

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

سُلْطَةُ الشَّرِيك فِي الشُّيُوعِ الإِجْبَارِي

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. محمد بلعتروس

إعداد الطالب:

محمد بلخير حمداني

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
أ.د. أحمد رقادى	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيساً
د. محمد بلعتروس	أستاذ محاضر «أ»	جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً
أ.د. عبد الله حاج أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
د. عبد الله بكر اوي	أستاذ محاضر «أ»	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
أ.د. الشريف بجماي	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
د. بلخير طاهري	أستاذ محاضر «أ»	جامعة وهران	عضواً مناقشاً

تاريخ المناقشة: 2020/11/02

السنة الجامعية: 1440-1441 هـ / 2019 - 2020م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

سُلْطَةُ الشَّرِيك فِي الشُّيُوعِ الإِجْبَارِي

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. محمد بلعتروس

إعداد الطالب:

محمد بلخير حمداني

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
أ.د. أحمد رقادى	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيساً
د. محمد بلعتروس	أستاذ محاضر «أ»	جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً
أ.د. عبد الله حاج أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
د. عبد الله بكر اوي	أستاذ محاضر «أ»	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
أ.د. الشريف بجماي	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
د. بلخير طاهري	أستاذ محاضر «أ»	جامعة وهران	عضواً مناقشاً

تاريخ المناقشة: 2020/11/02

السنة الجامعية: 1440-1441 هـ / 2019 - 2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر وتقدير

الشكر أولاً وأخيراً لله عز وجل على توفيقه لي لإنجاز هذا البحث.

ثم أتوجه بخالص شكري وامثاني إلى أساتذتي الفاضل،

الدكتور "محمد بلعتروس"، لفضلته بالإشراف على هذا البحث،

وعلى ما أسداه لي من نصائح وتوجيهات قيمة

طيلة فترة إعدادة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أقدم بالشكر الجزيل إلى كل معلمي وأساتذتي

في جميع الأطوار التعليمية،

الشكر موصول كذلك إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد

في إعداد هذا البحث.

بلخير حمداني

إهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله تعالى ..

إلى إخواني وجميع أفراد العائلة ..

إلى كافة معلمي وأساتذتي الكرام الذين تتلمذت على أيديهم

في مختلف الأطوار التعليمية ..

إلى جميع الأصدقاء وزملاء الدراسة ..

إلى كل طلاب العلم ..

إلى هؤلاء جميعاً .. أهدي ثمرة هذا العمل المنواضع.

بلخير جداني

المقدمة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

من المعلوم أن ملكية المال صوراً وأشكالاً متنوعة، المعتاد منها أن تثبت الملكية لشخص واحد فقط على المال كله، بحيث يستأثر بمفرده بمحل ملكه دون مزاحم، وهذا هو الأصل في الملكية والتي تسمى بـ "الملكية المفروزة". وبخلاف هذا الأصل يمكن أن يتعدد الملاك لشيء واحد دون تحديد حصة كل واحد منهم بجزء معين بالذات، وعندئذ تسمى الملكية بـ "الملكية الشائعة".

ولا شك أن تعدد الملاك لشيء واحد على هذا النحو - أي الشيوع - من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيداً مما لو انفرد بملكه شخص واحد، إذ كثيراً ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال، مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال المال المشاع. لهذا نجد أن القانون الجزائري - كغيره من التشريعات الوضعية - يعطي لكل شريك الحق في الخروج من حالة الشيوع بطلب القسمة في أي وقت، ولا يجوز النزول عن هذا الحق مقدماً إلا لمدة مؤقتة محدودة، وذلك تشجيعاً على العودة إلى النظام العادي وهو الملكية المفروزة.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الأصل في الشيوع هو التوقيت، بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك لحقه الشائع في المال كله بملكية مفروزة لجزء من هذا المال. غير أن هناك بعض الحالات يكون فيها الشيء قد أُعدَّ لغرض معين يستلزم بقاءه على الشيوع طالما بقي مخصصاً لهذا الغرض، وبالتالي لا يجوز لأي واحد من الشركاء المطالبة بقسمة، ولهذا يُطلق فقهاء القانون على الشيوع في هذه الحالات مصطلح "الشيوع الإجباري".

وللشيوع الإجباري صور عديدة، من أبرزها تلك الصور التي نظمها المشرع الجزائري، والمتمثلة في: الحائط المشترك، والأجزاء المشتركة في العقارات المبنية، وملكية الأسرة. ومن خلال هذا البحث المعنون بـ "سلطة الشريك في الشيوع الإجباري" - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - سنحاول بيان الأحكام المنظمة لانتفاع الشركاء بالمال الشائع في هذه الصور الثلاث، ومدى حق كل واحد منهم في التصرف في نصيبه، وذلك في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

أولاً - إشكالية البحث:

إذا كان حق الملكية يخول لصاحبه مجموعة من السلطات، والتي تتمثل في حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، فإن ذلك يعني أن جميع الشركاء يتمتعون في الوقت نفسه وعلى ذات المحل بهذه السلطات، وهو ما يؤدي إلى التساؤل عن مدى حق كل شريك في الانتفاع بالمال الشائع وحدود التصرف فيه، وذلك إما بمفرده أو بالاشتراك مع غيره من الشركاء، ولهذا فإن إشكالية البحث تتركز في التساؤل الرئيسي التالي:

ما هي الأحكام المنظمة لسلطات الشريك في المال الشائع شيوعاً جبرياً في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية أسئلة فرعية وهي:

- ما هي ضوابط استعمال الشريك للحائط المشترك والتصرف فيه، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- كيف نظم القانون الجزائري عملية انتفاع الشركاء وتصرفهم بالأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة؟ وما مدى توافق القواعد التي ذكرها القانون الجزائري مع أحكام المرافق المشتركة وملكية السفل والعلو في الفقه الإسلامي؟
- ماهي السلطات التي منحها القانون الجزائري للشريك في ملكية الأسرة؟ وما موقف الفقه الإسلامي من هذا النوع من الملكية؟

ثانياً - أهمية موضوع البحث:

إن تعدد ملاك المال الشائع يقتضي تنظيم حقهم في التمتع بهذا المال، وذلك تفادياً لحدوث أي خلاف أو نزاع بينهم، فيما يتعلق بمباشرة كل شريك لسلطاته واستيفائه لحقوقه في العين المشتركة، تصرفاً واستعمالاً واستغلالاً، وتزداد الحاجة لهذا الأمر في حالة الشيوع الإجباري؛ كون الشركاء لا يستطيعون المطالبة بالقسمة.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع أيضاً في اتصاله الوثيق بالحياة العملية لكثير من أفراد المجتمع، وهو ما يجعل معرفة أحكامه أمراً ضرورياً بالنسبة لهم. يضاف إلى ذلك أن تنظيم سلطات الشركاء على المال الشائع شيوعاً إجبارياً، يساهم في المحافظة على هذا المال وصيانتها، وبالتالي إطالة عمره وإمكان الانتفاع به لأطول فترة ممكنة.

ثالثاً - الدراسات السابقة:

لم أعثر على بحث أكاديمي شامل لجميع العناصر التي يتناولها هذا البحث، لكن هناك رسائل علمية تناولت بعض العناصر إما في شقها القانوني أو الفقهي، والتي أذكر منها:

1. مذكرة ماجستير بعنوان: " آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري " من إعداد: "دروازي عمار"، نوقشت بجامعة الحاج لخضر- باتنة. وهي دراسة قانونية للملكية العقارية المشتركة، إحدى صور الشيوع الإجباري التي يتناولها هذا البحث، ولم تتعرض للموضوع من جانب الفقه الإسلامي.

2. مذكرة ماجستير بعنوان: " أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري "، من إعداد: "باقل علي"، نوقشت بكلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية - جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، سنة 2015. وقد اقتصرت هذه المذكرة على إحدى صور الشيوع الإجباري، وهي الحائط المشترك، دون التطرق لبقية الصور التي يتناولها هذا البحث، كما أنها لم تتناول آراء فقهاء المذاهب الفقهية الأخرى في هذا الموضوع.

3. رسالة دكتوراه بعنوان "نوازل العقار" من إعداد: أحمد بن عبد العزيز العميرة، تمت مناقشتها بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، سنة 2010، وقد تطرق الباحث في إحدى فصول الرسالة إلى أحكام ملكية الشقق والطبقات في الفقه الإسلامي والقانون السعودي.

رابعاً - منهج ومجال البحث:

سنعتمد في دراستنا للموضوع أساساً على المنهج المقارن - وهو المنهج الذي تقتضيه طبيعة الموضوع والتخصص - وذلك للمقارنة بين رأي القانون الجزائري ورأي الفقه الإسلامي في مختلف جزئيات الموضوع، إضافة إلى المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية.

أما عن مجال البحث فإن القانون محل الدراسة، هو القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، إضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المؤرخ في 04/03/2014 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

وبالنسبة للفقه الإسلامي فقد تم التركيز على آراء المذاهب السنية الأربعة المعتمدة فقط؛ كونها الأكثر انتشاراً بين المسلمين من جهة، ولكثرة الآراء الفقهية في مختلف جزئيات الموضوع، وتعدُّ الإمام بها جميعاً في كل المذاهب.

خامساً - خطة البحث:

سنعتمد في دراسة الموضوع على خطة مكونة من ثلاثة فصول مسبقة بمبحث تمهيدي، وفيما يلي بيانها:

المبحث التمهيدي: مفهوم الشيوع في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
وسنحاول من خلال هذا المبحث التعريف بمصطلحات عنوان البحث، وذلك بتحديد مفهوم الشيوع بوجه عام، وكذا مفهوم الشيوع الإجباري.

الفصل الأول: سلطات الشريك في ملكية الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
نتطرق في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم الحائط المشترك، ثم بيان القواعد المنظمة لاستعمال
هذا الحائط وصيانته وتجديده، ومدى حق الشريك في التصرف فيه.

الفصل الثاني: سلطات الشريك في الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
نتناول في هذا الفصل الأحكام الخاصة بسلطات الشريك على الأجزاء الخاصة في نظام
الملكية العقارية المشتركة، ثم سلطاته على الأجزاء المشتركة، كل ذلك بعد تحديد مفهوم الملكية
العقارية المشتركة في كل من القانون الجزائري والفقہ الإسلامي.

الفصل الثالث: سلطات الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
بعد تحديد مفهوم ملكية الأسرة، يتم في هذا الفصل التطرق إلى الأحكام الخاصة بانتفاع
الشريك بحقه في هذا النوع من الملكية، وحدود التصرف فيه.

المبحث التمهيدي: مفهوم الشيوع في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

❖ المطلب الأول: مفهوم الشيوع بوجه عام

❖ المطلب الثاني: مفهوم الشيوع الإجمالي في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

المبحث التمهيدي: مفهوم الشيوع في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

تحتم طبيعة البحث العلمي على الباحث قبل الخوض في موضوع دراسته وعرض مسائله، أن يتطرق لحقيقة ما يود تناوله، وذلك بتحديد مفهومه على نحو تتضح به صورته وتظهر فيه سماته. لذلك سنتطرق في هذا المبحث التمهيدي إلى مفهوم الشيوع باعتباره الإطار العام الذي يندرج ضمنه موضوع هذا البحث، وذلك في مطلبين، نبين في الأول منها مفهوم الشيوع بوجه عام، أما الثاني فتتطرق فيه للتعريف بالشيوع الإجباري، والذي يُعد صورة خاصة للشيوع.

المطلب الأول: مفهوم الشيوع بوجه عام

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الأول منها لتعريف الشيوع في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أما الفرع الثاني فنخصصه لتحديد التكييف القانوني والفقهي لحق الشريك في المال الشائع.

الفرع الأول: تعريف الشيوع في اللغة والاصطلاح

سنبدأ هذا الفرع بتحديد المقصود بمصطلح الشيوع في اللغة، وبعدها نذكر تعريفه في الاصطلاح القانوني والفقهي.

أولاً- تعريف الشيوع في اللغة:

الشيوع في اللغة من مصدر شاع، يُقال: شاع الشيء يشيع شيعاً، وشيعاناً وشيوعاً، وشيوعاً فهو شائع: إذا ظهر وانتشر، وتَشَاعَ الرجلان في الشيء: تشاركاه فيه ولم يقتسماه، ونصيب فلان شائع في جميع هذه الدار، ومُشاع فيها، أي ليس بمقسوم ولا معزول⁽¹⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة- مصر، ص 2378؛ الأزهرى، محمد بن أحمد: تهذيب اللغة، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ج 3، ص 60؛ المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 503.

ثانياً - تعريف الشيوع في الاصطلاح القانوني والفقهي :

سنبدأ بتحديد معنى الشيوع في الاصطلاح القانوني، ثم في اصطلاح الفقهاء الإسلامي :

1. تعريف الشيوع في القانون :

يُعرّف الشيوع في الاصطلاح القانوني على أنه: « حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني على شيء واحد، دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى أجزاء مفرزة »⁽¹⁾. يتبين من هذا التعريف أن الشيوع يمكن وجوده في كل حق عيني سواء أكان أصلياً، كحق الملكية، أم كان تبعياً، كحق الانتفاع. وإذا كان المشرع الجزائري قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك يرجع إلى كون الشيوع يغلب وجوده في حق الملكية، لكن يمكن تطبيق القواعد المنظمة للملكية الشائعة على الحقوق العينية الأخرى إلا ما تعارض منها مع طبيعة تلك الحقوق.

وقد أشارت المادة (713) من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ إلى معنى الشيوع في حق الملكية بقولها: « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً، وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك ». فالشيوع في حق الملكية - وفقاً لهذا النص - يتحقق عندما يكون الشيء الواحد مملوكاً في مجموعه لعدة أشخاص، دون أن يتعين نصيب مادي لكل منهم في الشيء المملوك، وإنما يتحدد النصيب بصورة رمزية أو حسابية كالنصف والثلث. أما إذا لم يُعيّن نصيب كل واحد من الشركاء أو كان هناك شك في التحديد،

(1) سليم أيمن سعد عبد المجيد: سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، بتاريخ 20/03/2000، ص 8.

(2) القانون الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26/06/2005.

فإن الحصص جميعاً تُعتبر متساوية⁽¹⁾.

نستخلص من هذا أن الملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال. ومعنى ذلك أن حق الملكية نفسه ينقسم بنسبة نصيب كل واحد من الشركاء في المال الشائع، لكن دون أن ينقسم المال ذاته⁽²⁾.

وبهذا يتضح أن ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية العادية - أي المفزعة - هو أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ تكون منتشرة في المال كله، ولا تتركز في جانب معين منه بالذات⁽³⁾. ومن جهة أخرى فإن الشيء المملوك في الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل واحد منهم حصة فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة⁽⁴⁾.

2. تعريف الشيوخ في الفقه الإسلامي:

يُعتبر الشيوخ في اصطلاح الفقه الإسلامي أحد أقسام الشركة بمعناها العام، حيث يسمى

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 161؛ عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ص 100؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ط2، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2010، ص 107.

(2) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ج 8، ص 799؛ طلبة أنور: الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، 2004، ص 239.

(3) النشار جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2000، ص 30؛ عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 101.

(4) الملكية المشتركة أو الملكية الجماعية: هي نظام معروف في القوانين الجرمانية، ويُقال له ملكية اليد، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء الشائع المملوك ولا أية حصة فيه، بل يملكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشيء المملوك. (ينظر: السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 794).

بـ "شركة الملك"، والتي يُقصد بها: «كون الشيء مشتركاً بين اثنين فصاعداً بسبب من أسباب الملك، كالشراء والهبة، وقبول الوصية، والإرث، وخلط الأموال أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق»⁽¹⁾.

والمراد بالملك الشائع أو المشاع: «هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً»⁽²⁾. وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾ في مادتها (139) إلى تعريف الحصة الشائعة بقولها: «الحصة الشائعة، هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك». وسُميت الحصة السارية في المال المشترك "شائعة"؛ لعدم تعيينها في أي قسم من أقسامه، وذلك كما لو كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص بالتساوي، فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب وحجارة مشتركاً بين الثلاثة شركاء لكل واحد منهم الثلث⁽⁴⁾.

ولما كان يغلب وجود الشيوع في حق الملكية، عرّف بعض الفقهاء المعاصرين "الملك المشاع" بأنه: الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من شيء مملوك لأكثر من واحد، نتيجة اشتراك

(1) النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997؛ عتيقي محمد عبد الله: عقود الشركات، ط 1، مكتبة ابن كثير، الكويت، 1996، ص 20؛ الحياط عبد العزيز: الشركات في الشريعة الإسلامية، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1994، ج 1، ص 38.

(2) الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ط 1، دار القلم، دمشق - سورية، 1998، ج 1، ص 352.

(3) تعد مجلة الأحكام العدلية أول تجربة رسمية لقانون مدني - بالمعنى الحديث لكلمة القانون المدني - مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي، وذلك في عهد الدولة العثمانية، وهي متألفة من (1851) مادة، مُنتقاة من قسم المعاملات في فقه المذهب الحنفي الذي كان عليه عمل الدولة. ومواضيعها ستة عشر كتاباً منقسمة إلى أبواب، والأبواب إلى فصول، وأولها كتاب "اليوع" وآخرها كتاب "القضاء". وقد صدر أمر العمل بها في 26 شعبان سنة 1293 هـ. (يُنظر: الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 237).

(4) حيدر علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003، ج 1، ص 119.

فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكاً لأكثر من شخص بنسب معينة كثلث ونصف، سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أم صغيراً. وذلك كأن يملك إنسان نصف دار، أو ربع سيارة، ونحو ذلك⁽¹⁾.

من خلال تعريف الشيوخ في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، يتبين أن فقهاء الإسلام يطلقون لفظ "الشركة" على الشيوخ ويسمونه "شركة الملك" وهي من أنواع الشركات عندهم، أما القانونيون فلا يطلقون على الشيوخ اسم الشركة؛ لأن لفظ الشركة إذا أُطلق عندهم، انصرف إلى القسم الثاني من أنواع الشركات في الفقه الإسلامي المعروف بـ "شركة العقد"، ولذا فإن أموال الشركة عند القانونيين لا تكون مملوكة للشركاء على الشيوخ، بل تكون مملوكة ملكية مفرزة للشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً، له ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، ولا تصحح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوخ إلا بعد انحلال الشركة وتصفياتها.

الفرع الثاني: التكييف القانوني والفقهي لحق الشريك في المال الشائع:

سنبداً بذكر التكييف القانوني لحق الشريك في المال الشائع، ثم نعقب ذلك بتحديد تكييفه في الفقه الإسلامي.

أولاً - التكييف القانوني لحق الشريك في المال الشائع:

تناول القانون المدني الجزائري أحكام الشيوخ تحت عنوان "الملكية الشائعة"، مما يدل على أن حق الشريك في الشيوخ هو حق ملكية. كما نصت المادة (713) من القانون المدني وهي بصدده تعريف الملكية الشائعة على أنه: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً...» فهي تصف صراحة أصحاب

(1) الحنيفي علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 128؛ الزرقا مصطفى أحمد:

المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 352.

الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية.

إضافة إلى ذلك، فإن المادة (714) من القانون المدني الجزائري تجمع بين يدي الشريك في الشيوخ جميع السلطات التي يخولها القانون للشخص على الشيء، وهي عناصر الملكية الثلاث: الاستعمال والاستغلال والتصرف، حيث تنص على أن: «كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

وينبغي الإشارة إلى أن تكييف حق الشريك في الشيوخ بأنه حق ملكية، ليس محل إجماع لدى فقهاء القانون، فتميز الشيوخ بوجود أكثر من حق ملكية على شيء واحد في الوقت نفسه - خلافاً للوضع العادي للملكية - أدى إلى إثارة الشك حول طبيعة حق الشريك على الشيوخ.

فقد ذهب جانب من الفقهاء القانونيين إلى انتقاد هذا التكييف بأن حق الشريك في الشيوخ مقيد بحقوق الشركاء الآخرين، وأن من طبيعة الملكية الاستثنائية، وهنا لا يستأثر الشريك بالشيء بل يشاركه فيه آخرون، لذلك قالوا: إن حق الشريك في الشيوخ ليس بحق ملكية، بل هو حق عيني من نوع خاص. ويمكن رد هذا الاعتراض بأن المقصود بفكرة الاستثنائية التي تعتبر خاصية لحق الملكية، هو أنه يمنع على غير المالك الاستفادة من الشيء محل الملكية؛ وما دام الشركاء الآخرون جميعاً ملاكاً، فإن الاستثنائية الذي يتميز به حق الشريك المشتاع لا يكون في مواجهتهم، بل في وجه كل شخص ليس شريكاً في الشيوخ، وبالتالي فإن هذه الخاصية - أي الاستثنائية - لا تقتضي منع هؤلاء الشركاء من الاستفادة من الشيء الشائع - كل في حدود مضمون حقه - فهم ملاك أيضاً، ولا يصدق على أي منهم وصف الغير، غير المالك⁽¹⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص798؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001، ص106.

ومن جهة أخرى، يذهب جانب من الفقهاء القانونيين إلى القول بأن الحق العيني يفترض وجود محل مادي معين له، وحق الشريك في الشيوخ لا يقع على حصة مفرزة أو محددة تحديداً مادياً، ورتبوا على ذلك أن حقه ليس إلا حقاً شخصياً قبّل بقية الشركاء، يُحوّله الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثلث والرابع). ثم لاحظ البعض من أنصار هذا الرأي، أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك مجرد حق شخصي، يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوخ، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية؛ لذلك قالوا: أن ملكية المال في حالة الشيوخ تكون لمجموع الشركاء في الشيوخ، باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن كيان وإرادة أي واحد من الشركاء، وبذلك لا يكون لأي شريك سلطة قانونية مباشرة تقع على الشيء الشائع، وإنما يكون مجرد دائن بحق شخصي قبّل هذه الوحدة، يُحوّله اقتسام منافع الشيء الشائع مع باقي الشركاء إلى أن تقع القسمة⁽¹⁾.

غير أن هذا التكييف لحق الشريك في الشيوخ، يتعارض مع ما يخوله القانون لهذا الشريك من سلطات مباشرة على الشيء الشائع، من استعمال واستغلال وتصرف، وما يترتب على ذلك من روابط مباشرة بينه وبين محل محدد هو الشيء الشائع، والتي لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبّل بقية الشركاء أو قبّل الوحدة الممثلة في مجموعهم⁽²⁾.

ولهذا كان الرأي السائد في الفقهاء القانونيين - وهو الذي أخذ به المشرع الجزائري - أن حق الشريك في الشيوخ يعتبر حق ملكية بالمعنى الدقيق، كل ما في الأمر أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك - فصاحبه ليس واحداً كما هو الشأن بالنسبة للملكية العادية المفرزة - أما الشيء الشائع محل هذا

(1) الجبال مصطفى: نظام الملكية، حقوق الطبع والنشر للمؤلف، 2000، ص 53؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 160-162

(2) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 1998، ص 157؛ الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 54.

الحق فهو واحد لا يتجزأ⁽¹⁾. ومعنى ذلك أن حق الشريك في الشيوخ، يعد حق ملكية يرد من الناحية المادية على المال الشائع في مجموعه، أما من الناحية المعنوية فإن حقه محدد بمقدار حصته المشاعة في هذا المال⁽²⁾. وهذا التكييف لحق الشريك في الشيوخ صحيح ولا غرابة فيه، فظاهرة تعدد أطراف الحق مع بقاء محله واحداً، ظاهرة مسلّمة معروفة في القانون، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية عند تضامن الدائنين⁽³⁾، أو عدم قابلية الدين للانقسام مع تعدد الدائنين⁽⁴⁾.

ثانياً - التكييف الفقهي لحق الشريك في المال الشائع:

لم يثر خلاف في الفقه الإسلامي حول تكييف حق الشريك في المال المشاع؛ وذلك لأن الفقهاء يعتبرون الملكية الشائعة - كما سبق بيانه - نوعاً من أنواع الشركات، وهي "شركة الملك"، حيث تكون أموالها مملوكة ملكية جماعية لمجموع الشركاء، دون أن يكون لهذا المجموع شخصية معنوية مستقلة. لذا فإن المال المشترك في منظور الفقه الإسلامي لا يُعد مملوكاً كله لكل شريك على انفراد، وإنما يملك كل شريك حصة شائعة فيه، ومعنى شيوخها أنها منتشرة ومتفرقة في جميع أجزاء المال المشترك.

ومن هنا فإن حق كل واحد من الشركاء - وإن كان محدوداً بمقدار حصته - إنما يتعلق بالمال المشترك في مجموعه، ولكن دون أن يستأثر بجميع مزايا هذا المال؛ لمكان الشركاء الآخرين

(1) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 161؛ النشار جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، ص 35؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 104.

(2) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 163.

(3) يُعد "التضامن بين الدائنين" وصفاً يرد على أطراف الالتزام عند تعددهم، وبموجبه يكون لكل دائن الحق في مطالبة المدين بكل الدين، ويمكن للمدين أن يبرئ ذمته من الدين كله بالوفاء به لأي واحد من الدائنين المتضامنين. (يُنظر: الجبوري ياسين محمد: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج 2، ط 1، الدار العلمية الدولية، عمان - الأردن، 2003، ص 508).

(4) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 159.

معه وتمتعهم بنفس الحقوق التي يتمتع بها، كل في حدود حصته. ويترتب على هذا أن انتفاع أي شريك بالمال المشاع أو ببعضه، يعد انتفاعاً بما هو مملوك له ولغيره، وكذلك إذا تصرف في جزء معين من المال المشاع قبل قسمته⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم الشيوخ الإجباري في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

بعد بيان مفهوم الشيوخ بوجه عام، سنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الشيوخ الإجباري، وذلك في فرعين: نتطرق في الأول منها للتعريف بالشيوخ الإجباري في القانون المدني الجزائري، بينما نخصص الفرع الثاني لبيان معنى الشيوخ الإجباري في الفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم الشيوخ الإجباري في القانون الجزائري

يتطلب تحديد مفهوم الشيوخ الإجباري، التعريف به وبيان أنواعه، إضافة إلى تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في هذا النوع من الشيوخ. وهذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي:

أولاً - تعريف الشيوخ الإجباري وأنواعه في القانون الجزائري:

يقصد بالشيوخ الإجباري: «الحالة التي يبقى فيها المال مُشاعاً بين الشركاء بصورة دائمة، إما بسبب الغرض الذي أُعدَّ له هذا المال، أو بسبب طبيعته التي تنفر من القسمة»⁽²⁾. وقد أشارت المادة (737) من القانون المدني الجزائري إلى هذا المعنى بقولها: «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أُعدَّ له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على

(1) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 132؛ حيتوس عمار: الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، نوقشت بكلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر، 2011/2012، ص 96؛ النشار جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، ص 29.

(2) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 181.

الشيوع». فالخاصية الأساسية التي تُميز الشيوع الإجباري عن الشيوع العادي، هي أنه شيوع دائم لا يجوز للشركاء فيه طلب القسمة؛ وذلك لأن الغرض الذي حُصِّص له المال الشائع هنا، يقتضي أن يبقى دائماً في حالة شيوع⁽¹⁾. مع ملاحظة أن هذه المسألة تُعد من المسائل الموضوعية، فقاضي الموضوع هو الذي يُقدَّر ما إذا كان المال الشائع ضرورياً للاستعمال المشترك، وما إذا كانت القسمة من شأنها أن تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الانتفاع به على النحو الذي أُعدَّ له مستحيلاً⁽²⁾.

هذا وينقسم الشيوع الإجباري إلى نوعين رئيسيين: شيوع أصلي، وشيوع تبعي:

1. الشيوع الإجباري الأصلي: هو الشيوع الذي يرد على أشياء مستقلة بذاتها مخصصة بطبيعتها لانتفاع مجموعة من الأفراد تربطهم رابطة معينة. ويمكن التمثيل لذلك بمقابر الأسرة، فهي مخصصة لمنفعتهم ومُعدَّة للبقاء على الدوام في حالة شيوع⁽³⁾.
2. الشيوع الإجباري التبعي: وهو الشيوع الذي يكون محله أشياء مخصصة لخدمة عقارات معينة متجاورة، أو أجزاء في عقار واحد مملوكة لملاك مختلفين، بوصفها ملحقات ضرورية لهذه العقارات أو لوازم أساسية لهذه الأجزاء⁽⁴⁾. ويُعد هذا النوع من الشيوع الإجباري أكثر أهمية من سابقه؛ لأنه النوع الذي يغلب وقوعه في الحياة العملية، ومن أهم صورته: الحائظ المشترك، والأجزاء المشتركة في البناء متعدد الطبقات المملوك لأكثر من شخص واحد⁽⁵⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 986.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 253.

(3) قاسم محمد حسين: موجز الحقوق العينية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2005، ص 177؛ مصطفى الجمال: نظام الملكية، ص 136.

(4) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 244؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 206.

(5) منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 197.

والشيوع الإجباري سواء أكان أصلياً أم تبعياً، يُعدّ وضعاً عادياً، ويستجيب لاعتبارات اقتصادية تبرره، وذلك على خلاف الشيوع العادي الذي يمثل وضعاً استثنائياً، ونتيجة لهذا الاختلاف تباينت القواعد المنظمة لكل منهما⁽¹⁾.

وقد عنى المشرع الجزائري بتنظيم حالات خاصة للشيوع الإجباري تنظيمًا مفصلاً نظراً لأهميتها، وهي: الحائط المشترك، والملكية المشتركة في العقارات المبنية، بالإضافة إلى ملكية الأسرة. هذه الأنواع الثلاثة هي التي سيشملها موضوع هذا البحث بالدراسة إن شاء الله تعالى.

ثانياً - الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع الإجباري:

يُعدّ حق الشريك في الشيوع الإجباري، حق ملكية بالمعنى الحقيقي، فهو يرد على الشيء الشائع في مجموعه ولا يتركز في جزء معين منه، وهو بذلك لا يختلف عن حق الشريك في الشيوع العادي⁽²⁾. غير أن اتحاد الهدف العملي في كل من الشيوع الإجباري التبعي وحق الارتفاق⁽³⁾، أدى إلى الاعتقاد بأن حق الشريك في الشيوع الإجباري ما هو إلا حق ارتفاق متبادل، بمعنى أن لكل شريك ملكية مفرزة مُحَمَّلة بحق ارتفاق للشركاء الآخرين⁽⁴⁾. ففي الممر المشترك مثلاً، يكون نصف الممر مملوكاً ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في

(1) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 206.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 254؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 987؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004 ص 93.

(3) الارتفاق في اللغة: من المصدر " ارتَفَقَ "، ويعنى الانتفاع بالشيء. (يُنظر: المعجم الوسيط، ص 362). ويعد حق الارتفاق أحد الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، ويُقصد به في الاصطلاح القانوني: الحق المجرد المقرر على عقار معين (يُسمى العقار الخادم أو المرتفق) لفائدة عقار آخر (يُسمى العقار المخدوم أو المرتفق به) يملكه شخص آخر. مثل: حق مالك الأرض البعيدة عن الطريق العام، في المرور بأرض جاره للوصول إلى هذا الطريق. (يُنظر: بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 474).

(4) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 182؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 254.

النصف الآخر، وهذا النصف مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الأول⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي بعيد عن الصواب؛ وذلك لأن العقار الخادم في الشيوع الإجباري يكون مملوكاً لأصحاب العقارات المخدومة على سبيل الشيوع، بينما يكون العقار المرتفق به - أي العقار الخادم - في حقوق الارتفاق، مملوكاً لمالك آخر غير مالك العقار المرتفق أو المخدم⁽²⁾.

ومن هنا فإن أساس التفرقة بين الشيوع الإجباري وحق الارتفاق، يكمن في تحديد مالك العقار التابع؛ فإذا كان مملوكاً لأصحاب العقارات الأصلية المشتركة في الانتفاع به، دون تحديد أو إفراد لنصيب واحد منهم، فإنه يكون مملوكاً لهم على جهة الشيوع الإجباري، بحيث تستوي حقوقهم جميعاً على كل جزء منه بوصفهم شركاء في ملكيته، أما إذا كان هذا العقار مملوكاً ملكية مفرزة لواحد من هؤلاء الملاك فحسب، ولكنه مخصص رغم ذلك للانتفاع المشترك لعقاراتهم الأصلية، فإن حقهم عليه يكون مجرد حق ارتفاق⁽³⁾.

ويترتب على اعتبار حق الشريك في الشيوع الإجباري حق ملكية لا حق ارتفاق، نتائج هامة نذكر منها:

1. لا يسري على الشيوع الإجباري بعض الأحكام الخاصة بحق الارتفاق⁽⁴⁾. ومن ذلك ما نصت عليه المادة (2/875) من القانون المدني الجزائري من أنه: يجوز لمالك العقار المرتفق به طلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي، إذا

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 987.

(2) الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 136.

(3) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 245.

(4) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 988.

قبل الأجنبي ذلك، وكان الموضوع الذي عُين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به. فهذا الحكم لا مجال لتطبيقه في الشيوع الإجباري، حيث يظل محل الشيوع الإجباري ثابتاً لا يتغير.

2. إن حق الشريك في الشيوع الإجباري لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة، وذلك على خلاف حق الارتفاق⁽¹⁾. إذ أن حق الارتفاق حسب نص المادة (879) من القانون المدني الجزائري، يسقط بعدم استعماله لمدة عشر (10) سنوات، أو لمدة (33) سنة إذا كان مقررًا لمصلحة مال موروث.

3. إذا كان محل الشيوع الإجباري فناءً أو ممرًا مشتركاً يفصل بين أبنية مملوكة لأشخاص متعددين، فلمالك كل بناء أن يفتح مَطْلًا مواجهًا على هذا الممر أو الفناء إذا كان عرضه لا يقل عن المترين⁽²⁾. أما لو أخذنا بنظرية الارتفاق المتبادل، فإنه يجب احتساب هذه المسافة من ظهر الحائط الذي فُتح فيه المَطْل، إلى منتصف عرض الفناء أو الممر؛ لأن كل مالك يختص بملكية نصف الممر الملاصق لعقاره الأصلي، ويملك جاره النصف الآخر⁽³⁾.

إضافة إلى ما تقدم، فإنه يترتب على القول بأن حق الشريك في الشيوع الإجباري حق ملكية، أن الشريك يتمتع بكافة السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، وهي عناصر الملكية الثلاث المتمثلة في: حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف.

(1) توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، ص 249؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 94.

(2) وهذا تطبيقاً لنص المادة (709) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مَطْلًا مواجهًا على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجّه له المَطْل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من التتؤ». التتؤ: يعني البروز والشيء البارز. (يُنظر: المعجم الوسيط ص 899).

(3) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 255؛ توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية.

بناء على ذلك، فإن المراد بمصطلح "سُلطة الشريك"⁽¹⁾ الوارد في عنوان البحث: هو بيان مدى حق الشريك في استعمال المال الشائع شيوعاً جبرياً، واستغلاله، والتصرف فيه. ونظراً لتكرار استخدام هذه المصطلحات الثلاثة في البحث، سنذكر فيما يلي المعنى المقصود بكل منها:

أ. الاستعمال: ويُقصد به استخدام الشيء المملوك في جميع وجوه الاستعمال المشروعة التي أُعد لها بحسب طبيعته أو غرضه. فاستعمال الدار يكون بسكناها، والثياب بلبسها، والكتاب بقراءته. كما يعد من قبيل الاستعمال، أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه، كأن يرمم منزله، أو يصلح سيارته⁽²⁾.

ب. الاستغلال: ومعناه قدرة المالك على استعمال الشيء المملوك، بحيث يحصل على ثماره⁽³⁾. والاستغلال قد يكون مباشراً، كأن يزرع الأرض مالكةً ويجني ثمارها، وقد يكون غير مباشر، وذلك عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك، فالمالك في هذه الحالة يقوم بعمل قانوني يتمثل في تأجير الشيء للغير مقابل أجره⁽⁴⁾.

وبهذا يتبين أن الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر، فكلاهما استعمال للشيء، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سُمي ذلك استعمالاً، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر سُمي استغلالاً، مع ملاحظة أن المالك قد يستغل الشيء مباشرة بنفسه كما سبق بيانه⁽⁵⁾.

(1) السُّلْطَة في اللغة: من التَّسَلَّط وتَعْنِي: السَّيْطَرَة وَالتَّحْكَم، يُقَالُ: تَسَلَّطَ عَلَيْهِ، أَي: تَحَكَّمَ وَتَمَكَّنَ وَسَيَّطَرَ. (يُنظَرُ: المعجم الوسيط، 443).

(2) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 80-82؛ الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص 81.

(3) بعلي محمد الصغير: المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 104.

(4) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 499.

(5) المرجع نفسه، ج 8، ص 496.

ت. التصرف: المقصود بالتصرف هنا معناه الواسع، فيشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية، فالأعمال المادية: هي تلك الأعمال التي يترتب عليها أثر حسي في الشيء المملوك، كتغيير صورته أو إتلافه أو تحويله إلى شيء آخر، وذلك كهدم البناء كله أو جزء منه. أما الأعمال القانونية: فهي تلك الأعمال التي يترتب عليها أثر قانوني في الشيء المملوك، كبيعته ورهنه، مما يؤدي إلى نقل ملكيته أو تحميله بحق عيني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مفهوم الشيوع الإجباري في الفقه الإسلامي

إن مصطلح "الشيوع الإجباري" وإن كان غير مستخدم لدى فقهاء الإسلام، إلا أنه بالرجوع إلى كتبهم نجد أنهم قد أشاروا إلى معناه، وذلك في ثنايا حديثهم عن أحكام القسمة، فهم يشترطون في المال المقسوم أن يكون قابلاً للقسمة، بحيث لا يترتب على قسمته فوات المنفعة المقصودة منه⁽²⁾؛ لذلك قالوا بعدم جواز قسمة المال المشترك إذا تضرر جميع الشركاء من قسمته⁽³⁾، وذلك كالحائط المشترك، والحمام، والبيت الصغير، والطريق الخاص المملوك لعدة أشخاص يسلكونه إلى أملاكهم وليس لهم طريق سواه، ولا تصلح قسمته إلى عدة طرق، أو كسُلْم مشترك في منزل ذي طبقات لكل شريك طبقة خاصة، ولا سبيل إلى وصول أحدهم إلى طبقته إلا عن طريق هذا السلم، ولا يصلح لأن يكون منه عدة سلالر، فقسمة هذه الأشياء فيها

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 80-82.

(2) الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404-1427هـ، ج 33، ص 216، 234؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2، دار الفكر، دمشق - سورية، 1985، ج 5، ص 667.

(3) الكاساني، علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ج 9، ص 148؛ الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد: الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة - مصر، ج 3، ص 670؛ ابن قدامة، موفق الدين: المغني، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1997، ج 14، ص 102؛ الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي: المهذب، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ج 3، ص 406.

إضرار بجميع الشركاء، فلا يُجاب طلب القسمة⁽¹⁾، وبالتالي بقاء الملك مشاعاً بين عدة أشخاص، وهذا هو معنى الشيوع الإجباري في القانون كما سبق بيانه.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن من الفقهاء من يقصر هذا الشرط - أي قابلية المال للقسمة - على قسمة الإجبار⁽²⁾، ولا يرى بأساً من حيث الصحة بتراضي الشركاء على أية قسمة ضارة، وهذا هو رأي الجمهور من الحنفية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾. ومنهم من يُعمّمه على قسمتي الإجبار والتراضي إذا بلغ الضرر حد الفساد، أي بطلان المنفعة بطلاناً تاماً، كما لو كان حجم البيت صغيراً لا ينقسم بعدد الشركاء بيوتاً، وكما في قسمة الجدار، والجوهرة، والثوب الواحد، وهو قول فقهاء المالكية، حيث يجعلون للشريكين الخيار بين شيئين: إما الإبقاء على الشركة والانتفاع بالعين مشتركة، أو بيع العين واقتسام ثمنها⁽⁶⁾.

بعد هذا البيان لمعنى الشيوع الإجباري، لا بأس أن نشير إلى أن شركة الملك في الفقه

(1) الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 194.

(2) يُقسّم الفقهاء "القسمة" باعتبار إرادة المتقاسمين إلى قسمين: قسمة تراض: وهي التي تكون باتفاق الشركاء، وقسمة إجبار: وهي التي تكون بواسطة القضاء، لعدم اتفاق الشركاء. (يُنظر: الموسوعة الفقهية، ج 33، ص 215).

(3) ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003، ج 9، ص 369؛ الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي: شرح مختصر الطحاوي، ط 1، دار البشائر الإسلامية، 2010، ج 8، ص 458.

(4) الشريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج، ط 1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ج 4، ص 559.

(5) ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 105؛ المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ج 2، ص 1913 - 1916.

(6) الإمام مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى برواية سحنون، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994، ج 4، ص 286؛ الصاوي أحمد: بلغة السالك لأقرب المسالك، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995، ج 3، ص 425.

الإسلامي، وهي المقابلة لمعنى الشيوخ في القانون، تنقسم باعتبار سببها إلى " شركة اختيار" و" شركة جبر". فالأولى: هي التي تقع بفعل الشركاء ورضاهم جميعاً، كالاشتراك في شراء شيء ما، أو قبول هبة. أما الثانية: فهي التي تحصل بغير فعل الشركاء، كالاشتراك في الميراث بين الورثة، أو الوصية بين الموصى لهم⁽¹⁾. لذلك وجب التفريق بين معنى الإيجابار في شركة الملك، ومعناه في الشيوخ الإيجاباري موضوع هذا البحث، فالجبر في شركة الملك معناه إيجابار الشركاء على الدخول في الشيوخ ونشوء شركة ملك بينهم، أما في الشيوخ الإيجاباري فمعناه إيجابار الشركاء على البقاء في حالة الشيوخ، وعدم المطالبة بقسمة المال المشاع.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص499؛ النسفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ص280.

الفصل الأول:

سلطات الشريك في ملكية الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

❖ المبحث الأول: مفهوم الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

❖ المبحث الثاني: استعمال الحائط المشترك وصيانتته وتجديده في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

❖ المبحث الثالث: تصرف الشريك في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

الفصل الأول: سلطات الشريك في ملكية الحائط المشترك

في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

بعد توضيح مفهوم الشيوع الإجباري وصوره في المبحث التمهيدي، سنشرع الآن في بيان السلطات المخولة للشريك في هذا النوع من الشيوع بمختلف صورته، والتي من بينها "الحائط المشترك"، الذي يعد أحد الصور التي نظمها المشرع الجزائري. ومن خلال هذا الفصل سنحاول بيان القواعد المنظمة لحق الشريك في استعمال الحائط المشترك والتصرف فيه في القانون الجزائري، ومقارنتها مع ما ورد في الفقه الإسلامي بخصوص هذا الحائط. لكن قبل ذلك لابد من توضيح مفهوم الحائط المشترك، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

المبحث الأول: مفهوم الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنتطرق في هذا المبحث لتحديد مفهوم الحائط المشترك، وذلك في مطلبين: نتناول في الأول منها تعريف الحائط المشترك وتمييزه عن الحائط الفاصل، بينما نخصص المطلب الثاني لبيان الأحكام المتعلقة بإثبات الاشتراك في الحائط الفاصل بين عقارين.

المطلب الأول: تعريف الحائط المشترك والفرق بينه وبين الحائط الفاصل

يُعتبر اشتراك الجارين في ملكية الحائط الفاصل بينهما من صور الملكية الشائعة، وكان المنطق يقتضي دراسته ضمن موضوعات الملكية الشائعة، إلا أن المشرع الجزائري تناوله مع الحائط المملوك كله لأحد الجارين، وذلك في القسم المخصص للقيود التي تلحق حق الملكية، في المواد (704-708) من القانون المدني، ولعل الدافع لهذا الأمر هو تجنب توزيع الموضوع بين مكانين مختلفين من القانون.

والحائط الفاصل: هو الحائط⁽¹⁾ الذي يفصل بين بناءين، فإن فصل بين أرضين أو بين أرض وبناء، لم يكن فاصلاً بالمعنى المقصود الذي تنطبق عليه الأحكام الواردة في القانون المدني. وهذا الحائط إما أن يكون مملوكاً لواحد من الجيران الذين يفصل بين أملاكهم، وإما أن يكون مملوكاً لهم جميعاً على جهة الشيوع⁽²⁾، ولكل حالة أحكامها الخاصة، لكن ما يهمنا في هذا البحث هو الأحكام الخاصة بالحالة الثانية التي يكون فيها الحائط مشتركاً بين الجيران الفاصل بين أملاكهم.

إذن فالمقصود بالحائط المشترك، ذلك الحائط الذي يفصل بين عقارين مبنين ويكون مملوكاً لصاحبيهما على وجه الشيوع، ويكون الشيوع هنا من قبيل الشيوع الإجباري، فلا يجوز طلب القسمة فيه؛ لأن الغرض الذي أُعد له هذا الحائط، يقتضي أن يبقى دائماً في حالة شيوع⁽³⁾. وينشأ الحائط المشترك إذا أقامه الجاران المتلاصقان بالاتفاق على حدود ملكيهما بنفقات مشتركة بينهما، أو يكون مملوكاً لواحد منهما ثم يشارك الآخر في ملكيته بالاتفاق مع جاره بمقابل أو بغير مقابل⁽⁴⁾.

أما الحائط الفاصل فهو الحائط الذي يفصل بين بناءين وتكون ملكيته خالصة لأحد مالكي البناءين، بحيث يستأثر بكل سلطات الملكية التي يخولها له القانون⁽⁵⁾، وليس لجاره - حسب نص المادة (708) من القانون المدني الجزائري - أن يجبره على النزول عن جزء من هذا الحائط أو من

(1) الحائط في اللغة: يعني الجدار، والبستان، وجمعه حيطان وحوائط. (يُنظر: المعجم الوسيط، ص 208).

(2) زرارة عواطف: التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 140.

(3) الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 144؛ باقل علي: أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير نوقشت بكلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية - جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، الجزائر، 2015، ص 35.

(4) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 239.

(5) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 248.

الأرض التي بُني عليها الحائط، باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة (706) من هذا القانون⁽¹⁾.

يتضح من كل ما تقدم أن مصطلح "الحائط المشترك" يُطلق على الحائط الذي يفصل بين عقارين مبنين، ويكون مملوكاً لصاحبيهما على وجه الشروع. وهو يختلف عن الحائط الذي تكون ملكيته خالصة لأحد الجارين، والذي يسمى بـ "الحائط الفاصل". وبذلك يمكن القول بأن كل حائط مشترك هو حائط فاصل والعكس غير صحيح.

المطلب الثاني: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبين في الأول منهما الأحكام المنظمة لعملية إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في القانون الجزائري، أما الفرع الثاني فنحاول من خلاله أن نبين رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

الفرع الأول: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في القانون الجزائري

إذا كان الحائط فاصلاً غير مشترك بين الجارين، فإن ملكيته تكون خالصة لمن أقامه، وعلى من يدع الاشتراك فيه أن يقيم الدليل على دعواه، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات⁽²⁾. فيثبت مثلاً أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة، أو أن الحائط كان مملوكاً لجاره ملكية خالصة ثم اشترك معه في ملكية الحائط مقابل عوض دفعه له، أو أن الجار جعل الحائط مشتركاً

(1) تنص المادة (706) من القانون المدني على أنه: «يمكن للجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المُعلّى، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السُّمك إن كانت هناك زيادة». ستتطرق إلى تحليل مضمون هذه المادة عند الحديث عن أحكام تعلية الحائط المشترك، (يُنظر: ص 51 وما بعدها).

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 114.

بينهما بغير عوض. كما يمكنه إثبات الاشتراك في الحائط بطريق التقادم المكسب أو الالتصاق⁽¹⁾.

وقصد تيسير عملية إثبات الاشتراك في الحائط المشترك، وضع المشرع الجزائري قرينة قانونية بخصوص هذه المسألة، وذلك بنصه في المادة (707) من القانون المدني على أنه: «يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين، مشتركاً حتى مفرقهما، هذا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». فرغم أنه باستطاعة كل جار إثبات صفة الاشتراك في الحائط الفاصل بين البناءين المتلاصقين، من خلال تقديم المستندات المثبتة لذلك، إلا أن المشرع - خلافاً للقواعد العامة في الإثبات - نص على قرينة بسيطة مؤداها اعتبار الجارين شركاء في ملكية الحائط الفاصل بينهما، ويستطيع أي واحد منهما إثبات العكس بتقديم الدليل على انفراده بالملكية. أما الحالات التي لا تقوم فيها هذه القرينة، فإن الإثبات يجري طبقاً للقواعد العامة.

بناء على ذلك، إذا ادّعى أحد الجارين بأن الحائط مملوك له ملكية خالصة، فللجار الآخر أن يثبت أن هذا الحائط كان وقت إنشائه فاصلاً بين البناءين، وحينئذ تقوم قرينة قانونية تعفيه من إقامة الدليل على أن الحائط مشترك، وتلقي بعبء الإثبات على جاره، والذي يصبح مطالباً بتقديم الدليل على اختصاصه بملكية هذا الحائط، وذلك باستخدام كافة وسائل الإثبات⁽²⁾. وبذلك يكون المشرع قد قام بنقل عبء الإثبات من على عاتق مُدّعي الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل، إلى الجار الذي ينكر ذلك بدعوى ملكيته لهذا الحائط ملكية خاصة، وهذا مراعاة منه لما

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح لقانون المدني، ج 8، ص 990. الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية وفقاً للمواد (778-791) من القانون المدني الجزائري هو: اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين اندماجاً مادياً، دون اتفاق سابق بينهما، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، فيترتب على هذا الاندماج أن يتملك مالك أحد هذين الشيئين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم قضائي. (يُنظر: بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 361).

(2) منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 70؛ طلبة أنور: الم طول في شرح القانون المدني، ط 1، المكتب

الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، 2004، ج 11، ص 289.

يحققه الحائط الفاصل من فائدة لكلا الجارين⁽¹⁾.

ويتضح من نص المادة (707) السالفة الذكر، أنه يُشترط لإعمال هذه القرينة شرطان: أولاً: أن يكون الحائط فاصلاً بين بناءين، فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين أرضين أو بين أرض وبناء. ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضين متلاصقتين لمالكين مختلفين، وقد أُقيمت حائط في الحد الفاصل بينهما. وكذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية، قد أُقيمت حائط في الحد الفاصل بينهما⁽²⁾.

ثانياً: أن يكون الحائط قد فصل بين البناءين منذ إنشائه. فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحداً، ثم أُقيمت بعد ذلك بناء آخر ملاصق للبناء الأول استتر بهذا الحائط، فإن القرينة لا تقوم، ويُعد الحائط في وضعه الجديد فاصلاً بين البناءين، ويظل مملوكاً لصاحب البناء الأول، ملكية خالصة إلى أن يثبت العكس⁽³⁾.

فإذا توافر الشرطان، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك بين الجارين حتى قمة البناء الأقل ارتفاعاً منهما، أما الجزء الذي يعلو ذلك، فإن ملكيته تكون خالصة لصاحب البناء الأعلى ارتفاعاً⁽⁴⁾. وهذا هو المعنى المقصود من المادة (707) من القانون المدني الجزائري، عندما نصت على أن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين، أنه «يُعد مشتركاً حتى مُفرقهما». وينبغي الإشارة إلى أن هذه القرينة، تُعد قرينة بسيطة يمكن للجار أن ينقضها بدليل

(1) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 248.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 115؛ قاسم محمد حسين: موجز الحقوق العينية، ص 85.

(3) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 96؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 249؛ توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 161.

(4) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 992.

عكسي، كأن يقدم سنداً يثبت من خلاله أنه يملك الحائط كله، أو يُثبت أنه استقل باستعمال الحائط والإنفاق على إصلاحه مدة خمس عشرة سنة فتملكه بالتقادم. وقد يكفي لإسقاط هذه القرينة وجود علامات ظاهرة تدل بوضوح على أن الحائط أُعد من الأصل لاستعمال أحد الجارين فقط، كإعداد الحائط لتحمل سقف أحد البنائين دون الآخر. وكون مثل هذه العلامات دليلاً كافياً في دحض القرينة أو لا، أمر متروك لقاضي الموضوع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في الفقه الإسلامي

تخضع عملية إثبات الاشتراك في الحائط الفاصل بين بناءين إلى القواعد العامة للإثبات، ولا تختص بقواعد خاصة، وعلى من يدّع ذلك، تقديم الدليل على دعواه⁽²⁾. وبالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قد ذكروا كثيراً من التفاصيل ذات الصلة بهذا الموضوع، وذلك في معرض حديثهم عن الأحكام المتعلقة بالدعوى في الحائط الذي يكون فاصلاً بين ملك الجارين، فيدّعي كل واحد منهما ملكيته لنفسه. وبالجملة فإنه يمكن التمييز في هذه المسألة بين حالتين للحائط المتنازع عليه:

الحالة الأولى: أن يكون الحائط متصلاً ببناء أحد الجارين دون الآخر، اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد البناء. ففي هذه الحالة يرى جمهور الفقهاء أنه يُقضى به للجار الذي هو متصل ببنائه، وذلك بعد يمينه، لترجح جانبه؛ وذلك لأن اتصال بنائه بهذا الجدار يُعد أمانة ظاهرة على يده وتصرفه، كما أن الحيطان المعقود بعضها ببعض، شبيهة بالحائط الذي بُني في وقت واحد للمالك واحد؛ وصورة ذلك أن يكون الركن الذي يجتمع فيه طرفا الحائط، آجره مركب بعضها على بعض كاشتباك الأصابع، بحيث يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه، في الجدران الخاصة بهذا الجار،

(1) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 91؛ عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 73.

(2) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 166.

ونصف لِبِنَاتِ جدرانِهِ الحَاصَةِ، في الجِدارِ المِتنَازِعِ عليه⁽¹⁾.

الحالة الثانية: أن يكون الحائط متصلًا بينائهما معًا، أو منفصلاً عنهما. ففي هذه الحالة يُقضى به لمن معه بينة، أما إذا لم توجد بينة لأحدهما، فإن الفقهاء قد اختلفوا في الترجيح بينهما على قولين:

القول الأول: إذا تنازعا في ملكية الحائط ولم توجد بينة لأحدهما، فإنه يُقضى به لمن يشهد له العرف. والعرف في الجدار ستة أشياء: العقود أو القِمَط⁽²⁾، والبناء على أعلى الجدار، والباب يكون في الجدار، وغرز الخشب⁽³⁾، والكوة⁽⁴⁾، ووجه البناء، فمن وُجدت هذه الأشياء أو بعضها

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 498؛ التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1998، ج 2، ص 564؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 41؛ النووي، يحيى بن شرف: روضة الطالبين، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، ج 3، ص 457؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص 36.

(2) العقود والقِمَط مترادفان وهما: عبارة عن معاهد الأركان، وهي إدخال الحائط في الآخر كاشتباك الأصابع. وقيل: العقود: عبارة عن تداخل الأركان، والقِمَط: جبل من ليف أو خوص تُشد به الأخصاص، ومنه معاهد القِمَط: ويعني عقد الخيوط التي يُشد بها الخُصُّ، وهي تلي صاحب الخُصِّ؛ والخُصُّ: هو البيت الذي يُعمل من القصب، وجمعه أخصاص؛ فهما على هذا التفسير متباينان. (يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة: قمط، ج 5، ص 3739؛ الأزهرى: تهذيب اللغة، ج 9، ص 19؛ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 564؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 43).

(3) إذا كان حائط بين جارين يدعيه كل واحد منهما لنفسه، ولأحدهما عليه خشب، فإنه يُحكم به لصاحب الخشب، فإن كان لكل واحد منهما عليه خشب فهو بينهما.

(4) الكوة - بالفتح والضم مع تشديد الواو - في اللغة: تعني الثقب في الحائط، وجمع المفتوح على لفظة "كَوَاتٍ" مثل حَبَّةٍ وحبَّاتٍ، وجمع المضموم "كُؤَى"، (يُنظر: الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط 2، دار المعارف، القاهرة - مصر، ج 2، ص 545؛ ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3964).

و المراد بها في الاصطلاح: ما يُفتح في حائط البيت لأجل الضوء، أو ما يُحرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع متاع ونحوه. وفسر بعض الفقهاء "الكوة" بـ "الطاقة": وهي ثقب غير نافذ في عرض الحائط يوضع فيه عادة بعض الأثاث. (يُنظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 146؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 41).

إلى ناحيته قُضي له به إذا لم تقم بينة للآخر، وإلا فالاعتماد على البيّنة، فإن اشتركا في هذه العلامات فهو بينهما. وإلى هذا القول: ذهب المالكية⁽¹⁾، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية⁽²⁾. واستدلوا على قولهم بالأدلة التالية:

1. الحديث الذي رواه نمران بن جارية عن أبيه: أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خُصٍّ⁽³⁾، فبعث حُدَيْفَةَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ، فَقَضَى لِلَّذِينَ يَلِيهِمُ الْقِمَطُ، فَلَمَّا رَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَخْبَرَهُ، فَقَالَ: «أَصَبَتْ وَأَحْسَنْتَ»⁽⁴⁾.

2. أن العرف والعادة أصلان يُرجع إليهما في التنازع إذا لم يوجد أصل يُرجع إليه سواهما؛ لقوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَقْبَ وَامْرُؤًا بِالْعُرْفِ ﴾ [سورة الأعراف: الآية 199]. ومن عادة الناس أن يجعلوا وجه البناء، وأنصاف اللَّبْنِ، والقِمَطُ، إلى صاحب الدار. فإذا كان العرف جارياً بأن هذه الأشياء يفعلها المالك في ملكه، حُكِمَ بالحائط لمن يشهد له ذلك العرف⁽⁵⁾.

(1) الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995، ج 7، ص 116؛ القاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت من مسائل الخلاف، ط 1، دار ابن القيم، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2008، ج 3، ص 48.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 498.

(3) الخُصُّ: هو البيت يُتخذ من شجر أو قصب، وقيل البيت الذي يسقف بخشب. وجمعه أخصاصٌ وخصاص، وخصوص، (يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 2، ص 1174؛ المعجم الوسيط، ص 238).

(4) أخرجه ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الرجلان يدعيان في خُصٍّ، الحديث رقم 2343، ص 400؛ قال الألباني: ضعيف جداً، (يُنظر: الألباني: ضعيف سنن ابن ماجه، الحديث رقم 464، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1997، ص 183).

(5) القاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت من مسائل الخلاف، ج 3، ص 49؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 498.

3. أن واضع الخشب مستعمل للحائط بوضع حمل عليه، والاستعمال يد، وعند تعارض الدعويين فالقول قول صاحب اليد، كما لو تنازعا دابة لأحدهما عليها حمل، فإن صاحب الحمل أولى بها. يضاف إلى ذلك أن الوضع الظاهر شاهد له؛ فوضعه الخشب دليل على أنه بنى الحائط لحاجته، فأشبهه الباني عليه والزراع في الأرض⁽¹⁾.

القول الثاني: إذا لم يكن لواحد منهما بينة على أنه ملكه، تحالفا - فيحلف كل منهما على نصف الحائط أنه له - فإذا حلفا أو نكلا، جعل الجدار بينهما نصفين بظاهر اليد؛ لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قُضي للحالف بالجميع. ولا تُرَجَّح دعوى أحد الشريكين بكون الدواخل⁽²⁾ إلى أحدهما ولا بمعاقدة القمط ولا بغيرها مما يشهد به العرف؛ لأنه ليس في شيء من ذلك دلالة على الملك. وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾؛ وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

(1) السرخسي، شمس الدين: المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ج 17، ص 87-88؛ القاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت من مسائل الخلاف، ج 3، ص 49.

(2) الدواخل: هي الصور والكتابة في الحائط، والخوارج: هي الطاقات والمحاريب في الجدار من باطنه، ويقال: الدواخل والخوارج، ما خرج من أشكال البناء مخالفاً لأشكال ناحيته، وذلك تحسين وتزيين، فلا يدل على ملك. (يُنظر: الفيومي: المصباح المنير، ج 1، ص 166).

(3) نظام الدين برهان بوري، وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2000، ج 4، ص 106؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، 498؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 12، ص 69.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 249؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 459؛ الانصاري زكريا: أسنى الطالب في شرح روض الطالب، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2000، ج 2، ص 229.

(5) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 40-43؛ البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: كشف القناع، ط 1، دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، 1997، ج 5، ص 335؛ المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ج 2، ص 1925.

1. عموم قول النبي ﷺ: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁽¹⁾. فهذا الحديث عام في كل المنازعات؛ فإذا أتى المدعي بالبينة قضي له، وإلا وُجّه اليمين إلى المدعى عليه، فإن نكّل، وُجّه اليمين إلى المدعي، فإن حلف قضي له، وإلا فهما سواء فيكون بينهما.
2. أن وجه الحائط ومعاقد القمط - إذا كان الجدار مشتركاً بين شخصين - لا بد أن تكون إلى جهة أحدهما، إذ لا يمكن أن تكون إلى جهتها معاً، فبطلت دلالة ذلك كالتزويق؛ لأن التزويق مما يمكن إحداثه، فلا ترجيح به.
3. أن غرز الخشب في الجدار مما يسمح به الجار، وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه⁽²⁾؛ لقول النبي ﷺ: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»⁽³⁾.
4. كون الجدار حائلاً بين المالكين، يعد علامة قوية على الاشتراك، فلا تغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة⁽⁴⁾.

والذي يظهر من خلال النظر في أدلة كل قول، أن القول الأول هو الراجح؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحابه، ولأنه الأقرب إلى واقع الناس المعاش؛ فيكون العرف هو الفيصل في هذه المسألة، حيث يمكن الأخذ بتلك العلامات كمرجح لدعوى أحد الطرفين إذا تعارف الناس على أنها من الأشياء التي يقوم بها المالك؛ لأن القاعدة الفقهية تقول: «العرف الظاهر بين الناس -

(1) أخرجه الترمذي، محمد بن عيسى: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، الحديث رقم 1341، ص 316؛ وصححه الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب القضاء، باب الدعوى والبيّنات، الحديث رقم 2661، ج 8، ص 279.

(2) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 42.

(3) أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب لا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ، الحديث رقم 2463، ص 464.

(4) الأنصاري: أسنى المطالب، ج 2، ص 229؛ الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 250.

إذا لم يكن مخالفاً للشرع - حجة ودليل يجب العمل بموجبه»⁽¹⁾.

بعد عرض الأحكام المتعلقة بمسألة إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، يتبين أنهما متفقان على أن الأصل أن يتم ذلك وفق القواعد العامة للإثبات، فعلى من يدع الاشتراك تقديم البينة على دعواه. أما إذا لم يتوفر الدليل فيمكن للقاضي أن يلجأ إلى الأدلة غير المباشرة، والمتمثلة في القرائن المأخوذة من ظاهر الحال ومما تعارف عليه الناس.

وقد نص القانون الجزائري في هذا الشأن - كما سبق بيانه - على قرينة واحدة مفادها أن الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين، يعد مشتركاً بين مالكيهما إلى الحد الذي يصل إلى قمة البناء الأقل ارتفاعاً، وهذا ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك. وتوفر هذه القرينة بالشروط التي ذكرها شراح القانون المدني، يتفق مع رأي فقهاء الملكية ومن وافقهم، والقائلين بالترجيح بما يشهد به العرف، ومن ذلك أن يكون الحائط المتنازع عليه متصلاً ببناء المالكين معاً. وعليه، إذا ثبت أن الحائط كان فاصلاً بين البناءين منذ إنشائه - وهي القرينة التي نص عليها القانون - فإن ذلك يقتضي أن يكون البناءان قد أقيما في وقت واحد، وهو ما يعني ضرورة اتصال الحائط بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه.

(1) هذه قاعدة فقهية بمعنى القاعدة المشهورة: "العادة مُحْكَمَةٌ". ولكن في هذه القاعدة زيادة شرط وهو الظهور. فشرط اعتبار العرف حجة وحكماً، أن يكون ظاهراً بين الناس معروفاً عندهم بحيث لا يخفى على جمهورهم. (ينظر: البورنو محمد صدقي بن أحمد: موسوعة القواعد الفقهية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2003، ج 7، ص 400).

المبحث الثاني: استعمال الحائط المشترك وصيانتته وتجديده في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

يخول حق الملكية لصاحبه استعمال الشيء في كل ما أُعدَّ له، وفي كل ما يمكن أن يُستعمل فيه. وباعتبار الشريك في ملكية الحائط المشترك مالكاً له حقوق فيما يملك منه - وذلك بالنظر إلى حصته الشائعة فيه - ، فإن له الحق في استعمال هذا الحائط في كل ما خُصَّص له. وبالمقابل عليه أن يلتزم بالمشاركة في تحمل أعباء صيانتته وتجديده إذا اقتضى الأمر ذلك. ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن نبين الضوابط الخاصة بممارسة الشريك لحقه في استعمال الحائط المشترك، وكذا الأحكام المتعلقة بالتزامه بالمساهمة في صيانتته وتجديده، وذلك في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: استعمال الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

يعد حق الاستعمال أحد السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه، لذلك سيكون موضوع هذا المطلب بيان أوجه استعمال الحائط المشترك، وكذا القيود التي يفرضها كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي على الشريك لدى ممارسته لهذا الحق.

الفرع الأول: استعمال الشريك للحائط المشترك في القانون الجزائري

إذا كان حق الملك يخول لصاحبه الانتفاع بملكه والتصرف فيه، فإن سلطة الشريك صاحب الحصص الشائعة في استعمال العين المشتركة واستغلالها، تكون مقيدة بضرورة مراعاته لحقوق الشركاء الآخرين بحيث لا يلحقهم من مباشرته لحقه ضرر غير معتاد. وقد تبين من خلال المبحث السابق، أنه إذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط - سواء بمقتضى القرينة التي أقامها المشرع أو بأي وسيلة أخرى - فإنه يكون مملوكاً للشركاء على الشيوع، والشيوع هنا إجباري لا

يجوز فضه بالقسمة، إنما يكون لكل شريك الحق في استعمال هذا الحائط.

وقد نصت المادة (1 / 704) من القانون المدني الجزائري على أن: «مالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند بها السقف دون أن يُجْمَل الحائط فوق طاقته». فيتبين من هذا النص أن لكل شريك الحق في استعمال الحائط المشترك، بشرط أن يتقيد في ذلك بالقيدين التاليين:

أولاً: أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذي أعد له الحائط: والمراد بالغرض الذي أُعدَّ له الحائط المشترك، هو استتار كل شريك به ووضع عوارض فوقه ليسند عليها سقف بنائه⁽¹⁾، كما يجوز لكل شريك أن يسند إلى ظهر الحائط أبنية خفيفة أو أمتعة، وله أن يحدث حفراً في الحائط كي يهيم مكاناً لدولاب أو مدفأة أو أنبوبة مياه أو نحو ذلك. لكن ليس له أن يفتح في الحائط مَطَلَّات أو مناور⁽²⁾؛ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وهو ستر العقارين اللذين يفصل بينهما⁽³⁾.

ثانياً: أن لا يُجْمَل الحائط فوق طاقته، وألا يحول هذا الاستعمال دون مباشرة الشريك الآخر لحقه في الاستعمال. فإذا وضع الشريك عوارض فوق الحائط المشترك، وجب عليه أن يراعي أن لشريكه أيضاً حق إقامة عوارض، فلا يضع منها إلا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط، حتى يدع

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 240؛ باقل علي: أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، ص 75.

(2) المَطَلَّات، جمع "مَطَلَّ": ويُقصد بها تلك الفتحات التي يحدثها المالك في ملكه، بقصد الإطلال منها والنظر إلى الخارج، زيادة على كونها تسمح بمرور الضوء والهواء، وذلك كالنوافذ. أما المناور، فجمع "مُنُور": وهي فتحات يُقصد بها مرور الهواء والضوء دون إمكان النظر من خلالها والإطلال إلى الخارج، لارتفاعها عن القامة العادية للإنسان. (يُنظر: الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 248؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 117).

(3) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 92؛ عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 74.

لشريكه مجالاً لاستعمال حقه. كما يجب عليه أن يترك في سُمك قمة الحائط المقدار الذي يسمح لصاحبه بوضع عوارضه⁽¹⁾. فإذا جاوز أحد الشريكين القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط، كان للشريك الآخر طلب إزالة ما قام به شريكه أو تعديله، وللقاضي في هذا الشأن سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة⁽²⁾.

وقد طبقت المحكمة العليا هذين القيدتين في القرار رقم (338735) الصادر بتاريخ 2006/03/15، حيث جاء فيه: « إن النزاع المطروح يتعلق بالجدار الفاصل بين ملكيتي الطرفين، والذي اعتبره القضاء مشتركاً، ولذا فإن المادتين (704 و 705) من القانون المدني، تحددان كيفية استعمال الحائط المشترك من طرف الملاك، مثل تعليته أو إسناد السقف عليه دون إلحاق أي ضرر بشريكه، إلا أنه لا يجوز للمالك القيام بفتوحات في الحائط المشترك، أو الانتقاص من علوه أو سُمكه، أو القيام بأي عمل يمس بمتانته، وبالتالي لا يمكن للطاعنين التمسك بالمادة (827) من القانون المدني والأولوية في إنجاز الفتوحات، ما دام أنها غير مشروعة ومخالفة للمادتين المذكورتين أعلاه، وعليه فإن الوجهين غير مبررين والطعن بالنقض جاء غير مؤسس ويتعين رفضه»⁽³⁾.

الفرع الثاني: استعمال الشريك للحائط المشترك في الفقه الإسلامي

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن للشريك الانتفاع بالعين المشتركة، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر بالشركاء الآخرين. وعلى هذا الأساس فإنه يجوز لكل واحد من الجارين الانتفاع بالجدار المشترك الفاصل بين ملكيهما، على وجه لا يضر بجاره أو يفسد الجدار، وذلك بالاستناد

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 995.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 116.

(3) مجلة المحكمة العليا: العدد الأول، الجزائر، 2006، ص 434.

إليه وإسناد شيء إليه لا يضره، والإفادة منه في تمديد أسلاك الكهرباء ومواسير المياه وما أشبه ذلك⁽¹⁾، والقاعدة العامة في هذا الشأن هي: « أن كل ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات، فلكل واحد منهما الاستقلال به، كالأستناد وإسناد المتاع إليه»⁽²⁾. كما يجب أن يكون استعمال الحائط المشترك حسب الغرض الذي أُعدَّ له، فلا يجوز للشريك أن يستخدمه في غير ما حُصِّص له من سترة وحمل سقف ونحوه⁽³⁾.

ولما كان وضع الخشب أو العوارض للتسقيف من أهم وجوه الانتفاع بالجدار المشترك، بين الفقهاء أحكامه بالتفصيل، حيث فرقوا في ذلك بين حالتين، الأولى: أن يضر وضع العوارض بالحائط، والثانية: أن لا يضر به ذلك. وسنبين فيما يلي أقوال الفقهاء في كل حالة:

الحالة الأولى: أن يضر وضع العوارض بالحائط

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز وضع العوارض على الحائط المشترك، إذا كان ذلك يؤدي إلى الإضرار به⁽⁴⁾؛ والدليل على ذلك: قول النبي ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽⁵⁾؛ فهذا الحديث فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير تفريق بين الجار وغيره، فلا يجوز

(1) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 163؛ الموسوعة الفقهية، ج 16، ص 232.

(2) النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 448.

(3) زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ص 158؛ باقل علي: أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، ص 93.

(4) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 35؛ الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 4، ص 108؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 897.

(5) أخرجه ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم 2341، ص 400؛ وأخرجه البيهقي: السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، الحديث رقم 11878، ج 6، ص 258؛ وصححه الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الزكاة، باب أهل الزكاة، الحديث رقم 896، ج 3، ص 408.

في صورة من الصور إلا بدليل يخصص هذا العموم⁽¹⁾، كما أن هذا تصرف في الحائط بما يضرُّ به فلم يجوز ذلك، كما لو قام بهدمه.

الحالة الثانية: أن لا يضر وضع العوارض بالحائط

إذا احتاج أحد الشريكين إلى وضع عوارض على الحائط المشترك، وكان الحائط لا يتضرر بذلك، فإن الفقهاء قد اختلفوا في جواز جبر الشريك الآخر على هذا الأمر، وذلك على قولين:

القول الأول: يجوز له وضعها وإن لم يأذن له شريكه، فإن منعه فإنه يُجبر على ذلك إذا دعت الحاجة إلى هذا الأمر، وكان لا يمكنه التسقيف بدون وضع العوارض على هذا الحائط، فإن أمكن وضعها على غيره، فلا يجوز له أن يضعها عليه إلا بإذن شريكه. وهذا هو صحيح مذهب الحنابلة⁽²⁾، وهو أحد قولي الحنفية⁽³⁾، وبعض المالكية⁽⁴⁾، وقديم قولي الإمام الشافعي⁽⁵⁾.

وقد استدلووا على قولهم بالحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»⁽⁶⁾. فإذا لم يجوز للجار أن يمنع جاره من وضع خشبه على جداره الخاص به، فعدم جواز منع جاره الشريك معه في ملكية الجدار من باب أولى.

يُضاف إلى ذلك قولهم بأن وضع العوارض يُعدّ انتفاعاً بالحائط المشترك على وجه لا يضرّه،

(1) الشوكاني، محمد بن علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الاخبار، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ج10، ص359.

(2) المرادوي: الإنصاف، ج1، ص897؛ البهوتي: كشف القناع، ج3، ص119.

(3) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج4، ص108.

(4) الخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص117، 118.

(5) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي: المهذب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995، ج2، ص139؛ النووي: روضة الطالبين، ج3، ص448.

(6) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص35.

فأشبه الاستناد إليه والاستظلال به، ولأنه إذا وجب على المالك بذل فضل الماء لكلاً؛ لاستغناؤه عنه وحاجة غيره، فيجب كذلك بذل فضل الحائط لاستغناؤه عنه وحاجة شريكه⁽¹⁾.

القول الثاني: يُشترط إذن الشريك الآخر ولا يُجبر على ذلك. وهو ما ذهب إليه الإمام مالك وجمهور أصحابه⁽²⁾، وهو قول الإمام الشافعي في الجديد والصحيح عند الشافعية⁽³⁾، وهو قول للحنفية⁽⁴⁾، وقول للحنابلة⁽⁵⁾.

وقد استدلوا على رأيهم بقول النبي ﷺ: « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ »⁽⁶⁾، فالحديث عام في تحريم الانتفاع بأموال الناس بغير رضاهم، ووضع الخشب على الحائط بدون رضا الشريك، انتفاع بهاله فيدخل في هذا العموم. أما حديث أبي هريرة (لا يمنع جارٌ جاره...) فإنه يُحمل على الندب والاستحباب، وبالتالي فهو لا يخصص عموم هذا الحديث.

إضافة إلى ذلك، فإن وضع العوارض على الجدار المشترك، يعد انتفاعاً بملك الغير بلا ضرورة، فلا يجوز أن يكون بدون إذن الشريك الآخر، كالحمل على بهيمته والبناء في أرضه⁽⁷⁾.

(1) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 36؛ الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 139.

(2) الحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 118؛ ابن عبد البر: الكافي، ج 3، ص 279.

(3) الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 139؛ الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 246.

(4) المرجعي الثقفي: كتاب الحيطان، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، 1994، ص 96.

(5) المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 897.

(6) أخرجه الإمام أحمد: مسند الإمام أحمد، الحديث رقم 20695، ج 34، ص 299؛ وأخرجه الدارقطني: سنن الدارقطني، كتاب البيوع، الحديث رقم 2885، ج 3، ص 424؛ وصححه الألباني: صحيح الجامع الصغير وزيادته، الحديث رقم 7662، ج 2، ص 1268.

(7) الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 139؛ حيدر علي: درر الحكام، ج 3، ص 228؛ الحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 118؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 897.

والذي يظهر أن الراجح في المسألة هو القول الأول؛ وذلك لوضوح أدلته وإجمال أدلة القول الثاني. إضافة إلى أن أصحاب هذا القول يشترطون لجواز الإجماع، أن يكون الشريك الذي يريد وضع العوارض محتاجاً للجدار فلا يتمكن من التسقيف مثلاً إلا به. كما أن للشريك الذي يريد وضع العوارض ملكاً في هذا الجدار، فهو يريد الانتفاع بملكه على وجه لا يضر بشريكه، وهو ما يتفق مع القواعد العامة في استعمال المال المشترك، وفي عدم إجبار الشريك الممتنع مراعاة لجانبه دون جانب شريكه وفي هذا ظلم لهذا الأخير؛ لأن قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ يُرجح جانب الشريك الذي يريد وضع العوارض، حيث ينتفي الضرر هنا عن الشريك الممتنع ويتحقق ضرر مريد وضع العوارض.

من خلال ما سبق، يتبين أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، هي أنه يجوز لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك، وذلك بشرط أن يكون الاستعمال متفقاً مع الغرض الذي أُعدَّ له الحائط، وألا يترتب عنه إلحاق الضرر بالشريك الآخر، ومنعه من ممارسة حقه في الاستعمال.

المطلب الثاني: صيانة الحائط المشترك وتجديده في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

من الواضح أن استمرار الانتفاع بالحائط المشترك يتطلب القيام بصيانته والمحافظة عليه، ولهذا نجد أن القانون الجزائري، ومن قبله الفقه الإسلامي، قد فصّل في الأحكام المتعلقة بهذه المسألة، وذلك بتحديد من يتحمل النفقات اللازمة لصيانة الجدار المشترك وإعادة بنائه إذا احتاج إلى ذلك، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

(1) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

الفرع الأول: صيانة الحائط المشترك وتجديده في القانون الجزائري

نصت المادة (2/704) من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه». فيتضح من هذا النص أن جميع الشركاء مُلزَمون بتحمل النفقات التي قد يحتاجها الحائط المشترك من أجل ترميمه أو تجديده، كل بقدر حصته، وذلك إذا كانت الحاجة إلى الإصلاح أو التجديد لا ترجع إلى خطأ شريك معين، ولم يعد الحائط صالحاً لتحقيق الغرض الذي خصص له عادة، وهذا ما تمليه القواعد العامة في الشيوخ كذلك. أما إذا كان أحد الشركاء هو المتسبب بخطئه فيما يحتاجه الحائط من إصلاح وتجديد، أو كان يريد تقوية الحائط لمصلحته الخاصة، فيجب عليه تحمُّل تكاليف ذلك بمفرده دون أن يُلزم بقية الشركاء بمشاركته فيها⁽¹⁾.

هذا ويستطيع أي شريك أن يتخلص من التزامه بتحمل جزء من نفقات إصلاح الحائط المشترك وتجديده، إذا تخلى عن نصيبه في ملكية الحائط، وذلك طبقاً للقواعد العامة التي تُجيز التخلي عن الحق العيني، فتُتيح لصاحب الحق أن يتخلص من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق. فإذا تخلى الشريك عن حقه، أصبح الحائط مملوكاً لجارهِ ملكية خالصة، ولا يجوز له أن يستعمل الحائط بعد ذلك. ويُلاحظ هنا أنه يمنع على الشريك أن يتخلى عن هذا الحق إذا كانت حاجة الحائط إلى الإصلاح أو التجديد ترجع إلى تقصير من جانبه، إذ يتعين عليه في هذه الحالة أن يتحمل وحده نفقات هذا الإصلاح والتجديد⁽²⁾.

وينبغي الإشارة إلى أن حق الشريك في التخلي عن نصيبه في ملكية الحائط على النحو الذي

(1) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 92؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 250.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 120؛ أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية،

ص 97؛ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 246.

تقدم، يُشترط فيه أن لا يكون بناءً هذا الشريك مستنداً إلى الحائط، وإلا سيظل متفعلاً بالحائط رغم تخليه عن حقه فيه، بل يجب عليه أن يهدم البناء أولاً ثم يتخلى عن نصيبه في ملكية الحائط، ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء؛ فإنه قبل أن يهدم البناء فعلاً سيظل شريكاً في ملكية الحائط ولا يستطيع التخلي عن نصيبه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صيانة الحائط المشترك وتجديده في الفقه الإسلامي

الأصل في شركة الملك أن المال المشترك إذا احتاج إلى النفقة - سواء للتعمير أو لغيره، كبناء ما تخرب وإصلاح ما وهى - أن يتحمل الشركاء جميعاً هذه النفقة، وتُوزع بينهم بحسب الأنصبة. وهو ما يتوافق مع القاعدة الشرعية "الغرم بالغنم"⁽²⁾، فالشركاء هم المتفعلون بهذا المال لهم غنمه فيكون عليهم غرمه، وهو عمل ما يلزم لصيانته والمحافظة عليه⁽³⁾. وقد نصت المادة (1308) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك بقولها: «إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم، فيُعمره أصحابه بالاشتراك بنسبة حصصهم». كما أشارت المادة (1669) من مجلة الأحكام الشرعية إلى هذا المعنى بقولها: «إذا أنفق الشريك على بناء حصة شريكه بإذنه أو إذن الحاكم، أو أنفق بنية الرجوع، رجع على حصة شريكه وكان البناء بينهما»⁽⁴⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 997.

(2) «الغرم»: الخسارة وهو الضمان، «الغنم»: الربح، فمفاد القاعدة: أن من عليه الخسارة فله الربح. (يُنظر: المادة 87 من مجلة الأحكام العدلية؛ البورنو محمد صدقي بن أحمد: موسوعة القواعد الفقهية، ج 5، ص 502).

(3) الطوري، محمد بن حسين بن علي: تكملة البحر الرائق، مطبوع مع كتاب "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" لـ "النسفي"، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997، ج 8، ص 394؛ الزرقا أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ط 2، دار القلم، دمشق - سورية، 1989، ص 437؛ تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط 1، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2009، ص 205.

(4) القاري أحمد بن عبد الله: مجلة الأحكام الشرعية، ط 1، تهامة، جدة - المملكة العربية السعودية، 1981، ص 506.

بناء على ذلك، فإن الشريكين في الحائط المشترك يتحملان معاً النفقات اللازمة لصيانته وتجديده، كل على قدر نصيبه في ملكية هذا الحائط، وكذلك إذا خيف سقوطه ووجب هدمه، فلا شيء على هادمه، ويكون كما لو انهدم بنفسه؛ لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الذي قد يحصل بسقوط الجدار. ولأنه محسن بعمله، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [سورة التوبة: الآية 92]. أما إذا كان الهدم لغير مصلحة أو ضرورة تستدعي ذلك، فإنه يُلزم بإعادة بناء الحائط؛ لأنه أُلّف مال غيره بدون موجب⁽¹⁾.

ولكن ما الحكم إذا انهدم الحائط المشترك، أو هدمه الشريكان معاً، أو قام أحدهما بهدمه لمصلحة تستدعي ذلك - كأن يخاف سقوط الجدار بسبب وهنه - وطلب أحد الشريكين إصلاحه أو تجديده وامتنع الآخر؟ هل يمكن جبر الشريك الممتنع على المشاركة في النفقة اللازمة لذلك؟ وإذا استقل أحدهما بالنفقة، هل يمكن له الرجوع على شريكه؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة، ولتوضيح ذلك نورد فيما يلي آراء فقهاء المذاهب الأربعة:

1. مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن الحائط المشترك إذا تهدم فطلب أحد الشريكين تعميره، فإن الشريك الآخر يُجبر على الاشتراك في عمارة الحائط إذا تعذر قسمة أساسه؛ لضرورة تعذر الانتفاع بالقسمة وتعطيل منفعة الملك بترك العمارة. أما إن كانت قاعدة الحائط المشترك واسعة تقبل القسمة فإن الشريك الآخر لا يُجبر على البناء مع شريكه⁽²⁾.

(1) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 11، ص 95-97؛ ابن جزي الكلبي، أبو القاسم بن أحمد: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، بدون معلومات النشر، ص 509؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 49؛ الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 246، 247؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 449.

(2) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي: فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ج 7، ص 302؛ السرخسي: المبسوط، ج 17، ص 93؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 6، ص 514-515.

ومعنى الإيجابار عند الحنفية: أن ينفق الشريك بإذن القاضي ثم يرجع على شريكه بحصته بما أنفق، وله أن يمنع شريكه من الانتفاع حتى يؤدي حصته من النفقة، وهذا هو القول المفتى به عندهم. أما إن قام بالبناء دون إذنه، فإنه يُعد متبرعاً، ولا يحق له الرجوع على شريكه بما أنفق؛ لتفريطه بعدم رفع الأمر إلى القاضي، الذي كان سيُجبر شريكه على الإنفاق، أو يأذن له في الإنفاق ومنع شريكه من الانتفاع، فما دام أنه لم يراجع القاضي وأنفق بمفرده، فإنه يعد متبرعاً⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (658) من كتاب "مرشد الحيران" على هذا الحكم بقولها: « إذا انهدم بعض الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة، وأراد أحد الشريكين بناءه وامتنع الآخر، يُجبر على العمارة، فإن لم يُعمّر، يأذن القاضي للشريك بالعمارة ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصاريف، وإن عمّر الشريك بدون إذن القاضي، فهو متطوع لا يرجع على الآخر بشيء»⁽²⁾.

2. مذهب المالكية: إذا انهدم الجدار المشترك بنفسه، أو هدمه الشريكان أو أحدهما خوفاً من سقوطه، ثم امتنع أحدهما عن البناء مع شريكه، فإنه يُقسّم موضع الجدار بينهما عرضاً ويأخذ كل واحد منهما نصفه مما يليه ويبني فيه. فإن لم يمكن قسمه - لكونه لا يصير لكل منهما ما ينتفع به ببناء معتاد فيه - وطلب أحدهما الإصلاح وأبى الآخر، فالمعتمد عند المالكية أن يُؤمر الشريك الممتنع بالبناء مع شريكه ويجبر على ذلك، وهذا القول هو الرواية المشهورة عن الإمام مالك⁽³⁾.

(1) ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص514؛ الطوري: تكملة البحر الرائق، ج7، ص57؛ حيدر علي: درر الحكام، ج3، ص317.

(2) باشا محمد قدرلي: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الأميرية ببولاق، 1891، ص107.

(3) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1978، ج2، ص942؛ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص563؛ ابن جزري: القوانين الفقهية، ص509.

كما نُقل عنه في هذه المسألة رواية أخرى، وهي أن لا يجبر الذي أبى منها على البنيان، ويُقال لطالب ذلك: استر على نفسك وابن إن شئت، وهذه هي الرواية التي اختارها بعض المالكية⁽¹⁾.

ووجه القول بالإجبار: هو قول النبي ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ»⁽²⁾، ولأن الشريك لا ينتفي عنه الضرر ولا يصل إلى حقه إلا ببناء شريكه معه. كما أن في البناء مصلحة لهما، فوجب إجبار الممتنع منهما على ذلك. أما وجه نفي الإجبار: فلأنه ملك لو انفرد به أحدهما لم يُجبر على الإنفاق عليه، فكذلك إذا كان مشتركاً بينهما⁽³⁾.

أما عن كيفية الإجبار: فالمشهور عند المالكية أن الشريك الممتنع يُؤمر أولاً بالبناء مع شريكه، فإن أبى حُكِمَ عليه ببيع حصته كلها لشريكه الذي يريد إصلاح المال المشترك، أو يبيع لمن يقوم بالنفقة اللازمة لذلك⁽⁴⁾. وفي هذا يقول "خليل" في مختصره: «وقُضي على شريك فيما لا ينقسم أن يُعمّر أو يبيع...»⁽⁵⁾.

هذا ويرى المالكية أنه يجوز للشريك الذي ينفرد بالنفقة اللازمة لإصلاح الحائظ المشترك، أن يرجع على شريكه؛ والأصل في ذلك القاعدة المشهورة، التي تقضي بأن «كل من عمل لأحد بغير أمره، أو أوصل إليه نفعاً من مال أو غيره، لزمه دفع أجرته أو ما نابه، إن كان من الأعمال

(1) الخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص115؛ التطيلي، عيسى بن موسى: الجدار، ط1، دار روائع الكتب، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1996، ص210-221.

(2) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص40.

(3) القاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت من مسائل الخلاف، ج3، ص49.

(4) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد: شرح مختصر خليل، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2002، ج6، ص106؛ الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص478.

(5) خليل بن إسحاق بن موسى: مختصر العلامة خليل، ط1، دار الحديث، القاهرة- مصر، 2005، ص179.

التي لا بد له من الاستئجار عليها، أو من المال الذي لا بد له من إنفاقه»⁽¹⁾. وقد نُقل عن الإمام مالك في هذه المسألة، قوله: « إذا كان جدار بين شريكين سقط، فبناه أحدهما ومنع صاحبه أن ينتفع معه حتى يعطيه النفقة، أنه يقال لمن لم يبين منهما: إما أن تأمره بهدمه ثم تبنيه معه، وإلا فأعطه نصف قيمة البنيان منقوضاً⁽²⁾ ويبقى بينكما، وليس لك أن تنتفع به حتى تفعل أحد هذين الأمرين»⁽³⁾.

3. مذهب الشافعية: الصحيح عند الشافعية - وهو جديد قولي الإمام الشافعي - أنه لا يجوز لأحد الشريكين إجبار شريكه على عمارة الجدار الفاصل بينهما؛ لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به أحدهما لم يُجبر على الإنفاق عليه، وبالتالي إذا كان مشاركاً لغيره لم يجبر عليه كذلك. ولأن الشريك الممتنع يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة، والضرر لا يُزال بالضرر⁽⁴⁾.

4. مذهب الحنابلة: إذا انهدم الجدار المشترك وطلب أحد الشريكين إعادته وأبى الآخر، فالمذهب عند الحنابلة هو إجبار الممتنع منهما على البناء مع صاحبه؛ لأن في تركه البناء إضرار بشريكه. فيُجبر عليه كما يُجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما، وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما؛ لقول النبي ﷺ: « لا ضَرَر ولا ضَرَار »⁽⁵⁾، وهذا وشريكه يتضرران من ترك البناء⁽⁶⁾.

(1) ابن جزي: القوانين الفقهية، ص 510؛ الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج 6، ص 110.

(2) نَقُضُ البناء: يعني هدمه. (يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 6، ص 4524).

(3) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 11، ص 97؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 50؛ التطيبي: كتاب الجدار، ص 219.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 246، 247؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 450.

(5) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

(6) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 45؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 898؛ ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ط 1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1419، ج 2، ص 89.

نستخلص مما سبق أن بعض الفقهاء يفرقون في مسألة جبر الشريك على الإنفاق لإصلاح الحائط المشترك، بين إمكان قسمة الحائط المشترك وعدم إمكان ذلك، ففي الحالة الأولى لا يجبر الممتنع على الإنفاق، أما في الحالة الثانية - أي عدم إمكان القسمة - فيجبر الممتنع على الإنفاق، وبهذا قال الحنفية، وهو المعتمد عند المالكية. بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بإجبار الشريك الممتنع على الإنفاق سواء أمكن القيام بالقسمة أم لم يمكن ذلك، وهذا هو الصحيح من أقوال الشافعية والمذهب عند الحنابلة.

والذي يترجح من خلال النظر في أدلة الأقوال السابقة، هو القول بإجبار الشريك الممتنع إذا تعذرت القسمة، حتى لا يتعطل الانتفاع بالحائط المشترك بترك إصلاحه، والشريك الآخر من حقه أن يتنفع بملكه. أما لو أمكنت القسمة، فلا داعي لجبر الشريك الممتنع على المشاركة في إصلاح الجدار المشترك أو إعادة بنائه؛ لأنه قد يتضرر من ذلك، والضرر يجب دفعه قبل وقوعه، عملاً بقاعدة "الضرر يُدفع بقدر الإمكان"⁽¹⁾.

وبهذا يتضح بأن ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري من إلزام جميع الشركاء بالمساهمة في نفقات صيانة الحائط المشترك وتجديده، يتفق مع رأي الفقهاء الإسلامي. ويكون الاشتراك في هذه النفقات بنسبة حصة كل شريك على نحو ما تقضي به القواعد العامة في الشروع العادي، متى كانت الحاجة إلى الإصلاح أو التجديد لا ترجع إلى خطأ شريك معين. غير أن القانون المدني الجزائري لم يُبين الحكم في حالة امتناع أحد الشريكين عن المساهمة في النفقة.

(1) معنى هذه القاعدة: أن الضرر باعتباره مفسدة يجب رفعه وإزالته إذا وقع، كما يجب دفعه قبل وقوعه؛ لأن إبقاء الضرر إبقاء للمفسدة والشرع اعتنى بإزالة المفاسد أشد من اعتناؤه بفعل المصالح. (يُنظر في شرح هذه القاعدة: الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص 207؛ البورنو محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ج 6، ص 259).

المبحث الثالث: تصرف الشريك في الحائط المشترك في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

تُعد سلطة التصرف أهم عناصر الملكية، وهي السلطة التي تميز هذا الحق عن غيره من الحقوق العينية، وقد سبقت الإشارة في المبحث التمهيدي إلى أن التصرف بمعناه الواسع يشمل الأعمال القانونية والأعمال المادية. غير أن المراد بالتصرف في الحائط المشترك هنا، هو الأعمال المادية فقط، وهي تلك الأعمال التي يترتب عليها أثر حسي في الحائط كهدمه أو القيام بتعليته. وعلى ذلك سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث، الأحكام الخاصة بتعليق الحائط المشترك، ثم نبين في المطلب الثاني حكم تصرف الشريك بفتح نوافذ فيه.

المطلب الأول: أحكام تعليق الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الأول منها إلى أحكام تعليق الحائط المشترك في القانون الجزائري، بينما نبين في الفرع الثاني موقف الفقهاء الإسلامي من هذا التصرف.

الفرع الأول: أحكام تعليق الحائط المشترك في القانون الجزائري

تناول القانون المدني الجزائري أحكام تعليق الحائط المشترك في المادتين (705، 706)، حيث ميز بين الحالة التي يمكن فيها أن يتحمل الحائط التعليق، والحالة التي تتطلب إعادة بناء الحائط حتى يمكن تعليقه، ثم أشار بعد ذلك إلى حق الشريك في الاشتراك في الجزء المُعلَّق إذا انفرد أحد الشريكين بتعليق الحائط المشترك.

أولاً- تعليق الحائط المشترك دون إعادة بنائه :

إذا اقتضى الأمر تعليق الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً، فإن نفقة التعليق تكون عليهما معاً كل بنسبة حصته، ويظل الحائط مشتركاً بينهما في جميع أجزائه. غير أنه قد يحدث وتكون

التعليق لمصلحة أحد الشريكين فقط، ففي هذه الحالة يجوز للشريك أن يقوم بالتعليق ولو بدون موافقة شريكه. وهو ما أشارت إليه المادة (1 / 705) من القانون المدني الجزائري بقولها: «للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعليق الحائط المشترك أن يعليه، بشرط أن لا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعليق وصيانة الجزء المُعلّى، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادراً على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعليق، دون أن يفقد شيئاً من متانته». فيتبين من هذا النص أنه يُشترط لانفراد أحد الشريكين بالتعليق ما يلي:

1. أن تكون للشريك مصلحة جديدة في التعليق، كبناء طابق جديد فوق طبقات بنائه .
2. أن لا تؤدي هذه التعليق إلى وهن الحائط أو الإضرار بالشريك الآخر ضرراً جسيماً. وذلك كأن تؤدي الأعمال التي تتطلبها التعليق إلى وهن بناء الجار، أو انهياره، فحينئذ لا تجوز التعليق ولا يكون أمام هذا الشريك إلا أن يبني حائطاً آخر بجوار الحائط المشترك ويعليه كيفما شاء⁽¹⁾.
3. أن يقوم بالأعمال اللازمة لتقوية الحائط وجعله يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليق، دون أن يفقد شيئاً من متانته.
4. أن يتحمل بمفرده نفقات التعليق، وكذا نفقات صيانة الجزء المُعلّى من الجدار؛ لأن هذا الجزء يكون مملوكاً له ملكية خالصة، بخلاف الجزء الأسفل فإنه يبقى مشتركاً بينه وبين جاره ويتحملان معاً النفقات اللازمة لصيانته⁽²⁾.

ثانياً - تعليق الحائط المشترك بعد إعادة بنائه :

أجاز القانون المدني الجزائري في مادته (2 / 705) للشريك الذي له مصلحة جديدة في

(1) وزارة عوطف: التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص144؛ زيدان

زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ص170.

(2) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص998؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون

المدني، ص250.

التعلية، أن يهدم الحائط المشترك ويعيد بناءه إذا تبين أن هذا الحائط غير صالح لتحمل التعلية. ويُشترط هنا أيضاً - قياساً على ما اشترط في الحالة الأولى - ألا يلحق هدم الحائط وإعادة بنائه ضرراً جسيماً بالشريك الآخر، وذلك كأن تكون مباني الشريك المجاور مستندة إلى الحائط المشترك، بحيث يترتب على هدم الحائط انهدام هذه المباني أو حدوث خلل فيها، ففي هذه الحالة لا يجوز هدم الحائط لإعادة بنائه⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن نفقات الهدم وإعادة البناء تقع كلها على عاتق الشريك المُعلّي. وإذا اقتضى الأمر زيادة سُمْك الحائط لتحمل التعلية، فإن ما زاد في سُمْكه يجب أن يقع من ناحية صاحب التعلية، فإن تعذر ذلك ولزم أن تكون الزيادة في ناحية الشريك الآخر الذي ليست له مصلحة في التعلية، كان على الشريك الذي قام بها أن يدفع تعويضاً لشريكه عما زاد في سُمْك الحائط من ناحيته⁽²⁾.

ورغم انفراد هذا الشريك بتجديد الحائط المشترك، إلا أن الحائط المجدد يظل مشتركاً في الجزء غير المُعلّي، ولا يرجع من قام بالتعلية على شريكه بأي تعويض مقابل هذه التعلية - كأن يطالبه بدفع الفرق في القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد - ؛ وذلك لأن الداعي لتجديد الحائط، هو مصلحة هذا الشريك - صاحب التعلية - وبالتالي فعليه أن يتحمل وحده ما يتطلبه ذلك من تكاليف. أما الجزء المُعلّي من الحائط الجديد فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعلية، وعليه وحده نفقة صيانته⁽³⁾.

(1) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 118؛ قاسم محمد حسين: موجز الحقوق العينية، ص 87.

(2) عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 86؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 93.

(3) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 999؛ توفيق فرج حسين: الحقوق العينية

الأصلية، ص 164.

ثالثاً- الحق في الاشتراك في الجزء المُعلّى :

ذكرنا فيما سبق أنه في حالة انفراد أحد الشريكين بتعلية الحائط المشترك، فإن الجزء المُعلّى يكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعلية، وذلك سواء تمت التعلية دون تجديد الحائط أو بعد تجديده. غير أن الشريك الآخر قد يرغب مستقبلاً في الاستفادة من الجزء المُعلّى، ولذا أعطاه المشرع الجزائري الحق في أن يصبح شريكاً في هذا الجزء ولو جبراً عن شريكه الذي قام بالتعلية، وذلك من خلال المادة (706) من القانون المدني التي تنص على أنه: «يمكن للجار الذي لم يُسهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المُعلّى، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السُّمك إن كانت هناك زيادة».

هذا النص يعد هو الحالة الوحيدة التي يخول فيها القانون للجار حق الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل جبراً عن مالكة؛ وذلك لأن الجار هنا شريك في ملكية الجزء الأسفل من الحائط، فكان سائغاً أن يُعطى حق الاشتراك في الجزء الذي يعلوه، وذلك بشرط أن يدفع لشريكه نصف ما أنفقه في التعلية، وكذا قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سُمك الحائط، إن كانت هناك زيادة من ناحيته⁽¹⁾. ويلاحظ هنا أن حق الاشتراك في ملكية الجزء المُعلّى جبراً على مالكة، يثبت للجار طالما هو شريك في ملكية الجزء السفلي من الحائط، فلا يسقط هذا الحق بالتقادم⁽²⁾.

الفرع الثاني: أحكام تعلية الحائط المشترك في الفقه الإسلامي

إذا كان الحائط مشتركاً بين شخصين وأراد أحدهما أن يزيد في ارتفاعه، فليس له ذلك إلا بإذن شريكه، وهذا عند جمهور الفقهاء؛ لقوله ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرَار»⁽³⁾، والبناء على الجدار

(1) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 118؛ الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 147؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 221.

(2) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 251؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 93.

(3) حديث سبق تحريجه، يُنظر: ص 40.

المشترك، فيه وضع حمل زائد عليه يؤدي إلى وهنه، وبالتالي الإضرار بالجار الشريك، فيُمنع القيام به دون إذنه. كما أن ذلك يعد انتفاعاً بملك الغير بدون ضرورة، فلم يجوز؛ لاشتراكهما في الملك⁽¹⁾.

ومن أقوال الفقهاء في هذه المسألة ما ورد في كتاب "الفتاوى الهندية": « جدار بين رجلين أراد أحدهما أن يزيد في البناء، لا يكون له ذلك إلا بإذن الشريك، أضر الشريك ذلك أو لم يضر⁽²⁾. كما نصت المادة (1210) من مجلة الأحكام العدلية على هذا الحكم بقولها: « ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعليه بدون إذن الآخر ولا أن يبني عليه قصراً أو شيئاً آخر، سواء كان مضراً بالآخر أو لا...»⁽³⁾. وبهذا يتضح أنه يجوز للشريك - بعد استئذان شريكه - أن يقوم بتعليق الحائط المشترك متى دعت الحاجة لذلك، ولم تؤثر هذه التعليق على الحائط المشترك. على أن يتحمل وحده النفقات اللازمة لهذه التعليق، فإن أراد شريكه بعد ذلك أن ينتفع بالجزء المعلق، جاز له ذلك، ولكن بعد أن يدفع حصته من تكاليف التعليق⁽⁴⁾.

وينبغي الإشارة إلى أن فقهاء المالكية يفرقون في هذه المسألة بين الشريك الذي يريد البناء على عرض الجدار كله، والشريك الذي يأخذ نصف الجدار الذي يليه، ويترك النصف الآخر لشريكه. فإذا أراد أحد الشريكين أن يبني على الجدار كله، فليس له ذلك بدون إذن شريكه، وهذا باتفاق فقهاء المذهب، وإن بنى هُدْم عليه، قلَّ ذلك أو كثر. أما إن طلب البناء على النصف الذي يليه من الجدار، فالمشهور به الفتيا وعليه العمل، أنه لا يجوز له ذلك بدون إذن شريكه. على أن بعض فقهاء المذهب يرون أنه يجوز لأحد الشريكين أن يبني على النصف الذي يليه من الجدار

(1) السرخسي: المبسوط، ج 20، ص 157؛ الحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 116؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3،

ص 448؛ الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 138؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 34؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 898.

(2) نظام الدين: الفتاوى الهندية، ج 7، ص 108.

(3) حيدر علي: درر الحكام، ج 3، ص 226.

(4) زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ص 160.

المشترك ولو بغير إذن شريكه، فإن كان الجدار يضعف عن حمل التعلية، جاز له أن يهدمه ويعيد بناءه من جديد، ثم يقوم بالتعلية على الجزء الذي يليه من هذا الجدار، وليس لشريكه منعه من ذلك، ويكون الجدار بينهما كما كان⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم، يمكن القول بأن ما ذهب إليه القانون الجزائري من السماح لأحد الشريكين بتعلية الحائط المشترك دون اشتراط وجود رضا الشريك الآخر أو إذنه، لا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء، والذين يشترطون على الشريك الذي يريد القيام بتعلية الحائط المشترك أن يحصل على موافقة صاحبه؛ لأن هذا يعد عرفاً من قبيل التغيير في المال المشترك، والتغيير في المال المشترك تصرف، فلا بد فيه من رضا الشريك الآخر. أما إذا أراد أحد الشريكين القيام بالتعلية بالبناء على الجزء الموالي له من عرض الحائط المشترك - وإن كان القانون الجزائري لم يشر إلى هذا التفصيل - فإنه يجوز له ذلك على قول بعض فقهاء المالكية.

المطلب الثاني: أحكام فتح النوافذ في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق في الأول منهما إلى أحكام فتح النوافذ في الحائط المشترك في القانون الجزائري، أما الفرع الثاني فتتناول فيه الأحكام المتعلقة بفتح النوافذ في الحائط المشترك في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: حكم فتح النوافذ في الحائط المشترك في القانون الجزائري

سبق أن بينا أن القانون الجزائري ينص على أن لكل شريك في ملكية الحائط المشترك حق الاستعمال بحسب الغرض الذي أُعد له. وإذا كان الغرض الذي أُعد له الحائط المشترك هو أن يستتر به العقاران كل منهما عن الآخر، فإن مما يتعارض مع ذلك، إحداث فتحات فيه. لذا فإنه لا

(1) ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 48.

يجوز للشريك أن يفتح في الحائط المشترك مَطَلَّات أو مَنَاورٍ تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة منه .
ومن المعلوم أنه يجوز للمالك فتح مَطَلَّات أو مَنَاورٍ في الحائط المملوك له ملكية خالصة، وذلك بشرط التقيد بالضوابط التي يفرضها القانون في هذا الشأن، وهي الضوابط المنصوص عليها في المواد (709، 710، 711) من القانون المدني الجزائري. ولكن إذا تمكن جاره من جَعْلِ الحائط مشتركاً بالشراء أو بطلب المشاركة في الجزء المَعْلَى أو بالتقادم، فإنه يحق له المطالبة بسدّ هذه المناور أو النوافذ⁽¹⁾. كما ينبغي الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان الحائط مشتركاً بين الجارين وقام أحدهما بفتح مطل أو منور فيه دون موافقة جاره، وظل مفتوحاً المدة اللازمة للتقادم، فإنه يتمتع على هذا الأخير المطالبة بسدّه بعد ذلك، إلا إذا كان قد تركه على سبيل التسامح، فهنا يجوز له المطالبة بسدّه مهما طال الزمن⁽²⁾.

الفرع الثاني: حكم فتح النوافذ في الحائط المشترك في الفقه الإسلامي

ذكر الفقهاء أنه لا يجوز للشريك أن يفتح نوافذ في الحائط المشترك إلا برضا شريكه؛ لقول النبي ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضَرَارَ»⁽³⁾، وفتح النوافذ، فيه إلحاق ضرر بالجار الشريك فيمنع. كما أن في ذلك انتفاعاً بملك الغير، وتصرفاً فيه بما يضُرُّ به؛ حيث أن فتح النوافذ في الحائط المشترك يوهن البناء ويضعفه، وقد لا يظهر ذلك في الحال بل يؤثر على الحائط في المآل، لذا فإنه يمنع من القيام بذلك دون إذن شريكه⁽⁴⁾. ومن أقوال الفقهاء في هذه المسألة ما جاء في كتاب "المبسوط"

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 995.

(2) طلبة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ج 11، ص 279؛ بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 131.

(3) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

(4) السرخسي: المبسوط، ج 20، ص 157؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 116؛ الونشريسي، أحمد بن يحيى: المعيار المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط - المملكة المغربية، 1981، ج 8، ص 452؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 448؛ الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 138؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 34.

للحنفية: « وليس لواحد منهما أن يبني على هذا الحائط ويفتح فيه كوة - وجمعه كوى - ولا باباً؛ لأن أصل الحائط مشترك بينهما... »⁽¹⁾.

ومن أقوال المالكية في ذلك، ما أشار إليه صاحب كتاب "مواهب الجليل" بقوله: «الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يُحدِّث فيه شيئاً إلا بإذن شريكه»⁽²⁾.

وفي كتاب المهذب للشافعية: «ولا يجوز أن يفتح كوة ولا يسمر مسماراً في حائط جاره إلا بإذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلا بإذنه؛ لأن ذلك يوهن الحائط ويضر به فلا يجوز من غير إذن مالكة»⁽³⁾.

ومن أقوال الحنابلة ما ذكره صاحب كتاب "المغني" بقوله: «ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقاً ولا باباً، إلا بإذن شريكه؛ لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به»⁽⁴⁾. كما نصت المادة (1666) من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: «لا يجوز التصرف في المشترك بغير إذن سائر الشركاء، فليس لأحدهم فتح كوة أو طاقة أو باب في حائط مشترك ولا أن يبني عليه ولا أن يحدث فوقه سترة ونحوها».

من خلال هذه الأقوال يتبين أن الفقهاء متفقون على أنه لا يجوز أن يتصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك بدون إذن شريكه، ومن بين تلك التصرفات فتح نوافذ تطل على الجار؛ وذلك لأن فتحها يتعارض مع الغرض الذي أُعدَّ له هذا الحائط، وتصرفاً في ملك الغير بدون إذنه، لذا فإن من حق كل شريك منع صاحبه من القيام بذلك، وهذا هو رأي القانون الجزائري في هذه المسألة كما بينا سابقاً.

(1) السرخسي: المبسوط، ج 20، ص 157.

(2) الحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 118.

(3) الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 138.

(4) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 34.

الفصل الثاني:

سلطات الشريك في الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

❖ المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

❖ المبحث الثاني: سلطات الشريك على الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

❖ المبحث الثالث: سلطات الشريك على الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

الفصل الثاني : سلطات الشريك في الملكية العقارية المشتركة

في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

تعد الملكية العقارية المشتركة إحدى صور الشيوع الإجباري التي نظمها القانون الجزائري وبين أحكامها بالتفصيل، كما عرف الفقہ الإسلامي هذا النوع من الملكية، حيث تطرق الفقهاء لأحكامها تحت اسم أحكام السفل والعلو. ومن خلال هذا الفصل سنحاول بيان سلطات الشريك في هذا النوع من الملكية. لكن قبل الشروع في ذلك، لابد من تحديد مفهوم الملكية العقارية المشتركة، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

المبحث الأول : مفهوم الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري

والفقہ الإسلامي

تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الملكية العقارية المشتركة في المواد (743-772) من القانون المدني، وذلك تحت عنوان "الملكية المشتركة في العقارات المبنية". إضافة إلى ذلك، وتطبيقاً لأحكام القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية⁽¹⁾، صدر المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المؤرخ في 04/03/2014، والذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية. استناداً إلى أحكام هذا المرسوم ونصوص القانون المدني في المواد السالفة الذكر، سنحاول في هذا المبحث بيان مفهوم الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري، وذلك بذكر تعريفها، وتحديد مشتملاتها، مع المقارنة بمفهوم نظام ملكية السفل والعلو المعروف في الفقہ الإسلامي.

(1) القانون رقم 11-04، مؤرخ في 14 ربيع الأول 1432، الموافق لـ 17/02/2011، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 06/03/2011.

المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الأول منها إلى تعريف الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري، أما الفرع الثاني فنحاول من خلاله تحديد معنى هذه الملكية في الفقہ الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري

نصت المادة (743) من القانون المدني الجزائري على أن: « الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصاً بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة». يتبين من هذا النص أن المقصود بمصطلح الملكية العقارية المشتركة، هو ملكية الطبقات والشقق، أي ملكية المبنى المقسم إلى طبقات أو شقق إذا تعدد ملاكه، بحيث يختص كل واحد منهم بطبقة معينة أو شقة من الشقق التي يتكون منها هذا المبنى⁽¹⁾، وبذلك يكون لكل واحد منهم جزءاً خاصاً من هذا العقار يملكه ملكية مفرزة، ويملكون جميعاً على جهة الشيوع بعض الأجزاء المشتركة في البناء، ويكون الشيوع هنا شيوعاً إجبارياً⁽²⁾.

من خلال هذا التعريف يتضح أن الملكية العقارية المشتركة تمتاز بمجموعة من الخصائص نجملها في النقاط التالية:

1. أن الملكية العقارية المشتركة لا تكون إلا في العقارات المبنية.
2. تعدد أجزاء المبنى الواحد بحسب طبيعته المعمارية، يستوي في ذلك أن تكون هذه الأجزاء

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 218.

(2) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية، ص 99.

عبارة عن طبقات فقط، أو طبقات مقسمة إلى شقق، لذا فإنه لا يدخل تحت هذا المصطلح، المبنى المكون من طبقة واحدة أو شقة واحدة.

3. تعدد ملاك العقار المبنى، فلا يدخل تحت مصطلح الملكية العقارية المشتركة، الحالة التي يكون فيها العقار تحت ملكية شخص واحد، ولو كان هذا العقار مكوناً من عدة طبقات وشقق . لكن يجوز للشخص الواحد أن يملك عدة طبقات أو عدة شقق في المبنى المشترك الواحد، طالما أن باقي الطبقات أو الشقق مملوكة لأشخاص آخرين.

4. أن بعض أجزاء المبنى مملوكة ملكية مفرزة للشركاء، ولذا فإن مصطلح الملكية العقارية المشتركة لا يشمل الحالة التي يكون فيها المبنى مملوكاً كله لعدة أشخاص على سبيل الشيوع.

5. ضرورة وجود أجزاء مشتركة بين ملاك الأجزاء المفرزة، مملوكة لهم على سبيل الشيوع مما لا بد للمبنى منه بمقتضى الأسس المعمارية وما تقتضيه المصلحة من الخدمات المشتركة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الملكية العقارية المشتركة في الفقه الإسلامي

لقد عرف المسلمون البناء متعدد الطبقات منذ القديم، فكتب الفقه الإسلامي وفي كافة المذاهب غنية بأحكام هذا النوع من الملكية، حيث يتناولها الفقهاء تحت اسم "السفل والعلو". والمراد بالعلو⁽²⁾ في اصطلاح الفقهاء: رفع بناء فوق بناء آخر⁽³⁾. أما السفل⁽⁴⁾ فلا يخرج

(1) العميرة أحمد بن عبد العزيز: نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، دار الميمان، الرياض - المملكة العربية السعودية، ص 164.

(2) العلو في اللغة: من الفعل علا، وعلا الشيء علواً فهو علي: ارتفع، والعلو: ارتفاع أصل البناء. (يُنظر: الزبيدي: تاج العروس، ج 39، ص 82؛ ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3093).

(3) الموسوعة الفقهية، ج 12، ص 292.

(4) السفل بضم السين وكسرهما لغة: ضد العلو بضم العين وكسرهما، والأسفل ضد الأعلى. (يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 3، ص 2030؛ الفيومي: المصباح المنير، ج 1، ص 279).

استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي، إذ قالوا: السفلى اسم لمبنى مسقف. فمعنى السفلى: هو ما نزل عن العلو لا الملاصق للأرض؛ لأنه قد يكون طبقات متعددة، لذا فإن المراد بالسفلى السفلى النسبي، ليشمل الأوسط بالنسبة لما فوقه⁽¹⁾.

وتتحقق ملكية السفلى والعلو عند ما يكون سفلى البناء مملوكاً لشخص يطلق عليه صاحب السفلى، وعلوه لشخص آخر يطلق عليه صاحب العلو. ولذا فإن مجلة الأحكام العدلية في مادتها (1192) نجدتها تعبر عن البناء متعدد الطبقات بأنه: «...الأبنية التي فوقانيها ملك لأحد وتحتانيها لآخر...». ومثال ذلك أن يقوم صاحب مبنى ذي طبقات متعددة ببيع بعض طبقاته العليا، أو بيع أرضه وطبقته السفلى ويستبقي لنفسه الطبقات العليا، وبذلك تكون الأرض وما عليها من بناء (الطبقة السفلى) ملكاً لشخص، ويكون ما يعلو ذلك من طبقات ملكاً لشخص آخر. وقد يحدث ذلك أيضاً في دار مكونة من ثلاث طبقات أو أكثر يبيعها مالكةا لثلاثة أشخاص أو أكثر، لكل شخص طبقة منها، على أن تكون الطبقة السفلى صفقة واحدة مع الأرض، فيكون لمشتري الطبقة الثانية حق ملكيتها، ولمشتري الطبقة الثالثة أيضاً حق ملكية طبقته، وهكذا إلى أن يكون للشخص الأخير الطبقة الأخيرة وعلوها⁽²⁾.

ويترتب على هذا الوضع في ملكية السفلى والعلو، أن يكون للعلو حق القرار على السفلى، وهو ما يُسمى بـ "حق التعلي"، ومعناه: حق صاحب الطبقة العليا في القرار على سطح الطبقة السفلى على وجه الديمومة والاستمرار⁽³⁾. فهو حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو والسفلى،

(1) ابن عابدين: رد المحتار، ج7، ص237؛ الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج6، ص107.

(2) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص47.

(3) الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص608؛ حيدر علي: درر الحكماء، ج3، ص205؛ جقبوب رضا مالك: أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، نوقشت بكلية أصول الدين - جامعة الجزائر، الجزائر 2001-2002، ص74.

ولا يهدم أحدهما، ويجري فيه التوارث فينتقل إلى ورثة مالكة⁽¹⁾.

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (1192) إلى هذا الحق بقولها: «... لصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني، ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني، أي حق التستر والتحفظ من الشمس والمطر...».

يتضح من كل ما تقدم أن قوام ملكية السفلى والعلو، يكمن في أن البناء يكون مكوناً من طبقتين أو أكثر يملكه شخصان أو أكثر، لأحدهما الطبقة السفلى وللآخر الطبقة العليا، بحيث يكون أصحاب هذه الطبقات جيران فيما بينهم، ويشتركون في بعض الحقوق والمنافع⁽²⁾. وبذلك يمكن القول بأن نظام الملكية العقارية المشتركة الذي سبق بيان معناه في القانون، يتشابه مع ملكية السفلى والعلو من حيث اشتماله على الملك المفرد، فكل شخص يملك إحدى طبقات المبنى أو شققه ملكية خالصة. على أن هذا لا ينفي وجود أجزاء من المبنى مُعدّة للاستعمال المشترك بين صاحب السفلى وصاحب العلو، لكنها على نطاق ضيق، ليست أصلاً في ملكية السفلى والعلو.

المطلب الثاني: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

تبين من تعريف الملكية العقارية المشتركة، أنها تشتمل على نوعين من الملكية، ملكية مفردة، وملكية شائعة، وأن الأصل في ملكية السفلى والعلو هو الملكية المفردة. ومن خلال هذا المطلب سنحاول بيان نوعي الملكية المكونتين لنظام الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري، وما تشتمل عليه ملكية السفلى والعلو في الفقه الإسلامي.

(1) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 106.

(2) نهاية عبد الرحمن سعيد نعمان: أثر الجوار في تقييد التصرف في الملك في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير نوقشت بكلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، ص 153.

الفرع الأول: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري

إذا كانت الملكية العقارية المشتركة تقوم على أساس تقسيم البناء المشترك إلى أجزاء خاصة مملوكة ملكية مفرزة مُعدّة للاستعمال الشخصي، وأجزاء شائعة مُعدّة للاستعمال المشترك بين كافة الشركاء، فإن ذلك يستوجب تحديد الأجزاء المشتركة وتمييزها عن الأجزاء الخاصة بكل شريك، وهو ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً- الأجزاء الخاصة:

نصت المادة (744) من القانون المدني الجزائري على أن: «تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص».

أما المرسوم التنفيذي رقم 14-99 فعرف الأجزاء الخاصة في الملكية العقارية المشتركة بقوله: «الأجزاء الخاصة، هي الأجزاء التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع المرافق التابعة له».

يتبين من هذين النصين أن المقصود بالأجزاء الخاصة في الملكية العقارية المشتركة، هي تلك الأجزاء المملوكة ملكية مفرزة، خالصة لمالك معين يملك طبقة من الطبقات أو شقة من الشقق التي يتكون منها هذا المبنى، والمُعدّة لاستعماله الشخصي دون باقي الشركاء.

وتشمل الأجزاء المفرزة - وفقاً لمقتضيات المادة (744) من القانون المدني الجزائري - بوجه خاص كلاً من: تبليط الأرضية، والأسقف والأحواش، والجدران الداخلية باستثناء الجدران الأساسية في البناء، والحواجز الداخلية وأبوابها، والأبواب والنوافذ، والشبابيك والستائر وتوابعها، والشرفات، وتركيبات وتمديدات جميع الأجهزة الداخلية من أنابيب المياه وتوصيلات الهاتف والكهرباء والغاز، والأدوات الصحية وأدوات الطبخ، والمداخن والخزائن، وغيرها مما

يُعدُّ للاستعمال الشخصي لصاحب الشقة دون بقية الشركاء.

ثانياً- الأجزاء المشتركة :

تنص المادة (745) من القانون المدني الجزائري على أنه: « تُعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم، في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكثر عدد منهم».

وفي ذات السياق فإن المرسوم التنفيذي رقم 14-99 يعرف الأجزاء المشتركة بأنها: « تلك الأجزاء التي يملكها على الشيوع جميع الشركاء في الملك، كل حسب الحصة العائدة إلى كل قسم، والمخصصة لجميع الشركاء أو الكثير منهم قصد استعمالها أو الانتفاع بها».

فمن خلال هذين النصين يتبين أن المقصود بالأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة: هي تلك الأجزاء التي تكون ملكيتها شائعة بين جميع الملاك ومُعدَّة للاستعمال المشترك فيما بينهم، والشيوع بالنسبة لهذه الأجزاء هو شيوع إجباري؛ نظراً لتخصيصها لخدمة هيكل البناء وطبقاته على الدوام.

انطلاقاً من هذا التعريف للأجزاء المشتركة، يمكن تحديد الأجزاء التي يَصْدُق عليها هذا الوصف، وكذا نصيب كل شريك فيها، وذلك على النحو التالي:

1. تحديد الأجزاء المشتركة:

الأصل أن السند المنشئ للملكية الطبقات هو الذي يحدد الأجزاء المشتركة، فإذا لم يتضمن هذا السند تحديداً لما يُعدُّ مشتركاً من أجزاء المبنى، فإنه يجب عندئذ تطبيق المعيار الذي قرره المشرع الجزائري في المادة (1/745) من القانون المدني، وهو اعتبار الملاك شركاء في كافة الأجزاء المُعدَّة للاستعمال المشترك فيما بينهم. وعليه، فإنه يعد من الأجزاء المشتركة ما يلي:

- الأرض المقام عليها البناء، والأفنية والأسطح والمحلات المستعملة في المصالح المشتركة.

- الأساسات والجدران الرئيسية التي تعد من هيكل البناء.
- جميع أنواع التمديدات المشتركة ومجري التهوية والمداخن والمخازن .
- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد ومساكن البوابين.

هذا وبالإضافة إلى تلك الأجزاء المشتركة بين جميع ملاك المبنى، هناك أجزاء مشتركة أخرى بين بعض الملاك فقط، وهي تلك الحواجز التي تفصل ما بين شقتين، حيث تكون ملكيتها مشتركة بين مالكي هاتين الشقتين فقط، وهو ما أشارت إليه المادة (744) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأخيرة، بقولها: «وتعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين، الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة دون الجدران الأساسية في البناء».

وينبغي الإشارة في الأخير إلى أن تعداد الأجزاء المشتركة الوارد في المادة (745) السالفة الذكر، إنما هو على سبيل التمثيل لا الحصر، لذا فإن كل جزء ينطبق عليه وصف الإعداد للاستعمال المشترك، يكون مشتركاً بين جميع الشركاء ما لم يرد في سند الملكية ما يخالفه، فالعبرة في هذا الصدد بالإعداد للاستعمال لا بالاستعمال الفعلي.

بناء على ذلك، فإن كلاً من السطح والمصعد والسلّم، يُعد من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك، ولو كان بعضهم لا يستعملها؛ إذ أن الأصل في تلك الأشياء هو أنها مُعدّة لاستعمال الجميع⁽¹⁾. وقد أقرت المحكمة العليا هذا المبدأ بقولها: «إنه من المقرر قانوناً أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون»⁽²⁾.

(1) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 99.

(2) المحكمة العليا: قرار رقم (50937) الصادر في 09/05/1990، المنشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة

- هذا وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 14-99 الأجزاء المشتركة وقسمها إلى ثلاثة أصناف:
- أ. الأجزاء المشتركة من الصنف الأول: وهي الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك. وتشمل كلاً من الأرض التي تم تشييد البناء عليها والأرض التابعة له، لاسيما القطع الأرضية المستعملة كحظيرة أو حديقة، وكذا مساكن البوابين، وعلى العموم جميع المرافق ذات المصلحة العامة والاستعمال المشترك بين جميع البنايات.
- ب. الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني: وهي الأجزاء المخصصة لاستعمال السكان الذين يشغلون بناية واحدة بعينها، كالأسس والجدران الرئيسية الخارجية وكل ما يتكون منه الهيكل الأساسي للمبنى، والمداخل والأسطح والممرات، والمداخن ومجاري التهوية، وكل القنوات والأنابيب الرئيسية، وعلى العموم جميع الأشياء غير المعدّة للاستعمال الحصري والخاص بجزء من أجزاء الملك المقسوم، أو الأشياء والأجزاء التي ينص القانون أو العرف على أنها مشتركة .
- ت. الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث: وتتضمن حصراً المصاعد والآلات الخاصة بها وأقفاص المصاعد المتواجدة بالبنايات.

2. تحديد أنصبة الشركاء في الأجزاء المشتركة:

إن الفيصل الأساس في تحديد نصيب كل شريك في الأجزاء المشتركة، هو الاتفاق المثبت في سندات التمليك، وفي حالة خلو سند الملكية من ذلك، فالقاعدة هي: أن نصيب كل مالك يكون بنسبة قيمة الجزء المفروز الذي يملكه من البناء، أي بنسبة قيمة طبقتة أو شقته بالنسبة إلى العقار في جملته⁽¹⁾، وهذا عملاً بنص المادة (1/745) من القانون المدني الجزائري.

وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب في نواح مختلفة، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحقه من المقابل لبيع جزء من هذا العقار أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدي عليه من الغير، وكتحديد

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 225.

نصيبه في نفقات الأجزاء المشتركة، وتقدير رأيه عند حساب الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإدارتها⁽¹⁾.

وإذا كان المشرع قد حدد نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه في المبنى، فإنه لم يضع أساساً لتحديد هذه القيمة ولم يبين الوقت الذي تحدد فيه، تاركاً بذلك المجال للفقهاء القانونيين. وبالرجوع إلى كتب شراح القانون، نجد أن بعضهم يرى أن يتم ذلك بالنظر إلى مساحة وموقع هذا الجزء من العقار، بصرف النظر عما يغله من دخل، أي أن الحصة تُقدَّر في ذاتها بالنظر إلى وضعها من العقار، فقيمة الشقة الداخلية - مثلاً - تختلف عن الشقة التي على الطريق الرئيسي⁽²⁾.

أما وقت تحديد قيمة الجزء المفرز الذي يملكه كل شريك في العقار، فقد تباينت فيه آراء فقهاء القانون، بين من يرى أن يتم ذلك على أساس قيمة البناء وقت إنشائه، ومن يرى أن تحديد قيمة نصيب كل مالك يكون في وقت النزاع، بحيث يدخل في حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص في قيمته بعد الإنشاء، كما لو أصبح الحمي الموجود به البناء حياً تجارياً، مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى في البناء كمحلات تجارية، ما يزيد من قيمتها دون قيمة الطبقات العليا⁽³⁾. على أن هذا الموضوع لن يثير من المشاكل ما يدعو إلى شدة الاهتمام به؛ نظراً لأن تغير القيمة بالزيادة أو النقصان بعد الإنشاء، غالباً ما يؤثر على قيمة العقار كله وفي أجزائه بالتبعية⁽⁴⁾.

(1) الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 151.

(2) توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 256.

(3) طلبة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ص 621؛ الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 152.

(4) توفيق فرج حسين: الحقوق العينية، ص 255.

الفرع الثاني: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في الفقه الإسلامي

تبين من خلال تعريف ملكية السفلى والعلو أنها تقوم على أساس وجود مبنى ذي طبقات لملاك متعددين، بحيث يختص كل واحد منهم بطبقته بما فيها من جدران ونوافذ وأبواب وغيرها، ما لم يرقم دليل على خلاف ذلك. والأجزاء الرئيسية التي تتكون منها ملكية السفلى والعلو هي: الأرض، والجدران الأساسية، والسقف والسلم، وسنين فيما يلي لمن تكون ملكيتها بناء على آراء الفقهاء.

أولاً - الأرض: تكون ملكية الأرض التي يقوم عليها البناء لصاحب الطبقة السفلى ما لم يرقم الدليل على خلاف ذلك، أما مالك العلو فليس له سوى حق الارتفاق بها. ويترتب على ذلك أن صاحب العلو لا يستطيع أن يضع جدار طبقته في أرض صاحب السفلى؛ لأنها ملك لهذا الأخير، وبالتالي فإنه مطالب بأن يستأذنه في ذلك⁽¹⁾.

وقد ذكرنا فيما سبق أن القانون الجزائري يعتبر الأرض التي يُشيد عليها البناء متعدد الطبقات، من جملة الأجزاء المشتركة بين ملاك المبنى، على أن يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة حصته المفروزة، وهو بهذا يختلف عن الفقه الإسلامي الذي يعتبر الأرض في نظام ملكية السفلى والعلو ملكاً خالصاً لصاحب السفلى.

ثانياً - الجدران: يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الجدران:

1. الجدران الأساسية: وهي التي تحيط بالبناء من الخارج ويتوقف عليها متانته، وهذا النوع من الجدران تكون ملكيته خاصة بصاحب الطبقة، دون أن يشاركه فيها أحد من أصحاب الطبقات الأخرى، فجدران البيت السفلى لصاحب السفلى؛ لأنه المنتفع بها وهي من جملة بيته، وجدران

(1) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 47؛ زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار،

البيت العلوي لصاحب العلو.

2. الجدران الفاصلة: وهي الفواصل بين الشقتين إذا كان الطابق مكوناً من عدة شقق، فهذه الجدران تكون مشتركة بينهما ما لم يوجد ما يخالف ذلك، ومرجع ذلك إلى العرف.
3. الجدران الداخلية: وهي التي تفصل بين الحجرات التي تتكون منها الطبقة أو الشقة، وهذه الجدران تكون مملوكة ملكية مفرزة لصاحب الطبقة أو الشقة⁽¹⁾.

ثالثاً- السقف: تباينت آراء الفقهاء فيمن يختص بملكية السقف عند التنازع، وذلك على مذهبين، نوضحهما فيما يأتي:

الاتجاه الأول: يمثله الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ فهم يرون أن السقف يعد جزءاً من السفلى وتمام له؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُولَآءَ أُنَّ يَكُونُ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِبُيُوتِهِمْ سُفُفًا مِّنْ وِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾ [سورة الزخرف: الآية 33]. ووجه الاستدلال من الآية: أن الله تعالى جعل للبيوت سقوفاً كما جعل لها أبواباً، فدل ذلك على أن السقوف والأبواب من البيوت⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى فإن العرف جار بأن اسم البيت إنما يتناول الحيطان والسقف، فيجب أن يُحكم بالملك عند التنازع بجميع ما يتناوله الاسم ويشهد به العرف؛ فلو باع أحد بيتاً فإن سقفه يدخل في البيع بالإطلاق دون ذكره، فلو لم يكن منه لما دخل فيه، وكذلك إذا قُسم البيت فإنه

(1) زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار، ص 218.

(2) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي: فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج 7، ص 40؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج 8، ص 149.

(3) الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 480؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 110؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 118.

(4) الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، ط 5، مؤسسة المعارف، بيروت- لبنان، 2007، ج 6، ص 27.

يُقَسَّم سقفه⁽¹⁾. وعلى ذلك فالسقف عند فقهاء الحنفية والمالكية يعد ملكاً لصاحب السفلى، ويُقضى له به عند التنازع، وبالمقابل يكون لصاحب العلو حق القرار الدائم على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها.

الاتجاه الثاني: ويمثله الشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، فهم يرون أن السقف ليس جزءاً من السفلى ولا من العلو، وإنما هو حاجز بينهما ينتفع به المالكان معاً، فإن كان غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان كالجدار بين ملكيتين، فإنه يعد مشتركاً بينهما؛ لأنه لا ترجيح لأحدهما في النسبة إليه، فهو سماء صاحب السفلى تُظَلُّه وأرض صاحب العلو تُقَلُّه فاستويا فيه. لكن ينبغي الإشارة إلى أن الشافعية يرون أن السقف قد يكون خالصاً لأحد المالكين؛ وصورة خلوصه لصاحب العلو: أن يكون لرجل جداران متقابلان فيأذن لغيره في وضع الجذوع عليهما، ثم البناء على تلك الجذوع بعوض أو بغير عوض، وصورة خلوصه لصاحب السفلى: أن يأذن هذا الأخير لغيره في البناء على سقف ملكه بعوض أو بغير عوض⁽⁴⁾.

بعد هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء في ملكية السقف، نشير هنا إلى أنه مما يستفاد من عرض مشتملات الملكية العقارية المشتركة - الذي تم التطرق إليه سابقاً- أن المشرع الجزائري يُمَيِّز بين جزأين من السقف، الأول: هو السقف الذي يعد من هيكل المبنى، فهذا تكون ملكيته مشتركة بين الجميع، أما الثاني: وهو الذي ذكره القانون المدني في المادة (744) و عدّه من بين

(1) ابن الهمام: فتح القدير، ص 40؛ لحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، ج 6، ص 27؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 110.

(2) الشريبي: مغني المحتاج، ج 2، ص 250؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 453.

(3) ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 44؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 900.

(4) الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد: العزيز شرح الوجيز، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997، ج 5، ص 113 - 114؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 453.

الأجزاء الخاصة. كما عبّر عنه المرسوم التنفيذي رقم 14-99 بـ "سقوف البيوت" وفسر ذلك بقوله: "الألواح الخشبية وما يغطيها من جبس والمقولات الناتجة والزخارف التي يمكن أن تزين بها السقوف وقطع النجارة التي يمكن أن تُجمل بها".

بناء على ما تقدم، يمكن القول بأن ما نص عليه القانون الجزائري قريب من رأي الشافعية والحنابلة الذين يعتبرون السقف مشتركاً بين الملاك؛ وذلك لأن العبرة بالسقف الرئيسي الذي يعد من هيكل البناء، أما السقف الذي ذكره القانون الجزائري وعدّه من الأجزاء الخاصة، فيمكن اعتباره وجهاً من أوجه الانتفاع بالسقف؛ وما يؤيد ذلك هو أن القانون المدني قد ذكر من بين الأجزاء الخاصة كلاً من تبليط الأرض والأرضية، ومن الواضح أن أرضية الطابق الأعلى هي سقف الأسفل، وبالتالي فإن هذا - أي تبليط الأرض والأرضية - يدخل ضمن ممارسة صاحب الطابق العلوي لحقه في استعمال السقف باعتباره من الأجزاء المشتركة.

رابعاً- الدرج أو السلم الذي بين العلو والسفل:

إذا تنازع صاحب السفل و صاحب العلو في السلم الذي بينهما، ولم يكن تحته شيء يتنفع به صاحب السفل، فهو لصاحب العلو، على قول جمهور الفقهاء؛ لأن السلم يعد بمثابة الممر إلى العلو، فيكون صاحب العلو أحق بالتصرف فيه. أما إذا كان تحته شيء يتنفع به صاحب السفل، فهو بينهما عند الشافعية والحنابلة؛ لأن يديهما عليه فتساويا في الانتفاع، بينما قال المالكية أنه لصاحب السفل⁽¹⁾.

من خلال هذا البيان للعناصر التي تشكل الهيكل العام لنظام ملكية السفل والعلو ومن يختص بملكيتها، يتضح أن الأصل في هذا النظام هو الملكية المفروزة، بحيث يستقل كل مالك

(1) الشيرازي: المهذب، ج3، ص423؛ ابن قدامة: المغني، ج7، ص45؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص121؛ الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص481.

بطبقته، لذلك نجد أن الفقهاء لم يتطرقوا في بيانهم للأحكام الخاصة بهذا النوع من الملكية، إلى ما تعرضت له القوانين الوضعية بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة المعدّة لخدمة الطبقات وملاكها. وبهذا يتبين أن نظام ملكية السفلى والعلو يختلف عن نظام الملكية العقارية المشتركة الذي نظمته القانون الجزائري، حيث يقوم هذا الأخير على أساس النظر إلى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة، وتقتصر الملكية المفترزة لكل مالك على الجدران الثانوية التي توجد داخل طبقته أو شقته وما تشمله من الداخل من أدوات، وما تُكسى به الأرضية من بلاط وغيره.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أنه زيادة على وجود الاشتراك في ملكية بعض أجزاء المبنى - كما هو الحال بالنسبة للسقف في بعض المذاهب الفقهية - فإن الفقهاء يرون أن لكل مالك في نظام ملكية السفلى والعلو حقاً في ملك الآخر، فيثبت لكل واحد منهما في سبيل الانتفاع بملكه حق الارتفاق بملك صاحبه. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الأجزاء المشتركة التي ذكرها القانون، تخضع لأحكام حق الارتفاق الذي يثبت لمجموعة من الأشخاص على شيء واحد، كالمجرى المشترك والمسيل المشترك⁽¹⁾، والممر الخاص المملوك لمجموعة من الناس ونحوها، لذا فإن مقارنة الأحكام المنظمة لسلطات الشريك على الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري مع ما جاء في الفقه الإسلامي، ستركز على ما ذكره الفقهاء من أحكام تتعلق بانتفاع الشركاء وتصرفاتهم في العقارات التي يثبت عليها حق الارتفاق، ومحاولة تطبيق تلك الأحكام على الأجزاء المشتركة في نظام ملكية الطبقات.

(1) حق المجرى: "هو حق إجراء الماء الصالح المستحق شرباً وإمراره من أرض إلى أخرى، ويكون مشتركاً إذا كان ملكاً للجماعة. والمراد بحق المسيل: هو حق تصريف الماء الزائد على الحاجة أو غير الصالح، بإمراره في مجرى أعدّ لذلك حتى يصل إلى مقره من مصرف أو مستودع. ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة على فضلات البيوت في المجاري العامة؛ لأن ذلك من تسييل الماء غير الصالح. (يُنظر: الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 123؛ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص 100).

المبحث الثاني : سلطات الشريك على الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

إذا كان لكل واحد من الشركاء في ملكية الطبقات والشقق حق ملكية مفرزة على الجزء الخاص به، فإن ذلك يقتضي أن يكون له الحق في مباشرة جميع السلطات التي يخولها حق الملكية المفرزة من استعمال واستغلال وتصرف، كما يقع عليه وحده ما يتطلبه هذا الجزء من نفقات.

ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن نبين الأحكام الخاصة بسلطات المالك على هذه الأجزاء، حيث نتطرق في المطلب الأول إلى الأحكام الخاصة بسلطتي الاستعمال والاستغلال، ثم نبين في المطلب الثاني أحكام سلطة التصرف.

المطلب الأول : استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

ستتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام المتعلقة بأولى سلطات الشريك في ملكية المبنى متعدد الطبقات، وهي حقه في استعمال الأجزاء التي يختص بملكيتها، وذلك باستخدامها للحصول على منافعها التي أعدت لها، وكذا حقه في استغلال الطبقة أو الشقة التي يملكها ملكية مفرزة. وسنبداً ذلك بدراسة التنظيم القانوني لهذين السلطتين، ثم نتناول بعد ذلك الأحكام الخاصة بسلطات الشريك على هذه الأجزاء في الفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول : استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في القانون الجزائري

نصت المادة (749) من القانون المدني الجزائري على أن: «لكل شريك في الملكية، الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشاركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضرراً بما أعد له العقار».

يتبين من هذا النص أن لكل مالك في نظام الملكية العقارية المشتركة الحق في أن يستعمل شقته أو طبقته بكافة أوجه الاستعمال، فله أن يسكنها بنفسه أو يسكنها أحد ذويه، وله أن يستغلها فيؤجرها لغيره، وهذا كله مع مراعاة القيود التي تَرِد على حق الملكية، خاصة تلك المرتبطة بالملكية العقارية الخاصة، والتي ترجع بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك، فهو مطالب لدى استعماله لحقه، بأن يمتنع عن القيام بأي عمل يهدد سلامة المبنى أو يخرج عن الغرض الذي أُعد له، أو يؤدي إلى المساس بحقوق الشركاء الآخرين والإضرار بهم.

وينبغي الإشارة إلى أن هذا الالتزام يندرج ضمن قيود الملكية التي وردت في المادة (691) من القانون المدني الجزائري، والتي توجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملاك جاره، وألا يستعمل ملكه بحيث يضر بجاره ضرراً غير مألوف، حيث يحظى هذان القيدان - وخاصة الثاني منها - بأهمية بالغة في نظام الملكية العقارية المشتركة؛ نظراً لطبيعة الجوار الذي يربط ما بين ملاك الطبقات والشقق، لذلك وجب الإشارة إليهما ولو بشكل موجز، وهو ما نتطرق إليه فيما يأتي:

أولاً - عدم التعسف في استعمال الأجزاء الخاصة:

يخضع حق المالك في نظام الملكية العقارية المشتركة كغيره من الحقوق لما تفرضه نظرية التعسف في استعمال الحق من ضوابط للاستعمال المشروع، وهي الضوابط التي نصت عليها المادة (124 مكرر) من القانون المدني الجزائري بقولها: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

يتبين من هذا النص أن المشرع قد وضع للتعسف في استعمال الحق ثلاث صور، هي بمثابة معايير للتعسف، وفيما يلي شرح موجز لكل واحدة من هذه الصور:

1. قصد الإضرار بالغير:

هذه هي الصورة الأولى من صور التعسف، وهي الأكثر شيوعاً في التشريعات الحديثة، فلو أن المالك وهو يستعمل حق الملكية، كان الدافع له على ذلك إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسؤوليته⁽¹⁾. ولما كان من العسير عملاً إثبات قصد الإضرار، جاز للقاضي أن يستعين بالقرائن القضائية من المسلك الخارجي للشخص، ومن أهم تلك القرائن: انعدام كل مصلحة، أو تحقق منفعة ضئيلة غير مقصودة؛ إذ يدل ذلك على أنه لم يستعمل حقه إلا بقصد الإضرار بالغير⁽²⁾.

2. عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير:

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون تلك المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال. وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر يُقدَّره القضاء حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة⁽³⁾.

ومن تطبيقات هذا المعيار، ما نصت عليه المادة (2/708) من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 689.

(2) الدريني فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1988، ص 344.

(3) كيرة حسن: الموجز في القانون المدني، ص 139.

يستتر ملكه بالحائط. فرغم أن المالك الذي يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته، إلا أن الهدم إذا كان دون عذر قوي - أي لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية - فإن مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط، ترجح رجحاناً كبيراً مصلحة المالك، وبالتالي فإن هدم الحائط يُعد تعسفاً في استعمال حق الملكية يستوجب مسؤولية المالك⁽¹⁾.

3. عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال:

يكون المالك متعسفاً في استعمال حقه، وبالتالي تحقق مسؤوليته قبل الجار الذي أضرَّ به، إذا كانت المصالح التي يهدف إلى تحقيقها من هذا الاستعمال غير مشروعة، ومعنى عدم المشروعية أن تخالف حكماً من أحكام القانون أو يتعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

وإذا كان هذا المعيار مادياً في ظاهره فإن النية كثيراً ما تكون هي النافية لصفة المشروعية عن المصلحة؛ وذلك لأن استعمال الملكية قد يُتخذ ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة، احتيالياً على قواعد القانون وتخلصاً من أحكامه تحت ستار الحق، رغم أن الحق لا يجوز استعماله في غير المصلحة التي شرع من أجلها، وهي تلك المصلحة التي حددها القانون وقررها الحق.

ومن تطبيقات هذا المعيار: أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية، تعلوها أسلاك شائكة بغية مضايقة شركة الطيران التي تملك المطار المجاور له، وحملها على شراء أرضه بثمن مرتفع كي تُبعد عن طائراتها خطر الهبوط⁽³⁾.

(1) زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير نوقشت بكلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، ص 48؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 691.

(2) عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 50؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 57.

(3) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 70؛ زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، ص 49؛ بعلي محمد الصغير: المدخل للعلوم القانونية، ص 190.

ثانياً - المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة :

يخضع حق الملكية العقارية لقيد خاص نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (691) من القانون المدني الجزائري بقولها: « وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له ».

من خلال هذا النص يتضح بأن المشرع الجزائري يعطي للمالك حق استعمال ملكيته الخاصة على النحو الذي يريد بهدف الحصول على كافة مزاياها الممكنة، وعلى المالك المجاورين - سواء أكان الجوار أفقياً أم عمودياً - أن يتحملوا ما قد ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات ومضار، طالما كانت مضار عادية ليس بإمكان المالك أن يتحاشاها. ولكن إذا غلا المالك في استعمال حقه إلى حد الإضرار بالجوار ضرراً غير مألوف، فإنه يُسأل عندئذ عن هذا الضرر⁽¹⁾، ويكون للجوار المتضرر أن يطالب قضائياً إما بالتنفيذ العيني - إن كان ذلك ممكناً - بإزالة الضرر الحاصل، أو المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

وبهذا يتبين أن المراد بالضرر غير المألوف: هو ذلك الضرر الذي يزيد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار، فإذا زاد الضرر عن ذلك كان ضرراً غير مألوف، ويجب التعويض عنه⁽³⁾. وتقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف، مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء على ضوء ظروف وملابسات كل حالة على حدة، كطبيعة

(1) زرارة عواطف: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، الجزائر، 2012/2013، ص 48؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 51.

(2) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 134.

(3) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 696.

العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصصت له، والعرف السائد في المكان الواقعة فيه⁽¹⁾.

ومن هنا فإن المسؤولية عن مضارّ الجوار لا تقوم إلا في حالة الإضرار بالجوار ضرراً غير مألوف؛ وذلك اعترافاً من المشرّع بوجود التسامح بين الجيران بالنسبة للأضرار العادية والبسيطة أو "المألوفة" - كما يصفها - والتي يُعدّ تحملها ضرورة يقتضيها التضامن الاجتماعي بين الجيران، واستجابة لتطور الحياة في المجتمع. فرغم أن المالك في هذه الحالات لا يكون قد خالف في استعماله نصاً قانونياً، كما أنه لم يرتكب خطأً تقصيرياً، أو يتعسف في استعمال حقه، إلا أن القانون يعتبره مسؤولاً عمّا يصيب جيرانه من أضرار غير مألوفة؛ وهذا ما يُبرز معنى القيد الوارد على استعمال حق الملكية، والمتمثل في منع المالك من القيام بأي عمل يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته، أو يمنع الحوائج والمصالح الأصلية، أو يمنع المنافع المقصودة من البناء، فإذا خالف المالك هذا القيد القانوني المفروض عليه في استعمال حقه، وألحق بجواره مضاراً تجاوزت الحد المألوف، كان عليه أن يتحمل الجزاء المقرر لهذه المخالفة⁽²⁾.

نستخلص مما سبق أن مالك العقار إذا كان جاراً لأشخاص آخرين - كما هو الحال في ملكية الطبقات والشقق - فإنه يعد مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب جيرانه نتيجة استعماله للملكة إذا تجاوزت هذه الأضرار الحد المألوف، ولذا وجب على المالك في نظام الملكية العقارية المشتركة ألا يغلو في استعمال حقه فيضر بجيرانه ضرراً غير مألوف - وهم هنا من ألصق الجيران، إذ هم الساكنون معه في نفس الدار - وذلك بتجنب القيام بأي عمل يكون من شأنه المساس

(1) زرارة عواطف: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، ص 48-58؛ كيرة

حسن: الموجز في القانون المدني، ص 147؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 60.

(2) قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، ص 94؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون

المدني، ج 8، ص 1019؛ بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 134.

بحقوقهم والإضرار بهم، أو يكون سبباً في وهن البناء أو هدمه.

ومراعاة لهذه القيود التي وردت في القانون المدني، نجد أن المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المحدد لنموذج نظام الملكية العقارية المشتركة، قد نص على أنه يجب على الشريك أن يلتزم لدى استعماله للأجزاء الخاصة المملوكة له، بعدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين، وأن لا يقوم بأي عمل يعرض فيه متانة البناية للخطر، ثم ذكر مجموعة من التحفظات من أبرزها:

1. الضجيج: يجب على الشركاء أن يسهروا على عدم تعكير هدوء البناية في أي وقت من الأوقات، وبالتالي لا يجوز لهم إحداث أي ضجيج غير عادي، أو استخدام آلات من شأنها الإضرار بمتانة البناية وإزعاج الجيران.

2. تربية الحيوانات: نص هذا المرسوم على منع اقتناء الحيوانات الخطيرة.

3. اللوحات الاستدلالية- اللافتات: لا يجوز أن يوضع على واجهة البناية أي لافتة أو إعلان من أي نوع كان. يُستثنى من هذا الحظر، مالكو الدكاكين والمتاجر الذين يمكنهم امتلاك لافتة والقيام بالإشهار، وذلك طبقاً للتنظيم المعمول به.

4. الانسجام والصيانة: يجب على كل شريك القيام بأعمال الصيانة اللازمة للأجزاء الخاصة التي يملكها، كأبواب مداخل الشقق والنوافذ والستائر والحوارج وغيرها، وأن يسهر على إبقائها في حالة جيدة.

الفرع الثاني: استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في الفقه الإسلامي

إذا كان كل من صاحب السفلى وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه وما تحويه من جدران ونوافذ وأبواب وغيرها، فإن ذلك يخول لكل منهما حق الانتفاع بها كيفما شاء، وذلك باستعمالها للسكن فيها بنفسه وأهله، وأن يزاوّل فيها ما يريد، أو أن يستغلها عن طريق تأجيرها للغير، كل ذلك مع الالتزام بقيود الشريعة وحدودها. ومن أهم تلك القيود: إلزام المالك بأن يتجنب في

انتفاعه بملكه الإضرار بجاره، فالامتناع عما يؤذي الجار واجب ديانة⁽¹⁾؛ لقوله ﷺ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يُؤْذِي جَارَهُ»⁽²⁾؛ ولأن الضرر اعتداء والاعتداء منهي عنه بنص القرآن والسنة النبوية الشريفة.

هذا ولم تكتف الشريعة الإسلامية بالنهي عن إيذاء الجار بالوازع الديني، وإنما أكدت بتدخل القضاء لرفع الضرر عن الجار. وفيما يلي نستعرض آراء الفقهاء حول تقييد الملكية لمنع مضار الجوار الرأسي الذي ينشأ بين أصحاب ملكية السفلى والعلو، وكذا مضار الجوار الجانبي الذي قد ينشأ بين أصحاب ملكية السفلى والعلو وغيرهم من ملاك المباني المجاورة.

أولاً - تقييد حق الانتفاع بالأجزاء الخاصة لمنع الضرر بين أصحاب السفلى والعلو:

لا خلاف بين الفقهاء على وجوب القضاء بمنع مضار الجوار الرأسي بين صاحب السفلى وصاحب العلو، فليس لأحدهما أن ينتفع بملكه أو يتصرف فيه على وجه يضر بصاحبه؛ لأن لكل منهما حقاً في ملك الآخر. وفيما يلي توضيح لآراء الفقهاء في تحديد نوع الضرر الذي يُمنع كل منهما من ارتكابه:

1. يرى فقهاء الحنفية أن الأعمال التي يقوم بها كل واحد من أصحاب ملكية السفلى والعلو في انتفاعه بملكه، لا تخرج عن أحد الأقسام الثلاثة الآتية⁽³⁾:

(1) السرخسي: المبسوط، ج 15، ص 21؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 610.

(2) أخرجه البخاري: صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، الحديث رقم 6018، ص 1165؛ وأخرجه مسلم: صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الحث على إكرام الضيف ولزوم الصمت إلا عن الخبر وكون ذلك كله من الإيمان، الحديث رقم 47، ص 51.

(3) ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 147؛ نظام الدين: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 413؛ ابن الهمام: فتح القدير، ج 7، ص 301؛ الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 111.

أ. ما يؤدي إلى ضرر محقق، وذلك كأن يهدم صاحب السفلى بعض جدرانها، أو يبني صاحب العلو بناء لا يقوى السفلى على حمله، فهذه التصرفات ممنوعة بالاتفاق.

ب. ما ليس فيه ضرر بأحدهما، فهو جائز ولا يُمنع بالاتفاق، وذلك مثل دق مسمار في جدار، وقيام أحدهما بمد أسلاك الكهرباء في بنائه، ودهن الجدران والسقوف.

ت. ما يُشك في الضرر به، كفتح باب في السفلى، أو وضع أثاث ثقيل في الأعلى ونحو ذلك، فهذا النوع من الأعمال يجوز لكل منهما مباشرته عند أبي يوسف ومحمد خلافاً للإمام أبي حنيفة.

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة، يكمن في اختلافهم في الأساس الذي يُرجع إليه في الحكم على تصرف صاحبي ملكية السفلى والعلو، فالأصل عند الإمام أبي حنيفة هو المنع؛ لأن كلاً منهما يتصرف في ملك تعلق به حق غيره، ولذلك لم يُبَح لهما إلا ما يتقن عدم ضرره، أما ما عداه فموقوف على إذن كل منهما للآخر. أما صاحباها فالأصل عندهما هو الإباحة؛ لأن كلاً من صاحب السفلى وصاحب العلو يتصرف في ملكه، والمملك يقتضي الإطلاق إلا إذا وُجد مانع - وهو الإضرار بحق الغير على وجه التحقيق - ولذلك منعاً ما فيه ضرر دون غيره⁽¹⁾.

2. ذهب الفقهاء المالكية إلى القول بجواز التصرف الصادر من صاحب السفلى أو صاحب العلو إذا كان لا يضر، أو كان الضرر نادراً، ويُرجع في ذلك لأهل المعرفة. فمثلاً: لو أراد صاحب العلو أن يزيد في البناء على علوه الذي دخل عليه من غير إذن صاحب السفلى، فإنه يُمنع من ذلك ويُقتضى عليه بعدم فعله؛ لأن القيام بالتعليق يضر ببناء الأسفل، إلا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل معها ضرر حالاً ولا مآلاً بالأسفل، فلا يمنع حينئذ⁽²⁾. وبهذا يتضح أن ضابط التصرف في ملكية السفلى والعلو عند المالكية، هو جواز ما لا يضر عرفاً حالاً ولا مآلاً، ويُرجع في تحديد الضرر من

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8؛ ص 511؛ الطوري: تكملة البحر الرائق، ج 7، ص 49.

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج 3، ص 366؛ الخطاب: مواهب الجليل،

غيره إلى أهل الخبرة، فما كان ضرراً يُمنع وما ليس بضرر فيُسمح به⁽¹⁾.

3. فصل الشافعية في هذه المسألة فقالوا: يجوز لكل واحد من أصحاب السفلى والعلو أن يتصرف في ملكه التصرف المعتاد، فلصاحب العلو الجلوس على السقف ووضع أثقال معتادة عليه، ولصاحب السفلى الاستئصال بالسقف وتعليق الأمتعة التي لا يتأثر بها كالثوب ونحوه. وعللوا قولهم: بأن عدم تجويز ذلك يؤدي إلى وقوع الضرر وتعطيل المنافع، ولأنه ثبت لصاحب العلو الانتفاع قطعاً، فيثبت لصاحب الأسفل ذلك أيضاً تسوية بينهما⁽²⁾.

4. أما الحنابلة فلم نطلع على نص لهم في هذه المسألة، غير أن ما يفهم من قولهم بمنع الإنسان من التصرف في ملكه بما يضر بجاره⁽³⁾، أنهم يمنعون التصرف الضار بين صاحبي السفلى والعلو؛ لأن العلاقة بينهما أقوى من العلاقة بين أي جارين، كما أن لكل منهما حقاً في ملك الآخر، فهما شريكان في بعض المنافع⁽⁴⁾.

بعد هذا العرض الموجز لآراء المذاهب الفقهية حول الضرر المانع من تصرف أصحاب ملكية السفلى والعلو في ملكهم، يمكن القول بترجيح مذهب الملكية بمنع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً؛ وذلك لأن هذا الضابط الذي ذكره، يعتمد على العرف والعادة في تحديد الضرر الذي يُمنع منه، وهو ما يجعله صالحاً للحكم على الوقائع المستجدة في هذا العصر. يضاف إلى ذلك، أن ما نص عليه فقهاء المذاهب الأخرى من صور الضرر الذي يُمنع الشريك من ارتكابه، كان مبنياً على عرف زمانهم أو على مصلحة كانت في زمنهم، والحكم المبني على عرف أو عادة سابقة يجب

(1) الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج6، ص109؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص124.

(2) الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص248؛ الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج5، ص113.

(3) يُنظر: ابن قدامة: المغني، ج7، ص52.

(4) المصلح عبد الله: قيود الملكية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1988، ص561؛ التويجري سليمان: حق

الارتفاق، رسالة دكتوراه، نوقشت بجامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية، 1982، ص467.

أن يغير عند تغيّر العرف والعادة إذا شهد للحكم عادة أخرى جديدة، وهذا عملاً بقاعدة: « كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»⁽¹⁾. وبما أن أغلب الأمثلة التي اختلفوا فيها - كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوها- أصبحت لا تسبب ضرراً في عصرنا الحالي، وجب تحديد الضرر الذي يُمنع الشريك من ارتكابه وفق ما يقتضيه العرف ويحقق مصلحة أصحاب ملكية السفلى والعلو في هذا العصر.

ثانياً - تقييد حق الانتفاع بالأجزاء الخاصة لمنع الضرر عن الجار الجانبي:

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على منع مضار الجوار الرأسي، فإنهم مختلفون في القضاء بمنع مضار الجوار الجانبي، وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويمثله المتقدمون من فقهاء الحنفية⁽²⁾، والشافعية على الراجح⁽³⁾، ورواية عن الإمام أحمد⁽⁴⁾، فقد ذهبوا إلى القول بأن لصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما يشاء، ولا يرون تقييده في ملكه لأجل مصلحة جاره؛ لأن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك الاختيار في انتفاعه بملكه على الوجه الذي يريد ما دام خالصاً من تعلق حق الغير، وعلى ذلك يكون للمالك أن يصنع في عقاره ما شاء من غير قيد ولا شرط وإن أضر بجاره، فله فتح ما شاء من النوافذ في بيته، وهدم ما شاء من الجدران، وأن يعلي بناءه ويبني فوقه ما يشاء.

(1) القرافي، شهاب الدين: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط2، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1995؛ ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995، ج2، ص83.

(2) السرخسي: المبسوط، ج15، ص21؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج8، ص509.

(3) ابن الهمام: نهاية المحتاج، ج5، ص337؛ النووي: روضة الطالبين، ج4، ص351.

(4) ابن قدامة: المغني، ج7، ص52.

الاتجاه الثاني: ويمثله المالكية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾، والمتأخرون من فقهاء الحنفية⁽³⁾، فهم يرون أن المالك مقيد في انتفاعه بملكه بعدم الإضرار بجاره، وذلك لقول النبي ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽⁴⁾. ولأن الناس لسوء أخلاقهم وضعف دينهم، تركوا ما أوجبه الله عليهم خُلُقاً وأدباً من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء وإلا عمّت الفوضى⁽⁵⁾.

بعد هذا وقع خلاف بين الفقهاء - أصحاب هذا الاتجاه الثاني - في تحديد معنى الضرر الوارد في الحديث، والذي يُمنع المالك من ارتكابه، وذلك على النحو الآتي:

1. المتأخرون من فقهاء الحنفية: لا يمتنعون إلا الضرر البيّن الفاحش، وهو ما يضر البناء بأن يكون سبباً في انهدامه أو حدوث وهن فيه، أو يمنع الحوائج الأصلية، أي المنفعة المقصودة من البناء كالسكنى، وسدّ الضوء بالكلية. ومثال ذلك أن يُجدّث الرجل بناءً مرتفعاً قرب بيت جاره، فيسد عليه الريح أو الضوء بالكلية، أو يُحوّل داره إلى مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب⁽⁶⁾.

ومن أقوال الحنفية في هذه المسألة ما جاء في كتاب "فتح القدير": «والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يُترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً... وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان»⁽⁷⁾.

(1) ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 1، ص 37؛ ابن جزري: القوانين الفقهية، ص 509.

(2) البهوتي: كشاف القناع، ص 116؛ المرداوي: الإنصاف، ج 1، ص 896.

(3) نظام الدين: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 415؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 153.

(4) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

(5) الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 101.

(6) ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 153؛ حيدر علي: درر الحكام، ج 3، ص 213.

(7) ابن الهمام: فتح القدير، ج 7، ص 306.

بناء على ذلك، فإن الممنوع على المالك فعله ليس العمل الذي يترتب عليه مطلق الضرر، بل هو العمل الذي يترتب عليه الإضرار بالجوار ضرراً بيناً فاحشاً غير معتاد⁽¹⁾، وهذا القول هو المفتى به عند الحنفية⁽²⁾، وهو ما أخذت به مجله الأحكام العدلية، حيث جاء في مادتها (1197) أنه: « لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير ».

2. الملكية والحنابلة: فهم يرون أن استعمال المالك لملكه مقيد بعدم الإضرار بجواره ولو بالقصد والنية، فإذا لم تكن له مصلحة ظاهرة في التصرف، أو لم يقصد سوى الإضرار بالآخرين، مُنِعَ من ذلك⁽³⁾؛ لأن حديث النبي ﷺ: « لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »⁽⁴⁾ يُفهم منه تحريم جميع أنواع الضرر، سواء أكان الضرر فاحشاً أم لا⁽⁵⁾. وقد عدَّ "الشاطبي" هذا الحديث من الأدلة الظنية التي ترجع إلى أصل قطعي حيث يقول: « أنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضَّرَرَ والضَّرَارَ مَبْثُوثٌ منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كلييات »⁽⁶⁾.

ويقول "الباجي" في شرحه للحديث: « معنى ذلك - والله أعلم - أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضَّرَارَ ما قصد به الإضرار لغيره »⁽⁷⁾، لذا

(1) أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص 120.

(2) ابن الهمام: فتح القدير، ج 7، ص 306.

(3) ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 2، ص 258؛

الونشريسي: المعيار المغرب، ج 8، ص 448؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 52.

(4) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

(5) الزرقاني: شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1990، ج 4، ص 40.

(6) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: الموافقات، ط 1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية،

السعودية، 1997، ج 3، ص 185.

(7) الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب: المنتقى في شرح موطأ مالك، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت -

لبنان، 1999، ج 7، ص 403.

لذا فإن المسلم ممنوع من قصد الإضرار بالغير، وبالتالي يُمنع الفعل الذي تُخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه.

نستخلص من هذا أنه زيادة على منع الضرر الفاحش الذي ذكره الحنفية، فإن المالك مطالب بالكف عن استعمال ملكه بقصد الإضرار بجاره، ونظراً لتعذر الكشف عن هذا القصد، فإنه يُستعان في تبيّنه بالأمر المادية الظاهرة كالقرائن، ومن ذلك: أن لا يكون للمالك منفعة من استعمال حقه، ويترتب على ذلك ضرر بغيره، فهذا يعد قرينة على قصده الإضرار فيُمنع⁽¹⁾.

ويرجع اختلاف الفقهاء في تحديد الضرر الممنوع، إلى أن قول النبي ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضَرَار»⁽²⁾ عام في منع جميع أنواع الضرر، ولم يرد في الشرع ما يبين حدَّ الضرر الذي يوجب المسؤولية والضمان، لذلك لم يبق إلا الرجوع إلى العرف ليكون معياراً لذلك⁽³⁾؛ لأن الفقهاء يقولون: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف»⁽⁴⁾. ولما كان العرف يختلف باختلاف الزمان والمكان، تباينت آراء الفقهاء في الكثير من صور الضرر، وقضى كل منهم بناء على ما اعتاده الناس في بيئته، وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: «لا يُنكَّر تغَيُّر الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان»⁽⁵⁾.

(1) الدريني فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 243-246.

(2) حديث سبق تخريجه، يُنظر: ص 40.

(3) زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مزار الجوار، ص 103.

(4) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر، ط 2، مكتبة نزار مصطفى البار، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية، 1997، ج 1، ص 162.

(5) البورنو محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ج 8، ص 1100؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة (39). ومعنى هذه القاعدة أن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان، هي الأحكام المستندة على العرف والعادة؛ لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضاً العرف والعادة وتتغير الأحكام، بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبطل على العرف والعادة فإنها لا تتغير. (ينظر: درر الحكام، ج 1، ص 47).

ومن هنا فإن استعمال الناس لأموالهم على نحو معين، قد يكون ضرراً بالنسبة لأهل زمن معين وجهة معينة، ولا يعتبر ضرراً عند آخرين في زمن مختلف أو جهة مختلفة. فمثلاً: طَرَق الحديد قد يكون ضرراً فاحشاً بالنسبة لبعض الناس كالطلاب والمفكرين، لكنه ليس ضرراً بالنسبة لغيرهم ممن يشتغل بالأعمال اليدوية، لهذا كان في ترك تحديد الضرر الفاحش من غيره إلى العرف أفضل، فيكون ما اعتبره العرف ضرراً فاحشاً، ممنوعاً على الجار مباشرته، وما لم يعتبره ضرراً أو كان ضرره يسيراً جاز له فعله⁽¹⁾.

هذه هي آراء فقهاء الإسلام في مسألة مضار الجوار الجانبي، وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون الجزائري يرى تقييد حق الملكية العقارية بعدم تعسف المالك في استعمال ملكه، وألا يغلو في استعمال حقه إلى حد الإضرار بالجوار ضرراً غير مألوف، وهو بذلك يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، الذين يرون منع المالك من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره. وعملاً بقاعدة "حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف"⁽²⁾، فإن رأي القانون يعد لازماً في هذه المسألة ويجب العمل به، ولا يجوز مخالفته شرعاً؛ لاتفاق نصه مع أحد قولي العلماء، فحكم ولي الأمر بهذا القول يرفع الخلاف في هذه المسألة فتصير لازمة لكل شخص⁽³⁾، والالتزام بذلك يحول دون وقوع الضرر من البداية لا مجرد رفعه بعد وقوعه، إذ الوقاية خير من العلاج.

(1) بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، ص 344؛ شلبي محمد مصطفى: المدخل في الفقه الإسلامي، ط 10، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1985، ص 370.

(2) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: الفروق، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2003، ج 2، ص 192؛ الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله: المنشور في القواعد، ط 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1985، ج 2، ص 69.

(3) التويجري سليمان: حق الارتفاق، ص 419.

المطلب الثاني: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

بعد دراسة الأحكام المتعلقة بحق الشريك في الانتفاع بالأجزاء التي يملكها ملكية خاصة، وذلك باستعمالها واستغلالها، سنتكلم في هذا المطلب عن أهم سلطة يخولها حق الملكية لصاحبه، ألا وهي سلطة التصرف، والتي بدونها لا يكون لحق الملكية أي معنى. فتتطرق أولاً إلى الأحكام المنظمة لتصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري، ثم نبين بعد ذلك رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

الفرع الأول: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري

المراد بالتصرف هنا معناه الواسع الذي يشمل التصرف القانوني والتصرف المادي، وفيما يلي نبين حكم كل نوع من هذه التصرفات التي ترد على الأجزاء الخاصة:

أولاً- التصرف القانوني في الأجزاء الخاصة:

يحق للمالك أن يتصرف في الشقة المفروزة أو الطبقة التي يملكها بجميع أنواع التصرفات الجائزة قانوناً، كالبيع والهبة والرهن والإيجار... إلى غير ذلك من التصرفات التي يخولها حق الملكية لصاحبه⁽¹⁾. يُلاحظ هنا أن تصرف المالك في الأجزاء الخاصة يجب أن يشمل أيضاً حقه في الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع، وهذا عملاً بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 14 - 99 الذي جاء فيه: «يتصرف كل شريك في المملك بكل حرية في المحل الذي يمتلكه وبحصة الأجزاء المشتركة المرتبطة به». كما نص هذا المرسوم على بعض التحفظات التي ينبغي للشريك مراعاتها عند التصرف في هذه الأجزاء الخاصة، والتي يهمنها منها هنا قوله: «يترتب عن بيع محل ما بالضرورة وكتيجة لذلك بيع جزء من الحقوق الواقعة على الأشياء المشتركة».

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 223.

زيادة على هذا القيد الذي ذكره القانون، قد يتفق الشركاء فيما بينهم على بعض القيود التي تحدُّ من سلطة كل منهم في التصرف في ملكيته، ومثال ذلك: أن يتفق الشركاء على أنه لا يجوز لأي واحد منهم أن يتصرف في طبقته أو شقته لأجنبي إلا بموافقتهم. ومثل هذا القيد يُعد شرطاً صحيحاً؛ نظراً لمشروعية المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها، فهو من قبيل الشرط المانع من التصرف ويخضع لأحكامه؛ وبالمثل فإن تصرف الشريك في طبقته أو شقته لأشخاص متعددين بعد تقسيمها قد يُنقص من قيمة المبنى ككل، لذلك قد يتفق الشركاء على منع هذا التصرف⁽¹⁾.

وينبغي الإشارة هنا إلى أنه في حالة بيع شقة أو طبقة من المبنى، فإنه لا يثبت لملاك الطبقات والشقق الأخرى حق الشفعة في الطبقة أو الشقة المباعة استناداً إلى شركتهم في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار؛ لأنهم ليسوا شركاء في ملكية الطبقة أو الشقة المباعة. إذ المقصود بـ "الشريك في الشيوع" المنصوص عليه في المادة (2 / 795) من القانون المدني⁽²⁾، هو الشريك في ملكية ذات العقار الذي بيع جزء منه لأجنبي. على أن بعض فقهاء القانون يرون ثبوت حق الشفعة لمالك كل شقة أو طبقة من الدار إذا بيعت شقة أو طبقة أخرى ولو لم تكن ملاصقة، وذلك على أساس وجود الشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة من المبنى بما فيها الأرض، وأن البيع الوارد على الطبقة أو الشقة يشمل كذلك بيع حصة مالكيها في هذه الأجزاء⁽³⁾.

ثانياً- التصرف المادي في الأجزاء الخاصة:

نص المرسوم التنفيذي رقم 14 - 99 على أنه: « يمكن للمالك أن يعدل كما يبدو له تحت

(1) الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 154؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 194.

(2) تنص هذه المادة على أن: «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 إلى أجنبي؛ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

(3) خالدي أحمد: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 57.

مسؤوليته، وفي حدود القوانين والتنظيمات المعمول بها، الهيئة الداخلية للمحلات التي يملكها؛ غير أنه يجب عليه في حالة ثقب الجدران الضخمة الواقعة بين حجرتين، أن ينجز هذه الأشغال تحت مراقبة رجل المهنة، ويجب أن يتخذ كل التدابير اللازمة لعدم الإضرار بمتانة البناية، ويكون مسؤولاً عن كل ما يمكن أن يترتب عن هذه الأشغال من حالات انسياخ أو تدهور في البناية».

وعلى ذلك فإن لمالك الوحدة العقارية حق التصرف في وحدته كما يشاء ما لم يلحق ضرراً بالآخرين، فيجوز له القيام بتعديلها من الداخل، وذلك بإزالة بعض الفواصل وزيادتها وفق رغبته، وله أيضاً تغييرها وتحسينها، على أن يلتزم في كل ذلك بالقيود الواردة على حق التصرف في الملكية المفروزة، وهي قيود قد تكون مفروضة بأصل القانون أو باشتراط المالك الأصلي، كالبائع في عقد البيع، أو الملاك فيما بينهم، ومن ذلك ما يلي:

1. أن لا يتصرف مالك الوحدة بالأجزاء المفروزة تصرفاً يهدد سلامة المبنى، كهدم جدار داخلي أو عمود أساسي يستند عليه البناء.
2. أن لا يقوم بتعديلات أو إضافات تغير من الشكل الخارجي للمبنى في حالة ما إذا كان ذلك مشروطاً بالعقد.
3. أن يراعي عند إجرائه للتعديلات أو التغييرات، تجنب إحداث أي خلل في الشقة يمكن أن يتسبب بضرر للآخرين، بل عليه القيام بصفة دائمة بصيانة شقته من الداخل والمحافظة عليها، منعاً لأي ضرر يلحق بالملاك الآخرين. فكل مالك ملزم بالقيام بأعمال الصيانة والترميمات اللازمة لوحدته المفروزة؛ فعلى صاحب الطبقة السفلى صيانة وترميم جميع أجزائها المملوكة له ملكية مفروزة، وذلك لتجنب الإضرار بالطابق الأعلى، كما يلتزم صاحب العلو بإجراء الترميمات اللازمة لمنع سقوطه على الطابق الأسفل أو الإضرار به⁽¹⁾.

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 222؛ العميرة أحمد بن عبد العزيز: نوازل العقار، ص 197.

الفرع الثاني: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في الفقه الإسلامي

إذا كانت ملكية السفلى والعلو تقوم على أساس تعدد الطبقات، بحيث يكون العلو لملك والسفلى لملك آخر، فإن ذلك يعني أن لكل منهما حرية التصرف في ملكه، سواء أكان التصرف مادياً، باستعماله والاستفادة منه بأوجه الاستعمال المشروعة، أم اعتبارياً، بالإتجار به واستثماره. ومن أهم أوجه التصرف في الأجزاء المفروزة: نقل الملكية، والتعديل والهدم، وفيما يلي نبين الأحكام الخاصة بكل منها:

أولاً - التصرف في ملكية السفلى والعلو بنقل الملكية:

لما كان كل مالك في هذا النظام يختص بالطبقة التي يملكها، جاز لكل منهم التصرف فيها بنقل ملكيتها إلى الغير، سواء أكان ذلك بمقابل - كالبيع - أو بدون مقابل، كالهبة وغيرها من العقود. غير أنه قد وقع خلاف بين الفقهاء في بعض التصرفات، ومن ذلك: مسألة بيع صاحب العلو ما يعلو ملكه، وذلك بأن يبيع حق التعلي منفرداً عن الطبقة التي يملكها في المبنى، ومسألة ثبوت حق الشفعة بين الملاك إذا باع أحدهم الطبقة التي يملكها في المبنى. وفيما يلي عرض لآراء الفقهاء في هذين المسألتين:

1. حكم بيع حق التعلي⁽¹⁾:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز بيع حق التعلي؛ وذلك لأن العلو ملك للبائع، فكان له بيعه والاعتياض عنه كالقرار. واشتراطوا لصحة هذا البيع أن يكون البيت موصوفاً، بحيث يتناول الوصف: العلو المراد إحداثه إذا كان هناك بناء يراد استعلاؤه، أو العلو والسفلى معاً في حال بيع حق التعلي على بناء غير قائم، وهذا دفعاً للجهالة ونفياً للغرر؛ لأن

(1) حق التعلي: هو حق صاحب الطبقة العليا في القرار على سطح الطبقة السفلى على وجه الديمومة والاستمرار.

(يُنظر: الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 608؛ حيدر علي: درر الأحكام، ج 3، ص 205).

صاحب الأسفل رغبته في خفة الأعلى، وصاحب الأعلى رغبته في متانة الأسفل⁽¹⁾.
 أما الحنفية فيرون أن بيع حق التعلي منفرداً لا يصح مطلقاً، سواء ورد على بناء مزعم إقامته
 ولم يوجد بعد، أم ورد على بناء قائم؛ وذلك لأن حق التعلي ليس بهال، ولا هو متعلق بهال، بل هو
 حق متعلق بالهواء المستعلي على البناء، وليس الهواء مالاً يباع، إذ المال ما يمكن قبضه وإحرازه.
 بناء على ذلك: إذا كان سفلى بناء لرجل وعلوه لآخر، ثم انهدم هذا المبنى، فإنه لا يجوز لصاحب
 العلو بيع علوه؛ لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي، أما إن كان العلو لصاحب السفلى ثم قام
 ببيعه لشخص آخر فإن البيع صحيح، ويكون له سقف السفلى وللمشتري حق القرار، وإذا انهدم
 العلو كان له أن يبني عليه علواً آخر مثل الأول⁽²⁾.

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة، يكمن في مدى اعتبار حق التعلي من الحقوق المالية من
 عدمه؟ فمن قال بأن حق التعلي حق مالي: أجاز بيعه دون ارتباط بغيره، ومن قال أنه حق غير
 مالي: منع بيعه؛ لأن ذلك يؤدي إلى الغرر. وما ذهب إليه الجمهور - أي جواز بيع حق التعلي -
 هو الأصح فقهاً وعرفاً وعملاً؛ لأن هذا من المعاملات، ومعاملات الناس يجب أن تجري وفقاً
 لحاجتهم ما لم تصادم نصاً. كما أنه ليس هنالك تعارض بين هذا البيع وما تهدف إليه الشريعة
 الغراء من حماية المشتري من الضرر⁽³⁾.

(1) الخرشى: شرح مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، دار الفكر للطباعة، بيروت - لبنان، ج 5، ص 21؛ السيوطي:
 مطالب أولي النهى، ج 3، ص 350؛ ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله: المبدع شرح المقنع، ط 1، دار
 الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997، ج 4، ص 271؛ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 22.

(2) ابن عابدين: رد المحتار، ج 7، ص 236؛ ابن الهمام: فتح القدير، ج 6، ص 392.

(3) الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 609؛ زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مضار الجوار،

2. حق الشفعة⁽¹⁾ بين أصحاب ملكية السفلى والعلو:

إذا باع أحد أصحاب ملكية السفلى والعلو الطبقة التي يملكها، فهل يثبت لأصحاب الطوابق الأخرى في هذا المبنى حق الشفعة أم لا؟
تباينت آراء الفقهاء في هذه المسألة، وذلك بناء على اختلافهم فيمن تجب له الشفعة، ويمكن التمييز في ذلك بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويمثله جمهور الفقهاء⁽²⁾ من غير الحنفية، فهم يرون أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك في ذات المبيع، ما دام لم يقاسم - أي أن حقه مشاع لم يُمَيِّز - فلا شفعة عندهم لشريك مُقاسِم، ولا للشريك في حق من حقوق المبيع، ولا للجار.

وقد استدلووا على ذلك بحديث جابر رضي الله عنه قال: «إِنَّمَا جَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسِّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ»⁽³⁾. ففي صدر الحديث إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم؛ لأن كلمة "إنما" لإثبات المذكور ونفي ما عداه، وفي آخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق، والحدود بين الجارين في ملكية السفلى والعلو واقعة والطرق مصروفة، فكانت الشفعة منفية في هذه الحالة؛ لأنها إذا كانت غير واجبة

(1) تُعرَّف الشفعة في اصطلاح الفقهاء بأنها: «تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه. أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض». فإذا باع أحد الشريكين في عقار حصته فيه لشخص آخر، كان لشريكه حق أخذها من مشتريها بما اتفق عليه من الثمن، مضافاً إليه ما استتبعه شراؤها من مؤن ضرورية. (يُنظر: الموسوعة الفقهية، ج 26، ص 136؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 792).

(2) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: الذخيرة، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1994، ج 7، ص 318؛ الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 633؛ الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 384؛ المرادوي: الإنصاف، ج 2، ص 1077؛ البهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 359؛ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 183.

(3) أخرجه البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الأرضين وغيرها، الحديث رقم 2495، ص 472.

لشريك المقاسم، فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار، والشريك المقاسم إذا قاسم فهو جار (1).
الاتجاه الثاني: يمثله الحنفية، وهم يتفقون مع الجمهور في إثبات حق الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع ما دام لم يقاسم، غير أنهم يختلفون معهم في إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع. إذن فسبب وجوب الشفعة عند الحنفية هو الشركة أو الجوار، ثم الشركة نوعان: شركة في ملك المبيع، وشركة في حقوقه كالطريق (2).

وقد استدلت الحنفية على ثبوت الشفعة بالجوار بأحاديث منها: قول النبي ﷺ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ» (3). وعن أبي رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ قال: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ» (4)، والسَّقْبُ: يعني القرب والملاصقة. وعن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال، قال ﷺ: «الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُتَنَظَّرُ بِهَا، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا» (5). فهذه الأحاديث تدل على أن الشفعة تُستحق بالجوار؛ لأن الجار له حق كبير على جاره، ومن تلك الحقوق: أن الجار إذا أراد بيع عقاره، فيحسن أن يعرضه

(1) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، عمان - الأردن، 2009، ص 784؛ الموسوعة الفقهية، ج 26، ص 140.

(2) الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، ج 3، ص 343؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 90؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 9، ص 316؛ نظام الدين: الفتاوى الهندية، ج 5، ص 206 - 208.

(3) أخرجه الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، الحديث رقم 1368، ص 323، وقال: حديث حسن صحيح؛ وصححه الألباني: إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، كتاب البيع، باب الشفعة، الحديث رقم 1539، ج 5، ص 377.

(4) أخرجه البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، الحديث رقم 2258، ص 420.

(5) أخرجه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الشفعة، الحديث رقم 3518، ص 630؛ وأخرجه ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، الحديث رقم 2494، ص 425؛ وصححه الألباني: صحيح الجامع الصغير وزيادته، الحديث رقم 3103، ص 596.

على جاره، فهو أحق بالشراء من غيره؛ لأنه قد يحصل عليه من المجاورة ضرر وأذى، لا يزول إلاً بالشراء، وربما يشتره من لا يرغب جواره، فبشرائه يندفع عنه كثير من الأذى والضرر⁽¹⁾.

واستدلوا من المعقول بأن الجوار في معنى الشركة؛ لأن ملك الجار متصل بملك جاره اتصال تأييد وقرار، وحق الشفعة بسبب الشركة إنما ثبت لدفع أذى الدخيل وضرره، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة، فيثبت حق الشفعة للجار دفعاً لضرر الجوار قياساً على الشركة⁽²⁾.

الراجع في هذه المسألة: هو ثبوت حق الشفعة إذا كان بين الجارين مرافق مشتركة كطريق أو مسيل أو فناء أو غير ذلك؛ لأن هذا القول يجمع الأدلة كلها؛ فحديث: «إذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق» منطوقه يفيد انتفاء الشفعة عند معرفة كل واحد حدوده، ومنطوق حديث: «الجار أحق بشفعة جاره يُتَظَرُّ بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» فيه إثبات للشفعة بالجوار عند الاشتراك في الطريق، ومفهومه يفيد انتفاءها عند تصريف الطريق، فتوافق مفهوم الحديث الثاني مع منطوق الحديث الأول، فأحدهما يصدق الآخر، لا يعارضه ويناقضه⁽³⁾.

وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم. قال شيخ الإسلام: «أعدل الأقوال أنه إذا كان شريكاً في حقوق الملك ثبت له الشفعة، وإلا فلا»⁽⁴⁾.

بناء على ذلك، يمكن القول بثبوت حق الشفعة بين أصحاب ملكية السفلى والعلو؛ لحصول الجوار والملاصقة والشركة في بعض المرافق، فيثبت لكل مالك حق الشفعة إذا بيع ما تحته

(1) البسام عبد الله بن عبد الرحمن: توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ط5، مكتبة الأسد، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية، 2003، ج5، ص14؛ السرخسي: المبسوط، ج14، ص91.

(2) العيني، محمود بن أحمد: البناية في شرح الهداية، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1990، ج10، ص333.

(3) البسام عبد الله بن عبد الرحمن: توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج5، ص15.

(4) ابن تيمية: مجموع فتاوى ابن تيمية، ج30، ص383. وينظر رأي ابن القيم في كتابه: إعلام الموقعين، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، ج3، ص392.

أو ما يعلوه، أما على مذهب الجمهور فإن الشفعة لا تثبت بين أصحاب ملكية السفلى والعلو؛ لأنهم لا يثبتون حق الشفعة لغير الشريك في ذات المبيع الذي لم يقاسم.

هذا ما يتعلق بآراء الفقهاء في مسألة ثبوت حق الشفعة في ملكية السفلى والعلو، وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون الجزائري لا يعترف بحق الشفعة للشركاء في نظام الملكية العقارية المشتركة، رغم أنه يعتبر الأرض المقام عليها البناء متعدد الطبقات من ضمن الأجزاء المشتركة بين الملاك؛ ولذا وجب الإشارة إلى أن فقهاء الإسلام متفقون على أن الشفعة تثبت في البناء تبعاً للاشتراك في الأرض⁽¹⁾، وما ذهب إليه الجمهور من عدم ثبوت حق الشفعة للملكي السفلى والعلو، مبني على أن ملكية الأرض يختص بها صاحب السفلى؛ وعليه، فالذي يتفق مع رأي الفقه الإسلامي هو ثبوت حق الشفعة للشركاء في نظام الملكية العقارية المشتركة، وذلك بناء على اشتراكهم في ملكية الأرض المقام عليها البناء.

ثانياً - التصرف في ملكية السفلى والعلو بالتعديل أو الهدم:

يخول حق الملكية لكل من صاحب السفلى وصاحب العلو أن يتصرف في طبقته كيف يشاء، على أن يتقيد كل منهما بعدم الإضرار بصاحبه؛ فالفقهاء متفقون على منع التصرف الضار بين أصحاب ملكية السفلى والعلو؛ لأن لكل منهما حقاً في ملك صاحبه⁽²⁾. وبذلك يكون لكل مالك القيام بتجهيز الطبقة التي يملكها وفق رغبته، وأن يتصرف في جدرانها بفتح نوافذ وأبواب، كما يكون له تحسينها بالزخرفة وغيرها من الأمور التي لا ضرر فيها على البناء⁽³⁾. وهذا ما أشار إليه

(1) يُنظر في ذلك: النووي: روضة الطالبين، ج 4، ص 156؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 439؛ القرافي: الذخيرة، ج 7، ص 280؛ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 178.

(2) ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 147؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 111؛ الانصاري زكريا: أسنى المطالب، ج 2، ص 225؛ السيوطي: مطالب أولي النهى، ج 3، ص 250؛ البهوتي: كشف القناع، ص 116.

(3) العميرة أحمد بن عبد العزيز: نوازل العقار، ص 193.

"ابن الرامي" عند تطرقه لحكم تصرف صاحب السفلى في جدرانه - كأن يفتح فيها باباً أو يقدمه أو يؤخره - حيث يقول: « وقد كان ينزل عندنا مثلها كثيراً، فكنا ننظر هل يضر بصاحب العلوي أو لا يضر، فإن كان لا يضر به أمضيناه؛ لأنه منعه حقه من غير ضرر»⁽¹⁾.

وهذا يتبين أن من الحقوق التي لكل من صاحب السفلى على العلو، وصاحب العلو على السفلى، امتناع كل واحد منهما عن التصرف في ملكه تصرفاً يضر بصاحبه ضرراً محققاً إلا بإذنه، ومن بين تلك التصرفات الممنوعة نذكر ما يلي:

1. منع صاحب السفلى من القيام بكل فعل يوهن جدران السفلى أو يهدد سلامته، كأن يحفر بئراً أو قناة بجوار الجدار؛ لأن في ذلك إضرار بالملاك الآخرين. فالفقهاء المالكية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ - على القول الصحيح - يرون أنه في حالة انهدام السفلى، أن يؤمر مالكة بإعادة بنائه، فإن امتنع جاز إجباره على ذلك. وقد نُقل عن الإمام مالك في هذه المسألة قوله: إذا انهدم السفلى وفوقه علو وفوق العلو علو لرجل آخر، فإنه يُجبر صاحب السفلى على البناء، ثم يُجبر صاحب العلو الأوسط على البناء، حتى يمكن لصاحب العلو الثالث أن يبني، فإن شاء بنى وإن شاء ترك⁽⁴⁾.
- وهذا القول بإجبار صاحب السفلى على البناء، هو القول القديم للإمام الشافعي⁽⁵⁾. أما الحنفية فيفرون بين حالة الهدم الذي يكون بفعل صاحبه وحالة الانهدام الذي لا يكون كذلك،

(1) ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 124.

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 366؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 110؛ ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 11، ص 105؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 122.

(3) البهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 122؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 48؛ المرادوي: الإنصاف، ج 1، ص 900؛ ابن مفلح، شمس الدين محمد المقدسي: كتاب الفروع، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2003، ج 7، ص 447.

(4) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 11، ص 105.

(5) المطيعي، محمد نجيب: تكملة كتاب المجموع للنووي، مكتبة الإرشاد، جدة - المملكة العربية السعودية، ج 13، ص 100؛ الشيرازي: المهذب، ج 2، ص 142؛ النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 450.

وفيما يلي بيان حكم الحالتين:

الحالة الأولى: إذا انهدم السفل بغير تعدد من صاحبه، كأن سقط بسبب وهن في البناء أو زلزال ونحوه، فإن صاحب السفل لا يُجبر على إعادة بنائه؛ لأنه غير متعد، ولأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه. ولكن لصاحب العلو أن يبني السفل ويبنى عليه علوه، فإذا بنى السفل لم يكن متبرعاً؛ لأن صاحب السفل في هذه الحالة لا يُجبر على إعادة البناء، فكان صاحب العلو في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه، والمضطر غير متبرع، لهذا جاز له منع صاحب السفل من الانتفاع بملكه إلى أن يؤدي له مقدار ما أنفق لإعادة البناء⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا انهدم السفل بفعل صاحبه وترتب عن ذلك انهدام الطابق العلوي، فإنه يُجبر على إعادة سفله؛ لأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار للعلو، ولكن يجوز لصاحب العلو أن يبني السفل، ثم يرجع بما أنفق على صاحبه إن بنى بإذنه أو بإذن من القضاء، ويجوز له في هذه الحالة منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى فيه حتى يؤدي قيمته. أما إذا أعاد السفل بدون إذن من أحدهما، فإنه يُعد متبرعاً ولا يرجع على صاحب السفل بشيء؛ لأنه غير مضطر إلى البناء، إذ كان بإمكانه إجبار صاحب السفل على إعادة سفله عن طريق القضاء⁽²⁾.

2. يُمنع صاحب العلو من التصرف الضار في علوه، والمخالف لرضا صاحب السفل، فإذا أراد صاحب العلو أن يبني شيئاً على علوه، أو يضع كثيراً من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يتحملة عادة ونحو ذلك، يُنظر: فإن كان يضر بالسفل فإنه يكون محظوراً عليه، ولا يجوز له القيام بذلك إلا إذا أذن له صاحب السفل؛ لأن الثقل على حائطه، أما إن كان البناء على العلو لا يضر بالسفل فإنه يجوز له أن يبني ما بدا له، ومن غير توقف على رضا صاحب السفل؛ لأنه

(1) السرخسي: المبسوط، ج 17، ص 92؛ الطوري: تكملة البحر الرائق، ج 7، ص 51.

(2) ابن المهام: فتح القدير، ج 7، ص 302؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 148.

تصرف في ملكه ولا ضرر من ذلك على الغير⁽¹⁾.

كما ينبغي الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء يرون أنه في حالة انهدام العلو، فإن لصاحبه إعادة بنائه، وليس لصاحب السفلى أن يجبره على ذلك؛ لأنه لا منفعة له معتبرة في ذلك، ولأن العلو يختص به مالكه والإنسان لا يُجبر على عمارة ملكه⁽²⁾.

وفيما عدا التصرفات الضارة فإن تصرف كل من صاحب السفلى وصاحب العلو في طبقته، يبقى على أصل الإباحة، وذلك كدق المسامير الصغيرة، وطلاء الجدران، وتغطية الأرضيات بالبلاط، وإدخال التيار الكهربائي، وتبديل الأبواب والنوافذ... إلى غير ذلك من كل ما لا يترتب على إحداثه إلحاق ضرر بطبقة الآخر، حيث يكون لكل منهما أن يفعله ولو بدون رضا من صاحبه؛ لأنه تصرف في ملكه الخاص⁽³⁾.

هذا ما يتعلق برأي الفقهاء الإسلامي في مسألة التصرف المادي في المبنى متعدد الطبقات، وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون الجزائري يعطي لكل شريك في نظام الملكية العقارية المشتركة، حق التعديل في شقته أو طبقته من الداخل، كإزالة بعض الفواصل وزيادتها وفق رغبته، أو تغييرها وتحسينها، على أن يلتزم في ذلك بالقيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية المفروزة. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي يتفقان على أن لكل مالك القيام بالتصرفات المادية التي يريدتها في الجزء الذي يملكه ملكية مفروزة من المبنى متعدد الطبقات، بشرط ألا يؤثر ذلك على متانة البناء ولا يضر بحقوق الملاك الآخرين.

(1) فراج حسين أحمد: المدخل للفقهاء الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002، ص 372؛ بدران

أبو العينين بدران: تاريخ الفقهاء الإسلامي ونظرية الملكية، ص 346.

(2) ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 148؛ الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 10؛ الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 107.

(3) فراج حسين أحمد: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص 372.

المبحث الثالث : سلطات الشريك على الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

ذكرنا سابقاً أن المقصود بالأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة، هو تلك الأجزاء التي تكون ملكيتها شائعة بين جميع الملاك، ومُعَدَّة للاستعمال المشترك فيما بينهم، وأن الفقه الإسلامي يعتبرها بمثابة المرافق المشتركة بين الشركاء. ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن نبين السلطات التي يمكن للشريك ممارستها على هذه الأجزاء من المبنى، معتمدين في ذلك على نفس الخطة التي درسنا بها سلطات الشريك على الأجزاء الخاصة في المبحث الأول، فنتناول في المطلب الأول الأحكام المتعلقة باستعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، بينما نخصص المطلب الثاني لبيان الأحكام المنظمة لعملية التصرف فيها.

المطلب الأول : استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

ستتطرق في هذا المطلب إلى أول سلطة يجولها حق الملكية لصاحبه وهي حق الاستعمال، وذلك باستخدام الشيء محل الملكية في كل ما أُعدَّ له، وما يترتب عن ذلك من إلزام للمالك بتحمل أعباء الصيانة للشيء محل الملكية. ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول منها الأحكام المنظمة لاستعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في القانون الجزائري، أما الثاني فنعقده لتحديد رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

الفرع الأول : استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في القانون الجزائري

سنبدأ بتوضيح القواعد المنظمة لسلطة استعمال الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري، ثم نتطرق بعد ذلك إلى الأحكام المتعلقة بصيانة هذه الأجزاء.

أولاً - استعمال الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري:

تُعتبر الأجزاء المشتركة ملكاً مشاعاً لجميع ملاك الطبقات والشقق على جهة الشروع الإيجابي، وهي في الوقت ذاته تابعة أو ملحقة بملكية الأجزاء المفروزة⁽¹⁾، ولذا فإنه حسب نص المادة (749) من القانون المدني الجزائري، يكون لكل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء المفروز الذي يملكه من المبنى، حق استعمال هذه الأجزاء فيما أُعدَّت له، بشرط ألا يمس بحقوق الشركاء الآخرين، أو يلحق ضرراً بما أُعدَّ له العقار.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 14-99 على ذلك بقوله: «يمكن لكل شريك في الملك و/أو كل شاغل له أن يستعمل بحرية، قصد الانتفاع بالمحلات التي يملكها، الأجزاء المشتركة حسب ما هي مُعدَّة له، دون أن يعوق حقوق الشركاء أو المستعملين الآخرين، ولا يمكن لأي شريك في الملك و/أو شاغل له أن يعرقل أو يستعمل الأجزاء المشتركة خارج وجوه استعمالها المألوفة، أو يترك فيها أشياء مهما كانت».

فمن خلال هذا النص وما جاء في المادة (749) من القانون المدني الجزائري، يتبين أن للشريك في الملكية العقارية المشتركة حق استعمال الأجزاء المشتركة كما لو كانت مملوكة له ملكية خالصة، على أن يلتزم في ذلك بالقيود التالية:

أولاً: يجب أن يكون استعمال الأجزاء المشتركة وفق ما يقتضيه الانتفاع بالأجزاء المفروزة، بمعنى أن يكون استخدام المشترك لصالح المفروز، فلا يجوز للشريك أن يستعمل الأجزاء المشتركة لخدمة عقارات أخرى غير تلك التي خصصت لخدمتها، كأن يفتح باباً في أحد الجدران الأساسية للوصول إلى منزل آخر يملكه بجوار العمارة⁽²⁾.

(1) توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 258.

(2) العميرة أحمد بن عبد العزيز: نوازل العقار، ص 207؛ الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 153؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 208.

ثانياً: أن يكون الاستعمال في حدود الغرض الذي أعدت له هذه الأجزاء المشتركة، فليس لأحد الملاك - مثلاً - أن يستغل مواقف السيارات كمستودع أو مكان للعب الأطفال، أو يستخدم المدخل الرئيسي أو الممرات أو السلم لعرض متجاته ولو كان نصيبه في البناء متّجراً⁽¹⁾.

ثالثاً: يجب ألا يكون من شأن هذا الاستعمال إلحاق الضرر بالمبنى أو بأي جزء من أجزائه، أو المساس بحقوق الشركاء الآخرين؛ لما لهم من حقوق مساوية على هذه الأجزاء، فليس لأحد الشركاء أن يستأثر باستعمال هذه الأجزاء، إذا كان استعمالها يقتضي التناوب - كحجرة الغسيل مثلاً -، كما لا يجوز له أن يستأثر بالانتفاع بالسطح أو البناء عليه إذا كان مالكا للطابق الأعلى⁽²⁾.

ومن التطبيقات القضائية في ذلك، ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم (50937) الصادر بتاريخ 1990/05/09، حيث جاء فيه: « من المقرر قانوناً أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة، تُعدّ أجزاء مشتركة في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن النزاع يدور حول السطح والمغسل المشترك بين كافة المستأجرين، فإن قضاة المجلس برفضهم وإلغائهم الحكم المستأنف، والحكم من جديد برفض الدعوى، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽³⁾.

ثانياً - صيانة الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري:

إذا كان من حق جميع الشركاء استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها، فإن المادة (750) من القانون المدني الجزائري تلزم كل واحد منهم بالمساهمة في تكاليف حفظ هذه الأجزاء

(1) الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 153؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 208.

(2) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 254؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 103.

(3) المحكمة العليا: المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1991، ص 32.

وصيانتها، ولا يمكن الامتناع عن ذلك بدعوى عدم الانتفاع بها، كما أنه لا يجوز لأي شريك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من التزامه بالاشتراك في تكاليف حفظها وصيانتها وإدارتها، وهو ما يُعدُّ استثناءً من القاعدة العامة التي تجيز لصاحب الحق العيني التخلص من التزامه بالتخلي عن الحق العيني المبني عليه الالتزام. إنما يستطيع الشريك التخلص من التزامه بالمساهمة في هذه التكاليف، إذا هو تخلى عن الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة وعن حقه في الأجزاء المشتركة. وعلة ذلك تكمن في أن انتفاع الشريك بملكته المفرزة، يفترض بالضرورة انتفاعه بالأجزاء المشتركة، إذ لا يُتصور من الناحية العملية، أن يمتنع عن استعمال الأجزاء المشتركة، كالباب الرئيسي والسلم، والجدران الأساسية والأسقف والأرضيات ونحو ذلك⁽¹⁾.

هذا وتنقسم التكاليف المشتركة حسب نص المادة (750) من القانون المدني الجزائري إلى نوعين رئيسيين، وهما:

1. تكاليف من النوع الأول: وهي نفقات التسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة الخاصة، ويتحمل هذه التكاليف جميع الشاغلين للعقار، على أن توزع بينهم بحصص متساوية.

2. تكاليف من النوع الثاني: وهي نفقات الترميمات الكبرى للعقار وصيانتها، وكذا أمن الشركاء في الملكية والشاغلين لها. ويتحمل هذه التكاليف جميع الشركاء في ملكية العقار، كل حسب حصته المفرزة فيه.

وقد سار المرسوم التنفيذي رقم 14-99 على التقسيم نفسه، عند تناوله للأعباء المختلفة التي تقع على عاتق الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له، حيث ميز بين نوعين من الأعباء: أعباء

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 232؛ توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 261؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 272.

من الصنف الأول، ويعني بها التكاليف التي أوردتها القانون المدني في النوع الأول، وأعباء من الصنف الثاني، هي تكاليف النوع الثاني، ثم يبيّن النفقات التي يشملها كل نوع بالتفصيل.

وكمثال عن النفقات التي يشملها الصنف الأول نذكر ما يلي:

- الراتب المخصص للمتصرف، والنفقات اللازمة لإدارة البناية، وأجر البواب.
- مبالغ استهلاك الماء والكهرباء بالنسبة للأجزاء المشتركة، ونفقات العدادات العامة.
- جميع النفقات التي تستلزمها الترميمات الصغيرة في الأجزاء المشتركة.

أما النفقات التي تُعتبر من الصنف الثاني، فنذكر منها:

- نفقات الترميم بمختلف أنواعه، والمتعلقة بالجدران الضخمة والسقف الخارجي والسطح والواجهات والتمديدات الرئيسة للماء والكهرباء والغاز.
- الضرائب والرسوم المحتملة مهما يكن شكلها، والتي ستخضع لها جميع الأجزاء المشتركة العامة في المجمع العقاري، وكذا مبالغ التأمين ضد الحرائق وغيرها من الأخطار.
- النفقات المتعلقة بتسيير وصيانة المصاعد، ومنشآت الإنارة في الأجزاء المشتركة.

وينبغي الإشارة إلى أنه في حالة امتناع أحد الشركاء عن دفع التكاليف المستحقة عليه، فإن المادة (750 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري، وكذا المرسوم رقم 14-99، ينصان على أنه يمكن للمتصرف المكلف بإدارة هذه الملكية، أن يلجأ إلى إجراءات التحصيل الجبري. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم (299253) الصادر بتاريخ 23/02/2005، بقولها: إن الامتناع عن تسديد نصيب في مصاريف إصلاح السطح المشترك، لا يحرم الممتنع من الانتفاع به قانوناً؛ لأنه من الأجزاء المشتركة المُعدّة للاستعمال المشترك، إنها يترتب عليه قانوناً، جواز التنفيذ الجبري لإلزامه بتسديد نصيبه⁽¹⁾.

(1) المحكمة العليا: مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2005، ص 251.

أما إذا كان الشاغل أو الشريك في الملكية تابعاً لهيئة أو مصلحة عمومية أو مجموعة محلية، ولم يدفع التكاليف المستحقة بعد الإنذار بالتنفيذ، فإن المادة (750 مكرر2) من القانون المدني الجزائري، تنص على أنه يجب أن يتم تحصيل هذه التكاليف عن طريق الخصم التلقائي من الاعتمادات المقررة لهذا الغرض، وذلك على يد المحاسب العمومي بناء على إحالة من المتصرف الذي يتعين عليه تقديم جميع الإثباتات، لا سيما الفواتير وقرارات جمعية إدارة العقار.

الفرع الثاني: استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في الفقه الإسلامي

سنبدأ هذا الفرع بتوضيح حكم استعمال الأجزاء المشتركة في الفقه الإسلامي، ثم نتطرق بعد ذلك لما يمكن أن يستفاد من أقوال الفقهاء في حكم صيانتها.

أولاً - حكم استعمال الأجزاء المشتركة في الفقه الإسلامي:

ذكرنا فيما سبق أن الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة تخضع لأحكام حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، وبالتالي فإن لكل شريك في سبيل الانتفاع بملكته الخاصة في المبنى، حق استعمال هذه الأجزاء المشتركة، ويشمل هذا الحق جميع أنواع تلك الأجزاء، مثل: السقف، والجدران الأساسية، والمصعد، وأجهزة التكييف، والهاتف ونحوها.

فهذه الأجزاء من المبنى تعد من لوازم السكن التي لا يستغني عنها ساكن، سواء أكان مالكا للرقبة أم للمنفعة. فمثلاً: السقف الذي يستظل به صاحب السفلى، وينبسط عليه صاحب العلو، هو ضرورة للساكن، حيث لا يتم السكن في البيت إلا بذلك، والجدار الذي يفصله عن غيره، هو كذلك من لوازم سكنه، والسُّلَّم أو المصعد بين الطوابق العليا والسفلى هو كذلك كالطريق قد تكون الحاجة إليه ضرورية، خاصة بالنسبة لمن يسكن في الطوابق العليا⁽¹⁾.

(1) الحداد أحمد بن عبد العزيز: حقوق الارتفاق، بحث مقدم ضمن مؤتمر ماليزيا في التجديد المعاصر، ماليزيا، 2007.

ومن هنا فإن كل شريك في ملكية المبنى متعدد الطبقات معني بالانتفاع بالأجزاء المشتركة، فالسقف الذي يفصل بين الطابقين، ساتر لصاحب السفلى، وأرض لصاحب العلو، فيكون لكل منهما الانتفاع به بحسب العادة⁽¹⁾. كما يحق لكل شريك الاستفادة من القنوات الرئيسة، سواء تلك المخصصة لجلب المياه الصالحة للشرب، أو تلك المخصصة لتصريف المياه المستعملة؛ لأن هذه القنوات تعد بمثابة المجرى أو المسيل المشترك بين أصحاب المبنى متعدد الطبقات. كما يكون لكل شريك الدخول والخروج عبر المدخل الرئيسي للمبنى، ولجميع الشركاء حق استعمال الدرج أو المصعد⁽²⁾، باعتباره ممراً بين الطوابق السفلى والطوابق العليا، دون استئثار من أحدهم⁽³⁾.

ونظراً لوجود الجوار بين أصحاب ملكية الطبقات من جهة، واشتراكهم في ملكية بعض أجزاء المبنى من جهة أخرى، فإن من الواجب على كل شريك لدى انتفاعه بهذه الأجزاء المشتركة، أن يلتزم بعدم الإضرار بغيره من الشركاء أو بالمبنى أو بأي جزء من أجزائه⁽⁴⁾. وقد سبقت الإشارة إلى أن الفقهاء متفقون على منع مضار الجوار الرأسي بين أصحاب ملكية السفلى والعلو، فيشمل هذا منع كل استعمال لهذه الأجزاء المشتركة بشكل يترتب عنه إلحاق الضرر بأحد الملاك، إضافة إلى ضرورة الالتزام باستعمالها في حدود الغرض الذي أعدت له، وعدم استعمالها لخدمة عقارات أخرى.

(1) النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 453.

(2) وهذا ما أشار إليه "العدوي" في حاشيته على شرح مختصر خليل حين قال: «إذا كان الطابق ثلاثة مثلاً، فالسلم من الأسفل للوسطى على صاحب الوسطى، وما فوق ذلك على صاحب العليا، ولو كان ينتفع بسلم الوسط فلا شيء عليه للوسط». (يُنظر: الخرشبي: شرح مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، ج 6، ص 57).

(3) منال موسى محمد مي: المرافق المشتركة في المباني السكنية، رسالة ماجستير غير منشورة، نوقشت بالجامعة الإسلامية - غزة، فلسطين، 2015، ص 84.

(4) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 110؛ منال موسى محمد مي: المرافق المشتركة في المباني السكنية، ص 84.

ثانياً - حكم صيانة الأجزاء المشتركة في الفقه الإسلامي :

تبين من خلال دراسة الأحكام الخاصة باستعمال الأجزاء المشتركة، أن لجميع الملاك الحق في استعمالها والانتفاع بها. ولا شك أن دوام الانتفاع بهذه الأجزاء يتطلب المحافظة عليها، وذلك بصيانتها وإصلاح أي خلل قد يصيبها. ولكن هل القيام بصيانة هذه الأجزاء المشتركة وعمل ما يلزم للمحافظة عليها، يقع على عاتق جميع الملاك أم يتحمله بعض فقط ؟

إن حق الشركاء في الانتفاع بالأجزاء المشتركة، يقتضي إلزام كل واحد منهم بالمساهمة في صيانتها، كما هو الحال بالنسبة لصيانة الأملاك المشتركة بصفة عامة⁽¹⁾، فالشركاء جميعاً منتفعون بهذه الأجزاء لهم غنمها، فيكون عليهم غرمها وهو صيانتها، وهذا هو الأصل العام في صيانة المرافق المشتركة. ويمكن توضيح ذلك من خلال الإشارة إلى بعض الأحكام التفصيلية التي ذكرها الفقهاء المالكية في معرض حديثهم عن صيانة بعض المرافق المشتركة في ملكية السفلى والعلو، والتي يمكن أن تنطبق على الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة، ومن ذلك ما ذكره في بيان حكم كنس المرحاض المشترك بين مالكي السفلى والعلو، وبناء السلم، وإصلاح باب السفلى في حالة الهدم، وذلك على التفصيل التالي:

1. المشهور عند المالكية أنه يجب على صاحب العلو إصلاح السُّلم إذا انهدم، فإن كان الذي تحت السُّلم بيتاً أو شيئاً ينتفع به صاحب الأسفل فسقط سقفه، فعلى صاحب الأسفل تسقيفه ليبنى عليه صاحب العلو درجه؛ لأنه كالسقف، فيسقطه صاحب السفلى ويبنى عليه صاحب العلوي درجه⁽²⁾. وبهذا يتضح أن صاحبي ملكية السفلى والعلو، شركاء في تحمل أعباء صيانة السلم الذي بين ملكيهما، وهو ما ينطبق على الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة.

(1) تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 205؛ الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 215.

(2) ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 121؛ الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 481.

2. إن كنس المرحاض - أي تنظيفه - الموجود في الدور الأسفل، والذي يشترك صاحب الدور الأعلى في ملكيته، يُعمل فيه بالعرف، فإن لم يوجد عرف، فالظاهر من أقوال المالكية أن يكون ذلك باشتراك الجميع بقدر الاستعمال⁽¹⁾. ويمكن أن يقاس على هذه المسألة عملية صيانة القنوات الرئيسة في نظام الملكية العقارية المشتركة والتي تُعدُّ من الأجزاء المشتركة، وبالتالي يجب أن يتحمل الشركاء جميعاً تكاليف صيانتها.

3. إذا انهدم باب الطابق السفلي وكان هو الباب الرئيسي للمبنى، فللملكية قولان فيمن يُلزم بإعادة بنائه؛ أحدهما: أنه على صاحب السفلي؛ لأنه ملكه. والثاني: أنه عليها جميعاً - يعني على صاحب السفلي وصاحب العلو - لأنهما يملكان المدخل والمخرج، وهذا هو القول الراجح⁽²⁾، وهو القول الذي يتفق وطبيعة المدخل الرئيسي في نظام الملكية العقارية المشتركة باعتباره أحد الأجزاء المشتركة.

وهذا الأصل العام الذي سبق الإشارة إليه، من إلزام الملاك بالمساهمة في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة، لا إشكال فيه إذا ساهموا جميعاً في القيام بأعمال الصيانة برضاهم. لكن ماذا لو حصل خلاف فيما بينهم وأراد بعضهم التخلي عن أداء ما يخصه من التكاليف اللازمة لهذه لصيانة، فهل يجبرون على ذلك أم لا؟

يمكن قياس هذه المسألة على ما ذكره الفقهاء حول مدى جواز إجبار الشركاء على المشاركة في نفقات إصلاح المجرى المشترك أو عدم جواز ذلك، ولهم في ذلك تفصيل:

أ. ذهب الحنفية والمالكية إلى التفريق بين أعمال الصيانة التي يكون الغرض منها دفع الضرر

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 366؛ الصاوي أحمد: بلغة السالك، ج 3، ص 305؛

التطيلي: كتاب الجدار، ص 165.

(2) ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، ص 124.

العام الذي قد ينال جميع الشركاء لو أهمل القيام بها، وبين الأعمال التي يكون الغرض منها دفع الضرر الذي يلحق بعض الشركاء فقط، وذلك على التفصيل التالي:

1. إذا كان الضرر عاماً، أُجبر الممتنع من الشركاء على المساهمة بما يخصه من تكاليف لدفع هذا الضرر؛ لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر، فكان الجبر على المشاركة من باب دفع الضرر عن الجماعة⁽¹⁾. ومثال ذلك: أن يوجد نهر صغير مشترك بين جماعة من الناس يأخذ الماء من نهر كبير، فأرادوا تحصينه، خوفاً من أن ينبثق ويُغرق المزارع، فإنه يجب على الجميع المشاركة في هذا العمل، ومن امتنع منهم أجبره الحاكم⁽²⁾.

2. إذا كان الضرر خاصاً ببعض الشركاء، أو لم يكن للإصلاح نفع محقق، فلا يجبر الجميع⁽³⁾، وذلك مثل قناة أو بئر بين شريكين احتاجت إلى الكنس - أي تنقيتها من الأتربة وما يسقط فيها - فطلب أحدهما القيام بذلك وامتنع الآخر، وفي عدم كنسها ضرر بانتقاص الماء، فإن الممتنع منها لا يُجبر على المشاركة في تنظيفها، ولكن يجوز لشريكه أن يقوم بالتنظيف بمفرده، ويكون أولى بما زاد من الماء دون شريكه، حتى يؤدي حظه من النفقة فيرجع إلى أخذ حظه من جميع الماء⁽⁴⁾.

ب. أما الشافعية والحنابلة فإنهم لا يفرقون بين نوعي الضرر اللذين ذكرهما الحنفية والمالكية، ولهم في مسألة إجبار الشريك الممتنع عن المشاركة في صيانة النهر أو القناة أو العين، قولان:

(1) ابن عابدين: رد المحتار، ج 8، ص 148؛ الطوري: تكملة البحر الرائق، ج 8، ص 394؛ عيش، محمد بن أحمد المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1989، ج 6، ص 302؛ الصاوي: بُلغة السالك، ج 3، ص 304.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 298.

(3) الخرشبي: شرح مختصر خليل، ج 6، ص 56؛ الحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 106؛ ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 11، ص 17؛ الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 298.

(4) الإمام مالك: المدونة الكبرى، ج 4، ص 471؛ ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنين، ص 157.

القول الأول: أن يُجبرَ الشريك الممتنع؛ لأن في ذلك دفع للضرر وصيانة للأموال المشتركة من التعطيل، وهذا هو المذهب عند الحنابلة⁽¹⁾ وعليه بعض الشافعية⁽²⁾. وقد أخذت مجلة الأحكام الشرعية بهذا القول، حيث جاء في مادتها (1667): « يُجبرَ الشريك على العماره مع شريكه في الأملاك والأوقاف المشتركة، لا فرق في ذلك بين الحائط والسقف والدار والبئر والدولاب والناعورة والقناة المشتركة ونحوها، إذا احتاجت إلى عماره أو تنظيف أو سد شق أو إصلاح حائط ونحو ذلك مما يتضرر الشركاء بتركه»⁽³⁾.

القول الثاني: لا يُجبر؛ لأنه - أي الشريك الممتنع - يتضرر بالنفقة أيضاً، و"الضرر لا يزال بالضرر"⁽⁴⁾. وهذا هو القول المعتمد عند الشافعية⁽⁵⁾، وهو الرأي الثاني للحنابلة⁽⁶⁾.

من خلال هذا العرض لآراء المذاهب الفقهية حول صيانة المجرى المشترك، يتضح بأن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من التفريق بين نوعي الضرر، وإلزام الشريك الممتنع بالنفقة في حالة الضرر العام دون حالة الضرر الخاص، هو الذي يتماشى مع طبيعة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات؛ وذلك لأن التهاون في صيانة هذه الأجزاء في حالة الضرر العام، قد يؤدي إلى تعطيل منافعها، وبالتالي عدم تمكن كل شريك من الانتفاع بملكيتها الخاصة، كما لو حدث انهيار في المدخل الرئيسي للمبنى.

(1) المرادوي: الإنصاف، ج1، ص900؛ البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: شرح منتهى الإرادات، ط1، مؤسسة

الرسالة، بيروت - لبنان، 2000، ج3، ص434.

(2) الشرييني: مغني المحتاج، ج2، ص246-247.

(3) القاري: مجلة الأحكام الشرعية، ص506.

(4) السيوطي: الأشباه والنظائر، ج1، ص143.

(5) النووي: روضة الطالبين، ج3، ص450؛ الشرييني: مغني المحتاج، ج2، ص246-247.

(6) ابن قدامة: المغني، ج7، ص49؛ المرادوي: الإنصاف، ج1، ص900.

أما بالنسبة لأعمال الصيانة التي يكون الغرض منها تحسين الانتفاع بالأجزاء المشتركة، كتغيير القناة الرئيسة للمياه بأخرى أكبر حجماً لزيادة كمية المياه التي تصل المبنى، أو دفع الضرر عن بعض الشركاء - كإصلاح المصعد الكهربائي - فلا حاجة لجبر الشركاء على ذلك، طالما أنه باستطاعة الشريك الذي يدعو لإجراء هذه الصيانة، القيام بها بمفرده والاستئثار بالمنافع المترتبة عنها، حتى يؤدي الشريك الممتنع نصيبه من التكاليف اللازمة لها.

المطلب الثاني: التصرف في الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

تُعدُّ سلطة التصرف أهمَّ عناصر حق الملكية، وهي السلطة المميزة له عن باقي الحقوق العينية الأخرى، ومن خلال هذا المطلب سنحاول توضيح الأحكام التي نظم بها القانون الجزائري تصرف الشريك في الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة، وذلك في الفرع الأول منه، أما الفرع الثاني فنعقده لبيان رأي الفقہ الإسلامي من التصرف في هذه الأجزاء.

الفرع الأول: التصرف في الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري

من المعلوم أن التصرف في الشيء المملوك قد يكون تصرفاً قانونياً بنقل ملكيته إلى الغير، وقد يكون تصرفاً مادياً بالتغيير في شكله، وفيما يلي توضيح لرأي القانون الجزائري في هذين النوعين من التصرفات التي يمكن أن تَرِدَ على الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة.

أولاً - التصرف القانوني في الأجزاء المشتركة :

تنص المادة (747) من القانون المدني الجزائري، على أنه: « لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم أو بيعاً بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة». فمن خلال هذا النص يتبين أنه يمتنع على الشريك التصرف في حصته من الأجزاء المشتركة استقلالاً عن الطبقة أو الشقة التي يملكها ملكية مفرزة، سواء بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غيرها

من العقود؛ لأن الشيوخ الإجباري هنا مقرر لكافة الشركاء وبنص القانون، إضافة إلى كون الحصة في الأجزاء المشتركة، تابعة تبعية مطلقة للجزء المفرز الذي يملكه كل شريك، وقد أعدت إعداداً كاملاً لخدمته⁽¹⁾.

كما أنه لا يجوز لأي شريك طلب قسمة هذه الأجزاء المشتركة؛ لأنها مُعدّة للاستعمال المشترك. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها يحمل رقم (488219) حيث جاء فيه: إن الأجزاء المشتركة المُعدّة للاستعمال المشترك غير قابلة للقسمة، ولا تكون محلاً لدعوى القسمة، ومن ثم فإن الساحة المتواجدة قرب العمارة والتابعة لها، تشكل أجزاء مشتركة في قضية الحال، وفقاً لسندي ملكية سكني طرفي الخصومة، فلا تكون موضوعاً لدعوى قسمة بمعزل عن الأجزاء الخاصة، فلا تجوز قسمتها وفقاً لأحكام المادتين (745 و747) من القانون المدني⁽²⁾.

ثانياً- التصرف المادي في الأجزاء المشتركة:

ورد في الفقرة الأخيرة من المادة (745) من القانون المدني الجزائري، أنه يُعدّ من الحقوق التبعية للأجزاء المشتركة، كل من حق تعلية العمارة المُعدّة للاستعمال المشترك أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة، وكذا الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة. وطبقاً لأحكام المادة (769) من القانون المدني الجزائري فإنه يُشترط في قرارات جمعية الشركاء المتعلقة بهذه الحقوق أن تتم المصادقة عليها بإجماع الشركاء في الملكية. مع ملاحظة أن قرار حق التعلية، يتطلب - بالإضافة إلى إجماع الشركاء في الجمعية - موافقة الشركاء الساكنين بالطابق العلوي. أما المرسوم التنفيذي رقم 14-99 فقد نص على أنه لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة ولا على الخدمات المشتركة، مثل المصاعد وقنوات

(1) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 253.

(2) المحكمة العليا: مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2010، ج 3، ص 301.

توزيع الماء والغاز والكهرباء وكل التجهيزات المشتركة، إلا بموافقة أغلبية الشركاء.

بناء على ذلك، فإنه لا يجوز لأي شريك المساس بالأساسات والدعائم والجدران الأساسية الخارجية أو الداخلية الحاملة للبناء، كما لا يجوز لأي شريك القيام بأي عمل من شأنه تهديد سلامة البناء أو التغيير في شكله الخارجي على نحو يمس بالنسيج العمراني للبناء، أو إضافة أبنية عليه في الأسطح، أو إحداث تعديل في كل ما هو ضروري لتكوين وتناسق البناء⁽¹⁾.

وقد أشارت المادة (756 مكرر) من القانون المدني الجزائري إلى أنه يمكن للشركاء طلب التعويض إذا حصل لهم بسبب قيام أحدهم بأعمال أو بناءات أدت إلى الانقاص من قيمة أملاكهم، أو ترتبت عنها أضرار بالغة فيما يملكون، أو أدت إلى منعهم من الانتفاع بأملاكهم منعاً دائماً أو مؤقتاً، ويوزع هذا التعويض على جميع الشركاء في الملكية المشتركة، كل بقدر حصته.

أما في حالة وجود جمعية لتسيير البناية، فإن هذا المرسوم ينص على ضرورة موافقة الشركاء بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين أو الممثلين لهم، للمصادقة على القرارات المتعلقة بالقيام بأشغال التحسين مهما كان نوعها، مثل تغيير عنصر أو عدة عناصر من التجهيزات الموجودة، أو إدخال عناصر جديدة، وتعديل محلات ذات استعمال مشترك. لكن ينبغي ملاحظة أنه يكفي الحصول على الأغلبية البسيطة من أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين لهم، عندما يتعلق الأمر بالترخيص لبعض الأعضاء، للقيام على نفقتهم بأشغال تلحق الضرر بالأجزاء المشتركة، أو بالمظهر الخارجي للبناية وفقاً لما هي مُعدّة له.

وعملاً بنص المادة (769) من القانون المدني - السالفة الذكر - فإن المصادقة لا تتم إلا بإجماع أعضاء الجمعية العامة للشركاء، بالنسبة للقرارات التي تتعلق بتشييد بنايات جديدة بغرض إنشاء محلات للاستعمال الخاص، أو تلك المتعلقة بإعلاء البناية أو قرار التنازل - لنفس

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 231.

الغرض - عن حق إعلاء بناية موجودة، وهذا مع مراعاة الحصول على الموافقة الصريحة من الشركاء الذين يشغلون الطابق الأعلى المراد تعليته.

يتضح من كل ما تقدم أنه لا يجوز للشريك في نظام الملكية العقارية المشتركة - حسب القانون الجزائري- إحداث أي تغيير أو تعديل في الأجزاء المشتركة دون موافقة جميع الشركاء أو أغلبهم حسب نوع التعديل، وبشرط: أن يكون من شأن التعديل تسهيل استعمال هذه الأجزاء المشتركة، وألا يلحق ضرراً بالملاك الآخرين.

الفرع الثاني: التصرف في الأجزاء المشتركة في الفقه الإسلامي

تعد الأجزاء المشتركة في الملكية العقارية المشتركة من الأموال التي لا تقبل القسمة؛ وذلك لأن الانتفاع بها لا يتيسر ولا يتحقق إلا ببقائها مملوكة على جهة الشيوخ، كما أن الغرض من وجودها يمثل إحدى حالات المال المشترك الذي وُجد ليؤدي منافع مشتركة، لذا فإنه يمتنع على كل شريك المطالبة بقسمتها. غير أنه ينبغي الإشارة هنا إلى أن الإبقاء على الشركة والانتفاع بالعين المشتركة، يُعد أحد الخيارين اللذين يجعلهما المالكية للشريكين في عين واحدة لا تقبل القسمة، إضافة إلى خيار آخر وهو بيع العين المشتركة واقتسام ثمنها، وهذا هو رأي "ابن القاسم" الذي ورد في المدونة، حيث يقول: «وأنا أرى أن كل ما لا ينقسم من الدور والمنازل والأرضين والحمامات، وغير ذلك مما يكون في قسمته الضرر ولا يكون فيما يقسم منه منتفع، أن يباع ويُقسم ثمنه على الفرائض؛ لأن رسول الله ﷺ قال: "لا ضَرَرٌ ولا ضِرَارٌ وهذا ضرر»⁽¹⁾.

ونظراً لارتباط الأجزاء المشتركة بالأجزاء المفروزة، فإنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يتصرف في حصته من الأجزاء المشتركة استقلالاً عن حصته المفروزة، وهذا عملاً بالقاعدة الفقهية التي

(1) الإمام مالك: المدونة الكبرى، ج 4، 313.

تقول أن «التابع لا يُفرد بالحكم»⁽¹⁾. والمراد بالتابع الذي لا يفرد بالحكم عن متبوعه: هو الذي لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل يكون وجوده تبعاً لوجود متبوعه، سواء أكان جزءاً من متبوعه أو ضمن متبوعه أو من ضرورات متبوعه ولوازمه، أو فرعاً له. فإذا كان التابع يلحق متبوعه في حكمه فينبني على ذلك أنه لا يفرد بحكم دون متبوعه؛ لأن ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود غيره فإنه ينزل منزلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام، فلا يجوز إفراده بالحكم، وحينئذ لا يصلح أن يكون محلاً مستقلاً في العقد لیتعلق به الحكم⁽²⁾. وبما أن الأجزاء المشتركة ما هي إلا جزء من المبنى متعدد الطبقات، والاشترار فيها ما حصل إلا بسبب تملك كل شريك لإحدى شقق أو طبقات المبنى، فإنه لا يجوز التصرف فيها بمعزل عن تلك الأجزاء المفردة التي تعد هي الأصل.

كما يمكن قياس الأجزاء المشتركة في البناء متعدد الطبقات على مسألة ذكرها المالكية، تتعلق بالساحة التي تكون ملكيتها بين أصحاب البيوت المحيطة بها، حيث يقولون: إن العرصة⁽³⁾ إذا كانت تضيق بالقسمة، فإنها لا تقسم وتبقى مُرتَفَقاً بين أصحاب تلك البيوت، أما إذا كانت واسعة وأراد أحدهم بيع نصيبه منها، فليس له ذلك إلا ببيع نصيبه من البيوت، أو يأذن له شركاؤه في ذلك، فإن أبى أحدهم لم يكن له ذلك ورُدَّ إن فعل⁽⁴⁾. والعلة المشتركة بين المسألتين

(1) تعد هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة: "التابع تابع"، وتأتي بلفظ: التابع يثبت له حكم أصله، وفي لفظ: ثبوت الحكم في التابع بثبوتها في الأصل. (يُنظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ج1، ص198؛ البورنو محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ج3، ص158).

(2) السيوطي: الأشباه والنظائر، ج1، ص198؛ البورنو محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ج3، ص158-164؛ الموسوعة الفقهية، ج10، ص95.

(3) العرصة: ساحة الدار، والبقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها، والجمع العرّاص والعرصات. (يُنظر: الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، 1986؛ المعجم الوسيط، ص593).

(4) ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج11، ص222؛ القرافي: الذخيرة، ج7، ص204.

تكمّن في الارتباط الموجود بين الملك المشاع والملك المفروز، وارتفاق جميع الشركاء بالملك المشاع في سبيل انتفاع كل واحد منهم بملكه المفروز.

وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز لأحد مالكي المبنى متعدد الطبقات، أن يتصرف في حصته من الأجزاء المشتركة بمعزل عن الطبقة التي يملكها، لا بالبيع ولا بغيره من التصرفات الناقلة للملكية. فلو باع أحد الشركاء الطبقة التي يملكها، فإن البيع يشمل الأجزاء المشتركة المتصلة بطبقته، كالجدران الرئيسة والأعمدة والسقف، وكذا حقه في استعمال المرافق التابعة للمبنى، كموقف السيارات وغيرها من الأجزاء المعدّة للاستعمال المشترك.

وبهذا يتبين أن حكم التصرف في الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة، يختلف عن حكم التصرف بالحصّة المشاعة في حالة الشيوع العادي؛ لأن الصورة هناك لا ارتباط فيها بين الحصّة المشتركة والحصّة المفروزة، فملك الحصّة المشاعة حصل استقلالاً عن ملكية الجزء المفروز، أما هنا فقد حصل الاشتراك بسبب تملك الجزء المفروز⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتصرف المادي بالتعديل والهدم وغيره، فإنه يخضع للقاعدة العامة للتصرف في الاملاك المشتركة، والتي تقضي بأنه لا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك إلا برضا جميع الشركاء⁽²⁾؛ لذلك فإنه لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في الأجزاء المشتركة دون موافقة شركائه، وهذا سواء أضر بهم أم لم يضر؛ لأن هذه الأجزاء المشتركة مملوكة لجميع الشركاء، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك.

(1) العميرة أحمد: نوازل العقار، ص 205.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 297؛ السرخسي: المبسوط، ج 23، ص 173.

الفصل الثالث:

سلطات الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

❖ المبحث الأول: مفهوم ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

❖ المبحث الثاني: انتفاع الشريك بملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

❖ المبحث الثالث: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

الفصل الثالث : سلطات الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

إن ملكية الأسرة هي الصورة الثالثة من صور الشيوخ الإجباري التي نظمها المشرع الجزائري، حيث خصها بقواعد تختلف عن التنظيم العام للملكية الشائعة العادية، وذلك في المواد (738-742) من القانون المدني، وفيما عدا المسائل التي نظمتها هذه المواد تظل ملكية الأسرة خاضعة لما تخضع له الملكية الشائعة العادية من أحكام.

ومن خلال هذا الفصل سنحاول أن نبين الأحكام المتعلقة بالسلطات التي منحها القانون الجزائري لكل شريك في هذا النوع من الملكية، والمتمثلة أساساً في حق الانتفاع بالأموال المكونة لهذه الملكية والتصرف فيها، ومقارنة ذلك بما ورد في الفقهاء الإسلامي من أحكام تتعلق بالملك المشترك. لكن قبل ذلك لابد من تحديد مفهوم ملكية الأسرة في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

المبحث الأول : مفهوم ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

يُعد هذا المبحث بمثابة التمهيد لدراسة سلطات الشريك في ملكية الأسرة، حيث نحاول في المطلب الأول منه تحديد المقصود بهذه الملكية في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي. وحتى يتضح معناها أكثر كان لابد من تمييزها عن النظم المشابهة لها، وهذا ما ستحدث عنه في المطلب الثاني. وبما أن ملكية الأسرة تعد صورة خاصة من صور الملكية الشائعة، فإن المطلب الثالث سيكون مخصصاً لتحديد الشروط اللازمة لإنشائها.

المطلب الأول: تعريف ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق في الأول منها لتعريف ملكية الأسرة في القانون الجزائري، بينما نخصص الفرع الثاني لتحديد معنى هذه الملكية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف ملكية الأسرة في القانون الجزائري

إن تنظيم ملكية الأسرة في القانون المدني الجزائري لا يعني استحداث صورة جديدة من الملكية الشائعة، فهذا النوع من الملكية كان قائماً فعلاً قبل أن يوجد قانوناً؛ وذلك لأن الكثير من الأسر تفضل الإبقاء على أموالها - خاصة تلك المكتسبة عن طريق الميراث - شائعة بين أفراد الأسرة، يديرها عميد الأسرة ويقدم حساباً عن إدارته لشركائه في هذا الشروع. لذا فإن كل ما قام به المشرع من خلال هذا القانون، أنه أوجد ما كانت تفتقده مثل هذه الملكية من تنظيم خاص يتجاوب مع الغرض المنشود من إنشائها، ويراعي ما يربط أفراد الأسرة الواحدة من صلة وثيقة تسمح بتوافر قدر من الثقة والتعاون قد لا يتوافر بين الشركاء في الشروع العادي، والذين لا تجمعهم هذه الرابطة⁽¹⁾.

وإذا كانت ملكية الأسرة صورة من صور الشروع الإجباري، فإنه شيوخ يفرضه الاتفاق لا القانون، كما أن الشركاء فيها يكونون من الأقارب الذين ينتمون إلى أسرة واحدة، ومن هنا جاءت تسميتها بملكية الأسرة⁽²⁾. فقد نصت المادة (738) من القانون المدني الجزائري على أن: « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، أن يتفقوا كتابة على إنشاء

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1043؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 237.

(2) منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 207؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية، ص 117؛ العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 54.

ملكية للأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر لهم».

فيتين من هذا النص أن المشرع جعل الأخذ بهذا التنظيم اختيارياً، فهو متوقف على اتفاق أفراد الأسرة على إنشاء تلك الملكية، كما أجاز أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة على إنشاء هذه الملكية بما يساهم كل واحد منهم بجزء في تكوينه، دون أن يرجع أصله إلى مال مشترك ورثوه.

وتظهر فائدة تنظيم ملكية الأسرة بوجه خاص في مجال الاستثمار الزراعي؛ وذلك لأنه يحافظ على وحدة الأرض الزراعية الموروثة بما فيها من ملحقات ضرورية لاستثمارها، ويجول دون تجزئة الأرض وبعثرة المنقولات المرصدة لاستغلالها بعد وفاة المورث، ونفس الأمر يظهر في نطاق الاستثمار التجاري؛ فإذا كان المال الموروث محلاً تجارياً مثلاً، أمكن للورثة مباشرة التجارة فيه معاً أو توكيل أحدهم بمباشرتها نيابة عنهم، وإذا كان المال الموروث منزلاً للسكنى، فإن ملكية الأسرة تسمح لهم بأن يستمروا في سكناهم جميعاً⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم يمكن القول بأن ملكية الأسرة: هي عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بتصرف قانوني من اتفاق يُفرغ في سند كتابي بين شركاء تجمعهم وحدة القرابة، فضلاً عن وحدة العمل أو المصلحة، ويُعبّر عن حق كل شريك فيها بجزء نظري أو حصة معنوية، يُرمز لها برقم حسابي معين، لذلك فإنها تُعد نظاماً مستقراً وليس عابراً كالملكية الشائعة العادية⁽²⁾.

(1) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 176؛ قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 196؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 119.

(2) العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 54؛ العبيدي هاني: الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 83.

الفرع الثاني: تعريف ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي

رغم أن الفقه الإسلامي لم يستعمل مصطلح ملكية الأسرة، إلا أنه من خلال بيان معناها في القانون، يتبين أنها لا تعدو أن تكون حالة من حالات الشيوع العادي قُيدت بقيود وضعية اقتضتها المصلحة، لذا فإن هذا النظام ليس له وجود مستقل ولا أحكام خاصة في الفقه الإسلامي⁽¹⁾. وقد تم التطرق في المبحث التمهيدي إلى تعريف الشيوع في الفقه الإسلامي، وتبين أن الفقهاء يعتبرونه أحد أقسام الشركة بمعناها العام، ويسمونه "شركة الملك"، والتي يُقصد بها: كون الشيء مشتركاً بين شخصين فأكثر بسبب من أسباب التملك، كالشراء والهبة، وقبول الوصية، والإرث، أو خلط الأموال أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق، وهي نوعان:

1. شركة اختيار: هي الاشتراك الحاصل في شيء ما بفعل المتشاركين. فهذه الشركة لا تنشأ إلا بإرادة الشريكين أو الشركاء، سواء أكانت بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد⁽²⁾. ومن الأمثلة عن هذه الشركة: أن يشترك اثنان أو أكثر في شراء شيء واحد، أو يُوصى بعين من الأعيان لاثنين أو أكثر فيقبلوا الوصية، أو يخلط إنسان ماله بمال غيره عن رضا منه فيمتنع التمييز بين المالين⁽³⁾.

2. شركة جبر: هي الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين، سواء أكان ذلك بأحد أسباب التملك كالإرث، أم بأسباب أخرى كالاختلاط القسري للأموال بصورة لا تقبل التمييز⁽⁴⁾.

يتبين من هذا التقسيم لشركة الملك، أنها تشمل الحالتين اللتين ذكرهما القانون المدني

(1) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 215.

(2) حيدر علي: درر الأحكام، ج 3، ص 18؛ الموسوعة الفقهية، ج 26، ص 21.

(3) الخفيف علي: الشركات في الفقه الإسلامي، ص 9.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 499؛ السرخسي: المبسوط، ج 11، ص 151.

الجزائري لإنشاء ملكية الأسرة، ففي حالة ما إذا تم إنشاء ملكية الأسرة بأموال موروثه لأعضاء الأسرة، فإن هذه الملكية تعد إحدى صور شركة الملك الجبرية في الفقه الإسلامي، اتفق الشركاء فيها على إبقاء المال في حالة شيوع لمدة زمنية محددة؛ وذلك لأنه كثيراً ما تنشأ شركة الملك بين أشخاص من أسرة واحدة عن طريق الإرث أو الوصية، ولا يطلب أحدهم القسمة، فتبقى الأموال في حالة شيوع.

أما الحالة التي يتم فيها إنشاء ملكية الأسرة بأموال مملوكة لأعضاء الأسرة ملكية مفرزة، فإن ملكية الأسرة في هذه الحالة تعد شركة ملك اختيارية تم إنشاؤها بإرادة الشركاء بواسطة عقد رضائي. وبهذا يتضح أن ملكية الأسرة بجميع أشكالها ما هي في الحقيقة إلا صورة من صور شركة الملك في الفقه الإسلامي ولذا وجب أن تخضع لأحكامها.

المطلب الثاني: شروط إنشاء ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

من خلال النظر في تعريف ملكية الأسرة في القانون المدني الجزائري، يتبين أنه يُشترط لإنشائها جملة من الشروط؛ منها ما يجب توفره في الأشخاص الذين يجوز لهم الاتفاق على إنشائها، ومنها ما يرتبط بالأموال المكونة لها. وسنتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب لتوضيح تلك الشروط، أما الفرع الثاني فتتناول فيه شروط إنشاء ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: شروط إنشاء ملكية الأسرة في القانون الجزائري

يشترط القانون المدني الجزائري جملة من الشروط ينبغي توفرها لإنشاء ملكية الأسرة، أولها: أن يكونوا من أسرة واحدة، والثاني: أن تكون الأموال المكونة لها مملوكة لأعضاء الأسرة، والثالث: أن يكون الاتفاق في شكل مكتوب، إضافة إلى شرط المدة، والتي يجب ألا تتجاوز (15) سنة، وسنقوم فيما يلي بشرح كل شرط على حدة بشيء من التفصيل:

أولاً - انتماء الشركاء لأسرة واحدة:

يُشترط لإنشاء ملكية الأسرة أن يكون الشركاء الذين يتفقون على إنشائها، أعضاء أسرة واحدة، ولكن ما المقصود بأعضاء الأسرة في هذا الشرط؟

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بأعضاء الأسرة في هذا الصدد، لذلك اتجه بعض فقهاء القانون إلى تحديد مفهوم لفظ "الأسرة" على ضوء المادة (32) من القانون المدني، والتي تنص على أن: «تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد»، ومعنى ذلك أنه لا يصح إنشاء ملكية الأسرة إلا بين من تجمعهم قرابة النسب، وهم من يجمعهم أصل مشترك، سواء أكانت القرابة مباشرة أم قرابة حواشي، وأياً كانت درجة القرابة⁽¹⁾.

ويؤدي هذا المفهوم الضيق للأسرة، إلى عدم جواز إنشاء ملكية الأسرة بين من تجمعهم قرابة المصاهرة فقط، ولا بين الزوجين إذ لم يكونا في ذات الوقت قريين بالنسب. والواقع أن هذا الفهم لا يتفق مع العلة من تقرير نظام ملكية الأسرة، وهي قوة الرابطة بين الشركاء، لذلك ذهب جانب من فقهاء القانون إلى عدم التقيد بنص المادة (32) من القانون المدني - السالفة الذكر - في تحديد معنى الأسرة في هذا المجال، وأن الأولى هو الأخذ بمفهوم واسع للأسرة، وهو المعنى الدارج المألوف في كلام الناس ليشمل الزوج والزوجة وكذا الأصدقاء، إذ ليس من المنطق أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أبناء الأعمام، ويمنع إنشاؤها بين الزوجين⁽²⁾.

ومما يستفاد كذلك من نص المادة (738) من القانون المدني، أن القرابة لوحدها لا تكفي لإنشاء ملكية الأسرة، بل لابد أن يتوافر بجانب ذلك، وحدة العمل أو المصلحة، ولهذا يقول

(1) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 119؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 177؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 238.

(2) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 258؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1047؛ توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 245.

السنهوري: « أن الضابط للأسرة هنا ليست هي القرابة بل هي وحدة العمل و المصلحة»، ومن ذلك أن يتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالاً معيناً يقتضي وحدة الإدارة، أو يكون مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على أحسن وجه⁽¹⁾. ولكن هناك من يرى أن النص على وحدة العمل والمصلحة في هذه المادة، لا يُعدّ شرطاً بالمعنى الدقيق بحيث يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة، وإنما هو بمثابة السبب بمفهومه الحديث، أي الباعث الذي يدفع أعضاء الأسرة نحو إبرام هذا العقد⁽²⁾. وطبقاً لقواعد السبب، فإن القانون يفترض وجود المصلحة المشروعة ما لم يُقْم الدليل على خلاف ذلك⁽³⁾.

ثانياً - أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة:

نصت المادة (738) في فقرتها الأخيرة على أن: «...تتكون هذه الملكية - أي ملكية الأسرة - إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر لهم». فيفهم من هذا النص أن الأموال التي يقدمها الأعضاء لإنشاء ملكية الأسرة يجب أن تكون مملوكة لهم وقت إبرام العقد، ولا يصح إنشاء هذه الملكية بالأموال التي ستؤول إليهم مستقبلاً.

والغالب في إنشاء ملكية الأسرة أن يكون مصدر الأموال المكونة لها، تركة يتفق الورثة على إبقائها كلها أو بعضها في حالة شيوع لتدار إدارة مشتركة، ضماناً لحسن استغلالها واحتفاظاً بوحدها، ولكن لا مانع من إضافة مال آخر لهذه التركة لإدخاله في ملكية الأسرة⁽⁴⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1047.

(2) العبيدي هاني: الحقوق العينية، ص 84؛ الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 142؛ قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 197؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 119.

(3) يُنظر: المادة (98) من القانون المدني الجزائري.

(4) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1048؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 201؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 177.

كما يمكن لأعضاء الأسرة الواحدة أن يتفقوا على إنشاء ملكية الأسرة بأموال مملوكة لهم ملكية مفرزة، انتقلت ملكيتها إليهم بسبب مستقل من أسباب كسب الملكية، ولم تكن مملوكة لهم على الشيوع من قبل، أو يكون بعضها مملوكاً على الشيوع والبعض الآخر مملوكاً ملكية مفرزة⁽¹⁾. هذا ويصح أن تكون الأموال التي تتكون منها ملكية الأسرة عقارات - وهو الغالب - أو منقولات، مع ملاحظة أنه في حالة كون هذه الأموال عبارة عن عقارات، فإن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا بعد تسجيل العقار لدى المصالح العقارية المختصة، وهذا عملاً بنص المادة (793) من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

ثالثاً - أن يكون الاتفاق كتابياً:

جعل المشرع الجزائري تطبيق أحكام ملكية الأسرة منوطاً بوجود اتفاق بين أعضاء الأسرة، فإذا لم يوجد اتفاق، لا تقوم ملكية الأسرة. كما أوجب أن يقع هذا الاتفاق كتابة؛ وذلك لأن رابطة التعاون التي تقوم عليها ملكية الأسرة قد لا تكون متوفرة بين أعضاء الأسرة الواحدة، وهذا ما صرحت به المادة (738) من القانون المدني بقولها: « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة... ». إذن، فمصدر ملكية الأسرة هو العقد، وهو عقد شكلي لا يتم إبرامه إلا بالكتابة، فالكتابة المطلوبة هنا هي شرط للانعقاد وليست لمجرد الإثبات، وبالتالي يعد الاتفاق غير المكتوب باطلاً ولو أقرّ به المتعاقدون، رغم أنه لا يلزم شكل معين للكتابة، إذ يمكن أن تكون الكتابة عرفية⁽³⁾.

(1) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 120.

(2) تنص المادة (793) من القانون المدني الجزائري على أنه: « لا تُنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ».

(3) منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 208؛ العبيدي هاني: الحقوق العينية، ص 84.

والحكمة من هذا الإلزام بالكتابة، تكمن في أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة قد تصل إلى (15) سنة، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوباً، حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة⁽¹⁾.

ولما كان هذا الاتفاق عبارة عن تراض على إنشاء ملكية الأسرة، وجب أن تتوفر فيه أركان العقد وشروطه، ومن بين تلك الشروط: وجوب تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة، فلا بد فيمن يدخل عضواً في ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية، أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه⁽²⁾. فالأهلية المطلوبة هنا أعلى من أهلية الإدارة؛ وذلك لأن من يضع ماله في ملكية الأسرة لا يقوم بإدارته إدارة معتادة، بل هو يقيد من حريته في التصرف - كما سنرى لاحقاً - وفي الوقت ذاته يعطي لمن يدير هذه الملكية، سلطات واسعة تتجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة، ومن ثم وجب توفر أهلية التصرف⁽³⁾.

ومتى أبرم عقد إنشاء ملكية الأسرة، أصبحت الأموال مملوكة لجميع أطرافه ملكية شائعة، نصيب كل واحد منهم هو المقدار المحدد في العقد، فإن لم يوجد مثل هذا التحديد، كانت أنصبة الأعضاء متساوية، وهذا تطبيقاً لنص المادة (713) من القانون المدني الجزائري. مع ملاحظة أن هذا العقد لا يترتب عنه إنشاء شخصية معنوية لملكية الأسرة، وإنما تظل الأعيان مملوكة على الشيوع لأعضاء الأسرة⁽⁴⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1046.

(2) تنص المادة (40) من القانون المدني الجزائري على أن: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشرة (19) سنة كاملة ».

(3) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 259؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1046.

(4) طلحة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ج، ص 611.

رابعاً - عدم تجاوز المدة خمس عشرة سنة :

نظراً لما تتمتاز به ملكية الأسرة من رابطة قرابة بين الشركاء، خرج المشرع الجزائري في شأنها عن المبدأ المقرر في الشيوخ العادي - وذلك في المادة (722) من القانون المدني - وهو عدم جواز الاتفاق ابتداء على البقاء في الشيوخ لمدة تتجاوز خمس سنوات. فطبقاً لنص المادة (1/739) من القانون المدني: يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة، والإبقاء على المال في حالة شيوخ لمدة لا تزيد عن (15) سنة، فإن زادت المدة عن هذا الحد وجب إنقاصها لتكون مساوية له. ولكن يمكن للشركاء بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء، أن يتفقوا على تجديدها مرة أخرى أو أكثر، فالتجديد لا يتم تلقائياً، بل يتعين وجود اتفاق جديد في كل مرة، فإن انقضت المدة المتفق عليها دون تجديد ولم يطلب أحد الشركاء القسمة، بقي الشيوخ قائماً، ولكنه يصبح شيوخاً عادياً لا ملكية أسرة⁽¹⁾.

وعلى أية حال فإن تحديد مدة ملكية الأسرة ليس بلازم، فقد لا يتفق الشركاء أصلاً على أجل لبقائها، وحينئذ يكون الخروج من الشيوخ فيها أمراً يسيراً - كما سنرى لاحقاً - ولذلك فإن تحديد المدة ليس شرطاً من شروط إنشاء ملكية الأسرة⁽²⁾؛ والدليل على ذلك ما قضت به المادة (2/739) من القانون المدني الجزائري من جواز عدم تحديد أجل لملكية الأسرة.

الفرع الثاني: شروط إنشاء ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي

لما كانت ملكية الأسرة تمثل إحدى صور شركة الملك في الفقه الإسلامي، وجب أن تتوفر فيها الشروط العامة لوجود هذه الشركة، وهي شروط تتعلق بالشركاء والملك المشترك.

(1) قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 199؛ منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 208.

(2) العبيدي هاني: الحقوق العينية، ص 86؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 240.

أولاً - شروط الشركاء في شركة الملك :

لا يُشترط في شركاء شركة الملك الجبرية إلا أهلية الوجوب، وذلك بأن يكون كل واحد منهم أهلاً لأن تثبت له حقوق على غيره وتجب عليه حقوق لغيره، فلا يُشترط فيهم عقل ولا بلوغ ولا رشد؛ لأن مناط أهلية الوجوب هو الصفة الإنسانية، فكلما تحققت الإنسانية وُجدت هذه الأهلية⁽¹⁾. ولهذا فإن شركة الملك الجبرية تصح بين الصغار والسفهاء، وفاقدي العقل، كما تصح بين الراشدين وبين هؤلاء، وبين الرجال والنساء، وبين المسلم والكافر.

أما بالنسبة لشركة الملك الاختيارية المنشأة بإرادة الشركاء، فسواء أكانت بواسطة عقد أم بدونه، فإن أهلية الوجوب لا تكفي لتكوينها، بل لابد أن يتوفر في الشركاء أهلية الأداء، أي صلاحية كل واحد منهم لممارسة الأفعال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل⁽²⁾. إضافة إلى بقية الشروط الواجب توفرها في أطراف أي عقد من العقود، وهي: أن يكون لدى العاقد ولاية التصرف ليبرم العقد، وأن يكون ذلك برضاه واختياره فلا يصح مع الإكراه⁽³⁾.

هذه هي الشروط الواجب توفرها في الشركاء لوجود شركة الملك في الفقه الإسلامي، وقد ذكرنا آنفاً أن القانون الجزائري يشترط في أعضاء ملكية الأسرة - زيادة على الشروط العامة للعقود - أن يكونوا منتمين لأسرة واحدة. ويمكن القول بأن هذا الشرط هو من باب التنظيم فقط، ولا يتنافى مع ما تم الإشارة إليه من شروط ينبغي مراعاتها في شركاء شركة الملك في الفقه الإسلامي، فإذا كان جميع الأعضاء يتمتعون بالأهلية اللازمة للتعاقد، وتم العقد بالتراضي فيما

(1) الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، 1998، ج2، ص785؛ شلبي محمد مصطفى:

المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1985، ص491.

(2) الزحيلي محمد: النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق - سورية، 1993، ص134.

(3) الموسوعة الفقهية، ج30، ص219؛ الحفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر،

2008، ص341.

بينهم، فلا يضر بعد ذلك كونهم من أسرة واحدة أم أجنب عن بعضهم البعض.

ثانياً - شروط الملك المشترك :

يُشترط لوجود شركة الملك وصحتها، أن يكون الملك المشترك فيها مما يصح تملكه، ويجوز الاشتراك فيه شرعاً، وهو كل ما فيه منفعة شرعية قابلة للاشتراك فيها، مثل: الأصول - أي الدور والأشجار - والعروض والحيوان وغير ذلك، وهذا سواء أكان مما يجوز بيعه شرعاً أو لا يجوز. إلا أن ما يجوز بيعه، تجوز الشركة فيه بكل الوسائل الشرعية من معاوضة وغيرها، أمّا ما لا يجوز بيعه، فيجوز الاشتراك فيه إذا تم تملكه بغير معاوضة، كإرث أو هبة، أو وصية، مثل: جلود الميتة المدبوغة، والثمار التي لم يبدُ صلاحها ونحو ذلك. فهذه الأشياء لا يجوز بيعها، ولكن يصح الاشتراك فيها إذا وهبت لأشخاص متعددين أو وُصي بها لهم أو ورثوها، أما إذا اشتروها فلا تصح الشركة فيها؛ للنهي عن بيعها، والنهي يدل على فساد المنهي عنه⁽¹⁾.

ولا يصح الاشتراك بأي وجه في كل ما لا يصح تملكه شرعاً؛ لأن الأشياء التي لم تصح فيها الملكية الفردية، لا تصح فيها الملكية المشتركة؛ لانعدام قابلية التملك فيها، ولأن الملك إذن شرعي خاص، والأعيان لا تقبله إلا باعتبار منافعها؛ فما لا منفعة له كالحشاش - أي الحشرات - وما له منفعة محرمة كالخمر والمطربات المحرمة، وما له منفعة تعلق بها حق آدمي، كالحر لتعلق حقه بنفسه، وكالوقف لتعلق حق الموقوف عليه به، فلا يقبل واحد من هذه الأنواع الثلاثة الملك؛ أما الأول فلأن الإذن فيه عبث، وأما الثاني فلأن الإذن فيه تناقض، والعبث والتناقض مستحيلان على الشارع فلا يجوزان في شرعه، وأما الثالث فلأن الإذن فيه مبطل لذلك الحق، وبقي النوع الرابع وهو ما فيه منفعة ليست محرمة ولا تعلق بها حق آدمي فيقبل الملك لأجل منفعته⁽²⁾.

(1) تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 52.

(2) القرافي: الفروق، ومعه تهذيب الفروق لـ محمد علي المكي، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ج 3، ص 384.

هذه هي الشروط العامة لإنشاء شركة الملك في الفقه الإسلامي، أما الشروط الخاصة التي ذكرها القانون لإنشاء ملكية الأسرة، ففي الحقيقة ما هي إلا قيود اقتضتها المصلحة لتنظيم هذه الملكية، وذلك مراعاة لما بين أفراد الأسرة من ترابط وما لهم من عادات، وهي شروط لا تتعارض مع القواعد العامة لإنشاء شركة الملك في الفقه الإسلامي. فمثلاً: بالنسبة لاشتراط أن يكون العقد مكتوباً، فإن الكتابة تعد إحدى أساليب صيغة الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي، وفي الجملة فإن الفقهاء متفقون على صحة العقود وانعقادها بالكتابة إذا تم الإيجاب والقبول بها، باستثناء عقد النكاح⁽¹⁾. وزيادة على ذلك يرى بعض الفقهاء أنه يُستحب كتابة عقد الشركة، وفي ذلك يقول "السرخسي": «... والشركة عقد يمتد فيُستحب الكتاب في مثله ليكون حَكماً فيما جرى من المنازعة، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيِّ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [سورة البقرة: الآية 282]، ثم إن المقصود بالكتاب، التوثيق والاحتياط، فينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه ويُتحرز فيه من طعن كل طاعن»⁽²⁾.

ولا شك أن هذا القول ينطبق على ملكية الأسرة باعتبارها شركة ملك اختيارية مصدرها العقد، خاصة وأنها تستمر لمدة طويلة قد تصل إلى (15) سنة، ولذا فليس ثمة مانع شرعي من أن يقوم ولي الأمر ممثلاً في السلطات المختصة، بإيجاب كتابة عقدها ووضع التنظيمات اللازمة لهذا الغرض؛ لأن هذا يحمل الشركاء على التفكير طويلاً قبل الإقدام على تكوين هذه الملكية، حتى لا تتعرض أموالهم وسمعتهم للخطر، إضافة إلى التقليل من المنازعات والخصومات أثناء وجود هذه الملكية أو حين فسخ عقدها أو قسمة أموالها.

(1) ابن عابدين: رد المحتار، ج 4، ص 73؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 3؛ الشريبي:

مغني المحتاج، ج 2، ص 9؛ البهوتي: كشف القناع، ج 2، ص 360.

(2) السرخسي: المبسوط، ج 11، ص 155.

المطلب الثالث: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

تشبه ملكية الأسرة إلى حد كبير مع بعض الأوضاع القانونية- كالملكية الشائعة وعقد الشركة- ولكن عند التدقيق يتضح أن بينهما أوجه اختلاف عدّة، وهو ما سنحاول بيانه في الفرع الأول من هذا المطلب. ولما كانت ملكية الأسرة تمثل إحدى صور شركة الملك في الفقه الإسلامي، وجب الإشارة إلى ما يميز هذه الشركة عن شركة العقد والخُلطة، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في القانون الجزائري

رغم التشابه الكبير الموجود بين ملكية الأسرة وكل من الملكية الشائعة وعقد الشركة، إلا أن هناك بعض الخصائص التي تمتاز بها ملكية الأسرة، وفيما يلي توضيح ذلك.

أولاً- تمييز ملكية الأسرة عن الملكية الشائعة :

من خلال النظر في شروط إنشاء ملكية الأسرة - والتي تم التطرق إليها سابقاً- يتبين أن هذه الملكية تختلف عن حالة الشيوخ العادي من وجوه عدة، نجمالها في النقاط التالية:

1. من حيث الطبيعة: تعد ملكية الأسرة حالة قانونية تنشأ باتفاق كتابي بين أشخاص من أسرة واحدة، يجمعهم وحدة العمل والمصلحة المشتركة، أما الملكية الشائعة فلا يُشترط فيها شيء من ذلك⁽¹⁾.

2. من حيث المصدر: ملكية الأسرة لا تنشأ إلا باتفاق مكتوب بين أعضاء الأسرة الواحدة، فمصدرها هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة. أما الملكية الشائعة فيمكن أن تنشأ بأي سبب من

(1) العبايجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 89.

أسباب كسب الملكية (كالعقد والوصية والميراث) إذا تعلقت بعدة أشخاص، دون أن يتوقف ذلك على اتفاق مسبق فيما بينهم، فهي قد تنشأ دون إرادة الشركاء كما هو الشأن في حالة الميراث.

3. من حيث المدة: ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقراراً من الشيوخ العادي⁽¹⁾، حيث يمكن الاتفاق على إنشائها لمدة قد تصل إلى (15) سنة - وهو الحد الأقصى المسموح به قانوناً- ولا يجوز لأي شريك أن يطلب القسمة قبل انتهاء المدة المتفق عليها. أما بالنسبة للملكية الشائعة فلا يمكن للشركاء الاتفاق على البقاء في حالة الشيوخ لمدة تتجاوز (5) سنوات.

4. من حيث الإدارة والتصرف: تتميز ملكية الأسرة عن الملكية الشائعة ببعض الأحكام الخاصة، نصت عليها المواد (739، 740، 741) من القانون المدني الجزائري، والتي سنتطرق إليها بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ثانياً - تمييز ملكية الأسرة عن الشركة :

تشبه ملكية الأسرة مع الشركة في حالة إنشائها بأموال غير موروثة، حيث يقدم كل واحد من أعضاء الأسرة جزءاً من ماله الخاص، لتكوّن من مجموع هذه الأموال المفترزة ملكية الأسرة، وهو الأمر ذاته الذي يقوم به الأعضاء المؤسسون للشركة، ولكن يمكن التمييز بين العقدين في هذه الصورة من عدة وجوه، أهمها:

1. أن الأموال التي يقدمها الشركاء عند تأسيس الشركة تُعتبر ملكاً للشركة ذاتها، بينما تظل الأموال المشكّلة لملكية الأسرة مملوكة على الشيوخ للأعضاء المنشئين لها؛ وذلك لأن الشركة تعتبر بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً، فتصبح لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء. أما ملكية الأسرة فلا يترتب على عقد إنشائها شخصية معنوية، فكل شريك يملك حصته ملكاً تاماً⁽²⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 1050.

(2) طلبة أنور: الملكية الشائعة، ص 312؛ العباقي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 93.

2. من مقومات الشركة أن تكون لدى الشركاء نية المشاركة، وذلك بأن يشتركوا في نشاط تترتب عليه مخاطر قد تؤدي إلى الربح وقد تؤدي إلى الخسارة، فلا يكفي لقيامها أن يكون هناك مال مشترك بين عدة أشخاص يستغلونه جميعاً بحسب طبيعته- فإن كان هذا المال داراً سكنها الشركاء أو أجروها، وإن كان أرضاً زرعوها وهكذا-، كما هو الحال في ملكية الأسرة، وبالتالي فإن هذه الملكية لا تعد نوعاً من أنواع الشركات؛ وذلك لأنها تفتقد في إنشائها إلى أحد الأركان الموضوعية الخاصة بتأسيس الشركة، وهو نية الاشتراك في المخاطرة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في الفقه الإسلامي

تعد الخلطة وشركة العقد من الأوضاع الشرعية المشابهة لشركة الملك، لكن هذا لا يمنع من وجود بعض الفروق التي تميزهما عن هذه الشركة، ويتجلى ذلك فيما يأتي:

أولاً - التمييز بين شركة الملك والخلطة:

الشركة في اللغة، اسم يقع على كل اختلاط في الأملاك على الشيوع⁽²⁾، فإن لم يكن الاختلاط على وجه الشيوع فهي خلطة⁽³⁾ وليست شركة، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِي نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ﴾ [سورة ص: الآية 23]، ثم قال ﷺ: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [سورة

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، ص 222؛ الخياط عبد العزيز: الشركات في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 131.

(2) يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 4، ص 2248؛ الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس، د. ط، التراث العربي، الكويت، 1993، ج 27، ص 223.

(3) الخلطة لغة: من الخلط، وهو مزج الشيء بالشيء، والخلطة بالكسر: العشرة، والخلطة بالضم: الشركة. (ينظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة، ج 15، ص 1229؛ الرازي: مختار الصحاح، ص 77).

ص: الآية 24]، فسماهم الله سبحانه وتعالى خُلطاءً لَمَّا لم يشتركوها في أعيان النعاج.

والاختلاط على وجه الشروع قد يحصل باختيار وإنشاء عقد، فيكون في هذه الحالة عبارة عن "شركة عقد"، مثل شركات الأموال والأعمال، فهي تقع باختيار الأطراف المشاركين، وقد يحصل - أي الاختلاط - جبراً من غير اختيار ولا إنشاء عقد، وفي هذه الحالة يكون في صورة "شركة الملك"، وذلك كاشتراك الورثة في البيت أو اشتراك جماعة في مال موهوب لهم⁽¹⁾.

وبهذا يتضح أن شركة الملك تتميز عن الخُلطة بما يلي:

1. أن الأموال في شركة الملك تكون مملوكة للشريكين أو الشركاء على الشروع، لكل واحد منهما نصيب في رقابها كلها، من غير أن يتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر كالنصف أو الثلث، بخلاف الخُلطة، فإن مال كل واحد من الخليطين أو الخُلطاء يبقى على ملكه الخاص ويكون معروفاً لصاحبه بعينه، كأن يكون لواحد مائة شاة بأعيانها، وللآخر مائتان بأعيانها، فيتفقدان على خلط الجميع لسبب من الأسباب، مع احتفاظ كل واحد منهما بعين ماله، فهذه الحالة تعتبر خُلطة لا شركة، ولا تكون شركة حتى يكون لكل واحد منهما نصيب شائع في كل شاة من الشياه المخلوطة⁽²⁾.

2. يتفرع عن الفرق الأول، أن الغلة والتلف في الخُلطة تابعان للمال الذي وقعا فيه، فالزيادة والنقص للملكه وحده؛ لأنه ملكه فضمانه عليه وغلته له. بخلاف شركة الملك فإن الغلة للجميع، والتلف على الجميع أيضاً؛ لاشتراكهم في الملك، فيشتركون في المَغْنَم والمَغْرَم⁽³⁾، لقول النبي ﷺ:

(1) الغرياني الصادق عبد الرحمن: مدونة الفقه المالكي، ج 3، ص 604.

(2) تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 54؛ الموسوعة الفقهية، ج 19، ص 225.

(3) حيدر علي: درر الحكام، ج 3، ص 16-18؛ تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 54.

«الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ»⁽¹⁾، ولقاعدة «الغرم بالغنم»⁽²⁾.

ثانياً- التمييز بين شركة الملك وشركة العقد:

إذا أُطلق لفظ الشركة فالمراد به عند الفقهاء "شركة العقد"، ويعنون بها الشركة التي تنشأ بالعقد، وقد يُطلق اسم الشركة على العقد الذي يُنشئها، وهي بهذا المعنى: عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال، فتسمى في الحالة الأولى بـ "شركة الأموال" وفي الحالة الثانية تسمى "مضاربة" أو "قراض"⁽³⁾.

فشركة العقد تتشابه مع شركة الملك في كون المال المشترك ملك لجميع الشركاء على الشيعاء، لكل واحد نصيب شائع فيه، كما تتفق معها في كثير من الأحكام التفصيلية ليس هذا محل الحديث عنها. أما الفروق التي بينها فنذكر أهمها فيما يأتي:

1. أن الاشتراك في شركة الملك يكون في الاستحقاق، أما في شركة العقد فيكون في التصرف: ومعنى ذلك أن الشركاء في شركة الملك يستحقون أنصاءهم في العين المشترك فيها أو في منفعتها، أما في شركة العقد فإنهم يتعاونون على الإدارة والتصرف في أموالها⁽⁴⁾. ولهذا كان من تعريفات شركة الملك: أنها اجتماع في استحقاق، ومن تعريفات شركة العقد: أنها اجتماع في التصرف⁽⁵⁾.

2. شركة الملك قد تكون اختيارية كما قد تكون جبرية، أما شركة العقد فلا تنشأ إلا عن رغبة

(1) أخرجه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث رقم 3508، ص 630؛ وأخرجه الترمذي: سنن الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، الحديث رقم 1258، ص 305، وقال: حديث حسن صحيح.

(2) الزركشي: المنثور في القواعد، ج 2، ص 120؛ البورنو محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ج 5، ص 502.

(3) الخفيف علي: الشركات في الفقه الإسلامي "بحوث مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 2009، ص 26.

(4) الحياط عبد العزيز: الشركات في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 198.

(5) هذان التعريفان هما للحنابلة. (يُنظر: البهوتي: كشاف القناع، ج 3، ص 189).

- المشاركين واختيارهم، فهي تتوقف على العقد المبني على التراضي⁽¹⁾.
3. الشركاء في شركة الملك لا يُشترط فيهم إلا أهلية التملك، بخلاف شركاء شركة العقد الذين يُشترط فيهم أهلية التوكيل والتوكُّل في المال⁽²⁾، فكل واحد منهم وكيل عن شركائه وموكل لهم⁽³⁾.
4. شركة الملك تصح في كل ما يصح تملكه، سواء جاز بيعه أم لا، بخلاف شركة العقد فإنها لا تجوز إلا فيما يجوز بيعه؛ لأنها بيع من البيوع، يمنع فيها ما يمنع فيه، بل لا تجوز في كثير من الأموال التي يجوز بيعها عند كثير من الفقهاء مثل العروض والطعام⁽⁴⁾.
5. شركة العقد تبطل بموت أحد الشركاء أو زوال أهليته بأي سبب، كالفقه والجنون⁽⁵⁾، بخلاف شركة الملك فإنها لا تبطل بشيء من ذلك؛ لأن انعدام الأهلية لا يمنع ابتداءها فلا يمنع استمرارها ودوامها، أما في حالة الموت فإن الحق ينتقل للورثة وتبقى الشركة قائمة بينهم وبين شريك مورثهم⁽⁶⁾.

(1) الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص794؛ تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص56.

(2) يُشترط في شركة العقد أن يكون كل واحد من الشركاء أهلاً للتوكيل، أي تفويض التصرف للغير، وللتوكُّل، أي قبول الوكالة، وهذا في جميع أنواع شركة العقد؛ لأن كل نوع منها يتضمن الوكالة. (يُنظر: عتيقي محمد عبد الله: عقود الشركات، ص33).

(3) الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج6، ص73؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص474.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص778؛ تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص56؛ الموسوعة الفقهية، ج26، ص49.

(5) ابن قدامة: المغني، ج7، ص131؛ الرملي: نهاية المحتاج، ج5، ص6.

(6) تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص57.

المبحث الثاني : انتفاع الشريك بملكية الأسرة في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

يخول الاشتراك في ملكية الأسرة لكل شريك حق الانتفاع بالأموال المكونة لها، وذلك باستعمالها والمشاركة في إدارتها، ولا شك أن تعدد الملاك فيها يستلزم وضع قواعد وضوابط لهذا الحق. ومن خلال هذا المبحث سنحاول بيان القواعد المنظمة لانتفاع الشريك بملكية الأسرة، وذلك في ثلاثة مطالب: نتناول في الأول منها حكم استعمال ملكية الأسرة في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، بينما نخصص المطلب الثاني لتوضيح الأحكام الخاصة بإدارة هذه الملكية، أما المطلب الثالث فتتطرق فيه للتعريف بقسمة المهياة باعتبارها صورة لتنظيم الانتفاع بملكية الأسرة.

المطلب الأول : استعمال ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

سند أ هذا المطلب بتوضيح الأحكام المنظمة لاستعمال ملكية الأسرة في القانون الجزائري، ثم نبين بعدها ضوابط استعمال الشريك لحقه في هذه الملكية من منظور الفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول : استعمال ملكية الأسرة في القانون الجزائري

لم يورد المشرع الجزائري نصوصاً خاصة بسلطة الشريك في استعمال أموال ملكية الأسرة، لذلك وجب تطبيق الأحكام العامة للملكية الشائعة، وذلك تطبيقاً لنص المادة (742) من القانون المدني الجزائري، التي أحالت إلى القواعد العامة المنظمة للملكية الشائعة فيما لم يرد فيه نص خاص بملكية الأسرة. وهذا أمر طبيعي؛ لأنه حيث يوجد تنظيمان أحدهما خاص والآخر عام، فإنه يُعمل بالخاص في حدود ما ورد به، وتبقى للعام ولايته فيما وراء ذلك. لذا فإن ملكية الأسرة - رغم الخصائص المميزة لها- تظل صورة من صور الملكية الشائعة تخضع لأحكامها فيما

لا يتعارض مع هذه الخصائص من أحكام⁽¹⁾.

والملكية الشائعة هي ملكية فردية، شأنها في ذلك شأن الملكية المفترزة، وحق الشريك فيها حق ملك تام يرد على الشي الشائع كله، حيث يخول له هذا الحق مباشرة كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف⁽²⁾. ولكن من الواضح أن إعطاء عدة أشخاص نفس السلطات على محل واحد لا يُفهم على إطلاقه، بل ينبغي أن يتقيد استعمال كل واحد منهم لسلطاته بما للآخرين من سلطات مماثلة، وهذا هو الاختلاف العملي الجوهرى بين الملكية المفترزة والملكية الشائعة، فلو كان كل منهما حق ملكية يعطي نفس السلطات، إلا أن الملكية الشائعة ملكية مقيدة من حيث الاستعمال، نتيجة تزام الشركاء فيها بسلطاتهم المتماثلة على نفس الشيء، فيتقيد حق كل منهم في استعمالها بما للآخرين من حقوق مماثلة لحقه⁽³⁾.

وقد نصت المادة (714) من القانون المدنى الجزائرى على هذا المبدأ - أي تقيد سلطات كل شريك بسلطات الشركاء الآخرين - بقولها: « كل شريك فى الشىوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء». فيُفهم من هذا النص، أن من حق الشريك فى ملكية المال الشائع استعمال هذا المال، فله أن يزرع ما يعادل حصته المشاعة إذا كان المال المشاع أرضاً زراعية، وله أن يسكن الدار المشاعة بقدر حصته، وكذا حق المرور فى حصص الشركاء الآخرين دون أن يطلب موافقتهم. على أن

(1) كيرة حسن: الموجز فى أحكام القانون المدنى، ص 240.

(2) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 107؛ العباى بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 110؛ الطربى سلطان محمد عبد الرحمن: سلطات المالك على الشىوع، رسالة ماجستير نوقشت بكلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2007، ص 32.

(3) عامر عبد العزيز: دروس فى حق الملكية، ص 104؛ كيرة حسن: الموجز فى أحكام القانون المدنى، ص 160؛ أبو السعود رمضان: الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية، ص 62.

يتقيد في ذلك كله بعدم المساس بحقوق سائر الشركاء؛ لأن لكل واحد منهم حقاً مماثلاً لحقه⁽¹⁾.

وهذه الحقوق وإن تعددت بتعدد أصحابها، إلا أنها ترد جميعها على المال الشائع، ولذا كان للشركاء أن يعترضوا على أي استخدام لهذا المال على نحو يتعارض مع حقوقهم. ويُعد الاستعمال متعارضاً مع حقوق الشركاء الآخرين، متى كان مناقضاً لمصلحتهم، بحيث يؤدي إلى منعهم من استعمالهم لحقوقهم، أو مخالفاً لماهية الشيء أو الغاية التي أُعدَّ لها. فإذا كان الملك المشاع طريقاً مثلاً، كان للشريك أن يستعمله للمرور دون أن يكون له حق البناء فيه؛ لأن من شأن ذلك إعاقة مرور باقي الشركاء، وإذا كانت بئراً جاز لكل شريك أن يستقي منها، وهكذا⁽²⁾. على أن الغالب في حالات الشيوع أن الأشياء لا تسمح طبيعتها بأن تكون محلاً للاستعمال المشترك، وهنا لا يجوز للشريك أن يستأثر باستعمال المال الشائع دون موافقة الشركاء الآخرين⁽³⁾.

وبتطبيق أحكام المادة (714) من القانون المدني الجزائري - السالفة الذكر - على ملكية الأسرة، يتضح أن هذه الملكية وكغيرها من أنواع الملكية، تخول صاحبها ممارسة جميع السلطات من استعمال واستغلال وتصرف، إلا أن سلطتي الاستعمال والاستغلال مقيدتين بعدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين، فلا يجوز لأي واحد من أعضاء ملكية الأسرة أن يستقل باستعمال الأموال المكونة لها أو استغلالها كلها أو جزء معين منها، فإذا قام أحدهم بشيء من ذلك - كأن يكون محل الملكية داراً فيسكنها، أو أرضاً فيزرعها أو يؤجرها - كان لباقي الشركاء حق الاعتراض، سواء أكان ما قام به من الأعمال المادية أم من الأعمال القانونية⁽⁴⁾.

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 166؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 164.

(2) توفيق فرج حسن: الحقوق العينية الأصلية، ص 192؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 112.

(3) عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، ص 104.

(4) العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 110.

بناء على ذلك، يمكن القول بأن الشريك في ملكية الأسرة، وإن كان يملك حصته ملكية تامة وله حق عيني عليها، إلا أنه مطالب عند استعماله لحقه بتجنب الإضرار بالشركاء الآخرين، وذلك بأن يكون استعماله متوافقاً مع الغرض الذي خُصصت له ملكية الأسرة والمصلحة المرجوة من إنشائها، وبشكل يسمح لبقية الشركاء باستعمال الأموال المكونة لها على نسبة ما لهم من حق؛ لأنهم يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها⁽¹⁾، ويستطيع الشريك ممارسة هذا الحق عن طريق وضع يده على جزء مفرز يعادل حصته فيها، وذلك بعد الحصول على موافقة شركائه.

الفرع الثاني: استعمال ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي

يُعتبر الشريك في ملكية العين المشتركة مالكا له حقوق الملك فيما يملك منها، وذلك بالنظر إلى حصته الشائعة فيها، أما بالنظر إلى حصص بقية الشركاء في ملكية العين المشتركة، فإن الشريك يُعد أجنبياً ليس له حق الانتفاع بها إلا في حدود ما يعطونه من ولاية في ذلك⁽²⁾. ومن هنا فإن حقوق كل شريك تتحدد بقدر حصته من تلك العين المشتركة، وإن كانت لا تنحصر في جزء معين منها، بسبب شيوع حصته فيها وانتشارها في جميع أجزائها، وإنما تتعلق بالعين كلها على هذا الوضع⁽³⁾.

وكون أحد الشريكين في شركة الملك أجنبياً في حصة الآخر هو في الاستعمال المضر، أما الاستعمال غير المضر - كالسكنى مثلاً في الدار المشتركة، وما يعد من توابع السكنى كالدخول والخروج والصعود إلى السطح - فيعتبر كل شريك صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال؛

(1) درويبي محمد علي: شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2006، ص 85.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 523؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 6، ص 467.

(3) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 170.

لأنه إذا لم يُعتبر كذلك، كان لكل منهما أن يمنع صاحبه من دخول الدار والخروج منها والانتفاع بها، مما يوجب تعطيل منفعة ملكهما وهذا غير جائز⁽¹⁾.

هذا وقد نصت المادة (12) من كتاب "مرشد الحيران"، على أنه: «إذا كانت العين مشتركة بين اثنين فأكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك».

فبمقتضى هذا النص يجب على الشريك عند استعماله للأموال المشتركة، أن يتقيد بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء، وهذا بغض النظر عن نوع تلك الأموال، سواء أكانت تقبل الانتفاع المشترك في آن واحد - كالدار المشتركة التي يسكنها أعضاء الأسرة - أم لا تقبله، كالمتجر أو المصنع المشترك، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك⁽²⁾.

وبهذا يتبين أن الأعمال التي يمكن للشريك في شركة الملك أن يباشرها منفرداً، هي الأعمال التي تكون في نطاق ما أُعدت له العين المشتركة، ويستطيع جميع الشركاء أن يباشروها في الوقت نفسه، كل منهم على انفراد، أما منافع الاستعمال التي لا تقبل المشاركة على هذا الوضع من الاستقلال والانفراد؛ لكون مباشرتها تستلزم الاستئثار بالعين المشتركة جميعها أو بجزء معين منها، فلا يجوز لأي شريك أن ينفرد بالقيام بها، وإن لم يتجاوز في انتفاعه على هذا الوضع جزءاً معيناً معادلاً في المقدار لحصته الشائعة في العين، وذلك كأن يبني الشريك في الأرض المشتركة كلها، أو في جزء منها يساوي في المساحة حصته فيها، أو يزرعها ونحو ذلك، إلا في حدود المبدأ المشار إليه سابقاً، وهو أن يكون ذلك عن ولاية شرعية، وإلا كان ذلك منه تجاوزاً لحقه واعتداء

(1) حيدر علي: درر الحكام، ج3، ص30.

(2) العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص112.

على حقوق غيره من الشركاء⁽¹⁾.

غير أنه استثناء من هذا المبدأ، ذهب الحنفية إلى جواز انتفاع الشريك ذي الحصة الشائعة بالعين المشتركة كلها في غيبة شريكه، إذا كانت داراً أو أرضاً أو خادماً، بشرط ألا يضر بشريكه، وهذا بخلاف الدابة ونحوها مما يختلف استعماله باختلاف المنتفع، فإنه لا يجوز له ذلك⁽²⁾.

وقد نصت المادة (647) من كتاب "مرشد الحيران" على ذلك بقولها: «يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بكل الدار المشتركة في غيبة شريكه إذا كان يعلم أن السكنى لا تُنقصها...». كما نصت المادة (651) من ذات الكتاب على أنه: «يجوز للشريك الحاضر أن يزرع كل الأرض المشتركة في غيبة شريكه إذا علم أن الزرع ينفعها ولا يُنقصها».

بناء على ما سبق وباعتبار ملكية الأسرة شركة ملك بين عدة أشخاص على شيء واحد، بحيث يملك كل واحد منهم أسهماً معلومة تمثل حصته فيها، ويشترك مع غيره من الملاك في ملكية كل ذرة من ذرات هذا الشيء، فإن هذه الشراكة تخول لكل شريك الحق في استعمال الأموال المكوّنة لهذه الملكية، كل على نسبة ما له من حق، لكن بشرط أن يكون الاستعمال على وجه لا يخالف ماهيتها، أو يناقض المصلحة المتبغاة من إنشائها، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم.

(1) الحنفية علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 171؛ ويُنظر: الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 348؛ عيش،

محمد بن أحمد بن محمد المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1989، ج 7، ص 497.

(2) ابن عابدين: رد المحتار، ج 6، ص 473؛ الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 350؛ حيدر علي: درر الحكام، ج 3،

المطلب الثاني: إدارة ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

تُعدُّ عملية الإدارة من أدق ما يعرض للشركاء في ملكية الأسرة، فقد تكفل القانون بوضع قواعد تتلاءم مع الطبيعة القانونية لهذه الملكية، وهو ما من شأنه أن يضمن حُسن استغلال الأموال المكوّنة لها، بحيث تتحقق المصالح المشتركة والفردية المتبتغة من إنشائها، وبالتالي الحسم فيما يغلب وقوعه من الخلاف بين الشركاء. وستتطرق في هذا المطلب إلى التنظيم القانوني لإدارة ملكية الأسرة باعتباره طريقة لاستغلال الأموال المكوّنة لها، ومقارنة القواعد التي ذكرها القانون المدني الجزائري بهذا الخصوص مع ما أحكام إدارة شركة الملك في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: إدارة ملكية الأسرة في القانون الجزائري

الأصل في إدارة المال الشائع، أن تكون من قِبَل الشركاء مجتمعين، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك. لكن من الواضح أنه يصعب من الناحية العملية أن ينعقد إجماع الشركاء في كل عمل من أعمال الإدارة، ولذلك قام المشرع بوضع قواعد تكفل إدارة المال الشائع عند تعذر هذا الإجماع، مفرقاً في ذلك بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة.

ويُقصد بأعمال الإدارة المعتادة: تلك الأعمال التي لا تؤدي إلى تغيير أساسي في المال الشائع أو تعديل في الغرض الذي أُعدَّ له، كإيجار الأرض المشاعة، أو زراعتها⁽¹⁾. وقد نص المشرع الجزائري على حكم هذا النوع من الأعمال في المادة (716) من القانون المدني، حيث أعطى للأغلبية العادية من الشركاء - أي التي تزيد على النصف - سلطة القيام بها، وما يستقر عليه رأيها يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة. كما يمكن لهذه الأغلبية أن تختار مديراً من بين الشركاء أو من غيرهم للقيام بهذه الأعمال، وأن تضع للإدارة وحُسن الانتفاع

(1) سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 113؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 119.

بالمال الشائع نظاماً يسري على الشركاء جميعاً وعلى خلفائهم، سواء أكان الخلف عاملاً أم خاصاً. أما إذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة على النحو المتقدم، وأدى ذلك إلى تعطيل الإدارة، فإنه يجوز لأي شريك أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير اللازمة، ولها أن تُعيّن عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم⁽¹⁾.

هذا وتنص المادة (716) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأخيرة، على أن الشريك الذي يتولى إدارة المال الشائع من تلقاء نفسه ودون اعتراض من بقية الشركاء، يُعدُّ وكيلاً عنهم فيما يقوم به من أعمال الإدارة، وهذا بمقتضى وكالة ضمنية تستفاد من سكوت شركائه. أما إذا اعترض هؤلاء الشركاء جميعاً أو من يمثل منهم أغلبية الحصص بالقدر الذي يتطلبه القانون، فإن هذا العمل - طبقاً للقواعد العامة في الشيوخ - لا ينفذ في حقهم. وتطبيقاً لذلك: إذا انفرد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها، فإن هذا الإيجار لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين، ويمكنهم التصرف كما لو كان المال غير مؤجّر⁽²⁾.

أما أعمال الإدارة غير المعتادة: فهي تلك الأعمال التي من شأنها إحداث تعديلات جوهرية في الغرض الذي أُعدَّ له المال الشائع قصد تحسين الانتفاع به، كتحويل مطعم إلى مقهى، أو البناء في أرض زراعية، أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال⁽³⁾. ونظراً لخطورة هذه الأعمال، لم يكتف المشرع الجزائري في شأنها بالأغلبية العادية للشركاء، بل اشترط أغلبية خاصة لإجرائها، تمثل على الأقل ثلاثة أرباع الحصص في المال الشائع، وهذا ما نصت عليه المادة (717) من

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 177؛ أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 69؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 168.

(2) قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، ص 123؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 114؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 120.

(3) الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 168؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 165.

القانون المدني بقولها: « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3 / 4) المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات والتعديل في الغرض الذي أُعدَّ له، ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...».

هذا وزيادة على الأغلبية الخاصة اللازمة للقيام بهذه الأعمال، اشترطت المادة (717) من القانون المدني لنفاذ قرار الأغلبية، إعلانه إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، والاعتراض على قرار الأغلبية. وللمحكمة عند الرجوع إليها سلطات واسعة في هذا الصدد: فلها أن تلغي قرار الأغلبية إن قُدرت أنه ليس له مبرر، ولها أن توافق عليه؛ وفي هذه الحالة يمكن أن تقرر ما تراه مناسباً من تدابير لتأمين مصالح الشركاء المخالفين لقرار الأغلبية، كإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات عن الأضرار التي قد تلحق به من جراء تنفيذ قرار الأغلبية.

كانت هذه أهم القواعد العامة في إدارة المال المشاع، وهي قواعد تسري على ملكية الأسرة فيما لم يرد بشأنه نص خاص بهذه الملكية. فقد اعتمد المشرع الجزائري في تنظيمه لإدارة ملكية الأسرة على مبدأ الأغلبية كما هو الشأن بالنسبة للملكية العادية، حيث نص في المادة (1 / 741) من القانون المدني على أن: « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر، وللمدير أن يُدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أُعدَّ له المال المشترك ما يُحسِّن به طرق الانتفاع بهذا المال».

يتبين من هذا النص أنه بإمكان الشركاء الذين يملكون أغلبية قيمة الحصص في ملكية الأسرة، أن يعينوا واحداً منهم أو أكثر لإدارة هذه الملكية، ولا يصح أن يكون هذا المدير أجنبياً عنهم كما هو متاح في الشيوخ العادي؛ والسبب في ذلك هو ما يُفترض من توافر للثقة والتسامح بين الشركاء في ملكية الأسرة نتيجة علاقة القرابة ووحدة العمل والمصلحة بينهم، والإبقاء على

هذه الروابط يقتضي أن يكون المدير غير أجنبي عنهم.

وإذا تم تعيين مدير من الشركاء لإدارة ملكية الأسرة، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيراً على سلطات المدير في الشيوخ العادي، ويظهر ذلك من وجهين:

أولاً: أن سلطته لا تقتصر على أعمال الإدارة العادية فحسب، بل تشمل كذلك أعمال الإدارة غير المعتادة⁽¹⁾. يدل على ذلك ما نصت عليه المادة (741) من القانون المدني الجزائري، من أن للمدير الحق في أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك، ما يُحسِّن في طرق الانتفاع به، وهذا الأمر يُعد من أعمال الإدارة غير المعتادة حسب نص المادة (717) من القانون المدني الجزائري، ما يتطلب موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع في حالة الشيوخ العادي. وعموماً فإن جُل أعمال الإدارة غير العادية هي أعمال مادية تجري على ملكية الأسرة، فمثلاً: إذا كان محل هذه الملكية أرضاً مشتركة مُعدَّة للزراعة، فإن البناء فيها، أو إقامة مصنع للإنتاج الصناعي عليها، يُعد من أعمال الإدارة غير المعتادة⁽²⁾.

ثانياً: ليس للأقلية أن تعترض على الأعمال التي يقوم بها المدير ولو كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة، بل إن الأغلبية نفسها لا يمكنها الاعتراض على إدارته إذا لم تكن قد عمدت إلى تحديد سلطاته في اتفاق خاص⁽³⁾.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن سلطة المدير في تغيير الغرض الذي أعد له المال المشترك ليست مطلقة، بل يرد عليها قيودان مهمان، وهما:

1. لا يجوز للمدير أن يقوم بإدخال تعديلات على أموال ملكية الأسرة ذاتها كالهدم والبناء، أو

(1) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 242؛ قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، ص 200.

(2) العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 149.

(3) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 180؛ الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 143.

استبدال بعض أموالها بأموال أخرى، فكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذي أُعد له المال، كتحويل أرض من زراعة محصول معين إلى زراعة فاكهة⁽¹⁾.

2. يجوز للشركاء بالأغلبية العادية أن يُقيّدوا من سلطات المدير، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، وذلك كحصرها في أعمال الإدارة العادية، أو اشتراط موافقة الأغلبية على القرارات المتعلقة بأعمال الإدارة غير العادية⁽²⁾.

وعملاً بأحكام المادة (742) من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بسريان قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة فيما لم يرد بشأنه نص خاص بملكية الأسرة، فإن المركز القانوني للمدير، هو اعتباره وكيلاً عن الشركاء، فتُطبّق قواعد الوكالة فيما يتعلق بأعماله والتزاماته، وذلك في العلاقة بينه وبين الشركاء، وفي علاقته بالغير.

أما عن عزل المدير فقد نصت المادة (2/741) من القانون المدني الجزائري على أن ذلك يكون بنفس الطريقة التي عُين بها المدير، حتى ولو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله، بل يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك، إذا وُجد سبب قوي يبرر هذا العزل، وذلك دون الحاجة إلى الحصول على موافقة أغلبية الشركاء.

الفرع الثاني: إدارة ملكية الأسرة في الفقهاء الإسلامي

لما كان كل شريك مالكاً بمقدار حصته في كل جزء من أجزاء المال المشترك، لزم أن تكون الإدارة حقاً لجميع الشركاء، حتى وإن كانت حصة أحدهم ضئيلة، مما يعني أن الأصل في إدارة

(1) طلبة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ج1، ص618؛ السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص1057.

(2) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص1057.

شركة الملك أن تكون بإجماع الشركاء، وليس لمن يملك أغلبية الحصص أن ينفرد بالإدارة دون موافقة الشركاء الآخرين⁽¹⁾.

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى هذا المبدأ - يعني إجماع الشركاء - في المادة (1069)، والتي تنص على أنه: «مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء، فأصحاب الملك المشترك يتصرفون أيضاً بالاتفاق كذلك». ويُقصد بالتصرف في هذا النص كل الأعمال، سواء أكانت من أعمال الإدارة أم أعمال التصرف. وبمقتضى هذا النص ليس لأحد الشركاء أن يتصرف في الملك المشترك مستقلاً عن بقية الشركاء⁽²⁾. وعليه، إذا كان الملك المشترك منزلاً مثلاً، فإن للشركاء أن يتفقوا على بيعه لواحد منهم أو لأجنبي، والبيع عندئذ صحيح ويُقسَّم الثمن بينهم بنسبة حصصهم، ولهم الاتفاق على تأجيره لواحد منهم أو لشخص أجنبي، وتقسيم بدل الإجارة بينهم بنسبة حصصهم، كما يمكنهم الاتفاق على هدم هذا المنزل وإعادة بنائه. فالشركاء يستطيعون عند اتفاقهم، القيام بكل التصرفات والأعمال التي يمكن لصاحب الملكية المفروزة القيام بها في ملكه⁽³⁾.

غير أن هذا المبدأ المشار إليه، لا يمنع الشركاء من الاتفاق على أيّ تنظيم لإدارة شركة الملك، بحيث يسمح لكل شريك بالانتفاع بالمال المشترك دون الإضرار بغيره من الشركاء، وينحصر لأحكامه ما قد يحدث من خلاف ونزاع بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل واحد منهم لسلطاته، واستيفائه لحقوقه في العين المشتركة تصرفاً واستعمالاً واستغلالاً⁽⁴⁾.

(1) درويبي علي محمد علي: شركة الملك، ص 158، 175.

(2) العبايجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 145.

(3) حيدر علي: درر الأحكام، ج 3، ص 23.

(4) الخفيف علي: الملكية في الشريعة، ص 132.

هذا وقد يتعدد الشركاء في شركة الملك على نحوٍ يتعذر معه مشاركة كل واحد منهم في إدارتها وتصريف شؤونها، ففي هذه الحالة هل يجوز أن ينفرد واحد منهم أو أكثر بإدارة الشركة، أم لا يجوز ذلك؟

إن الإسلام لا يمنع في إدارة المال المشترك أي تشريع تنظيمي أو تنظيم إداري، يُقصد به حماية مصالح أصحاب هذا المال، وتنميته والعمل على استشارته لتحقيق الغرض المنشود من وجوده، طالما أن هذا التشريع أو التنظيم لا يتعارض مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية⁽¹⁾. ومن الواضح أن الغرض الذي يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع، هو الانتفاع بهذا المال واقتسام ثماره فيما بينهم، فهم الذين يملكونه، والمالك له حق استعمال ملكه واستغلاله، لذا فإنه لا مانع من أن يتنازلوا عن هذا الحق، ويتفقوا على تعيين شخص من بينهم أو من الغير لإدارة هذه الشركة، ومنحه كافة السلطات التي يخولها لهم حق الملكية.

كما ينبغي الإشارة إلى أن الفقهاء الإسلامي لم يتعرض لطريقة تعيين أو عزل هذا المدير، فقد ترك ذلك لاختيار الشركاء، لكن ليس في قواعد الشريعة الغراء ولا نصوصها ما يمنع وضع أنظمة خاصة بالتعيين أو العزل.

المطلب الثالث: الانتفاع بملكية الأسرة عن طريق قسمة المهايأة

تبين من خلال المطلب السابق أن إدارة ملكية الأسرة تخضع للقواعد العامة في إدارة المال المشاع، والتي تقضي بأن الأصل في الإدارة أن تكون من قِبَل الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فإن اتفق الشركاء جميعاً على تنظيم معين لإدارة المال الشائع، كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع. وأهم صورة لاتفاق الشركاء على تنظيم إدارة المال الشائع تكون عن طريق

(1) الحياط عبد العزيز: الشركات في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 247.

قسمة المهايأة. وسنحاول من خلال هذا المطلب إعطاء لمحة موجزة عن هذه القسمة، وذلك بتعريفها وبيان أنواعها، وتكييفها، ثم تحديد ما يتمتع به كل شريك من سلطات بعد الاتفاق على كيفية إجرائها، وذلك في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة وأنواعها في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

ستتطرق في هذا الفرع إلى تحديد المقصود بقسمة المهايأة، وذلك بتعريفها وبيان أنواعها في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي .

أولاً - تعريف قسمة المهايأة في اللغة والاصطلاح:

سنبدأ بتعريف قسمة المهايأة في اللغة، ثم تحديد معناها في الاصطلاح القانوني والشرعي .

1. تعريف المهايأة في اللغة: المهايأة مُفاعلة من الهَيْئَة: وهي الحالة الظاهرة، يُقال: تَهَيَّأَ القوم تَهَيَّأُوا، مِنْ الهَيْئَةِ، جعلوا لكل واحدٍ هيئة معلومة، والمراد هو: النُّوبَةُ. وهَيَّأْتُهُ مَهَيَّأَةً، وقد تُبدل للتخفيف فيقال: هَيَّئْتُهُ مَهَيَّأَةً⁽¹⁾.

وسُميت مهايأة؛ لأن كل واحد من الشركاء هياً لصاحبه ما ينتفع به. ومن المالكية من يسميها (مُهَانَاة) من التهنئة، كأن كل واحد هنا صاحبه بما تحصل عليه من الغلة والانتفاع، ومنهم من يسميها (مُهَابَاة)؛ لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة من الزمن⁽²⁾.

2. تعريف المهايأة في الاصطلاح: تُعرَّف المهايأة في الاصطلاح القانوني بأنها: اتفاق مؤقت بين

(1) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، دار المعارف، القاهرة- مصر، ج2، ص645.

(2) الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج6، ص349؛ الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص660.

الشركاء على الشيوع، يُراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع أثناء وجود الشيوع، دون أن يترتب على ذلك إنهاء حالة الشيوع. فالمهاياة ما هي إلا قسمة ودية مؤقتة لمنافع المال المملوك على الشيوع دون الأعيان التي تبقى في حالة شيوع⁽¹⁾.

ولا يختلف هذا التعريف للمهاياة عما ورد في كتب الفقه الإسلامي، فقد عرفها المالكية: «بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة مُتَّحد أو مُتَّعدّد في زمن معين»⁽²⁾. فقولهم: "بمنفعة مُتَّحد": أي بمنفعة شيء مُتَّحد، كدار يسكنها أحدهما مدة والثاني مثلها، وقولهم: "أو مُتَّعدّد في زمن" أي كدارين يأخذ أحدهما داراً والثاني يأخذ الأخرى⁽³⁾. وبهذا يتضح أن المهاياة تعد قسمة لمنافع المال المشترك مع بقاء الاشتراك في عين المال⁽⁴⁾.

ثانياً - أنواع قسمة المهاياة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي:

يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي على تقسيم المهاياة إلى نوعين: مهاياة مكانية، ومهاياة زمانية، وفيما يلي توضيح لهذين النوعين من المهاياة.

1. المهاياة المكانية: يُقصد بها - حسب نص المادة (1/733) من القانون المدني الجزائري - أن يختص كل واحد من الشركاء في الشيوع، بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته فيه، متنازلاً لشركائه الآخرين في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء المشاعة لمدة معينة⁽⁵⁾.

ولا يختلف هذا التعريف عن معنى المهاياة المكانية في الوارد في كتب الفقه الإسلامي، ومن

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 166.

(2) الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 660؛ الخطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص 405.

(3) الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، ج 6، ص 181.

(4) يُنظر: المادة (1174) من مجلة الأحكام العدلية؛ الحفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 212.

(5) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 167.

ذلك قول "ابن رشد": «وأما قَسْمُ الأعيان - يعني قسمة المهايأة المكانية - بأن يُقسَّم الرقاب، على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة، والرقاب باقية على أصل الشركة»⁽¹⁾.

وبهذا يتبين أن قسمة المهايأة المكانية تعد نوعاً من أنواع إفراز المال المشاع، فهي تفرز المال من حيث المنفعة وتبقيه شائعاً من حيث الملكية، فيبقى الشيوع قائماً ما دامت المهايأة المكانية مستمرة، لذلك فإنها لا تجري إلا على المال المشترك الذي يقبل القسمة⁽²⁾. فمثلاً: إذا كان المال المشترك أرضاً زراعية بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها، جاز أن يتهايا الشريكان فيها على أن يأخذ صاحب الثلث، ثلثاً معيناً منها ليزرعها، ويأخذ الآخر باقيةا، وإذا كان المال المشترك بينهما داراً ذات طبقتين، جاز أن يتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طبقة معينة لينتفع بها⁽³⁾.

وطبقاً لأحكام المادة (733) من القانون المدني الجزائري، فإنه لا يجوز أن تزيد مدة الاتفاق في قسمة المهايأة المكانية عن خمس (5) سنوات، فإذا لم تُشترط لها مدة معينة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة، تتجدد تلقائياً إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد. أما إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة (15) سنة فإنها تتحول إلى قسمة نهائية.

وهذا الذي ذهب إليه القانون المدني الجزائري من اشتراط المدة في المهايأة المكانية، هو رأي بعض فقهاء المالكية⁽⁴⁾، أما جمهور الفقهاء فيرون عدم اشتراط تحديد المدة في المهايأة المكانية؛ لأنها

(1) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 796؛ ويُنظر كذلك: الكاساني: بدائع الصنائع، ج 9، ص 19؛ ابن قدامة: المغني، ج 14، ص 119؛ المادة (1179) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) حيدر علي: درر الحكام، ج 3، ص 190؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 702؛ دروي علي محمد علي: شركة الملك، ص 191.

(3) الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 212؛ الموسوعة الفقهية، ج 33، ص 255.

(4) الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 660؛ ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 798.

ليست مبادلة محضة، بل معنى الإفراز فيها أغلب⁽¹⁾.

2. المهैयाة الزمانية: أشارت المادة (734) من القانون المدني الجزائري إلى هذا النوع من المهैयाة بقولها: «يجوز أن تكون قسمة المهैयाة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته». فالمهैयाة الزمانية تعني اتفاق جميع الشركاء على التناوب في الانتفاع بالمال الشائع، كل منهم لمدة معينة تتناسب مع حصته.

ويتفق هذا التعريف مع معنى المهैयाة الزمانية في الفقه الإسلامي، حيث يراد بها عند الفقهاء: أن ينتفع كل من الشريكين أو الشركاء على التعاقب بجميع الشيء المشترك مدة معينة بنسبة حصته، إلا أن ينزل عن شيء بطيب نفس منه. ومثال ذلك: أرض مشتركة أثلاثاً بين شخصين، إذا تهايا على أن يزرعها صاحب الثلث سنة وصاحب الثلثين سنتين. ولا مفر من هذه الكيفية في المهैयाة على البيت الصغير، وكل ما لا تنقسم عينه، فيتهايا الشريكان على أن تكون لأحدهما سكنى الدار أسبوعاً أو أكثر أو أقل ثم للآخر كذلك. . وهكذا⁽²⁾.

يتضح من هذا التعريف أن المهैयाة الزمانية يُشترط فيها تعيين المدة؛ وذلك لأن هذه المهैयाة مُقدَّرة بالزمان، وتعيين الزمان يُعرَف به قدر الانتفاع فتصير به المنافع معلومة⁽³⁾. أما القانون المدني الجزائري فلم يحدد مدة معينة للمهैयाة الزمانية - كما هو الشأن في المهैयाة المكانية-؛ وذلك لأن المهैयाة الزمانية تُبقي المال الشائع على حالته دون إفراز، فهي تقسيم لزمان الانتفاع فقط بين

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج9، ص172؛ السيوطي: مطالب أولي النهى، ج6، ص553؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي، ج4، ص203.

(2) بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي، ص351؛ الموسوعة الفقهية، ج33، ص254؛ حيدر علي: درر الحكام، ج3، ص186.

(3) الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص660؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص701.

الشركاء ولا تهيء للقسمة النهائية، ولذلك لا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طالَّت مدتها⁽¹⁾.

من خلال تعريف كل من المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية، يتبين أن الفرق بينهما يكمن في اختلافهما من حيث العدل والكمال، فالمهايأة المكانية أعدل من المهايأة الزمانية، إذ أن كل واحد من الشركاء ينتفع بها في زمن واحد، أما المهايأة الزمانية فهي أكمل من المهايأة المكانية؛ لأن كل واحد من الشركاء ينتفع بجميع المال المشترك⁽²⁾.

الفرع الثاني: تكييف قسمة المهايأة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

تُعد قسمة المهايأة بنوعيتها صورة من صور تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، تنظيمًا عملياً يسمح لكل شريك بالتمتع بهذا المال بما يوازي حصته، فهي ليست قسمة نهائية للعين الشائعة بما يقضي على الشيوع ويعين لكل شريك حصة مفرزة يستأثر بملكيتها، وإنما هي مجرد قسمة مؤقتة قاصرة على منافع هذه العين وحدها، مع بقاء حالة الشيوع في الملكية قائمة⁽³⁾. لذلك فإنها لا تخضع لأحكام القسمة النهائية، وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها، وهذا طبقاً لنص المادة (735) من القانون المدني الجزائري.

وبهذا يتبين أن المشرع الجزائري يكيف قسمة المهايأة على أنها إجارة، وذلك للتشابه الكبير بين هذين العقدين. فعقد الإيجار - حسب نص المادة (467) من القانون المدني - هو: « عقد يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ». فيُفهم من

(1) بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 171.

(2) حيدر علي: درر الأحكام، ج 3، ص 187؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 9، ص 390.

(3) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 162.

هذا النص أن الإجارة عقد انتفاع بمقابل، وقسمة المهايأة بنوعيتها عقد انتفاع بمقابل أيضاً، والمعقود عليه فيها هو المنفعة مثل الإيجار. ففي المهايأة المكانية ينتفع الشريك بجزء مفرز، فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء، في مقابل حصولهم على نصيبه في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى. أما في المهايأة الزمانية فيتناوب الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع كله، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع، في مقابل حصول شركائه - كل في نوبته - على نصيبه هو في منفعة هذا المال، أي أن بدل الإيجار يكون منفعة، وهو أمر جائز وفقاً لأحكام عقد الإيجار⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن المهايأة بنوعيتها، هي مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تعد إيجاراً⁽²⁾. ويترتب على هذا التكييف، اعتبار كل شريك بمركز المؤجر بالنسبة لحصته في المال الشائع، وبمركز المستأجر بالنسبة لحصص باقي الشركاء⁽³⁾، وتطبق عليه أحكام عقد الإيجار بشأن المسائل التي ورد ذكرها في المادة (735) من القانون المدني الجزائري.

وهذا التكييف الذي أخذ به القانون المدني الجزائري، قريب من قول الفقهاء المالكية بأن قسمة المهايأة كالإجارة من حيث اللزوم وتعيين المدة⁽⁴⁾. وهو ما ذكره "خليل" في مختصره بقوله:

(1) تنص المادة (2/467) من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز أن يُحدّد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر». يتضح من هذا النص أن الأصل في الأجرة أن تكون نقوداً، ولكن يجوز أن تكون غير النقود، وذلك بأن يوفي المستأجر بالتزامه بتقديم أداءات أخرى كالانتفاع بشيء آخر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، أو أي التزام آخر يلتزم به.

(2) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 821؛ بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 173.

(3) قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، ص 120؛ سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 117؛ الجبال مصطفى: نظام الملكية، ص 105.

(4) الدردير: الشرح الصغير، ج 3، ص 660؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 498؛ الغرياني: مدونة الفقه المالكي، ج 4، ص 203؛ الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، ج 6، ص 182.

«القسمة: تهايو في زمن: كخدمة عبد شهراً وسكنى دار سنين: كالإجارة»⁽¹⁾، فنبه بقوله: "كالإجارة" على أن قسمة المهايأة في زمن معين تكون كالإجارة لازمة⁽²⁾. كما أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا التكييف أيضاً في حالة المهايأة الزمانية، حيث نصت في مادتها (1178) على أن: «المهايأة زماناً نوع من المبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته، وعليه فالمهايأة زماناً في حكم الإجارة، بناء على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة زماناً، ككذا يوماً وكذا شهراً».

وينبغي الإشارة إلى أن هذا التكييف محل انتقاد من قبل بعض فقهاء المذهب الحنفي، حيث يقولون: أن الإجارة عقد يتم بين شخصين، أحدهما مالك للعين المؤجرة وهو المؤجر، والآخر غير مالك لها وهو المستأجر، ولا يستحق هذا الأخير منفعة العين المؤجرة إلا بمقتضى عقد الإيجار، أما قسمة المهايأة، فهي عقد يتم بين أشخاص كلهم ملاك لمال واحد، بهدف تنظيم الانتفاع بالمال الشائع فيما بينهم، فليس ثمة مؤجر ولا مستأجر، بل كل واحد منهم ينتفع بالمال الشائع بمقتضى المهايأة بوصفه مالكا لهذا المال⁽³⁾.

أما الفقهاء الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ فيرون أن قسمة المهايأة تعد معاوضة، فهي كالبيع؛ لأن كل شريك يبيع حقه في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر، ويشبهونها كذلك بالعارية من الجهتين، كما لو أعار أحد الشريكين صاحبه شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج إليه.

(1) خليل بن إسحاق بن موسى: مختصر العلامة خليل، ط1، دار الحديث، القاهرة- مصر، 2005، ص196.

(2) الخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص406؛ الخرشي: شرح مختصر خليل، ج6، ص185.

(3) السرخسي: المبسوط، ج20، ص170.

(4) الشيرازي: المهذب، ج3، ص409؛ النووي: كتاب المجموع، ج22، ص445.

(5) ابن قدامة: المغني، ج14، ص119؛ السيوطي: مطالب أولي النهى، ج6، ص553.

الفرع الثالث: سلطات الشريك في قسمة المهايأة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

إن الهدف الأساسي من قسمة المهايأة هو تنظيم استعمال المال المشاع واستغلاله، بحيث يتمكن كل شريك من الانتفاع بهذا المال في حدود حصته الشائعة. ففي حالة الاتفاق على الانتفاع بالمال المشاع عن طريق المهايأة الزمانية، يكون لكل شريك أن يختص في نوبته باستعمال كل المال المشاع واستغلاله. أما في حالة الاتفاق على المهايأة المكانية، فيتم انتفاع الشركاء معاً في وقت واحد، مع بقاء الشركة في عين المال بحالها، حيث يتهيأ لكل منهم أن يجوز جزءاً مفرزاً من هذا المال، يستقل بإدارته واستغلاله، وذلك بالانتفاع به بنفسه أو بواسطة غيره⁽¹⁾.

وينبغي الإشارة إلى أن كل شريك مطالب عند انتفاعه بالمال المشاع، بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يمس بحقوق الشركاء الآخرين في التمتع بهذا المال إذا جاءت نوبتهم في المهايأة الزمانية، أو انقضت مدة الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية دون تجديد⁽²⁾.

ولما كان كل واحد من الشركاء في الشيوخ - بناء على التكييف الذي تقدم - يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص باقي الشركاء، فإن قواعد الإيجار تنطبق على قسمة المهايأة فيما يتعلق بحقوق المتقاسمين والتزاماتهم، إلا ما تعارض منها مع طبيعة هذه القسمة⁽³⁾. وبذلك تكون الترميمات الضرورية على الشركاء مجتمعين، أما الترميمات التأجيرية⁽⁴⁾ فيتحملها الشريك

(1) السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، ص 816.

(2) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 162.

(3) وقد تناول القانون المدني الجزائري الأحكام المتعلقة بحقوق المستأجر والتزاماته في المواد (479-503).

(4) الترميمات التأجيرية: هي الترميمات البسيطة التي تنشأ من الاستعمال المألوف للعين المؤجرة، كإصلاح النوافذ والأبواب وصنابير المياه. أما الترميمات الضرورية: فهي الترميمات المستعجلة لحفظ العين المستأجرة من الهلاك، وكذا الإصلاحات اللازمة للانتفاع بها على الوجه المقصود، كإصلاح الجدران المهتدة بالسقوط، وتقوية الأساسات إذا كانت واهية. (يُنظر: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، ص 259)

لوحده. ويلتزم جميع الشركاء قَبْلَ الشريك الذي اختص بجزء معين أو بالشيء الشائع كله مدة معينة، بالتسليم والضمان. كما يلتزم هذا الشريك قَبْلَهُم باستعمال العين فيما أُعدت له وبعدم التغيير فيها والمحافظة عليها، و رَدّها عند انتهاء مدة القسمة، ولكن لا محل بالطبع لتطبيق أحكام الالتزام بدفع الأجرة؛ لأنه يتعارض مع طبيعة القسمة⁽¹⁾.

وبالنسبة لرأي الفقه الإسلامي، فإنه إذا تم الاتفاق على المهايأة، كان لكل واحد من المتهايئين استعمال الشيء كما يريد في حدود طبيعة العقد، وهذا سواء أكانت المهايأة مكانية أم زمانية. ففي الزمانية يجوز الركوب والسكنى ونحوهما وفي المكانية يجوز السكنى ونحوها.

كما يكون لكل شريك في المهايأة المكانية الحق في استغلال (استثمار) ما أصاب بالمهايأة - أي تأجيرها للغير - سواء أكان ذلك مشروطاً في العقد، أم غير مشروط؛ لأن كل متهاييء ملك المنفعة، فيملك التصرف فيها بالتمليك وغيره. أما في المهايأة الزمانية: فلا خلاف بين الحنفية على أن كل واحد من المتهايئين لا يملك إلا حق الانتفاع بنفسه، فليس له حق استغلال المال المشترك في نوبته إذا لم يشترط ذلك. أما إذا اشترط جواز الاستغلال، فإن بعض الفقهاء يرون صحة هذا الشرط، في حين يذهب البعض الآخر إلى القول بأنه شرط باطل لا يترتب عليه أثر؛ لأن المهايأة الزمانية في معنى الإعارة، والعارية لا تؤجر. وهذا هو الراجح⁽²⁾.

من خلال كل ما سبق وتطبيق الأحكام الخاصة بقسمة المهايأة على ملكية الأسرة، يمكن القول بأن للشركاء في هذه الملكية أن يتفقوا فيما بينهم على قسمة الأموال المكونة لها بصورة مؤقتة عن طريق قسمة المهايأة المكانية، وذلك كأن يتفق الشركاء في بيت مملوك لهم ملكية أسرة - ومكون

(1) الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 106؛ سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، ص 109.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 9، ص 174؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج 9، ص 390؛ الموسوعة الفقهية، ج 33، ص 257؛ الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 704.

من عدة طوابق - على اقتسامه بينهم مهياًة مكانية، فيأخذ كل واحد منهم طابقاً من هذا البيت ليتنفع به، وذلك باستعماله واستغلاله لمدة معينة هي المدة المتفق عليها بينهم، على أن يعود هذا البيت إلى سيرته الأولى، وهي الشيوع بصورة ملكية أسرة⁽¹⁾.

كما يمكن للشركاء أن يتفقوا على تناوب الانتفاع بالأموال المكوّنة للملكية الأسرة، بمقتضى قسمة المهياًة الزمانية ولأية مدة، بشرط أن يكون انتفاع كل واحد منهم لمدة معينة تتناسب مع حصته في هذه الملكية. وسواء أكانت المهياًة مكانية أم زمانية، فإنه يجوز للشركاء في ملكية الأسرة تجديد مدة المهياًة ما دامت هذه الملكية باقية.

وطبقاً للقواعد المنظمة لسلطات الشريك في قسمة المهياًة - التي سبق بيانها في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - فإن من حق كل شريك في حالة الاتفاق على تنظيم الانتفاع بملكية الأسرة عن طريق المهياًة، أن يستعمل الأموال المكونة لهذه الملكية على حسب حصته فيها، بشرط أن يكون ذلك في حدود الغرض الذي خصصت له تلك الأموال. كما يجوز له استغلال الجزء الذي يحوزه منها في حالة ما إذا كان محل الاتفاق هو المهياًة الكمانية، وذلك بتأجيرها للغير.

(1) العباي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ص 123.

المبحث الثالث: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري

والفقهاء الإسلامي

بعد بيان الأحكام المنظمة للانتفاع بملكية الأسرة، سنتطرق في هذا المبحث إلى الأحكام المتعلقة بسطة التصرف في هذه الملكية وذلك في مطلبين، نستعرض في الأول منها الأحكام التي نظم بها المشرع الجزائري حق الشركاء في التصرف في ملكية الأسرة، أما المطلب الثاني فنخصه لبيان ما ورد في الفقه الإسلامي من أحكام تتعلق بالتصرف في شركة الملك، باعتبار أن ملكية الأسرة تمثل إحدى صور هذه الشركة.

المطلب الأول: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب لتوضيح الأحكام التي نص عليها القانون المدني الجزائري بخصوص تصرف الشريك في حصته في ملكية الأسرة، والتي خرج فيها المشرع عن مقتضى القواعد العامة للملكية الشائعة، وذلك فيما يتعلق بمدى إمكان إخراج الشريك لنصيبه في هذه الملكية، وكذا تصرفه في نصيبه لأجنبي عن الأسرة.

الفرع الأول: إخراج الشريك لنصيبه في ملكية الأسرة

يترتب على القول بأن ملكية الأسرة إحدى صور الشيوع الإجباري، أنه لا يجوز لأي شريك فيها أن يطالب بالقسمة، وهذا ما نصت عليه المادة (740) من القانون المدني الجزائري بقولها: «ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة...». فطالما ظلت ملكية الأسرة قائمة فلا يجوز لأحد أعضائها أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها.

غير أنه قد يطرأ أثناء فترة قيام ملكية الأسرة ما يجعل أحد الشركاء في حاجة إلى إخراج نصيبه منها، لهذا أجاز المشرع الجزائري - من خلال نص المادة (739) من القانون المدني - لكل

شريك في هذه الملكية أن يُخرج نصيبه منها، وذلك وفق التفصيل الآتي:

1. إذا تم تحديد مدة ملكية الأسرة، جاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوي لذلك، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة نقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين بقية الشركاء خلاف لا أمل في تسويته.

2. إذا لم يتفق الشركاء على مدة معينة لملكية الأسرة، كان لكل شريك أن يُخرج نصيبه بعد مرور ستة (6) أشهر من يوم إعلان الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك.

ولا شك أن الترخيص للشركاء في ملكية الأسرة بالتحلُّل منها على النحو المتقدم، يقضي على أهم مزاياها؛ إذ أن مناط الاستفادة من هذه الملكية، هو بقاؤها مدة طويلة حتى يتحقق المقصود منها، فإذا جاز لكل شريك أن ينفك منها، بالرغم من الاتفاق على بقائها مدة معينة، فإن ذلك من شأنه أن يوهن الرابطة بين الشركاء⁽¹⁾. ولهذا يقول أحد فقهاء القانون منتقداً هذا الترخيص للشركاء بالخروج من ملكية الأسرة: « إذا كان المشرع يُجوز الاتفاق على إبقاء ملكية الأسرة لمدة تصل إلى خمس عشرة سنة، فمن الغريب - رغم وجود مثل هذا الاتفاق وما يُرَاعَى فيه من إبقاء مثل هذه الملكية الشائعة وهي قائمة بين أقرباء مثل هذه المدة الطويلة - أن يترخص في تجويز تحلُّل أحد أعضاء الأسرة من مثل هذا الاتفاق، رغم أنه لا يُبيح ذلك في حالة الاتفاق على مدة للبقاء في الشيوخ العادي حيث لا تربط المشتاعين مثل هذه الرابطة من القرابة»⁽²⁾.

وينبغي الإشارة إلى أن إخراج الشريك لنصيبه من ملكية الأسرة في الحالتين المذكورتين، لا يعد قسمة للأموال الداخلة في تكوين هذه الملكية، وفي حالة تعذر تسليم الشريك المنسحب

(1) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 178.

(2) كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 240.

حصته، فإنه يمكن إعطاؤه ما يقابل هذه الحصة دون الالتجاء إلى بيع المال كله بالمزاد⁽¹⁾، وذلك تطبيقاً للحكم الخاص بخروج أحد الشركاء في الشروع العادي، والمنصوص عليه في المادة (2/725) من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي عن الأسرة

طبقاً لنص المادة (714) من القانون المدني الجزائري، فإن للشريك في الشروع حق التصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات القانونية إلى أحد الشركاء أو إلى الغير، بالبيع أو الإجارة أو الهبة وغيرها، دون إلزامه بإخطار باقي الشركاء، ما دام يتصرف في حدود حصته الشائعة، ولكن بشرط ألا يلحق ضرراً بالشركاء الآخرين⁽²⁾.

ولا شك أن من الإضرار بالشركاء أن يتصرف الشريك بنصيبه لأجنبي عن الأسرة دون موافقة شركائه. ولهذا أورد المشرع الجزائري نصاً خاصاً بمنع هذا التصرف، وذلك في المادة (740) من القانون المدني بقوله: «ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً». فيؤخذ من هذا النص أنه فضلاً عن عدم جواز المطالبة بالقسمة في ملكية الأسرة، فإنه يمتنع أيضاً على الشريك فيها أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة دون موافقة الشركاء جميعاً، سواء أكان التصرف معاوضة أم تبرعاً⁽³⁾.

والهدف من وضع هذا القيد، هو منع دخول شخص أجنبي بين أعضاء الأسرة الواحدة، والذي قد يتضررون من وجوده بينهم كشريك، وذلك بسبب الطابع العائلي الذي يميز ملكية

(1) الصدة عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 260؛ العبيدي هاني: الحقوق العينية، ص 85.

(2) بلحاج العربي: الحقوق العينية، ص 184؛ دلاندة يوسف: الوجيز في الملكية الشائعة، ص 80.

(3) أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 122.

الأسرة، واقتصارها على أعضاء الأسرة الواحدة⁽¹⁾.

ومن هنا فإن التصرف الممنوع على الشريك القيام به، هو التنازل عن حصته لأجنبي عن الأسرة، أما تصرفه في نصيبه إلى شريك آخر فجائز، ويكون نافذاً في حق باقي الشركاء دون الحاجة إلى موافقتهم؛ لانتفاء مظنة تضررهم. كما يجوز هذا التصرف كذلك إلى كل عضو من الأسرة ولو لم يكن من الشركاء؛ لأن المنع الوارد في المادة السابقة، منع من التصرف لأجنبي عن الأسرة لا لأجنبي عن ملكية الأسرة⁽²⁾.

هذا وقد نصت المادة (2 / 740) من القانون المدني الجزائري على أنه: « إذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبراً عليه، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضا باقي الشركاء ». فيتضح من هذا النص أن الأجنبي إذا تملك حصة أحد الشركاء، سواء أكان ذلك برضا الشريك - كما لو اشتراها منه - أم جبراً عنه، كما لو كان هذا الشريك مديناً وتم التنفيذ على حصته، فإن هذا التملك يجعل الأجنبي يحل محل الشريك في حصته، ولكنه لا يعد شريكاً في ملكية الأسرة إلا إذا رضي بذلك باقي الشركاء⁽³⁾، فإذا تخلف هذا الرضا، تعين إخراج الحصة التي آلت إلى الأجنبي؛ وذلك حفاظاً على الغرض الذي أنشئت من أجله ملكية الأسرة⁽⁴⁾. والذي يُلاحظ أن السماح بانخراط الأجنبي في ملكية الأسرة في الحالة السابقة، هو خروج عن المبدأ القاضي بانحصار ملكية الأسرة في الأقرباء، وهو خروج أملتته الضرورة⁽⁵⁾، بناء

(1) منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، ص 211؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 241؛ الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، ص 261.

(2) قاسم محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، ص 201.

(3) العبيدي هاني: الحقوق العينية، ص 85؛ سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، ص 204.

(4) الجمال مصطفى: نظام الملكية، ص 144؛ كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني، ص 241.

(5) سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ص 180.

على القاعدة القائلة: «يُغتفر في البقاء ما لا يُغتفر في الابتداء»⁽¹⁾.

نشير في الأخير إلى أن تصرف الشريك في حصته بأي شكل من الأشكال، يجب أن يرد على هذه الحصة وهي شائعة في ملكية الأسرة، ولا يجوز له التصرف في حصة مفرزة حتى ولو كانت هي التي دخل بها في هذه الملكية؛ إذ الإفراز يزول بمجرد تسجيل عقد ملكية الأسرة⁽²⁾.

المطلب الثاني: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي

يعتبر الشريك في شركة الملك كأنه أجنبي بالنسبة إلى حصة صاحبه فيما هو مشترك بينهما، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه؛ لأن المسوغ للتصرف في الشيء، هو الملك أو الولاية أو الوكالة، وهذه الشركة لا تتضمن وكالة، ولا ملك لشريك في نصيب شريكه، ولا ولاية له عليه⁽³⁾. ويترتب على ذلك منع الشريك من الانفراد بالتصرف في جميع الملك المشترك، ببيع ونحوه من العقود بدون إذن الشريك الآخر؛ لما في ذلك من تصرف الإنسان فيما لا يملك بغير إذن مالكة⁽⁴⁾.

وقد أشارت المادة (1071) من مجلة الأحكام العدلية إلى هذا المعنى بقولها: «يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف مستقلاً في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مضرراً بالشريك». ومعنى ذلك أن للشريك أن يتصرف في جميع الملك المشترك بكافة أنواع

(1) «يُغتفر» أي قد يُتسامح ويُتساهل في البقاء - أي خلال الأمر وأثناءه - ما لا يُغتفر في الابتداء؛ وذلك لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم: الأشباه والنظائر، ط1، دار الفكر، دمشق - سورية،

1983، ص93؛ المادة (55) من مجلة الأحكام العدلية؛ الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص293

(2) طلبة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ج11، ص617.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص523؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص467.

(4) الموسوعة الفقهية، ج26، ص23؛ حيدر علي: درر الحكام، شرح المادة: 1075، ج3، ص28.

التصرف إذا حصل على الإذن الصريح من شريكه، سواء أكان التصرف مضرًا أم غير مضر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مضرًا بشريكه بداعي وجود إذنه دلالة ورضا منه بذلك⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتصرف الشريك في حصته الشائعة، فيجوز له ذلك دون توقف على رضا شريكه، ولذلك كان من خصائص الملكية الشائعة كما يقول "مصطفى الزرقا": « الملكية الشائعة في الأعيان المادية هي في الأصل كالملكية المتميزة المعينة في قابلية التصرف إلا لمانع »، فوجود المانع هو حالة استثنائية من هذا المبدأ. ويُتصور هذا المانع بالنسبة إلى التصرف الفعلي، بمنع صاحب الحصة الشائعة من القيام بكل ما من شأنه أن يمس بحقوق شريكه، فمثلاً: لا يجوز له إتلاف حصته؛ لأن هذا يستتبع إتلاف حصة شريكه لعدم التمييز، أما التصرفات القولية فتجري في الحصة الشائعة كما في الحصة المتميزة⁽²⁾.

ومن هنا كان للشريك - باتفاق الفقهاء - الحق في التصرف في حصته الشائعة بالبيع⁽³⁾، فيجوز له بيع نصيبه كله أو بعضه على الشياخ، لشريكه ولغير شريكه، بإذنه وبغير إذنه، لا فرق في ذلك بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها⁽⁴⁾. إلا أنه فيما لا يقبل القسمة ذاتاً - كالبيت الصغير، والدابة، ونحوهما من المنقولات - لا يجوز لمن باع نصيبه أن يسلم العين المشتركة كلها إلى

(1) حيدر علي: درر الحكماء، ج3، ص24.

(2) الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ج1، ص366.

(3) وهذا ما ذكره ابن تيمية بقوله: « يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين كما مضت بذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ». (يُنظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج29، ص129).

(4) الزيلعي: تبين الحقائق، ج5، ص126؛ المازري، محمد بن علي بن عمر التميمي: شرح التلقين، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008، ج5، ص344؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص235؛ النووي: المجموع، ج9، ص308؛ المرادوي: الإنصاف، ج1، ص743.

المشتري، دون إذن شريكه، وإلا كان ضامناً لنصيب شريكه؛ لاعتدائه عليه⁽¹⁾.

غير أن الحنفية يفرقون في حالة البيع لأجنبي، بين ما يسمونه بالنصيب الشائع في شركة الشيوخ: وهي الناشئة عن إرث أو عقد مفيد للملك، وبين النصيب غير الشائع في شركة الاختلاط: وهي الشركة الناشئة عن اختلاط المالكين دون شيوخ. حيث أجازوا هذا البيع في شركة الشيوخ ولو بدون إذن شريكه، ومنعوه في حالة شركة الاختلاط، إلا أن يأذن الشريك بذلك.

وسر التفرقة في الحكم بين الحالتين، هو أن المال في شركة الشيوخ يكون مشتركاً بين الشريكين بجميع أجزائه مهما صغرت، وبيع النصيب الشائع جائز للشريك ولغيره، إذ لا مانع من تسليمه وتسليمه؛ لأن الإفراز ليس من شرائط التسليم، فيصح للشريك بيع نصيبه وتسليمه للمشتري. وهذا بخلاف شركة الاختلاط، فإن مال كل واحد يبقى في ملكه، رغم اختلاط المالكين وعدم تميز أحدهما عن الآخر. فإذا باع أحد الشريكين نصيبه لأجنبي، لم يتمكن من تسليمه للمشتري إلا مخلوطاً بنصيب شريكه، لذلك اشترط إذنه، أما لو باعه لشريكه فلا يكون ثمة مانع من تسليمه⁽²⁾.

ومثل البيع، يصح لكل شريك التصرف في حصته الشائعة بالإجارة، والرهن، والهبة وغيرها من العقود، سواء أكان ذلك بإذن شريكه أم بغير إذنه، عند جمهور الفقهاء⁽³⁾. ويستثنى الحنفية من ذلك ثلاثة عقود، اعتبروا في طبيعتها وشرائطها ما يمنع إجراءها على الحصة الشائعة،

(1) القرافي: الذخيرة، ط1، ص66؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج29، 129؛ الموسوعة الفقهية، ج26، ص23.

(2) النسفي: البحر الرائق، ج5، ص280؛ ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص467؛ ابن الهمام: فتح القدير، ج6، ص145.

(3) المازري: شرح التلقين، ج5، ص344؛ ابن مفلح: كتاب الفروع، ج7، ص151؛ الجزيري عبد الرحمن: الفقه اعلى المذاهب الأربعة، ج2، ص189.

إما منعاً مطلقاً أو في بعض الأحوال، وهذه العقود هي: الرهن والهبة والإجارة⁽¹⁾.

ومن هنا فإنه يجوز للشريك في ملكية الأسرة أن يتصرف في حصته الشائعة، بأن يُرتب عليها حق انتفاع للغير، فيصبح المنتفع شريكاً مع باقي الشركاء في خلال المدة المقررة للانتفاع؛ وذلك لأن للمالك حق التصرف في ملكه بكافة التصرفات، طالما أن ذلك لا يترتب عليه ضرر بالنسبة للشركاء الآخرين. فإذا كانت ملكية الأسرة تتمثل في سيارة أو منزل، ثم رتب عليها الشريك حق انتفاع - أي على حصته الشائعة - فإن المنتفع يحل محل هذا الشريك المتصرف طوال فترة الانتفاع للحصول على ما يعادل حصته⁽²⁾.

وبهذا يتضح بأن ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري من إعطاء الشريك في ملكية الأسرة حق التصرف في حصته الشائعة لمصلحة أحد الشركاء بكافة التصرفات الناقلة للملكية، يتفق مع رأي جمهور فقهاء الإسلام في تصرف الشريك في حصته الشائعة من الملك المشترك. أما اشتراطه الحصول على موافقة بقية الشركاء في حالة ما إذا كان التصرف لأجنبي عن الأسرة، فإن الفقهاء لا يقولون بهذا الشرط.

(1) ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص467؛ الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، ج3، ص147، 404.

(2) النشار جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، ص75.

الختمة

الخاتمة

من خلال هذا البحث، تم التوصل إلى مجموعة من النتائج نجملها في النقاط التالية:

1- يتفق القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي على أن لكل شريك الحق في استعمال الحائط المشترك، بشروط متفق عليها.

كما يُلزم جميع الشركاء بالمساهمة في نفقات صيانة الحائط المشترك و تجديده، كل بنسبة حصته على نحو ما تقضي به القواعد العامة في الشيوخ العادي، ما لم تكن الحاجة إلى الإصلاح أو التجديد راجعة إلى أحدهم، وهو ما يتفق فيه القانون الجزائري مع المذهبين الحنفي والمالكي من الفقه الإسلامي. فإذا امتنع أحدهم عن الإنفاق، فالراجح في الفقه الإسلامي إجباره على ذلك، أما القانون الجزائري فلم يُبدِ حُكماً في هذا.

أما تعلية الحائط المشترك، فإذا اتفق الشركاء عليها، تحمل كل منهم نصيبه في نفقاتها. فإذا لم يكن هناك اتفاق، كان للراغب في التعلية - حسب القانون الجزائري - أن يستقل بها و لو بغير إذن شريكه إذا توافرت الشروط التي يفرضها القانون. أما الفقه الإسلامي فجمهوره لا يُجوز لأحد الشركاء الانفراد بالتعلية دون موافقة الآخرين.

وفيما يتعلق بالتصرف في الحائط المشترك - بفتح نوافذ أو أبواب أو نحو ذلك -، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يقوم بذلك، وهذا باتفاق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

2- يقوم نظام الملكية العقارية المشتركة على أساس وجود نوعين من الملكية، مفرزة و شائعة. والشريك في هذا النظام له الحق في الانتفاع بشقته أو طبقته - استعمالاً أو استغلالاً - بكافة الأوجه المشروعة، على أن يلتزم في ذلك بالقيود التي ترد على حق الملكية العقارية الخاصة والتي توجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه بحيث يضر بجاره ضرراً غير مألوف. ولا يختلف هذا عن رأي الفقه الإسلامي في ملكية السفل والعلو، بنفس الشروط المذكورة.

ويجوز للمالك أن يتصرف بكافة أنواع التصرفات الناقلة للملكية في الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة من المبنى متعدد الطبقات، على أن يشمل ذلك حقه في الأجزاء المشتركة، دون أن يثبت للشركاء الآخرين حق الشفعة في حالة البيع، هذا الذي ذهب إليه القانون الجزائري، وهو قريب من الفقه الإسلامي في ملكية السفلى والعلو، لكن مع ثبوت حق الشفعة إذا كان بين الجارين مرافق مشتركة، على الراجح عند الفقهاء.

ويتفق القانون الجزائري والفقه الإسلامي على أن لكل مالك الحق في إجراء التعديلات المادية التي يريدونها في الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة من المبنى متعدد الطبقات، بشرط ألا يؤثر ذلك على متانة البناء، ولا يضر بحقوق الملاك الآخرين.

3- يلتقي القانون الجزائري مع الفقه الإسلامي في اعتبار الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة مرافق مشتركة بين الشركاء؛ وإذن فهي تخضع للقواعد العامة في استعمال هذه المرافق.

ولا يحق للشريك في نظام الملكية العقارية المشتركة أن يتصرف بحقه في الأجزاء المشتركة، بأي نوع من التصرفات الناقلة للملكية، استقلاً عن تصرفه في الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة. وليس في هذا ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ يُعد ذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية "التابع لا يُفرد بحكم".

ويُلزم القانون الجزائري كل شريك بالمساهمة في تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة. وهو في هذا لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي. وإذا امتنع أحد الشركاء عن المشاركة في الصيانة، فالراجح في الفقه الإسلامي أن يُجبر على ذلك، إذا كان الغرض من الصيانة دفع ضرر عام ينال جميع الشركاء، لا مجرد تحسين الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو دفع الضرر الذي يلحق بعض الشركاء فقط.

ولا خلاف بين الفقه و القانون في امتناع التصرف في الأجزاء المشتركة بالتعديل أو الهدم وغيره من التصرفات المادية، إلا بعد الحصول على موافقة جميع الشركاء أو أغلبهم حسب نوع التعديل، و بشرط أن يؤدي التعديل إلى تسهيل استعمال هذه الأجزاء المشتركة، وألا يلحق ضرراً بالملك الآخرين.

4- ملكية الأسرة نظام قانوني يُقصد به الملكية الشائعة التي تنشأ بتصرف قانوني من اتفاق يُفرغ في سند كتابي بين أفراد أسرة واحدة، تجمعهم وحدة العمل والمصلحة. ورغم أن الفقه الإسلامي لم يستعمل هذا المصطلح، إلا أنه يستند في أساسه إلى الأحكام الخاصة بشركة الملك.

والشروط التي يتطلب القانون الجزائري توفرها لإنشاء ملكية الأسرة، شروط لا تتعارض مع القواعد العامة لشركة الملك في الفقه الإسلامي.

5- لكل شريك في ملكية الأسرة حق الانتفاع بحصته، وذلك باستعمالها والقيام بالأعمال المادية اللازمة للحصول على ثمارها. على أن يلتزم في ذلك بعدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين، وألا يكون استعماله على وجه يخالف المصلحة المتبغاة من إنشاء هذه الملكية، وهذا طبقاً للقواعد العامة للشروع في القانون المدني الجزائري وأحكام شركة الملك في الفقه الإسلامي.

ويجوز للشريك في ملكية الأسرة، حسب القانون المدني الجزائري، أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات الناقلة للملكية لأحد الشركاء أو لأجنبي عن الأسرة، ولكن بعد موافقة الشركاء في الحالة الأخيرة. أما الفقه الإسلامي، فقد جَوَّز جمهوره تلك التصرفات جميعاً للشريك - سواء لمصلحة أحد الشركاء أو لأجنبي عنهم - ولو بغير موافقة الشركاء الآخرين.

6- تخضع عملية إدارة ملكية الأسرة لمبدأ الأغلبية الذي نص عليه القانون الجزائري بشأن الشروع العادي، حيث يجوز لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة، أن تُعين مديراً أو أكثر من بين الأعضاء، يتولى إدارة المال المشترك في هذه الملكية.

أما في الفقه الإسلامي، فرغم أن الأصل في إدارة شركة الملك أن تكون بإجماع الشركاء، إلا أنه لا مانع شرعاً من أن يتنازلوا عن هذا الحق، ويتفقوا على تعيين شخص من بينهم أو من الغير لإدارة هذه الشركة.

7- إذا اتفق الشركاء على تنظيم الانتفاع بملكية الأسرة، عن طريق المهياة، كان لكل منهم أن يختص بجزء يعادل حصته فيها؛ بحيث يستقل باستعماله و استغلاله، وهذا في حالة ما إذا كان محل الاتفاق هو المهياة المكانية. أما في حالة الاتفاق على المهياة الزمانية، فإن لكل شريك أن ينفرد في نوبته باستعمال كل المال المكوّن لهذه الملكية، على أن يلتزم في ذلك بحدود الغرض الذي أُعدَّ له. وكل ذلك محل اتفاق بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

هذه هي أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث، وفي الأخير فإننا نوصي بما يلي:

1. على المهندسين المكلفين بوضع التصاميم الخاصة ببناء السكنات الاجتماعية وغيرها من الصيغ السكنية التي تشرف الدولة على بنائها، مراعاة الازدواج في الجدران التي تفصل فيما بينها، بحيث يكون لكل سكن جدرانه الخاصة؛ وهذا من أجل تجنب النزاعات الناتجة عن الجدار المشترك، خاصة في حالة ما إذا أراد أحد الجيران القيام بالتعديل في سكنه، أو نقل ملكيته إلى الغير.

2. إعطاء الشركاء في نظام الملكية العقارية المشتركة حق الشفعة في حالة ما إذا قام أحدهم ببيع الشقة أو الطابق الذي يملكه، نظراً لاشتراكهم في ملكية الأرض التي أقيم عليها المبنى واشتراكهم في بعض أجزائه، وفي هذا دفع للضرر الذي قد يلحق بهم في حالة ما إذا تم البيع لشخص لا يرغبون جواره.

والله أعلى وأعلم، والحمد لله أولاً وآخراً.

الفهارس

❖ فهرس الآيات القرآنية

❖ فهرس الأحاديث النبوية

❖ فهرس القواعد الفقهية

فهرس الآيات القرآنية :

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
132	البقرة	282	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيِّنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
33	الأعراف	199	﴿حٰذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾
46	التوبة	92	﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾
135	ص	23	﴿إِنَّ هٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْمَةً وَلِي نَعْمَةٌ وَاحِدَةٌ﴾
135	ص	24	﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخٰطِءِآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ۗ الْآ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّٰلِحٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾
71	الزخرف	33	﴿وَلَوْلَا أَن يَّكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَّكْفُرُ بِالرَّحْمٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُفْحًا مِّنْ فِصَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾

فهرس الأحاديث النبوية :

الصفحة	الحديث
33	أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خُصٍّ، فبعث حُذيفةَ يقضي بينهم، ففضى للذين يليهم القمطُ، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال: «أصبت وأحسنت»
95	«إِنَّمَا جَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسَمْ فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ»
35	«الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»
96	«الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ»
96	«الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»
96	«جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ»
137	«الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ»
54، 49، 48، 40، 88، 87، 86، 57	«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»
117	
42	«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»
41، 35	«لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»
82	«مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يُوْذِ جَارَهُ»

فهرس القواعد الفقهية :

الصفحة	القاعدة
117	«التابع لا يُفرد بالحكم»
89	«حُكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف»
49،112	«الضرر لا يُزال بالضرر»
50	«الضرر يُدفع بقدر الإمكان»
35	«العادة مُحكّمة»
137	«الغرم بالغنم»
85	« كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة، إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»
88	« كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف»
88	«لا يُنكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان»
166	« يُغتفر في البقاء ما لا يُغتفر في الابتداء»

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً - القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ثانياً - الحديث النبوي وشروحه :

1. ابن رجب زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين: جامع العلوم والحكم، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1999.
2. ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجة، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، (دون سنة الطبع).
3. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، ط2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، (دون سنة الطبع).
4. الألباني محمد ناصر الدين: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، (دون رقم الطبعة)، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1985.
5. الألباني محمد ناصر الدين: صحيح الجامع الصغير وزيادته، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1988.
6. الألباني محمد ناصر الدين: ضعيف سنن ابن ماجة، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1997.
7. الإمام أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1999.
8. الباجي سليمان بن خلف بن سعد: المتقى في شرح موطأ مالك، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1999.
9. البخاري محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، (دون رقم الطبعة)، بيت الأفكار الدولية للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1998.

10. البسام التميمي عبد الله بن عبد الرحمن: توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ط5، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية، 2003.
11. البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي: السنن الكبرى، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
12. الترمذي محمد بن عيسى: سنن الترمذي، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، (دون سنة الطبع).
13. الدارقطني علي بن عمر: سنن الدارقطني، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2004.
14. الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف: شرح موطأ الإمام مالك، (دون رقم الطبعة)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1990.
15. الشوكاني محمد بن علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
16. مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، (دون رقم الطبعة)، بيت الأفكار الدولية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1998.

ثالثاً - اللغة والمعجم:

1. ابن منظور: لسان العرب، (دون رقم الطبعة)، دار المعارف، القاهرة - مصر، (دون سنة الطبع).
2. الأزهرى محمد بن أحمد: تهذيب اللغة، (دون رقم الطبعة)، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، (دون سنة الطبع).
3. الرازي محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، (دون رقم الطبعة)، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، 1986.

4. الزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس، (دون رقم الطبعة)، التراث العربي، الكويت، 1993.
5. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، دار المعارف، القاهرة - مصر، (دون سنة الطبع).
6. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

رابعاً - أصول الفقه وقواعده:

1. ابن رجب زين الدين عبد الرحمن بن أحمد: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1419هـ.
2. ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم: الأشباه والنظائر، ط1، دار الفكر، دمشق - سورية، 1983.
3. البورنو محمد صدقي بن أحمد: موسوعة القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2003.
4. حيدر علي: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003.
5. الزرقا أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق - سورية، 1989.
6. الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله: المثور في القواعد، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1985.
7. السيوطي جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية، 1997.
8. الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: الموافقات، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.

9. القرافي شهاب الدين: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط2، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1995.
10. القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس: الفروق، ومعه "أدراك الشروق" لـ ابن الشاط و"تهذيب الفروق" لـ محمد علي المكي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1998.

خامساً - الفقه الإسلامي:

أ. كتب المذهب الحنفي:

1. ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي: فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
2. ابن عابدين محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار، (دون رقم الطبعة)، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003.
3. باشا محمد قدرى: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الأميرية - بولاق، القاهرة - مصر، 1891.
4. الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي: شرح مختصر الطحاوي، ط1، دار البشائر الإسلامية، 2010.
5. الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الأميرية - بولاق، القاهرة - مصر، (دون سنة الطبع).
6. السرخسي شمس الدين: المبسوط، (دون رقم الطبعة)، دار المعرفة، بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
7. العيني محمود بن أحمد: البناية في شرح الهداية، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1990.
8. الكاساني علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.

9. المرجي الثقيفي: كتاب الحيطان، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، 1994.
10. النسفي عبد الله بن أحمد: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه تكملة الشرح لـ"محمد بن حسين بن علي الطوري"، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997.
11. نظام الدين برهان بوري، وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2000.

ب. كتب المذهب المالكي:

1. ابن أبي زيد القيرواني عبد الله بن عبد الرحمن: النوادر والزيادات، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1999.
2. ابن الرامي: الإعلان بأحكام البنيان، (دون رقم الطبعة)، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999.
3. ابن جزي محمد بن أحمد: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، بدون معلومات النشر.
4. ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دون رقم الطبعة)، بيت الأفكار الدولية، عمان - الأردن، 2009.
5. ابن عبد البر يوسف بن عبد الله: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1978.
6. ابن فرحون برهان الدين اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995.
7. الإمام مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى برواية سحنون، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994.
8. التسولي علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1998.

9. التطيلي عيسى بن موسى: كتاب الجدار، ط1، دار روائع الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1996.
10. الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، ط5، مؤسسة المعارف، بيروت - لبنان، 2007.
11. الخطّاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995.
12. الخرشبي محمد بن عبد الله: شرح مختصر خليل للخرشي ومعه حاشية العدوي، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر للطباعة، بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
13. خليل بن إسحاق بن موسى: مختصر خليل، ط1، دار الحديث، القاهرة - مصر، 2005.
14. الدردير أحمد بن محمد بن أحمد: الشرح الصغير، (دون رقم الطبعة)، دار المعارف، مصر، (دون سنة الطبع).
15. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دون رقم الطبعة)، دار إحياء الكتب العربية، (دون سنة الطبع).
16. الزرقاني عبد الباقي: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2002.
17. الصاوي أحمد: بلغة السالك لأقرب المسالك، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995.
18. العبدري الغرناطي محمد بن يوسف: التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1994.
19. عlish محمد بن أحمد بن محمد: منح الجليل شرح مختصر خليل، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1989.
20. الغرياني الصادق عبد الرحمن: مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط2، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، 2002.

21. القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي: الإشراف على نكت من مسائل الخلاف، ط1، دار ابن القيم، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2008.
22. القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس: الذخيرة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1994.
23. المازري محمد بن علي بن عمر التميمي: شرح التلقين، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008.
24. الونشريسي أحمد بن يحيى: المعيار المعرب، (دون رقم الطبعة)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط - المملكة المغربية، 1981.

ج. كتب المذهب الشافعي:

1. الأنصاري زكريا: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2000.
2. الرافعي عبد الكريم بن محمد: العزيز شرح الوجيز، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997.
3. الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس: نهاية المحتاج، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
4. السيوطي مصطفى بن سعد بن عبده: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهي، ط2، المكتب الإسلامي، 1994.
5. الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب: مُغني المحتاج، ط1، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1997.
6. الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي: المهذب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1995.

7. النووي مُحَيِّي الدين يَحْيَى بن شرف: روضة الطالبين، (دون رقم الطبعة)، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، (دون سنة الطبع).
8. النووي محي الدين يحيى بن شرف: كتاب المجموع شرح المذهب، ومعه تكملة الشرح لـ "محمد نجيب المطيعي"، (دون رقم الطبعة)، مكتبة الإرشاد، جدة - المملكة العربية السعودية، 1980.

د. كتب المذهب الحنبلي:

1. ابن تيمية تقي الدين أبو العباس: مجموع فتاوى ابن تيمية، ط3، دار الوفاء، 2005.
2. ابن قدامة موفق الدين: المُغْنِي، ط3، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1997.
3. ابن مُفْلِح شمس الدين محمد: كتاب الفروع، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2003.
4. ابن مفلح برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله: المبدع في شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1997.
5. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: شرح منتهى الإرادات، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 2000.
6. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1، دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، 1997.
7. المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (دون رقم الطبعة)، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.

هـ. كتب الفقه العام:

1. أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر العربي، مصر، 1977.

2. بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
3. تاويل محمد: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 2009.
4. الجزيري عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.
5. الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 2008.
6. الزحيلي محمد: النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق - سورية، 1993.
7. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق - سورية، 1985.
8. الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق - سورية، 1998.
9. السلطان صالح بن محمد: أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2002.
10. شلبي محمد مصطفى: المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1985.
11. عتيقي محمد عبد الله: عقود الشركات، ط1، مكتبة ابن كثير، الكويت، 1996.
12. فراج حسين أحمد: المدخل للفقه الإسلامي، (دون رقم الطبعة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002.
13. القاري أحمد بن عبد الله: مجلة الأحكام الشرعية، ط1، تهامة، جدة - المملكة العربية السعودية، 1981.
14. المصلح عبد الله: قيود الملكية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1988.
15. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404 - 1427هـ.

سادساً - كتب القانون:

1. أبو السعود رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2004.
2. بعلي محمد الصغير: المدخل للعلوم القانونية، (دون رقم الطبعة)، دار العلوم، الجزائر، 2006.
3. بلحاج العربي: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، (دون رقم الطبعة)، دار هومة، الجزائر، 2016.
4. توفيق فرج حسين: الحقوق العينية الأصلية، (دون رقم الطبعة)، الدار الجامعية بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
5. الجبوري ياسين محمد: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج2، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان - الأردن، 2003.
6. الجمال مصطفى: نظام الملكية، النشر والطبع للمؤلف، 2000.
7. دلاندة يوسف: الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، (دون رقم الطبعة)، دار هومة، الجزائر، 2016.
8. زرارة عواطف: التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011.
9. سعد نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية، (دون رقم الطبعة)، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2001.
10. السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، (دون رقم الطبعة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
11. سوار محمد وحيد الدين: حق الملكية في ذاته، ط2، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2010.

12. الصده عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية، (دون رقم الطبعة)، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، (دون سنة الطبع).
13. طلبة أنور: المطول في شرح القانون المدني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، 2004.
14. طلبة أنور: الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، 2004.
15. عامر عبد العزيز: دروس في حق الملكية، (دون رقم الطبعة)، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (دون سنة الطبع).
16. العباجي بسام مجيد سليمان: ملكية الأسرة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
17. العبيدي هاني: الحقوق العينية، (دون رقم الطبعة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2010.
18. قاسم محمد حسين: موجز الحقوق العينية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2005.
19. كيرة حسن: الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، (دون رقم الطبعة)، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 1998.
20. منصور محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية، (دون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

سابعاً - الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون:

1. خالد أحمد: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006.
2. الحنيف علي: الشركات في الفقه الإسلامي "بحوث مقارنة"، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 2009.

3. الخفيف علي: الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، (دون رقم الطبعة)، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
4. الحياط عبد العزيز: الشركات في الشريعة الإسلامية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1994.
5. درويبي علي محمد علي: شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2006.
6. الدريني فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1988.
7. زيدان زكي زكي حسين: حدود المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني - دراسة مقارنة، (دون رقم الطبعة)، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009.
8. العميرة أحمد بن عبد العزيز: نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، ط1، دار الميمان، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2011.
9. النشار جمال خليل: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، (دون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2000.

ثامناً - الرسائل والمذكرات العلمية :

1. باقل علي: أحكام الحائط المشترك والمرافق المشتركة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية - جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، الجزائر، 2015.
2. التويجري سليمان: حق الارتفاق، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1982.

3. جقبوب رضا مالك: أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية أصول الدين - جامعة الجزائر، 2001/2002.
4. حيتوس عمار: الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر، 2011/2012.
5. زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق - جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، 2007/2008.
6. زرارة عواطف: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، 2012/2013.
7. سليم أيمن سعد عبد المجيد: سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 2000.
8. الطريجي سلطان محمد عبد الرحمن: سلطات المالك على الشيوع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة طنطا، مصر، 2007.
9. منال موسى محمد مي: أحكام المرافق المشتركة في المباني السكنية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية - غزة، فلسطين، سنة 2015.
10. نهاية عبد الرحمن سعيد نعمان: أثر الجوار في تقييد التصرف في الملك في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

تاسعاً - مقالات علمية ومجلات :

1. الحدّاد أحمد بن عبد العزيز: حقوق الارتفاق، بحث مقدم ضمن مؤتمر ماليزيا في التجديد المعاصر، ماليزيا، 2007.
2. مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد الثاني لسنة 1991؛ العدد الثاني لسنة 2006؛ العدد الأول لسنة 2005؛ العدد الأول لسنة 2006 .

عاشراً - القوانين والمراسيم :

1. القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 87 بتاريخ 13 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 19 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26/06/2005.
2. القانون رقم 11-04، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432، الموافق لـ 17/02/2011، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 06/03/2011.
3. المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المؤرخ في 04/03/2014 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 14 جمادى الأولى، الموافق لـ 16 مارس 2014.

الصفحة	الموضوع
2	المقدمة
8	المبحث التمهيدي: مفهوم الشيوع في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
8	المطلب الأول: مفهوم الشيوع بوجه عام
8	الفرع الأول: تعريف الشيوع في اللغة والاصطلاح
12	الفرع الثاني: التكييف القانوني والفقهي لحق الشريك في المال الشائع
16	المطلب الثاني: مفهوم الشيوع الإجمالي في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
16	الفرع الأول: مفهوم الشيوع الإجمالي في القانون الجزائري
22	الفرع الثاني: مفهوم الشيوع الإجمالي في الفقہ الإسلامي
26	<u>الفصل الأول: سلطات الشريك في ملكية الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي</u>
26	المبحث الأول: مفهوم الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
26	المطلب الأول: تعريف الحائط المشترك والفرق بينه وبين الحائط الفاصل
28	المطلب الثاني: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
28	الفرع الأول: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في القانون الجزائري
31	الفرع الثاني: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك في الفقہ الإسلامي
37	المبحث الثاني: استعمال الحائط المشترك وصيانته وتجديده في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
37	المطلب الأول: استعمال الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
37	الفرع الأول: استعمال الشريك للحائط المشترك في القانون الجزائري

39	الفرع الثاني: استعمال الشريك للحائط المشترك في الفقه الإسلامي
43	المطلب الثاني: صيانة الحائط المشترك وتجديده في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
44	الفرع الأول: صيانة الحائط المشترك وتجديده في القانون الجزائري
45	الفرع الثاني: صيانة الحائط المشترك وتجديده في الفقه الإسلامي
51	المبحث الثالث: تصرف الشريك في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
51	المطلب الأول: أحكام تعلية الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
51	الفرع الأول: أحكام تعلية الحائط المشترك في القانون الجزائري
51	أولاً- تعلية الحائط المشترك دون إعادة بنائه
52	ثانياً- تعلية الحائط المشترك بعد إعادة بنائه
54	ثالثاً- الحق في الاشتراك في الجزء المعلن
54	الفرع الثاني: أحكام تعلية الحائط المشترك في الفقه الإسلامي
56	المطلب الثاني: أحكام فتح النوافذ في الحائط المشترك في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
56	الفرع الأول: حكم فتح النوافذ في الحائط المشترك في القانون الجزائري
57	الفرع الثاني: حكم فتح النوافذ في الحائط المشترك في الفقه الإسلامي
60	<u>الفصل الثاني: سلطات الشريك في الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي</u>
60	المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
61	المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
61	الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري
62	الفرع الثاني: تعريف الملكية العقارية المشتركة في الفقه الإسلامي

64	المطلب الثاني: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
65	الفرع الأول: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري
70	الفرع الثاني: مشتملات الملكية العقارية المشتركة في الفقہ الإسلامي
75	المبحث الثاني: سلطات الشريك على الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
75	المطلب الأول: استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
75	الفرع الأول: استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في القانون الجزائري
76	أولاً - عدم التعسف في استعمال الأجزاء الخاصة
79	ثانياً - المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة
81	الفرع الثاني: استعمال الأجزاء الخاصة واستغلالها في الفقہ الإسلامي
82	أولاً - تقييد حق الانتفاع بالأجزاء الخاصة لمنع الضرر بين أصحاب السفل والعلو
85	ثانياً - تقييد حق الانتفاع بالأجزاء الخاصة لمنع الضرر عن الجار الجانبي
90	المطلب الثاني: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
90	الفرع الأول: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في القانون الجزائري
90	أولاً - التصرف القانوني في الأجزاء الخاصة
91	ثانياً - التصرف المادي في الأجزاء الخاصة
93	الفرع الثاني: تصرف الشريك في الأجزاء الخاصة في الفقہ الإسلامي
93	أولاً - التصرف في ملكية السفل والعلو بنقل الملكية
98	ثانياً - التصرف في ملكية السفل والعلو بالتعديل أو الهدم
102	المبحث الثالث: سلطات الشريك على الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

102	المطلب الأول: استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
102	الفرع الأول: استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في القانون الجزائري
103	أولاً- استعمال الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري
104	ثانياً- صيانة الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري
107	الفرع الثاني: استعمال الأجزاء المشتركة وصيانتها في الفقہ الإسلامي
107	أولاً- حكم استعمال الأجزاء المشتركة في الفقہ الإسلامي
109	ثانياً- حكم صيانة الأجزاء المشتركة في الفقہ الإسلامي
113	المطلب الثاني: التصرف في الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
113	الفرع الأول: التصرف في الأجزاء المشتركة في القانون الجزائري
113	أولاً- التصرف القانوني في الأجزاء المشتركة
114	ثانياً- التصرف المادي في الأجزاء المشتركة
116	الفرع الثاني: التصرف في الأجزاء المشتركة في الفقہ الإسلامي
120	<u>الفصل الثالث: سلطات الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي</u>
120	المبحث الأول: مفهوم ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
121	المطلب الأول: تعريف ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
121	الفرع الأول: تعريف ملكية الأسرة في القانون الجزائري
123	الفرع الثاني: تعريف ملكية الأسرة في الفقہ الإسلامي
124	المطلب الثاني: شروط إنشاء ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي
124	الفرع الأول: شروط إنشاء ملكية الأسرة في القانون الجزائري

125	أولاً- انتهاء الشركاء لأسرة واحدة
126	ثانياً- أن تكون الأموال مملوكة لأعضاء الأسرة
127	ثالثاً- أن يكون الاتفاق كتابياً
129	رابعاً- عدم تجاوز المدة خمس عشرة سنة
129	الفرع الثاني: شروط إنشاء ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي
130	أولاً- شروط الشركاء في شركة الملك
131	ثانياً- شروط الملك المشترك
133	المطلب الثالث: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
133	الفرع الأول: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في القانون الجزائري
133	أولاً- تمييز ملكية الأسرة عن الملكية الشائعة
134	ثانياً- تمييز ملكية الأسرة عن الشركة
135	الفرع الثاني: تمييز ملكية الأسرة عن النظم المشابهة لها في الفقه الإسلامي
135	أولاً- التمييز بين شركة الملك والخلطة
137	ثانياً- التمييز بين شركة الملك وشركة العقد
139	المبحث الثاني: انتفاع الشريك بملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
139	المطلب الأول: استعمال ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
139	الفرع الأول: استعمال ملكية الأسرة في القانون الجزائري
142	الفرع الثاني: استعمال ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي
145	المطلب الثاني: إدارة ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي
145	الفرع الأول: إدارة ملكية الأسرة في القانون الجزائري
149	الفرع الثاني: إدارة ملكية الأسرة في الفقه الإسلامي

151	المطلب الثالث: الانتفاع بملكية الأسرة عن طريق قسمة المهايأة
152	الفرع الأول: تعريف قسمة المهايأة وأنواعها في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
152	أولاً- تعريف قسمة المهايأة في اللغة والاصطلاح
153	ثانياً - أنواع قسمة المهايأة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
156	الفرع الثاني: تكييف قسمة المهايأة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
159	الفرع الثالث: سلطات الشريك في قسمة المهايأة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
162	المبحث الثالث: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي
162	المطلب الأول: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في القانون الجزائري
162	الفرع الأول: إخراج الشريك لنصيبه في ملكية الأسرة
164	الفرع الثاني: تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي عن الأسرة
166	المطلب الثاني: تصرف الشريك في ملكية الأسرة في الفقهاء الإسلامي
171	الخاتمة
175	فهرس الآيات القرآنية
177	فهرس الأحاديث النبوية
178	فهرس القواعد الفقهية
179	قائمة المصادر والمراجع
194	فهرس الموضوعات
200	الملخص

المخلص:

إن بقاء المال في حالة شيوع، ومنع الشركاء من المطالبة بقسمته - على ما يتطلبه وضع "الشيوع الإجباري" - يقتضي تنظيم حق الشركاء في التمتع بهذا المال؛ تفاديا لحدوث أي خلاف أو نزاع بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل واحد منهم لسلطاته و استيفائه لحقوقه في العين المشتركة.

ويهدف هذا البحث إلى بيان الأحكام الخاصة بسلطات الشريك في صور الشيوع الإجباري التي نظمها القانون المدني الجزائري، والمتمثلة في: الحائط المشترك، والملكية العقارية المشتركة، وملكية الأسرة، ومقارنة تلك الأحكام مع ما ورد في الفقه الإسلامي بخصوص الانتفاع بالملك المشترك والتصرف فيه.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم البحث إلى ثلاثة فصول: تناول الأول منها بيان الضوابط التي ذكرها كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي لاستعمال الحائط المشترك وحدود التصرف فيه. بينما عُقد الفصل الثاني لتحديد مدى حق الشريك في الانتفاع والتصرف في الأجزاء المشتركة في نظام الملكية العقارية المشتركة في القانون الجزائري، ومقارنة ذلك مع أحكام المرافق المشتركة وملكية السفل و العلو في الفقه الإسلامي. أما الفصل الثالث، فقد تناول بيان السلطات التي منحها القانون الجزائري للشريك في ملكية الأسرة، ومقارنتها مع أحكام شركة الملك في الفقه الإسلامي.

Abstract:

Keeping the many is a common condition, and preventing the partner from dividing it, ordering the partners rights in order to avoid any conflict between the partners.

This research aims to show the special law pertaining to the partner's powers in the compulsory communal form which is organized by the Algerian civil law which are: the common wall, joint real estate ownership, and family ownership and comparing what is manta and Islamic fiqh.

This research is divided into three chapters the first deals with the controls mentioned by the Algerian law and the Islamic fiqh to the dammar wall and the limits of its disposal while the second chapter deals with law how the partner benefit and dispose from the common parts of the joint real state ownership system in Algerian law and to compare that the ownership of lower and high in Islamic fiqh.

The third chapter speaks about the statement of the powers granted by the Algerian law to partner in family ownership, and company in Islamic jurisprudence.