

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم القانون الخاص  
المرجع: 02

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## الإنتفاع بالعقار الشائع عن طريق أعمال التصرف على ضوء التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذة(ة):  
لعور ريم ربيعة

من إعداد الطالب(ة):  
قريشي سنوسي

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً  
مشرفاً مقرر  
مناقشاً

حيثالة معمر  
لعور ريم ربيعة  
بوخدي فادية

الأستاذة(ة)  
الأستاذة(ة)  
الأستاذة(ة)

السنة الجامعية: 2019/2018  
نوقشت يوم: 2019/06/03

# الاهداء

أهدي هذا العمل الى الوالدين والى كل من علمني حرفا ، الى الاخوة  
والاهل والاصدقاء وكل طالب علم.

# الشكر والتقدير

الشكر والحمد لله سبحانه وتعالى على كرم فضله، الذي وفقنا في إنجاز هذه العمل والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم

أنتقدم بالشكر للأستاذة المؤطرة على كل ما بذلته من جهد وعلى ما قدمته من توجيهات وارشادات قيمة خلال هذه الدراسة. كذلك نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للسادة أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، الذين شرفونا بقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

ومن ثم نتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتنا في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم الذين تعلمنا على أيديهم طيلة السنوات الماضية. كما نشكر كل الذين ساعدونا من قريب ومن بعيد من أجل إنجاز هذه المذكرة.

## المقدمة :

إن حق الملكية من أهم الحقوق العينية، يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المادي سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حتى على حق معنوي، يمنح له الاستئثار باستعماله و استغلاله والتصرف فيه دون الحاجة إلى مطالبة شخص آخر لتمكينه من ذلك، فلا يوجد أي وسيط بين صاحب الحق و الشيء محل الحق.

نظم المشرع الجزائري حق الملكية في القانون المدني و عرفه في المادة 674 منه على النحو الآتي : « الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة »<sup>1</sup> و يفهم من نص المادة أن للشخص المالك الحق في أن يتصرف في ملكه بجميع أوجه التصرف فله أن يبيعه أو يهبه، كما له أن ينقل أي عنصر من عناصر ملكيته كترتيب حق انتفاع، أو حق استعمال، حق ارتفاق أو رهنه رهناً رسمياً أو حيازياً. يتميز حق الملكية أنه حق مانع أي يقتصر على المالك فقط، فلا يمكن أن يشاركه شخص آخر في ملكه أو يتدخل في شؤونه المتعلقة بملكه.

و الأصل أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد، يستأثر بجميع عناصرها الاستعمال، الاستغلال، التصرف و تكون إرادته الوحيدة صاحبة القرار في التصرف، و هذا ما يصطلح عليه « بالملكية العادية»، واستثناء يمكن أن يتعدد الملاك لمال معين، فيكون كل جزء منه مشترك بين جميع الشركاء. كل واحد منهم يملك حصة من هذا المال ملكية تامة، و هذا ما يصطلح عليه « بالملكية الشائعة» و يطلق على المالك فيها بالمالك على الشيوع.

فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني الجزائري كالاتي : «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً و كانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك»<sup>2</sup>.

إن لنظام الملكية الشائعة أهمية كبيرة خاصة في مجتمعاتنا العربية الإسلامية لما لها من طابع اجتماعي خاص، فكانت الأسر العربية منذ القدم تعيش في قبائل، و بقيت رغم التطور تفضل العيش الجماعي الذي يدعم وحدة الأسرة و يكسبها احترام باقي الأسر، فيستغلون أملاكهم جماعياً فلا تخضع للقسمة خاصة الأملاك الموروثة، فيهتم بها الخلف من بعدهم و يعمل على تنميتها، فالقسمة تقضي على التضامن و التعاون بين الشركاء كما تشتت جميع أعضاء الأسرة. للملكية الشائعة أهمية اقتصادية أيضاً حيث أن وجود الملكية الشائعة تزيد من قيمة المال و يظهر ذلك في إنتاجها فإذا قسم هذا المال من المنطقي أن تنقص قيمته و أهميته.

للملكية الشائعة مصادر عدة، فكل سبب يؤدي إلى إكتساب الملكية العادية يكون مصدر لاكتساب الملكية الشائعة أيضاً، فهناك العقد أو الوصية أو الميراث كوفاة المورث عن عدة ورثة تاركاً وراءه أموال مملوكة لهم على الشيوع، فيعتبر الميراث من أهم و أكثر المصادر انتشاراً في الدول الإسلامية.

### 1 – أهمية الموضوع :

تكمن أهمية الموضوع في أن الملك علي الشيوع أصبح منتشرًا في مجتمعنا الجزائري، و هذا بطبيعة المجتمع الجزائري القائمة على التماسك العائلي و ابقاء العقار علي الشيوع ومنه نجد في

1 . قانون رقم 05/07 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.  
2 . القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

القانون المدني الجزائري بحق كل شريك في المال الشائع، وخوله كل السلطات القانونية لممارسة حقه ، و معنى ذلك أن الشركاء في الشيوع يتمتعون في الوقت نفسه بالسلطات نفسها من استعمال، استغلال وتصرف ، فغالبا ما يعتمد الشركاء في الشيوع أو حتى شريك واحد في التصرف في المال الشائع لحاجة أو لأخرى، دون دراية كافية بأحكام هذا التصرف و مدى جوازه و كذا الآثار المترتبة عنه ، بالرغم من ان المشرع وضع احكاما خاصة به إلا ان مواده تخللها بعض الغموض ، هذا كله أدى إلى كثرة النزاعات المطروحة أمام القضاء ، و ما يترتب من ذلك من آثار سلبية على علاقات الأشخاص.

## **2- أسباب اختيار الموضوع :**

ومن اسباب اختياري لهذا الموضوع ما يلاحظه العام والخاص المشاكل المطروحة أمام المحاكم والنزاعات العائلية بسبب الملكية الشائعة وهذا لجهل غالبية الافراد بالقوانين وما تؤدي به هذا النوع من النزاع الي الفرقة بين الاهل والاقارب لما تكون الملكية الشائعة بينهم .

## **3- الصعوبات :**

لم تكن صعوبات كبيرة من اجل انجاز هذا البحث لحصولنا على المراجع .

## **4- اشكالية البحث**

للتطرق لهذا البحث تم صياغة الاشكالية على النحو التالي :

حكم تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة ، وأهم القيود الواردة عليها ؟

## **5- المنهج المتبع :**

اقتضت طبيعة الدراسة علي استعمال المنهج التحليلي الذي يظهر من خلاله تحليل النصوص القانونية المنظمة للملكية الشائعة ومختلف النصوص المتعلقة بال عقار الشائع وسبل الانتفاع به ، والاستعانة بالمنهج الوصفي وذلك من خلال رصد الاشكالات الانتفاع بالعقار الشائع بهدف معرفة أحكام التصرف فيه وذلك بالاعتماد على النصوص التشريعية المنظمة للملكية الشائعة والعقار.

## **ولمعالجة الموضوع اتبعنا الخطة التالية :**

خصصنا الفصل الأول لنبين الانتفاع عن طريق تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع مقسما الي مبحثين ، الأول التصرف منفردا في حصته الشائعة وفي العقار الشائع كله وفي المبحث الثاني التصرف منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع

وخصصنا الفصل الثاني الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين أو الاغلبية منهم في العقار الشائع ، تطرقنا في المبحث الأول الى الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله وفي الثاني الانتفاع عن طريق تصرف الاغلبية الكبيرة منت الشركاء في العقار الشائع.

## **الفصل الأول : الانتفاع عن طريق تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع .**

للشريك في الشيوع الحق أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة في العقار، أو يتصرف في جزء مفرز منه، وقد يتصرف في العقار الشائع كله . ولكن هذا التصرف مشوب بمجموعة من الصعوبات والاشكالات ويثير الكثير من النزاعات ، ولذلك أحاطه المشرع الجزائي بقواعد وأسس كان لزاما الالتزام بها حتي لا تأثر هذه التصرفات على حقوق باقي الشركاء ، ومن هذا المنطلق سنتعرض فيما يلي لأحكام كل نوع من هذه التصرفات على أن نخصص مبحث أولا لتصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار الشائع كله ونتناول في المبحث الثاني التصرف منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع .

### **المبحث الأول : التصرف منفردا في حصته الشائعة وفي العقار الشائع كله .**

قد يكون تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة وقد يكون التصرف في العقار الشائع كله وهذا ما تطرقنا اليه في المطلبين التاليين :

### **المطلب الأول : التصرف منفردا في العقار الشائع كله .**

تنص المادة 714 من القانون المدني أنه يجوز للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف ، سواء أكان هذا التصرف بعوض ( تصرف معاوضة ) كالبيع أو المعاوضة أم كان تصرف تبرع كالهبة .

ويجوز أن يتصرف الشريك في الشيوع في حصته الشائعة إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعا ، وإذا ترتب على تصرف الشريك آخر زوال حالة الشيوع ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء <sup>1</sup> يجوز كذلك أن يتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى أجنبي من غير شركائهم وفي هذه الحال يكون لهؤلاء الشركاء ممارسة حقهم في استرداد هذه الحصة طبقا للمادة 721 من القانون المدني ، أو ممارسة حق الشفعة عليها طبقا للمادة 795 من نفس القانون .

إن الحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الاجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه . <sup>2</sup> وعليه فإن الشيوع في الملك يتوفر عندما نكون بصدد عقار أو مجموع متكون من عقار ومنقول مملوك في مجموعه لشخصين فأكثر ، دون أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين ، وقد تكون الأنصبة فيه متساوية ، كما قد تكون متفاوتة ، وهذا بالرجوع إلى مصدر الشيوع سواء أكان يبيعا أو وصية أو ميراثا أو غيره من المصادر المختلفة للشيوع ، ومنه يكون لكل شريك في الشيوع الحق في كل جزء من أجزاء العقار المشاع بقدر نصيبه . <sup>3</sup>

وبتفحص النصوص القانونية التي نظمت الملكية الشائعة من المادة 713 إلى 743 من القانون المدني ، فإننا لا نجد أثر لتعريف الحصة الشائعة ، وإنما عمدت إلى تعريف الشركاء في الشيوع ، كما أن المشرع لم يخصص مجالا للملكية العقارية الشائعة ، وإنما جاءت النصوص بصفة العموم ( الملكية الشائعة ) .

إن ما يهمننا في موضوع البحث هي الملكية العقارية الشائعة ، والتي يجوز فيها للشريك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة على النحو الذي يخوله القانون للمالك ملكية مفرزة ، باعتبار أن الملكية الشائعة تتوفر على جميع عناصر الملكية من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بإمكان الشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة بوجه لا يتعارض مع حالة الشيوع القائمة بأن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها ، إن تصرف الشريك في حصته الشائعة منفردا ، يقع صحيحا ومنتجا لكل آثاره القانونية شريطة أن لا يترتب على تصرفه هذا ضرر لباقي الشركاء المشاعين .

وقد يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة ناقلا للملكية لكل الحصة أو لبعضها أي جزء شائع منها ، وفي حالة كون التصرف ناقلا للملكية لكل حصة فإن الاشكال لا يطرح ، ذلك أن

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( حق الملكية ) المجلد الثامن ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، الطبعة 1970 ، ص 843 .

- أنور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الحادي عشر ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، سنة 2004 ، ص 346 . <sup>2</sup>

- أنور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 347 . <sup>3</sup>

المتصرف له كل محل الشريك المتصرف ويصبح بدوره مالكا على الشيوع أو شريكا على الشيوع لباقي الشركاء في العقار الشائع .<sup>1</sup>

مع مراعاة الاجراءات الخاصة واللازمة لإحداث الاثر في نقل الملكية ( تسجيل + اشهار).  
أما إذا كان التصرف الصادر من الشريك في الشيوع منصبا على بعض أو جزء من حصته الشائعة ، كأن يهب جزءاً من حصته ، فإن المتصرف له يصبح شريكا في الشيوع بنسبة الحصة التي اشتراها ، ويبقى الشريك الاصيلي المتصرف في جزء من حصته شريكا أيضا بنسبة ماتبقى له من حصته الشائعة وللتوضيح أكثر نسوق المثال التالي :

إذا كان الشريك في الشيوع يمتلك حصته في العقار بنسبة النصف (2/1) وتصرف بالبيع إلى شخص آخر في جزء من حصته ، ولتكن الربع (4/1) فإن المتصرف له أي المشتري يصبح شريكا جديدا في الشيوع بنسبة الربع (4/1) ويبقى الشريك الاصيلي مالكا على الشيوع بنسبة ماتبقى له والمقدر بالربع (4/1) .

أما إذا كان العقار داخلا في مجموع مال شائع كأن تكون مثلا شركة مكونة من مجموعة من العقارات الشائعة من بينها قطعة أرضية وتصرف الشريك في الشيوع منفردا في حصته الشائعة في قطعة الارض فقط فان تصرفه صحيحا ومنتجا لاثاره ويحل المشتري محل الشريك المتصرف في القطعة الارضية فقط دون باقي المال الشائع وإذا ماأراد الشركاء في الشيوع إزالة وإنهاء حالة الشيوع فلا بد لهم في هذه الحالة إجراء قسمتين :

- القسمة الأولى : تقع بين الشركاء في الشيوع في القطعة الأرضية وبين المشتري الذي حل محل الشريك الاصيلي في قطعة الأرض التي باعها له .

- القسمة الثانية : تكون بين الشريك الاصيلي الذي تصرف في حصته الشائعة في قطعة الأرض وبين باقي الشركاء في المال الشائع.

ويلاحظ على تصرف الشريك في حصته الشائعة الداخلة في مجموع المال الشائع حصول تعقيدات بعده وهذا ماجعل بعض التشريعات لاتجيز مثل هذا التصرف إلا إذا كان باتفاق جميع الشركاء وهذا مأخذ به التشريع الالمانى .<sup>2</sup>

في حين أن بعض الفقه الفرنسي يجيز التصرف في الحصة الشائعة ، ولكن أثره متوقف على نتيجة القسمة فيما بعد ، فاذا وقع العقار الشائع ( الحصة ) المتصرف فيه في نصيب المتصرف ، فان تصرفه صحيحا ويأخذ حكم المتصرف في حصته الشائعة .

أما اذا وقعت الحصة التي تصرف فيها في نصيب أحد الشركاء الاخرين ، فإن تصرفه يقع باطلا لانه تصرف في ملك غيره .<sup>3</sup>

غير أن القضاء المصري ذهب في اجتهاده الى غير ذلك ، حيث أقرت محكمة النقض المصرية أن للشريك في الشيوع في مجموع عقارات أن يتصرف في حصته الشائعة في بعض

- عبد الرزاق السنهوري ، وسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية المجلد الثامن، مرجع سابق ، ص 843 .<sup>1</sup>

- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية ) المجلد الثامن ، مرجع سابق ، ص 844 .<sup>2</sup>

عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية ) المجلد الثامن ، مرجع سابق ، ص 845 .<sup>3</sup>

هذه العقارات بالبيع ، وفي هذه الحالة يصبح المتصرف له ( المشتري ) مالكا في الشيوع مع باقي الشركاء المشاعين في العقارات التي آلت اليه ، وبذلك يكون هو صاحب الشأن في القسمة التي سوف تجري بين الشركاء المشاعين ، وهذا متى سجل المشتري عقد البيع الذي ابرم بينه وبين البائع ( الشريك الأصلي في الشيوع ) .<sup>1</sup>

أما المشرع الجزائري وفيما يخص هذه النقطة فانه كان واضحا ، اذ بالرجوع الى نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري نجده قد أقر للشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة ولكن بشرط عدم الاضرار بمصالح باقي الشركاء ، فكل تصرفات الشريك في المال الشائع سواء بنقل ملكيتها أو بترتيب حق عيني معين عليها صحيحة سواء أكان التصرف الناقل للملكية - بيعا أو هبة - منصبا على كل حصته الشائعة أو على جزء منها ، فالعبرة دائما تكون في التصرف بعدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء في الشيوع ، وهذا ماأقرته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات منشورة في المجالات القضائية ونذكر في هذا الصدد على سبيل المثال القرار رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 الذي جاء فيه مايلي : " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بابطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الارث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع ، أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .<sup>2</sup>

كما أكدت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا نفس الموقف في قرارها رقم 186043 الصادر بتاريخ 1999/03/24 إذ جاء فيه أنه " يجب لاحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الاضرار بباقي الشركاء " . وجاء في أسبابه : " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق أي ضرر بمناب شركائه ، وهو مالم يثبت في قضية الحال ، وعليه قرروا إلغاء الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس .

وحيث أنه يتبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه لذا قضوا على حق برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف ، وبهذا طبقوا أحكام المادة 714 من القانون المدني . وحيث أنه يتبين مما سبق أن القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيا وله أساس قانوني على خلاف ما جاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 1990/10/29 تحت رقم 63765 - المجلة القضائية - العدد الرابع - سنة 1992 .

<sup>3</sup> - المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار بتاريخ 1999/03/24 تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 2000 ص 195 .

من خلال ماتقدم ذكره من اجتهاد المحكمة العليا وذلك على سبيل المثال نستنتج أن المحكمة العليا أكدت المبدأ القانوني الذي وضعه المشرع بأحكام نص المادة 714 قانون مدني ، باقرار حق الشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة أسواء كانت عقارا أو منقولاً أو مجموع عقار ومنقول غير مفرز ، شريطة عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء فالتصرف في كل حصة شائعة أو بعض هذه الحصة تصرف صحيح طالما أنه لا يضر بحقوق باقي الشركاء في الشيوع .

كما نخلص الى أن الشريك متى تصرف منفردا في حصته الشائعة يترتب عنه حلول المتصرف له " المشتري الموهوب له " محل الشريك المتصرف بنقل ملكية حصته الشائعة ويصبح هو الشريك في الشيوع بدلا من الشريك الاصيلي<sup>1</sup> . وذلك مع مراعاة الاحكام الخاصة بإجراءات الشهر التي ترتب الاثر الناقل للملكية تطبيقا لأحكام المادة 793 قانون مدني .

هذا إذا كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع ناقلا للملكية كالبيع أو الهبة مثلا فما هو الحكم لو كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع من التصرفات التي ترتب حقا عينيا أصليا كان أم تبعا على حصته الشائعة.

إذا كان للشريك الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة في العقار بجميع أنواع التصرف الناقلة للملكية ، فانه لا يمكن أن يترتب على هذه الحصة الشائعة جميع الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوع ترتيبها على حصته الشائعة في العقار . إن الحق العيني هو سلطة فعلية على شيء معين بالذات وهو نوعان : حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية<sup>2</sup> وسنتناول ذلك في مايلي :

أولا : الحقوق العينية الاصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوع .

إن أهم الحقوق العينية الاصلية عدا حق الملكية هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر وبالنظر الى طبيعة كل من حقي الحكر والارتفاق ، فانه يستعصي على الشريك في الشيوع كترتيب حق حكر على حصته الشائعة لأن الحكر يستوجب البناء والاغراس بمعنى اقامة منشآت في أرض مفرزة ، وهذا بالإضافة الى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه على أرض موقوفة فالأرض الموقوفة كما هو معلوم لا تكون شائعة لأنها ملك للوقف<sup>3</sup> .

وأما حق الارتفاق فانه لا يرد على حصة شائعة ومن ثم لا يجوز للشريك في الشيوع أن يترتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لانه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لاتصح

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( حق الملكية ) المجلد الثامن، مرجع سابق ، ص 843 .

2 - عبد المنعم فرج الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، دار الفكر العربي، دون سنة نشر ، ص 38.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن ، مرجع سابق ، ص 845 .

ولا يمكن مباشرتها الا على عقار مفرز ويرى بعض الفقه أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا حق ارتفاق على هذا العقار ويبقى قائما مهما كانت نتيجة القسمة .<sup>1</sup>

أما حق الانتفاع فإنه يمكن للشريك في الشيوع ترتيب ذلك على حصته الشائعة في العقار وبذلك يكون للمنتفع ( صاحب حق الانتفاع ) جميع الحقوق التي يخولها له الانتفاع بما يتلاءم وطبيعة الشيوع ، فيمكنه استغلال الحصة الشائعة والقيام بدارتها أو المشاركة في ادارتها مع باقي الشركاء ، وتسري على ذلك أحكام الادارة المعتادة للمال الشائع وفيها يقيد بصوت المنتفع ورأيه وليس بصوت أو رأي الشريك الاصلي صاحب الرقبة .

وإذا تجاوز الامر الى الادارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وطلب القسمة فإن الامر يعود للشريك الاصلي صاحب الرقبة ولا شأن لصاحب حق الانتفاع في ذلك أما عند انقضاء حق الانتفاع قبل القسمة أي قبل انقضاء الشيوع يستجمع الشريك الاصلي صاحب الرقبة عناصر الملكية كاملة ويمارس جميع حقوق الشريك في الشيوع وإذا استمر حق الانتفاع إلى ما بعد القسمة أي بعد إنهاء حالة الشيوع بأن قسمت العين الشائعة ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك الاصلي صاحب الرقبة ، انتقل حق الانتفاع المرتب على ذلك الجزء الذي أصبح مفرزا بعد القسمة الى المنتفع بحكم الحل العيني .<sup>2</sup>

وبناء على الامكانية المتاحة للشريك الاصلي ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة فإنه يكون كما سلف الذكر لصاحب الانتفاع أي المنتفع الحق في الانتفاع بتلك الحصة ولكن يبقى في الشيوع وطالما أن حالة الشيوع قائمة فله حق الاستعمال والاستغلال بدون وماطة لان حق الانتفاع باعتباره حقا يخوله سلطة مباشرة على العقار محل الانتفاع ، كما يمتد ذلك الانتفاع الى ملحقات العقار بمعنى ينتفع به كما لو كان مالكا له ولكن في حدود الغرض الذي أعد له ذلك العقار ، فاذا كان مسكنا انتفع به بالسكن فيه ، وإذا كان أرضا زراعية انتفع بها أي استغلها في حدود طبيعتها بما في ذلك انتفاعه بما عليها من حقوق ارتفاق كالمرور وغيره وفي المقابل يتحمل التزام الصيانة والمحافظة على العقار محل الانتفاع بمعية باقي الشركاء .<sup>3</sup>

ونخلص في هذا الاطار الى أنه للشريك في الشيوع الحق في ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة في العقار كله أو جزء منها مع احتفاظه بملكية الرقبة واستجماع عناصر الملكية كاملة بعد انقضاء حق الانتفاع قبل انتهاء حالة الشيوع ، كما نخلص أيضا إلى أن المنتفع أي صاحب حق الانتفاع له جميع السلطات والحقوق التي يخولها له حق الانتفاع من استعمال واستغلال وتصرف في الانتفاع بالبيع أو التنازل أو الرهن في حدود ما يخوله حق الانتفاع ، ودون المساس بملكية الرقبة التي تبقى قائمة للشريك الاصلي ، ويتحمل عبء الادارة والصيانة والمحافظة على العقار محل الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع قبل انتهائه .

1 - عبد الرزاق أحمد لسنهوري، الجزء الثامن ، مرجع نفسه ، ص 845 .

2 - عبد الرزاق أحمد لسنهوري، الجزء الثامن ، مرجع نفسه ، ص 846 .

3 - نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري واللبناني ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، دون سنة نشر، ص 260.

**ثانيا : الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار الشائع**  
لمعرفة الحقوق العينية التبعية سوف نقسم هذا المبحث إلى أربعة في المطلب الأول: حق الرهن الرسمي والمطلب الثاني: حق التخصيص والمطلب الثالث: الرهن الحيازي والمطلب الرابع حق الامتياز.

### **1/ الرهن الحيازي**

نصت عليه أحكام المادة 882 من القانون المدني الجزائري: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".<sup>1</sup>

فالرهن الرسمي بمقتضى هذه المادة عقد يتم بين الدائن ومالك العقار المرهون، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو شخص آخر ككفيل عيني، وكما ينشأ الرهن الرسمي بواسطة عقد ، فقد يكون مصدره القانون أو القضاء، حيث نص المشرع على ذلك بموجب نص المادة 883 من القانون المدني بقوله: " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".

الرهن القانوني: يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر أي حالة للرهن القانوني ضمن نصوص القانون المدني غير أنه نظمه بنصوص خاصة منها على سبيل المثال الرهن القانوني للدائن على عقارات مدينه في حالة الإفلاس ( المادة 254 من القانون التجاري) ومنها أيضا الرهن المقدم للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط لضمان القروض الفردية للبناءات المقبولة من طرف هذه الهيئة (المادة 175 من قانون المالية لسنة 1983).

الرهن القضائي: فهو رهن يترتب بقوة القانون على كل حكم قضائي يقضي بإلزام المحكم عليه بشيء لمن صدر لمصلحته هذا الحكم، وهو يرد على جميع عقارات المحكوم ضده الحاضرة والمستقبلية.

أولا: قيد الرهن: يقوم الرهن الرسمي سواء كان مصدره العقد أو حكم قضائي أو كان رهنا قانونيا صحيح عندما يستوفي الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة فيه قانونا، إلا أن قيامه بهذه الصورة لا يكفي للاحتجاج به على الغير.

ولذلك اشترط المشرع شهر الرهن الرسمي أو ما يسمى بقيدته حتى يصبح نافذا في حق الغير، ويكون بموجبه حينئذ للدائن أن يستعمل حق التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوي الحقوق العينية العقارية التبعية على العقار المرهون، وبالنسبة للدائنين العاديين وحق التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون. 2

<sup>1</sup> - القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1970، ص434.

فقيد الرهن ليس شرط لصحة الرهن ذاته فهو صحيح دون قيده لكن لا يحتج به على الغير إلا منذ قيده وهو ما نصت عليه المادة 01/904: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا حقا عينيا على العقار".

ثانيًا: إنقضاء الرهن الرسمي:

ينتهي الرهن الرسمي بمجرد توافر الحالات التالية:

بانقضاء وفاء الدين.

عند ضمان إجراءات التطهير.

هلاك العقار المرهون.

مناقصة العقار المرهون عن طريق نزع الملكية الجبري.1

2/ حق التخصيص

أولاً: تعريف حق تخصيص: هو حق عيني تبعي يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين، يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بأداء الدين، ويخول للدائن بموجبه حق التقدم والتتبع فيما يتعلق بهذه العقارات.

وقد نصت المادة 941 من القانون المدني: "على الدائن الذي يريد أخذ حق تخصيص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها.

وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم...".

ثانياً: قيد حق التخصيص:

إذا صدر الأمر بالتخصيص، يجب أن يقيد هذا الحق طبقاً لأحكام المرسوم 63/76 لا سيما المادة 62 منه والمعدلة بمرسوم 93-123 المؤرخ في: 19/05/1993، ويترتب على حق التخصيص المقيد نفس الحقوق المترتبة على الرهن الرسمي، فللدائن حق التتبع وحق الأولوية.

وقد نص المشرع من جهة على أنه يمنع على الدائن أخذ حق تخصيص على التركة حتى يضمن تساوي الدائنين فيما بينهم (المادة 2/937) لكن يجوز قيد حق التخصيص إذا حصل عليه الدائن وقت حياة المدين، ويلحق بهذا الحكم لإتحاد العلة حالة إفلاس المدين وإن كان لم ينص عليه المشرع فإذا شهر إفلاس المدين فلا يحق للدائن الحصول على حق تخصيص.2

كما نصت المادة 944: "يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالتخصيص أمام القاضي الذي أصدره والقائم بفصل الأمور المستعجلة.

ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالتخصيص"

3/ الرهن الحيازي العقاري

1- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2008 ، ص131.

2 - لياس مبروك، نظام الشهر العيني في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص78.

أولاً: تعريف الرهن الحيازي العقاري: هو عبارة عن عقد يتخلى الراهن بموجبه عن حيازته للعقار والاستفادة به لمصلحة المرتهن فيسلمه إليه أو إلى شخص ثالث متفق عليه بينهما، وذلك على سبيل الضمان ويستلم الدائن ثمار العقار التي يخصصها من أجل الدين فيما بعد. يتبين من خلال التعريف السابق أن حق الرهن الحيازي العقاري، ينشأ عن عقد يلتزم فيه الراهن بأن يسلم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر ويظل المرتهن محتفظاً بحيازة الشيء المرهون إلى حين الوفاء، ويقوم الدائن المرتهن الحائز للعقار المرهون باستغلاله واستثماره وقبض ثماره على أن تخصم من المصاريف والفوائد ثم من أصل الدين ولذلك يضمن الدائن استيفاء المصروفات والفوائد أولاً بأول من غلة العقار المرهون، فلا تتراكم هذه المستحقات بجانب أصل الدين وبهذا يظل العقار المرهون كافياً بذاته لضمان أصل الدين لهذا ينظر له الدائنون كضمان قوي يبعث في نفوسهم من الاطمئنان أكثر مما يبعثه الرهن الرسمي.<sup>1</sup> وأن الرهن الحيازي العقاري نصت عليه أحكام المادة 966 من القانون المدني بأنه: "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".<sup>2</sup>

ثانياً: قيد الرهن الحيازي العقاري

تنص المادة 950 من القانون المدني على مايلي: "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و893 و904 المتعلقة بالرهن الرسمي". يفهم من هذا النص أن عقد الرهن الحيازي العقاري يعتبر صحيحاً عندما يستوفي شروط انعقاده الموضوعية والشكلية غير أن انعقاده بهذه الصورة لا يكفي للاحتجاج به على الغير بل يجب أن يقيد بمصلحة الشهر العقاري حتى يصبح نافذاً في مواجهة الغير ويكون بموجبه حينئذ للدائن أن يستعمل حق التقدم والتتبع.

#### 4/ حق الإمتياز العقاري

أولاً: تعريف حق الإمتياز: نصت عليه المادة 3982: "الإمتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني". يتبين من هذا النص أن حق الامتياز مصدره القانون، وأن هذا الأخير عند تقريره حق الامتياز يراعي صفة الدين لا شخص الدائن، فحق الامتياز ليس ممنوح لشخص بل هو مقرر لبعض الديون التي يقدر المشرع أنها جديرة بالرعاية، وتتشرك حقوق الامتياز في أنها جميعاً تخول صاحبها الحق في التقدم وفقاً للترتبة التي يحددها القانون سواء كانت حقوق امتياز عامة أو

<sup>1</sup>-جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 2006، ص94.

<sup>2</sup>- القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

خاصة ، أما حق التمتع فهو مقرر لحقوق الامتياز الخاصة دون حقوق الامتياز الخاصة تقتصر على إعطاء صاحبها أولوية على غيره.

وبذلك فإن حقوق الامتياز نوعان عامة وخاصة، فحقوق الامتياز العامة هي التي تكون على المنقولات والعقارات معا أي على كل أموال المدين، أما حقوق الامتياز الخاصة فهي التي تكون على منقولات وعقارات معينة مملوكة للمدين والتي تهمننا في موضوعنا هذا هو حقوق الامتياز الخاصة العقارية والتي تتمثل في امتياز بائع العقار وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين وامتياز المتقاسم والتي نظمها المشرع من المادة 999 إلى المادة 1001 من القانون المدني<sup>1</sup>.

امتياز بائع العقار: وهو ما نصت عليه المادة 999 من القانون المدني: " ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع، فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الامتياز رهنا رسميا".

امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين: وهو ما نصت عليه المادة 1001 من القانون المدني: " المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ويجب أن يقيد الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد"<sup>2</sup>.

امتياز المتقاسم: نص عليه المادة 1001 من القانون المدني: "إن للشركاء الذين اقتسموا عقار، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999"<sup>3</sup>.

1 . القانون المدني الجزائري ، مرجع نفسه .

2 - جمال بوشناق، المرجع السابق، ص96-97.

- القانون المدني، المرجع السابق.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: التصرف منفردا في العقار الشائع كله.

قد يلجأ الشريك للتصرف في العقار الشائع كله دون تفويض مسبق من باقي الشركاء ، فهو ليس وكيلا عنهم ويحدث ذلك اما تعنتا منه تجاههم أو رغبة في الانهاء المبكر الفردي للشروع أو لأنه وجد الصفقة رابحة أو لغير ذلك.

ويقصد به تصرف الشريك في ما زاد عن حصته الا أن هذا النوع من التصرف غير نافذ وغير ناجز الا في حدود حصة الشريك ، وبحصول هذا الامر يصبح المشتري شريكا في الشروع وحكم هذا التصرف أنه يعد تصرفا في ملك الغير ، وبالتالي لا ينفذ في حق الشركاء الاخرين الا إذا أقروه ، فهو باطل في حقهم ويحق لهم عدم الاعتداد به .<sup>1</sup> أما بشأن مصير التصرف فيجب تبيان حكمه فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة باقي الشركاء.

#### 1/ - حكم تصرف الشريك في العقار الشائع فيما بين المتعاقدين :

ونميز هنا بين حالتين وهما :

**أولا : جهل المشتري أن البائع لا يملك كل العقار الشائع :** للمشتري أن يطالب بإبطال البيع لوقوعه في غلط جوهرى في محل البيع ، أو أن يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة الخاصة بالشريك على الشروع الاخر أو باقي الشركاء على أساس أن البائع باع ما يملك وما لا يملك ، فهو باع ما يملك بالنسبة لحصته الشائعة وباع ما لا يملك بالنسبة لباقي الحصص الشائعة ، وتأخذ حكم بيع ملك الغير .<sup>2</sup>

المادة 397 من القانون المدني الجزائري قررت لمصلحة المشتري وحده حق طلب ابطال البيع إذا كان صادرا من غير مالك الشيء المبيع ، والامر نفسه لو باع الشريك على الشروع للعقار الشائع كله ، فانه يعتبر تصرفا في حصة الشريك على الشروع الآخر<sup>3</sup> ، وبذلك يكون قد باع فيما يخص هذه الحصة ملك غيره وللمشتري حق المطالبة بإبطال البيع فيما يخص هذه الحصة على أساس بيع ملك الغير وليس للبائع أن يطلب بابطال البيع على أساس أنه باع ملك غيره ، لانه طلب الابطال مقورا لمصلحة المشتري بنص القانون ، ويذهب بعض الفقه الى أن للبائع طلب ابطال البيع على أساس أنه وقع في غلط إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له كما أن للمشتري أن يطلب بالتعويض عما أصابه من ضرر و من خسارة لحقت به أو كسب فاته وذلك بعد الحكم بابطال البيع بشرط أن يكون حسن النية ، بمعنى أن لا يكون وقت

<sup>1</sup> - خالد سلطي نواف السنجلوي ، تصرف الشريك في الملكية الشائعة، مذكرة ماجستير ، القانون الخاص ، جامعة الشرق الاوسط ، كلية الحقوق، سنة 2012-2013 ، ص 58 .

<sup>2</sup> - رمضان أبو سعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، أحكامها ومصادرها ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر، سنة 2001 ، ص 545 .

- عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، الطبعة الخامسة ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، سنة 2009 ، ص 143 .<sup>3</sup>

البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع ، أما إذا كان يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطلب بابطال البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع ، أما إذا كان يعلم فإنه يستطيع أن يطالب بابطال البيع ولا يسترد إلا الثمن دون أي تعويض ولا ما أنفقه في سبيل ذلك ويصح البيع إذا ما اكتسب البائع العقار المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية<sup>1</sup> ، لأنه بذلك يتحقق الغرض من البيع حتى وإن كان للمشتري طلب إبطال البيع فيما يخص حصة الشريك على الشيوع الآخر ويكون له ذلك إذا رفع دعواه قبل أن يكتسب البائع ملكية العقار كله .

### ثانيا : علم المشتري أن البائع لا يملك العقار الشائع كله .

أما في هذه الحالة فلا مجال هنا لا عمال حكم المادة 714 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري نظرا لأنها تتضمن خروجاً على القواعد العامة التي تقتضي تطبيق أحكام بيع ملك الغير باعتبار أن الجزء المفرز المتصرف فيه يخص الشركاء الآخرين بالنسبة لحصصهم الشائعة فيه ، ومن هنا فإن حكم هذه المادة ينحصر تطبيقاً في الحالة التي تعرضت عليها فيما يتعلق بالتصرف في جزء مفرز ولا يجوز أن تتعداها إلى الحالة التي نحن بصددنا والخاصة بالتصرف في الشيء الشائع كله حيث أن القواعد العامة تعتبر أن مثل هذا التصرف قد ورد على ملك الغير ، فيما يزيد عن النصيب الشائع للشريك المتصرف ، ويكون هذا التصرف بالتالي قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، دون المتصرف ، أو باقي الشركاء ، ويجوز له بالتالي وحده المطالبة بإبطال العقد فيما زاد عن الحصة الشائعة للشريك المتصرف<sup>2</sup> . لكن إلى جانب ذلك يثور التساؤل عم إذا كان متاحاً للمتصرف إليه التمسك بالإبطال على أساس أن المتصرف قد باع ملك الغير فيما يتجاوز حصته .

ذهب رأي إلى أن المتصرف يعد صحيحاً فيما بين أطرافه بحيث لا يجوز للمتصرف إليه التمسك بالإبطال على اعتبار أن حق الشريك المتصرف يرد على كل الشيء الشائع طوال فترة الشيوع ، بحيث لا يجوز اعتباره متصرفاً في ملك الغير شأنه شأن أي أجنبي عن العقار الشائع<sup>3</sup>

بينما ذهب رأي آخر إلى أن للمتصرف الحق في التمسك بإبطال التصرف كله باعتباره صادراً عن غير مالك دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة<sup>4</sup>

بينما يذهب الرأي السائد إلى أن الشريك المتصرف يعد متصرفاً فيما يتجاوز حصته ، أي فيما يتصل بحصص باقي الشركاء في ملك غيره ومن ثم كان للمتصرف إليه حق التمسك بإبطال التصرف فيما يتجاوز الحصة الشائعة للمتصرف دون انتظار نتيجة القسمة وباعتبار أن المتصرف إليه هو من يقرر الإبطال لمصلحته ، فإن له إجازة التصرف وإسقاط حقه في

1 - عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام الملكية العقارية ، البستاني للطباعة ، طبعة 1990 ، ص 148 .

2 - أنور طلبية - الملكية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 42 .

3 - بوعيشاوي وحيدة ، النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، جامعة يحي فارس ، المدينة ، سنة 2011-2012 ، ص 64 .

4 - تواتي سهيلة ، إدارة أنواع الشيوع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس ، سنة 2011-2012 ، ص 88 .

الابطال ، ويكون له انتظار نتيجة القسمة على سبق بيانه ، أما إذا أسقط حقه في الابطال ويكون له انتظار نتيجة القسمة على سبق بيانه ، أما إذا أسقط حقه في الابطال ثم عارضه باقي الشركاء تمسكا منهم بعدم نفاذه اتجاههم ، سواء أثناء الشيوخ أو بعد القسمة ، كان له الرجوع بضمن الاستحقاق الكلي أو الجزئي على المتصرف بحسب الاحوال كما له طلب الفسخ وفقا للقواعد العامة<sup>1</sup> .

## 2/- حكم تصرف الشريك في العقار الشائع كله في مواجهة باقي الشركاء .

البيع يكون نافذا في حق باقي الشركاء في حدود النصيب الشائع للشريك المتصرف ويحل بالتالي المتصرف إليه محله فيه من حيث السلطات المقررة لإدارة العقار الشائع والتصرف فيه ، ويكون في الشركاء أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ التصرف فيما زاد عن حصة الشريك .

وعلى ذلك فإن تصرف الشريك في العقار الشائع كله لا يعتبر تصرفا في ملك الغير ، حيث أن حقه يرد على الشيء كله ، ولذلك يعتبر هذا التصرف تصرفا صادرا عن مالك ولكن حقه في الملكية وفي التصرف مقيد بما لباقي الشركاء من حقوق مماثلة على ذات الشيء ، ومقتضى كل ذلك أن هذا التصرف يكون صحيحا نافذا فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في حق باقي الشركاء<sup>2</sup>

ومنه يترتب عن هذا التصرف جملة من النتائج نذكر منها مايلي :

- حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق وهذا لتأكيد واسترداد حقوقهم .
  - حق الشركاء في رفع دعوى ثبوت الملكية وعدم نفاذ التصرف فيما زاد عن حصة الشريك .
  - عدم تمتع الشركاء بحق إبطال التصرف لأنهم ليسوا طرفا فيه.
  - حق الشركاء في إقرار التصرف بموجب المادة 720 من القانون المدني الجزائري.
- ومنه فإذا تصرف الشريك في الشيوخ منفردا في العقار الشائع كله وكان المتصرف إليه ( المشتري ) يجهل أن المتصرف لا يملك العقار الشائع كله فله إما المطالبة بإبطال التصرف للوقوع في غلط في صفة جوهرية في محل البيع ( الحصة التي تعود للمتصرف ) ، أو إبطال التصرف على أساس أنه صادر من غير مالك بانسبة لحصص باقي الشركاء<sup>3</sup> .
- أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أثناء التصرف أن المتصرف لا يملك العقار الشائع كله، فليس له إلا التمسك بفسخ التصرف.

1 - رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، أحكامها ومصادرها ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2001، ص 102.

2 - جمال خليل النشار ، إيجار المال تالشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة 2003 ، ص 214.

- كامل رمضان جمال ، أحكام بيع ملك الغير الغير فقها وقضاءا ، الطبعة الخامسة ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا ، سنة 1995 ، ص 51<sup>3</sup> .

### المبحث الثاني : التصرف منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع .

الحالة الاولى التي يكون فيها المتصرف إليه يعتقد أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا . والحالة الثانية هي حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا . وسنعرض فيما يلي لكل حالة علي حده على أن نخصص لكل منها مطلبا مستقلا .

### المطلب الاول : حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع .

يكون المتصرف اليه 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 الاخير عند القسمة ، فتخلص للمتصرف إليه ملكية منفعته بفضل الاثر الكاشف للقسمة .

ولا تخلو الدراسة في هذه الحالة من أحد الامرين يختلف حكم كل منهما عن الآخر فاما أن يقع الجزء المفرز فيه في نصيب الشريك المتصرف ، وإما لا يقع هذا الجزء في نصيبه ويختص به شريك آخر .

### أولا : اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه .

عالج نص الفقرة الثانية من المادة 1714<sup>1</sup> السالفة الذكر آثار التصرف في جزء مفرز بعد القسمة ، ويترتب حكم يقضي بأنه إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب

---

1 . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

الشريك المتصرف استقر التصرف صحيحا للمتصرف إليه وأصبح نافذا ومنتجا 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 يمتلك الحصة المتصرف فيها على الشيوخ مع بقية الشركاء وهو ما يتعارض مع الادعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط<sup>1</sup>

وتستقر الملكية إلى الشريك المتصرف وفقا للآثار الرجعي ، حيث يكون للقسمة أثر إقراري فيعتبر كل متقاسم المالك الوحيد لهذه الملكية منذ بداية الشيوخ إلى نهايته ، وأنه لم يكن مالكا لغيره من الحصص ، وينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء أو يستقر عليه بعد مراعاة الاحكام المتعلقة باجراءات التسجيل العقاري.

ولان هذا الحل بديهي وطبيعي لم يرى المشرع في صياغة لنص المادة 714 من القانون المدني ضرورة الاشارة اليه.

كما يستفيد المتصرف إليه من الآثار الرجعي للقسمة ، فإذا كان التصرف حق انتفاع وكانت ملكية المتصرف بمقتضى القسمة ترد إلى تاريخ نشأة الشيوخ ، فإن انتفاع المتصرف اليه بهذا القدر يرد إلى هذا التاريخ أيضا ، 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<sup>2</sup>

### ثانيا : عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه .

أحيانا كثيرة يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء مفرز آخر غير الذي تصرف فيه ، وهذا ماتعرضت له المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري ، 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<sup>3</sup> .

غير أن ماجاء به المشرع في نص المادة 714 الفقرة 2 ، أبعد تطبيق القواعد العامة بتقريره لحكم خاص في هذه الحالة بالنص على مايلي : " 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 ... " .

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

1 - ياسين محمد خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 20 .

2 - أحمد عبد العال أبو قرين ، المرجع السابق ، ص 191 و192 .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثامن، مرجع سابق ، ص 791 .<sup>3</sup>

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 ويطلب بالفسخ ، أو الإبطال<sup>1</sup> ، لا على أساس التصرف في ملك الغيبير ، لان الشريك تصرف فيما يملك ولا على أساس الوقوع في غلط لأنه على علم بأن الشريك يمتلك على الشيوع .

### المطلب الثاني : حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا .

قد يعتقد المتصرف اليه أن الشريك المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه مفرزا لا شائعا وعلى هذا الاساس أقدم على التعاقد وهو مطمئن إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له . فاذا كان التصرف مثلا حق انتفاع ، فان المنتفع هنا يعتقد أن الحصة المفروزة التي رتب عليها حق انتفاع من طرف الشريك على الشيوع يملكها هذا الشريك مفروزة ، وبالتالي يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء محل التصرف باعتقاده أن الشريك المتصرف يملكه مفرزا لا شائعا ، مما يجعل العقد قابلا للإبطال ، غير أن حكم التصرف في هذه الحالة يختلف في الاقتراض الذي يقع فيه الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف عن الاقتراض الذي يحدث فيه وأن يختص شريك آخر بالحصة المرتب عليها التصرف .

### أولا : حالة اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه .

بعد اجراء القسمة بين الملاك على الشيوع ، سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، ويتحدد بذلك نصيبا مفرزا لكل شريك ، فإذا اختص الشريك المتصرف بالجزء المفروز المتصرف فيه قبل القسمة حسب ما توقع ، فانه عندئذ يخلص الحق المتصرف فيه على هذا الجزء للمتصرف اليه ، بعد أن يباشر اجراءات الشهر العقاري .

ولا يجوز للمتصرف إليه في هذه الحالة رغم جهله بحالة الشيوع أن يطالب بإبطال العقد لوقوعه في غلط<sup>2</sup> ، 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 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

<sup>1</sup> علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، الاصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، سنة 2005 ، ص 63 .  
- ياسين محمد خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 20 .<sup>2</sup>

استعداده لتنفيذ هذا العقد ، حيث أنه بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة لم يعد هناك ما يبرر التمسك بالإبطال<sup>1</sup> ، 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 بالشيوع 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 ، ماجعل المشرع في الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني يقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد إجراء القسمة وجاء المشرع بهذا الحكم حرصا على استقرار المعاملات ، وتقاديا 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 وكان التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه<sup>2</sup>.

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 الاخرين في الشيوع نتيجة الأثر الكاشف للقسمة ، ويعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز مالكا لهذا الجزء منذ بدء الشيوع ، لا من وقت القسمة<sup>3</sup> ، 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 خلص 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 ورهن التخصيص وحق الامتياز المرتب من جانبه ، ولا يمنع سقوط

<sup>1</sup> - محمد عزمي البكري ، في القانون المدني ، حق الملكية ، مرجع سابق ، ص 477 .

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 134 .

<sup>3</sup> محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 136 .

التصرفات المبرمة من قبل أحد الشركاء أن يكون الحق قد أشهر ، أو قيد ولا يستثنى من ذلك كله إلا الرهن الصادر من قبل أحد الشركاء أن يكون الحق قد أشهر ، أو قيد ولا يستثنى من ذلك كله إلا الرهن الصادر من جميع الشركاء ، فانه يظل نافذا أيا كانت القسمة وهو ما جاء في نص المادة 890 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري وهو استثناء أورده أيضا المشرع المصري في المادة 1039 من القانون المدني المصري .

غير أن للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، أي أنه وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد ، لانه 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<sup>1</sup> ، إعمالا بنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري ، لأن المتصرف إليه قصد التعاقد على حصة مفرزة لاحصة 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 جزءا مشاعا من عقار ، أم كان يجهل ذلك ، وهذا 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 ، فانه لا يمكن قبول الأخذ بادعاء حسن النية من قبل المتصرف إليه ، وعلى القاضي الذي ينظر في النزاع أن يراعي ذلك ، حيث أن على المتصرف 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 مبيسر أن محل التصرف هو حصة شائعة في عقار لا ملكية مفرزة ، وبهذا يعد سيء النية باهماله 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 ، فانه ليس من السهولة على المتصرف إليه معرفة ما إذا كان العقار مملوكا 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

1 - محمود عبد الرحمان محمد، نظام الملكية الشائعة في القانون المصري، مداخلة في الملتقى المغربي حول العقار، يومي 25 و 26 أبريل 2007، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب البليدة .

لاعتباره حسن النية ، وجهل المتصرف إليه ، أو علمه بطبيعة الحصة هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية بما في ذلك البيينة والقرائن<sup>1</sup> .

ويترتب على إبطال التصرف عودة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد وفقا للأثر الرجعي للبطان ، كما أن الحكمة من إعطاء الحق في طلب البطان ، 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 مانصت 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 مالم يكن قد وقع في غلط شاب إرادته ، ما يؤدي إلى بطلان موافقته<sup>2</sup> .

وفي هذه الحالة لايجوز 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 الجزائري.

كما يجوز للمتصرف إليه التنازل عن حقه في 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 ، فتنتقل إلى المتصرف إليه منفعة هذا الجزء الأخير بعد أن يقوم بتسجيل وقيد عقده<sup>3</sup> .

### ثالثا : تطبيقات حول تصرف الشريك في جزء مفرز.

يعتبر الايجار من أهم العقود المرتبة للانتفاع بالعقار الشائع وأكثرها انتشارا عمليا ، وسوف نتناول حكم الايجار الصادر من طرف الشريك منفردا على جزء مفرز ، ثم نتطرق إلى الايجار الواقع على كل العقار الشائع.

### 1/- انفراد الشريك بإيجار جزء مفرز من العقار الشائع :

1. أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 30  
- أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 32.<sup>2</sup>  
- محمد عزمي البكري، في القانون المدني، حق الملكية المواد 874/825، المرجع السابق، ص52.<sup>3</sup>

إذا قام الشريك بتأجير جزء مفرز من العقار الشائع تعادل حصته الشائعة وجب أن نفرق في هذه الحالة بين أمرين ، الاول 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 أجراه إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرين ، 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 صحيحا بين طرفيه ، إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء<sup>1</sup> . ويكون معلقا على شرط حصول القسمة بين الملاك على الشيوع ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر<sup>2</sup>.

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 الإيجار آثاره 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<sup>3</sup>.

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 ؟

أختلف 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 .

#### أ/- الاتجاه الأول :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن نص المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني 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 لأعمال الحلول العيني على عقود الإيجار<sup>4</sup>.

1 - جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص72.

- رمضان أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 130.

3 - جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 72 و 73.

- جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 75.

ولذلك رأى البعض أن هذا النص لا يسري على الايجار الصادر من الشريك قبل القسمة إذا وقعت القسمة في نصيبه حصة أخرى غير التي أجراها<sup>1</sup>.  
وبالتالي لا ينتقل محل الايجار إلى الجزء المفرز الذي اختص به الشريك المؤجر بعد القسمة وما يكون للمستأجر إلا طلب فسخ عقد الايجار مع التعويض عن عدم تمكنه من تسلم العين المؤجرة والانتفاع بها<sup>2</sup>.  
**ب/- الاتجاه الثاني :**

يرى انصاره أن محل عقد الايجار ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المؤجر بعد القسمة طبقا لنظرية الحلول العيني ، التي نص عليها المشرع في المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري ، ويستخلص 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 الامكان .  
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 الايجار ما جاء في نص المادة 714 الفقرة 2 ، فإذا لم يقع الجزء المفرز الذي أجره الشريك في نصيبه بعد القسمة واختص بجزء آخر ، فإن محل عقد الايجار ينتقل إلى هذا الجزء الأخير وفقا لنظرية الحلول العيني<sup>3</sup>  
فالرأي الغالب في الفقه أن ينتقل الايجار إليه بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع<sup>4</sup>.

بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الايجار من أعمال التصرف ، وهو ما يجعله مجالا لتطبيق نظرية الحلول العيني ، عكس الرأي الأول الذي اعتبره من أعمال الادارة ، كما أن انتقال الايجار 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 مزياءه في العمل وانعدام المخاطر أو المضار عند الأخذ به تفضيله على الرأي الأول .  
وبهذا إذا تمت القسمة واختص الشريك المؤجر بجزء آخر غير الذي أجره ، فإن عقد الايجار 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

- رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار، المرجع السابق، ص130.<sup>1</sup>  
- جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 75.<sup>2</sup>  
- رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار، المرجع السابق، ص 131.<sup>3</sup>  
- عبد الرزاق السنهوري، الايجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 64.<sup>4</sup>

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<sup>1</sup> وما يكون للمستأجر هذا إلا طلب إبطال عقد الايجار إذا كان يجهل أن الشريك المؤجر لا يملك العين المؤجرة مفرزة بصريح نص المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري ، على أساس وقوعه في الغلط الجوهرى بتوفر شروطه<sup>2</sup> . ولا يكون من حق الشريك المؤجر أن يطالب المستأجر بالموافقة على قبول الجزء الذي اختص به لأن هذا الاخير 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 الجزء وفقا لنظرية الحلول العيني<sup>3</sup> ويتفق الباحث مع الرأي القائل أن الايجار من أعمال التصرف ، إلا ما أخرجه المشرع من دائرة أعمال التصرف وأدخله تحت مضلة أعمال الإدارة ، وهو الايجار الذي يقل عن ثلاثة سنوات حسب نص المادة 573 من القانون المدني الجزائري ، وعليه نرجح الرأي الذي يذهب إلى تطبيق نظرية الحلول العيني على الايجار الذي يرتبه الشريك عند ما يختص هذا الاخير بجزء غير الذي أجره ، ولكن بشرط أن يتحقق الغرض الذي ذهب إليه المستأجر من ترتيب عقد الايجار 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 المسكن وبعد القسمة ينتقل محل الايجار إلى الطابق العلوي الذي اختص به الشريك المؤجر.

## 2 / - انفراد الشريك بإيجار كل العقار الشائع

إذا قام الشريك منفردا بتأجير كل العقار الشائع واعتراض باقي الشركاء على ذلك ، فإن الايجار يعتبر صادر ممن لا يملك الحق في التأجير ، فيأخذ حكم إيجار ملك الغير<sup>4</sup> ، لأنه صادر من مالك في حدود نصيبه ومن غير مالك في حدود أنصبة باقي الشركاء ، وإن كان هذا الايجار يعد صحيحا في علاقة أطرافه ، إلا أنه غير نافذ في حق باقي الشركاء ، إلا إذا أقره<sup>5</sup> بل لا ينفذ هذا الايجار حتى في حصة الشريك المؤجر ، لأنه لا يستطيع الوفاء بالتزامه تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر طالما العين لم تقسم ولو قسمة مهैयाة . 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

جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، المرجع السابق ، ص 75-77 .<sup>1</sup>

2 - عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني-الملكية في قوانين البلاد العربية ، المكتبة الشائعة ، المرجع السابق ، ص 14 .

3 - جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، المرجع السابق ، ص 77 و78 .<sup>3</sup>

4 - جمال خليل النشار ، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، المرجع السابق ، ص 86 و 88 .

5 - رمضان أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الايجار ، المرجع السابق ، ص 123 و125 و126 و128 .

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 الايجار يكون نافذا في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك المؤجر ، ولا ينفذ في حق غيره من الشركاء<sup>1</sup> ، لأن للقسمة أثر رجعي تجعل المؤجر مالكا لهذا الجزء المفرز وقت الايجار ، وفي الحالة التي لا يمكن فيها تقسيم العقار الشائع ، وبيعت العين المؤجرة في المزاد العلني ، ورسا المزاد على الشريك المؤجر ، فان الايجار ينفذ في كل العين بفضل الاثر الرجعي للقسمة

أما إذا رسا المزاد على شريك غير المؤجر ، يكون الراسي عليه المزاد هو المالك في الأصل للعين الشائعة ، ومن ثم يكون هذا الايجار وارد 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 الارساء هو اعتباره بيعا ، يلتزم من خلاله هذا الاجنبي باحترام عقود الايجار الصادرة عن سلفه طالما تحمل تاريخا ثابتا سابقا على البيع ، إلا أن هذا الحكم عمليا لا يحقق نتيجة ، لأن الايجار الواجب الالتزام باحترامه هذا واقع على حصة شائعة للشريك المؤجر ، وهذه الحصة لا يمكن تسليمها ، لهذا يرى الاستاذ 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 الايجار ، ومطالبة المؤجر بالتعويض ، كما يمون للمستأجر إبداء ما لديه من ملاحظات بطريق الاعتراض عن قائمة شروط البيع بالمزاد ، وطلب تعديل شروط البيع بالنسبة إلى عقد إيجاره حتى يتفادى منازعة الراسي عليه المزاد فيما بعد ذلك<sup>2</sup> .

ويرتب صحة ايجار الشريك لكل العقار الشائع فيما بينه وبين المستأجر عدة نتائج نذكرها فيما يلي :

- لا يجوز لكل من المؤجر والمستأجر طلب إبطال عقد الايجار ، ولا يحق للمؤجر أن يطلب ذلك ولو بحجة أن باقي الشركاء قد اعترضوا على هذا الايجار وطالبوا بتمكينهم من الانتفاع بحصصهم في العقار الشائع ، كما لا يجوز للمستأجر طلب الابطال بحجة أن حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة مهدد بسبب عدم نفاذ عقد الايجار في حق الشركاء الاخرين إلا في حالة وقوعه في غلط .
- 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 .

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الايجار والعارية، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 61 و63.  
2 - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار، المرجع السابق، ص 129.

- للشريك المؤجر مطالبة المستأجر بدفع الاجرة طالما وفي المؤجر بالتزامه بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة دون اعتراض من أحد .
- 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.
- للمستأجر أن يطلب بإبطال عقد الايجار على أساس الغلط إذا توافرت شروطه حسب نص المادتين 81.82 من القانون المدني الجزائري ، وهي أن يكون للمستأجر وقت إبرام العقد لا يعلم بأن المؤجر مالك على الشيوع ، ويعتقد أنه مالك كل العين ملكية مفرزة ، وأن يكون الغلط جوهريا ، أما عدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة لا يعد غلطا يجعل المستأجر يتمسك بالإبطال ، طالما أن المؤجر مكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - جمال خليل النشار، إيجار المال الشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 89 و91.

## الفصل الثاني: الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع .

يكون الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين أو عن طريق تصرف الاغلبية منهم ، وقد اجازهُ المشرع الجزائري لأنه لا يضر بمصلحة الشركاء ولكن وفق أسس وضوابط سوف يتم التطرق إليها في هذا الفصل ومن أجل ذلك فقد تطرقنا في المبحث الاول إلى تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع وفي المبحث الثاني الى تصرف الاغلبية من الشركاء في العقار الشائع.

### المبحث الأول: الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

ويكون اما بإجماع الشركاء وهذا ما جاء به المبحث الاول أو بتصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع الذي تم التطرق له في المبحث الثاني.

### المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.

إذا ما وقع إجماع الشركاء في الشيوخ على التصرف في العقار الشائع كله بأي نوع من أنواع التصرف، سواء أكانت ناقلة للملكية، كالبيع مثلا أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو حق عيني تبعي كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا . وسنعرض لهذه التصرفات بنوع من التفصيل.

أولا : التصرفات الناقلة للملكية

للشركاء مجتمعين حق التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية. و سنتقصر في هذا المجال على البيع بحكم أنه التصرف الأكثر شيوعا أو استعمالا في الحياة العملية و بعده الهبة.

### 1 / - بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله

يكون هذا النوع من البيوع، أي بيع العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم علي إنهاء حالة الشيوخ و استحالة قسمة العقار الشائع عينا، و بذلك يسمى هذا النوع من البيوع ببيع التصفية، و مثاله أن مجموعة من الأشخاص يملكون عقارا في الشيوخ، مهما كان سبب الشيوخ، و أرادوا إنهاء حالة الشيوخ، سواء باتفاقهم أو بطلب من أحدهم وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنظر إلي عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع، أو أن القسمة العينية تؤدي إلي الإنقاص من قيمته كما لو بيع كاملا، فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني، ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حصته في العقار الشائع. وهنا نتصور فرضيتين، فإما أن يرسو المزداد العلني على احد الشركاء أو يرسو المزداد العلني على شخص أجنبي.

ففي الحالة التي يرسو فيها المزداد العلني على أحد الشركاء، فإنه يدفع الثمن الراسي به المزداد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار. وفي حالة رسو الماد العلني على شخص أجنبي، فإنه يكون ملزما بدفع كامل الثمن<sup>1</sup> ، والمصاريف والرسوم التي تترتب علي التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلي الخزينة العمومية، ويخضع هذا النوع من البيوع إلي إجراءات خاصة نظمها قانون الإجراءات المدنية، وهي التي تختص بها محكمة مقر المجلس القضائي على خلاف القاعدة العامة التي يؤول فيها الاختصاص إلي المحكمة التي يقع في دائرة العقار طبقا لأحكام المادة 8 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية التي تنص علي مايلي .....

: "ويؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية، للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، في المواد التالية: الحجز العقاري، وتسوية قوائم التوزيع و بيع المشاع." ....

غير أن القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الصادر بالجريدة الرسمية في عدد 21 بتاريخ 2008/04/23 أعاد الاختصاص إلي القاعدة العامة. ومنه سيؤول الاختصاص في بيع المشاع إلي المحكمة التي يقع في دائرتها هذا العقار الشائع وذلك وفق أحكام المادة 722 منه ، مع ملاحظة أن سريان هذا النص الجديد يكون بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

كما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائيا، أي دون اللجوء إلي القضاء وذلك بتعاقدهم مع المشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي عنهم. وبإتمام شكلية الكتابة الرسمية و إتمام إجراءات نقل الملكية المتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية، تنتقل

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، المجلد الرابع ، ص 30 .

ملكية العقار إلي المشتري، و يكون البيع بذلك صحيحا وناظذا في حق جميع الشركاء، و لا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك.

## 2 / - الهبة :

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبة، وهي من التصرفات الناظلة للملكية و عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بنصه " :الهبة تملك بلا عوض." و تخضع لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية، و إجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها في نقل الملكية. و قد تكون الهبة صادرة من جميع الشركاء إلي أحدهم أو إلي أجنبي. و خلافا للهبة العادية، بمعنى إذا كان محلها غير مشاعا، فإنه لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها عقارا مشاعا، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة بحسب نص المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص علي مايلي " :إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة."

ونخلص في هذا الإطار إلي أنه للشركاء المشتاعين مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية. و تجدر الإشارة إلي أنه في الحالة التي يملك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوخ، كأن تكون قطعة أرض و مباني و قرروا مجتمعين التصرف ببيع قطعة الأرض، فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم و تصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي. و تبقى ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط، و لا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستسفر عنه قسمة باقي العقارات الشائعة

**ثانيا : ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين.**  
إذا كان للشركاء في الشيوخ الحق في التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، فإنه يجوز لهم مجتمعين ترتيب أي حق عيني سواء كان أصليا، كالانتفاع و الارتفاق، أو تبعيا كرهنه رهنا رسميا أو رهن حيازي. و سنعرض لذلك فيما يلي بنوع من التفصيل.

## 1 / - ترتيب حق عيني أصلي

للشركاء في الشيوخ أن يقرروا على العقار الشائع كله حقا من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كأن يرتبوا حق انتفاع أو ارتفاق لفائدة الغير، أو أحد الشركاء. و نتناول ذلك فيمايلي:

أ - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق انتفاع على العقار الشائع كله: تنص المادة 844 من القانون المدني علي ما يلي " :يكسب حق الانتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضي القانون. يجوز

أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين علي 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.

وباعتباره متفرعا عن حق الملكية، فهو حق عيني، وذلك بأن يقطع 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.

ويعطي أيضا للمنتفع حق الأفضلية والتتبع، ومنه نقول بأن حق الانتفاع يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وبذلك فإن لحق الانتفاع عدة خصائص أهمها: أنه حق عيني يرد علي عقار و بالتالي يجوز رهنه رهنا رسميا أو التصرف فيه، ويخضع في ذلك لأحكام نقل الملكية العقارية<sup>1</sup> مع بقاء ملكية الرقبة لصاحبها، وهي خاصية أخرى لحق الانتفاع، بأن يرد علي عقار مملوك للغير.

وتتصدر مصادر أو أسباب حق الانتفاع بحسب المادة 844 من القانون المدني الجزائري في العقد و الشفعة و التقادم و القانون، فيكون بالعقد عندما يتم ذلك عن طريق الاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالعقار و احتفاظ المالك بسلطة التصرف في العقار. فيجوز بيع أو هبة حق الانتفاع من مالك الرقبة والانتفاع بأن يقدم على بيعه حق الانتفاع أو بيعه الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع فيصبح هو المنتفع والمشتري هو المالك للرقبة، كما يمكن أن يكون ذلك عن طريق الهبة وهي كلها من العقود التي يتم بموجبها اكتساب الانتفاع. وتكون الشفعة أيضا من أسباب كسب حق الانتفاع، و ذلك إذا بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع المبيع

على عقاره بالشفعة، فتخلص له الملكية التامة، وهو ما قررته المادة 795 من القانون المدني التي نصت على مايلي " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة. للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي. لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها. "

كما يمكن أن يكون التقادم سببا من أسباب كسب حق الانتفاع بنص القانون ويكون ذلك، إما بالتقادم الطويل المحدد بخمسة عشر سنة أو التقادم القصير بشرط وجود سند صحيح وهو بذلك لا يختلف عن حق الملكية.

ويمكن أن تكون الوصية أيضا سببا لكسب حق الانتفاع إذا كان الموصى له قيد الحياة . وذهب المشرع إلي أنه يجوز أن يوصي بحق الانتفاع حتى للحمل المستكن، وتجدر الملاحظة أنه ورد خطأ مطبعي في نص المادة 844 من القانون المدني باللغة العربية إذ وردت عبارة "

1 - نبيل إبراهيم سعد ، التامينات العينية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2005 ، ص255 .

متعاقدين " و الأصح هو " متعاقبين " بحسب النص باللغة الفرنسية ومعناه أن يوصي مالك العقار بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، فيكون إذا انتهى حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذي يليه يستمد مباشرة من الوصية و ليس من المنتفع الذي سبقه<sup>1</sup>. ومتى تقرر حق الانتفاع لشخص المنتفع، يكون لهذا الأخير حق الاستعمال و الاستغلال لمحل الانتفاع و يحتفظ المالك بملكية الرقبة، فيكون للمنتفع حق استعمال العقار استعمالاً شخصياً في كل ما أعد له، فيكون له أن يسكن البناء المعد للسكن و زراعة الأرض المعدة للزراعة، فيستعمل العقار كما لو كان مالكا له في حدود الغرض الذي أعد له بشرط أن لا يسئ استعماله، فلا يجوز له أن يستعمله استعمالاً غير مشروع أو استعمال غير متفق عليه. وفي ذلك تنص المادة 847 من القانون المدني على أنه " : على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.

وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء. فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فللقاضي أن يترع العين من تحت يده وأن يسلمها إلي الغير ليتولى ادارتها بل له تبعا لخطورة الحال، أن يقرر انتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير " .

وفي سبيل أن يتمكن المنتفع من ممارسة حقه في الانتفاع بالعقار محل الانتفاع، له أن يقوم بأعمال إدارته التي يتطلبها الانتفاع، وله أيضا أن يقوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه في الانتفاع، وأخيراً أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقه في الانتفاع<sup>2</sup>

وبالمقابل تقع على عاتق المنتفع التزامات تتمثل في التقيد بالانتفاع بالعقار بحسب الغرض الذي أعد له، وكذلك الحفاظ عليه وإدارته إدارة حسنة وصيانتته، ورده بالحالة التي استلمه عليها. وهو ما حددته المادتين 847 و 848 من القانون المدني، وما بعدهما. وينقضي حق الانتفاع بانتهاء المدة المتفق عليها، وإذا كانت المدة غير محددة فإنه يعد مقرر لحياة المنتفع. وفي كل الأحوال ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع حتى ولو قبل انقضاء المدة إذا كانت محددة. وفي ذلك تنص المادة 852 من القانون المدني على أنه " :ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقرر لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين، وإذا كانت الأرض المنتفع مشغولة عند انقضاء الأجل، أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلي حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن. " كما ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء بحسب نص المادة 853 من القانون المدني التي تنص على أنه " :ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشئ إلا أنه ينتقل من شيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته، وإذا لم يكن الهالك راجعا إلي خطأ المالك فلا يجبر المالك

1 - نبيل إبراهيم سعد ، التامينات العينية، مرجع سابق ، ص 258.  
- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دراسة مقارنة، ص 264.

علي إعادة الشيء إلي أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلي المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848<sup>1</sup>.  
وأخيرا ينقضي حق الانتفاع بالتقادم المسقط وذلك بعد الاستعمال لمدة خمسة عشر سنة طبقا لأحكام المادة 854 من القانون المدني.

وتجدر أخيرا الملاحظة إلي أن المشرع الجزائري وعلى عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات كالمشرع المصري و المشرع اللبناني، لم يميز بين حق الانتفاع كحق متفرع عن حق الملكية وحق الاستغلال الذي هو سلطة مستمدة من حق الانتفاع مكتفي بالتصيص على حق الانتفاع و الاستعمال و السكن.

ونخلص هنا إلي أنه للشركاء في الشيوخ أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله لفائدة احد الشركاء أو لفائدة شخص أجنبي. وفي حالة تقريره لأحد الشركاء فانه يكون منتفعا بالعقار الشائع كله، ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار وحق الانتفاع إذا كانوا الشركاء جميعا هم المنتفعون بالعقار الشائع.

أما إذا كان حق الانتفاع مقررا لفائدة شخص أجنبي، ومهما كان السند الذي اكتسب به هذا الحق، فان الشركاء في الشيوخ يحتفظون بملكية العقار الشائع (الرقبة).

#### ب ترتيب الشركاء مجتمعين لحق ارتفاق على العقار الشائع كله

تنص المادة 867 من القانون المدني على أنه<sup>2</sup> : "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له."

ويلاحظ في بداية الأمر أن صياغة النص باللغة العربية يشوبه نقص أو بتر بالنظر إلي النص باللغة الأجنبية، ذلك أن هذا الأخير حدد بأن الارتفاق هو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر ملك أو مملوك لشخص آخر و يجوز أن يترتب على مال عام (ملك للدولة) إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له، بمعنى آخر نسجل سقوط عبارة "مملوك لشخص آخر" وكذلك "مال عام أو مملوك للدولة" من النص العربي، وهو ما أفضى عليه نوعا من الغموض والركاكة في الصياغة.

انطلاقا من النص نقول إن الارتفاق هو حق عيني عقاري لأنه لصيق بالعقار و لا يتصور في غير العقارات، ذلك أنه كرس لجعل عقار ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر لسبب الحصر.

وعلى هذا الأساس فإن حق الارتفاق يمتاز بعدة خصائص، أهمها أنه حق عيني عقاري، فهو الذي يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به. وهو حق دائم لأنه مرتبط بدوام العقارين المرتفق و المرتفق به، وكذلك غير قابل للتجزئة. وهو مقرر على

1 . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

2 . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص آخر بمعنى يجب أن يكون العقارين المرتفق و المرتفق به مملوكان لشخصين أو مالكين مختلفين. وعلى ضوء ما تقدم فإن حق الارتفاق هو حق عيني عقاري يترتب لمصلحة عقار على عقار آخر. و يسمى العقار الأول بالعقار المرتفق أو العقار المخدوم، ويسمى الثاني بالعقار المرتفق به أو العقار الخادم وينصرف حق الارتفاق إلى الحق في المرور أو المسيل، ويتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ويكون من ملحقاته عند التصرف فيه، فينتقل معه إلى المتصرف إليه دون الحاجة إلى ذكره في العقد. ولا يقبل الانقسام إذا ما تم التصرف في العقار المرتفق على أجزاء أو إذا أصبح هذا العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص، فيظل الارتفاق على ما كان عليه. و يمتنع على الملاك الجدد للعقار المرتفق طلب قسمة الارتفاق فيما بينهم لأن طبيعته تأتي الانقسام لانقضاء ذلك مع الإنتفاع المرجو منه. كما يجوز أن يترتب الارتفاق على المال العام، بمعنى ملك الدولة، إذا كان ذلك لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال<sup>1</sup>.

وقد حددت المادة 868 من القانون المدني المصادر التي ينشأ أو يكتسب بها حق الارتفاق بنصها على مايلي " : ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور ". كما يمكن أن تترتب الإرتفاقات الظاهرة بالتخصيص من المالك الأصلي. ويستفاد مما سبق أن مصادر حق الارتفاق هي التصرف القانوني كالعقد وكذلك التخصيص من المالك الأصلي، والتقادم في الإرتفاقات الظاهرة و الميراث، وكذلك بما تفرضه الحالة المادية أو الموقع الطبيعي للأمكنة.

ويكون التصرف القانوني مصدرا لحق الإرتفاق كالبيع أو الهبة أو الوصية وغيرها من التصرفات القانونية. فيقرر مالك العقار المرتفق به إرتفاقا لمصلحة العقار المرتفق، فيكون حينها الأول بائعا لحق الإرتفاق و الثاني مشتريا له يلتزم بدفع الثمن. ويخضع التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق إلى نفس الإجراءات التي تتطلب نفس التصرف إذا كان يتعلق بالموضوع، فيخضع البيع إلى الكتابة و الشهر بالمحافظة العقارية ويكتسب المتصرف إليه حق الإرتفاق اعتبارا من تاريخ الشهر ويصبح حق الإرتفاق من ملحقات العقار المرتفق. أما قبل شهره فلا ينشأ حق الإرتفاق، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. ومفاد ذلك أن مالك العقار المرتفق به إذا باع عقاره وأتم إجراءات نقل الملكية قبل شهر البيع وهو التصرف المنشئ لحق الإرتفاق، فإن العقار ينتقل إلى المشتري خاليا من حق الإرتفاق. .... أما التقادم كمصدر لحق الإرتفاق، فإنه يشترط في ذلك أن يكون ظاهرا. فإن كان غير ظاهر كالإرتفاق بعدم التعليق فلا يرد عليه التقادم، إذ ليست له علامة خارجية تنبئ بوجوده. فحق الارتفاق بالمرور مثلا يكون ظاهرا بالمعنى العام للظهور إذا كان الشخص يمر علانية في

1 - أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 278.

أرض جاره<sup>1</sup> ، مع توافر شروط الحيازة المكسبة للحق، من هدوء وعلانية واستمرارية للمدة القانونية اللازمة في التقادم المكسب وهي على نوعين: طويلة محددة بخمسة عشر سنة وقصيرة بشرط وجود سند صحيح يدعمها وهي عشرة سنوات.

ويكون أيضا مصدرا لحق الإرتفاق التخصيص من المالك الأصلي ذلك أنه يجوز ترتيب حقوق إرتفاق علي عقارات مملوكة لمالك واحد بمعرفة هذا المالك، بحيث إذا إنتقلت هذه العقارات إلي أشخاص آخرين ظلت الإرتفاقات باقية على نحو ما رتبها المالك الأصلي، إذ يكون المتصرف إليه قد أرتضى ضمنا هذه الإرتفاقات ومثالها أن يكون للمالك أرضان متجاورتان بإحداها منبع مائي وقام بشق قناة من هذا المنبع إلي أرضه المجاورة ، فإذا ما باع الأرضيين لشخصين مختلفين، ظل حق الإرتفاق بالسقي أو الشرب قائما بتخصيص المالك الأصلي، وكذلك لو فتح مطلات علي أرض فضاء مجاورة له ثم باع تلك الأرض فيلتزم المشتري بإرتفاق المطل، فلا يبني في أرضه إلاّ علي النحو الذي لا يتعارض مع هذا الإرتفاق. ويشترط لترتيب هذا الإرتفاق، ضرورة وجود عقارين منفصلين كانا لمالك واحد، ولا يشترط فيهما التلاصق. غير أنه يجوز أن يكون هناك عقارا واحدا قسمه المالك وجعل لقسم إرتفاق علي قسم آخر ويحدث الانفصال أو التقسيم بتصرف ناقل للملكية أو بقسمة أو تقادم مكسب، فلا يترتب الإرتفاق إذا كان الانفصال بسبب فسخ أو بطلان، كأن يشتري المالك عقارا مجاورا يرتب عليه حق إرتفاق لعقاره الأول ثم يفسخ هذا العقد فيزول حينها الإرتفاق وفقا للآثر الرجعي للفسخ، أيضا من شروطه ان يترتب الإرتفاق ب معرفة المالك نفسه فلا يكون من صاحب حق إنتفاع أو مستأجر، وأن يكون الإرتفاق ظاهرا لاغموض فيه فتكون له علامة ظاهرة تدل عليه، كنافذة يفتحها المالك الأصلي مقررا بها حق المطل وفي حالة عدم وجود ما يفيد ظهور الإرتفاق فإنه لا يتحقق بتخصيص المالك الأصلي، لأن وجود العلامات الظاهرة تحقق علاقة التبعية بين العقارين بحيث اذا تصرف المالك الاصلي في أحدهما، توافرت الإرادة الضمنية بينه وبين من تصرف له على الإبقاء على تلك العلاقة بين العقارين فيظل الإرتفاق قائما بينهما<sup>2</sup> وهذا ما كرسته المادة 869 من القانون المدني التي تنص علي أنه "يجوز أيضا في الإرتفاقات

الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي. ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتها عد الإرتفاق مرتبا بين العقارين لهما و عليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك " . ويستعمل حق الإرتفاق علي الوجه الذي حددته المواد 872 وما بعدها من القانون المدني

1 - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 295.

2 - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق ، ص 311 .

الجزائري والتي يتضح من خلال إستقرائها أنه يجب علي مالك العقار المرتفق أن يراعي في إستعماله لحقه عدم مجاوزته حدود حق الإرتفاق وفقا للسبب المنشئ له، فلا يجوز له أن يغير من نوع الإرتفاق، كأن يكون ارتفاق مرور فيحوله إلي ارتفاق مظل أو سقي أو أن يغير في موضعه دون موافقة مالك العقار المرتفق به، كما لا يجوز له أن يستعمل الإرتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق ولا ان يستعمله على عقار غير العقار المرتفق به حتى ولو لم يترتب عليه زيادة في العبء الواقع على العقار المرتفق به، كما يجب عليه عدم زيادة العبء على العقار المرتفق به و يجب علي مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الإرتفاق علي الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن<sup>1</sup> ، وذلك ما نصت عليه المادة 872 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: " لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق و يحفظه، ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به ولا يجوز أن يترتب علي ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الارتفاق".

وفي مقابل ذلك يلتزم صاحب العقار المرتفق به بعدم قيامه بما من شأنه الانتقاص من استعمال حق الارتفاق، فموقفه في مواجهة صاحب حق الارتفاق سلبيًا، ذلك أن نص المادة 875 من القانون المدني تنص علي أنه: "لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شئ يؤدي إلي الإنتقاص من استعمال حق الارتفاق أو أن يجعله شاقًا، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبديل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر. غير أنه إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعا في إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلي موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه هو، أو يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسورا به في وضعه السابق."

ويتضح من خلال ذلك أن القاعدة أن مالك العقار المرتفق به لا يلتزم بأي عمل إيجابي يتعلق بجوهر حق الإرتفاق، حيث الإرتفاق حق عيني يعطي لصاحبه سلطة مباشرة، دون حاجة إلي تدخل صاحب العقار المرتفق به. لذلك فإن موقف صاحب العقار المرتفق به مجرد موقف سلبي ينحصر في ترك صاحب العقار المرتفق يباشر الأعمال التي يخولها إياه حق الإرتفاق<sup>2</sup> ويبقى أنه قد يحدث وان يتجزأ العقار المرتفق به بسبب ما، كالقسمة أو بيع جزء منه فما هو أثر ذلك علي حق الإرتفاق؟

الأصل أن الإرتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار سواء كان مرتفقا أو مرتفقا به، فيبقى علي وضعه الذي نشأ به دون تغيير بمعنى انه مقررا لمنفعة كل جزء من العقار المرتفق وعلى كل

1 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 314.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 317.

جزء من العقار المرتفق به. ففي حالة تجزئة العقار المرتفق نصت المادة 876 من القانون المدني على انه: " إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به. غير أنه إذا كان الارتفاق لايفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الأجزاء الأخرى." ومؤدي ذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق لأي سبب من الأسباب كبيع جزء منه أو قسمته، فإن حق الارتفاق يظل مستحقا لكل جزء بشرط ألا يترتب عن التجزئة زيادة في العبء الواقع على العقار المرتفق به. ومثالها إذا كان حق الارتفاق المقرر هو حق المرور في موضع معين من العقار المرتفق به، فإن المرور يبقى مستحقا حتى بعد تجزئة العقار المرتفق وفي نفس الموضع المعين. لكن إذا ما تبين بعد هذه القسمة أن حق الارتفاق لم يعد يفيد إلا جزء من العقار المرتفق دون غيره، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق به حق المطالبة بزواله عن الأجزاء الأخرى<sup>1</sup> أما إذا كانت التجزئة تخص العقار المرتفق به فإن نص المادة 877 من القانون المدني تقر أنه: "إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه.

غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء و كان لا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي يملكه". ويستفاد من ذلك أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى واقعا على كل جزء من أجزائه. فإذا كان ارتفاقا بالمرور. مثلا فإنه يبقى واقعا على كل أجزاء العقار، إلا إذا تبين بعد التجزئة انحصار موضع الممر في جزء معين، فإنه يكون بالتالي بدون موضوع بالنسبة للأجزاء الأخرى، ويجوز لمالكي هاته الأجزاء المطالبة بزوال هذا الارتفاق.

وأخيرا فإن حق الارتفاق ينتهي بحسب ما قرره مواد القانون المدني التي جاءت في هذا المجال، ذلك أن المادة 878 منه تنص على أنه: " تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين".

ونصت المادة 879 منه على أنه<sup>2</sup>: "ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة إذا كان الارتفاق مقرا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الارتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين. "

1 - نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 311.

2 . القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

يستفاد من هذين النصين أن حق الارتفاق ينتهي بإنقضاء الأجل المحدد بسند السبب المنشئ له، ثم ينقضي بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً. ويلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر هلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً سبباً لإنهاء حق الارتفاق، ولم يتعرض إلي الفرضية التي يهلك فيها العقار المرتفق به، أو يهلك جزء من أحد العقارين؟ و يمكننا القول في هذا الخصوص أنه إذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً كلياً، كما لو انهدم البناء، فإن حق الارتفاق ينتهي بزوال محله. فإذا أعيد بناءه من جديد، عاد حق الارتفاق، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال أو بسبب آخر. أما إذا هلك العقار المرتفق به جزئياً، فإن حق الارتفاق يبقى واقعا على الجزء الباقي.

كما ينتهي حق الارتفاق باجتماع العقارين المرتفق و المرتفق به في يد مالك واحد، وهو ما يعرف باتحاد الذمة. ذلك أنه قد تنتقل ملكية العقار المرتفق إلي مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو أن يملك شخص آخر هذين العقارين فتتحد الذمة في شخص مالك العقارين، وبها ينتهي حق الارتفاق لكون المالك أصبح واحداً ولا يستساغ أن يكون للشخص ارتفاق على ملكه. ولكن إذا زال هذا الاجتماع أو الاتحاد للعقارين فإن حق الارتفاق يعود واقعا كما نشأ في البداية.

وينتهي حق الارتفاق أيضاً بعدم الاستعمال لمدة عشر سنوات وهي مدة سقوط وكذلك الشأن بالنسبة للحالة التي يكون فيها حق الارتفاق مقراً لمصلحة مال موروث، فإنه ينتهي أو يسقط بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة.

وأخيراً ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. وقد جاءت هاته الكيفية الأخيرة لانتهاء حق الارتفاق، لتقابل السبب المنشئ لحق الارتفاق، والذي أوضحنا بأنه قد يكون الوضع الطبيعي للأمكنة مصدراً لنشوء حق الارتفاق. نخلص في هذا الإطار إلى أن للشركاء مجتمعين الحق في ترتيب حق ارتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويكون نافذاً في حقهم جميعاً. و بالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعاً من حق ارتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك عقار آخر.

ويخضع حق الارتفاق لكونه حقاً عينياً عقارياً، للإجراءات اللازمة في التصرفات التي يخضعها القانون لهذه الإجراءات، والمتمثلة في الكتابة الرسمية و الشكلية المطلوبة، و التسجيل و الشهر العقاري بالمحافظة العقارية.

## 2/- ترتيب حق عيني تبعي

للشركاء في الشبوع أن يجتمعوا على ترتيب أي حق عيني تبعي على العقار الشائع كله، إذ لهم أن يرهنوا العقار الشائع كله رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. ولن نخوض في تفصيل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي وسنكتفي بالبحث في حكم أو أثر القسمة، إذا ما قرر الشركاء مجتمعين هذا الحق، أي الحق العيني التبعي.

وسنخص بالبحث الرهن الرسمي والرهن الحيازي لفائدة الغير، بعبارة أخرى ما هو مصير الرهن المقرر أو المرتب على العقار الشائع كله لفائدة الغير أو حتى لفائدة أحد الشركاء قبل قسمة العقار الشائع كله أو بعد القسمة أو حتى عند بيعه في حالة استحالة القسمة العينية

## 2-1- الرهن الرسمي

نص المادة 890 من القانون المدني على أنه: " 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 "

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع المالكين لعقار شائع، يكون نافذا في حقهم جميعا، سواء أكان ذلك قبل القسمة أو بعد القسمة، أو حتى بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية.

فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة لأنه صدر منهم جميعا. فإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه، انتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه متقلا بالرهن وما يرتبه من آثار. فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذلك التقدم في الحالة التي ينفذ فيها أحد دائني شريك منهم، كما أنه ينتقل إلى الورثة متقلا بالرهن في حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، وبذلك فإن الرهن يسري في حق الشركاء وفي حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص و الخلف العام<sup>1</sup>.

أما بعد القسمة فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 الفقرة الأولى من القانون المدني، نقول إن المشرع رتب نفس الحكم أي أن الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع يبقى نافذا وصحيحا في حقهم جميعا، فتكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة. ولكن يبقى التساؤل مطروحا في الحالة التي يختص فيها أحد الشركاء بكل العقار بعد القسمة. ويختص باقي أو كل واحد من باقي الشركاء بحصة مفرزة من عقارات لم تكن مشمولة بالرهن قبل القسمة، ومثالها أن شخصين يملكان في الشيوع قطعة أرض ومسكن مستقل عن القطعة الأرضية. وقررا قبل القسمة رهن القطعة الأرضية، ولكن بعد القسمة اختص أحدهما بالقطعة الأرضية فيما إختص الثاني بالمسكن. فما هو مصير الرهن المرتب على القطعة الأرضية؟

والجواب يكون من خلال نص المادة 890 التي كرست صحة و نفاذ الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة، حتى وإن كانت قاعدة الأثر الرجعي للقسمة تقتضي أن ينتقل الرهن بنسبة حصة الشريك الذي اختص بالعقار كله أي بنسبة النصف في مثالنا السابق. غير أن المشرع لم يأخذ بهذه القاعدة وقرر انتقال العقار متقلا بالرهن حتى وإن اختص به شريكا واحدا بعد القسمة.

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، مرجع سابق، ص 323.

وفي حالة عدم إمكانية قسمة العقار، قسمة عينية لاستحالتها وتم بيع العقار الشائع، فإنه ينتقل مثقلا بالرهن المترتب عليه سواء كان البيع حاصل لأحد الشركاء أو لأجنبي وهذا ما قرره المادة 890 من القانون المدني.

ونخلص في هذا الإطار إلى أن الرهن الرسمي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين على العقار الشائع كله لا يثير أي إشكال، وذلك لوجود النص القانوني الذي قرر بأنه يبقى نافذا الرهن الذي يرتبه المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. بمعنى آخر أنه لا يتأثر بنتيجة القسمة، أو حتى بعد بيع العقار في حالة استحالة قسمته عينا<sup>1</sup>.

## 2-2- الرهن الحيازي

تنص المادة 948 من القانون المدني على أن: " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو علي غيره، أن يسلم إلي الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلي أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ".  
وتضيف المادة 949 من نفس القانون على أنه " لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار".

يستفاد من هذين النصين أن الرهن الحيازي يمكن ترتيبه على المنقول والعقار بشرط أن يكون قابلا للبيع مستقلا عن طريق المزاد العلني. وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي يرتبه الشركاء في الشيوخ على العقار الشائع، خلافا لما أورده بخصوص الرهن الرسمي. وطالما أنه لا يوجد نص يحدد أحكام هذا التصرف، ولا توجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي، فإنه وحسب رأينا، لا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي وهو ما ذهب إليه بعض الفقه<sup>2</sup> ، من أنه إذا رهن الشركاء مجتمعين العقار الشائع كله رهنا حيازيا، فإنه يبقى نافذا أو صحيحا أيا كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند استحالة قسمته، بشرط مراعاة أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني.

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، مرجع سابق ، ص223.

2 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، مرجع سابق ، ص326 .

### المطلب الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع.

يجوز للشركاء مجتمعين التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع، وذلك على غرار ما رأيناه في جواز تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع. وإذا كنا قد رأينا في المطلب الأول المتعلق بتصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله، ورأينا بأن تصرفهم إذا كان ناقلا للملكية يعد بمثابة انتهاء حالة الشيوع، بالنسبة للعقار الشائع محل التصرف، وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا وناظدا في حقهم جميعا. ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة، فإنه أيضا في حالة تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، سواء بنقل ملكية هذا الجزء المفرز، أو ترتيب حقا عينيا أصليا، كالانتفاع أو الارتفاق، أو حقا عينيا تبعا كرهنه رهنا رسميا. و سنعرض لحكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، بتصرف ناقل للملكية كالبيع مثلا، ثم إلى حكم ترتيبهم لحق عيني أصلي أو تبعا على جزء مفرز من العقار الشائع ومدى تأثير القسمة على ذلك.

#### 1/- تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع

يحق للشركاء مجتمعين أن يقوموا ببيع جزء مفرز من العقار الشائع، ويبقى ذلك البيع ناظدا وصحيحا في حقهم جميعا فيما يخص الجزء محل البيع. ومثاله لو أن ثلاثة أشخاص يملكون في الشيوع مترلا يتكون من طابقين، وأجمعوا على بيع الطابق الأول بإعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع، فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه، سواء كان أجنبيا أو أحدهم بإتمام إجراءات نقل الملكية من تسجيل وشهر. وبذلك يخرج الطابق محل البيع من الشيوع ويبقى الطابق الثاني شائعا بينهم الثلاثة، ويكون ثالثهم الذي كان التصرف صادرا إليه ببيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوع بنسبة نصيبه في ذلك فيما يخص الطابق الثاني الباقي في حالة الشيوع ويترتب على ذلك أنه لا يدخل في أية قسمة قد تقع بين الشركاء.

ويأخذ حكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين لجزء مفرز من العقار الشائع، الهبة والوصية باعتبارهما من التصرفات الناقلة للملكية ويراعى في ذلك إتمام إجراءات نقل الملكية فقط.

#### 2/- ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني أصلي أو تبعا على جزء مفرز من العقار الشائع.

يمكن للشركاء مجتمعين أن يقرروا ترتيب حق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، ويكون ذلك ناظدا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها. ولا يمكن لأحدهم أن يحتج إذا ما وقع الجزء المثقل لحق الارتفاق، كالمرور مثلا في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك لأنه رتبه على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة، بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلا بالارتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه، ويخضع ذلك الارتفاق للإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية من رسمية وتسجيل و شهر بالمحافظة العقارية، وذلك بإعتباره حقا عينيا. وهذا ما كرسه الإجتهد القضائي، ذلك أن

المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ في 26/10/1983 ملف رقم 29501 ، كرس بأن حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل ملكيته إلا بكتابة عقد رسمي مع الإشهار تطبيقاً للمادة 12 من قانون التوثيق وجاء فيه "إن الطبيعة القانونية المضافة علي حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع إنتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الإحتجاج به تجاه الغير، ومن ثمة كان وجوباً علي الأطراف إفراغ الإتفاق المبرم حوله، في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن " 1

كما أنه يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي علي جزء مفرز من العقار الشائع وذلك برهنه رهنا رسمياً مثلاً. ويأخذ نوع التصرف نفس حكم رهن جميع الشركاء للعقار الشائع كله، ذلك أن الرهن يبقي نافذاً في حقهم جميعاً سواء قبل القسمة أو بعد قسمة العقار الشائع. والإشكال لا يطرح قبل القسمة ولكن قد يختص أحد الشركاء بالجزء المفرز المرهون ويكون من نصيبه بعد القسمة. فهل له أن يحتج بإنقاص الرهن إلي حدود حصته بإعتباره رهن بنسبة ذلك؟

إن أحكام المادة 890 من القانون المدني<sup>2</sup> مقررة لقاعدة عامة أو لمبدأ عام، وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. ونلاحظ أن المادة جاءت علي إطلاقها ولم تحدد فيما إذا كان الرهن الصادر من الملاكين لعقار شائع، مرتباً علي العقار الشائع كله أو علي جزء مفرز منه. ولذلك وعلى سبيل المثال لو أن قطعة أرضية ومسكن يملكها شخصين بنسبة النصف لكل واحد منهما ملكية شائعة وقررا الإثنين ترتيب رهنا رسمياً علي قطعة الأرض لفائدة شخص أجنبي أو لفائدة أحدهما، ضمناً لدين ما، فإن الرهن يكون نافذاً في حقهما قبل القسمة ولا يطرح أي إشكال، أما إذا وقعت القسمة واختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة، فإنه وتطبيقاً لأحكام المادة 890 قانون مدني فإنه لا يمكنه الإحتجاج بالانتقاص من الرهن الرسمي بل تنتق إليه القطعة الأرضية مثقلة بالرهن الرسمي وتنتقل ملكية المترل خالية من أي رهن إلى الشريك المشتاع الآخر.

1 - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 26/10/1983 تحت رقم 29501، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص45.

2 . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

## المبحث الثاني : الانتفاع عن طريق تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع.

تنص المادة 720 على ما يلي " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (  $\frac{3}{4}$  ) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا " <sup>1</sup>.

استنادا إلى نص المادة فإنه يتضح أن المشرع الجزائري قد أعطى للشركاء في حال عدم إجماعهم في التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه طريقا آخر وهو نظام الأغلبية والذي يعتبر كاستثناء عن مبدأ الإجماع على اعتبار أن تطلب الإجماع قد يؤدي إلى تعطيل ممارسة سلطات الملكية ولهذا اكتفى بالأغلبية لكن بنسبة محددة، إلا أن هذا لا يعني أن الأغلبية تتحكم في الأقلية وتفرض قرارها عليها لذا فقد حرص على حفظ حقوقها وضمانها عن طريق تمكين القضاء من بسط الرقابة على قرارات الأغلبية.

لقد وفر المشرع حماية لحقوق الأقلية من الشركاء من تعسف الأغلبية وذلك عن طريق إلزام الأغلبية المتصرفة في المال الشائع من إتباع شروط محددة قانونا، لذا ومن خلال ما سبق سندرس هذا المطلب الأغلبية اللازمة والأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع (المطلب الأول)، ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع (المطلب الثاني).

**المطلب الأول : الأغلبية اللازمة والأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع.**

نظرا لصعوبة حصول الإجماع للتصرف في المال الشائع فإن المشرع قد أجاز لأغلبية خاصة من الشركاء التصرف في المال الشائع لكنه لم يترك هذه الإجازة مطلقة بل قيدها بشروط استوجب توفرها عند قيام الشركاء بالتصرف في المال الشائع وهذا حسب ما نصت عليه المادة 720 من القانون المدني الجزائري : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (  $\frac{3}{4}$  ) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ... " <sup>2</sup>

على ما سبق يتضح أن هناك شرطين يجب توفرهما في التصرف الصادر من الشركاء وهما: توفر الأغلبية اللازمة من الشركاء للتصرف في الملكية الشائعة ( أولا)، وجود الأسباب القوية للتصرف في الملكية الشائعة (ثانيا).

**أولا: توفر الأغلبية اللازمة من الشركاء للتصرف في الملكية الشائعة**

1 - القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .  
2 - القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

تنص المادة 720 ق م ج : "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (4/3) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ...". من خلال نص المادة يظهر أن المشرع قد اعطى للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع حق التصرف فيه وهذه الأغلبية التي أقرها النص ليست أغلبية عددية وإنما محددة بنسبة من يملك ثلاثة أرباع على الأقل من المال الشائع أي أغلبية موصوفة، مما يعني أن العدد الذي يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيرا أو قليلا بل قد يكون شريكا واحدا، فإذا ملك هذا الأخير وحده التصرف في هذا المال<sup>1</sup> ، كما يتضح لنا أن المشرع قد اعتمد في تحديد الأغلبية على المعيار الموضوعي وذلك بإقرار نسبة الملك وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي. اشترط المشرع حتى يمنع من أن يكون هناك تعسف من طرف الأغلبية في استعمال حقها في التصرف في المال الشائع قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع بالإضافة إلى تقريره ضمانات كافية لحقوق الأقلية<sup>2</sup>

### ثانيا : وجود الأسباب القوية للتصرف في الملكية الشائعة

يشترط المشرع في المادة 720 ق م ج التي تنص على: " ...أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية... " بالإضافة إلى توفر الأغلبية قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع لكي يمنع من أن يكون هناك تعسف من طرف الأغلبية نتيجة إستعمال حقهم، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع، أو أن يكون إستغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا مما يتعين بيعه، أو يكون في حاجة إلى إصلاحات ضرورية لا يتوفر لها التمويل اللازم، مما يجعل الأغلبية تقرر الاقتراض وتقرر في نفس الوقت إنشاء رهن على الشيء لضمان القرض<sup>3</sup> ، هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباب كافية وقوية تستدعي التصرف في العين الشائعة تارة بالبيع وطورا بالرهن<sup>4</sup>.

تثير طبيعة الأسباب القوية تساؤل حول خضوعها للسلطة التقديرية للقاضي بمعنى هل تصرفات الأغلبية تخضع لسلطة قاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا عليها؟ أم أنها مسألة قان ون يمكن لهذه الأخيرة ممارسة الرقابة عليها؟

يمكن القول أن هذه المسألة مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في وقائع الدعوى وذلك لأن ما ياره القاضي بمحكمة ما سببا قويا قد ياره قاضي آخر سبب غير قوي ولا يسمح للأغلبية بالتصرف في المال الشائع، وعليه فهي مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا تدخل في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا<sup>5</sup>.

### المطلب الثاني : ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع.

- 1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( حق الملكية )، مرجع سابق، ص 840.
- 2- لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفا إختياريا، مرجع سابق، ص 74.
- 3- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 131.
- 4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( حق الملكية )، مرجع سابق، ص 4.839.
- 5- لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفا إختياريا، مرجع سابق، ص 75.

أعطى المشرع الجزائري في نص المادة 720 ق م ج للشركاء في حالة عدم إجماعهم التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه، إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك والمتمثلة في توفر الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع، وكذلك الأسباب والدواعي القوية، إلا أنه في المقابل وفي نفس المادة قد وفر حماية لحقوق الأقلية من الشركاء، وذلك عن طريق إلزام الأغلبية المتصرفة في المال الشائع بإعلان هذا التصرف إلى الأقلية، بواسطة عقد غير قضائي حتى يكون لها حق الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 720 ق م ج في أنه... "الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان..."<sup>1</sup> ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 9234 الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء.

ولما ثبت- من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض "<sup>2</sup> لذا يجب التطرق إلى طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء (أولاً)، كذا المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض (ثانياً) .

#### أولاً: طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء

ألزمت المادة 720 ق م ج الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع (  $\frac{3}{4}$  ) المال الشائع عند تقرير التصرف فيه كله أو جزء مفرز منه وكانت مستندة إلى أسباب قوية أن تعلن قرارها إلى الأقلية، ويكون ذلك بعقد غير قضائي، بحيث نصت على ما يلي... "على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء... "<sup>3</sup> فقد أوجب المشرع الجزائري الكتابة في الإعلان ولا يعتد حينها بالإعلان الشفوي ويكون هذا الإعلان عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول 4 ، وباستثناء شكلية الكتابة للإعلان، فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر فيكفي عندئذ ذكر قرارها في التصرف دون الحاجة لذكر وتحديد نوع التصرف 5

1 - القانون المدني، مرجع سابق.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 92343 ، مرجع سابق، ص 38 .

3 - القانون المدني، مرجع سابق.

4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (التأمينات الشخصية والعينية)، مرجع سابق، ص .

840

5 - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفاً إختيارياً، مرجع سابق، ص 77 .

يطرح تصرف الأغلبية من الشركاء دون علم الأقلية بذلك يطرح تساؤل في مدى صحة هذه التصرفات، في هذا الصدد أجابت المحكمة العليا في قرارها رقم 62092 والذي جاء فيه "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 الق ا ر ر الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزء مشاع من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل ملكية يعود مشوبا بعيب خرق القانون ومتى كان كذلك إستوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه" 1 بناء على هذا الإجتهد القضائي فإن أي تصرف من طرف الأغلبية دون أن يكون هناك إعلان لباقي الشركاء يكون هذا التصرف غير صحيح قانونا

### ثانيا: المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض

تنص المادة 720 ق م ج "...: ولم خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا 2 "

يستنتج من خلال مضمون هذه المادة أنه بمجرد إعلان الأغلبية قرارها للأقلية فإنه يحق لهؤلاء في حالة مخالفتهم لهذا القرار اللجوء إلى المحكمة المختصة التي يقع في دائرة إختصاصها المال الشائع محل التصرف لرفع الدعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية

وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان.

يصبح قرار الأغلبية نهائيا وملزما فيحققهم في حالة فوات الميعاد دون رجوعهم إلى القضاء، وفي هذه الحالة فإن الحماية الممنوحة للأغلبية تعادل نفس الحماية المكفولة أيضا للأقلية. أما إذا لجأ المخالفون أو أحدهم إلى المحكمة واعترض على قرار الأغلبية خلال الميعاد المذكور والمتمثل في مدة شهرين فيجب على المحكمة أولا أن تقوم بالنظر فيما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية أم لا، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية أما إذا إقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية فإنها تنتقل بعد ذلك فيها إذا كان من الممكن قسمة المال الشائع أم لا، فإن لم تكن القسمة ضارة أجرت المحكمة القسمة وبذلك تبقى حالة الشيوخ ولا تعدل المحكمة عن القسمة للنظر فيها إذا كان التصرف واجبا.

1 - قرار المحكمة العليا رقم 62092 ، مؤرخ في 13/01/1990 ، الصادر عن الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، عدد 01 / 1991 ، ص 139 .  
2 . القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

## الخاتمة :

من خلال الدراسة والبحث في الموضوع يتضح جليا الاهمية التي اولهاها المشرع الجزائري لهذه الملكية وكيفية الانتفاع بها ، بتنظيمها تنظيميا مفصلا إدراكا منه لما يشوبها من تعقيدات وعراقيل يتحملها الشركاء عند الانتفاع بها ، بسبب تساويهم في الحقوق على نفس الشئ مايجعل مايقوم به الشريك من أعمال وتصرفات تتميز بعدم الاستقرار .

وقد عملنا في هذه الدراسة على التعرف عن قرب على الملكية الشائعة من خلال التدقيق في الانتفاع بال عقار عن طريق التصرف إما من طرف جميع الشركاء ، أو الاغلبية منهم ، أو أحدهم سواء كان ذلك على حصة شائعة أو حصة مفرزة .

وقد توصلنا بعد الدراسة والبحث في موضوعنا إلى عدة نتائج أهمها:  
-إعتماد المشرع الجزائري على الأصل والقاعدة العامة في أحكام التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، بحيث أعطى كل شريك الحق التام في التصرف في حصته الشائعة كما يشاء بإعتباره مالك لحق ، في حين جعل له حدود وقيود بعدم المساس والاضرار بباقي الشركاء ، بحيث لا يمكن له التصرف في كل المال الشائع أو ترتيب أي حق من الحقوق العينية الأصلية او التبعية كون ذلك يعد تصرف فيما لا يملك .

ومن زاوية أخرى أقر المشرع الجزائري كذلك بحق اغلبية الشركاء في التصرف في العقار الشائع سواء في جزء منه أو كله وهذا يعد خروج عن القاعدة العامة ، ومقصد المشرع في هذا الإطار هو رفع الحرج عن الاغلبية المالكة للعقار بالرغم من ان تصرف هذه الاغلبية ليس على إطلاقه بل أخضعه لشروط واجراءات محددة سلفا .

كما خول المشرع كذلك لكل شريك في الحق في إنهاء حالة الشيوخ ، والمطالبة بالقسمة في كون حق الشريك في الشيوخ مقيد مقارنة بالملكية المفرزة التي لا تخضع لتلك القيود والاجراءات التي نجدها في الملكية الشائعة .

كما لم يغفل المشرع كذلك في إيجاد آليات لرفع الضرر وإيجاد حلول قانونية عند التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، من طرف أحد الشركاء أو بعضهم دون موافقة الأغلبية المطلوبة قانونا للتصرف في العقار الشائع، بحيث اوجد المشرع الية الإسترداد التي يمكن من خلالها لأي شريك المطالبة بإسترداد حصته من العقار الشائع والتي تم التصرف فيها ، كما أوجد كذلك نظام الشفعة للشركاء في حالة عدم رغبتهم بعدم دخول أي أجنبي لملكية العقار الشائع إذ من خلالها يمكنهم ممارسة حق الشفعة .

كما تم تكريس كذلك نوع من الموازنة والمساواة في إدارة العقار الشائع ، بحيث جعل الإدارة المعتادة من حق كل شريك في الشيوخ ، وفي حالة إختلافهم حول ذلك كرس ما يسمى بمبدأ الأغلبية النسبية ، بحيث أعطى لهذه الاغلبية حق إدارة العقار الشائع غدارة عادية ، في حين في الإدارة غير المعتادة ، كرس اغلبية من نوع خاص وهي اغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع حتى يتمكنوا من إدارته مع إمكانية باقي الشركاء من الاعتراض أمام القضاء .

## قائمة المراجع.

### 1- الكتب :

- 1- أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( حق الملكية ) المجلد الثامن، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان ، الطبعة 1970.
2. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1970.
- 3 - أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الحادي عشر، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ،سنة 2004 .
- 4- عبد المنعم فرج الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، دار الفكر العربي، دون سنة نشر .
- 5.نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري واللبناني ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، دون سنة نشر.
- 6.عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2008 .
- 7.جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر، الطبعة 2006.
- 8.رمضان أبو سعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، أحكامها ومصادرها ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر، سنة 2001 .
- 9.عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، الطبعة الخامسة ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، سنة 2009.
- 10.عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام الملكية العقارية ، البستاني للطباعة ، طبعة 1990 .
- 11.رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، أحكامها ومصادرها ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2001.
- 12.جمال خليل النشار ، إيجار المال تالشائع بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة 2003 .
- 13.كامل رمضان جمال ، أحكام بيع ملك الغير الغير فقها وقضاء ، الطبعة الخامسة ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا ، سنة 1995.
- 14.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، الاصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، سنة 2005 .

## 2- القوانين :

1. الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

## 3- المذكرات :

01. خالد سلطي نواف السنجلاوي ، تصرف الشريك في الملكية الشائعة، مذكرة ماجستير ، القانون الخاص ، جامعة الشرق الاوسط ، كلية الحقوق، سنة 2012-2013 .  
02. بو عيشاوي وحيدة ، النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر ، جامعة يحي فارس، المدية ، سنة 2011-2012.

## 4- الاجتهادات القضائية :

01 - المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 1990/10/29 تحت رقم 63765 - المجلة القضائية - العدد الرابع سنة 1992

-

02.- المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار بتاريخ 1999/03/24 تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 2000.

03. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 29501، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد

الأول.

04. قرار المحكمة العليا رقم 62092 ، مؤرخ في 1990/01/13 ، الصادر عن الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، عدد 01 / 1991

## الفهرس

01	المقدمة
05	الفصل الأول : الانتفاع عن طريق تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع .
06	المبحث الأول : التصرف منفردا في حصته الشائعة وفي العقار الشائع كله
06	المطلب الأول : التصرف منفردا في حصته الشائعة.
20	المطلب الثاني: التصرف منفردا في العقار الشائع كله.
25	المبحث الثاني : التصرف منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع .
25	المطلب الاول : حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع .
28	المطلب الثاني : حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا .
40	الفصل الثاني :الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار

	الشائع .
41	المبحث الأول: الانتفاع عن طريق تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.
41	المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.
60	المطلب الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع.
63	المبحث الثاني : الانتفاع عن طريق تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع.
64	المطلب الأول : الأغلبية اللازمة والأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع.
66	المطلب الثاني : ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع.
69	الخاتمة.
71	قائمة المراجع.
73	الفهرس.



## ملخص المذكرة

تعتبر الملكية من الحقوق الهامة التي تخول لصاحبها كل سلطة وارادة على الشئ ، فقد تكون الملكية في صورتها ملكية فردية أو تكون ملكية شائعة مملوكة لمجموعة من الاشخاص والتي قام المشرع بتنظيم أحكامها في القانون المدني. أعطى المشرع للشركاء في الملكية الشائعة التصرف فيها بشئى التصرفات ، سواء كانت ناقلة للملكية أو بترتيب حق عيني عليها ، فقد يصدر التصرف من أحد الشركاء منفردا في العقار الشائع أو من الشركاء مجتمعين أو الاغلبية منهم في العقار الشائع. يعتبر تصرف الشركاء في الملكية الشائعة جائزا إلا أن المشرع قيده بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ولرفع هذا الضرر منح المشرع للشركاء حق الاسترداد وحق الشفعة كقيود على التصرفات في الملكية الشائعة وحماية لحقوق الشركاء.

### الكلمات المفتاحية:

- 1/.التصرف في العقار الشائع 2/ تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع
- 3/تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع 4/ تصرف أغلبية الشركاء في العقار الشائع
- 5/.التصرف منفردا في جزء من العقار 6/ الاغلبية اللازمة والاسباب القوية للتصرف في العقار الشائع.