلا حين لا تتوفر الأغلبية وعرقل الانتفاع بالعقار الشائع وإدارته بسبب اختلاف الشركاء وتعارض آرائهم.

وللحفاظ على العقار الشائع أعطى المشرع كل شريك في الشيوع الحق في اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ المال الشائع، ولو كان دون موافقة سائر الشركاء؛ وتكون نفقات إدارة العقار الشائع وتكاليف

الباب الأول ————— الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال الإدارة

حفظه وصيانته وجميع الأعباء الناتجة عن الشيوخ، أو المقررة على العقار على عاتق جميع الشركاء كل حسب نصيبه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

الباب الثاني

الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

لا يقتصر الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق الإدارة المعتادة وغير المعتادة، بل يكون الانتفاع أيضا من خلال التصرفات التي يربتها الشركاء على المال الشائع.

فالملكية الشائعة تجمع بين عناصر الملكية الثلاثة، الاستعمال والاستغلال والتصرف، فكما للشريك الحق في استعمال واستغلال حصته الشائعة، فإنه يحق له كذلك التصرف فيها.

وقد نصت المادة 714 من القانون المدني السالفة الذكر على حق الشريك المشتاع بالتصرف في حصته الشائعة، حيث نظم المشرع هذه التصرفات وخصها بأحكام، وميز بين التصرفات المُرتبة على الحصة الشائعة وبين التصرفات المُرتبة على جزء مفرز.

وتعتبر سلطة التصرف أكثر أهمية، وأوسع نطاق من سلطات الاستعمال والاستغلال، لأنها السلطة المخولة للمالك بأن يتحكم في المال الذي يملكه، وهذا التحكم قد ينصب على رقبة المال، كما قد يرد على المنفعة التي يؤديها باستعماله واستغلاله، وهو ما يخول للمالك السيطرة الكاملة والتامة على هذا المال، سواء في منافعه، أو كيانه، أو وجوده.¹

أما سلطتي الاستعمال والاستغلال، فإنهما يقتصران على مجرد الحصول على منافع الشيء.² وإذا كان حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية وارداً بنسبة حصته الرمزية على العقار الشائع كله طوال فترة الشيوخ، وكان يستطيع بذلك في الأصل أن يتصرف في هذا العقار في حصة مفرزة، أو شائعة منه، أو في العقار الشائع كله، فإن حقه في التصرف مقيد بحقوق باقي الشركاء وسلطاتهم المماثلة في التصرف، طبقاً لنص المادة 713 من ق.م.ج، السالفة الذكر، وبالتالي فإن الأصل في التصرف هو اشتراط إجماع الشركاء عليه، إلا أن المشرع يسّر في أمر هذا التصرف

¹ - وعلى هذا الأساس يتم التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف، حيث أن هذه الأخيرة تستلزم من أجل مباشرتها أهلية أداء أوسع مما تتطلبه أعمال الإدارة، فإذا كان أحد الشركاء قاصراً، أو عديم الأهلية ومن في حكمهما لا يحق لهما التصرف، إلا من خلال إرادة الولي، أو الوصي، أو القيم، بحسب الأحوال، ووجب عليهم الحصول على إذن من المحكمة، بخلاف ذلك في حالة الاستعمال والاستغلال، إذ أنه لا يشترط حصول الولي والوصي والقيم على هذا الإذن، أنظر نواف مخط عبد الله الميطري، "التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2006، ص 8.

² - نفس المرجع، ص 7، و 8.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف لصعوبة تحقق ذلك بسبب اختلاف آراء ورغبة الشركاء، حتى يستغلوا وينتفعوا بالعقار الشائع بشكل أفضل، فأعطى حق التصرف للأغلبية الكبيرة وخصه بشروط، طبقا لما جاء في نص المادة 720 من ق.م.ج.

وبناء على ما تقدم، فالتصرف المؤدي إلى الانتفاع والاستفادة من العقار، يكون بالإجماع، أو صادر من أغلبية كبيرة من الشركاء، أو من طرف الشريك منفردا، وبما أن حكم هذه التصرفات يختلف حسب ما إذا كان منصبا على حصة شائعة في العقار (الفصل الأول)، أو على جزء مفرز منه (الفصل الثاني)، فسوف نبحت عن حكم الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال كل التصرفات التي يباشرها الشركاء أثناء فترة الشيوخ في كلتا الحالتين.

الفصل الأول

الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة شائعة

تعتبر التصرفات المؤدية إلى نقل الملكية، كالبيع والهبة، خارج موضوع دراستنا ودائرة اهتمامنا، لأنها لا تحقق الانتفاع أثناء فترة الشيوخ، ولا تعد إحدى صورته، بسبب نقل ملكية الحصة المتصرف فيها إلى الغير، سواء كان شريكا في المال، أو أجنبي عنه. وتقتصر الدراسة على سلطة التصرفات المؤدية للانتفاع بالعقار الشائع أثناء فترة الشيوخ، عن طريق ترتيب حقوق عينية أصلية متجزئة عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكن، كما قد يرتب الشريك عقد إيجار، أو يتصرف بإنشاء وترتيب حقوق عينية تبعية، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز، طالما لا تتعارض هذه التصرفات مع طبيعة المال الشائع.

ولما كان كل من حق الاستعمال والسكن ليسا إلا وجها من أوجه حق الانتفاع، فستقتصر دراستنا على تناول عقد الإيجار وحق الانتفاع (المبحث الأول).

أما الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز والتي يطلق عليها تسمية التأمينات العينية، لما لها من أهمية في ضمان حقوق الدائن المرتهن؛ فسوف نكتفي بدراسة ترتيب الرهن الرسمي والرهن الحيازي(المبحث الثاني)، ولن نتطرق لحق التخصيص وحق الامتياز، لأن هذين الحقين ينشآن بغض النظر عن إرادة الشريك المتصرف، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأن لهما نفس الأحكام المتعلقة بالرهن، فأردنا بذلك تجنب التكرار.

المبحث الأول

ترتيب عقد الإيجار وحق الانتفاع

يعتبر الإيجار¹ وحق الانتفاع من أهم وسائل استغلال واستثمار العقار الشائع، ما يلزمنا بالبحث في حكم هذه التصرفات الواقعة على الحصة الشائعة والمرتببة من طرف جميع الشركاء، وبما أن للشركاء مجتمعين الحق في ترتيب عقد الإيجار² على حصة مفرزة، فمن المنطق أن لا يرتبوا إيجارا على حصة شائعة، لما يترتب عنه من إنقاص لحق المستأجر، بما أن لهم الحق في ترتيبه على حصة مفرزة، أو على كل العقار الشائع، وعلى هذا الأساس لن نتناول الإيجار المرتب من طرف جميع الشركاء على الحصة الشائعة ونكتفي بالتطرق لحق الانتفاع. (المطلب الأول)، ثم نتناول حكم الإيجار وحق الانتفاع المرتب من طرف الشريك منفردا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق الانتفاع الصادر من جميع الشركاء

ذكرنا فيما سبق أن الأصل هو اشتراط الإجماع عند التصرف³ بسبب تزامم حقوق الشركاء المشتاعين جميعا، وتعارضهم في نفس الوقت على نفس المحل، وهو العقار الشائع، ويقيد حق كل

1 - نقصد هنا الإيجار الذي تزيد مدته عن ثلاثة سنوات، لأن الإيجار الذي يقل عن هذه المدة يكون من أعمال الإدارة طبقا لنص المادة 468 من ق.م.ج، التي تقضي بما يلي: "لا يجوز لمن لا يملك، إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاثة (3) سنوات."، كما جاء في المادة 573 من نفس القانون" من بين الأعمال التي يجوز للوكيل بوكالة عامة أن يقوم بها الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات."، وهذا يعني أن الإيجار الذي تزيد مدته عن ثلاثة سنوات يعتبر من قبيل أعمال التصرف، على الرغم من أنه لا يؤدي إلى نقل حق عيني، أنظر أكثر محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص167.

2 - ميز المشرع الفرنسي عند التصرف بين أنواع عقود الإيجار، حيث اشترط طبقا لنص المادة 815-3 من القانون المدني إجماع الشركاء على التصرف عند إبرام، أو تجديد الإيجار المتعلق بالأراضي الفلاحية، أو التجارية، أو الصناعية، أو الحرفية، بخلاف ذلك في عقود الإيجار الأخرى التي يكتفي فيها بأغلبية أصحاب ثلثي المال الشائع على الأقل لإبرام العقد، أنظر: Paris Notaires Infoss , « Famille Peut - on Sortir de L'indivision à L'amiable ? » www.paris.notaires.fr

تاريخ التحميل: 20015/01/03.

غير أن القضاء الفرنسي أقر للأغلبية، مالكي ثلثي المال الشائع على الأقل في إنهاء عقود الإيجار الفلاحية، إذا كان هناك تقصير من طرف المستأجر في حالة عدم دفع بدل الإيجار، دون أن يشترط الإجماع في ذلك، أنظر:

D.G.Brelet, « Indivision et baux ruraux : des règles simplifiées », Info Agricole, Edité par la Fédération des Centres de Gestion Agréés Agricoles - Trimestriel - mars 2012-N°127, p04,05.

3- يسر المشرع الفرنسي عند التصرف في المال الشائع من تطبيق مبدأ الإجماع وأعطى الحق في مخالفة هذا المبدأ بإذن القضاء في حالة وجود خلاف بين الشركاء واعتراض أحدهم على التصرف (بيع أو رهن مثلا)، ولما كان عدم إتمام هذا التصرف لعدم وجود إجماع يعرض المصلحة المشتركة للملاك لخطر، أجاز المشرع الفرنسي للشريك بنص المادة 815-5 للجوء إلى القضاء

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف منهم بحق الآخر، فمن الطبيعي أن يعتبر هذا التصرف الجماعي صحيحا وناظذا في حق جميع الشركاء، وسوف ننظر بالتفصيل في حكم تصرف الشركاء مجتمعين عند ترتيب حق الانتفاع (الفرع الأول)، ثم نتطرق لدراسة مصير هذا التصرف بعد قسمة العقار الشائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين بترتيب حق الانتفاع

تنص المادة 844 من ق.م.ج، بما يلي: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم، أو بمقتضى القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين¹، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف حق الانتفاع، وإنما حدد أسباب اكتسابه، باعتباره متقرعا عن حق الملكية، فهو حق عيني، وذلك بأن يقتطع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال، وتمنح لشخص آخر غير المالك، وهو بذلك يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من آخر، ومنه نقول أن حق الانتفاع يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا بحيث لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر². وللشركاء في الشيوخ أن يرتبوا حق انتفاع على العقار الشائع كله، أو على حصة شائعة منه، ومن البديهي أن يملك جميع الشركاء حق هذا التصرف، فيكون لهم مجتمعين تقرير حق عيني تبعي، أو أصلي كحق الانتفاع³.

للحصول على ترخيص للقيام بهذا التصرف، رغم اعتراض الشريك الآخر، ويكون حجة على هذا الأخير، أنظر: Béatrice kan –Balivet, « L'indivision », La Faculté de Droit Virtuelle, Université Lyon3, 2008/2009, fdv.univ-lyon3.fr, p03. 2014/03/20: أطلع عليه بتاريخ:

¹ - ورد خطأ مطبعي في نص المادة باللغة العربية في عبارة "متعاقدين" والأصح هو "متعاقبين"، بحسب النص باللغة الفرنسية ومعناه أن يوصى مالك العقار بحق الانتفاع لشخصين، أو أكثر على التعاقب، فيكون إذا انتهى حق انتفاع أحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذي يليه يستمد مباشرة من الوصية، وليس من المنتفع الذي سبقه، أنظر نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 258.

² - محمد وحيد الدين سوار، "شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص 361، و 362.

³ - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 119.

فإذا رتب الشركاء حق انتفاع على حصة شائعة فيه، فإنه يقع هذا التصرف صحيحاً وناظاً في حق جميع الشركاء.¹

ومتى تقرر ترتيب حق انتفاع على حصة شائعة في عقار، فإن للشخص المنتفع حق الاستعمال والاستغلال والانتفاع بهذا العقار الشائع، ويحتفظ الملاك المشتاعون بملكية رقبة الشيء الشائع، وإذا أجمع الشركاء على ترتيب حق انتفاع لفائدة أحد الشركاء، فإن هذا الأخير يكون منتقاً بحصة شائعة، ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار.

وأما إذا كان التصرف مقرراً لفائدة شخص أجنبي، ومهما كان السند الذي اكتسب به هذا الحق، فإن الشركاء في الشيوع يحتفظون بملكية العقار الشائع، وبذلك يتجزأ عندئذ حق ملكية الشركاء المتصرفون إلى حقين حق ملكية الرقبة الذي يبقى لهم، وحق الانتفاع الذي ينتقل إلى المتصرف إليه؛ ويبقى للشركاء حق التصرف باعتبارهم أصحاب الرقبة، فيكون لهم القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة وأعمال التصرف وطلب القسمة. أما سلطات الملكية الخاصة باستغلال الحصة الشائعة والإدارة المعتادة، فإنها تثبت لصاحب حق الانتفاع الذي يعتد بصوته بقدر الحصة الوارد عليها حق الانتفاع عند حساب الأغلبية المطلوبة بالنسبة لهذه الإدارة فيما تعلق باستغلال العقار في حدود الغرض المخصص له.²

كما أنه في حالة ترتيب قسمة المهايأة المكانية، أو الزمانية، فإنه يعتد بإرادة المنتفع في هذه القسمة لا بإرادة الشركاء المتصرفون، كما يكون له الحق في ثمار الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حقه³، ويكون عليه أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة.

وللملاك على الشيوع أصحاب الرقبة الاعتراض على أي استعمال غير مشروع، أو غير متفق مع طبيعة الشيء⁴، بحيث يكون للمنتفع حق استعمال العقار استعمالاً شخصياً في كل ما أعدله،

1 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 170

2- ندين محمد مشموشي، " حق الانتفاع"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 40.

3- أنور العمروسي، " الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني"، دار محمود للنشر والتوزيع، (بدون ذكر بلد النشر ولا سنة الطباعة)، ص 270.

4- أنظر المادة 847 من ق.م.ج.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
فيكون له أن يسكن البناء المعد للسكن، وزراعة الأرض المعدة للزراعة في حدود الغرض الذي أعد
له العقار، شرط أن لا يسيء استعماله، كما له أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقه
في الانتفاع.

الفرع الثاني: مصير حق الانتفاع بعد القسمة

عند إجماع الشركاء على ترتيب حق انتفاع على حصة شائعة في عقار، ثم انقضى هذا الحق
لأي سبب من الأسباب، سواء بانتهاء المدة المرتبة لهذا الحق، أو بوفاة المنتفع المتصرف إليه قبل
وقوع القسمة، توول الملكية كاملة إلى الشركاء أصحاب الرقبة، ويصبحون يمارسون جميع حقوق
الشريك كاملة.

وصحة هذه التصرفات لا يوجد ما يشوبها طالما بقي الشيوع قائماً، إلا أن التساؤل يثار حول
مصير حق الانتفاع، في حالة قسمة العقار الشائع، إذا وقع الجزء محل هذا التصرف في نصيب
أحد الشركاء، أو إذا آل كل العقار الشائع إليه في مقابل مبالغ نقدية يدفعها إلى بقية الشركاء مقابل
حصصهم فيه.

اختلف الفقه بشأن مصير هذه التصرفات إلى رأيين، نأتي إلى شرحهما بالتفصيل فيما يلي:
الرأي الأول: يرى بعض الفقه أن الأثر الكاشف للقسمة يؤدي إلى اعتبار الشريك المتقاسم مالكا
للحصة المعينة التي آلت إليه بالقسمة منذ نشوء الملك على الشيوع، أي أن الحصة، أو المال
يعتبر مملوكا للشريك منذ بدء الشيوع وبمقتضى السبب القانوني المنشأ له، ومن ثم يكون حق
الانتفاع الذي رتبته الشركاء على الشيوع واقعا على ملك الغير، فيما زاد على حصة الشريك
المتقاسم، ولا يسري حق الانتفاع على الشريك الذي وقع العقار المتصرف فيه في نصيبه.¹
الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي إلى القول: أن صحة مثل هذا التصرف الجماعي ونفاذه في حق
جميع الشركاء، لا تتأثر بالقسمة، ولا بما ينسب إليها من أثر رجعي، إذا كان مقررا لحق عيني
تبعي، أو لحق عيني أصلي متفرع عن الملكية، فالأثر الرجعي للقسمة - يفرض وجوده- إنما
يقصد بتقريره مجرد حماية كل شريك من التصرفات التي يكون شريكه قد أجراها في فترة الشيوع
على ما أفرز له بالقسمة من نصيب، وواضح أنه لا محل لمثل هذه الحماية، حيث يكون التصرف

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 117.

مشتركا صادرا من جميع الشركاء وناظذا في حقهم، فلا يملك أحدهم من بعد إءعاء التحل منه استنادا إلى نتيجة القسمة، إذ لا يقبل من أحد نقض ما تم على يديه وبرضاه.

ولذلك يجب أن يكون المبدأ هو بقاء التصرف الجماعي قائما وناظذا، رغم وقوع القسمة، وأيا كانت نتيجتها.¹

وهو الرأي الغالب الذي يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء في كل المال يكون صحيحا ويضل ناظذا في مواجهة كل الشركاء، وخلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة.²

فمثلا لو رتب شريكان معا حق انتفاع على أرض شائعة، واقتسما بعد ذلك الأرض والدار، فووقت الأرض في نصيب أحدهما، فإنها تقع مثقلة بحق الانتفاع، ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لا يملك من الأرض وقت أن رتب التصرف، إلا جزءا شائعا، فلا يبقى الانتفاع من الأرض، إلا في حدود هذا الجزء، أما الباقي فيعتبر التصرف فيه مرتب من شريكه الآخر، وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك، فيبطل التصرف الصادر منه، لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك، بل يبقى التصرف كله قائما على الأرض بعد القسمة.³

وقد طبق المشرع هذا المبدأ صراحة في ما تعلق بالرهن الرسمي، كما سوف نرى ذلك لاحقا، غير أن تطبيق هذا المبدأ لا يحتاج إلى نص خاص في صدد كل حالة، ولذا يجب إعماله دون نص في شأن ما يتقرر بالإجماع عند ترتيب حق الانتفاع، فيبقى الحق قائما وناظذا أيا كانت نتيجة القسمة.⁴

وعليه فإن التصرف يصدر ممن يملكون إبرامه، ولا يعقل أن يتأثر مثل هذا التصرف بالقسمة وما يترتب عنها من نتائج، لأنه لا يتضمن مساسا بحق أي شريك.⁵

في حين يذهب بعض شراح القانون المدني إلى القول أنه في حالة بقاء التصرف قائما بعد إجراء القسمة وانقضاء حالة الشيوخ، لا يجوز تطبيق حكم المادة 890 من ق.م.ج على غير الرهن الرسمي، على اعتبار أنه حكما استثنائيا خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي

1 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 170.

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 117.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 837.

4 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 170.

5 - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 175، و176.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف للقسمة، بحيث أنه إذا ترتب على القسمة أن وقع العقار المرهون في نصيب أحد الشركاء، فإنه بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر باقي الشركاء راهنين لملك الغير، فيما زاد على حصة هذا الشريك، ومن ثم فلا يتحمل العقار في يده، إلا بقدر هذه الحصة.¹

ويرجح الباحث في هذه المسألة ما ذهب إليه الرأي الغالب في بقاء التصرف الصادر من جميع الشركاء قائماً وناظراً رغم وقوع القسمة، وأياً كانت نتيجة هذه القسمة، على أساس رضا جميع الشركاء بهذا التصرف بدايةً وبما قد يترتب عليه عند انتهاء حالة الشيوغ، والعمل على تكريس استقرار المعاملات، دون حاجة التأسيس إلى ما جاء في نص المادة 890 من ق.م.ج، التي جاءت بنفس الحكم.

المطلب الثاني: عقد الإيجار وحق الانتفاع الصادر من طرف الشريك منفرداً

قد ينفرد الشريك بترتيب عقد إيجار على حصته الشائعة (الفرع الأول)، وقد يقوم بالتصرف فيها بإنشاء حق انتفاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإيجار الصادر من طرف الشريك منفرداً

إذا قام أحد الشركاء منفرداً بإيجار حصته الشائعة في عقار، يكون تصرفه جائزاً والإيجار يقع صحيحاً ناظراً دون حاجة للحصول على موافقة بقية الشركاء، على اعتبار أنه تصرف فيما يملك طبقاً للمادة 714 من ق.م.ج، السالفة الذكر التي تنص على ما يلي: " كل شريك في الشيوغ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ."

فالشريك عندما يؤجر حصته يؤجرها باعتبارها حقاً معنوياً، لا باعتبارها شيئاً مادياً ينتفع به المستأجر، وبذلك يجوز إيجاره كسائر الحقوق المعنوية، فإذا تم عقد الإيجار على هذا الأساس، كان العقد صحيحاً وناظراً في حق بقية الشركاء دون حاجة لرضاهم؛ إلا أن حقوق المستأجر تكون ضيقة، حيث أنه لا يستطيع أن يتسلم ما استأجره لينتفع به، بسبب تعذر الشريك المؤجر أن يسلمه الحصة الشائعة²، لأن كل من الشركاء الآخرين لهم في كل ذرة من العقار الشائع مثل ما للشريك المؤجر من

1 - عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 175.

2 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 67، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 64 وما يليها.

حقوق، ويجوز لهم أن يشاركوا المستأجر في الانتفاع بأي جزء من العين المؤجرة، فلا يكون لمستأجر الحصة الشائعة حقوقاً أكثر مما للمؤجر حتى تتم قسمة العقار الشائع، حينها يستلم المستأجر ما اختص به الشريك المؤجر من نصيب، وتتنحصر آثار الإيجار على هذه الحصة التي اختص بها.¹ وأما ما تقوم به الأغلبية المعترضة على الإيجار الصادر من أحد الشركاء من أعمال الإدارة، يكون نافذاً في حق الشريك المؤجر والمستأجر منه، ولا يبقى لهذا الأخير في هذه الحالة سوى الرجوع على الشريك المؤجر طبقاً للقواعد العامة، فيكون له أن يطلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى.

وإن لم توجد أغلبية، فإنه يحق للشريك المؤجر بالدعوى المباشرة وللمستأجر منه بالدعوى غير المباشرة أن يطلب من المحكمة أن تتخذ من التدابير اللازمة ما تقتضيه ضرورة الاستغلال والانتفاع بالعقار الشائع طبقاً لنص المادة 716 من ق.م.ج؛ وقد تقر المحكمة الإيجار الصادر من الشريك لحصته الشائعة، كما لها أن لا تقره، وتعين مديراً يتولى إدارة العقار الشائع الذي قد يقر هو بدوره الإيجار الصادر من الشريك المؤجر.²

أما إذا قام الشريك بتأجير حصته الشائعة إلى شريك معه، فإن كان الإيجار لأجنبي صحيحاً، فمن باب أولى أن يكون كذلك في حالة الإيجار للشريك، ويكون الشريك المستأجر مالكا للعين المؤجرة بصفته مالكا لبعضها ومستأجراً لحصة الشريك المؤجر، ويكون الإيجار نافذاً في حق باقي الشركاء³ إذا اجتمع في هذه الحالة للمؤجر والمستأجر أغلبية من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الأنصباء، وتوفر في الإيجار الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 720 من ق.م.ج⁴

1 - رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 129.

2 - نفس المرجع، ص 130، جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 68، و69، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 64.

3 - وقد أجاز المشرع العراقي صراحة للشريك أن يؤجر حصته الشائعة للشريك، أو للغير في نص المادتين 731 و1061 من القانون المدني العراقي، أنظر ضحى محمد سعيد، "التصرف القانوني للشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة)"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، العراق، سنة 2011، ص 18.

4 - سوف نتطرق بالتفصيل لهذا النوع من التصرفات في المبحث الأول من الفصل الثاني وتحت عنوان: التصرفات المرتبة من أغلب الشركاء.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

وأما إذا لم تتوفر هذه الأغلبية للمؤجر والمستأجر وفق ما ذكرنا، كان الحكم نفسه الذي ذكرناه سابقا، وهو أحقية من يملكون أغلبية الحصص بطرد الشريك المستأجر حفاظا على حقوق الملاك على الشيوع ومصالحهم في الانتفاع بالعقار الشائع على أكمل وجه.

وقد عمل المشرع الجزائري طبقا للقانون 90-30 المتضمن ق.أ.و، على تفعيل الانتفاع بالعقار الشائع في الحالة التي تكون فيها الدولة ممثلة في الجماعات المحلية مالكة على الشيوع مع أشخاص طبيعيين أو معنويين، من خلال تأجير حقوقها الشائعة لفائدة الشركاء في الشيوع إذا استحالت قسمة العقار الشائع، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع المصلحة العامة، أما إذا رفض باقي الشركاء هذا الإيجار ورفضوا أيضا شراء حصة الدولة لأي سبب كان، فإن المشرع أقر للجماعات المحلية المالكة على الشيوع التخلص من الحصة الشائعة عن طريق بيعها وفق الإجراءات القانونية المعمول بها والتي تستدعي المنافسة.¹

وبين المشرع إجراءات هذا الإيجار في نص المادة 125 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، حيث تقضي بأنه إذا كان هناك اتفاق بالتراضي وتنازلت الدولة وأجرت حقوقها المشاعة، تحدد إدارة أملاك الدولة ثمن هذه الحقوق ويقع التأجير بإذن من وزير المالية.²

بناء على ما ذكرنا فإننا نجد أن أحكام القانون المدني الجزائري متفقة مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من جواز إيجار الحصة الشائعة للشريك ولغيره، ويترتب عليه أن ينتفع المستأجر بها عن طريق قسمة المهاية، على أن تعود الحصة الشائعة إلى الشريك المؤجر، لأن العقار لم يتم قسمته قسمة نهائية.³

" ذهب المالكية إلى القول بأنه يجوز للشريك أن يقوم بتأجير حصته الشائعة للشريك، أو لأجنبي، دون أن تتوقف صحة الإجارة على رضا باقي الشركاء، وذلك قياسا على حقه في بيع حصته الشائعة

¹ -أنظر المواد 97-99 من القانون رقم: 90-30، المتضمن ق.أ.و.

² - أنظر المادة 125 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

³ - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 71، و72.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعمارة الشائع عن طريق أعمال التصرف ، وذلك لأن حقيقة الإجارة إنما يبيع يرد على المنافع، فكما يحق للشريك بيع حصته الشائعة من الشريك وغيره، فكذا يجوز له تأجير حصته الشائعة من الشريك وغيره.¹

الفرع الثاني: حق الانتفاع الصادر من طرف الشريك منفردا

بما أن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة، يكون له باعتباره مالكا على هذا النحو أن يتصرف في حقه بكافة التصرفات القانونية، إذ يجوز له أن يرتب على حصته حقا عينيا للغير إذا لم يكن في طبيعة هذا الحق ما يحول دون وروده عليها، وبما أن حق الانتفاع حق عيني أصلي وهو اقتطاع من حق الملكية، فإنه إذا تصرف الشريك في حصته مرتبا عليها حق انتفاع، وقع تصرفه صحيحا، ويكون نافذا في مواجهة جميع الشركاء، دون حاجة إلى موافقتهم ودون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة.²

فأما صحته ونفاذه بالنسبة للمتصرف، فيكون لأنه مالك وهو من رتب الحق على الحصة التي يملكها على الشيوع، وأما صحته ونفاذه بالنسبة لبقية الشركاء، فيرجع إلى أن ترتيب الشريك المتصرف لهذا الحق ليس فيه مساس بحقوقهم.³

فإذا كان الشريك باستطاعته استعمال واستغلال حقه الشائع، بما لا يضر حقوق الشركاء الآخرين، فإن من حقه أن يتنازل عن هذا الانتفاع لمصلحة شخص آخر شريكا كان، أم أجنبيا، يمارس على الحصة الشائعة وفي نفس الحدود ما كان يمارسه الشريك، فلا يوجد في ذلك ما يتعارض مع نص المادة 714 من ق.م.ج.⁴

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم: 161833، صادر بتاريخ: 1998/09/30، حيث أقرت مبدأ مفاده أنه "يجوز للشريك في الشيوع التصرف في حصته شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء".⁵

1 - مازن مصباح صباح، المرجع السابق، ص 74.

2 - ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 40، أنظر ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 17.

3- محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 32.

4 - مخازني فايزة، "تصرف الشريك في المال الشائع - دراسة مقارنة-"، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2004-2005، ص 31.

5 - مجلة الاجتهاد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الثاني، لسنة 2004، ص 195.

كما جاء في قرار آخر لها رقم: 63765 صادر بتاريخ: 1990/10/29، يقضي بما يلي:
"من المقرر أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها.
ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت
للطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوخ، أخطأوا
في تطبيق القانون."¹

وبناء على ما سبق يتجزأ حق ملكية الشريك المتصرف إلى حقين، حق في ملك الرقبة يبقى
له، وحق في الانتفاع يثبت للمتصرف إليه، ويكون للمتصرف بصفته صاحب حق الرقبة اعتباره
شريكا في هذه الحدود من خلال مباشرته لأعمال الإدارة غير المعتادة وحق التصرف، كما له
الحق في طلب القسمة.²

أما المنتفع في هذه الحالة، فله سلطة الإدارة المعتادة فيما يتعلق باستعمال وباستغلال العقار
في حدود الغرض المخصص له، كما أنه في حالة ترتيب قسمة المهايأة المكانية، أو الزمنية يعتد
بإرادة المنتفع في هذه القسمة لا بإرادة الشريك المتصرف.³

وبذلك يصبح هو صاحب الحق في ثمار الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حقه، وبحسب
صوته بقدر الحصة الوارد عليها حق الانتفاع عند حساب الأغلبية المطلوبة في شأن هذه الإدارة،
أو عند استكمال الإجماع اللازم في شأن قسمة المهايأة، ويكون استعمال العقار وفق حالته التي
سلمه بها وبحسب ما أعد له، وبذلك لا تكون له الصفة في مباشرة أعمال الإدارة غير المعتادة، ولا
الموافقة على القيام بها، ولا يكون المنتفع صاحب الشأن عند التصرف في العقار الشائع ولا في
طلب القسمة، بل تكون من صلاحيات الشريك صاحب الرقبة. وإذا انقضى حق الانتفاع قبل
انقضاء الشيوخ عادت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب حق الرقبة، وسوف نبحت في ما يلي
حالة بقاء حق الانتفاع قائما بعد انقضاء الشيوخ عن طريق القسمة.

1 - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1992، ص 28.

2 - ندين محمد مشموشي، المرجع السابق، ص 40.

3 - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثالث: مصير الإيجار وحق الانتفاع بعد إجراء القسمة.

عند ترتيب الشريك عقد إيجار، أو حق انتفاع على حصته في عقار شائع، ثم انقضى هذا الحق لأي سبب من الأسباب، سواء بانتهاء المدة المرتبة لهذا الحق، أو بوفاة المستأجر، أو المنتفع المتصرف إليه قبل إجراء قسمة العقار الشائع، تؤول الملكية كاملة إلى الشريك المؤجر في عقد الإيجار ولصاحب الرقبة في حق الانتفاع، ويصبح يمارس كل منهم جميع حقوق الشريك، أما في حالة ما إذا بقي عقد الإيجار، أو حق الانتفاع قائما بعد إجراء القسمة وانقضاء حالة الشيوخ، فإن التساؤل المطروح في هذه الحالة هو: ما هو مصير عقد الإيجار وحق الانتفاع بعد إجراء القسمة؟

لم يأت المشرع بنص يبين فيه حكم هذا الافتراض، كما لم يسهب الفقه في الجواب عن هذا التساؤل، وكلما تناوله هو أنه يطبق عليه عن طريق القياس الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي. ويرى الباحث أن طبيعة حق الانتفاع تختلف عن طبيعة الرهن، فإذا كان في الرهن الرسمي تنص المادة 2/890 من القانون المدني، على أنه في الحالة التي يختص بها الشريك الراهن على أعيان غير التي رهنا، فإنه ينتقل الرهن بمرتبته إلى ما اختص به من أعيان عن طريق فكرة الحلول العيني، فإن هذا الحكم لا يمكن أن يطبق في حالة ترتيب عقد الإيجار، أو حق الانتفاع. لأنه إذا كان شريك يملك على الشيوخ مثلا منزلا وقطعة أرض فلاحية، ورتب هذا الشريك على حصته الشائعة في قطعة الأرض عقد إيجار، أو حق انتفاع للغير، وبعد إجراء القسمة اختص الشريك المتصرف بالمنزل، في حين أن عقد الإيجار أو حق الانتفاع لم تنته آجاله قبل إجراء القسمة، فإنه من غير المعقول تطبيق ما جاء في الحكم المتعلق بالرهن الرسمي، وتجسيد فكرة الحلول العيني عن طريق انتقال محل التصرف لصالح المتصرف إليه من قطعة الأرض إلى المنزل الذي اختص به الشريك المتصرف، لأن الغرض من ترتيب عقد الإيجار، أو حق الانتفاع ينتفي في هذه الحالة، حيث أن الهدف من الانتفاع بقطعة أرض فلاحية يختلف عن الهدف من الانتفاع بمنزل، ولا يمكن إنشاء حقوق والتزامات لم تذهب نية المتعاقدين إلى ترتيبها، وهذا ما قصد به الباحث عند القول أن طبيعة الإيجار وحق الانتفاع تختلف عن الرهن الرسمي، وعلى هذا الأساس، فإن مصير الإيجار وحق الانتفاع بعد إجراء القسمة يترتب حسب عدة حالات كما يلي:

أولاً: حالة اختصاص الشريك المؤجر في عقد الإيجار، أو الشريك صاحب الرقبة في حق الانتفاع بالحصّة التي رتب عليها التصرف بعد إجراء قسمة العقار الشائع، أي وقوع الجزء الوارد عليه عقد الإيجار، أو حق الانتفاع في نصيب الشريك المتصرف، وهنا لا يوجد أي إشكال، فيستمر عقد الإيجار، أو عقد الانتفاع على نفس الجزء المفرز، بعدما كان حصّة شائعة قبل القسمة؛ فبموجب الأثر الكاشف للقسمة يصبح محل الحق مفرزا بعدما كان شائعا، وليس كما ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن هذا الجزء قد حل محل حصته حلولا عينيا، فهو لم يحل وإنما تركز فيه حق المؤجر، أو صاحب الرقبة بمقتضى القسمة.¹

ثانياً: في حالة اختص الشريك المؤجر، أو الشريك صاحب الرقبة بعين أخرى غير التي رتب عليها عقد الإيجار، أو حق الانتفاع، ولا تكون هذه الحالة، إلا إذا كان التصرف واردا على مجموع من المال الشائع يتكون من عدة عقارات، فيرتب الشريك عقد الإيجار، أو حق الانتفاع لصالح الغير على إحدى العقارات المكونة له. ومثال ذلك أن يكون الشريك مالكا على الشيوخ رفقة عدة شركاء آخرين قطعة أرض ومبنى، فيرتب عقد إيجار، أو حق انتفاع على قطعة الأرض فقط، وبعدها أسفرت القسمة على اختصاصه بالمبنى، في هذه الحالة ينتهي السبب المنشأ من أجله هذا التصرف والتي دعت نية التعاقد إليه، خاصة من طرف المستأجر، أو صاحب حق الانتفاع الذي اتجهت إرادته إلى ترتيب عقد إيجار، أو حق انتفاع على قطعة الأرض، والتي تختلف تماما عن طبيعة الانتفاع بالمبنى.

وعليه فإن التصرف في هذه الحالة ينقضي لانقضاء سبب التعاقد بين طرفيه بعد إجراء القسمة ، ويرد الشريك المؤجر في عقد الإيجار، أو الشريك صاحب الرقبة في عقد الانتفاع ثمن ما زاد عن المدة التي تم الانتفاع بها إذا قبض بدل الإيجار، أو بدل حق الانتفاع، ولا يتم استمرار التصرف على الشكل المذكور، إلا إذا كان اتفاق جديد بين المتعاقدين.

¹ - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 37.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف وهو ما ذهب إليه بعض الفقه بالقول: إذا اختص الشريك المتصرف بعقار، أو منقول آخر، فإن حق الانتفاع لا يتحول إليه إلا باتفاق آخر جديد، ويقاس على ذلك في ما تعلق بالنقود، أو الأشياء الأخرى.¹

ثالثاً: حالة اختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار المرتب عليه عقد الإيجار، أو حق الانتفاع، في هذه الحالة يمكن أن نتصور تطبيق الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي وعن طريق القياس لما نص عليه المشرع في المادة 890 من ق.م.ج، وبذلك ينتقل محل عقد الإيجار، أو حق الانتفاع إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك المؤجر في عقد الإيجار، أو الشريك صاحب الرقبة في عقد الانتفاع بمقتضى القسمة، فيتركز حق المستأجر، أو المنتفع على ما اختص به الشريك المتصرف، ومثال ذلك عندما يكون شريك مالك على الشيوخ قطعة أرض فلاحية، ورتب على حصته التي يستغلها عن طريق قسمة المهايأة المكانية عقد إيجار، أو حق انتفاع، وعند إجراء القسمة اختص بجزء من قطعة الأرض غير التي رتب عليها التصرف، ففي هذه الحالة ينتقل محل التصرف إلى الجزء الذي اختص به الشريك المؤجر، أو الشريك صاحب الرقبة.

رابعاً: في حالة اختص الشريك المؤجر في عقد الإيجار، أو الشريك صاحب الرقبة في عقد الانتفاع بكامل العقار الذي رتب على حصة منه التصرف، في هذا الافتراض لا يشمل عقد الإيجار، أو حق الانتفاع إلا ما يقابل مقدار الحصة الشائعة المنتفع بها، ولا يمتد التصرف ليشمل كل العقار.

فقد يقع العقار كله، أو جزء مفرز منه أكبر من قيمة الحصة المرتب عليها التصرف في نصيب الشريك المتصرف، كما لو كان هذا الأخير يملك على الشيوخ قطعة أرض ودار، فأقر عقد إيجار، أو حق انتفاع على حصته الشائعة في قطعة الأرض، وبعد وقوع القسمة اختص الشريك المتصرف بقطعة الأرض كاملة، فإن التصرف في هذه الحالة يترتب في حدود الحصة، ولا يمتد إلى كامل قطعة الأرض، بحيث إذا كان المتصرف إليه ينتفع بنصفها لا يكون له الحق في الانتفاع بها كاملة، إلا إذا كان هناك اتفاق جديد بين المتعاقدين.

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، "تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني"، مجلة جامعة الملك سعود م26، الحقوق والعلوم السياسية (1)، الرياض، 2014، ص 09، أنظر ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 17.

المبحث الثاني

انتفاع الشركاء بالعقار الشائع عن طريق رهنه

يقوم الاقتصاد المعاصر على الائتمان باعتباره من أهم عناصر الإنتاج، ذلك أن معظم الاستثمارات تعتمد في تمويل مشاريعها على الاقتراض من الغير، وبصفة خاصة من البنوك، أو المؤسسات التمويلية باختلاف أشكالها.

إذ قلما يعتمد التمويل الاقتصادي لمشروع ما على القدرة الذاتية للمستثمر، ولأن المشاريع الاستثمارية تسعى إلى الرفع من الإنتاج وتحقيق أكبر نسبة من الأرباح، فإن أصحاب المشاريع يلجأون عادة لطلب التمويل من البنوك، إلا أن هذه المؤسسات البنكية لا تعطي ائتمان دون ضمان، بل يجب تخصيص مال مملوك للمدين، أو الغير للوفاء بدين الدائن، وبعد الرهن الرسمي العقاري أقوى ضمان للوفاء بالقروض، لما يختص به من ثقة لدى المؤسسات الائتمانية، وهو ما ينعكس على ازدهار التنمية والنشاط الاقتصادي.¹

ولهذا قد يستعين الشركاء في العقار الشائع للانتفاع به واستثماره بترتيب رهن، سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا على حصصهم الشائعة، قد يكون هذا التصرف صادر من جميع الشركاء (المطلب الأول)، أو صادر من الشريك منفردا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرهن الصادر من جميع الشركاء

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى حكم الرهن الرسمي قبل القسمة (الفرع الأول)، ثم نبحث في مصيره بعد إجراء قسمة العقار الشائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم الرهن الصادر من جميع الشركاء

عرفت المادة 882 من ق.م.ج، الرهن الرسمي² بما يلي: "الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان."

1 - حليلة بن حفو، "جدوى الرهن الرسمي العقاري"، مجلة الأملاك، العدد 8، المطبعة والوراقة الوطنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، السنة 2010، ص 138، و139.

2 - كما نص المشرع الجزائري على الرهن العقاري في نص المادة 966 من القانون المدني واعتبره رهن رسمي على عقار، وتنقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن الذي يمكنه الانتفاع به واستغلاله وتسديد ما عليه من تكاليف، غير أن هذا الرهن غير معمول به عمليا لما فيه من أضرار تلحق المدين المرتهن عند المساس بحق ملكيته، أنظر قسوري فهيمة، "إشكالات الرهنون في تأمين

ويتضح من نص المادة 882 السالفة الذكر أن الرهن الرسمي عقد يكسب بموجبه الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه في حالة عجز المدين صاحب العقار الوفاء بدينه، بحيث يكون له بمقتضى هذا العقد أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كان.

كما يعرف الرهن الرسمي على أنه رهن عقاري يشكل أهم وسيلة لضمان أداء الدين بالنسبة للدائن المرتهن، إذ يخول له ميزتي التقدم والتتبع، وهو يرد استثناء على بعض المنقولات الخاضعة لنظام الشهر والتسجيل مثل السفن والطائرات.

كما عرفت المادة 948 من ق.م.ج الرهن الحيازي بأنه "عقد يلتزم به شخص، ضمنا لدين عليه، أو على غيره أن يسلم إلى الدائن، أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخول له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."

وتنص الفقرة الأولى من المادة 890 من القانون المدني على ما يلي: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد، أو على بيعه لعدم إمكان القسمة."

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء، سواء كان واردا على كل العقار الشائع، أو على حصة شائعة، أو مفرزة منه يكون نافذا في حقهم جميعا، سواء كان ذلك قبل القسمة، أو بعدها، أو بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية؛ فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة، لأنه صدر منهم جميعا.

وإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه، انتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه مثقلا بالرهن وما يرتبه من آثار، فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذا التقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد

القروض العقارية"، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول "إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر"، المنعقد يومي 17 و18 فيفري 2013، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد تجريبي، سبتمبر 2013، ص 153، و154.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف العيني، كما أنه ينتقل إلى الورثة متقلا بالرهن في حالة وفاة الشركاء جميعا، أو بعضهم، وبذلك فإن الرهن يسري في حق الشركاء وفي حق الخلف الخاص والخلف العام.¹

كما يجوز للشركاء مجتمعين أن يرتبوا رهنا حيازيا على حصة شائعة في عقار، ولا يوجد مانع في ذلك ما دام الرهن الحيازي يقع على عقار طبقا لنص المادة 949 من ق.م.ج، بالإضافة إلى أن الحيازة² لهذه الحصة المتصرف فيها، سواء للدائن، أو لأجنبي تكون ممكنة، لأن هناك إجماع على هذا التصرف، وبالتالي لا يتصور أن تكون الحيازة تضر بأحد الشركاء، وعليه يصح التصرف ويكون نافذا في مواجهة الغير من خلال تمكين الدائن، أو الأجنبي من حيازة العقار الشائع، أو جزء مفرز يعادل الحصة الشائعة.

الفرع الثاني: مصير الرهن بعد انقضاء الشيوخ

بعد قسمة العقار ومهما كان نوعها، سواء كانت قسمة عينية، أو بيع عن طريق التصفية، وطبقا لأحكام نص الفقرة الأولى من المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر، رتب المشرع نفس الحكم، أي أنه أبقى على الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا، وصحيا في حقهم جميعا، وعليه تكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة، لأن كلهم رهنوا العقار الشائع وبالتالي يبقى مرهونا بعد إفرازه.³

ففي هذه الحالة، وإذا وقع العقار الشائع كله في نصيب أحد الشركاء، فإنه وفقا للقواعد العامة، الرهن يظل صحيا فقط في قدر حصته طبقا لنص المادة 730 من القانون المدني السالفة الذكر التي تنص على ما يلي: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".

¹ -تومي مريم، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 38، جوان 2014، ص 239. شوقي بناسي، "أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 136. أنظر كذلك أنور العمروسي، "الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني"، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، مصر، 2003، ص 89.

² - أنظر المادتين 951، 961، من ق.م.ج.

³ - محمد علي صاحب، "رهن العقار الشائع رهنا تأمينيا"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 13، الإصدار 2، العراق، 2011، ص 26.

فلا يسري الرهن الرسمي على الشريك الذي يختص بالعقار المرهون وفق الأثر الرجعي للقسمة، إلا في حدود حصته فيه، لأنه لم يرهن أكثر من حصته، ولأنه نتيجة للأثر الكاشف للقسمة يصبح رهن غيره من الشركاء غير نافذ لوقعه على ما لا يملكون، وبالتالي لا يجوز رهن ملك الغير.¹ غير أن هذا الحكم استبعده المشرع بنص صريح وفق ما جاءت به المادة 1/890 السالفة الذكر، حيث قرر سريان الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء على الشريك الذي يختص بالعقار المرهون، وذهب إلى الحكم بإبقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء، أي كانت النتيجة التي تترتب عن قسمة العقار فيما بعد، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.²

وقد أخذ هذا الحكم من المشرع المصري الذي نص عليه في المادة 1/1039 من القانون المدني والذي أخذه بدوره من المشرع الفرنسي عندما عدل القانون المدني بقانون 31 ديسمبر 1910، بحيث أضاف فقرة إلى المادة 2125، تنص فيه صراحة على أن العقار الشائع ينتقل إلى الشريك الذي اختص به مثقلا بالرهن كاملا. وهذا بعد أن تم معارضة حكم صادر عن القضاء الفرنسي في 12 جانفي 1909 يقضي بأن الرهن الصادر من جميع الشركاء ينتقل إلى الشريك مثقلا بالرهن في حدود حصته في الشيوخ فقط، وهذا إعمالا لفكرة الأثر الرجعي للقسمة، بحيث يعتبر الشركاء الآخرين بعد القسمة كأنهم لم يملكوا أصلا. وكان هذا الاعتراض من قبل الموثقين في فرنسا على أساس أن جميع الشركاء قد صدر منهم رهن العقار الشائع، ومن ثم فيجب أن يبقى الرهن نافذا في حقهم جميعا حتى بعد القسمة، ولو كان نصيب أحدهم كل العقار الشائع، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي في الأخير.³

ولهذا الشريك طبقا لأحكام الضمان في القسمة أن يرجع على باقي الشركاء، إلا إذا تم مراعاة ذلك في القسمة، أو في تقدير ثمن العقار.⁴

1 - محمد صبري السعدي، "الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 49، و 50.

2 - نفس المرجع، ص 50، أنور العمروسي، "الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني"، المرجع السابق، ص 90، و 91.

3 - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 137.

4 - أنور العمروسي، "الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني"، المرجع السابق، ص 91.

كما أنه في حالة بيع العقار المرهون لتعذر قسمته قسمة عينية، يبقى أيضا الرهن صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء،¹ فإن رسا المزاد على أحدهم، تحمل الرهن كاملا في العقار، على أن يرجع على شركائه، ما لم يكن الثمن الذي رسا عليه المزاد منظور فيه بسبب تحمله بالرهن، أما إذا رسا المزاد على أجنبي تظهر العقار من الرهن، وانتقل حق الدائن المرتهن إلى ثمن العقار الراسي به المزاد.²

وبالتالي فإن العقار الشائع ينتقل مرهونا إلى الشريك الذي اختص به بعد القسمة، وليس له أن يحتج بأن الالتزام بالرهن يقع فقط على جزئه الذي كان به شريكا ويسقط الرهن على بقية الأجزاء، فلا تؤثر القسمة فيما بعد على حق الدائن المرتهن، حتى وإن وقع في يد شريك واحد من المالكين على الشيوخ، مما يجعل أحد الشركاء فقط يتحمل الضرر في حين يتخلص بقية الشركاء من الرهن، وهو ما يجافي العدالة ويتناقض مع مبدأ المساواة.

وعلى هذا الأساس يتفق الباحث مع مذهب إليه بعض الفقه في أنه كان المفروض وطبقا للقواعد العامة لقسمة المال الشائع، أن يتحمل الشريك الذي اختص بالعقار الشائع الرهن بقدر حصته الشائعة، لأنه لم يرهن أثناء فترة الشيوخ إلا حصته الشائعة، وحسب الأثر الرجعي للقسمة، فإن بقية الملاك على الشيوخ لم يكونوا يملكون شيئا من العقار الشائع بعد القسمة.³

أما فيما تعلق بمصير الرهن الحيازي الصادر من طرف الشركاء مجتمعين بعد قسمة العقار الشائع، سواء قسمة عينية، أو قسمة تصفية، فلا يوجد نص يحكم هذه الحالة، كما لم يسهب الفقه كثيرا في شرحها.

ويرى الباحث أن الأحكام التي تنظم الرهن الحيازي أحالت في المادة 950 من القانون المدني ما يسري على الرهن الحيازي إلى أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي، ولم يضم المشرع المادة 890 مع نصوص المواد التي أحال إليها، مما يعني أنه قصد إبعاد الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي المذكورة في نص المادة والمتعلقة بإبقاء التصرف الصادر من طرف جميع الشركاء

¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 138.

² - سعاد الزروالي، " مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع المغربي - مقارنة قانونية وقضائية "، منشورات مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، دار الأفاق للنشر والتوزيع، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الأول، الرباط، مارس 2009، ص 93.

³ - محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 27.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف صحيحا وناظذا في حقهم جميعا، وبالتالي ووجب في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة على مصير الرهن الحيازي، وعليه يتحمل الشريك الذي اختص بالعقار الشائع الرهن بقدر حصته الشائعة، لأنه لم يرهن أثناء فترة الشبوع، إلا حصته الشائعة، ويرجع الدائن المرتهن فيما تبقى من التزامات الرهن على باقي الشركاء.

المطلب الثاني: الرهن الصادر من طرف الشريك منفردا على حصته الشائعة

يعمل الشريك المشتاع منفردا من أجل أن يستفيد من العقار الشائع وينتفع به عن طريق رهنه مقابل ما عليه من ديون متراكمة، أو عند الاقتراض البنكي لمباشرة استنثار أراده في الملكية الشائعة، سواء كان هذا الرهن رهنا رسميا (الفرع الأول)، أو رهنا حيازيا (الفرع الثاني)

الفرع الأول: رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا

قبل التطرق إلى حكم الرهن الرسمي ومصير التصرف قبل وبعد القسمة، كان علينا تبيان مفهوم نظرية الحلول العيني، لما لها من أهمية في الفهم الجيد عند البحث ودراسة النقاط المذكورة.

أولا: نظرية الحلول العيني

1: تعريف الحلول العيني

يقصد بالحلول العيني " إحلال شيء محل شيء آخر باعتباره عوضا عنه فيما كان موضوعا له من حق، وفيما كان خاضعا له من إعداد وتخصيص لغرض معين، بقصد ضمان استمرار تحقيق هذا الغرض، رغم انقضاء هذا الحق الأصلي".¹

ويأتي تناول دراسة نظرية الحلول العيني ضمن نطاق دراسة الذمة المالية، على اعتبار أن العناصر المكونة للذمة المالية يكون بها صفة الأشياء المثلية بالنسبة لبعضها البعض، مما يجعلها صالحة لحلول بعضها محل البعض الآخر.

ففي حالة ما إذا كان تصرفا قانونيا أدى إلى نقل ملكية مال معين مقابل عوض عنه، فإنه يؤدي إلى خروج هذا المال من مجموع الذمة المالية مقابل دخول شيء آخر فيها، وبذلك يحل المال المكتسب محل المال المتصرف فيه، ويكون كل منهما عنصرا في الذمة، ويمثل الفكرة المكتسبة وهي فكرة القيمة المالية.

¹ - زهدي يكن، " شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة "، المرجع السابق، ص 116.

وعرف بعض الفقه الحلول العيني: "بوجه عام يكون بخروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة، بدلا من المال الذي خرج، فيحل المال الجديد محل المال القديم، ويسري عليه نفس النظام القانوني الذي كان ساريا على المال القديم".¹

كما هناك من الفقه من عرف الحلول العيني بالقول: "إن فكرة الحلول العيني هي تقوم أساسا على الاستبدال الذي يصيب المال، وهو يقصد به التبدل القانوني، فإذا كنا بصدد تبديل شخص بشخص آخر كان الحلول شخصا، وإن استبدل عين بأخرى سمي الحلول عينيا، إذن الحلول العيني هو التبدل لعين معينة بعين أخرى، والحلول العيني معناه إخضاع مال للنظام القانوني الذي يحكم مالا آخر لسبب يقره القانون ويجيزه".²

وقد وضع الفقيه "أوبري ورو" نظرية تقليدية في الحلول العيني ألحقها بنظريته في الذمة المالية بحيث اعتبر أن الحلول العيني يكون دائما في مجموع معنوي من المال إذ تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العيني، إلا أن الفقه اتجه أخيرا إلى انتقاد النظرية التقليدية في الحلول العيني واضعا نظرية حديثة، ولفهم أكثر لفكرة الحلول العيني سوف نتناول بإيجاز النظريتين التقليدية والحديثة.

2: النظرية التقليدية للحلول العيني

تذهب هذه النظرية إلى ربط الحلول العيني بفكرة الذمة المالية، أي مجموعة أموال التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالذمة المالية، بافتراض وجود ذمتين، أو أكثر لشخص واحد، فإذا خرج أي مال من الذمة المالية وحل محله غيره من الذمة المالية الأخرى، فيعتبر هذا المال الجديد من عناصر الذمة المالية، وتعتبر أشياء مثلية يحل بعضها البعض.³ كما يعتبر بعض الفقه الفرنسي الحلول العيني افتراض قانوني، أو مجاز قانوني.⁴

¹ - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 251، و252، أنظر أيضا أمل شربا، "أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013، ص 142 .

² - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 26.

³ - محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصفحة.

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد، ومن أهم الانتقادات الموجهة، التطبيقات غير الصحيحة للحلول العام، لأنها إما أن تكون تطبيقات خاطئة، أو هي تطبيقات للحلول الخاص لا الحلول العام، وبالتالي يصبح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لا يقوم على أساس، ونذكر من هذه التطبيقات الخاطئة للحلول العام، حالة رجوع الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر، فيسترد الوارث الحقيقي من الوارث الظاهر ما حصل عليه هذا الأخير من مقابل لبعض أموال الشركة.

ويرى أصحاب النظرية التقليدية أن المقابل الذي دخل في الشركة قد حل حلولا عينيا محل المال الذي خرج منها، غير أن الصحيح هناك فرضين كان لابد من التمييز بينهما، فقد يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل بموجب تصرف قانوني، فيكون أساس الرد إلى الوارث الحقيقي الإثراء بلا سبب، إذا كان الوارث الظاهر حسن النية، أو العمل غير المشروع، إذا كان سيء النية، وليس على كل حال الحلول العيني.

أما إذا كان الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعويضا عن عمل غير مشروع، أو نزع الملكية، فذلك المقابل يكون من حق الوارث، لا بحكم الحلول العيني، بل بحكم أن هذا الوارث هو المالك الحقيقي الذي تم الاعتداء على ملكه، ونزع منه، وهناك عدة تطبيقات خاطئة للحلول العام.¹ والانتقادات الموجهة لهذه النظرية، تتمثل في القول بأن الحلول مجاز قانوني، أو افتراض قانوني لا يجوز التوسع في تفسيره لشمول حالات أخرى مماثلة، فالمقصود بالمجاز القانوني افتراض أن يكون للشيء طبيعة تخالف طبيعته، كافتراض المنقول عقار، وهذا غير موجود في الحلول العيني، إذ أنه لا يغير طبيعة الشيء، بل يعطيه حكم مخالف للقواعد العامة.

والأصل في الافتراض أن يقوم على أساس الإتيان بأحكام تخالف الحقيقة التي يضعها المشرع لمعالجة مسألة معينة، لكن الافتراض قد لا تكون غايته مخالفة نص قانوني، بل إسباغ صفة معينة لبعض النظم القانونية، فمثلا بقاء الميث حيا حتى تتم تصفية تركته، افتراض قانوني، كما أيضا في حالة إسباغ الصفة العقارية على منقول واعتباره عقارا بالتخصيص، رغم أنه في الأصل منقول.²

¹ - أنظر أكثر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 255، و 256.

² - أنظر أكثر أمل شربا، المرجع السابق، ص 146.

وانتقد الفقه الفرنسي بناء الحلول العيني على الافتراض القانوني، على اعتبار أن الافتراض مخالف لمبادئ القانون، وأما الحلول، فهو ليس كذلك، وهو ليس حلول شيء مادي محل شيء آخر، وإنما حلول قيمة مالية لشيء محل قيمة مالية لشيء آخر، فيهدف إلى ضمان القيمة.¹

3: النظرية الحديثة للحلول العيني

ترى هذه النظرية أن الحلول ليس مجاز قانوني، وتعتبر أن الحلول العيني بحكم القانون في حالتين، الأولى مجموعة من الأموال واجب الرد إذا خرج أحد العناصر من المجموعة قبل الرد، وكان له مقابل، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذي خرج منها، ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموعة، أما الحالة الثانية، إذا كان هناك شيء مخصص لغرض معين، ثم خرج من ملك صاحبه بمقابل، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل الشيء في نفس الغرض الذي كان الشيء مخصصا له من قبل، فينظر إليه باعتبار قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتية الشيء، ويترتب على ذلك أنه إذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا، وأستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئا آخر، فإن هذا الشيء الآخر يحل قانونا محل الشيء الأول، ويكون مخصصا لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصا له، ذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لا يزال قائما، فيبقى ويصبح الشيء الآخر مخصصا له بدلا من الشيء الأول.

والذي يعتد به في هذه الحالة هي فكرة التخصيص لا فكرة الأصل الذي أعتد بها في الحالة الأولى، فإذا وهب مثلا شخص لشخص آخر مالا، أو يوصي له به على أن يخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والإحسان، فهذا المال قد خصص لغرض معين، فإذا باعه الموهوب له، أو الموصى له واشترى بثمنه مالا آخر، فإن هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ويصير مخصصا للعمل الذي كان المال الأول مخصصا له، ومن ذلك أيضا المال الشائع المتفق على بقاءه في الشيوخ لمدة معينة، فقد خصص هذا المال لغرض معين، ومن أجل ذلك إتفق على بقاءه في الشيوخ، فإذا نزع ملكية هذا المال للمنفعة العامة، أو هلك واشترى بالتعويض مال آخر، فإن هذا المال الآخر يحل قانونا محل المال الأول ويصبح مثله باقيا في الشيوخ، فإن

¹ - محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 24.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
الشيء في هذه الحالة يخرج ويحل محله شيء جديد، فقد يخرج بتصرف قانوني، كالبيع، أو واقعة
مادية، كالهلاك، وقد يخرج بنزع الملكية.¹

وتقرر المادة 900 من ق.م.ج، ما يعرف بالحلول العيني حيث تقضي بما يلي: "إذا هلك
العقار المرهون، أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من
مبلغ التعويض عن الضرر، أو مبلغ التأمين، أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة."
مفاد النص المذكور أعلاه أن حق الدائن المرتهن لا يزول بسبب هلاك المرهون هلاكا ماديا،
أو هلاكا قانونيا، سواء كان هلاك كلي، أو جزئي، بل ينتقل الرهن إلى مال آخر يعتبر بديلا عنه.
وما ورد في هذه المادة من تطبيقات لم ترد على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال، فقد
يكون المال مبلغ التعويض، أو بدل نزع الملكية للمنفعة العامة، أو مبلغ التأمين، أو غير ذلك.
يبدو للباحث أن النظرية الحديثة وجدت أساسا مقبولا للحلول العيني وتجنببت بذلك الانتقادات
التي وجهت للنظرية التقليدية، ويتفق تماما مع من اعتبر أن المشرع الجزائري كان منسجما مع
النظرية الحديثة²، بحسب ما هو واضح في نص المادة السالفة الذكر، إذ أن الحل هو استبدال
قانوني للمال بمال جديد يماثله في القيمة المالية، ومن ثم يكون صالحا لتخصيصه كضمان لوفاء
الدين.

وقد جاء المشرع الجزائري بنصوص صريحة على نظرية الحل العيني، نذكر فيما تعلق
بدراستنا ما نص عليه من حلول عند بيع الشريك جزء مفرز من الملكية الشائعة، وكذلك في حالة
رهن الشريك حصته في العقار الشائع.

ثانيا: حكم رهن الشريك حصته رهنا رسميا قبل انقضاء الشيووع

الشريك على الشيووع يملك حصته الشائعة في المال ملكية تامة، ولذلك فإنه يستطيع التصرف
فيها بأي تصرف، فله أن يرهنها ويصبح رهنه صحيحا نافذا في حق باقي الشركاء.³
فيجوز للشريك أن يتصرف برهن حصته الشائعة أثناء قيام الشيووع رهنا رسميا، سواء كان
المرتهن شريكا، أم أجنبيا، ودون أن تتوقف صحة الرهن على إذن، أو إجازة من الشركاء

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 257 وما
بعدها.

² - أنظر أمل شربا، المرجع السابق، ص 148.

³ - Alex Weill , « Droit Civil , les Biens », Deuxième Edition Dalloz , France , 1974 , P 181.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف الآخرين،¹ لأن الشريك تصرف في حدود حقه، ولا يصح القول بوجود توقف الرهن على نتيجة القسمة لأن طبيعة الرهن الرسمي لا تشترط الحيابة لنفاذه ضد الغير .

وعليه فإن رهن الحصة الشائعة هو تصرف صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء، فإذا باع هذا الشريك حصته الشائعة إلى مشترٍ، فإن ملكية الحصة تنتقل إلى هذا الأخير مثقلة بالرهن.²

ولا يثير هذا الرهن أي صعوبة أثناء فترة الشيوخ، فللدائن المرتهن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة المرهونة عند حلول أجل الدين قبل القسمة.³ وتباع بالمزاد العلني لاستقاء حقه جبرا على صاحبها، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن، فيصبح مالكا على الشيوخ مع سائر الشركاء إذا كان أجنبيا⁴، ولا يمكن بأي حال حرمان الدائن المرتهن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة⁵، كما أنه لا يوجد نص يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها.

في حين اختلف الفقه في إعطاء حق الدائن المرتهن طلب إبطال الرهن لوقوعه في غلط في الحالة التي يعتقد فيها أن المدين الراهن يملك العقار المرهون ملكية مفرزة، ثم تبين بعد ذلك أنه يملك على الشيوخ.

فيتجه بعض الفقه إلى أنه لا يحق للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن في هذه الحالة، وذلك لأن ما جاء به نص المادة 714 / 2 من القانون المدني هو متعلق فقط بالتصرفات المنصبة على الحصة المفرزة بقولها: "... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع... وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ". حيث أن المشرع أعطى الحق في إبطال التصرف عند وقوعه على جزء مفرز، فيكون الدائن المرتهن قد وقع في غلط ، ولا يجوز القياس على ذلك في التصرف الوارد على حصة شائعة.

1 - ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 13.

2- رمضان أبو السعود، " التأمينات الشخصية والعينية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 222.

3 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 51.

4- إسماعيل إبراهيم الزيايدي، " التنفيذ العقاري"، مطابع روز اليوسف الجديدة، 1997، ص 52، شوقي بناسي، المرجع السابق،

ص 138.

5 - ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 14.

في حين ذهب بعض شراح القانون المدني بإعطاء الحق للدائن في طلب إبطال عقد الرهن الرسمي في حالة وقوعه في غلط واعتقاد أن الحصة مفرزة وليست شائعة، ويبررون هذا الحكم على أساس أن المادة المذكورة وإن كانت تنص على مبدأ الحلول العيني، غير أن المشرع لم يقصد الإغفال والخروج عن حكم القواعد العامة المتعلقة بالغلط.¹

يرى الباحث أن الرأي الأول أعطى لحكمه تبريرا أقوى من غيره، لأن نص المادة 714 من القانون المدني، جاء فيه الحق في طلب الغلط قاصرا على التصرف في جزء مفرز حين وقوع الدائن المرتهن في غلط، ولا يجوز تطبيق نفس الحكم على التصرف في حصة شائعة، بالإضافة إلى أن المشرع قد حرص على حماية حق الدائن المرتهن بإمكانية الحصول على حقه (دينه) من التنفيذ على الحصة الشائعة وبيعها، خاصة وأن في الرهن ما يهم الدائن المرتهن قيمة الشيء المرهون، وليس طبيعته، لأن هذا التصرف وجد لحماية حق الدائنية، وليس للتمتع والانتفاع بالشيء المرهون.

ثالثا: مصير الرهن بعد القسمة.

لا شك أن البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشئه من متاعب ومشاكل وخلافات بين الشركاء المشتاعين، لذلك كان الأصل أن الشريك لا يمكن أن يجبر على البقاء في الشيوع². ولهذا فإنه في كثير من الأحيان قد لا يحل أجل الدين المضمون بالرهن الرسمي، إلا بعد انتهاء حالة الشيوع، وإتمام القسمة قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة المرهونة، وفي هذه الحالة يكون مصير الرهن متوقف على نتيجة القسمة، فالشريك الراهن قد يختص بجزء مفرز في العقار نفسه يعادل الحصة المرهونة، أو يختص بالعقار كله، أو بعقار آخر غير الذي رهنه ابتداء، وقد يحدث أن يختص ببعض المنقولات، أو بمبلغ من النقود، وسوف نأتي إلى ذكر مصير الرهن الرسمي في كل هذه الافتراضات بأكثر تفصيل فيما يلي:

¹ - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 93.

² - Ghaouti Benmelha , « le Droit Patrimonial Algérien de la Famille », Office National des Publications Universitaires Alger, 1995, P 107.

1: إذا آل إلى الراهن جزءا مفرزا من العقار المرهون يساوي حصته الشائعة التي رهنها.

قد يختص الشريك الراهن بعد القسمة بجزء مفرزا مساويا للحصة الشائعة المرهونة، وفي هذه الحالة ينتقل الرهن إلى هذا الجزء الذي آل إلى المدين الراهن بعد إجراء القسمة، وبذلك يصبح محل الحق مفرزا بعدما كان شائعا.¹

وقد اختلف الشراح في أساس هذا الانتقال، هل هو الحلول العيني، أم هو مجرد أثر طبيعي للقسمة.

أ- تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز على فكرة القسمة ذاتها

ما ينجر على القسمة من أثر نسبي هو إزالة الشيوخ في العقار الشائع، واختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه، بعد أن كانت حصته حصة شائعة، غير أن شراح القانون المدني اختلفوا في تحديد الوقت الذي يصبح فيه الشريك مالكا لحصته التي اختص بها ملكية مفرزة، هل يكون من وقت وقوع القسمة، أم يكون منذ بدأ الشيوخ؟

حيث ينجر على القول بأحد هذين الرأيين آثار مختلفة ومهمة وله نتائج مؤثرة على حقوق كل شريك بالنسبة لحصته المفرزة، فهل أثر القسمة للمال الشائع أثرا كاشفا، أم ناقلا؟ أي أنه إذا كان الشريك يصبح مالكا لحصته مفرزة منذ وقت تملكه في الشيوخ، فإن أثر القسمة كاشفا، أما إذا اعتبر الشريك المتقاسم تملك حصته مفرزة وقت إجراء القسمة، فإن أثر القسمة ناقلا.

ويظهر موقف المشرع الجزائري من هذا الخلاف الفقهي حول أثر القسمة جليا، حيث اعتبر للقسمة أثرا كاشفا بنصه الصريح في المادة 730 من القانون المدني السالفة الذكر، التي تقضي بما يلي: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى."

إن وظيفة الأثر الكاشف للقسمة" تتمثل في تحقيق تطابق مادي ومعنوي بالنسبة لحق الشريك المشاع، ويكون ذلك بإفراز جزء من الملك المشاع ليكون ملكا خالصا للشريك، وعند حدوث هذا التطابق، فإن القسمة تكشف لما لهذا الشريك من حق ثابت من بدء الشيوخ، فمثل هذا الشريك وبموجب الأثر الكاشف لم يعط حقا جديدا، وإنما هو بمثابة تغيير في حق الشريك لكي يصبح حقه محصورا في جزء محدد يختص به دون غيره، فالحق ينتقل من شخص إلى آخر دون أن يتغير

¹ - ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 14.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف محل الحق، أو السلطات التي يتكون منها مضمون ذلك الحق، وبذلك نتبين لنا الآثار التي تترتب على القسمة باعتبارها كاشفة للحق في الملك، إلا أن هذا الأثر لا يترتب، إلا بموجب القسمة باعتبارها ناقلة للملك، وهنا يتحقق معنى المبادلة.¹

وقد رأى بعض شراح القانون المدني أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، وهو ما يجعل من معيار القسمة وآثارها لتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به الشريك المتصرف بعد القسمة، وهذا استنادا إلى ما تكشف عنه القسمة.²

فإذا اختص الشريك الراهن بعد القسمة بجزء مفرز من ذات العقار المرهون مساويا للحصة الشائعة المرهونه، فإن حق الدائن المرتهن يرد بذات مرتبته على هذا الجزء المفرز كأثر للقسمة، وليس تطبيقا للحلول العيني، باعتبار أن القسمة شخصت في هذا المحل المحدد ما كان مملوكا له ملكية شائعة أثناء الشروع.³

وبذلك فإن الرهن يتركز في هذا الجزء المفرز الذي آل إليه نتيجة أثر القسمة في انتقال الرهن على هذا الوجه، ولا يمكن أن يعتبر تطبيقا للحلول العيني.⁴

وهذا يرجع إلى أن حق الدائن المرتهن قبل القسمة يرد على نسبة رمزية تعادل حصة الشريك الراهن، وبمجرد إجراء القسمة، فإن حق الشريك الراهن يتركز على الجزء المفرز الذي اختص به بمقتضى القسمة وأثرها الطبيعي، ومن ثم يتركز أيضا حق الدائن المرتهن على هذا الجزء الذي أقرته القسمة، وينشأ هذا التركيز كأثر للمطابقة بين ما اختص به الشريك الراهن من جزء مفرز عند القسمة، والذي يكون محل حق الدائن المرتهن، وبين الحصة الشائعة التي كانت لهما على كل العقار الشائع، وهذه المطابقة تمثل عملية القسمة ذاتها.⁵

فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك على الشروع، وأنه لم يملك شيئا في بقية الحصص.

1 - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 33.

2 - نفس المرجع، ص 34.

3- همام محمد محمود زهران، "التأمينات العينية والشخصية"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 115.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 767، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 139.

5- جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 98، و 99.

ويرى بعض الفقه أنه لا يمكن أن يكون أثر القسمة أساسا قانونيا مستقلا و فاصلا لتأصيل انتقال الحق من المتصرف إلى المتصرف إليه في الجزء الذي اختص به الشريك المتصرف، وإنما قد يكون أساسا قانونيا مساعدا و ثانويا لتأصيل انتقال ذلك الحق لعدة أسباب نذكرها فيما يلي:

1- نتيجة القسمة عند إبرام التصرف غير معروفة للمتصرف إليه الحسن النية، لأنه لو كان يعلم أن هذه الحصة التي تعاقدها سوف تكون حصة مفرزة أخرى، لما أقدم على التعاقد، حيث كان يعتقد أنه يتعامل في ملكية مفرزة.

2- أثر القسمة لا علاقة له بحصة المتصرف إليه، وإنما تكشف حصة الشريك المتصرف في المال الشائع وثبوتها، حيث أن ما يؤول إلى المتصرف إليه يكون نتيجة للتصرف، وليس نتيجة للقسمة، ولا يمكن القول هنا أن أساس انتقال الحصة إلى المتصرف إليه هي القسمة.

3- القسمة قد تأتي كاشفة لحق المتصرف و مثبتة له، كما قد تأتي منشئة لحقه، ولا وجود لهذا الحق في الجزء المفرز قبل القسمة، وعليه فإن نتيجة القسمة لا تكفي وحدها إلزام المتصرف بالحصة المتصرف فيها، بل هناك عوامل أخرى حاسمة متعلقة بعلم، أو جهل المتصرف إليه بحالة الشئوع، كلها عوامل تدخل في تأسيس وتأصيل مثل هذا الانتقال.¹

ب- تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز على فكرة الحلول العيني²

سوف نعرض الرأي الغالب في الفقه الذي اعتمد فيما ذهب إليه من قول إلى تطبيقات نظرية الحلول العيني، حيث يرى بأنه إذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة جزءا مفرزا مساوٍ للحصة الشائعة المرهونة، فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العيني، أي حلول الجزء المفرز محل الحصة الشائعة، وليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها، لأن القسمة تقررت على الملكية محل الرهن، وليس على الرهن نفسه، فالمرتهن لم يكن منقاسما، و ورود القسمة على الملكية وهي في نفس الوقت محل الرهن أدى إلى تغيير المحل بحلول جزء مفرز

1 - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 34.

2 - فكرة الحلول العيني تنثير خلاقات فقهية واسعة في ضل غياب تنظيم قانوني لها، ويرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه لا توجد نظرية عامة للحلول العيني في القانون المدني المصري والفرنسي والإيطالي والإسباني والبرتغالي والسويسري، ولا توجد قاعدة عامة للحلول العيني، إلا في القانون المدني الألماني، وأما ما وضعته القوانين الأخرى للحلول العيني مجرد تطبيقات متناثرة من هنا وهناك، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 262.

محل حصة شائعة، وهذا هو الحلول العيني، حيث أن الشريك إذا رتب على حصته الشائعة حق الرهن، فإن هذا الحق يبقى قاصرا على هذه الحصة، ولا يمتد ليشمل كل العقار، ومع إتمام إجراءات القسمة يختص الشريك الراهن بجزء مفرز، وبذلك يحل هذا الجزء محل الحصة الشائعة حلولا عينيا.¹

ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في رسالته "نظرية الحلول العيني": "يجب أن نلاحظ أولا أن حق الرهن ليس شائعا إذ لا يتعدد أصحابه، ولكن الحق الشائع هو حق الملكية وهو محل الرهن، فما هو أثر القسمة على كل من حق الملكية وحق الرهن؟

أما بالنسبة لحق الملكية، فأثر القسمة هو أن يستبدل كل من الشركاء بحصته الشائعة ملكية مفرزة، أما بالنسبة للرهن، فالقسمة لا ترد عليه لأنه شائع بل على محله وهو حق الملكية، وهنا يمكن أن يقال أن انتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز هو أثر القسمة التي غيرت محله، ولكن نرى أن هذا التفسير ناقص، فالقسمة لا يتعدى أثرها تغيير المحل أي استبدال ملكية مفرز لحصة شائعة، وأما انتقال الرهن، فهو مقتضى الحلول العيني.²

ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن الحصة الشائعة لها وجود ذاتي منفصل عن كل العقار الشائع وهذا ما يجعلها صالحة لترتيب الرهن عليها.

فإذا تمت قسمة العقار واختص الشريك الراهن بجزء مفرز، فإن الرهن يحل على الجزء المفرز حلولا عينيا، فينتقل على هذا الأساس من الحصة الشائعة إلى الحصة المفرزة.

ورغم كل ما تقدم فيما يخص أعمال فكرة الحلول العيني وتطبيقاتها على انتقال حق المتصرف إلى المتصرف إليه نتيجة القسمة، إلا أن هناك بعض الشراح قد استبعدوا فكرة الحلول العيني في تأصيل حكم المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر، ويرون أن الحكم الذي أخذت به المادة هو حكم غير منطقي من ناحيتين إحداها عملية والأخرى نظرية.

فأما من الناحية العملية، ليس مقبولا أن يقوم شخص بالتعاقد على شيء معين بذاته، ثم يحتم عليه شيء آخر بدلا منه، حتى وإن كان له نفس القيمة.

¹ - سمير عبد السيد تناغو، "التأمينات الشخصية والعينية"، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص 194، و195.

² - نقلا عن جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 97، و98.

وأما من الناحية النظرية، فإن التساؤل الذي يبقى مطروحا، ما هو الحق الذي ينتقل؟ ثم ما هي طبيعة وماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة، إذ هو ليس بحق عيني، فهو ليس بحق ملكية مفرزة، ولا هو بحق ملكية شائعة.¹

يرى الأستاذ ياسين محمد خلف الجبوري أن " مسوغات تطبيق قواعد الحلول العيني التي دفعت بعض الشراح والباحثين إلى القول بتطبيقها لتأصيل حق الانتقال في التصرف إلى الحصاة الجديدة التي آلت إلى المتصرف جراء قسمة المال الشائع غير متوفرة وغير قائمة، إذ أن هدف الحلول العيني هو استيفاء الحق، وبالتالي فإن استبدال مال ليحل محل مال آخر هو بمثابة وفاء بالتزام ترتب في ذمة المتصرف لمصلحة المتصرف إليه، وهنا وفي حالتنا هذه لا نرى إمكانية أعمال ذلك ، ما لم تتوفر الشروط اللازمة مجتمعة، وحيث أن حق المتصرف إليه قبل إيقاع القسمة لا يظهر وليس موجود، ولا يمكن القول بوجود مال مفرز ومعين له حتى يمكن القول باستبداله، ومن ثم انتقاله، وكل ذلك يتوقف على القسمة، فإذا وقع جزء مفرز آخر غير الذي تم التصرف به والاتفاق عليه في نصيب المتصرف، يمكن عندها أعمال فكرة الحلول العيني، أما إذا وقع في نصيبه ما تم الاتفاق عليه، فلا يمكن القول بتطبيق فكرة الحلول العيني."²

يرى الباحث أن الصواب أقرب لما أخذ به الرأي الأول القائل بأن أساس انتقال الرهن إلى الجزء المفرز هو الأثر الطبيعي للقسمة، وذلك لأن تطبيقات نظرية الحلول العيني تستلزم حلول شيء محل شيء آخر، في حين نجد أن عملية الاستبدال لا تتحقق في هذه الحالة، بل ما حدث هو أن القسمة أدت إلى إفراز حصاة الشريك الراهن، ومن ثم تركز حق الدائن المرتهن على هذا الجزء، ولم يحل محلها بعدما كان واردا عليها وهي شائعة قبل القسمة، وتأسيسا على ما سبق يتضح أن ذلك راجع لأثر القسمة ذاتها، وليس تجسيدها لتطبيقات نظرية الحلول العيني.

2: إذا آل إلى الراهن العقار المرهون كله أو جزء منه يزيد على الحصاة الشائعة التي رهنها.

اختلف الفقه في هذه الحالة أيضا بين من يرى أنه من الممكن أن ينصرف الرهن إلى كل العقار الذي اختص به الشريك الراهن بعد القسمة، وبين من يرى أن حق الدائن المرتهن يقتصر على ما يعادل الحصاة الشائعة والتي رهنه ابتداء.

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 31.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

أ- **شمول الرهن لكل العقار:** يذهب هذا الرأي إلى القول أن الرهن ينتقل إلى ما آل إلى الرهن المتقاسم، سواء كان العقار كله، أو جزءا مفرزا تزيد قيمته على قيمة الحصة الشائعة المرهونة.¹

ويرى بعض شراح القانون المدني أن الرهن الذي كان منصبا على حصة شائعة في عقار، وبعد انتهاء حالة الشيوخ ووقوع كل العقار في نصيب الشريك الراهن، فإن الرهن يمتد ليشمل كل العقار، حتى ولو لم يكن هناك اتفاق مسبق بين المتعاقدين على ذلك، ويبررون ما ذهبوا إليه على أساس أنه بعد أن يختص الشريك بالعقار الواقع عليه الرهن لا يمكن تصور وجود حصة شائعة على ملكية مفرزة صاحبها شخص واحد لا أكثر، فمن غير المعقول أن يبقى الرهن واردا على حصة شائعة في العقار بعد انتهاء حالة الشيوخ.²

كما أنه في حالة ما إذا حل أجل الدين، وقام الدائن المرتهن بالتنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها بالمزاد العلني، فهل من الممكن أن يعتبر الراسي عليه المزاد شريكا مع الراهن؟. مع العلم أن الشيوخ لا ينشأ بحكم قضائي.

ب: **الرهن لا يشمل إلا الحصة المرهونة الشائعة:** إذا كانت نتيجة القسمة اختصاص الشريك الراهن بكل العقار الذي رهن فيه حصته الشائعة، أو وقع في نصيبه بعد القسمة جزء يزيد على الحصة الشائعة المرهونة، فإن حق الدائن المرتهن يظل واردا في حدود الحصة الشائعة من العقار الذي آل للراهن، تساوي الحصة التي كانت محلا للرهن.³

يرى أغلب الفقهاء أن الرهن لا يشمل، إلا الحصة المرهونة شائعة، دون أن يمتد إلى كل العقار المرهون.⁴

ويبررون ما ذهبوا إليه بالقول أن امتداد الرهن إلى كل العقار قد يؤدي إلى الإضرار بباقي دائني الراهن دون وجه حق في حالة ما وجدوا⁵، بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى الإضرار بالراهن نفسه في حالة ما إذا أراد أن يرهن القدر المتبقي من العقار دون وجه حق.

¹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 116.

² - جمال خليل النشار، "تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 95.

³ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 195.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 52، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 139.

⁵ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 195.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
ونعرض المثال التالي لاستيعاب ما ذكرناه أكثر، فإذا افترضنا أن هناك شخصا يملك النصف
على الشيوع في كل من قطعة أرض ومنزل قيمة كل منهما 4.000.000.00 دج، وقام برهن
حصته الشائعة في الأرض وقيمتها 2.000.000.00 دج، ضمنا لدين يقدر بـ 3.000.000.00
دج، وبعد انتهاء حالة الشيوع وإجراء القسمة، اختص الشريك الراهن بقطعة الأرض كلها دون
المنزل.

فإذا عملنا بالرأي القائل بامتداد الرهن إلى قطعة الأرض كلها، فإن ذلك يرجع بالضرر لدائني
الراهن الذين اعتمدوا فيما أولوه لمدينهم من ائتمان على ما يملكه في المنزل ملكية خالية من الرهن
، وفي المقابل، فإنه يستفيد الدائن المرتهن، إذ يتمكن عند حلول أجل الوفاء بالدين والتنفيذ على
الأرض المرهونة ببيعها من الحصول على دينه كاملا بالتقدم على غيره، في حين أنه لو نفذ على
الحصة الشائعة قبل القسمة، لما تقدم إلا على قيمة هذه الحصة المرهونة فقط،
وهي 2.000.000.00 دج.

وعليه يرى الباحث أن ما اتجه إليه أغلب الفقهاء في الافتراض الأخير أكثر صوابا، حيث أن
الرهن بوروده على قدر من العقار يعادل الحصة الشائعة المرهونة ابتداء يحمي حق الدائن المرتهن
بضمان حقه من جهة، كما يحمي مصالح غيره من دائني الراهن وحق الراهن نفسه إذا أراد أن
يرهن القدر الباقي من العقار من جهة أخرى.

3- إذا آل إلى الراهن عقار أو عقارات غير تلك التي رهن فيها حصته الشائعة.

عندما يرهن الشريك حصته الشائعة في عقار معين موجود داخل مجموع من المال يحتوي
على عدة عقارات، مثال ذلك أن يرث شخصان منزلا وأرضا زراعية وسيارة، فيقوم أحدهما برهن
حصته الشائعة في المنزل، وبعد إجراء القسمة لا يقع في نصيب الشريك الراهن العقار المرهون
وهو المنزل ولا جزء منه، وإنما يختص بعقار آخر غير الذي رهن فيه حصة شائعة، وهو في هذا
المثال قطعة الأرض، أو قد يختص بجزء مفرز من هذه الأرض.

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة، وبين حكمها في نص المادة 890 / 2 من القانون
المدني بقوله: " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار، أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم
وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، إنتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة
له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة،

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين".

يستشف من نص المادة أن المشرع وتطبيقاً لمبدأ الحلول العيني أقر انتقال الرهن إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، حيث يحل حق الدائن المرتهن على العقار الذي يختص به الشريك الراهن بمقتضى القسمة محل العقار الذي رهن ابتداءً.¹ وقد يسر المشرع كثيراً في هذا الحكم، وجعل حداً للآثار السلبية التي قد تنتج عن هذا التصرف بعد القسمة، " وهو حكم معقول فهو يوفق بين مصلحتين معتبرتين، الأولى مصلحة المتقاسم الذي اختص بالجزء الذي ورد الرهن ابتداءً على حصة منه في أن يخلص له هذا الجزء خالياً من الرهن، والمصلحة الثانية هي مصلحة الدائن المرتهن الذي ينبغي ألا يهدر حقه الذي نشأ صحيحاً في حدود سلطة الراهن، وأساسه الفني هو الحلول العيني".²

ويعتبر هذا الرأي الغالب في الفقه، لأن الحلول نص عليه المشرع صراحة، فيصبح العقار المرهون ملكاً لشريك آخر، وتسقط الحقوق التي رتبها غيره من الشركاء، ومنها الرهن لوقوعها على عقار مملوك للغير.

وبالتالي إذا آل إلى الشريك الراهن عقارات أخرى غير التي رهن، انتقل الرهن طبقاً لفكرة الحلول العيني بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات تعادل قيمة الحصة التي كانت مرهونة ابتداءً.³ ولو لم تتجسد تطبيقات فكرة الحلول العيني لا اعتبر أن الرهن الصادر من الشريك على العقار الذي لم يختص به، تصرف صادر من غير مالك، لأنه يعتبر لم يكن مالكا لهذا العقار بادئ الأمر، وبذلك يكون هذا التصرف قابلاً للإبطال، ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 36.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 140.

⁴ - أمل شربا، المرجع السابق، ص 144.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

أما العقار الآخر الذي اختص به الشريك الراهن، فيعتبر أنه لم يسبق رهنه من هذا الشريك، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار.¹

ويجب على الدائن المرتهن إذا أراد صيانة حقه في الاحتفاظ بمرتبة رهنه أن يتبع إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول.

وقد نص المشرع في المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر على هذه الإجراءات

ونبينها فيما يلي:

أ: يجب أن يأخذ الدائن المرتهن من القاضي أمرا على عريضة

يخول للدائن إجراء قيد جديد يشار فيه إلى القيد الأول حتى يحتفظ بمرتبة رهنه الأول، ويتم تعيين في هذا الأمر القدر الذي انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العيني، فإذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول، فإن الرهن يشمل كل العقار ويبين ذلك في الأمر على عريضة، أما إذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر يزيد في القيمة عما تم رهنه من العقار الأول، يتم تقدير قيمة العقار المرهون ويقطع من العقار الآخر جزء مفرز يعادل هذه القيمة، وقد يتطلب الأمر الاستعانة بخبير عند الضرورة. وبذلك ينصب الرهن على هذا الجزء المفرز الذي يعادل قيمة العقار المرهون ابتداء، ويبين ذلك في الأمر على عريضة.²

أراد المشرع بهذا الإجراء أن يحفظ حق الدائن المرتهن بإعطائه الضمان الكافي لدينه من جهة، والحلول دون الإضرار بحق الشريك الراهن نتيجة ما ينجر عن هذا الإجراء من جهة أخرى.

ب: قيام الدائن المرتهن بإجراء القيد الجديد خلال تسعين يوما بمصلحة الشهر العقاري

ويكون ذلك بداية من الوقت الذي يخطر فيه الدائن المرتهن من أي ذي شأن بشهر القسمة³، فقد يكون هذا الإخطار من طرف الشريك الراهن، أو الشريك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون، غير أن القانون لم يحدد كيف يكون هذا الإخطار، وبذلك فإنه يقع صحيحا إذا كان برسالة

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية "، الجزء العاشر والأخير منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 264.

² - جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 100، و 101.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 140.

مضمونة، أو غير مضمونة، أو يكون على يد محضر قضائي، كما يصح أن يكون إخطاراً شفويًا على أن يثبتته من قام به.

فإذا قام الدائن المرتهن بإجراء القيد الجديد، يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن في خلال تسعين يومًا متخذًا الإجراءات المنصوص عليها قانونًا والسالفة الذكر، احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيد أول مرة¹. أما إذا تراخى في القيد وانقضت هذه المدة، فلا يسقط حقه في انتقال الرهن على الأعيان الأخرى، ولكن تسقط مرتبته التي اكتسبها من قبل، فإذا قام بقيد جديد تحسب له مرتبة جديدة من تاريخ هذا القيد².

وبذلك فإنه إذا رهن الشريك المدين ما اختص به من عقار بعد القسمة لدائن مرتهن آخر، فإن هذا الأخير يتقدم على الدائن المرتهن الأول، إذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول.

وسوف نذكر المثال التالي للتوضيح:

إذا كان (أ) و (ب) و (ج) يملكون على الشياح منزلاً وأرضاً في بسكرة ومنزلاً آخر في طولقة وقام (أ) برهن حصته الشائعة في المنزل الموجود بطولقة لـ (س) بتاريخ: 2013/01/01، ثم قام برهن الأرض الموجودة ببسكرة بتاريخ: 2014/01/01 لـ (ع)، وتمت قسمة قضائية للأموال الشائعة بين الشركاء بتاريخ: 2015/01/01، اختص بموجبها (أ) بالأرض كملكية مفرزة، وبعدها قام (س) بتاريخ: 2015/02/01 بإجراء قيد جديد على هذه الأرض.

في هذا المثال يتقدم (س) على (ع)، لأن رهن هذا الأخير تم قيده بتاريخ: 2014/01/01، في حين أن (س) قام بإجراء قيد جديد لرهنه بتاريخ: 2015/02/01، وبذلك فقد احتفظ بمرتبته الأولى والتي كانت مقيدة على المنزل بتاريخ 2013/01/01، فطبقاً لنظرية الحلول العيني يعتبر (س) دائماً مرتهناً منذ البداية على الأرض الموجودة ببسكرة، أي منذ تاريخ 2013/01/01، ويبقى محتفظاً بمرتبته هذه ما دام أنه أجرى القيد الجديد على هذه الأرض خلال الميعاد المحدد وهي تسعون يوماً، وعليه يتقدم على (ع).

¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 140.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

أما إذا لم يحترم هذا الميعاد، كأن يكون قد قام بإجراء القيد الجديد على الأرض بتاريخ: 2015/05/01، فإن مرتبة رهنه تحسب من تاريخ هذا القيد الجديد، ومن ثم يكون (ع) متقدما على (س)، لأنه قيد رهنه بتاريخ 2014/01/01.

وقد نص المشرع على أن انتقال الرهن واحتفاظه بمرتبته يجب ألا يضر برهن صدر من جميع الشركاء على الشيوع لهذا العقار، ولا بامتياز المتقاسمين، وفق ما جاء في ما ذكرنا بنص المادة 890/2 من القانون المدني. وعليه فإن رهن جميع الشركاء على الشيوع، وكذلك امتياز المتقاسمين ضمانا لحقوقهم المترتبة عن القسمة يظلان متقدمين على الرهن الذي انتقل إلى هذا العقار بمقتضى الحلول العيني، فهذه الحقوق ورغم أنها متأخرة في المرتبة عن حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء أثناء الشيوع ومع ذلك فهي تتقدم على هذا الحق.¹

غير أن الفقه اختلف في من له حق الأفضلية في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن من أحد الشركاء قيد رهنه الجديد قبل أن يقيد الدائن من كل الشركاء.

ولتوضيح ما ذكرناه نعطي المثال التالي:

إذا افترضنا أن (أ) و(ب) يملكان على الشيوع منزلا وقطعة أرض، فقام (أ) برهن حصته في قطعة الأرض لـ (س) ، وقيد هذا الرهن في أول فيفري 2008 ، ثم رهن كل من (أ) و(ب) المنزل لـ(ع)، وتم قيد رهنه في أول مارس 2008، وبعد إجراء القسمة اختص (أ) بالمنزل، و(ب) بقطعة الأرض.

ففي هذه الحالة وبمقتضى الحلول العيني ينتقل الرهن المقرر لصالح (س) من قطعة الأرض إلى المنزل الذي اختص به الشريك الراهن بعد القسمة وهو (أ) ، وحتى لو قام (س) بإجراء القيد الجديد حسب ما يقتضيه القانون، فإنه في هذه الحالة يفضل (ع) لأنه قيد رهنه بعد القيد الأول وقبل القيد الجديد الذي أجراه (س).

وطبقا لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 890 السالفة الذكر التي تقضي بما يلي: "... ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين". فإنه يتقدم قيد الرهن الصادر من جميع الشركاء لـ(ع) على الرهن الذي رتبه الشريك (أ) لـ (س).

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141.

غير أنه في حالة ما إذا تخلف (ع) عن إجراء قيد رهنه إلى بعد القيد الجديد الذي أجراه (س)، أي في الحالة التي يتأخر فيها الدائن المرتهن من جميع الشركاء في قيد حقه إلى بعد إجراء الدائن المرتهن من أحد الشركاء قيده الجديد، جعلت الفقه ينقسم بين من يعطي الأولوية والأفضلية للدائن المرتهن من أحد الشركاء، وبين من يعطيها للدائن المرتهن من جميع الشركاء.

I - إعطاء حق الأفضلية للدائن المرتهن من أحد الشركاء

لو كان المرتهن من جميع الشركاء، أو المتقاسم قد قيد حقه بعد إجراء المرتهن من أحد الشركاء قيده الجديد، فإن هذا المرتهن تكون له الأولوية طبقاً للقواعد العامة. يرى أصحاب هذا القول أن الدائن المرتهن من أحد الشركاء يفضل على الدائن المرتهن من جميع الشركاء، وحثهم في ذلك هو أن المشرع قصد بما ورد في نص المادة 890 من القانون المدني حماية الدائن المرتهن من كل الشركاء والمتقاسم من الأثر الرجعي للقيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء، حيث تثبت مرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول، وبذلك فإنه في هذه الحالة يفضل على الدائن المرتهن من جميع الشركاء وعلى المتقاسم، لأن المشرع أعطى للدائن المرتهن من جميع الشركاء أفضلية، ولكن ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بإتمام قيد هذا الرهن قبل إجراء القيد الجديد من طرف الدائن المرتهن من الشريك.¹

II - إعطاء حق الأفضلية للدائن المرتهن من جميع الشركاء

"إذا تم القيد الجديد في الميعاد السابق ذكره احتفظ المرتهن بمرتبته القديمة، إلا أن حقه لا يزاحم مع ذلك حق الدائن المرتهن من جميع الشركاء على الشيوع، ولو كانت مرتبته لاحقة للدائن المرتهن من أحد الشركاء، وكذلك فإن هذا الأخير لا يضر بما للشركاء الآخرين من إمتياز ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة، وهذه الحقوق متأخرة في المرتبة عن حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء بطبيعة الحال، ومع ذلك فهي تتقدم على هذا الحق."²

¹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 114.

² - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 196.

ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن الدائن المرتهن من جميع الشركاء، تكون له الأفضلية على الدائن المرتهن من أحدهم، حتى في الحالة التي يكون قيد رهنه صادرا بعد القيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء.¹

ويعتبر هذا الحكم خروجاً عن القاعدة العامة التي تعطي الأفضلية في القيد للأسبق. غير أن أصحاب هذا الرأي يبررون هذا الحكم إلى أن الانتقال الذي يؤدي إلى تغيير العقار المرهون من مدين إلى آخر هو انتقال استثنائي، وللمحد من الآثار السلبية لهذا الانتقال جاء المشرع بحكم استثنائي يحول دون أن يضر برهن صدر من جميع الشركاء.

كما أنه تكون الأفضلية لصاحب امتياز المتقاسم على الدائن المرتهن من أحد الشركاء حتى ولو قيد رهنه في الميعاد المحدد قانوناً، حيث يعتبر هذا الحكم تأمينا لما تنتجه القسمة من حق في رجوعه على الآخرين، حتى وإن تم قيده لاحقاً للقيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء، كما أن الرهن الصادر من جميع الشركاء أراد له المشرع أن يكون له أكثر حماية لصالح الدائن المرتهن حتى يصبح آمناً على رهنه.²

والجدير بالذكر في هذا المقام أن الرهن الصادر من جميع الشركاء لا يطبق عليه الأثر الرجعي الناتج عن قسمة العقار، والذي يعتبر فيه المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص، وهذا بنص المادة 890 / 1 من ق.م.ج، التي تقضي بما يلي: " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته." وهذا ما بين الأهمية التي أعطاه المشرع لهذا التصرف، مما أوجبه بحماية خاصة، لأن اتفاق جميع الشركاء يعطي للدائن المرتهن أكثر انتمان على حقه.

ويعتبر انتقال الرهن الصادر من أحد الشركاء إلى العقار الذي اختص به بعد القسمة بموجب تطبيقات فكرة الحلول العيني، ولأن هذا الانتقال هو استثناء، فإن المشرع من أجل حماية حق الدائن المرتهن قرر إجراءات معينة يتخذها من أجل الحفاظ على مرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول ، وليس من القيد الجديد، بعد أن يكون قد احترم المدة المنصوص عليها قانوناً وهي تسعون يوماً.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، " التأمينات العينية "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 72، و73.

² - جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء "، المرجع السابق، ص 104.

كما أن المشرع أراد أن يوازن بين حماية حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء وحق الدائن المرتهن من جميع الشركاء وحق امتياز المتقاسمين.

وبذلك فإن هذا الاستثناء الذي نص عليه المشرع باستفادة الدائن المرتهن من أحد الشركاء من الأثر الرجعي للقيد، لا يكون نافذاً في مواجهة حق الدائن المرتهن من جميع الشركاء وحق امتياز المتقاسم، حيث يبقى حق الأفضلية لهم في حالة قيد حقهم قبل القيد الجديد للدائن المرتهن من أحد الشركاء، وهذا ما قصد به المشرع عندما ذكر بأنه لا يضر انتقال هذا الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين، أي كان يقصد لا يسري الأثر الرجعي للقيد المقرر لمصلحة الدائن المرتهن من أحد الشركاء على حقهم في القيد فقط، دون أن يقصد بالضرر هنا أن يفضل حقهم على حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء بصفة مطلقة، وفي كل الأحوال.

وعلى هذا الأساس يرى الباحث بما أن القيد يمثل الوسيلة التي سنها المشرع للإعلام والاحتجاج بالرهن على الغير، فإنه في حالة ما إذا تأخر المرتهن من جميع الشركاء في قيد رهنه، فإن الأفضلية تكون للمرتهن من أحد الشركاء طبقاً لأحكام القواعد العامة التي تعطي حق الأفضلية لمن سبق في قيد حقه، ولو بيوم واحد. ولأن التقصير كان من طرف الدائن المرتهن من جميع الشركاء، الذي لم يقيد رهنه في الوقت المناسب، رغم علمه بحالة الشيوخ وما يترتب عنها من نتائج سلبية، فإن الباحث يعتقد أنه لا يستفيد من الاستثناء الذي منحه المشرع لفائدته، إلا إذا قيد رهنه ما بين تاريخ القيد الأول وتاريخ القيد الجديد للرهن الصادر من أحد الشركاء.

أما بالنسبة لامتنياز المتقاسم، ولأنه مرتبط بالقسمة فإنه يتأخر عادة، وتجنباً لعدم الإضرار به كما نص المشرع على ذلك. فإن الباحث يرى بأنه قد يأخذ برأي الاتجاه الثاني بإعطاء الأفضلية لامتنياز المتقاسم على حساب الرهن الصادر من أحد الشركاء، حتى ولو كان قيده لاحقاً للقيد الجديد على أساس أن قيد امتياز المتقاسم يتأخر عادة، بخلاف ما هو موجود بالنسبة للرهن الصادر من جميع الشركاء، لأنه ليس مرتبطاً بالقسمة ولديه متسع من الوقت لقيد رهنه ولا يعذر في تأخيره.

4: إذا آل إلى الراهن منقولات.

إذا اختص الشريك الراهن بعد القسمة لا بالعقار المرهون، ولا بعقار آخر يحل محله، بل بمنقول، فقد انقسم الفقه في حكم مصير الرهن الرسمي بعد القسمة إلى رأيين:

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

أ-الرأي الأول: يذهب إلى القول أن "الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن، لأن المنقول لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمي، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة للقسمة".¹

ويعتبر هذا الاتجاه السائد في الفقه، حيث يرى أنه لا يمكن القول بالحلل العيني في هذا المقام، لأن المنقول لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على العقارات، وبذلك فإن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن بزواله بعد القسمة، وبانقضاء الرهن يسقط أجل الدين، ولا يبقى أمام الراهن لتجنب ذلك، إلا أن يقدم تأمينا آخر كافيا². ولكن هذا يؤدي إلى انعدام أثر الرهن، وهي نتيجة غير مقبولة.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الرهن التأميني لا يمكن أن ينتقل إلى المال المنقول الذي اختص به الشريك الراهن عوض الحصة الشائعة التي رهنها ابتداء، وهذا لأن المال البديل الجديد يعد مالا منقولا، والمال المرهون أصلا هو عقار يختلف عن المنقول في طبيعته، كما أن تبديل محل عقد الرهن بمحل جديد (منقول) يحتاج إلى إنشاء عقد جديد وقيده في المحافظة العقارية، إذا كان من المنقولات التي يمكن تسجيلها.

كما أن نص المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر، تقضي بانتقال الرهن إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيب الراهن، ولم تنص بانتقال الرهن إلى المنقول الذي يختص به الشريك محل حصته الشائعة المرهونة.

بالإضافة إلى هذا فهناك إهدار لحق الدائن المرتهن دون مبرر مقبول، لأن الدائن استند إلى عقار لضمان دينه، لما لهذا العقار من قوة وثبات، على عكس المنقول الذي لا يختص بمثل هذه الصفات.³

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية"، المرجع السابق، ص 265.

² - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141، محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 40، أنظر كذلك ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 15.

³ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 08، و 09.

ب-الرأي الثاني: يذهب إلى القول أن "الرهن في هذه الحالة ينتقل إلى هذه المنقولات، ولكنه يتحول إلى رهن حيازي، لأن الرهن الرسمي لا يرد على المنقولات".¹

ويبرر بعض شراح القانون المدني هذا الرأي بالقول أن مقتضيات العدالة تلزم قياس هذه الحالة بما نص عليه المشرع في المادة 890 من القانون المدني، حيث أنه في حالة اختصاص الشريك بأعيان أخرى غير التي رهنها، وإعمالاً بتطبيق فكرة الحلول العيني، يكون من حق الدائن المرتهن إذا كان دينه مستحق الأداء أن يبيع المنقول وفق اتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها، ويستوفي حقه من ثمنه بالأولوية، فإذا لم يكن دينه قد حل أجله، له أن يطلب قضائياً بأن يتسلم المنقولات لحيازتها، أو تسليمها لعدل يحوزها وفقاً لحسابه.²

رغم ما ذهب إليه الرأي الأخير من تبرير مهم، وهو حماية وضمان حق الدائن المرتهن من خلال تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي حتى يرد على ما اختص به المدين الراهن من منقولات، غير أن هذا التحول لا يمكن أن نعتبره تطبيقاً لفكرة الحلول التي نظمها المشرع، لأن الحلول العيني يجسد انتقال الحق من محل إلى آخر، ولا يغير في طبيعة الحق ذاته.

ولأن الرهن الرسمي يختلف عن طبيعة الرهن الحيازي، ولا يوجد ما يؤسس هذا الانتقال في النصوص التشريعية، فإن الباحث يرى ترجيح ما ذهب إليه الرأي القائل أن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن بزواله بعد القسمة، كما يعتقد أنه يوجد فراغ قانوني، لأن المشرع لم يحدد مصير الرهن الرسمي في هذا الافتراض، مما يلزم الرجوع إلى الأحكام العامة، غير أنه حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على منقول، ولإعطاء ضمان أكثر لأصحاب الحقوق وتحقيقاً للعدالة، كان على المشرع أن ينص على انتقال حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أياً كانت طبيعته، ولو تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي، وبذلك يعطي الضمان الكافي لحق الدائن المرتهن، والسند القانوني لهذا التحول باعتباره حالة استثنائية، وهذا ما نصح به بعض رجال الفقه.³

¹ - نبيل إبراهيم سعد، " التأمينات العينية "، المرجع السابق، ص 73.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 54.

³ - حيث يرى الأستاذ ضحى محمد سعيد بأنه لا شك أن الرهن الصادر في مثل هذه الحالة لا ينعلم إلا وصلنا إلى نتيجة غير مقبولة، فكان على المشرع أن يتفادها بنص يقضي بانتقال حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب الراهن أياً كانت طبيعته، أنظر ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 15.

5: إذا آل إلى الراهن مبلغ من النقود.

إذا لم يختص الراهن بأي جزء من العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه، وكان نصيبه من القسمة فقط مبلغاً من النقود، كنتيجة للقسمة العينية للمال الشائع، إذا كان يحتوي بالإضافة إلى العقار أموال أخرى، وفي أغلب الأحيان يكون اختصاص الشريك الراهن مبلغاً من النقود سببه تعذر قسمة العقار الشائع، فتعتبر قسمة التصفية طريقاً احتياطياً لإجراء القسمة لا يلجأ إليها، إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو القسمة العينية للعقار الشائع.

ويمكن تكيف الاستحالة في القسمة العينية للعقار الشائع على أنها حالة شيوع إجباري، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 722 من ق.م.ج، بما يلي: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص، أو اتفاق. " وبذلك فإن مصدر الشيوع الإجباري، قد يكون القانون مثل عدم تجزئة الأرض الزراعية إلى أقل من هكتار.¹

وتبقى القسمة بالتصفية الحل الأخير الذي يلجأ إليه القاضي، الذي يقدر مدى تحقق هذا التعذر في قسمة العقار، وينتج عن ذلك اختصاص الشريك بمبلغ من النقود، فما هو مصير الرهن الذي نشأ أثناء الشيوع في هذه الحالة ؟

إن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن على العقار المرهون، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه² ، وتطبيقاً لمبدأ الأثر الرجعي الذي يترتب عن قسمة العقار، سواء كانت قضائية، أو كانت

كما يرى الأستاذ محمد علي صاحب أن تحول العقد من الرهن التأميني إلى الحيازي يكون لأن رهن المنقول رهن رسمي باطل، وهذا البطلان يقرر من وقت الشيوع، وليس من وقت القسمة للأثر الرجعي للقسمة، ويتحقق هذا عند توفر شروط نظرية التحول من النية المحتملة للأطراف المتعاقدة إلى العقد الجديد، لأن العبرة بالغاية الاقتصادية، وليس بالوسيلة القانونية، حيث القاضي يستخلص من التصرف الباطل عناصر التصرف الصحيح الذي انصرفت الإرادة المحتملة للمتعاقدين إليه، طبقاً لنص المادة 105 من القانون المدني ، التي تقضي بما يلي: " إذا كان العقد باطلاً، أو قابلاً لإبطال، وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد "، أنظر محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 30.

ويؤكد الأستاذ شوقي بناسي أن هذا القول أقرب إلى قواعد العدالة ويتماشى مع رغبة المشرع في العمل على حماية الدائن المرتهن، ورغم أن هذا الرأي جدير بالتأييد، إلا أنه ينقصه الأساس القانوني، أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141، و 142.

¹ دليمي حورية، " القسمة العقارية "، مداخلة في اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية يوم 27 أبريل

2004، منشورات المركز الجامعي سوق أهراس، ص 70.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 196.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

ودية، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية، أو قسمة تصفية، يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك شيئا غيرها في بقية الحصص¹. ويترتب على ذلك أن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى مقابل ما اختص به الشريك الراهن وهو مبلغ من النقود بدل الحصة الشائعة، فيخصص هذا المبلغ للوفاء بالدين المضمون بالرهن².

غير أن هناك اختلاف فقهي حول أساس هذا الانتقال، فهناك من يرى أنه تطبيقا لنظرية الحلول العيني، في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه إعمالا لقواعد الرهن ذاته.

أ: أساس انتقال حق الدائن المرتهن

I-أساس انتقال حق الدائن المرتهن تطبيقا لنظرية الحلول العيني: "إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود، فقد أجمع الشراح على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة، فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنه"³، إذ يعتبر أساس الانتقال هو الحلول العيني، والذي أخذ به المشرع في أحكام كثيرة، منها ما ذكرناه سابقا فيما يتعلق برهن الملك على الشيوع، إذا اختص الراهن بعقار غير الذي رهنه، وذلك حسب ما نص عليه المشرع في المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر، كما نص على تطبيقات فكرة الحلول العيني في حالة رهن المباني المقامة على أرض الغير في نص المادة 889 من ق.م.ج، وفي حالة هلاك العقار المرهون، أو تلفه في نص المادة 900 من نفس القانون، وبالقياس لما جاء من أحكام واردة في النصوص المذكورة مع هذه الحالة، فإن انتقال حق الدائن المرتهن إلى المبلغ الذي آل إلى المدين الراهن ما هو إلا تطبيقا من تطبيقات فكرة الحلول العيني.

وبما أن الرهن الرسمي لا يكون محله إلا العقار، فإن انتقال حق الدائن المرتهن في هذه الحالة لا يصح إلا إذا تغيرت صفة التأمين، فيتحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي على أساس الاتفاق الذي كان قائما بين الراهن والمرتهن، وبذلك يطبق عليه أحكام رهن الدين في اتخاذ إجراءاته⁴.

1- محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 395.

2- حسين عبد اللطيف حمدان، " الوسيط في التأمينات العينية"، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان 2001، ص 91.

3- محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 41.

4- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 111.

II - أساس الانتقال إعمال قواعد الرهن ذاته: "إذا ترتب عن القسمة أن اختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود في مقابل حصته، كان للدائن المرتهن أن يستوفي دينه من هذا المقابل إعمالا لفكرة التأمين العيني الذي يخول للدائن أفضلية على كل ترجمة نقدية للشيء المرهون".¹ ويذهب أنصار هذا القول إلى أن أساس الانتقال ما هو إلا تجسيدا لطبيعة حق الرهن ذاته، وإعمال قواعده بوصفه تأميناً عينياً يعطي للدائن حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة.²

ويرى الباحث خلاف ذلك، لأن الرهن الرسمي ينقضي بوقوع العقار المرهون في نصيب شريك آخر، حيث يطهر العقار من أي تصرف صادر أثناء حالة الشيوخ، ويرجح الباحث الرأي القائل بأن هذا الانتقال يكون بمقتضى الحلول العيني، وهذا بالقياس مع الحكم الذي ورد على الانتقال الذي نص عليه المشرع في المادة 900 من القانون المدني، التي تقول: "إذا هلك العقار المرهون، أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر، أو مبلغ التأمين، أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة". ويتضح مما ذكرنا أنه إذا كان قصد المشرع حماية حق الدائن المرتهن في ضمان دينه إذا تعرض العقار المرهون للهلاك، أو التلف لأي سبب كان، فإنه يجب أيضاً حماية حق الدائن المرتهن في ضمان دينه في حالة وقوع العقار في نصيب شريك غير الراهن، أو في حالة القسمة عن طريق التصفية واختصاص الراهن بمبلغ من النقود، وبالقياس إلى ما جاء من حكم في نص المادة 900 المذكور أعلاه، فإنه يكون أساس انتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ من النقود تطبيقاً من تطبيقات نظرية الحلول العيني.

ب: أولوية حق الدائن المرتهن

اختلف شراح القانون المدني، وانقسموا بين من يرى أن هناك أولوية للدائن المرتهن على الثمن، أو المبلغ الذي اختص به المدين الراهن، وبين من لا يقر بهذه الأولوية.

¹ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 126.

² - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 106، و 107.

I- الرأي القائل بأولوية الدائن المرتهن على المبلغ أو الثمن

إذا اختص المدين الراهن بالثمن، أو بمبلغ من النقود بمقتضى قسمة العقار الشائع، فإن للدائن المرتهن أولوية على هذا المبلغ من النقود، أو الثمن¹، غير أنه يميز فيما إذا كان الدين مستحق الأداء، أم لا.

- الحالة التي يكون فيها الدين مستحق الأداء

"إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود، وبذلك له أن يباشر حقه في الأفضلية على ما اختص به المدين الراهن من حقوق نقدية"²، وهذا بناء على ما نص عليه المشرع في المادة 907 من ق.م.ج، بما يلي: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم، ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد." فيكون للدائن المرتهن أن يستوفي حقه بالتقدم من المبلغ النقدي، أو الثمن الذي اختص به الشريك الراهن وذلك بمقتضى الرهن ذاته.³

- حالة الدين غير مستحق الأداء

"إن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن على العقار المرهون، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه، كما لا ينتقل رهنه إلى مبلغ النقود، ولكن يكون من حقه أن يستوفي دينه من هذا المبلغ بما له من حق أفضلية على غيره."⁴

حيث يرى بعض الفقهاء أن أجل الدين يسقط بسبب إضعاف التأمين المقرر لمصلحة الدائن المرتهن من طرف المدين الراهن، إلا إذا قدم المدين تأمينا آخر، وذلك يرجع إلى أن عدم اختصاصه بجزء من العقار هو تقصير منه لعدم بذله الجهد الكاف لاختصاصه بالعقار المرهون، ومن ثم فإنه يسقط أجل الدين المقرر لمصلحة الدائن، كجزء على هذا التقصير.

¹ - زهدي يكن، "الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا"، المرجع السابق، ص 153.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية"، المرجع السابق، ص 265.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 142.

⁴ - رمضان أبو السعود، "التأمينات الشخصية والعينية"، المرجع السابق، ص 223.

غير أن هناك من يرى غير ذلك، ويعتقد أنه "يبقى باستطاعة الراهن تجنب سقوط أجل الدين إذا قدم تأميناً آخر إضافياً، أو إذا اتفق مع الدائن المرتهن على إيداع المبلغ والتعاون على استغلاله في أنفع الوجوه، إلى غاية حلول أجل الدين، فيستوفي الدائن المرتهن حقه منه، وهذا يعني أن الرهن الرسمي آل إلى صورة من صور رهن الدين".¹

وبذلك فإن أجل الدين لا يسقط بل يطبق على هذه الحالة ما جاء به المشرع من حكم في نص المادة 980 من القانون المدني، والتي تقول: "إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين، إلا للمرتهن والراهن معاً، ويستطيع كل من هذين الأخيرين أن يطلب من المدين إيداع ما يؤديه لينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه. وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن".

يرى الباحث بأن الحكم الأقرب إلى الصواب هو الذي يميز بين حالتين، ففي الحالة التي يكون فيها هناك تقصير من المدين في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقوع جزء من العقار في نصيبه، فإنه يعاقب عن إهماله بسقوط أجل الدين، وعليه يستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي دينه مما اختص به المدين الراهن من نقود، غير أنه في الحالة التي لا يكون فيها تقصير من طرف المدين الراهن، وهذا ما يحدث عادة لأن نتائج القسمة تكون خارجة عن إرادته، فإن الرهن ينتقل ليشمل مبلغ النقود، وفقاً لما جاء في نص المادة 980 من القانون المدني السالفة الذكر.

حيث لا يوجد مانع من تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي عند استقراء ما جاء في نص المادة، وذلك من أجل إعطاء الضمان الكاف لحق الدائن المرتهن، وليس كعقوبة على تقصير المدين الراهن لعدم بذله جهداً في اختصاصه بالعقار المرهون.

II: الرأي القائل بعدم وجود أولوية للدائن المرتهن على المبلغ أو الثمن

يذهب بعض شراح القانون إلى القول أنه بمقتضى الأثر الكاشف للقسمة، يصبح الرهن واقفاً على ملك الغير، مما يؤدي إلى انقضائه لصدوره من غير مالك، حيث يعتبر أن الراهن لم يملك

¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 142، نبيل إبراهيم سعد، "التأمينات العينية"، المرجع السابق، ص 73، أنظر كذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 54.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
العقار منذ نشوء الشيوع، فإذا تم بيع العقار المرهون بالمزاد العلني كما تستوجبه الإجراءات
القانونية في البيع بالممارسة، فإن البيع يظهر العقار من الرهن، ولا يكون للدائن المرتهن الحق
في تتبع العقار لدى الراسي عليه المزاد، مما لا يعطيه أولوية على ما اختص به الراهن بموجب
قسمة التصفية من الثمن، أو المبلغ.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 907 من القانون المدني السالفة الذكر، فإن الباحث يرجح الاتجاه
القائل بأن هناك أولوية للدائن المرتهن على المبلغ الذي اختص به مدينه الراهن على أن تستوفى
إجراءات نفاذ رهن الدين، كما نصت عليه المادة 975 من القانون المدني بقولها: "لا يكون رهن
الدين نافذا في حق المدين، إلا بإعلان هذا الرهن إليه، أو بقبوله له وفقا للمادة 241.
ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن، وتحسب للرهن مرتبته
من التاريخ الثابت للإعلان، أو القبول". وبذلك لا بد من توفر شروط نفاذ رهن الدين من حيازة
المرتهن لسند الدين، حيث يقوم المرتهن بالتنبيه على الشركاء بعدم الوفاء للمدين، هذا إذا كان
الدين مؤجلا، أما إذا كان الدين حال الأداء، فإنه يطبق ما جاء في نص المادة 980 من القانون
المدني السالفة الذكر.

ويبقى من المهم أن نشير إلى أنه من الناحية العملية تظهر إشكالية رهن العقار الشائع
في مجال الترقية العقارية في حالة إبرام عقد بيع على التصاميم، ويكون العقار متقل برهن عقاري
بسبب القرض ويتوفى المالك الأصلي، فيصبح العقار ملكية شائعة بين الورثة الذين في الغالب
يعجزون على تسديد القرض العقاري، وهنا يتم تطبيق أحكام نص المادة 890 السالفة الذكر،
بحسب مفهوم المخالفة، بمعنى أن العقار كان لمالك واحد وتعدد فيما بعد مالكيه، فإن الرهن يبقى
ضامنا للدين وهي خاصية تتبع للرهن العقاري، إلا عند تنازل جميع الورثة لأحدهم في العقار
المرهون.

ورغم أن المشرع أقر جواز رهن العقار المملوك على الشيوع، وهو ما أكدته المادة 721 من
قانون إ.م.إ.ج، التي تنص على حجز العقارات مفرزة كانت، أم شائعة، إلا أنه عمليا ترفض
البنوك مثل هذه العقارات، بسبب مشاكل التقسيم وما ينجر عنها، ويفقد بذلك الرهن أهميته كضمان
للقرض العقاري، مما يحد ويضيق من وسائل التمويل للانتفاع والاستثمار في الملكية العقارية

¹ - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 109، و 110.

الشائعة، ورغم أن هذا عمل غير قانوني، فإن البنوك بهذا تضيق من حقوق المدينين في منح قروض بسبب رفض الرهن العقاري على العقار الشائع.¹

الفرع الثاني: رهن الشريك حصته الشائعة رهنا حيازيا.

بعدما تناولنا رهن الشريك ل حصته الشائعة رهنا رسميا، سوف نتطرق إلى حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة في الحالة التي يرتب عليها رهنا حيازيا، ولهذا كان لابد منا بداية التطرق إلى حكم هذا التصرف، ولأنه يشترط حيازة الشيء المرهون، فإنه يستوجب علينا تناول صور حيازة الحصة الشائعة، كما سنتطرق إلى مصير الرهن الحيازي بعد القسمة.

أولا: حكم رهن الشريك ل حصته الشائعة.

أحال المشرع الجزائري في نص المادة 950 من ق.م.ج، المنظم للرهن الحيازي إلى تطبيق بعض نصوص المواد المتعلقة بالرهن الرسمي، إلا أنه لم تكن من بينها المادة 890 من نفس القانون التي تنص على الرهن الرسمي الوارد على العقار الشائع.

ولذلك فإنه بصدد الرهن الحيازي نرجع إلى الأحكام العامة² التي وضعها المشرع بشأن التصرف في المال الشائع بوجه عام، وبالرجوع إلى نص المادة 714 من القانون المدني السالفة الذكر نجد كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات؛ وبالتالي يجوز له أن يرهن حصته الشائعة رهنا حيازيا، ويقع الرهن صحيحا.³

ورغم عدم وجود نص صريح بجواز رهن الحصة الشائعة رهن حيازة، غير أن هذا التصرف يقع صحيحا، لأن المشرع لم يعتبر الحيازة ركنا لانعقاد العقد، فالحيازة الفعلية ليست بشرط، حيث أن تسليم الشيء المرهون أصبح التزاما وليس ركنا، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري عندما جاء

¹ - قسوري فهيمة، المرجع السابق، ص 162، و 163.

² - بخلاف المشرع العراقي الذي نص صراحة على جواز رهن المال الشائع رهنا حيازيا، وهو بذلك حسم خلاف مازال قائما في التشريعات المقارنة التي جاءت خالية من نص صريح بجواز ذلك.

أما في مجلة الأحكام العدلية، فلا يوجد نص خاص بشأن رهن الحصة الشائعة، وفقهاء الشريعة على خلاف بهذا الصدد، فعند الحنفية لا يصح رهن الحصة الشائعة رهنا حيازيا، لأن الرهن لا يتم إلا بالقبض الكامل وهو غير ممكن في الحصة الشائعة، أما المالكية والشافعية والحنابلة، فإنهم يجيزون ذلك، سواء كان الرهن لدى شريك، أم غيره، وسواء كان المال الشائع مما يقبل القسمة، أم لا، أنظر ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 15، و 16.

³ - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني ، حق الملكية المواد من 825 / 874 "، المرجع السابق، ص 33، أنظر كذلك ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 15، و 16.

في المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري بما يلي: "أما رهن المشاع رهن حيازة، فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد فيه نص خاص، فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة، كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوخ نصيبا مفرزا، والعبرة بنتيجة القسمة."¹

وبما أن الرهن الحيازي يلزم وجوب أن يحوز الدائن المرتهن الشيء المرهون، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 951 من القانون المدني بقولها: "ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن، أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه...". فالحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازي على الغير، وبما أن طبيعة الملكية الشائعة تجعل الحيازة مستحيلة لمساسها بحقوق بقية الشركاء²، فهل يمكن تصور هذه الحيازة دون أن تلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نعرض حالات وصور يمكن أن تتحقق فيها حيازة الحصة الشائعة المتصرف فيها، وبالتالي يصبح الرهن الحيازي نافذا في مواجهة الغير.

1- اتفاق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم العقار الشائع إلى أحد الشركاء، أو إلى أجنبي، فيحوزه بصفته عدلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة، وبصفته مديرا بالنسبة إلى باقي الحصص.

2- اتفاق جميع الشركاء على تسليم العقار المرهون كله إلى الدائن المرتهن، فيحوز الحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتثنا، وبصفته وكيلًا، أو مديرا فيما تبقى لسائر الحصص.

3- في حالة أن يكون العقار الشائع محل قسمة مهايأة، فقد يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة نصيبه المفرز الذي اختص لهذا الأخير عن طريق قسمة المهايأة.³

ويصبح الرهن نافذا في حق الشركاء دون انتظار نتيجة القسمة، فيكون للدائن المرتهن إذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها في المزاد العلني وفق ما يتطلبه القانون، واقتضاء دينه بالأولوية من ثمنه، ولأن حكم هذا التصرف يطبق عليه نفس الأحكام المتعلقة

¹ جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 113.

² مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 125.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 766، أنظر كذلك ضحى محمد سعيد، المرجع السابق، ص 16.

بترتيب الرهن الرسمي في حالة حلول أجل الدين قبل إجراء القسمة. فإننا سوف نتجنب إعادة وتكرار ما ذكرناه سابقا، وننتقل فقط إلى مصير الرهن الحيازي بعد القسمة.

ثانيا: مصير الرهن بعد القسمة

إذا أجريت القسمة قبل حلول أجل الدين، فإن حق الدائن المرتهن يتركز في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك الراهن في حدود الحصة المرهونة، كأثر طبيعي للقسمة بما لها من أثر رجعي، إذ أن الشريك الراهن يعد مالكا لهذا الجزء منذ بداية الشروع، وأنه لم يملك غيره في بقية الحصص، فلا يعد ذلك تطبيقا لفكرة الحلول العيني، ويكون هذا كما ذكرنا في حالة ما إذا اختص الشريك الراهن بالحصة الشائعة المرهونة¹، وبالتالي يكون له نفس الحكم في حالة ترتيب الرهن الرسمي. غير أن الجدل الفقهي انصب على الحالة التي يكون فيها الشريك قد اختص بأعيان غير التي رهنها، لأنه في الرهن الحيازي لم يرد نص يبين هذا الحكم عكس ما جاء بالنسبة للرهن الرسمي، أين نص المشرع على حكم هذه الحالة بتطبيق الحلول العيني، مما جعل الفقه ينقسم إلى اتجاهين:

1: الاتجاه الأول.

ذهب بالقول إلى أن ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني، والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني في حالة ما إذا تم ترتيب رهن رسمي من طرف الشريك على حصته الشائعة، هو حكم استثنائي مخالف للقواعد العامة، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال التوسع في تفسيره، وتطبيقه على الرهن الحيازي الذي لم يخصه المشرع بنص يحكم هذه الحالة، وعليه نرجع في ذلك إلى الأحكام العامة، مما يعني أن نص المادة المذكورة تقتصر فقط على الرهن الرسمي.

وبالتالي إذا رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة، فإن هذا الرهن يقع صحيحا وناظرا في مواجهة باقي الشركاء، غير أنه يبقى مرتبطا بنتيجة القسمة، حيث أنه إذا اختص الشريك الراهن بالحصة المتصرف فيها، فإن الرهن ينصب عليها، أما إذا اختص الشريك بأعيان أخرى غير التي رهنها، أو بجزء من العقار غير الذي رهنه، فإن الرهن لا ينفذ في حق من اختص

¹ - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 174.

بالمرهون، إلا في حالة ما إذا أقره، لأنه يعتبر واقعا على ملك الغير، كما أن الرهن لا ينتقل إلى ما اختص به الشريك الراهن بعد القسمة.¹

وبالتالي فإن الرهن الحيازي في هذه الحالة ينقضي لصدوره من غير مالك نتيجة الأثر الرجعي للقسمة وعدم تطبيق نظرية الحلول العيني.

2: الاتجاه الثاني

ذهب أغلبية الفقهاء إلى تطبيق ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر والمتعلقة بالرهن الرسمي على الرهن الحيازي عن طريق القياس، وبذلك الأخذ بالأحكام التي نص عليها المشرع، والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني.² وحتى لا نكرر ما قد ذكرناه سابقا، فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن مصير الرهن الحيازي في هذه الحالة هو نفسه مصير الرهن الرسمي بعد القسمة في حالة اختصاص الشريك الراهن بأعيان غير التي رهنها، وبالتالي يطبق عليه نفس الأحكام التي ذكرناها.

كما تسري الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي على الرهن الحيازي، حيث أحالة المادة 950 من ق.م.ج إلى ما جاء في المادة 904 من نفس القانون والمتعلقة بالرهن الرسمي، والتي تنص فقرتها الأولى على ما يلي: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير، إلا إذا قيد العقد، أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...".

رغم أن أغلب الفقه ذهب إلى تبني الرأي الثاني والقائل بتطبيق أحكام نص المادة 890 من القانون المدني، إلا أن الباحث يرى بأن المشرع الجزائري عند تناوله للأحكام التي تنظم الرهن الحيازي أحال في المادة 950 من نفس القانون ما يسري على الرهن الحيازي إلى أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي، في حين لم يضم المشرع المادة 890 مع نصوص المواد التي أحال إليها، مما يعني أنه قصد إبعاد الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي المذكورة في نص المادة والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني. وهو ما يستوجب في هذه الحالة تطبيق الأحكام العامة على مصير الرهن الحيازي، والأخذ بما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول.

¹ جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء "، المرجع السابق، ص 115، و116.

² أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 175.

الفصل الثاني

الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة مفرزة

بعدما تطرقنا إلى سبل الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق مباشرة التصرفات المُرْتَبَة على الحصة الشائعة، نأتي في هذا الفصل لدارسة تصرفات الشركاء الواقعة على حصة مفرزة، أو على كل العقار الشائع، عن طريق ترتيب عقد إيجار، أو حق انتفاع، أو عن طريق ترتيب رهن رسمي أو حيازي، سواء كان ذلك من طرف الشركاء جميعا، أو من أغلبهم (المبحث الأول)، أو من طرف الشريك منفردا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التصرفات المُرْتَبَة من طرف أغلب الشركاء

التصرفات المُرْتَبَة بإجماع الشركاء المؤدية للانتفاع بالعقار الشائع تصرفات صحيحة ونافذة، سواء كان محلها حصة شائعة، أو حصة مفرزة، أو كل العقار الشائع، فلم أن يرتبوا عقد إيجار، أو حق انتفاع، أو رهن، ولا يقع أي إشكال في هذه الحالة، ما دام إجماع الشركاء ينتفي فيه الإضرار بحقوق أحدهم كما فصلنا فيه سابقا، ولهذا ولتجنب التكرار سوف نتطرق فقط لتصرفات أغلبية الشركاء، بما أن حكم تصرف الإجماع واضح ولا يحتاج إلى تفصيل؛ وذلك من خلال التطرق إلى طبيعة الأغلبية المطلوبة في هذه التصرفات وشروط صحتها (المطلب الأول)، ثم نعرض إلى ما أعطاه المشرع من ضمانات للأقلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة الأغلبية المطلوبة في هذه التصرفات وشروط صحتها

الفرع الأول: طبيعة الأغلبية المطلوبة في هذه التصرفات

تنص المادة 720 من ق.م.ج، على ما يلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه، إذا استتدوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا. "

لقد أعطى المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية¹ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في أن يقرروا التصرف فيه، لكن بشرط أن يستندوا في هذا التصرف إلى أسباب قوية، كأن تعرض صفقة رابحة يخشى ألا تعود، أو تكون إدارة المال الشائع متعذرة، أو في حالة ما يكون استغلال العقار الشائع غير مربح، أو أن يستدعي ترميمه قرضا يضمن برهنه، وقد يكون التصرف واردا على جزء مفرز، أو على كل العقار.²

وقد يملك أحد الشركاء لوحده على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، فيكون له وفقا لما جاء في نص المادة المذكورة، سلطة التصرف في العقار الشائع . وجاءت كلمة التصرف في نص المادة عامة ، فهي تشمل التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع والهبة ، كما أنها تشمل من باب أولى مجرد الرهن، حيث من يملك الأكثر يملك الأقل ، كما أنه قد يشمل كل المال الشائع أو جزءا مفرزا منه³ . غير أن ذلك يكون وفق شروط حددها المشرع.

الفرع الثاني: شروط صحة التصرف

استقراء لنص المادة 720 من القانون المدني، نجد أن شروط صحة تصرف الشركاء تتمثل

فيما يلي:

أولاً: صدور التصرف من طرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع.

ثانياً: يجب أن يسند قرار التصرف إلى أسباب قوية تبرر اتخاذه والقيام به، رغم عدم اجتماع رأي جميع الشركاء عليه، كأن يحتاج الأمر في سبيل الانتفاع بالعقار الشائع، أو تحسينه إلى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك، أو يتم عرض صفقة بيع العقار الشائع بشروط مربحة ومغرية.⁴

ثالثاً: يجب إعلان القرار إلى باقي الشركاء، لأنه مهما يكن أمر قلة الأقلية المعارضة فيه، إلا أن لها على الشيء الشائع نفس الحقوق التي للأغلبية عليه، مما جعل المشرع يحرص على كفالة حقوق الأقلية عن طريق تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية في التصرف،

¹ وهذا ما ذهب إليه التقنين المدني ، في كل من مصر وسوريا وليبيا والكويت .

² -محمود جمال الدين زكي، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية "، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 131.

³ - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874 "، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 171.

بداية بضرورة إعلانه إلى باقي الشركاء، غير أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لهذا الإعلان، ولم يلزم أن تكون بورقة رسمية.¹ لوكل ما ذكره هو أن يكون الإعلان بعقد غير قضائي.

وإغفال هذا الشرط يجعل هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء. وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم: 62092، المؤرخ في 13 جانفي 1990 في قضائه بما يلي: " متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء بعقد غير قضائي، فإن القرار الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزءا مشاعا من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل الملكية، يعد مشوبا بعيب خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه".²

كما قضت المحكمة العليا في قرار لها رقم: 92343 الصادر بتاريخ: 1992/10/28، بما يلي: " من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه، إذا استندوا في ذلك على أسباب قوية.

ويثبت من مستندات القضية الحالية أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم، دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه".³

المطلب الثاني: الضمانات المعطاة للأقلية

عمل المشرع على حماية حقوق الأقلية، حيث جعل القرار الصادر من الشركاء المالكين على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع عند التصرف فيه، لا يكون نافذا فورا، إلا في الحالة التي يتم فيها إعلانه للأقلية، على الوجه الذي ذكرناه سابقا، ويحق بذلك لأي شريك من مجموع الأقلية، وفي خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار التصرف الرجوع إلى المحكمة المختصة في حالة معارضته لهذا القرار.⁴

¹ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 132.

² - المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1991، ص 139.

³ - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1، لسنة 1994، ص 38.

⁴ - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 92.

وبذلك فإن التصرف على هذا النحو ينتهي إلى أحد الأمرين:

أولاً: في حالة عدم الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان قرار التصرف، وهي الفترة التي حددها المشرع لبقية الشركاء من أجل الطعن فيه، وقع هذا التصرف صحيحاً وأصبح نافذاً في حقهم.¹

ثانياً: أما إذا رجع المعارضون إلى القضاء في الميعاد المحدد، أي خلال شهرين ابتداءً من تاريخ إعلانهم بقرار التصرف، فإن المحكمة المختصة عليها النظر في موضوع النزاع، وحسب نص المادة 720 من القانون المدني عليها إتباع الخطوات التالية:

1- تنتظر المحكمة في أمر قسمة العقار الشائع، فإذا كانت هذه القسمة تتحقق دون إلحاق ضرر بمصالح الشركاء، فإن المحكمة تقضي بإجراء القسمة، دون طلبها من أي شريك في الشيوخ، أما إذا رأت غير ذلك، وأن القسمة قد تضر بمصالح الشركاء، فإنه لا يبقى من مناص في الإبقاء على الشيوخ، والترجيح بين قرار الأغلبية ومعارضة الأقلية.²

وقد أثير التساؤل حول ما أقره المشرع للمحكمة، في مدى لزومها ومن تلقاء نفسها في بحث ملاءمة إجراء القسمة قبل أن تنتظر في تأييد التصرف من عدمه، وفق ما جاء في نص المادة 720، التي ألزمت المحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً.

يرى الباحث فيما جاء من حكم بنص المادة 720 السالفة الذكر، رغم أن إجراء القسمة يتم بناءً على طلب أحد الشركاء، طبقاً لنص المادتين 722 و724 من ق.م.ج، دون أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، غير أننا نجد ما يبرر حكم المشرع الجزائري في محاولة إنهاء حالة الشيوخ كلما سمحت الفرصة ما دامت تمثل ملكية مؤقتة مآلها الزوال، خاصة إذا كانت محل نزاع، غير أنه وحسب رأي الباحث، كان على المشرع إعطاء المحكمة النظر أولاً في مدى صحة التصرف، فإذا رأت أنه لا توجد هناك أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع قضت بإلغاء قرار الأغلبية، دون التطرق إلى قسمة العقار الشائع، لأنه لا يوجد ما يبرره، كما أنه غير جائز ويعتبر قضاء بغير ما طلبه الخصوم.

¹ - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 170.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 171، و172.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

أما في حالة رأيت المحكمة أن قرار الأغلبية يستند إلى سبب قوي يبرره، فإنه وكما نعتقد ومن أجل حماية حقوق الأقلية، ولتجاوز الخلافات التي قد تنشأ بين الشركاء في الشروع، ولمنع تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع، فإن للمحكمة أن تقضي بإجراء القسمة، إذا لم يكن فيها ضرراً بمصالح الشركاء.

2- تنظر المحكمة في مدى صحة التصرف، مستشهدة خاصة بحقيقة الدوافع والأسباب التي دعت إلى اتخاذ مثل هذا القرار¹، لإظهار مدى جديته ونفعه وبحقيقة المبررات التي دفعت قلة من الشركاء إلى الاعتراض عليه، مراعية في كل ذلك ما قد يلحق مصالح الشركاء من ضرر، أو نفع في حالة القضاء بصحة التصرف.

ومن خلال ما سبق، فإن للمحكمة المصادقة على التصرف، وبالتالي نفاذه رغم معارضة الأقلية، ولها أيضاً أن تلغيه استجابة لطلب الأقلية المعترضة حسب الأحوال.²

المبحث الثاني

التصرف الصادر من طرف الشريك منفرداً

قد يحدث أن يقوم الشريك منفرداً قاصداً الانتفاع بالعقار الشائع بالتصرف في جزء مفرز منه تعادل حصته الشائعة فيه بكل أنواع التصرفات المؤدية للانتفاع بالعقار الشائع، سواء بتأجيله، أو ترتيب حق انتفاع، أو رهن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 714 من ق.م.ج، ولتناول هذا النوع من التصرفات كان من المهم النظر في مدى صحتها، ويستدعي ذلك البحث في مدى تأثير هذه التصرفات على حقوق باقي الشركاء في الشروع، وبما أن الشروع حالة استثنائية مآلها التحول إلى ملكية مفرزة، فإن التصرفات الواردة عليها تتميز بعدم الاستقرار، مما جعل من الضروري التطرق إلى مصير ما رتبته الشريك من تصرفات بعد انقضاء حالة الشروع.

وبذلك فإن الدراسة تتطلب منا بداية النظر في حكم تصرف الشريك أثناء فترة الشروع (المطلب الأول)، ثم عرض حكم تصرف الشريك بعد إجراء القسمة (المطلب الثاني)، وفي الأخير التطرق إلى الشكلية في صحة تصرفات الشركاء (المطلب الثالث).

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 759.

² حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 172.

المطلب الأول: حكم تصرف الشريك أثناء فترة الشروع

تختلف طبيعة التصرف باختلاف طبيعة الملكية محل هذا التصرف، وحيث أن قسمة العقار الشائع هي الفيصل بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة، فإن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل وقوع القسمة يختلف عن حكمه بعد إجرائها، وتتاول التصرف في فترة الشروع يستدعي منا تبيان طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز (الفرع الأول)، وبما أن حكم التصرف بين أطرافه يختلف عنه في مواجهة سائر الشركاء، فإنه يتطلب منا بداية الوقوف على حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه (الفرع الثاني)، ثم عرض حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز

من أجل تبيان الأحكام المتعلقة بالتصرفات التي يرتبها الشريك على حصة مفرزة، كان من الضروري إدراك طبيعة هذه التصرفات .

فقبل أن ينظم المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية تصرف الشريك في جزء مفرز، كان هناك جدل حول حكم هذا التصرف، حيث لا يوجد نص بشأنه، كما هو الحال في القانون الفرنسي، وكما كان الحال في القانون المصري السابق.

فذهب رأي إلى القول أن تصرف الشريك في جزء مفرز، هو تصرف في ملك الغير فيما يوازي حصص باقي الشركاء، مما يعطي للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف لحلوله على ملك الغير، كما يكون لباقي الشركاء تأكيد حقوقهم على هذا الجزء برفع دعوى الاستحقاق دون الانتظار إلى نتيجة القسمة.

ويذهب رأي ثان وهو الاتجاه الذي كان راجحا في مصر في ظل القانون المدني السابق إلى اعتبار أن تصرف الشريك في جزء مفرز موقوفا على نتيجة القسمة، بحيث يستقر هذا التصرف نهائيا، إذا ما وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف بعد إجراء القسمة، غير أنه إذا لم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه، وإنما وقع في نصيب شريك آخر، فإن التصرف يعتبر صادرا من غير مالك، ويكون بذلك للمتصرف إليه طلب إبطاله، أما قبل إجراء القسمة، فلا مجال لطلب إبطال التصرف على أساس أنه تصرف في ملك الغير، كما لا يكون لباقي الشركاء

رفع دعوى الاستحقاق¹ لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه، لأنه لم يتضح بعد مصير التصرف.²

غير أن ما نص عليه المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية يحسم هذا الخلاف، حيث جاء في نص المادة 714 / 2 من ق.م.ج، ما يلي: " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة." بالرغم من تنظيم المشرع لتصرف الشريك في حصة مفرزة، إلا أن الخلاف لا زال قائما حول تكييف هذا التصرف، ويرجع ذلك إلى أن المشرع قد قفز مباشرة إلى تحديد مصير التصرف بعد القسمة، دون أن يكشف عن حكم هذا التصرف قبل إجراء القسمة، فانقسم الفقه أيضا حول هذا الموضوع، حيث اعتبر البعض منهم أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرفا فيما لا يملك، وذهب آخرون إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز يقع صحيحا كالتصرف في حصة شائعة، فيما اتجه أغلب الفقه إلى اعتباره تصرفا صحيحا بين طرفيه وغير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وسوف نذكر هذه الآراء بأكثر تفصيل فيما يلي:

أولا: تصرف الشريك في جزء مفرز تصرف في ملك الغير

إذا كان للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة، ويقع تصرفه صحيحا نافذا في مواجهة باقي الشركاء، فإنه في المقابل لا يجوز له أن يتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع ولو كان معادلا لحصته الشائعة، لأنه حتى في هذا الجزء يشاركه بقية الشركاء في ملكية كل ذرة من ذراته بنسبة ما يملكه كل منهم في العقار الشائع، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء، ويعتبر في تصرفه اعتداء على حقوقهم، كما

¹ - دعوى الاستحقاق هي دعوى عينية يطالب فيها المدعي بملكية شيء، سوا كان عقار، أو منقول، فهي دعوى تقوم لحماية الملكية، إذ أن كل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير، وبذلك فهي لا تطلق على الدعاوى الشخصية، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 513، و514.

² - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 175، و176.

يعتبر فيه محاولة قسمة العقار الشائع قسمة جزئية بإرادته وحده، وهو حق لا يملكه، لأن القسمة لا تكون إلا بإجماع الشركاء، أو بحكم قضائي.¹

ولذلك يكون للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة، ولو كان يعلم أن الشيء المتصرف فيه غير مملوك للشريك.²

ولباقي الشركاء أن يتجاهلوا هذا التصرف، ويعتبروه لم يكن، كما لهم أن يرفعوا دعوى الاستحقاق على الشريك المتصرف والمتصرف إليه في حالة كان التصرف ناقلاً للملكية، ويكون ذلك لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذه العين، وليس للحكم لهم بجزء مادي من العين المتصرف فيها، ولا تكون دعواهم عندئذ سابقة لأوانها، لأن المتصرف لا يملك في الجزء المتصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع .

كما اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية³، التي رأت أن هذا التصرف ينفذ في مواجهة باقي الشركاء، لا باعتباره تصرفاً في حصة مفرزة، وإنما باعتباره في حكم التصرف في قدر شائع. هو قول يصعب تقبله على أساس أنه حمل إرادة المتعاقدين ما لم تتجه إليه، لأن هذه الإرادة اتجهت نحو التصرف في جزء مفرز، وليس في حصة شائعة.⁴

ثانياً: تصرف الشريك تصرف صحيح كالتصرف في حصة شائعة

يذهب رأي ثان إلى القول بأن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر صحيحاً لصدوره من مالك.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه، باعتبار أن التصرف في جزء مفرز كالتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه؛ على أساس أنه لا يمكن أن تكون للمتصرف إليه حقوق أكثر مما كانت عليه لسلفه الذي لم يكن له ملكية مفرزة، وبذلك يتحول التصرف الوارد على حصة مفرزة إلى تصرف في حصة شائعة.

¹ - محمد شكري سرور، "موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري"، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 323.

² - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 137.

³ - قضت محكمة النقض المصرية بحكمها المؤرخ في 23 / 12 / 1986، على اعتبار أن التصرف في جزء مفرز هو في حكم التصرف في قدر شائع.

⁴ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 324.

وقد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات، لأنه ينسب إلي إرادة المتعاقدين ما لم تتصرف إليه لا في الحقيقة ولا في الظاهر، كما أن ما جاء به المشرع في المادة 714 من القانون المدني، أين نص على أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة، يبقى المتصرف هو المتقاسم، وهذا ما يتعارض مع ما اعتقده أصحاب هذا الرأي في أن المتصرف إليه يصبح هو الشريك على الشيوع، وهو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف، فلو اعتبر المشرع أن التصرف يصبح بعد أن صدر، على أساس أنه تصرف في حق شائع وليس في جزء مفرز، لجعل المتصرف إليه هو المتقاسم باعتباره شريكا لبقية الشركاء.¹

ثالثا: تصرف الشريك تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ في حق باقي الشركاء.

يرى اتجاه ثالث أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يقع صحيحا بين طرفيه لصدوره من مالك، غير أنه لا يكون نافذا في حق باقي الشركاء²، فهو تصرف صحيح بين طرفيه لكونه واردا على حصة مفرزة، وليس باعتباره واردا على حصة شائعة كما يرى بعض الفقهاء.

وعلى هذا الأساس لا يكون للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف لصدوره من غير مالك، ولا يبق له سوى أن يطلب ذلك طبقا للقواعد العامة في حالة الغلط عند تحقق شروطه.³ ولأن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه، إلا مقدار نصيبه في الشيوع، فإنه يترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف قبل باقي الشركاء، ويكون لهم بذلك إقرار التصرف ليقع صحيحا، أو رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه.⁴

ومن أهم ما نتج على اعتبار التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء، هو عدم اعتبار المتصرف إليه شريكا في الشيوع، فلا يحل محل المتصرف، ولا يكون له بذلك ما للشريك في الشيوع من حقوق مثل الحق في طلب القسمة والحق في المشاركة في إدارة العقار، بل يبقى المتصرف هو الشريك طوال فترة الشيوع.⁵

¹ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 129.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128.

³ - نفس المرجع، ص 129، و 130.

⁴ - رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 101.

⁵ - توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، (بدون ذكر سنة الطباعة)، ص 211.

ويعتبر ما جاء به أصحاب القول الأخير، والذي يؤيده أغلب رجال الفقه، التكييف الصحيح لحق الشريك عند التصرف في حصة مفرزة، وهو التكييف الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تنظيم أحكام هذا التصرف، وهي نظرة صائبة وعملية في تطبيقه، فأعطى المشرع للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، رغم أن ذلك يرجع إلى تطبيق القواعد العامة في شأن صحة الرضا وخلوه من العيوب ومنها عيب الغلط.

وبهذا الحكم فإن المشرع قصد إبراز أن حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف يقوم على هذا الأساس وحده، دون أن يكون ذلك على أساس صدور التصرف من غير مالك، مما يعني أن التصرف بين طرفيه يقع صحيحا؛ ويضيف المشرع في تأكيد ذلك بإعمال فكرة الحلول العيني إذا أجريت القسمة ولم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه، إذ يبقى على التصرف، ولكن يغير من محله، فيورده على الجزء الذي آل إلى المتصرف بالقسمة، وفي هذا نفي قاطع لاعتبار التصرف صادر من غير مالك بعد القسمة، ويكون هذا النفي من باب أولى أثناء الشروع وقبل إجراء القسمة.

وإذا كان المشرع قد عرض حكم التصرف فيما بين أطرافه دون النظر في ذلك بالنسبة إلى باقي الشركاء، فإنه يستشف من نص المادة 714 السالفة الذكر تأكيدا على عدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء، لأنه قد قرر تجسيد فكرة الحلول العيني بعد إجراء القسمة بتحويل محل التصرف إلى ما اختص به المتصرف، ويكون بذلك قد أظهر عدم نفاذ التصرف في حق هذا الشريك الذي اختص بالجزء المتصرف فيه بعد إجراء القسمة، ومن ذلك الاستمرار بعدم نفاذه أصلا في حقه منذ إنشائه، ومنه يكون التكييف الصحيح لهذا التصرف هو اعتباره صحيحا فيما بين أطرافه، ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة باقي الشركاء، وهذا ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية.

بعدها رأينا طبيعة حق الشريك في التصرف بجزء مفرز، كان علينا أن ننظر في أنواع التصرفات التي يربتها الشريك، وفي هذا المقام اختلف الفقه في تحديدها، فذهب البعض إلى القول أنها جميع أنواع التصرفات القانونية بما فيها الإيجار، على اعتبار أن ما جاء في نص المادة وعند

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
ذكر التصرفات قصد بها المشرع التصرفات القانونية كلها بمعناها الواسع، ولم تأت محصورة
في التصرفات الناقلة للملكية.

في حين ذهب البعض الآخر إلى التأكيد على أن المشرع عند تناوله لأحكام هذا التصرف
قصد فقط التصرفات الناقلة للملكية، فلا يسري على الإيجار، والذي هو عمل من أعمال الإدارة،
ويبررون ما ذهبوا إليه إلى أن لفظي المتصرف والمتصرف إليه عدلا في لجنة المراجعة، بعدما
كان في المشروع التمهيدي للقانون المصري يطلق عليها البائع والمشتري، وكان الغرض من هذا
التعديل تعميم الحكم ليشمل التصرفات الناقلة للملكية غير البيع كالمقايضة والهبة، وبذلك فإن نص
المادة 714 / 2 لا يسري على الإيجار.¹

يرى الباحث أن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب، على أساس أن ما قصده المشرع عند
تناوله للأحكام المتعلقة بنص المادة المذكورة أعلاه التصرفات القانونية بمعناها الواسع وتظم جميع
أنواع التصرفات، وليست محصورة في التصرفات الناقلة للملكية.

الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في العلاقة بين أطرافه.

لم يحدد المشرع حكم مسألة التصرف في حصة مفرزة قبل وقوع القسمة، ومن ثم وجب الرجوع
إلى القواعد العامة في التصرف والقواعد العامة المنظمة للملكية الشائعة.

قد يقوم الشريك بتحديد جزء معين من العقار الشائع يعادل حصته فيه، أو يقل عنها وذلك من
تلقاء نفسه، ودون الرجوع إلى باقي الشركاء، ثم يقوم بالتصرف في هذا الجزء إلى الغير عن طريق
ترتيب عقد إيجار، أو حق انتفاع، أو رهن، فيقع هذا التصرف صحيحا بين المتعاقدين في كل
الجزء المفرز، على أساس أنه تصرف صادر من مالك، لأن حق الشريك في الشيوع حق ملكية
يرد على كل العقار الشائع؛ وبالتالي لا يعتبر تصرفا في ملك الغير.²

إن الشريك الذي تصرف في جزء مفرز يمكن القول بأنه يمتلك ولو جزءا من هذا الجزء
المفرز، فمثلا لو كانت الأرض فلاحية مساحتها أربعة هكتارات، وكانت مملوكة لشخصين على
الشيوع، كل شريك له هكتارين، وقام أحدهم بترتيب حق انتفاع على حصته (2 هكتار) مفرزة على
الجزء الشمالي الشرقي من الأرض، فالشريك المتصرف لا يملك الحق في ترتيب حق الانتفاع على

¹ - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 178، و179.

² - نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 138.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعمارة الشائع عن طريق أعمال التصرف
هذا الجزء، رغم أنه يملك نصف الأرض الذي تصرف فيها، لكنه لا يملك هذا التحديد، وهذا الجزء
بالذات، فهذا الجزء مملوكا للشريكين، ولا يمكن القول بأن الشريك المتصرف يعد كأنه قد تصرف
في ملكه، لأنه لا يملك إلا حصة شائعة في كل ذرة.

وعليه فإن حكم التصرف فيما بين المتعاقدين موقوف على إجازة بقية الشركاء، لأن التصرف
قد وقع في جزء من حصصهم في هذا الجزء المفرز الذي تم التصرف فيه.¹
وبالرجوع إلى نص المادة 2/714 من القانون المدني، نجد أن المشرع قد حدد حكم علاقة
الشريك المتصرف والمتصرف إليه بنصه على ما يلي: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز
من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه
من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق
في إبطال التصرف، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة "، ومن
خلال ما ورد في نص المادة، نعمل على التمييز بين فرضيتين، في حالة علم المتصرف إليه بأن
الشريك يملك على الشيوع، ثم في حالة جهله بذلك.

أولا: حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوع

يكون المتصرف إليه في هذه الحالة سيء النية، ولا يكون بذلك قد وقع في غلط جوهري،
فيمتنع عليه المطالبة بإبطال العقد، وذلك لثبوت علم المتعاقد بحقيقة الأمر، وهو أن الشريك
المتصرف ليس إلا مالكا على الشيوع، وهو ما يتعارض مع الإدعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط،
وبذلك لا يكون طلب الإبطال قبل القسمة ولا بعدها،² لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع، وأن
محل التصرف جزء مفرز، ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وهنا يمكن
القول بانتظار نتيجة القسمة، إلا إذا أقر الشركاء الآخرين هذا التصرف، فيكون نافذا في حق
الشريك المتصرف وباقي الشركاء.

غير أن هناك من شراح القانون المدني من يرى أن نص المادة 02/714 السالفة الذكر لم
تقضي في حكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز قبل القسمة، وإنما نظرت في حكمه

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 18.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 143. أنور العمروسي، " الحقوق العينية التبعية، التأمينات
العينية في القانون المدني "، المرجع السابق، ص 95.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
بعد أن تتم القسمة، وعليه يكون للمتصرف إليه من الشريك الحق في إبطال العقد على أية حال
دون انتظار نتيجة القسمة، سواء كان يعلم، أو يجهل قيام الشيوخ عند التعاقد، لأن علم المتصرف
إليه بقيام الشيوخ لا يحول أبداً دون اعتبار تصرف الشريك تصرف في ملك الغير بالنسبة إلى
حصص باقي الشركاء.

والقول بأن المتصرف إليه في هذه الحالة قد تعاقد على الجزء المفرز، أو ما يحل محله وهو
الذي سيختص به الشريك المتصرف بعد القسمة، هو قول لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة
المتعاقدين، وما قصداً من تعاقدتهما، حيث أن إرادتهما ذهبت إلى التصرف في جزء مفرز ومعين
بالذات، كما أن نص المادة 2/714 السالفة الذكر تناولت حكم التصرف بعد القسمة فقط، وعليه
ليس من المنطق أن يحرم المتصرف إليه من إبطال العقد قبل القسمة وتحمله عبء انتظار قسمة
قد لا تقع إلا بعد وقت طويل وجهد كبير.¹

والشريك إذا قام برهن، أو ترتيب حق انتفاع على حصة مفرزة، يكون قد تصرف فيما يملك
وفيما لا يملك، ما يملك هو حصته في الشيوخ في هذا الجزء المفرز، وما لا يملك هو حصص
سائر الشركاء في هذا الجزء، ولا يستطيع الدائن المرتهن إبطال العقد لا بالنسبة إلى حصة
المتصرف الشائعة في الجزء المفرز، لأن الشريك الراهن قد تصرف فيما يملك، ولأن الدائن
المرتهن ليس واقفاً في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز
المتصرف فيه بدعوى أن الرهن لهذه الحصة هو رهن ملك الغير؛ لأن الرهن الواقع على حصص
الشركاء يختلف عن رهن ملك الغير، على أساس أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك
الراهن عند القسمة، فتفقد بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها مملوكة له وقت إنشاء التصرف، فلا
يكون بذلك قد تصرف فيما لا يملك.²

هذا بالإضافة إلى أن المتصرف إليه بعلمه أن المتصرف لا يملك الجزء المفرز، يكون قد
ارتضى ما قد تنتج القسمة من آثار على التصرف، وما ينجر عن حالة الشيوخ من عدم استقرار
في المعاملات، حيث يكون قد توقع كما توقع الشريك أن هذا الجزء المفرز سيختص به الشريك

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 19.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 874 / 825"، المرجع السابق، ص 56، و 57.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف المتصرف بعد القسمة، فلا يكون للمتصرف إليه أن يستند في إبطال التصرف على أساس التصرف في ملك الغير، ولا على أساس أن التصرف وارد على ملكية شائعة.

ثانياً: حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع

للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال العقد إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً، فيكون المتصرف إليه في هذه الحالة قد وقع في غلط،¹ بتوهم الأمر على خلاف الحقيقة فيما يتعلق بصفة مؤثرة في شخص المتعاقد، إلى جانب الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد.²

ويكون الإبطال مبنياً على أساس وقوع المتصرف إليه في غلط، طبقاً لنص المادة 81 من القانون المدني التي تقول: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله." ويكون بذلك للمتصرف إليه إبطال التصرف لما شاب إرادته من عيب الغلط قبل القسمة، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها.

أما إذا تمت القسمة قبل الحكم بالإبطال، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فلا يجوز طلب الإبطال إعمالاً بحكم المادة 85 من القانون المدني، والتي تقضي بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، كما يكون ذلك إذا أقر بقية الشركاء تصرف شريكهم في حصته المفترزة، أو في حالة تلقي الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه بأي سبب كان، كما يبقى التصرف قابلاً للإبطال حتى بعد إجراء القسمة في حالة عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه.³

ويكون ذلك وفقاً لما نص عليه المشرع كما ذكرنا في نص المادة 714/2 من القانون المدني بقوله: "للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55، أنظر كذلك محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 146.

² رلى صفير، "الملكية الشائعة استغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها"، مجلة الجيش، الصادرة عن مديرية التوجيه، الجيش اللبناني، العدد 206، 2002/08/01، ص 01.

³ رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 99، و 100.

ومن المهم التنبيه إلى أن احتمال جهل المتصرف إليه بأن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة عند التعاقد، لا محل له إذا تعلق الأمر بالعقار المملوك على الشيوع الواقع في المناطق التي تمت فيها عملية مسح الأراضي والتسوية بمنح الدفتر العقاري، لأن التصرف الوارد على هذا العقار وعلى حصة شائعة فيه لن يكون صحيحا إلا باستيفاء الشكل الذي حدده القانون، وهو تسجيل وشهر التصرف في المحافظة العقارية، مما يقتضي علم الغير المتصرف إليه بحالة الشيوع وقت التصرف.¹

كما يكون من حق المتصرف إليه أن يجيز هذا التصرف بالتنازل عن حقه في طلب الإبطال فيقع صحيحا، وبذلك فإن تأسيس طلب الإبطال في هذه الحالة، يكون لأن المتصرف إليه قد عيبت إرادته بالغلط، لا على أساس أن المتصرف تصرف فيما لا يملك؛ لأنه كما سبق القول بأن حق المالك في الشيوع حق ملكية، ومن ثم فإن تصرفه يعد صحيحا حتى في ذلك الجزء المفرز، كما أن أحكام التصرف في ملك الغير تساوي بين حالتي العلم والجهل بأن المتصرف مالك، أم غير مالك، وتعطي للمتصرف إليه حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين، وهذا خلافا لما يستفاد من نص المادة 2/ 714 من القانون المدني، حيث تقضي بالفرقة بين حالة العلم والجهل، وعليه فإن طلب الإبطال يكون مبنيا على أساس الغلط، وليس على أساس صدور التصرف في ملك الغير كما يرى بعض الفقهاء.

والظاهر أن هذا الحكم يختلف عن حكم التصرف في ملك الغير، ويمكن تفسير هذا الاختلاف في أن المشرع عندما قرر مبدأ الحلول العيني، قد أزال بذلك السبب الذي من أجله كان هذا التصرف يعتبر واردا على ملك الغير، ولا يبقى إلا أن يعيب العقد وقوع الغلط، فإذا كان المتصرف إليه عالما بأن المتصرف يملك على الشيوع، أعتبر الطرفين متفقين على ورود التصرف على حصة المتصرف الشائعة وعلى الجزء المفرز الذي ستركز فيه هذه الحصة عند القسمة، وامتنع إبطال العقد لانعدام الغلط.

أما إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزا، فلا يمكن اعتباره راضيا على التصرف في غير الجزء المعين في العقد، ويكون العقد وفقا للقواعد العامة

¹ - عبد الناصر زياد هياجنة، أحمد علي العويدي، "تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، المجلد 38، العدد 2، 2011، ص676.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
باطلا بطلانا مطلقا للغلط في صفة جوهرية في العقد، لأن المتصرف يعتبر بحكم القانون أنه أراد
التصرف في حصته الشائعة وما سنتركز فيه عند القسمة، في حين أن المتصرف إليه قد أراد
التعاقد على الجزء المعين في العقد؛ غير أن المشرع قد قرر بنص الفقرة الثانية من المادة 714
السالفة الذكر تصحيح هذا العقد الباطل بإبدال الجزء الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف
بالجزء الذي سمي في العقد إذا قبل المتصرف إليه ذلك، فإذا تمسك المتصرف إليه بالبطلان كان
ذلك دليلا على عدم قبوله هذا التصحيح، وإذا سكت اعتبر سكوته قبولا ونفذ العقد في الجزء المفرز
الذي اختص به الشريك المتصرف عند القسمة.¹

ولأن التصرف في جزء مفرز تصرفا صحيحا صادرا من مالك، فإنه يرتب آثاره بين طرفيه
على الجزء المفرز المتصرف فيه لا على حصة شائعة تعادله. غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه
في هذا المقام هو: هل هذا التصرف يرتب جميع آثاره العينية والشخصية؟

لقد تباينت الآراء الفقهية في تحقيق الآثار المترتبة عن مثل هذه التصرفات، فذهب البعض
إلى القول: "أن هذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الأثر سوى ترتيب التزامات شخصية بين
طرفيه، دون أن يرقى إلى ترتيب الآثار العينية للتصرف بنقل الملكية، أو المنفعة إلى المتصرف
إليه ما لم يقر التصرف باقي الشركاء، أو يمتلك المتصرف الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة بأي
سبب من الأسباب."²

ويذهب هذا الاتجاه في تبرير ما ذهب إليه، على اعتبار أن التصرف في جزء مفرز مقيد
في ذلك بعدم المساس بحقوق باقي الشركاء، لأن الشريك ليس له سلطة التصرف منفردا، إلا
في حصته وهي شائعة، أما إذا تصرف في جزء مفرز، فلا ينتج إلا آثاره الشخصية بين طرفيه،
وأما نفاذه يكون متوقف على نتيجة القسمة؛³ ويعود ذلك إلى أن سلطات المالك المشتاع تختلف
عن سلطات المالك ملكية مفرزة، ومظهر هذا الاختلاف يتحدد بوجه خاص في أن سلطة التصرف
ليست مقررة لممارستها من طرف الشريك منفردا، ولأن التصرف يمس بحقوق الشركاء جميعا، فإنه
يتعين ممارسته مع غيره من الشركاء.

¹ - سليمان مرقس، "العقود المسماة، عقد البيع"، الطبعة الرابعة، دار الهناء للطباعة، القاهرة، 1980، ص 539.

² - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 131.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 143.

كما أن الاعتراف بصحة هذا التصرف يعد استثناء على الحدود القانونية والقواعد العامة، وبالتالي يجب حصره في أضيق الحدود وعدم التوسع في نطاق آثاره، حتى لا يؤدي إلى نتائج شاذة.¹

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول: "أن التصرف نافذ وملزم للمتصرف، إذ يلتزم بتنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، ومنها التزامه بنقل ملكية المنفعة وتمكين المتصرف إليه من حيازة الجزء محل التصرف، فإذا لم يستطع الوفاء بهذا الالتزام انعقدت مسؤوليته وفقا للقواعد العامة، وذلك لأن التصرف صادر من مالك، كما أن حقوق باقي الشركاء محفوظة عن طريق عدم نفاذ تصرف الشريك في حقهم، وليس عن طريق عدم إنتاج آثاره العينية"²؛ وعلى هذا الأساس يرى أصحاب هذا الرأي، بأنه إذا كان التصرف المرتب مثلا حق انتفاع، أعتبر المتصرف إليه منتفعا بالجزء المفرز المتصرف فيه أثناء فترة الشيوخ من وقت إنشاء التصرف، عند قيامه بجميع الإجراءات المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري.

يرى الباحث أن ما ذهب إليه الرأي الأخير أقرب إلى الصواب، بما أن التصرف يقع صحيحا بين طرفيه على أساس أنه صادر من مالك.

غير أنه لا يجوز للمتصرف إليه على حصة مفرزة في العقار الشائع أن يطالب بتسليم مفرز قبل حصول القسمة، ولو كان عقده مشهرا، إلا برضا باقي الشركاء جميعا³؛ ذلك لأن دعواه في هذا الشأن تكون غير مقبولة إذا لم يكن المتصرف واضعا يده على حصة مفرزة قبل القسمة، فلا يمكن أن يكون للمتصرف إليه أكثر مما كان لسلفه الشريك المتصرف، فضلا على أن هذا التسليم يترتب عليه إفراز لجزء من العقار الشائع بغير الطريقة التي رسمها القانون.

الفرع الثالث: حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع تصرفا صحيحا صادرا من مالك بالنسبة للمتصرف والمتصرف إليه، لأن ورود حق الشريك على كل الشيء الشائع يكون طوال فترة الشيوخ، إلا أن لسائر الشركاء في الشيوخ على هذا الشيء نفس الحقوق، مما يلزم تقييد كل منهم

¹- نبيل إبراهيم سعد، "الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 138، و 139.

²- أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 188.

³- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 131.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

في استعمال سلطات حقه، على وجه لا يمس بحقوق الآخرين، أو يلحق الضرر بهم، فما هو حكم تصرف الشريك في مواجهتهم، وما هي أهم النتائج المترتبة على ذلك؟

بما أن الشريك لا يملك ملكية خالصة أي جزء مفرز في العقار الشائع فالأصل أن لا يحق له التصرف فيه، ولو كان هذا الجزء المفرز يعادل أو حتى يقل عن حصته، لأن حقه ينتشر في كل ذرة من العقار مع حقوق باقي الشركاء، فإن فعل عد هذا التصرف اعتداء على حقوق باقي الشركاء، كما يعد تصرفه إجراء للقسمة من جانبه، وهذا أمر غير مقبول؛ ومن ثم فإنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء، ولهم أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز على أساس أنه شائعا بينهم.¹

وطبقا للقواعد العامة في الملكية الشائعة، فإن الأصل لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني، الذي أجاز هذا التصرف وأعتبره صحيحا، لأنه صادر من مالك، ولكن هذا لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء²، ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم، لأن فيه مساس بحقوقهم، ولكن بإمكانهم إقرار هذا التصرف فيصبح نافذا، ويحدث كذلك إذا خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب كان، كالبيع أو الهبة أو الميراث، فيستقر التصرف لمن صدر له.³

ويترتب عن عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء عدة نتائج مهمة قبل القسمة وبعدها، نذكرها فيما يلي:

1: لا يعتبر المتصرف إليه شريكا في العقار الشائع، وذلك طوال فترة الشيوخ، حتى لو قام بتسجيل عقده، وشهره في المحافظة العقارية قبل القيام بشهر العقد، أو الحكم الذي يثبت القسمة.⁴ وبذلك لا يكون للمتصرف إليه الحق في الإدارة المعتادة وغير المعتادة للعقار الشائع، ولا يجوز له رفع دعوى القسمة، ولا يصح اختصاصه فيها، غير أنه وإن كان للأجنبي المتصرف إليه على

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 143. ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 18، و 19.

² حسن كيرة، المرجع السابق، ص 182.

³ رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، المرجع السابق، ص 101.

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 130.

جزء مفرز من العقار الشائع ليس له الحق في رفع دعوى القسمة مباشرة، إلا أنه باعتباره دائن للشريك المتصرف، له أن يرفع الدعوى باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، إذا ما توفرت شروطها، والتي نصت عليها المادة 189 من القانون المدني، كما يجوز له أيضا أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله بوصفه دائنا لأحد الشركاء، مما يترتب عليها إلزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات في حالة ما إذا قام بقيد تصرفه الصادر له قبل رفع دعوى القسمة، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه، كما لا يكون للمتصرف إليه الحق في طلب الشفعة، أو الاسترداد، ويبقى الشريك المتصرف هو المعني بكل ذلك، لأنه يظل هو الشريك في الشيوع.

2: لا يحق للمتصرف إليه أن يطالب بتسليم مفرز للقدر المتصرف فيه عندما يكون التصرف حق انتفاع مثلا قبل إجراء القسمة، إلا بناء على إقرار من جميع الشركاء.

3: يكون للمتصرف إليه طلب الحكم بصحة ونفاذ التصرف، حتى يتمكن من مباشرة إجراءات التسجيل وشهر عقده، الذي يمكن أن يستعمله في مواجهة المتصرف أثناء فترة الشيوع في حالة تصرفه مرة ثانية في نفس الجزء الشائع إلى الغير.

4: لا يجوز للشركاء رفع دعوى استحقاق على المتصرف إليه، سواء للحصول على الحصة المتصرف فيها، أو للاعتراف لهم بحقهم على الشيوع في هذه الحصة، وكل إدعاء منهم قبل إجراء القسمة، يكون سابقا لأوانه.¹

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم: 39496، المؤرخ في 1987/04/08، بما يلي: "من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع، ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرده المشتري وتعويض المدعي عليها، خرقوا القانون ومتى كان كذلك تعين نقض القرار."²

وحيث أن القسمة بين الشركاء لم تقع، فلا يوجد ما يدل على أن قطعة الأرض المتصرف فيها من نصيب المدعية المطعون ضدها حتى تطالب بها، كما أنه في هذه الحالة يمكن للشركاء أن

¹ - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 130 - 133.

² - المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1991، ص 09.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
يجيزوا تصرف الشريك، وتأخذ هذه الايجازة حكم القسمة، ما لم تكن مقترنة بتحفظ قبول المتصرف
إليه كمجرد شريك على الشيوخ محل الشريك المتصرف، ويصبح تصرف الشريك نافذا أيضا
في حالة إذا أقره بعض الشركاء من تكون حصصهم بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف ثلاثة
أرباع الشيء الشائع على الأقل، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، طبقا لما جاء في نص
المادة 720 من القانون المدني السالفة الذكر.

المطلب الثاني: حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني السالفة الذكر على ما يلي: "إذا كان
التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب
المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق
القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين
المتصرف فيها مفرزة".

ويتضح من خلال ما جاء به المشرع من أحكام متعلقة بمصير تصرف الشريك بعد إجراء
القسمة، أنه يميز بين الحالة التي يكون فيها المتصرف إليه على علم بحالة الشيوخ (الفرع الأول)،
والحالة التي يعتقد فيها أن الشريك المتصرف يملك هذا الجزء مفرزا لا شائعا (الفرع الثاني)، وبما
أن الإيجار يعتبر من أهم التصرفات المرتبة للانتفاع بالعقار الشائع، فسننظر إلى هذا التصرف
كتطبيق على تصرفات الشريك منفردا في جزء مفرز (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوخ

يكون المتصرف إليه في هذه الحالة يعلم عندما أقدم على التعاقد، أن الجزء المفرز الذي هو
محل العقد لا يملكه المتصرف مفرزا، وإنما يملكه شائعا مع شريكه الآخر، وهو بذلك قد توقع كما
توقع الشريك المتصرف أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيب هذا الأخير عند القسمة، فتخلص
للمتصرف إليه ملكية منفعة بفضل الأثر الكاشف للقسمة.

ولا تخلو الدراسة في هذه الحالة من أحد الأمرين، يختلف حكم كل منهما عن الآخر، فإما أن
يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، وإما لا يقع هذا الجزء في نصيبه
ويختص به شريك آخر.

أولاً: اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

عالج نص الفقرة الثانية من المادة 714 السالفة الذكر آثار التصرف في جزء مفرز بعد القسمة، ويرتب حكم يقضي بأنه إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه وأصبح نافذاً ومنتجاً لآثاره، فلا يطرح أي إشكال في حالة اختصاص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه بعد القسمة، لأن الشريك أصبح يملك وحده هذا الجزء، وليس لغيره من الشركاء حق فيه، وعليه يتمتع على المتصرف إليه في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد، وذلك لتحقيق علم المتعاقد بحالة الشيوخ، وأن الشريك يملك الحصة المتصرف فيها على الشياخ مع بقية الشركاء، وهو ما يتعارض مع الإدعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط.¹

وتستقر الملكية إلى الشريك المتصرف وفقاً للأثر الرجعي، حيث يكون للقسمة أثر إقراري، فيعتبر كل متقاسم المالك الوحيد لهذه الملكية منذ بداية الشيوخ إلى نهايته²، وأنه لم يكن مالكا لغيرها من الحصص، وينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء، أو يستقر عليه بعد مراعاة الأحكام المتعلقة بإجراءات التسجيل والشهر العقاري.

ولأن هذا الحل بديهي وطبيعي لم يرى المشرع في صياغته لنص المادة 714 من القانون المدني ضرورة الإشارة إليه.

كما يستفيد المتصرف إليه من الأثر الرجعي للقسمة، فإذا كان التصرف حق انتفاع وكانت ملكية المتصرف بمقتضى القسمة ترد إلى تاريخ نشأة الشيوخ، فإن انتفاع المتصرف إليه بهذا القدر يرد إلى هذا التاريخ أيضاً، ذلك لأن المانع من نفاذ هذا التصرف وهو تصرف صحيح كان حالة الشيوخ القائمة أثناء مباشرته، وقد زال هذا المانع بالقسمة وأيلولة الجزء المفرز محل التصرف إلى الشريك المتصرف.³

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 20، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 143.

² - Brigitte Hess-Fallon , et Anne-Marie Simon, Op . cit , P 159.

³ - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 191، و 192.

ثانياً: عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

أحياناً كثيرة يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء مفرز آخر غير الذي تصرف فيه، وهذا ما تعرضت له المادة 714 / 2 من القانون المدني، وهذا النص جاء بحكم يخرج به عن مجرد تطبيق القواعد العامة، لأنه كان بمقتضى تطبيق هذه القواعد أن المتصرف إليه وقد ضاع عليه الجزء المفرز الذي كان محل التصرف بالذات لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف، فكان من حقه إذن أن يطلب فسخ العقد أو إبطاله باعتباره صادر من غير مالك.¹

غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 714 / 2 ، أبعد تطبيق القواعد العامة بتقريره لحكم خاص في هذه الحالة بالنص على ما يلي: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة... ".

فالتصرف إليه إذا كان يعلم أن حق المتصرف غير ثابت في الجزء الذي تصرف فيه إليه، لا يكون من حقه الاحتجاج إذا ثبت حقه بعد إجراء القسمة في غير الجزء الذي تصرف فيه الشريك، وهنا يلتزم المتصرف إليه بما آلت إليه نتيجة القسمة، فلا يكون له الخيار بين إقرار التصرف، أو إبطاله، لأن التصرف يسري في حقه وينفذ.

ويشير النص صراحة بنقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بعد القسمة، فلا يكون له بذلك الحق في أن يحتج ويطالب بالفسخ، أو الإبطال² لا على أساس التصرف في ملك الغير، لأن الشريك تصرف فيما يملك، ولا على أساس الوقوع في غلط، لأنه على علم بأن الشريك يملك على الشيوع .

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 791.

² - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 22، علي هادي العبيدي، "الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 63.

ولتوضيح حكم هذه الحالة أكثر نقدم المثال التالي:

إذا كان (أ) و(ب) يملكان على الشيوع منزلا وقطعة أرض، فقام (أ) بترتيب حق انتفاع على حصته المفزرة من الأرض إلى (ج)، وبعد إجراء القسمة، قد يقع في نصيب (أ) قطعة الأرض كلها، وهنا يقع التصرف صحيحا ولا تثار أي مشكلة في هذه الحالة.

وقد يقع في نصيب (أ) جزء آخر من الأرض غير الجزء المتصرف فيه، لنفرض أنه رتب عقد انتفاع على الجزء الغربي، فوقع في نصيبه الجزء الشرقي، ففي هذه الحالة ينتقل حق المتصرف إليه (ج) إلى هذا الجزء، طبقا لما ورد في المادة 714 / 2 من القانون المدني.

كما قد يحصل (أ) على نصيبه كله من المنزل، أو يختص بمبلغ من النقود، وفي هذه الحالة لا يسري حكم المادة 714 / 2 من القانون المدني السالفة الذكر، إلا في الحالة التي يكون فيها التصرف الوارد على الجزء المفزر رهنا بنوعيه، وذلك طبقا لنص المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر.

تعرض الحكم الذي جاء به المشرع، والذي يعتبر خروجاً عن الأحكام والقواعد العامة للنقد، حيث أعتبر غير منطقي من الناحية النظرية، وغير مقبول من الناحية العملية .

أما من الناحية النظرية، فإنه يثير التساؤل عن ما هو الحق الذي ينتقل؟ فحق المتصرف إليه قبل القسمة - وهو الحق الذي يقال أنه ينتقل-، هل هو حق ملكية مفزرة، أم شائعة؟

لأن التصرف في جزء مفزر لا يستطيع نقل الملكية في المرحلة السابقة على القسمة، فهو ليس حق ملكية مفزرة، ولا حق ملكية شائعة.¹

كما أن هذا الحكم غير مقبول من الناحية العملية، حيث لا يستساغ أن يرتب شخص حق انتفاع على شيء معين بذاته، ويفرض عليه أن ينتفع بشيء آخر، حتى ولو كان معادلا له في القيمة، لأنه قد يحدث وأن تكون إرادة المتصرف إليه اتجهت إلى غرض معين، لا يتحقق إلا في الجزء المفزر الذي كان محل التصرف حتى ولو كان كل من الشيين جزءا من كل؛ مثال ذلك أن يرتب شخص حق انتفاع على قطعة أرض لاستغلالها في نشاط فلاحي، وهي جزء من أرض فلاحية شائعة واسعة، تتميز بتربتها الخصبة جدا، ثم بعد إجراء القسمة يختص المتصرف بجزء

¹ - محمد وحيد الدين سوار، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني "، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 130.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
آخر من هذه الأرض، غير أنها أقل خصوبة، وقد لا تصلح لمباشرة النشاط الفلاحي المرغوب فيه،
وهذا ما جعل إعمال فكرة الحلول العيني حكم منقذ، ولذلك لم تأخذ به بعض التشريعات العربية
الحديثة.¹

وعلى هذا الأساس، فإن ما جاء به المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات العربية² ،
غير منطقي من الناحية النظرية والعملية³. غير أن هذا الحكم قد يجد ما يبرره في أن علم
المتصرف إليه بحالة الشيوخ، وأن المتصرف مالك على الشيوخ، ولا يستطيع التصرف في جزء
مفرز، إضافة إلى إدراك المتصرف إليه أن المعاملات الواردة على الملكية الشائعة غير مستقرة لما
قد ينجر عن القسمة من نتائج، يعد رضاء ضمناً من هذا الأخير على قبوله لما اختص به
المتصرف، ولو لم يكن ذات الجزء محل التصرف، وإذا كان الرضا الضمني يعبر عن إرادة
موجودة بالفعل، يستدل عليها بالفرائض والدلائل، إلا أن المشرع قد افترض بنص المادة 714 / 2
من القانون المدني وجود تلك الإرادة، وهو افتراض لا يبتعد عن الواقع في غالب الأحيان، ويسري
هذا الحكم على جميع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو التصرفات المنشأة لحق عيني
أصلي، أو تباعي.⁴

ويبقى أن نوضح أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به المتصرف.

1: النظريات التي أسست لانتقال حق المتصرف إليه

من الواضح أن انتقال الحصة التي اختص بها الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه لا يتفق
مع ما ذهب إليه إرادة المتعاقدين، حيث أن إرادة المتصرف إليه اتجهت إلى التصرف في جزء
مفرز معين بالذات ومحدد، مما قد لا يحقق طموحاته والغرض من تعاقدته، إذ ليس من المقبول
حرمانه مما رغب به واتجهت إليه إرادته، فكيف يتم ذلك، والعقد كما هو معروف شريعة
المتعاقدين؟.

¹ - كالتقنين المدني الكويتي في نص المادة 829.

² - في القانون المدني لكل من مصر (المادة 826)، وسورية (المادة 781)، والعراق (المادة 1061 . المادة 1062)،
والأردن (المادة 2/ 1031)، والسودان (المادة 2/533)، والإمارات (المادة 2/ 1153) .

³ - محمد وحيد الدين سوار، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني"، المرجع السابق، ص 130، و131.

⁴ - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 192، و193.

اختلف الفقه في تحديد الأساس الذي بموجبه ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يختص به المتصرف، فليس من السهل إيجاد تأصيل قانوني دقيق لهذا الانتقال، حيث يرى بعض الفقه أن أساس هذا الانتقال هو مجرد نقل الالتزام، لأن بعد القسمة ووقوع في نصيب المتصرف جزء آخر غير الذي تصرف فيه، لا يكون للمتصرف إليه حق ملكية، وإنما مجرد حق شخصي، لأن التصرف صادر من غير مالك؛ وبذلك فإن ما جاء في نص المادة 714 من القانون المدني يقضي بانتقال حق قائم لم يتأثر بالقسمة، وعليه فقد قضى المشرع استثناء عن القواعد العامة بتنفيذ التزام المتصرف، بنقل الحق للمتصرف فيه من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على جزء مفرز آخر، هو الجزء الذي اتضح بعد إجراء القسمة أنه كان مالكا له من وقت نشوء الالتزام.

ومتى كان ذلك، فلا يمكن القول بأن نقل الحق للمتصرف فيه هو بمقتضى الحلول العيني، لعدم وجود ملكية يمكن نقلها، ولكن نكون بصدد نقل الالتزام، والذي ينفذ على غير محله الذي ورد عليه ابتداء، استثناء طبقا لما جاءت به المادة 714 السالفة الذكر.¹

في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى الاعتقاد بأن أساس هذا الانتقال هو وحده المحل، لأن الشريك في الشيوخ تصرف فيما يملك، وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند التصرف، وقد يكون هو الذي تعين بعد ذلك بمقتضى القسمة، فحقه قائم على هذا الجزء وذلك على حد سواء.²

وقد ذهب بعض الشراح من ينكر حلول حق المتصرف إليه حلولا عينيا في الحصة التي اختص بها المتصرف بعد القسمة، إلى القول أن "الاتفاق رغم ما تقرره ألفاظه من وقوعه على حصة مفرزة، لا ينصب في الواقع إلا على حصة شائعة، فإذا تمت القسمة اختص المتصرف إليه بما وقع في نصيب المتصرف."³

غير أنه ما يؤخذ على هذا الرأي القول أن الاتفاق لا ينصب على حصة مفرزة، وإنما على حصة شائعة، فلو كان التصرف منصبا على حصة شائعة لكان الحكم واضحا ولا يحتاج للبحث على أساس قانوني.

¹ - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 191.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

³ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 28.

وهناك من يرى من الاتجاه المنكر للحلول العيني، أن المتصرف إليه قد كسب بالتصرف الذي وقع ملكية مفرزة، لكن كسبه لتلك الملكية يبقى معلقا على شرط واقف وهو اختصاص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه مفرزا.¹

ويذهب بعض الشراح إلى القول " أن المشرع قد استبقى التصرف، ولكن مع تغير محله بأن أحل ما وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المتصرف فيه، والذي لم تخلص ملكيته بعد للمتصرف إليه، حيث أن تصرف الشريك المشتاع في جزء معين مفرز لا يرتب آثارا عينية؛ ويضيف هؤلاء الشراح القول بأن الملكية لا تنتقل أصلا لا بالنسبة للغير (المتصرف إليه)، ولا بالنسبة للشركاء المشتاعين، ولا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين.

ومن هنا يقر هؤلاء الشراح بصعوبة القول بأن ذلك الانتقال جراء القسمة هو مجرد تطبيق لفكرة الحلول العيني.²

غير أن أغلب الفقه يرى أن أساس هذا الانتقال هو الحلول العيني، حيث أن المشرع قد اتخذ منه وسيلة للإبقاء على التصرف في هذه الحالة، فيحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المتصرف فيه، ومن ثم يعتبر التصرف واقعا لا على الجزء المفرز المتصرف فيه في الأصل، بل على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة.³

إلا أن البعض يرى أن هذا الحلول هو حلول عيني استثنائي، وليس تطبيقا للنظرية العامة للحلول العيني، فلا يوجد تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه، ولا يوجد نظام قانوني خاص يتميز به.

لم يكتف الفقه بالاختلاف حول أساس انتقال حق المتصرف إليه، بل تعداه إلى الاختلاف حول الإجراءات الواجبة الإلتباع في تعيين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه، وذلك يعود إلى أن المشرع الجزائري لم يبين هذه الإجراءات في نص المادة 2/714 من القانون المدني، بالإضافة إلى المشاكل التي تثار بهذا الخصوص في حالة ما إذا كان الجزء الذي اختص به المتصرف أكبر، أو أقل من قيمة الجزء محل التصرف.

1 - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 28، و29.

2- نفس المرجع، ص 29.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، طبعة 2004، المرجع السابق، ص 791.

2: الإجراءات المتبعة في تجسيد فكرة الحلول العيني

يرى بعض الفقهاء أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني، هو وضع مبدأ عام يقر انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة ، وطبق هذا المبدأ بصورة خاصة في حالة الرهن الرسمي طبقا لما جاء في المادة 2/890 من القانون المدني السالفة الذكر، وعليه يمكن إتباع الإجراءات الواردة في المادة، وتطبيقها على جميع التصرفات عن طريق القياس¹، حيث تنص المادة على ما يلي: "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار، أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيانا غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين".

يمكن بطريق القياس إتباع الإجراءات ذاتها أيا كان التصرف الذي انفرد به الشريك، ففي الحالة التي يكون فيها التصرف حق انتفاع ، كان على المنتفع أن يطلب من القاضي بأمر على عريضة تخصيص جزء مما آل إلى الشريك مالك حق الرقبة، فينتقل إليه حقه خاصة إذا كان ما وقع في نصيب الشريك المتصرف أكثر من الجزء الذي انصب عليه التصرف أصلا، بعدها يقوم المنتفع بقيد هذا الأمر بالمحافظة العقارية، فإذا تم هذا القيد خلال تسعين يوما، فإن أثره يستند إلى وقت شهر قيد حق الانتفاع، ولا تنفذ في حق المنتفع التصرفات التي صدرت من الشريك صاحب الرقبة في الفترة ما بين قيد عقد الانتفاع وقيد أمر التخصيص.

غير أنه إذا قام كافة الشركاء بتقرير رهن على ذلك الجزء الذي آل إلى الشريك صاحب الرقبة بمقتضى القسمة، فإن بموجب ما جاء في نص المادة 2/890 من القانون المدني السالفة الذكر، هذا الرهن يظل نافذا، ويؤول الجزء الذي اختص به المنتفع بمقتضى أمر القاضي مثقلا بذلك الرهن. كما أنه يبقى امتياز المتقاسمين ثابتا لهم، حتى في الحالة التي يقوم فيها المنتفع بقيد أمر

¹ - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني ، حق الملكية المواد من 825 / 874 " ، المرجع السابق، ص 55.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
التخصيص خلال تسعين (90) يوما من تاريخ إخطاره بشهر القسمة، وقبل أن يتم قيد امتياز
المتقاسمين¹.

وقد تناولنا هذا الجانب بأكثر تفصيل، عند التطرق إلى رهن الشريك حصته الشائعة، حيث أن
المشروع لم يفرق بين الرهن الوارد على حصة شائعة والوارد على جزء مفرز، وبذلك فإنه حسب رأي
هذا الاتجاه، الإجراءات تتم وفق ما ذكرنا سابقا في رهن الشريك لحصته الشائعة. وإذا كان ما
اختص به الشريك صاحب الرقبة أقل من الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتداء، فمن حق
المنتفع أن يطالب باسترداد فرق الثمن، أو أن يطالب بفسخ العقد لإخلال المتصرف بالتزامه.

في حين يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ما جاء به المشروع في نص المادة 714 من
القانون المدني السالفة الذكر، يختلف عما ورد في نص المادة 890 من نفس القانون، لأن كل
منها جاءت لتعالج فرضا مختلفا²، فالمشروع عند تنظيمه للرهن الرسمي، تناول الحالة التي تؤول
فيها إلى المتصرف عينا أخرى غير التي رهنها، في حين أن تناوله لحكم التصرفات الواردة
في نص المادة 714 جاء فيه ذكر الحالة التي تؤول إلى المتصرف جزءا آخر من ذات العقار³،
وبهذا فإن الحكم هنا مختلف بخصوص الرهن الرسمي الذي جاء الحكم فيه استثنائيا، وعليه يجب
أن ينحصر أعماله في الحالة المنصوص عليها، والمحددة بالرهن الرسمي، ولا يمتد هذا الحكم
على غير ذلك من الحالات، والتي تسري عليها القواعد العامة.

كما أن القياس في مسائل الإجراءات غير مقبول، إلا أنه يجوز تطبيق ما جاء في نص المادة
890 من القانون المدني على الرهن الحيازي، ويرى أصحاب هذا القول أن حق المتصرف إليه يرد
على الجزء المفرز من العقار الشائع الذي اختص به الشريك المتصرف بمقتضى القسمة، ولا يكون
هناك إشكال، إذا كان هذا الجزء هو ذاته الذي كان قد تصرف فيه، أما إذا كان قد اختص الشريك
بجزء مفرز آخر، فإنه يحل حلولا عينيا محل الجزء المتصرف فيه، حيث ينتقل حق المتصرف إليه
إلى هذا الجزء، ويفترض في هذه الحالة أن هذا الجزء الآخر يقع في ذات العقار الشائع الذي تم
التصرف في جزء منه، كما لو رتب أحدهم حق انتفاع على جزء من أرض فلاحية، واختص بجزء

¹ محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 55، و 56.

² أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 196.

³ أنور العمروسي، "الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني"، المرجع السابق، ص 269.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
آخر من هذه الأرض، وبذلك لا يمكن تطبيق حكم هذه المادة في الحالة التي يختص فيها الشريك
المتصرف بمقتضى القسمة بجزء مفرز من عقار شائع آخر غير الذي تصرف فيه، كما لو
تصرف في جزء مفرز من منزل فاخص بأرض فلاحية، فلا مناص في هذه الحالة من تطبيق
القواعد العامة، إذ يحق للمتصرف إليه المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ التعاقد الآخر
لالتزامه¹.

ويرى أصحاب هذا القول، أن العمل بالقياس في إتباع الإجراءات في هذا الافتراض يبين
قصور النص المنظم لتصرف الشريك في حصة مفرزة، حيث لم يوضح الإجراءات التي بموجبها
يتم الحلول العيني، فكان على المشرع تنظيمها تنظيمًا حاسمًا وشاملاً، ويتفق مع كل أنواع
التصرف غير الرهن الرسمي. وإن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها في هذا الشأن يؤدي
إلى صعوبات كثيرة، خاصة في الحالات التي يقع في نصيب المتصرف جزء أقل مما وقع عليه
التصرف ابتداءً، لأن الأخذ بالحلول العيني في هذه الحالة لا يكون ملزمًا للمتصرف إليه، إذ يكون
له الحق في طلب الفسخ، أو رد جزء مما دفعه وفقاً للقواعد العامة للتزام.

مما يجعل الحلول العيني لا يتضمن قوة الإلزام، التي بمقتضاها يلتزم أطراف التصرف بالنتيجة
المرتبة عن القسمة².

ويرى الباحث أن الرأي الأقرب إلى الصواب فيما قيل بهذا الخصوص، هو ما ذهب إليه بعض
الفقه، حيث ميز بين حالتين:

أ: عند اختصاص المتصرف بجزء من ذات العقار

إذا كانت الحصة التي اختص بها المتصرف أكبر من الجزء المتصرف فيه، فإنه في هذا
الافتراض يطبق الحلول العيني، فإن كان التصرف حق انتفاع، فعلى المنتفع أن يستصدر أمراً
على عريضة يبين فيها القاضي القدر الذي ينتقل إليه حق المنتفع، أما إذا كان الجزء الذي آل إلى
المتصرف أقل من الحصة المتصرف فيها، فإنه يحق للمنتفع أن يطالب باسترداد فرق الثمن، كما
له أن يطالب بفسخ العقد لإخلال المتصرف بالتزامه³، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 2/714.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، "حق الملكية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 91.

² - جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 193.

³ - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 196.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

أما في حالة التماثل بين ما وقع عليه التصرف ابتداءً، وما اختص به المتصرف بعد القسمة

فإن انتقال حق المتصرف إليه، يتم وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقاً لكونه نتيجة طبيعية للقسمة.¹

ب: عند اختصاص المتصرف بعين أخرى غير التي تصرف في جزء منها

إذا كان المال المملوك على الشيوع يحتوي على أرض ومنزل مثلاً، ووقع التصرف على جزء من المنزل، وبعد القسمة اختص المتصرف بقطعة الأرض، فإن حق المتصرف إليه ينتقل إلى هذه الأرض، أو جزء منها، وينبغي أن نميز في الحكم على هذا التصرف حسب نوعه.

1- فإذا كان التصرف المرتب من طرف الشريك رهناً رسمياً، فقد ورد حكمه في نص المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر، فتقرر بصريح النص انتقال حق الدائن المرتهن إلى العين الأخرى التي آلت إلى المدين الراهن، ويقوم القاضي بتعيين بأمر على عريضة الجزء الذي ينتقل إليه حق الدائن المرتهن، وهذا الحكم لديه ما يبرره، لأنه حينما يتعلق الأمر بالرهن الرسمي، فإن ما يهم في هذا التصرف هو القيمة المالية للشيء المرهون.²

وبذلك فإنه يتحقق نفس الحكم، إذا كان ما اختص به المدين الراهن مبلغاً نقدياً، إذ يتركز عليه حق الدائن المرتهن.

2- أما إذا كان التصرف مرتباً لحق انتفاع، فلا يمكن القول في هذه الحالة بتحقيق الحلول العيني، لأن الحلول العيني يفترض أن يؤول إلى المتصرف جزء آخر من ذات العين، ولا يكون أمام المتصرف إليه في هذه الحالة سوى أن يطالب بإبطال العقد، لأن التصرف ورد على ملك الغير، حسب نص المادة 397 من القانون المدني³؛ كما له المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ العاقد الآخر ما التزم به.⁴

وعليه يرى الباحث بأنه لا يمكن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها، بل يجب أن يراعى ظرف كل حالة على حدة، فإذا كانت الحكمة من إعمال الحلول العيني في المادة 2/890، السالفة الذكر والمتعلقة بالرهن الرسمي هي الحصول على المقابل النقدي لضمان حق الدائنية،

¹ جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء"، المرجع السابق، ص 194.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 215.

³ أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 197.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 91.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
فالمهم هنا هو قيمة الشيء وليس طبيعته، وبذلك لا يكون غرض الدائن المرتهن الحصول على
شيء في حد ذاته، وهذه الحكمة لا تكون مبتغاة في المادة 2/714 من القانون المدني السالفة
الذكر، لأن المرتب لحق انتفاع على حصة مفرزة في عقار شائع، قد يريد تحقيق غرض معين،
ربما لا يتحقق لو اختص المنتفع بغير العقار المتصرف فيه.

وهذا ما جعل بعض الفقهاء يرون أن تعميم الحلول العيني على كافة التصرفات غير الرهن فيه
مغالاة، والعبرة تكون بظروف كل حالة على حدا، فقد يتحقق في بعض الحالات الغرض المقصود
من الحق، الذي يراد الإبقاء عليه للمتصرف إليه، رغم تعدد الأشياء الشائعة واختصاص المتصرف
بعقار آخر غير الذي تصرف فيه ابتداءً، فلا مانع هنا من أعمال الحلول العيني، قياساً بما جاء
في نص المادة 2/890 السالفة الذكر.

أما إذا آلت ملكية العقار الشائع كله للشريك المتصرف في جزء مفرز منه بأي سبب من
أسباب كسب الملكية، كالبيع، أو الهبة، أو الإرث، أو الوصية، فإن تصرف الشريك يستقر صحيحاً
نافذاً للمتصرف إليه في الجزء المفرز الذي تم التعاقد عليه قبل إجراء القسمة.¹

الفرع الثاني: حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوخ

قد يعتقد المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً لا شائعاً وعلى
هذا الأساس أقدم على التعاقد وهو مطمئن إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له.
فإذا كان التصرف مثلاً حق انتفاع، فإن المنتفع هنا يعتقد أن الحصة المفرزة التي رتب عليها
حق انتفاع من طرف الشريك على الشيوخ يملكها هذا الشريك مفرزة، وبالتالي يكون قد وقع
في غلط في صفة جوهرية في الشيء محل التصرف، باعتقاده أن الشريك المتصرف يملكه مفرزاً
لا شائعاً، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال، غير أن حكم التصرف في هذه الحالة يختلف
في الافتراض الذي يقع فيه الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، عن
الافتراض الذي يحدث فيه وأن يختص شريك آخر بالحصة المرتب عليها التصرف.

أولاً: حالة اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

بعد إجراء القسمة بين الملاك على الشيوخ، سواء كانت اتفاقية، أو قضائية، ويتحدد بذلك
نصيباً مفرزاً لكل شريك، فإذا اختص الشريك المتصرف بالجزء المفرز المتصرف فيه قبل القسمة

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 25.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
حسب ما توقع، فإنه عندئذ يخلص الحق المتصرف فيه على هذا الجزء للمتصرف إليه، بعد أن
يباشر إجراءات الشهر العقاري.

ولا يجوز للمتصرف إليه في هذه الحالة رغم جهله بحالة الشيوخ أن يطالب بإبطال العقد
لوقوعه في غلط¹، حتى لو كان لم يجزه، وذلك على أساس أن الشريك المتصرف قد نفذ العقد
على الوجه الذي قصدته إرادة المتصرف إليه، بناء على ما جاء في نص المادة 85 من القانون
المدني السالفة الذكر التي تقضي بما يلي: " ليس لمن وقع في غلط، أن يتمسك به على وجه
يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف
الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد. " حيث أنه بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة لم
يعد هناك ما يبرر التمسك بالإبطال²؛ ثم أن وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف يسد الباب
أمام المتصرف إليه في أن يتمسك بأي عذر، ولو كان الجهل أن التصرف وقع على جزء لا يملكه
الشريك المتصرف مفرزا، وقد تجنب المشرع النص على حكم هذه الحالة، لأنه حكم واضح لا
حاجة لتقريره، حيث أن التصرف يتأكد ويستقر نهائيا على هذا الجزء المتصرف فيه، ويستوي
في هذه الحالة أن يكون المتصرف إليه عالما بالشيوخ أم لا.

وبذلك فإنه متى تمت إجراءات الشهر لعقد القسمة بالمحافظة العقارية، جاز للمتصرف إليه
طلب الحكم بتثبيت ملكيته للجزء المفرز الذي اختص به الشريك المتصرف في حالة إذا نازعه
الغير في ملكيتها.

ثانيا: حالة عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

في هذه الحالة لا يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف على غير ما
كان متوقعا؛ حيث جاءت نتيجة القسمة بما لم تذهب إليه إرادة المتصرف إليه، الذي عمل على أن
تخلص له ملكية منفعة جزء مفرز بالذات، فلم تخلص له هذه الملكية، ما جعل المشرع في الفقرة
الثانية من المادة 714 من القانون المدني السالفة الذكر، يقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من
وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد إجراء القسمة وجاء المشرع بهذا الحكم

¹ - ياسين محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 20، محي الدين إسماعيل علم الدين، " أصول القانون المدني، الحقوق
العينية الأصلية والتبعية "، الجزء الثالث، الجيل للطباعة، المغرب، 1977، ص 89، و 90.

² - محمد عزمي البكري، " في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874 "، المرجع السابق، ص 50، و 51.

حرصا على استقرار المعاملات، وتفاديا للحكم ببطلان التصرف وتقييد حرية الشريك عند التصرف في حصته مفرزة، ومن أجل العمل على تجاوز سلبيات الملكية الشائعة، اعتبر أن الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلا، وكأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه.¹

وبذلك فإنه إذا كان التصرف حق انتفاع، يصبح استمرار المنتفع في وضع يده على القدر المنتفع به مجردا من السند، ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يده، حيث يخلص له هذا الجزء خاليا من التصرفات الصادرة من شركائه الآخرين في الشيوخ نتيجة الأثر الكاشف للقسمة، ويعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز مالكا لهذا الجزء منذ بدء الشيوخ، لا من وقت القسمة²؛ وكل تصرف مرتب، سواء كان حق انتفاع، أو رهن، على العقار الشائع، أو على حصة منه، يعتبر صادرا من غير مالك، فلا يحتج به على الشريك الذي آلت إليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة، وتخلص حصته خالية من هذه التصرفات.

ويترتب عن ذلك أن لهذا المتقاسم الذي خلس له نصيبه مفرزا الحق في أن يطلب شطب الرهون، وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على هذه الحصة من جانب أحد الشركاء الآخرين، حيث يستطيع أن يطلب من هذا الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز المرتب من جانبه، ولا يمنع سقوط التصرفات المبرمة من قبل أحد الشركاء أن يكون الحق قد أشهر، أو قيد، ولا يستثنى من ذلك كله، إلا الرهن الصادر من جميع الشركاء، فإنه يظل نافذا أيا كانت نتيجة القسمة، وهو ما جاء في نص المادة 1/890 من القانون المدني السالفة الذكر، وهو استثناء أورده أيضا المشرع المصري في المادة 1039 من القانون المدني.

غير أن للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.³

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 134.

² - نفس المرجع، ص 136.

³ - Ghaouti Benmelha , Op . cit , p 121.

أي أنه وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، لأنه عندما أقدم على التعاقد كان يجهل وقتها بأن محل العقد هو جزء مفرز في عقار مملوك على الشيوع مع باقي الشركاء، فله أن يطلب إبطال العقد لوقوعه في الغلط.¹ إعمالاً بنص المادة 81 من القانون المدني السالفة الذكر، لأن المتصرف إليه قصد التعاقد على حصة مفرزة لا حصة شائعة، فيكون قد وقع في غلط بتوهمه الأمر على خلاف ما هو موجود في الواقع، فيما يتعلق بصفة مؤثرة في الشخص المتعاقد من جهة ، إلى جانب الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد من جهة ثانية، ويكون بذلك قد شاب إرادة المتصرف إليه عيب الغلط.

ومن المهم أن نبين معيار تحديد ما إذا كان المتصرف إليه حسن النية، أو سيء النية، أي كان يعلم حين إبرام العقد أن محل التصرف جزءاً مشاعاً من عقار، أم كان يجهل ذلك، وهنا من الضروري التمييز بين ما إذا كانت العقارات التي وقع عليها التصرف تقع ضمن حدود المناطق التي يطبق عليها نظام الشهر العيني، أم تقع في المناطق التي لم يتم فيها عملية مسح الأراضي، وبالتالي يطبق عليها نظام الشهر الشخصي.

وعليه إذا كانت في حدود نظام الشهر العيني، فإنه لا يمكن قبول الأخذ بإدعاء حسن النية من قبل المتصرف إليه، وعلى القاضي الذي ينظر في النزاع أن يراعي ذلك، حيث أن على المتصرف إليه أن يبذل عناية الرجل العادي، فيكون عليه أن يلجأ إلى المحافظة العقارية المعنية لمعرفة ما إذا كانت هذه العقارات مملوكة على الشيوع أم لا، وبالتالي يتبين له وببسر أن محل التصرف هو حصة شائعة في عقار لا ملكية مفرزة، وبهذا يعد سيء النية بإهماله في بذل العناية المطلوبة.

أما في حالة وجود هذه العقارات الشائعة التي وقع التصرف في جزء مفرز منها في مناطق يطبق عليها نظام الشهر الشخصي، فإنه ليس من السهولة على المتصرف إليه معرفة ما إذا كان العقار مملوكاً على الشيوع أم لا، وبالتالي يمكن اعتباره حسن النية، حيث يجهل أنه تعاقد على حصة مملوكة على الشيوع، وبذل من العناية ما يبذله الرجل العادي، وهو ما يكفي لاعتباره حسن

¹ - محمود عبد الرحمان محمد، " نظام الملكية الشائعة في القانون المصري "، مداخلة في الملتقى المغاربي حول العقار، يومي

25 و 26 أبريل 2007، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب البليدة.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف النية، وجهل المتصرف إليه، أو علمه بطبيعة الحصة هي واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية بما في ذلك البيئة والقرائن.

ويترتب على إبطال التصرف عودة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد وفقا للأثر الرجعي للبطلان، كما أن الحكمة من إعطاء الحق في طلب البطلان، هو أن المتصرف إليه قد أراد حصة مفرزة لأغراض خاصة، قد لا تتحقق في الحصة التي اختص بها المتصرف، ويسقط حق المتصرف إليه في إبطال العقد بانقضاء خمسة سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط، وبانقضاء عشرة سنوات من وقت تمام العقد حسب ما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني. كما أنه إذا أقر بقية، أو بعض الشركاء تصرف شريكهم في حصة مفرزة، وبعد القسمة اختص بها أحد الشركاء الموافقين، فإن التصرف يقع صحيحا، وتستقر الحصة للمتصرف إليه، رغم أنه لم يصدر من الشريك الذي اختص بالحصة، إذ يعتبر التصرف قد ورد على ملك الغير، غير أن إقرار المالك له قد تحقق بتلك الموافقة، وبذلك ينصرف أثر التصرف إليه، ما لم يكن قد وقع في غلط شاب إرادته، ما يؤدي إلى بطلان موافقته.¹

وفي هذه الحالة لا يجوز للمتصرف إليه طلب إبطال العقد، كما يكون ذلك أيضا في حالة تلقي الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه، لأي سبب كان، مثل الميراث أو الوصية، وهذا طبقا لما جاء بنص المادة 85 من القانون المدني السالفة الذكر.

كما يجوز للمتصرف إليه التنازل عن حقه في طلب إبطال التصرف، وذلك بإجازته وعندئذ ينقلب التصرف صحيحا ملزما لكلا المتعاقدين، ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذي وقع عليه حق الانتفاع إلى الجزء المفرز الذي وقع بالفعل في نصيب المتصرف، فتنقل إلى المتصرف إليه منفعة هذا الجزء الأخير بعد أن يقوم بتسجيل وقيد عقده.²

الفرع الثالث: تطبيقات حول تصرف الشريك في جزء مفرز

يعتبر الإيجار من أهم العقود المرتبة للانتفاع بالعقار الشائع وأكثرها انتشارا عمليا، وسوف نتناول حكم عقد الإيجار الصادر من طرف الشريك منفردا على جزء مفرز، ثم نتطرق إلى الإيجار الواقع على كل العقار الشائع.

¹ - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 32.

² - محمد عزمي البكري، "في القانون المدني، حق الملكية المواد من 825 / 874"، المرجع السابق، ص 52.

أولاً: إفراد الشريك بإيجار جزء مفرز من العقار الشائع

إذا قام الشريك بتأجير جزء مفرز من العقار الشائع تعادل حصته الشائعة، ووجب أن نفرق في هذه الحالة بين أمرين، الأول هو حكم هذا التصرف قبل قسمة العقار الشائع، والثاني هو حكم هذا التصرف بعد القسمة.

فأما بالنسبة للحالة الأولى، فإن الشريك لا يستطيع أن يسلم الجزء المفرز الذي أجره إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخريين، لأن ذلك يصطدم بحقوقهم، فيكون لهم إذا سلم المؤجر العين المؤجرة إلى المستأجر أن يطردوه منها إن شغلها، وليس من حقه أن يرفع دعوى الطرد بوجوب انتظار نتيجة القسمة، لاحتمال اختصاص الشريك المؤجر بالجزء المفرز المؤجر بعد القسمة، وبذلك فإن الإيجار وإن كان ينعقد صحيحاً بين طرفيه، إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء¹، ويكون معلقاً على شرط حصول القسمة بين الملاك على الشيوع ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر.²

وأما حكم هذا التصرف بعد قسمة العقار الشائع، فلا بد أن نفرق بين فرضين، أولها أن يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المؤجر، وفي هذه الحالة ينتج عقد الإيجار أثاره من وقت القسمة، أو من وقت بدء الانتفاع، فتخلص العين المؤجرة إلى الشريك المؤجر خالية من حقوق باقي الشركاء، ولا يكون أي مانع من تنفيذ عقد الإيجار بين الشريك المؤجر والمستأجر.³

أما الفرض الثاني، فهو يكون عندما يختص الشريك المؤجر بعد القسمة بجزء مفرز آخر غير الذي أجره، والتساؤل الذي يطرح نفسه هو هل ينتقل الإيجار إلى ما اختص به الشريك المؤجر أم لا؟

اختلفت آراء الفقه في هذا، فمنهم من يرى أن الإيجار ينتقل إلى ما وقع في نصيب الشريك المؤجر بعد القسمة، في حين هناك من يرى أنه لا ينتقل، ويعود سبب هذا التباين في المواقف إلى اختلافهم هل الإيجار يعد من أعمال التصرف، أم من أعمال الإدارة؟ وسوف نوضح كل هذا في عرضنا لهذين الرأيين.

¹ - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 72.

² - رمضان أبو السعود، "العقود المسماة"، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 130، عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 64.

³ - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 72، و73.

1: الاتجاه الأول

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن نص المادة 2/714 السالفة الذكر، هي قاصرة على التصرفات الناقلة للملكية فقط، فلا يسري على عقد الإيجار، على اعتبار أن الإيجار من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف. ولهذا لا مجال لإعمال الحلول العيني على عقود الإيجار¹.
" ولذلك رأى البعض أن هذا النص لا يسري على الإيجار الصادر من الشريك قبل القسمة إذا أوقعت القسمة في نصيبه حصة أخرى غير التي أجراها." ²

وبالتالي لا ينتقل محل الإيجار إلى الجزء المفرز الذي اختص به الشريك المؤجر بعد القسمة، وما يكون للمستأجر إلا طلب فسخ عقد الإيجار مع التعويض عن عدم تمكنه من تسلم العين المؤجرة والانتفاع بها.³

2: الاتجاه الثاني

يرى أنصاره أن محل عقد الإيجار ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المؤجر بعد القسمة طبقاً لنظرية الحلول العيني، التي نص عليها المشرع في المادة 2/714 من القانون المدني السالفة الذكر، ويستشف من نص المادة أنه عند التصرف في جزء مفرز ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يختص به الشريك المتصرف بعد القسمة، سواء كان الجزء هو الذي كان محل هذا التصرف أم لا، لأن المشرع أقر مبدأ الحلول العيني حتى تصح التصرفات القانونية الصادرة من أحد الشركاء قبل القسمة قدر الإمكان.

وقد جاء لفظ التصرف بمعناه العام الذي يشمل جميع التصرفات القانونية، لا بمعناه الضيق الذي ينحصر على التصرفات الناقلة للملكية، أو الحقوق العينية الأخرى فحسب، وإنما مطلق العقد، وبالتالي ينطبق على عقد الإيجار ما جاء في نص المادة 2/714؛ فإذا لم يقع الجزء المفرز الذي أجره الشريك في نصيبه بعد القسمة واختص بجزء آخر، فإن محل عقد الإيجار ينتقل إلى هذا الجزء الأخير وفقاً لنظرية الحلول العيني.⁴

¹ - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 75.

² - رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، المرجع السابق، ص 130.

³ - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - نفس المرجع، ص 73، و74، رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، المرجع السابق، ص 131.

" فالرأي الغالب في الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع.¹

بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الإيجار من أعمال التصرف، وهو ما يجعله مجالاً لتطبيق نظرية الحلول العيني، عكس الرأي الأول الذي اعتبره من أعمال الإدارة، كما أن انتقال الإيجار إلى ما اختص به الشريك المؤجر بعد القسمة يتفق وحسن النية الواجب في تنفيذ العقود.

وإذا كان بعض الفقهاء يرون بأن الرأي الأول هو الأدق من الناحية القانونية، إلا أن الرأي الأخير هو الراجح في الفقه، وهو الأيسر من الناحية العملية، حيث أن مزاياه في العمل وانعدام المخاطر، أو المضار عند الأخذ به تزيك تفضيله على الرأي الأول.

وبهذا إذا تمت القسمة واختص الشريك المؤجر بجزء آخر غير الذي أجره، فإن عقد الإيجار يرد على هذا الجزء الذي اختص به، وليس في هذه الحالة للمستأجر أن يعترض على نتيجة القسمة، فهي نافذة في حقه، ولا حاجة لشهرها لكونها مقررة للحق، وليس منشئة فيما بين المتعاقدين، ويجب تسجيلها وشهرها في مواجهة الغير الذين لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة، أما المستأجر فهو صاحب حق شخصي، فلا يعد من بينهم.²

وما يكون للمستأجر هنا إلا طلب إبطال عقد الإيجار، إذا كان يجهل أن الشريك المؤجر لا يملك العين المؤجرة مفرزة بصريح نص المادة 2/714 من القانون المدني السالفة الذكر، على أساس وقوعه في الغلط الجوهرى بتوفر شروطه.³

ولا يكون من حق الشريك المؤجر أن يطالب المستأجر بالموافقة على قبول الجزء الذي اختص به، لأن هذا الأخير، ربما قد استأجر هذا الجزء بالذات رغبة منه لتحقيق غرض خاص به، فلا يجبر على القبول بعين غير التي استأجرها.

أما في حالة علم المستأجر بحالة الشيوخ، فلا يكون له الحق في طلب إبطال التصرف الصادر من الشريك المؤجر له، بل ينتقل كما ذكرنا حقه إلى هذا الجزء وفقاً لنظرية الحلول العيني.⁴

1 - عبد الرزاق السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 64.

2 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني"، المرجع السابق، ص 75 - 77.

3 - عبد المنعم فرج الصده، "محاضرات في القانون المدني - الملكية في قوانين البلاد العربية، الملكية الشائعة"، المرجع السابق، ص 14.

4 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني"، المرجع السابق، ص 77، و 78.

ويتفق الباحث مع الرأي القائل أن الإيجار من أعمال التصرف، إلا ما أخرج المشرع من دائرة أعمال التصرف وأدخله تحت مضلة أعمال الإدارة، وهو الإيجار الذي يقل عن ثلاثة سنوات حسب نص المادة 573 من القانون المدني. وعليه نرجح الرأي الذي يذهب إلى تطبيق نظرية الحلول العيني على الإيجار الذي يرتبه الشريك عند ما يختص هذا الأخير بجزء غير الذي أجره، ولكن بشرط أن يتحقق الغرض الذي ذهب إليه المستأجر من ترتيب عقد الإيجار في الجزء الذي ينتقل إليه حقه، سواء علم بالشيوخ أم لا، فليس من المعقول مثلا أن يؤجر شخص من ذوي الاحتياجات الخاصة الطابق السفلي من مسكن وبعد القسمة ينتقل محل الإيجار إلى الطابق العلوي الذي اختص به الشريك المؤجر.

ثانيا: إنفراد الشريك بإيجار كل العقار الشائع

إذا قام الشريك منفردا بتأجير كل العقار الشائع واعترض باقي الشركاء على ذلك، فإن الإيجار يعتبر صادر ممن لا يملك الحق في التأجير، فيأخذ حكم إيجار ملك الغير¹، لأنه صادر من مالك في حدود نصيبه، ومن غير مالك في حدود أنصبة باقي الشركاء، وإن كان هذا الإيجار يعد صحيحا

1 - إن إيجار ملك الغير تكون فيه علاقات عدة، علاقة المؤجر بالمستأجر وعلاقة المؤجر بالمالك الحقيقي وعلاقة المستأجر بالمالك الحقيقي، وإذا عدنا بعلاقة المؤجر بالمستأجر، فإن الإيجار يقع صحيحا فيما بينهما بخلاف عقد بيع ملك الغير الذي يكون قابل للإبطال فيما بين طرفيه، حيث أن بيع ملك الغير ورد في شأن بطلانه نصوص خاصة تنظمه وهي قواعد استثنائية لا يجوز التوسع فيها، وحيثما أنه لا توجد نصوص تشريعية تنظم إيجار ملك الغير، فإننا نطبق عليه القواعد العامة التي تقر بأن إيجار ملك الغير يقع صحيحا فيما بين طرفيه، إذ يختلف البيع عن الإيجار في هذا الصدد من ناحية أن البائع لملك الغير يكون البيع فيه قابل للإبطال، لأن البائع لملك الغير لا يستطيع أن ينقل الملكية، أما المؤجر لملك الغير فإنه يستطيع أن يسلم العين المؤجرة التي لا يملكها وليس له حق انتفاع بها ولاحق إدارة، و مادام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر، فليس لهذا الأخير أن يطلب إبطال الإيجار، أو فسخه بخلاف بيع ملك الغير.

أما عن علاقة المؤجر بالمالك الحقيقي، فإذا كان المؤجر قد ترك العين المؤجرة في يد المستأجر ولم يستردها منه، فمن حق المالك الحقيقي أن يرجع على المؤجر بالتعويض لسببين، يتمثل الأول في أن المؤجر قد أثري على حساب المالك الحقيقي، وأما السبب الثاني فهو أن المالك الحقيقي قد حرم من الانتفاع بملكه بسبب عمل المؤجر غير المشروع، أما العلاقة بين المستأجر والمالك الحقيقي، فإن العقد يكون غير نافذ في حق المالك الحقيقي، لأنه لم يكن طرفا فيه، وعليه يمكن للمالك الحقيقي أن يسترد العين من تحت يد المستأجر، كما له أن يؤجرها إلى مستأجر آخر، أما إذا أقر المالك الحقيقي الإيجار الصادر من المؤجر، فيكون العقد نافذا في حقه ويحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، أنظر جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 86-88.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف في علاقة أطرافه، إلا أنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، إلا إذا أقره¹ بل لا ينفذ هذا الإيجار حتى في حصة الشريك المؤجر، لأنه لا يستطيع الوفاء بالتزامه تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر طالما العين لم تقسم ولو قسمة مهايأة.

ويكون للشركاء الذين اعترضوا أن يخرجوا المستأجر من كل العين دون أن يجبروا على انتظار نتيجة القسمة، كما لهم تأجير العين إلى مستأجر آخر، فيلتزم الشريك المؤجر بتسليم العين إلى المستأجر من باقي الشركاء، ولا يكون للمستأجر من الشريك الاعتراض، بحيث لا يكون له أكثر مما لمدينه، غير أن الشركاء المعترضون إذا انتظروا نتيجة القسمة بالفعل، فإن الإيجار يكون نافذا في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك المؤجر، ولا ينفذ في حق غيره من الشركاء²، لأن للقسمة أثر رجعي تجعل المؤجر مالكا لهذا الجزء المفرز وقت الإيجار، وفي الحالة التي لا يمكن فيها تقسيم العقار الشائع، وبيعت العين المؤجرة في المزاد العلني، ورسا المزاد على الشريك المؤجر، فإن الإيجار ينفذ في كل العين بفضل الأثر الرجعي للقسمة.

أما إذا رسا المزاد على شريك غير المؤجر، يكون الراسي عليه المزاد هو المالك في الأصل للعين الشائعة، ومن ثم يكون هذا الإيجار واردا بالنسبة له على ملك الغير، فلا يكون نافذا في حقه، وله أن يسترد العين من تحت يد المستأجر.

أما إذا رسا المزاد على أجنبي، فإن معنى هذا الإرساء هو اعتباره بيعا، يلتزم من خلاله هذا الأجنبي باحترام عقود الإيجار الصادرة عن سلفه طالما تحمل تاريخا ثابتا سابقا على البيع، إلا أن هذا الحكم عمليا لا يحقق نتيجة، لأن الإيجار الواجب الالتزام باحترامه هنا واقع على حصة شائعة للشريك المؤجر، وهذه الحصة لا يمكن تسليمها، لهذا يرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أن الراسي عليه المزاد يستطيع أن يخرج المستأجر من العين المؤجرة، وفي المقابل يبقى للمستأجر الحق في الرجوع على الشريك المؤجر، بأن يطلب فسخ عقد الإيجار، ومطالبة المؤجر بالتعويض، كما

1 - رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، المرجع السابق، ص 123، 125، 126، 128.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 61 - 63. رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، المرجع السابق، ص 128، و129. جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 89، 94، 95.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

يكون للمستأجر إبداء ما لديه من ملاحظات بطريق الاعتراض عن قائمة شروط البيع بالمزاد، وطلب تعديل شروط البيع بالنسبة إلى عقد إيجاره حتى يتقاضي منازعة الراسي عليه المزاد فيما بعد ذلك.¹ ويرتب صحة إيجار الشريك لكل العقار الشائع فيما بينه وبين المستأجر عدة نتائج نذكرها فيما يلي :

1- لا يجوز لكل من المؤجر والمستأجر طلب إبطال عقد الإيجار، ولا يحق للمؤجر أن يطلب ذلك ولو بحجة أن باقي الشركاء قد اعترضوا على هذا الإيجار وطالبوا بتمكينهم من الانتفاع بحصصهم في العقار الشائع، كما لا يجوز للمستأجر طلب الإبطال بحجة أن حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة مهدد بسبب عدم نفاذ عقد الإيجار في حق الشركاء الآخرين، إلا في حالة وقوعه في غلط.

2- لا يجوز للمستأجر أيضا أن يطالب بفسخ العقد، إذا كان المؤجر قد وفى بالتزامه وسلمه العين المؤجرة، ولم يتعرض له أحد في انتفاعه بها، أما إذا أخل المؤجر بالتزامه هذا، يكون للمستأجر أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض طبقا للقواعد العامة.

3- للشريك المؤجر مطالبة المستأجر بدفع الأجرة طالما وفى المؤجر بالتزامه بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة دون اعتراض من أحد.

4- للمستأجر بصفته دائنا للمؤجر أن يستعمل حقوق مدينه قبل باقي الشركاء، وإن كان ليس له حقا مباشرا على العين المؤجرة، إلا أنه له رفع دعوى غير مباشرة، كحق الاشتراك في الانتفاع، ودعوى القسمة.

5- للمستأجر أن يطلب بإبطال عقد الإيجار على أساس الغلط إذا توافرت شروطه حسب نص المادتين 81 و 82 من القانون المدني، وهي أن يكون المستأجر وقت إبرام العقد لا يعلم بأن المؤجر مالك على الشيوع، ويعتقد أنه مالك كل العين ملكية مفرزة، وأن يكون الغلط جوهريا، أما مجرد عدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة لا يعد غلطا يجعل المستأجر يتمسك بالإبطال، طالما أن المؤجر مكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة.²

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، المرجع السابق، ص 63، رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، المرجع السابق، ص 129.

2 - جمال خليل النشار، "إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المرجع السابق، ص 89 - 91.

المطلب الثالث: الشكلية في صحة تصرفات الشركاء

لا تكون العقود والتصرفات الواردة على العقار صحيحة، إلا باكتمال شرط الشكلية، وهي أن يكون التصرف مكتوبا كتابة رسمية (الفرع الأول)، بالإضافة أن يكون مشهرا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ركن الرسمية

في الأصل أن العقود المرتب لحق الانتفاع، أو الرهن، هي عقود رضائية، غير أن التصرفات الواقعة على عقار تعتبر عقودا شكلية، لا يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين، بل يتعين إفراغ إرادتي كل من المالك والمتصرف إليه في شكل خاص يحدده القانون.

نظرا للأهمية التي يكتسبها العقار، فإن المشرع الجزائري أحاطه بقيد لما يكون محل معاملة بين الأفراد، بحيث لا تتعد المعاملة إذا لم تتوفر هذه الشكلية، ونقصد بها (الرسمية)¹؛ ولكي ينشأ العقد صحيحا يجب أن تتوفر فيه الأسس اللازمة لوجوده، وبمعنى آخر أركانه، وهي التراضي والمحل والسبب، بالإضافة إلى أن يكون العقد موثقا، أي يتطلب إفراغه في قالب رسمي².

¹ - الرسمية ترجمة لمصطلح Authentique ، وهو لفظ إغريقي الأصل ويفيد ماله سلطة، أو ما يتحرك من تلقاء نفسه، أنظر هومير محمد، "رسمية المحررات التوثيقية الواقع والأفاق" مداخلة في أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12، فبراير 2005 حول "توثيق التصرفات العقارية"، ص 45 وما بعدها.

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني. ولكن قبل تعديل المادة السالفة الذكر بموجب القانون رقم: 88-14، كان المشرع ينص على مصطلح الورقة الرسمية، وليس العقد الرسمي، مما يبين أن المشرع الجزائري قد رأى فيها الترجمة الصحيحة لكلمة "Acte" الواردة في النص الفرنسي.

وهي أفضل ترجمة نظرا لما قد يشوب مصطلح عقد، والتي تفيد ورقة أو سند من ملابسات، لأن هناك فرق بين التصرف الذي يكون بتوافق إرادتين ويسمى "عقد"، وبين أداة إثباته، أي الورقة التي كتب فيها ما تم الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين، لأن بهذا التمييز تترتب نتائج وهي أنه في حالة الحكم ببطلان الورقة، أو أداة الإثبات، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني، كما قد يكون العكس أي الورقة صحيحة والتصرف القانوني باطلا، أنظر كلا من ميدي أحمد، "الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 13، رحايمية عماد الدين، "الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مارس 2014.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ، "إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 58.

والشكالية التي نقصدها تعد صورة خاصة للتعبير عن الإرادة، ومن هنا فإن المشرع لا يعتد بالإرادة، إلا إذا أظهرت إلى العالم الخارجي في الشكل الذي أقره القانون، فتعد الشكالية المفروضة في التصرفات العقارية نوعاً من أنواع الشكالية المفروضة في القانون، وتكون هذه التصرفات التي يباشرها الشريك المتصرف، كإنشاء الحقوق العينية، أو نقلها، أو تغييرها، أو زوالها، لا يترتب عليها هذا الأثر، إلا بعد مراعاة الشكالية المقررة في القانون.¹

والمقصود من تعميم رسمية التصرفات العقارية، هو وضع حد للمحركات العرفية في المعاملات العقارية، والتوجه إلى أن تصبح المحركات الرسمية هي السائدة عند إبرام التصرفات القانونية، سواء عند إنشاء حق عيني أصلي، أو تبعي، أو نقله إلى الغير، أو تعديله، أو إنهائه، وهو ما تسير عليه أغلب الأنظمة العقارية في القانون المقارن.²

وقد نظمت المادتان 324 مكرر 1 و 793 من ق.م.ج، الشكالية الرسمية وجعلت منها شرطاً في تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار، أو الحقوق العقارية، مع دفع الثمن إلى الموثق، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق، بحكم أن الشكالية ركن ركين في العقد لا مناص من التقيد بأحكامها، إذ لا بد أن تكون الكتابة رسمية محررة من طرف ضابط عمومي، فلا عبرة بالكتابة العرفية في التعامل العقاري، التي أجمع الشراح في تعريفها على أنها تلك الورقة المكتوبة والتي لا تخضع في تحريرها إلى شكالية معينة ما عدا إمضاء صاحب الشأن في تحريرها، كما أنه لا يشترط استعمال طريقة، أو شكل معين لتحرير العقد العرفي الذي يجوز أن يكتب بخط اليد، أو الآلة الراقنة، أو آلة الطباعة، كما قد تكون استمارة معدة مسبقاً يكتفي الأطراف المتعاقدون فقط بملاً هذه الفراغات الموجودة فيها.³

وقد كرست هذه القاعدة أيضاً المرسوم رقم: 63-76، المتضمن ت.س.ع، والذي نصت المادة 61 منه على أن كل عقد يكون موضوع إشهار يجب أن يقدم في شكل رسمي، غير أنه كان من

¹ - بموبروير خان الدلوي، "الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني -"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 56، العراق، 2012، ص 81.

² - خيري محمد، "تعميم رسمية التصرفات العقارية رهين بتحديث القوانين المنظمة للتوثيق"، مداخلة في أشغال الندوة العلمية الوطنية حول "توثيق التصرفات العقارية"، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، ص 19.

³ - أنظر أكثر رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 15.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

الأفضل استبدال لفظ العقد في نص المادة بالمحرر الرسمي، لأنه ليست العقود وحدها التي تشهر بل كذلك الأحكام القضائية، كما قد فصل المرسوم المذكور في أن الرسمية هي سبب لانعقاد العقد، وليس لإثباته فقط، بالإضافة إلى أن المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني، ذهبت إلى التنويه بأن العقد الرسمي حجة على الكافة لا يمكن دحر ما فيه إلا بالتزوير¹؛ فهو أقوى الحجج وأعلىها مرتبة في الإثبات بحكم شهادة الضابط العمومي²، إذ يجوز أن تكون طريقا لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية دون تمييز، ويعتبر من أقوى طرق الإثبات، ومن مزاياها أنه يمكن إعدادها مقدما لإثبات نشوء الحق دون الانتظار إلى وقت المخاصمة فيه، فلا يعتبر من قبيل بعث الشكالية وتعقيد العلاقات بين الأفراد، بل بالعكس يذهب إلى توطيد سلامة واستقرار المعاملات ومنع التلاعب والغش بقدر المستطاع.³

وللرسمية أهمية، لأنها تعمل على تنبيه المتعاقدان على خطورة التصرف المقدمين عليه، وتضمن التعيين الدقيق لطرفي التصرف والعقار محل التصرف من جهة، ومن جهة أخرى فإنها وسيلة لاستقرار المعاملات والمحافظة على المراكز القانونية، لاعتبار أن العقار ثروة كفيلا بالحماية.

وترجع الحكمة من اشتراط الرسمية في العقود الواردة على الملكية العقارية إلى رغبة المشرع في حماية المتعاقد المالك، سواء كان مرتبا لحق الانتفاع، أو راهنا، أو مرتبا أي تصرف آخر على العقار، لما يتضمنه هذا التصرف من خطورة عليه، فإتمام الرسمية يتطلب قدرا من الإجراءات والوقت، الأمر الذي يمنح المتصرف الفرصة الكافية للتفكير والتروي وعدم الإسراع في تقريره، ومن ثم فلا يقدم عليه إلا إذا كان محققا لمصلحة.⁴

1 - ذهب القضاء المغربي إلى أن المحررات الموثقة تكتسي حجية قاطعة لحد الطعن فيها بالتزوير فيما يخص الوقائع والاتفاقيات التي يشهد الموثق بحصولها في محضره تحت سمعه وبصره، أما باقي البيانات والوقائع الأخرى التي يقتصر دور الموثق على تدوينها، فإنها لا تكتسي هذه الحجية، ولا تتطلب دعوى التزوير لإثبات عدم صحتها، لأن الموثق لا يكون بوسعه التأكد على مدى صحتها وصدق هذه التصريحات، وبذلك يمكن إثبات ما يخالفها بالوسائل العادية للإثبات، أنظر أكثر لعرج نور الدين، "حجية التوثيق الرسمي في الإثبات و التنفيذ"، مجلة القانون المغربي، العدد 14، أبريل 2009، ص 110 وما بعدها.

2 - لعرج نور الدين، المرجع السابق، ص 109.

3 - نفس المرجع، ص 103، و 104.

4 - دعيح بطحي المطيري، "رهن العقار رسميا- دراسة فقهية مقارنة بين الفقه والقانون الكويتي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 2، 2007، ص 53.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

ويحقق العقد التوثيقي الثقة العمومية والأمن القانوني، فإذا كانت الميزة الأولى تركز جزء من السيادة التي فوضتها الدولة للموثق عند إضفاء الرسمية، فإن الميزة الثانية تعتبر نتاج تدخل ضابط عمومي تنسم أعماله بالصحة والدقة والاحترافية، وتقاوم المسؤولية في حالة تعمد الإخلال، أو المساس بالضوابط القانونية للعقد.

وأثبت العقد التوثيقي نجاعته خاصة في مجال التأمينات العينية والشخصية، حيث يعتبر أداة قانونية في حماية المال العام، عندما يتعلق بالقروض الرهنية الممنوحة من قبل البنوك والمؤسسات المالية في مجالات السكن بمختلف صيغته، وما تبعه من نشاط اقتصادي متزايد أدى إلى تدخل المؤسسات المالية والبنكية في تمويل مختلف قطاعات الاقتصاد الوطني، مما انجر عنه تدخل متزايد للعقد التوثيقي مكرسا بذلك مساهمته في الاقتصاد الوطني من خلال تمكين المؤسسات المالية والبنكية وسيلة الحجز العقاري دون الرجوع إلى القضاء.¹

وهذا ما يساهم بالتأكيد في تسهيل المعاملات الواقعة على الملكية العقارية الشائعة الموجودة في المناطق الممسوحة والمطبق عليها نظام الشهر العيني، ما يجعل انتفاع الشريك بالعقار الشائع والاستثمار فيه أكثر فعالية ونشاطا.

والرسمية وإن كانت مقررّة أصلا لمصلحة المتصرف في الملكية العقارية، إلا أنها لا تخلوا من الفائدة بالنسبة للمتصرف إليه، فهي بفضل ما تتطلبه من وقت وإجراءات تسمح للمتصرف إليه التثبيت من ملكية الشريك المتصرف للعقار المتصرف فيه ومن أهليته، وبصفة عامة من توفر الشروط اللازمة لإبرام العقد إبراما صحيحا من جانب الشريك المتصرف، خاصة أن الموثق يتدخل للتثبيت من هذه الشروط.²

وإذا تخلف ركن التوثيق في العقود الواقعة على الملكية العقارية، سواء المرتبة لحق انتفاع، أو لحقوق عقارية عينية أصلية أخرى، أو تبعية مثل الرهن الرسمي والرهن الحيازي، فإن مآل هذه

1 - لجمال عبد القادر، "إسهامات العقد التوثيقي في الاقتصاد الوطني وفقا للتشريع الجزائري"، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يونيو 2013، ص 53، و55.

2 - دعيح بطحي المطيري، المرجع السابق، ص 54.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

العقود البطلان المطلق؛¹ ولا يكون لها بذلك أي أثر قانوني، حسب ما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج السالفة الذكر، حيث يبقى حق الانتفاع مثلا بالحصة الشائعة للشريك المتصرف، فيستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ولا ينتقل إلى المنتفع، إذ لا يمكن لهذا الأخير أن يطالب بتسليم الحصة الشائعة للانتفاع بها واستغلالها، بل كل ما يترتب من آثار هو تحويل المنتفع حق المطالبة بالتعويض عن إخلال المتعاقد الآخر بالتزام شخصي. وهذا ما كرسه قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا، الصادر في 1997/02/20، بخصوص العقد العرفي المتضمن نقل الملكية العقارية والمبرم بعد 1971/01/01.²

يستشف مما سبق أن كافة العقود العرفية، ولو كانت ثابتة التاريخ بعد الفاتح جانفي 1971، باطلة بطلان مطلقا هي والعدم سياتن، وعليه لا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء، وللقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، لأنها لا تعد سندا للملكية العقارية، على اعتبار أن الرسمية أصبحت شرطا جوهريا وأساسيا بعد تاريخ 1971/01/01.³

الفرع الثاني: شهر تصرفات الشركاء

الشكالية المطلوبة في المعاملات العقارية لا تتضمن الرسمية فقط، بل تستلزم إجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية.

والشهر هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات العقارية والقروض الممنوحة للتعامل في العقار، وعلى غرار جل التشريعات عمل المشرع الجزائري بالإضافة على اشتراط الرسمية كركن في العقود، إلى فرض الشهر وتعميمه، سواء كان ذلك لإنشاء حقوق، أو الاحتجاج بها في مواجهة الغير، ويستدعي منا الإسهاب في هذه النقطة تناول تصرفات الشريك الواجبة الشهر (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى الآثار المترتبة عن القيد (الفرع الثاني).

¹ - حمدي باشا عمر، " حماية الملكية العقارية الخاصة "، الطبعة السادسة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2006، ص 30. أنظر كذلك أمينة ناعمي، "توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض"، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمنية، العدد 160، الرباط، السنة 2012، ص 81.

² - حمدي باشا عمر، " نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 103، و104.

³ - رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 33.

أولاً: تصرفات الشريك الواجبة الشهر

يمكن تعريف الشهر بأنه "مجموعة إجراءات وقواعد قانونية تقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات، سواء كانت كاشفة، أو منشأة، أو ناقلة، أو معدلة، أو منهيّة لحق عيني عقاري أصلي، أو تبعي، بغض النظر عن نوع التصرف، عقداً كان، أو حكماً، أو قراراً إدارياً، سواء كان مصدر حق التصرف قانوني، أو واقعة مادية."¹

وقد ألزم المشرع ضرورة مراعاة الإجراءات المتعلقة بإشهار العقار في كل التصرفات الواردة على عقار، والتي من بينها التصرفات المرتبة من طرف الشركاء على العقار الشائع قصد الانتفاع به، إذ لا يكون لها أي أثر حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة، ما لم يتم شهر هذه التصرفات في المحافظة العقارية، وهذا ما تنص عليه المادة 29 من القانون رقم: 90-25، المتضمن ق.ت.ع، بالقول أن كل إثبات للملكية الخاصة للأحكام العقارية والحقوق العينية يتم بموجب عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.²

وبصدور الأمر رقم: 75-74، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم رقم: 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المطبق لهذا الأمر، إلى جانب المراسيم التنفيذية المتعلقة بالمشح، والقانون رقم: 90-25 المذكور أعلاه والمتضمن التوجيه العقاري، جسدت كلها التأكيد على الاتجاه الجديد لنظام الشهر في الجزائر، والمتمثل في نظام الشهر العيني، بعد أن اتبعت نظام الشهر الشخصي في مرحلة سابقة.

لكن عملياً بقي التعامل بالعقود العرفية أكثر انتشاراً لأسباب عديدة من أهمها انشغال السلطات بأولويات أخرى في ظل نظام سياسي واقتصادي جديد يهتم أكثر بتركيز كل، أو على الأقل أغلب الثروة ووسائل الإنتاج بيد الدولة، بالإضافة إلى ارتفاع تكاليف العقد الرسمي التي تتضمن رسوم التسجيل والتوثيق والشهر العقاري، وغيرها مقارنة بالعقد العرفي.

استمرار هذا الوضع أدى إلى ظهور إشكالات عديدة، فرغم توجه الدولة إلى نظام الشهر العيني، إلا أن أهم الآليات التقنية والقانونية المتعلقة بمسح الأراضي، والتي لا يمكن قيام نظام

¹ - زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 63.

² - خلفوني مجيد، " نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري"، الطبعة الأولى، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 33.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

الشهر العيني بدونها لم يتم تعميمها على جميع المناطق، وبالتالي ظهرت ازدواجية في التعامل في العقارات عمليا، هناك عقود موثقة ومشهرة طبقا للقانون، وهناك عقود عرفية، ورغم أنها لا تنقل الملكية وغير مطابقة لقوانين تنظيم العقود المتعلقة بالعقار والحقوق العينية العقارية، إلا أنها منتشرة عمليا للأسباب التي ذكرناها سالفا، وهذا ما أدى إلى انتكاسة في العقد الرسمي الذي أصبح غير معني لتأطير المعاملات العقارية، حيث أدى تداول المعاملات العرفية إلى كثرة الاحتيال وعدم الائتمان العقاري بين المتعاملين، وركود الاستثمار، خاصة وأن العقار يعتبر من أهم الاستثمارات والأسواق التي تساهم في اقتصاديات البلدان المتطورة.

وفي الأخير فإنها تؤدي إلى حرمان خزينة الدولة من رسوم نقل الملكية المستحقة لمئات الآلاف من العمليات عبر الوطن، لأنها تمت بموجب عقود عرفية بعيدة عن أي مراقبة جبائية عليها.

وبالتالي فإن ضرورة تطبيق نظام الشهر العيني في الجزائر تفرضه اعتبارات مهمة وحيوية ومنها:

أ- إعادة الاعتبار لنظام الشهر العقاري والذي نتيجة لتراكم السلبيات التي خلفها تجاهل التفاعل مع هذه الثروة العقارية بشكل منطقي لمدة ثلث قرن تقريبا أصبح بعيدا كل البعد عن إعطاء صورة كاملة وواضحة عن مختلف الحقوق العينية.

ب- التمكن من الانطلاقة الصحيحة للتوجه الاقتصادي الجديد للدولة، والذي يبنى على التحكم في الثروة العقارية قبل أي شيء آخر.

ج- وأخيرا تمكين الدولة من وسائل فعالة تمكنها من ضبط جيد لمواردها المالية مستقبلا، بناء على بيانات ميدانية أكثر دقة.¹

لكن في الواقع لا يمكن أن يتم تجسيد هذا النظام ميدانيا إلا تدريجيا بتقدم عملية مسح الأراضي، لأن الارتباط بينهما وثيق²، ولأن عملية المسح تتم بوتيرة بطيئة نظرا لأسباب مادية

1 - أنظر موسى عبد الله، "إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني"، الملتنقى الجهوي بتبسة "إشكالات العقد التوثيقي في المناطق الخاضعة لمسح الأراضي العام"، يومي 7،8 نوفمبر 2012، الغرفة الجهوية للموثقين بالشرق وبالتنسيق مع مجلس قضاء تبسة، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يونيو 2013، ص 63، وما بعدها.

2- زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 41.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف وتقنية، ولو أنها تحسنت في السنوات الأخيرة قليلا، فإن الواقع يظهر بقاء مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسها عملية المسح، مما يجعل تطبيق نظام الشهر العيني مرهون بإنهاء عملية مسح الأراضي.

وعلى هذا الأساس فإن آثار الشهر بالنسبة لتصرفات الشركاء الواردة على العقار الشائع، سواء في حصة مفرزة منه، أو شائعة، أو في كل العقار، تختلف حسب النظام المعتمد، إذ أن نظام الشهر الشخصي يهدف أساسا إلى إعلام الجمهور بوقوع التصرف، في حين يعتبر القيد في الشهر العيني مصدرا للحقوق المشهورة، وأساسا لإتمام نقل الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين¹؛ ولقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني لما يتميز به من وظائف عدة نذكر منها:

- إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار.

- دعم الائتمان العقاري.

- تسهيل تداول العقارات.

- ضمان سلامة التصرفات العقارية.

- ترتيب الأثر العيني في عملية البيع، وهو نقل الملكية العقارية.²

وقد جاء الأمر رقم: 75-74 المذكور أعلاه مطابقا لما تناولته المادة 793 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

فباستقراء نص المادة يتضح أن المشرع اشترط الشهر من أجل نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع في العقارات؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم: 68467، المؤرخ في 1990/10/21 بما يلي: " وإن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني"³؛ كما جاء في القرار رقم: 549408، المؤرخ في 2009/11/12 ما يلي: " حيث أنه من المقرر قانونا أن الملكية والحقوق العينية

¹- بوركي محمد، " التوثيق والإشهار العقاري"، مجلة الموثق، العدد 6، أبريل 1999، ص 28.

²- حمدي باشا عمر، " نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 105، و 106.

³- المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1992، ص 86.

الباب الثاني _____ الانتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

الأخرى في العقار، سواء كان بين المتعاقدين، أو في حق الغير، لا تنتقل إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".¹

وهو شرط يشمل كذلك كل الحقوق العينية الأخرى بصفة عامة وهذا ما أكدت عليه المادة 16 من الأمر رقم: 74-75 المذكور أعلاه، التي تنص على ما يلي: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل، أو تصريح، أو تعديل، أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

ويتضح من خلال ما ذكرناه من نصوص أنه بغض النظر عن نوع التصرف، أو الجهة التي أصدرته، وسواء كان كاشفاً أو منشئاً للحق لا وجود له إلا من وقت قيده بمصلحة المحافظة العقارية، كما أن نص المادة 16 من الأمر 74-75 المذكور أعلاه جاء عاماً حيث يتضح منه أنه يشمل بالإضافة إلى الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية التبعية كالرهن وحق التخصيص والامتيازات المتعلقة بالعقارات.²

وبذلك فإن كل التصرفات التي يربتها الشركاء للانتفاع بالعقار الشائع، سواء كانت التصرفات المنشئة للحقوق المنبثقة عن حق الملكية كحق الانتفاع، وكذا المنشئة للحقوق العينية التبعية كالرهن، يجب شهر العقود المنشئة لها في المحافظة العقارية.

كما ألزم المشرع الموثقين والموظفين وكتاب الضبط، كل في حدود اختصاصه إشهار العقود والأحكام والقرارات الإدارية الواجبة الشهر، وهذا ضمن آجال محددة بالمادة 90 من المرسوم رقم: 63-76 المذكور أعلاه.

وما يستدعي الوقوف عنده في هذه المسألة ما جاءت به مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية حول إشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق مشاعة على الأراضي الفلاحية³، بدعوة المحافظين العقاريين إلى الامتناع عن إشهار عقود البيع لأراضي شائعة ذات مساحات ضئيلة على أراضي فلاحية ذات ملكية خاصة، بحجة أن هذه التصرفات أصبحت متعمدة وتزداد باستمرار

¹ - الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الثالث، لسنة 2010، ص 231.

² - زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 65.

³ - مذكرة رقم: 04270، مؤرخة في 21 أبريل 2014، حول إشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق مشاعة على الأراضي الفلاحية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف في عدة ولايات والغرض منها ليس سوى إنشاء تخصيصات غير قانونية عموماً بواسطة وكالات عقارية وتكريسها بعقود توثيقية تستعمل كأوعية لبنايات تشيد بطريقة غير قانونية، وبالتالي الأمر يتعلق بممارسات ضارة بالفلاحة، وينجر عنها خاصة تقليل المساحة الفلاحية المفيدة للبلاد.

وقد رد المجلس الأعلى للتوثيق عن هذه المذكرة بمراسلة¹ إلى وزير العدل وحافظ الأختام لتبليغ انشغال وطلب التدخل بخصوص منع إشهار التصرفات الواردة على العقار الفلاحي الخاص، الذي تناولته المذكرة المذكورة أعلاه، بالقول أن صيغة الأمر والنفاز الذي جاءت به المذكرة رقم: 04270، والمتضمنة دعوة المحافظين العقاريين للامتناع عن إشهار التصرفات العقارية على الشيوخ في الأراضي الفلاحية الخاصة، وبدون أي سند قانوني واضح، يعتبر خرقاً للقانون وتجاوزاً للسلطة وانحرافاً عن الهدف الذي جاءت من أجله هذه المذكرة، ألا وهو المحافظة وحماية الأراضي ذات الطابع الفلاحي التابعة للخواص وقدراتها الإنتاجية.

ويؤيد الباحث القول الذي ذهبت إليه الغرفة الوطنية للموثقين في اعتبار مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية تعدّ صارخاً على حق الملكية الشائعة والتصرف فيها قانوناً، وتعدّ على أحكام الأمر رقم: 74-75 المتضمن إ.م.أ.ع.ت.س.ع، وأحكام المرسوم رقم: 63-76، المتضمن ت.س.ع، وعلى كل النصوص الأخرى التي تنظم حالات رفض الإشهار العقاري للعقود الرسمية والأحكام القضائية المحددة قانوناً على سبيل الحصر. كما أنها ضرب لمصادقية العقد الرسمي ولحجيته ونفاده ودوره في استقرار المعاملات، ويعتبر هذا العمل بمثابة الحكم ببطلان هذه العقود، وهذا ليس من صلاحيات هيئة الحفظ العقاري وإنما من صلاحيات السلطة القضائية وحدها دون سواها، بناء على مبدأ الفصل بين السلطات.

والحماية الحقيقية للأراضي الفلاحية تكمن في تعجيل إصدار النصوص الخاصة بالقانون 16-08 المتضمن التوجيه الفلاحي، والصرامة في تطبيق القوانين لمنع تغيير الوجهة الفلاحية للأراضي الخاصة، وليس منع التصرفات العقارية فيها، لأن هذا يؤدي الملاك إلى إتباع طرق بديلة غير شرعية.

¹ - مراسلة رقم: 353، مؤرخة في 07 سبتمبر 2014، "حول تبليغ انشغالات وطلب تدخل بخصوص منع إشهار التصرفات الواردة على العقار الفلاحي الخاص"، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين.

وإذا عدنا إلى الجانب العملي فيما تعلق بشهر تصرفات الشركاء عند الانتفاع بعقاراتهم الشائعة، نجد أن في كثير من الحالات يمتنع أحد الشركاء عادة ما يكون صاحب الوكالة الذي يحوز الدفتر العقاري عن تقديمه لبقية الشركاء المتصرفين، قصد الحيلولة دون شهر تصرفاتهم لعرقلة انتفاعهم بالعقار الشائع. وهو ما جعل المديرية العامة للأموال الوطنية تصدر مذكرة¹ بخصوص هذه المسألة تذكر فيها، أن المحافظ العقاري ملزم بنقل المعلومات الجديدة على الدفتر العقاري المشترك عند قيامه بإشهار أي عملية قانونية تنصب على العقار كله، أو على حصة منه. وعليه يعتبر أي إيداع غير مرفق بالدفتر العقاري سبباً للرفض، ما عدا في حالات استثنائية والمنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 50 من المرسوم رقم: 63-76 المتضمن ت.س.ع.

غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال للمحافظ العقاري أن يرفض تنفيذ إجراء الإشهار لعقد يتضمن تصرف في عقار مشاع غير مصحوب بدفتر عقاري بسبب امتناع حائزه عن تقديمه لأحد المالكين معه في الشيوخ، حيث أن الأصل في الدفتر المشترك، وفقاً لنص المادة 47 من المرسوم رقم: 63-76 المذكور أعلاه أن يودع لدى المحافظ العقاري ويضبط كلما وجب ذلك، في حين أن تسليمه لوكيل من بين الشركاء هو استثناء عن القاعدة، ولا يمكن الإبقاء عليه في حيازته متى كان يشكل عقبة في استمرار انتقال الملكية العقارية؛ وعلى هذا الأساس يقوم المحافظ العقاري بالإشهار الواجب دون طلب الدفتر العقاري، بشرط التأكد من فقرة واضحة في العقد بأن المتصرف صرح أمام الموثق أنه حاول الحصول على الدفتر العقاري من حائزه، لكنه لم يتمكن من ذلك بسبب تعسف هذا الأخير، الذي يبلغ بهذا الإجراء، ويتم إنذاره بإيداع الدفتر قصد التأشير عليه في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ إشعار استلام الرسالة الموصى عليها المتضمنة الإبلاغ.

وعليه إذا انتهى الأجل بعد إنذار الحائز دون أي رد منه، يعد على سبيل الاحتفاظ به على مستوى المحافظة العقارية، ودون الإخلال بأحكام المادة 47 من المرسوم رقم: 63-76 السالف الذكر دفترًا عقاريًا آخر، يتضمن جميع التأشيرات والملاحظات المدونة على البطاقة العقارية، ويتم

¹ - مذكرة رقم: 4144، مؤرخة في 03 جوان 2007 "حول الدفتر العقاري المشترك - رفض الحائز تسليمه للمالكين معه في الشيوخ بمناسبة تصرفهم في حصصهم"، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
تبليغ الشريك الحائز بما تم القيام به، وبأن الدفتر الذي بحوزته لم يعد يمثل السند القانوني للعقار
الشائع.

كما يتكفل مدير الحفظ العقاري في مثل هذه الحالة بمقاضاة الشريك الحائز أمام الجهة
القضائية المختصة.

أما بالنسبة لطريقة شهر الحلول العيني الذي ينشأ عن تصرفات الشركاء في العقار الشائع كما
بيننا سابقاً، فلم يتناوله المشرع، غير أنه عملياً لم تواجه الصعوبات التي قد تعترض الجهات المعنية
بعملية الشهر، فمثلاً عند رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار، وقبل هذا الأخير مع الدائن
المرتتهن تحرير عقد جديد يبين فيه حدود العقار الذي سيكون مرهوناً من طرف الدائن المرتتهن منذ
تاريخ عقد الرهن الأول، بدلاً عن العقارات التي خرجت من ذمة الشريك الراهن في عقد القسمة،
فهنا لن تكون هناك أية صعوبة في شهر هذا العقد بطريق التسجيل، ثم التأشير بمضمونه على
هامش عقد الرهن الأول.¹

فإذا ما تم شهر عقد الحلول العيني، كان يجب اتخاذ إجراء آخر لإلغاء شهر عقد الرهن الأول،
الذي حل محله عقد الحلول العيني، ولكن هذا الإجراء لم يعد ضرورياً، لأنه بالتأشير الهامشي
على هامش عقد الرهن الأول بما يفيد شهر عقد الحلول العيني، تنتقل كافة الحقوق والالتزامات
الواردة بالعقد الأول إلى العقد الثاني وذلك منذ تاريخ شهر العقد الأول، إذ تعتبر الحصّة التي آلت
إلى الشريك الراهن محل رهن للدائن المرتتهن بموجب عقد الحلول العيني، كأنه رهن هذه الحصّة
منذ تاريخ شهر العقد الأول.

وعليه فليس هناك حاجة إلى رفع دعوى بطلب إلغاء شهر العقد الأول، والاكتفاء بشهر عقد
الحلول عن طريق التأشير الهامشي على هامش العقد الأول، إذ يكون للتأشير الهامشي في هذه
الحالة حجية الحكم الصادر بإلغاء شهر العقد الأول.²

ثانياً: الآثار المترتبة عن الشهر.

لا تنتقل الحقوق ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، إلا من تاريخ القيد،
فلا ينتج عن التصرفات التي ينشئها الملاك على الشيوع والتي لم تشهر، سوى التزامات شخصية

¹ - محمود شوقي بك، "الشهر العقاري علماً و عملاً بين الماضي والحاضر"، (بدون دار نشر)، 1990، ص 229.

² - نفس المرجع، ص 229، و 230.

بين أطراف العقد، حيث أنه إذا كان التصرف حق انتفاع، لا ينتقل حق الانتفاع إلا بقيد العقد المنشأ لها، كما أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد، كالرجوع بأثر القيد إلى تاريخ إنشاء العقد، لأن العبرة بالقيد، وليس بتاريخ إنشاء العقد الذي لا يكون له أثر بإنشاء الحق العيني.

وهذا ما يجعلنا نقول أن القيد يلغي سلطان الإرادة، ويلزم المتصرف على إشهار تصرفه لينتج آثاره¹؛ وهذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 74-75 السالف الذكر بما يلي: " أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارها بمجموعة البطاقات العقارية."

يفهم من هذا النص أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني، لم يعترف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم إنشاء هذه الحقوق، فإنها تسري في مواجهة الجميع من تاريخ الشهر، ومن ثم الشهر في السجل العقاري يعد حجة على الغير، وهذا يعني أن هذه الحقوق لا يكون لها وجود ولا يعتد بالتصرف الواقع عليها فيما بين ذوي الشأن، إلا إذا كان العقد موثقاً، ولكن لا يحق أن يتمسك بها في مواجهة الغير، إلا بعد إتمام إجراءات الشهر في المحافظة العقارية تطبيقاً لمبدأ الثقة في بيانات السجل العيني.

وتهدف هذه الحجة لإعطاء الأمان التام لكل من يتعامل في الملكية العقارية وفق البيانات الثابتة في السجل²، كما يجعل أصحاب الحقوق المشهورة، وكل من يتعامل معهم على أساس القيد في مأمن من أي تصرف يصدر دون قيده ويغير في الحقوق، أو سلطة أصحابها عليها، وبذلك الحق العيني الذي يرتبه الشركاء على العقار الشائع لا يكون له وجود قانوني، ولا يمكن الاحتجاج به، سواء بين المتعاقدين، أو في مواجهة الغير، إلا من تاريخ الشهر³.

ويكون التسجيل بالمحافظة العقارية مناط الاحتجاج، وذلك بالنسبة لجميع المعاملات الواردة على عقار، سواء كانت ترتب حقوقاً عينية أصلية أو تبعية، وبالتالي إذا تصرف الشريك في ذات الحصة الشائعة بترتيب حق انتفاع مرة ثانية إلى منتفع آخر، فإن المفاضلة في هذه حالة عند تراحم المنتفعين لهذه الحصة تكون على أساس الأسبقية في قيد العقد المرتب لحق الانتفاع، حيث

¹ - زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 67، و 68.

² - بموبروير خان الدلوي، المرجع السابق، ص 85.

³ - خلفوني مجيد، " نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري"، المرجع السابق، ص 23.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
أن حق الانتفاع ينتقل إلى من اتخذ إجراءات القيد قبل الآخر، ولو بساعات محدودة، حتى ولو
كان هو المنتفع الثاني.

ويعتبر الشهر في السجل العقاري أثر منشئ على الحقوق العينية العقارية، وهذا يدعو إلى
تصور أن هذه الحقوق تستمد وجودها من الشهر في السجل العيني بغض النظر عن مصدر
إنشائها، أو نقلها، أو تعديلها، أو تقرير انقضائها أو زوالها، وإذا كان وجود الحق العيني العقاري
يتوقف على إجراء الشهر، فهل لهذا الوجود أثر رجعي يترد إلى تاريخ قيام التصرف القانوني،
أو الواقعة القانونية، أي هل لا يزال العقد هو مصدر الحق العيني العقاري الذي تم إنشاؤه،
أو نقله، أو تغييره، أو زواله بعد الشهر في السجل العيني، أم أن العقد قد تراجع ليصبح الشهر
في السجل العيني هو مصدر هذا الحق؟ وإذا كان كذلك فما دور التصرفات والوقائع القانونية
في إنشاء، أو نقل، أو زوال هذه الحقوق، وهل الشهر له أثر فوري، أم رجعي؟

يرى بعض الفقه " إن نظام السجل العيني لا يعرف إلا القيد وحده طريقا لكسب الحق العيني
العقاري، فإن ذلك يعني حتما أن القيد في السجل العيني هو مصدر الحق العيني العقاري، ولذلك
ذهب بعضهم إلى أنه إذا كانت الحياة في المنقول سند الحائز، فإن القيد في العقار هو سند
الملكية."¹

فبالإضافة إلى التصرف القانوني، يمكن أن تكون الواقعة القانونية مصدرا للحق، كما هو الحال
في حالة الميراث، إلا أن ذلك لا يعتبر حجة، إلا بعد نقل الحقوق من المورث إلى الورثة وشهرها
في المحافظة العقارية، ويعتبر أهم ناتج على اعتبار الشهر بحد ذاته مصدر للحق العيني، هو أن
الشهر يعتبر مطهرا من كافة العيوب، وأن لا قيمة للعيوب التي تشوب التصرفات القانونية.

ويرى بعض الفقه بالقول وإن كنا لا نخالف هذا الرأي، إلا أن العمل به يؤدي إلى إعدام جميع
التصرفات القانونية غير المشهورة، برفع كافة الآثار القانونية عنها وتصبح كأن لم تكن، وهذا كلام
غير دقيق، لأن هذه التصرفات القانونية صحيحة وترتب كافة أثارها القانونية، فيما عدا نشوء الحق

¹ - نقلا عن تيسير عبد الله المكيد العساف، "السجل العقاري -دراسة قانونية مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون ذكر البلد
ولا سنة الطباعة)، ص 175.

الباب الثاني _____ الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف

العيني الذي يتطلب القيد في السجل العيني¹؛ وهذا يؤدي إلى استقرار المعاملات من جهة وحماية الأشخاص من التحايل والنصب الذي قد يحدث في مثل هذه المعاملات.

واختلف شراح القانون أيضا بين من يرى أن للشهر أثر رجعي وبين من يعتقد أن له أثر

فوري.

من خلال النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد حدد الأثر المنشئ للشهر من خلال المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المذكور سالفًا، وقد اعتبر المشرع أن الأثر المنشئ للشهر يتحقق من تاريخ إجراء الشهر، وبالتالي فإنه ينتج آثاره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير من تاريخه، أي أن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر، وبالتالي فإن للشهر أثر فوري، وليس رجعي.

وهو ما أكدته النصوص القانونية التي تعتبر أن القيد شرط قانوني، وليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف، وعلى هذا النحو لا يمكن أن يكون من قبيل الشرط الواقف بالمعنى المعروف في أوصاف الالتزام، وبالتالي لا يكون لتحقيقه أثر رجعي، بالإضافة إلى أن المحكمة العليا جسدت مبدأ هام من خلال قراراتها وهو أن العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين بتاريخ الشهر، وليس بتاريخ العقد، وهذا تجسيدا وتأكيدا على أن الأثر فوري وليس رجعي للقيد²؛ فيبقى التصرف هو سبب ومصدر وجود الحق العيني، وينتج هذا التصرف جميع آثاره، ماعدا الأثر العيني الذي لا يتحقق إلا بالشهر في السجل العيني.

وبالتالي فإن الملكية لا تنتقل فقط بالشهر، ولكن بالشهر والعقد الصحيح معا، ولأن قانون الشهر العقاري أخذ بمبدأ القيد، أو الشهر المطلق دون أن يأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة، جعل التصرف بعد شهره قابلا للطعن بنفس الأسباب التي يجوز الطعن فيها قبل الشهر، وهو ما أدى إلى القول أن التصرف لا يزال هو مصدر الحق³.

1 - تيسير عبد الله المكيد العساف، المرجع السابق، ص 175 ، و176.

2 - جمال بوشنافة، "الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية - دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دقاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 133.

3 - نفس المرجع، ص 133، و134.

وحماية لحق الملكية للمالك الجديد التي يعكسها السجل العقاري، فإن المشرع حرص في عملية الحفظ على ضرورة توافر قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الائتمان العقاري، طبقاً لنص المادة 88 من المرسوم رقم: 63-76، التي تنص على ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق، أو مقارنة للعقد، أو للقرار القضائي، أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف، أو صاحب الحق الأخير." عند استقراء نص المادة يتضح أنه لا يمكن إجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سبباً في اكتساب العقار المتصرف فيه، ما يضمن انتقال الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية لا يشوبها لبس ولا غموض، بحيث يمكن عن طريقها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار، ما يؤدي إلى التصدي والحد من ظاهرة التصرفات المزدوجة التي تحدث كثيراً في الحياة العملية.¹

ويتم شهر الحقوق، إما عن طريق التسجيل²، عندما يكون الحق المراد شهره حقاً عينياً أصلياً، وإما عن طريق القيد بالنسبة لشهر الحق العيني التبعية، وأما الدعاوى التي يكون محلها الطعن في صحة التصرفات التي تتضمنها المحررات المتعلقة بالحقوق العقارية ودعاوى الاستحقاق لأي حق من الحقوق العينية العقارية، ومنطوق الحكم في الدعاوى المذكورة، فيكون الشهر فيها عن طريق التأشير الهامشي.³

1 - رامول خالد، " قاعدة الأثر النسبي - الشهر المسبق"، مجلة الوثائق، العدد 5، فيفري مارس، 2002، ص 23.

2- كما أنه الجدير بالذكر أن نوضح الالتباس الذي قد يحدث عند الكثير في الخلط بين التسجيل في المحافظة العقارية والتسجيل في مصلحة التسجيل والطابع، فهذا الأخير الهدف منه هو التحصيل الجبائي لفائدة الخزينة العمومية، دون أن يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، والفارق موجود ما بين مصطلح التسجيل ومصطلح القيد على اعتبار أن الجهات المختصة في التسجيل هي مفتشية التسجيل والطابع ويحكمه الأمر 76-105 المتعلق بقانون التسجيل، أما القيد الذي يتم على مستوى المحافظة ينظمه الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أنظر أكثر صنوبر أحمد رضا، " دور التسجيل والشهر العقاري في ضبط الملكية العقارية الخاصة"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، السنة 2010، ص 104 وما بعدها.

3- عبد الحميد الشورابي، " إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء"، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 11، 12،

خلاصة الباب الثاني

لا يقتصر الانتفاع بالعقار الشائع على أعمال الإدارة، بل يمتد إلى أعمال التصرف التي يترتبها الشركاء مجتمعين، أو أغلبية منهم، أو بإنفراد أحد منهم، فإذا رتب جميع الشركاء إيجارا، أو حق انتفاع، أو رهنا رسميا، أو حيازيا على حصة شائعة في عقار، فإن هذا التصرف يقع صحيحا وناظا في حق جميع الشركاء، لأن الأصل هو اشتراط الإجماع نظرا لتراحم حقوق الشركاء المشتاعين جميعا على نفس المحل وهو العقار الشائع، ويتقيد بذلك حق كل منهم بحق الآخر، ويبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء قائما وناظا رغم وقوع القسمة.

أما إذا قام أحد الشركاء منفردا بإيجار حصته الشائعة في عقار، أو بترتيب حق انتفاع عليها فيكون تصرفه جائزا والإيجار، أو حق الانتفاع يقع صحيحا ناظا في مواجهة جميع الشركاء، دون حاجة للحصول على موافقتهم ودون حاجة الانتظار إلى نتيجة القسمة، على اعتبار أنه تصرف فيما يملك طبقا للمادة 714 من القانون المدني، كما يجوز للشريك أن يتصرف برهن حصته الشائعة أثناء قيام الشيوخ رهنا رسميا، سواء كان المرتهن شريكا، أم أجنبيا، ودون أن تتوقف صحة الرهن على إذن أو إجازة من الشركاء الآخرين.

وعمل المشرع الجزائري لتجنب صعوبة إجماع الشركاء بسبب اختلاف آرائهم ورغباتهم، في التيسير من أمر هذا التصرف حتى يستغل وينتفع الشركاء بالعقار الشائع بشكل أفضل، وأعطى حق التصرف للأغلبية الكبيرة وفق شروط أقرها القانون.

أما عند تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز وطبقا للقواعد العامة في الملكية الشائعة، فإن الأصل لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني جعل هذا التصرف يقع صحيحا بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، ولكن هذا لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء، ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم لأن فيه مساس بحقوقهم.

وفي الأخير لا تكون العقود والتصرفات المرتبة من طرف الشركاء للانتفاع بالعقار الشائع صحيحة إلا باكتمال ركن الرسمية وهي أن يكون التصرف موثقا، ولا يُنشئ التصرف أثره العيني بنقل الحق المتصرف فيه إلا بعد شهره في المحافظة العقارية.

الخاتمة

من خلال الدراسة والبحث في موضوع الانتفاع بال عقار الشائع، يتضح جليا الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لهذه الملكية وكيفية الانتفاع بها بتنظيمها وتنظيما مفصلا إدراكا منه لما يشوبها من تعقيدات وعراقيل يتحملها الشركاء عند الانتفاع بها، بسبب تساويهم في الحقوق على نفس الشيء ما يجعل ما يقوم به الشريك من أعمال وتصرفات تتميز بعدم الاستقرار.

وقد عملنا في هذه الدراسة على التعرف عن قرب على الملكية الشائعة من خلال التدقيق في مفهومها والنظر في طبيعتها وأسباب وجودها وانقضائها، وتبيان طبيعة حق الشريك فيها، بالإضافة إلى العمل على تحديد مفهوم الانتفاع والمقصود منه، على أساس أنه يمتد إلى جميع الوسائل والسبل القانونية لتدبير العقار الشائع والاستفادة منه عن طريق الإدارة عند الاستعمال والاستغلال، سواء كان بالاتفاق على قسمة المهايأة، أو إدارة العقار الشائع إدارة معتادة، أو غير معتادة، كما يكون الانتفاع عن طريق التصرف عند ترتيب الإيجار وحق الانتفاع والرهن، إما من طرف جميع الشركاء، أو أغلبية منهم، أو أحدهم، سواء كان ذلك على حصة شائعة أو حصة مفرزة. ورغم هذا الاهتمام الذي أولاها المشرع الجزائري، إلا أنه لم يحول دون وجود عدة نقائص وغموض في بعض هذه النصوص، سواء المنظمة للمال الشائع، أو للعقار، وظهر عدة إشكالات عملية. تناولنا كل هذا بالشرح والبيان وحاولنا جاهدين في العمل على إعطاء الحلول الممكنة آملين أن تسهم ولو بشكل ضئيل في إعطاء الإضافة المرجوة.

وقد توصلنا بعد الدراسة والبحث في موضوعنا إلى عدة نتائج متنوعة؛ نذكرها كما وردت في الدراسة وفقا للترتيب التالي:

01- حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، غير أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك في نفس الوقت، فليس له صاحب واحد مثل ما هو موجود في الملكية العادية المفرزة، وأما الشيء الشائع وهو محل هذا الحق فلا يلحقه التعدد، فهو واحد لا يتجزأ، وبمقتضى ذلك فإن حق الشريك يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محددًا بقدر حصته.

02- مبدأ الإجماع مبدأ قانوني يعني مشاركة جميع الشركاء في أعمال الإدارة والتصريف في المال الشائع، استعان به المشرع الجزائري والقانون المقارن بشكل متفاوت في تنظيم الملكية الشائعة، حيث يقوم مبدأ إجماع الشركاء لإدارة المال الشائع على أساس ما لهم من حقوق متساوية في نفس

الوقت، فكل مالك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله عليها كل سلطات المالك، فنتحقق بذلك المساواة بينهم جميعا في السلطة على المال الشائع واقتسام منفعته وإدارته، ونظم المشرع استثناءات ترد على هذا المبدأ تنظيما مفصلا لمواجهة العقبات التي تحول دون الانتفاع الأمثل بالمال الشائع في حالة تعذر الإجماع، ورغم أنها استثناء عن الأصل، إلا أنها أكثر انتشارا من الناحية العملية لأسباب عدة تحول دون اتفاق جميع الشركاء، فعمد المشرع الجزائي التخفيف من حدة المساوىء الناجمة عن اشتراط الإجماع في أعمال الإدارة.

03- قسمة المهايأة ليست قسمة بالمعنى الصحيح، لأنها لا تنهي حالة الشيوع في الملكية، ولا تحولها إلى ملكية مفرزة، بل هي مجرد وسيلة لتنظيم انتفاع الشركاء بالملكية الشائعة، فلا تعتبر قسمة نهائية تعمل على أن يستأثر كل شريك بملكية حصة مفرزة، ولكنها قسمة وقتية مقصورة على العين وحدها، في حين تبقى حالة الشيوع قائمة في الملكية، وبذلك لا تخضع قسمة المهايأة لأحكام القسمة النهائية.

04- تعتبر قسمة المهايأة من أهم وسائل الانتفاع بالعقار الشائع، لأنها تهدف إلى تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط هذه الإدارة من صعوبات، وتحقيق إجماع الشركاء على طريقة معينة لاستعمال واستغلال العقار الشائع هو أفضل وسيلة للتوفيق بين حقوقهم وحماية مصالحهم، فلا يكون هناك مجال للاختلاف والنزاع بينهم.

05- تنقسم المهايأة في القانون بحكم المكان والزمان إلى نوعين، الأول يرجع إلى المكان وتسمى مهايأة مكانية وتكون باتفاق جميع الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في العقار الشائع، متنازلا لباقي الشركاء في مقابل ذلك الانتفاع بباقي الأجزاء، أما النوع الثاني يرجع إلى الزمان وتسمى المهايأة الزمانية وتكون باتفاق جميع الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع مقدار حصته.

06- إذا كانت قسمة المهايأة مكانية واستمرت بسبب تجديدها مدة خمسة عشر سنة، ولم يتفق الشركاء على أن تزل هذه القسمة مكانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية، فإنه بتمام مدة الخمس عشر سنة تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بحكم القانون؛ وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 733 من ق.م.ج؛ خلافا لما جاء في قسمة المهايأة الزمانية.

07-أجاز المشرع قسمة المال قسمة مهأية حتى بعد بدأ إجراءات القسمة النهائية لهذا المال الشائع، وعليه يمكن اتفاق الشركاء على هذه القسمة والاستفادة من الانتفاع بالقرار الشائع أثناء إجراءات القسمة النهائية وإلى غاية الانتهاء منها، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 736.

08-تخضع المهأية لأحكام الإيجار من حيث إثباتها والاحتجاج بها على الغير وأهلية المتقاسمين وحقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهأية، بشرط أن لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة طبقا لنص المادة 735 من ق.م.ج.

09- إذا اتفق جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالقرار الشائع وإدارته، فإن كل عمل بمقتضى هذا التنظيم يكون صحيحا وناظا في حق الجميع، سواء قبل قسمة القرار، أو بعدها، وأيا كانت النتيجة المترتبة عن هذه القسمة، فيسري هذا الاتفاق عليهم وعلى خلفهم، سواء كان الخلف عاما، أو خاصا.

10- نظم المشرع الجزائري إدارة المال الشائع تنظيما مفضلا، بحيث ميز بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، من حيث الأغلبية المطلوبة في كل منها، ومن حيث طبيعة الأعمال التي يحق للملاك على الشيوخ مباشرتها، وحدد الأغلبية المطلوبة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة بالأغلبية المطلقة، تحسب على أساس قيمة الأنصبا لا على أساس عدد الشركاء؛ والملاحظ أن المشرع أخذ بعين الاعتبار عند تحديد طبيعة الأغلبية عنصر الأنصبة دون عنصر العدد.

وعند مباشرة أعمال الإدارة يجوز لأصحاب الأغلبية أن تقوم بهذه الأعمال بنفسها، كما يجوز لها كذلك أن تختار مديرا من بين الشركاء، أو من غيرهم، يكون هو صاحب الشأن في إدارة القرار الشائع ، لأنه في حالات عديدة لا تقوم أغلبية الشركاء بإدارة القرار الشائع.

11- إذا أقر أغلبية الشركاء عملا من أعمال الإدارة المعتادة، يبقى للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص الحق في الاعتراض على قرار الأغلبية، إذا كان يتضمن تعسفا في استعمال الحق، وذلك إذا راعت الأغلبية مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية، لاسيما إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء.

12- في حالة مباشرة الشريك منفردا إدارة القرار الشائع وعند اعتراض الشركاء الذين يشكلون الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة على هذه الأعمال، فإنه لا يعد وكيلا عنهم في الإدارة،

وإذا استمر تعارض ميول الشركاء واختلفت رغباتهم دون أن تخلص منهم أغلبية بحسب قيمة الأنصبا لإدارة العقار الشائع لم يبقى أمامهم إلا اللجوء إلى القضاء، فيحق لأي شريك أن يرفع الأمر إلى المحكمة.

13- ليست هناك أي سلطة للمحكمة في شأن إدارة العقار الشائع إدارة معتادة، إلا حين لا تتوفر الأغلبية وعرق الانتفاع بالعقار الشائع وإدارته بسبب اختلاف الشركاء وتعارض آرائهم.

14- أعطت المادة 718 من القانون المدني السالفة الذكر، كل شريك في الشيوغ الحق في اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ المال الشائع، ولو كان دون موافقة سائر الشركاء، ويرجع ذلك إلى أن حق الشريك على الشيء الشائع يخول له القيام بكافة الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين؛ وتكون نفقات إدارة العقار الشائع وتكاليف حفظه وصيانته وجميع الأعباء الناتجة عن الشيوغ، أو المقررة على العقار، يتحملها جميع الشركاء كل حسب نصيبه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

15- بالنظر إلى خطورة الأعمال الخارجة عن الإدارة المعتادة، وما تتركه من آثار على العقار الشائع، حيث أنها تؤدي إما إلى تغيير في حالته الرهنة، وإما في الغرض المخصص له أصلا، مما يجعل الأغلبية العادية - المطلقة - لا تكفي لمباشرتها كما في الإدارة المعتادة، وعلى هذا الأساس أمر المشرع بأغلبية خاصة طبقا لنص المادة 717 من ق.م.ج؛ تتكون من الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، حيث أن الأغلبية هنا أيضا تحدد على أساس قيمة الأنصبا في المال الشائع وليس على أساس عدد الشركاء.

16- يشترط في أعمال الإدارة غير المعتادة إعلان قرار الأغلبية إلى باقي الشركاء، وفي حالة إذا كان هناك اعتراض يحق للأقلية الرجوع إلى المحكمة والتي يكون لها الخيار بين حلول ثلاثة:

1- أن توافق على قرار الأغلبية دون اتخاذ أي تدبير، ويكون ذلك بعد أن يثبت لها أن القرار لا يشوبه ثمة شائبة، وأنه صدر من طرف الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.

2- أن توافق على قرار الأغلبية مع اتخاذ ما تراه مناسبا من التدابير لضمان مصالح الأقلية، إذا رأت المحكمة أن العمل غير مأمون العاقبة، فتحتاط لكفالة حقوق الأقلية.

3 - أن تلغي قرار الأغلبية، ويكون ذلك بعد التحقق من أن قرار الأغلبية صدر بناء عن غش، أو تعسف، أو أنه لا يحقق مصالح الشركاء، وبالتالي يُمنع المباشرة في تنفيذه.

17- إذا رتب جميع الشركاء إيجارا، أو حق انتفاع على حصة شائعة في عقار، فإن هذا التصرف يقع صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء، لأن الأصل هو اشتراط الإجماع نظرا لتزاحم حقوق الشركاء المشتاعين جميعا على نفس المحل وهو العقار الشائع، وبتقيد بذلك حق كل منهم بحق الآخر، ويبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء قائما وناظرا رغم وقوع القسمة وأيا كانت نتيجتها، على أساس رضا جميع الشركاء بهذا التصرف بداية وبما قد يترتب عليه عند انتهاء حالة الشيوخ، والعمل على تكريس استقرار المعاملات.

18- إذا قام أحد الشركاء منفردا بإيجار حصته الشائعة في عقار، أو بترتيب حق انتفاع عليها يكون تصرفه جائزا، والإيجار، أو حق الانتفاع يقع صحيحا نافذا في مواجهة جميع الشركاء، دون حاجة للحصول على موافقتهم، ودون حاجة الانتظار إلى نتيجة القسمة، على اعتبار أنه تصرف فيما يملك طبقا للمادة 714 من القانون المدني.

19- عمل المشرع الجزائري طبقا للقانون 90-30 المتضمن ق.أ.و، على تفعيل الانتفاع بالعقار الشائع في الحالة التي تكون فيها الدولة ممثلة في الجماعات المحلية مالكة على الشيوخ مع أشخاص طبيعيين أو معنويين، من خلال تأجير حقوقها الشائعة لفائدة الشركاء في الشيوخ إذا استحال قسمة العقار الشائع، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع المصلحة العامة.

وبين المشرع إجراءات هذا الإيجار في نص المادة 125 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، حيث تقضي بأنه إذا كان هناك اتفاق بالتراضي وتنازلت الدولة وأجرت حقوقها المشاعة، تحدد إدارة أملاك الدولة ثمن هذه الحقوق ويقع التأجير بإذن من وزير المالية.

20- الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء، سواء كان واردا على كل العقار الشائع، أو على حصة شائعة، أو مفرزة منه يكون نافذا في حقهم جميعا، سواء كان ذلك قبل القسمة، أو بعدها، أو بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية؛ فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة لأنه صدر منهم جميعا، وبعد قسمة العقار ومهما كان نوعها وطبقا لأحكام نص الفقرة الأولى من المادة

890 من القانون المدني، رتب المشرع نفس الحكم، أي أنه أبقى على الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا وصحيحا في حقهم جميعا.

21- يجوز للشريك أن يتصرف برهن حصته الشائعة أثناء قيام الشيوخ رهنا رسميا، سواء كان المرتهن شريكا أم أجنبيا، ودون أن تتوقف صحة الرهن على إذن أو إجازة من الشركاء الآخرين، وعندما لا يحل أجل الدين المضمون بالرهن الرسمي، إلا بعد انتهاء حالة الشيوخ وإتمام القسمة قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة المرهونة، في هذه الحالة يكون مصير الرهن متوقف على نتيجة القسمة، فالشريك الراهن قد يختص بجزء مفرز في العقار نفسه يعادل الحصة المرهونة، أو يختص بالعقار كله، أو بعقار آخر غير الذي رهنه ابتداء، وقد يحدث أن يختص ببعض المنقولات، أو بمبلغ من النقود.

22- رغم عدم وجود نص صريح بجواز رهن الحصة الشائعة رهن حيازة، غير أن هذا التصرف يقع صحيحا، لأن المشرع لم يعتبر الحيازة ركنا لانعقاد العقد، فالحيازة الفعلية ليست بشرط، حيث أن تسليم الشيء المرهون أصبح التزاما وليس ركنا، وهناك حالات وصور عديدة تتحقق فيها حيازة الحصة الشائعة، كما في الحالة التي يكون فيها العقار الشائع محل قسمة مهاية، فقد يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة نصيبه المفرز الذي اختص لهذا الأخير عن طريق قسمة المهاية.

وقد ذهب أغلب الفقه إلى تطبيق ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني السالفة الذكر والمتعلقة بالرهن الرسمي على الرهن الحيازي عن طريق القياس، وبذلك الأخذ بالأحكام التي نص عليها المشرع والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني. أصحاب هذا الاتجاه يرون أن مصير الرهن الحيازي في هذه الحالة هو نفسه مصير الرهن الرسمي بعد القسمة في حالة اختصاص الشريك الراهن بأعيان غير التي رهنها.

23- عمل المشرع الجزائري لتجنب صعوبة إجماع الشركاء بسبب اختلاف آرائهم ورغباتهم في التيسير في أمر هذا التصرف حتى يستغل وينتفع الشركاء بالعقار الشائع بشكل أفضل، وأعطى حق التصرف للأغلبية الكبيرة، وقد يكون التصرف واردا على جزء مفرز، أو على كل العقار، غير أنه خص هذا التصرف بشرط أن يستندوا في ذلك لأسباب قوية على أن يعلنوا

قراراتهم إلى الأقلية، وفي المقابل ولضمان حقوق الأقلية يكون لهم الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان التصرف طبقا لما جاء في نص المادة 720 من القانون المدني.

24- عند تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز، وطبقا للقواعد العامة في الملكية الشائعة، فإن الأصل لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني جعل هذا التصرف يقع صحيحا بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، على أساس أنه تصرف صادر من مالك، لأن حق الشريك في الشيوع حق ملكية يرد على كل العقار الشائع وبالتالي لا يعتبر تصرفا في ملك الغير، وبالرجوع إلى نص نفس المادة من نفس القانون، نجد أن المشرع قد حدد حكم علاقة الشريك المتصرف والمتصرف إليه من خلال التمييز بين فرضيتين، الأولى في حالة علم المتصرف إليه بأن الشريك يملك على الشيوع، والثانية في حالة جهله بذلك.

ولكن هذا لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء، ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم، لأن فيه مساس بحقوقهم.

25- عند تصرف الشريك في جزء مفرز ويختص بعد القسمة بجزء مفرز آخر غير الذي تصرف فيه، وهذا ما تعرضت له المادة 2 / 714 من القانون المدني، حيث جاء النص بحكم يخرج به عن مجرد تطبيق القواعد العامة، بتقريره لحكم خاص في هذه الحالة، فالمتصرف إليه إذا كان يعلم أن حق المتصرف غير ثابت في الجزء الذي تصرف فيه إليه، لا يكون من حقه الاحتجاج إذا ثبت حقه بعد إجراء القسمة في غير الجزء الذي تصرف فيه الشريك، وهنا يلتزم المتصرف إليه بما آلت إليه نتيجة القسمة، فلا يكون له الخيار بين إقرار التصرف، أو إبطاله، لأن التصرف يسري في حقه وينفذ، ويشير النص صراحة بنقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بعد القسمة، فلا يكون له بذلك الحق في أن يحتج وبطال بالفسخ، أو الإبطال لا على أساس التصرف في ملك الغير، لأن الشريك تصرف فيما يملك، ولا على أساس الوقوع في غلط، لأنه على علم بأن الشريك يملك على الشيوع .

ويذهب أغلب الفقه أن أساس هذا الانتقال هو الحلول العيني، حيث أن المشرع قد اتخذ منه وسيلة للإبقاء على التصرف في هذه الحالة، فيحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز

المتصرف فيه، ومن ثم يعتبر التصرف واقعا لا على الجزء المفرز المتصرف فيه في الأصل، بل على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة.

26- لا تكون العقود والتصرفات المرتبة من طرف الشركاء للانتفاع بال عقار الشائع صحيحة، إلا باكتمال ركن الرسمية وهي أن يكون التصرف موثقا، ولا يُنشئ التصرف أثره العيني بنقل الحق المتصرف فيه إلا بعد شهره في المحافظة العقارية.

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها خرجنا بأهم الاقتراحات نذكرها فيما يلي:

01- العمل على تذليل كل الصعوبات المالية والتقنية والقانونية لتفعيل عملية مسح الأراضي من أجل إنهاؤها في أقرب وقت، لأنها الوسيلة الوحيدة الكفيلة بإنهاء الازدواجية الموجودة عمليا في تنظيم الملكية العقارية، ووضع حد للمعاملات العرفية التي تؤدي إلى عدة إشكالات ونزاعات عند الانتفاع بالعقار بشكل عام وفي العقار الشائع المملوك بوثائق عرفية بشكل خاص.

02- حبذا لو يجيز المشرع الجزائري أن تكون المهايأة في المال الشائع لكل من يملك المنفعة، ولا تقتصر على الشركاء فقط، لأنها في الأصل قسمة منافع، غير أن المرتهن يخرج عن دائرة هذا الحكم لأن حيازة الحصاة هي التي انتقلت وليست منافعها، غير أنه يجوز أن تكون المهايأة بين الراهن والشريك الآخر إذا أجر المرتهن الحصاة الشائعة إلى الراهن.

03- يقترح الباحث إعادة النظر في أحكام المادة 733 من القانون المدني التي تقر بانقلاب قسمة المهايأة المكانية إذا دامت خمسة عشر سنة إلى قسمة نهائية بقوة القانون، إذا لم يتفق الشركاء على غير ذلك، رغم ما يحققه هذا الحكم من محاولة في إنهاء حالة الشيوخ باعتبارها حالة غير مرغوب فيها اقتصاديا، إلا أن هذا الحكم قد يكون قسمة لا يرتضيها الشركاء ولا تتصف بعضهم، لأن رغم طول مدة قسمة المهايأة المكانية، إلا أنها تبقى ظرفية، ورغم عدم اتفاق الشركاء على بقائها قسمة مكانية، إلا أنهم لم يقصدوا جعلها قسمة نهائية، على اعتبار أن في حالات كثيرة لا تعكس قسمة المهايأة الحق الشرعي والقانوني لبعض الشركاء.

04- حبذا لو نظم المشرع الجزائري شروط إجراء المهايأة القضائية في حالة طلب أحد الشركاء القسمة النهائية في حين طلب آخر قسمة المهايأة، من خلال التفريق بين ما إذا كان العقار قابل للقسمة، أم لا، بحيث تعطى الأولوية لإنهاء حالة الشيوخ إذا كان العقار الشائع قابل للقسمة بقبول المحكمة طلب القسمة، على أساس أن الملكية الشائعة وضع مؤقت وغير مفيد اقتصاديا، أما إذا

كان العقار الشائع غير قابل للقسمة، فإنه من الأفضل تشجيع الملاك على الانتفاع به عن طريق قسمة المهايأة إذا طلب أحدهم ذلك رغم اعتراض الآخرين.

05- أعتبر المشرع الشريك الذي ينفرد بعمل من أعمال الإدارة المعتادة دون اعتراض الباقيين وكيلا عنهم في الفقرة الأخيرة من نص المادة 716 من القانون المدني، في حين كان عليه أن يفرق في هذا الصدد بين تصرفاته القانونية وتصرفاته المادية لأن النيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية.

06- في حالة تعيين حارسا قضائيا للعقار الشائع من طرف المحكمة، من الأحسن أن يكون أجنبيا عن الملاك في الشيوخ إذ لم يكن هناك إجماع منهم على أحدهم، أو موافقة الأغلبية منهم عليه، تجنا لما قد يقع من إشكالات ونزاعات تنجر عن مهام الحارس القضائي.

07- حبذا لو ينص المشرع وينظم إدارة المال الشائع الذي يكون للقاصر حصة شائعة فيه، أو النص على أعمال أحكام الرعاية للقاصر في العقار الشائع الذي يكون لهذا الأخير حصة شائعة فيه عند إقرار الشريك صاحب الأغلبية إذا كان وليا، أو وصيا، أو قيما، وتغليب مصلحة الشريك القاصر عند تساوي نصيبه مع نصيب الشريك البالغ الذي لا يكون وليا، أو وصيا، أو قيما بعدم نفاذ تصرفه عند الإيجار مثلا، حماية للطرف الأضعف والأولى بالرعاية.

08- يقترح الباحث إضافة إلى نص المادة 718 من القانون المدني التي تقضي بحق الشريك في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع عبارة " ويعد نائبا عن سائر الشركاء نيابة قانونية"، لما فيها من حصانة للشريك الذي يقوم بأعمال حفظ العقار الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء، لأنه يعد وكيلا عنهم في ذلك، وهذا سيجنبنا الرجوع إلى تفسيرات قد تكون ليست في محلها.

09- هناك حالات كثيرة لا تتحقق فيها الأغلبية المطلقة التي اشترطها المشرع لمباشرة أعمال الإدارة المعتادة عند انقسام الشركاء إلى رأيين يمثل كل منهم أصحاب نصف المال الشائع، مثل حالة وراث فيها أخوين لأرض فلاحية، فيكون لكل منهم النصف، أو في حالة انقسام الشركاء عند وضع نظام لإدارة العقار الشائع إلى مجموعتين تضم كل منهما مالكي نصف المال الشائع، ففي هذه الحالات ولأهمية الإدارة المعتادة للعقار الشائع والعمل على تفعيل الاستثمار فيه، يقترح الباحث أن ينص المشرع الجزائري على أنه في حالة تساوي فريقين من الشركاء اختلفا في الإدارة

عند تطبيق معيار الأغلبية حسب الأنصباء، أن يطبق معايير احتياطية في هذه الحالة مثل تطبيق معيار أغلبية عدد الشركاء في الحالة الثانية المذكورة أعلاه.

10- بالنسبة للإدارة غير المعتادة كان من الأفضل أن يخفف المشرع من الأغلبية التي اشترطها عند مباشرتها وهي موافقة على الأقل أغلبية ثلاثة أرباع المال الشائع، واكتفائه بطلب أغلبية بسيطة مع إلزام استئذان المحكمة كقيد على مباشرتها، حماية للأقلية من سوء نية الأغلبية، وذلك بنص صريح يلزم المحكمة أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة لضمان ما يستحق من تعويضات، وهذا ما يؤدي إلى إعطاء ضمانات أقوى مما هو عليه الآن، وفي نفس الوقت يؤدي إلى عدم حرمان أصحاب الأغلبية البسيطة من القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة والمفيدة لتحسين الانتفاع بالعقار الشائع.

11- حبذا لو يحدد المشرع وسيلة تبليغ القرارات التي تقرها الأغلبية في أعمال الإدارة غير المعتادة إلى الأقلية عن طريق محضر قضائي، من أجل غلق باب مجال التلاعب في وسيلة تبليغ القرارات لتفويت الميعاد القانوني الذي يجب أن يتم خلاله اعتراض الأقلية عن أعمال الإدارة غير المعتادة أمام المحكمة، وبذلك الحلول دون ضمان حق الأقلية في الاعتراض الذي أقره القانون خاصة وأن هذه الأعمال قد تؤدي إلى أضرار جسيمة بمصالحهم.

12- يقترح الباحث أن ينظم المشرع الجزائري مصير ما يرتبه الشريك منفردا بعد انقضاء الشيوخ عن طريق القسمة تنظيما كاملا، سواء عند ترتيب إيجار، أو حق الانتفاع على حصة شائعة، بالنص بموجب مادة صريحة تبين تنظيم عملية الحلول العيني الذي يكون في الإيجار وحق الانتفاع واللذان يختلفان بطبيعتهما عن الرهن الرسمي، حيث يعطي للمؤجر في عقد الإيجار وللمنتفع في عقد حق الانتفاع الحق بفسخ العقد، إذا لم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه، في حالة إذا لم يتحقق الغرض والهدف من ترتيب الإيجار، أو حق الانتفاع، وهذا من أجل تشجيع التعامل في الملكية الشائعة والاستثمار فيها.

13- المشرع الجزائري لم ينص عند تنظيمه لأحكام الرهن الحيازي على بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء صحيحا وناظرا حتى بعد القسمة واختصاص الشريك بالعقار الشائع، مثل ما فعل في الرهن الرسمي بنص المادة 890 من ق.م.ج، حيث لم تُحل إليها المادة 950 من نفس القانون المنظمة للرهن الحيازي عند ذكرها لبعض المواد التي تنظم الرهن الرسمي وتسري على الرهن

الحيازي، وبالتالي وحتى يكون انسجام وتناسق بين النصوص القانونية، كان لابد من حذف هذا الحكم من نص المادة 890 التي يرى الباحث أنها قد تؤدي إلى إجحاف في حق الشريك المختص بالعقار الشائع لما قد يتحمله جراء الرهن الصادر من جميع الشركاء وحده في حين يتصل باقي الشركاء من مخلفات الرهن. وإما ذكر نفس الحكم في الرهن الحيازي لأنه ليس من المعقول أن يطبق هذا الحكم على الرهن الرسمي ولا يطبق على الرهن الحيازي رغم أن طبيعة وهدف هذه الحقوق واحد وهو ضمان حق الدائنية.

14- وفيما تعلق أيضا بنص المادة 890 من ق.م.ج، لم يحدد المشرع مصير الرهن الرسمي في حالة اختصاص الشريك الراهن بمنقول، أو مبلغ من النقود، مما يلزم الرجوع إلى القواعد العامة، غير أنه حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على منقول، أو مبلغ من النقود، ولإعطاء ضمان أكثر لأصحاب الحقوق وتحقيقا للعدالة والعمل على تجاوز سلبيات الملكية الشائعة، حبذا لو ينص المشرع الجزائري صراحة على انتقال حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته ولو تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي، أو رهن دين، وبذلك يعطي الضمان الكاف لحق الدائن المرتهن والسند القانوني لهذا التحول باعتباره حالة استثنائية.

15- فيما يخص نص المادة 720 من القانون المدني، حبذا لو أقر المشرع الجزائري للمحكمة الحق في النظر أولا في مدى صحة التصرف، فإذا رأت أنه لا توجد هناك أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع من طرف الأغلبية قضت بإلغاء قرارها، دون التطرق إلى قسمة العقار، لأنه لا يوجد مبرر لذلك، كما أنه غير جائز ويعتبر قضاء بغير ما طلبه الخصوم، أما في حالة إذا ما رأت المحكمة أن قرار الأغلبية يستند إلى أسباب قوية تبرره، فيرى الباحث من أجل حماية حقوق الأقلية ولتجاوز الخلافات التي قد تنشأ بين الشركاء في الشروع ولمنع تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع، على المحكمة في هذه الحالة أن تقضي بإجراء القسمة، إذا لم يكن فيها ضررا بمصالح الشركاء.

تمت الأطروحة بعون الله وتوفيقه

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

I- القرآن الكريم

II- معاجم اللغة والقواميس

- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار صادر بيروت، 1997.
- 2- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، "تهذيب اللغة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001.
- 3- مجمع اللغة العربية، "المعجم الوسيط"، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.
- 4- أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، "صحيح مسلم بشرح النووي"، كتاب المساقاة باب الشفعة رقم الحديث: (133)، طبعة دار الفجر للتراث، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999.

III- القوانين

أ- القوانين العادية

- 1- القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 /06/ 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 24، المؤرخة في 12/06/1984.
- 2- القانون رقم: 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر ج ج، العدد 49، المؤرخة في 18/11/1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26، المؤرخ في 25/09/1995، ج ر ج ج، العدد 55، المؤرخة في 27/09/1995.
- 3- قانون رقم: 90-29، المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 52، المؤرخة في 2 ديسمبر 1990.

4-القانون رقم: 90-30، المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدل ومتمم بالقانون رقم: 08-14 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، ج ر ج ج، العدد 52 ، المؤرخة في 02/12/1990.

5-القانون رقم:08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 21 ، المؤرخة في 23/04/2008.

6-القانون رقم: 10-03 المؤرخ في 15 غشت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، ج ر ج ج، العدد 46، المؤرخة بتاريخ 18 غشت 2010

ب-الأوامر

1-الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975.

2-الأمر رقم: 75-74، المؤرخ 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 92 ، المؤرخة في 18/11/1975.

ج- المراسيم

1-المرسوم رقم: 76-63، المؤرخ في 25/03/1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، معدل ومتمم بالمرسوم رقم: 80-210 المؤرخ في 13/09/1980 والمرسوم التنفيذي رقم:93-123 المؤرخ في 19/05/1993، ج ر ج ج، العدد 30 ، المؤرخة في 13/04/1976.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 97-484، مؤرخ في 15/12/1997، يضبط تشكيلة الهيئة الخاصة وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، ج ر ج ج، العدد 83، المؤرخة في 17 ديسمبر 1997، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 12-83، مؤرخ في 20/02/2012، ج ر ج ج، العدد 11، المؤرخة في 26/02/2012.

3- المرسوم التنفيذي رقم: 12-427، المؤرخ في 16/12/2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج ر ج ج، العدد 69، المؤرخة في 19/12/2012.

د: التعليمات

01- مذكرة رقم: 4144، مؤرخة في 03 جوان 2007 "حول الدفتر العقاري المشترك - رفض الحائز تسليمه للمالكين معه في الشيوخ بمناسبة تصرفهم في حصصهم"، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.

02- مذكرة رقم : 04270، مؤرخة في 21 أبريل 2014، حول إشهار العقود المتضمنة التنازل على حقوق مشاعة على الأراضي الفلاحية، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.

03- مراسلة رقم: 353، مؤرخة في 07 سبتمبر 2014، حول تبليغ انشغالات وطلب تدخل بخصوص منع إشهار التصرفات الواردة على العقار الفلاحي الخاص، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

I-الكتب المتخصصة

- 1-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ،" حق الملكية "، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003
- 2-أحمد عبد العال أبو قرين، "حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع"، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999.
- 3-أحمد فلاح عبد البخيت،" الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون _ دراسة مقارنة _" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 4-أحمد محمود خليل، "إدارة المال الشائع و التصرف فيه"، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- 5-إدريس الحياي،" محاضرات في القانون العقاري"، الطبعة الأولى، (بدون دار نشر)، 2010.

- 6- أنور العمروسي، " الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني "، دار محمود للنشر والتوزيع.(بدون بلد النشر ولا سنة الطباعة).
- 7-أنور طلبة،" الملكية الشائعة "، (بدون ذكر دار النشر ولا سنة الطباعة).
- 8-السيد عبد الوهاب عرفة،" القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب(دعوى القسمة)"، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 2006.
- 9-أيمن سعد عبد المجيد سليم،" سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله ، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 10-توفيق حسن فرج ،" الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت (بدون ذكر سنة الطباعة).
- 11-جمال خليل النشار،" إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، 2003.
- 12-_____،" تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 13-جميل الشراوي، " الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني"، الكتاب الأول، حق الملكية "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 14-حامد مصطفى، " الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة لجنة البيان العربي، جامعة الدول العربية، 1964.
- 15-حسن كيرة، " الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها "، منشأة المعارف، الإسكندرية،1998.
- 16-حمدي محمد إسماعيل سلطح،" أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
- 17-دلاندة يوسف،"الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة"، دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر، 2015.

- 18-رمضان أبو السعود، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 19-زهدي يكن، "شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، بيروت، (بدون ذكر سنة الطباعة).
- 20-_____، "الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا"، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، (بدون ذكر سنة الطباعة).
- 21-سعيد سعد عبد السلام، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الجزء الأول دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 22-عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، الجزء الثامن، منشأة المعارف، مصر، طبعة 1967 و 2004.
- 23-عبد العزيز عامر، "حق الملكية"، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967.
- 24-عبد المنعم البدرابي، "حق الملكية (الملكية بوجه عام و أسباب كسبها)"، المطبعة العربية الحديثة، 1973.
- 25-عبد المنعم فرج الصده، "الحقوق العينية الأصلية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، (بدون ذكر سنة الطباعة).
- 26-_____، "محاضرات في القانون المدني- الملكية في قوانين البلاد العربية، الملكية الشائعة-"، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، جامعة الدول العربية، مصر، 1962.
- 27-عبد الناصر توفيق العطار، "شرح أحكام حق الملكية"، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990.
- 28-علي الخفيف، "الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية"، دار الفكر العربي، نصر، 1996.
- 29-علي كحلون، "القانون العقاري الخاص"، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.

- 30- علي هادي العبيدي، " الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية، دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 31- محمد إبن معجوز، " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنيين المغربي"، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990.
- 32- محمد السعيد رشدي، "أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص"، منشأة المعارف مطبعة الإخوة، الإسكندرية، 2010-2011.
- 33- محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 34- محمد شكري سرور، "موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري"، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 35- محمد عزمي البكري، "قسمة المال الشائع، وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء"، الطبعة السابعة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000.
- 36- _____، " في القانون المدني ، (حق الملكية) المواد من 825 - 874"، المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- 37- محمد كامل مرسي باشا، " شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 38- محمد وحيد الدين سوار، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني"، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- 39- _____، "شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994.
- 40- محمود جمال الدين زكي، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
- 41- محمود عبد الرحمان محمد، " استعمال وإدارة المال الشائع ، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

- 42- محي الدين إسماعيل علم الدين، " أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية "، الجزء الثالث، الجيل للطباعة، المغرب، 1977.
- 43- مصطفى الجمال، " نظام الملكية "، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
- 44- مهدي كامل الخطيب، "دعوى الفرز والتجنيب - على ضوء أحدث أحكام محكمة النقض-"، دار الألفي القانونية بالمنيا، (دون ذكر سنة الطباعة).
- 45- نبيل إبراهيم سعد، " الحقوق العينية الأصلية "، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 46- يوسف محمد عبيدات، " الحقوق العينية الأصلية والتبعية "، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2011.

II-الكتب العامة

- 1- إسماعيل إبراهيم الزيايدي، "التنفيذ العقاري"، مطابع روز اليوسف الجديدة، 1997.
- 2- أنور العمروسي، " الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني"، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، مصر، 2003.
- 3- بريارة عبد الرحمان، " شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "، الطبعة الرابعة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2013.
- 4- برهام محمد عطاالله، "عقد البيع"، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، (بدون ذكر سنة الطباعة).
- 5- بن عبيدة عبد الحفيظ، "إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري"، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2003.
- 6- تيسير عبد الله المكيد العساف، "السجل العقاري -دراسة قانونية مقارنة-"، منشورات الحلبي الحقوقية (دون ذكر البلد ولا سنة الطباعة).
- 7- جمال سايس، "الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
- 8- حسين عبد اللطيف حمدان، "الوسيط في التأمينات العينية"، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2001.

- 9-حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري"، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011.
- 10- _____، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، الطبعة السادسة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 11- _____، "نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 12-خلفوني مجيد، "الإيجار المدني في القانون الجزائري"، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 13- _____، "نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري"، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 14-دلاندة يوسف، "الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 15- رمضان أبو السعود، "العقود المسماة، عقد الإيجار"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- 16- _____، "التأمينات الشخصية والعينية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
- 17-زروقي ليلي وحمدي باشا عمر، "المنازعات العقارية"، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 18-سليمان مرقس، "العقود المسماة، عقد البيع"، الطبعة الرابعة، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1980.
- 19-سمير عبد السيد تناغو، "التأمينات الشخصية والعينية"، منشأة المعارف، مصر، 1996.
- 20-سي يوسف زاهية حورية، "الوجيز في عقد البيع - دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية-"، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2008.
- 21-شميشم رشيد، "التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

- 22- شوقي بناسي، "أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 23- عبد الحميد الشواربي، "إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء"، منشأة المعارف، مصر، 1999.
- 24- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المجلد الأول، "الإيجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 25- _____، "الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية"، الجزء العاشر والأخير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 26- فاضلي إدريس، "نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 27- محمد حسنين، "عقد البيع في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 28- محمد حسن قاسم، "القانون المدني، العقود المسماة (البيع، التأمين - الضمان -، الإيجار) - دراسة مقارنة -"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.
- 29- محمد صبري السعدي، "الواضح في شرح القانون المدني -التأمينات العينية -"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 30- محمود شوقي بك، "الشهر العقاري علما وعملا بين الماضي والحاضر"، (بدون ذكر دار النشر)، 1990.
- 31- ميدي أحمد، "الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 32- نبيل إبراهيم سعد، "التأمينات العينية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 33- ندين محمد مسموشي، "حق الانتفاع"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

34- همام محمد محمود زهران، "التأمينات العينية والشخصية"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.

III- الرسائل العلمية

أ- رسائل الدكتوراه

1- رحايمية عماد الدين، "الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مارس 2014.

2- كحيل حياة، "قسمة المهايأة - دراسة مقارنة -"، أطروحة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.

3- كرازي عبد اللطيف، "إدارة المال المشاع في التشريع المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب، 2006-2007.

4- نواف مخيط عبد الله الميطري، "التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2006.

ب- رسائل الماجستير

1- بخوش زوبير، "إدارة المال الشائع"، مذكرة لنيل ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

2- تواتي سهيلة، "إدارة أنواع الشيوخ في القانون المدني الجزائري"، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2012.

3- رحابي عبد المجيد، "أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري"، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

4- مخازني فايزة، "تصرف الشريك في المال الشائع - دراسة مقارنة -"، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2004-2005.

5- سلطان محمد عبد الرحمان الطريجي، "سلطات المالك على الشيوخ"، ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2007.

IV-المقالات العلمية

- 1-أمل شربا، "أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، دمشق، 2013.
- 2-أمينة ناعمي، "توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض"، مجلة القضاء والقانون، مطبعة الأمنية، العدد 160، الرباط، السنة 2012.
- 3-بمبوبروير خان الدلوي، "الأثر الكاشف للتسجيل في نقل ملكية العقار - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني -"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 56، العراق، 2012.
- 4-بن سلطان الطاهر، "الشيوع في الملكية العقارية"، مجلة الموثق، العدد 6، الجزائر، أبريل 1999.
- 5-بوركي محمد، "التوثيق والإشهار العقاري"، بمجلة الموثق، العدد 6، الجزائر، أبريل 1999.
- 6-تومي مريم، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 38، جوان 2014.
- 7-جمال بوشنافة، "الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية - دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، الجزائر، جانفي 2011.
- 8-حليمة بن حفو، "جدوى الرهن الرسمي العقاري"، مجلة الأملك، العدد 8، المطبعة والوراقة الوطنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، السنة 2010.
- 9-دعيج بطحي المطيري، "رهن العقار رسميا - دراسة فقهية مقارنة بين الفقه والقانون الكويتي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 2، 2007.
- 10-رامول خالد، "قاعدة الأثر النسبي - الشهر المسبق"، مجلة الموثق، العدد 5، الجزائر، فيفري، مارس، 2002.
- 11-رعد مقداد محمود، "إدارة و حفظ المال الشائع (دراسة قانونية - قضائية)"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 4، نيسان، 2009.
- 12-رلى صفير، "الملكية الشائعة استغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها"، مجلة الجيش، الصادرة عن مديرية التوجيه، الجيش اللبناني، العدد 206، 2002/08/01.

- 13- سعاد الزروالي، " مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع المغربي- مقارنة قانونية وقضائية"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، دار الأفاق للنشر والتوزيع، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الأول، الرباط، مارس 2009.
- 14- صاحب عبيد الفتاوي، "الأحكام القانونية لقسمة المهايأة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية"، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 25، الإصدار 2، سنة 2010.
- 15- صنوبر أحمد رضا، " دور التسجيل والشهر العقاري في ضبط الملكية العقارية الخاصة"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، السنة 2010.
- 16- ضحى محمد سعيد، " التصرف القانوني للشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة)"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، العراق، سنة 2011.
- 17- ضحى محمد سعيد النعمان، السيد صهيب عامر سالم، " إيجار عقار القاصر- دراسة في القانون العراقي-"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 3، الإصدار 9، 2014.
- 18- عبد الناصر زياد هياجنة، أحمد علي العويدي، " تقييم فاعلية الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة في القانون الأردني"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، المجلد 38، العدد 2، 2011.
- 19- عزري الزين، "النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر البرلماني، العدد التاسع، 2005.
- 20- لعجال عبد القادر، " إسهامات العقد التوثيقي في الاقتصاد الوطني وفقا للتشريع الجزائري"، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يونيو، 2013.
- 21- لعرج نور الدين " حجية التوثيق الرسمي في الإثبات والتنفيذ"، مجلة القانون المغربي، العدد 14، أبريل 2009.
- 22- مازن مصباح صباح، " إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، يونيو 2009.

- 23- محمد علي صاحب، " رهن العقار الشائع رهنا تأمينياً"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 13، الإصدار 2، العراق، 2011.
- 24- مهند قاسم العبيدي، " المهياة بين الشريعة والقانون "، مجلة الجامعة العراقية، الجامعة العراقية، العدد (1/26)، 2011.
- 25- ميثاق طالب عبد حمادي، " التنظيم القانوني للمهياة - دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والمصري "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج 3، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2011.
- 26- ندى سالم حمدون ملا علو، " مفهوم المهياة وتكييفها "، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 42، بغداد، السنة 2009.
- 27- نعيم سمارة المصري، " قسمة المهياة في الفقه الإسلامي "، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسة الدراسات الإسلامية)، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، يناير 2011.
- 28- ياسين محمد خلف الجبوري، " تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني "، مجلة جامعة الملك سعود م26، كلية الحقوق والعلوم السياسية (1)، الرياض، 2014.

V-المؤتمرات العلمية

- 1- خيرى محمد، " تعميم رسمية التصرفات العقارية رهين بتحديث القوانين المنظمة للتوثيق "، مداخلة فى أشغال الندوة العلمية الوطنية حول "توثيق التصرفات العقارية"، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12، فبراير 2005.
- 2- دليمى حورية، " القسمة العقارية "، مداخلة فى اليوم الدراسى الأول حول القضاء العقارى والمنازعات العقارية يوم 27 أبريل 2004 ، منشورات المركز الجامعى سوق أهراس.
- 3- قسورى فهيمة، " إشكالات الرهون فى تأمين القروض العقارية "، مداخلة فى أعمال الملتقى الوطنى حول "إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية فى الجزائر، المنعقد يومي 17 و 18 فيفري 2013 ، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات فى الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد تجريبى، سبتمبر 2013.

- 4- محمود عبد الرحمان محمد، " نظام الملكية الشائعة في القانون المصري "، مداخلة في الملتقى المغاربي حول العقار، يومي 25 و 26 أفريل 2007، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر.
- 5- موسى عبد الله " إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني "، الملتقى الجهوي بتبسة " إشكالات العقد التوثيقي في المناطق الخاضعة لمسح الأراضي العام "، يومي 7، 8 نوفمبر 2012، من تنظيم الغرفة الجهوية للموثقين بالشرق وبالتنسيق مع مجلس قضاء تبسة، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يونيو 2013.
- 6- هومير محمد، "رسمية المحررات التوثيقية الواقع والأفاق "، مداخلة في أشغال الندوة العلمية الوطنية حول "توثيق التصرفات العقارية"، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12، فبراير 2005.

VI-المجلات القضائية

- 1- المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1990.
- 2- المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990.
- 3- المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991.
- 4- المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991.
- 5- المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1991.
- 6- المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1991.
- 7- المجلة القضائية، العدد 01، السنة 1992.
- 8- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، لسنة 1992.
- 9- المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1994.
- 10- المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1994.
- 11- المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1997.
- 12- المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1997.
- 13- المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1998.
- 14- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004
- 15- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004.

16-المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2007.

17-مجلة المحكمة العليا ، العدد، 01، لسنة 2008.

18- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008.

19- مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010.

20-مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2011.

VII-المقالات المنشورة على المواقع الإلكترونية

1-بخنيف محمد، "إدارة العقار المشاع بين المصلحة العامة و المصلحة

الخاصة"، ww.concour.maroc.com، تاريخ التحميل 2015/01/06.

2- حسن حسين جواد الحميري " مدير المال الشائع"، www.omanlegal.net، تاريخ التحميل:

2015/05/07.

3- عبد الرزاق عبد الله، " إدارة المال الشائع"،

www.argaam.com/article/articledetail/214424، تاريخ التحميل: 2014/10/16.

4- مشاري العنجري، " إدارة المال الشائع والتصرف فيه"، جريدة الشاهد اليومية،

www.alshahedkw.com/index.php، تاريخ التحميل: 2015/02/05.

ثالثا:قائمة المراجع باللغة الأجنبية

I-Les Ouvrages

1- Alex Weill , « **Droit Civil , les Biens** », Deuxième Edition Dalloz France , 1974.

2- Brigitte Hess-Fallon , et Anne-Marie Simon , « **Droit Civil** » , 7 édition , Dalloz , Paris, France , 2003.

3-Christian Atias , « **Droit Civil : les biens** » , tome I, Librairies Techniques, paris,1980 .

4-Christian LARROUMET , droit civil ,T 02, « **les biens** » , droits réels principaux, 3 édition, Economica, Delta,Paris, France,1998.

5-François Xavier Testu , « **L'indivision** »,Dalloz,1996 .

6-Gabriel Marty-Pierre Raynaud, « **les biens** » par Patrice Jourdain ,Dalloz Delta, Paris, France,1995.

7- Ghaouti Benmelha , « **le Droit Patrimonial Algérien de la Famille** » , Office National des Publications Universitaires Alger,1995.

8- Jean-Louis Bergel , et Marc Bruschi , et Sylvie Cimamonti,« **Traité de Droit Civil , les Biens** » , L .G .D . J , Paris, France, 2000.

9-Michèle Muller, « **Droit civil** »,3 édition, Foucher, France,2008.

10-Sophie Druffin – Bricca, « **L’essentiel du Droit des biens** », Gualino éditeur, Paris, France,2000.

11-Sophie Druffin –Bricca, Laurence – Caroline Henry, « **Droit Civil : les biens** », Gualino éditeur, Paris, France, 2004.

II-Les Articles.

1-D.G.Brelet ,« **Gestion de L’indivision- nouvelles règles du jeu** »,Info Agricole, Édité par la Fédération des Centres de Gestion Agrées Agricoles – Trimestriel – Décembre 2007-N°106.

2-D.G.Brelet,«**Indivision et baux ruraux :des règles simplifiées ?** »,Info Agricole, Édité par la Fédération des Centres de Gestion Agrées Agricoles – Trimestriel – mars 2012-N°127 .

3-Edmond -Noel Martine « **Chronique de droit rural** »,Revue Juridique de L’Ouest,1989-4.

4-Guillenmidt-Guignot, « **Indivision** », AJ Famille Dalloz-Revue,septembre 2013.

III-Sur le Site web.

1-Béatrice kan –Balivet, « **L’indivision** »,La Faculté de Droit Virtuelle, Université Lyon3,2008/2009 ,fdv.univ-lyon3.fr. 2014/03/20:أطلع عليه بتاريخ

2-Béatrice kan –Balivet, « **La Gestion Des Biens Indivis Dans Le Regime Legal** »,La Faculté de Droit Virtuelle, Université Lyon3 ,2003/2004 ,fdv.univ-lyon3.fr. 2014/08/14: تاريخ التحميل

3-Christine Faivre,« **Biens Indivis: comment les affermer et les reprendre ?** »,www.gers-chambagri.com. 2014/11/21: تاريخ التحميل

4-Paris Notaires Infoss , « **Famille Peut – on Sortir de L’indivision à L’amiable ?** » www.paris .notaires.fr .2015/01/03: تاريخ التحميل

الفهرس

1	مقدمة
9	الفصل التمهيدي: ماهية الملكية الشائعة
9	المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة وتبيان طبيعتها القانونية
9	المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة
9	الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة
15	الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات
17	الفرع الثالث: مصدر الشيوخ وأسباب انقضائه
20	المطلب الثاني: تكييف حق الشريك المشتاع
20	الفرع الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع
24	الفرع الثاني: تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره
26	المبحث الثاني: تنظيم الملكية الشائعة
26	المطلب الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارات القديمة
26	الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في العصور البدائية
27	الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في الحضارة المصرية القديمة
27	الفرع الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الروماني
28	المطلب الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
29	الفرع الأول: تنظيم الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي
31	الفرع الثاني: تنظيم الملكية الشائعة في القانون المصري والفرنسي
37	الفرع الثالث: تنظيم الملكية الشائعة في القانون الجزائري
38	الباب الأول: الانتفاع بالعمار الشائع عن طريق أعمال الإدارة
38	الفصل الأول: إدارة العمار عن طريق قسمة المهائة
39	المبحث الأول: المبدأ العام في الإدارة
39	المطلب الأول: إجماع الشركاء في إدارة العمار الشائع

39	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الإجماع
41	الفرع الثاني: تبريرات إقرار مبدأ الإجماع
42	الفرع الثالث: مبدأ الإجماع في مواجهة أفراد أحد الشركاء للانتفاع بحصة مفرزة
45	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن مبدأ إجماع الشركاء
45	الفرع الأول: مبدأ الإجماع بين محاسن إقراره وأضرار تطبيقه
47	الفرع الثاني: الاستثناءات للحد من سلبيات مبدأ الإجماع
48	المبحث الثاني: مفهوم قسمة المهايأة
48	المطلب الأول: تعريف قسمة المهايأة
49	الفرع الأول: تعريف المهايأة لغة
50	الفرع الثاني: تعريف المهايأة اصطلاحاً
54	الفرع الثالث: التكييف القانوني لقسمة المهايأة
56	المطلب الثاني: شرط صفة الشريك في المهايأة
56	الفرع الأول: المهايأة بين المستأجر وباقي الشركاء
58	الفرع الثاني: المهايأة بين المرتهن رهناً حيازياً وباقي الشركاء
59	المطلب الثالث: أسباب اللجوء إلى المهايأة
59	الفرع الأول: حالة العقار الشائع الغير قابل للانتفاع المشترك
60	الفرع الثاني: عدم رغبة الشركاء في إنهاء حالة الشروع
61	المبحث الثالث: أنواع قسمة المهايأة
61	المطلب الأول: المهايأة المكانية
61	الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة المكانية
62	الفرع الثاني: مدة المهايأة المكانية
64	الفرع الثالث: تحول قسمة المهايأة المكانية إلى نهائية
70	الفرع الرابع: مدى جواز طلب القسمة النهائية أثناء قسمة المهايأة
72	المطلب الثاني: المهايأة الزمانية

72	الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة الزمانية
74	الفرع الثاني: مدة قسمة المهايأة الزمانية
75	الفرع الثالث: عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية
75	المطلب الثالث: المهايأة التي تسبق القسمة النهائية
75	الفرع الأول: التعريف بالمهايأة التي تسبق القسمة النهائية
77	الفرع الثاني: تمييزها عن باقي المهايآت
78	المبحث الرابع: خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار
79	المطلب الأول: إثبات قسمة المهايأة والاحتجاج بها على الغير
81	المطلب الثاني: أهلية المتقاسمين
81	الفرع الأول: أهلية الشريك المتهايء هي أهلية كل من المؤجر والمستأجر
82	الفرع الثاني: أهلية القاصر في المهايأة
83	المطلب الثالث : حقوق والتزامات الشركاء في المهايأة
83	الفرع الأول: الالتزام بالتسليم والرد
86	الفرع الثاني: استعمال العقار المتهايئ عليه في ما أعد له
87	الفرع الثالث: صيانة العقار الشائع المتهايئ عليه
87	الفرع الرابع: ضمان التعرض وضمن العيوب الخفية
89	الفصل الثاني: إدارة العقار الشائع عن طريق الأغلبية
89	المبحث الأول: سلطات الشريك بخصوص إدارة العقار الشائع إدارة معتادة
90	المطلب الأول: مفهوم الإدارة المعتادة
90	الفرع الأول : التعريف بالإدارة المعتادة
93	الفرع الثاني : إيجابيات عدم الأخذ بمبدأ الإجماع في الإدارة
98	المطلب الثاني: سلطة أغلبية الشركاء في إدارة العقار الشائع إدارة معتادة
98	الفرع الأول: الأغلبية المطلوبة في الإدارة المعتادة
100	الفرع الثاني: تشكيل الأغلبية

103	الفرع الثالث: تعيين مدير للعقار الشائع
105	الفرع الرابع: شرط عدم التعسف في استعمال الحق عند الإدارة
110	المطلب الثالث: حكم إنفراد أحد الشركاء بإدارة العقار الشائع
110	الفرع الأول: عدم اعتراض الشركاء على إنفراد أحدهم بإدارة العقار الشائع
114	الفرع الثاني: اعتراض الشركاء على إنفراد أحدهم بإدارة العقار الشائع
114	المطلب الرابع: دور القاضي في التوفيق بين المصالح المتعارضة للشركاء وإدارة العقار الشائع.
115	الفرع الأول: الحماية القضائية لحق الملكية في نطاق الشيوع
122	الفرع الثاني: اللجوء إلى المحكمة لإدارة العقار الشائع إدارة معتادة
124	المطلب الخامس : سلطات الشريك في القيام بالأعمال اللازمة لحفظ العقار الشائع
124	الفرع الأول: التعريف بالأعمال اللازمة لحفظ العقار الشائع
126	الفرع الثاني: حق الشريك في القيام بأعمال حفظ العقار الشائع دون موافقة باقي الشركاء
131	الفرع الثالث: حق الشريك في مباشرة إجراءات التقاضي لحفظ العقار الشائع
136	الفرع الرابع : تحمل نفقات إدارة العقار الشائع وحفظه
139	المبحث الثاني: الإدارة غير المعتادة للعقار الشائع
140	المطلب الأول: سلطة الأغلبية في ممارسة أعمال الإدارة غير المعتادة
140	الفرع الأول : مفهوم أعمال الإدارة غير المعتادة
141	الفرع الثاني: الأغلبية المطلوبة في الإدارة غير المعتادة
144	المطلب الثاني: شروط وإجراءات الإدارة غير المعتادة
144	الفرع الأول: إعلان الأغلبية قراراتها للأقلية
146	الفرع الثاني: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية
147	الفرع الثالث: سلطات المحكمة في الرقابة على اتفاق الأغلبية
149	المطلب الثالث: إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة
149	الفرع الأول: حكم إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

152	الفرع الثاني: إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض المشاعة
155	خلاصة الباب الأول
157	الباب الثاني: الانتفاع بال عقار الشائع عن طريق أعمال التصرف
158	الفصل الأول: الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة شائعة
159	المبحث الأول: ترتيب عقد الإيجار وحق الانتفاع
159	المطلب الأول: حق الانتفاع الصادر من جميع الشركاء
160	الفرع الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين بترتيب حق الانتفاع
162	الفرع الثاني: مصير حق الانتفاع بعد القسمة
164	المطلب الثاني: عقد الإيجار وحق الانتفاع الصادر من طرف الشريك منفردا
164	الفرع الأول: الإيجار الصادر من طرف الشريك منفردا
167	الفرع الثاني: حق الانتفاع الصادر من طرف الشريك منفردا
169	الفرع الثالث: مصير الإيجار وحق الانتفاع بعد إجراء القسمة
172	المبحث الثاني: انتفاع الشركاء بالعقار الشائع عن طريق رهنه
172	المطلب الأول: الرهن الصادر من جميع الشركاء
172	الفرع الأول: حكم الرهن الصادر من جميع الشركاء
174	الفرع الثاني: مصير الرهن بعد انقضاء الشيوخ
177	المطلب الثاني: الرهن الصادر من طرف الشريك منفردا على حصته الشائعة
177	الفرع الأول: رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا
206	الفرع الثاني: رهن الشريك حصته الشائعة رهنا حيازيا
210	الفصل الثاني: الانتفاع عن طريق التصرفات الواقعة على حصة مفرزة
210	المبحث الأول: التصرفات المرتبة من طرف أغلب الشركاء
210	المطلب الأول: طبيعة الأغلبية المطلوبة في هذه التصرفات وشروط صحتها
210	الفرع الأول: طبيعة الأغلبية المطلوبة في هذه التصرفات
211	الفرع الثاني: شروط صحة التصرفات

212	المطلب الثاني: الضمانات المعطاة للأقلية
214	المبحث الثاني: التصرف الصادر من طرف الشريك منفردا
215	المطلب الأول: حكم تصرفات الشريك أثناء فترة الشيوخ
215	الفرع الأول: طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز
220	الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في العلاقة بين أطرافه
226	الفرع الثالث: حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء
229	المطلب الثاني: حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع
229	الفرع الأول: حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوخ
240	الفرع الثاني: حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوخ
244	الفرع الثالث: تطبيقات حول تصرف الشريك في جزء مفرز
251	المطلب الثالث: الشكلية في صحة تصرفات الشركاء
251	الفرع الأول: ركن الرسمية
255	الفرع الثاني: شهر تصرفات الشركاء
267	خلاصة الباب الثاني
268	الخاتمة
279	قائمة المصادر والمراجع
295	الفهرس

ملخص

تعالج هذه الدراسة الانتفاع بالعقار الشائع بكل الوسائل القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في يد الشركاء مجتمعين، أو أغلبية منهم، أو أحدهم للانتفاع والاستفادة بهذه الملكية أثناء فترة الشيوخ، سواء عن طريق أعمال الإدارة، أو أعمال التصرف.

فيكون للشركاء أن ينتفعوا بالعقار الشائع عن طريق أعمال الإدارة، سواء كانت إدارة معتادة، أو غير معتادة إذا توفرت الأغلبية التي اشترطها المشرع، كما يكون ذلك للشريك منفردا في حالة إذا كان وكيفا عن سائر الشركاء.

وللشركاء مجتمعين أن يتصرفوا بجميع أنواع التصرف للانتفاع بالعقار الشائع، ومن أهمها ترتيب عقد الإيجار وحق الانتفاع والرهن الرسمي والحيازي، ولهم ذلك أيضا إذا كانوا يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع وتوفرت الشروط القانونية لذلك.

وقد حاولنا في هذه الدراسة إبراز إستراتيجية المشرع في تنظيم الانتفاع بهذه الملكية أثناء فترة الشيوخ، حيث لم يشترط الإجماع للاستفادة منها إلا في قسمة المهايأة، إدراكا منه أن هذا يحول دون الإفادة من المال الشائع على الوجه الأكمل لاختلاف وجهات نظر الشركاء ورغباتهم، فعمد إلى اشتراط الأغلبية ووضع لها قواعد وشروط.

وحرص المشرع الجزائري وفق هذه النظرة على الموازنة بين حق الشريك الكامل في حرية التصرف من جهة، وعدم الإضرار بحقوق الشركاء عند مباشرة الانتفاع، والمحافظة على المصلحة المشتركة للملاك على الشيوخ قبل المصلحة الشخصية للشريك من جهة أخرى. كل هذا وفق الإبقاء على النظرة التي تعتبر الشيوخ حالة غير مرغوب فيها اقتصاديا، وهي حالة استثنائية مآلها الزوال، وهو ما لا يستجيب لمتطلبات حسن الإدارة والانتفاع.

Résumé

Cette étude traite de la jouissance de l'immeuble indivisé avec tous moyens juridiques établis par le législateur algérien entre les mains des associés en commun, ou la plupart d'entre eux, ou l'un d'eux de bénéficier et profiter de cette propriété durant la période de l'indivision, soit par les travaux de l'administration ou les travaux de disposition.

Les associés peuvent bénéficier de l'immeuble indivisé par les travaux de l'administration, soit ordinaire ou extraordinaire s'il ya lieu, la majorité prévue par le législateur, en tant qu'associé seul dans le cas d'un mandataire pour les autres associés.

Et aux associés agissent ensemble dans tous les types de disposition pour la jouissance de l'immeuble indivisé, et le plus important: l'ordre d'acte de location, droit de jouissance, hypothèque officiel et de possessoire, et qui s'ils ont aussi les trois quarts de l'argent indivisé et la disponibilité des conditions juridiques pour cela.

Nous avons essayé dans cette étude apparaitre la stratégie de législateur dans l'organisation de la jouissance de cette propriété pendant la période de l'indivision et de son succès, attendu que le consensus n'a pas été nécessaire pour profiter d'eux, sauf dans la division prédisposant, reconnaissant que cela empêche le bénéfice de l'argent indivisé pleinement aux différents associés de leurs points de vue, et a exigé la majorité et mettre des règles et des conditions.

Le législateur algérien a aiguisé selon ce point de vue sur l'équilibre entre le droit plein de l'associé dans la liberté d'agir d'une part, et de ne pas endommager les droits des associés lorsque le commencement de jouissance, et la préservation de l'intérêt indivisé des propriétaires en indivision avant les intérêts personnels de l'associé d'autre part, tout cela selon la conservation de l'avis qui considère l'indivision un cas indésirable économiquement, et est un cas exceptionnel condamné à disparaître et cela ne répond pas aux besoins de la bonne administration et de la jouissance.