



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون - تيارت -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



القيود الإتفاقية

على الملكية العقارية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق

تخصص قانون عقاري

إشراف

أ.د/ مكي الخالدية

إعداد الطالب:

قواوي بن سليمان

لجنة المناقشة

الصفة	مؤسسة الإنتماء	الرتبة	الأستاذ العضو
رئيسا	جامعة تيارت	أستاذ	الأستاذ الدكتور بلقنيشي الحبيب
مشرفا مقررا	جامعة تيارت	أستاذ	الأستاذ الدكتور مكي الخالدية
عضوا ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر.أ	الدكتور قعموسي هواري
عضوا ممتحنا	جامعة البويرة	أستاذ محاضر.أ	الدكتور زعادي محمد جلول
عضوا ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ	الأستاذ الدكتور زبيدة نور الدين
عضوا ممتحنا	المركز الجامعي افلو	أستاذ محاضر.أ	الدكتورة عرعار الياقوت

السنة الجامعية: 2025/2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَنْ مَرَّ بِهَذَا
مَسْجِدٍ مِنْ مَسَاجِدِ
الْحَقِيقَةِ
فَلْيُحَيِّضْ فِيهِ
رَأْسَ بَدَنِهِ
وَيُحَيِّضْ فِيهِ
رَأْسَ بَدَنِهِ
وَيُحَيِّضْ فِيهِ
رَأْسَ بَدَنِهِ

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه وأغدق عليهما شأبيبه رحمته
وأسدل عليهما بثائره.

إلى الزوجه الكريمة عرفانا بجميل صبرها والتي لاقتت معي في سبيل إخراج هذا البحث
الكثير من الصعاب.

إلى الأولاد عبد الله يمان، إشراق، زكرياء أحمد، رضوان عبد المؤمن، نسأل الله أن
يحفظهم وأن يوفقهم إلى كل خير ويعلي شأنهم ويرفع مقامهم.

إلى كل أهلي وأحبابي وإخوتي وأصدقائي وكل أساتذتي، ومن علمنا.

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل عرفانا بالجميل.

شكر و عرفان

نشكر الله تعالى شكرا و عرفانا لما وفقنا إليه في إتمام إعداد هذه المذكرة فله الشكر
والحمد يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه.

كما أتقدم بالشكر ووافر الإمتنان إلى الدكتورة الأستاذة مكى الخالدية التي تكرمته
بالإشراف على هذا العمل وما خصتنا به في إعداد الأطروحة، فنقف لها وقفه إجلال وإكرام
وإمتنان على ما قدمته لي من نصح وتوجيه وإرشاد على جميع مراحل إعداد هذه الدراسة والتي
لم تبخل عليا بعزيم وقتها ورغم العديد من إلتزاماتها وكثرة مشاغلها ومهامها فلها جزيل الشكر
وجزاها الله عندي خير الجزاء وأدامها الله وأكرمها.

كما أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى كل من له فضل علينا وكل من علمنا وله الفضل
في علمنا، كما أخص بالشكر والتقدير والعرفان إلى الزوجة الكريمة التي سهرت وكبدت عناء
الأطروحة من بدايتها وساعدتني في إتمامها .

وختاما أتقدم بخالص شكري وتقديري للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة بالموافقة
على مناقشة وتقييم هذه الرسالة وكل أساتذة كلية الحقوق جامعة تيارت.

أسأل الله التوفيق والسداد .

مقدمة

يحتل حق الملكية مكانة هامة في حياة الفرد والمجتمع، وقد مارس الإنسان هذا الحق منذ القدم، باعتبار أن حق التملك غريزة طبيعية في نفس الانسان جبلت عليها الإنسانية منذ وجودها، وقد عنت التشريعات السماوية والقوانين الوضعية لهذا الحق الفطري، اهتماما بالغاً، لما لها من أهمية بارزة في تقويم حياة البشرية، بغرض تحقيق التنمية في بناء نظام اقتصادي متين، ولاعتبارها من الثروات الأساسية، وقيمة حقيقية، وما تكتسبه من رهانات مستقبلية للحياة والأمن، والقوة، والسيادة، والرفاهية في بادئ الأمر، فمنذ العصر الأول أي ما قبل التاريخ تمت لدية فكرة البقاء من أجل إشباع رغباته وحاجياته الغذائية، والأمنية، فاقتضى الأمر إلى التملك الفعلي للعقارات بصفة فردية، أو قبائلية، أو مجتمعية، واتخذت جملة من أسباب لاكتساب هذا الحق، ولعل الاستيلاء كان محور المجتمعات البدائية، وحروب الغزوات والغارات، ومواجهة القبائل، والمبنية في اصلها الأول على الاحتلال بالقوة والقهر، ومع التطورات الحاصلة في المجتمعات بدأت الملكية العقارية تتخذ أساليب معينة سواء تعلق الامر بوسائل الاكتساب أو التنمية، والحماية، كما تطورت قواعد التملك وحياسة الأرض، ووضعت تشريعات خاصة منظمة، وما التنظيم الحالي لهذا الحق في حقيقته الا نتيجة لتطور طويل تقلبت خلاله الملكية العقارية بين الاعتراف والانكار، وبين الاطلاق، والتقييد، وتتوج في الأخير باعتراف القوانين الدولية، والتشريعات العقارية الوطنية بالملكية العقارية الفردية وإعطائها قيمة دستورية، فقد أولت التشريعات الحديثة عناية واهتماما خاصا لتنظيم هذا الحق من خلال إعطاء المالك السلطات وإطلاق يده في ملكه، وتوفير الحماية القانونية، والقضائية لهذا الحق حتى يساهم بفعالية في الحياة الاقتصادية من خلال تفعيل مبدأ تداول الأموال والأموال في إدارة الحياة العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومؤشر حقيقي لتبني أي نهج اقتصادي يساعد في الامن الغذائي، والأمن الاجتماعي، ومسيرة التنمية، والإستثمار، وتحقيق الرفاهية، والسيادة، والسيطرة على مقدرات البلد.

وعلى هذا الأساس، من خلال الدور الفعال للملكية العقارية، وما يحققه من أهداف سياسية، تبنت جل التشريعات الوطنية خيار تداول الملكية العقارية، وأعطت لها المبررات العملية، والتشريعات لتحقيق هذه الأهداف، من خلال الوسائل القانونية لحيازة وامتلاك الأملاك العقارية والأموال، واستغلال عناصر الملكية، وكيفية التعامل مع هذه السلطات، تتوافق مع السيرورة التاريخية، وما يتخذه من مناهج معينة لتقويم الملكية العقارية، ووفق ما يكتسبه المنهج الاقتصادي والاجتماعي المتبع، وما يستلزمه من اطلاق حق الملكية وتوسيع نطاقه وبين تقيده لتحقيق هذه المآرب، والمصالح المرجوة والوظائف المستهدفة.

ويمكن الحد من نطاقها بموجب التنظيم اذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد - وقد اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لحق الملكية استناداً للفصل الثاني من الإعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن الذي يضع حق الملكية في مصاف الحريات الأساسية المتعلقة بالحرية والامن ومقاومة الظلم والعدوان، وقد اعتبره حق مقدس ولا يمكن المساس به او حرمان المالك من ملكه، الا اذا دعت في ذلك ضرورات اقتصادية تتعلق بالمصلحة العامة، مقابل تعويض عادل. وقد لجأت جل التشريعات بتفعيل هذا الحق من خلال قوانينها تماشياً ومسيرة لإعلان حقوق الانسان، ومن خلال دساتيرها، واعتبرت القانون يضمن حق الملكية، وأضفت عليه شرعية التقديس، وأولته حماية خاصة وتضمنته في تشريعات خاصة.

ومن الثابت، أن حق الملكية في أصله الجواز في استخدام عناصره واستعماله والتصرف فيه من قبل صاحبه بكل حرية سواء كان عيناً او منفعةً، وأن حرية التداول هو الأصل في الملكية العقارية، وتقييد هذا الأصل هو الاستثناء لما تقرره في احكام الوظائف العامة، أو الخاصة، سواء كانت اجتماعية، اقتصادية، وحتى السياسية وما يقتضيه المصالح، وما يتطلبه مقتضى التقييد. وقد جاءت الكثير من النصوص القانونية لتخول صاحب الملكية، أو المالك الحقيقي مطلق الحرية في ممارسة حق ملكيته، مع

مراعاة القوانين والأنظمة المقررة لتحقيق نوع من الموازنة بين المصلحة الخاصة للمالك بحكم انه مدين للمجتمع بما كسب، ولأنه يعيش في مجتمع يعنيه، وبين المصالح العامة ومتطلباتها، وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة لتقرير هذا المبدأ، وذلك بتجريم عزل الملكية العقارية عن وظيفتها الاجتماعية، وحرمان الناس من منافعها عند حاجتهم اليها باعتبار ان منفعة المال عائدة الى المنفعة العامة لثروة الامة التي لها دور في الحفاظ على الامن، والاستقرار، وتقوية مركز الدولة.

كما تشكل الإرادة المنفردة الاصل في تمكين التداولية للملكية العقارية فحسب وعدم تعطيل دور الملكية العقارية، خاصة بعض الأنظمة والقوانين حرصت على ضرورة استغلالها وعدم تعطيلها كونها تحتل المكانة الأولى في عناصر الإنتاج التي يعول عليها، في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتي تطلب تعبئة كل الطاقات المنتجة في المجتمع.

ولما كان الحال لهذا الدور وما تلعبه الملكية العقارية في تداولها لا يعطي للملكية الاطلاق في ممارستها بل للتشريع الحق في تقييد هذه الحرية فيما يجد ضرورة لذلك، ومثل هذه القيود يجب أن تكون بنصوص قانونية قاطعة في دلالتها لأنها تأتي خلافاً للأصل.

خاصة أنها تحتل المرتبة الأولى بين الحقوق العينية الاصلية، لما يخوله للمالك في سلطات واسعة يجتمع في مضمونها كافة القدرات الاقتصادية التي يمكن ان يمارسها الشخص على شيء من الأشياء . ولها ميزة المرونة والليونة في توسع نطاقها بما يستلزمه في التعامل، وفق آليات محددة، تمارس لأجل هذه الأفكار.

ومن المسلم به، أن تحقيق القدر الكافي من المصالح يتطلب استمرار واستغلال الملكية لهذا الغرض لكن بالرجوع الى النصوص القانونية التي تنظم الملكية بوجه عام . يتطلب كيفية ممارسة هذه الحقوق وفق آليات ووسائل، وكذا أساليب إستغلالها. وهو الامر الذي يقتضيويلتزم تقييد هذه الحقوق

لمسايرته النظام العام للملكية. ومن جهة أخرى أن التقييد يتخذ أشكال متعددة في الاستثمار والتنمية، والإستغلال الأمثل. وهذا ما عمد اليه التشريع الفرنسي كوناً المرونة التي تميز حق الملكية من شأنها اخراج هذا الحق من قابلية النمطية، وجعله حقا قابلا للتطور لمواكبة التحولات المجتمعية (النمطية في التسيير، والتنوع في الوسائل) باعتبار أن حق الملكية واقعة اقتصادية، واجتماعية، تعرفها المجتمعات- مع اختلاف مفهوم حق الملكية، تختلف من مجتمع الى آخر تبعاً للتنظيم الاقتصادي المتبع، والايديولوجيا السائدة، وهو مفهوم يضيف على الشرعية القانونية، هذه المرونة تقتضي المحافظة على الملائمة وتحقيقها، وصلاحياتها لمدة معينة والحفاظ على المجتمع على استقراره السياسي، القانوني لحق الملكية، لكن هذا لا يعني جمود حق الملكية، بل صورة مثالية دالة على حيوية، وقابليته للتطور والملائمة مع متطلبات العصر.

ولما كان التقييد أهم الوسائل لتحقيق المصالح العامة والخاصة، وتكييف هذا الأسلوب مع مفهوم حق الملكية وجب على التشريع الوطني وكذا التشريعات المقارنة وضع جملة من التقييدات لحصر هذه الملكية وملائمة هذا الغرض، وتمثلت هذه الآليات في القيود، والتي يجب أن يكون بنصوص قانونية قرينة وقاطعة في دلالاتها وقاطعة في ثبوتها لا تدع مجالاً للشك، وتركها في متناول الفقه دون تنظيمها، ولعل القيود القانونية وكذا القيود الاتفاقية الحل الأمثل لذلك، وإذا كان التشريع اعترف بالقيود القانونية لتحقيق مصالحه واشباع رغبات المجتمع، ووجود هذه القيود القانونية التي تمنع التصرف في الشيء توفيقاً للمصالح العامة والخاصة على حد سواء، وهو أمر مقطوع فيه من الناحيتين القانونية والفقهية، ولكن ما أثار النزاع أو الاختلاف هو تلك الشروط التي يتفق عليها المتعاقدون والمتمثلة في تقييد سلطات المالك (التصرف والاستغلال والاستعمال) سواء وردت في عقد ملزم للجانبين كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع، أو وردت في تصرف يجد أساسه في الإرادة المنفردة، كما هو الحال في الوصية أو الهبة.

ويكمن هذا النزاع والاختلاف كما ظهر لنا في هذه الدراسة المعمقة في جمع متناقضين مع بعضهما فكيف يعقل الجمع بين المتناقضين أي نقل الملكية للمالك الجديد ومنع من التصرف بذات الشيء.

من هذا المنطلق الذي يعتمد على اشتراط القيود الاتفاقية والتي هي محور دراستنا قانونا وفقها، تأصيلا وتفصيلا وإيراد بعض التطبيقات، وان كانت قيودا قانونية مصدرها القانوني في أنها تعتبر من القيود الاتفاقية (حق الارتفاق وحق الانتفاع) والتي ترتبط بسلطات المالك، والتي على أساسها يتم تقييد هذه السلطات، فمن الطبيعي جدا أن تفضي المرونة الى ملائمة الملكية العقارية مع أغراض القيود الاتفاقية على اختلاف أنواعها، شريطة أن تكون مقررة لحماية مصلحة مشروعة يقرها القانون ويعترف بها، وينتج عنها تحرير الملكية في تنازل المالك عن استخدام أحد عناصر حق الملكية خلال مدة القيد الاتفاقي، وذلك في اطار حرية المالك في استعمال الشيء موضوع الحق، أو عدم استعماله، عملا لمقتضيات القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، ويتبين لنا حقيقة مبدأ التوازن بين حرية التداول كأصل مع متطلبات القيود الاتفاقية، وما ينتج عنها من نتائج قانونية تختلف شيء ما عن ذلك التي قررها المشرع وطبيعة اشتراط الشروط.

ولمعرفة مدى موقف التشريعات والآراء الفقهية من تبني القيود الاتفاقية وتأثيرها في الملكية من حيث إطالة الملكية أو من حيث اعدامها لهذه الملكية فمن حيث دراستها تأصيلا وتطبيقا : والامام بعناصر الموضوع من خلال استقراءنا للنصوص القانونية وتفعلها بما يتلائم مع موضوع بحثنا ارتأينا أن نتقدم تأصيلا للموضوع من خلال الاتجاهات الفقهية المقررة لهذا القيد الاتفاقي بين المشروعية وعدم شرعيتها ولعل المدرسة الفرنسية فقها وقضاء تبنت هذا الخيار باحتشام في بدء الأمر متخلية الأفكار الكلاسيكية التي ترفض أي ادخال على القيود الا ما يتبناه القضاء فتراوحت الآراء الفقهية بين المشروعية وعدم المشروعية.

ورغم أن الحرية التعاقدية تسمح لكل متعاقد بأنه يندرج في العقد ما شاء من الشروط التي يعتبرها محققة لمقاصده، شريطة الا تكون مخالفة للنظام العام، والآداب العامة وتعتبر شروط عقدية، أو قيود اتفاقية تكون مصاحبة، أو مقترنة بالعقد الذي تنظمه، ولا تكون متقدمة عليه أو متأخرة عنه.

أما الفقه الإسلامي اختلفت الآراء الفقهية بين الحظر والاباحة فممن من يحظر القيود المقترنة بالعقد جملة وتفصيلا، وهناك من يجيزها باعتبارها في مقتضيات العقد ورأي ثالث يجيزها بشروط أي بين الاطلاق والتقييد ولكل مبرراته الفقهية وأدلته، ولكن ثمة رأي يرى من المظاهر السلبية للقيود الاتفاقية ان هناك تعارض بين هذه القيود وبين مبدأ تداخل الأموال والحد من تداولها وحبسها مما يؤثر على الحرية الاقتصادية بمعنى أن حرية اشتراط المقررة تناقض النظام العام الاقتصادي القائم على فكرة التداولية.

أما بالنسبة للقوانين الوطنية المقارنة اختلفت وجهات النظر بين الاقرارات الضمنية والتنظيمات الجزئية لهذا النوع من القيود، ولكن بالموازاة أن التشريع الجزائري لم ينظم هذه القيود واكتفى بالإحعاءات دون التصريح كما هو الشأن في القانون المسح العام، وتأسيس السجل العقاري، وهذا لا يعني أن الترك هو الحظر الا أنه في القوانين الخاصة نص على القيود الاتفاقية كحق الانتفاع، وحق الارتفاق، وشرط منع التصرف، ويستغل بدراستها في موضعها.

أسباب اختيار الموضوع:

هي قلة الدراسات القانونية التي تناولت التقييدات الاتفاقية والتي تكاد تنعدم كليا، ولم تعط التشريعات حيزا واسعا لتناول هذا المبتغى خاصة موضوعنا، وان وجدنا ما يتعلق بالقيود، فهي تتعلق بالقيود القانونية فحسب او ما يتعلق بالحقوق العينية الاصلية بصفة عامة، اما الأسباب الذاتية كدافع لاختيار لهذا الموضوع كوني موظف في إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لأزيد من ثلاثين سنة وكذا

تخصصي يفرضان علي تناول هذا النوع من المواضيع، وكذا اعتبار الملكية العقارية من أوسع الحقوق العينية، ومن المقومات الأساسية التي يعتمد ويعول عليها في بناء النظام الاقتصادي. ويعد الثروة الحقيقية لتحقيق التنمية، والتي أوجب التشريع الاهتمام واعطاءها الأولوية في حمايتها من الاعتداءات نظرا لما لها من أهمية سياسية واقتصادية واجتماعية، فكان لزاما اعطاءها قليل من الاهتمام بدراستها وهذه رغبة في اختيار أحد مستلزماتها الذي لم تعن بالدراسة خاصة ما يتعلق بهذه القيود، وكانت الدراسات السابقة تركز على القيود القانونية التي مصدرها القانون دون الاتفاقية التي مصدرها الاتفاق بين الأطراف وحتى الندر القليل الذي يعالج هذا النوع من القيود واعتمد على الشرط المانع من التصرف فقط دون سواها.

أما الأسباب الموضوعية فهو اسهاما منا وما تتطلبه الدراسات الحديثة في الامام بموضوع الملكية وما تقرره من أحكام، وما تقتضيه من التقييد ومتطلبات المصالح العامة والخاصة في تقييد الافراد ما شاؤوا ومتى شاؤوا من قيود تخدم مصالحهم وتحقق رغباتهم، وخاصة ان الملكية أخذت ابعادا جغرافية، وتاريخية (مكانا، زمانا) وفق أفكار وايدولوجيات في توسع نطاقها، هذا من جهة ومن جهة أخرى اثرء الملكية بهذا النوع من الدراسة باعتبار أن القوانين الوطنية، والتشريعات المقارنة، اعطت مفاهيم عدة في تناولنا لهذا النظام في ادارتها وتثمينها وحمايتها وافراغ الصفة التقديسية لما في عدم استغلالها، وكذا اثرء المكتبة بهذا النوع من الدراسة خاصة أنها تفتقر من موضوع القيود الاتفاقية والتي تنعدم كليا.

أهداف الدراسة:

أن تغليب المصالح، وتثمين الحقوق العينية الاصلية حق الملكية والتي يحصر عليها الفرد، يقتضي اعطاء القيود الاتفاقية التي منشؤها الإرادة المنفردة وباتفاق الأطراف في تقييد ما شاؤوا من

حقوق خاصة أن هذه القيود يكتنفها الغموض ويعني ظاهرها هو اعدام للحق العيني، وحرمان الفرد من ملكيته لكن الواقع غير ذلك تماما، ومن خلال هذا البحث نخلص الى الأهداف التالية:

1- التأسيس الفقهي والقانوني للعقود والاتفاقيات التي هي استثناء من القاعدة العامة لمبدأ التداولية وهذا من استقراء النصوص وتحليل مختلف المصادر والآراء الفقهية بعيدا عن التأويلات الخاطئة والمناقضة لمрад القوانين.

2- ابراز دور القيود والاتفاقية أو الشروط المقترنة بالعقد وتحقيق مبدأ التوازن بين تداول الملكية العقارية واشتراط القيود والاتفاقية.

3- بيان أهمية وإقرار القيود الاتفاقية تماشيا مع النظرة الأيديولوجية والفكرية للنظام العام الاقتصادي القائم على التداولية وحركة رؤوس الأموال وأن القيود ماهي الا تحقيق للمصالح التي يقررها هذا النظام.

4- اعطاء هامش للحرية التعاقدية وعدم تقييدها ومدى احترام الإرادة للنصوص القانونية والاتفاقات التي يشترطها المتعاقدون في إدارة أموالهم وملكياتهم ومسيرة القوانين التي تتيح هذا النوع من القيود.

5- تدخل القضاء لصالح الحرية التعاقدية من خلال ممارسة الافراد في اشتراط القيود .

6- النظرة التوفيقية بين النصوص القانونية التي تقر الملكية العقارية ومدى اشتراط الشروط بما يحققه من مصالح وما تقرره من نتائج صالحة للمجتمع.

كما أن القيد الاتفاقي يقوم مقام القيد القانوني، من حيث تأثيره في تداوله الملكية العقارية ومن حيث نقل الملكية ومن حيث تحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية فلا فائدة ولا جدوى مرجوة من الاتفاق في تقييد الملكية العقارية الا بوجود مصالح مشتركة بين المتعاقدين أو تأطير هذه المصالح لوظائف اجتماعية وبطرق ودية لا جبرية، وتفعيل حق الملكية وجعله أكثر مرونة في المعاملات

العقارية، كما أن القيد الاتفاقي يستمد شرعيته، وأحكامه، من خلال الاتفاقات المبرمة بين الأطراف وبمراكز متساوية، لأن كل ما هو تعاقدى فهو عادل وقد أعطى المشرع كل طرف من اطراف التعاقد او القيد حرية مناقشة موضوع العقد وشروطه ومآلاته، وجعل المراكز القانونية لأطراف العقد متساوية، ولا فرق بينهما من حيث الحقوق ووالواجبات رغم التصرف الاقتصادي، أو الفني الذي قد يكون لصالح الأطراف لهذا قرر المشرع الوطني أن حرية اشتراط الشروط ليست مطلقة بل ترد عليها مجموعة من القيود القانونية لمنع القوى من التعسف في استعمال هذه الحرية واملاء ارادته وشروطه على الطرف الضعيف.

ولهذا عمدنا في دراستنا الى تطبيقات القيود الاتفاقية الى قيود قانونية لحق الارتفاق الاتفاقي وحق الانتفاع لان الاصل في هذا هو الاتفاق بين الأطراف والقانون ما هو الا تأطير لهذا القيد لحماية أطراف الحق حيث يركز القانون المدني في نظرتة الى الحرية التعاقدية الى مفهوم المساواة القانونية بين طرفي العقد بحيث يتوفر كل الأطراف على ذات الاليات القانونية للتفاوض والدفاع عن حقوقهما ومصالحهما، في مواجهة بعضهما البعض على قدم المساواة.

ولما كان موضوع بحثنا يتناول القيد الاتفاقي وانعكاساته على الملكية العقارية بالموازاة مع القيد القانوني قد تناولناه تأصيلا وتفصيلا، تأصيلا من حيث الاتجاهات الفقهية والقانونية ومبرراتها التشريعية والعملية وتفصيلا من خلال التطبيقات التي أوردناها، في بحثنا هذا.

الإشكالية: وبناء على ذلك تتحدد إشكالية البحث بما يلي:

ما مدى تأثير القيود الاتفاقية على حرية تداول الملكية العقارية الخاصة، وكذا مشروعيتها في تحقيق مبدأ التوازن بين تداول الملكية العقارية وحرية التعاقد في اشتراط القيود، أي فيما تتمثل صور تفعيل الإرادة في تقييد الملكية العقارية وما هي ضوابطها ؟

المنهج المتبع:

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية انطلاقاً من النصوص القانونية والتأصيلات الفقهية والقانونية التي تتضمن القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية المنهج الوصفي التحليلي في محاولة إبراز القيد الاتفاقي مدلولاً، ومفهوماً، ودراسة الأحكام التشريعية والتنظيمية لحق الملكية، وإبراز مفهوم القيود الاتفاقية ومدى اتفاق الأطراف في تقييد حقوقهم بما يتلائم ومصالحهم، وتحقيق مبتغاهم تقتضي دراسة عميقة وشاملة ونظرة كاملة في نفس الوقت، وتبرير بحثنا بالتطبيقات القانونية والعملية لمفهوم القيود وفي نفس الوقت تكييف هذه النصوص القانونية وتفعيلها على أرض الواقع.

وعلى هذا الأساس تنقسم دراستنا إلى بابين على النحو التالي:

الباب الأول: التأصيل الفقهي والقانوني للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية يتضمن فصلين

فيخصص الفصل الأول: الاتجاهات الفقهية والقانونية للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية

كما يخصص الفصل الثاني: نطاق وحدود الاتفاق على تقييد الملكية العقارية.

الباب الثاني: تطبيقات القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية

ويخصص الفصل الأول: تقييد سلطة التصرف (الشرط المانع في التصرف)

أما الفصل الثاني: تقييد سلطتي الاستعمال والاستغلال (حق الارتفاق وحق الانتفاع).

الباب الأول:

التأصيل الفقهي

والقانوني للقيود

الإتفاقية الواردة

على الملكية العقارية

إذا كان حق الملكية من أرقى وأشمل الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق، وما يقره من سلطات جمة يجعل منه الأوسع لكل الحقوق، يخول لصاحبه دون غيره سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويتميز بخصائص ثلاث فهو حق مانع جامع دائم، فحق الملكية حق جامع يعني ان المالك يجمع بين يديه كل السلطات التي يخوله له هذا الحق، ما لم يثبت بالاتفاق، او القانون ان احدى هذه السلطات قد انتقلت الى مالك آخر، ومقصود على المالك وحده يستأثر به عن غيره بكافة المزايا والمنافع والفوائد، كما تتجلى خاصية الديمومة او الدوام، وتعني بقاء حق الملكية على موضوعه أي على العقار طالما بقي العقار او بالاستغلال عن الملك، وكائنا من كان هذا الأخير.¹

كما تتجلى خاصية انه مانع من خلال استثنائه على السلطات المخولة له قانوناً، أو اتفاقاً أو قضاء، اذ يمكن للمالك أن يمنع أي كان المشاركة فيه أو انتقاص في عقاره، ولما كانت الملكية العقارية الفردية تندرج ضمن الضروريات الخمس التي عني بها التشريع الإسلامي، وأولها العناية الكافية، وأحاطها بجملة من القواعد في حمايتها والحفاظ عليها وضمن الكليات الخمس وهي حفظ الدين، العقل، المال، النفس، النسل.²

كما حرصت بعض القوانين الوضعية، على ضرورة تثمينها وتنميتها واستغلالها وفق قواعد أكثر مرونة وانسجاماً، مع مدلول الملكية العقارية، وعدم تعطيلها خاصة أنها تحتل المكانة الأولى ضمن عناصر الإنتاج، تماشياً مع الدور التداولي وما تحققه في مختلف مجالات التنمية والاستثمار، ونظراً للأهمية البالغة للملكية العقارية، فلا تستقيم حياة البشر الا من خلال تملكه، ولا اعتبار الا في ظلها فاقتربت الملكية بالحرية (La propriété c'est la liberté) تحقيقاً لمبدأ ديكرت أنا أعيش اذا أنا مالك (Je suis propriétaire)، فالملكية هي الحقيقة والعدالة.³

¹ جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2006، ص33

² الشاطبي، الموافقات، المكتبة المصرية، الجزء الثاني، ط1، سنة 2000، ص08.

³ محمد عاطف البنا، المذاهب والنظم الاشتراكية، ط1، سنة 1969، ص382.

وتقررت هذه الأفكار والمبادئ في الاتفاق بين الناس لتحقيق الغايات والمنافع والمزايا، ومهما تكن فان الملكية غريزة الاختيار الفطرية¹، لكن بالمقابل لم تكن الملكية حقاً مقدساً يخول صاحبه سلطات في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ولا يمكن المساس به، فهذا المبدأ أظغت عليه فكرة تقول بأن الملكية ذات وظيفة اجتماعية²، يقتضي تفعيل هذا الحق من خلال تداوله، وتقييده بأسس واضحة تجعل من الملكية العقارية أكثر انسجاماً وتحديثاً للتداول الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، فاذا كان تداول الملكية العقارية هو السمة البارزة ودعمها أساسية لقيام النظام الاقتصادي في المجتمع لاعتبار انتقال الأموال بين الافراد ويكفل لها الاستغلال والاستثمار بدرجة قصوى، فان تقييد هذا الحق يعطي مبررات التنمية وتحقيق الوظائف الاجتماعية التي لا تقوم الا من خلال تقييد هذا الحق بأسلوب يساير النظم الاقتصادية السائرة.

ومن خلال هذه التقييدات يفرض القانون قيوداً على حرية المالك، وتتعدد هذه القيود من خلال المصالح المقررة كما أن الإرادة المنفردة والحرية التعاقدية، شأن آخر في تقييد هذه الملكية وباتفاق الأطراف وحيث أن موضوعنا يخص القيود الاتفاقية وهو محور دراستنا، والتي تعطي للأفراد القدرة على تقييد حق الملكية ببعض القيود تجد أساسها في الاتفاق بين الأطراف لتقييد ما شاؤوا من حقوق تحقيقاً وتمثيلاً لمصالحهم ومنافعهم.

وإذ تنصب دراستنا على القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية، فسننتولى معالجة ذلك في الفصلين التاليين:

- ✓ الفصل الأول: الإتجاهات الفقهية والقانونية للقيود الإتفاقية.
- ✓ الفصل الثاني: نطاق وحدود الإتفاق على تقييد الملكية العقارية الخاصة.

¹ عبد العزيز فهدى، أحكام وأثار فقهية رومانيا، ط 1، سنة 1948، ص 59.

² عبد السلام عبد الفلكاوي، شرط المانع من التصرف، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط 1، مصر القاهرة، سنة 1992، ص 17.

الفصل الأول:

الإتجاهات الفقهية

والقانونية حول القيود

الإتفاقية

يقتضي لدراسة الأسس الفقهية والقانونية الواردة على الملكية العقارية معرفة مدلولات أحكام الملكية وفق منظور وآراء الفقهاء وما تقرر من القيود الإتفاقية الواردة على الملكية في القوانين المقارنة، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نتناول في هذا الفصل مبحثين هما:

- ✓ المبحث الأول: الأسس الفقهية لتقرير القيود الإتفاقية
- ✓ المبحث الثاني: الأسس التشريعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لإقرار القيد الإتفاقي

المبحث الأول: الأسس الفقهية لتقرير القيود الإتفاقية:

من المفترض أن تتوقف الإجهادات الفقهية حول مدى مشروعية القيود الإتفاقية فور أن يعلق المشرع ذلك صراحة، وبصورة شاملة ومكتملة، كما حدث في مصر أو بالحديث عن بعض أحكامه عندما يرد في تبرع كما حدث في فرنسا، ولكن عند بدايات إستقرار نظرية القضاء الفرنسي حيال الشرط أو القيد الذي يعتري الملكية العقارية، ومع غياب النص التشريعي، وعدم وضوح التنظيم القانوني المتكامل الذي تنطلق منه أو تقوم عليه نظرية القضاء، فإن الإختلاف الفقهي كان أمراً طبيعياً، ولم يقتصر على تأصيل مشروعية القيد، وردها إلى القاعدة العامة أو تلك وإنما تناول مدى صحة القول بأن الشرط أو القيد مشروعية القيد في ظل ما هو قائم من نصوص أو ما أقره القضاء الفرنسي أو المصري، ويمكن أن نصف الإتجاهات الفقهية التي إندرجت تحتها آراء الشراح إلى ثلاث مدارس رئيسية وكيف تعامل معها جل التشريعات الوطنية ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مطالب وهي:

- ✓ المطلب الأول: إعتبار إشتراط القيود الإتفاقية باطلة.
- ✓ المطلب الثاني: مشروعية إشتراط القيود الإتفاقية.¹

¹ إضافة إلى الإتجاهين السابقين هناك إتجاه ثالث وسطي يرى أن تقييد الملكية العقارية بشروط وإتفاقات مشروعة، ولا يمثل خروجاً على القواعد العامة بل هو يتفق مع إحدى النظريات العامة تحدد شروط صحته ومجاله وآثاره.

✓ المطلب الثالث: تقييد الملكية العقارية بشروط وإتفاقات مشروعة لا يمثل خروجاً عن القواعد العامة.

المطلب الأول: إعتبار القيود الإتفاقية باطلة:

ولا بد من الإشارة أن الشرط المانع من التصرف هو قيد إتفاقي أو إحدى أهم القيود الإتفاقية، وبعض الدراسات تناولته على أنه بمثابة قيد إتفاقي ما للكلام على الشرط المانع من التصرف هو نفسه الكلام على القيود الإتفاقية وما دامت دراستنا على القيود الإتفاقية فإننا نركز على هذا الجانب وإعتبار أن الشرط المانع من التصرف هو جزء من دراستنا وهو ما سنتناوله في الباب الثاني:

- واستناد إلى ما سبق أن عدم تبرير القضاء الفرنسي وعدم إهتمامه كثيراً بالتعمق في التبرير كون هذه الشروط والقيود غير مشروعة بل هي باطلة، قدر إهتمامه بالوصول إلى أهداف عملية محددة، ما يرى جانب من الفقه بمهاجمة هذا الموقف، وإعلان رأيهم متمثل في بطلان كل الشروط والقيود التي تعتري الملكية العقارية إتفاقاً، وكل ما من شأنه يعدم حق الملكية أو على الأقل ينقصه، وقد تزعم هذا الموقف الفقيهان الكبيران وهما (لوران)¹ LAURENT ولوك LOCK، وسنتعرض فيما يلي كل من إتجاه الفقيمين، ومدى تأثير الشراح في فرنسا ومصر بما ذهب إليه، ومدى تأثير هذا الإتجاه مع ما ورد في التشريعات المعاصرة.

الفرع الأول: فقه لوران LAURENT:

ولتوضيح ذلك، عرف هذا الفقيه الشروط باعتبارها وصفا يلحق الرابطة القانونية للالتزامات فيؤثر ويتأثر سلباً وإيجاباً، وجوداً او عدماً اصلاً او تبعاً فيتوقف وجود الشيء على وجوده، ولا يتحقق مبتغى الشروط او القيود إلا بتحقيق الأصل.

¹ د محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف، رسالة دكتوراة جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1994، ص 88.

وقد أثار الفقيه لوران تساؤلاً عن مدى إشتراط القيود مفاده هل يمكن للأفراد بإتفاقاتهم أو وصاياهم الخروج على القواعد والحقوق المستمدة من حق الملكية ومخالفتها؟¹

بهذا التساؤل المبدئي بدأ لوران يلتف حول موضوعنا وأجاب مباشرة بأن حق الملكية كتنظيم قانوني وضع إطاره التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة الثورة، متأثراً بفكرة تداول الملكية، والملكية بهذا المعنى تشكيل جديد للحياة الإجتماعية والتعامل الإقتصادي هي بلا شك من النظام العام.

ولا مناص من القول أن لا أحداً إختلف مع لوران في أن الملكية بهذا المعنى هي من النظام العام، ولكن ننتقل إلى تناول ثاني أقرب منه إلى التفصيل منه إلى القاعدة العامة، فهل الملكية من النظام العام أيضاً، بما يعني أن المالك لا يستطيع أن يتخلي عن حرته في التصرف فيما يملك، أو أن الموصى لا يستطيع أن يفرض عليه ذلك، هكذا صاغ لوران تساؤله، وهذا نقطة البدء في تحديد موقف لوران من الشروط المقيدة لحق الملكية، فإننا إذا إنتهينا إلى أن حق الملكية هو من النظام العام، فهذا ليس بالمعنى الأول فقط المنهي لصور الإقطاع والتبعية، ولكن بالمعنى الثاني، أي ما يوفره للمالك من قدرة على التصرف أو المال من القابلية العينية له هو أيضاً من النظام العام، وقد إعتد الفقيه لوران هذه الفكرة على مبررات سنتناولها فيما يلي:

أولاً- مبررات الفقيه لوران في تكييف الشروط والإتفاقات:

أ- لا مشروعية على الإطلاق مهما تأقلمت نتائج الشروط والقيود بفضل تحديده الزمني والموضوعي، ومهما عظمت فوائده وما يؤمنه من مصالح ومنافع، ولا إطلاقاً لحرية التصرف مبدئياً.²

¹ لوران LAURENT، مبادئ القانون المدني، جزء 6، رقم 3.

² محمد عبد الرحمن محمد، العقود العينية الأصلية، حق الملكية، ج 1، دار انهضة العربية، ص 13.

ب- إعتبار النظام العام لا يهتم إلا بالإطار الخارجي الأساسي الذي يحدد في النهاية شكل الملكية كبناء قانوني وإجتماعي وإقتصادي وسياسي، يبتعد عن الإقطاع والتبعية، تاركا التوصيلات لقدرات المالك، وصفات المال للواقع وظروف الحال، وهذا الذي إستهدفه الفقيه لوران من تساؤله مؤكداً أن كلا من قدرة المالك على التصرف، وقابلية المال له هو من قواعد النظام العام والصالح العام un regle d'ordre et d'interet public وبالتالي ما يضر بالمصلحة العامة يكون مخالفاً للنظام العام، والنتيجة هي النهاية أنه يكون محضورا على الأفراد، وبلا حاجة إلى نص خاص، وإذا إقدموا كان تصرفهم غير مشروع داخل في نطاق الشروط الباطلة والمستحيلة فيتعتبر كأن لم يكن.¹

ج- ونجد الإشارة أن الأخذ من المبدأ الإقتصادي لحرية تداول الأموال أساسا لفقيه الرافض للشروط والقيود الإتفاقية التي ترد على الملكية العقارية، مؤكداً أنه لا سبيل في تقييد الملكية العقارية، ويعتبرها تعطيل لمصالح الأفراد والمجتمع، وعرقلة تداول الأموال والأموال على حد سواء، مبرزاً الدور الذي تلعبه حركة الأموال في تحقيق التنمية والإستثمار، وما الشروط إلا خروجاً عن مقتضيات النظام العام إذ لا يعقل أن حق الملكية يعتبر من النظام العام، وأن الشروط التي تقييد هذا النظام كذلك يعتبر من النظام العام.

ثانياً- نقد نظرية لوران:

ومن هذا المنطلق، إذا سلمنا بوجه نظرة لوران المتقدمة فيما يتعلق بإقرار الشروط المانعة من التصرف، فإننا نلاحظ أن فكرته هاته صدرت في مرحلة تردد القضائي تجاه إشتراط الشروط، ولم يكن الإستقرار على مشروعيتها قد تحقق بعد، ويمكن تجاهل فكرته هاته أنه إذا تعلق بشرط عدم القابلية

¹ محمد فوزي، المرجع السابق، ص 92.

للتداول أو بتعبير أدق الحوالة ينصب على حق الشخص ناشئ عن عقد التوريد تضمن هذا الشرط، كمثال عملي في عدم بطلان فكرته، هذا الشرط الذي يحظر على الدائن التنازل عن حقه أو إحاطه للغير، ولم تر المحكمة في تعامل المدين مع دائن بعين خلال تنفيذ مقتضيات تعهداته الناجمة عن العقد، فلم تجد المحكمة في تثبيت شخص الدائن مصلحة تكفي مبررا لإقرار مثل هذا الشرط، كما هو الشأن كذلك بالنسبة لحق الإنتفاع بين مالك الرقبة وصاحب الإنتفاع.

ثمة نقد آخر لهذه النظرة وهو شرط عدم القابلية لتداول والإحالة، وهو تعارضه مع كل مبادئه الرئيسية المتعلقة بالنظام العام من وجهة قانونية أو إجتماعية أو إقتصادية.

الفرع الثاني: فقه هوك:

قدمنا أن لوران يتخذ من المذهب الإقتصادي لحرية تداول الأموال أساسا لفقهه الراض للشروط المانعة من التصرف، فإنه لا يعقل الإشارة إلى تعارض هذا المنع مع التنظيم القانوني لحق الملكية الذي يستوجب قدرة المالك على التصرف، وتوافر القابلية للمال لأن يكون محلا لهذا التصرف، وكلا الأمرين من النظام العام، لا يمكن لسماح لإرادة الأفراد بتناوله بالإعاقاة أو الإلغاء، لكن هوك يحضر إهتمامه، ويقيم فكرة بشأن تلك الشروط على نقطة بدء قانونية فقط، ليرتفع بالقدرة على التصرف Faculte dalener إلى مستوى التوحد مع جوهر حق الملكية ذاته، أو توحد الحق معها أو فيها، فهذه القدرة عند هوك هي روح الحق ومضمونه ومعناه Essence de la propriete والإلغاء تلك القدرة إلغاء للحرية الفردية وهو أمر مستحيل وبهذا المعنى يكون المنع من التصرف والملكية الفردية فكرتين متعارضتين، لا يمكن أن يتواجدا معا على نفس المال، وفور وجود إحدهما تختفي الثانية تماما، وهو أمر قد يلجأ إليه المشرع تحقيقا للصالح العام والمجتمع في بعض الأحيان، كما هو الحال بالنسبة لأموال الدومين العام Domaine public، حيث لا توجد الملكية الفردية ويوجد المنع من التصرف، والملكية الفردية، تتمثل وتتحقق صيانتها في كليهما وإستغلالها، ولا يمكن حتى المشرع أن يقرر المنع من التصرف

Inalienabilite بالمعنى الدقيق، وإنما فقط وإذا رأى ضرورة كذلك عدم قدرة على هذا التصرف تصيب المالك.¹

ولتوضيح ذلك، لا يرى هوك إمكانية التبرير المنطقي للشروط الإتفاقية المانعة من التصرف سواء وردت في تبرع أو معاوضة، فإن تحليلها يؤدي حتما إلى القول بأن عنصر التصرف لا يدخل ضمن ما يتناوله نقل الملكية، فالمتصرف إليه لا يستطيع التصرف والمتصرف لم يحتفظ لنفسه بهذا الحق، لقد إختص هذا عنصر التصرف، وهو غير مقبول منطقا، ويستوي عند هوك كما هو الحال عند لوران المنع المؤقت والمنع المؤبد، فأسس بطلان تلك الشروط جوهرية ذاتية لا تقوم على مدى المنع سواء كانت هذه الشروط مقترنة بالعقد أو مقيدة لحق الملكية.

ونافلة القول، أن هوك يرفض البحث عن السبب المنطقي والحقيقي الذي يحرك عن فرض لمنع من التصرف، وهل كان في ذلك يسمى وراء حماية مصلحة أكثر أو أقل مشروعية، وجديرة بالإحترام، فالتساؤل عنده يقتصر فقط على الوسيلة المقصودة لتحقيق تلك الحماية، أي المنع من التصرف، هل هو مخالف لقواعد القانون أو متضمنا لشرط يعدم حق الملكية.

من خلال ما تقدم، من رأي هوك وعدم قابليته لأي شرط من شأنه المساس بجوهر الحق، خاصة إذا أثر سلبا من مدلول الملكية العقارية، أو أنقص من قيمتها الحقيقية، خاصة ان لم يجد مصوغا أو سبباً يقضي بأولوية المصلحة المشروعة التي تفرض على الملكية العقارية طابعا مميزا وتحقيق مصالح أو وظائف اجتماعية.

وتماشيا مع ما تم ذكره، ووفقا لهذا المنطق، لا يتعرض هوك لدراسة صور المصالح التي أقر من أجلها القضاء الشرط المانع من التصرف أو أي قيد إتفاقي، فأيا كانت أهميتها فإنها لا تعدو أن تكون

¹ محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1994، ص 88.

مصلحة خاصة لا يمكن من أجلها هدم مضمون حق الملكية، وأيا كانت أهميتها فإنه يجب البحث لتحقيق عن وسيلة مشروعة وجدية لوقت محدد لا تتعارض مع مصالح أخرى تنقيد بها حق الملكية، لم تكن ظاهرة قبل إيجاد الشروط والإتفاقات تعرقل من حقيقة الملكية والمالك على حد سواء، وللفقيه هوك والمدرسة التي ينتمي إليها مبررات إعتمد في تقريره وهي:

أولا- مبررات هوك:

باعتبار الأساس الطبيعي كان في متناول فكرة هوك أنه لا يستطيع الجمع بين فكري الشروط المانعة من التصرف، وكذا أي قيد يعرقل مسار تداول الملكية مع الملكية الفردية، لتعارضهما الجوهرية، إذ يتعين والحال كذلك أن يقصى أحدهما والإعتقاد على الآخر، كما أقام فكره بشأن تلك الشروط على بدء نقطة قانونية وهي التوحد بين الفكرتين ويعتبرها هي روح الحق ومضمونه، كما يرى في تبريره المنطقي أن تحليل هذا المبتغى يؤدي حتما إلى القول بأن عنصر التصرف لا يدخل ضمن مقتضيات حق الملكية، ويبرر هوك بأن المبدأ الإقتصادي يفرض تداول الملكية العقارية تداولاً مطلقاً ولا يتعارض مع متطلبات التقييد قدرة المالك على التصرف.¹

ثانيا- نقد فكرة هوك:

تأسست النظرة التقليدية على مبدأ التعاقد، ومسلمة مفادها أن التعاقد هو العدالة أي أن كل ما هو تعاقدية فهو عادل، من خلال هذا المفهوم فإن الحرية التعاقدية أعطت مبرراً لعاقديها أن تبرم أي إتفاق يحقق مصلحة الأطراف ولو على حساب نظام الملكية العقارية، خاصة أن الأطراف المتعاقدة أحراراً في إبرام ما يرونه مناسباً متى شاؤوا وكيف شاؤوا، وإعتبار هذا من النظام العام، وحق الملكية بإعتباره من النظام العام، فلا يمكن لأساسيات التعاقد أن يتعارضوا إلا في حدود معينة، يستطيع الأطراف الخروج

¹ HOC , commentaire theorique et pratique dr code civil , paris, 1982 , p 83.

من حالة التعارض إلى التوافق، ويتطلب التوازن بين المصالح المشتركة، فإن حرية الإشتراط الشروط ليست مطلقة بل ترد عليها مجموعة من القيود تؤصل لمنطق حق الملكية كحق مقدس، ولا يمكن المساس بها إلا لمصلحة مشروعة وجدية، ولا تعطل المصالح الملقاة عى عاتق المتعاقدين، كما أن إشتراط القيود في العقود أساسها من إرادة المتعاقدين التي خول لها القانون والعرف جزء من سلطات التشريع لتنظيم تصرفاتهم بمنتهى الحرية وخلق حقوق وإلتزامات بموجب العقد¹، يعني هذا أن تأصيل مبدأ التقييد دلالة واضحة على تداول الملكية العقارية وليس حبسها أو إعدامها.²

المطلب الثاني: القيود الإتفاقية المشروعة وإعتبارها إستثناء من القواعد العامة:

ومن زاوية أخرى، يرى جانب من الفقه إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي إقرارا لمشروعية الإشتراطات الإتفاقية أو بالأحرى الشرط المانع من التصرف المؤقتة والمبررة بمصالح جادة ومشروعة دون محاولة حقيقية منهم التأصيل لتلك المشروعية، بل مع إعتراض مبدئي منهم ببطلان الشروط أصلا على أسس القانون ومقتضى الإقتصاد القومي فهو إستثناء تبرره المصالح العملية ويغري بقبوله الحد الزمني المعقول، وستعرض إلى جمل الإتجاهات الفقهية المؤيدة لهذه النظرة الفقهية، وهي:

الفرع الأول: الفقيه ديمو لومب:

وعلى خلاف ذلك يؤكد ديمو لومب على أنه لا يجوز النظر إلى تلك الشروط بإعتباره مصدرا لخلق نوع من الإستبدالات، ولكنها مع ذلك يمكن أن تكون مرفوضة ويمكن القول في بطلانها جميعا بأنها تؤدي إلى جعل المالك غير قابل للتصرف، أو جعل المالك الموهوب إليه، أو الموصى إليه، غير قادر على تصرف ولا شك أن قابلية أو عدم قابلية الأموال للتصرف lalienabilite ou linalienabilite

¹ Brigitte le febvre, la justice contractuelle : mythe ou réalité, URL:http://id :erudit.org/iderudit/043375ar, P 22.

² محمد فوزي، المرجع السابق، ص 90.

تماما، مثل قدرة أو عدم قدرة الشخص عليه la capacite ou lincapacite كلا منهما رسائل متعلقة بالنظام العام، ولا يمكن أن يلحق بها تعديل من خلال أو بواسطة تصرفات الأفراد la disposition particulier وبالتالي فيكون هذا الشرط باطلا، ويضيف الفقيه ديمو لومب أن الأخطار التي يمكن أن يتعرض إليها الإقتصاد القومي والإئتمان العام والخاص من جراء تكرار هذه الشروط وتعددتها واضحة وبذلك على أساس من المبادئ المتقدمة كان علينا أن نعلق بطلان جميع الشروط المقيدة للتصرف ولكن ديمو لومب يرى أن هذا الإتجاه متشدد ومغالي في إتساع وتعميم نطاقه excessive dans sa tropgrande generalite.

ولعل من المفيد أن نؤكد، إننا لا يجب أن تنتهي من تلك المبادئ والأسس إلا إذا رفض مشروعية هذه القيود أو الشروط الذي يرد مطلقة غير محدد considerer comme illicite la condition de ne pas aliener qui serait imposee dune manière absolue et indefinie, sans restriction et sans limite.¹

فالشرط المؤبد باطلا وكذلك الذي يمتد لطيلة حياة المتصرف إليه، وأيضا يجب إعتباره باطلا الشرط الذي يقوم على مصلحة جديدة، ولا يرد إلا إرضاء لجوانب معنوية فقط، ولكن يقول ديمو لومب لا يجب أن نذهب في فروعنا لصرامة المبادئ لأبعد من ذلك، ويجب أن ندع مجالا لإقرار مشروعية الشرط الذي يرد مؤقتا ومبررا لمصلحة جديدة، وهذا ممكن حدوثه في حالات ثلاث.

- أن يستهدف تحقيق مصلحة للمتصرف أو الغير المتصرف إليه مثلا الواهب الذي يجري قسمة مسبقة partage anticipé بين أبنائه، محتفظا فيها لنفسه بحق الإنتفاع بالأموال الموهوبة، أو بحق

¹ Demolombe, traite des donation entre et destestament , paris 1886 ; page 79.

الإستعمال، أو السكن، أو بحق في إيراد مرتب من ثمار الأموال الموهوبة، ولا يوجد في ممارسة أو الحصول على أي من تلك الحقوق التي إحتفظ بها لنفسه على المال.

- أن يتعامل مع مالك رقبة أجنبي عنه، ويقر ديمو لوب مصلحة الواهب تأكيد ممارسة حق الرجوع القانوني المنصوص عليه قانونا، كما أن ذات الحقوق التي يمكن أن يحتفظ بها المتصرف لنفسه على المال، يمكن أن يقرها صاح الغير، وتكون مصلحته في بقاء المال بين يدي ذات المال تأمينا وتسهيلا لممارسة حقوقه، مصلحة كافية تبرر الشرط المانع من التصرف.

- وأخيرا يرى ديمو لومب أيضا أن مصلحة المتصرف إليه يمكن أن تكون مبررا لهذا الشرط، وهو يعطي لها مثلا واحدا هو حالة شاب يبلغ العمر عشرون عاما، ويتضمن التصرف منعا يمتد حتى يبلغ الخامس والعشرين، أو حتى الزواج، ولكن ديمو لومب يبدي ترددا إزاء هذه الحالة التي تتعلق بمصلحة المتصرف إليه، ويعلن بشأنها أنها قد لا تمثل أكثر من تحديد لحالة القصور أو نقص الأهلية بالنسبة للمال الموهوب أو الموصي به.¹

Telle condition nest quune prolongation de minorite et dincapacite relativement a la chose donnee ou leguee.

ونتيجة لذلك، أنه يقدم مشروعية الشروط في تلك الحالة قياسا على مشروعية الشرط الوارد في هبة أو وصية يمنع الزواج قبل أجل معين، ويقول ديمو لومب أن أهلية الزواج هي بلا شك من النظام العام، تماما مثل أهلية المتصرف، ويضيف أن بواعث المشروعية المتعلقة بحماية المتصرف إليه، والخشية من عليه من الإندفاع والطيش، وعدم الخبرة تجعلنا لا نرى إقرارا، وقد نجد فائدة للإقتضاء العام في المجتمع كله من جراء مثل هذا الشرط، وفي النهاية يترك ديمو لومب الأمر للقضاء

¹ Revue critique de jurisprudence tome 1 P 138, année 1985.

ليقرر مدى مشروعية الشرط في كل حالة على حدة على ضوء نية المتصرف ومدى المصلحة المستهدفة، ولعرفة الأسس التي بنى عليها ديمو لومب فكرته أو نظريته في كون أن الشروط الإتفاقية مشروعة، نرد مبررات فيما ذهب إليه، ونرد عليها من خلال نقد هذه الفكرة وإن كنا نرى ما جاء به ديمو لومب صحيحا في جانب، وجانبه الصواب في أخرى.

أولا- مبررات نظرية ديمو لومب:

يلاحظ من خلال القراءة الأولية أن ديمو لومب يرى إقرار لمشروعية الشروط والتقبيدات والمبررة بمصالح مشروعة وجدية هو إقرار مبدئي، ويجب أن لا تخرج على الأسس القانونية والإقتصاد القومي، مؤكدا على وجوب التبريرات المصالح العملية، وأن لا نتجاوز الحد الزمني المطلوب في تقرير تلك لقيود والشروط، كما إقرار بإمكانية القبول لمشروعية الشروط من التصرف الوارد حماية لحق إحتفظ به لنفسه أو تصرف به الغير، وقد تماثلت آرائه مع آراء سابقه في مخالفة الشرط المانع من التصرف لنظام العام، فإعتبره باطلا بطلانا مطلقا، ولم يكن لديمو لومب أن يقر بهذا المبدأ إلا في حالات إستثنائية تقتضيها المصالح والوظائف الإجتماعية.

ثانيا- نقد نظرية ديمو لومب:

ولا من التأكيد على أن إقرار مبدأ مشروعية القيود الإتفاقية الواردة على حق الملكية ماهو إلا فرصة لإعطاء مدلول إضافيا لمفهوم حق الملكية تداول وإستغلالا، وليس بطبيعتها إنقاص وعدمية الحق الملكية ويزيدها تثمينا وإثراء، كما إعتبر أن هذه القيود والشروط التي ترد على الملكية إستثناء من القاعدة العامة من مبدأ التداوية ماهو إلا محاولة لإقرار الشروط، وإيجاد سبب لإعطاء مبرر لها، وكما ومقرر عند علماء الأصول أن الإستثناء هو معيار العموم بدءا وإنتهاء، فالعمل بالإستثناءات هو في حد ذاته إقرار به، والإقرار بأحكامه، والإعترافات الضمنية هي إقرارات عملية، فلا يمكن أن يكون العمل بالإستثناء

محظورا أو ممنوعا، وقد يدخل على أقل تقدير ضمن الضرورات التي تبيح المحظورات، إلا أنه الضرورات تقدر بقدرها، فزيادة عن القدر المسموح يفقد للضرورة حكمها وتصبح محظورة، على عكس الإستثناء لا يدخل ضمن هذه القواعد من الحظر، لكن الإستثناء لا يوسع في تفسيره وتأويله إلا في حدود معينة، والحال ينطبق على الشروط والقيود، فلا تتوسع إلا في إطار القانون وتفسيرات القضاء.¹

ونتيجة لذلك أن النظرية التي بصدد البحث بشأنها لم تعط مبررات كافية لمشروعية القيود إلا مقترنة بالمصالح، والمدة الزمنية المحددة، صحيح هذا الطرح لكن يجب أن يبين ما هي العقود التي يمكن أن ترد فيها الشروط، وطبيعة الحق العيني في نقله، فإقتصار ديمو لومب على المصلحة والمدة يفقد للشروط صلاحيتها، وقد يكون سببا في فقد لحق الملكية حقيقته عدما ووجودا، ثمة نقد آخر تطال فكرة ديمو لومب في كون أن حق الملكية حق دائم لا يقبل التوقيت أو لطبيعتها غير مؤقتة ويعني هذا أنه لا يجوز أن تكتسب الملكية لمدة مؤقتة، أو لأجل محدد، وبالتالي إنه لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف، أو فاسخ، أو شرط²، فإقتران الملكية بمثل هذه الأجل تتنافى مع طبيعة الملكية وعناصرها على عكس الحقوق العينية الأصلية الأخرى التي يكتسب أكثرها لأجل محدد ومفروض من القانون، فالإنتفاع لا ينشأ إلا للأجل الذي يتعهد عليه فإن لم يحدد الأجل كان مقرا لحياة المنتفع³، وهذا ما ينافي أحكام الشروط أو القيد، فيأتي القيد حكما يخرج من بعض السلطات أو يفرض أنها شروطا يحد من مداها أو إطلاقها.⁴

¹ Demolombe, traite des donation entre et destestament , paris 1886 ; page 80.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996، ص 235.

³ علي معي الدين القرعة الداغي، مبدأ الرضا في العقود، ج 2، ص 1165.

⁴ جميل الشرفاوي، القيود الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، ع 2، سنة 1978، ص 102.

الفرع الثاني: الفقيه دورانتون:

يقترّب دورانتون من فكر مع فارق بسيط هو أن يرفض تماما الشرط الوارد تحقيقه لمصلحة المتصرف إليه، كما يشارك ديمو لومب آرائه مجموعة أخرى من الفقهاء¹، الذين إعترف بإمكان قبول مشروعية الشرط المانع من التصرف الوارد حماية لحق إحتفظ به للمتصرف لنفسه أو قرره للغير، أو لصالح المتصرف إليه نفسه، لم يضيفان أنه خارج تلك الحالات، فإن الشرط يجب إعتباره، كأن لم يكن أنه مخالف للنظام العام.

ولكن رأي حالات خارج مصلحة المتصرف، أو الغير، أو المتصرف إليه، يمكن أن يدور حوله نقاش، إن الشروط المانعة للتصرف الوارد بلا مصلحة جادة تبرره، أو بلا حد زمني يضع له نهاية، هو أمر لم يخالف أحد على بطلانه، والحديث لم يدور إلا حول هذا الشرط المؤقت، والمبرر بمصلحة مشروعة وجدية.

لقد ذهب لوران وهوك ومن معهما إلا أن الأسس القانونية والإقتصادية الرئيسية والتي تمس النظام العام يتعارض مع المنع من التصرف، ودون الدخول في تفصيلات صحة ما ذهبوا إليه، إلا أننا نقدر لهما تمثلي ما وصل إليه من نتائج، مع ما بدءا به من مقدمات، فقد إنتهيا إلى رفض مشروعية أية صور من صور الشروط المانعة من التصرف، فمخالفة تلك القواعد الأساسية أمر لا يمكن قبوله إستثناء أيا كانت المخالفة، أما ديمو لومب ومن معه فقد أقرأ بصحة المبدأ الذي أعلنه لوران وهوك، فالشرط المانع من التصرف يؤدي إلى إحدى نتيجتين كلاهما مخالف للنظام العام، وكلاهما لا يملك الأفراد الوصول إليه بإرادتهم، ورغم إقرارهم بهذا المبدأ وافقوا إستثناء على مشروعية هذا الخروج على الاصل إذا كان مؤقتا كيف ذلك؟ أنها في الواقع ليست نظرية تجاه الشروط المانعة من التصرف ولكنها لا تعدو

¹ الفقيه تروبلونج، الهيئات، ج1، رقم 337.

الفقيه ماس وفيرجي، الإلتزامات، ج3، رقم 23.

أن تكون رسدا لما ذهب إليه القضاء دون أية محاولة جادة للتأصيل القانوني الذي يرقى أو يقترب من إطار النظرية أو التي ستحقق المناقشة.

وخلاصة ذلك، أن دورانتون إعتد في فكرته أن الشروط المعتبرة التي تقيد حق الملكية هي مخالفة للنظام العام، ويغير من نمط الملكية تداولاً وإستغلالاً، إلا إستثناء من القاعدة العامة من الملكية العقارية التي تعتمد التثمين والإستثمار، وحركة رؤوس الأموال تكون نتيجة هذه التداولية، ومن ثم أي تقييد لحق الملكية يعتبر من مخالفة النظام العام، ولكن هذا الرأي قد لا يعطي دليلاً قاطعاً في أن أصل الملكية العقارية، تعطي أكثر ثماراً وفائدة من خلال إقرار الشروط التي تتماشى مع متطلبات المصالح العامة والوظائف الإجتماعية، فبالرغم من حبس الملكية وتعطيلها نكون قد أضفنا للملكية إهتماماً خاصاً، عملاً بالقاعدة الأصولية التي مفادها الجمع أولى من الترجيح، فإذا تعذر الجمع جاز الترجيح، والحال كذلك مع حق الملكية إذا كانت تؤدي وظائف إجتماعية وتحقق فوائد جمة من جراء إشتراط الشروط والقيود أكثر من تداولها، فنكون بين أمرين إثنين إما التوفيق بين إشتراط الشروط، وإطلاق الحرية التعاقدية، وفي نفس الوقت ترك حرية التداول لصالح المالكين، فلا تناقض، أو تنافي، أو تعارض بينها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نكون بصدد تحقيق مبدأ المفاضلة بين إشتراط الشروط، وحرية التداول، وما يحققه كل من التداول، والشروط، فنقتصر على من يحقق الفائدة المرجوة.

الفرع الثالث: الفقيه شيرون:

يرى شيرون في بحثه حول تلك الشروط أن الإرادة وبين مبادئ وأسس قانونية وإنما هو أعمق من ذلك، فهو تناقض جذري لا يمكن بين القانون والقضاء، il y a sur ce point une antinomie

¹ rodicale irreductible, entre laloi et la jurisprudence
 يمكن في البحث عما إذا كان القاضي أن يعمل على إرضاء مصالح عملية مشروعية وجدية على حساب إرادة مؤكدة للمشرع والشرط المانع من التصرف عند شيرون هو احدى حلقات صراع أوسع مدى بين القانون المكتوب بمقتضيات العدالة، وهو صراع ينظم فيه كل إلى الجانب الذي يتفق مع إتجاهاته وتكوينه الفكري والذهني، وحسب قصوره الذاتي لدور التشريع والقانون المكتوب، فهذا الذي يتطلع في التشريع الدقة، والحسم القاطع بغض النظر عن تمام التطابق مع مقتضيات العدالة في جزئيات العمل المتنوعة، وسوف يغلب الجانب النص بحرفتيه، أما هذا الذي يرى القانون مهمة عام من مثل العليا والعدالة معلنة أن التشريع المكتوب لا يستطيع وحده تحقيق ذلك، حيث يصعب على المشرع الامام بكل الاحتياجات الحالية، والاحاطة بكل ما يمكن أن يظهر مستقبلا في الواقع العملي، فإنه يعترف بأن لا يستطيع أن يحقق إلا عدالة ناقصة.

وسوف يكتشف الوقت عما يشوبها من نقص، وعما ينتج عن الوقوف ضده حرفية النص من مدار، وبالتالي فلا بد أن يكون للقاضي معالجة العيب وتكملة ما فاتهم من جوانب، وينتهي شيرون بوضوح إلا أن الشروط المقيدة لحق الملكية الإتفاقية لا يمكن أن يجد له أساسا إلا على حساب القانون، وهو يعترف بقصور التشريع ويعترف أيضا بقوة الأسباب التي ساقها القضاء في تجاهله للقانون²، Les puissantes raisons qui ont decide la jurisprudence secarter de la loi.

من خلال تتبعنا لمسار نظرية شيرون خلصنا أنه إعتمد في نظرتة لإشتراط الشروط، أن الأمر لا يقتصر على تعارض بين اقانون والقضاء من جهة، ومن جهة أخرى مبررات حرية وسلطان

¹Albert Cheron- la jurisprudence sur les clauses d'inalianabilite - sa logiques limites-Revue Trimestriell De Droit civil-V-1906-P.339 et suiv

²Albert Cheron- la jurisprudence sur les clauses d'inalianabilite - sa logiques limites-Revue Trimestriell De Droit civil-V-1906-P 340 et suiv

الإرادة، وأعطى في نظريته أنه يجب أن ينص القانون ومبادئ العدالة على تقييد الملكية العقارية، ولا مبرر للحرية التعاقدية في توجيه إرادة المتعاقدين، ولا عبء في مفهومه لأي تعاقد خارج نطاق القانون، ومقتضيات العدالة.

فنحن في الواقع لا نستطيع أن نقر شيرون فيما ذهب إليه، من إعتبار موقف القضاء تجاه القانون، وأنها فعليا فإنه يلزم بلا تردد أن نعلن خطأ موقف القضاء، وبطلان كل الشروط المانعة من التصرف بين مقتضيات العدالة، ووضوح النص، لا يجب أن يصل إلى حد تجاهل القانون.¹

تجاهل الإرادة في تقرير مصير الحرية التعاقدية ينطوي عليه عدم الإعتراف بمبدأ التداولية، فالحرية التعاقدية شرعتها القوانين الوضعية، والشريعة الإسلامية لتطوير العقود المالية المألوفة، وإستحداث العقود الجديدة التي تدعو إليها ضرورة المعاملات المالية المعاصرة، وهي أداة في خدمة حريات الأساسية، ومنها حرية المبادرة²، من هذا المنطلق لا يتصور الفصل بين الحرية التعاقدية المقررة قانونا، وحرية المبادرة في إتخاذ ما من شأنه إطلاق الحرية التداولية، وبالتالي لا يمكن إطلاق صفة المالك على من ليس له سلطة في أمواله³، حتى وإن كانت هذه السلطة مقيدة قانونا أو إتفاقا، المهم أن تكون ثابتة بقوة القانون، ويبقى للمالك الخيار بين إهمالها أو إعمالها، فالتصرفات الناجزة هي وضع عادي لتداول الملكية العقارية، صحيح أن الحلول القضائية تعطي حولا إضافية في تقرير الشروط تدعيما لمبدأ التداولية الذي يعتب من النظام العام بدلالة نصوص القانون المقررة لهذا الشرط، وبدلالة الصيغة القانونية التي إعتمدتها القوانين في تقنين الشروط المانعة من التصرف، بإستعمال حروف النفي والإستثناء (لا تكون صحيحة إلا إذا...)، أو كما هو في القانون الجزائري في تعريفه لحق الملكية (... بشرط

¹ محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، سنة 1994، ص 121.

² Mustapha Mekki, l'intérêt général et le contrat, op.cit, p.253.

³ Julien Théron, l'intervention du juge dans les transmissions de biens, édition Alpha, 2009.

أن لا تحرمه القوانين والأنظمة)، أو ما إستثناه القانون، وهذا يعتبر بمثابة إقرار لكل قيد يرد على حق الملكية قانوني أو إتفاقي.

الفرع الرابع: الفقيه سيملر SIMLER:

و تنطوي وجهة نظر في هذا الإتجاه في تعليقه على القانون 526/71 الصادر في 03 جويلية 1971، بإضافة نص المادة 01/900 إلى القانون المدني الفرنسي، والتي أقرت بشكل عام ما إنتهى إليه القضاء، في مجال التبرعات بالذات بشأن الشروط المانعة من التصرفات مع بعض الاضافات البسيطة، فيقول سيملر أن الجميع متفقون على قبول ما أرساه القضاء حلول متقاضيا عن التعارض الجذري بين مبدأين من مبادئ العامة الرئيسية، حرية التعاقد، وحرية التداول، باقرار الشروط المانعة من التصرف، طالما كانت من حيث المدة والمبررة بمصلحة جديدة ومشروعة.¹

كما يعلق كربونيه²، الذي يحدث عن الملكية الغير قابلة للتصرف، والعنوان يوحى بنظرة عينية للفقيه تجاه المقيدة للحق الملكية، من خلال حق الملكية ذاته، ولكن سرعان ما يهدد الفقيه هذا الإتجاه، ويؤكد طابع استثنائي الذي يراه في المانعة من التصرف، إذ يتحدث عن تلك ملكية قائلًا أنها تحوي فقط عنصري الاستعمال والاستغلال، وهي بذلك تقترب من حق الانتفاع، وهي تخالف المبدأ السياسي تداول لحرية الأموال.

و في نفس الصدد، نجدها في موقف الأستاذ محمد كامل مرسي مثالا للفقيه المصري الذي نظر إلى القيود بإعتبارها خروجها عن الأصل، اقتضته حاجات العمل، كما أن نجد هذا الموقف عند الدكتور

¹Simler "Philippe".."D'inalienabilite'," code civil - art 900 - 1 nouveau - Sirey, 1971-&.P 268.

²كربونيه، الأموال، ج3، ص 206.

جميل الشرقاوي¹، حيث يقول أن الشروط المانعة من التصرف الوارد في عقد أو وصية لا يصح ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة أي أنها تجعل الأصل عدم صحة الشرط إلا إذا توفرت فيه الشروط التي استلزمها، وواضح أن هذه الصيغة تحمل آثار النظر إلى الشروط كقيود على حرية المالك من التصرف، وأن كفالة هذه الحرية أمر أساسي بالنسبة للمالك، وللنظام الملكية نفسه، فإذا جاز الحد من هذه الحرية، فلا بد أن يكون هناك ما يبرر الخروج على ذلك ال، صل، وهو ما لا يتحقق إلا بإجماع الشروط التي نصت عليها المادة 823 قانون مدني مصري²، أما في القضاء فهذا هو الطابع العام، لنظرة القضاء إلى الشروط المانعة للتصرف خاصة والقيود الإتفاقية عامة، حيث تردت في أكثر من حكم، عبارة مفادها أنه إذا كان المنع المطلق، أو غير المحدد الذي يهدف إلى وضع المال خارج التداول، يجب إعتبره كأنه لم يكن لمخالفته للنظام العام.

وتأسيسا على ذلك ومن خلال ماتقدم من آراء فقهية مختلفة يتضح جليا أن اشتراط القيود الإتفاقية يتسم بالمرونة بما يتفق مع التوجهات الليبرالية والمدراس الحديثة التي ترى أن تأصيل القيود الإتفاقية وجب طرحه من جديد ليعتري منصة الحقوق العينية الأصلية، ويتناغم مع الفكرة الاقتصادية في تحديد نطاق الملكية العقارية، هذا التناغم يعطي أثره في بلورة أحكام الإتفاقية في تقييد الملكية العقارية بدون مساس من جوهر الملكية القائم على التقديس وعدم إعدامه كما أن مبدأ التداولية يفرض على المالك توجيه ملكيته مع ما يحققه من مصالح يقتضيها لتحقيق مصالحه وتلبية حاجته، فعلى مستوى الممارسات التعاقدية يحتج الناس الى اشتراط الشروط الإتفاقية في عقودها ومعاملاتهم، الا ان اعمال هذه الشروط دون معرفة مسبقة بحكمها القانون وأثرها، يمكن إعتبره نوعا من المجازفة والمخاطرة أو محفوفة بنوع من الخطر، في صحة ما يتناوله من موضوعات لا تخدم مصالح

¹ جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الكتاب الأول، هامش رقم 1، ص 56.

² محمد فوزي، المرجع نفسه، ص 122.

المالك، ومجهولة العواقب المستقبلية تحول دون الاستقرار في المعاملات وتحقيق الامن التعاقدى والقضائي.

كما تقتضي المرونة في سياقة احكام القيود الاتفاقية تشريعا والماما بجميع حاجات الناس، ومصالحا غير متناهية كما أنها مطلوبة قضائيا كذلك لإعطاء فرصة او سلطة تقديرية في الاجتهاد لا تنطلق من منظور فارق الا في ظل وجود قواعد قانونية معرفة في تكريس تسيير مهمته في رقابة مدى مشروعية القيود الاتفاقية، ومنحه هامش من صلاحيات أكبر من خلال هذه القواعد، وفي الأخير توفيقه وتمكينه من الموازنة بين مصلحة المالك في ممارسة سلطانه على ملكه بكل حرية، ومصلحة المجتمع في عدم تعطيل مبدأ التداول، والاستفادة من ثماره، وهذا ما يعرف بالنظرة التوفيقية بين حرية التداول واشتراط القيود، فلا حضر للقيود الاتفاقية الا في حدود ضيقة وتكريسه قانونا، ولا تضيق لهذه الشروط، خاصة اذا كانت تؤدي وظائف اجتماعية، أو اقتصادية، أو سياسية خاصة اذا كانت هذه القيود وتفعيلها يؤدي الى تبسيط الحركة التداولية.

وهنا نكون امام قاعدتين مقررتين قانونا، قاعدة تداول الأموال والتي هي الاصل في الملكية العقارية والتي تبغي ان تجرى بسلاسة وتبسيط، ودون عائق، كونها أساس النظام العام.

وقاعدة حرية الملك في تقييد ملكه كيفما شاء من قيود واشتراطات والي من شأنه يؤدي الى عرقلة المبادئ المقررة قانونا، خاصة اذا كانت من النظام العام، لكن من خلال التطبيق والممارسة الواقعية يظهر ان التعارض يعطي تفاعلا إيجابيا يتطلب توظيفه بحكمة ولاعتبار ان الملكية العقارية في حركة مستمرة لا تعطي معقولا من انتقالها من يد الى يد بلا توقف، وان كانت المبررات العملية لها ما يبررها ويؤصلها تأصيلا منطقيا، فان الاستقرار والثبات في يد أحد الملاك لمة معينة قد تكون كافية لاستغلالها وتثمينها واستثمارها، وجني الثمار الناتج عنها، هذا الاستقرار والثبات يحزر الملكية من فعاليتها في ذلك ويلمح الى فكرة مفادها الملكية العقارية وهي فكرة حبس المال من التداول بواسطة القيود الاتفاقية أو اشتراطات

اتفاقية شريطة الا تمس بأصل الحق وجوهره وأن توفرها على أسباب مشروعة تتعلق بالمدة المؤقتة والمصلحة المشروعة¹.

و نافلة القول، أن تقرير القيود الاتفاقية على الملكية العقارية لا يجوز كأصل عام، ولكن يسمح به استثناء بشرط أن يكون قيد اتفاقي مؤقت وغير مؤبد من جهة، وأن كون مقررأ لحماية مصلحة مشرعة وجدية، وهذا الشرطان يجب أن يكون ضروريان ومتلازمان لا يغني أحدها عن الآخر يقتضيها مبرر التقييد.

المطلب الثالث: القيود الإتفاقية لا تمثل خروجاً عن القواعد العامة:

يرى هذا الاتجاه أن تقييد الملكية العقارية بشروط واتفاقات لا تمثل خروجاً عن القواعد العامة بل يتفق مع النظرة التوفيقية لتحقيق مبدأ توازن بين الحرية التعاقدية وتداول الملكية العقارية ويتفق مع أحد النظريات تحدد شروط صحته ومجاله وأثره، ويجد أنصار هذه الدراسة في احدى ثلاث وسائل وهي:

✓ الفرع الأول: الإتجاه الشخصي.

أولاً- النظر إلى اشتراط القيود الاتفاقية باعتبارها التزاماً سلبياً، يقع على عاتق المتصرف اليه.

ثانياً- النظر إلى اشتراط القيود الاتفاقية باعتبارها انتقاصاً من أهلية المالك.

✓ الفرع الثاني: الإتجاه العيني.

أولاً- حرية تداول الأموال.

ثانياً - الحرية الفردية .

ثالثاً- قدرة المالك على التصرف.

¹ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص373.

الفرع الأول: الإتجاه الشخصي:

قدمنا إلى أن أصحاب هذا الإتجاه لم يكتفوا بإقرار القيود الإتفاقية أو بالأخص الشرط المانع من التصرف تحقيقا لمصالح الأفراد، دون لإسناد هذه المشروعية إلى إطار نظرية عامة توفر الأساس القانوني من جهة، كما أنهم رفضوا مسaire لوران وهوك في رفض مشروعية كل الشروط أو القيود أيا كانت مدة سريانها، ورأوا بهذا الإتجاه بحق جمودا لا يراعي المصالح العملية ولا يتماشى مع ضجيج الفكر ومنطق القانون.

ولكنهم إذا بدأوا بحثهم عن هذا الاطار لمشروعية القيود أو الشروط، كان محور إهتماماتهم، ومناطق ذكرهم ينحصر في شخص المالك، اعتبره بعضهم ملتزما بالإمتناع من التصرف فيما يملك، ورآه البعض الآخر ناقص الأهلية تجاه هذا المال، سنتعرض بهذين الإتجاهين في عنصرين هما:

أولا- القيود الإتفاقية إلزام سلبي:

يلاحظ من خلال القراءة الأولية أن القيود الإتفاقية لن تكون مشروعة إلا إذا كان تحليله على أنه يمثل فقط الزاما بالإمتناع عن التصرف، يقع على المستفيد المالك، ولهذا جانب الفقه الفرنسي اقتفى أثره جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذه الشروط يرتب إلزاما سلبيا على عاتق الممنوع من التصرف، يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل وهو في هذه الحالة الامتناع من التصرف في شيء¹، فالشرط المانع من التصرف ذو مضمون سلبي، ذو التزام بالإمتناع، ومثل هذا يصبح إلزام

¹ حمدي عبد الرحمان، الشرط المانع من التصرف، المرجع السابق، ص 132.

مؤقت، فإذا ما أحل الشخص بما إلترم به بتطبيق حكم القواعد العامة، حيث المطابقة لتنفيذ الالتزام عينا، أو المطالبة بفسخ¹، لم يسلم هذا الرأي هو الآخر من توجيه الإنتقادات إليه ولعل أبرزها:

- إحتوائه على تناقض: اذ كيف يمكن أن يكون الشرط المانع من التصرف الزاما بالمعنى الدقيق إذ كانت قد رعيت من خلاله مصلحة المشروعة عليه، أو بمعنى اخر إذا كان الهدف من هذه الشروط هو مصلحة الممنوع من التصرف نفسه، وهي حماية تفضي إلى جعل هذا الأخير دائنا ومدينا في أن واحد.²

ولقد رد أصحاب هذا الرأي على هذا الإنتقاد بأنه إذا كان المنع إلتراما، فإن الدائن به في كل الأحوال هو المشتري، ومن ذلك الحال التي يكون فيها المنع مقررا لمصلحة الممنوع من التصرف إذ أن لهذا المشتري على الدوام مصلحة أدبية تدفعه إلى إشتراط مثل هذا الشرط.³

ولكن مما يرد على هذا التبرير هو اشتراط مثل القيود الإتفاقية قد وضع بصفة أصلية لمصلحة المالك نفسه، أو بتمييز آخر أن المصلحة التي يريد حمايتها بهذا الشرط أساسا إنما هي مصلحة المالك.⁴

يقول سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي أستاذ بكلية الحقوق جامعة بابل ويبدو جاليا أن الانتقاد الموجه إلى الرأي الموضوع الباحث قد تعلق بجوهره، إذ كانت مصلحة الممنوع من التصرف هي معتبرة لإستعصى على التصور أن يلتزم الشخص لصالح نفسه، وأن المصلحة الادبية التي قال بها أنصار هذا الرعي لا يعتبر مبررا كافيا، وذلك لأن الغرض من إدراج الشرط قد يتمثل بصفة أساسية في حماية مصلحة الممنوع من التصرف.⁵

¹ عبد المنعم القصراوي، المرجع السابق، ص 102.

² عبد المنعم البدرائي، المرجع السابق، ص 103.

³ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 109.

⁴ عبد المنعم فرج صدة الحقوق العينية المرجع السابق، ص 146.

⁵ سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة، جامعة بابل، العراق، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2019، ص 48.

- إن الرأي المقدم يؤدي إلى نتائج لا ينسجم مع الغرض من قيود اشتراط هذه القيود ذلك، لأن إخلال المدين بإلتزامه السلبي متمثل في الإنتفاع من التصرف من شيء قد يتبعه فسخ المنع من التصرفالأصلي، فإذا كان هذا التصرف ناقلا لملكية الشيء المشروط عدم التصرف فيه، فيترتب على الفسخ أن يعود إلى ملف الشرط، هذا أمر يتنافى مع الهدف من الشرط المنع وهو إبقاء الشيء على مالك المشتراط.¹

ويجدر ببيان بعد هذا أن لما كان الغرض من شرط المنع من التصرف لا يتحقق إلا بابطال التصرف المخالف لهذا الشرط، لقد ذهب بعض أنصار هذا الرأي إلى أن الفسخ بوصفه جزاء للاخلال إنما يتجاوز قصد متعاقدين، ويلزم بناء على ذلك إقتصار الجزاء على التحفيز العيني، وهذا يتقرر بالقانون المدني المصري في المادة 12 إذا إلتزم المدين عن عمل وأخل في هذا الإلتزام جاز للمدينة أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للإلتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذا الإزالة على نفقت المدين، فبمقتضى هذه المادة يجوز للدائن بالإلتزام بالامتناع أن يطلب إزالة ما دفع مخالفا للتعهد والبطلان في هذه الحالة يعتبر تنفيذا عينيا، المادة 170 القانون المدني الجزائري.

ولكن هذه الوجهة في الرأي قد انتقدت لأن المقصود بالإزالة الواردة في القانونين المصري الجزائري، وتقابلهما المادة 1143 من القانون الفرنسي هو الإزالة المادية لا ابطال التصرف المخالف لشرط المنع²، أو بتعبير آخر أن المقصود بالإزالة هنا إزالة ما وقع من أعمال مادية مخالفة للإلتزام بالامتناع، لا ما وقع من تصرفات قانونية مخالفة له، ولعل مما يؤدي هذا المقصود هو ذيل المادة 212 من القانون المدني

¹ مصطفى الجمال المرجع السابق، ص 381.

² حسن كيرة، الموجز، المرجع السابق، ص 130.

المصري¹، والمواد 170 وما يليها في القانون المدني الجزائري، والتي تعطيان للدائن الحق في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين، بناء على طلب بقدمه القضاء، وبذلك يتبين أن الإزالة تنصب على الأعمال المادية.

ويقول الأستاذ جميل الشرقاوي أن البطلان لا يعتبر إلا حالة واحدة هي البطلان التصرف المخالف للإشترطات المانعة للتصرف أو بصفة عامة إشترط القيد الإتفاقية، بناء على طلب المشتري، في حين أن طلب البطلان قد يصدر من الممنوع من التصرف أو الغير.²

وفي مقابل ذلك، قد حاول جانب من الفقه أن يخلص نظرية الإلتزام السلبي في تكييف الشروط المانعة من التصرف كمثال حقيقي للقيود الإتفاقية، من عيها هذا، وهو عيب منطقي، كما أنه عيب خطير إذ هو يهدم الشرط، أو يهدم معظم حالات وروده، والتي يكون البحث فيها عن حماية للمالك (المستفيد)، وقد رأى هذا الجانب من الفقه في المصلحة الأدبية للمشتري ما يكفي لإقرار ورود الشرط المانع من التصرف، لصالح المشتري عليه، مع إعتبار هذا الشرط إلتزاما سلبيا، فهذه المصلحة الأدبية تكفي لإعتبار المشتري دائما بالإلتزام، وهي مصلحة حيوية، لها من الأهمية ما يجعلها جديرة بإعطاء هذه الصفة للمشتري.³

وعلاوة على ذلك أن الإشترطات وفيها الشرط المانع من التصرف هو إلتزام بالإمتناع عن عمل إنما هو رأي غير صالح لتحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف، وذلك لتعارضه مع هذا الشرط من حيث الجوهر، ومن حيث النتائج التي تترتب عن القول به.⁴

ثانيا-القيود الإتفاقية إنتقاصا من أهلية المالك:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج 8، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1967، ص 523.

² جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 58.

³ منصور مصطفى منصور، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، المرجع السابق، ص 82.

⁴ سلام بن عبد الزهرة القبلاوي، شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 30.

تبنى جوسران¹ (louis jousserand) إتجاهها لم يلقي ترحيبا كثيرا من جانب الفقه فهو بعد أن أبدى دهشته لما ذهب إليه بارتان من الإعتراف بأثر مباشر للخروج على إلتزام شخصي obligation personnel هو الإلتزام بالإمتناع عن تصرف على الغير، وهو المتصرف إليه الثاني، دهشته في القول بأن مخالفة المستفيد لما فرض عليه من إلتزام يؤدي إلى بطلان ولو نسبي لما عقده من تصرف مخالف لهذا الإلتزام، فالمنع من التصرف طبقا لفكرة الإلتزام السلبي التي نادى بارتان، لا يجب ولا يمكن أن يؤدي إلا إلى فسخ التبرع الأصلي، بالإضافة إلى تعويض إذا كان له محل، ولكن جوسران ذهب إلى أبعد من ذلك منتقدا فكرة عدم القابلية العينية للتصرف والتي أقرها الكثير من الفقهاء، وينتهي إلى أن الأمر لا يخرج عن كونه عدم قدرة شخصية incapacite pesonnels أنها خاصية إستثنائية تماما تتمثل في أنها لا ترد لمصلحة غير القادر فقط، بل أيضا لمصلحة المتصرف أو الغير، وهذا التصرف للطبيعة القانونية للمنع من التصرف سوف يسمح بإصابة التصرف المخالف ببطلان نسبي يكون لمن تقرر نقص الأهلية المالك تحقيقا لمصلحته أن يطالب به.

لم يتحمس الفقيه لهذه النظرية، ولم تلقى تأييدا إلا في أضيف نطاق وقبل أن تعرض لأهم الإنتقادات الموجهة لنظرية جوسران، على إعتبار أن الإشتراطات أو بالأحرى الشرط المانع من التصرف هو إنتقاص من أهلية الممنوع من التصرف، وأن هذا الإنتقاص يؤدي إلى حرمانه من التصرف بالشيء، خاصة إذا كان المقصود من الشرط حماية مصلحة المشتري عليه، مما قد يترتب على سوء تقديره أو على تبيده، فالشرط المانع من التصرف يجعل الشخص الممنوع من التصرف ناقص الأهلية بالنسبة

¹Louis jousserand, cours de droit civil, positif francais, 3^{ed} TI 1938, no 1850.

نقلا عن مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 380.

إلى التصرفات التي ترد على المال الممنوع من التصرف فيه¹، وأهم الإنتقادات التي وجهت لهذه النظرية التي يتزعمها جوسران يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن هذا الرأي لا يستقيم مع ما هو مسلم به من أن القواعد المتعلقة بالنظام العام، ولا يمكن المساس بها، فليس للأفراد بإرادتهم المنفردة أن يعدلوا أحكام الأهلية إنتقاصا أو حدا منها، وبعد كل إتفاق من هذا القبيل باطلا بمخالفته للنظام العام.

- أن الأهلية كما هو معلوم تكون على نوعين أهلية وجوب وأهلية أداء وهي:

1- أهلية الوجوب *capacite de jouissance* وتعني صلاحية الشخص لأن يكتسب حقوقا، وليتخمل بالتزامات، وهي ترتبط بالشخصية القانونية، ولذلك تثبت لكل إنسان منذ ولادته حيا، وحتى وفاته، بل قد تثبت للجنين في بطن أمه، فيكسب حقوقا من الميراث أو الوصية، وأيضا تثبت له بعد وفاته حتى تسدد التركة لا يكون إلا بعد سداد.²

2- أهلية الأداء *capacite d'exercice*: فتعني صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية على الوجه الذي يعتد به القانون، أيا كان نوع التصرف إيجارا أو بيعا، أو غير ذلك من أنواع التصرفات.

ولا ريب أن هذه الأهلية مناطها التمييز، أي أن الشخص لابد له وأن يتبين تصرفه، وما إذا كان نافعا أم به ضرر، وهي تختلف من هذا الجانب عن أهلية الوجوب التي قدمنا أنها لا ترتبط بالتمييز.³

وإنتقاص الأهلية الذي يذهب إليه أصحاب هذا الرأي يرتبط بأهلية الأداء دون أهلية الوجوب، إذ أن الأمر بشرط المانع من التصرف، أو شرط الإتفاقي يتعلق بقدرة الشخص

¹Louis jousserand, cours de droit civil, positif francais, 3^{ed}TI 1938, no 1850.

نقلا عن مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 380.

²أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار النشر للتوزيع والنشر القاهرة، سنة 2009، ص 93.

³أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 93.

على التصرف، وأن أهلية الأداء مناطها التمييز، وهو من ثم يتمتع بتمام أهلية الأداء، فلا يعقل أن يكون هذا الشرط إنتقاصا من أهليته.¹

- وتماشيا مع ماتم ذكره، يمكن القول بأن القيود الإرادية أو بالأحرى الشرط المانع من التصرف تمثل إنتقاصا من أهلية المتصرف إليه، يتنافى مع جوهر هذا الشرط، فناقص الأهلية إذا لم يستطع مباشرة تصرف معين بسبب نقص أهلية فهذا لا يعني حرمانه منه مطلقا، إذا لم يستطع تحقيق مباشرته بطريق النيابة القانونية، حيث يقوم به نائب مثل الولي أو الوصي، في حين الشرط المانع من التصرف يحرم الشخص، وكذلك من ينوب عنه من التصرف في الشيء، فالمنع في حالة شرط المنع من التصرف، ينصب على أصل التصرف لا على الشخص الذي يقوم به.²

وإستخلاصا لما سلف، نخلص إلى عدم التسليم بأن شرط المانع من التصرف هو إنتقاص من أهلية الممنوع من التصرف وذلك في الأساس لتعارض هذا التكييف مع جوهر فكرة المنع من التصرف، ومن ثم لوجاهة الإنتقادات التي وجهت له.³

الفرع الثاني: الإتجاه العيني:

من البديهي، أن الملكية حق مقدس لا يمس، له نسق موحد، هو دائما نفس النسق، في كل الظروف، تشترك في تكوينه عناصر معينة، لا بد وأن توجد وبكامل فاعليتها لا تزول ولا تختفي، وإلا إختفى معها ذات الحق، وفي مقدمة تلك العناصر، عنصر التصرف، والبحث عن تكييف القانوني للشرط المانع من التصرف يجب أن يعقب التسليم المفترض بهذه المقدمة، وقد إقتصر لوران وهوك الطريق، وحكموا عليه بالبطلان، لكل شرط، مضاد لهذا العنصر الذي لا ملكية بدونه، ولا يكفي المصلحة العملية للفرد

¹ حسن كيره، المرجع السابق، ص 127.

² منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 10.

³ عبد السلام عبد الزهرة، عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 46.

أو حتى المجتمع للسماح بالبحث في إمكانية النيل ولو مؤقتا من هذا العنصر، أما ديمولومب ومن شايعة من أقروا مذهب القضاء تحقيقا لمصالح الأفراد دون محاولة منهم لتأسيس هذا المذهب.

لكن ثمة صعوبة الخيار بين التكييف الشخصي للقيود الاتفاقية والتكييف العيني لها رأي آخر يقول بمقارنة مرنة ومنسجمة في تكييف القيود الاتفاقية ينسجم مع النظرة التوفيقية أو التفاضلية بين المقتضيات القانونية الأمرة والإرادة الخاصة لأطراف العقد، ولمعرفة القصد من تلك التعاقدات، ووجهة الانصراف لإرادتهم بين حضر التصرف أم انشاء الالتزام بعدم الصرف، ولهذا يجب أن يميز بين الاتجاهات في إعطاء الإرادة المصدر الرئيسي للالتزامات واشتراط الاشتراطات وإبرام ما تراه مناسبا لهم، ووفق مشيئتهم وإرادتهم، وبالتالي إعطاء دور مثالي للإرادة، والحرية التعاقدية، كون ان الملكية العقارية تخضع في ممارسة سلطاتها للإرادة في تقييدها، وكما ان المدرسة الاجتماعية التي تنتقص من الإرادة وتعتبرها عاجزة في إدارة الالتزامات باعتبار ان القانون من صنع المجتمع واصباغ طبيعتها بالمثل القانونية، وأن الحرية التعاقدية وجب تقييدها لتتماشى مع القانون.

لكننا نرى غير ذلك تماماً، وأن تقييد الإرادة هو المساس بالنظام العام، ولا معنى للتعاقد، ولا عبء لما تم التعاقد به وفيه.

ولقد تعرضنا فيما سبق لكل هذه الإتجاهات، وسنرى أن الإتجاه الذي تزعمه لوران وهوك أنه مدخلا إلى الإتجاه العيني في تكييف هذه الشروط ويعتبر أسس رئيسية ومنطقية لإقرار الإتجاه العيني وهي:

أولاً- حرية تداول الأموال:

أي يقضي صالح الإقتصاد القومي حرية تداول الأموال، وتعطيل هذا التداول هو إعاقة لصالح العام، وهو أمر يستعصي أيضا على إرادات الأول، ولا يختلف أحد حول إعتبار حرية تداول الأموال

من أسس النظام العام، وباعتبارها من أسس الحياة الإقتصادية كله، وحرية تداول الأموال بهذا المعنى إنتقال المال من يد إلى أخرى، وإمكانية ذلك بشكل عام، ووجود فرصة الحصول عليها وقيام الأصل في ذلك، بشكل عام أيضا هي النظام العام.

إذا فحرية التداول هي مبدأ الأساس في ذلك من مبادئ الإقتصاد القومي تقتضيه المصلحة العامة، ويرتبط بالنظام العام، ولكن بمعنى عام، يعني وجود المال في دائرة التعامل أي التداول، بحيث يكون قابلة للإنتقال من يد إلى أخرى، وبحث لا يكون مقبولا، بحيث أن هذا المال يمكن إنتقاله من يد الأخرى.

إن مبدأ تداول الأموال الذي تناوله التشريع الجزائري في عدة مواد دليل على توسع نطاق التداول يتماشى مع مدلول الملكية العقارية، وتطور مفهومها، وتوسع نطاقها، ويجب أن لا يؤخذ لمعناه الضيق وحصره في نطاق انتقال الأموال من يد الى يد أخرى وجعلها في حركة تداول دائمة، وقد خصص القانون المدني الجزائري هذا الانتقال بطرق عديدة وهي اكتساب الملكية العقارية بوسائل قانونية، ووقائع مادية، وقرارات إدارية، وقرارات قضائية، مما يوحي من تقرير هذا المبدأ في التشريعات الحديثة في استثمار المال بجميع الطرق المشروعة للحصول على أقصى درجات الإنتاج، وخلق الثروات، والمساهمة في التنمية الاقتصادية، والاجتماعية للبلاد.

ولا يقتصر هذا المبدأ في كيفية تفعيل هذا التداول، بل يجب أن يتعداه الى إعطاء مدلولات إضافية للملكية العقارية وعدم حبسها وتوظيف في مجالات أخرى أكثر انسجاما مع الواقع الاقتصادي، والصناعة والتجارة، وتقديم الخدمات الاجتماعية، والصحية، مما يساهم في التشغيل وإنتاج السلع والبضائع، وإبراز عنصر الباعث الاقتصادي المحض.

ثانيا- الحرية الفردية:

لا شك أن الحرية الفردية ينطوي تحت لوائها صور عديدة في شتى المجالات، منها متعلقا بموضوعنا القيود الإتفاقية (الشرط المانع من التصرف) أو حرية التصرف في ملكه، ولكن لماذا الذهاب أن الشروط المانعة من التصرف توقف أعمال تلك الحرية، أي توقف أعمال صورة من صور الحرية الفردية، وهو أمر لا يمكن السماح به على الأقل لإرادات الأفراد، لماذا لا يكون تصورنا للموقف معكوسا أو يكون أدق، لماذا هو المعكوس التصرف للموقف، ولماذا لا تنظر إليه من زاويته الصحيحة، إن رفضت السماح لإرادة الأفراد، أن تقبل بحرية الشروط المانعة للتصرف كقيود إتفاقي هو إعاقة لإعمال تلك الحرية التصرف، حيث أنها كما تشمل حرية التصرف، تشمل أيضا حرية الإمتناع عن هذا التصرف.¹

إن القول بأن الفرد حر في أن يتصرف، لا يعني أنه ملزم بأن يتصرف، وقد لا يعني أنه غير حر في التخلي عن التصرف، ولو مؤقتا عن تلك الحرية في التصرف، فلماذا لا يكون هذا الموقف السلبي للفرد من حرته، في التصرف هو نوع من ممارسة تلك الحرسة، لماذا لا يكون قبول الفرد للمنع من التصرف المؤقت، هو ضرب من ضروب تلك الحرية وشكل من أشكال إستعمالها، ولا يعتبر التصرف هو أبعاد لهذه الحرية بل هو إمتداد لحق الملكية، ولهذا يعتبر حق الملكية العقارية الحق العيني الأكثر إتساعا وإطلاقا، لأنه يخول لصاحبه جميع السلطات وأهمها سلطة التصرف²، من خلال سيطرة المالك على ملكه وإستثنائه بالسلطات الإستعمال والإستغلال والتصرف، ومن هنا نستطيع القول، أن حق الملكية، قد هيأت تداولها وتوزيع منافعها بين الناس عن طريق أعمال تلك السلطات.

كما تعتبر الحرية الفردية قاعدة أساسية في مادة العقود والمعاملات، وهو المبرر الوحيد لسلامة وصحة العقود، فانسجام الإرادة التعاقدية أو الرادة المنفردة لما تقرره من نتائج معتبرة دليل مبدأ انتشار المذهب الفردي، مع تطور النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومدى تلازمهم مع انتشار الفكرة

¹ محمد فوزي، المرجع السابق، ص 181.

² نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشور حلي الحقوقية، ط 1، سنة 2010، ص 85.

القائمة على تكريس مبدأ التداولية والحرية التعاقدية، وهو أمر يتجلى بوضوح في إقرار او الاعتراف بالحرية الفردية، فالحرية الفردية تنطلق في ممارسة مالك سلطاته على ملكيته وابرار ما شاء من العقود وتصرفات بعوض أوغير عوض وسواء كانت ناجزة او مقرونة بقيود إتفاقية، فهي في جميع الحالات تساهم في تكاثر المعاملات العقارية، وما يترتب عليها من تداول الملكية العقارية والمساهمة في تنشيط الدورة الاقتصادية وتحمل أعباء الإنتاج وتوزيعه بما يحقق القفزة النوعية وتنظيم سبل التداول، مما يتلائم مع الدولة الحديثة.

فالحرية الفردية أعطت لها التشريعات الحديثة والقوانين المقارنة الوطنية، وهذا قصد تطوير العقود المالية المألوفة، واستحداث العقود الجديدة التي تدعو اليها ضرورة المعاملات المالية المعاصرة الأداة الأساسية في خدمة الحريات الأساسية ومنها حريات المبادرة.¹

وتفعيلا لهذا المبدأ يستطيع المالك توظيف ملكيته العقارية في الاستثمارات المنتجة مثل استغلال العقار في الزراعة والصناعة والتجارة والسياحة.²

فللمالك السيطرة المطلقة على ملكها، ويستطيع ان يتصرف فيه بالطريقة التي تحلو له واشتراط الشروط التي يراها مناسبة لتحقيق مصالحه، وتمثيل مركزه القانوني بأكثر واقعية وترقية تطبيقات الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة.

وإذا كان اطلاق حرية اشتراط القيود الإتفاقية من شأنه أن يؤدي الى تجميد المال ومنعه من التداول وجعل الملكية مشوهة أو ناقصة يعتبر باطلاً كأن لم يكن.³

¹ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص181.

² رفيق يونس المصري، الأزمة المالية العالمية، دار القلم، دمشق، طبعة 1، سنة 2010، ص35.

³ غازي أبو عرابي، الشرط المانع من التصرف بين الاطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، مجلة العلوم والشريعة والقانون، م.ج 1، العدد1، سنة 1998، كلية الحقوق الأردنية، ص115.

ثالثا- قدرة المالك على التصرف:

من خلال ما تقدم، وجب علينا القول أن الإتفاقات والإشتراطات التي يعول عليها في إبرام العقود وإثبات القيود من جراء إتفاق الأطراف المتعاقدة يجب أن تستند إلى فكرة المصلحة ووظائف تباشرها الأطراف المتعاقدة، وفق لآليات التعاقد المتعددة، والتي تتحقق من المبتغى المطلوب، ويستلزم من هذا إعطاء فرصة للمالك في التعامل مع ملكيته لما يوافق مع مستلزمات حق المالك، وأن يتمتع بكامل حقه في إدارة شؤون ما يملك، فالمالك يجب أن يكون له القدرة على التصرف في ملكيته وما يوجبه القانون، وإلا أصبح حق الملكية في خطر أو كأنه لم يكن، أو منعدما، وبالتالي تفوية مصالح المالك في التمتع بملكته بما يقتضيه حق الملكية، ومن هذا المنطلق وجب الحفاظ على وضع يده على حقه، وأن أي إشتراطات تعرقل مسار ملكيته مرفوضة قانونا وعرفا.

تناولنا سابقاً بأن الأصل هو اطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه بكل حرية وكيف شاء، وبالمقارنة والموازاة مع ان القيود القانونية المقررة لمنع المطلق من التصرف يخدم المصلحة العامة، فان القيد الاتفاقي المؤقت من التصرف يخدم النظرة التوفيقية للقيود المقررة عن طريق الاتفاق. فاذا كانت القيود الاتفاقية تؤدي الى تأجيل وتأخير وتعطيل مؤقت لسلطات المالك على ملكه إلى حين تحقيق المصالح المقصودة من هذه القيود لها مسوغات ومبررات لامتناع المالك من اعمال سلطاته وتبرير قدرته على التصرف خلال سريان مدة القيد الناتج عن تلقي ارادتي المشترط والمشرط عليه، والنتيجة هو تأجيل اتفاقي لتداول الملكية العقارية تحقيقا لتوافق ارادتي المتعاقدين.

وهكذا فان القيد الاتفاقي لا يلغي سلطات المالك على ملكه بل يقيدوها ويحد من نطاقها ومداهها وحدودها وينقص من فعاليتها بالكيفية اللازمة لتحقيق المصلحة المرجوة.

وما نستخلصه في هذا العنصر هي قابلية القيود الاتفاقية المتلائم مع حق الملكية دون المساس في اصل الحق وجوهره، وفي الطبيعة العينية، ودون تجريد المالك من سلطاته على ملكه، فقدره المالك على التصرف تتراوح بي مقتضيات القيود الاتفاقية وتحرير تداول الملكية العقارية، تحقيق لفكرة الملائمة والتوفيق بين المصالح، ومبدأ التوازن بينها لا التعارض واعمال كل ما يقتضي القيد الاتفاقي وما يتطلبه، فالقيد الاتفاقي يمثل استثناء على الأصل الثابت لمالك العقار المثقل بالقيد أو الشرط، فيتعين الالتزام بحدود القيد ونطاقه، وعدم التوسع عليه وفيه، لان كل ما لم يشغله القيد يظل على اصل الحرية في مباشرتها من جانب المالك.¹

واذا كانت القيود الاتفاقية تفضي مباشرة الى تقييد حرية المالك وقدرته على التصرف في ملكه وتعطيل منافع الملكية العقارية في تداول الانتقال، فان التشريع والتنظيم الخاص بالقيود أي كان نوعها أو مصدرها بموجب احكام عامة وضوابط مرنة من شأنه تكريس مبدأ التوافق لا التفاضل بين حرية المالك في اشتراط ما شاء من القيود، والشروط والتصرفات التي يتعهد بها الآخرين أو الغير بخصوص الملكية والاستجابة للمتطلبات الاقتصادية المتمثلة لمبدأ تداول الأموال، ويعطي أولوية للمالك في التصرف في ملكه دون المساس بجوهر الملكية.

¹ هشام محمد محمود زهران. المرجع السابق، ص 746.

المبحث الثاني: الأسس الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لإقرار القيد الإتفاقي:

يعتبر مبدأ تداول الأموال من المبادئ الأساسية لما يحققه من نتائج معتبرة في إقتصاديات الدول المعاصرة، وما له من أهمية له في تأمين وتضمين الملكية العقارية، وتفعيل هذا المبدأ يستطيع المالك توظيف ملكيته العقارية في الإستثمارات المنتجة، مثل إستغلال العقار في الزراعة والصناعة والتجارة والسياحة¹، كما يعد هذا المبدأ في نظر بعض الفقه الإسلامي والفقه الفرنسي والقوانين المقارنة من المبادئ العامة في قانون الأموال، ولا يحتاج نصا صريحا، بل يمكن إستخلاصه من بعض نصوص القوانين تماشيا مع النظرة العامة لكل تشريع لأنه يعتبر أن الهدف الأسى والأمثل في تقيق مبدأ التوازن المالي بين تشريعات والواقع العملية، وما يقتضيه من أسس لوصل إلى الأهداف المنشودة، ولعل التصرف القانوني الوارد على الملكية العقارية أهم الصور التي قد تعطي للمالك سيطرة مطلقة على ملكه بالأسس السليمة والطريقة الصحيحة التي يردّها في تفعيل ملكيته تداولاً أو تقييداً، والغاية في تحقيق مصالحه، ولكن ثمة إشكالا قائم بين إطاق تداول وهو مبدأ أصيل وبين إشتراط القيود أو الشروط وهو إستثناء للقاعدة العامة وتطبيق هذا المبدأ من حيث تطبيقاته وآثاره، هذه القيود قد تكون ناتجة عن تطبيقات الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة.

فإذا كانت لهذه الأخيرة دور في إشتراط القيود الإتفاقية من شأنه أن يؤدي إلى تجميد أو حبس المال، والجدلية القائمة أن هذه القيود أداة من أدوات تنشيط الحرية الإقتصادية ومظهر من مظاهر الحرية التعاقدية، والسؤال مطروح ما موقف التشريع الإسلامي والتشريعات المقارنة المعاصرة حيال هذه القيود ومدى إقرارها وشرعيتها، وحظرها وجوازها، وإطلاقها وتقييدها، وهذا ما سنتعرف عليه

¹ رفيق يونس المصري، الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص 35.

في المبحث الآتي، وقبل الخوض في ماهية حق التملك في الفقه الإسلامي يجب التعرف على الركائز التي تضبط الملكية في الشريعة الإسلامية¹، وسيكون هذا على النحو التالي:

✓ المطلب الأول: مدى شرعية القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي.

✓ المطلب الثاني: التأصيل القانوني لإقرار القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية.

المطلب الأول: مدى شرعية القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي:

أولا لابد من معرفة الفقه الإسلامي والذي يعرفه أهل العلم بأنه معرفة الأحكام الشرعية العلمية بأدلتها التفصيلية²، ويقصدون بالأحكام الشرعية خطاب الشرع للمكلفين إقتضاء أو وضعا أو تخيير من حيث كونهم مكلفين، أو يقيدون بالعملية ما تعلق بالعبادات والمعاملات³، أما الأدلة " فيعرفونها بأنها ما يرشد إلى المطلوب بصحة النظر فيه وهو أي الدليل فيه الأصلي أو هما الكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة⁴، والتبعي كالقياس والإستحسان والإستصحاب وقول الصحابي والشرع منقلبا والعرف... وغيرها.

أما التفصيلية فيعونون بها ما لم يكن إجماليا حتى يخرجون أصول الفقه لأن أدلته كليا، ويقصدون بالإقتضاء الأحكام التكليفية .. الواجب والمحرم والمكروه والمستحب، أما التخيير فهو المباح والوضعي يندرج تحته .. السبب والمانع والصحة والبطلان والرخصة والعزيمة والشرط هذا الأخير قد يتعلق بالعبادات وقد يرتبط بالمعاملات وللعلماء في تعريفه وتأثيره أقوال يمكن تلخيصها في فرعين رئيسيين هما:

1 عيد الإله مرابط ، القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة أقدار الرباط، المغرب، سنة 2018، ص28
2 مصطفى أحمد زرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، دمشق، ط 2، سنة 2004، ص 153.
3 محمد طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 197.
4 مصطفى أحمد زرقاء، المرجع السابق، ص 153.

- ✓ الفرع الأول: الشريعة الإسلامية هي المصدر لتقييد حق الملكية.
- ✓ الفرع الثاني: تقييد الملكية العقارية لمنع الضرر أو للتعاون على البر.

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية هي المصدر لتقييد حق الملكية:

تطافت الأدلة الصحيحة الصريحة من الكتاب العزيز والأحاديث الشريفة التي تلزم بتحكيم شرع الله تعالى وتحذر من مغبة مخالفة ذلك بالتهديد الشديد والترهيب والعذاب الأليم .

إذ ليس لنا مندوحة في مخالفة حكم الله عزوجل وكذا حكم رسوله صلى الله عليه وسلم، فالحلال ما أحل الشرع والحرام ما حرم، وهذا في كل أبواب الدين : عقيدة أو فقها أو سلوكا، كما أن الأمر غير قابل لتجزئة أو التخيير بحيث نأخذ البعض ونترك البعض فهو كالترك جميعا والكفر به .

قال الله " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا¹.

فهذه النصوص، وغيرها توجب التحاكم إلى الشرع في شؤوننا جميعا بما فيها حق التملك وما يحفه من ضوابط، وثمة أدلة أخرى تبرز أننا مجرد وكلاء على المال للابتلاء والامتحان ،

قال الله تعالى " آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ².

قال الله تعالى " ... وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ..."¹.

¹ سورة الأحزاب، الآية 36.

² سورة الحديد، الآية 7.

فهذا التوكيل يقتضي ضبط التصرف إلا بإذن المالك، وهو الله سبحانه وتعالى، فلا يجوز للتوكيل

أن يتعد قيود الوكالة التي أنيط بها.

ولهذا يقول الشيخ أبو زهرة: الملكية حق أعطاه الله تعالى لعبادته، وقد قيد من أعطاه فهو الذي

أعطى، وهو الذي قيده.²

يتضح مما ذكر أن الأمر على ضربين:

- ما هو حق لله تعالى : ما كانت مصلحته شاملة للمخلوقين كالواجبات مثل: الزكاة وغيرها

أو المحرمات كالرشوة وغيرها وإنما نسب إلى الخالق عز وجل لما له من مصلحة أو مفسدة عامة .

- ما هو حق للعباد: ما كانت منفعته قاصرة على المكلف، كالسرقة، والأمر ليس على إطلاقه

بنسبته للمخلوق إلا من حيث أن الشرع جعله مكلف به .

قال الشاطبي: فقد صار كل تكليف حقا لله فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله

من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذا كان لله ألا يجعل للعبد حقا أصلا.³

وقال أيضا: كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى، وهو جهة التعبد، فإن حق الله

على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وعبادته وامتنال أوامره، واجتناب نواهيه بإطلاق، فإن جاء

ما ظاهره أنه للعبد مجردا، فليس كذلك بإطلاق، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية.⁴

¹ سورة النور، الآية 33.

² أبو زهرة، محاضرة في المجتمع الإسلامي، مطبعة الشرق العربي القاهرة، ص 67.

³ الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة بيروت، ط 2، ج 2، ص 316.

⁴ الشاطبي، المرجع نفسه، ص 317.

نلخص مما ذكر إلى أن الشرع ووفق أدلته وقواعده الثابتة هو من جعل للعبد نصيبا في التملك

إذا كان على الوجه المشروع ولكن الأمر ليس على إطلاقه بل بقيود معتبرة.¹

ولما كان الشرع الحنيف هو الذي أعطى حق التملك وفق ضوابط شرعية فلا يحق لأي أحد

أن يغيره زيادة أو نقصا أو اعتبارا أو إلغاء أو بأي شكل من الأشكال وإذا كانت الشريعة هي المصدر في منح

الحق وتقييده فليس للحاكم أن يمنح حقا لم تقره الأدلة المعتبرة.²

الفرع الثاني: تقييد الملكية العقارية لمنع الضرر أو للتعاون على البر:

ان تقييد الملكية العقارية لمنع الضرر أو للتعاون على البر يتم تقسيمه الى نوعين :

✓ أولا- تقييد الملكية لمنع ضرر.

✓ ثانيا- التعاون على البر.

أولا- تقييد الملكية لمنع الضرر:

اتضح لنا أن التملك مضبوط بالحدود الشرعية ، والمقصد العام للتشريع جلب المصالح

وتكثيرها ودرء المفاسد وتقليلها.³

فجلب المصالح ودرء المفاسد والغاية التي وضع الشرع الحكيم من أجلها ضوابط وأحكاما

للملك، والتشريع لم يبلغ التملك الفردي ولكن ضبطه بما سبق من تحقيق المنفعة ودفع المفسدة، وهذا

سواء تعلق بالضرر أو الضرر أي لحقت المفسدة بالشخص أو بغيره

¹ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، القيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، ط 1، سنة 1988، ص 219.

² عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع نفسه، ص 219.

³ الأمدي، الأحكام في أصول الدين، دار أبحاث الإتحاد للطباعة، ج 1، ص 349.

قال سبحانه وتعالى: " وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ

أَمْوَالَهُمْ ..."¹.

وقوله تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ..."².

وتفسير هتين الآتين الكريمتين هو أن تقييد تصرف الصغير المميز ومن لا يحسن التصرف إلا بإجازة الولي، لا لشيء إلا لجلب الصلاح ودفْع الفساد، وصيانة لمالهما³، وحرمت السنة المطهرة الاحتكار وتلقي الركبان تحقيقاً للنفع العام.

وفي قوله تعالى: "... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ..."⁴، تحريم الربا جلباً للمنفعة العامة ودرء للمفسدة ولما للربا من آثار سلبية نفسية كالقلق والاضطراب واجتماعية كتفكك الروابط بين الناس وإثارة الأحقاد واقتصادية كعدم حركة المال ورواجه بالوجه المشروع وكذا أخروية وما أعده الله عزو جل للمرابين من نكال وعذاب .

وقول الرسول صل الله عليه وسلم (من احتكر فهو خاطئ)⁵، أي آثم، وقوله (الجالب مرزوق والمحترق ملعون)⁶، وهذه الأحكام شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد، قال ابن القيم: (المحترق الذي يعتمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم، ويزيد إغلاءه عليهم هو ظالم العموم الناس)⁷، ونهى الرسول صل الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد⁸، إنما هو لمصلحة الجماعة.¹

¹ سورة النساء، الآية 6.

² سورة النساء، الآية 5.

³ منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مطبعة الحكومة مكة، ج 3، ص 140، 141.

⁴ سورة البقرة، الآية 275.

⁵ أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، باب المساقاة، كتاب البيوع، رقم 1605.

⁶ رواه ابن ماجه، في سننه في كتاب التجارات.

⁷ ابن القيم جوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة، ص 384.

⁸ رواه البخاري في صحيحه، رقم 1957.

فهذه النصوص الشرعية وغيرها أدلة صحيحة وصرحة في ضبط التملك تحقيقا للصالح ودرء للفساد للفرد أو للجماعة لأن الشريعة تراعي ما تعلق بالشخص أو بغيره وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: (ففي العادات، أي الحقوق والمعاملات، حق لله تعالى من جهة كسب، ووجه الانتفاع، لأن حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا، ولا خيرة فيه العبد، فهو حق لله تعالى صرفا في حق الغير).²

والشرع الحنيف أخذ بعين الاعتبار جلب الصالح ودرء الفساد في تشريعاته سواء تعلق بالفرد أو بالجماعة وربط بين هذه الأحكام في اتساق بديع نذكر منه:

- قواعد فقهية لمنع الضرر:

هذه من القاعدة الفقهية الكلية وهي منصوص عليها في قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)³، ويندرج تحتهما العديد من القواعد الفرعية والتي وردت في الكثير من النصوص التي استنبطه أهل العلم والفقه منها، ومن أبرزها:

أ- قاعدة الضرر:

(الضرر يزال) وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ويمكن التدليل عليها بأحاديث الإختيار بمختلف صوره ، والنصوص التي تمنع العقود مع وجود العيوب الشرعية.

ب- الضرر لا يزال بالضرر:⁴

¹ الشاطبي، المرجع السابق، ص 260.

² الشاطبي، المرجع السابق، ص 322.

³ أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، سنن ابن ماجه، رقم 2865.

⁴ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفضائل، ج 4، ص 1830.

ويدرجه الفقهاء في باب الموازنة بين المفاسد والمصالح بحيث أن المعتبر شرعا فضلا عن العقل أن رفع الفساد لا يكون بمثله .

ج- اختيار أخف الضررين:

و هو من أمثلة الموازنة بحيث أن الحكمة تقتضي ارتكاب أدنى المفسدين وما تقره الشريعة السمحة العقول الراجحة.

د- درء المفسدة أولى من جلب المصلحة:

يقول النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه).¹ استنبط العلماء من هذا الحديث ومن غيره قاعدة أن دفع الضرر مقدم على تحقيق الصلاح، أي أن التخلية مقدمة على التحلية

هـ- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات:

يقول الله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)²، هذه الآية وما في معناه تدل على أن تحريم ولا حظر مع الاضطرار، مع ضبط معنى الضرورة ومدى وقوعها وتقدر بقدره ويرجع الحكم لأصله عند زوالها، وهذا ما تعلق بحق التملك أو بغيره، وهي قاعدة نافعة في هذه الأبواب ولها أثر

¹ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، رقم 7288، ومسلم، رقم 1337.

² سورة الأنعام، الآية 119.

بالغ وفي هذا الصدد يقول الإمام السيوطي (الضرورات تبيح المحظورات شرط عدم نقصانها عنها)¹، ومثال ذلك الإكراه على سفك الدم أو الوقوع في فاحشة الزنا فهذا لا يكون لأن المفسدة أكبر وأخطر وأكثر ضرر.

¹ أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الفكر، طبعة الحلبي الأخيرة، ص

و- الضرورة تقدر بقدرها:¹

هذه القاعدة المهمة تضبط ارتكاب المحظور فمن أوشك على الهلاك عطشا فله شرب الخمر بقدر دفع الموت ولا يتوسع، ولهذا أمثلة متعددة بحيث لا يتجاوز الحد المأذون فيه شرعا فهو حرام أما الضرورة بقدرها فهو مباح وهذا في كل الأبواب دون إفراج في التوسع في ذلك وإلا الوقوع في المحظور.

ك- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة:

الحاجة هي التي يفقدها يحدث الضيق والحرج بينما الضرورة هي التي يلحق الهلاك بفقدانها ولكن قد ترقى الحاجة إلى منزلة الضرورة سواء كانت عامة أو متعلقة بالخاصة، ومن الأمثلة الخاصة الأخذ من الغنائم في البلاد الحربية، فأبيح الأكل دون سواه.

ومن أمثلة العامة إباحة التأجير فهو وارد على غير القياس لأنه عقد على نفع معدوم، فلما كانت تمس إليه الحاجة رقي إلى مرتبة الحاجة وإلا وقع العنت المفضي للهلك. فمن الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة، مشروعية الإجازة، فإنها على خلاف القياس لورودها على منافع معدومة.

وهذه بعض النماذج والأمثلة التي أوردها في الأشباه والنظائر الإمام سيوطي.

ومما نخلص إليه هو أن الضرر يجب إزالته ولا يكون ذلك بمثله أو بأكثر منه، ويراعى عند ذلك الموازنة فيرتكب أخف الضررين وندفع أعلى المفسدين الضررين، وهذا معنى القاعدة التي تنص على أنه "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، ومما مثلوا له التترس بالأسرى²، وهذا ترجيح للمنفعة العامة على الخاصة وارتكاب الأدنى لتحصيل الأعلى والوقوع في أخف الضررين لدفع الفساد الأكبر.

¹ أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المرجع نفسه، ص 84.

² السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 87.

ومما سبق يتبين أن هذه القواعد نصبت كحدود ووضعت كضوابط تحكم التملك خاصة

العقاري منه والمتعلق بأفراد تحديدا إلا أن هناك استثناءات منها:

- الباحث في مدونات القواعد الفقهية يلحظ أن هناك استثناءات لمتعلقات خاصة في بعض

القضايا الجزئية .

- القواعد الفقهية المذكورة آنفا ليست عامة في كل الجزئيات، ولكنها أغلبية كما يقول يذكر

تهذيب الفروع (أكثر قواعد الفقه غالبية).¹

- أن هذه القواعد مع إجماعهم على تأصيلها، اختلفوا في تنزيلها، فهذه القواعد مستقاة

من عديد النصوص والأدلة منها الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار"، فقد اختلف أهل العلم في الأخذ

بهذا الحديث، فالإمام الشافعي يبيح لملك المال أن يتصرف بما شاء ولو ألحق ضرر بغيره.

- أما السادة الأحناف فيخصصون الحديث في بعض الصور بحيث يبيحون الضرر ما لم يكن

كثيرا وكذا رأي لبعض متأخريهم .

- ومن أمثلة اختلافه في التنزيل ما أورده الإمام السيوطي في جزئيات قاعدة "لا ضرر ولا

ضرار" منع العمارة على الشريك، وعدم إلزام الجار على نصب الجدوع، وعدم الإلزام بإصلاح الجدار، إذا

ظهر في الخارج، ونحو ذلك.²

¹ محمد بن حسين، تهذيب الفروع والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج 1، دار المعرفة بيروت، ص 36.

² السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 88.

ثانيا- تقييد الملكية على أساس التعاون على البر:

لم تجعل القاعدة الغالبة في تحديد التملك الأمر العدمي فحسب بمنع الضر عن صاحب المال أو عن غيره، بل هناك قيد وجودي وهو تحصيل المنفعة وتحقيق المصلحة في حدود الاستطاعة وهذا امثالاً لقوله تعالى " ... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ..."¹، وهاتان قيمتان راقيتان تنبي عليهما جميع أمور الدين والدنيا سواء تعلق بالعبادات أو المعاملات.

فالبر التقوى جمعاً كل الفضائل أوجه الخير الديني والدينيوي ، وتعاونوا: فعل أمر دل على الوجوب في تحقيق المصالح جميعاً في العبادات أو المعاملات فهذا أمر وجودي، أما ولا تعاونوا: فتفيد النهي عن المعصية والظلم وإلحاق الضرر بنفسك أو بغيرك ، وهو عمل عدمي.

ومن المعروف أن الأحكام في الشريعة لها تعلق ديني في الآخرة، ومتعلق قضائي في الدنيا، فالمكلف يتحمل آثار عمله عند الوقوف عند مولاه سبحانه وتعالى، وهذا ما يفهم من الكثير من الأدلة من الكتاب العزيز والسنة المطهرة، كقوله تعالى " ... فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ"²، وقول النبي صلى الله عليه وسلم "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عنهم..."³، ومن هذا قرر العلماء أن حق الجيرة يقتضي عدم إلحاق الضرر بالجار ولو ديانة.

وأثر هذا الأمر وأن كان له متعلق ديني أخلاقي أخروي وليس فيه وجه قضائي يجبر ويلزم صاحبه به، إلا أنه يبث روح التآزر ويغرس مبدأ التكافل بين أفراد المجتمع فيكون الأمر كالضابط الذاتي في تحديد مدى التملك وجوداً وعدمياً في تعامل المسلم مع نفسه ومع غيره من المسلمين

¹ سورة المائدة، الآية 02.

² سورة الزلزلة، الآية 7، 8.

³ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، العتق وفصله، ج3، ص 196.

وهذا الرقيب الداخلي أكبر أثر من الرقيب الخارجي والقضائي ، وبهذا يظهر أن الملكية تتعلق

بمنع الضرر أو لتحقيق التعاون، وقد أجمع العلماء على ضبط الملكية بوجه القضاء في عديد القضايا.¹

الفرع الثالث: القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي بين الحظر والجواز:

طبيعة العصر الذي طغت فيه التعاملات المالية فقد أولت التشريعات الوضعية الأهمية

البالغة لتعاقدات، لكن الشريعة الإسلامية ولما تميزت به من شمولية ومرونة جعلت المعاملات أصل فيها

الإباحة والحل فقد قال الله تعالى: ((وأحل الله البيع وحرم الربا))، ومن تلكم الإباحة الحرية في إبرام

التعاقدات وما ذلك إلا لتيسير حياة الناس الذي هو أبرز خصائص التشريع الإسلامي فقد قال الله تعالى

(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر).

ولقد تبنت التشريعات الوضعية هذه الحرية التعاقدية منها القانون الأردني والمصري والفرنسي

وحتى الجزائري، هذا الأخير الذي نقل عديد الأحكام من الشريعة الإسلامية فيما يخص قضية التملك

والعقود لاسيما أنها المصدر الرئيس له كما نص على ذلك في المادة الأولى في التقنين المدني، هذا الأخير

الذي قنن الأحكام الشريعة وصبغتها بالدلالة المقررة للنظم الخاصة بالتملك وما يرتبط به

من ضوابط، ومن أمثلتها القيود الاتفاقية، لأنها مرتبطة بالأفراد وحقهم في التعاقد، وحريةهم في تعاملاتهم

المالية والعقارية منها، وحدت من المبالغة في استغلال هذا المكسب في الحاق الأذى بالجار، ويمكن القول

أن الفقه الإسلامي قد وسع مفهوم التعاقد وأعطى الحرية الكاملة للمتعاقدين إلا ما منعه النص الصحيح

الصريح.

ومسألة الشروط الاتفاقية تنازعها المنع والإباحة في أقوال العلماء ومذاهب الفقهاء، فكان لزاما

بحث هذا الموضوع وعرض رأي كل فريق من حظر ومدى الحد وعدمه:

¹ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 227.

قد أعطى المتقدمون من فقهاء الشريعة الإسلامية بالغ الاهتمام للمعاملات المالية وما يحفها من أحكام وشروط وأقسام، وبالرغم من اجماعهم على أن "الترك لا يعني الحظر"، والتي تدل على أن الأصل في المعاملات الحل والجواز ما لم يرد النص القطعي الذي يمنع ويحرم، وكذلك الشروط يعتمها نفس الحكم من حيث الإباحة والجواز إلا ما منعه الدليل.¹

ذهب جمهور علماء الفقه الإسلامي إلى أن الأصل في الشروط المتعلقة بالعقود عدم الجواز والمنع والحظر، إلا أن بعض الفقهاء رجحوا الجواز والحل، وهذا الرأي الأخير هو الذي استندت عليه القوانين في كثير من البلدان العربية، مع العلم أن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكونوا على وفاق تام سواء القائلين بالجواز أو القائلين بالمنع، حيث حكم البعض على الشرط بالبطلان، وذهب البعض إلى فساد العقد في حد ذاته، فكانت آراءهم على التقرير الآتي:

أولا-الاتجاه الذي يقرر عدم مشروعية القيود الاتفاقية:

وهو الرأي الذي يقرر المنع في القيود المتعلقة بالعقود:

يرى أصحاب هذا المذهب أن العقد صحيح والشرط باطل، وبعضهم يبطل العقد والشرط معا وأقوالهم على النحو التالي:

أولا-الاتجاه الذي يقرر فساد الشرط وصحة العقد:

وهو ما قال به الأحناف²، فقرروا فساد القيود المتعلقة بالعقود وهذا لأنها ليست من مقتضياتها فكانت باطلة، فلا يوجد سبب يجعل هذه الشروط معتبرة فلا دليل ينص عليها ولا هي ملائمة للعقد

¹ وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، والاستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009، ص 283.

² غازي ابو عربي، الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد، المرجع السابق، ص 116.

ولا مصلحة تنجم عنها¹، وبهذا يتضح أن الحكم الراجح صحة العقد وبطلان الشروط وهذا للاعتبارات المذكورة آنفا.²

فجعل الأحناف السياق المعتبر عندهم صحة العقود وبطلان الشروط لأن هذه القيود ليست من صلب العقد ولا مما ينتج عنه، ولا مما جرت به العادة، ولا مقصد منه للعاقدين أو³، وإن كان فيه مصلحة في مغمورة مع فسادها، ولم يفرق الأحناف بين عقود المعاوضة أو الإحسان، وحكموا على الشرط بأنه منفعة زائدة وهو من قبيل الربا والعقد الربوي فاسد.⁴

ثانيا-الاتجاه الذي يقرر بطلان الشرط والعقد:

وهذا ما رجحه الجمهور وهم أصحاب الذهب الحنبلي والشافعي والمالكي وفحوى رأيهم هي:

أ- الشافعية:⁵

رأى فقهاء المذهب الشافعي فساد العقد الذي قيد بشروط ودليلهم قول الرسول صلى الله عليه وسلم "نهى عن البيع والشرط"، ومما ورد عندهم قولهم (إن القيود على العقود تتنافى وحقيقة التعامل فلو شرى مملوكا بقيد ألا يشره، أو بيتا ألا يحل فيها زمنا معيننا، أو قماشاً ألا يحيكه....حكم على العقد

- المذهب الحنفي: ينسب للفقهاء أبي حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي، إمام أهل الرأي، أحد الأئمة الاربعة المشهورة، ولد سنة

80 هـ وتوفي في 150 هـ بغداد.

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، شركة مطبوعات العلمية، القاهرة، سنة 1327 هـ، ص 170.

² السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، ج 13، دار امعرفة، بيروت، ص 15.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، ص 169.

⁴ أبو إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، كتاب المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 1، طبعة مصطفى الحلبي، سنة 1955، ص 268.

⁵ هو أبو عبد اله محمد بن إدريس بن العباسن لقب بناصر الحديث ينسب إليه مذهب الشافعية، احد الأئمة الكبار، ولد سنة 150 وتوفي بمصر 204 هـ، سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي، ج 10، ص 05 ما بعدها.

بالبطلان... فإن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه، أو باع دار بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوبا بشرط أن يخيطه له بطل البيع (...)، وخلاصة قولهم أن الأصل في الشروط المنع والحظر.

ب- الحنابلة:¹

رأي الحنابلة من أكثر المذاهب توسعا في المعاملات إلا أنه لم يعتبر القيود على ، إذا أن علماء المذهب يرون أن هذه القيود لا يستلزمها العقد المبرم فهو بمثابة المضاد له، وبالتالي كل شرط هذ أثره فهو فاسد ومفسد للعقد²، وقد قرر فقهاء الحنابلة أن كل "قيد يتعرض مع العقد ، اشتراط عدم الربح، أو هلاك أو ضياع المبيع، أو لا يتصرف فيه ببيع أو غيره ...، فهذا القيد باطل"³.

وجاء في كشف القناع " ... الضرب الثاني من القيود الباطلة قيد في العقد ينافية نحو ... أو يشترط العاقد ألا يتصرف في المبيع"⁴.

ب- المذهب المالكي:⁵

حكم علماء المذهب المالكي على القيود المرتبطة بالعقد بالبطلان وهي مفسدة للعقد، لأنها منافية للعقد، وهي تعارض العقد، وتعارض القصد منه، وبهذا يعتبر العقد فاسدا ، أما إذا كان القيد محدودا، كاشتراط عدم البيع لمعين ما، فإن فقهاء المذهب المالكي يجزون القيود التي لا تعرض العقد معرضة كاملة، فهذا الشرط لا يحرم العاقد من التصرف الكامل، وهكذا تروج السلعة بين الناس ويحصل

¹ أبي عبد الله بن محمد ابن محمد الشيباني، لقب بإمام أهل السنة والجماعة ولد سنة 164 هـ وتوفي بها 241 هـ، سير أعلام النبلاء، ص 177 وما بعدها.

² غازي ابو عربي، الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد، المرجع السابق، ص 117.

³ عبد الرحمن بن محمد بن قدامة شمس الدين المقدسي، الشرح الكبير، دار العربي، ج 4، ص 54.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 193.

⁵ المذهب المالكي ينسب إلى أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني ولد بالمدينة سنة 93 هـ وتوفي فيها 179 هـ، له كتاب الموطأ والمدونة وأحد أشهر المذاهب إنتشارا وتوسعا.

المقصود، فالمعتبر عندهم صحة القيود، والعكس هو الباطل¹، ويحكم على القيد الباطل المنافي لحقيقة العقد، نحو اشتراط عدم التصرف في المعقود عليه.

ومجمل القول أن فقهاء المالكية والحنابلة حكموا بصحة عديد القيود مما تمس إليه الضرورة في التعاملات، وهذا من أكبر الأدلة على استيعاب الشريعة الإسلامية لما يستجد من قضايا وأحكام، وهي صالحة ومصلحة لكل عصر ومصر، والدليل على ذلك قوله تعالى: "... وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ..."²، ومن القواعد المستنبطة من هذه الآية الكريمة: التسيير ورفع الحرج برعاية مصالح الناس³، وكذا قاعدة: تختلف أحكام المعاملات باختلاف المقاصد، لأن المولى عز وجل جعل الأحكام وفق ما ينتج عنها من منفعة وما تحققه من مقاصد.⁴

ج- المذهب الظاهري:⁵

حكم علماء الظاهرية بأن الأصل المنع والتحریم في الشروط وكذا العقود، ولا يصححوا أي عقد أو قيد إلا ما ثبت بالدليل الصحيح والصریح⁶، فالمعتبر عند أهل الظاهر أن القيود المرتبطة بالعقود والمنع والحظر، ولا يلزمون بهذا الشروط في القيود مالم يثبت الدليل القاطع تحديداً وتعييناً.⁷

¹ عبد الله الشرقاوي، المرجع السابق، ص 111.

² سورة الحج، الآية 78.

³ عياد بن عساف العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ص 83.

⁴ علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، ط 4، سنة 1991، ص 184.

⁵ المذهب الظاهري ينسب إلى داوود بن علي، إمام أهل الظاهر، ولد سنة 200 هـ بالكوفة وتوفي سنة 270 هـ، وأهم أعلامه ابن حزم الأندلسي صاحب الكتاب المحلي.

⁶ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 9، مطبعة كردستان، القاهرة، سنة 1951، ص 69.

⁷ ابن حزم الأندلسي، المحلي في شرح المحلي بالحجج والأثار، كتاب البيوع، ص 1203.

ومما ذكر يتضح أن كل عقد له آثار وثمرات، فإذا حرمت القيود التي تناقض العقود، حرمت كل القيود، وينتج عن ذلك الإخلال بالإباحة التي هي أهم أوصاف المعاملات وهو تقييد للتصرفات، ولا قيمة للعقد الذي انعدمت فيه حرية التصرف، وهكذا أفرغ العقد من حقيقته، وبالتالي لا ثمره من إبرامه. ويمكن القول أن أهل الرأي ليسوا على قول واحد حينما حكموا على القيود المتعلقة بالعقود من حيث المقاصد والآثار، ومما قعدوه في كثرة القيود أو قتلها، فإذا حكم أن القيد الواحد مقبول إنما نهي عن قيدين في العقد، فهذا عدول عن الأصل، إلا أن العدول لا يعمم، ولا يعتبر، لأنه من قبيل الشاذ وهو يحفظ ولا يقاس به، إلا أنه هناك رأي يقول: الاستثناء تكريس للأصول، والعموم أضرب كثيرة منها: العموم المخصص والعموم الذي يقبل التخصيص والعام الذي يراد به خاص، وهكذا القيود قد يعتمرها ما ذكر فتباح وتشرع وتعتبر.

ثانيا-الاتجاه الذي يقرر مشروعية الشروط المقترنة بالقيد:

يرى أصحاب هذا القول أن القيود المرتبطة بالعقود جائزة وصحيحة، ولا يمنع منها إلا ما ورد النص بتحريمه، وناقض مقصود العقد، وأقوال هذا الرأي على النحو التالي:

يحكم أصحاب هذا الاتجاه جواز القيود المتعلقة بالعقود وتكريس لعدم الحجر على العاقد ما لم يمنع الشرع ذلك من القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة وممن قال بهذا الرأي الحنابلة المجتهدين:

أ- ابن تيمية:¹

¹ هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني ابن تيمية، ولد سنة 661هـ و1263م، وتوفي 728هـ موفقة لـ 1328م، فقيه ومحدث ومفسر، من علماء السنة، يلقب بشيخ الإسلام، عاش في دمشق ومات فيها.

يقرر ابن تيمية أن المعتبر في القيود المتعلقة بالعقود الإباحة والحلّ، إلا ما منعه الدليل المعتبر، والتشريع الإسلامي لا يمنع المكلف إلا ما يفضي إلى ضرر، فإذا لم يكن فيه ضرر، أو كان ضرره لا يؤثر مع نفعه، لم يمنع¹، وهذا ما قرره المعاصرون، توافقاً مع القاعدة (المعتبر في المعاملات الإباحة) والمعتبر في القيود الجواز.²

وهذا الرأي مثبته عليه ابن قدامه على ما بلغه عن الإمام أحمد بن حنبل قوله: بطلان القيود التي تمنع العاقد من التصرف في المبيع مع صحة العقد، فإن ابن تيمية أباح هذه القيود³، ومما يذكر في هذا الصدد أن ابن تيمية لا يمنع القيود ما دامت معتبرة ولا تنافي ثمرات العقد.

ب- ابن القيم الجوزية:

سلك ابن القيم إلى ما مسلك شيخه ابن تيمية في أن المعتبر في القيود وكذا العقود الإباحة والجواز إلا ما منعه الدليل الصحيح الصريح إذ يقرر أن (حكم القيد والعقد الإباحة الصحة، ما لم يحرمه النص أو يمنعه الدليل المعتبر وهذا هو الرأي الراجح، والقول بالفساد أو المنع ولحاق الوزر هو حق لله تعالى ولرسوله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز الإفتيات عليهما) ويقرر أن المسكوت عنه مباح وجائز فلا يحق لأحد أن يمنعه أو يحكم ببطلانه أو فساده لا موجب أو دليل معتبر،⁴

ويذكر ما يلي "... وتعليق المعاملات بالقيود لا يكون إلا لسبب معتبر من دليل أو مصلحة أو اضطرار لا يأخذ به جمهور الفقهاء وحكم بلا مصوغ وهو تناقض واضح إذ لم يأتوا بالضابط المعتبر في ذلك فيبقى الأمر على أصله وهو الجواز وخلافه غير صحيح. ويواصل القول: أن الوحيين والإجماع دلوا

¹ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 3، مطبعة كردستان، القاهرة، سنة 1951، ص 349.

² ابن تيمية، قاعدة العقود المشهور بنظرية العقد، ط1، سنة 1949، ص 24.

³ ابن قدامة المقدسي المغني، المرجع السابق، ص 160.

⁴ ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، طبعة 1، سنة 1955، ص 34.

أن الأصل في العقود الصحة وما يقترن بها من شروط مقبولة ما اعتبرها الدليل الصحيح الصريح وما سوى ذلك فهو غير صحيح".¹

ج- أما مذهب الشيعة الإمامية:

قالوا بقبول القيود مطلقا ما لم تفض إلى تحريم الحلال أو العكس ، ذهبوا إلى صحة الشرط مطلقا ولا يرون فيه أي محذور إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما، كما يرى آخرون أن القيد الذي يحجر عن التصرف أو يناقض العقد مردود وباطل وفي قول فساد القيود والعقود معا.²

ورأى طائفة من علماء الإمامية تحريم القيود المانعة من التصرف نحو عدم بيع أو هبة المبيع لأنه يناقض مقصود العقد.³

يتضح من عرض قول الإمامية أن المعتبر عندهم صحة العقود وكذا القيود إلا ما ورد النص والدليل باعتبارها ما لم ينافي القيد صميم العقد نحو الحد من حرية التصرف في المبيع مثلا.⁴

مما سبق نستنتج أن جمهور علماء الشريعة الإسلامية رجحوا تحريم القيود التي تحجر على العاقد إلا أن البعض رأى إباحة ذلك، وكانت مذاهبهم بين المنع والإباحة وكذا الحد من القيود أو الاعتبار والتوسع فيها

¹ ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 399.

² الشيخ الحسين، هاشم معروف، نظرية العقد في الفقه الجعفري، مطابع دار الغد، ص 415.

³ العاملي محمد الأمين الحسين، مفتاح الكرامة، ج 4، القاهرة، سنة 1366، ص 728.

⁴ علي قريش المطراوي، تكوين العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإمامي، والقانون العراقي، الإيراني، المصري، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى. 2019، ص 41.

نخلص مما تقدم أن أغلب الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى عدم مشروعية الشرط المانع من التصرف فيما ذهب آخرون إلى جوازه، وتراوحت أقولهم بين الحظر والجواز وكذا الإطلاق والتقيد، والجميع يستند إلى أدلة وتوجهات .

ما نرجحه هو قبول القيود المرتبطة بالعقود خاصة إذا أثمرت مقاصد معتبرة، ويحافظ على حقيقة التعاملات، وولم يرد دليل ينهى عنه أو يمنعه.

المطلب الثاني: التاصيل القانوني لإقرار القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية:

مما لا شك فيه، ان حق الملكية من أوسع الحقوق نطاقا، فهو جماع هذه الحقوق وأساسها، وعنه تفرعت الحقوق العينية الأخرى¹، ولقد حضي حق الملكية منذ القدم بإهتمام الفقهاء والمشرعين على سواء لا بل تعدى هذا الإهتمام فقهاء القانون ليجد له جزءا من إهتمام الفلاسفة والإقتصاديين، ومر بمراحل تطور عدة، واكب تطور المجتمعات الإنسانية، فإعترف إبتداء بالملكية الجماعية، فالملكية المطلقة، فالملكية المشتركة، فالملكية المشاعة، ثم الملكية الخاصة المقيدة، كما تطور هذا الحق في مجاله، وتغير نطاقه، وتعددت القيود التي ترد عليه².

حيث تنوعت القيود التي ترد على حق الملكية بحسب مصدرها إلى قيود قانونية أوردتها المشرع تشريعا وتنظيما في القانون المدني، والقوانين الخاصة المتفرعة عنه، وقيود إرادية ترجع في مصدرها إلى إرادة الأطراف أو المتعاقدين، وعليه فالقيود القانونية أوردتها المشرع وقيد بها حرية المالك، وأجاز أن يقيد الأطراف أو المتعاقدين أنفسهم لقيود إضافية بإرادتهم، فأطلق عليها قيودا إرادية، ولعل الشرط المانع من التصرف أكثر إتساعا لهذه القيود، إضافة إلى القيود الإتفاقية الأخرى التي مصدرها الإتفاق

¹ رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف في القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو سنة 2001، ص3.

² عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، سنة 1961، ص 145.

مثل حق المساطحة أو السطحية، حق الإرتفاق، حق المرور، حق الإنتفاع، والوعد بالتفضيل كل هذه القيود تعتبر قيودا إتفاقية إلا أن بعض القيود الإرادية نظمها القانون بالمواد من أظفى عليها القيود الإتفاقية.

أما الشرط المانع من التصرف تناولته أغلب التشريعات الوضعية، فيمنع المالك من التصرف في أمواله أو في ملكيته العقارية، وفي ذلك خروجا عن الأصل العام الذي يقرر جواز إستخدام المالك لملكه وإستغلاله عينيا ومنفعة.¹

وعليه تباينت الآراء الفقهية، وإختلفت الأحكام القضائية في شأنه، إختلافا يجد جذوره في مواقف أصحاب المذاهب الأربعة كما أسلفنا بين الجواز والحظر والتقييد والإطلاق، كما نجد حالة التردد والتباين والتذبذب في القضاء الفرنسي، وصولا إلى إقراره من قبل التشريعات القانونية يعد مثل هذا الشرط خرجا عن الأصل، كما أوردنا، وتقييد سلطات المالك تقييدا إراديا لا قانونيا، لذا يقال أن الإحتياجات المادية والضرورات العملية دور في ظهور مثل هذا القيد²، ومن الوجهة الشرعية فيه مخالفة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع وشرط"، وهو شرط فاسد عند الحنفية لأن العقد لا يقتضيه.

أما الواجهة الإقتصادية فهي تقضي إلى حبس الأموال عند التداول مع أن الحياة الإقتصادية تفرض لإنتفاعها حرية أوسع في إنتقال الأموال من يد إلى أخرى.³

¹ صاحب عبد الفتلاوي، الشرط المانع من التصرف، بين الفقه الإسلامي والقانونين الوضعية بحث منشور مجلة الأردنية للعلوم

التطبيقية، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، المجلد الثاني، العدد الأول، سنة 2005، ص 53.

² رمزي مبروك، المرجع السابق، ص 203.

³ صاحب عبد الفتلاوي، المرجع نفسه، ص 53.

وقد تباينت القوانين المقارنة حول مشروعية القيود الإتفاقية أو الشروط المقترنة بالعقود بين الإقرارات الضمنية والتنظيمات الجزئية، فالقانون الفرنسي جاء خاليا من النص على إباحة الشروط المقترنة بالعقد وأهمها الشرط المانع من التصرف كقيد إرادي على حق الملكية، إلا في حالتين هما المال المقدم من الزوجة إلى الزوج الذي يسمى بالفقه الإسلامي بالمهر (اللوطة)¹، حيث أن هذه الأموال تقع إدارة الزوج يستغلها بنفسه، لا يجوز التصرف فيها وهذه الحالة الأولى.

أما الحالة الثانية هي الأموال التي تخرج من النصاب الشرعي الواجب تركه للورثة²، أما القانون المصري السابق كذلك جاء خاليا من نص يتعلق بالشرط المانع من التصرف، كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، إلا أن القضاء المصري قد إقتدى بما جاء به القانون الفرنسي، وجاء القانون المدني المصري فقن أحكام القضاء في هذا الشأن، أما القوانين العربية فإنها تباينت ... منها ما يؤيد بإستحياء وخاصة التشريعات التي صارت على نهج المذهب الحنفي.

وهذا ما نستعرض له تسليط الضوء على الموقف الفرنسي في جهة وفي جهة أخرى موقف القوانين العربية في الفروع التالية اللاحقة التي سنتناولها تباعا:

- ✓ الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي في إشتراط القيود.
- ✓ الفرع الثاني: موقف القانون المصري من القيود الإتفاقية (الشرط المانع من التصرف).
- ✓ الفرع الثالث: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التقنين الأردني.
- ✓ الفرع الرابع: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التشريع الجزائري:

¹ اللوطة في فرنسا المال الذي تدفعه العروس إلى عريسها، أنظر معجم المعاني الجامع محمد عربي.
² المادة 797، والمادة 1048 والمادة 184 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي في إشتراط القيود:

ظهرت فكرة المنع في التصرف في روما، حيث كان يجوز لرب الأسرة أن يمنع ابنه في التصرف في الأموال التي يتلقاها تبرعا، حفاظا عليها من التبيد، وقد إنتشر هذا على نحو واسع وكان الهدف منه الحفاظ على المصالح العائلية.¹

كان الهدف من المنع في التصرف وتكريس ثروات العائلات العريقة والحيلولة دون إبقائها خارج نطاق العائلة.

وكانت فكرة المنع من التصرف على هذا النحو تصطدم مع مبدأ حرية تداول الأموال الذي عد من الثوابت الأساسية التي يقوم عليها المجتمع منذ القضاء على الإقطاع من قبل الثورة الفرنسية، والذي كان يصاحبه نظام حبس الأموال، ولذلك كان إعتقاد على شرط المنع من التصرف يعني الرجوع إلى النظام الإقطاعي.²

كما أنه حبس الأموال وفرض الشروط على العقد يعتبر مخالفا للنظام العام، ولهذا لم يجر القانون الفرنسي المواد (545، 896، 1594) في القانون المدني الفرنسي شرط المنع من التصرف، وقضى ببطالان كل إتفاق يؤدي إلى حبس الأموال عن التداول إلا في حالات إستثنائية لا يمثل أصلا عاما.³

كذلك اعتبار الملكية الخاصة تمثل جوهر النظام الإقتصادي والعمود الفقري لأي إستثمار إقتصادي، وبالتالي أن أحكامها تعد من النظام العام، بحيث لا تمتلك الإرادة الحد من أهم سلطة جوهريّة

¹ H.Corvest, linalienabilite convention nelle, defrenois, 1971, art 32126, p 1377.

² عبد المنعم البدراني، شرح القانون المدني، من الحقوق العينية الأصلية، سنة 1957، ص 86.

³ طارق كاظم عجبل، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، ص 102.

فيها، وهي سلطة التصرف، التي لا تتصور الملكية بدونها¹، ويمكن تأصيل موقف القانون الفرنسي وفق مرحلتين وهي:

- المرحلة الأولى: حضر كل التصرفات التي تحد من حرية تداول الأموال في بادئ الأمر إلا في حالتين

هما:

1- تتعلق الحالة الأولى بما يعرف بالنظام المهري Le Regime أو ما يعرف بنظام الدولة والذي ينص على حظر على الزوج بمقتضى هذا النظام من التصرف في أموال مهر الزوجة، وما دامت الزوجية قائمة، وكان الهدف منه هو تجنب إساءة الزوج التصرف في هذه الأموال.²

2- الحالة الثانية فهي ما يعرف بنظام الحلول الوصائي subtitution fedéicommissaire

أو الإستدلالات المباحة subtitution premise والتي أقرت بصحته المادة 1048 من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أنه يجوز للأب والامهات التصرف في كل أو بعض الأموال، التي لهم الحق فيها، إلى بعض أو كل أبنائهم، سواء يتصرف بين الأحياء أو على سبيل الوصية، مقترنا بذلك بشرط أن ترد هذه الأموال إلى من يكون قد ولد أو سيولد للمشرع لهم من الدرجة الأولى فقط.

Les biens dont les père et mere ont La Faculte de dispose plusieurs

فوفقا لهذا النظام يجوز للوالدين الذين يهدوا أو يوصوا لبعض أو كل أبنائهم أن يشترطوا أيلولة

المال الموهوب أو الموصى به إلى أبناء هؤلاء.

¹ ابراهيم صالح عطية، الشرط المانع من التصرف في القوانين المدنية المقارنة، لكلية القانون، جامعة أورك، بغداد، العراق.

² Jean Louis BERGEL, MARC Bruschi et selve Ci MAM ONTS Les biens, 1995 n° : 86 P 89 Planckel FREDERIC, Le Cresu cuer Fale a une Clause dinalienabitite, mem 1999, P 11.

- المرحلة الثانية: جواز إشتراط القيود الإتفاقية (الشرط المانع من التصرف) في القانون الفرنسي وهذا بمقتضى المادة 900 مدني فرنسي، تدخل المشرع الفرنسي بالقانون 526/701 الصادر في جويلية 1971 مطبقا للمادة 900 مدني جديدة مكرر في المادة 01/900، حيث إعترف بصحة الشرط المانع من التصرف التي ترد في الهبة le donation والوصية le legs، مرددا نفس الشروط التي كان القضاء يستلزم توافرها، قبل صدور هذا القانون، لصحة هذه الشروط، الأمر الذي لا يصح معه القول أن هذا النص قد وضع حكما جديدا، أو إستحدث مبدأ عاما، إذ لا يعدو ما فعله، سوى أنه قنن ما كان عليه القضاء مم قبل.¹

تنص المادة 900 من القانون الفرنسي السالف الذكر "شروط المنع من التصرف الواردة على المال الموهوب أو الموصى به، لا تكون صحيحة إلا إذا كان مؤقتة ومبررة بمصلحة جديرة مشروعة". ونحن نقول ولعل ما يؤخذ على هذه المادة أنها أقرت هذه الشروط في التبرعات دون المعاوضات وكان المشرع الفرنسي أعطى للإرادة المنفردة جديرة التصرف حرية الإشتراط وهذا مبدأ سليم، لأن مجال التبرعات تعد مجالا فسيحا لورود الشرط المانع من التصرف، إذ لا يغير المتبرع إليه شيء إن هو قبل بوجود مثل هذا الشرط، فهو لم يبذل مقابلا لما تلقاه من مال، أما ما يتعلق بإيراد الشرط المانع من التصرف في المعاوضات، تعقد البيع مثلا إذ ليس هناك ما يحمل المشتري، وقد دفع ثمن المبيع على أن يقبل بوجود مثل هذا الشرط.

الفرع الثاني: موقف القانون المصري من القيود الإتفاقية (الشرط المانع من التصرف):

لم يكن المشرع المصري أقل حرصا من القانون الفرنسي، وعلى التأكيد على إحترام مبدأ حرية تداول الأموال، فلم يورد في التقنين المدني القديم أي إستثناء على هذا المبدأ.

¹ M. Grimaldi, droit civil, Succession 4^{er} ed, 1996 - n° 365, p 343.

وضمن مسعاها لتحديد فكرة الشروط المقترنة بالعقود أو الشرط المانع من التصرف، فقد حاولت عدة من التشريعات المقارنة بلورة مراحل تأصيل الجواز للشروط، وذلك من منطلقات مختلفة، وتبعاً لنظام الملكية العقارية الخاصة المعتمد¹، ولم يكن هناك يد أمام المشرع المصري، إزاء إستقرار القضاء المصري على إجازة الشروط المانعة من التصرف، سوى الإستجابة لهذا الإستقرار القضائي، وتقنين ما جرى عليه القضاء، والشروط التي وضعها، فنظم أحكام الشرط المانع من التصرف في ضمن هذا التقنين المدني.²

النص الأول هو نص المادة 823 والذي قضى بأنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع المتصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة، ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو المتصرف إليه أو الغير، والمدة المعقولة يجوز أن يستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.³

وتجدر الإشارة أن القانون المصري قد حذا حذو القانون الفرنسي في الأخذ بهذا المسلك بتبنيه ورود الشرط في التبرعات، وإستفادة من قصور التقنين الفرنسي الذي أهمل الجانب، وورود هذا الشرط في المعاوضات هذا بالموازاة أن العقد أو الوصية يمكن أن يكون ضمن إقرار الشرط.

كما أن هذا التحديد يتماثل في ما ورد في التشريعات العربية المقارنة كالليبي والسوري بخصوص الشرط المانع من التصرف، وذلك في المادة 832 من القانون المدني الليبي، والمادة 778 من القانون

¹ مقالتي موني، الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف في تقييد الملكية العقارية الخاصة، دراسة في التشريعات المقترنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، العدد 21، سنة 2015، ص 32.

² سيد أشرف جابر، مدى الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائنين المتصرف إليه، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، ج1، سنة 2003، ص 215.

³ محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة، القاهرة، سنة 2000، ص 285.

السوري، وكذا المواد المتعلقة بالقوانين الوطنية الفلسطينية والكويتية وكل القوانين المقرر للشروط الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية.

الفرع الثالث: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التقنين الأردني:

أقر القانون المدني الأردني صحة الشرط المانع من التصرف ضمن قيود معينة، فنصت المادة 1028 أردني "ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقد كان أو وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة، وقصد حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو المتصرف إليه¹، أو الغير لمدة معينة"².

من خلال هذه المادة أكدا التشريع الأردني أن المصلحة قد تكون للمتصرف أو المتصرف إليه، أو الغير، كما أقر تقييد الحق العيني، دون أن يمتد حكمه إلى الشرط المانع من التصرف بصورة مطلقة خلال مدة المنع، والذي يبدو لي أنه يمكن في ظل المادة 1028 إجراء حكم النص على الشرط المانع من التصرف، لأن المنع هو ضرب من التقييد، وحبذا لو نص المشرع الأردني على الشرط المانع من التصرف، والشرط المقيد، زيادة في الإيضاح.³

كما أنه أغفل النص تعيين الجزاء الذي يتضمن هذا الشرط، كما أغفل هذا النص حماية مم يتعاملون مع المالك على غرار القانون الكويتي في إقراره لحالة الشروط حيث ينص القانون الكويتي في المادة 815 قانون مدني كويتي "إذ تضمن التصرف القانون شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف

¹ أحيانا يستعمل مصطلحات المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وهذا يعني أن المشرع يريد من الشرط أن يرد في تصرف ناقل للملكية أو الحق العيني، ويقصد من ذلك أن الشروط المقترنة تكون بالتعاقد (البيع)، أو بالإرادة المنفردة (الهبية).

² محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في لقانون المدني الأردني، الكتاب الأول، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1979، ص 96.

³ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 97.

في المال الذي إكتسب ملكيته، بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف، فلا يصح الشرط، مالم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصورا على مدة معقولة".

حيث يلاحظ أن القانون الكويتي بسطت حكمها على الشرط المانع أو المقيد للتصرف، كما يلاحظ أن القانون الكويتي حرص على حماية من يتعاملون مع المالك.

أما عن موقف القضاء الأردني من صحة الشروط المقترنة بالعقود أو إشتراطها القيود الإتفاقية أو بالأحرى الشرط المانع من التصرف، فيمكن إستخلاص ذلك مما قرره محكمة التمييز في أحد أحكامها، حيث قررت ما يلي "إذا تم نقل ملكية الأرض إلى أمانة العامة، بموجب عقد تسجيل رسمي دون أن يرد في العقد أي شرط يقيد الأمانة في التصرف بالأرض المذكورة، فإن حق الأمانة بوصفها المالكة لهذه الأرض أن يتصرف بها بجميع وجوه التصرف القانونية، كما أن من حق لجان التنظيم تعديل المخطط التنظيمي للموقع، وإلغاء الحديقة التي كان من المقرر إقامتها، وذلك وفق أحكام قانون تنظيم القرى والمدن والأبنية أن الشرط بين المدعين والأمانة على إبقاء الأرض حديقة بعد تسجيلها بإسم الأمانة لا يلزم الأمانة، ما دام لم يدخل في عقد البيع الرسمي".¹

وخلاصة القول أن القانون المدني الأردني في إجاز الشرط المانع من التصرف، ولكن هذا الشرط يعتبر قييدا خطرا على الحق العيني، ولكن حتى يعطي لهذا الجواز والإباحة قيده بقيود حفاظا على الصالح العام، وإقرار المصالح المشروعة لمدة معقولة وأن يرد في تصرف قانوني.

¹ أبو عرابي غازي خالد أحمد، المرجع السابق، ص 120.

الفرع الرابع: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التشريع الجزائري:

صحيح أن التشريع الجزائري لم ينظم الشروط المانعة للتصرف على غرار ما فعلت القوانين والتشريعات الحديثة في العقود والتصرفات القانونية، وهذا لا يعني حضرها بالكلية وتركها لإتجاه الأطراف دون أن يضع لها نظرية عامة تبين أحكامها وأثارها وهذا ما جعل نظرة الفقه الجزائري إلى القيود الإتفاقية تختلف بين مؤيد ومعارض من الفقه المقارن، كما أن تشريعات خاصة أقرت تلك الشروط.

نجد عدة نصوص في منع المالك من التصرف مؤقتا في ملكيته، حيث يمكن إستنتاج أخذ المشرع الجزائري بالرجوع مثلا إلى المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري من خلال المادة 104 حيث نص "يحقق المحافظ العقاري، بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يرد قيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير.¹

من جانب آخر المشرع الجزائري على عدم جواز بيع حق الإنتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحين، وهذا بموجب القانون 19/87²، المتعلق بالمستثمرات الفلاحية إلا بعد 10 سنوات من يوم تأسيس المستثمرة الفلاحية، ثم بحسب المادة 84 من قانون توجيه العقاري 25/90³، وخلاف ذلك، فإننا لم نجد في التقنين المدني الجزائري نصا صريحا باللفظ بشأن الشرط المانع من التصرف، ونطاق عديد المنع.⁴

¹ المرسوم التنفيذي 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، لسنة 1976.

² القانون رقم 19/87، المؤرخ في 08 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر، العدد 05، الصادرة بتاريخ 1987/12/09.

³ القانون 25/90، المؤرخ في 1990/11/18، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18، المعدل والمتمم بموجب الأمر 26/95، المؤرخ في 1995/09/25، ج ر، ع 55، الصادرة بتاريخ 1995/09/27.

⁴ مونة مقالاتي، المرجع السابق، ص 34.

إلا أن المحكمة العليا قد أخذت في قراراتها المشهورة بالشرط المانع من التصرف، حيث حكمت أنه من المقرر قانوناً أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له بالقيام بالتزام معين، حيث يتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط المتفق عليه.¹

¹ المحكمة العليا، ع أش 1998/06/16، أخذ ع أش، عدد خاص، 2001، ص 284.

الفصل الثاني:

نطاق وحدود الإتفاق

على تقييد الملكية

العقارية الخاصة

إنطلاقاً من أن العقود يعد من الوسائل الرئيسية لتداول الملكية العقارية وتترتب عليه قانونية ولعل أبرزها نقل المعقود عليه من المتصرف إلى المتصرف إليه، وما ينتج عنه من نقل جميع السلطات التي يخولها حق الملكية، لكن هذه القاعدة القانونية تكون أحياناً غير كافية لحاجة الناس بعض معاملاتهم العقارية التي قد تتطلب تعديل بعض الآثار المادية للعقد الناقل للحق عن طريق إضافة بعض الشروط لضمان تقييد بعض الإلتزامات المنصوص عليها في العقد من إشتراطات وقيود قد تكون شخصية أو عينية تتكفل كضمان للملكية العقارية كالرهون والشفعة والإتفاقات، وغيرها من الشروط الإرادية التي يستطيع الأفراد تضمينها في عقودهم وتصرفاتهم، وهذا ما يعرف بالقيود الإتفاق التي يتم تناولها في هذا البحث.

وتندرج حرية إشتراط الشروط والقيود الإتفاقية في إطار الحرية التعاقدية التي كرستها القوانين المدنية الحديثة، والقانون الجزائري كان ولا زال يقرر هذا المبدأ للحرية التعاقدية، وفق أسس صحيحة تقوم مقام القانون.

فعلى المستوى الإجرائي، فالإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً، لأنها تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، "حق الملكية هو حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالاً تحرمه القوانين والأنشطة..."¹

¹ المادة 674 من القانون المدني الجزائري

يلاحظ من خلال هذه المادة أن التشريع الجزائري يكرس حق الأفراد في التصرف في الأموال المملوكة لهم، كما تنص المادة 537 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Les particuliers, ont les libres dispositions des biens, qui leur appartenant sous les modifications établies par les lois.

وتنص المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à cause, qui les en faites.

كما أن القاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي تقررها القانون، والذي يجب أن نؤصله أن الحرية لمتعاقدين تسمح لكل متعاقد بأن يدرج في العقد ما شاء من الشروط التي يعتبرها محققة لمقاصده شريطة أن لا يكون مخالفا للنظام

العام، والأداب العامة ومقررة لمصلحة مشروعة والتي كانت هدف التشريع لتحقيقها، وتسمى شروط عقدية أو قيود إرتفاقية تكون مصاحبة أو مقترنة ولا تكون متقدمة عليه، أو متأخرة عنه.¹

والقيود الإتفاقية هي شروط زائدة في العقد لا تؤثر على العقد أو إنقضائه، ولكن تؤدي إلى الآثار الأصلية للعقد، مثلا تقييد سلطات المالك على ملكه أو الحد من مدى هذه السلطات أو إطلاقها.²

ويمكن إضافة شروط أخرى التي تحد من سلطات المالك مثل: الشروط الإرادية، كشرط الواقف والشرط الناسخ.³

كما يلاحظ مما سبق، أن القيود الإتفاقية تعد من صميم الحقوق العينية، وإن كان لها إرتباطات بالنظرية العامة للإلتزام.

ورغم الإقرار الضمني لإشتراط القيود الإتفاقية في العقود والمعاملات في القانون الجزائري فإن عدم تنظيم أحكام هذه القيود وعدم بيان شروط صحتها، كما أن الأصل في الملكية العقارية الخاصة هي التداول لما تحققه من مزايا إجتماعية إقتصادية وركيزة أساسية لتحقيق مبدأ التوازن بين التداول المطلق ودعامة لإشتراط القيود من جهة وإعطاء مبررات مثل من التداول الإشتراط من جهة أخرى، ويمكن

¹ علي محي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، دار النشر الإسلامية، بيروت، المطبعة الثانية، سنة 2002، ص 1165.

² إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1996م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 94.

³ تعتبر الشروط الإرادية قيودا إتفاقية كونها تنعقد بالإتفاق وقد تحد من سلطات المالك، لأن شرط الوقف يعلق نقل الملكية الحق موضوع الإلتزام على تحقق الشرط، أما الشرط الفاسخ ولئن يرد على حق الملكية، فإنه لا يحد من سلطات المالك وبالتالي لا يدخل في نطاق القيود الإتفاقية.

إعطاء الإطار المفاهيمي للقيود الإتفاقية تعريفا وتمييزا وهذا ما سنعالجه في هذا الفصل، وسيتم دراسة هذه المواضيع وفق الخطة التالية:

✓ المبحث الأول: الملكية العقارية بين الحرية التداولية كأصل، وإشتراط القيود التعاقدية كإستثناء.

✓ المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية.

المبحث الأول: الملكية العقارية بين الحرية التداولية كأصل، وإشتراط القيود التعاقدية كإستثناء.

إن مبدأ تداول الأموال مبدأ أصيل لتحقيق مزايا إرتبطت بشخصية الإنسان والتي تعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان، وتحقيق متطلبات التنمية الإقتصادية والإجتماعية للبلاد.

كرسته الأنظمة والقوانين الداخلية للدول، كما كرسه الدستور الجزائري، وأقرته المواثيق الدولية، وعلى رأسها إعلان حقوق الإنسان والمواطن وهو الإعلان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، وتعتبر وثيقة حقوق من وثائق الثورة الفرنسية وتعرف الحقوق الفردية والجماعية للإنسان لوجه عام، ولعل من بين هذه الحقوق الحرية، وحق التملك، وحق الأمن وحق مقاومة الظلم والاستبداد.

كما كرسه الإعلان العالمي¹، الإنسان وهو وثيقة حقوق دولية وكثير من القوانين الأخرى تضمن حق الملكية وحقوق المالك على ملكه، ومنه حق في إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه، كيفما شاء

¹ "هو وثيقة حقوق دولية، تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 في قصر شابو في باريس، وتنص المادة الثانية منه "لكل أن سان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دونما تمييز في أي نوع". وتنص المادة 17 من هذا الإعلان على أن "لكل شخص حق التملك بمفرده، أو بالإشتراك مع غيره، ولا يجوز حرمان أحد من ملكه تعسفا".

في إطار القوانين النافذة، وقد تولى التشريع الوضع مبادئه الأساسية وتنظيمه وتحديد حقوق المالك، وحمايتها مع توفير المدونة الكافية لإمكانية إدماج الثورة العقارية في الدورة الإقتصادية، ويختلف ذلك من مجتمع إلى آخر حسب التنظيم الإقتصادي المتبع وحسب الإيديولوجية¹، لأن حق الملكية يضيق ويتسع ويخضع للإطلاق والتقييد وفق القوانين والأنظمة تسير هذه الإيديولوجية، وأحيانا القضاء يمكنه تجاوز القانون وتوضيحه ببعض المبادئ القانونية مثل مبدأ حسن النية، ومبادئ الإشهار العيني، لأنه يعتبر الحامي التقليدي لحق الملكية.

كما أن مبدأ تداول الملكية العقارية الخاصة الذي خصص له التشريع الجزائري عدة مواد، والتصرف القانوني يجعلها أكثر استفادة من هذا التداول، وتتحقق هذه العملية بشكل وأكثر فاعلية عن طريق توظيف الملكية العقارية في شتى المجالات، مثل إعدادها للسكن والمساهمة في مجهود الدولة في التحقيق من الأزمة في هذا المجال، وإستغلال الملكية العقارية في مجال الفلاحة والزراعة لتوفير الحاجات الغذائية للمجتمع، وتوظيفها في مجالات الصناعة والتجارة، وتقديم الخدمات الإجتماعية والصحية وغيرها مما يساهم في التشغيل وإنتاج السلع والبضائع، وما يترتب على ذلك في إنتاج الثروات وتوزيع منافعها على المجتمع، وهذه العناصر مجتمعة من شأنها تعتبر كأساس لتبرير تداول الملكية العقارية الخاصة وكفيلة لضمان تداول الملكية العقارية على أحسن وجه، كما أن لهذه الحرية التداولية للملكية العقارية الخاصة مبررات قد تكون تشريعية أو مبررات عملية (موضوعية)، وهذا ما نستعرض له في هذا المبحث حيث سيخصص المطلب الأول للمبررات العملية للتداول وأما المطلب الثاني المبررات التشريعية.

¹Christian larroumet, tome 2, les biens, droits, reels, principaux, delta economic, ot p 100.

المطلب الأول: المبررات العملية لمبدأ تداول الملكية العقارية.

يعتبر مبدأ تداول الملكية والأموال بصفة عامة، من متطلبات الحياة الإقتصادية والإجتماعية، وتحقيق منافع ومزايا يستفيد منها البشرية، لأن إنتقال عناصر الإنتاج ومنها الملكية العقارية بسهولة، ودون عائق يساهم في توفير السلع المطلوبة في الأسواق، وبالتالي الإستجابة للعرض الذي غالبا ما يكون أكثر من الطلب، سبب محدودية الثروات بالمقارنة مع إستمرار تزايد الكثافة السكانية وإحتياج هذا الكم من السكان لهذه السلع والبضائع.

كما أن التداول للأموال بحد ذاته يجيزها النظام العام¹، ولما كان حال كذلك، ارتأينا تقديم كيفية أساليب تداول الملكية العقارية، سنخصص للفرع الأول: الطرق المباشرة لتداول الملكية العقارية، كما سنخصص الفرع الثاني: الطرق غير المباشرة لتداول هذه الأموال.

الفرع الأول: الطرق المباشرة لتداول الملكية العقارية.

الأصل في التداول الملكية العقارية وإنتقالها، يتم في الأغلب الأعم بواسطة العقد الذي يترجم إرادة المالك في التصرف في ملكه لفائدة الغير بكل حرية وإختيار، فالعقد هو الصورة الأعم والأشمل والأمثل في تداول الملكية العقارية، وذلك إعمالا للسلطات التي خوله إياه القانون، لتحقيق توازنات إقتصادية وإجتماعية، وفرض رسومات من شأنها أن توظف في إرساء قواعد ذاتية وموضوعية من شأنها إظهار منافع إقتصادية هامة، وعلى هذا الأساس يمكن دراسة هذه الأساليب في تداول الملكية العقارية من خلال فرعين هما: الطرق الإرادية والطرق غير الإرادية.

¹ FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE op, p 127.

أولاً- الطرق الإرادية لتداول الملكية العقارية.

كما أسلفنا سابقاً أن جل أو أعظم المعاملات العقارية والتي تجري داخل المجتمع تم عن طريق العقد، بإعتباره من ألصق الأنظمة الإجتماعية والإقتصادية للمجتمعات لأنه ضرورة لاغنى عنها في تبادل السلع والأموال بين الناس¹، وأداة رسمية لتبادل الخدمات وبالتالي له وظيفة جوهرية²، ويعتبر رواج الأموال من المقاصد الشرعية، لذلك شرعت المعاملات للمحافظة على هذا المقصد العظيم عن طريق تداول الحقوق المالية بعبوس أو تبرع.³

وأمام تعاضم الدور الإقتصادي للعقد، عنت التشريعات المدنية الحديثة، بتنظيم قواعده لتكريس حرية التعاقد من جهة، وضمان سلامة التعامل وفق آليات قانونية وتقنية من شأنها إظهار جديتها ويمكن الغير في التعاقد بأسس سليمة⁴، والوصول في النهاية إلى تحقيق الفائدة الإقتصادية والإجتماعية المرجوة⁵، ومن القواعد العامة التي تبنتها التشريعات المدنية في هذا السياق، لذكر القاعدة: العقد شريعة المتعاقدين، إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق قواعد العدالة، وحسن النية، ومنح القضاء حق الرقابة على سلامة تكوين العقد وحسن أدائه لوظائفه الإقتصادية والإجتماعية.⁶

¹ علي معي الدين القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، دار النشر الإسلامية، ط2، سنة 2002م، ص 70.

² جاك غاستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 200، ص 233 و237.

³ محمد بن طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، نشر مشترك، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2007، ص 172 و173.

⁴ مصطفى العرجي، قانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة 2007، ص 69.

⁵ مصطفى العرجي، المرجع نفسه، ص 95.

⁶ أقر المشرع الجزائري قاعدة الرسمية بموجب الأمر رقم 191/70 المتضمن قانون التوثيق المؤرخ في 15/12/1970 الذي أصبح ساري المفعول إبتداء من تاريخ 01/01/1979 وهو النص الذي أوجب الرسمية في المحررات التي تنصب على العقار في الغالب الرسمي تحت طائلة البطلان، بحيث نصت المادة 12 فيه زيادة على العقود التي تضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي ...

وتعزيزا لدور العقد في تداول الأموال العقارية، أقر التشريع الجزائري المحرر الرسمي¹، أو المحرر الثابت التاريخ، لإبرام التصرفات على العقاري، أو كما تبرز أهمية الإشهار العقاري في نقل الملكية أو التصرفات العقارية أو بالأحرى المعاملات العقارية من تسجيل وإشهار وتأمين إرادات الخزينة العمومية من جراء هذا التعامل، وكذا إستقرار المعاملات العقارية، إضافة إلى تطهير الملكية العقارية، وإبراز الأثر المطهر للشهر²، لكن إذا كان التعاقد هو الوضع الطبيعي، والمألوف لتداول الملكية العقارية، فهناك حالات أخرى تنتقل فيها الملكية العقارية جبرا للمالك لدواعي إقتصادية وإجتماعية.

ثانيا- الطرق غير الإرادية لتداول الملكية العقارية.

إذا كانت السمة البارزة في الوسائل الإرادية الأموال هي الإرادة الصحيحة والصريحة في التخلي عن ملكه لفائدة الغير مقابل حصوله على المقابل المالي، أو الإقتصادي للملك، أو نيل رضا المتصرف إليه، أو ثواب الآخرون بالنسبة لعقود التبرع، فإن ما يميز الطرق غير الإرادية هو الملكية العقارية قد تخرج من يد المالك، وتنتقل إلى ملك غيره بدون رضاه إما تحقيقا لمصالح إقتصادية وإجتماعية عامة أو إستجابة لمصلحة خاصة قد تكون أولى بالإعتبار من مصلحة المالك ومن أبرز هذه الطرق:

¹ كما تقررت هذه الرسمية خاصة بعد صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ...، لا سيما من خلال المرسوم التطبيقي له رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري في نص المادة 61 التي تنص " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ..."، وإستعمال المشرع الجزائري لمصطلح العقد أي الإتفاق المبرم بين شخصين وكذا المحرر.

كما والعقد الرسمي حسب المادة 524 من القانون المدني الجزائري هو العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما، ما تلقاه من ذوي الشأن أو تم لديه طبقا للأشكال القانونية وفي صدور سلطاته وإختصاصاته.

كما تجسدت هذه الرسمية أيضا بصدور قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ 18/11/1990 الذي كرس الملكية العقارية الخاصة، بعد أن ألغى كل القيود الواردة على المعاملات العقارية، لا سيما ما كان مفروضا منها بموجب قانون الإحتياطات العقارية 26/74 في مجال العقار الحضري وكذا قانون الثورة الزراعية بموجب المادة 29 منه التي نصت "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.

² ويس فتحي، الأثر المطهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07 العدد 01، السنة 2021، ص 174.

أ- حالة الوفاة: فالوفاة واقعة يترتب عليها إنتقال جميع الحقوق المالية للوارث إلى ورثته عن طريق الميراث، إذ لوارث يخلف الموروث في مجموع الحقوق المالية التي تكون التركة¹، بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية وقيدها في السجل العقاري، غير أن نقل الملكية العقارية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من وفاة أصحاب الحقوق العينية، وعليه فالقاعدة أن وجود حق الملكية مرهون شهره في المحافظة العقارية وقيدها في البطاقة العقارية، ولا يمكن الإحتجاج بها ضد الغير إلا من تاريخ شهرها، غير أنه إذا تعلق الأمر بحق الملكية ناتج عن واقعة الوفاة، فإن إنتقال الملكية للوارث بعد تصفية التركة من كل الديون، وكذا الوصية إن وجد، يتم في تاريخ وفاة مورث الأطراف، وإن تم تحرير الشهادة التوثيقية بعد شهر أو شهرين أو أكثر من تاريخ مورث الأطراف.²

كما نصت المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 على أن "كل إنتقال أو إنشاء، أو إنقضاء، لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة، يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الأجل المحددة في المادة 99 من نفس المرسوم³، أي ما يترتب على تغيير في الحالة المادية للعقار أو وسيلة انتقال من مالك إلى آخر، وفق طرق اكتساب الملكية العقارية المقررة للقواعد العامة.

ب- حالة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة:

تباين آراء الفقهاء في تعريف هذا الإجراء، فعرفه الفقيه الفرنسي أندري لومبارد بأنه "عملية إدارية بموجبها تجبر الدولة، أو الجمعيات المحلية شخصا على التنازل لها عن كل أو جزء من ملكيته العقارية سواء مبنية أو غير مبنية لغرض المنفعة العامة، وبتعويض عادل ومسبق.⁴

¹السنهوري، الوسيط، الجزء 09، المجلد الأول ص 89.

² حميدي محمد أمين، نظام تورينس للشهر العقاري وتطبيقاته في النظام العقاري الجزائري، دار هومة، ط 2، سنة 2015، ص 335.

³ حميدي محمد أمين، نفس المرجع، ص 336.

⁴ ANDRE de LANBARDERE, traite de droit administratif, tome 2 lgd, paris, 1975, p75.

وفي هذا الإطار كان الأستاذ سليمان الطماوي تعريفا خاصا هذا الإجراء حيث عرفه بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة، نظير تعويضه عما يناله من ضرر، وهي تعريفات تتماشى مع موقف المشرع الفرنسي والمصري، أما المشرع الجزائري فقد نظم عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ضمن القانون رقم 11/91¹، والمرسوم التنفيذي رقم 186/93²، وعرف هذا الإجراء ضمن المادة 02 من قانون على أنه "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا رأى إنتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية وزيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية، والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية، ومنشآت، وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية، ومنه يمكن إستنتاج أن هذا الإجراء يعتبر إستثنائي، وجبري يهدف لتحقيق المصلحة العامة، ويتم مقابل تعويض مسبق وعادل ومنصف³، وهذا لا مجال لإرادة الأطراف ودون تدخل منهم.

ج- الإستيلاء والتأميم:

يعتبر التأميم والإستيلاء أسلوبا من أساليب الإستملاك، أي طرق من اكتساب الملكية، والحد من التصرف من الملكية العقارية الخاصة وطريقان لتقييد الملكية دون التمسك بإرادة الأطراف المالكة وخارج عند إرادتهم، فالإستيلاء هو يقصد به حق السلطة الإدارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بهدف تحقيق منفعة عامة مقابل تعويض وهو نوعان:

✓ إستيلاء دائم يهدف نزع ملكية العقار الخاص المعني.

¹ قانون رقم 11/91 مؤرخ في 1991/04/27، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 08 مارس 1991 معدل ومتمم.

² المرسوم التنفيذي 186/93 المؤرخ في 1993/07/27 عدد كفيات تطبيق القانون رقم 11/91، الجزء 1، العدد 51، صادرة في 1993/03/08 م.

³ حميد محمد ملين، نفس المرجع، ص 362.

✓ إستيلاء مؤقت يؤدي إلى وضع مؤقتاً¹، مقابل تعويض على فترة الإستيلاء.

يهدف إما مواجهة حالة طارئة وإما خدمة مشروع عامة، يهدف ذي منفعة عامة وهو ما نصت عليه المادة 679 من القانون المدني جاء فيها "يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية بإتفاق رضائي، وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون".

إلا أنه يمكن في الحالات الإستثنائية والإستعجالية، وضماناً لإستمرار المرفق العام العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الإستيلاء.²

يتم الإستيلاء طبقاً لأحكام القانون المدني، لصفة فردية وجماعية، ويكون كتابياً، ويوقع الأمر من طرف الوالي، أو كل سلطة مؤهلة قانوناً، ويوضع فيه إذا كان الإستيلاء يقصد الحصول على الأموال أو الخدمات، وكذا طبيعة وصفة أو مدة الخدمة، وعند الإقتضاء، مبلغ وطرق دفع التعويض أو الأجر، وينفذ الإستيلاء من قبل الوالي مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويمكن في الحالات التي تقتضي ذلك تنفيذه بالقوة بطريقة إدارية دون الإخلاء بالعقوبات المدنية والجزائية التي أقرها التشريع المعمول به.³

أما التأميم فهو صورة من صور الإستملاك، تستوجب الدولة إذا كان فيه مصلحة عامة لقاء تعويض، وهو إجراء سيادي لا يتم إلا بقانون، ولا يجوز أن يتم بقرار إداري.⁴

¹ محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الدار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2014، ص 136.

² لعشاش محمد، الطرق الإستثنائية لإكتساب الأشخاص العامة الأملاك الخاصة، طبعة منشورات دار الخلدونية، سنة 2019، ص 116، 117.

³ لعشاش محمد، المرجع السابق، ص 117.

أنظر المواد 680، 681 من القانون المدني والمادة 689 من نفس القانون.

⁴ عبد الحكيم فودي، نزع الملكية للمنفعة العامة، إجراءاته، والتعويض عنه والتقاضى بشأنه، دار الكتاب القانونية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، سنة 1982، ص 21.

فالإستيلاء لا يكون إلا بقرار أما التأميم ينص بنص قانوني فلا مجال لإرادة الأطراف وبالتالي تنتقل الملكية من المالك إلى يد أخرى، ووفق آليات إدارية وقانونية دون المساس بجوهر الملكية، وجبرا دون موافقة الأطراف سعيا لتحقيق منفعة عمومية أو إقتصادية يطلقها الواقع ومقتضيات المصلحة، ولكن تداول الملكية العقارية بطرق غير إرادية.

د- الأحكام القضائية:

يقوم القضاء بدور أساسي في الإشراف على تداول الملكية العقارية في بعض الحالات الخاصة التي قد يتعذر فيها التداول الإرادي، وذلك لأن القانون يشترط إشراف القضاء على تداول الملكية العقارية الخاصة "كالقسمة القضائية، المصادرة، رسو المزاد العلني"، وهذا نظرا للطبيعة القانونية للعقار، موضوع إشراف القضاء، أو بالنظر إلى أهلية المالك أو نقصها.

إن الأحكام القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي فيه والتي موضوعها نقل وانتقال الملكية تعتبر أحكاما موجبة للتنفيذ، ومن خلالها لها أثر في تداول الملكية العقارية دون إرادة الأطراف.

كما يعتبر الحكم المثبت للقسمة والأحكام المقررة عن طريق الإستيلاء، وكذا الأحكام المقررة للإلتصاق والقبالة للشهر العيني، يكون تدخل القضاء أكثر فعالية في تداول الملكية العقارية، والتي يتعذر فيها التداول الإرادي، وهناك حالات يتعذر فيها كذلك التداول الإرادي مثل حالة القسمة العينية العقارية أو لأن من شأنها مخالفة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو إحداث نقص كبير قيمته، ومن هذه الحالات، يتعين على المحكمة الحكم ببيع بالمزاد العلني، والسؤال المطروح بالمزاد العلني، وكيفية إجراءه، أو ما يعرف برسو بالمزاد العلني إقرار يصدر من قبل القاضي تابعا لسلطته الولائية فهو ليس حكم فاصل في منازعة قضائية، غير أنه حكم يفصل في كافة المنازعات الشكلية بين أطراف الحجز وله حجية في مواجهة الأطراف المعنية بالحجز، بحيث لا يكون قابل لأي طعن طبقا للمادة 765 من القانون الإجراءات

المدنية، ويترتب عن صدور حكم رسو المزاد العلني وشهره، نقل للراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه، التي كانت له على العقارات، أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكل الإتفاقات المتعلقة بها.¹

هناك حالات التداول غير الإرادي للملكية العقارية هي متعددة، ولا يمكن حصرها، وهي تساهم من تفعيل مبدأ التداول للملكية العقارية، فضلا عن هذه الطرق وذلك للمرور للطرق غير المباشرة لتداول الأموال.

الفرع الثاني: الطرق غير المباشرة لتداول الملكية العقارية.

باعتبار أن الملكية من الحقوق الثابتة، وجب إستغلالها إستغلالا أمثل، وأنها حق إقتصادي، وحق من حقوق الإنسان، وحرية من الحريات الأساسية الثابتة له.

وإذا كان التشريع يحرص على عدم حبس الأموال عن التداول لما ذلك من تجميد للثورة وتعطيل لوظيفتها الإقتصادية، وكما أن إستقرار والثبات للملكية العقارية قد يفوت أهم أحد ركائز الإستثمار بحبسها فإن من الطبيعي جدا إستثمار الإستفادة من منافع الملك وإستثماره وتثميته، وقد تلجأ الدولة ومؤسساتها إلى الإستغلال والتنمية من خلال التداول، ويترتب على التنمية الملكية العقارية وإستثمارها فوائد كافة مثل المساهمة في توفير السكن وإنعاش الأنشطة الصناعية والتجارية والفلاحية، وما حققه من أرباح وفوائد ومنافع.

ومجمل القول أن الملكية العقارية الخاصة يمكن أن تساهم في التنمية الإقتصادية بالتداول غير المباشر وتعتبر التنمية الملكية العقارية وكذا الوظيفة الإجتماعية من أبرز سمات التداول.

¹ حميدي محمد أمين، المرجع السابق، ص 350.

أولاً- التنمية والإستعمال أبرز مظاهر التداول غير المباشرة: إن أثار التنمية للأمالك العقارية دليل على إستعمال الملكية وتداولها وفق آليات منظمة ونظرا للأهمية الإقتصادية، وللقيمة المالية والإجتماعية التي يتمتع بها هذا الملك بإعتباره مصدر ثراء وثروة، ومورد حيوي لا غنى عنه من جهة.¹

ولما كانت الملكية حق مقدسا، ولا يمكن المساس به، فإنه أحدا لا يمكن أن يحرم منه، إلا اذا تطلبت الضرورة العامة التي تثبت بشكل قانوني، وقد تفاعل المشرع الجزائري معالم الملكية العقارية الخاصة بعد الإستغلال الوصي من اللحظة معاملة مختلف متباينة أملت ظروف كل مرحلة، وكيفية إستثمارها وأبرز ما يمكن إعتماده حقوق الرهون الرسمية والحيازة، وحق الإنتفاع وحق الإمتياز والمزارعة والحكر والمساقاة، مما يستوجب إستغلال الملكية العقارية، وعدم تعطيلها، لما في ذلك من منافع وعوائد وفوائد تعود على المجتمع.

ثانيا- الوظيفة الإجتماعية سبب رئيسي لتداول الملكية العقارية غير المباشرة.

لم تعد الملكية العقارية حق ذاتي مطلقا، بل حق ذاتي له وظيفة إجتماعية، يوجب على المالك مراعاة مصلحة المجتمع في إستعماله، وذلك بالتقييد بالضوابط والحدود التي وضعها المشرع تحقيقا للمصلحة العامة من جهة، وحماية المصلحة الخاصة للأفراد من جهة أخرى، واضعا في يد الهيئات الإدارية الآليات الكفيلة لتحقيق الأهداف المرجوة من هاته القيود.²

¹ لعشاش محمد، الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، بين التحديد والتقييد والإعتبار، منشورات دار الخلدونية، سنة 2019، ص 5.

² مزود فلة، القيود الإدارية على التصرف في الملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة محمد صديق بن يحيى، جيجل، سنة 2021، ص 45.

وتعد الملكية نظاما إجتماعيا واكب التطور الذي لحق المجتمع في كافة مناحي الحياة الإنسانية، بحيث أصبح يقوم على أساس إجتماعي يهدف إلى الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة المجتمع.¹

ويقصد بالوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة الدور الذي تؤديه لمصلحة المجتمع ونتيجة القيود التي تلحق هذا الحق، ذلك أن مبررات التقييد الإداري لحق التصرف في الملكية العقارية الخاصة، الجانب الإجتماعي لهذا الحق الذي كرسته النزعة الجماعية الحديثة التي تضمنتها النصوص القانونية وأملتها جملة الإعتبارات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية حيث تم فرض قيود على الملكية من أجل تحقيق وظيفتها، وتنظيم علاقات أفراد المجتمع فيما بينهم وأضرار للأفراد التي تسببها من جراء الإستعمال غير المشروع للملكية.²

كما يعرف الأستاذ محمد علي حينولة الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية، بأنها توجيه الملكية الخاصة لتحقيق مصلحة المجتمع، فالمالك كائن إجتماعي يعيش في مجتمع يسوده مبدأ التكافل، والتضامن الإجتماعي، ويتعين على المالك أن يقوم بدوره إزاء المجتمع مع العلم أن الوظيفة الإجتماعية تتحقق بفرض القيود على الملكية³، وفي هذا الصدد يمكن إعطاء مبررات الأخذ بالوظيفة الإجتماعية في هذا تداول غير المباشر لهذه الملكية.

خاصة أن فكرة الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة، لم تكن مجرد فكرة منعزلة غير مؤسسة أو مجرد نظرية جاءت اعتيادا، بل قامت على أساسين هما:

¹ مزود فلة، نفس المرجع، ص 46.

² قاشي علال، الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 02.

³ محمد علي حينولة، الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة، دار بوسعيد للطباعة والنشر، القاهرة، 1973، ص 417، نقلا عن مزود فلة، المرجع السابق، ص 47.

أ- مبدأ التضامن الإجتماعي: لما كان لحق الملكية جانبان، حقا ذاتيا وإجتماعيا في آن واحد، فإن الجانب الإجتماعي يتمحور أساسا في مبدأ التضامن الإجتماعي، هذا الأخير الذي يقضي بوجود التعارف في المجتمع الذي يعيش فيه، ويأخذ منه ويعطيه، وعليه فمالك العقار يقدر حرصه وإهتمامه بمصالحه الشخصية، ورعايتها ويتوجب عليه تقديم خدمات والإهتمام بالصالح العام، لفائدة كل أفراد المجتمع، ويكون ذلك بحكم أنه فردا في المجتمع، إذ لا يمكنه التنصل من هذه العضوية، كما لا يمكنه التهرب من خدمة المجتمع، حيث أن القانون لا يحمي حق المالك في ملكيته إذا تناكس في أداء حق ملكيته، بوظيفتها الإجتماعية.¹

وفي هذا الصدد، نميز موقف الفقيه الفرنسي Léon Duguit بالصرامة والتصرف، حيث أنه إقترح نزع الممتلكات من أي شخص لا يسخر ملكيته للقيام بالوضعية الإجتماعية بشكل صحيح.

وعليه ترتب فكرة الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية خاصة إرتباطا وثيقا بأفكار المذهب الإجتماعي، حيث ظهرت هذه الفكرة على يد فقهاء هذا المذهب، وتم تطويرها بالموازاة مع تطور حق الملكية العقارية الخاصة، فهذا الحق ذو وظيفة إجتماعية على أساس أن الفرد كائن إجتماعي، وشخصيته تنصهر في المجتمع، فالمجتمع هو الذي يحدد واجبات وحقوق الأفراد، وصاحب حق الملكية يعتبر موظفا عاما يقوم بإستعمال حقه بشكل يحقق الصالح العام.²

ب- المالك مدين للمجتمع بما كسب:

ويقصد بعبارة المالك مدين للمجتمع بما كسب، أن عمله وجهده ليس وحده الذي أكسبه حق ملكيته، فالملكية الخاصة لم تكن ثمرة لعمل المالك الشخصي فقط، إنما هي نتيجة لجهده وعمله

¹ السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، حق الملكية، المرجع السابق، ص 554.

² حداد ربيعة، دور الوظيفة الإجتماعية في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، سبتمبر 2002، ص 220.

مع مساهمة المجتمع حيث ساهم المجتمع مساهمة ملحوظة واضحة في جهود المالك حتى يحصل على ما أصبح مالكا له.¹

وتعد هذه المساهمة على نفس مساهمة الأسرة أو تزيد على ذلك، فإذا كانت مساهمات الأسرة هي أحد المبررات الميراث، فلا شك أن مساهمة المجتمع تعتبر هي الأخرى أساسا من أسس قيام الوظيفة الإجتماعية للملكية، هذه الأخيرة التي تجعل من حق الملكية الذي يدعيه المالك حقا نسبيا مقيدا بأدائها، وعليه فإن المالك كما يسعى لتلبية إحتياجاته الخاصة من خلال إستعماله ملكه، يجب عليه إستعمال ملكه بما يفيد المجتمع.²

إذا الحق لا يقتصر على صاحبه فقط، بل يعتبر أيضا حقاله وظيفة إجتماعية يطلب من المالك القيام به إتجاه المجتمع³، فبعدها كان حق الملكية حقا مطلقا، أصبح هذا الحق مقيدا بعدة قيود كي تؤدي الملكية وظيفتها الإجتماعية، ومن هذه القيود ما هو مقرر للمالك من إساءة إستعمال حق الملكية، ومنها ما هو مقرر لمتطلبات المصلحة العامة والخاصة على حد سواء.⁴

ولذا أصبح أكثر من اللازم في العصر الحالي مجبرا على إقتسام منافع وسلطات ملكيته مع المجتمع، الذي يعيش فيه⁵، مثلا الإتفاقات وحق المرور وحق المصاطحة، وحقوقي الإنتفاع وتوظيف الملكية العقارية لأسباب الإستغلال، وحفظ حق الملكية والإحتفاظ والأضرار والمنافع.

وما يمكن قوله أن الوظيفة الإجتماعية تعتبر كأساس للملكية العقارية أو هدف للتداول.

¹ مزود فله، المرجع السابق، ص 51.

² حداد ربيعة، المرجع السابق، ص 223.

³ مامون الكزيري، التخطيط العقاري، والحقوقي العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، طبعة 01، سنة 1987، ص 84.

⁴ علي خفيف، المرجع السابق، ص 86.

⁵ Jean Louis BERGEL, marc breshi syoi cimament, op, cit, p 110.

المطلب الثاني: المبررات التشريعية لتقرير مبدأ حرية التداول الملكية العقارية.

أقرت التشريعات الوضعية حرية تداول الملكية العقارية، لتحقيق غايات قانونية وإقتصادية وإجتماعية، ومنها إنتقال الثروة العقارية وتوظيفها وتفعيلها على أرض الواقع، ولما كان الحال كذلك أعتبر التداول هو السمة البارزة لتجليات ومظاهر لتبرير هذا التداول وفق أسس شرعية، كما إعتبر أي تصرف من التصرفات أو أي حرية للملكية العقارية من قبيل المبررات التشريعية لتداول هذه الأموال، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نعتبر السلطات الملكية وكذا القيود القانونية وتوسع نطاق الملكية، ونقل الملكية وإنفعالها من أبرز مظاهر التداول للملكية العقارية، ونستعرض لهذه العناصر في هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: إعتبار عناصر حق الملكية من مظاهر تداول الملكية العقارية الخاصة.

إن عناصر حق الملكية هي السلطات التي يتمتع بها المالك على العقار وقد حددتها المادة 674 من القانون المدني الجزائري "حق الملكية هو حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل إستعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة" أي ضمن الحدود التي رسمها القانون، بملكيته عقار ما تخول صاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار، وفيما يتخذ غرضاً سواء أكان ذلك الإلتخاد أو الإنتاج طبيعياً أو إصطناعياً، وإنطلاقاً من هذه النتيجة، نستنتج عناصر حق الملكية كالتالية:

أولاً- سلطة الإستعمال وسيلة لتداول الملكية العقارية (USUS ET USAGE):

إن إستعمال الشيء، أو العقار، مفاده إستخدامه فيما هو معدله أصلاً للحصول على منافعه

لزوم حاجات المالك وحده، أو شخص آخر على سبيل التسامح من دون أي بدل.¹

¹ جورج ش دراوي، حق الملكية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة 1، سنة 2006، ص 38.

والإستعمال مبدئياً ليس من شأنه أن يؤدي إلى إستهلاك الشيء المستعمل، أي العقار، غير أنه هناك عقارات تستهلك بإستعمالها، كما هي الحال مثلاً بالنسبة إلا موضوع الماء وأخرى تتغير طبيعتها بالإستعمال، كما هي الحال بالنسبة للعقارات التي يقتصر إستعمالها على المقالع كما أن عدم الإستعمال ليس من شأنه المساس بحق الملكية، ذلك أن المالك يستطيع عدم إستعمال عقاره دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بحق ملكيته¹، فحق الإستعمال هو إستخدام الشيء فيما أعد له للحصول على منافعه².

وتعتبر سلطة الإستعمال من أبرز التجليات المادية لحق الملكية تتمثل في قيام المالك بإستخدام الشيء موضوع الحق بطريقة مباشرة وفق الغرض الذي خصص له الشيء³.

وإذا كانت سلطة الإستعمال مقصورة على المالك وأسرته للإستفادة من المنافع التي يوفرها الملك، فإن تداول منافعه بين الناس مما يساهم في منح مداخيل في الميزانية العامة في شكل ضرائب ورسوم علاوة إستحداث مناصب للشغل والإستفادة من منافعه.

ثانياً- سلطة الإستغلال أداة لتداول الملكية العقارية (fractus jouissance):

إن حق الإستغلال مفاده أن يعطي المالك حق الإستعمال إلى شخص آخر مقابل بدل بتعبير آخر إن الإستغلال مفاده قيام المالك بما يلزم للحصول على ثمار الشيء (Fruits) الطبيعية أو الإصطناعية أو المدنية، كما أنه يتمثل حق الإستغلال في قيام المالك بما يلزم من أعمال أو تصرفات مادية للحصول على جميع الثمار الذي ينتجها الشيء⁴.

¹ جوج شدراوي، المرجع نفسه، ص 39.

² نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 62.

³ Gerard, carou, droit civil, les biens, edition, alpha, 3, 2009, p 69.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الحق الملكية، الجزء 8، ص 500.

وللمالك مطلق الحرية في إستغلال ملكه أو عدم إستغلاله، يمارسه لكل حرية لتحقيق غايات وإشباع حاجاته الشخصية ولا يمكن الحد من هذه السلطة إلا في إطار القانون الذي يضمن حق الملكية، وفي نفس الوقت يمنع تجميده، وتعطيل دورها الإقتصادي¹، وتتخذ سلطة الإستغلال مظهرين هما:

- مظهر مادي: يتمثل في قيام المالك شخصيا بإستغلاله ملكه مباشرة ودون وساطة أحد.

- مظهر قانوني: يتجلى في لجوء المالك إلى تأجير ملكه العقاري للغير بقاء أجرة دورية.²

ويعد الكراء من آليات تداول منافع الملكية العقارية بين الأشخاص وتوفر إمكانية الإستفادة من إستعمال العقار دون تحمل وبتكاليف شراء³، وهكذا فإستغلال الملكية العقارية وهذا الأشكال المتقدمة تفعيل لمبادئ تداول الملكية العقارية.

ثالثا- سلطة التصرف خاصة جوهرية لمبدأ التداول الملكية العقارية الخاصة:

إن حق التصرف هو السلطة الأساسية للمالك التي تمكنه من التسلط على الحق العيني الجاري على الشيء، وهو القاسم المشترك بين جميع الحقوق المالية بصفة عامة، لكن ما يميز عنصر التصرف في حق الملكية، ويجعل منه خاصة جوهرية، وتعبيرا على السلطة الكاملة للمالك على ملكه⁴، ويمكن التعريف بين عنصري التصرف (تصرف قانوني)(تصرف مادي).

- التصرف القانوني:ومفاده القيام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى نقل الملكية أو مستقلا عن طريق ترتيب حقوق عينية.

¹FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER droit civil, les beins, dalloz edition 7, p 122.

²FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER droit civil, les beins, dalloz edition 7, p 122.

³GABRIEL MARTY et PIERRE REYMOND, traite de droit civil, op, cit, p 48.

⁴Christian larroumet, tome 2, les biens, droits, reels, principaux, delta economic, ot p 49.

- التصرف المادي: ومفاده تغيير في مادة الشيء كقيام المالك بالبناء على العقار أو هدم البناء القائم، أو زراعة الأرض، أو إزالة المزروعات الموجودة، أو غيرها مما يتناول مادة الشيء.¹

فإذا كان التصرف المادي يترتب على الشيء موضوع حق الملكية، فإن التصرف القانوني ينسحب على حق الملكية بذاته لما يشكله من قيمة إقتصادية في السوق، وقوامه حرية المالك في ممارسة سلطته القانونية على الحق، كأن يقوم المالك بالتصرف في ملكه لمن شاء من الناس، أو أن ينشئ عليه ما شاء من الحقوق العينية، أو أن يرتب عليه ما شاء من الرهون لضمان أداء دين مرتب، في ذمته أو في ذمة غيره، لأن سلطة التصرف مقررة لتحقيق مصلحة المالك في أخلاق يده في ملكه، والمصلحة العامة المتمثلة في حرية التداول للأموال بصفة عامة والملكية العقارية الخاصة بصفة خاصة، بمبدأ إقتصاد تركزه أحكام القانوني لحق الملكية.

الفرع الثاني: التقييدات القانونية تكريس مبدأ التداول للملكية العقارية.

يعتبر وجود الدولة كهيكل سياسي، وإداري، يخضع لمبدأ سيادة القانون ومن مهامه الأساسي السهر على قضاء حاجات المجتمع، وتنظيم وتقرير الأهداف، بحيث يسمح للدولة التدخل من الملكية العقارية للأفراد عن طريق إقرار عدة قيود تمس جميع عناصرها، وكذا نطاقها ويمكن تسمية هذه القيود بالقيود القانونية، لأنها مقررة بقوة القانون في حين توجد قيود إدارية أو إتفاقية تقرر بين الأفراد وفق إرادتهم ترتب إلتزامات فيما بينهم.²

كما أن هذه القيود المقررة بنص قانوني تعتبر أساساً لتقرير مبدأ التداول، ويختلف مكونات القيود القانونية من حيث تقريرها لمصلحة الخاصة أو المصلحة العامة، ولنعرض فيما يلي القيود

¹ جورج الشدراوي، المرجع السابق، ص 39.

² حداد بديعة، المرجع السابق، ص 98.

القانونية لمصلحة الخاصة في الفقرة الأولى، كما سنتناول في الفقرة الثانية القيود القانونية المقررة لمصلحة العامة.

أولاً- القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة: ولعل أهم هذه القيود:

أ- الشفعة: تعتبر الشفعة قيد قانوني إتفاقي، وهي إحدى القيود المفروضة على الملكية العقارية الخاصة التي يتناولها القانون المدني، وقد عرفها القانون المدني الجزائري في المادة 794 "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأموال والشروط المنصوص عليها"، كما عرفها القانون اللبناني¹، "الشفعة حق يجير لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأموال والشروط المنصوص عليها...".

كما عرفها القانون المغربي في المادة 292 على أنها "الشفعة أخذ الشريك في ملك مشاع، أو حق عيني مشاع حصة شريكه المباعة لثمنها، بعد أداء الثمن، والمصرفات الضرورية الناقصة عند الإقتناء..."².

أما القانون العراقي والأردني فقد عرفوا الشفعة بتعريف متطابق، حيث نصت المادة 1128 من القانون المدني العراقي³، والمادة 1150 من القانون المدني الأردني⁴.

نستنتج مما سبق أن الطبيعة القانونية للشفعة تختلف حسب إختلاف التعاريف المذكورة، فهناك من يعتبرها مركز قانوني، وهناك من يعتبرها رخصة، والآخرين يصيغونها على أنها حق.

¹ القانون رقم 02/1948، المؤرخ في 05 فيفري 1948، المتضمن قانون الملكية اللبناني، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1948.

² القانون رقم 39/08، المؤرخ في 22 نوفمبر 2011، المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، جزء أول، عدد 5998، الصادرة بتاريخ 2011/11/24.

³ القانون 40 المؤرخ في 09 أوت 1999، المتضمن القانون المدني العراقي، ج ر، العدد 3015، الصادر بتاريخ 09/08/1951.

⁴ القانون رقم 43 المؤرخ في 01/08/1976، القانون المدني الأردني، ج ر، عدد 2645 الصادرة بتاريخ 09/08/1976.

1- الشفعة حق: يرى مجموعة من الفقهاء في تحديد طبيعة الشفعة أنها حق، ولكنهم اختلفوا في كونهم هي حق عيني أو حق شخصي، حيث أن الفريق الذي يقول العينية حق الشفعة يحتج في ذلك على أن الشفعة تتولد من حق الملكية العقار المشفوع به وينصب على العقار المشفوع فيه¹، على اعتبار أن هذه الفرضية القائمة على إقتران الشفعة بالحق العيني للوصول إلى نتيجة أن دعوى الشفعة تنظر في المحكمة الواقع به دائرة إختصاصها العقار المشفوع فيه، أما الفريق الذي يرى شخصية الشفعة فهم يقصدون في ذلك أن هذه الشفعة متصلة بالشخص الشفيع، ويخرجون بذلك عن حق الدائنية².

2- الشفعة مركز قانوني: يرى جانب من الفقه القانوني الحديث إلى أن الشفعة واقعة مركبة، إقترنت فيها واقعة الصلة المادية القائمة بين المشفوع به من جهة، وبينها وبين التصرف القانوني بالبيع وإعلان الشفيع بالرغبة في الأخذ بالشفعة من جهة أخرى، ويرى هذا الإتجاه أن الشفعة بهذا أن تكون مركزا قانونيا تهيأ أسبابه، ولا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك بل يتولد عنه حق الشفيع في أن يتملك، بل يعتبرون أنه توجد بين الرخصة والحق منزلة أعلى من الرخصة، وأدنى من الحق، فحق التملك وحق الملك الأول رخصة والثاني حق، وبينهما منزلة هي حق الشفيع في أن يتملك³، وهي ما يطلق عليه المركز القانوني للشفيع.

3- الشفعة رخصة⁴: هنا يرى الكثير من الفقهاء أن الشفعة رخصة، وهو موقف المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني المذكورة أنفا أن الشفعة رخصة أي خيار الشفيع له أن يستعمله أو لا

¹ حسن كيرا، المرجع السابق، ص 524.

² السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 447.

³ أحمد أباش، الأحكام العامة للشفيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، ص 116.

⁴ حسن كيرا، المرجع السابق، ص 525.

يستعمله، ومن هناك تخرج من طبيعتها عن وصف الحق، وكذا عن المركز القانوني لأنها مجرد رأي أو مشيئة، وبهذا المفهوم لا يجوز لدائني أن يطلبوا الشفعة باسمه.¹

ومهما يكن، فإن حق الشفعة يعتبر آلية أو أسبابه تداول الملكية العقارية على إعتبار أنها سبب في نقل وانتقال الملكية العقارية الخاصة من يد إلى أخرى، وبالتالي كما أنها تعتبر من قبيل التصرفات القانونية.

ب- حق الإرتفاق: يعتبر حق الإرتفاق من القيود القانونية الأكثر شيوعاً كما يعتبر من أحد الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، وهو عبارة عن تكليف أو بحيث يفرض على عقار ويسمى العقار (العقار المرتفق به) الخادم بعقار المملوك لشخص آخر (العقار مرتفق) المخدم، من شأنه الحد من منفعة العقار الخادم (المرتفق به) لفائدة ومنفعة العقار المخدم (المرتفق) المخدم.²

وقد عرفه التشريع المصري في المادة 1015 بأنه "الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر" ويجوز أن يرتب الإرتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال.

وعرفه القانون المدني الجزائري على أنه "الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يرتب الإرتفاق على المال، إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال، المادة 867 ق.م.ج.

¹ أنور طلبية، الوسيط في الشرح القانوني المدني، مجلد 05، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 342.

² عبد المنعم البدر اوي الحقوق العينية الأصلية، ط3، سنة 1968، ص 324.

المقصود بحق الإرتفاق عند رجال القانون، هو الحق الذي يقرر إرتفاقا، يترتب بناءا عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر، يتحمل بحق الإرتفاق ويكتسب بعقد شرعي، أو الميراث¹، ويكتسب بتخصص المالك الأصلي، إلا أنه لا يكتسب بالتقادم في القانون الوضعي، إلا الإتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.²

وعرفه القانون الفرنسي في المادة 637 من قانون المدني "الإرتفاق تكليف يتقرر على عقار لإستخدام ولمصلحة عقار يخص مالك آخر.

1- أنواع حق الإرتفاق: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كل أنواع الإرتفاقات على عكس المشرع المصري الذي قنن لهذه الأنواع بأحكام خاصة وبصورة تفصيلية وما يمكن أن نعول عليه في تصنيف هذه القيود هي

- القيود المتعلقة بالمياه، ويدخل ضمنها القيد الناتج عن حق الشرب، وكذا القيد الناتج عن حق المجرى، والقيد المتعلق بحق المسيل أو الصرف.

- القيود المتعلقة بحق المرور وما يقرره المشرع من شروط يراها مناسبة لتقرير هذا الحق، وهي الإنحباس عن الطريق العام، ويجب أن لا يكون الإنحباس لفعل المالك ويجب إختيار طريق مناسب.

2- الإلتزامات ناتجة عن تقييد حق الإرتفاق لملكية صاحب العقار المرتفق به:

بما أن حق الإرتفاق قد يرد على عقار وليس على المالك، كما أنه يتقرر لخدمة عقار وليس لصالح المالك العقار المرتفق رغم أنه هو المعني بالإستفادة، فالمشرع قيد العقار المرتفق به بحق عيني

¹ حسنية حسين حسن، حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها والمعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، سنة 2016، ص 75 و76.

² حسنية حسين حسن، المرجع السابق، ص 76.

يثقله يتمثل في حق الإتفاق، كما قيد مالكة بإلتزامات أثرت على حرية إستثثاره لهذا العقار، وبالرغم من أن صاحب العقار المرتفق لا يمكنه فقدان مكيبته جراء هذا الحق، إلا أن القانون وضع إلتزامات على عاتق المالك يستوجب عليه الوفاء بها وهذه الإلتزامات قد تكون إيجابية كما أنها تكون سلبية.

- الإلتزامات الإيجابية: تنص المادة 874 الفقرة من القانون المدني الجزائري "إذا كان مالك

العقار المرتفق به، هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلعن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق" من خلال هذا النص يتضح جليا أن التكليف يتحمل ومساهمة مالك العقار المرتفق به في النفقات يستمد مصدره من الإتفاق، وليس تكليف قانوني أجاز له القانون التخلص منه بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق¹، "سوف نستعرض لهذا لاحقا بالتفصيل".

- الإلتزامات السلبية: تنص المادة 875 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز لمالك العقار المرتفق

به أن يعمل شيئا يؤدي الانقاص من إستعمال حق الإتفاق أن يجعله شاقا، ولا يجوز له أن بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبديل الموضوع المعين أصلا، لإستعمال حق الإتفاق لموضع آخر...".

من خلال ما ورد يستطيع القول أن حق الإتفاق وما يصاحبه من إشكالات قانونية وواقعية يعتبر حقا عينيا قانونيا إتفاقيا يرد على الملكية العقارية يعكس صورة مباشرة لتداول الملكية العقارية، ومبررا قانونيا وتشريعيا لمبدأ التداولية، وقد أخذنا صورتين للتقييدات القانونية المقررة للمصلحة الخاصة، ولا يتسع المجال لذكر باقي التقييدات لأن الأصل هو تأصيل لمبدأ التداولية وإعتراف التشريع بذلك كونها دالة على الأصل المتبع لتقرير الأسس التشريعية لمبدأ حرية التداول الملكية العقارية الخاصة.

¹ حداد ربيعة، المرجع السابق، ص 141.

ثانيا- القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة: بمجرد ذكر القيود القانونية وإعتراف المشرع بها كونها تؤدي وظيفة إجتماعية، وتحقيق مصلحة جدية ومشروعة خاصة المقررة للمصلحة العامة، وقد أسلفنا ذكرا عملية الإستيلاء والتأميم ونزع الملكية لأجل المنفعة العمومية، تقتصر في هذا العنصر على ذكر القيود المتعلقة بالتهيئة والتعمير وقيود البيئة.

أ- قيود التهيئة والتعمير: أخضعت الدولة كل الأنشطة المتعلقة بالتهيئة والتعمير لمجموعة من القواعد التنظيمية وهذا للحفاظ على القوام التقنين للعقارات وطبيعتها، وكذا ضبط وترشيد إستعمال الأراضي العمرانية، وإستغلالها إستغلال أمثل، وتحقيق متطلبات الفرد والمجتمع في الإستفادة من هذا القطاع ولهذا وضعت مجموعة من الآليات القانونية تسمح لها في التدخل في المجال العمراني، وممارسة آليات الرقابة، وهذا عن طريق المخططات أو عن طرق الشهادات والرخص، سنذكرها بإيجاز وهي:

1- المخططات العمرانية: أولت التشريعات الوضعية أهمية للتخطيط العمراني بإعتباره

عملية مركبة ذات متغيرات، وأبعاد سياسية وإقتصادية وإجتماعية وبيئية، تقوم على أساس وضع خطط وتنظيم للقوانين المتعددة العناصر، والوظائف من أجل توصية عملية التنمية العمرانية، والرقى بالمستوى المعنيين للأفراد وإشراكهم في تحقيق المصلحة العامة العمرانية لكل ما أنتجه الواقع العملي أظهر تصادم هذه المصلحة مع المصلحة الخاصة لمالكي العقار، نظرا لما يترتب من قيود على حق الإستعمال والتصرف في الملكية العقارية.¹

¹ راضية بن زكري، القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراة، جامعة باتنة، كلية الحقوق، سنة 2019، ص 319.

- المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير: عرف المشرع الجزائري من خلال المادة 16 من القانون

رقم 29/90¹، على أنه "أداة للتخطيط المجال والتسيير الحضري، يحدد التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية، والبلديات المعنية أخذا في الإعتبار تصاميم التهيئة، ومخططات التنمية، ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي".

من خلال هذه المادة أن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير هو آلية تقديرية ذات طبيعة توقعية على المدى البعيد، ينظم كيفية إستعمال الأراضي على المستوى اللامركزي لبلدية معينة، مجموعة بلديات، ويركز في مضمون تصاميم التهيئة العمرانية، وكل ما يتعلق بمخططات التنمية بأنواعها الإجتماعية والإقتصادية والسياسية، وحتى المستدامة².

- مخطط شغل الأراضي: يعتبر مخطط شغل الأراضي الآلية الثانية للتهيئة والتعمير

في القانون 29/90 السالف الذكر، والذي بموجبه تحدد حقوق إستخدام الأراضي والبناء طبقا لمخطط للتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

- ويعد مخطط شغل الأراضي وسيلة لتنفيذ التوجيهات الإجمالية الواردة في المخطط التوجيهي

للهيئة والتعمير³.

كما يعتبر مخطط شغل الأراضي مخطط تفصيلي دقيق لإرتباطه الوثيق بالملكية العقارية، وهو

تطبيق عملي للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ويكون قابلا للإحتجاج أمام الغير بالمعارضة¹.

¹ القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المؤرخ في 01/12/1990، ج ر، العدد 152، الصادرة بتاريخ 02/12/1990، المعدل والمتمم بالقانون 05/04 المؤرخ في 16/08/2004، ج ر، العدد 51، المؤرخ في 15/08/2004.

² راضية بن زكري، المرجع السابق، ص 320.

³ بشير التيجاني، التحضير والتهيئة العمرانية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، سنة 2000، ص 69، نقلا من د/ راضية بن زكري.

ولعلهم وظيفة لهذا المخطط هو تحديد ضوابط إستعمال الأراضي وضوابط البناء بالتجديد العلو الأدنى والأقصى للمبنى، طريقة وشروط إقامة التجهيزات وتوجيهها، تحديد الإتفاقات المحدثة لمصلحة النظافة والمرور، ولأغراض جمالية أو أمنية، وكل التغييرات التي يمكن إدخالها في ذلك.²

2- رخص التعمير كقيد على الملكية العقارية: في إطار ممارسة حق الرقابة المخول لها، تملك

الإدارة سلطة فرض على الملاك، يتعين عليهم إحترامها من أجل الحفاظ على الإستغلال الأمثل: والعقلاني للأراضي، ومن أجل ذلك يلزم المالك بطلب رخصة قبلية من السلطات المختصة من أجل تشييد بناء أو هدمه أو تجزئته، وعلى هذا يمكن التصرف على هاته الرخص، (رخصة البناء أو رخصة التجزئة)، كقيود إرادة على الملكية العقارية.³

- رخصة البناء كقيد على الملكية العقارية:

¹ صافية إقولي أولاد راج، قانون العمران الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014، ص 82.

² راضيا بن زكري، المرجع السابق، ص 339.

³ أحمد الخالدي، حق الملكية القيود الواردة عليه، في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2016، ص 252.

إن تلخيص البناء هو أحد التقنيات التي تبنتها التشريعات المقارنة بإعتباره وسيلة لإحترام قواعد التنظيم والمحافظة على الطابع الحضري للمدن، ومنع البناء العشوائي¹، والحد من إستهلاك الأراضي الصالحة للبناء لغير البرامج ذات الأهمية الكبرى وتداعيات سلبية".

تنص المادة 52 من القانون 29/90 السالف الذكر أنه "تشرط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة، مهما كان إستعمالها، ولتجديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة...".

كما نصت المادة 33 من المرسوم التنفيذي 176/91²، على أنه "يشترط كل تشييد البناية أو تحويل لبناية على حيازة رخصة البناء..."، وتنص المادة 06 من القانون رقم 15/08³.

من خلال هذه النصوص يتضح جليا أن إلزامية رخصة البناء عنصر جوهري في التشريع الجزائري، وكذا التشريعات المقارنة، بشأنها مباشرة أعمال البناء أيا كانت صفتها وحجمها، ويحتج بها عند التقاضي أو الطعن في إجراءات الجهات الإدارية بخصوص الملكية الخاصة.

كما أعتبرت رخصة البناء أداة من أدوات التهيئة والتعمير الرقابية المسبقة القبلية لذا قيدت طالبها بضرورة الحصول عليها للتأكد من مطابقة أعمال البناء للأصول الفنية والمواصفات العامة المقررة قانوناً⁴، وعلى الحائز على رخصة البناء الإلتزام بأحكامها للمحافظة على سلامة المبنى والأرواح، وكذا

¹ موني مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، دراسة في التشريعات المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2019، ص 178.

² المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 مايو 1991، يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير، ورخصة التجزئة، وشهادة التقسيم، ورخصة البناء، وشهادة المطابقة، ورخصة الهدم، وتسليم ذلك ج ر، عدد 26 بتاريخ 01/06/1991، المعدل بالمرسوم التنفيذي 03/06، ج ر، 01 لسنة 2006، الملغى بالمرسوم 15/19، المؤرخ 25/01/2015، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر، العدد 04، الصادرة بتاريخ 2015/02/12.

³ القانون 15/08 المؤرخ في 20/07/2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 2018/08/20.

⁴ موني مقلاتي، المرجع السابق، ص 187.

الممتلكات المجاورة، ومراعاة الجانب الجمالي لواجهة المباني والمحافظة على النسق العمراني¹، والتقييد بالمواصفات والرسومات والمستندات ومواد البناء اللاحقة.²

- رخصة التجزئة كآلية لتقييد الملكية العقارية:

نص التشريع الجزائري على رخصة التجزئة في المادة 57 من القانون رقم 29/90 السالف الذكر على أنها "تتطلب رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لإثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها.

كما نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 أنه "تتطلب رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية.³

نستنتج من هذه النصوص أنالمشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لرخصة التجزئة إنما أشار إلى كيفية نطاق إستعمالها مبررا أهميتها، لكن بالرجوع إلى المادة 08 من القانون 15/08 السالف الذكر والتي أبرزت تعريفا لهذه الرخصة، حيث نصت على ما يلي "رخصة التجزئة هي القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو إلى عدة قطع مخصصة للبناء من أجل إستعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير.⁴

¹ عبد الرحمان عزوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، دولة في القانون العام، وكلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2007، ص 633، نقلا عن موني مقلاتي، المرجع السابق، ص 188.

² عايدة ديرم، مخالفات التعمير في التشريع الجزائري، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، سنة 2014، ص 04.

³ المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر.

⁴ المادة 02 من القانون 15/08 السالف الذكر.

من خلال النصوص السابقة نصل إلى كون رخصة التجزئة إجراء قانوني معتمد في تنظيم ميدان التعمير، وضبط الملكية العقارية الخاصة، ومراعاة حقوق الأفراد، وحماية للمصلحة العمرانية العامة.¹

وتعتبر التجزئة عملية عقارية لا تتم إلا بموجب قرار إداري صادر عن سلطة إدارية مختصة بناء على طلب المستفيد منها مرفقا بملف يحتوي على تصاميم وبيان موقع الأرض محل التجزئة دون المساس بالملاك المجاورين أو القطع المجاورة بإعتبار أن عملية التجزئة مشروع بناء ينتفي أن يحترم المستفيد منها مقتضيات البناء.

تشكل رخصة التجزئة محورا رئيسيا في النشاط العمراني من ناحية تنسيقه وتنظيمه، ويكون مالك الوحدة العقارية غير المبنية مقيد بضرورة الحصول عليها لإجراء عملية التجزئة إلى قطعتين أو عدة قطع أرضية من شأنها أن نستعمل في تقييد بناية.²

- رخصة الهدم كآلية مقيدة للملكية العقارية الخاصة:

تقتضي ظروف العمارة وإحتياجاته وكذا المخاطر المترتبة عن كون البنايات أيلة للسقوط أن يتجه المالك إلى تغيير البناء عبر هدمه جزئيا أو كليا، بالرغم من أنه يتصرف في نطاق ملكه، إلا أنه مقيد من طرف الجهات الوصية على الشأن العمراني التي تفرض عليه إستصدار ترخيص بالهدم.³

فمن حق المالك البناء هدم بناءه كيفما يشاء كليا أو جزئيا، ولكن نظرا لموقع البناء قد يتدخل المشرع ليفرض شروط خاصة لعملية الهدم في إطار الضبط الإداري والمحافظة على النظام العام، لاسيما إذا كان البناء المراد هدمه واقعا في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك الوطنية ذات

¹ موني مقالاتي، المرجع السابق، ص 129.

² إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة الجزائر، سنة 2004، ص 222.

³ مزود فلة، القيود الإدارية على التصرف في الملكية العقارية الخاصة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2021، ص 78.

الميزة الثقافية، ويتعلق الأمر بالبنائيات المحمية القانون 04/98¹، المتعلق بحماية التراث الثقافي، أو إذا اقتضت الشروط التقنية والأمنية ذلك.²

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة حيث نص في المادة 60 من المرسوم القانون 29/90 السالف الذكر عن رخصة الهدم وكذا المرسوم 15/19 الذي يحدد كفاءات تحضير العقود التعمير من المادة 70 إلى المادة 85 من المرسوم السالف الذكر عن أحكام رخصة الهدم حيث نصت المادة 70 منه "لا يمكن القيام بأي عملية الهدم، وذلك عندما تكون هذه النيابة محمية بأحكام القانون 04/98، المشار إليه سابقا.

ومهما يكن فإن رخصة الهدم³، هي تلك الرخصة الممنوحة من قبل السلطة المعنية لطالها حتى يمكن له من مباشرة إنشغال الهدم والإزالة في أحسن الشروط الأمن والسلامة وذلك في المناطق المحمية قانونا ذات قيمة ثقافية وتاريخية وسياحية ومعمارية وبيئية.⁴

تصدر رخصة الهدم بموجب قرار إداري من السلطة المختصة، إذ تشكل عملا إنفراديا صادرا من السلطة الإدارية المختصة بالرقابة على هذا النوع من الإنشغال، وبالتالي فالنزاع القائم من شأنها يختص بالقضاء الإداري، بإعتباره الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاعات الإدارية⁵، كما أنه لا

¹ القانون 04/98 المؤرخ في 15/06/1990، والمتعلق بحماية التراث الثقافي، ج ر، عدد 44 الصادرة بتاريخ 17/06/1998.
² لعويجي بن عبدالله، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 19/15، مجلة الباحث الأكاديمية، المجلد 3 العدد 02، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2016، ص 370، نقلا عن الباحثة مزود فلة، المرجع السابق، ص 78.
³ كمال لكواشنت، قانون الهيئة التعمير والتهيئة العمرانية، مؤسسة الكتاب القانوني، وابن النديم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2023، ص 44.
⁴ شهبوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 2005، ص 416.
⁵ يجب التمييز بين رخصة الهدم وقرار الهدم، ورخصة الهدم تكون بناء على طلب رخصة من صاحب الصفة والمصلحة، والمراد البناء مكانه من جديد، وفق إجراءات قانونية محددة في إطار ما يسمى بالهدم المقرون بالرخصة، فقد نص المرسوم التنفيذي 19/15 المتضمن كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها".
 أما قرار الهدم فهو إجراء ردي تقوم به السلطة المختصة من أجل هدم البنائيات، المخالفة لتشريع التعمير، كحالة البناء بدون رخصة، أو عدم مطابقة البناء لرخصة البناء إذ يأخذ شكل قرار إداري ضبطي تصدره سلطات الضبط في حالة التدخل ...".

يمكن القيام بأي عملية هدم جزئية أو كلية لبنانية دون الحصول المسبق على رخصة الهدم، وذلك عندما تكون هذه البنائة محميا بأحكام القانون رقم 04/98 السالف بالذكر.¹

ب- قيود البيئة: إختلف الفقهاء في تعريف البيئة وسنورد بعض التعريفات لمصطلح البيئة وهي

"مجموعة العوامل البيئية الطبيعية المحيطة التي تؤثر على الكائن الحي، أو التي تحدد نظام حياة مجموعة من الكائنات الحية المتواجدة في مكان وتؤلف وحدة إيكولوجية مترابطة."²

تعريف آخر "الوسط الذي يحي فيه الإنسان، والتي تنظم سلوكه ونشاطه فيه مجموعة من القواعد القانونية المجردة ذات الصبغة الفنية على نحو يحفظ عليه حياته ويحمي صحته مما يفسد عليه ذلك الوسط والآثار القانونية المرتبطة على مثل هذا النشاط."³

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 04 من القانون 10/03⁴، المؤرخ في 19 يوليو 2003 يوليو المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والتي نصت على ما يلي "البيئة تكون من الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض، وباطن الأرض، والنبات والحيوان بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال التفاعل بين هذه الموارد، وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية.

ولعل موضوع القيود المقررة على الملكية العقارية ولحماية البيئة هو أكثر القيود تحقيقا للمنفعة العامة للأجيال الحالية والمستقبلية، وذلك لإرتباطه بالجانب الإقتصادي والإجتماعي، ولمسار

¹ براهيمي موفق، البعد البيئي لقواعد التعمير والبناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017، ص 152.

² سهيل ابراهيم حاتم الهبي، الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2014، ص 26.

³ نبيلة عبدالحليم كامل، نحو قانون موحد لحماية البيئة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993، ص 17.

⁴ القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحماية البيئة، في إطار التنمية المستدامة، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 2003/07/20.

التنمية عموما، وسنتناول فيما يلي علاقة البيئة بالتنمية المستدامة والقيود المقررة لأجل حماية البيئة في التشريع الجزائري.

1- علاقة البيئة بالتنمية المستدامة:

وحتى تمكن من ربط علاقة البيئة بمصطلح التنمية المستدامة، وجب علينا أن نعطي تعريفا لهذا الأخيرة وهي توفير إحتياجات الجيل الحالي دون الإضرار بإحتياجات المستقبل، وهناك تعريف آخر "التنمية التي تلبى إحتياجات الحاضر دون الإنقاص من قدرات الأجيال القادمة على الوفاء بإحتياجاتها".¹

نستخلص من هذين التعريفين أن التنمية المستدامة هي عدم هدر الطاقات وإستغلالها الإستغلال الأمثل ليستفيد منها الأجيال الحاضرة والقادمة، فجاء هذا المصطلح أو المفهوم الجديد للتنمية لينقلنا إلى التفكير في مصالح الأجيال القادمة، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا عن طريق إتخاذ جملة من الإجراءات، وفرض مجموعة من القيود على الثروات والأموال الوطنية العامة والخاصة تضمن إستمراريتها وإستدامتها للأجيال اللاحقة.

ولما كان الحال كذلك أصبحت للتنمية المستدامة أبعادا، يجب الإهتمام والعمل على إعتداد سياسة ناجعة متوازنة نهتم بها بقدر متكافئ ومتساوي وهي البعد البيئي والبعد الإقتصادي، والبعد والإجتماعي، وهذا ما سنتناوله كل على حدا وهذه الأبعاد ليست منفصلة عن بعضها البعض، وبدون تكامل بينها يتعذر تحقيق التغيير الحقيقي اللازم لتأمين الحياة الكريمة للفرد والمجتمع.

- البعد البيئي: والذي يهدف إلى الحفاظ على الجمال الطبيعي ونوعية المياه، والهواء والتربة

وتغيير المناخ والتنوع البيولوجي... الخ.

¹ سهيل ابراهيم حاتم الهبيثي، المرجع السابق، ص 110.

ويهدف حماية البيئة والتراث البيئي، والموارد الطبيعية لصالح الأجيال القادمة، كان لابد من إيجاد حلولاً قابلة للإستمرار إقتصادياً، للحد من إستهلاك الموارد وإيقاف التلوث فالإستخدام غير العقلاني للموارد تسبب في مشاكل بيئية عديدة أثرت على توازن بين التركيب الكيميائي للغلاف الجوي، حيث يعد توازن من أهم عوامل الحياة على الأرض¹، وهكذا يمكن القول أن البعد البيئي هو الإهتمام بإدارة الموارد الطبيعية وحمايتها، لأنه العمود الفقري للتنمية المستدامة، إذ يعتبر من العناصر الأولية، في مفهوم التنمية المستدامة، ولهذا فإن إدارة المصادر الطبيعية لسنوات قادمة، وتبقى البيئة عنصر أساسي في أدبيات التنمية المستدامة، بإعتبار هذه الأخيرة تستهدف ضمان حمايتها والرقابة عليهما.

- البعد الإقتصادي للتنمية:

إن البعد الإقتصادي للتنمية المستدامة يتطلب إيقاف تبديد الموارد الإقتصادية الباطنية والسطحية، والحد من التفاوت في المداخل والثروة، فضلاً عن الإستخدام الرشيد للإمكانات الإقتصادية، وكل هذا يتحقق من خلال تغيير أسلوب الإنتاج ليتوافق مع النظام البيئي.²

كما أن حماية النظام البيئي الطبيعي يجب أن يدرج وفق منظومة تكاملية مع الأبعاد الأخرى حتى يتماشى مع التطورات الحاصلة، ويمكن إستخدام المكون البيئي كأساس لتقنين المتطلبات الإقتصادية والتي تبرز ضرورة المساهمة الفعلية للمكون البيئي بالمكون الإقتصادي.

ولعل مسائل التنمية الإقتصادية التي كانت مستقلة بعضها عن بعض، أصبحت الآن مرتبطة

إرتباطاً وثيقاً تحقق الهدف المنشود.

¹ ناصر مراد، التنمية المستدامة وتحدياتها في الجزائر، مجلة بحوث إقتصادية عربية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 46، سنة 2009، ص 108.

² بن لعلم سهام، بنان كريمة، البيئة والتنمية المستدامة مقارنة تحليلية شاملة حول جدلية العلاقة والتأثير في التشريع الجزائري، مجلة طنية للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، ص 1060.

- البعد الإجتماعي: إن علاقة الطبيعية بالإنسان علاقة منسجمة، تتوافق وطبيعة التوازن بين كل الأبعاد لتحقيق الرفاهية، وضمان سبل الحصول على الخدمات الصحية والتعليمية والوفاء بالحد الأدنى من معايير وشروط الأمن وإحترام حقوق الإنسان¹، فالتنمية المستدامة تعتمد اعتمادا كليا وكثيرا على المشاركة الإيجابية كل أفراد المجتمع فيها، لذا يمكن القول بأنها التنمية الإنسان من أجل الإنسان، ومعناها الإستثمار في قدراته وكفاءته وتوسيع نطاق الخيارات المتاحة له سواء في الصحة والتعليم أوالمهارات، حتى يتحقق العمل على نحو منتج ومبدع وخلاق²، من جهة ومن جهة أخرى فإن التنمية من أجل الناس معناها كفاءة توزيع ثمار النمو الإقتصادي الذي يحقق توزيعا واسع النطاق بحيث يستفيد منه الجميع، أما التنمية بواسطة الناس فهي إعطاء لكل فرد فرصة للمشاركة فيها، وأكثر إشكال المشاركة كفاءة والحصول على عمالة منتجة³.

كما يقتضي البعد الإجتماعي للتنمية المستدامة ترشيد النمو السكاني وإستخدام الثروات الإقتصادية إستخداما عقلانيا يتماشى وطبيعته ومقدرات المجتمع، وتوزيع الثروات توزيعا عادلا، وتمكين الناس من المشاركة بدل تهميشهم وتوسع خياراتهم وفرصهم وتوهمهم للمشاركة في القرارات التي تؤثر في حياتهم.

2- القيود المقررة لأجل حماية البيئة في التشريع الجزائري: الجزائر كغيرها

من الدول، سنت قوانين ترسي إلى المحافظة على البيئة، وفرض حماية بيئية، تستهدف أساسا وقايتها من الأخطار التي تهددها وكذا إقامة الإعتبار للبعد البيئي في التنمية من خلال تبني فكرة التنمية المستدامة.

¹العايب عبد الرحمان، العمل والبطالة كمؤشرين لقياس التنمية المستدامة، مجلة أبحاث إقتصادية، لكلية العلوم الإقتصادية، جامعة بسكرة، العدد 04، 2008، ص 100.

²بن لعلام سهام وبنان كريمة، المرجع السابق، ص 1061.

³بن لعلام سهام وبنان كريمة، المرجع السابق، ص 1061.

وعليه ألزم المشرع الجزائري، الهيئات المختصة قبل القيام بأي مخطط إقتصادي تنموي أو مخطط التهيئة الإقليمية، وكذا مخططات التهيئة والتعمير، ضرورة إدراج البعد البيئي في عملية التخطيط واقطاع هذه العملية للرقابة من خلال سلطات الضبط الإداري، وهذا ما سنتناوله في هذه الفقرة.

2-1- ضرورة إدراج البعد البيئي في عملية التخطيط: "إن تحقيق مبدأ التوازن بين

التنمية والبعد البيئي يتطلب مراعاة مخططات الإقتصادية والعمرانية، وكذا الإقليمية لقواعد حماية البيئة، وعليه كلفنا على المشرع إدراج البعد البيئي في المخططات الإقتصادية سن قوانين مثل قانون 03/83 المتعلق حماية البيئة¹، والذي نصى على إدراج البعد البيئي ضمن المخططات الوطنية التنموية، كما أدرجت الحماية البيئية ضمن الأهداف المسطرة للمخطط الوطني لفترة من 1993 إلى سنة 1997 هذا الأخير الذي حدد الأنشطة المصرح بأولوياتها المعالجة والتصفية والتخلص من النفايات الصلبة والمواد السائلة، كما أن الدولة وسعيا منها في إيجاد آلية على إعطاء دفعا قويا للتخطيط البيئي الإقتصادي تم إصدار المرسوم الرئاسي 465/94²، الذي تتضمن إستحداث مجلس للبيئة والتنمية.

أما فيما يخص إدراج البعد البيئي في مخططات التهيئة والتعمير، فلجأت الدولة سن مجموعة من النصوص القانونية، تبلور أحكام البعد البيئي في المخططات المستقبلية منها قانون 10/03 المتعلقة بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والذي أكد فيه على ضرورة إنجاز دراسة مسبقة لتأثير على البيئة قبل القيام بإنجاز المخططات الخاصة بالتهيئة والتعمير، وغيرها من الإنجازات والمنشآت التي قد تؤثر على البيئة، كما سن قانون رقم 20/01³، المتعلق بتهيئة للإقليم والتنمية المستدامة سعيا

¹ القانون 03/83 المؤرخ في 05/02/1983، والمتعلق بحماية البيئة، ج ر، عدد 06 والصادرة بتاريخ 08/02/1983، الملغى بالقانون 10/03.

² المرسوم الرئاسي 465/94 المؤرخ في 25/12/1994، المتضمن أحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة، ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد 01 الصادرة بتاريخ 08/01/1995.

³ القانون 20/01 المؤرخ في 12/12/2001، المتعلق بتهيئة للإقليم والتنمية المستدامة ج ر، عدد 77، الصادرة في 15 ديسمبر 2001.

منه لإضفاء حماية أفضل للمحيط البيئي، إلا أن مخططات تهيئة الإقليم لم يتم إستكمالها، وبقيت مجرد مشروع تخطيطي رغم وجود النص القانوني الذي يضع الإطار التشريعي له.¹

2-2- الضبط الإداري كألية وقانونية حماية البيئة: بعد الضبط الإداري وسيلة

من الوسائل التي تبنتها الدولة من أجل الحفاظ على سلامة المحيط البيئي الداخلي، حيث تعتبر آلية وقائية تهدف لتصدي لكل الأخطار والأضرار التي تلحق البيئة جراء الإستعمال الشيء لمختلف الثروات الطبيعية، أو التنفيذ الخطأ لبعض المشاريع، ومن أجل الحفاظ على النظام العام، والذي يعول عليه في النظام البيئي سليم، أوكلت الدولة مهمة الضبط الإداري في المجال البيئي إلى مجموعة الهيئات والمصالح وكذا مجموعة من الوسائل القانونية أهمها.

الوالي: حيث يمارس الوالي عملية الضبط على كامل إقليم ولايته، ومن ثم يختص الوالي بصفته

ممثلا للولاية بحماية البيئة بناء على مداوات المجلس الشعبي الولائي، وفق لقانون الولاية²، وبناء على المادة 77 منه وكذا المادة 81 من القانون السالف الذكر.

رئيس المجلس الشعبي البلدي: بإعتبار أن البلدية هي جماعة محلية قاعدية تعني بحماية

البيئة والحفاظ على عناصرها، حيث ألزم المشرع الجزائري من خلال قانون البلدية³، المجلس الشعبي البلدي بالمشاركة في عملية تهيئة الإقليم والتنمية المستدامة وفق للمادة 109 منه.

كما أوكل القانون مهمة الضبط الإداري البيئي إلى مجموعة من الهيئات تعني بحماية البيئة، منها

ما تقوم بعملية الضبط الإداري البيئي بصفة مباشرة، وتتجلى هذه السلطة في:

¹ يونس نور الدين، المرجع السابق، ص 62.

² قانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية ج ر، عدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

³ قانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية ج ر، عدد 37 الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2012.

الوزير المكلف بالبيئة: وهذا الأخير على النظام العام في مجال البيئة وفق للمرسوم التنفيذي رقم 88/16 المؤرخ في 2016/03/01، يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية والبيئة، وأوضح صلاحياته في مجال البيئة طبقا للمادة 04 منه.¹

إن صلاحيات الضبط الإداري البيئي الذي يتمتع بها الوزير المكلف بالبيئة تعد مهمة صعبة وثقيلة الوزن، كما أوكل له المشرع الجزائري أجهزة مساعدة المفتشية العامة للبيئة TGE هذه الأخيرة التي تلعب دورا هاما في مجال حماية المحيط البيئي بكل عناصره، وتسهر على تطبيق القانون البيئي المعمول به وفق المرسوم التنفيذي رقم 90/16 المؤرخ في 2016/03/01 المتضمن إنشاء المفتشية العامة لوزارة الموارد المائية والبيئية.²

وختاما تعتبر موضوع القيود المقررة لحماية البيئة في منظورنا أكثر القيود تحقيقا للمنفعة العامة للأجيال الحالية والمستقبلية، وذلك لإرتباطه بالجانب الإقتصادي والإجتماعي ويساير التنمية عموما.

الفرع الثالث: السجل العقاري دعامة أساسية لمبدأ التداولية:

إن أساس قيام السجل العقاري هو إحداث نظام الذي يعد بمثابة الوضعية القانونية للعقارات، ويظهر تداول الحقوق العينية، وتمكن من معرفة النطاق الطبيعي للعقارات يمكس السجل العقاري على أساس وثائق مسح الأراضي العام على مستوى إقليم البلدية، وعليه لا يمكن تصور تأسيس السجل العقاري دون القيام بعملية المسح العام للأراضي التي تعتبر تلك العملية الفنية والقانونية

¹ المرسوم التنفيذي رقم 88/16 المؤرخ في 2016/03/01، يحدد صلاحيات وزير للموارد المائية والبيئة، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 2016/03/09.

² المرسوم التنفيذي رقم 90/16 المؤرخ في 2016/03/01، يتضمن إنشاء المفتشية العامة للبيئة، لوزارة الموارد المائية والبيئة، وتنظيمها وسيورها، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 2016/03/09.

التي تهدف إلى وضع هوية العقار عن طريق تثبيت مواقع للعقارات وتحديد أوصافها الكاملة، وتعيين الحقوق المترتبة لها، والتعريف بالأشخاص المترتبة لهم أو عليهم هذه الحقوق.¹

أولاً- تعريف السجل العقاري: أعطى الفقهاء تعريفات عديدة للسجل العقاري بناء على التشريعات المقارنة، وكل هذه التعريفات تصب في مفهوم واحد، حيث يعرف بأنه عبارة عن سجل مجمل الوثائق التي تبين أوصاف كل عقار وتوضح حالته المادية والقانونية.²

تعريف آخر "نظام عيني لشهر التصرفات العقارية بما يستلزم هذا النظام من سجلات ووثائق يرتكز القيد فيها على الوحدات العقارية."³

والمشروع الجزائري لم ينص صراحة تعريف أو مفهوم السجل العقاري بل إكتفى بتبيان هدفه ومكوناته الأساسية، التي يجب مسكها في كل بلدية من بلديات الوطن تبعاً لإعدادات عمليات مسح الأراضي العام، حيث نصت المادة 03 في الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية".⁴

بالإضافة إلى المادة 12 من نفس الأمر التي جاء فيها "أن السجل العقاري المحدد بموجب المادة أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية ويتم إعداده أولاً بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما".⁵

¹ تخدميت سميينة، السجل العقاري كألية تطهير الملكية العقارية، مجلة، عدد، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية، كلية الحقوق.

² عبد الغني بوزيتون، المسح العقاري في تثبت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق، فرع القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، 2010، ص 109.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، الموجز في شرح نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 13.

⁴ الأمر 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 02، صادرة 12 نوفمبر 1975.

⁵ أمر رقم 74/75، المرجع السابق.

من خلال نص المادتين نستنتج أن السجل العقاري هو مجموعة من البطاقات العقارية تمسك على مستوى البلدية، وعلى مستوى الإدارة المكلفة بمسك السجل العقاري، وهي المحافظة العقارية، فيخصص لكل عقار بطاقة عقارية، تكون بمثابة هوية لإشتملها على وصف العقار المادي ووضعية القانونية بشكل نافي للجهالة.¹

ثانيا- خصائص السجل العقاري:

باعتبار السجل العقاري آلية فنية يسعى إلى تطهير الملكية العقارية تداول الملكية بصفة عامة، فإنه يتميز بمجموعة من الخصائص التي تلعب دورا هاما في المعاملات التي ترد على العقارات التي يمكن حصرها فيما يلي:

أ- نظام قانوني: يعتبر القانون مصدر هذا النظام بإعتباره يحدد له أهدافه، وينظم نشاطه فيقرر إنشاء السجلات العقارية كما يحدد وظيفتها بتنظيم إدارتها وقيودها، وما يجب أن يسبق هذه القيود من إجراءات وما يترتب عليها من نتائج.²

ب- نظام عقاري: ينصب السجل العقاري على المعاملات الواردة على فقط، إذ يعتبر فرعا من فروع التشريع العام.³

ج- ذو طابع إداري: يتم القيد على مستوى المحافظة العقارية، وهي مصلحة إدارية ذات طابع إداري، تزاوّل مهامها تحت وزارة المائية، حيث يتولى المحافظ العقاري مسك السجل العقاري تابعة للمديرية العامة للأموال الوطنية.¹

¹ بدر الدين محمدي، الشهر العقاري وآثاره في تبسيط الإستثمار ودعم مناخ الأعمال في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، 2011، ص 92.

² حسين عبد اللطيف، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 19.

³ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 21.

د- تثبت مساحة العقار: إن التصرفات الواردة على العقار في السجل العقاري ملزمة بالعقد، ذلك من أجل تحديده ببيان مساحته وأوصافه وحدوده، ولما كانت بيانات القيد قوة مطلقة، لا يجوز لأحد أن يستولي على جزء من العقار، ويثير نزاعاً على الحدود مع جيرانه، لأنها ثابتة بدقة في الخرائط المسحية الخاصة بها.²

الفرع الرابع: الدفتر العقاري كألية تطهير الملكية العقارية:

إن موضوع السجل العقاري يكتسب أهمية بالغة في إستقرار الملكية العقارية وتسجيل المعاملات العقارية، والإئتمان، كما يدعم الثقة في التصرفات العقارية، إضافة إلى تنشيط مسح العقاري، وتحديد آجال تنفيذها وستناول في هذا العرض الدفتر العقاري كدليل مادي تطهير أولاً وثانياً الأثر البيئي للحقوق العينية العقارية.

أولاً- الدفتر العقاري دليل مادي لتطهير الملكية العقارية: إن الدفتر العقاري كدليل مادي

وسند قانوني للملكية العقارية، ليعبر عن قوة ثبوتية وحجة كافية للإثبات، لأن القانونية والتقنية التي تمخض عنها، وكان من نتائجها ليست بسيطة في الإجراءات التي خضعت لها، بل هي إجراءات معقدة وصارمة، ولها أهداف محددة مسبقاً للوصول إلى تصفية الملكية العقارية من جميع العيوب.³

¹ تذكير: المحافظة العقارية هي هيئة إدارية عمومية تراول مهامها تحت وصاية وزير المالية، أو مدتها المادة 20 من الأمر 74/75 السالف الذكر، والمادة الأولى من المرسوم 63/76 بقولها "تحدث مدى المديرية الفرعية الولائية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري".

² مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 13.

³ محمد مصطفى بو بكر زرياني، تطهير الملكية بواسطة السجل العقاري، في القانون الجزائري، دار صبيح للطباعة والنشر، متليلي، غرداية، الجزائر، سنة 2014، ص 167.

وعليه فإن هذه الوثيقة كآلية القانونية توفر الحماية لصاحب الحق كمبدأ عام، بحيث لا يستطيع الغير المطالبة أو الإدعاء بالملكية، لأن بحوزته سند رسمي يمثله الدفتر العقاري، إلا في حالة التزوير أو الغش.¹

ومن الثابت قانون كذلك أن الدفتر العقاري هو الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية فهو عبارة عن سند ملكية ذو حجية مطلقة في مواجهة الغير، فإنه يكتسب هذه الصفة لكونه يصدر عن طريق قرار إداري، لا يمكن إلغاؤه إلا قضائياً²، فالحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات المعتدة في الدفتر العقاري لا يجوز إعادة النظر فيها ومنازعتها إلا عن طريق القضاء.

أ- حجية الدفتر العقاري: إن رغبة المشرع الجزائري في إستحداث السجل العقاري عن طريق مسح الأراضي العام، جعلته يوجد ترسانة من النصوص القانونية لتبيث حق الملكية العقارية، وإحداث سندات لإثباتها، منها الدفاتر العقارية، التي تمثل سندات ملكية حقيقية لأصحابها، وقد أكد المشرع عن هذه الرغبة حتى في النصوص السابق للأمر 75/74، وكذلك المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات الملكية العقارية³، حيث تنص المادة 33 منه على أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية، ومسح الأراضي ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص التي تلي هذا المرسوم، وهكذا قطع المشرع الجزائري بشكل واضح معلق وصرح بشأن القيمة القانونية للدفتر

¹ محمد مصطفى بن بو بكر رزياني، المرجع السابق، ص 167.

² المرسوم التنفيذي 123/93، المؤرخ في 19 ماي 1993، ج ر رقم 24، الصادرة بتاريخ 20 ماي 1993.

³ المرسوم التنفيذي 32/73 المؤرخ في 05/01/1973، المتعلق بإثبات الملكية الخاصة معدل ومتمم رقم 86/73، ج ر، عدد 59 الصادرة في 24 جويلية 1973.

العقاري، كونه الأداة الوحيدة مستقبلاً لإثبات الملكية العقارية، مما يعني الإستغناء عن العقود الأخرى التي أدت إليه رسمية أو عرفية إدارية أو قضائية.¹

1- الطبيعة القانونية للدفتري العقاري: لقد تباين رأي الفقهاء حول طبيعة الدفتري

العقاري، فيما إذا كان قرار إداري، أو عقد إداري إنقسم إلى فريقين، فريق يقر بأن الدفتري العقاري قرار إداري، في حين يرى آخرون أنه عقد إداري وهذا ما سنتناوله في هذا العرض.

- الدفتري العقاري قرار إداري: إذا كان القرار عمل قانوني من جانب واحد، ويقدر بإرادة إحدى

السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث آثاراً قانونية بإنشاء أو تعديل، أو إلغاء وضع قانوني قائم²، وهو إعلان للإدارة يقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر من السلطة إدارية، في صورة تنفيذية، أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر³، وعرفه بعض الفقه بأنه "عمل قانوني صادر عن الإرادة بإرادتها المنفردة وتؤثر على النظام القانوني، وحقوق الغير، وبالتراتبية دون رضاهم".⁴

وعرف القرار الإداري بأنه "أعمال وتصرفات قانونية تتشعب إلى أعمال قانونية تصدرها جهة

الإدارة بالإتفاق مع أحد الأفراد، أو إحدى الشركات أو جهة إدارية أخرى.

من خلال هذه التعاريف ينصح جلياً أن خصائص القرار الإداري هي:

- القرار الإداري عمل وتصرف قانوني.

- القرار الإداري صادر الإرادة بإرادتها المنفردة.

¹ بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، فرع عقاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2009، ص 75.

² محمد حميد الرصيغان العبادي، المبادئ العامة للقرار الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2014، ص 17.

³ عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، سنة 2007، ص 14.

⁴ عيسى الأعرج، مسيون جريس، عيب السبب في القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2015، ص 12.

- القرار الإداري يحدث أثارا قانونية.¹

هذه الخصائص التي يتمتع بها القرار الإداري يمكننا من القول أنها تتوافر في الدفتر العقاري من حيث الجهة المحررة للدفتر العقاري، والمتمثلة في شخص المحافظ العقاري، أو السلطة المختصة في إصدار مثل هذا النوع ومن حيث إحداث أثر قانوني حيث أنه يساهم في تغيير المراكز القانونية إما بإنشاء أو إثبات أو تعديل أو إنهاء حقوق عينية.

- **الدفتر العقاري عقد إداري:** اختلفت تعاريف العقد الإداري باختلاف مصدرها فهناك

من عرفه من الفقهاء بأنه ذلك "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام مع إظهار النية في تطبيق أحكام القانون الإداري.²

وعرفه بأنه "ذلك العقد الذي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرف فيه³، العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فهميه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأن يتضمن العقد شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة والإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.⁴

إستقراء التعاريف الفقهية أعلاه فهي تتفق حول كون العقد الإداري لا يكون إلا إذا كانت الإدارة العمومية طرفا فيه، وإتصل هذا العقد بنشاط من أنشطة المرفق العام، وبالرجوع الدفتر العقاري محل الدراسة فإن المحافظ العقاري جهة مصدره، وليست طرفا متعاقدا، ومنه فالعقد أطراف شخصا

¹ جمال عبد الناصر، مانع الإختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد 12، جامعة قسطنطينية، الجزائر، ص 12.

² مصطفى سالم النعيمي، العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة الأولى، الأفق المشرقة، ناشرون، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 17.

³ عماد الدين رحامية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ص 252.

⁴ عماد الدين رحامية، المرجع السابق، ص 23.

من أشخاص القانون العام، فلا يمكن أن يعتبر العقد إدارياً، والعنصر الجوهرى الذى لابد منه هو تطابق لإرادتين وهو ما لا نجده فى الدفتر العقارى.¹

من خلال الرأىين السابقين نستطيع القول أن الدفتر العقارى وإن كان يتمتع بمواصفات القرار الإدارى، إلا أن دعوىإلغائه لا تستوفى الشروط السابقة لدعوى الإلغاء التى يكون موضوعها القرار الإدارى، خاصة الشرط الميعاد فى حين يمكن إلغاء الدفتر العقارى، إلغاء قضائى فى أى وقت عملاً بالمادة 16 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقارى السالف الذكر، التى لم تحدد أجل مسقط لرفع الدعوى، هذا ما يؤثر سلباً على إستقرار المعاملات والمراكز القانونية للمتعاملين العقاريين.

2- الحجية القانونية للدفتر العقارى:

- **الحجية المطلقة للدفتر العقارى:** تستبدل أنصار هذا المذهب أن الدفتر العقارى يعتبر الناطق الرسمى والطبيعى بإسم الوضعية القانونية المالية للعقارات، ولذلك يجب إضفاء الحجية المطلقة عليه، لأنه مر بالعديد من الإجراءات، والمراحل التقنية والقانونية إلى غاية تسليمه لها حسب العقار، هذه الإجراءات قد تعمل تحصيل الضغط العقارى، مما يلزم صاحبه القيام، أى المحافظ العقارى القيام بالتأكد من صحة الاجراءات وكذا البيانات وفق الوثائق المسححية المرفقة، وكذا الوضعية القانونية للعقار والأجال المعتدة والدفتر العقارى هو صورة البيانات التى يحملها السجل العقارى بأجمعها أو البطاقة العقارية التى إعدادها خصيصاً لذلك، ويستند أنصار هذا المذهب على ما جاء فى المادة 33 من المرسوم 32/73 السالف الذكر المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، وهذا ما أقرته المحكمة العليا فى القرار رقم 197920 المؤرخ فى 2000/06/28²، الصادر عن الغرفة العقارية، إذ من الثابت أن الدفتر العقارى سيكون الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملاً بالمادة 33 بالمرسومالسابق، كذلك القرار رقم

¹ عماد الدين رحامية، المرجع السابق، ص 252.

² قرار المحكمة العليا رقم 197920 المؤرخ فى 2000/06/28، المجلة القضائية، ص 249.

367715 المؤرخ في 2005/11/15¹، الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، الذي جاء فيه "أن شهادة التقييم المؤقت تعطي لصاحبها صفة المالك الظاهر ومنه صفة التقاضي وحصوله على الدفتر العقاري ذي القوة الثبوتية طالما لم يطعن لم فيه قضائيا، وأسس القضاة قرارهم أن الإعتراض لم يتم بالأجال القانونية، ونتج عن شهادات التقييم والمسح الدفتر العقاري الذي يعتبر على رأس المستندات الرسمية في إثبات الملكية إذ لم يطعن فيه.²

وبالرجوع إلى المادة 19 من الأمر 74/75 السالف الذكر تجعل من الدفتر العقاري الدليل الوحيد والقوة المثبت للملكية العقارية تماشيا مع الشهر العيني وبالإعتماد على السجل العقاري الذي يتم فيه شهر جميع التصرفات الواقعة على العقار وهذه التصرفات قرينة قانونية قاطعة على الملكية وإستنادا على مبدأ القيد المطلق، كل هذا يعطي للدفتر العقاري حجية مطلقة في إثبات الملكية.

- **الحجية النسبية للدفتر العقاري:** يرى أصحاب الإتجاه أن حجية الدفتر العقاري نسبية

لا مطلقة على أساس المادة 16 من المرسوم 63/76 السالف الذكر، تنص على أنه لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12، 13، 14 من هذا الفصل عن طريق القضاء، ومن خلال هذه نستنتج أن المشرع قد ضيق من الحجية المطلق لصالح الحجية النسبية للحقوق المقيدة في نظام الشهر العيني لتكريسه لهذا الإستثناء.

¹ قرار المحكمة العليا رقم 367715 المؤرخ في 2005/11/15 المجلة القضائية ص 413.

² زهرة بن عمار، دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعاته أمام القضاء الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون العام كلية الحقوق، جامعة باجي عمار، عنابة، 2011، ص 314، 315.

كما يمكننا القول بأن المشرع وفق في جعل الدفتر العقاري ذا قيمة نسبية، ويمكن الطعن فيه أمام القضاء أو إلغاءه.¹

من خلال إستقراء الآراء السابقة فالإتجاه الثاني إعتد حججا وبراهين واضحة وقوية ومستمدة أساسا من حيث النصوص ومن حيث الواقع الذي يفرض في عملية المسح، وأدوات التحقيق العقاري الذي يستند إلى سندات ووثائق، وغياب الملاك الحقيقيين عن عملية المسح، وكذا الفترة الممنوحة لأعوان المسح في إتخاذ مثل هذه القرارات، والتصريحات المعنيين التي قد تشوبها أخطاء مادية، كما أن الحجية النسبية للدفتر العقاري تأتي من أحقية المالك في الحق المترتب له بموجب الوثائق المسحية، أما الإتجاه الأول لم يكن واضحا ودقيقا في أدلته وبراهينه، ما دام الدفتر العقاري له قابلية الطعن أمام القضاء.

ب- موقف القضاء من حجية الدفتر العقاري:

بالرجوع إلى قرار المحكمة العليا رقم 108200 المؤرخ في 16/03/1994²، والذي أعتبرت الدفتر العقاري ذو حجية نسبية، ويمكن الطعن فيه أمام القضاء وهذا مسaire لموقف المشرع الجزائري ولم يخالفه وجاء في القرار رقم 259635 المؤرخ في 21 أبريل 2004³، على أن يؤسس ذات الدفتر العقاري قانونا بعد إستكمال الإجراءات الشكلية والشكليات والأجال، مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فإعتد القضاء على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى، نلاحظ أن القضاة أخذوا بمبدأ القوة

¹ عبد الرزاق موسوني، التقييم العقاري، وطرق إثبات الملكية العقارية في الجزائر، مجلة دراسات القانونية المقارنة، العدد 04، مخبر قانون

خاص مقارن، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، نوفمبر 2017، ص 53.

² قرار المحكمة العليا رقم 108200 المؤرخ في 16/03/1994، المجلة القضائية، العدد 06 لسنة 1994، ص 124.

³ القرار رقم 259635 المؤرخ في 21 أبريل 2004 المؤرخ في 21/04/2004 المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2004، ص 215.

الثبوتية في الدفتر العقاري لم يناقضه القرار رقم 282811 المؤرخ في 2005/02/23¹، ويؤكد على أنه لا يجوز إعادة النظر، والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي لإقضائيا.²

وحول القوة الثبوتية للدفتر العقاري أيضا، جاء قرار المحكمة العليا رقم 367715 المؤرخ في 2006/11/15³، على أن شهادة الترقيم المؤقت تمنح لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي، وتؤدي على حصوله على الضغط العقاري ذي القوة الإثباتية طالما لم يطعن فيه قضائيا.⁴

نستنتج مما سبق أن الإجتهد القضائي لا يأخذ بمبدأ القوة الثبوتية، ولا القانون الجزائري، طالما أن هناك حق مطالب به، هذا لا يعني التقليل من أهمية السجل، إذ الدفتر العقاري، لأن الطعن في صحة الترقيم النهائي، أو في حجية الدفتر العقاري تكون حالات نادرة وخاصة.⁵

ثانيا- الأثر المظهر للشهر العقاري: الشهر العقاري هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بشهر الحقوق العينية، وبعض الحقوق الشخصية المتعلقة بالعقار، وهو وسيلة وليس غاية في ذاته، وتختلف تلك من حيث طريقة عملها وأهدافها باختلاف نظام الشهر المطبق.⁶

كما أن الشهر العقاري يؤدي وظائف منها إنشاء الحق، نقل الحق، منع حجية للحق، الإعلام بوظيفة العقارات وإنعقاد التصرف العقاري في القوانين التي تعتبر الشهر ركنا في تلك التصرفات⁷، كما

¹ قرار المحكمة العليا رقم 282811 المؤرخ في 2005/02/23 المجلة القضائية رقم العدد 02 لسنة 2006، ص 413.

² حميدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الطبعة السادسة، دار هومة، سنة 2006، ص 46.

³ قرار المحكمة العليا رقم 367715 المؤرخ في 2006/11/15، المجلة القضائية، عدد الثاني لسنة 2006، ص 413.

⁴ محمد مصطفى بن بو بكر، المرجع السابق، ص 174.

⁵ محمدي فريد، التقادم المكسب، ونظام السجل العقاري، مقال منشور مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، بالمحكمة العليا، الجزء الأول، منشورات المحكمة العليا، قسم الوثائق، 2004، ص 124.

⁶ ويس فتحي، الأثر المظهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 07، العدد 01، سنة 2021، ص 172.

⁷ ويس فتحي، المرجع السابق، ص 172.

يؤدي الشهر العقاري دورا في المفاضلة بين التصرفات والحقوق المتزاحمة، فضلا عن دوره المالي في حياته الفردية العقارية.¹

أ- تعريفه: ويمكن تعريف الأثر المظهر للشهر هو تلك الوظيفة التي يؤديها شهر الحقوق والتصرفات، والتي تجعل من التصرف المشهر مظهر من كل عيب، وتجعل الحق المقيّد في السجل العيني، يتمتع بالحجية والقوة المطلقة التي تمنع الطعن فيه، وتمنع الغير من مزاحمة صاحب ذلك الحق، تحت أي ذريعة كانت.²

وتعريف آخر "الأثر المظهر للقيّد أن الترقيم النهائي يجعل للترقيم المؤقت للعقارات القوة الثبوتية، والمطهرة لكل نزاع حول الملكية لنضفي فيما بعد على الدفتر العقاري الصفة القطعية النهائية، وبالتالي لا مجال للنزاع أو لطلب إكتساب الملكية بالتقادم."³

ب- موقف المشرع الجزائري من الأثر المظهر للقيّد:

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري، فإنه خلافا لمبادئ الشهر العيني، لا يعطي الأثر المظهر للقيّد، لأنه بالرغم من منح فرص للإعتراضات، وتسوية الخلافات وديا أو قضائيا، فإنه سمح بالإعتراض على الترقيم النهائي، ولم يكتفي بتعويض المتضررين من هذه العملية.

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص 172.

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص 172.

³ بوشنافة جمال، موقع المشرع والقضاء من الأثر المظهر للإجراء الأول بمناسبة اجراء منع الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالعرفون، جامعة البليدة، 02، ص 64.

المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

قد تدعو الحاجة للمتعاقدين أثناء ممارسة حقوق التصرف في نقل الملكية، أو ترجيح مصلحة إلى الإتفاق على تضمين العقود بقيود تقضي بمنع الحائز الجديد من التصرف، أو إشتراطات يراها المتعاقدين مشروعة وجدية لفترة قد تطول أو تقتصر، وقد يثار بهذا الصدد إعتراض يكون على سلطة الأفراد في التصرف في ملكياتهم، مناقض لخصائص حق الملكية، من كونه حقا جامعا مانعا مؤبدا سلطاته الثلاث الإستغلال والإستعمال والتصرف، لذلك فإن الفقهاء والتقنين فتحا باب الإستثناء، بقدر كافي، يتحمل الجزء الأكبر الفقه، وفي حدود ضيقة وبشروط معينة خاصة من جهة التأقيت وتحقيق المصالح المشروعة.

ولهذا تتمحور الدراسة في هذا المبحث حول قيام القيد الإتفاقي صحيحا ويجعل الملكية العقارية غير قابلة، لأن تجري عليها التصرفات والأعمال التي تتعارض مع مقتضى العقد، ولتقييم مدى تأثير القيد الإتفاقي على الملكية العقارية، سنحاول في هذا المبحث إعطاء فكرة عن مفهوم القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية كإستثناء من قاعدة حرية التداول في المطلب الأول أما المطلب الثاني سيخصص للحرية التعاقدية وإشتراط القيود الإتفاقية، أما المطلب الثالث يخصص لآثار القيود الإتفاقية وتطبيقاتها.

المطلب الأول: مفهوم القيود الإتفاقية كإستثناء من القاعدة العامة:

لمعرفة مفهوم القيود الإتفاقية يجب أن نستعرض هذه الماهية في الفروع التالية:

✓ الفرع الأول: تعريف القيود الإتفاقية الواردة على حق الملكية.

✓ الفرع الثاني: خصائص القيود الإتفاقية.

✓ الفرع الثالث: تمييز القيود الإتفاقية عن ما يشابهها.

✓ الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للقيود الإتفاقية.

المطلب الأول: مفهوم القيود الإتفاقية كإستثناء من القاعدة العامة: يقتضي عند تطرق لمفهوم القيود الإتفاقية تعريفها وخصائصها وتمييزها عن ما يشابهها من حقوق، وكذا الطبيعة القانونية وهذا ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف القيود الإتفاقية الواردة على حق الملكية:

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف القيود الإتفاقية، ليفسح المجال للفقه للقيام بدوره وإعطاء تعريف لهذه القيود، وفي هذا الصدد عرفها الفقهاء بما يلي "يقصد بها تلك القيود التي تترد إلى إرادة الأطراف وإرادة المالك بوجه عام، إذ لا يمكن لهؤلاء أن يقيدوا بإرادتهم حق الملكية بقيود أخرى، غير التي أوردها القانون بشرط أن لا تؤدي هذه القيود إلى إنشاء حق عيني لم ينص عليه القانون، أو المساس بجوهر حق الملكية.¹

فأما أن لا تؤدي القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية إلى إنشاء حق عيني لم ينص عليه القانون، فذلك لأن الحقوق العينية بحسبانها من المسائل المتعلقة بالنظام العام من حيث أنها تعد أساسا من النظام العام الإقتصادي، وقد وردت على سبيل الحصر.²

وأما أنها لا يجب ألا يترتب على القيود الإتفاقية التي ترد على حق الملكية المساس بجوهر هذا الحق، فذلك مقتضاه أن تكون هذه القيود نسبية ومؤقتة.³

¹ البدرائي، المرجع السابق، ص 08، الفقرة 4.

² محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، ج 1، حق الملكية، الطبعة 03، سنة 1954، ص 18.

³ محمد ليبب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، سنة 1927، ص 289.

أما الإتفاق على حرمان المالك من ممارسة السلطات التي يخولها له القانون حق ملكيته على ملكه وهي السلطات هي الإستعمال والإستغلال والتصرف حرما كاملا مثل هذا الإتفاق يقع باطلا.¹

وقد يتحقق ذلك إذا كانت هذه القيود لا تتناول كل السلطات المالك على ملكه بل بعضها ولمدة محددة، وليست دائمة.

تعريف آخر بأنها "القيود التي يضعها المتعاقدون في طلب العقد، ويهدفون منها من ورائها تقييد حقوق المالك، ومنعه من التصرف في عقاره".²

تعريف آخر بأنها "أن يتفق المتعاقدون على ما يقيد حق المالك، ويمنعه من التصرف في عقاره على نحو معين".³

هذا التعريف لم يعط أساسا للقيود، وإكتفى "على نحو معين" دون إبراز مظاهر التقييد ومآلاته، وتحديد القصد من التقييد فإقتصره على "نحو معين" تعطي دلالات معينة غامضة، وبالنتيجة هذا التعريف مردود من الناحية النظرية، ومن الناحية العملية وهناك تعريف آخر للقيود الإتفاقية "هي القيود التي تحد من سلطات المالك على ملكه على محل ملكيته بالإتفاق معه ومع ذوي الشأن تحقيقا لمصلحة خاصة قد يتفق المالك لعقار على منح حق إرتفاق يثقل محل مكيلته لصالح عقار مملوك لشخص آخر، وقد يتفق المالك مع من يتنازل له عن ملكيته بشيء معين أن يمتنع هذا الأخير عن التصرف في هذا الحق لمدة معينة.

¹ إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، المرجع السابق، ص 50.

يعرف القيد الإتفاقي من حيث المعنى الإصطلاحي اللغوي بأنه جمع أقياد وقيود، وقيده بقيده تقييدا، وقيده جعل القيد في رحله قيد حرية، وقيد العقد بشروط، كما جاء في الحديث الإيمان، قيد الفتك، لا يفتك مؤمن صحيح أبي داود رقم الحديث 69، "ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر لبنان، الطبعة السادسة، سنة 1997، ص 1018.

² مأمون الكريزي، التخطيط العقاري، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ج2، الرباط، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ص 355.

³ محمد ابن محجوز، الحقوق العينية في الفقد الإسلامي، والتقنين المغربي، سنة 1990، ص 121.

ويعرفها الأستاذ حسن علي الشاذلي بما يلي "وإن كانت القيود الإتفاقية والشروط الإرادية تعد

إلتزامات أو بنود زائدة على أصل العقد، يكون فيها مصلحة للعقد أو للعاقدين أو الغير.¹

ويضيف "تجتمع القيود الإتفاقية والشروط الإرادية في كونها بنودا زائدة لا تؤثر على وجود

العقد أو إنقضائه".

ولعل أبرز تعريف للقيود الإتفاقية هي أنها "هي تلك الشروط التي يفرضها الإتفاق في حالة

العقود الملزمة لجانبين، بجانبين أو تفرضها الإرادة المنفردة في حالة العقود الملزمة لجانب واحد، بموجبها

أحد الأفراد الآخر على عدم التصرف في حق الملكية الذي إكتسبه".²

"وهو شرط أو بند إرتفاقي لأصل العقد يكون فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو للغير ويؤدي

إلى تعديل أحكام وأثار العقد الأصلية".³

كما يعبر عنها الأستاذ القيود الإتفاقية بالشروط المقترنة بالعقود"⁴، لكن يجب أن تكون

المعاصرة للعقد وليست المتقدمة عليه أو المتأخرة عنه.⁵

وزيادة عن التعريفات السابقة هناك تعريفات مماثلة في المعنى، وتختلف في الخصائص

وهي: "شروطا تقترن بالعقد تزيد في إلتزاماته، أو تقوي هذه الإلتزامات".⁶

¹ حسن علي الشاذلي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، سنة 2009، ص 51.

² محمد محروك، بعض موانع إنتقال الحق العيني بين مدونة الحقوق العينية وبعض القوانين الخاصة، مقال منشور بكلية القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش المطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2019، الجزء الأول، ص 174.

³ حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 64.

⁴ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996، ص 135.

⁵ علي محي الدين علي القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، بدون سنة، ص 1165.

⁶ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 136.

ويقول القرافي في كتابه الشهير الفروق "الشروط المقارنة لتنجيز التصرفات القانونية التي تقبل الشرط دون التعليق عليه"، هذا التعريف أو هي شروطا تقترن التي تقييد حكم العقد تقييدا فتعدل آثاره الأصلية بإيجاب الإلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن الشرط.¹

إن القيد الإتفاقي لا يعد وأن يكون الحكم الذي يرد على خلاف الأصل يمنع الأخذ به في حال أو أحوال معينة، فالأصل هو ثبوت سلطات المالك كاملة عن الشيء المملوك، فيأتي القيد حكما يحرمه من بعض هذه السلطات أو يفرضه لها شروطا تحد من مداها وإطلاقها.²

والنتيجة هي أن القيد الإتفاقي يعتبر شرطا من الشروط التي يدرجها المتعاقدون في عقودهم وتصرفاتهم القانونية من إلتزامات زائدة تعدلأثار العقد أو التصرف، أو تحديد مضمون التصرف، وتقييده على وجه دون آخر.³

بعد إستعراض مفهوم القيد الإتفاقي، وقد مننا بعض التعريفات، يمكن إستنتاج خصائص القيد الإتفاقي إجمالا، إستنتاجا يتوافق مع مبدأ التقييد الملكية العقارية في خصوصيتها وخاصة إعمالا للسلطات هذه الأخيرة.

الفرع الثاني: خصائص القيود الإتفاقية: تتميز القيود الإتفاقية بخصائص معينة تحدد جوهر

فكرتها ويتمثل في أنها:

✓ القيد إرادي.

✓ القيد الإتفاقي إستثناء من القاعدة العامة.

¹ أحمد بن إدريس القرافي، البروق في أنواء الفروق طبعة عيسى الحلبي، سنة 1929، ص 31.

² جميل الشرقاوي، الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، عدد 02، السنة 1978، ص 102.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، سنة 1998، ص 123.

✓ القيد الإتفاقي الزام طبيعي تبعي

أولاً-القيد الإتفاقي: قيد إرادي: يترتب على القيد الإتفاقي تقييد حق المالك فهو يسلبه سلطة التصرف بالشيء تحقيقاً لمصلحة مشروعة، ولا يبقى له إلا سلطتي الإستغلال والإستعمال أو العكس مثلاً في حق الإنتفاع أو حق الارتفاق.

فالقيد الإتفاقي قد يرد على حق الملكية، ويكون مصدره الأطراف أو إرادة الأطراف المتعاقدة في حالة وروده في عقد، أو إرادة طرف واحد في حالة وروده في وصية أو هبة، ومن هنا يأتي وصفه بأنه قيد إرادي.

ولئن ذهب جانب من الفقه إلى وصف هذا الشرط بأنه قيد إتفاقي¹، فإن ثمة جانب آخر من الفقه فقد ذهب إلى وصفه قيد إرادي، وليس قيدياً إتفاقياً، وذلك لأنه لا يقتصر على العقد فقط وإنما كذلك يقتصر أو يرد على إرادة منفردة كالوصية²، والهبة، والحقيقة أن قدرة الإرادة على تعديل نظام الملكية بتقليص سلطات المالك عن طريق إنتقاص سلطة التصرف ولا تكون معتبرة قانوناً إلا إذا أريد لهذا الإنتقاص تحقيق مصلحة مشروعة، ولا يستغرق فترة معلومة.³

ولا يعني وصف شرط المنع من التصرف بالقيد الإرادي أن يعطي المالك الشيء أن يقرر بإرادته المنفردة عدم جواز في مال من أمواله، بإرادته المنفردة في هذا الضرف تكون لغوا وليس لها قيمة تشترط المنع لا يعتبر إرادياً بالنسبة لمالك تتحدد سلطته، وإنما يكون كذلك بالنسبة إلى سلفه الذي قام بنقل الملكية إليه.⁴

¹ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، طبعة 01، المطبعة العالمية، سنة 1951، ص 508.

² نعمان محمد خليل، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1989، ص 287.

³ حسن كيره، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج1، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1975، ص 131.

⁴ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 131.

هذا إلى جانب أنه لو كان بمقدور المالك أن يقرر عدم جواز التصرف في مال من أمواله بإرادته المنفردة تترتب على إقراره هذا خروج المال من الضمان العام للدائنين، إذ أن الشرط المنع يقتضي عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه وهذا ما لا يمكن قبوله.¹

إذن وصف الشرط بأنه إرادي، كما أنه يرد على القيد بناء على إرادة طرفية أو يرد في الوصية على إرادة طرف واحد هو الموصي، ولا شك أن شأن إضفاء هذا الوصف على القيد أن يسهل أمر التفرقة بينه وبين القيود التي يفرضها القانون على الملكية.

ثانيا- القيد الإتفاقي إستثناء من القاعدة العامة:

من المسلم به أن حق الملكية يخول للمالك سلطات الإستعمال والإستغلال والتصرف، وهذه السلطات هي التي يعطي للحق قيمة إقتصادية، وخاصة سلطة التصرف في الشيء، أي القدرة على نقل الملكية، إذ أنها الوسيلة الوحيدة التي تضمن وصول الأموال إلى من يستطيعون إستغلالها.²

ولهذا أقرت التشريعات مبدأ تداول الأموال بصفة عامة، الملكية العقارية بصفة خاصة، لتحقيق غايات قانونية وإقتصادية، وإجتماعية، ومبدأ تداول الثروة العقارية بين الناس، وما يحققه من فوائد إقتصادية وإجتماعية، عله يستفيد من ثمراتها الفرد أو المجتمع على حد سواء، ولتفعيل هذا المبدأ على الواقع، نظم المشرع حق الملكية، وأطلق يد المالك في التصرف في ملكيته كيف شاء متى شاء، وبشتى أنواع التصرفات، فضلا عن إيجاد الآليات والوسائل القانونية والعملية لتداول الملكية العقارية، وعلى رأسها العقد كوسيلة لتبادل الأموال، والمنافع، بالإضافة إلى الطرق الأخرى للتداول سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

¹ نعمان محمد خليل، المرجع السابق، ص 287.

² البدرابي، المرجع السابق، ص 97.

وبالرغم من أن القيود الإتفاقية ترد على الملكية العقارية الخاصة إستثناء من مبدأ التداول، فإن أهميتها القانونية والعملية، قد جعلها تحضى بدراسة مفصلة في الفقه الإسلامي على إختلاف مذاهبه الفقهية، لكن حضيت بعناية أقل لدى القانون الوضعي رغم أهميتها كما سبق الإشارة إليه فالقانون الجزائري لم ينظم هذا النوع من القيود، ولم يعن بها أدنى عناية بل تركها.

ثالثا- القيد الإتفاقي إلزام طبيعى تبعى:

يقتضى لقيام الإلتزام التبعى وجود إلتزام أصلي يستند إليه، ما لم ينص القانون أو الإتفاق خلاف ذلك، ويكون تابعا له من حيث قيامه وموضوعه وآثاره، فهو ينشأ تبعا للإلتزام الأصلي فيعدم إذا عدم الإلتزام الأصلي، ولا يقوم إلا بوجوده، يعنى يلزم من عدمه العدم ولا يلزم بوجوده الوجود، وقد يستند على حق شخصي يكون تابعا له، فالقصد من وجود الإلتزام التبعى ضمان الوفاء به.

الفرع الثالث- تمييز القيود الإتفاقية عن ما يشابهها من الأنظمة:

تختلف القيود الإتفاقية ببعض المفاهيم المشابهة، ولهذا سنحاول في هذا العنصر إقامة جوهر التفرقة بينهما وبين ما يشابهها من الأنظمة، كتمييزها عن القيود القانونية وحق الشفعة وحق الأفضلية وحق الإرتفاق الإتفاقية، وحق الرجوع في الهبة.

أولا- تمييز القيود الإتفاقية عن القيود القانونية:

نميز القيود الإتفاقية عن القيود القانونية من حيث المصدر ومن حيث الأثار القانونية.

أ- من حيث المصدر: فالقيود القانونية، تستمد شرعيتها من القانونية، فالقانون هو مصدرها أو يقرر شرعيتها، ويسرياً ما القيود الإتفاقية فمصدرها إرادة الأطراف، فالأطراف هم من يقرر شرعيتها، ويقررها إرادة الأطراف المتعاقدة سواء العقود الملزمة للجانبين أو جانب واحد.

ب- من حيث سريان القيد: فالقيود القانونية يسري أثرها بشكل مطلق على جميع الأملاك العقارية المماثلة في الشروط المتطلبية قانوناً لتقرير هذا النوع من القيود¹، ويكون مآل التصرف المخالف للقيد القانوني هو البطلان المطلق لتعلق بالنظام العام، أما القيود الإتفاقية فتختلف من حيث الجزاء عنها، بحيث أن مصير مخالفة القيد الإتفاقي يتوقف على إرادة مشترط القيد الذي يجيز بين إجازة العقد المخالف لمقتضى القيد أو المطالبة بإبطاله.

ثانياً- تمييزها عن حقوق الارتفاق الإتفاقية:

تتميز القيود الإتفاقية عن حقوق الارتفاق من حيث الطبيعة القانونية ومن حيث الخصائص، حيث تعتبر الحقوق الإتفاقية هي حقوق عينية يفترض لزوماً وجود علاقة بين عقارين خادماً ومخدوم، يكون لصاحب العقار المخدوم سلطة مباشرة على العقار الخادماً، ويتم حق الارتفاق بدوام العقارين، أما القيود الإتفاقية فهي مجرد بنود وشروط، تقترن بالعقد، وتحد من حق الملكية، ولا تشترط دائماً وجود عقار آخر، وهي ذات طبيعة مؤقتة وليست دائمة.

ثالثاً- تمييزها عن حقوق الشفعة أو حق الأفضلية والرجوع عن الهبة:

حيث أن القيود الإتفاقية ترد على الملكية العقارية، وتحد من نطاق هذا الحق، ومن سلطات المالك كما هو واضح ومعلوم في حين أن الشفعة، وحق الأفضلية، المقرر في النظام الملكية المشتركة المبنية

¹ كما هو الحال في الإلتزامات المتعلقة على شرط فاسخ بحيث يكون وجود الإلتزام معلقاً على شرط وقف ويسمى الإلتزام موقوف على شرط أو يتوقف إسقاطه على تحقيق أمر معين، ويسمى الإلتزام معلقاً على شرط فاسخ.

وشرط الرجوع في الهبة هي ماكينات منها ما هو مقرر بقوة القانون، ومنها ما هو مقرر عن طريق الإتفاق للشريك في الملك المشاع، وللملك المشترك في الملكية المشتركة وللواهب متى توافرت في كل واحد منهم الشروط المطلوبة قانوناً لإسترداد المبيع أو الموهوب من يد المتصرف إليه، فهذه الماكينات وإن كانت لا تؤثر على حق الملكية فإنها تقيد الحرية التعاقدية للمتصرف في إختيار الشخص المتصرف إليه.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة:

إن تحديد طبيعة هذه القيود وتطبيقاتها إنما يتجسد في تحديد وطبيعة الجزء المترتب عن المخالفة مقتضى القيد¹ خاصة الشرط المانع من التصرف، كما أن النصوص القانونية التي تناولت هذا النوع من الشروط أو القيود لم تتناول الطبيعة القانونية لهذه القيود، مما فتح الأفق واسعاً أمام الفقهاء إلى تصور ووضع العديد من التكييفات له، ويمكن اجمالاً في ثلاث نظريات:

- ✓ نظرية عدم الأهلية الإتفاقية.
- ✓ نظرية عدم قابلية المالك للتصرف.
- ✓ نظرية الإلتزام بالإمتناع عن عمل.

أولاً- نظرية عدم قابلية الأهلية الإتفاقية: أو يعتبر إنتقاصاً من أهلية المتصرف ينطلق من كون عدم قابلية المال للتصرف أساسه المنع الذي يصيب شخص المالك بشكل مباشر ويؤثر على أهليته في التصرف²، ويترتب على ذلك إحداث عدم أهلية إتفاقية للمالك في التصرف المال المثقل بالقيود³، وهذا يبرر إمكانية إبطال كل التصرفات المنافية للشرط المانع، وجعل المال المثقل بالقيود غير قابل

¹ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، السنة 2010، ص 47.

² Marcel planiol, op, cit, p 747.

³ Michelle camyn, les restriction à libarté d aleiner dans le code civil, du que pec revue droit aneè 1994, p 895.

للحجز، لكن هذا الإبطال ينحصر في المتصرف إليه فقط¹، مع العلم أن الشرط قد يكون مقرا لمصلحة أحد المتعاقدين، أو لحماية مصلحة الغير، وبالتالي يحق لكل واحد منهما المطالبة بإبطال التصرف المخالف له.

لكن هذه النظرية تعرضت لإنتقاد شديد لكون الأهلية من النظام العام، فلا يجوز لإرادة الأفراد أن تعدل فيها، ومن جهة أخرى، فإن أهلية الأداء، وهي المقصودة هنا، تدور وجوبا وعندما مع التميز، وحيث لا يكون الشخص أهلا لمباشرة تصرف معين لنقص في تمييزه، فإن المنع ينصرف إليه لا إلى التصرف ذاته.²

ثانيا- نظرية عدم قابلية المائل للتصرف: أو ما يعبر عنها إفراج المال الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل فننتقل من كون عدم القابلية للتصرف تنصب مباشرة على المال المثقل بالقيود الإتفاقي، وتجعله غير قابل للتصرف أو عبارة أخرى هو إخراج المال الممنوع من التصرف فيه من دائرة التعامل، بحيث يصبح هذا المال غير صالح لأن يكون محلا للحقوق المالية، أي أنه يصبح المال بطابع عيني، هو عدم قابلية للتصرف.³

كما يترتب على ذلك إمكانية إلغاء كل تصرف مخالف للحظر الإتفاقي، وإعتبار المال المثقل بالقيود غير قابل للحجز، فعدم قابلية المال للتصرف، حسب هذه النظرية هي بمثابة تحمل عيني ينصب على الملكية العقارية، وتكون حجية في مواجهة الغير، بمجرد القيام بإجراءات الشهر العقاري.⁴

¹ خليل أحمد حسن قداد، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثاني عشر، جوان 2004، ص 132، مقال منشور.

² مونة مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 161.

³ جميلة نعمان، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 290.

⁴ ورغم ذلك يرى السهوري أن القانون المدني المصري يأخذ بالتكليف العيني للشرط المانع من التصرف ويترب على أن كل تصرف مخالف للشرط، يكون باطلا بطلانا مطلقا، السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، حق الملكية، ص 525.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد كون إحداث عدم قابلية عينية للتصرف بموجب تصرف قانوني يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المدني منها الخاصية المطلقة لحق الملكية، وحرية تداول الملكية العقارية والضمان العام للدائنين.¹

لكن غالبية الفقه المصري تكيف هذه القيود والشروط كقيد يرد على سلطات المالك، ويؤدي إلى تعديل في أحكام الملكية يجب أن لا يتعدى ما هو ضروري لتحقيق المصلحة التي يشهد فيها القيد الإتفاقي.²

لكن هذا التكيف لئن كان مقبولا جزئيا، فإنه منتقد بجزئه القائل بقدره الإرادة على تعديل أحكام الملكية، لأن النظام القانوني للملكية من النظام العام، يتولى المشرع وضع قواعده وأحكام.

ثالثا- نظرية الإلتزام بالامتناع عن عمل: وما يعبر عنه ترتيب إلتزام سلبي في ذمة المتصرف، ويتمثل الإلتزام السلبي الملتقى على عاتق المتصرف إليه بالإمتناع عن القيام بالتصرفات والأعمال المحظورة بموجب القيد الإتفاقي، ويرى جانب من الفقه أن هذا الإلتزام لا يحتج به تجاه الغير حسن النية، ولا يترتب عليه نفس آثار الشرط المانع من التصرف، لأن الجزاء المترتب عن مخالفة مقتضى الشرط يتمثل في حق الدائن بطلب إزالة ما تم شكل مخالف للإلتزام أو ما سمي بالهدم المادي، لكن هذا الجزاء لا يناسب القيد الإتفاقي.

رغم وجهة هذا الرأي بالإمتناع عن القيام بعمل، ومنطقيته وجهت له إنتقادات منها: أن التعهد بالإمتناع عن القيام بعمل، يعني أن إلزاما قد نشأ في ذمة شخص هو المدين لمصلحة شخص آخر هو الدائن، ويلزم المدين بمقتضاه بالإمتناع عن القيام بعمل معين فإن هذا الأمر مقصور في الحالة التي يكون

¹ Christian atias, op, cit, p 95.

² نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 48.

ففيها الشرط المانع من التصرف فيها، يحيي مصلحة للمتصرف أو الغير إذ يلزم المتصرف إليه قبل هؤلاء بالإمتناع عن إتيان هذا التصرف الممنوع.¹

من خلال النظريات الثلاث، يصعب الحسم في إختيار التكييف الذي يصلح لتحديد الطبيعة القانونية للشروط المانعة للتصرف، ويرجع ذلك إلى إختلاف مبررات إقرار القيود الإتفاقية، وفي ضوء هذه المبررات تتحدد آثار القيود الإتفاقية وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفتها وهذا يستوجب البحث في نية المتصرف أو نية الأطراف للوقوف على الغرض من وراء إقرار الإتفاقية.

ويبدو أن تكييف الشرط الإتفاقي كقيد يرد في التصرف القانوني، ويحد من سلطات المالك على ملكه، هو التكييف الذي يستقيم مع النظام القانوني للملكية، ومع أحكام النظرية العام للعقد، أما بالنسبة للجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد، فيجب أن يقتصر على إبطال التصرف المخالف للقيد، وينسجم مع المصلحة المراد تحقيقها وحمايتها بموجب القيد الإتفاقي ولفائدة من تقرر القيد له.

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية وإشتراط القيود الإتفاقية:

تعتبر حرية التعاقد قاعدة أساسية في مادة العقود والمعاملات، ويقصد بها صلاحية الإرادة في العقود دون شرط أو قيد وإشتراط، وحرية إختيار الشخص المتعاقد معه²، ولما كان الحال إرتأينا في هذا المطلب أن نتناول تأصيل الحرية التعاقدية في العقود (الفرع الأول)، وسنتناول دور الإرادة المنفردة في إنشاء القيود أو إشتراط الشروط.

¹ مونة مقلاتي، المرجع السابق، ص 163.

² علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص 52.

الفرع الأول: تأصيل مفهوم الحرية التعاقدية:

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية في حياتنا العملية ويعتبره الشراح المصدر الأول للإلتزام، والعقد هو أوضح وأظهر وأهم صور التصرف القانوني في الحياة¹، كما يعتبر ظاهرة إرادية، كما عرفه القانون الجزائري، في المادة 54 على أنه "العقد إتفاق يلزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، كما أنه يجب التعريف بين العقد والإتفاق، هذا الأخير يعتبر أعم وأشمل من العقد، والإتفاق هو "توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه"، فالإتفاق كما أسلفنا أعم من العقد، وهذا الأخير أخص من الإتفاق، إذ يعد كل إتفاق عقد وليس كل عقد إتفاق.²

كما أرتبط العقد بمبدأ الحرية التعاقدية التي تقوم بدورها على أساس حرية الإرادة، فالعقد شريعة المتعاقدين ومن ثم وجب علينا التصرف في تأصيل مبدأ الحرية التعاقدية في الفقرة الأولى، دور الإرادة المنفردة في إشتراط القيود الإتفاقية.

أولاً- تأصيل لمبدأ الحرية التعاقدية وإقرار الشروط:

للإرادة دور كبير ورئيسي في تكوين العقد، وحيث أن القانون يحث العقود المسماة بترتيب منطقي، فلا يعني أن الإرادة غير حرة في ترتيب ما نشاء من الآثار على العقود التي تبرمها، بل القانون أتاح لإرادة الأفراد في إنشاء ما يرمونه من العقود، ولكن ضمن مجال المشروعة والتي تعني عدم المخالفة للقانون، والنظام العام والآداب.

¹ يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، دار السيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الثانية، سنة 2011، ص 25.

² أسماء نحنوني، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزام، برتي للنشر، الجزائر، سنة 2022، ص 26.

كما أنه بالإضافة إلى كونها العنصر الرئيسي في تكوين العقد، ولها السلطان الأكبر في هذا المجال، فإنها حرة في إنشاء الحق، حيث لا يقتصر على العقود المسماة، ولتأصيل هذه الفكرة، يجب أن نتعرض إلى تأصيل مبدأ حرية التعاقد في نشأتها في الفقرة الأولى، ثم سنتناول في الفقرة الثانية: مرتكزات وأسس مبدأ حرية التعاقدية.

أ- مفهوم مبدأ الحرية التعاقدية:

إن الإرادة في ذاتها عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه، وهي لا تتخذ مظهرها الإجتماعي إرادة الفرد، وحدها تكفي لإرادة العقود¹، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الإلتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة، ولا يحد من هذه الحرية سوى إعتبارات النظام العام وحسب الأداب.

وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل جزئية حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها.²

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون الجزائري حيث جاء فيها "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان عن إرادتهما المتطابقتين دون إطلاع بالنصوص القانونية".

ولحرية الإرادة في التعاقد أهمية كبيرة في ضمان سير المعاملات في مجال الإلتزام، بالرغم من القيود الواردة عليها من طرف المشرع، وإختلف الفقهاء في تعريفها، ومدى تأثيرها إلا أن التشريع الجزائري إعترف بها وحاول تقريرها، فالإرادة ظاهرة نفسية، وهي جوهر التصرف القانوني، وما العقد إلا

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرفات القانونية، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 59.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2012، ص 46.

تلاقي إرادتين، فإذا إنعدمت هذه الإرادة النفسية الداخلية لسبب ما، فجزاء التصرف البطلان أو الإنعدام، ويعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزام التي تربط الشخص مع الغير هي معاملاته معه، وتلعب الإرادة الحرة التعاقد أساس قيام العقود.

ب- الأسس التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة:

وفي هذا الإطار يقوم مبدأ سلطان الإرادة على مجموعة من المرتكزات والأسس الفلسفية والاجتماعية والاقتصادية، وسنحاول التحدث عنها كأفكار، أفكار إقتصادية، وأفكار فلسفية كما يلي:

1- الأفكار الإقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة:

يرأصحاب هذا الرأي أن الإرادة تفرض سلطاتها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الإقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي إستبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية¹، لكن يتعين علينا شرح ذلك في عنصرين مهمين هما:

- فكرة الحرية التعاقدية والعدالة: يرى أنصار هذه الفكرة أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو

إلا إنعكاس لسياسة الحرية الإقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن 18م والتي تقوم على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الإقتصادية والتي تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاؤون "تبادل الثروات والخدمات يمحصباختيارهم، وهذه أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص، والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

¹ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الاسكندرية، طبعة 2004، ص 53.

فالإلتزام المدين في العقد يكون نتيجة تحقيق مصالحه، فليس هناك إنسان عاقل يرتضي إتفاقا يسبب له ضررا، أي الإلتزام الذي يرتضيه الشخص، لا يكون جائزا إضافة إلى أنه من وجهة هذا المبدأ، فإن الغبن لا وجود له في العقود¹، فالعقود تقتضي العدالة، يعني من قال عقد قال عدل.

- فكرة المنفعة الإجتماعية: هذه الفكرة مفادها كما يراها أنصار المنفعة الإجتماعية أن حرية المبادرات الفردية كفيلا بأن تحقق تلقائيا الإزدهار، والتوازن الإقتصادي ويكمن هذا الإتجاه في كون أن الإرادة سلطان ذاتي وهذا يعد في أن وحده كافية لإنشاء العقد، أو التصرف القانوني بوجه عام وهذا ما يسمى بالقاعدة الرضائية، كما أن الإرادة حرة في نحو تحديد ويتعيين الأثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني.

2- الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة:

يرى أنصار هذه الفكرة الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة أن الناس ولدوا أحرار ومتساوين فالإنسان في جوهره حر، لا يخضع لإرادة غيره، كما أن إرادته مطلقة من كل قيد فهو يلزم بما شاء من شاء من أجل تحقيق مصلحته.

كما أن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقد، وهذا ما جعل الأفكار الفلسفية أن تقترن للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنسان، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق.

¹نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 23.

وتماشيا مع هذه النظرة الفلسفية وما تقررته من أن تعترف بأن ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق، ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لإرادته المنفردة¹، وعلى هذا الأساس الفلسفي يقوم على فكرتين أساسيتين هما:

- **فكرة الحرية الطبيعية للإنسان:** يرى أنصار هذه الفكرة أن مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الفلسفية يقوم على إعتقاد راسخ، وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان، ولذلك ينبغي الإشارة إلى أن القاعدة القانونية كان لها إرتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في القرن 18 التي كانت تقوم على تأكيد ما للأفراد عن حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى الإعلان عن المنظمة العالمية لحقوق الإنسان سنة 1989.

فالمجتمع لا بد له أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية وما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة²، ويمكن تلخيص هذه الفكرة على أساس أي الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للإلتزامات التي إرتضاها، وأن ما يرتضيه من إلتزامات تفرض عليه ويستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود فلا توجد حرية حقيقية، ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها، والإنسان حر أن يقيد نفسه بنفسه³.

- **فكرة العقد الإجتماعي:** لعل ما يغير هذه الفكرة أنها أعطت لمبدأ سلطان الإرادة سندا قويا وموجها، حيث يرى أنصار هذه النظرية أن الانسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق وإلتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك⁴.

¹ علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر، سنة 2010، ص 48.

² نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 35.

³ جون جاك روسو، العقد الإجتماعي، الكتاب الثاني، الفصل السادس، ص 165.

⁴ جون جاك روسو، المرجع السابق، ص 165.

كما يرى جون جاك روسو " أن الفرد ليست له أية سلطة طبيعية على غيره، وما دامت القوة لا تولد أي حق، لذلك فإن الإتفاقات هي التي تبقى أساس لكل سلطة بين الأفراد.¹

ومما نستخلصه هو أن "روسو" عمل على تكريس مبدأ سلطان الإرادة من خلال التأكيد على أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع مما يفرضه عليه ذلك من حقوق، والتزامات بإرادته الحرة.

3- أهم الإنتقادات التي وجهت لمبدأ سلطان الإرادة: ما نميزالنظريتين الإقتصادية

والفلسفية أنها قامت على مبادئ أساسية جعلت منهما فكرتين صائبتين في بداية أمرها، لكن لكل قاعدة إنتقادا فمهما لا شك فيه أنه مع حلول القرن العشرون "20" قد يجد الكثير من الإنتقادات في مختلف الأفكار التي كاتب سائدة، والتحولت الإجتماعية والإقتصادية أضفت على كل الأفكار وخاصة مع ظهور المبادئ الإشتراكية الذي أدت إلى إنتكاسة وتراجعها في كثير من الإجهادات أهمهذه الإنتقادات كما يلي:

- نقد الأساس الإقتصادي وفكرة عدالة العقد: إن ظهور الحرية الإقتصادية

والتي أفرزت حرية التعاقد إذ جعلت للعقد في حد ذاته قدرة على إستحداث العدالة الذاتية التي يمكن البحث عنها خارج العقد، فالشخص له حرية التعاقد مع من يريد، وإختيار شروط العقد الذي يرتضيه، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه وسعي إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر، وإنما تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية.²

كذلك إنتقاد آخر وجه إلى فكرة عدالة العقد وهو العدالة التوزيعية والذي أهملته بالموازاة

مع العدالة التبادلية أو التداولية وإشتراط التوازن العقدي من كافة المتعاقدين، هذا من جهة وإعتبار أن

¹ جون جاك روسو، المرجع السابق، ص 165.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 99.

هذه النظرية إرتكزت على تنفيذ العقد فقد مما أدى إلى المساس بعدالة العقد والذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل لتحديد العناصر الجوهرية للعقد.

مما نستخلص جليا أنه لابد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد عند حدوث ظروف تؤدي إلى إختلاله، والإعتبار أنه لم يعد مقبولا تساوي المواطنين في المركز الإقتصادي، وبالتالي حرته في التعاقد¹، وبالتالي فإن الإرادة الحرة لا تتحقق دائما العدالة العقد به، ولا يكون ذلك إلا بتدخل القانون، وذلك بإعفاء القاضي سلطة رقابية، تمكنه من حماية الأطراف المتعاقدة.

- نقد الأساس الفلسفي لمبدأ السلطان الإرادة: إن الفلسفة التي جاء بها مبدأ سلطان

الإرادة شهدت إنتقادا لادعا من طرف الفقهاء وذلك وسلموا إنتقادهم على أساس أن الإنسان هو كائن إجتماعي بطبعه، وأنه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، وعليه فإن ما يتمتع به، له حقوق هي ناتجة عن كونه إجتماعيا، يعيش مع غيره الأفراد، لكن إتجاهها آخر يرى أن القانون الإرادة موجهة بالقانون.

وهذا حسب النظرية التقليدية للعقد، فالعقد عبارة عن تلاقي إرادات وأن القانون هو أساس

القوة الملزمة للعقد، لأن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية.

فالإرادة ليست غاية القانون، فهو لا يرتب عليها أثرا ملزما تحقيقا لسلطاتها، وإنما هي وسيلة

لتحقيق الخير العام والعدالة.²

¹فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد الإرادة المنفردة الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ط 2009، ص 42.

²السهوري، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة 1998، ص 191.

ج- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الإرادة المنفردة (الحرية التعاقدية):

مما لا يدع مجالاً للشك أن المشرع الجزائري إتخذ من التشريع الفرنسي مصدر لإستنساخ بعض قوانينه فقد كان كذلك فيما يخص مبدأ سلطان الإرادة، فقد أخذ بمبدأ الرضائية في تكوين العقد فقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"¹، وتماشياً مع ما أشارت إليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري، فقد نصت المادة 106 فيه على أنه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"²، فالإرادة الحرة الواعية التي تكسب العقد إلزامية، أما المبدأ الثاني فمفاده أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين.³

وتسري هذه القوة الإلزامية للعقد في حق القاضي أيضاً، فهو ملزم بإحترام إتفاق المتعاقدين حتى وإن كان غير عادل من وجهة نظره، فلا يمكن له إضافة أو إنقاص، أو تعديل على ما ورد فيه، وإذا إقتضى الأمر تأويل العقد، وجب عليه البحث عن نية المتعاقدين، بغض النظر عن كل الإعتبارات الأخرى.⁴

¹ المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

³ علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 51.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 53.

ثانيا- دور الإرادة المنفردة في إشتراط الشروط:

مما لا شك فيه أن القاعدة الثابتة في الشريعة الإسلامية، وفي القوانين الوضعية أن الأصل في الأشياء والمعاملات الإباحة لا المنع، وأن العقود هي ضوابط المعاملات، وبمقتضى هذا الأصل يجوز للشخص إبرام العقود التي تحقق أغراضه ومصالحه ما لم يرد نصفي الشرع يمنعه.¹

وباعتبار العقد هو أحد وسائل إنتقال الملكية العقارية والمسعى الأبرز في ذلك، والعبارة من تقرير العقود هي تحقيق مصالح الناس، فمن خلالها تتقرر الحقوق أو تسقط شريطة تحقيق رضا المتعاقدين²، ويزداد النشاط التجاري، وتزدهر المعاملات المالية بإطلاق حرية إشتراط الشروط والقيود في العقود والمعاملات، والسؤال المطروح هي ما هي حدود حرية الإشتراط وما تأثيرها على تداول الملكية العقارية على وجه الخصوص؟ وللإجابة نورد عنصرين ملمين للإجابة على هذا الإشكال هي:

أ- مدى إشتراط القيود في العقود:

يقوم قانون العقود على أساس مبدأ سلطان الإرادة المنبثق بدوره من الفلسفة الليبرالية الإقتصادية القائمة على إطلاق الشروط والقيود لإعتبارها جزءا لا يتجزأ من حرية التعاقد، ويستمد حرية إشتراط الشروط في القيود أساسها من إرادة المتعاقدين التي حولها القانون لها جزء من سلطان التشريع لتنظيم تصرفاتهم بمنتهى الحرية، وخلق حقوق والتزامات بموجب الحق³، وما دام العقد وما يتضمنه من شروط قد يتم برضى الأطراف، فهو يعتبر في نظر القوانين أن العقدشريعة المتعاقدين كما

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، 47.

² علي مي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ج2، ص 1150.

³ Boris starck, henri roland et laurent boyer, droit civil les obligations, 3eéd, dalloz, 1989, p 46.

أوضحته المادة 106 من القانون المدني الجزائري، خاصة أن النظرية التقليدية للعقد تركز على المسلمة مفادها أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل "qui contractuelle det juste".¹

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن العقد الذي يتضمن قيوداً إتفاقية، يفترض فيه منفعة مشتركة للمتعاقدين، لكن يجب التنبيه أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يعمل به على إطلاقه فالمصلحة الخاصة لا تنفق على الدوام مع المصلحة العامة.²

ب- مقتضيات إخضاع الحرية التعاقدية للقيود الإتفاقية:

يرتكز القانون المدني في نظريته إلى الحرية التعاقدية إلى مبدئين أساسيين بين طرفين العقد الرضائية والمساواة، بحيث لكل واحد منهما على ذات الآليات القانونية للتفاوض والدفاع عن حقوقهما ومصالحهما في مواجهة بعضهما على قدم المساواة³، حيث نصت المادة 166 من القانون المدني الفرنسي "أن قانون العقود خاضع لمبدأ الحرية التعاقدية، فالأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام، والأداب العامة، والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية، ويعني هذا المبدأ أن للفرد الحرية في التعاقد أو عدمه، ولكن لهذه الحرية ضوابط منها ما يتعلق بالنظام العام، والأهداف العامة، والأحكام القانونية الملزمة، وبمقتضى هذا المبدأ يكفي حدود الرضى لإنعقاد، وأن المتعاقدين مستقلون في تحديد مضمون العقد، طالما أن المشرع لم يستلزم حصول الرضا في شكل معين.⁴

¹ Briit le febvre, la justice contractuelle, op, cit, p 19.

² د/ نسرین حسین ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة منشورات زين الحقوق، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2018، ص 35.

³ محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو سنة 2011، ص 66.

⁴ د/ نسرین ناصر الدين، المرجع السابق، ص 41.

ولما كانت الحرية التعاقدية تحول للمتصرف حرية إشتراط ما شاء من الشروط القيود التي من شأنها أن تجلب له منافع، أو تدفع عنه مضار، فإن هذه القيود تكون صحيحة، وواجب الوفاء بها، ووافق عليها المشتراط عليه، ولا عبء بعد ذلك بالتعادل بين المتعاقدين، وإنما العبء يكون الإلتزامات وقد نشأت عن إرادة حرة نزيهة¹، وما يمكن أن نستخلصه من خلال ما ذكرنا أن مقتضيات الحرية التعاقدية يقوم أساسين هما:

- الرضائي: يعني هذا المبدأ أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد دون حاجة إلى شكل معين تظهر فيه، فالرضا يكفي لإنشاء العقد وأن يشترط ما شاء كيف شاء من شروط وقيود وما يراها من مقتضى أو مصلحة غيره، طالما أنه إتخذ له شكل يعبر عنه من غير ضرورة لشكل معين يصاغ فيه.

- المساواة: ويقصد بمبدأ المساواة أن المتعاقدين متساويان ومستقلان فيما تعاقدوا عليه، بمعنى أنه ليس لأحدهما أن يفرض على الآخر موجبا لا يرتضيه إذ أنه من المفروض أن يتناقش بحرية، ولطالما أن العقد كان على هذه الصفة فمن المفترض على أن يكون العقد متوازيا في هذه الحالة.

ثالثا- النظرية التوفيقية في إشتراط للقيود الإتفاقي مع متطلبات الحرية التعاقدية:

إن تحقيق مبدأ التوازن بين إشتراط القيد ومتطلبات الحرية التعاقدية يترتب عليه المرونة في حق الملكية العقارية في خدمة المقاربة التوفيقية للتحقيق من آثار القيود، وعليه أن المقاربة التوفيقية في التحقيق من الإنعكاسات القانونية التي تترتب على قيود الإتفاقيّة من خلال تسخير الآليات والقواعد

يعرف السهنوري النظام العام بأنه الإطار السياسي والإقتصادي والإجتماعي، الذي لا يجوز المساس به بغرض حماية مصلحة العامة، المرجع السابق، الجزء الأول، طبعة 2004م، بعد 228، ص 537.

وأما الأداب العامة هي "الأداب الحميدة فهي تلك القواعد التي فرضتها الإجتماعية وأحس المجموع لزومها لحياتهم في جماعة، بحيث أصبحت ناموسا لحياتهم فأصبحوا ملزمين بها، ماقتين لكل من يخالفها"، د/ نسرين حسين ناصر الدين، المرجع السابق، ص 36.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 258.

التي يتضمنها النظام القانوني لحق الملكية وعلى رأس هذه الآليات مرونة حق الملكية الذي من شأنه أن يساعد على ملائمة هذا الحق، مع مختلف الأوضاع القانونية وتسخيره لتحقيق مصالح المالك أو غيره دون المساس من جوهر حق الملكية أو النيل من طبيعة القانونية.

كما أن هذه المرونة تستمد من كون أن حق الملكية يعرف بأنه سلطة مباشرة على شيء، لها القانون لكن من هذه المرونة يمكن تعديلها أو تحريرها حسب طبيعة ومكونات الشيء موضوع حق الملكية¹، وهذه المرونة تمكن الممارسة التعاقدية من إخراج حق الملكية العقارية من حالة التصور التقليدي البسيط لهذا الحق لمسايرة التطورات والمستجدات التي يعرفها الجميع.

أما على مستوى سلطات لحق الملكية، وخاصة سلطة التصرف، فإن مرونة مفهوم هذا الحق تساعد على التلطيف من آثار القيود الإتفاقية من خلال السماح للمالك المشترط عليه (الجديد) بالتصرف في ملكه بشكل يتناسب مع مقتضى القيد الإتفاقي، ذلك أنه إرتقى عن طواعيه وإختياراً اقتسام سلطة التصرف مع المتصرف مشترط القيود، ما دام هذا الإتفاق يحقق مصالحه وأهدافه أو ما يعبر عنه بمقاصد الناس في تصرفاتهم، ويدخل في ذلك كل حكمة روعية في تشريع تصرفات الناس قبل التوثيق في عقد الرهن.²

المطلب الثالث: آثار القيود الإتفاقية ومجال تطبيقاتها:

لعل ما يميز النظرة الايديولوجية للقيود الإتفاقية هو مرونتها وقابليتها لمواكبة الظروف الإقتصادية والإجتماعية داخل المجتمع، وما تعرفه من تحولات ومن مظاهر هذه المرونة، الترخيص

¹Moriel fabre, magnon, proprit  patrimonie, et bien social, rtd, civ 1997, dalloz, 2004, p 9.

²محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 142.

بالتصرف خلافا لمقتضى القيد الإتفاقي، أو إجارة التصرف¹، عندما تتغير الظروف الإقتصادية والإجتماعية التي تم في ظلها تقييد الملكية العقارية لتحقيق مصالح مشترط القيود، كما أنها ترتب آثار قانونية في حال جوازها أو إقرارها، ويمكن تناول هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول سنخصص للآثار المترتبة عن القيد الملكية العقاري والفرع الثاني صور ونماذج القيود الإتفاقية.

الفرع الأول: آثار القيود الإتفاقية: ويمكن إبراز هذه الآثار بالنسبة للمتصرف والمتصرف

إليه، وكذا والجزاء المترتب في مخالفة القيد الإتفاقي.

أولا- بالنسبة للمتصرف: وعادة ما يكون هو المرتبط بالقيود الإتفاقية، وتطبيق لقاعدة أن إرادة

المتعاقدين هي الضابط والمتحكم في كيفية تحقق الشرط أو تخلفه وإن القيد الإتفاقي هو قيد يمس حرية المالك في التصرف القانوني بملكه، أما التصرف المادي فهو له دون قيد أو إنتقاص، ومثل هذا القيد الذي من مستلزماته تأصيل تداول الملكية العقارية خلال مدة القيد الإتفاقي، لفسخ المجال أمام تحقيق المصلحة المقصودة، ومن نتائج تعطيل مؤقت لسلطة التصرف، وإلزام من قبل المالك المشتراط عليه، وتعهده في جانبه على الإمتناع عن سلطة التصرف في الملكية الخاصة خلال المدة الزمنية المعينة، تحقيقا لمصلحة جديدة ومشروعة.²

ولقد أقر المشرع على المتعاقدين في الإتفاق على تأصيل تداول الملكية العقارية كما في عقد

البيع، وحالة الشيوخ الإختياري، ولا يقتصر المنع من التصرف إذا جاء مطلقا على حرمان المالك من نقل الملكية فحسب، بل يمتد أيضا إلى منعه تقرير أي حق عيني آخر، كحق الإرتفاق أو الإنتفاع³، في كل صور

¹ يعرف الفقه الإجارة بأنها "تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة مؤداة التنازل عن حق طلب إبطال الإلتزام من تقرر لمصلحته، أو الرضا بالبقاء العقد وإستقراره نهائيا، ممن له حق إبطاله"، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 402، مأمون الكريزي، المرجع السابق، ص 227.

² محمد فوزي، المرجع السابق، ص 144.

³ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 101.

الشرط المانع من التصرف وغيره من القيود الإتفاقية هناك تمت إتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه، على إرجاء سلطة المالك في التصرف في ملكه خلافاً لمقتضى القيد، تحقيقاً لمصلحة مشروعة وهذا التعطيل المؤقت يجد سنده القانوني في حرية التعاقد والإشتراط التي يسمح بها القانون، وتقررها الشريعة الإسلامية التي حثت على الوفاء وعدم نكث العهود، وهذا لا يعني تجميد الملكية العقارية، وإخراجها من دائرة التداول خلال سريان القيد الإتفاقي، بليستمر المالك في الإنتفاع من ملكه عن طريق الإستعمال والإستغلال والتصرف في الحدود التي لا تعارض مع مقتضى القيد والقانون.

كما أنه إذا لم يكن القيد أو الشرط المانع من التصرف مطلقاً، فإن الأمر يتوقف على المصلحة أو الغاية من إشتراط الشرط، حيث يكون لذلك دور جوهري في تحديد التصرفات التي تتنافى مع الشرط، وبناء عليه فإن تصرف المالك الجديد أو الممنوع من التصرف أو المشتراط عليه بالمال الذي وقع عليه بقصد تحقيق الغرض المقصود من القيد، فلا مجال لتقييد بالشرط.

والنتيجة أن الشرط المانع من التصرف أو القيد لا يخول دون إنتقال الملكية إلى غير المالك الممنوع من التصرف، أو القيد بسبب واقعة مادية كالميراث والتقادم طويل المكسب كما لا يخول دون القيام لذلك بالتصرفات المادي التي يتطلبها إستغلال الشيء الذي يرد عليه الشرط كالقيام بتأجير، والحصول على ثماره ومنتجاته، ومع ذلك لا يجوز أن يقوم المالك بأي عمل مادي يؤدي إلى هلاك الشيء كهدم العقار.¹

¹ فرج توفيق، المرجع السابق، سنة 1987، ص 21.

ثانيا- بالنسبة للمتصرف إليه: لا بد أن يستند الشرط أو القيد إلى تحقيق مصلحة مشروعة كما أسلفنا، فإذا أورد الشرط أو القيد على مال معين، فإن هذا يتطلب من المالك عدم التصرف في ماله، كما يتطلب بالضرورة مع دائنيه من التنفيذ على هذا المال.¹

ذلك أن التنفيذ يعني بيع بالمزاد العلني، وبالتالي خروجه من ذمة المالك الممنوع من التصرف، وعندما يمتنع التنفيذ على هذا المال بموجب هذا القيد أو الشرط، فإن المنع يظل قائما طيلة سريان مدة الشرط ولا عبرة لنشوء الدين قبل إشتراط المنع أو بعده²، وفي الحالة التي ينقضي فيها الشرط لأي سبب من الأسباب، كما لو قضى ببطلان الشرط بسبب عدم مشروعية الباعث على الإشتراط، أو عدم تسجيل هذا الشرط إذا تعلق بعقار، فعندئذ يمكن للدائنين مباشرة التنفيذ على مال المدين الذي كان ممنوعا من التصرف فيه، وهذا المبدأ معمول به في ظل القانونين الفرنسي والمصري.³

ثالثا- بالنسبة للغير: الغير هو ما إنتقلت إليه ملكية المال محل القيد، أو ترتب عليه حق عيني آخر أصلي، أو تبعي عليه، وذلك ضمن الحدود التي أجازها القانون، فمثلا إذا وهب شخص لآخر منزلا، وشرط عليه عدم التصرف فيه، فقام الموهوب له ببيع هذا المنزل لشخص آخر ثالث، فهذا الأخير هو المقصود بالغير هنا.⁴

ويكون القيد أو المنع من التصرف صحيحا ومنتجا لأثاره طوال المدة التي حددت في القيد أو الشرط، ومن هذه الأثار: الإحتجاج بهذا الشرط على الغير، وذلك إذا إنتقل المال الذي منع من التصرف فيه إليه، وفي هذه الحالة يحق لمن وضع الشرط لمصلحة أن ينازع الغير ويسترد المال منه.

¹ أبو عربي غازي خالد أحمد، المرجع السابق، ص 126 (مقالة).

² سيف رمزي، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة في قانون المرافقات الجديد، رقم 13، لسنة 1968، ط 8، بند 145، ص 136.

³ كيرا حسن، أحكام الحقوق الأصلية، حق الملكية، بيروت، سنة 1965، ص 105.

⁴ إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، المرجع السابق، ص 267.

في هذا الصدد ذهب إتجاه من الفقه إلى القول بحرمان الدائنين الذي نشأت ديونهم خلال فترة المنع من التصرف من الحجز على المال الذي كان موضوعا للمنع، وذلك بعد إنقضاء مدة الشرط أو القيد وتحرر الملكية من هذا القيد.¹

ويبيّن على ذلك أنه إذا ورد القيد أو الشرط المانع من التصرف صحيحا فإنه يؤدي حتما إلى وضع الحجز أيا كان الدين المراد التنفيذ وفاء له، وسواء كان قد نشأ قبل التصرف المقترن بالشرط أو القيد أو بعده، لأن التنفيذ على المال المشترط عدم التصرف فيه يترتب عليه بيعه بما يخالف مقضى القيد.

ونخلص مما تقدم أنه بمجرد إنتهاء مدة الشرط أو القيد المتفق عليه وزوال أسبابه من التنفيذ على مال أو أموال المدين، فإن هذا المال يصبح جزءا من الضمان العام للدائنين.

رابعا- الجزء المترتب عن الإخلال بالقيد الإتفاقي:

مما لا شك فيه وفي حالة إقرار القيد الإتفاقي في العقود سواء تعلق الأمر بالعقود الشرعية أو العقود التعويضية فإن لا مناص من الأخذ بمقتضى القيد الإتفاقي، وأن قيام المتصرف إليه بالتصرف في حق ملكيته خلافا بمقتضى القيد الإتفاقي، يخول للمتصرف حق إبطال التصرف الأصلي أو إلغاء جزء، وكان هذا القيد مما يعول عليه في الإتفاق بين المتعاقدين على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين، فأى مخالفة في الإخلال في هذا الشرط هو إخلال بالعقد وبالتالي وجب على المتعاقد من له مصلحة أن يطلب الفسخ أو إبطال العقد.

ويأتي هذا الجزء تطبيقا للمبادئ العامة القاضية بأن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، يجيز للمتعاقد الآخر فسخ العقد²، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي في المادة 954 في حالة

¹ كبرا حسن، أحكام الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 366.

² أنور طلبية، المرجع السابق، ص 25.

فسخ عقد الهبة لعدم تنفيذ شروط العقد، وهذا ما يتعارف عليه بالشرط الفاسخ الضمني الذي يفترض دائما في العقود التبادلية في الحالة التي يتقاعس فيها أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته، وهذا ما قرره القضاء المصري حيث ترى أن الفسخ هنا لا يتم بقوة القانون، إنما يطلب من المحكمة توقيعية لما لها من سلطة في تقدير أسباب كفاية الفسخ أو عدم كفايتها، دون خضوعها في ذلك لرقابة محكمة النقض، حيث أجاز للمتعاقد الذي إشتراط هذه القيود أو الشروط فسخ العقد الأصلي، وذلك إستنادا للأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين بغض النظر عن جزاء بطلان التصرف المخالف للشرط الذي قرره المادة 824 القانون المصري.¹

لكن بالمقابل أن الإجتهاادات الفقهية على قلتها أنها وإن كانت قد إستندت إلى الأحكام العامة للإلتزام للبحث في النزاعات الناتجة عن مخالفة الشرط أو الشروط المقترنة بالعقود وخاصة المثقلة بالقيود الإتفاقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى خاصة أنه لا يتوفر لدينا نظام قانوني ينظم القيد الإتفاقي، لكن من خلال الدراسات القانونية المقارنة، وجب علينا إعتبار القيود الإتفاقية تنظيمها من نوع خاص أو في ظل القواعد العامة المنظمة للعقود أو أحكام الإلتزامات، ومن ثم يقتضي البحث عن جزاء يناسب خصوصيات القيود الإتفاقية، ويمكن لكل منتقرر القيد الإتفاقي لصالحه أو مصلحته المطالبة بإبطاله حتى ولو كان طرفا أجنبيا عن العقد، وهذا ما جعل الفقه يرى أن إبطال التصرف المخالف للقيد الإتفاقي ليس بطلانا مطلقا، وليس بطلانا نسبيا أيضا، بل هي دعوى من نوع خاص بحيث لا يمكن إثارتها إلا من طرف الشخص.

كما أن التشريعات المدنية الحديثة والتي أقرت القيود الإتفاقية وخاصة القانون الفرنسي والقانون المصري الذي نظما القيود الإتفاقية قد إختلفا في طبيعة الجزاء المترتب توقيفه على التصرفات المخالفة بين البطلان المطلق أو البطلان النسبي أو هو بطلان من نوع خاص.

¹ أنور العروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة للنشر والتوزيع، طبعة 1، سنة 2013، ص 254.

أ- القانون الفرنسي: لم يتطرق القانون الفرنسي بشكل صريح للجزاء المترتب على مخالفة القيد الإتفاقي، ولكن من خلال إستقراء النصوص ومحاولة من تقرير هذه الأحكام يمكن القول أن نستنتج طبيعة الجزاء الذي أخذ به هذا القانون من خلال التشريع رقم 526 - 71 المؤرخ في 1971/07/03 بحيث تنص المادة 900 - 3 من هذا القانون على حق ورثة الموصي أو الواهب في مواجهة القضاء لتنفيذ الإلتزام من طرف المتصرف له أو المطالبة بإلغاءه، أما الفقه الفرنسي يرى أن الشخص الذي تقرر الشرط المانع من التصرف لمصلحته في المطالبة بإبطال التصرف المخالف للقيد الإتفاقي.¹

وهذا ما عمل به الإجتهد القضائي حيث أقرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 1858/04/20 حق المستفيد من الشرط المانع من التصرف في المطالبة بإبطال التصرف المخالف للقيد الإتفاقي.²

ب- القانون المصري: على عكس القانون الفرنسي أخذ بمبدأ البطلان المطلق للتصرفات المخالفة للقيد الإتفاقي، وبالنظر في حيث المادة 824 من القانون المدني المصري تنص على ما يلي "إذا كان شرط المانع من التصرف أو الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا"، وعلق السنهوري على ذلك وإعتبر أن مصير التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، في القانون المصري هو البطلان المطلق رغم أن المادة المذكورة أنفا لم تقصد على البطلان المطلق إنما إكتفت بالبطلان فقط، حيث يميز بين البطلان المطلق والنسبي في كون أن الشرط أو القيد المتفق يعد جوهريا أم لا، ودعوى أن ترتيب جزاء البطلان المطلق على أي تصرف يقع مخالفا للشرط المانع

¹Christian larroumet, tome 2, les biens, droits, reels, principaux, delta economic, ot p 201.

²Les grands arrêts de juris prudence civil 199 par français tarre et yres le quelle, dalloz, p 290.

من التصرف هونتيحة حتمية لإعتبارات أن القانون المصري أخذ بالتكليف العيني للقيود الإتفاقي الذي يعتبر العين في حد ذاتها غير قابلة للتصرف.¹

ج- القانون الجزائي: بإعتبار أن التشريع الجزائري لم ينص على تنظيم القيود الإتفاقية، فإنه يعتبر من التشريعات التي إعتنقت مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن الشروط أو الإتفاقيات المبرمة بطرق صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، وقد نظم الشرط من القانون المدني 203 إلى المادة 208، وإعتبرها من قبيل الإلتزامات، ومن ثم من الممكن أن تتصور عقدا دون هذا الشرط، فالأطراف أحرارا في إدراج هذا الشرط من عدمه، إن إعتبار الشرط أمرا عارضا يساهم في تميز الشرط بإعتباره وصفا للإلتزام عن الشروط الأخرى للعقد التي تعتبر داخلية في ماهية العقد²، ومن خلال تتبعنا لبعض النزاعات القضائية بشأن القيود الإتفاقية أنهأدرج هذه القيود للقواعد العامة التي تنظم أحكام الإلتزام، كما أن مسألة إدراج الشرط أو القيد من الأطراف في العقد أو التصرف القانوني متعلقة بمسألة مبدأ حرية التعاقدية.

وعلى هذا الأساس أن مآل التصرف المخالف للقيود الإتفاقي لا يكون دائما الإبطال بل القيد يرتضي أحيانا المستفيد من القيد الإتفاقي إجازة هذا التصرف، بهدف تحقيق مصلحته بشكل أفضل من التمسك بإبطال التصرف المخالف، مثل قيام المشتري عليه برهن ملكه خلافا تحقيقا لمقتضى القيد للحصول على قروض بنكية لتمويل مشاريعه أو إصلاح عقاري أو ترميمه وفق لمتطلبات الشهر العقاري ولا يتم هذا إلا بإجازة التصرف المخالف ما لم يخالف النظام العام والآداب العامة.

¹ السنهوري، المرجع السابق، ص 548.

² شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، طبعة 1، سنة 2020، ص 35.

الفرع الثاني: مجال تطبيق القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

طبقاً للأحكام القانونية والعملية، فإنه من المتصور أن يرد القيد الإتفاقي في عقد أو وصية¹، فقد يرد في عقد البيع، على أن الغالب عملياً أو نظرياً أو تصورياً الأعم أن يرد مثل هذا الشرط في عقود التبرع، كما قد يرد في هبة مستترة في بيع يقصد تحقيق مصلحة جديدة.

ونحن بصدد دراسة مجال تطبيق هذه القيود والذي يتضمن عنصرين الأول أن يرد القيد في إطار تصرف قانوني عقداً كان أو وصية، (كعنصر أول)، في حين يقتضي العنصر الثاني أن يكون هذا التصرف ناقلاً لحق العين لحق عيني، وعليه نقرر لكل عنصر ما يناسبه من مناقشة.

أولاً- أن يرد القيد الإتفاقي في تصرف قانوني:

يأتي القيد الإتفاقي كقيد إستثنائي على سلطات المالك العادية، كذا فإنه يكون واجب التسجيل في العقود الشكلية سواء تعلق الأمر بالعقود العوضية أو العقود التبرعية كما أنه ينسجم معه مع مبدأ حرية المالك في التصرف بما يملكه، مع مبدأ حرية التداول في الأموال خدمة للحركة الإقتصادية وتنشيطها، كما ينسجم في الوقت ذاته مع الحياة العملية التي تعتمد على سرعة تبادل الأشياء بين الناس، ولذا يعتبر هذا الشرط أمراً إستثنائياً لا بد له من نطاق معين إستثنائي لا يخرج عن دائرته، وفي أحسن الأحوال لا يتوسع في دائرته بحرية بل شروط حسابات معينة²، كما أن القيد الإتفاقي عموماً والشرط المانع للتصرف خصوصاً لا يمكن أن يتقرر بمجرد إرادة الشخص المشتراط فليس للشخص أن

¹ إذا كانت القوانين المقررة للقيد الإتفاقي، قد إشتراطوا أن يكون التصرف القانوني في صورتى العقد والوصية، فإن بعض القوانين العربية أخذت موقفاً أكثر مرونة، ومنها المشرع الكويتي على سبيل المثال، مصطلح التعريف القانوني دون الإشارة إلى نوع هذا التصرف ففي المادة (815) من القانون المدني الكويتي رقم (67) سنة 1980 على أنه "إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي إكتسب مملكته بمقتضى ذلك التصرف أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي، ومقصوراً على مدة معقولة" - أنظر في موقف المشرع الكويتي، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 60.

² عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970، ص 87.

يقتصر في ملكه دون أن يكون ذلك في إطار تصرف ناقل للملك¹، بل أنه ليس لمالك أن يقوم بهذا ولو حصل بإتفاق مع شخص آخر، إذ لو أبيع له ذلك لكان في إستطاعته أن يخرج ما له من الضمان العام الذي يضمن حقوق دائنيه، لأن المنع يقضي بعدم جواز الحجز أو التنفيذ على المال الذي حصل المنع من التصرف بالنسبة له²، فإذا ورد مثل هذا القيد في عقد فإنه يصح في أعمال التبرع وفي حالات نادرة في عقد من عقود المعاوضات كالبيع، وإن كان الأصل يقضي أن من يقدم عوضا لما يأخذ سواء كان عوضا عينيا أو نقديا، لكن بشرط إنتقال الحق العين مطهرا من أي تكليف عيني أو دون أن يتعلق به حقوقا للغير أو شروط تقييد من سلطاته.

وعليه فإن الواقع العملي وهو الغالب أو القيد الإتفاقي أو الشرط المانع من التصرف الذي يرد في تصرف قانوني على سبيل التبرع أو الهبة أو الوصية فإنه من الضروري النظر إلى مركز المتبرع والموصي يسمح له، في حدود التي رسمها القانون وأقرها التنظيم بإملائه على الموهوب له أو الموصي لهبمثل هذا الشرط.³

وإذا كانت لوصية تصرف ناقل للحق بإرادة منفردة، فلا يمكن للشخص على النحو المتقدم أن يقرر عدم التصرف في ملكه بإرادته المنفردة دون أن يكون هناك إنتقال للحق ما دام التصرف الوحيد بالإرادة المنفردة الذي يجوز أن يتضمن قييدا هو الوصية.

كما أن القيد قد يرد في العقود الخاصة بالعقارات أو بعبارة أخرى لا يرد في العقود التبادلية والمعاوضات، وهذا ما ذهب إليه القانون المصري على عكس القانون الفرنسي هذا الأخير وحسب نص المادة 1/900 يقتصر على التصرفات التبرعية الهبات والوصايا دون التصرف بمقابل المعاوضات، في حين

¹ نعمان جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة 1979، ص 387.

² جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 53.

³ عبد المنعم فرج صدام، المرجع السابق، ص 94.

يشمل هذا المجال نوعي التصرفات القانونية، التبرعات والمعاوضات في القانون المصري، كما أن القانون الفلسطيني قد حصر نطاق تطبيق في عقود التبرعات أو الوصية بإعتبارها تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتبرير المشرع الفلسطيني في حصر نطاق الشرط في عقود التبرعات أو الوصية، يتمثل في أحد أمرين:

- إما ليحتفظ المتبرع (الواهب) بحق الرجوع في الهبة.

- وإما ليتحقق الموهوب له مصلحة مشروعة بسبب صغر سنه، أو لحماية نفسه من تصرفاته.

ثانيا- أن يكون التصرف القانوني ناقلا للحق العيني:

يتفق الفقه على أن شروط القيود يجب أن يرد في تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع والهبة والوصية أو منثى لحق عيني آخر كتقرير حق إنتفاع أو إرتفاق، فيجوز للمتصرف بشروط معينة أن يشترط على المتصرف إليه أو يتفقا أو على من تقرر له حق عين أصلي(كصاحب حق الإنتفاع) عدم التصرف في محل العقد أو الوصية لمدة زمنية معينة.

ويذهب معظم الفقه إلى أن الشرط المانع منالتصرف كأحد تطبيقات القيود الإتفاقية قد يرد في الوعد بالبيع فيشترط الموعد له بالبيع على الواعد ألا يتصرف في العين الموعد ببيعها طوال مدة الوعد، وهو شرط صحيح في هذه الحالة، إذ يجمع بين التأقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعد له، لأن هذا الأخير يطمئن بفضل هذا الشرط إلى بقاء العين في ملك الواعد، إذ أظهر رغبته في الشراء.¹

كما أن الشروط المانعة للتصرف ترد في التصرفات الناقلة للملكية وهذا لا يمنع من إدراجه في تصرف منثى للإلتزام وفق القواعد العامة كما فعل المشرع الجزائري في الوعد بالبيع، أنه قد يرد

¹ محمد عبدالرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ص 120.

في تعهد شخصي لآخر، بترتيب إيراد مرتب مدى حياته بشرط عدم جواز التصرف في هذا الإيراد، ويكون أيضا صحيحا.¹

وما يمكن إستخلاصه من هذا النقاش حيث يظهر في الواقع أن المشرع المصري والفرنسي والفلسطيني وهو أقرب للتشريع الجزائري حيث أراد كل منهم أن يحدد مجال الشرط حصره في العقد والوصية، وجاءت لفظة العقد مطلقة، فلم يقيدتها يكون العقد ناقلا للملكية.

إذ جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 823 مدني مصري أنه "إذ تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف مال ...".

وقد ردد المشرع الفلسطيني نفس العبارات السابقة اذ جاء بالمادة 947 أنه "إذا تضمنت عقود التبرع أو الوصية شرطا ...".

والنتيجة هي أنه ليس ما يمنع من أن يرد الشرط المانع من التصرف، كان أبرز القيود الإتفاقية، في عقد منثى للإلتزام، كما في حالة الموعود له في عقد الوعد بالبيع والمتعهد في عقد إبرام مرتب مدى الحياة، وهذا شرط توافر الشروط المتعلقة بصحة الشرط أو القيد.

الفرع الثالث: الرهن الرسمي كنموذج للقيد الإتفاقي:

من خلال دراسة القيد الإتفاقي أو الشرط، وإعطاء مدلوله القانوني والعملي، وإحاطة هذا المدلول بما يكتنفه من غموض في تبريرات وأسس القيد الإتفاقي، إرتأينا أن نقدم نموذج أو صورة لهذا القيد وهي الرهن الرسمي كصورة وستتناولها كما يلي:

¹ إيناس جاد الحق، المرجع السابق، 136.

أولاً- الرهن الرسمي كنموذج للقيود الإتفاقي العملي:

يعتبر الإئتمان عصب الحياة الإقتصادية وقوامها في وقتنا الراهن، فهو أحد الركائز الأساسية في تشجيع الإستثمارات وإزدهارها.¹

كما يعتبر الرهن الرسمي من أقوى التأمينات العينية، ولهذا السبب قدمه المشرع في الترتيب على حق الإختصاص والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز، والأكثر من هذا فإن الرهن الرسمي يعد أهم وسائل الإئتمان في العصر الحديث من الناحية العملية، وهذا نظرا إلى المزايا الكثيرة التي يوفرها لكل من المدين والدائن والغير والمصلحة العامة للبلاد.²

فالرهن الرسمي يعتبر مزية هامة بالنسبة للمدين، لأنه يمكنه من الإحتفاظ بحياسة عقاراتها المرهونة، ومن ثم ينص له حق إستعمالها وإستغلالها، فيما يعود عليه بالنفع كما يعتبر مزية هامة بالنسبة للدائن، إذ أنه يخوله بإعتباره حقا عينيا، ميزتي التقدم والتتبع، فإنه يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التاليين له في المرتبة، بل وله تتبع العقار المرهون في أي يد يكون المستفيد عليه وإستفائه حقه، بمعنى أن التصرف في العقار المرهون لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، وإذ هلك قبل التنفيذ عليه إنتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة العقار ك مبلغ التعويض في حالة إعتداء الغير عليه، أو مبلغ التأمين في حالة التأمين عند شركات التأمين أو المبلغ المقابل في حالة نزع الملكية، من أجل المنفعة العامة، وبهذا تكاد تنعدم إحتتمالات عدم إستيفاء الدائن حقه، كما أن الدائن لا

¹ يوسف افريل، الرهن الرسمي العقاري، ضمانته بنكية للدائن المرتهن، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 13.

² شوقي بناسي، مطبوعة موجهة لطلبة الليسانس، السداسي السادس، القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، لكلية الحقوق، سنة 2019 - 2020، ص 06.

يتحمل مشاق إدارة العقار المرهون، والحفاظ عليه، ما دام أنه في الرهن الرسمي يبقى المدين محتفظ بالحيازة.¹

بالنسبة للغير فإن الرهن الرسمي يوفر له حماية كبرى حيث لا يكون نافذا في حقهم إلا بعد قيده، كما أن إشتراط تخصيص الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون والدين المضمون يمكنهم من التعامل مع المدين في وضوح تام وشفافية كبيرة سواء تعلق الأمر بالبيع أو بترتيب رهن جديد.²

ولأهمية هذا النوع من الرهون فقد خصه المشرع الجزائري بإهتمام كبير، حيث قدمه في الترتيب على الرهن الحيازي وفق التخصيص، في حق الإمتياز، كما أنه ميزه بأحكام وإجراءات كثيرة وصارمة من خلال إشتراطه لمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، هذه الأخيرة منها ما هي عامة تخضع لها كافة العقود، ومنها الرهن الرسمي، وشروط خاصة تنظم هذا النوع من الضمان محاولا في ذلك مراعاة مصلحة طرفي عقد الرهن، وهذه الشروط تختلف من الرهن الرسمي الإتفاقي إلى الرهن القضائي، لأن الأول مصدره العقد وإتفاق الطرفين، وهذا الذي يهيمن، أما الثاني مصدره الحكم وسلطة القاضي.³

ثانيا- القيود الإتفاقية تدعيم للضمان العام:

إن من خصائص الرهن الرسمي أنه عقد ضمان عيني لأنه ينشأ بقصد إعطاء الدائن حق الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بدينه، وهو ضمان عيني، لأن الراهن سواء كان هو المدين، أو الكفيل العيني يلزم فيه بتقديم عين للوفاء بدينه.

¹ أحمد سلامة، التأمينات العينية المدنية، دار التعاون للطبع والنشر، سنة 1966، ص 57.

² أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 57.

³ خالد تامر، حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الإتفاقي، مجلة ضاد للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، ص 138 - 139.

وعلى هذا الأساس فإن في إيجابيات الضمان العام شموليته لجميع أموال المدين من منقولات وعقارات، غير أن من قواعده مثل مساواة الدائنين في إستفء ديونهم من هذا الوعاء، وحرية المدين في التصرف في أمواله دون قيد أو شرط، لعكس محدودية الحماية التي يوفرها الضمان العام لحقوق الدائنين، فلنحدد أولاً مفهوم الضمان العام ومدى محدوديته وعدم كفايته كضمان عام في حماية حقوق الدائن، ثم ينتقل إلى دور القيود الإتفاقية من خلال الرهن الرسمي كدعامة أساسية للضمان العام.

أ- مفهوم الضمان العام ومدى محدوديته في حماية الدائنين:

1- مفهوم الضمان العام: من المستقر فقها وقانونا والمبادئ العامة المقررة في التشريعات

المدنية الحديثة أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما للدائنين¹، فما هو الضمان العام؟

الضمان العام: هو تأمين عام بواسطته يستطيع الدائن الحصول على حقوقه لدى مدينه

وهو أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديون، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقا للقانون، بحث حسب نص المادة 188 من القانون المدني الجزائري، أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون في هذا النظام.

والضمان العام بهذا الشكل مصدره العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، ويتجسد

حق الضمان العام في الواقع بلجوء الدائن للتنفيذ الجبري على أموال مدينه.

¹ عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، ص 09.

ولما كان الضمان العام للدائنين يتكون من جميع أموال المدين، فإن هذه الأموال يضعها وعاء واحد هو الذمة المالية، وهي في نظر القانون، فتعد مجموع الحقوق والإلتزامات أو التي قد توجد لشخص معين.

والسؤال المطروح في حالة عدم الكفاية أو محدودية الضمان العام للوفاء بدينه للدائن المرتهن أو بعبارة أخرى إذا كانت عناصرها سلبية تفوق العناصر الإيجابية وخاصة هو معلوم أن الضمان العام يعتبر للدائنين وفق التصوير الافتراضي للدقة المالية أو ما يعرف بمخاطر الضمان العام، وتبدو هذه الإشكالية عند تنفيذ الجبري على أموال المدين.

2- محدودية وعدم كفاية الضمان العام: ويتجلى هذا العنصر من خلال فكرتين أساسيتين

لمعالجة هذا الإشكال: وهي مخاطر الضمان العام ووسائل حمايته.

- مخاطر الضمان العام: لا تبدو أهمية الضمان العام إلا عند الشروع بإجراءات التنفيذ

على أموال المدين، أما قبلها فيكون المدين حرا في إدارة أمواله والتصرف فيه وعليه فإن مصلحة الدائنين تقضي المحافظة على أموال المدين، والإبقاء على ذمته المالية كي يتمكنوا على التنفيذ عليها، لكن كثيرا ما يقدم المدين على تصرفات من شأنها الإضرار بدمته المالية، والضمان العام، ومن وراء ذلك الأضرار بدائنيه بسوء نية أو نتيجة الإهمال، واللامبالاة، وهذا أكبر خطر يهدد الضمان العام.

ولعل أهم العيوب الذي يهدد الضمان العام هو المساواة وتعني أن الدائنين على قدم المساواة

في سعيهم للتنفيذ على أموال المدين فإذا إتسعت لهم أموال المدين استوفوا حقوقهم كاملة غير

منقوصة، أما إذا كانت أموال المدين غير كافية لإستيعاب جميع الديون، وإتخذ الدائنون جميعا إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، فإنهم يتقاسمونها كل نسبة حقه.¹

وأما العيب الثاني فيتعلق بحرية المدين في التصرف في أمواله دون قيد مما قد يضر بالدائن، ولا يجعله في مأمن من خطر إعسار مدينه، خاصة أن التشريع لا يمنع المدين من التصرف في أمواله، ولا يلزمه بالإمتناع عن الإهمال في تقاضي حقوقه، ويترتب على هذه الحرية غير المقيدة للمدين، مما يقلل من فرص الدائنين في إستبداد حقوقهم كاملة.²

ويمكن تقديم وسائل حماية الضمان العام للدائنين من خلال عرض فكرة مخاطر الضمان العام وما تشكله من ضرر للدائنين تدخل المشرع ووضع تحت تصرفهم وسائل قانونية تتفاوت قوتها وفعاليتها تبعا لنوعية هذه الوسائل التي تهدف كلها إلى حمايتهم وتمكينهم في إستفتاء حقوقهم وأهمها:

طرق تحفظية وطرق تنفيذية وجعل لها وسائل للمطالبة بحقوقهم منها الدعوة المباشرة والغير المباشرة، والدعوة الصورية والدعوة البوليصية.

ب- القيود الإتفاقية أو الشروط تدعيم أو تقوية للضمان العام:

إذا كان الأصل أن ديون الشخص سواء كانت مستغرقة لماله أو لا، ليس لها تأثير في أهلية المدين المتصرف بأمواله³، على عكس عقود التبرع التي من طبيعتها أنها إذا أبرمت من كان الدينبما له تكون غير صحيحة.

¹ السهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 05.

² السهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 05.

³ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 955.

كما يمكن القول أن العيوب التي تعتري الضمان العام تقلل من ثقة الدائنين في هذا الضمان، والتالي تدفعنا إلى البحث عن ضمانات إضافية أو تكميلية تمنحهم الثقة والأمان في المدينين، وتجعلهم يطمئنون على ديونهم، ولعل القيود الإتفاقية من بين هذه الضمانات، ولا نقصد هذه الضمانات المعروفة في القانون المدني، وهي الضمانات العينية كالرهن، والإمتياز، والضمانات الشخصية كالكفالة وغيرها، ولكن نقصد رغبة الدائنين في البحث عن شتى الوسائل التي من شأنها أن تجعلهم أكثر إطمئنانا على مراكزهم القانونية ولذلك سميناها ضمانات القيود الإتفاقية تدعيما وتقوية للضمان العام.

الباب الثاني:

تطبيقات القيود

الإتفاقية الواردة

على الملكية

العقارية الخاصة

إن الحق العيني يمثل الحق الذي يرد على شيء معين بالذات، ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، كما يكون لصاحبه الحق في أن يستعمله دون حاجة إلى وساطة طرف آخر¹

وقد عرف المشرع الجزائري الحق الملكية بأنها حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالا تحرمه الأنظمة والقوانين، كما أن المشرع قد يقيد هذه الملكية أو هذه الحرية حينما يجد ضرورة لذلك، ومثل هذه القيود يجب أن تكون بنصوص قانونية قاطعة في دلالتها لأنها تأتي خلافا للأصل.

ووجود هذه القيود القانونية التي تمنع من التصرف وحق الإستعمال والإستغلال هو أمر مقطوع فيه من الناحيتين القانونية والفقهية، ولكن ما أثار النزاع أو الإختلاف هو تلك الشروط التي يتفق الطرفان والتي تمنع من التصرف، سواء وردت في عقد ملزم للجانبين كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع، أو وردت في تصرف واحد يجد أساسه في الإرادة المنفردة كما هو الحال بالنسبة للوصية.

إن التطرق لموضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وأقصد القيود الإتفاقية أو ما يعرف قدرة الأطراف على تقييد الملكية العقارية بالإتفاق، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد القيود المتعلقة بسلطة التصرف من جهة، ومن جهة أخرى قيود أخرى متعلقة بتقييد سلطتي الإستعمال والإستغلال وعلى إعتبار أن هناك قيودا قانونية تقرر بنص قانوني لكن الأصل فيها هو الإتفاق كما هو الشأن للإرتفاقات الإتفاقية وحق الإنتفاع وحق المساطحة، ورغم أنه ينص عليها القانون إلا أنها إعتبرت من القيود الإدارية، ولغرض تسليط الضوء على موضوع بحثنا لا بد أن نتناول تطبيقات القيود الإتفاقية من خلال فصلين، يخصص كما يلي:

الفصل الأول: الشرط المانع من التصرف كقيد إرادي متعلق بتقييد سلطة التصرف.

الفصل الثاني: حق الإرتفاق وحق الإنتفاع كقيد لسلطتي الإستعمال والإستغلال.

¹ محمد حسن قاسم، مبادئ القانون -مدخل إلى القانون الالتزامات، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة 2002م، ص 143.

الفصل الأول:

الشرط المانع

من التصرف

كقيد إتفاقي

نتعرض في هذا الفصل الشرط المانع من التصرف بإعتباره قيوداً إرادياً على حق الملكية، وقد إعتنت معظم التشريعات المقارنة بمعالجة قيد الشرط المانع من التصرف بمعالجة مرنة، تقوم على أساس التوفيق بين قاعدة حرية التعاقد من جهة، ومنع التصرف من جهة أخرى، ولهذا تمت إجازة هذا الشرط متى كان المانع مؤقتاً، وقصد منه حماية المصلحة جديّة ومشروعة سواء للمشتري أو المشتري عليه أو الغير.

سنحاول من خلال هذه الدراسة تحديد موقع الشرط المانع من التصرف وذلك في حدود ما يلزمنا من صياغته بين ضرورات الإطلاق وحدود التقييد وفق ما يقتضيه البحث، وسنتناول هذا الفصل في مبحثين، سنخصص المبحث الأول ماهية المانع من التصرف وشروط صحته، كما نخصص المبحث الثاني آثار الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته.

المبحث الأول: ماهية الشرط المانع من التصرف وشروط صحته.

سننطلق في هذا المبحث إلى تعريف الشرط المانع من التصرف في المطلب الأول وذلك لتحديد معناه لغوياً وفقهياً وقانوناً وكذا طبيعته القانونية وتمييزه عن ما يشابهه، أما المطلب الثاني نتناول فيه نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف.

المطلب الأول: تعريف الشرط المانع من التصرف:

الفرع الأول: تعريفه اللغوي: سنعرض في هذا العنصر إلى التعريف اللغوي للشرط المانع من التصرف بتقسيم المصطلح إلى ألفاظه الثلاث على النحو التالي:

أولاً- يقصد بالشرطلغة: إلزام الشيء والتزامه وهو في الإصطلاح ما يرتبط غيره به إنعداماً لا وجوداً، وكان خارج الماهية¹، فالطهارة شرط لصحة الصلاة، والشاهد أن لصحة عقد النكاح، والحول لصحة وجوب الزكاة، والقدرة على التسليم شرط لصحة لعقد البيع.

ثانياً- المانع يعرف المانع لغة بأنه العائق، وما يكف عن الشيء، وهو إسم فاعل من فعل منع². فالقتل والرق والكفر موانع الإرث، كذلك التوحيد مانع من الخلود في النار، والزواج من البنت مانع العقد على أمها أو خالتها أو عمها أو أختها، فالإيجاب والقبول والشهود وشروط للزواج، لكن الزواج في الزواج من أخت الزوجة مانع من موانع العقد عليها³.

ثالثاً: التصرف: لغة هو التقلب والسعي في طلب الكسب، وهو التصرف في الأمور⁴، والتصرف في التداول اللغوي ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليها الشرع القانون أحكامه.

ويعرف في الإصطلاح بأنه "عملية قانونية مؤداها التعبير عن إرادة عامة أو خاصة فردية أو جماعية، والتي يكون محلها أو هدفها إحداث نتائج قانونية، كإنشاء قاعدة تعديل مركز قانوني، خلق حق"⁵.

وبعد عرضنا لمختلف ألفاظ الشرط المانع من التصرف كل لفظ على حدا يمكننا الجمع بين الألفاظ الثلاث حتى يتسنى لنا تحديد التعريف الإصطلاحي للشرط المانع من التصرف نتوصل

¹ علي بن علي المشيخ، شروط صحة الطهارة، مجلة البحوث الإسلامية، المملكة العربية السعودية، الرياض، العدد السابع والستون، سنة 2020م، ص329.

² غازي مبارك الذنيان، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني، مذكرة لنيل درجة الماجستير اجامعة الأردنية سنة 1994، ص 42.

³ مقالاتي مونة، الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف بالتقييد الملكية العقارية الخاصة، دراسة التشريعات المقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة 2015م، ص31.

⁴ محمد الدين الفيروز ايادي، القاموس المحيط، بيروت، دار الكتب العلمية، سنة 1999م، ص162.

⁵ Gerard Cornu, Vocabulaire Juridique, presses Universite res de France paris, 2000, p 16.

إلى التعريف التالي الشرط المانع من التصرف هو قيد إرادي يرد في تصرف قانوني، ولا يجوز بمقتضى هذا القيد للمتصرف إليه، التصرف في المال الذي إنتقلت إليه ملكيته بموجب هذا التصرف مدة من الزمن، حماية لمصلحة مشروعة¹، وكما عرفه ابن منظور في لسان العرب، هذا إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه.²

الفرع الثاني: التعريف الفقهي: ويمكن إيراد تعريفات فقهية شتى في هذا العنصر.

- يعرفه الدكتور الصدة هذا الشرط بأنه "شرط يرد في عقد أو وصية فيمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله."³

ويعرفه الدكتور محمد وحيد الدين سوار بأنه "الشرط الذي يرد في عقد أو وصية، يمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله، كما لو إشرط الواهب في عقد الهبة على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب طول حياته، أو حتى يبلغ سنا معيناً، أو كما لو إشرط على الموصى له في الوصية مثل هذا الشرط."⁴

ويعرفه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي بأنه "هو القيد الذي يفرضه صاحب المال أثناء تصرفه فيه إلى الغير، ويشترط على هذا الغير ألا يتصرف فيه بدوره، والغاية هي بقاء المال في يد المتصرف إليه."⁵

ومن خلال التعريفات السابقة ولعل تعريف الدكتور غازي مبارك هو الأقرب للمنطق ويتوافق

مع التعريفات القانونية الحديثة ولإعتبارات عدة أهمها الشمولية والإيجاز.

¹ غازي مبارك الذنبيان، المرجع السابق، ص 51.

² ابن منظر، لسان العرب، المرجع السابق، ص 202.

³ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 134.

⁴ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 94.

⁵ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 154.

كما أن فقهاء الإسلام لهم في هذا باع كبير، ولعل أهم هذه التعريفات:

"الشرط هو إلزام العاقد في عقده أمراً زائداً عن أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه، أم كان مؤكداً له، أم كان مخالفاً له، وسواء كان ينتج منفعة لمن إشتراط له الشرط، أم كان الإشتراط لصالح الغير، أم لم تكن منفعة لأحد مطلقاً".¹

نستنتج من التعريفات الفقهية وعند تحديد مفهوم الشرط المانع من التصرف بمصطلحين، درج عدد من الفقهاء على إستعمالها عند التعرض لمسألة الملكية العقارية والتصرف فيها، وهما القيود الإتفاقية إنطلاقاً من أن مصدر هذا الشرط هو الإتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية، فيما المصطلح الآخر هو القيود الإرادية، لأنه ليس شرط أن ترد في عقد أو إتفاق، بل قد ترد في تصرف قانوني، يحد أساسه في الإرادة المنفردة كالوصية.²

والملاحظ أن التشريعات قد اختلفت هي الأخرى في جوهر هذا الموضوع بين من إستخدم مصطلح الشرط المانع من التصرف، وبين من إستخدم الشرط المقيّد للتصرف، وبين من جمع بين الإثنين.³

الفرع الثالث: التأصيل القانوني لشرط المانع من التصرف في التشريعات المقارنة

لم يعطى الفقه القانوني أي تعريف لشرط المانع من التصرف، لكنها حاولت بلورة جملة من التعاريف له، من منطلقات مختلفة، وتبعاً لنظام الملكية العقارية الخاصة المعتمد.

ومن خلال إستقراءنا لبعض التشريعات المميزة للشرط المانع من التصرف أهمها:

¹

² صاحب عبید الفتلاوي، الشرط المانع من التصرف بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثامن، العدد الأول، سنة 2005، ص 53.

³ موني مقلاتي، الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف، المرجع السابق، ص 32.

أولاً: القانون المصري: حسب المادة 823 في القانون المدني المصري ينص على ما يلي:

"إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن منبياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

- يكون الباعث مشروعاً، متى كان المراد بالمانع من التصرف، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

- المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير¹، ولا مناص أن القانونين الليبي والسوري أخذاً بهذا التعريف، فالقانون الليبي في المادة 832، والقانون السوري في المادة 778، من القانون المدني السوري.

ثانياً: القانون الأردني: ينص القانون المدني الأردني في المادة 1028 على تحديد الشرط المانع من التصرف "ليس للمالك أن يشترط في تصرفه، عقداً أو وصية، شروط تقييد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة المتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير لمدة محدودة².

ثالثاً: القانون البحريني: تطرق المشرع البحريني في المادة 774 في القانون المدني البحريني على أنه إذا تضمن التصرف القانوني شرط يمنع المتصرف إليه في المال الذي إكتسب ملكية بمقتضى ذلك التصرف أو تقييد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط، ما لم يكن منبياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة³.

¹ محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2000م، ص 285.

² يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية، دار المسيرة، عمان، الأردن، طبعة 01، سنة 2011م، ص 81.

³ عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني، أحكام حق الملكية، منشور جامعة البحرين، سنة 2006م، ص 116.

وقد أخذ المشرع الكويتي وكذا في نص المادة 815 من القانون المدني الكويتي ما يقارب التعاريف السابقة.

رابعا: القانون الفرنسي: تطرق القانون الفرنسي للشرط المانع من التصرف في المادة 01/900 حيث نص على أنه "لا تصح شروط المانع من التصرف التي تثقل الأموال الموهوبة، أو الموصى بها، ما لم تكن هذه الشروط مؤقتة، وتبررها مصلحة جديّة ومشروعة، وحتى في هذه الحالة، فإنه يجوز الترخيص قضائيا للموهوب له، أو الموصى له بأن يتصرف في المال إذا كانت المصلحة التي بررت الخطر قد زالت، أو طرأت مصلحة أكثر أهمية تقتضي هذا التصرف".¹

كما أن القانون الفرنسي تدخل بالقانون 526/71 الصادر في 03 يونيو 1971، إلى المادة 01/900، مادة جديدة هي المادة 01/900 مكرر، حيث إعترف بصحة الشرط المانع من التصرف التي ترد على الهبة أو الوصية.

خامسا: موقف المشرع الجزائري: نجد فيما يتعلق بالتشريع الجزائري عدة نصوص في منع المالك من التصرف مؤقتا في ملكيته من خلال النصوص التالية:

المادة 104 في المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري بقولها "يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيل حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير".²

المادة 84 من القانون التوجيهي العقاري 25/90¹، والمعدلة بالمادة 12 بالمرسوم التنفيذي 26/25 المؤرخ في 1995/12/25، المعدل والمتمم لقانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، حيث تنص على عدم

¹P, Jourdan, Les biens, Dallonz, 1995, n ; 56, P 74.

² المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/02/25، المتضمن التأسيس السدل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 30، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 30، المؤرخة في 13 أفريل 1976، ص 498.

جواز بيع حق الإنتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحين، وهذا بموجب قانون 19/87 المتعلق بالمستثمرين الفلاحين إلا بعد مضي أو مرور 10 سنوات من يوم تأسيس المستثمر الفلاحية.

المادة 57 من القانون رقم 12/07 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 على ما يلي "إن السكنات الإجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازل عنها لشاغلها طبقا للتشريع الساري المفعول، وكذا السكنات المستفيدة في الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة يجب أن تقل عن 10 سنوات²، وقد عدلت المادة أكثر من مرة بموجب القوانين المالية 2012، 2017، 2018، 2019، وسيأتي تفصيلها لاحقا.

المطلب الثاني: تحديد فكرة الشرط المانع من التصرف.

إن تحديد فكرة الشرط المانع من التصرف يقتضي تحديد موقعه من المراكز المشابهة له وبيان طبيعته القانونية وكذا نطاقه، ومن المنطلق يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع وهي:

الفرع الأول: تمييزه عن الأنظمة المشابهة له

الفرع الثاني: طبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف.

الفرع الثالث: نطاق الشرط المانع من التصرف.

¹ قانون رقم 25/90، المتضمن بالتوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 52، المؤرخة في 01 ديسمبر 1990.
² القانون رقم 12/07 المتضمن قانون المالية لسنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 82، الصادرة بتاريخ 2007/12/31.

الفرع الأول تمييز الشرط المانع من التصرف عن بعض الأنظمة المشابهة له.

أولاً- تمييز الشرط المانع من التصرف والشرط كوصف:

من المسلم به فإن الشرط المانع من التصرف هو أحد الشروط التقييد أو ما يطلق عليه الفقهاء الشروط المقترنة بالعقد، أما الشرط كوصف في العقد فهو شرط من شروط التعليق وليس التقييد ويميز الفقهاء بين الشروط عموماً والشروط المانعة من التصرف من جهات متعددة.

أ- من حيث طبيعة وجوه كل منهما:

إذا كان كل من الشرط المانع من التصرف والشرط كوصف في العقد أمراً زائداً عن العقد، وليس من مستلزمات هذا العقد، لكن مقتضى الشرط المانع من التصرف وإيراده في العقد يجعله جزءاً منه كأنه شق آخر من هذا العقد، فشرط المانع من التصرف وإن كان ليس من مستلزمات العقد، بل هو أمر زائد عن أصل التصرف، وهو عارض أيضاً، وتابع للعقد الأصلي، لكن إدراجه فيه يجعله جزءاً فيه.¹

ب- من حيث أثر كل منهما:

إذا كان الشرط المانع من التصرف كما أسلفنا يصبح جزءاً من العقد يترتب أحكاماً وينتج آثاره كأبي بند في العقد فإن الشرط كوصف هو الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع الذي يترتب عليه وجود الإلتزام أو زواله.²

¹ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1980، ص 31.

² المادة 265 من القانون المدني المصري.

كما يعرفه القانون الفرنسي في المادة 1168 على أنه "يعتبر الإلزام شرطياً إذا تعلق بحادث مستقبل غير محقق الوقوع، سواء كان التعليق حصول الحادث أو سقوطه موقوفاً على وقوع الحادث أو عدم وقوعه.

ج- من حيث الأثر الرجعي لكل منهما:

بالنسبة للشرط كوصف للإلتزام، فيرتد أثر إلى الوقت الذي نشأ الإلتزام إلى الوقت الذي نشأ فيه الإلتزام، وبناءً على ذلك إذا كان الشرط واقفاً وتحقق، فإن الإلتزام يعتبر موجوداً من يوم الإلتزام عليه، وإذا كان الشرط فاسخاً وتحقق، فإن الإلتزام يزول بأثر رجعي كأنه لم ينشأ أصلاً.¹

أما الشرط المانع من التصرف فإن مخالفته لا يترتب عليها فسخ، أو بطلان التصرف الأصلي كقاعدة عامة، وإنما بطلان التصرف المخالف.

والنتيجة هي أن الشرط المانع من التصرف لا يمكن إعتبره وصفاً للإلتزام لأنه غير معلق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وإنما هو مجرد بند عقدي يقترن ببعض التصرفات المعينة، كما يختلف عنه من حيث الأثر خاصة فيما يتعلق بجزء البطلان ورجعية الشرط.²

¹ إيداد محمد إبراهيم جاد الحق، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الفلسطيني، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الخامسة، سنة 2015 ص 158 – 159.

² أمينة ناعيمي، أحكام الشرط في ضوء القانون المدني على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 2008 ص 140.

ثانيا- تمييز الشرط المانع من التصرف من شرط إحتفاظ بالملكية:

يعتبر شرط إحتفاظ بالملكية أحد الضمانات التي يلجأ إليها البائع بثمن مؤجل ليضمن بذلك حصوله على الثمن، البيع بثمن أجل قد يدفع البائع إلى إشتراط عدم إنتقال الملكية حتى يقوم بسداد كامل الثمن.¹

كما عرفه الدكتور شرابن حمزة بأنه إتفاق يقصد به توفير التأمين المناسب للبائع يضمن له وفاء المشتري بإلتزامه لدفع الثمن، فالبائع لا يريد أن يفقد ملكية الأشياء المباعة قبل أن يقوم الطرف الآخر بتقديم المقابل الذي تعمد به، فيفضل المبيع بمقتضاه على ملك البائع حتى يتحقق هذا الشرط.²

فالشرط الإحتفاظ بالملكية يضمن للبيع إسترداد البيع في حالة عدم قيام المشتري وتقايسه في أداء إلتزاماته التعاقدية المباشرة.

ويعتبر الشرط المانع من التصرف للوفاء الحقوق المتعاقدين وضمان لإستفاء دينهما كما أنهما يختلفان في أمور فنية كالتالي:

أن شرط الإحتفاظ بالملكية يفوق في قدرته من الناحية النظرية المانع من التصرف، فالبائع يحتفظ بملكية المبيع، وذلك لأن المشتري لا يملك، والبائع يكون في مركز أقوى من البائع الذي يشترط عدم التصرف، ويتمتع بحق الإنتفاع بالشيء وإستغلاله، ولكن لا يحق له التصرف فيه ويستطيع إسترداد المبيع لإحتفاظه بملكه، بينما لا يستطيع البائع الذي إشتراط عدم التصرف إسترداد المبيع إلا إذا فسخ عقد البيع.³

¹ د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956، ص 47.

² شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الإلتزام، دار هومة للطباعة والتوزيع الجزائر، سنة 2011، ص 86.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 65.

كما أن الشرط المانع من التصرف يتسم من الناحية العملية لكونه يرتب آثارا قانونية أكثر فائدة، فلو تصرف المشتري بالمبيع الذي احتفظ البائع بملكيته لكان هذا التصرف غير نافذ في حق البائع.

ثالثا- تمييز الشرط المانع من التصرف عن عدم القابلية للتعامل:

من المسلم به أنه يشترط في محل الإلتزام أن يكون قابلا للتعامل إلا ما إستثناه القانون وبسبب طبيعته، وقد علق الأستاذ يحي حسين طه أن الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي تلك الأشياء التي يمكن لأحد أن يستأثر بحياتها كالهواء، وأشعة الشمس وما إلى ذلك من الأشياء التي يتشارك جميع الأفراد في الإنتفاع بها.¹

أما الأشياء التي يحرم التعامل بالنسبة للطبيعة، وتكون بطبيعتها قابلة للتعامل لكن القانون أخرجها من دائرة هذا التعامل تحقيقا لمصلحة معينة، فأصبحت غير قابلة للتعامل بها.

كما أن القانون لم الإرادة لم يمنح الإرادة السلطة إخراج الأموال من التعامل بإنكار صلاحيتها كمحال للحقوق المالية، وذلك لأن مثل هذا العمل خاص به (أي القانون) وحده.

لكن ثمة فوارق تجعل أن الشرط المانع من التصرف يختلف عن الشيء الخارج عن التعامل من حيث الملكية فمالكه لم يفقد ألا القدرة على التصرف فيه، ولذلك ففي الوقت الذي نجده لا يزال محلا للملكية خاصة نجد الشيء الخارج عن التعامل لا يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

كما أن ملكية الشيء المشروط عدم التصرف يخضع للتصرفات القانونية من حيث إكتسابها بالتقادم وإنتقالها عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة ... الخ، في حين المال الخارج عن التعامل لا يمكن

¹ غني حسين طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، سنة 1971، ص 229.

أن يكون محل لهذه التصرفات، وهذا الإختلاف يجعل من الشيء المشروع لا يتوافق مع المال الخارج عن التعامل حتى فيما يتعلق بالتصرفات التي حرم المالك من القيام بها.

رابعاً- تمييز الشرط المانع من التصرف عن عدم جواز الحجز:

وقد أجاز القانون الفرنسي، وقانون المرافعات المصري شرط عدم جواز الحجز إحتراماً لإرادة المتبرع وحرية في التصرف في أمر لا يمس النظام العام، ولا يضر دائنين المتبرع له.

وهذا ما يجعل كل من الشرط المانع من التصرف وشرط عدم جواز الحجز في هذه الميزة وهي عدم الحجز عن الأموال المنقولة والمثقل به، لكنهما يختلفان فيما يلي:

- أن الشرط عدم جواز الحجز لا يمكن أن يرد إلا في عقد هبة أو وصية هذا يعني أنه لا يمكن في العقود المعاوضة، أما الشرط المانع من التصرف فقد يرد في العقود المعاوضة وكذا وعقود التبرع.

- إمتناع التنفيذ المترتب على شرط المنع يسري في مواجهة جميع دائني المالك الممنوع من التصرف سواء نشأت ديونهم قبل المنع أو بعده، في حين أن الشرط عدم الجواز الحجز لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل الرهبة أو الوصية.¹

- إمتناع التنفيذ المترتب على شرط المانع من التصرف يسري في مواجهة كل الدائنين بغض النظر عن نوعية ديونهم بخلاف شرط عدم جواز الحجز لا يسري في مواجهة الدائن بدين النفقة مقررة.²

خامساً- تمييز الشرط المانع من التصرف عن فكرة إنعدام أهلية التصرف:

¹ حسين كيرة، الأصول القانون المدني، جزء 01، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1956، ص 306.

² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1975 ص 180.

إن ما يميز فكرتين أن منع المال من التصرف لا يرجع سببه إلا نقص الأهلية، أو لسبب شخصي في المالك، في من يمثله، فالمنع من التصرف في المال بغض النظر عن أهلية المالك بصفة مطلقة، بينما إنعدام الأهلية التصرف، معناه عدم جواز التصرف الشخصي في أمواله إلا بعد سن معينة أو بعد إستفاء شروط خاصة، فالوصي يستطيع التصرف نيابة عن القاصر عديم الأهلية أو ناقصها، فإنعدام الأهلية لا يعني المنع من التصرف، بل يقضي جواز التصرف بعد إستيفاء شروط خاصة أو إتخاذ إجراءات معينة كالإستئذان المحكمة مثلا.¹

الفرع الثاني: طبيعة القانونية الشرط المانع للشرط المانع من التصرف.

لم تحدد النصوص القانونية التي تناولت الشرط المانع من التصرف بالتنظيم الطبيعة القانونية لهذا الشرط، وفتحت المجال للفقهاء خاصة بعد إقراره وأجازته لهذا الشرط، أن يحدد الأساس القانوني أو الطبيعة القانونية له، فتعددت الآراء على هذا الصعيد، وظهرت تكثيفات متعددة فلزم أن نستعرضها على بحثنا في أربعة عناصر.

أولاً: شرط المانع من التصرف إنتقاص من أهلية الشرط المشترط عليه.

ثانياً: شرط المنع من التصرف إلتزام بالإمتناع عن عمل.

ثالثاً: شرط المنع من التصرف تكليف عيني.

رابعاً: المنع من التصرف تعديل لنظام الملكية.

¹ موني مقلاطي، المرجع السابق، ص 160.

أولاً- الشرط المانع من التصرف انتقاض من أهلية المشتري عليه:

هذا الإتجاه من الأراء الفقهية يتمثل في إعتبار الشرط المانع من التصرف إنما يجعل المتصرف إليه ناقص الأهلية، فلا يملك التصرف في العين المستعملة إليه تصرفاً صحيحاً، بل يكون تصرفه فيها قابلاً للإبطال.¹

ويرد على هذا الرأي بأن نقص الأهلية يعتبر من متعلقات النظام العام، ولا يجوز للشخص بإرادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية، ولو سلمنا جدلاً بأن المتصرف له يصبح بالشرط المانع ناقص الأهلية، لكان هو وحده الذي يطلب إبطال التصرف الصادر منه مخالفاً للشرط ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير.²

ويضيف الرأي الراض لهذا الإتجاه بأنه لو سلم بأن المانع من التصرف يؤدي إلى إنتفاض المتصرف، أو إنعدام أهلية الممنوع عليه القيام بها، فإنه يستطيع طبقاً للقواعد العامة أن يباشر التصرف، عن طريق ممثله القانوني كالولي أو الوصي، ويكون تصرفهم صحيحاً، والحال ليس كذلك بالنسبة للشرط المانع من التصرف، حيث يؤدي إلى عدم أحكام التصرف في المال محل المانع ليس فقط بواسطة الشخص الممنوع من التصرف، وإنما بواسطة ممثله ومن ينوبون عنه قانوناً³، وإبختصار يمكننا عرض الإنتقادات لهذا الرأي فيما يلي:

¹ عبد الرزاق، السنهاوري، المرجع السابق، ص 525 – 529، عبد المنعم الفرج الصدة، المرجع السابق، ص 145.

² محمد شكري سرور، موجز تنظيم الملكية العقارية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة الطبعة الثانية، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 279.

³ عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 102.

أ- أن هذا الرأي لا يستقيم مع ما هو مسلم به من أن القواعد العامة المتعلقة بالأهلية من النظام العام، ولا يمكن المساس بها أو أي إتفاق من هذا القبيل باطلا لمخالفته النظام العام.¹

ب- أن الأهلية كما هو معروف يتكون في نوعين أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وهي تثبت للإنسان كاملة من وقت ولادته حيا، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإستعمال الحقوق التي يمكن التي يتمتع بها، انتقاص الأهلية التي يذهب إليه أصحاب هذا الرأي هو لا يرتبط لأهمية الأداء دون أهلية الوجوب، إذ أن الأمر يشترط المنع من التصرف يتعلق بقدرة الشخص على التصرف، وأن أهلية الأداء مناطها التمييز، فإذا كان الشخص الممنوع من التصرف كامل التمييز، وهو من ثم يتمتع بتمام أهلية الأداء على وفق أحكام القانون، فكيف أن نعتبر شرط المنع من التصرف إنتقاصا من أهلية.

ج- إعتبار أن الشرط بإعتبار أن الشرط المانع من التصرف انتقاصا من أهلية المتصرف إليه، يتنافى مع جوهر هذا الشرط، فناقص الأهلية إذا لم يستطع مباشرة تصرف معين، بسبب نقص أهلية فهذا لا يعني حرمانه منه مطلقا، إذ يستطيع تحقيق مباشرته بطريق النيابة القانونية، حيث يقوم به نائب من مثل الولي، أو الوصي، في حين أن الشرط المانع يحرم الشخص أو من ينوب عنه من التصرف بالشيء، فالمنع في حالة شرط المنع من التصرف، ينصب على أصل التصرف، لا على الشخص الذي يقوم به.²

¹Louis Josserandi course de droit ciril français 3^{ed} ti 1938 no 1850 p 380.

²منصورمصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، عبد الله وهبة، مصر 1965، ص 108، وكذلك عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 102.

ويلخص إلينا هذا عدم جواز التسليم بأن الشرط المانع من التصرف هو من إنتقاص من أهلية الممنوع من التصرف لتعارض التكييف مع جوهر فكرة المنع من التصرف، وإعتبار الإنتقادات التي وجهت إليه.¹

ثانيا-الشرط المانع من التصرف إلتزام الإمتناع عن عمل:

إعتبرت بعض الآراء الفقهية مثل هذا الشخص يرتب إلتزاما في ذمة المتصرف إليه بالإمتناع عن عمل (إمتناعه عنالتصرف في المال الذي آل إليه تصرفا ناقلا للملكية) فإن أصل الملتزم بهذا الامتناع بأن تصرف في العين، فإن ذلك يرتب جزءا قوامه التعويض العيني عن هذا في خلال أي أن الجزاء القانوني في هذه الحالة يتمثلإبطال هذا التصرف الذي صدر مخالفا للشرط المانع من التصرف ويبررون رأيهم بأنه يتوافق ونص المادة (1143) في القانون المدني الفرنسي، الذي يقرر أن الدائن في الإلتزام بالإمتناع عن عمل من حقه أن يطلب من المدين ما تم مخالفته بهذا الإلتزام.²

فشرط المنع من التصرف ذو مضمون سلبي هو إلتزام بالإمتناع، ومثل هذا يصح فهو إلتزام مؤقت، فإذا ما أحل الشخص، بما إلتزم به، تعين تطبيق حكم القواعد العامة حيث المطالبة بتنفيذ الإلتزام عينا أو المطالبة بالفسخ.³

إلا أن هذا الرأي وجهت له إنتقادات أبرزها:

أ- أن هذا الرأي لا ينسجم مع الغرض من الشرط المانع من التصرف، وذلك لأن إخلال المدين بإلتزامه متمثل في الإمتناع عن التصرف قد يتبعه فسخ التصرفات الأصلي، فإذا كان هذا التصرف ناقلا

¹ سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، الشرط المانع من التصرف، كلية القانون، جامعة بابل، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة 2018، ص 46.

² عبد السلام، دهلي بك، المرجع السابق، ص 262 – 263.

³ محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 269.

لملكية المشروط عدم التصرف فيه، فسيرتب على الفسخ أن يعود الشيء إليه ملك الشرط، وهذا أمر يتنافى مع الهدف من شرط المنع، وهو إبقاء الشيء على ملك المشتري عليه.¹

بمعنى بأنه لا يستقيم والحالة هذه عندما يكون الباعث على الشرط هو مصلحة المالك إذ في هذه الحالة يكون الإلتزام مقرراً لمصلحة المدين، فضلاً عن ذلك، فإن هذا التكييف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. لأنه إذا أخل المالك بهذا الإلتزام وتصرف بالشيء محل الشرط، فالجزاء المترتب على ذلك هو الفسخ مع التعويض إذ كان له مقتضى، وهذا يعني إزالة التصرف الذي أنشأ الإلتزام وبالتالي وجوب إعادة الشيء إلى المشروط.²

ب- إحتوائه على تناقض، إذ كيف يمكن أن يكون المنع من التصرف إلتزاماً بالمعنى الدقيق مع مراعاة مصلحة المشتري عليه بإعتبار أن الهدف هو حماية مصلحة الممنوع من التصرف نفسه، وهي حماية تقضي إلى جعل هذا الأخير دائناً ومديناً في آن واحد.³

لكن ثمة إنتقاد لهذا الإنتقاد مفاده بأنه إذا كان المنع إلتزاماً، فإن الدائن به في كل الأحوال هو المشتري، ومن ذلك الحال التي يكون فيها المنع مقرراً لمصلحة الممنوع من التصرف، إذ أن لهذا المشتري على الدوام مصلحة أدبية تدفعه إلى إشتراط مثل هذا الشرط.⁴

كما أن التعهد بالإمتناع عن القيام بعمل يعني أن إلتزاماً قد نشأ في ذمة شخص هو المدني لمصلحة شخص هو الدائن. ويلتزم المزيد بمقتضاه عن الإمتناع عن القيام بعمل معين، فإن هذا الأمر

¹ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 381.

² نجم رياض نجم، النظام القانوني للشرط المانع من التصرف، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، سنة 2011، ص 217.

³ محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 269.

⁴ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 109.

مقصود في الحالة التي يكون الشرط المانع من التصرف فيها يحمي مصلحة للمتصرف أو الغير¹، لكن ما يرد عن هذا التبرير هو أن المانع من التصرف قد وضع بصفة أساسية لمصلحة المالك نفسه أي أن المصلحة التي أريد حمايتها في هذا الشرط أساسا إنما هي مصلحة المالك.²

ج- إن القول بأن الشرط المانع من التصرف إلتزام بالإمتناع بالقيام عن عمل يتوافق مع المادة 1143 من المادة من القانون المدني الفرنسي، وأسسوا تبريرهم على أن الدائن في الإلتزام بالإمتناع عن عمل من حقه أن يطلب من المدين ما تم مخالفته من هذا الإلتزام، وكذلك المادة 212 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بجواز الدائن بالإلتزام بالإمتناع عنيه يطلب إزالة ما وقع مخالفا للتعهد، والبطلان في هذه الحالة يعتبر تنفيذا عينيا.³

فالمقصود بالإزالة في هذه المواد هو الإزالة المادية لا إبطال التصرف المخالف للشرط المانع في التصرف، وهو ما وقع من أعمال مادية مخالفة للإلتزام بالإمتناع لا ما وقع من تصرفات قانونية مخالفة له، ولعل ما يؤدي هذا المقصود هو ذيل المادة 212 السالفة الذكر التي تعطي للدائن الحق في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين بناء على طلب يقدمه للقضاء، وبهذا يتبين أن الإزالة تنصب على الأعمال المادية.⁴

وما يمكن إستخلاصه أن الشرط المانع من التصرف هو إلتزام بالإمتناع على القيام بعمل هو رأي يتعارض مع الشرط من حيث الجوهر، ومن حيث النتائج التي تترتب على القول به، وبالتالي رأي غير صالح لتحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف.

¹ موني مقلاتي، المرجع السابق، ص 163.

² عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 43.

³ عبد المنعم، المعصراوي، المرجع السابق، ص 103.

⁴ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 130.

ثالثا- الشرط المانع من التصرف لتكليف عيني:

يرى بعض الفقهاء أن الشرط المانع من التصرف يطبع العين ذاتها بطابع عيني يجعلها غير قابلة للتصرف فيها مدة المنع¹، مما يرتب بطلان التصرفات المخالفة للشرط المنع وعلى هذا الإعتبار أن شرط المانع من التصرف قيد عيني يرد على الشيء فيحد من مضمون حق الملكية في سلطة التصرف التي هي أهم وأخطر ما في المضمون، وأن الشيء الذي يرد عليه القيد هو الشيء الممنوع من التصرف فيه، وهذا يعني من جانب آخر أن القيد لا يرد على شخص المشتراط عليه.²

أن رغم هذا فإن هذه الوجهة يكتنفها الغموض، فإن أريد بها أن المال يكون غير قابل للتصرف فيه، فهذا يعني خروج الشيء عن دائرة التعامل فيما يتعلق بالتصرفات التي ترد عليه، وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها وذلك لأن الأشياء الخارجة عن التعامل لا تصلح أن تكون محلا للحقوق المالية هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الأشياء الممنوعة من التصرف ما زالت محل في ذمة المالك، وإعتبار أن هذه الأشياء الممنوعة من التصرف يمكن أن تنتقل إلى الغير بطريق التقادم الطويل أو الميراث وإعتبار آخر أن إرادة الأفراد لا يمكن القدرة على إخراج الأشياء عن دائرة التعامل وهذا من إختصاص القانون وحده.³

كما أنه قد يكون المراد بفكرة التكليف العين وضع الشيء الممنوع من التصرف فيه في مركز عيني الذي نشأ عن الشرط المانع وهو بطبيعة الحال ليس حقا عينيا معروفا، وإنما هو مركز عيني خاص مصدره الشرط.⁴

ورغم وجاهة هذا الرأي وهو أقرب للمنطق إلا أنه وجهت له إنتقادات أهمها:

¹ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 165.

² نعمان محمد خليل، المرجع السابق، ص 40.

³ محمد نجيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 268.

⁴ جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 62 – 63.

أ- هذه التفسيرات المتقدمة تؤدي إلى نتائج غير منطقية وغير مقبولة، فالحق العيني لا يمكن أن ينشأ بإرادة الأفراد أي أن الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر وأن الإتفاق لا ينشئ حقوقا عينية.¹

ب- كما إنتقدت هذه الفكرة بأن التكليف العيني يترتب عليه جعل سلطة التصرف منقسمة بين المالك الممنوع من التصرف، ومن تقرر الشرط لصالحه، إذ لم يكن هو المالك وهي نتيجة مقبولة إبتداءا إذ لا يتصور أن تثبت الملكية على شيء معين لشخص معين لآخر على نفس الشيء سلطة التصرف فيه ولو جزئيا، فالتصرف هو جوهر حق الملكية يحرم المالك منه مؤقتا.²

ج- وعلى الرغم من ذلك فإن البعض يرى أن التكليف العيني ليس حقا عينيا، ولم يزعم أنصاره هذا وإنما هو عبء يثقل المالك ذاته صاحبه، ولذا وصف بأنه عينيلا يرتباطه بالعين لا بالشخص.³

رابعا- الشرط المانع من التصرف تعديل نظام الملكية العادي:

ذهب أغلب الفقهاء إلى تكليف الشرط المانع من التصرف، على أنه ليس إلا تعديلا لنظام الملكية، أو ما يعرف بالتعديل الإرادي لنظام الملكية العادي، فبمقتضاه تسلب سلطة التصرف في الشيء من المالك، وهذا التعديل يجب أن يؤخذ التي تتفق من الأغراض المقصودة منه، فالقانون لم يخول الإرادة مثل هذه السلطات إلا من أجل تحقيق أو مراعاة مصلحة مشروعة، ومن هنا يتعين خضوع الشرط المانع من التصرف في أحكامه لمقتضيات المصلحة التي دفعت للأخذ به.⁴

طبعاً هذه المرونة والليونة في السماح للأخذ بنظام التعديل على سبيل الإجازة وليس من خصوصيات الإرادة، فالإرادة لا تخالف النصوص القانونية، وهذا يتفق مع النظم أخذت بالشرط

¹ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 63.

² رمزي مبروك، المرجع السابق، ص 102.

³ رمزي مبروك، المرجع السابق، ص 98.

⁴ علي علي سليمان، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية والتبعية) دار بيروت، 1969، ص 84.

المانع من التصرف أو في ظل القوانين نظمت أحكامه بنصوص خاصة، إذ أن المشرع خول إرادة الأفراد تعديل نظام الملكية عندما أجاز الشرط المانع من التصرف بنصوص صريحة، بمعنى آخر أن التعديل للنظام العادي للملكية، يعطي القانون للإرادة سلطات تقريره، لمدة مؤقتة تحقيقا لمصلحة مشروعته.¹

كما يقرر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة إذ يقول "الصواب أن شرط المانع من التصرف يورد قيودا على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلا بالنظام العادي للملكية لمقتضى إرادة الأفراد."²

والحقيقة أن فكرة شرط المانع من التصرف تتماشى مع الحاجات التي دعت إليه، فهو يقوم بوجوده وجوازه على المصالح المشروعة التي هي أجدر بالحماية، ومن هنا فإن شرط المانع من التصرف يخضع في أحكامه وشروطه للحاجات العملية التي يهدف إلى حمايتها، وأن المصالح المشروعة التي بررت وجوده وجوازه ينبغي أن تراعى في تطبيق الأحكام المتعلقة به.

المطلب الثالث: صحة شرط المانع من التصرف ونطاق تطبيقه في التشريع الجزائري.

يمثل الشرط المانع من التصرف قيودا على سلطة التصرف الشيء، وهي ميزة أساسية لحق الملكية، ويعتبر لذلك مخالفا للأصل العام القاضي بحرية تصرف المالك فيما يملك في حدود ما يبيحه القانون.

وعملا لمبدأ جواز وإقرار مشروعية الشرط المانع من يستلزم تحقيق شروط معينة لتحقيق الأهداف المتوخاة منه، كما أن إقرار المشرع الجزائري مؤخرا بهذا الشرط يعتبر قفزة نوعية في تكريس مبدأ تداول الملكية العقارية وكذا تقييدها في حدود ما أباحه القانون، ومن أجل الإحاطة بما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

¹ حسن كبره، المرجع السابق، ص 131.

² عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 146.

الفرع الأول: صحة شرط المانع من التصرف، وسنتناول من خلالها العناصر التالية:

أولاً: المصلحة الجدية والمشروعة

ثانياً: المدة المعقولة

ثالثاً: ورود الشرط من التصرف ضمن التصرف القانوني الناقل للملكية أو الحق العيني.

أما الفرع الثاني: نطاق تطبيق الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: صحة شرط المانع من التصرف.

أولاً- المصلحة الجدية والمشروعة:

نستخلص من النصوص السابقة سالفه الذكر أنه يشترط لصحة شرط المانع من التصرف

توافر شروط لازمة، ونستعرض هذه النصوص لإستخلاص هذا الشرط.¹

تنص المادة 823 من القانون المدني المصري على أنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي

بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة

معينة.

كما تنص المادة 947 من القانون المدني الفلسطيني بأنه "إذا تضمنت عقود التبرع أو الوصية

شرطاً يقضي بالمنع من التصرف في عقار فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروعاً

ومقصوراً على مدة معقولة.

كما تقرر المادة 900 - 01 من التقنين الفرنسي "أنالشرط المانعة من التصرف التي تعلق بمال موهوب أو موصى به لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة وتبررها مصلحة جديرة ومشروعة...".

ومن خلال ما تقدم نستخلص أنه إذا كان المنع من التصرف يعتبر خروجاً على الأصل الذي يعطي المالك الحق فيه مباشرة جميع السلطات الممكنة على الشيء المملوك، فإن المشرع إشتراط أن يكون الباعث على هذا الشرط مشروعاً، ويتحقق عند وجود مصلحة مشروعة أي عدم مخالفة للقانون، أو النظام العام أو الآداب العامة.

وينبغي أن تكون المدة المعقولة محددة ويمكن دراستها وفق العناصر التالية ما يلي:

- ✓ تحديد مضمون هذا الشرط وتقدير مؤقت التشريع.
- ✓ نوع المصلحة التي المقصود تحقيقها من الشرط المانع من التصرف.
- ✓ حكم زوال المصلحة.
- ✓ الاستفادة من المصلحة.
- ✓ تخلف شرط المصلحة.

أ- تحديد مضمون شرط المصلحة

إشتراط المشرع الفرنسي في المادة السالفة الذكر أن يكون المنع مستنداً إلى مصلحة جديرة ومشروعة كما يشترط المشرع المصري في المادة 823 لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون مبنياً على باعث المشروع، ويتفق المشرع الفلسطيني مع التقنين المصري في مادة ذاتها 947، "فلا يصح هذا

الشرط ما لم يكن مبنيا على باعتمشروع، ويقصد بالبائع المشروع في هذا الصدد المصلحة الجدية التي تبرر إحترام رغبة المتصرف إليه من التصرف.¹

ويلاحظ أن المشرع المصري أخذ بفكرة الباعث، وهي فكرة ذاتية تقوم على إعتبرات شخصية محضة، بينما أخذ المشرع الفرنسي بفكرة المصلحة، وهي تستند إلى إعتبرات موضوعية، ويتفق مع جانب من الفقه في أن المشرع الفرنسي كان أكثر توفيقا في تعبيراً عن هذا الشرط من المشرع المصري أو الفلسطيني، كما تميز به فكرة المصلحة من تحديد ودقة ولعل هذا ما أخذ² بالمشرع المصري إلى الاستعانة بفكرة المصلحة في الفقرة الثانية من المادة 823 حيث إعتبر الباعث مشروعاً إذا كان الغرض من المنع حماية المصلحة مشروعة للمتصرف والمتصرف إليه أو الغير.³

كما أنه يتعلق بالبائع على الإشتراط، فيجب التفريق هنا سبب الإشتراط والباعث عليه، في مجال الإلتزام، يعرف الفقهاء السبب بأنه الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالإلتزامه.⁴

ويعد شرط المصلحة هو الشرط الأهم من بين شروط صحة المنع، وذلك لأن التشريعات لم تجز الشرط إلا لكونه يحقق مصلحة ما، فلا يوجد أي تشريع يجيز بدون أن يشترط كونه مبرراً لمصلحة مشروعة، بل إن من التشريعات ما إقتصر على هذا الشرط فقط دون ذكر شروط المدة.

¹ سعيد جبر، حق الملكية، المرجع السابق، ص 414.

² أشرف جابر السيد، مدى الإحتجاج، بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائي المتصرف إليه، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 25.

³ أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص 55.

⁴ محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1978، ص 199.

ولعل المشرع الفلسطيني في المادة 02/947 إكتفى بكون هذه المصلحة مشروعة أي يكفي أن تكون المصلحة المبتغاة من الشرط غير مخالفة للنظام العام والآداب، لكي يمكن إعتبارها سندا لصحة الشرط المانع.

وبهذا يكون كلا من المصري والفلسطيني قد إستعانة بفكرة المصلحة إمتدادا بالمشرع الفرنسي والذي كان أكثر توفيقا في التعبير عن الشرط المصري والفلسطيني، وذلك لأن فكرة المصلحة تتميز بالتحديد والدقة.¹

ونتفق مع من يرى أن مصطلح المصلحة المشروعة والجدية أفضل من المصطلح الباعث، بل إن فكرة الباعث هي فكرة ذاتية، وهذا يعني أن تحديد مضمونها يخضع لإعتبارات شخصية الصرف، وقد يكمن وراءها مجرد الهوانو والنزوة العابرة، في حين أن الفكرة المصلحة يمكن أن تتحدد فقط معيار موضوعي وأن من شأن هذا التحديد الموضوعي أنه يمكن القضاء من التأكد في مدى تحقيقها، ومن مدى جديتها أو من مدى مشروعيتها.

وتقدير مشروعية وجدية المصلحة أمر تختص به محكمة الموضوع وفق معايير تحدد بنصوص قانونية تعطى لها الأهمية القصوى لتبرير المصلحة الجدية، وتأكيد مراعاة مصلحة النظام العام، والآداب العامة.

¹ أبو زيد عبد الباقي مصطفى، دراسة حول الشرط المانع من التصرف، المرجع السابق، ص 45 - 53.

ب- نوع المصلحة المقصود تحقيقها فالشرط المانع من التصرف.

قد يرمى الشرط المانع من التصرف إلى تحقيق مصلحة للمتصرف، أو المتصرف إليه أو الغير، فمن ناحية أولى قد تكون المصلحة المقصود تحقيقها هي المصلحة المتصرف (المتبرع) وهي إما مصلحة مادية أو أدبية.¹

- **المصلحة المادية:** ومن أمثلتها أن يشترط عدم التصرف في المال المتبرع به ضمانا لحقه في الرجوع في الهبة سواء كان قانونا أو إتفاقا، ومن أمثلتها كذلك أن يشترط المتبرع المنع من التصرف ضمانا لوجود إيراد مدة الحياة له.

- **المصلحة الأدبية:** ومثالها تحقيق رغبة المتبرع من عدم التعامل مع شخص أجنبي كأن يشترط على المتبرع إليه عدم التصرف في المال حتى يكون له - أي للمتبرع - حق الانتفاع أو حق السكنى حيث يفضل المتبرع أن يتعامل مع المتبرع إليه مباشرة دون الإضطرار إلى التعامل مع شخص آخر.²

ويشكك البعض في مشروعية هذه المصلحة بإعتباره المصادرة على المطلوب، لأنه لا يعبر إلا عن مجرد رغبة شخصية لدى المتبرع.³

غير أن القضاء أكد على مشروعية هذه المصلحة إحتراما لإرادة المتبرع في أن يحتفظ بملكته طيلة حياته، حتى ولو كان السبيل إلى ذلك عدم خروج المال من ذمة أحد أفراد أسرته المباشرين.⁴

¹ رمزي محمد فريد مبروك، بحث بعنوان "شرط المصلحة في التأمين البري من الأضرار، مستخرج من مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،

تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 11 أبريل 1992، ص 53 وما يليها.

² أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 26 - 27.

³ أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 27.

⁴ أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص 55.

وبالرغم من أن المصلحة المادية في نظر الفقه والقانون هي المصلحة ذات الأهمية بمقارنتها بالمصلحة المعنوية بحيث تبرر الخروج على القاعدة العامة التي تخول للمالك سلطة التصرف في ملكه كيفما شاء، أما المصلحة المعنوية فلا تتوافر هذه الأهمية على النحو الذي يبرر الخروج على هذه القاعدة العامة، بالإضافة إلى أن المصلحة المادة يمكن تقديرها، أما المصلحة المعنوية الأدبية يصعب تحديدها أو تقييمها مما يصعب الحلول القضائية.

ولكن بالنظر إلى التطبيقات القضائية أن المصلحة المعنوية تفوق أهميتها المصلحة المادية هذا فضلا على أن مؤدي القول لغير ذاتها دار شرط المصلحة في حالات كثيرة، لأن الغالب في المصلحة التي يرى الشرط المانع من التصرف إلى تحقيقها أن تكون مصلحة معنوية.¹

ج- حكم زوال المصلحة:

إن بقاء المصلحة المبررة لقيام الشرط المانع من التصرف إستمرارها يعني بقاء هذا الشرط، كما أن زوال المصلحة بزوال السبب في إشتراط المنع، ولا يكون الشرط في هذه الحالة أي داع، ولا فائدة ترجى منه.

وبالنظر إلى القوانين التي أقرت الشرط المانعة من التصرف أعطت مبررا لزوال المصلحة ومنها ما يلي:

- القانون الفرنسي: حيث إستحدث المشرع الفرنسي في المادة 01/900 مدني حكما جديدا بمقتضاه خول المتصرف إليه سواء كان موهوبا أو موصى له في أن يطلب - في حالات معينة - من القضاء الإذن له بالتصرف في المال المشترط عدم التصرف فيه، ومن ثم رفع المنع من التصرف.

¹ GABRIEL MARTY et PIERRE REYMOND, traite de droit civil, op, cit, p 67.

وقد كان الهدف المشرع الفرنسي هو الحد من حبس العقارات بحيث يجوز للمتصرف إليه، سواء كان موهوبا له أو موصى إليه أن يستصدر إذنا من القضاء يرفع المنع من التصرف.

وأما بتقدير وجود المصلحة من عدمه، فيتم وفقا لوقت إبرام المتصرف، فقد قضت المحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 06 مارس 2013 "أن المصلحة الجدية والمشروعة بإعتبارها شرطان لازمان في صحة الشرط المانع من التصرف يتم تقديرها وقت إبرام الهبة¹.

من خلال هذا النص نستخلص أنه يجوز طلب رفع المنع من قبل الموهوب له، أو الموصى له، باللجوء إلى القضاء في حالة في حالتين هما:

✓ زوال المصلحة التي كان كانت تبرر هذا الشرط.

✓ بروز مصلحة تفوقها في الأهمية.

وقد وسع المشرع الفرنسي من سلطة الرقابة الممنوحة للقضاء فلم يقصرها على التحقق من وجود مصلحة جدية ومشروعة تبرر نشوء المنع من التصرف، بل منحه دور الرقابة للتحقق من إستمرارية وجود هذه المصلحة أثناء سريان فترة المنع من التصرف، فإذا زالت هذه المصلحة فإن القضاء أن يحكم برفع المنع من التصرف.

وأيا ما كان الأمر فإن غياب المصلحة الجدية والمشروعة يجعل الشرط المانع من التصرف باطلا.

¹ أنظر 01/900 من القانون المدني الفرنسي وقد جاء في قرار المحكمة النقض الفرنسية ما نصه "يكون لقااضي الموضوع سلطة تقديرية المطلقة في تقدير المصالح التي لا تنسجم مع مدني 01/900 أيا كانت الحالة الجدية التي إستحدثت بعد نشأت للمتبرع له مصالح أكثر أهمية في ذلك التي بررت شرط المنع من التصرف في الهبة".

- القانون المصري والفلسطيني:

إذا كان المشرع الفرنسي قد واجه هذا الغرض بنص صريح، فالحال ليس كذلك بالنسبة للمشرع المصري والفلسطيني، لكن هذا لم يمنع جانب كبير من الفقه تبني هذه الفكرة ويؤدي هذا الإتجاه بإعتبار أن المصلحة هي الفيصل في تبني هذا الغرض، أن هذه الأخيرة هي السبب التي دعت إلى إشتراط المنع من التصرف، غير أنه يرى بعض الفقهاء هذا ليس ممكن أن تكون للقاضي بدون سند صحيح مثل هذه السلطة لكونها خروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما ينطوي على إلتفاف على إرادة المشرع.

والسؤال المطروح هو هل يجوز للمتصرف إليه أن يطلب من القضاء رفع المنع من التصرف في حالة زوال المصلحة أو ظهور المصلحة أخرى أكثر أهمية؟.

رغم عدم وجود نص صريح في القانون المصري أو تطبيقات القضاء في هذا الغرض لكن الفقه تعرض لمثل هذه الطوارئ أو نشوء ظروف تستلزم الإذن للمتصرف إليه بالتصرف.

وقد أجاز للبعض ذلك للمتصرف إليه فيما لو رفض المتصرف الإذن له بالتصرف، ففي هذه الحالة يجوز للمتصرف إليه أن يطلب ذلك من القاضي، ويجوز لهذا الأخير أن يأذن له، متى كان لذلك مقتضى، حيث يجب التحقق من جدية الظروف التي تدعو إلى الإذن.¹

ويكون الإذن للمتصرف إليه بالتصرف في هذه الحالة، وخلافا للوضع في القانون الفرنسي مقترنا بإلزامه بإستبدال مال آخر بالمال المأذون بالتصرف فيه، حيث يحل المال المستبدل حلولا عينيا على المال الأصلي فيتمتع المتصرف المال الجديد.

¹ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 01، سنة 1970، ص 149.

والنتيجة هي أنه يجوز للمتصرف إليه طالب الإذن بالتصرف كما يجوز للقاضي أن يأذن له بذلك، وهكذا بكل حالات المنع من التصرف، لا يمكن القول بإستمرار المنع بعد زوال المصلحة الداعية إليه.

- **المستفيد من المصلحة:** لعل الهدف الأسمى لإشتراط الشروط المانعة من التصرف هو تحقيق مصلحة للمتصرف وللمتصرف إليه والغير، وهذا ما أكدته المادة 823 في القانون المصري وبناء على هذا الأساس نستعرض في الأمثلة لهذه المصالح وذلك على النحو التالي:

1- مصلحة المتصرف: ومثال المصلحة المشروعة للمشتري (المتصرف) أن يشترط الواهب الذي إحتفظ لنفسه بحق إنتفاع على الشيء الموهوب، على الموهوب له ألا يتصرف في هذا الشيء لكي يستطيع إسترداده، إذا تحقق له عذر له من الأعذار التي تتيح الرجوع في الهبة، أو حتى يؤمن حصوله على نفقة شهرية مدى الحياة، أو حتى لا يضطر لى التعامل مع مالك رقم لا يعرفه، أو يبيع المشتري شيئاً لشخص آخر بثمن مؤجل، ويشترط عليه في عقد البيع عدم التصرف حتى تمام الوفاء بالثمن، حتى إذا لم يفالمشتري بالثمن، كان المشتري (البائع) أن يسترد المبيع، ويتفادى إجراءات تتبعه في يد الغير أو أن يبيع شخص شيئاً ويحتفظ لنفسه بحق إنتفاع عليه، ويشترط على المشتري عدم التصرف فيالرقبة.¹

2- مصلحة المتصرف إليه: ومثال المصلحة المشروعة للممنوع من التصرف (المشتري عليه) أن يهب شخص مالا لشخص طائش أو صغير السن، ويشترط عليه عدم التصرف فيه حتى يبلغ سنا معيناً. وليكن - سن الرشد - حماية له من الأخطار التي يمكن أن تترتب على طيشه أو رعونته أو تبذيره.²

¹ رمزي فريد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 54 – 55.

² رمزي فريد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 55.

ولكن القضاء الفرنسي لا يجيز الشرط المانع من التصرف، إذا كان الباعث على الإشتراط لمصلحة المتصرف إليه إلا في عقود التبرعات كما أن جانب من الفقه الفرنسي يرى عدم صحة الشرط المانع من التصرف إذا كان يحيي مصلحة المتصرف إليه ويقولون "إنه يقرر أهلية للأفراد في الوقت الذي يعتبر القانون وحده هو المنظم وحده لهذه الأهلية".¹

لكن مع هذا أصبح في المسلم به فقها وقضاء ومقرا تشريعا صحة شرط المانع من التصرف الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة الممنوع من التصرف -إستنادا إلى أن هذا الشرط يهدف في كل هذا الغرض - إلى حماية مصلحة مادية للممنوع من التصرف "كالموهوب له، أو الموصى له" وحماية مصلحة معنوية، في نفس الوقت المشترط، إذا الغائب وجود صلة، أو صداقة يجعل الواهب - المشترط - حريصا على بقاء المال الموهوب في ذمة الموهوب له، الممنوع من التصرف.²

3- مصلحة الغير:

وقد يكون المصلحة المقصودة من الشرط المانع من التصرف هي مصلحة الغير، ومثال هذه المصلحة أي شخص غير المشترط، وغير الشخص الممنوع من التصرف أن يهب شخص شيئا آخر ويشترط عليه أن يؤدي مرتبا دوريا لشخص ثالث مدى حياته، ولضمان أداء هذا المرتب يشترط الواهب عدم تصرف الموهوب له في هذا الشيء، فيكون المنع مقرا لمصلحة الغير المستفيد من الإيراد.

أو أن يبيع شخص منزلا لآخر، ويشترط عليه، أن يسكنه شخص ثالثا لمدة معينة، ولضمان الوفاء بهذا الإلتزام يشعر البائع عدم تصرف المشتري في هذا المنزل طوال مدة سكن الغير بالمنزل.

¹ زهدي يكن، شرح مفصل جديد للقانون الملكية العقارية، جزء الأول، الطبعة الثالثة، ص 272.

² لبيب شنب، المرجع السابق، ص 293.

وللقاضي الموضوع تقدير توافر المصلحة بما له من سلطة واسعة في التقدير تتيح له الإحاطة بظروف وملابسات كل على حدا، والوقوف على ما إذا كانت المصلحة الجدية، تقوم في نظره مبررا كافيا لمنع المالك من التصرف ملكه أملا.¹

4- تخلف شرط المصلحة:

تتخلف المصلحة عندما لا توجد مصلحة نهائيا من اشتراط المنع أو أن تكون المصلحة موجودة ولكنها غير مشروعة، وفي كلتا الحالتين فإن ثمة إجماع فقهي وقضائي على بطلان الشرط في هذه الحالة، ويعتبر المال مستقلا إلى المتصرف إليه خاليا من هذا القيد.²

هذا الإجماع يجد تبريره في أن إنعدام شرط المصلحة حيث لا يمكن تداركه كما أنه يصعب للقاضي تصحيحه أو إجازته، ولا يمكن كذلك إلا إذا وجب الباعث له وهذا يتعارض مع الأسس العامة للإلتزامات، فلا يمكنه أن يتدخل لوضع باعث للتصرف لا باعث له، أو وضع باعث مشروع لتصرف إنطوى على باعث غير مشروع، وهذا ما لا يملكه القاضي.³

ثانيا- المدة المؤقتة والمعقولة:

إن الإقرار بمشروعية شرط المنع من التصرف لا يقتصر على وجود مصلحة مشروعة وجدية بل لابد أن يكون الحرمان في التصرف الذي تقرر بمقتضى شرط المنع من التصرف لمدة معقولة والمقصود

¹ رمزي فريد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 57.

² نبيلة رسلان، الأحكام العامة للأحكام الملكية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص 212.

³ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 01، سنة 1970، ص 145.

بالمدة "هي تلك المدة التي يظل المتصرف إليه في خلالها غير قادر على التصرف في الشيء المتصرف فيه، والتي يكون مصدرها إرادة الطرفين أو إرادة المتصرف وحدها".¹

فعنصر الزمن له أهمية كبيرة في إجازة هذا الشرط، إذ أن المنع من التصرف يجب أن يكون نافذاً في فترة زمنية توصف بأنها معقولة وكافية لتحقيق المصالح المنشودة من وراء هذا الشرط، لا أن يستمر لفترة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إليه ليتحول عندئذ إلى مجرد قيد تقبل على سلطة التصرف، وعقبة أمام تداول الأموال دون مسوغ قانوني يمكن وراءه.²

ولقد اتخذت هذا المسلك تلك التقنيات التي أقرت صحة الشرط المنع، إذ اعتبرت المدة المعقود في عناصر صحة الشرط المنع من التصرف، ولكنها اختلفت في تحديد فترة نفاذ الشرط، فاستلزم بعضها أن تكون مدة المنع معقولة أو مؤقتة أو محددة وقضى البعض الآخر بتحديد مدها بمدة معينة.³

كما يرى غالبية الشراح إن معيار معقولية المدة هو معيار مرن فعلا، وهو الذي تبناه المشرع المصري في تحديد مدة المنع من التصرف، حيث من شأنه أن يظفي المرونة والواقعية على الحلول القضائية بهذا الشأن فالأمر متروك لسلطة القاضي الموضوع في كل حالة على حدة.⁴

ومعنى معقولية المدة أن يتقرر الشرط المدة يستشعرها الشخص المعتاد، بحيث لا يرى فيها أجلا بالغ الطول.⁵

وبالرجوع إلى المواد السابقة في التشريعات السابقة (مصري، فرنسي أردني)، والتي نصت على معيار المدة المعقولة حداً زمنياً للمدة المعقولة، وإنما ترك الأمر لسلطة القاضي التقديري يراعي

¹ محمد فولي علي، المدة في الشرط المانع من التصرف، رسالة الدكتوراه، جامعة بني سويف، لسنة 2009، ص 69.

² عبد السلام الفتلاوي المرجع السابق، ص 121.

³ أنظرم 823، قانون مصري، و01/900 مدني فرنسي و1028 مدني أردني.

⁴ مصطفى عبد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر ص 377.

⁵ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، ص 160.

في كل حالة على حدا تناسب المدة مع الغرض المقصود من المنع¹، وقد حدد المشرع المصري صورا للمدة المعقولة.

- الأولى مدة حياة المتصرف.

- والثانية مدة حياة المتصرف إليه.

- والثالثة: مدة حياة الغير.

- **الصورة الأولى:** المدة المعقولة مدة حياة المتصرف، مثال ذلك أن يهب شخصا عقارا لآخر ويشترط عليه أن يؤدي إليه مرتبا، أو حق إنتفاع أو حق سكن مدى حياته (حياة المتصرف) في هذا الشرط يقع صحيحا، حيث أن مصلحة المتصرف واضحة في المنع طيلة حياته.

- **الصورة الثانية:** المدة المعقولة مدة حياة المتصرف إليه، كما إذا كان معروفا عن المتصرف إليه سوء التدبير، فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طيلة مدة حياته، مثال ذلك أن يهب الأب لإبنه الطائش مالا، ويخشى أن ينفق الابن الموهوب له هذا المال في غير فائدة، فيشترط الأب في عقد الهبة على الابن عدم التصرف في المال طيلة حياته (حياة المتصرف إليه، الابن) فإن هذا الشرط يقع صحيحا.

- **الصورة الثالثة:** المدة المعقولة في حياة الغير، مثال ذلك أن يهب الأب لإبنه عقارا ويشترط عليه أداء مرتب مدى الحياة لزوجته العجوز، ولضمان أداء هذا المرتب، يشرط عليه ألا يتصرف في المال الموهوب طيلة حياة هذه الزوجة، ففي هذا المثال نجد أن مدة الشرط حددت بحياة الغير (الزوجة العجوز).

¹ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 292.

يقول الأستاذ السهوري "أنه لو كانت مدة المنع من التصرف تستغرق حياة المتصرف ومات

المتصرف إليه قبل إنقضاء المدة فتنقل العين إلى ورثته مثقلة بهذا الشرط ولا يجوز لهم التصرف بها.¹

ولكن التقنين الفرنسي له شأن آخر، حيث قرر بطلان المنع الذي يستغرق حياة المتصرف إليه

من منطلق إعتبره بمثابة منع دائم.²

لكننا لا نرى خيراً في أن يستغرق المنع من التصرف ما تبقى من حياة المتصرف إليه لإعتبره أن

المصلحة المنشودة تقتضي ذلك، والمدة المعقولة تتوافق مع المصلحة الجدية والمشروعة، بل أن تقدير

المدة من حيث معقوليتها سواء كانت معقولة أو غير معقولة إنما يخضع لسلطة القضاء الذي يقرر ذلك

بطريقة الموازنة بين المصلحة المنشودة ومدة المنع ملابساتها وظروفها.

وما يمكن إستخلاصه هي أن أغلب التشريعات وضعت حداً أقصى لمدة المنع وجوازه أن يمتدى

لدى حياة المتصرف، أو المتصرف إليه أو الغير وفي هذا فائدتان.

- الأولى: تجنب إستمرار الشرط لمدة طويلة، لأن مدى الحياة أي من هؤلاء يمكن أن يمتد لمدة طويلة

جداً.

- الثانية: الخروج من التأويلات والخلافات الناجمة عند تردد بعض التشريعات الخروج عن الإعتيادية

في إقرار الشرط في حالة المنع الدائم أي إستغراق حياة المتصرف إليه.

¹ السهوري، المرجع السابق ص 515، جاء في قرار المحكمة التمييزي في العراق 350.

موسومة أولى 86 – 1987 في 1987/11/03، ما يلي "إذا كان المدعي قد وهب داره إلى مورث المدعي عليها بشرط الإعاشة، فإن هذا الشرط ينتقل إلى ورثة الموهوب له، وهو واجب التنفيذ من قبلهم صلب فسخ عقد الهبة عند إمتناعهم عن التنفيذ" الواقع العدلية سنة 1987، ص 59.

² PLANIOL RIPERT et PICARRD, op, cit, 227.

ثالثا- ورود الشرع المانع من التصرف في تصرف قانوني ناقل لحق عيني: يتضمن هذا

الشرط عنصرين:

العنصر الأول: أن يرد الشرط المانع من إطار تصرف قانوني عقدا كان أو وصية في حين يقتضي

العنصر الثاني: أن يكون هذا التصرف ناقلا لحق عيني. وعليه سوف نفرّد لكل عنصر ما يقتضي

من مناقشة إستعراض الآراء الفقهية، والأحكام القضائية.

أ- أن يرد الشرط المانع من التصرف في تصرف قانوني.

طبقا للأحكام القانونية السابقة، فإنه من المتصور أن يرد الشرط المانع من التصرف في عقد أو

وصية، قد يرد في عقد البيع على أن الغالب الأهم أن يرد مثل هذا الشرط في عقود التبرع، كما يرد في هبة

مستترة في بيع بعقد بقصد تحقيق مصلحة جديدة.¹

وإذا كان يشترط أن يرد هذا الشرط في عقد أو وصية، فإنه لا يمكن أن يتقرر بمجرد إرادة

الشخص المشتراط، فليس للشخص أن يقتصر في ملكه دون أن يكون ذلك في إطار تصرف ناقل للملك

إلى الغير²، لكن الواقع العملي لا يعرف سوى الشرط من التصرف الذي يرد في تصرف قانوني على سبيل

التبرع أو الهبة أو الوصية وغاية الأمر أن مراكز المتبرع، والموصي يسمح له - في الحدود التي أقرها القانون -

بإملائته على الموهوب له، أو الموصل له بمثل هذا الشرط.³

¹ د/ نجم رياض نجم، النظام القانوني للشرط المانع من التصرف، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلة العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، جامعة عمان الأهلية، كلية الحقوق، سنة 2011 ص 215.

² د/ نعمان جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1979، ص 387.

³ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 347.

وإذا كاتب الوصية تصرف ناقل للحق بإرادة منفردة، فلا يمكن للشخص على النحو المتقدم أن يقرر عدم التصرف في ملكه بإرادته المنفردة دون أن يكون هناك إنتقال للحق العيني، ما دام التصرف بالإرادة المنفردة الذي يجوز أن يتضمن شرطاً مانعاً من التصرف هو الوصية -أما العقد فقد يكون ناقلاً للحق، وقد لا ويكون، ولقد غبر ولقد عبر عليه المشرع عن المالك بلفظ "المتصرف"، والممنوع من التصرف بلفظ "المتصرف إليه"، مما يوصي بأن المنع لا بد أن يرد في عقد إنتقلت ملكيته بمقتضاه إلى الممنوع من التصرف إذ أن إنتقال الملكية إلى الممنوع من التصرف هو الفرضية العملية الوحيدة لقبول الممنوع من التصرف هذا المنع، كما إذا إشتراط الموعود له بالبيع على الواعد في الوعد عدم التصرف في الشيء الموعود ببيعه طوال المدة التي يجوز للموعود له خلالها أن يظهر رغبته في الشراء، لذلك يرى البعض أنه كان الأولى بالمشرع بأن يستبدل لفظ المتصرف لفظ المشتراط ولفظ الممنوع من التصرف بلفظ المشتراط عليه.¹

وبالرجوع إلى المادة 823 التقنين مصري فقد الشرط مراجعة طرحه إلى إمكانية أن يرد الشرط المانع من التصرف في وصية - لكن التساؤل هل سبيل الحصر - أم بإعتبارها تصرف إنفرادي في جانب واحد. فهل هي التطبيق الوحيد للتصرف الإنفرادي الذي يمكن أن يرد فيه هذا الشرط؟ أم ذكرها بإعتبارها بمجرد مثال للتصرف الإنفرادي؟.

بعض الفقهاء ذهب إلى ذكر المشرع للوصية ليس إلا مثالا للتصرف الإنفرادي، وبأنها ليست التطبيق الوحيد له ومن ثم فليس هناك ما يمنع من أن يرد الشرط المانع من التصرف في أي تصرف إنفرادي آخر -كالوعد بالجائزة مثلا خصوصا أنه لا يشترط أن يكون التصرف الإنفرادي تبرعا -كالوصية - بل يمكن أن يكون معاوض كالعقد.²

¹ حسن كبره، المرجع السابق، ص 121.

² أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 121.

وبالنتيجة أنه يصح أن يرد مثل هذا التصرف على جميع أوجه الإرادة المنفردة كالوعد بالجائزة -

كما أسلفنا - إلا أننا نرى غير ذلك تماما وأنه لا يمكن التسليم بصحة هذا الرأي لإعتبارات أهمها:

- أن هذا الرأي يتعارض مع قواعد التفسير التي تقضي بأن الأحكام التي تقرر على سبيل

الإستثناء من القواعد العامة، لا يجوز التوسع في تفسيرها، والقياس وعليها، وعليه فإن الشرط المانع

من التصرف جاء إستثناء وتقييدا لسلطات المالك في ملكه.¹

ثم إن صياغة النصوص السابقة توجي بأن مقصود المشرع هو تحديد شكل التصرف القانوني

في عقد ناقل للملكية، والوصية شكلا قانونيا، ولا يمكن الإجتهد مع النص ومعروف أن الوصية لها

أحكامها وشروطها، ولا يمكن تصور في شكل آخر غير الشكل امتفق الذي حدده القانون ولا يمكن بأي

حال من الأحوال إعطاء صورا غير الصورة المعلومة للوصية.

وبناء على ذلك مما تقدم، فإننا نتفق مع بعض الفقه الذي يرى أن الشرط المانع من التصرف

لا يجوز أن يرد إلا في عقداً كانت طبيعته تبرعا أو معاوضة، أو وصية، ويترتب على ذلك بطلان شرط المنع

من التصرف إذا ورد في تصرف قانوني إنفرادي غير الوصية.²

ب- أن يكون التصرف القانوني تصرفا ناقلا لحق عيني.

من خلال نصوص السابقة سواء تعلق التقنينين المصري أو الفرنسي أو التشريعات العربية

أستخلصنا أن الشرط المانع من التصرف قد يرد في عقد أو وصية، وأن يكون ناقلا لحق عيني، هذا التمييز

يعطي دلالة واضحة بين العقد القانوني الذي مصدره القانون أو القيد الإنفاقي الذي مصدره إرادة

¹ رمزي ميروك، المرجع السابق، ص 39.

² محمد وليد شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، سنة 1977 ص 231.

الأطراف، حيث يمكن أن يرد الشرط في وصية وهي تصرف في جانب واحد¹، وهو يختلف بطبيعة الحال عن منع القانوني الذي يفرضه المشرع في حالات معينة²، كحالة منع المتصرف إذا تعلق به حق الغير، على أنه ورود مثل هذا الشرط المانع من التصرف في صورة عقد منشيء لحق عيني آخر، كترتيب حق إنتفاع وإرتفاق، إذ يجوز للمتصرف وضمن شروط معينة أن يشترط على المتصرف إليه أو من تقرر له حق عيني أصلي، كالمتنفع من حق الإنتفاع في محل العقد.³

فإذا كان يغلب على أن يرد شرط المانع من التصرف في التصرفات الناقلة للملكية إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إدراجه في تصرف منشيء للإلتزام كالوعد بالبيع (كأن يشترط الموعد له بالبيع على الواعد ألا يتصرف في العين الموعد ببيعها طوال مدة الوعد) وهو شرط صحيح في هذه الحالة إلا إذ يجمع بين التأقيت، وبين قيام مصلحة مشروعة للموعد له، لأن هذا الأخير يطمئن بفصل هذا الشرط إلى بقاء العين في ملك الوعد، إذا أظهر رغبته في الشراء⁴، وهنالك مثال آخر كما في تعهد شخص لأخر بترتيب إيراد مرتب مدى حياته، بشرط عدم جواز التصرف في هذا الإيراد، ويكون أيضا صحيحا.⁵

ولكن بالنظر إلى التشريعات المقررة للشرط المانع من التصرف على غرار المشرع المصري والفلسطيني والفرنسي، وهي أقرب التشريعات للتشريع الجزائري، حيث أراد كل منهم أن يحدد مجال الشرط المانع من التصرف حصره في العقد والوصية، وجاءت لفظة العقد مطلقا فلم يقيد بها يكون العقد ناقلا للملكية، حيث جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 823 مدني مصري أنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ...".

¹ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، ص 94.

² د/ نعمان جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1979، ص 375.

³ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانوني المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لسنة 2008، ص 50.

⁴ محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة ص 120.

⁵ إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 1961، ص 80.

وكذا المشرع الفلسطيني في المادة 947 مدني فلسطيني أنه "إذا تضمنت عقود التبرع أو الوصية يقضي بمنع التصرف في عقار...".

وكذا المشرع الفرنسي عندما نص على أن "الشروط المانعة من التصرف التي تتعلق بمال موهوب أو موصى به لا تكون صحيحة...".

وقد إستعملت التشريعات السابقة لفظ المتصرف والمتصرف إليه مما يوصيأنه يفيد أن يشترط أن يكون العقد ناقلاً للملكية أي أنه خصص ما جاء عاماً.

ج- ضرورة تسجيل شرط المنع الوارد في التصرفات العينية العقارية.

لا يقع شرط المانع من التصرف على عقار إلا أن يكون واجب التسجيل في السجل العقاري، وقيد في البطاقة العقارية في المحافظة العقارية، وبذلك يكون نافذا للمتعاقدين، بالنسبة للغير، فإذا سجل الشرط في السجل العقاري إمتنع على الغير أن يكتسب حقاً على خلاف ما هو مسجل، أما إذا لم يكن مسجلاً فلا ينجح به على والغير، ويطبق على المركبات الآلية الخاضعة للتسجيل ما يطبق على العقارات في هذا الصدد.¹

يتطلب نظام الشهر العقاري المطبق في الدول، وأن يتم تسجيل مجموعة من القيود والإجراءات القانونية التي تنطوي على إنشاء أو نقل أو تعديل أو مصادرة حقوق العقارات في السجل العقاري، حتى يكون لها أثراً قانونية.²

¹ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 94.

² إدوارد عيد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الأول، حق الملكية، مكتبة زين الحقوقية الإدارية بيروت، سنة 1979، ص 104.

وقد أورد المشرع الجزائري في المادة 104 المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري على أنه "يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف من صاحبه الأخير" هذا النص يوحي إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالشرط المانع من التصرف وهذا ما نستعرض في الفرع اللاحق.

د- الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري.

لم يرد بشأن المانع من التصرف نص صريح في التقنين المدني الجزائري ولم ينظمها في الأحكام العامة، فإنه قد تناوله في نصوص خاصة تتعلق بالسكنات المستفيدة من إعادة الدولة بهدف التمليك، وسعيا من الدولة أن تمنح هذه السكنات المدعمة لمن يستحقها، ومنها للمضاربة في السوق العقارية.

كما أجازت القواعد العامة في القانون الجزائري أن يكون محل التعاقد شيء غير موجود بشرط أن يكون هذا الشيء قابلا للتحقيق، وهذا ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقوله على أنه يجوز أن يكون مع محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا، وعلى هذا الأساس ستتم دراسة على مفهوم المنع من التصرف وحاضر فيه نطاق تطبيق السكنات المدعمة من الدول من الدولة أو بالأحرى السكنات المستفيدة منها دعم الدولة من خلال العناصر التالية:

أ- مفهوم الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري

ب- نطاق الشرط المانع من التصرف مدته.

ج- الاثر القانونية لشرط المانع من التصرف

أولاً- مفهوم الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري.

نص الدستور الجزائري لسنة 2020 منه في المادة على مبدأ دستوريهم جدا وهو مبدأ حماية الملكية الخاصة، ولا يتم نزعها إلا في إطار القانون مقابل تعويض عادل ومنصف¹، إلا أنه على الرغم من إقرار الجزائري بأن الملكية الخاصة مضمونة فلم يجعلها مطلقة حيث نصت المادة على أنه هي حق التمتع والتصرف به الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

ونصت المادة 27 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري "على أن العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري، أو الحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك و فقط طبيعتها أو غرضها"².

فإستغلال الخصائص المترتبة بحق الملكية يجب أن يوافق الفائدة العامة التي أقرها القانون، أي أن حق الملكية الخاصة حق نسبي يحد في إطلاقه القيود القانونية التي تمثل مبرر شرعي للمساس بهذا الحق المضمون دستوريا³.

والأصل أن للمالك حرية التصرف في ملكه دون قيد أو شرط من أحد، وهذا من النظام العام الذي بموجب يتقرر هذا الإقرار، وهذا ما تقتضيه قوانين الأنظمة الحرية التملك وخلاف ذلك يتعارض مع جوهر حق الملكية، يضر بالمصلحة العامة والخاصة⁴.

¹ مرسوم رئاسي رقم 20 – 442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء 01 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

² القانون 90 – 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتعلق بالتوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 49، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

³ حنان مشاركة، القيود الواردة على حق التصرف في السكنات المدعمة في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، العدد 04، سنة 2021، ص 64.

⁴ عطلاوي النذير، دمانة محمد، خصوصية الشرط المانع من التصرف في السكنات (المدعمة من الدولة ضمن عقد البيع على التصاميم، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السابع، العدد الأول، سنة 2003، ص 735.

كما أن للإرادة بصفتها مصدرا من مصادر الإلتزام دور في تقييد حق الملكية، وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد يرد شرط في عقد أو وصية يمنع المتصرف إليه من التصرف فيما آل إليه من ملك لإعتبارات تتعلق بمصلحة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير الأجنبي عن العقد، فالشرط المانع من التصرف ينصب بالأساس على أهم سلطة من سلطات المالك على ملكه وهي سلطة التصرف، فيسلب المالك هذه السلطة ليصبح غير قادر على التصرف في ملكه المقصود بما يخالف هذا المنع، وعليه يصبح مقيدا وغير قادر على نقل ملكية الشيء، أو ترتيب حق عيني عليه، أو مباشرة أي عمل مادي، بما يتعارض مع هذا الشرط أو يتنافى مع الغاية منه.¹

أما من ناحية تطبيقات الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي 08 - 196²، الذي يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الإجتماعية الممولة من طرف الدولة، والسكنات المستفيدة من إعانة الدولة لإكتساب الملكية، على أنه "يجب أن تتضمن العقود التوثيقية التي تعد بعد تاريخ 31 ديسمبر 2007م والتي تخص التنازل عن السكنات المستفيدة من إعاناتعمومية، بندا مكتوبا في العقد يقضي بعدم إعادة التنازل لمدة 10 سنوات.³

ومنه قد إعتد المشرع الجزائري الشرط المانع من التصرف في عقد البيع على التصاميم كقيود قانوني على حق الملكية، كونه عقد يندرج على سكن ترقوي مدعم ماليا من الدولة، ضمن آليات ونظام الترقية العقارية، حيث أهملت هذا الشرط متطلبات تشريعية حفاظا على سياسة الدولة في دعم عمليات البناء وتوفير السكنات للفئات محدودي الدخل، والطبقات المتوسطة من جهة، والحد من في سوق

¹ عبود أحمد حسين خليفات، أثر التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف في (القانون الأردني، مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 06، العدد 01 سنة 2021، ص 140.

² المرسوم التنفيذي رقم 08/196، المؤرخ في 06 يوليو 2008، يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الإجتماعية الممولة من طرف الدولة، والسكنات الميتفيدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية، الجردية الرسمية، العدد 38 المؤرخة في 09 يوليو 2008.

³ عطلاوي النذير، دمانة محمد، المرجع السابق، ص 735.

العقار من جهة ثانية، وذلك خروجاً عن القواعد العامة التي تعطي الحرية الكاملة لصاحب حق الملكية التصرف في ملكه العقاري متى شاء.¹

وعلى اعتبار أن للسكن أهمية كبيرة في حياة الفرد بإعتباره حاجة ضرورية لا يمكن الإستغناء عنه، ونظراً للتعاقد الحاصل لهذه الأزمات السكنية، فقد دفعت الدولة إلى السعي لإيجاد حلول لها، وذلك بالتدخل عن طريق منع إعانات للمواطنين تمكنهم من تملك سكن وفي المقابل، فرضت عليهم شرطاً بعدم التصرف في هذه السكنات لمدة 10 سنوات بموجب المادة 57 من قانون 12/07 المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، المتضمن قانون المالية 2008²، والتي بناء عليها صدر المرسوم التنفيذي 196/08 السالف الذكر.

ب- نطاق الشرط المانع من التصرف ومدته.

يقتضي لدراسة هذا العنصر تقسيمه إلى:

1- مفهوم السكنات المستفيدة من إعانة الدولة.

2- شرط المدة وتدرج ومرحلية التشريع في تخفيضها.

1- مفهوم السكنات المستفيدة من إعانة الدولة:

رغم قيام الدولة الجزائرية بإعادة النظر في مجال الترقية العقارية سنة 1993م وذلك بتشجيعها لإنجاز السكنات الترقية، وفتح المجال أمام الخواص، وتقديم التسهيلات التي تسمع لهم بذلك إلا أن هذه الصيغة من السكنات تبقى كل للفئة ذات الدخل المرتفع فقط، لكن الدولة ومن أجل الحفاظ

¹ عطلاوي النذير، دمانة محمد، المرجع السابق، ص 735.

² القانون 12/07، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، المتضمن القانون المالية لسنة 2008، الجريدة الرسمية، العدد 82، المؤرخ في 31 ديسمبر

على سياستها الإجتماعية وتعهداتها من أجل رفع الغنى على الفئات الضعيفة والمتوسطة عمدت إلى إيجاد حلول تتماشى مع هذه الفئات، والقيام بإنجاز السكنات تتناسب وهذه، وسنحاول نعطي فكرة عن السكنات المستفيدة من إعانات الدولة وكذا تعريفها وأنواعها.

1-1- تعريف السكنات المستفيدة من إعانة الدولة.

تم تعريف السكن ماليا من الدولة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 196/08 السالف الذكر بنصها على أنها "يقصد بالسكنات المستفيدة من إعانات عمومية كل محل ذي استعمال سكني إستفاد من إعانة لإكتساب الملكية، لا سيما المساكن الإجتماعية التساهمية (سابقا)، والتي أصبحت تسمى حاليا "السكن الترقوي المدعم" والمساكن المنجزة في إطار البيع بالإيجار، وكذا السكن الريفي المدعم"، وتتجسد هذه الإعانات في عدة صور كالإعانات العمومية المباشرة مثلما هو الحال في السكنات الإجتماعية، إذ تباشر الدولة بإنجاز سكنات، وتتنازل عليها لصالح الفئات المعوزة، أو في شكل إعانات مالية مباشرة تقدر على أساس نسبة من مبلغ شراء المسكن، وما على الفرد إلا إكمال ما تبقى من المبلغ للحصول على ملكية السكن أو عن طريق إعانات مالية غير مباشرة، فهي ليست موجهة بصفة مباشرة لأجل حيازة السكن كالحالة الأولى، بل هي موجهة للأفراد ذوي الدخل الضعيف من أجل رفع قدرتهم الشرائية كالإعفاء من ضرائب مثلا.¹

كما تتوجه إعانة الصندوق الوطني للسكن "إلى السكنات الإجتماعية وهي عموما تنوزع إلى أنماط

سكنية متعددة سنتكلم عنها بالعنصر الموالي:

¹ د/ جمال بوشنافة، الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، العدد 11 سنة 2011، ص 132.

وللإشارة فإن المستفيدين من إعانات الصندوق الوطني للسكن أي إعانات مالية مباشرة، بإمكانهم أيضا الإستفادة من إعانات مالية غير مباشرة، حيث نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 308/94¹، المؤرخ 04 أكتوبر 1994 المحدد لقواعد التداخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، على أنه لا يكون الدعم المادي للصندوق المالي للسكن مانحا لأشكال أخرى من المساعدات المالية لصالح المستفيدين أنفسهم ولاسيما تلك التي تمنحها - الجماعات المحلية - صناديق الخدمات الإجتماعية، هيئات ضمانات إجتماعية.

كما نص المرسوم التنفيذي 06/18، المؤرخ 20 يناير 2018 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 10 - 235 الذي يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لإقتناء السكن منجز في شكل مجمع في مناطق محددة في الجنوب والهضاب العليا، ومستويات دخل طالبي هذه السكنات، وكذا كفيات منح هذه المساعدات، في المادة 02 منه².

1-2-1- أنواع السكنات المستفيدة من إعانات الدولة.

تتمثل السكنات المستفيدة من إعانة الدولة في السكنات الإجتماعية، والسكن الريفي المدعم السكنات المنجزة في إطار البيع بالإيجار، وستناولها في فقرات تباعا وهي

1-2-1-1- السكنات الإجتماعية: بالرجوع إلى المادة 02 من المرسوم التنفيذي 196/08 المذكور

أعلاه فإنه يقصد بالسكنات الإجتماعية تلك المجالات ذات الإستعمال السكني الممولة من طرف

¹ المرسوم التنفيذي 308/94، المؤرخ في 04 أكتوبر 1994، المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، الجريدة الرسمية، العدد 66، المؤرخ في 16 أكتوبر 1994م.
² د/ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 132.

الدولة، والتي تم التنازل عنها لفائدة شاغليها الشرعيين في إطار المرسوم التنفيذي 189/03¹، حيث نصت في هذا الصدد المادة 41 منه القانون 06/200²، المتضمن قانون المالية 2001.

2-2- السكنات الإجتماعية التساهمية (LSP): المسماة حاليا السكنات الترقية المدعمة

(LPA) هي السكنات يتم انجازها، أو شراؤها عن طريق إعانة تمنحها الدولة، وتسمى الإعانة للحصول على الملكية، ويستهدف عرض السكن التساهمي أساسا طلبات السكن التي تتقدم بها الطلبات ذات الدخل المتوسط التي لا يمكن لأصحابها الحصول عليها إلا عن طريق دعم الدولة والحصول على إعانة من الدولة، ويكتفي هذا السكن جانبيين هي:

- الطابع الإجتماعي: يتجسد في دعم الدولة في شكل إعانات مباشرة أو غير

مباشرة، الإعانة المباشرة تكون غير قابلة للتسديد تدعى إعانة الحصول على الملكية.

- الطابع الترقوي: يتجلى في كون المرقين العقاريين يمكن بمبادرة منهم ولحسابهم الخاص

ولحساب الهيئات العمومية إنجاز سكنات إجتماعية التساهمية.

2-3- السكن الريفي المدعم: ويتعلق هذا النوع من السكن وفق النمط الذي إتخذته الدولة

لكسب إعادة المواطنين إلى قراهم وأراضهم بسبب الهجرة الأوضاع التي سادت العشرية السوداء وترك معظم الفلاحين لأملاتهم، التي تركت في فترة الإرهاب ولتمكينهم من إستغلال أراضيهم المهجورة، ورغبة منهم في الرجوع أو العودة إلى أملاكهم عمدت الدولة إلى إنشاء صندوق يتكفل بهذا النوع من الإعانات وإعادتهم إلى سابق عهدهم، ومساهماتهم في إعمار الأرياف.

¹ المرسوم التنفيذي 189/03 المؤرخ في 07 أكتوبر 2003، المحدد لشروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة، ولدواوين الترقية والتسجيل العقاري، الموضوعة خبر الإستقلال قبل 01 يناير 2004، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 13 أوت 2003م.

² القانون رقم 06/200 المؤرخ في 23 ديسمبر 2000 المتضمن قانون المالية بسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 80، المؤرخة في 24 ديسمبر 2000.

2-4- السكنات المنجزة في إطار البيع بالإيجار:

يمثل هذا النوع من السكنات صيغة جديدة للسكنات والتي نص عليها المرسوم التنفيذي 105/01 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار¹، ويستهدف هذا النوع من السكنات الطبقات المتوسطة من المواطنين الذي لا يتعدى مدخلهم 6 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، وتنص المادة 02 من المرسوم السالف الذكر على أن البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على سكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد إقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب وكذا نص المرسوم التنفيذي رقم 06/18 مؤرخ في 20 يناير 2018 الذي يعدل المرسوم التنفيذي 10-235.²

2- شرط المدة وتدرج التشريع في تخفيضها:

يعتبر شرط المدة من أساسيات المانع من التصرف كما أسلفنا في أحكام السابقة، والمشرع الجزائري لم يحد عن هذا المبتغى، وبالتالي ساير التشريعات المقارنة السابقة وإعتبرت ضمن لهذا القيد، وبالرجوع إلى النصوص التشريعية الصادرة في هذا الشأن فإن المشرع ساوى في مدة شرط المانع من التصرف بين جميع السكنات المستفيدة من الدعم المالي المباشر، وبجميع صيغها السكنات الإجتماعية والسكنات الترقية المدعمة، والسكنات في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي المدعم.

¹ المرسوم التنفيذي 105/01، المؤرخ في 07/08/2001 المؤرخ في 23 أبريل 2001، محدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال العمومية في

إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية، العدد 25، المؤرخة في 29 أبريل 2001.

² المرسوم التنفيذي 235/10 المؤرخ في 05 أكتوبر 2010 يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لإقتناء سكن جماعي أو سكن ريفي ومستويات الدخل طلب هذه السكنات، وكذا منح هذه المستويات، الجريدة الرسمية، رقم 58 ن صادرة بتاريخ 2010.

فقد نصت المادة 57 من القانون رقم 12/07¹، المتضمن قانون المالية لسنة 2008 على ما يلي:
في بداية الأمر كانت 10 سنوات، ثم عرفت تعديلا فيما يخص تخفيض المدة لأسباب إجتماعية، وأخرى
اقتصادية، ومسايرة الوضع الراهن للدولة، وإضفاء الشرعية الإجتماعية والاقتصادية.

- تم تعديل المادة 57 من القانون السالف الذكر بموجب المادة 58 من القانون 11 - 16
المتضمن قانون المالية لسنة 2012²، حيث تم تخفيضها إلى 5 سنوات من تاريخ إعداد عقود التنازل
لصالحهم بإستثناء إنتقال الملكية لسبب الوفاة.

كما تم تعديل نفس المادة 57 من نفس القانون مرة أخرى بموجب المادة 36 من القانون 18 - 18
المتضمن القانون المالية لسنة 2019، حيث أصبحت المدة الشرط المانع من التصرف سنتين 02 وبأثر
رجعي على جميع العقود السابقة المتضمنة هذا الشرط.³

ج- الآثار القانونية للشرط المانع من التصرف:

إن الشرط المانع من التصرف أثاران يتمثلان في دعم جواز التنازل عن السكن الممنوع
من التصرف فيه والمستفيد من دعم الدولة ودعم جواز الحجز على هذا السكن⁴، وسنتناولها كما يلي:

¹ القانون 12/07، المتضمن القانون المالية لسنة 2008م، الجريدة الرسمية، العدد 82 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2007م

² القانون رقم 11-16 المؤرخ في 29 ديسمبر 2012 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية، العدد 72، الصادر بتاريخ 31
ديسمبر 2012.

³ أنظر المذكرة رقم 9255، المؤرخة في 24 نوفمبر 2020، المتضمنة تنازل ملاك السكنات المدعمة من طرف الدولة، قبل إنقضاء مدة عدم
التنازل، إجراءات إرجاع إعانة الدولة، الصادرة عن المديرية للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2020.

⁴ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 134.

1- عدم جواز التنازل عن السكن المستفيد من دعم الدولة:

يشمل هذا الأثر الذي يرد على الشرط المانع من التصرف في عدم جواز التصرف في السكن المدعم ماليا من الدولة، بأي شكل من الأشكال التصرفات القانونية الواردة على العقار مثل البيع أو الهبة وغيرها، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون 07 - 12 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 المذكور أعلاه على أن السكنات الإجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازع عليها لشاغلها طبقا للتشريع الساري المفعول، وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك، لا يمكن التنازل فيها من طرف مالكيها.

2- عدم جواز الحجز على السكن المستفيد من الإعانة المالية من الدولة: فيمنع

على دائنين المالك الحجز والتنفيذ التمثيل على المال الشرط المانع من التصرف، لأن هذا التنفيذ يخرج المال من ملك المالك، ويصبح الشرط بلا قيمة، وبالرغم أن المادة 188 من القانون المدني الجزائري تنص على أنها أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه، ولكن إن هذه المادة ليست على إطلاقها، ومن ضمن هذه الأموال غير القابلة للحجز ما أورد المادة 06 من المرسوم التنفيذي 196/08، والمادة 57 من قانون المالية لسنة 2008م وبناء على قاعدة الخاص يقيد العام، كما أن السبب في منع عدم الحجز على السكن المستفيد أن المالك قد يتوافق مع دائنيه ويمتنع عن التنفيذ ليتم الحج على أملاكه، وبذلك يتمكن بهذه الوسيلة بهذه الوسيلة من التصرف في سكنه بالتحايل على هذا الشرط بطريقة غير مباشرة.

فمنع الحجز والتنفيذ يعتبر قائما طيلة مدة الشرط ويشمل جميع الدائنين، سواء كان حق الدائن قد نشأ قبل الشرط أو بعده، فعدم جواز الحجز يتماشى مع الهدف من إجازة الشرط المانع

من التصرف، ولو أجاز المشرع الحجز والتنفيذ لفقد الشرط قيمته العملية، وفق مضمونه وهدفه وواضح المجال واسعا للتحايل والإتفاف والتواطؤ على مضمون الشرط.¹

3- الإستثناءات الواردة على الشرط المانع من التصرف في السكنات المدعمة من

الدولة: وردت حالتين من الإستثناء على الشرط المانع من التصرف في السكنات المدعمة من الدولة الأولي يعود سببها إلى واقعة مادية يتمثل في وفاة المالك قبل إنتهاء مدة الشرط مما يستدعي ضرورة تقسيم كل التركة على الورثة، بما فيها السكن المدعم والمثقل بالشرط المانع من التصرف، أما الحالة الثانية فأملتها أزمة مالية مرت بها الدولة الجزائرية، مما دفع بالمشرع للموافقة على إمكانية التصرف في السكن المدعم دعم قبل نهاية مدة الشرط المانع من التصرف، على أن يقوم المالك بإرجاع المساعدة المالية التي إستفاد بها من الدولة إلى الخزينة العمومية.²

- حالة وفاة المالك قبل إنقضاء مدة الشرط المانع من التصرف، نلاحظ أن المشرع قد منع المستفيدين من السكنات المدعمة الممولة من طرف الدولة من التنازل، وذلك بنقل ملكيتها إلى شخص آخر بالبيع والهبة مثلا، إلا أن هناك إستثناء يتمثل في حالة وفاة المالك، الأمر الذي يؤدي إلى توزيع التركة على الورثة، والموصى لهم إن وجدوا، وباعتبار أن السكن من تركة الميت، فإنه ينقل إلى الورثة مثقلا بالشرط المانع من التصرف ولا يمكن لهم التصرف فيه إلا بعد إنقضاء مدة الشرط.³

ففي حالة وفاة المالك قبل إنقضاء مدة الشرط المانع من التصرف، فقد نظمتها المادة رقم 57 المعادلة والمتمة السابقة الذكر من القانون من القانون 12/07 المتضمن قانون المالية 2008م بنصها

¹ أنظر، عهود أحمد حسين خليفات، نفس المرجع، ص 145.

² عطلاوي النذير، دمانة محمد، نفس المرجع، ص 741.

³ جمالة بوشنافة، إشكالات عملية حول عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 65، العدد 01 جانفي 2019، ص 136.

على أنه "لا يمكن التنازل عن السكنات المدعومة ماليا من الدولة من طرف مالكيها إلا بعد مدة أن لا تقل عن سنتين 02 بإستثناء حالة وفاة المالك وضرورة توزيع التركة...".

- حالة إرجاع مبلغ الإعانة المالية المقدمة من الدولة.

كما أسلفنا ذكرنا بعد تعديل المادة 57 بموجب قوانين المالية لسنوات 2007، 2018، 2019، نص المشرع على إمكانية التصرف في السكنات المدعومة من الدولة، المتضمنة الشرط المانع من التصرف قبل إنقضاء مدة الشرط المانع من التصرف، بهدف تدعيم الخزينة العمومية بإيراد مالي جديد، وهذا تحت ظل الأزمة المالية التي مرت بها البلاد، إلا أنه لم تبين قوانين المالية الثلاث آليات إرجاء الإعانة المالية المباشرة إلى الخزينة العمومية في حساب التخصيص رقم 05 - 302 الذي عنوانه "الصندوق الوطني للسكن، إلا أنه يتم العمل به، إلا بعد صدور مذكرة عن الوزارة المالية¹، والتي تؤكد أنه يجب أن تتضمن العقود التوثيقية المتعلقة بالتصرف قبل إنقضاء مدة الشرط، فقد تشير إلى الشهادة المسلمة من طرف الصندوق الوطني للسكن، التي تثبت إرجاع المالك للإعانة التي إستفاد منها، مع وصل التسديد المتضمن إرجاع الإعانة المالية، أو إلحاقها بصلب عقد إعادة التنازل.

والسؤال المطروح متى تعد سريان أجل الشرط المانع من التصرف بنص النظر أن السكنات الإجتماعية التي يبدأ سريان أجل الشرط المانع من التصرف بمجرد تحرير عرض التنازل كون هذه السكنات منجزة وتم تقسيمها بناء على توصيات السلطات المعنية المحلية، ووفق برامج سكنية متعددة، لكن الإشكال يثور حول تعهد البيع على التصاميم، لأن هذا النوع من البرامج تحرر عقودها قبل إستعمال البناية بإعتبار أن هذه البناية غير موجودة أثناء التعاقد، لكن ثمة إتفاق من المرققي والمستفيد

¹ المذكرة رقم 9255، المؤرخة في 24 نوفمبر 2020، المتضمنة تنازل ملاك السكنات المدعومة من طرف الدولة، قبل إنقضاء مدة عدم التنازل، إجراءات إرجاع إعانة الدولة، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، موجهة إلى المفتشين الجهويين للأموال الدولة والحفظ العقاري.

على أساس استكمال هذا العقد، بوثيقة تثبت الوجود التكاملي لمحل العقد، بعد تحقق وإكمال البناية وحياسة المشتري الفعلي للسكن، ومنه إكمال عناصر الملكية الثلاث وهذا ما نصت عليه المادة رقم 34 من القانون 11 - 04 على أنه "إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي تشيد عليها هذا البناء".

يتم عقد البيع على التصاميم المذكورة في الفقرة السابقة بحضور يعد حضوريا في نفس المكتب التوثيق، قصد معاينة الحياسة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقا للإلتزامات التعاقدية.

وقد أشارت التعليمات الصادرة عن إدارة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم من 035 بتاريخ 2019/03/31¹، والموجهة إلى مدراء الحفظ العقاري لكل الولايات على أنه ... ومما سبق، فإنه يتجلى أن المكتب الحاصل على عقد البيع على التصاميم مغلق سكن ترقوي مدعم لا يمكنه مبدئيا إستغلال سكنه، إلا بعد إتمام عقد محضر معاينة الحياسة الفعلية، وتسليم البناية المنجزة تكملة لعملية البيع على التصاميم.

ونرى أن المديرية العامة للأموال الوطنية قد أصابت في تحديد بداية إحتساب مدة الشرط من التصرف في السكنات المدعمة ماليا من الدولة، حيث أن العبرة بتاريخ إستغلال وحياسة البناية والإنتفاع بها، وليس بتاريخ العقد الذي يسبق الحياسة لمدة غير محددة تحكم فيها ظروف البناء والإنجاز.

¹ التعليمات رقم 03560 المتضمنة تاريخ إحتساب مدة عدم قابلية التنازل عن السكنات الترقية المدعمة (LPA) محل عقد البيع على التصاميم، صادرة عن مديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 19 مارس 2019.

أما فيما يخص البناء الريفي المدعم وتطبيقا لأحكام المادة 36 من قانون المالية لسنة 2019م المتضمنة عدم قابلية التنازل عن السكنات التي إستفادت من دعم الدولة يمنع على المشتري على التنازل عن العقار موضوع هذا العقد إلا بعد انقضاء مدة سنتين بعد إتمام السكن، ومن تاريخ الحصول على شهادة المطابقة، وقد حددت المذكرة رقم 1651 المؤرخة في 05 فيفري 2015 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تطبيق هذه المادة من القانون المالية لسنة 2019 السالف الذكر.¹

د-أهداف وتقييم الشرط المانع من التصرف للسكنات المستفيدة في إعانة بعدما تناولها من مفهوم السكنات المستفيدة من إعانات الدولة، وأثر الشرط المانع من التصرف عليها، من خلال محاولة معرفة الهدف الذي أراده المشرع يفرضه مثل هذا الشرط هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ومن جهة تقسيم هذا الشرط في السكنات السابقة للدولة والمدعم في حالة التنازل ويمكن لهذا العنصرين من خلال هذه الفقرتين وهي:

1- أهداف الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة: إن الهدف الأسمى الذي إبتغاه المشرع الجزائري من هذا الشرط أو ما يعرف بالباعث المشروع أو السبب الذي فرض من أجله هذا الشرط، يتخلص فيما يلي:

لطالما أرادت الدولة حل أزمة السكن مستعملة في ذلك عدة وسائل حيث عمدت إلى فرض مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في طالب الحصول على سكن ومن بعد هذه الشروط نجد.

- أن لا يكون قد إستفاد من تنازل عن مسكن تابع للملكية العقارية للدولة.

- لم يتحصل على إعانة من الدولة موجبة للسكن.

¹التعليمة رقم 1651 المؤرخة في 05 فيفري 2019، الصادرة عن المديرية العامة لإدارة أملاك الدولة والمتضمنة تصنيف المادة 36 من القانون المالية 2019.

- لا يملك ملكية تامة بناية ذات إستعمال السكن.

إضافة إلى هذه الشروط قد نص المشرع في المادة 59 من المرسوم التنفيذي 08 - 142 السالف الذكر على ضرورة إنشاء لدى الوزير المكلف بالسكن بطاقة وطنية للسكنكون فيها كل قرارات منح السكنات الإجتماعية التساهمية، والسكنات التي يتم إقتناؤها في إطار البيع بالإيجاز، والسكنات ذات الطابع الإجتماعي، وإعانات الدولة الممنوحة لشراء وبناء سكن، كما نصت المادة 60 من نفس المرسوم على بطاقتية معلوماتية على مستوى كل ولاية تدون فيها جميع قرارات منح السكنات المذكورة في المادة 59.

كل هذه الإجراءات مساهمة من دولة لوضع حد للمضاربين والإنتهازيين ومنهم من الإستفادة من السكنات الممولة والمدعمة من طرف الدولة، رأّت ضرورة فرض نوع من القيود وهو الشرط المانع من التصرف لمدة معقولة من خلال قوانين المالية 2007، 2017، 2018، 2019، لمنع المضاربة والمتاجرة بها، وباعتبار الإلتزام من أهم خصائص القاعدة القانونية حتى يلتزم الأفراد بإحترامها لا بد أن تقتنن بجزء يوقع من طرف السلطة العامة على كل من يخالف القاعدة القانونية، وما يلاحظ في المادة 57 من قانون المالية 2008 وما نظمته من مراسيم أن الشرط جزاء يمكن أن يترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف هو جزاء مدني فسخ عقد الإستفادة من السكن.¹

2- تقييم الشرط المانع من التصرف السكنات المستفيدة من إعانة الدولة.

إن تقرير صحة المانع من التصرف وهذا من خلال ما أورده الفكر القانوني الفرنسي عندما هاجم هذا الشرط عندما ظهر في الحياة العملية غير أن الواقع العملي كان أقوى مما دفع إلى الإعتراف، بهذا الشرط لكن مع ضرورة توافره على مجموعة من الشروط من بينها أن يرد في عقد أن يكون خاضعة لإرادة الطرفين، فلا يلاحظ مثل هذا الشرط إلا بإتقان الطرفين عليه.

¹ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 137.

كما يلاحظ غياب التشريع في القواعد العامة على الشرط المانع من التصرف قد يعطي اهتماما على غير مدلوله صحيحا إذ لم يعط المشرع إسم الشرط المانع من التصرف هذا الإسم، ولكن بالرجوع القوانين المقارنة يفهم أن الشرط مقيدا لطبيعة العقود الواردة على الملكية العقارية.

كما أن الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة إعتداء على حق محمي دستوريا، حيث شكل دستور 1989 نقطة تحول في الجزائر حيث تبنى هذا الدستور النظام الرأسمالي بخصوصية جزائرية محضى، وترتب على هذا التغيير في النظام تحول النظام العقاري في الجزائر خاصة نظام الملكي العقاري بعدما كانت مقيدة بأنظمة جعلت من مجرد حق معترف به إلى نظام يكرس مبدأ التملك وجعل من الملكية العقارية الخاصة حق مضمون وهذا حسب الدستور 1996م المادة 52 الذي جاء فيه "الملكية الخاصة المضمونة"¹، وأعطت مفهوما وأسس للملكية العقارية الخاصة وأصبحت الملكية العقارية ذو طبيعة إجتماعية مجتمعة في السلطات الثلاث حق الإستعمال والإستغلال والتصرف، ومن هذا يتضح أن حق الملكية هو من الحقوق الواجب إحترامها من طرف الدولة، ومختلف هيئاتها، وذلك كون الدستور نص على ضرورة حمايتها حيث يعتبر الضمان الأول للحقوق الحريات، وكل القواعد القانونية في النظام القانوني للدولة ما يجب أن تكون موافقة كما نص عليه الدستور.

¹ إعترف الدستور الجزائري بحق الملكية العقارية الخاصة في المادة 52 منه وصرح أن القانون يضمن حق الملكية. ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، وإذا إقتضت ذلك متطلبات التنمية الإقتصادية والإجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 يوليو سنة 1993م يحدد كيفيات تطبيق القانون 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1997 المتعلق بالنزعة الملكية الجريدة الرسمية العدد ***** الصادرة بتاريخ ***** "كما إعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لحق الملكية إستنادا إلى الفصل الثاني من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الذي يضع حق الملكية في مصاف الحريات الأساسية المتعلقة بالحرية والأمن، ومقاومة الظلم والعدوان، وكذا الفصل السابع عشر من نفس الإعلان الذي ينص على أن الملكية حق المقدس، ولا يمكن المساس به، أو حرمان المالك من ملكه، إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورات إقتصادية تتعلق بالمصلحة العامة مقابل تعويض عادل، راجع نص قرار المجلس الدستوري عدد 132 - 82 الصادرة 16 يناير 1982.

المبحث الثاني: أثار الشرط المانع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته:

إن الشرط المانع من التصرف متى كان صحيحا ومتوفرا له الشروط المقررة أثارا سواء بالنسبة للمتصرف إن كان مقرا لمصلحته، أو بالنسبة للمتصرف إليه أو الغير، وأن مخالفة مضمون الشرط المانع سواء كان مقيدا يمنع بعض التصرفات، أو جاء مطلقا دون قيد يفترض أن يواجهه، بجزاء يواجهه حق التصرف المخالف للمنع، وعليه سوف يقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو التالي.

المطلب الأول: الأثر القانوني للشرط المانع من التصرف.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف.

المطلب الأول: الأثر القانوني للشرط المانع من التصرف:

يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف صحيحا حرمان المشتروط عليه من التصرف في المال محل المنع طوال مدة الشرط، ويترتب على ذلك عدم جواز الحجز على هذا المال من قبل دائنيه تمهيدا لبيعه، وإعطائهم حقوقهم من ثمنه وهذا ما يتعارض مع مدلول الشرط المانع من التصرف ذاته.

ودراسة هذا الأثر العام للشرط المانع من التصرف تقتضي أن نتناول موضوعنا بالفروع الثلاثة

الثانية على النحو التالي:

الفرع الأول: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتروط عليه.

الفرع الثاني: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة لدائني المتصرف إليه.

الفرع الثالث: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير.

الفرع الأول: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتري عليه

يترب على قيام الشرط المانع من التصرف ممارسة حق سلطة التصرف التي يخولها له حق الملكية على المال الذي يملكه طوال مدة المنع.

من هذه المقدمة التي أكدت أن الشرط منتجاً لآثاره متى قام صحيحاً تستطيع أن تحدد محور دراستنا في عناصر ثلاث كالتالي:

أولاً: مدى حرمان المشتري عليه في المال محل المنع.

ثانياً: حكم مخالفة المشتري عليه لشرط المانع من التصرف.

ثالثاً: مدى إمكانية تحلل المشتري عليه من شرط المنع من التصرف.

أولاً- مدى حرمان المشتري عليه في المال محل المنع:

إن حرمان المشتري عليه من التصرف في المال الممنوع التصرف فيه هو الهدف من المنع ذاته ومقتضاه، وإذا كان الأصل هو حق المال في التصرف فيما يملك كيف شاء - وأنى شاء - فإن مقتضى الشرط المانع من التصرف هو حرمانه من ممارسة سلطة التصرف التي يخولها له الحق.¹

لكن السؤال المطروح ما المقصود بالتصرف الذي يمنع على هذا الأخير القيام أي المشتري عليه؟ أي

عن مدى حرمان المشتري عليه من التصرف؟

¹ دكتور رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف، في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2001، ص 706

يقول منصور مصطفى منصور فالأساس الذي ينشد إليه في تحديد التصرفات التي تتنافى مع الشرط المانع من التصرف هو الإرادة أو الإتفاق الذي أملى هذا الشرط فقد تتبجح الإرادة كل التصرفات بما فيها نقل الملكية كما في شرط الإستبدال، فإن مثل هذا الشرط لا يمنع المشتري عليه إطلاقاً من التصرف في الشيء محل المنع، ولكن يقيد فقط بوجود إستبدال شيء آخر بالشيء المتصرف فيه يقوم مقامه، ويحل محله فيما هو معدله حلولا عينياً.¹

ويعلق الدكتور محمد نسيب لبيب "فالقيد التي تفرضها الإرادة تكون صحيحة متى كانت

نسبية.²

ويمكن تلخيص هذه الفترة المتعلقة في مدى حرمان المشتري عليه في المال محل المنع في عنصرين

مهمين هما:

أ- التصرفات التي تتنافى مع الشرط المانع من التصرف: فالقيود كما أسلفنا التي تفرضها الإرادة تكون صحيحة ولو كانت نسبية، فلا توجد أدنى صعوبة إذا حدد العقد أو الوصية التصرفات التي يمتنع على المشتري عليه القيام بها على سبيل الحصر، كأن ينص في العقد على أن مكتسب الملكية مملوك عليه التبرع بالمال الذي كسبه، ففي هذه الحالة لا يجوز لمكتسب الملكية أو المال أن يهبه، وهذا لا يمنع أن يتصرف بأي تصرف آخر كالبيع مثلاً، وإذا نص في التصرف على منع المشتري عليه من إبرام التصرفات الناقلة للملكية في هذه الحالة يمتنع على المشتري عليه بيع المال أو مقايضته، أو هبته أو تقديمه حصة

¹ منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه الحقوق، القاهرة سنة 1953، ص

112 - 114، البدرابي، حق الملكية، المرجع السابق، ص 95 فقرة 67.

² محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار وجدان للطباعة والنشر بلا سنة ص 245.

في شركة، ولكن يجوز له القيام بالتصرفات غير الناقلة للملكية، كذلك التي يترتب عليها تقرير حق عيني على المال محل المنع كحق الإنتفاع أو حق الإرتفاق.¹

أما في حالة الشرط بأي يأتي مطلقا أو عاما دون تحديد تصرفات معينة فإنه لا يشمل التصرفات القانونية التي لا تؤدي إلى إنشاء أو نقل حق عيني أصلي أو تباعي، كتصرفات المسماة الأعمال الحفظ

والإدارة، فلا يمنع عن المشتري عليه أن يؤجر الشيء محل المنع، أو أن يعيره لشخص آخر، أو أن يودعه لدى شخص آخر، أو أن يكلف شخص بصيانته وإصلاحه، فهذه الأعمال لا تعتبر من قبيل التصرف، وبالتالي لا يمنع المشتري عليه من إتيانها.²

أما الأعمال أو التصرفات التي تعتبر غير ناقلة للملكية أو ما يعرف عنها أنها مقررة وكاشفة كالقسمة والصلح³، وبالتالي لا يتعارض مع الشرط المانع من التصرف ومقتضياته، على عكس القسمة بطرق التصفية فهي غير جائزة لأنها تأخذ أحكام البيع، ومن ثم تتعارض مع شرط المنع من التصرف، فمن المقرر قانونا إذا تعذر إجراء القسمة عينا من شأنها إنقاص قيمة المال انتقاصا كبيرا، فيجوز لأي من الشركاء بيع حصته لشريك آخر، أو أن يطلب القاضي ببيعها، ومما لا شك فيه أن هذه الصورة يتعارض مع مقتضيات الشرط أو مع الغاية من الشرط المانع من التصرف.

¹ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 95.

² السهوري، ج 8، ص 518.

³ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 131.

أما الوقائع المادية التي يتحمل الممنوع ما التصرف أثرها دون إرادته حتى ولو ترتب عليها إنتقال الملكية كالميراث، أو إكتسابها بالتقادم المكسب¹، فالمنع لا يشمل سوى التصرفات الإرادية كالعقد والوصية دون الوقائع المادية.²

كما أن المنع من التصرف لا يشمل التصرفات القانونية التي لا تتعارض مع المصلحة التي قصد المشترك تحقيقها بالشرط المنع، أو لا تؤدي إلى فواتها، فإذا كان الشرط المانع من التصرف يستغرق مدى حياة المشترك عليه، فيجوز له الإيضاء بالمال محل المنع، لأن إنتقال الملكية بمقتضى الوصية لا يتحقق إلا بعد موت الموصي (الممنوع من التصرف)، وهو ما لا يتعارض مع الحكمة مع الشرط المنع ذاته، لأن المقصود في المنع هو عدم التصرف الحال الحياة.³

فالوصية قد تمتنع في حالات أخرى إذا تعارضت مع المصلحة المقصودة من شرط المنع، كما إذا قصد المشترك أن يؤول المال إلى ورثة المشترك عليه بعد وفاته، فالغرض الذي قصد المشترك تحقيقه من الشرط المانع من التصرف يقتضي منع الوصية فلا يجوز للمشترط عليه أن يوصي بالمال لشخص آخر، وإلا فوت على المشترك قصده من الإشتراط فالغرض الذي يراد تحقيقه من المنع يستلزم منع الوصية.⁴

ومما لا شك فيه أن المنع من التصرف إذا جاء مطلقا منع المشترك عليه من إبرام كافة التصرفات القانونية التي يترتب عليها نقل الملكية محل المنع إلى شخص آخر، كالبيع والهبة والمقايضة، إلا إذا أخذ الشرط صورة الإستبدال، وتقديم حصة الشركة، وهي التصرفات التي إصطلح على تسميتها بالتصرفات الكلية.

¹ إيناس جاد الحق، المرجع السابق، ص 254.

² همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية، أحكام حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 248.

³ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص 295.

⁴ عبد الخالق أحمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الطبعة الأولى، مطبوعات كلية شرطة دبي ص 75.

ب- نطاق سلطات المتصرف إليه:

لا خلاف على أن الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي يدخل في زمرة التصرفات القانونية الجزئية ويكاد يجمع الفقه على أن المنع من التصرف يشمل الرهن بنوعيه¹، رغم أنه هو حق عيني تبعي يثقل الشيء محل المنع فقط دون أن ينقل ملكيته، حتى بالنسبة لمن يرى أن الشرط المانع لا يشمل التصرفات الجزئية²، ويرجع إلى الرهن قد يؤدي على خلاف الحقوق العينية الأخرى خلا حق الملكية إلى خروج المال من ذمة المشتري عليه، وذلك أن آثار الشرط المانع عدم الحجز على المال الممنوع التصرف في طول فترة المنع، وبالتالي فرهن المال محل المنع بحسابه لا يجوز الحجز عليه، وأيا كانت صفة الدائن الحاجز، فلا يمكن بأي حال من الأحوال نزع ملكيته المشتري عليه ببيع المال بالمزاد العلني³، ويترتب على ذلك أن رهن المال محل المنع لا يتعارض مع مقتضيات الشرط لكن الرهن ينتقص كثيرا من قيمة المال المرهون مقارنة بنظيره الخال من الرهن، لكنه قد يتعارض مع الهدف الذي يرمي المشتري إلى بلوغه من خلال اشتراطه المنع من التصرف، ومن ثم يكون الرهن في هذه الحالة غير جائز.

والنتيجة أن الرهن يشمل نوعين من التصرفات القانونية "الكلية أو الجزئية" وعلى هذا لا يجوز للممنوع من التصرف أن يقرر على الشيء محل المنع من التصرف حق إنتفاع أو إستعمال أو سكن ... إلخ، هذا ما أكده السهوري ويرى جانب آخر من الفقه غير ذلك تماما إلبان المشتري عليه ممنوع من التصرف في محل المنع، والتصرف إذا أطلق فإنه يشمل كافة أنواع التصرف القانوني، وسواء أكانت ناقلة لحق الملكية أو مقررة لحقوق عينية أخرى غير الملكية أصلية كانت هذه الحقوق أو تبعية.

¹ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص 08.

² البدرابي، المرجع السابق، فقرة 68، ص 96.

³ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 133.

كما يرى البعض الآخر من الفقهاء إلى أن المنع لا يشمل تقرير أو إنشاء حقوق عينية أخرى غير الملكية، إلا إذا تبين أن إنشاء هذه الحقوق يتعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف ذاته، كأن يترتب عليه إخراج المال محل المنع من ذمة المشتري عليه كالرهن مثلا هذه الحقوق لا يجوز له إنشائها، ويستند هذا الرأي إلى مبررات عملية أو حجتي أساسيتين يرتكز عليهما. وهي

- **الحجة الأولى:** ترتكز على تحديد مفهوم إصطلاح التصرف القانوني ومن خلال هذا المصطلح

يرى أيضا وأن له معنيان مفهوم واسعاً يشمل إنشاء ونقل الحقوق العينية عموماً، ومعنى طبق مقصور على نقل الملكية فقط، فإذا قام شك حول ما إنصرفت إليه الإرادة التي إشتطت المنع، وجب الأخذ بالمعنى الضيق، حيث أن الأصل هو حرية التصرف، والشرط المانع من التصرف يرد على خلاف الأصل ويرد على سبيل الإستثناء، والإستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه.

- **أما الحجة الثانية:** فترتكز على الهدف أو الغاية من الشرط المانع من التصرف

والتي تتجسد في إبقاء المال محل المنع على ملك المشتري عليه أي أن تبقى الملكية كاملة له، وعليه فليس هنالك ما يمنع المشتري عليه من مباشرة التصرفات التي لا يترتب عليه احتمال خروج المال محل المنع من ذمته المالية، طالما لا يشملها المنع من التصرف لمقتضانا نص صريح في العقد أو الوصية، وهذا هو المجال بالنسبة لتقرير الحقوق العينية غير الملكية والرهن.

وهكذا فإن تقرير الحقوق العملية الأصلية أو التبعية التي تؤدي إلى احتمال خروج المال محل

المنع من ملك المشتري عليه لا يتعارض مع قصد المشتري في إنشاء هذا المال في ذمة المشتري عليه عدم التصرف.¹

¹ اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة 41، ص 89.

كذلك فإنه لا يجوز أن يقوم الممنوع من التصرف بأي عمل مادي يؤدي إلى هلاك المال الذي يرد عليه هذا الشرط كهدم عقار مثلا، كما يرى البعض.¹

فيما يرى البعض الآخر خلاف ذلك إذ يرى السنهوري أنه يجوز المتصرف إليه الممنوع من التصرف إجراء أي تغييرات في هذا المال كهدم البناء وإعادة بنائها أو ترميمه.²

ولذلك نرى أن الممنوع من التصرف لا يجوز له القيام بمثل هذه التصرفات إلا إذا إقتضت الضرورة أو المصلحة لذلك، وبإذن القضاء³، كما لو أن منزلا آيلا للسقوط هو يحتاج إلى ترميم كبيرة ولا يملك عليه المبالغ لذلك، وقد تقتضي المصلحة بيع المنزل على أن يشتري المشتري عليه بثمن البيع مالا أخريحل حلولا عينيا محل المنزل الذي تم بيعه، وهو ما يعرف بشرط الإستبدال.⁴

ويقرر الدكتور حقيقة مفادها أن البطلان الذي قرره المشرع المصري والفرنسي كجزاء على إبراء المشتري عليه تصرفات قانونية بالمخالفة للشرط المانع من التصرف يمكن أن يشكل عائقا أمام الأخذ بالرأي الذي نقول به بمقولة "أن جزاء البطلان لا يلحق إلا التصرفات القانونية، وذلك لأنه يمكنه عند مخالفة المانع من التصرف لقيام المشتري عليه بتصرف مادية يتعارض والغاية المقصودة من هذا المانع، واللجوء إلى القواعد العامة في الجزاءات التي تترتب على إخلال بإلتزام عقدي، وهي التنفيذ العيني الجبري إذا كان ممكنا، أو الفسخ أو التعويض.

¹ محمد سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 351.

² السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 518.

³ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 133.

⁴ رمزي زيد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 715.

ثانيا- حكم مخالفة المشتراط عليه لشرط المانع من التصرف:

إن حرمان المشتراط عليه من المال الممنوع التصرف فيه هو الهدف من المنع ذاته ومقتضاه وكما أسلفنا آنفاً أنه إذا توافرت التي يبطلها القانون في الشرط المانع من التصرف، قام الشرط صحيحاً، وترتب على ذلك أن يتمتع على المالك الممنوع من التصرف أن يتصرف في المال محل المنع طوال مدة المنع التي حددها الشرط، فإذا خالف شرط المنع، وقام بالتصرف في المال الممنوع من التصرف فيه فيثور سؤال حينئذ عن حكم هذا التصرف؟

- ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول بأن شرط المنع من التصرف يتضمن إنتقاصاً من أهلية المالك الممنوع من التصرف بالنسبة للتصرفات التي لا يجوز له القيام بها بمقتضى شرط المنع ذاته، ولكن إنتقد هذا الرأي، أن الأهلية لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل بين الأفراد لأن مسائل الأهلية من النظام العام التي ينظمها المشرع وفقاً لما تقتضي به المصلحة العامة، وهو وحده، وليس للأفراد الذي يملك الحد فيها، ولا يدفع هذا العيب، وبالتالي القول بأن الشرط المانع من التصرف قد نظم حالياً بمقتضى نصوص تشريعية فإعتبارات المصلحة العامة، هي التي على أساسها ينظم المشرع أحكام الأهلية، فلا يجعل توافرها أو عدم توافرها محلاً لإتفاقات خاصة.¹

- كما ذهب رأي آخر من الفقه الفرنسي وأيده بعض الفقه المصري إلى أن الشرط المانع من التصرف ينشئ في ذمة المشتراط عليه إلزاماً بإمتناع عن عمل معين مرتبط بالشيء مقتضاه عدم التصرف في الشيء محل المنع طوال مدة المنع.

- فإذا أخل المشتراط عليه بهذا الإلتزام، أجرينا عليه حكم القواعد العامة، وهي تقتضي بفسخ التصرف الأصلي، العقد أو الوصية إلى جانب التعويض إذا كان له مقتضى أو مطالبة بالتنفيذ العيني.

¹ فرج الصدة، المرجع السابق، ص 145.

- ولما كان الفسخ يجاوز قصد المتعاقدين، فقد حاول بعض أنصار هذا الرأي دفع هذا النقد بالقول بوجود إقتصار الجزاء على التنفيذ العيني للإلتزام، وذلك بأن يطالب من تقرر الشرط المانع لمصلحته بإبطال التصرف المخالف.¹

- ولكن هذا الرأي تعرض لنقد من حيث الأساس المنطقي، لا شك في أن هذا الرأي غير منطقي في الحالات التي يكون فيه الشرط المانع من التصرف مقرر المصلحة المشتركة عليه، أي المالك الممنوع من التصرف، حيث يكون المالك دائما ومدينا في آن واحد بالإلتزام بعدم التصرف في المال محل المنع، وهو آخر لا ريب في تعارضه مع فكرة الإلتزام ذاتها، والتي تفترض وجود شخصين، أحدها دائن والآخر مدين بالإلتزام، أو ما يعرف بالحق الشخصي، أوحق الدائنية. وهو رابطة علاقة قانونية بين شخصين يستطيع بمقتضاها أحدهما وهو الدائن أن يقتضي من الآخر وهو أداء إيجابيا وهو الإلتزام بالقيام بعمل والإلتزام بنقل حق عيني أو إمتناع وهو الإلتزام بالإمتناع.

كما أن هذا الإلتزام يتوقف تنفيذه في هذه الحالة على محظ إرادة المدين، والذي هو الدائن به في نفس الوقت، وهو ما لا يستقيم من الناحية القانونية والذي سيحدث عملا أنه متى خالف المشتري عليه إلتزامه بعدم التصرف في المال محل المنع فلن يتمسك بالفسخ ضد نفسه، يترتب على الفسخ من عودة المال المشترك (المتصرف) فضلا عن إلتزامه بالتعويض إذا كان له مقتضى.²

¹ شفيق شحاتة، المرجع السابق ص 149.

ملاحظة: أن المالك الممنوع من التصرف لا يجوز له أن يطالب بإبطال التصرف، حسب منطق هذا الرأي، لأنه هو الذي أخل بإلتزامه بعدم التصرف في المال محل المنع، حتى ولو كان الشرط قد تقرر لمصلحته، وإنما يمكن للمشتري، بما له من مصلحة أدبية في تنفيذ الشرط المانع، أن يطالب بإبطال التصرف في هذه الحالة، البدراوي المرجع السابق ص 103.

² رمزي زيد محمد مبروك، المرجع السابق، ص 724.

ويذهب أخيرا جانب كبير في الفقه إلى أن شرط المنع من التصرف يطبع الشيء بطابع عيني، هو عدم قابليته للتصرف خلال مدة المنع¹، ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف بمنع مخالف لشرط المنع بطلانا مطلقا، على أن هذه النتيجة البديهية لجعل الشيء غير قابل للتصرف فيه.

لكن هذا الرأي إنتقد كون أن فكرة التكليف لا يمكن الوصول إليها وإلى نتائج محددة وباعتبار أن الفقه يعرض لها أحد المعنيين.

- **المعنى الأول:** أن الشرط المانع من التصرف يرتب على المال محل المنع حقا عينيا جديدا وهي

بهذا المعنى منتقدة من عدة نواح فمن ناحية من المعروف أن الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر من القانون، وبالتالي لا يملك إنشاء حقوق عينية جديدة إلا المشرع، وفي الناحية الثانية إذا كان الشرط المنع من التصرف مقررة لمصلحة المالك الممنوع من التصرف، فإن هذا لا يعني أن المالك في هذه الحالة يكون صاحب حق عيني على ذات ملكه، وهو ما لا يستقيم قانونا، وإذا كان كذلك ألا يكون من حقه أن ينزل عن حق التكليف حتى يحرر ملكه من هذا العيب يثقله²، ومن ناحية الثالثة، فان هذا التكليف على هذا المعنى الأول لفكرة التكليف العيني ينتهي إلى جعل سلطة التصرف موزعة بين المالك الممنوع ومن تقرر لمصلحته إذا ما لم يكن هو المالك، وهي نتيجة مقبولة إذ لا يتصدر أن تثبت الملكية على شيء معين لشخص معين، ويكون لشخص آخر على نفس الشيء سلطة للتصرف فيه ولو جزئيا، فالتصرف هو جوهر الملكية وإنجاز أن يحرم المالك مؤقتا من تلك السلطة فلا يتصور أن تمنح لغيره³، كما لا تتصور

¹ فرج الصدة، المرجع السابق ص 146.

² الشرفاوي، المرجع السابق، ص 63، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 300.

³ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 89.

من ناحية أخرى، كنتيجة لتوزيع سلطة التصرف أنه ينبغي للقيام بتصريف صحيح إجتماع إرادتهما معا، المالك الممنوع من التصرف والشخص المشتراط المانع لمصلحته على ذلك.¹

لكن من خلال ما أوردناه فإن ما يمكن إثارتها وإنتقاده لهذا الرأي يمكن الرد عليه من خلال أن أنصار فكرة التكليف العيني لم يزعم بأنها حق عيني، بل منتقد هذه الفكرة هم أنفسهم الذين نظروا إليها على أنها حق عيني، والواقع أن فكرة التكليف العيني تختلف تماما من حق العيني، فالتكليف العيني هو في حقيقته عبء يثقل المال ذاته وليس صاحبه، ولذلك وصف هنا- بالعينية- لإرتباطه بالعين لا بالشخص.

كما أن العبء العيني ليس بحق حتى يقال أن الشخص يتقرر له حق على ملكه.²

- **المعنى الثاني:** وإذا أخذنا بفكرة التكليف العيني بمعنى أنها تخرج المال من دائرة التعامل أي أن المال محل المنع يخرج بالنسبة للتصرفات التي يمتنع عن المشتراط عليه القيام بها، عن دائرة التعامل، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه بأي تصرف يدخل في نطاق المنع وإلا كان باطلا مطلقا³، وهذا المعنى ليس بمنأى عن النقد كذلك، من ناحية أن طبع المال بطابع عدم جواز التعامل فيه لا يأتي إلا عن طريق التشريع، ولإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة كما هو الحال للأموال العامة مثلا⁴، ولا يجوز أن يترك لإرادة الأفراد سلطة الطبع أي بهذا الطابع ليخرجوه من دائرة التعامل.

ثمة نقد آخر لهذا المعنى وهي أن فكرة التكليف العيني لا تستجيب من حيث نتائجها للغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف، فلذلك فلو صح هذا التكليف لشرط المنع لترتب عليه البطلان

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 300.

² محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 39.

³ البدرابي، المرجع السابق، ص 147.

⁴ الصدة، المرجع السابق، ص 147.

المطلق للتصرف الذي إنصب على المال محل المنع، فالمنع يتقرر لحماية مصلحة مشروعة لشخص أو أشخاص معينين، وقد يتنازل من تقرر الشرط لمصلحته من الحماية المقررة فيميز التصرف وهو ما يستحيل تحققه في ظل القول بالبطلان المطلق.¹

ويخلص هذا الجانب من الفقه إلى قول بأن الشرط المانع من التصرف يورد قييدا على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلا في النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأطراف²، فالشرط المانع من التصرف في تحقيقه لا يخرج من وجهة نظر أنصار هذا الرأي، عند كونه مجرد إستثناء أو خروج على ما تخوله الملكية أصلا من سلطة التصرف في المال محل الحق، فهو إذا تعديل إرادي لنظام الملكية لمدة مؤقتة تحقيقا لمصلحة مشروعة، والقانون هو الذي خول للإرادة وهذا السلطان في تعديل نظام الملكية، ولذا يجب أن يكون هذا التعديل في الحدود التي تتفق مع المصلحة المقصودة منه وبالتالي خضوع الشرط المانع من التصرف في أحكامه بمقتضيات هذه المصلحة بحيث تختلف هذه الأحكام باختلاف هذه المصلحة من حالة إلى أخرى.³

ثالثا- مدى إمكانية تحليل المشتراط عليه من الشرط المانع من التصرف:

من المتفق عليه أنه يشترط لصحة المانع من التصرف أن تكون هناك مصلحة جديدة ومشروعة تدعو إلى هذا الشرط وأن هذه المصلحة يقدرها القاضي بحيث تكون بنظره مبررا لتقييد سلطة المالك في التصرف في ملكه.

بيد أن مثل هذه المصلحة ليست مجرد شرط وجود (أي بوجودها يوجد الشيء وبعدها)، أي يلزم وجود لقيام الشرط المانع من التصرف صحيحا، بل أيضا شرط بقاء، بمعنى أن إستمرار وجود

¹ ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 39.

² محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 42.

³ فرج الصدي، المرجع السابق، ص 143.

المصلحة المبررة لقيام الشرط المانع يعد أمراً حتمياً لإستمرار المنع من التصرف، وبالتالي فإنه يثور التساؤل عن مصير هذا الشرط إذا زالت عن هذه المصلحة أو إذا ظهرت المشترط عليه مصلحة تفوق في أهميتها المصلحة الأولى، وأيا كان الشخص المستفيد منها على النحو الذي تصبح معه المصلحة التي كانت تبرر المنع من التصرف غير جدية على أقل أهمية مقارنة بالمصلحة المستجدة؟

- ما يمكن الإلتزام به هو أن التشريع المصري لم يعالج هذه المسألة بنص ليبين حكمها وكثير من التشريعات المقارنة، وترك الأمر للفقهاء¹، الذي لم يتوانى في إيجاد الحلول مقرراً أنه متى إقتضت الضرورة الملحة أو المصلحة التصرف في المال محل المنع كأن يكون بناء وأصبح هذا البناء آيلاً للسقوط، ولا يجدي ترميمه، وليس بمقدور مالكيه إعادة بنائه، جاز للمالك الممنوع من التصرف أن يطلب من القضاء إعفائه من التقييد بالشرط المانع، والسماح له ببيع هذا البناء والتحلل من القيد أو الشرط، وللمحكمة أن تجيبه إطلبه إذا توفرت الظروف المبررة لطلبه، ولها تبعاً للظروف المبررة أن تقيده بوجوب إستخدام ثمن البيع في شراء آخر يحل حلاً عينياً محل المال المبيع²، وهو ما يعرف بالشرط الإستبدال فيمتنع التصرف فيه، كما يمكن أن يصل إلى هذا الحل بالتراضي بين المشتري والمشتري عليه الذي يعني عن اللجوء إلى القضاء³.

هذا وقد يرد المنع من التصرف إبتداءً في صورة خاصة تعرف بشرط الإستبدال وبمقتضى هذا الشرط عليه بمنع التصرف في الشيء محل المنع إلا إذا إستبدل به شيئاً آخر يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له، ووفقاً لنظرية الحلول العينية.

¹ لبيب شنب، المرجع السابق ص 297.

² عبد الخالق أحمد حسن، المرجع السابق، ص 83.

³ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 56.

يقول الأستاذ البدراوي، ومثل هذا الشرط يكون صحيحا، متى قصد به تحقيق مصلحة مشروعة، لأنه أخف وطأة من شرط عدم التصرف مطلقا بقاعدة "من يملك الأكثر يملك الأقل"¹، بل هو عين التعيين في إعتبار هذا السقوط لا يعدو أن يكون مجرد شرط مقيد للتصرف على نحو معين، وبالتالي إعتباره صحيحا من باب أولى.

أما المشرع الفرنسي فكان له شأن آخر في هذه المسألة وهذا بإضافة بحكم واضح صريح في نص المادة 01/900 من القانون المدني التي أضيفت إليه بمقتضى القانون 03 يوليو 1971، بعد أن قرر هذا الأخير في الفقرة الأولى من هذه المادة صحة الشرط المانع من التصرف إذا كان مؤقتا، ويهدف إلى تحقيق المصلحة جدية ومشروعة.

حيث يوضح الفقيه الفرنسي رايموند أنه يجوز لمالك الممنوع من التصرف الموهوب له أو الموصى له أن يلجأ إلى القضاء مطالبا بتحلله من شرط المانع من التصرف، والإذن له بالتصرف في المال محل المنع مقننا بذلك قضاء سابق²، متى إختفت المصلحة التي تبرر هذا الشرط، أو ظهرت له مصلحة تفوقها في الأهمية.³

من خلال هذا النص أن التشريع الفرنسي أخذ بمبدأ المصلحة المشروعة ذات أهمية الأكثر، أو إختفاء المصلحة المبررة التي من أجلها إشتط هذا الشرط، ويتوافر هذا الشيء في القانون الفرنسي، كان له أن يلجأ إلى القضاء مطالبا بأحد أمرين أولهما - أن يطلب بطلان الشرط المانع من التصرف لاختماء شرط المصلحة الجدية والمشروعة ثانيا أن يطلب التحلل من الشرط المانع من تصرفه على خلافه.

¹ البدراوي، المرجع السابق، حق الملكية سنة 1973، ص 61.

² PERTYETREYMONDop, ot, p 83.

³ PLANIOL RIPERT et PICARRD, op, cit, 232

لما كان في غير المستبعد أن يجتهد المشتري في البحث عن كل ما من شأنه أن يشمل فاعلية هذه الوسيلة الفنية المتمثل في إمكانية التحلل من الشرط المانع من التصرف ولما كان الأمر كذلك فقد إحتاط المشرع لذلك، فقرر أن يعتبر كأن لم يكن أي شرط يفرضه المشتري على المشتري عليه مسبقا يحرمه بمقتضاه من استعمال هذا الحق حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 01/900 مدني فرنسي¹.

الفرع الثاني: آثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة لدائني المشتري عليه.

يذهب القضاء الفرنسي بحق القول فيما يحضى بمساندة من غالبية الفقهاء فرنسا ومصر، وينتزع التأييد من جانبنا ألا وهو أن منع الحجز والتنفيذ على الشيء الممنوع من التصرف فيه، إنما هو أمر يقتضيه ضمان المصلحة المراد تحقيقها أو حمايتها من وراء الشرط المانع من التصرف.

لأن في هذه الحال التي يرد فيها الشرط المانع من التصرف على مال معين، فإنه يمتنع على المتصرف إليه التصرف في هذا المال، وهنا يتبع بالضرورة منع دائنيه من التنفيذ على هذا المال، ذلك لأن التنفيذ العيني يعني بيع هذا المال، وخروجه من ذمة المتصرف إليه، وهذا يخالف مقصود الشرط من التصرف الذي يهدف إلى إبقاء هذا المال في ذمة المتصرف إليه.

ومعنى هذا وتفسير ذلك أن التنفيذ على الشيء يفضي إلى التصرف فيه بطريق غير مباشرة، وأن هذا يتيح للمشتري عليه تفويت الغرض من شرط المنع، إذ يسهل عليه التحايل على شرط المنع من خلال الإرتباط قبل الغير بالتزامات غير جدية أو صورية يمنع عن الوفاء بها، فيضطر الدائنون إلى التنفيذ عن الشيء وبذلك يصل المالك إلى التصرف بالشيء بطريق غير مباشرة.

¹ GABRIEL MARTY et PIERRE REYMOND, traite de droit civil, op, cit, p69.

يقول الدكتور توفيق فرج "ذلك انه لو أبيح الحجز عليه - بقصد المال- لأنتهى الأمر إلى التصرف فيه بطريقة مباشرة، ويفوت ذلك الغرض الذي من أجله تقرر الشرط المانع من التصرف إذ ما على المتصرف إليه إلا أن يمتنع عن الوفاء بديونه فيقوم دائنوه بالحجز والتنفيذ.¹

فالقول بإمكانية التنفيذ على هذا المال يعني أنه يجوز بيعه جبراً على مالكه حتى يستوفي الدائنون حقوقهم، وبالتالي سهولة التخلص من هذا الشرط، إذ بإمكان المشتري عليه كما أسلفنا أن يستدين ثم يمتنع من سداد الدين، ويطلب من دائنيه التنفيذ على هذا المال، فيصبح هذا الشرط لا قيمة له، ولا مبرر لإيراده.

ورغم أن القانون لم ينص على هذا الأثر من آثار المنع من التصرف إلا أنه مسلم به باعتباره نتيجة ضرورية للمنع من التصرف تحقيقاً للغرض المنشود مع المنع²، وقاعدة تقول أن مالا يجوز التصرف فيه، لا يجوز الحجز عليه.³

لكن هذا الرأي لا يصح إجمالاً في أغلب الأحيان، ولا يؤخذ به على إطلاقه فقد يكون الشرط المانع من التصرف صحيحاً، ومع ذلك التنفيذ يصح التنفيذ على هذا المال في الحالة التي لا يتنافى مع الغاية من اشتراط هذا الشرط.

ويعلق الدكتور مصطفى الجمال على هذا "كلما كان التنفيذ لا يمس بالمصلحة المقصودة من المنع، كلما كان التنفيذ جائزاً، فإذا كان مثلاً المنع مشروطاً في عقد بيع لتجنيب البائع مشقة إتخاذ إجراءات في مواجهة الغير إذا ما أراد التنفيذ عليه إعمالاً للإمتياز المقرر له، فإن هذه الغاية لا تتعارض مع قيام الدائنين بالتنفيذ على العقار، ذلك في هذه الحالة يقع عبء إتخاذ إجراءات التنفيذ

¹ توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 201.

² أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص 149.

³ فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، سنة 1989، ص 189.

على هؤلاء الدائنين مع الإحتفاظ البائع في إمتياز على الثمن، إعمالاً لمبدأ تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية بما فيها الإمتياز.¹

ولهذا يبدو الرأي المتقدم قد أغفل أن القانون عندما أجاز شرط المانع من التصرف قد لاحظ المصالح المشروعة والجدية التي يحققها، بالرغم من أنه يقيد سلطة التصرف للمالك ويعرقل حركة تداول الأموال، لذا لابد من أن تكون الآثار المترتبة عليه منسجمة مع حماية أو تحقيق هذه المصالح من خلال منع كل التصرفات التي من شأنها أن تفرغ الشرط المانع من محتواه، ولو أجزنا لدائني المشتري عليه التنفيذ على المال الممنوع من التصرف فيه لأهدرنا القيمة العملية لشرط المنع بإبرام تصرفات قانونية تزيد من مديونته للوصول إلى الحجز والتنفيذ على الشيء الممنوع من التصرف فيه أثر يقتضيه الوصول إلى تحقيق أو حماية المصالح الكامنة وراء شرط المنع، والتي من أجلها أجاز القانون هذا الشرط وصححه.²

أما عن مدة حظر الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه، عندما يمنع التنفيذ على هذا المال بموجب هذا الشرط، فإن هذا المنع يظل قائماً ما بقي الشرط المانع من التصرف، ولا عبءاً لنشوء الدين قبل إشتراط المنع أو بعده، وفي الحالة التي ينقض فيها الشرط المانع التصرف لأي سبب من الأسباب، عندئذ يمكن مباشرة التنفيذ على هذا المال، لأن الغرض هو الإبقاء على المال محل المنع في ذمة المشتري عليه حماية لمصلحة مشروعة للمشتري، فإمتناع التنفيذ هنا يأتي تابعا للشرط المنع من التصرف فيقوم لجميع الدائنين، فهو إمتناع يظل قائماً طوال مدة المنع من التصرف، ويسري على جميع الدائنين أيا كان نوعهم وأيا كانت تواريخ نشوء حقوقهم.³

¹ مصطفى جمال، المرجع السابق، ص 107.

² الفتلاوي، المرجع السابق، ص 174.

³ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 201.

والقضاء الفرنسي كان له شأن آخر حيث أن المحكمة تقضي قرارات في آخر حكم آخر "بأنه إذا مضت المدة التي عينها المالك الأصلي، والتي إشتراط خلال منع التصرف في المعقود له، فإنه يجوز له للدائنين الذي عقدوا الدين مع المعقود له أثناء مدة سريان المنع أن يتقاضوا من ثمن العقار، لأن صاحب العقار الأصلي أراد حماية المتصرف إليه ضمن مدة معينة حتى إذا إنتهت لا يكون شرط المنع من التصرف قائما.¹

ولكن الدكتور البدراوي إذ يقول "ولا يمكننا التسليم بهذا الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية لأن الضمان العام للدائنين يقع ليس فقط على الأموال الحاضرة التي يمكن الحجز عليها بل على الأموال المستقبلية التي تدخل في ذمة المدين، ويجب أن يكون الحال كذلك من باب أولى بالنسبة للأحوال الموجودة في ذمة المدين، والتي لا يمكن التصرف فيها متى زال هذا المنع من التصرف.²

ويقرر الدكتور البدراوي هذا الرأي، من أن سبب المنع من التنفيذ على المال الذي يرد عليه هذا الشرط، هو وجود الشرط المانع من التصرف، فإذا زال السبب إنتهى المنع من التنفيذ، وعاد هذا المال ليكون جزءا من الضمان العام للدائنين.³

وبعيدا عن الفقه وما أورده في شأن التنفيذ على المال الممنوع من التصرف فيه، فإن القانون المصري وطبقا للمادة 308 من قانون المرافعات المصري قد نص على أنه "لا يجوز الحجز على الأموال الموهوبة الموصى بها، مع إشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائنين الموهوب له أو الموصى له، الذي نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية".

¹ سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 1978، ص 277.

² محمد علي عرفة، شرح القانون المدني في الحق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1964، ص 372.

³ البدراوي، حق الملكية المرجع السابق، ص 197.

ويقابلها نص المادة 3/14 من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005م والتي جاء فيها "الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية، إلى نفقته مقررًا".

أما علة التفريق بين هذين الشرطين على هذا الأساس فإن شرط المانع من التصرف إنما يهدف إلى إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه، ووضع جميع الدائنين من التنفيذ عليه تحقيقاً لهذه الغاية، أما في حالة المنع من التنفيذ الوارد ابتداءً في الهبة أو الوصية، فإن الغاية لا تكون إبقاء المال في ذمة المتصرف إليه، وإنما يهدف إلى غرض محدد هو منع الدائنين من إستيفاء حقوقهم في هذا المال.

ويتبين من هذه الرأي أو النصوص المعروضة أن عدم جواز الحجز المشترط ابتداءً لا يسري إلا على الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل اشتراط عدم جواز الحجز¹، أما الدائنون الذين نشأ حقوقهم بعد اشتراط فلا يسري عليهم.²

الفرع الثالث: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير.

يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف، أن المشتري عليه يتمتع عليه أن يتصرف في المال الممنوع من التصرف، فإذا خالف المشتري عليه هذا الحظر وإبرم تصرفاً ممنوعاً من التصرفات الممنوعة بمقتضى هذا الشرط وقع هذا التصرف باطلاً.

فيجوز لمن تقرر الشرط لمصلحتها أن يمسك بالبطان في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية المال محل المنع، أو ترتب له حق عين آخر أصلي أو تباعي عليه وعلى هذا الأساس يمكننا معرفة ما المقصود بالغير في العنصر الأول وسنتناول العنصر الثاني: الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير.¹

¹ محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة 1977، ص 346.

² السهوري، المرجع السابق، ص 519.

أولاً- تعريف الغير: الغير هو ما انتقلت إليه ملكية المال محل المنع، أو ترتب له حق عين آخر أصلي أو تبعي، وذلك ضمن الحدود التي أجازها المشرع مثلاً إذا وهب شخص منزلاً وشرط عليه عام عدم التصرف فيه، فقام الموهوب له ببيع هذا المنزل لشخص ثالث فهذا الأخير هو المقصود بالغير.

ويكون المنع من التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره طوال المدة التي حددت في الشرط المانع، ومن هذه الآثار الإحتجاج بهذا الشرط على الغير، وذلك إذا إنتقل المال الذي منع التصرف فيه إليه، وفي مثل هذه الحالة يحق لمن وضع الشرط لمصلحته أن ينازع الغير ويسترد المال منه.²

وقد أغفلت بعض القوانين العربية التي نصت على الشرط المانع من التصرف أو التي أقرت هذا النوع من الشروط أو القيود الإتفاقية إجمالاً الإشارة إلى هذه المسألة، مكتفية كما نعتقد بالقواعد العامة، كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري، بل إن هذه القوانين توضح هذه الفكرة أصلاً مكتفياً كما أسلفنا القواعد العامة.

لكن من تقرر الشرط لمصلحته قد يطلب نقضاً وإبطال التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، ويمسك بهذا البطلان في مواجهة الشخص الذي تعامل مع الشخص الممنوع من التصرف، ولأن هذا البطلان يسري في مواجهة الغير، فإنه لا بد من إيجاد وسيلة لإعلامه بوجود المنع من التصرف.³

إذا الغير هو ما من يتعامل مع المشتري عليه وإنتقلت إليه ملكيته.

¹ مبروك رمزي زيد محمد، المرجع السابق، ص 757.

² إيناس جاد الحق، المرجع السابق، ص 267.

³ الفتلاوي، المرجع السابق، ص 173.

ثانيا- الإحتجاج بالشرط المانع على الغير:

إن الشرط المانع من التصرف يقيد من سلطات المتصرف إليه أي يغل يده عند التصرف، وقد أوجب قانون شهر الجميع المحررات التي يتضمن موضوعها حقا عينيا عقاريا أصليا سواء كانت منشئة لهذا الحق أو مقررة له، وفرض طريقا واحدا لشهرها وهو التسجيل.¹

وتنص المادة 26 من قانون السجل العيني المصري على أنه "جميع التصرفات التي من شأنها التي إنشاء حق عيني من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المشتبهة لشيء من ذلك، يجب قيدها في السجل العيني ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية."²

وقد أشارت المادة 104 من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/03/25م المتضمن تأسيس السجل العقاري حيث تنص "يحقق المحافظ في البطاقات غير مؤشر عليها، بأي يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير"، وهذا يدل على إلزامية كل القيود والرهن والأعباء والشروط قيدها في البطاقة العقارية.

يقول الدكتور عبدالمجيد الحكيم "والعقود المغيرة للحقوق العينية العقارية الأصلية هي العقود التي تغير وتعديل من نطاق هذه الحقوق، أو من مداها مثل الشرط المانع من التصرف الوارد على حق ملكية العقار، فهو يغير من نطاق حق الملكية الوارد من العقار.

¹ محمد عبد الرحمان محمد، الوجيز في شهر العقاري والتوثيق، دار النهضة العربية، ص 96.

² عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد، القانون الأنكلوا أمريكي، المقارن، بغداد سنة 1981، ص 67.

وهذا ما قرره القانون الخاص بالشهر العقاري الفرنسي في المادة 28 على وجوب تسهيل

التصرفات بين أعباء التي تتضمن شروط مانعة مؤقتة".¹

كما أن شهر الشرط المانع من التصرف أمر طبيعي لمن يقتضون وجوده ضمن بنود العقود

الناقل للملكية، وشهره ضروري للإحتجاج به قبل الغير بالنسبة لمن يقبلون ورود الشرط في تصرف لاحق

على التصرف الناقل للملكية.²

فالمالك لا يملك إلا إذا سجل سند الملكية، وتسجيل هذا السند يصح المنع من التصرف نافذا

بالنسبة للغير، إذ يكون الشرط قد شهر بشهر التصرف الذي ورد فيه.³

ولكن تثار مشكلة وهي أن الشرط قد يرد في وصيته، وهذه الوصية قد لا يتم تسجيلها، كما أنها

لا يطلع عليها أحد، وهذا ما أجاب عليه الدكتور مصطفى جمال أنه لا توجد مشكلة أساسا فالوصية

تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وفي اللحظة التي تصبح فيها الوصية سارية المفعول مرتبة لآثارها عندما

يجب تسجيل مضمون هذه الوصية، وما يقترن بها في شروط كالشرط المانع من التصرف.⁴

أما القانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 أوجب في المادة 249 فقرة 01 منه تسجيل

الوصية الواردة على العقار بالنص التالي "تسجيل الوصية الواردة على الحق الملكية العقارية سواء كانت

الوصية بالتملك، أو يصرف ثمن العقار، الوصية بالدين أو بيع العقار بعد وفاة الموصي وذلك بالإستناد

إلى الأحكام القضائية الحائزة على درجة الثبات أو حجج الشرعية والوصية المنتظمة، من الكاتب العدل ما

لم يعترض عليها من ذوي العلاقة".

¹ سمير كامل، ملكية الراهن للعمال المرهون في الرهن العقاري، المرجع السابق، ص 88.

² نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992م، ص 394.

³ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 114.

⁴ مصطفى جمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 142.

بل إن قانون التسجيل العقاري قد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما أجاز تأثير الوصية في السجل العقاري أثناء حياة الموصي، ولا يجوز إجراء أي تصرف عقاري على الحقوق الموصى بها إلا إذا أبطلت الوصية وفق القانون".

كما أن شرط المانع من التصرف يمكن أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري بالإستناد إلى المادة 03 من القانون التسجيل العقاري الفرنسي التي نصت على ما يأتي "1- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية أو التبعية أو نقله أو زواله وكل تصرف مقرر لحق عيني من الحقوق المذكورة -2- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهذا يعني أن الشرط المانع من التصرف يتعين تسجيله بدائرة تسجيله، وذلك بالنظر إلى التعبير الذي يحدثه في حق عيني أصل وهو حق ملكية¹.

ونختم كلامنا هذا أنه لا يمكن أن نعترف بالحق العيني إلا من خلال تسجيله أو قيده في السجل العقاري أو شهره في المحافظة العقارية عن طريق البطاقة العقارية التي هي مرجع لكل الحقوق العينية، ولا يمكن الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف أو المقيد على الغير إلا إذا كان العلم به وفقاً للتصرف، أو كان في مقصود مقصوده أن يعلم به، فإذا كان الشيء عقاراً وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط فيعتبر عالماً بالشرط وفق الشهر".

ملاحظة في القانون الجزائري لا سيما المرسوم التنفيذي 63/76 المذكور سالفاً والمتضمن السجل العقاري، أوجب على المحافظ العقاري أن يتحقق من البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير، وبنص المادة 104 من نفس المرسوم صريح فكل الرهون وتسجيلات والقيود والشروط والرغبة في حق الشفعة يجب أن يقيد بالبطاقة العقارية بالإضافة

¹ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 245.

إلى التصرفات القانونية وهذا حتى يتسنى للمتعاين العقاري الإطلاع على العقار موضوع التصرف، وإلا المحافظ العقاري يرفض إجراء الشهر كل مخالف لهذا الإجراء.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف:

نصت المادة 824 من القانون المدني المصري، والمادة 1029 القانون الأردني على ما يلي "إذا كان الشرط المانع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا للأحكام السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا".¹

نستخلص من المادتين السابقتين وما تقدم فإن التصرف المخالف يعد باطلا، ولكن ماذا يقصد كل من هذين التشريعين من هذا البطلان، هل هو البطلان المطلق أو البطلان النسبي أو البطلان من طبيعة خاصة تقتضيها المصلحة وتماشيا مع الهدف المنشود.

أثارت هذه المسألة خلافا في أوساط دائرة الفقه، فمنهم من رأى أن المقصود من البطلان هو البطلان المطلق، نظرا صراحة هذه النصوص، وأنه لا إجتهد إزاء ذلك، ومنهم من رأى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان النسبي، نظرا لتعلق التصرف بالمصالح الخاصة، وإن طالب البطلان يقتصر على صاحب المصلحة²، وسوف نعرض هاته الإتجاهات في الفروع التالية:

الفرع الأول: البطلان المطلق كجزاء مخالفة الشرط من التصرف

الفرع الثاني البطلان المطلق كجزاء مخالفة الشرط من التصرف

الفرع الثالث: البطلان النسبي كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف

¹ المادة 824، القانون المدني المصري، والمادة 1029، القانون المدني الأردني.

² محمود جمال الدين زاكي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978، ص 94.

الفرع الأول: البطلان المطلق كجزء مخالفة الشرط من التصرف.:

يتفق كل من القانونين المصري والفرنسي في أن جزء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم بالمخالفة لهذا الشرط¹، ولكن ليس الأمر بالنسبة للقانون الفلسطيني حيث نص أنه جزء مخالفة المانع من التصرف هو الوقف، أما القانون الأردني قد ساير القانونين المصري والفرنسي في هذا الإتجاه، ونلاحظ اختلافًا بين التشريعات في تحديد الجزاء.

أولاً- مبررات البطلان المطلق:

نستعرض هذه الفكرة وفق القانونين المصري والفرنسي دون غيرهما لإعتبارهما أن هذين التشريعين هم السائدان، ذهب جانب منالفقه المصري إلى أن البطلان المنصوص عليه في المادة 824 المدني المصري كجزء للتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق طالما أن الشرط المانع من التصرف قد جاء مطلقاً، ولم تكن ظروف تدعو إلى الإذن المشتراط عليه بالتصرف على خلاف مقتضاه، كما أن من عادة القانون المصري أنه دائماً يعبر بالبطلان المطلق بعبارة البطلان فقط، أما البطلان فيعبر عنه بالقابلية للإبطال، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للمادة 143 منه والتي تقتضي بأنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال..."، وفي المادة 144 منه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال...".

وهذا المبرر في كون أن البطلان الذي يقصده المشرع المصري هو البطلان المطلق طالما لم يذكر

القابلية للإبطال.

¹ ولكن هذا لم يمنع البعض في الفقه الفرنسي بأن القول بأن المخالفة شرط المنع من فسخ التصرف المقترن بهذا الشرط، وذلك على أساس المشتراط عليه الممنوع من التصرف، إذا خرج على شخص الشرط وتصرف بالمال محل المنع، يكون قد خالف أحد شروط العقد، الأمر الذي يمنح المشتراط الحق في الفسخ، فيفسخ التصرف الأصلي العقد أو الوصية، ويفسحه ويحول التصرف الثاني المخالف شرط المنع، فيعود إلى ذمة المشتراط، طبقاً لقواعد الفسخ.

إن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستطيع الرجوع على المتصرف بالضمان، لأنه الإلتزام بالضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقاً¹، ولهذا إختار التقنين المصري التكييف الثاني فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها، ويترتب على ذلك بطلان أي تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع من التصرف بطلانا مطلقاً، وهذه نتيجة منطوقية بل هي نتيجة بديهية لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها.²

وعليه فإن المشرع قد حدد طبقة بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يكون ثمة مجال للرجوع إلى البحث عن الحكمة التشريعية التي أملت على المشرع فرض الجزاء، وتحديد طبيعته، فالقاعدة أنه لا مستساع لا إجتهد في مورد النص.³

إن البطلان المطلق للتصرف بمخالفة المنع وجزاء قانوني الذي يتعلق مع ما يترتب على شرط المانع من التصرف من طابع المال طابع عدم قابليته للتصرف وليس بطلان النسبي.

ويرى الكثير من الفقهاء أن تقرير البطلان المطلق في حال مخالفة الشرط المانع من التصرف يتلافى عيباً وقع فيه القضاء الفرنسي، إذا قرر البطلان التصرف المخالف بطلانا نسبياً كما سنرى لاحقاً، إذ أن البطلان المطلق يسمح للمتصرف الأصلي، ولكل ذي مصلحة أن يطلبه حتى ولو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف إليه وحده، كما أن البطلان يسمح للمتصرف إليه، الأخير بالتمسك بالبطلان.⁴

¹ محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 37.

² السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء 8، ص 525.

³ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 355.

⁴ إيناس جاد الحق، المرجع السابق، ص 298.

يقول السهوري "فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل هذه مصلحة، بل يتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط، وهي التي تعاقد مع المتصرف لهفمتي صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين كان كل من طرفي التصرف المخالف للشرط التمسك بالبطلان.¹

كذلك يرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يجوز الإحتجاج في مواجهة المتصرف إليه الذي تصرف على خلاف هذا الشرط بقاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود".

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي "والمصرف إليه المحظور من التصرف التمسك ببطلان التصرفات التي يحرمها الشرط، ولو أنه هو الذي أجراها، ولا يصح أن يعترض على هذا الحكم بالقاعدة الأساسية التي تقضي بأنه لا يسوغ للشخص أن يسعى بنفسه إلى نقض ما تم على يديه إذا لم يتم على يديه أي شيء، لأن البطلان المطلق عدم، فمن يجري تصرفا باطلا بطلانا مطلقا يعتبر أنه لم يجري شيئا.²

وأخيرا، فإن البطلان المطلق يسمح للمشتروط بأن يتمسك ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع، حتى ولو كان الإشتراط مقرا لمصلحة المالك الممنوع من التصرف وحده، وبالتالي يحقق أعمال هذا الجزاء الغرض المقصود من الشرط المانع وهو إسقاط كل تصرف يتم مخالفة له.³

ثانيا- نقد فكرة البطلان المطلق: إن فكرة البطلان المطلق قد لاقت رواجاً واسعاً لدى شراح القانون كما يرى الغالبية منهم مع محكمة النقض أن البطلان المطلق لا يستقيم مع الغرض من شرط المنع، إذ أن التمسك له يجوز لكل ذي مصلحة، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنه لا يزول بالإجازة، في حين أن الغرض من شرط المنع هو حماية أحد الأشخاص لهذا الشخص يكون صاحب

¹ السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 527.

² عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، دار الكتاب المصريين القاهرة، ص 169.

³ السهوري، الوسيط، جزء 8، المرجع السابق، ص 381.

الحق في التمسك بالبطلان أو التنازل عن هذه الحماية عن طريق إجازة التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف¹، ولا يقبل الإجازة من حيث أنه يستهدف حماية مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام²، في حين أن الغرض المقصود من شرط المنع هو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، قد لا تكون طرفاً في التصرف الذي ورد فيه الشرط (المشترط أو الغير)، وتحقيق هذا الغرض لا تقتضي أن تقضى المحكمة من خلاله من تلقاء نفسه ببطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف دون أن يطالب من تقرر الشرط حماية لمصلحته الخاصة، بل يقتضي العكس من ذلك أن يكون الأمر بيد من تقرر شرط المنع لمصلحته الخاصة.

يقول الدكتور حسن كيرة³ "إن تقرير البطلان المطلق للتصرف المبرم خلافاً لشرط المنع من التصرف لا يتناسب مع الغاية من تقرير المنع، وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، مما يحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده³."

يقول الدكتور محمد ناجي ياقوت⁴ "إن إباحة الشرط المانع من التصرف هو حماية المصالح المشروعة الخاصة بالأفراد والتي تستوجب بأن يكون حق التمسك بالبطلان لهم وحدهم دون سواهم كما تستوجب أن يكون لهم حق التنازل عن هذا البطلان بإجازة هذه التصرفات⁴."

ويرى بعض الفقهاء حول ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي ذكرت أن البطلان المقصود كجزء لمخالفة الشرط المانع من التصرف هو البطلان المطلق، فهو مجرد تخمينات وإجتهادات خاضعة لاجتهادات واضعها تتأرجح بين الخطأ والصواب وهو إجتهاد قد يخطئه التوفيق⁵.

¹ الفتلاوي، شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 139.

² أنظر المادة 141، مدني مصري.

³ حسن كيرة، أحكام الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 102.

⁴ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، فقرة 48، ص 37.

⁵ البدرابي، المرجع السابق، ص 104.

ويقول الدكتور حسن كيرة "ليس كما يرد في إمتثال هذه المذكرة أو الأعمال التحضيرية بوجه عام حماية ملزمة وخاصة أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها.¹

- كما أن فكرة عدم قابلية المال للتصرف فيه الذي يتأسس عليها جزاء البطلان المخالفة عند من يقولون به لا يستقيم مع القواعد القانونية.

- ومن ناحية الواقعية وما قضت به محكمة النقض مستقر على رفض فكرة البطلان المطلق "بأن البطلان المقرر في المادة 824 مدني لمخالفة الشرط المانع من التصرف ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير الشرط وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص.

الفرع الثاني: البطلان النسبي كجزء لمخالفة الشرط المانع من التصرف:

أولا- مبررات البطلان النسبي:

ذهب جانب القضاء المصري إلى الإتجاه الأول ورفض فكرة البطلان المطلق، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن هذا البطلان بطلانا نسبيا بقولها "إن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف المخالف بطلانا نسبيا دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي، وفقا للمادة 824 من القانون المدني المصري، ويقتصر التمسك بهذا البطلان على صاحب المصلحة فيه، وليس للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها".²

كما يرى أصحاب هذه الوجهة أن أحكام البطلان النسبيل يستقيم كلها مع الغرض من شرط المنع من التصرف، إذ أن البطلان نسبي يتقرر وفقا للقواعد العامة لمصلحة أحد طرفي العقد القابل

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 102.

² نقض مدني مصري، طعن رقم 49، لسنة 1980، جلسة 1983/03/24 س 38، ج 1، ص 763.

للإبطال، في حين أن شرط المنع قد يكون مقرراً لمصلحة المشتراط أو الغير، وهذا ليس طرفاً في العقد الذي يراد إبطاله.

ومع ذلك فإن هذا الرأي لم يسلم من النقد أيضاً، ذلك أنه في الحالة التي يكون هذا الشرط تقرر حماية لمصلحة الغير فإن لهذا الغير الحق في طلب بطلان التصرف المخالف في الوقت الذي لم يكن هذا الغير طرفاً فيه¹، حيث إعتبر أن الشرط المانع من التصرف هو خروج على القواعد العامة وهو شرط غير مرغوب فيه.

باعتبار أن النشاط المانع من التصرف وجد لحماية مصلحة خاصة، فإن الجزء المناسب هو البطلان النسبي حتى تتاح الفرصة لمن وجد الشرط لمصلحته لتقدير هذه المصلحة، فقد تتحقق بإعمال التصرف المخالف بدلاً من إبطاله، وهذه النتيجة تتناسب مع إعتبر الشرط المانع غير مرغوب فيه يحد من سلطة المالك في التصرف ومن ثم فإن التحقيق من حدته يكون أفضل لأنه عود إلى الحالة الطبيعية في الحق، وهو سلطة صاحبة في التصرف فيه.²

ويرى البعض هذا البطلان من حيث أساسه القانوني، إلى القاعدة المقررة في المادة 212 مدني مصري بشأن الإلتزام بالإمتناع، فالشرط المانع من التصرف هو إلتزام إمتناع المتعلق بالعين موضوع التصرف، وعليه يكون بطلان التصرف المخالف لهذا الشرط من قبيل التنفيذ العيني لهذا الشرط.³

يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي "والمصرف إليه المحظور من التصرف التمسك ببطلان التصرفات التي يجرمها الشرط، ولو أنه هو الذي أجراها، ولا يصح أن يعترض على هذا الحكم بالقاعدة الأساسية التي تقضي بأنه لا يسوغ للشخص أن يسعى بنفسه إلى نقل ما تم على يديه.¹

¹ منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 116.

² نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 400.

³ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 129.

ثانيا- نقد البطلان النسبي: إن فكرة النقد النسبي لم تسلم من النقد خاصة أنها جاءت للرد على أنصار فكرة البطلان المطلق، وفي إعتقاد الكثير من الفقهاء أن فكرة البطلان النسبي للتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، لا تتفق مع القواعد العامة في البطلان النسبي، ولا مع الغرض من الشرط المانع من التصرف وهذا لإعتبارات عدة أهمها:

- إن التطبيق الدقيق لأحكام البطلان النسبي يمكن أن يجرّد الشرط المانع من التصرف من كل قيمته، ويتحقق ذلك في الحالات التي يتقرر فيه الحماية المشترط عليه، إذ يقتصر حق طلب بطلان التصرف المخالف على المشترط عليه وحده، وتخويله حق الإجازة، وهذا الأمر يبدو أنه في مصلحة المشترط عليه فقد يتصرف المشترط عليه بمخالفة الشرط دون أن يطلب البطلان، وإعتباراً الشرط المانع من التصرف مفقود القيمة لا طائل منه.

- كما أن أسباب القابلية للإبطال البطلان النسبي طبقاً للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر، فهي ترجع إما إلى نقص في الأهلية، أو إلى عيب في الرضا، وعليه فلا يجوز طرّف التصرف القانوني أن يخلفاً اتفاقاً، ودون نص خاص في القانون يجيز لهما ذلك يسبب سبباً آخر للقابلية للإبطال.²

كما أنه لا يقدر في هذه الإنتقادات ما ذهب إليه أنصار البطلان النسبي بعدما شعروا بجديد هذا النقد، أنه يتعين في هذه الحالات، أن يكون المشترط أيضاً الحق في التمسك ببطلان الشرط المانع من التصرف على إعتبار أنه مصلحة أدبية في التنفيذ الشرط، وذلك لأن الغرض هنا أن الشرط قد تقرر

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، درس في الأموال، دار الكتاب المصري، القاهرة، ص 169.

² السهوري، المرجع السابق، ص 523.

لمصلحة المشتري عليه الممنوع من التصرف، وليس لمصلحة المشتري وهذه المصلحة لا تجعل من المشتري طرفاً في التصرف المخالف للمطالب إبطاله.¹

- كما أن البطلان النسبي طبقاً لهذه القاعدة إنما يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، دون الآخر في التصرف القابل للإبطال، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقرراً لحماية مصلحة خاصة مشروعة للمشتري والغير، وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف.

- كما أن الأساس القانوني الذي شيدت عليه فكرة البطلان النسبي، كما قال به أنصار هذا الإتجاه، والمتمثل في أن الشرط المانع من التصرف يتضمن مجرد إلتزام بإمتناع عن عمل، وأن جزاء الإخلال به هو بطلان التصرف المخالف بطلان نسبياً، بإعتبار أن هذا البطلان هو التنفيذ العيني لهذا الإلتزام طبقاً للمادة 212 مدني مصري هو أساس غير صحيح، ويستوجب النقد من نواحي عديدة.

أما البطلان الذي أقره القضاء الفرنسي هو بطلان نسبي وينحصر الحق في طلبه بالشخص الذي وضع الشرط المانع لمصلحته.²

فإذا كان شرط المنع قد وضع لمصلحة المشتري، الواهب مثلاً، لتأمين مصلحته في الرجوع القانوني أو لتسهيل ممارسته لحقه في الإنتفاع، فإنه وحده من يكون له الحق في طلب التصرف في طلب بطلان التصرف المخالف لشرط المنع.³

أما إذا كان الغرض من شرط المنع هو حماية مصلحة المشتري عليه أو حماية مصلحة الغير فإن طلب البطلان يكون في حق صاحب المصلحة ولا يمكن للمشتري أن يطلب إبطال التصرف المخالف لشرط المنع.¹

¹ ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 40.

² PLANIOL RIPERT et PICARRD, op, cit, p 230.

³ GABRIEL MARTY et PIERRE REYMOND, traite de droit civil, op, cit, p 69.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى وجهة تمثل الفكرة الأكثر منطقية بالتعامل مع متطلبات الشرط ومقتضياته وهي أن إعطاء المتصرف إليه وحده حق البطلان، إذا كان الشرط مقررا لمصلحته، وحرمان المشتري من ذلك إنما يؤدي إلى إهدار المانع من التصرف، إذ أن يشترط عليه لا بطلب إبطال تصرف أبرمه، وكان الأجدر إعطاء المشتري الحق في طلب البطلان، لما له من مصلحة أدبية.

وثمة وجهة أخرى تذهب إلى أن الشرط المانع من التصرف يمنع على العين الممنوع من التصرف فيها فيجعلها كذلك (أي غير قابلة للتصرف فيها) في حدود المصلحة التي تقرر شرط المنع لحمايتها.²

غير أن هذا الرأي يؤدي إلى أن يكون التصرف المخالف لشرط المنع باطلا بطلانا مطلقا لا قابل للإبطال، فمتى كانت العين غير قابلة للتصرف بها، فالتصرف بها يكون باطلا بطلانا مطلقا.³

ولذلك فقد إتجهت المحاكم الفرنسية إلى أن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم مخالفا للشرط المانع من التصرف بطلانا نسبيا يتفق في ذلك مع رأي البعض في الفقه المصري.⁴

ومقتضى البطلان النسبي الذي إستقر القضاء الفرنسي أن يقتصر على طلب الإبطال على صاحب المصلحة وحده.

وقضت محكمة النقض الفرنسية أنه "إذا كان صاحب المصلحة في طلب الإبطال هو المتصرف، دعوة بدلا منه. فلا يحق لدائنيه مباشرة الدعوة بلا منه.

¹ PLANIOL RIPERT et PICARRD, op, cit, p 233.

² PLANIOL RIPERT et PICARRD, op, cit, p 231.

³ جمال الشرقاوي، المرجع السابق، ص 59.

⁴ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 129.

وقد ظل القضاء الفرنسي على موقفه من أن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو

البطلان النسبي حتى بعد صدور قانون 03 يوليو 1971.

وهذا ما دام الشرط المانع من التصرف قد نشأ لغرض حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد

الأشخاص، يكون من الطبيعي أن يحدد آثاره ومن بينها أحكام بطلان التصرف المخالف للشرط المانع على

هذه الغاية المقصودة منه، دون حاجة إلى محاولة ردها، إلى القواعد العامة في البطلان¹، كما أنه يترتب

على مخالفة الشرط المانع من التصرف المطالبة قضائياً ببطلان التصرف²، من له الحق في التمسك

بالبطلان.

وحيث أن جزاء البطلان هو بطلان نسبي فإن يكون من تقرر البطلان لمصلحته الحق في التمسك

به فالمشترط وهو دائماً له مصلحة في متابعة احترام شرط المنع، حيث أنه تم الإتفاق عليه مع المشترط

عليه والمشترط له دائماً مثل هذه المصلحة سواء تقرر الشرط لمصلحته أو لا، كما أنه تقتضي خصوصية

جزاء البطلان من ناحية أن يكون للشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته الحق في التمسك به.

ولكن تثور المشكلة هنا إذا كان الشرط يحمي مصلحة للمتصرف إليه الذي تصرف على خلاف

هذا الشرط، فهنا جريا على القاعدة السابقة أن لصاحب المصلحة دون غيره الحق في إقامة هذه

الدعوة، كما أن صاحب الحق في رفع الدعوة في هذه الحالة هو المتصرف الأصلي حيث أن له مصلحة

أدبية دائماً في منع المتصرف إليه من التصرف خلافاً لأحكام الشرط المانع من التصرف.³

ثمة ملاحظة قد تبدو في إقرار المصلحة أي أينما تكون المصلحة ولمن تقرر يكون المعني بتلك

المصلحة الحق في مطالبة ببطلان التصرف، فإذا تقرر الشرط لمصلحة شخص آخر المشترط عليه أو

¹ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 41، ص 90.

² FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER, droit civil, les biens, dalloz, 8^{eme} edition, 2010, p 137 – 138.

³ محمد السلام ذهني بك، فب الأموال، مطبعة الإعتماد، القانون، سنة 1926، ص 265.

غير، فإنه أيضا مصلحة أدبية في إحترام شرط المنع، وجازله، وبالتالي التمسك بالبطلان، كما يكون للغير أو المشتري عليهما إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة أيا منهما الحق والتمسك بالبطلان عند مخالفة شرط المنع، ولكن تقتضي في نفس الوقت أن يمتنع على المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها، كما تقتضي هذه الخصوصية من ناحية أخرى، أن يكون لمن إشتري المنع لمصلحة الحق في التنازل عن طلب الإبطال وإجازة التصرف المخالف، ولا صعوبة في تقرير هذا الحق بالنسبة للمشتري والغير، أما المشتري عليه الممنوع من التصرف فليس له هذا الحق.¹

لكن الدكتور حسام الأهوازي الذي يرى عكس ذلك حيث يرى أنه يجوز للمتصرف إليه (المشتري عليه) والذي خالف الشرط أن يطلب البطلان، لأن البطلان المطلق لا يحول دون التمسك من أتى البطلان من جهته، من أن يتمسك بالبطلان.²

أما في الحالات التي يتقرر فيها الشرط المنع من التصرف للمصلحة المشتري عليه الممنوع من التصرف، يجب أن تصدر من المشتري عليه والمشتري معا.³

الفرع الثالث: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو بطلان من طبيعة

خاصة.

تبين لنا من خلال العرض السابق إلى أن أنصار الإتجاهين السابقين حاولا رد بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف إما إلى نظام البطلان المطلق إما إلى بطلان النسبي، وإنهينا إلى أن أحكام بطلان المخالف والشرط المنع لا تتفق مع القواعد العامة في البطلان المطلق، ولا مع القواعد العامة في البطلان النسبي، ولكن ثمة شيء إستقر عليه الفقه وهو أن البطلان ذاته ليس هو الجزء الذي تقتضي

¹FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER, droit civil, les biens, dalloz, 8^{eme} edition, 2010, p 138.

²حسام الدين كامل الأهوازي، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق دار النهضة العربية، سنة 1972، ص 30.

³محمود مرسي زهرة، أحكام الإلتزام في ضوء قانون المعاملات المدنية للدولة الإمارات، مذكرات جامعة الإمارات 1999، ص 128.

به القواعد العامة عند مخالفة الشرط، وإنما هو جزاء أخذ به القضاء، ونص عليه الشارع، لأنه يستجيب للغرض المقصود من الشرط.¹

ومن الجدير بالذكر أن ما ذهب إليه أغلب الفقه في مصر، وهو ما ساندته فيه محكمة النقض المصرية في أن إعتبار الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المنع بطلاناً من نوع خاص، فهو نتيجة لخلو تقنينه من نظرية وقف التصرف، إذ أن بطلان الذي أضيفت عليه صفة من نوع خاص، يأتي منسجماً في حقيقته مع نظرية وقف التصرف.²

يقول الدكتور عبد الرزاق حسن فرج نحن نعتقد أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ينبغي أن يكون موقوفاً.³

وهذا على إعتبار التصرف المخالف للشرط موقوفاً هو جزاء كاف لحماية المصالح المراد تحقيقها وراء شرط المنع، ويبقى في الوقت نفسه الباب مفتوحاً أمام صاحب المصلحة في التنازل من هذه الحماية إذا ما تراءى له ذلك، عن طريق إجازة التصرف المخالف للشرط.

وقد ذكرنا سابقاً أن الشرط المانع من التصرف في حد ذاته والقول بصحته هو قول لا سند له من القواعد العامة، مما ترتب عليه تعدد الإتجاهات الفقهية التي حاولت رد الشرط المانع من التصرف.

وما إنعكس عليه من أثار أهمها الجزاء المترتب على مخالفته خاصة وأن الأنظمة القانونية التقليدية لم تعط تأصيلاً صحيحاً للشرط، وبإعتبار أن فكرة الشرط المانع من التصرف نشأت في ظل القضاء تماشياً مع الإعتبارات العملية التي دفعته إلى الإقرار مشروعيتها شروط معينة تحقيقاً لمصالح معينة وإستهدافاً لأغراض خاصة مشروعة.

¹ فرج الصدة، المرجع السابق، ص 105.

² الفتلاوي، المرجع السابق، ص 166.

³ عبد الرزاق حين فرج، نظرية العقد الموثوق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1968، ص 168.

كما أن الإقرار بمشروعية الشرط المانع من التصرف قد نشأ لحماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، يكون من الطبيعي أن تحدد آثارها ومن بينها أحكام بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف على هذه الغاية المقصودة منه، دون حاجة إلى محاولة ردها إلى القواعد العامة.¹

يقول الدكتور محمد علي عرفات "الواقع أن إشتراط المانع من التصرف ذاته، لم يجر على حكم القواعد العامة، فلا محل إذا لمحاولة إسناد الجزاء المترتب على مخالفته إلى أساس من المبادئ المقررة في القانون."²

ويقول الدكتور اسماعيل غانم "ويثور الصعوبة بصدد تحديد أحكام هذا البطلان، وقد جاد في المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا ...، وتلك النتائج لا تستقيم مع الغرض المقصود من الشرط، ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقا تاما ..."³

وقد حسمت محكمة النقض المصرية الخلاف حول طبيعة البطلان الذي يلحق بالتصرف المخالف للشرط المانع، كما حددت الأشخاص الذين لهم حق التمسك بهذا البطلان مقررة أن هذا البطلان هو بطلان من نوع خاص، يتفق والغاية من الشرط المانع وهو صلحت به المذكرة الإيضاحية بقولها "أن الذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو التصرف دائما مصلحة في ذلك، ويطلب كذلك المتصرف لهأو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحيي مصلحة مشروعة لأحد منهما"، ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها، على صاحب المصلحة وحده على المحكمة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها، على إعتبار أن المذكرة الإيضاحية حددت نوع من البطلان من أنه "بطلان

¹ محمد علي عرفات، المرجع السابق، ص 319.

² محمد علي عرفات، المرجع السابق، ص 320.

³ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 90.

مطلق لعدم قابلية المال المتصرف" لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذي إقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون نوعه الذي يتحدد لحدأخذ بالغاية التي إستهدفها المشرع منه، وهي الحماية المصلحة الخاصة المشروعة للمصلحة العامة.¹

وما يمكننا الإستخلاص من النتائج السابقة أن بطلان التصرف المخالف لشرط المنع من القانون المصري والفرنسي والقوانين المقررة للشرط المانع من التصرف، وهو بطلان خاص تتحدد أحكامه في ضوء الغاية التي أراد المشرع منه وهي حماية مشروعة لشخص معين وبالقدر اللازم وبالكافي لتحقيقها.

¹ أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج3، سنة 1978، ص 63.

الفصل الثاني:

تقييد سلطتي

الإستعمال والإستغلال

فرضت عدد من التشريعات المقارنة، ومنها التشريع المصري والفرنسي وكذا التشريع الجزائري قيودا تتعلق بسلطتي الإستعمال والإستغلال، بإعتبار أن الحق الملكية من أوسع الحقوق العينية على الإطلاق وأشملها لما لها من قدرات وإمكانيات أو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على أشياء معينة بذواتها، يستطيع صاحب الحق، بما له من قدرة مباشرة على العين أن يستعمل حقه القانوني، وإرادته بوضع ما شاء من القيود.

فوجود هذا الحق دائما يكون مستقل هذا من جهة ومن جهة أخرى أن دراسة القيود الإتفاقية أو تطبيقاتها أو تقييد سلطات المالك من إستعمال أو إستغلال أو بالأحرى تقييد هذه السلطات عن طريق الإتفاق بين اطراف العقد، ولعل أهم هذه التطبيقات لهذه الحقوق هي حق الإتفاق وحق الإنتفاع لإعتبارهما أكثر الحقوق إنتشارا وشيوعا، ومنهنا تقتصر دراستنا في هذا الفصل على الحقوق الإتفاقية الإتفاقية وكذا حق الإنتفاع، كما أن الإقرار بوجود قيودا أخرى والتي الأصل فيها الإتفاق والتي تعتبر قيودا إرادية أخرى، ونظرا لكونها لم تحظى بالدراسة والإلمام من جانب التشريع مثل حق المساطحة أو (السطحية)، أو حق الأفضلية إستبعدناها من دراستنا، وسنتناول في هذا الفصل ما يلي:

المبحث الأول: القيود الإرتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

يعتبر حق الإرتفاق من الحقوق العينية الأصلية العقارية التي ترد على العقار ومن المواضيع الهامة في الحياة الإجتماعية. لذلك إرتأينا أن يكون هذا المبحث مخصصا لدراسة هذا النوع من الحقوق، ولهذا خصصنا لدراسة هذا الموضوع وتقسيمه إلى ثلاث مطالب هما:

- ✓ المطلب الأول: ماهية حق الإرتفاق.
- ✓ المطلب الثاني: مصادر كسب حق الإرتفاق وبعض نماذج الإرتفاقات الإتفاقية.
- ✓ المطلب الثالث: إنقضاء حق الإرتفاق.

المطلب الأول: ماهية حق الإرتفاق: تقتضي تحديد فكرة حق الإرتفاق في القانون الجزائري وكذا التشريعات المقارنة تعريفه تعريفا دقيقا وشاملا في الفقه والقانون وكذا إستخلاص خصائصه وشروط وجوده وتمييزه عن ما يشابهه وكذا تقسيماته والحكمة من تقريره في القانون المدني، وسنتعرف لهذا في الفروع التالية:

- ✓ الفرع الأول: تعريفه وخصائصه
- ✓ الفرع الثاني: شروط وجوده وتمييزه عن ما يشابهه.
- ✓ الفرع الثالث: تقسيماته والحكمة من تقريره في القانون المدني.

الفرع الأول: تعريف حق الإرتفاق وخصائصه.

حق الإرتفاق هو أحد الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، وهو عبارة عن تكليف أو عبء يفرض على عقار ويسمى (العقار المرتفق) الخادم لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر ويسمى

(العقار المرتفق) المخدم، من شأنه من منفعة العقار الخادم (المرتفق به) لفائدة ومنفعة العقار المخدم (المرتفق)¹، وستناول في هذا الفرع تعريف حق الإرتفاق أولاً وفي خصائصه في الثانية.

أولاً- تعريف حق الإرتفاق: يتطلب في تعريف حق الإرتفاق تعريفه فقهيًا وقانونًا.

أ- التعريف الفقهي لحق الإرتفاق: يعرف فقهاء القانون حق الإرتفاق بأنه "تكليف مرتب

على عقار مملوك لغير مالك العقار الأول، ويقوم هذا التكليف على تحويل شخص حق إستعمال العقار المرتفق به، أو حرمان صاحب هذا العقار من إستعمال بعض حقوقه.²

أو "هو الحق الذي يتقرر قانونًا، ويترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر

يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق".³

وهو الحق المجرد المقرر على عقار معين يسمى العقار الخادم أو المرتفق لفائدة عقار آخر يقال

له العقار المخدم أو المرتفق به يملكه شخص آخر، فهو حق ينشأ علاقة بين عقارين مملوكين لشخصين

مختلفين، يكون بمقتضاهما تحميل أحدهما بعبء عين إستثنائي لتحقيق منفعة عينية للعقار

الأخر، بغض النظر عن شخص المالك.⁴

¹ عبد المنعم البدر، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، سنة 1928، ص 324.

² بلحاج العربي، الإرتفاق في الفقه الإسلامي، دراسة منشورة بموقع الفقه الإسلامي <http://www.islamique.com>

³ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية. دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة. سنة 1969، ص 113.

⁴ العربي بلحاج، الحقوق في القانون المدني الجزائري، في ضوء أحدث الإجهادات القضائية المشهورة بالمحكمة العليا. دراسة مقارنة، دار داره للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016، ص 474.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعرفونه بأنه هو ما تقرر على عين فلزمها دون النظر إلى مالها أو إلى شخص المنتفع.¹

كما عرفه بأنه "حق إنتفاع عيني ثابت لعقار على عقار آخر بغض النظر عن شخص المالك لكل من العقارين²، كما عرف بأنه "حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول".³

ب- التعريف الإصطلاحي القانوني:

عرف القانون المدني الجزائري بأنه "الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال"⁴، وقد أورد المشرع القانون المدني الجزائري حق الإرتفاق في المادة 867 إلى المادة 881.

أما القانون المدني المصري فقد عرفه في المادة 1015 "الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال عام إن كان يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال".⁵

¹ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 120.

² محمد سلام، الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، ص 17.

³ محمد سلام مذكور، تاريخ التشريع الإسلامي، ص 792.

⁴ المادة 867 من القانون المدني الجزائري.

⁵ المادة 1015 التقنين المدني المصري.

"لا يجوز مثلا رهن حق الإرتفاق ولا حجه مستقلا عن العقار المرتفق بإعتباره حقا تاما في حين أن حق الإنتفاع هو حق أصلي يجوز التصرف فيه مستقلا عن الشيء المثلل به".

يختلف حق الإرتفاق عن القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية بإعتباره قيودا إستثنائيا تقرر بالإتفاق على عقار لمنفعة عقار آخر أي بفعل التصرفات القانونية للأفراد لمعالجة مصالح خاصة لعقار معين"، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 130.

أما القانون الفرنسي فقد عرفه "الإرتفاق بأنه تكليف يتقرر على عقار لإستخدام أو لمصلحة عقار يخص مالك العقار.

ثانيا- خصائص حق الإرتفاق:من خلال هذه التعريفات القانونية والفقهية والمتشابهة عموما في الغرض والهدف والغاية يمكننا إستنتاج الخصائص التالية حيث يتميز حق الإرتفاق بالخصائص التالية:

أ- حق عيني: يعتبر حق الإرتفاق حقا عينيا، لتوافر مقومات وجوهر الحق العيني فيه، ذلك أن محله شيء من الأشياء، وينطوي على نوع معين من الإستعمال وهو حق تابع لبيع العقار المرتفق المخدم، ولا ينفصل عنه، وكل تصرف يرد على هذا العقار يشمل به بإعتباره من ملحقاته، فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية العقار، فلصاحب حق الإرتفاق السلطة على العقار الخادم، يحتج بها في مواجهة جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار.¹

وإذا كان حق الإرتفاق حقا عينيا، بمعنى ذلك أنه في جوهره لا ينشئ رابطة إلزام بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به، وإنما حق الأول في الإرتفاق يقع على ملك الثاني دون تدخل الأخير، فينحصر دور مالك العقار المرتفق به دور سلمي بإلتزامه ببعض الإلتزامات المتعلقة بإستعمال حق الإرتفاق كصيانة العقار وتمهيد طريق مرور صاحب العقار المرتفق، وهذا لا يغير حق الإرتفاق كحق عيني.

كما أن القيود القانونية لحق الملكية تعتبر حدودا عامة لكل ملكية، يسعى للمالك في إستعمال حق الملكية، وفقا لما تقتضيه به القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات المتعلقة بالمصلحة العامة للمجتمع المصلحة الخاصة لصالح الأفراد"، نقض مدني مصري، 1969/08/04.

¹ حسنية حسين حسن، رسالة حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها المعاصرة، بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الحقوق، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2016، ص 147.

كما أن حقوق الإرتفاق تزيد من قيمة الأرض المرتفعة، فإذا لم يكن للأرض مثلا طريق المرور، أو

مجاري للشرب، والسقي ...، فإنها تكون قليلة القيمة، ضعيفة المنفعة.¹

وهذا فإن هناك أنواع للإرتفاق منها إرتفاق المرور، وإرتفاق المطل، وإرتفاق الشرب، وإرتفاق

المجرى، وإرتفاق المسيل، وإرتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يجاوز إرتفاعا معيناً وغيرها.

ب- حق عقاري: إذا كان حق الإرتفاق حقا عينيا ينصب مباشرة على شيء من الأشياء

العادية، فهو حق عيني عقاري، لأنه حق لا يرد إلا على العقارات فقط سواء كانت مبنية أو غير مبنية، ولا

يرد على العقارات بالتخصيص أو المنقولات، كما أنه لا يرد على العقارات بالطبيعة كالأشجار مثلا، وقد

يرد على العقارات حتى ولو كانت مملوكة ملكية عامة أي كانت من الأموال العامة، بشرط إلتزام مالك

العقار المرتفق بأن لا يتعارض حق الإرتفاق مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال.²

ويجب أن تفرض بين أنه إذا كان الحق مقررا على شخص لفائدة عقار، فإنه لا يسمى إرتفاقا

فتعهد شخص وهو مالك العقار بأن يقوم بحرثأرض مملوكة لجاره لا تعتبر إرتفاقا، فهو التعهد يعتبر

إلتزاما شخصيا ولا يكون إلا مؤقتا.³

ج- حق الإرتفاق حق تابع: كما هو معلوم أن حق الإرتفاق لا يعتبر من الحقوق القائمة

بذاتها، بل هو حق تابع للعقار المرتفق ومنفصل به بشكل لا يمكن فصله عنه، بحيث لا يمكن قيام

¹العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 476.

²عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 335.

³حسنية حسين حسن، المرجع السابق، ص 104.

الإرتفاق مستقلا بدون العقار المرتفق، ولذلك كان الإرتفاق من توابع هذا العقار¹، ويترتب على طول الإرتفاق ما يلي:

- لا يجوز التصرف في حق الإرتفاق مستقلا عن العقار، فمكتسب العقار المخدم يستفيد منه، وملتقي العقار الخادم يتحمله، دون حاجة إلى النص عليه صراحة في السند.

- لا يمكن أن يحجز على حق الإرتفاق مستقلا عن العقار المتصل به، إذ لا وجود له إلا تبعا للعقار المرتفق.

- ولما كان الإرتفاق من توابع العقار فإن كل من ينتفع بالعقار يستطيع أن يستفيد من الإرتفاق كصاحب حق الإنتفاع والمستأجر.²

وما يمكن إستخلافه، فالإرتفاق هو عبء ينقص من سلطات الملكية ويقيدها تقييدا خاصا، ويتبعه حتما في إنتقاله من مالك إلى آخر لتحمله كل مالك له³، وينبغي على كون حق الإرتفاق حقا تابعا أنه ينقضي بهلاك العقار..⁴

¹مقلاتي منى، المرجع السابق، ص 43.

²زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، الطبعة الثانية، مطبعة النور للمنشورات، دمشق، سنة 1988، ص 208.

³عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 335.

⁴محمود جمال الدين، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 633.

د- حق الإرتفاق حق دائم:

الأصل أن جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية تكون حقوقا مؤقتة، لأنها تنقص من سلطات المالك على ملكه، أما الحق المجرد فنظرا لكونه حقا تابعا، فهو يكتسب صفة الديمومة من حق الملكية لأنه ضروري للإنتفاع بالعقار المرتفق وعليه تعد صفة الدوام من طبيعة هذا الحق وليست من مستلزماته لذا يجوز أن يقترن حق الإرتفاق بأجل واقف أو ناسخ، كما ينقضي بعدم الإستعمال مدة 15 سنة، وبهذا يختلف صفة الدوام في الحق المجرد عنها في حق الملكية الذي تعتبر فيه هذه الصفة من مستلزماته الأساسية.¹

وعليه نذكر أن حق الإرتفاق حق عيني مرتبط بالعقار، وليس بشخص صاحب العقار، ومن ثم فهو لا ينتهي بوفاة صاحب العقار المرتفق، ولا صاحب العقار المرتفق به²، كما أن يتقرر لمنفعة عقار معين أيا كان مالك العقار ويكسب هذه الصفة من حق الملكية ذاته، بإعتباره حقا عينيا أصليا متفرعا عن حق الملكية، ولأنه ضروري للإنتفاع بالعقار.

حق الإرتفاق حق دائم بطبيعته، أي أنه عبء أو تكليف مفروض على العقار لا على مالكة كما أسلفنا، ولا يقبل التأقيت بأجل محدد على عكس حق الإنتفاع فهو حق مؤقت، ينتهي بإنهاء أجل المحدود، وقد ينتهي حتما بوفاة المنتفع.

¹ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005، ص 286.

² العربي بلحاج، نظرية الإرتفاق في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، سنة 1997، العدد 35.

كما أن حق الإرتفاق يسقط بعدم الإستعمال، كما أنه ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق، كما أنه يجوز لمالك العقار المنتفع أن يتخلى عنه فينتهي الحق¹، ويترتب على ذلك أن السند المنشئ لحق الإرتفاق يستوجب التسجيل².

ه- حق غير قابل للتجزئة:

يعتبر الإرتفاق سواء كان حقا أو عبئا غير قابل للتجزئة³، من حيث إنشائه أو من حيث زواله، ولأنه يتقرر لمنفعة العقار المرتفق المخدوم بأكمله مستحقا لكل أجزائه، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله، وهذا هو الأصل بأن يبقى الإرتفاق بكامله⁴.

فإذا جزئ العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه، وإذا جزء العقار المرتفق به بقي الإرتفاق مستحقا واقعيًا على كل جزء منه، غير أنه إذا كان الإرتفاق لا يقيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء، جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الإرتفاق عن الأجزاء الأخرى، أنظر المواد 876، و877 قانون مدني الجزائري.

أما إذا كان العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص فلا يجوز تقرير حق الإرتفاق عليه من غير رضا جميع الشركاء، إذ لا يستطيع أحد منهم أن يرتب إرتفاقا على هذه الحصبة الشائعة وحدها⁵.

¹ نقض مدني الفرنسي 1919/05/05، دالوز الدوري 1923، 1، 230.

² وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سنة 1982، ج 4، ص 63.

³ منصور جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 134.

⁴ المادة 876 و877 من القانون المدني الجزائري.

⁵ حسنية حسين حسن، حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 106.

أما إذا كان الإرتفاق مقررا قبل الواقعة التي ترتب عليها الشيوخ، فإن هذا الإرتفاق، لا يمكن أن ينقضي بإرادة أو بفعل أحد الشركاء أو البعض منهم إذ أنه لا يمكن أن يبقى بالنسبة لبعض الحصص، وينتهي بالنسبة للبعض.¹

وإذا جزئ العقار المرتفق به بقي الإرتفاق واقعا على كل جزء منه بالحالة التي كان عليها قبل تجزئته، فإذا كان الإرتفاق بطبيعته يستعمل على كل العقار كعدم البناء، أو عدم الارتفاع بالبناء على علو معين، لا يترتب على تجزئة العقار المرتفق به تغيير فيه، ويضل قائما على كل جزء منه، أما إذا كان الإرتفاق بطبيعته يستعمل في وضع معين من العقار المرتفق به كالمروور من طريق محدد، أو الري من مستقاة معينة، ترتب على تجزئة العقار المرتفق به زوال الإرتفاق بالنسبة للأجزاء التي يقع فيها ذلك الطريق أو هذه المسقاة، إذا كان الإرتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء، ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذه الحق عن الجزء الذي يملكه.²

وبالنتيجة، إلى جزء العقار المرتفق به، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الإرتفاق (طريق المرور) هو وحده الذي يبقى محملا بهذا الحق كالسابق دون غيره من الأجزاء.³

وقد نص القانون على خصيصة عدم قابلية الإرتفاق للتجزئة بالمواد 800 و869 و810 مدني

فرنسي.

¹ عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 338.

² محمود جلال الدين زكي، المرجع السابق، ص 327.

³ نقض مدني سوري، 1975/12/30، رقم 435، المحامون، العدد 1، 1975، ص 48.

و- حق يورث إلى الورثة الشرعيين: من المعلوم أن حق الإرتفاق حق عينياً أصلي لا يمكن وصله أو إنفصاله عن حق الملكية، ومن البديهي أنه في حالة الوفاة المالك العقار المرتفق المخدم أن ينتقل العقار بملحقاته التي منها حقوق الإرتفاق إلى الورثة وهو ما أشارت إليه المادة 868 ق.م.ج حيث نصت أنه "ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"¹، وبالتالي أن حق الإرتفاق يكتسب بالميراث.²

ومن الطبيعي جدا أن يورث حق الإرتفاق إلا تبعا للعقار، لأنه يتبع العقار ولا ينفصل عنه وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية³، فلا يجوز التصرف فيه مستقلا، وإنما ينتقل معه بالتبعية، دون الحاجة إلى التنصيص عليه في السند الناقل للملكية.

من خلال ما أوردناه من خصائص يتبين لنا أن هناك علاقة تكاملية، ذلك أن إنشاء حقوق الإرتفاق المدنية، كوسيلة لتلبية حاجيات العقارات، فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق وما ينقض في إحدى المباني يمكن تكملته من مبنى آخر، وهذا التكامل يكون على نطاق واسع بما فيه الكفاية للإدارة الصحيحة للعقارات، مع الأخذ باعتبار المصلحة العامة، ونخلص أن العلاقة التكاملية والتي تنشأ بين عقارين تتصف بدوام الملكية وإستقرارها، وهو أصل نظام حقوق الإرتفاق.⁴

¹ المادة 868، قانون المدني الجزائري.

² المحكمة العليا، ع.م 1978/06/03 ملف رقم 49799، م.ق 1990، العدد 03 ص 33.

³ نقض مدني مصري، 1949/01/13، مجموعة عمر ج5، ص 703.

⁴ Christian atias, op, cit, p 185.

الفرع الثاني: شروط قيام حق الإرتفاق وتمييزه عن ما يشابهه:

أولاً- شروط قيام حق الإرتفاق: بالرجوع إلى تعريف حق الإرتفاق وفقا بما جاء في المادة 867

من القانون الجزائري والمادة 1015 من القانون المدني الفرنسي، وكذا المادة 637 من القانون المدني

المصري يتبين أن هذه الحقوق تتكون من عدة عناصر هامة، لا غنى عنها لإرتباطها بوجود الحق، وبموجبها

يقوم حق الإرتفاق كما تعتبر عناصر قيام ووجود هذا وسنذكرها تباعا فيما يلي:

- أن يتقرر التكليف على عقار ولفائدة عقار آخر.
- ضرورة وجود عقارين مختلفين.
- أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين.
- أن يوجد إرتفاق حقيقي.
- أن لا يكون مضمون حق الإرتفاق مخالف للنظام العامة، ويفصل ذلك فيما يلي:

أ- أن يتقرر التكليف على العقار ولفائدة عقار آخر: حيث يتقرر حق عيني ينصب

على أحدهما، وهو العقار الخادم العقار (المرتفق به) خدمة للعقار الأخير وهو العقار المخدم المستفيد

أي (العقار المرتفق)، فيترتب عن نشوء حق الإرتفاق علاقة بين هذين العقارين يكون بمقتضاها تحقيق

منفعة عينية للعقار المخدم وهذا ما نصت المادة 869 من القانون المدني الجزائري¹، فالإرتفاق رابطة

متكاملة تنشئ بين عقارات مختلفة²، كما أن جوهر حق الإرتفاق هو التكليف الذي يتقرر على عقار

¹العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 479.

²Christian atias, op, cit, p 184.

لصالح عقار آخر، لا لصالح شخص، وهنا يجب التنبيه أن الحق المقرر لصالح الشخص لا يعتبر إرتفاقاً، رغم إستفادة شخص المالك من الإرتفاق المقرر على العقار المرتفق به، فالعلاقة ينشئها حق الإرتفاق لها وجهين:

1- الوجه الأول: تكليف يفرض على العقار (المرتفق به) الخادم.

هو العبء هو عبء إستثنائي يختلف عن القيود القانونية وإنما هو قيد إتفاقي تبرز أهمية في كون شخصان كل منهما يملك عقار وتنشئ علاقة بين العقارين وإبرادة الأطراف في تأسيس إرتفاق إتفاقي، بالرغم من أن الإرتفاق مقرر على العقار لا على الأشخاص ولإعتبار هذا ما يميز طبيعته العينية فمالك العقار المرتفق به (الخادم) لا يلزم أن يؤدي عملاً لصالح العقار المرتفق المخدم.

2- الوجه الثاني: تحقيق فائدة للعقار (المرتفق) المخدم: أو ما يعبر به الوجه المقابل

للعبء، أو التكليف العيني مما يجعل طبيعته واحدة، فالمنفعة تخص إستعمال وإستغلال العقار المخدم، وتقرر لفائدته، ولا علاقة لها بشخص مالكة، فهي تنتقل لكل مالك العقار¹، وبالتصرفات القانونية.

وعلى ذلك ما دام أن محل الإرتفاق لفائدة، أو لمصلحة العقار المرتفق، فإن العاقدين أحرار في تقرير حق الإرتفاق (قيد إتفاقي)، إنما تحد إرادتهم بالقيود وترتفع عنهم حرية التعاقد إذا إتفقوا على ما يخالف كيان حق الإرتفاق، ذلك الكيان الذي يرجع إلى جعل حق الإرتفاق حقا مقرر لعقار

¹ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003م، ص 306.

على عقار، وتطبيقا لهذه القواعد المتقدمة، لا يجوز الإتفاق على إلزام صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل بمثابة إرتفاق في مصلحة صاحب العقار المرتفق، ذلك لأن حق الإرتفاق بالنسبة لصالح العقار أو مالكة يعتبر حقا سلبيا.¹

ب- ضرورة وجود عقارين مختلفين: المتعارف عليه أن حقوق الإرتفاق تتقرر على عقار أو مجموعة عقارات، وكما أسلفنا أنها تنشأ أي حقوق الإرتفاق بوجود عقارين أحدهما مرتفق به أي الخادم وعقار مرتفق أي مخدوم وهذا يعتبر شروط القيام أو وجود حق الإرتفاق، ولا يمكن بأي حال من الأحوال غياب أو فقدان أحدهما وإلا أعتبر هذا الإرتفاق منعدما، وعلى هذا الأساس وجود عقارين أمر ضروري وأساسي لتقرير حق الإرتفاق، فالعقار الأول هو العقار المرتفق به وهو الخادم، أما العقار الثاني فهو عقار مخدوم أي مرتفق، إذ الإرتفاق يزيد من فائدته، وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا للشخص مالكة، إذافي ترتبط وتزيد من قيمته وتنتقل معه مهما كان المالك²، كما العقار المرتفق به أو ما يعرف بالعقار الخادم وهو الذي يتحمل العبء يعني الطرف السلبي، وينتقل حق الإرتفاق مع العقار إلى أي مالك لأنه مقرر على عقار، إلا أنه يحد من سلطات المالك على العقار بمنفعه من القيام بأعمال معينة كعدم البناء إلا على مسافة معينة، أو كعدم الإرتفاع بالبناء إلا لعلو معين، فالإرتفاق يضع قيودا سلبية على مالك العقار المرتفق به في إستعماله للعقار، وليفرض عليه إلا إلزاما سلبيا يتمثل في عدم قيامه بعمل معين.³

¹ عبد السلام ذهبي، المرجع السابق، ص 216.

² محسن شفيق شحاتة، في الأموال القسم الأول، النظريات العامة للحق العيني، المطبعة العالمية بالقاهرة، سنة 1951، ص 219.

³ عبدالرزاق السهوري، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الثاني، تنقيح المستشار، مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، سنة 1992، ص 172.

ج- إختلاف الملاك أو أن يكون العقارات مملوكين لشخصين مختلفين.

لا يقوم حق الإرتفاق إلا إذا كان العقاران المرتفق والمرتفق به أو الخادم والمخدوم مملوكين مختلفين¹، لأن المالك لا يكون حق إرتفاق على شيء مملوك له ولا يمكن أن يوجد إرتفاق بين عقارين مملوكين لنفس الشخص، لأن الاصل في هذا أن المالك له الحق أن يحدث على ملكه ما يشاء من الإرتفاقات بحكم أن يملك أصلا إستعمال حق الملكية².

ويجوز أن يكون لأحد الملاك على الشيوع حق إرتفاق على العقار الشائع لمصلحة عقار آخر مملوك له على وجه الإستغلال، كما يجوز أن يحدث العكس بأن يكون للعقار الشائع حق إرتفاق على عقار مملوك لأحد الشركاء ملكا خاصا³.

د- أن يوجد إرتفاق (حقيقي): الأصل أنحق الإرتفاق هو إعتداء أو تكليف مقبول من العقار المرتفق على العقار المرتفق به، ينتج عنه نقص في حقوق مالك العقار المرتفق به، والذي يتحمل فعل الغير، ويتقرر بإتفاق ذوي الشأن، ذلك أنه يجوز للمالك الإرتفاق مع جاره على تقييد ملكيته بحق من حقوق الإرتفاق في غير الحالات التي يفرضها القانون، هذا الحق وحينئذ يكون هذا القيد ناشئا عن الاتفاق، لا عن القانون، وبناء على هذا الشأن يجب أن لا تعتبر حقوق إرتفاق الإلتزامات المقررة في القانون بين الملاك المتجاورين فيما يتعلق بالبطلان أو الغراس فإن هذه الإلتزامات لها صفة التبادلية لا تتفق مع حق الإرتفاق، إذ الغرض منها ليس تحديد حقوق مالك العقار، وإنما تقرير كيفية

¹Nadege reboul, moupin, droit des biens 2eme edition, dalloz, n 553, p 331.

²العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 186.

³عبد المنعم البدر، الحقوق العينية الأصلية في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية بيروت، سنة 1978، ص 397.

الإنتفاع بالأماكن المجاورة، فليس القصد منها منح المالك إتيان بعض الأعمال على عقار الجار، وإنما الغرض منها أن يبقى كل مالك في ملكه، ولا يتعدى على أرض الجار.¹

وهذا يعني أن الإرتفاق يمثل عبء حقيقي أو تكليف على العقار المقرر عليه الإرتفاق يخرج به عن التنظيم المألوف، ويمثل خروجاً على حق الملكية، كما أنه خاص ببعض الملكيات، وليس عاماً في جميعها مثل القيود القانونية.²

هـ- أن لا يكون حق الإرتفاق مخالفاً للنظام العام: الأصل في القيود الإتفاقية هي إتفاق

يتقرر بتراضي الأطراف والأفراد، وهي قيود إرتفاق إتفاقية، لكن تخضع لقيود قانونية، وبصفة عامة فإن حقوق الإرتفاق التي تنشأ بعمل الإنسان لا يجوز أن يترتب عن الإلتزام الخاص بالإرتفاق ما يتعارض مع المصلحة العامة أو يخالف النظام العام.

وهذا الشرط يتفق مع القواعد العامة والمصالح العامة في أي قيد أو شرط لأي تصرف قانوني أو إلزام لا يكون مخالفاً للنظام العام، فإنه يشترط لقيام حق الإرتفاق أن يكون التكليف الذي يتضمنه الإرتفاق مشروعاً، سواء كان التكليف إيجابياً كقيام المالك للعقار المرتفق بعمل معين، أو سلبياً بإمتناعه حق القيام بعمل معين، فإن العمل والإمتناع عن العمل يجب أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الأداب العامة، ويرى الفقهاء إنه من النادر إيجاد تطبيق عملي لحق إرتفاق غير مشروع، وإذا وجد يكون باطلاً.³

¹ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 386.

² إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 70.

³ محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط3، سنة 1997، ص 413.

ثانيا- نميز حق الإرتفاق عن ما يشابهه من الأنظمة:

قد يختلط حق الإرتفاق بإعتباره حقا عينيا ببعض المفاهيم القانونية المتشابهة، وخصوصا تلك الواردة على العقار، لذا سنتناول في هذا العنصر أهم الفروقات بين حق الإرتفاق وحق الإنتفاع ثم حق الإرتفاق الشخصي وأخيرا بين حق الإرتفاق وحق الحكر.

أ- التمييز بين حق الإرتفاق وحق الإنتفاع:

يعتبر كل من حق الإرتفاق وحق الإنتفاع من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كأصل عام لكن يضل عامل التفرقة بينهما قائما وبارزا من خلال النقاط التالية:

- من حيث المستفيد: حق الإرتفاق يقرر لمنفعة عقار معين، أما حق الإنتفاع يتقرر لفائدة شخص.

- من حيث الديمومة: حق الإرتفاق حق دائم بطبيعته، في حين أن حق الإنتفاع حق مؤقت ينتهي

حتما بوفاة المنتفع وهذا ما نصت عليه المادة (852 ق.م.ج).¹

- من حيث التبعية: حق الإرتفاق حق تابع لا يجوز رهنه ولا حجزه مستقلا عن العقار

المرتفق، في حين أن حق الإنتفاع هو حق أصلي يجوز التصرف به مستقلا عن ملكية الرقبة.

¹ وهيبه بن ناصر، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب، 2000، 2001، ص 18.

- من حيث الوعاء: حق الإرتفاق يكون إلا على عقار، بينما حق الإنتفاع يمكن أن يكون على عقار، كما يمكن أن يكون على منقول.

- من حيث المضمون: مضمون حق الإرتفاق هو أضيق من مضمون حق الإنتفاع، فهذا الأخير يتناول إستعمال الشيء المنتفع به وإستغلاله، في حين أن مضمون حق الإرتفاق ينحصر في إستعمال العقار المرتفق به على الوجه المحدد في سند إنشائه.

ب- تمييز حق الإرتفاق عن الحق الشخصي:

الحق العيني كما هو معلوم هو الذي الحق الذي يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء معين بالذات، فتوجد بذلك علاقة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق، فيمكن للشخص أن يستعمل الشيء إستعمالا مباشرا سواء قانونيا أو ماديا، ولا يهم من يكون بيده هذا الشيء محل الحق.

أما الحق الشخصي أو الإلتزام الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين نحو شخص آخر وهو الدائن بأداء دين معين، وهذا الأداء يكون إما القيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، أو منح شيء، وإعتبار أن كل من الحق العيني الحق الشخصي يختلفان في المحل، فالحق العيني محله شيء معين بالذات، أما الحق الشخصي فمحله أداء خدمة أو عمل وهو واقع على عاتق شخص، فالإختلاف موجود بين حق الإرتفاق وحق الإنتفاع أنحق الإرتفاق يتحدد علاقته بالشيء، أما الحق الإنتفاع يتحدد علاقته بالشخص.

يقول الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة أنه حاول بعض الفقهاء التقريب بين هذين الحقين، وهدم هاته التفرقة، إلا أن التفرقة ما زالت قائمة حتى اليوم، ولا يمكن التسليم بزوالها، ويجب حسب غالبية الفقهاء الإرتقاء عليها التفرقة بين كل من الحق العيني والحق الشخصي، وما يترتب عليها من نتائج.¹

وما يؤدي الكلام السابق أن هذه التفرقة هي نتيجة حتمية للتفرقة الأساسية بين الحق العيني والحق الشخصي، ولا يمنع أن يتفق أحد الجيران مع جاره على أن يعمل هذا الجار حقل الآخر وقتا معينا، أو يورد له بعض منتجاته، ولكن مثل هذا الإرتفاق لا ينشأ إرتفاقا، ولا يترتب حقا عينيا، وإنما هو ينشأ فقط إلتزام شخصي.

كما أنه هناك فرق آخر جوهري في حد ذاته هو أنه يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يخلص عقاره من الإرتفاق المقرر عليه بالتخلي عنه لمالك العقار المرتفق، أما الإلتزام الشخصي فلا يجوز التخلي عليه، إنما ينقضي هذا الإلتزام بتقديم المدين عين الأداء الذي ألزم به، وقد يكون التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.²

¹ عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الإلتزام العيني بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ص 472.

² معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء 2، سنة 1978، ص 1873.

والفيصل فيما إذا كان الوضع الذي أنشأه المالك، قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه الدوام، هو مما يستغل به قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك.¹

وما يمكن إستخلاصه على أنه إذا كان التكليف مقرر على العقار فهو حق إرتفاق إما إذا كان التكليف مقرر لصالح شخص معين فنحن بصدد إلزام شخصي.

ج- التمييز بين حق الإرتفاق وحق الحكر:

الحكر هو أحد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، إستمدته المشرع المصري من الشريعة الإسلامية، ويرد على أرض موقوفة، ويتقرر موجبه لصاحب حق الحكر الإنتفاع بها، وإقامة ببناء، أو غرس عليها مع تملك المباني، أو الغرس مقابل أجر المثل.²

وقد شرع حق الحكر أساسا بهدف تعميم أرض التي ضربت، ولم يعد ريعها كافيا لإصلاحها، أو تعميمها، وهذه أهم الفروق التي يمكن حصرها بين حق الإرتفاق وحق الحكر.

- يجوز لصاحب الحكر التنازل عنه أو رهنه.

- بموجب حق الحكر يتملك صاحب الحق ما يستحدث على الأرض من مبان، وغرس، وله أن

يتصرف فيها مقترنة بحق الحكر.

¹السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، ص 1449.

²السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، ص 1449.

-لا ينتهي حق الحكر بزوال البناء أو الغرس قبل إنتهاء مدة الحق.

و غاية هذا كله أن هذه الحقوق تتفق مع حق الإرتفاق في أن جميعها حقوق عينية، ولكن توجد نفس الفروق التي توجد بين حق الإرتفاق وحق الإنتفاع، غير أن حق الإستعمال والسكنة لا يجوز النزول عنهما للغير، ولا رهنهما ولا حجزهما.¹

الفرع الثالث: تقسيمات حق الإرتفاق والحكمة من تقريره في القانون المدني:

أوردت مجمل التشريعات المقارنة في القانون المدني الخاص ثلاث أنواع لحقوق الإرتفاق وهي

كالتالي

أولا- الإرتفاقات الناشئة حسب الموقع الطبيعي: مثال إرتفاق مجرى المياه عبر الأنهار، والري، والحدود، والأفنية وهذا النوع نادرا، ولم تنص عليه القوانين المقرره لحق الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية، بإستثناء حق إرتفاق المسيل، وحسب فعل المشرع الجزائري، أن دمج هذه الإرتفاقات مع الإرتفاقات المفروضة بالقانون دون الإلتفاف إلى نوعها أو طبيعتها، وقد يمكن من حصرها، لأن كل الإرتفاق ذكرت على سبيل الحصر في القانون المدني، ونشأ هذه كنتيجة طبيعية لموقع العقار، وتمثل فقط في حق المسيل مياه الأمطار المقررة للأراضي العالية على الأراضي المنخفضة، وهذا النوع لم تنص عليه التقنين المدني الجزائري أو المصري، ولكن القانون الفرنسي نص عليها في المواد 640 و648 تحت مسمى إرتفاق الموقع الطبيعي فالمادة 640، "الإرتفاقات الطبيعية والناشئة، طبقا للموقع الطبيعي للمكان

¹ محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، الجزء3، ص 399.

تستعمل بدون عمل الإنسان ولا يلزم العقار المرتفق بأي تعويض نقدي، ولا تحتاج إلى تسجيل في السجل العقاري".¹

وهذه الإتفاقات بالمرافق الخاصة الناشئة عن قوانين وأنظمة محددة نستفيد منها الأفراد.²

ولكن يجب التنبيه أن إستعمال حقوق الإرتفاق، مهما كان منشؤها، وفقا للأوضاع الطبيعية لا تترتب عليه إلتزامات على صاحب الحق (مالك العقار المخدم)، أما إذا جرى إستعماله بما يعد زيادة على الوضع الطبيعي، ونتج عن ذلك بعض الأضرار التي أصابت مالك العقار الخادم، فإن مالك العقار المخدم يلزم التعويض صاحب العقار الخادم عما أصابه من ضرر.³

ثانيا- حقوق الإرتفاق القانونية:

تناولت التقنيات المقارنة حقوق الإرتفاق القانونية في القانون المدني على غرار القانون الجزائري تأسيا بالقانون المصري والفرنسي وهي قيود ترد على حق الملكية، ويرى الدكتور محمد كامل مرسي أن حقوق الإرتفاق القانونية والطبيعية ليست حقوق إرتفاق حقيقية، وإنما يعتبران قيود قانونية، لأنها لم تخرج عن القانون العام للملكية العقارية.

¹ حسنية حسين حسن، المرجع السابق، ص 110.

² الأعمال التحضيرية ج6، ص 134، عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع نفسه، ص 319.

³ حسنية حسين حسن، المرجع السابق، ص 110.

وحقوق الإرتفاق القانونية هي الإلتزامات المفروضة قانوناً¹، وتنشأ بحكم القانون سواء أكان محلها منفعة عامة كتسهيل إعداد المسالك، المنشآت العامة، أو منفعة خاصة كسييل مياه الأمطار في الطريق العمومي، مع مراعاة الأنظمة الخاصة المتعلقة بالطرق، وذلك الحقوق لا تحتاج إلى تسجيل في تسجيل العقاري، وتأصيلها في القانون الفرنسي حيث تنص المادة 649 منه "الإرتفاقات المقررة بالقانون تكون للمصلحة العامة والمصلحة الخاصة"².

يقول الدكتور محمد كامل مرسي أن الإرتفاقات المترتبة بالقانون تهدف للمصلحة العامة والجماعية، أو المصلحة الخاصة، ولا يجوز تعديل حقوق الإرتفاق الطبيعية، أو القانونية سواء بالإرتفاق، أو بمضي المدة، إذا كانت متعلقة بالنظام العام ومقررة للمصلحة الخاصة كالحقوق الإرتفاق المترتبة على شواطئ الأنهار لمصلحة الملاحة، أما إذا كانت مقررة للمصلحة الخاصة فيجوز تعديلها، والإرتفاقات القانونية نوعين عامة وخاصة.

- الإرتفاقات العامة: مثل جواز بيع الأراضي المجاورة للسكك الحديدية، في منطقة معينة، ومحل دراسة هذه الإرتفاقات القانون الإداري.

- الإرتفاقات الخاصة: وهي الإرتفاقات المقررة للمصلحة الخاصة وتتمثل في

- الإرتفاق بمحل المرور سبب الإنحصار.

- إرتفاق المطل.

¹ محمد كامل مرسي، الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام، الطبعة الثانية، سنة 1951، ص 242.

² محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية، ج3، الطبعة الثالثة، مطبعة الرغائب عام 1934، ص 244.

- إرتفاق قص النباتات.

- إرتفاقات خاصة بالمجري المائية.

ثالثا- حقوق الإرتفاق الإتفاقيه:

ينص القانون المدني الفرنسي في المواد من 686 إلى 710 على حقوق الإرتفاق الإتفاقيه "نص المادة 686 على أنه تقرر هذه الإتفاقات بإرادة الإنسان، وتعتبر دون غيرها إرتفاقات حقيقية¹، ولا تقع على حصر، إذ لا يجد من إنشائها إلا إعتبارات النظام العام، فهي تخرج عن التنظيم العام لحق الملكية وتعتبر إستثناء لهذا الحق، بمعنى أنه يجوز لأصحاب أن يرتبوا على أملاكهم، أو لمصلحة أملاكهم ما يشاؤون من حقوق الإرتفاق، بشرط أن لا تكون تلك مفروضة على شخص أو لمصلحة الشخص، بل تكون لعقار على عقار، وبشرط أن لا يكون في إيجاد تلك الخدمات مخالفة النظام العام.

وهي قيود إستثنائية تقرر بالإتفاق بين الأفراد على عقار لمصلحة عقار، فهي تنشأ بفعل الأفراد لمعالجة مصالح خاصة بعقار معين، ومن ثم تمثل وضعاً خاصاً بفعل الأشخاص لا يتناول إلا ملكية معينة، ومثلها حقوق الإرتفاق بعدم تجاوز حد معين في الإرتفاع بالبناء، أو عدم البناء إلا على مساحة معينة، أو حق الإتفاق بالرؤية، حيث يلتزم بترك مسافة معينة بينه وبين جاره عندما يبني في أرضه.²

وهذه الحقوق المقررة بإرادة الإنسان تكتسب بالتصرف القانوني، وبتخصيص المالك الأصلي، كما تكتسب عن طريق التقادم، وهذه تحتاج في ثبوتها تجاه الآخرين إلى تسجيل في سجل العقاري.

¹ عبد السلام ذهني، في الأموال، المطبعة الإعتماد بتاريخ حسن الأكبر، سنة 1926، ص 421.

² بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 482.

كما أنه يجب شهر حق الإرتفاق الإتفاقي حتى ينشئ الحق فيه طبقا لما جاءت به المادة 9 من قانون 1946/114 والتي تنص على أن "جميع التصرفات التي من شأنها (إنشاء) حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تقريره، أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق (التسجيل)، ويدخل في هذه التصرفات الوقف، والوصية، ويترتب على عدم التسجيل عدم ترتيب أي أثر وهذا ما عملت به القوانين الجزائرية الأمر 75/74 والمرسوم التنفيذي 63/76، حيث أوجب شهر كل التصرفات والقيود والحجوز والرغبة في الشفعة وغيرها ليعلم بها الكافة، ولعل حق الإرتفاق أولى بذلك في تسجيله في السجل العقاري ...

وتنقسم حقوق الإرتفاق الإرادية والإتفاقية أو كما أطلق عليها القانون الفرنسي الإرتفاقات التي تنشأ بفعل الإنسان، وقد أشارت المجموعة المدنية المصرية إلى هذا التقسيم في المادة 1016 إلى أن حقوق الإرتفاق الظاهرة وحدها تكسب بالتقادم، كما قررت المادة 1017 أن هذه الإرتفاقات هي وحدها التي يصح أن ترتب بتخصيص المالك الأصلي¹، ويمكن أن تنقسم هذه القيود الإرتفاقية الإتفاقية حسب ما يلي

- من حيث صفتها إلى حقوق الإرتفاق المستمرة وغير المستمرة.
- من حيث طبيعتها إلى حقوق إرتفاق ظاهرة وغير ظاهرة.
- من حيث السلب والإيجاب إلى حقوق إرتفاق سلبية وحقوق إرتفاق إيجابية.

وسنبين فيما يلي أنواع هذه الحقوق تفصيلا كالآتي:

¹د/ عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، وأسباب كسبها، الطبعة الثالثة 1928، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص 328.

أ- الإرتفاقات المستمرة وغير المستمرة:

هذا التقسيم أقره التقنين الفرنسي طبقاً لنص المادة 677 بالنسبة لصفحتها إلى مستمرة وغير

مستمرة، بمعنى أن حقوق الإرتفاق إما أن تكون مستمرة أو غير مستمرة.

1- حقوق الإرتفاق المستمرة:

وهي تلك الحقوق التي يستعملها مالك العقار المرتفقاً مستعمالاً متواصلاً من غير حاجة لعمل

متجدد لإستعماله، أو تدخل حالي من فعل الإنسان مثل ذلك الإرتفاق مجاري المياه، والمطلات، والإرتفاق

بعدم تجاوز البناء إرتفاع معين، وبعدم تعليه البناء إلى أزيد من حد معين أو حجب الرؤية.

وفي الإرتفاقات المستمرة ما نحتاج في إستعماله إلى فعل الإنسان، في بداية إنشائه، إلا أنه متى

تمت بفعل الإنسان يمكن حق الإرتفاق، وبصورة أوضح فهي التي تعمل بصورة آلية.

2- حقوق الإرتفاق غير المستمرة:

وهو ما يلزم لإستعماله التدخل الحالي لفعل الإنسان، بأعمال متوالية ومتجددة من جانب

مالك العقار المرتفق، مثل ذلك الإرتفاق بالمرور، والإرتفاق بإعتراف المياه والإرتفاق بإستخراج

الأحجار، والإرتفاق بالرعي للمواشي وغيرها.

كما أن حقوق الإرتفاق غير المستمرة هي التي يلزم للإنتفاع بها فعل الإنسان الحالي، كحقوق المرور وغيرها مما ذكرنا سالفًا، وعلى ذلك فإن أساس التمييز بين الإرتفاقات المستمرة والإرتفاقات غير المستمرة ليست في إستمرار الحق بالمعنى اللفظي، وإنما في ضرورة تدخل الإنسان لإستعمال الإرتفاق.¹

والغاية من التقسيم وفائدته تنصع في أن الإرتفاق المستمر وحده هو الذي يمكنه كسبه بالتقادم، على عكس الإرتفاق غير المستمر، بالرغم أن القانون المصري هذا المبدأ بإقراره كسب الإرتفاق غير المستمر بالتقادم ما دام ظاهرًا.

ومن ناحية أخرى لأهمية التقسيم هو أن سقوط الإرتفاق بعدم الإستعمال لمدة محددة (حسب القوانين مثلًا القانون يشترط 15 سنة، والقانون الجزائري بـ10 سنوات حسب 879 من القانون المدني الجزائري)، يختلف في حالة الإرتفاق غير المستمر عنه في الإرتفاق المستمر فمدة الإستعمال تبدأ من اليوم الذي يمنع فيه صاحبه من إستعماله بعمل مضاد يقوم به صاحب العقار المرتفق به هذا بالنسبة للإرتفاق المستمر، أما الإرتفاق غير المستمر نبدأ السريان من آخر وقت قام فيه صاحبه بإستعمال العقار.²

ب- من حيث طبيعتها: بالنظر إلى طبيعة الإرتفاق يمكن تقسيمه إلى إرتفاقات ظاهرة وغير

ظاهرة

¹السهوري، المرجع السابق، ص 1742.

²حسنية حسين حسن، المرجع السابق، ص 117.

1-الإرتفاقات الظاهرة:

حق الإرتفاق الظاهر هو الذي يتوفر فيه شرط الإعلان الظاهر والذي يتطلبه وضع اليد (الحيازة) والتي عبر عنها التقنين المصري بأنها إرتفاقات تنشئ عن وجود أعمال خارجية، أو نافذة، أو مجرى، بمعنى أن الإرتفاق الظاهر يكون ظاهرا إذا دلت عليه أعمال مادية ظاهرة في الخارج.¹

2- الإرتفاقات غير الظاهرة:

وهي الإرتفاقات فهي لا يكون لها مظهر مادي خارجية يدل على وجودها، كعدم البناء أو التعلية في البناء عن إرتفاع معين، وهو ما نجده بوجه عام في الحقوق الإرتفاقية السلبية، فالإرتفاق بالمطل مثلا، ونحو ذلك من العلامات المادية الخارجية التي تدل عليه²، ويترتب على هذا التقسيم بين الإرتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة ما يلي:

- التقادم: فحقوق الإرتفاق الظاهرة هي وحدها يمكن كسبها بالتقادم دون غير من الإرتفاقات

غير الظاهرة وهذا عملا بالمادة 869 ف.م.ج وهذا ما قرره المحكمة العليا.³

- تخصيص المالك الأصلي: فحقوق الإرتفاق الظاهرة هي التي تترتب بتخصيص المالك الأصلي

وذلك على خلاف الإرتفاقات غير الظاهرة وحسب المادة 1017 (ق.م.ج).

¹عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 343.

²الغربي بلحاج، المرجع السابق، ص 484.

³المحكمة العليا غ.ع 2007/11/14 ملف رقم 423451 المجلة 2007، عدد 02، ص 411.

ج- من حيث السلب والإيجاب:

بالنظر إلى مضمون حق الإرتفاق، تنقسم أيضا إلى الإرتفاقات الإيجابية والإرتفاقات السلبية وهي

1- الإرتفاقات الإيجابية: وهي التي تخول صاحب العقار المرتفق سلطة القيام ببعض الأعمال

الإيجابية على العقار المرتفق به (الخادم)، وهو يلزم صاحب العقار الخادم بتحمل هذه الأعمال، ومثاله

حق المرور، وحق رعي المواشي، وإستخراج الأحجار، وسيل مياه الأمطار، وإلقاء القمامة، ووضع عوارض

خشبية على الحائط فاصل بإختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق.¹

2- الإرتفاقات السلبية:

وهي التي تلزم صاحبها العقار المرتفق به الإلتفاف عن عمل معين هو الأصل من الأعمال

التي تخولها إياه الملكية، ومثاله الإرتفاق بعدم البناء، أو بعدم التعلية²، والرؤية، فالإرتفاق بعدم البناء

مضمونة أن يمتنع مالك العقار المرتفق به من عمل على البناء على أرضه، فهو إرتفاق سلبي، لأنه لا يخول

لمالك العقار المرتفق به من عمل على العقار المرتفق به، مثال الإرتفاقات السلبية التي يمتنع بمقتضاها

صاحب العقار الخادم من مباشرة بعض الحقوق التي يخولها له حق الملكية بالإرتفاق القاضي بعدم

البناء في الأرض المحيطة بالمطارات، والإرتفاق بعدم البناء أو التعلية في حقوق إرتفاق الطاقة

الشمسية، ويبدو من الواضح جدا أهمية التفرقة بين هذين النوعين من الإرتفاقات من خلال ما يلي:

¹ محمد لبيب نشب، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 408.

² Phillipe malaurie, laurent, aymes, droit civil, les biens 4 eme edition année 2010, p333

سقوط حق الإرتفاق بعدم الإستعمال مدة معينة فالإرتفاقات الإيجابية تحسب هذه المدة من آخر عمل من عمل الإستعمال قام بها صاحب العقار المرتفق، عكس الإرتفاقات السلبية لا تحسب مدة عدم الإستعمال في الإرتفاقات السلبية إلا من اليوم الذي يقوم فيه مالك العقار المرتفق من الأعمال المناهضة لحق الإرتفاق المقرر على عقاره.¹

كل حقوق الإرتفاق السلبية تكون ظاهرة ومستمرة²، لأن هذا النوع من الإرتفاقات يستلزم لإستعماله تدخلا مستمرا من صاحب العقار المرتفق بعمل من أعمال إستعمال الإرتفاق.

رابعا- الحكمة من تقرير حق الإرتفاق في القانون المدني وإعتبره قييدا إتفاقيا محضا:

يعتبر حق الإرتفاق هو أحد الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية العقارية الخاصة والتي تساعد على إستغلال هذه الملكية العقارية المبنية وغير المبنية والزراعية لخدمة ولمصلحة المجتمع، وقد نصت التشريعات حول هذا الحق بإعتبره أن يمكن لترسيخ التعاون بين العقارات بعضها بعض للنهوض الإقتصادي بالمجتمع، كما أن القانون هو المصدر الذي به يتقرر هذا الحق وجميع الحقوق الأخرى، مراعيًا بذلك مصلحة جميع الملكيات العقارية للقيام بوظيفتها الإجتماعية وقيامها بدور فعال لتحسين وتثمينه في المجتمع.

¹ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 408.

² محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 410.

يقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي "وهي تمثل أحد الوسائل العامة لإستغلال وترويج الملكيات العقارية، فيما خصصت له، ومساعدتها على تحقيق الأغراض، والأهداف المنوط بها لأن حق الإرتفاق يساعد العقارات على أداء وظيفتها العقارية.¹

ويقول الدكتور عبدالسلام ذهني الأصل أنحق الإرتفاق هو إعتداد مشروع ومقبول من العقار المرتفق على العقار المرتفق به، ينتج عنه ضرر مألوف يعوض عنه صاحب العقار المرتفق به، يتقرر بإتفاق ذوي الشأن، ذلك أنه يجوز للمالك الإرتفاق مع جاره على تقييد ملكيته بحق من حقوق الإرتفاق مثلا عبر الحالات التي يعرض فيها القانون هذا الحق وحينئذ يكون هذا القيد ناشئا عن الإرتفاق لا عن القانون.²

يقول الدكتور أحمد سلامة يعتبر النص القانوني على حقوق الإرتفاق هو الأصل في مشروعيتها، فلولا تلك الحقوق لتعطلت هذه الملكيات عن أداء دورها الفعال في المجتمع.³

ويعد حق الإرتفاق من الحقوق العينية العقارية التي تمنح صاحبها الحق في إستعمال العقار وإستغلاله بطريقة كاملة أو ناقصة، وهو مستقل قائم بذاته لا يستند على وجود حق آخر يتبعه ويمكن دراسة هذا العنصر من خلال (حق الإرتفاق هو قيد إتفاقي محض وكذا خضوع هذه حقوق للقواعد المقررة في القانون المدني).

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال، المرجع السابق، ص 69.

² عبد السلام ذهني، في الأموال، المطبعة الإعتداد، 1926، ص 408.

³ أحمد سلامة، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 249.

أ- إعتبار حق الإرتفاق قيذا إتفاقية محضا:

هناك قيود قانونية ترد على حق الملكية العقارية ينطبق عليها مفهوم حق الإرتفاق مثل القيود الخاصة بالإنتفاع بالمياه، والمجرى، والقيود الخاصة، بالمسافة التي يجب مراعاتها في المطلات على ملك الجار، فهذه القيود تتفق مع حقوق الإرتفاق في أن كل منهما يتضمن الحد من منفعة عقار، إلا أن هناك إختلاف بينهما في أن القيود القانونية مفروضة من الشارع ليحدد بها الوضع العادي، والتنظيم المألوف لحق الملكية، بينما يمثل حق الإرتفاق الخروج بحق الملكية من التنظيم المألوف على هذا الوضع العادي، وبالتالي يشكل عبئا إستثنائيا¹، كما يتقرر وينشأ بفعل الأفراد وإرادة وإتفاق الأطراف بإحداث هذا الإرتفاق على عقار معين لفائدة عقار آخر.²

كما أن القيود القانونية هذه تتقرر للمصلحة الخاصة كما تتقرر للمصلحة العامة، وذلك على عكس القيود الإرتفاقية تتقرر للمصلحة الخاصة، لأن الأفراد لهم الحرية التامة لإنشائها وفقا لمتطلباتهم وحسب إحتياجاتهم.

ولهذا تقرر هذه الحقوق في القانون المدني الجزائري على أساس تقييد حق الملكية قانونية ولكن الأصل فيها هو إتفاقا لأفراد والأشخاص وفق مقتضيات التنفيذ للمصلحة الخاصة المراد تحقيقها، وعليه نص المشرع الجزائري "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، المادة 674 ق.م.ج كما نص على حق الإرتفاق في المادة 867 إلى 881.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1982، ص 244.

² إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 72.

ب- خضوع الإرتفاق للقواعد المقررة في القانون المدني:

إن دور الإرادة في إنشاء الإلتزام، يكون هو ذاته في إنشاء الحقوق العينية، كما أن القاعدة القانونية أو الشرعية هما مصدر الإلتزام العيني، ويتعلل دور الإرادة في إنشاء حق عيني، أو تعديله، أو إلغاؤه، يكون لها في ذات الوقت أن تنشئ إلتزاما عينيا، أو تعديله، أو تلقيه، دور الإرادة بتجدد على ضوء نصوص قانونية ولا يمكن بأي حال أن تتجاوز هذه الحرية التعاقدية.

وبناء على ذلك يمكن للأفراد أن يقرروا بإتفاقاتهم ما يترأى لهم من حقوق إرتفاق فيمكنهم تعديل أحكام الإرتفاق المقررة بنص القانون، كما يمكنهم إنشاء حقوق إرتفاق جديدة خلاف الإرتفاقات القانونية، ويصح تقرير حق الإرتفاق الإتفاقي بالوصية وهي تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يرد على حرية الأفراد في إنشاء حقوق الإرتفاق سوى تلك الحدود التي تقييد الإرادة بوجد عام وهي حدود النظام العام.

كما أن القانون الفرنسي أعطى لإرادة الأفراد حرية إنشاء حقوق إرتفاق جديدة حيث جاءت المادة 686 مدني بالنص على أنه "يجوز لأرباب الأملاك أن يرتبوا على أملاكهم أو لمصلحة أملاكهم ما يشاؤون من حقوق الإرتفاق، شرط أن لا تكون الخدمات المرئية مفروضة على الشخص، أو لمصلحة الشخص، بل تكون على عقار ولمصلحة عقار، وبشرط ألا يكون في إيجاد هذه الخدمات ما يخل بالنظام العام، وينظم إستعمال حقوق الإرتفاق ومداهما السند الذي ينشؤها، وعند عدم وجوده تنظم على أساس القواعد العامة".

المطلب الثاني: مصادر كسب حق الإرتفاق ونماذج بعض الإرتفاقات الإتفاقية:

مما لا يدع مجالاً للشك بأن مصادر الحق هي الأسباب التي تنشئه، والغالب هو أن القانون عندما يرتب حقوقاً فإنه في المقابل يرتب إلتزامات وواجبات على البعض الآخر وإجمالاً فإن حقوق الإرتفاق تكسب بالتصرفات القانونية، وبتخصيص المالك الأصلي والتقادم المكسب، كما أن حق الإرتفاق له عدة نماذج أهمها حقوق الإرتفاق الإتفاقية الطاقوية، وكذا بعض النماذج الأخرى، وسنتناولها تباعاً في هذا النوع.

الفرع الأول: أسباب كسب حق الإرتفاق:

لا يتصور أن ينتقل حق الإرتفاق إستغلالاً من شخص إلى آخر، وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار (المخدوم) المرتفق، وتبعاً له، لأنه حق تابع ومرتبط بالعقار، ذلك أن كسب حق الإرتفاق إنتقالاً يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق، وهذا يتضح جلياً في حالة كسب حق الملكية عن طريق التصرف القانوني والعقد، وبتخصيص المالك الأصلي، وقد ينشئ حق الإرتفاق بالطريقة المباشرة، أو بتقرير المالك إرتفاقاً على عقاره، أو بالطريقة غير المباشرة، بأن يتخلى مالك عقارين عن أحدهما، ويحتفظ المالك بحق إرتفاق على العقار الذي تخلى عن ملكيته، لمنفعة العقار الذي إستفاد في ملكه¹، وسنتناول في هذه الفقرة أسباب كسب حق الإرتفاق المذكورة أنفاً كما يلي:

¹ سعيد أمجد الزهاوي، المرجع السابق، ص 807.

أولاً- التصرف القانوني: التصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء، أم نقل، أم تعديل، أم إنهاء حق من الحقوق التصرفات القانونية إما أن تكون من جانب واحد مثل الوصية، أو من جانبيين مثل البيع¹، كما يعتبر الإرادة هي القوام الذي يبني عليه التصرف القانوني، وقد ألزم التشريع الوضعي توافر شروط في الإرادة بإعتبارها أساس التصرف القانوني وهي:

- أن يعبر عنها في العالم الخارجي وهو إما بتعبير سريع أو ضمني.

- أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية.

- أن يكون الباعث للإرادة مشروعاً.

- أن تكون الإرادة خالية من العيوب.

والتصرف القانوني الذي يكسب بمقتضاه حق الإرتفاق يعتبر تصرفاً منشأً للحق إبتداءً وليس ناقلاً له من شخص إلى آخر، ويشمل بهذا المفهوم العقد، والوصية، والإذن من مالك العقار المرتفق به، كأن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقار لمنفعة العقار الآخر.²

وقد أوضحت المادة 868 من القانون المدني الجزائري على أنه "ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع

الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي، أو بالميراث ... " كم أنه يكسب بالتقادم.

¹ سعيد أمجد الزهاوي، المرجع السابق، ص 07.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 486.

فالتصرف القانوني هو الذي يحدد مضمون الإرتفاق وحدوده وطريقة ممارسته، وفقا لما إشتهره مالكي العقارين المرتفق والمرتفق به في الإرتفاق المبرم بينهما، مع مراعاة النصوص القانونية التي تنظم حق الإرتفاق، كما أنه يجب أن لا يكون التصرف القانوني الذي يقرر حق الإرتفاق مخالف للنظام العام أو الأداب العامة الحميدة، وأن لا يتعارض مع مالك الغير على هذا العقار من حقوق.¹

كما يصح تقرير حق الإرتفاق بالإذن بدون مقابل، كما يجوز لمن أذن في إستخدام حق إرتفاق على عقار مملوك أن يرجع في إذنه متى شاء.²

كما يلزم لانشاء حقوق الإرتفاق بالتصرف القانوني، ضرورة مراعاة الإجراءات الشكلية المقررة في القانون المدني وقانون إجراءات الشهر (المرسوم التنفيذي 63/76 المذكور سلفا) المتعلقة بتأسيس السجل العقاري، مع مراعاة المواد 324 و793 ق.م.ج.

يقول الدكتور العربي بلحاج "وتنتقل القيود الإتفاقية التي يضعها أصحاب العقارات المعدة للبناء المفروضة لمصلحتها، لكونها حقوق إرتفاق مرتبة لمنفعة من يتقرر من مخالفتها، وكان ملاك العقارات المجاورة الحق في طلب إزالة الأعمال المخالفة عينا، أو بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة هذه القيود.³

والتصرف القانوني إما أن يكون عقدا بين مالك العقار الخادم ومالك العقار المخدم (المرتفق)

وقد يكون بالإرادة المنفردة كالوصية وتتناوله كما يلي:

¹ العربي بلحاج، نظرية الإرتفاق في الفقه الاسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، سنة 1997م، العدد 35.

² المذكرة الإيضاحية القانون المعاملات المدنية الإماراتية، ص 965.

³ العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 488.

1- العقد: ينشأ حق الإرتفاق بموجب عقد، وقد يكون العقد معاوضة كالبيع أو مقايضة يتقرر

كل من الجارين حق إرتفاق على عقاره لمصلحة عقار جاره، وقد يكون تبرعا كالهبة، ويصح لكل مالك أن يقرر على عقاره ما يريد من حقوق الإرتفاق لمصلحة عقار مملوك لغيره، بمقابل أو بدون مقابل.

وبما أن حق الإرتفاق حق عيني يرد على عقار فمن الضروري تسجيله وإشهاره وتقييده

في السجل العقاري، كما لا يجوز تقرير حق الإرتفاق على العقارات العامة.

2- الوصية والميراث: قد ينشأ حق الإرتفاق بتصرف قانوني بإرادة منفردة أو بحكم القانون

بالميراث على واقعة الوفاة.

فالوصية يكون التصرف المنشئ لحق الإرتفاق وصية، وهي تصرف قانوني بإرادة منفردة، بدون

مقابل مضافا لما بعد الوفاة (الموت)، فيجوز أن يقرر على عقاره بموجب وصية لمصلحة مالك عقار آخر

حق إرتفاق كحق مرور، أو مجرى، أو حق إرتفاق سلبي، وهنا تطبق شروط الصحة الوصية وأحكامها

المقررة في قانون الأحوال الشخصية، ولا يكتسب هنا الحق إلا بعد موت الموصي.

والوصية تندرج تحت عموم لفظ التصرف القانوني في الفقرة الأولى من المادة 868 ق.م.ج، أو

المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلقة بتأسيس السجل العقاري فيما يتعلق بنقل الملكية، ولا ينعقد التصرف

العقاري عموما (الوصية) بحق الإرتفاق إلا بشهره في المحافظة العقارية ولا تنتج أثارها إلا من بعد وفاة

الموصي، فلا تنتقل الملكية إذا تعلق بعقار إلا بعد وفاة الموصي، وهي تصرف بإرادة منفردة، فلا يشترط

فيها القبول، والنصوص القانونية شاهدة على هذا المقتضى سواء المادة 793 ق.م.ج أو نص المادة 16

من الأمر 74/75، لا تنص صراحة على ضرورة شهر الوصية، إلا بعد وفاة الموصي حتى تكون حجة ويتجلى ذلك من خلال المصطلحات المستعملة في النصين باللغة العربية التي توحى أن التصرفات المعينة بالشهر هي التي تتم بين الأحياء من خلال مصطلح قانوني "المتعاقدين"، أو العقود الإرادية (والإرتفاقات)، وبالتالي لم يستعمل المشرع المصطلح عام كالتصرفات، كون أن الوصية تعتبر تصرف من جهة واحدة صادر عن الموصي لعل نص الفرنسي إستعمل مصطلح Les actes volontaires والتي ترجمت بالعقود الإرادية، في حين كان يتعين ترجمتها "بالتصرفات الإرادية" يصبح هذا الحكم يشمل بإعتبارها تصرف منفرد وكذا الوقف.¹

3 - أما الميراث: بإعتباره أن الميراث بعد طريق من طرق إنتقال الملكية أو حق الإرتفاق مع العقار المرتفق (868 ق.م) لأن الإرتفاق هو من الحقوق المالية التابعة للعقار التي لا تنتهي بوفاة صاحبها إنما ينتقل إلى ورثته الشرعيين²، بل ينتقل مع العقار المرتفق بملحقاته، بإعتباره حقا تابعا له، فحق الإرتفاق لا يكون عنصرا مستقلا من عناصر التركة، وإذا ورث أكثر من شريك عقار له حق إرتفاق، فلا يجوز أن يكون لكل شريك حق إرتفاق مستقل، وإذا تنازل أحد الورثة عنحق بالإرتفاق لا يقتضي حق الإرتفاق بل يتقرر لبقية الورثة إستنادا لقاعدة (عدم تجزئة حق الإرتفاق).³

ثانيا- التقادم المكسب: نصت المادة 868 ق.م على أنه " ... لا يكتسب بالتقادم الإرتفاقات الظاهرة

بما فيها حق المرور" مقتضى هذه المادة أنه يحتج بالتقادم في حق المرور، وحق المجرى، وحق المسيل وغيرها

¹بوضياف سفيان بوراوي سعاد، نظام الشهر العقاري في الجزائر، والسندات الخاضعة للشهر، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2007، ص 55.

²محمد عبد الجواد، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، فقرة 170 وما بعدها.

³المحكمة العليا، غ.م 1978/06/03، ملف رقم 49/99، م.ف 1990، العدد 03، ص 33.

من حقوق الإرتفاق الظاهرة، فمن حاز على ثمار مملوك لآخر حق إرتفاق ظاهر كحق المرور، وإستمر حائزاً لحياسة قانونية خالية من التسامح ومن الرخصة، لمدة 15 سنة فإنه يكسب هذا الحق بالتقادم الطويل، وإذا إقترنت الحيازة القانونية بسبب صحيح، وحسن النية، إذا كان التصرف القانوني المنشئ كحق الإرتفاق كبيع صادر من غير مالك يكتسب حق الإرتفاق بتقادم تصير خمس سنوات.

ويشترط لكسب حق الإرتفاق بالتقادم أن يكون من حقوق الإرتفاق الظاهرة وليس الخفية، لأن لها علامات خارجية تدل على وجودها، فإن سكت مالك العقار الذي يباشر حق المرور أرضه مثلاً لمدة التقادم المقررة قانوناً، يكسب الحائز حق المرور بالتقادم.

ولم يشترط القانون المدني الجزائري أن يكون حق الإرتفاق مستمراً لكسب حق الإرتفاق، كما يفهم من صحيح المادة¹ 868 مدني جزائري، كما إشتطت على ذلك المادة 691 مدني فرنسي التي تقضي بأن حقوق الارتفاق الظاهرة غير المستمرة لا يمكن إنشاؤها إلا بسند.

ومن ثم قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية بأنه "لا يكتسب حق الإرتفاق بالتقادم مهما بلغ قدمه، على أساس تصريحات سكان المنطقة أثناء عملية الخبرة، والتي لا يمكن أن تحل محل سند إنشاء الإرتفاق في إثبات حق المرور²، بل يستوجب على المحكمة إثبات حق مالك العقار المحصور في إرتفاق حق المرور عن طريق دعوى الحيازة وفقاً للمادة 702 من ق.م، وليس عن طريق إلزامه بإثبات

¹ المحكمة العليا، 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق 1989، العدد 4، ص 20.

² المحكمة العليا، غ.ع 2004/06/23، ملف رقم 249614، م.م.ع 2004، العدد 02، ص 317.

حقه عن طريق التقادم المكسب¹، كما يستوجب على قضاء الموضوع التحقق من سبب الحصر وفقاً للمادة 868 من ق.م.ج.

كما نصت المادة 01/879 ق.م. صراحة على أنه "ينتهي حق الإرتفاق بعدم إستعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضاً بعدم استعماله لمدة ثلاث ثلاثين سنة، إذا كان الإرتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع لعائلة²."

ثالثاً-كسب حقوق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي: تنص المادة 869 ق.م على أنه "يجوز

أيضاً في الإرتفاقات الظاهرة أن يرتب بالتخصيص من المالك الأصلي"، إنما الفقرة الثانية منها "ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك العقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما، من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق، لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، وفي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تعبير في حالتهما، يعد الإرتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك"، وتطابقهما الفقرة الثانية من المادة 1017 ق.م مصري والمادة 1273 ق.مدي عراقي.

من المقرر أن يكون العقار المرتفق، والمرتفق به، مملوكين لمالكين مختلفين فإن كان لمالك واحد، فلا ينشأ حق الإرتفاق، وإستناداً إذا عمد مالك العقارين إلى إستحداث حالة واقعية، وعلاقة تبعية بين عقارين منفصلين مملوكين له، كبناء أو علامة ظاهرة، يكون من شأنها إنشاء حق الإرتفاق لو أن

¹المحكمة العليا، غ.ع 2002/10/13، ملف رقم 239277 ق.غ.ع، م.م.ع، العدد ثامن، 2010، ج.3، ص 371.

²المحكمة العليا، ع.م 1988/12/21، ملف رقم 48589.

العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، وهنا الإقتراض القانوني، وهو قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن ينشئ مالك العقارين بينهما منفذ للمرور أو يضع نوافذ بينهما ثم يبيع العقارين لمشتريين مختلفين، أو يبيع أحدهما ويبقى الآخر ملكه، قيام علاقة تبعية لعقارين مملوكين لنفس المالك بمقتضى يتحمل أحد العقارين عبء إستثنائي لفائدة العقار الآخر، وإذا تغير وضع الملكية بحيث أصبح لكل عقار مالك مختلف لأي سبب من الأسباب نقل الملكية، وبقيت علاقة البينية الواقعية قائمة ينشأ حق الإرتفاق، ويسميه القانون المدني الفرنسي تخصيص الأسرة، إذ نصت المادة 692 منه على أنه "تخصيص رب الأسرة يكون بمثابة سند فيما يخص بحقوق الإرتفاق الظاهرة والمستمرة"، وتشترط المادة 893 منه لذلك "ولا يكون تخصيص رب الأسرة إلا إذا ثبت أن العقارين المنفصلين كانا مملوكين لنفس المالك، وهو الذي وضع الأشياء بالحال التي نشأ عنها حق الارتفاق"، ويشترط بترتيب حق الإرتفاق بتخصيص المالك أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يكون حق الإرتفاق ظاهرة مثل حق المرور، وحق المجرى...".

- يجب إثبات أن العقارين كان مملوكين لمالك واحد.

- أن يكون تخصيص أي بناء والعلامة الظاهرة من عمل المالك نفس.

- يجب أن تكون الحالة الواقعية التي أنشأها المالك بين العقارين قد قصد بها إستحداث علاقة تبعية دائمة بين العقارين.

الفرع الثاني: نماذج من القيود الإرتفاقية الإتفاقية:

قد تقتضي الضرورات القانونية وكذا المصالح بين أفراد المجتمع الواحد أحيانا مجموعة القيود

الإتفاقية على المنازعات التي تقوم بين الملاك، وهذه القيود قد تكون إرتفاق مرور، وقد تكون إرتفاق

المجرى، أو حق الشرب، أو حق الصرف (المسيل)، أو الإتفاقات الإتفاقية للطاقة الشمسية، وسنتناولها تباعا في هذا البحث كما يلي.

أولا- حق المرور: إن حق المرور من القبود الواردة على الملكية العقارية، ويعني ذلك الحق الذي يخول

لصاحب الأرض المحبوسة التي ليس لها أي منفذ على الطريق العام، في أن يحصل على ممر في الأراضي المجاورة.¹

وما دام حق المرور يتعلق بحق الطريق، فقد تكون هذه الطريق طريقا عاما أو طريقا خاصا يمتلكه شخص، أو عدة أشخاص، وحكم هذا الطريق أن لكل إنسان حق المرور، ولكنه مقيد بشرط عدم الإضرار بالغير.²

ولقد نصت المادة 593 من الأمر رقم 74/75 المتضمن القانون المدني بأنه "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كافي للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث جراء ذلك.

فعليه، هناك حالتين يجوز عليهما أن يطلب ممرًا على العقار المجاور.

- الحالة الأولى: يجب أن يكون العقار محاطًا من كل جانب، ولا يكون له ممر على الطريق العام.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 92.

² فاضلي إدريس، نظام الملكية، ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، المطبوعات الجامعية، سنة 2010، ص 91.

- الحالة الثانية: أن يكون للعقار ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف لإستثمار العقار إستثماراً

زراعياً، أو صناعياً.¹

كما أن حق الإرتفاق بالمرور يشترط شروطاً معينة لقيامه وهي:

- وجود أرض محبوسة عن طريق العام.

- أن لا يكون الإنحباس ناشئاً عن فعل المالك.

- أن يدفع طالب الممر تعويضاً عادلاً.

ثانياً- إرتفاق المجرى: وهو حق يتقرر لعقار من أجل إجراء الماء الصالح ومروره في عقار

الغير، وهذا يكون إما بالتراضي أو بالتقادم.²

كما أن المقصود به حق مالك الأرض البعيدة عن مورد الماء في أن تمر في أرض غيرها المياه الكافية

لري أرضه وغرسه، فيثبت حق المجرى لصاحب الأرض البعيدة، بمرور المياه من مصدرها البعيد غير أرض

الجوار إلى أرض صاحب حق المجرى.³

كما يشترط لحق الإرتفاق المجرى أن تكون الأرض بعيدة عن مورد الماء وهذا البعد يتمثل

في إنعدام الإتصال المباشر بينهما، وذلك لكون الأرض المحصورة، وعلى مالك الأرض المنتفعة أن يدفع

¹ بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية (حق المرور)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات رين الحقوقية، ص 165.

² فراج أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعة الجامعية الإسكندرية، سنة 1999، ص 62.

³ المادة 809 مدني مصري، و1058 مدني عراقي.

تعويضاً إلى مالك الأرض المرتفعة، وذلك مقابل الإنتفاع بأرضه، كما لا يجوز أن يتسبب هذا الحق في ضرر الأرض الخادمة.¹

ثالثاً- حق الشرب: المقصود به حق مالك الأرض الزراعية أن يروي أرضه من جدول أو مجرى ماء خاص مملوك لشخص آخر، وبهذا يعتبر حق الشرب قيدياً على إنتشار المالك بملكه لأن الأصل أن له الإنتفاع بها وحده، إلا أنه يجبر قانوناً على تمكين غيره من الإنتفاع بها.²

وفي الإصطلاح القانوني هو نوع الإنتفاع بالماء سقياً للأرض أو الزرع أو الشجر³، ويرتبط بحق الشرب بحق الشفة، أو حق الشرب الإنسان والدواب، وسمي بذلك لتناول الإنسان الدواب الماء بالشفاه⁴، وحق الشرب من الماء يثبت لكل واحد من الناس بقوله صلى الله عليه وسلم "الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار"⁵، وبالتالي لا يجوز بيع الماء إلا ما كلن حمل منه، أو كان مخصصاً، لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه"⁶.

ويعرف قانونيون آخرون حق الشرب بحق الشخص أن يروي أرضه من مسقاه خاصة مملوكة

لجاره.⁷

¹ العبيدي الهادي، المرجع السابق، ص 310.

² المحكمة العليا، غ.م، 1988/08/15، ملف رقم 53572 م.ق 1991 العدد 02، ص 17.

³ شاكر ناصر حيدر، المرجع السابق، ص 52.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 505.

⁵ رواه أحمد وأبو داود، أنظر سبل السلام للصنعاني، ج 3، ص 86.

⁶ رواه الخمسة إلا ابن ماجه.

⁷ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 164.

وفي حق الشرب تقسم المياه إلى نوعين (ترع، أو مسقاة) مياه عامة وأخرى خاصة مملوكة للأفراد، فأما العامة فيجوز لكل فرد أن يتناول منها حاجته، وحاجة أرضه، يشق ما يشاء من جداول لري أرضه ... مراعيًا في ذلك القوانين والتنظيمات المنظمة لذلك.

أما الخاصة منها فإن القاعدة التي تحكمها هي أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبق للقوانين فهو مالك مالكا لها.

كما أن إذا كانت الأنهار والينابيع وفروعها، وجداولها من المياه العامة التي تنقسمها الدولة وتنشئها للنفع العام، فهي مخصصة للمنفعة العامة، وتدخل في نطاق القانون الإداري، وجار لكل شخص الإنتفاع بها لنفسه ودوابه، وزروعه، وأشجاره، بشرط عدم الإضرار بالغير، وإستعمالها وإستغلالها وتوزيعها، وفقا لما تقتضي به القوانين واللوائح، والأنظمة الخاصة.¹

وقد نصت المادة 692 ق.م.ج على أنه "تعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية، أي ملك من أملاك الدولة، ولا تعتبر بأي حال ملكية خاصة ويمكن الإستحواذ عليها بالإستيلاء، وتحدد النصوص الخاصة كيفية البحث والتوزيع وإستعمال وإستغلال المياه.

¹العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 505.

وقد سايرت الأنظمة هذا المبدأ في إستغلال هذه المياه طبقا للقانون رقم 17/83 وهذا بموجب

عقد إمتياز، وقد نصت المحكمة هذا بقرار مشهور "من المقرر قانونا أن مياه المنابع تشكل جزءا من الملكية العامة للري.¹

وحق الشرب لا يصح التصرف فيه مستقلا، فهو حق تابع لا يباع إلا تباعا للأرض ولا يوهب، ولا

يؤجر، ولا يرهن مستقلا عن الأرض، غير أنه يورث لأنه حق مائي كما أنه يجوز الوصية بالإنترفاع به.²

رابعاً- الحق الصرف أو حق المسيل: وهو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح

بمروره في مجرى معين حتى يصل إلى مقره من مصرف أو مستودع.³

وهو الحق الذي يسمح لمالك الأرض البعيدة في تصريف المياه غير الصالحة، أو الزائدة

عن حاجة أرضية، بمرورها في أرض الغير، وصولاً إلى مصرف عمومي، أو مصرف خاص مملوك لجاره.

كما يعتبر حق الصرف قيذا قانونيا مفروض على ملكية عقار لمصلحة عقار آخر⁴، ويثبت حق

الصرف قانونا حق الصرف للمالك الذي لا يتوافر لديه مصرف كاف لصرف المياه غير الصالحة، أو

الزائدة عن الحاجة، بمرورها في حق الغير مقابل تعويض مناسب.⁵

¹ المحكمة العليا غ.ع 2009/02/11، ملف رقم 495696، 2001/07/25، ملف رقم 211512، (غير منشورة).

² المادة 809، قانون مدني مصري.

³ أبو زهرة، الملكية نظرية العقد، المرجع السابق، ص 104.

⁴ المحكمة العليا غ.م 1999/11/20، ملف رقم 115334، الإجتهاد القضائي لأحكام القانون المدني، ص 229.

⁵ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 745.

ومن ثم، فإنه لا يجوز مرور مياه الصرف في الأراضي المجاورة التي يملكها الغير، إلا لكي تصب

في أقرب مصرف عمومي، بأن تكون الأرض بعيدة عن المصرف العام، أي لا يوجد لها إتصال مباشر به.¹

وينص القانون المدني الأردني في المادة 1306 منه "لا يجوز إجراء مسيل للمياه غير الصالحة ضار

في ملك الغير، أو الطريق العام، أو الطريق الخاص، لأنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال، ولو كان

قديمًا.

أما عن الأضرار التي يسببها المسيل من جراء الإنتفاع بها، فيلزم طالب حق المسيل يدفع تعويض

مقابل تقرير الحق.

خامسا- الإرتفاقات الإتفاقية للطاقة الشمسية: هذا العنصر من هذا البحث له أهمية كبيرة

في مجال البيئة والإستفادة من الطاقة الشمسية كبديل عن الطاقة الأخرى تتوافر عليه من إمتيازات

وفوائد جمة، وهي كما تعتبر الشمس مصدر الحياة، ومن أولى مصادر الطاقة المتجددة على الأرض، كما

تعد حقوق إرتفاق الطاقة الشمسية لها من الأهمية لتشغيل أنظمة الطاقة الشمسية بإستغلال

مساحات الفضاء المعروضة مباشرة لأشعة الشمس، وإستغلالها بكفاءة²، وقد نشأ هذه الإرتفاقات

بالإتفاق، أو بالقانون أو بالقضاء، والذي يضمن في موضوعها هذا هو القيود الإرتفاق الإتفاقية للطاقة

الشمسية مما هو مفهوم هذه الإرتفاقات وطرق إنشائها.

¹ إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 53، ص 112، 113.

² روريت إيفا، مدخل للطاقة الشمسية، ترجمة فيصل جردان، ص 131، 213.

أ- مفهوم حقوق الإرتفاق الإتفاقية للطاقة الشمسية:

الإرتفاقات الإتفاقية للطاقة الشمسية هي لا تنشأ بإرادة الإنسان، أو كما أطلق عليها الفرنسي المدني، الإرتفاقات التي تنشأ بفعل الإنسان مثل حقوق الإرتفاق التي تنشأ بالتصرفات القانونية، أو بتخصيص من المالك الأصلي¹، وتنشأ حقوق الإرتفاق الإتفاقية للطاقة الشمسية بإرادة الإنسان بموجب إتفاق بين الجيران كما هو متبع في القوانين العربية، والقوانين الفرنسية، حيث تنص على إنشاء حقوق الإرتفاق الشمسية الإتفاقية، ولكنها لا تعتبر الإرتفاق الشمسي حقا تلقائيا يمنح بنشر القانون، وإنما شائع فيما هو أن تكون هذه الحقوق بإتفاق أصحاب العقارات المتجاورة، دون إجبار، الأمر الذي يعد عقبة في حالة إمتناع الجيران تقرير هذه الحقوق.²

ب- الفرق بين الإرتفاقات الصريحة والإرتفاقات الضمنية: تصرفات التشريعات المقارنة

سواء الأمريكية، والفرنسية بشأن حقوق الإرتفاق الشمسية بين الإرتفاقات الصريحة والضمنية، وذلك كما يلي:

- الإرتفاقات الشمسية الصريحة: ينص القانون الفرنسي والأمريكي على جواز إنشاء حقوق

الإرتفاق الشمسية بالإرتفاق الصريحين أصحاب العقارات المتجاورة، وينظم هذا الإتفاق أحكام إتفاق الشمسي بما يضمن الإستفادة من نظام الطاقة الشمسية بالكفاءة المطلوبة فيه، ويحدد حقوق

¹JOHN H, lungren: solar entitlement, a proposed legislative model, 4 j, energy l, pol y, 1983, 186.

²سمير حامد، المرجع السابق، ص 56.

والتزامات الطرفين، من حيث التعويضات التي تمنح لمالك العقار المرتفق به، لتقرير هذا الإرتفاق، ومدى جواز التنازل عنه، وغالبا ما تكون هذه الإرتفاقات مقابل تعويضات مالية كبيرة.¹

- الإرتفاقات الضمنية:

وفق القواعد العامة يمكن أن تنشأ حقوق الإرتفاق الضمنية، حيث يستطيع مالك الأرض أن يدعي على جاره، أن له حقوق إرتفاق سلبي ضمني غير مكتوب، إلا أن القانون الأمريكي لا يعترف بالحقوق الإرتفاق الضمنية في مجال الطاقة الشمسية، لأنها غير مكتوبة وتصعب تسجيلها²، ويقتصر حق مالك على إستعمال وإستغلال أشعة الشمس الموجودة في مجال الجوي لأرضه، ولا تمتد إلى الممتلكات المجاورة عن طريق حقوق الإرتفاق الضمنية، وإنما بحقوق الإرتفاق الصريحة أو الإيجار.

ج- الشروط الواجب توافرها لتقرير حقوق الإرتفاق للطاقة الشمسية:

نصت معظم التشريعات على أن حقوق الإرتفاقات الإلتفافية المتعلقة بالطاقة الشمسية على مجموعة من الشروط بحيث توافرها في إبرام عقود بين الملاك المجاورين وهي مختصرة كما يلي:

- أن يكون هناك عقار محدد المساحة والأبعاد الثلاثية للإرتفاق.

- قيد إرتفاع المباني والهياكل والأشجار.

- تحديد قيمة التعويض المستحق لأطراف الإرتفاق.

¹ Robert, cooler, the cause, 11 j, leg, 01/23/1983. P 57.

² Jon.w Bruce, James w, ety, the law of easements and li couse, in land, 2008, p 76.

- ضرورة قيد عقد إنشاء حقوق إرتفاق الطاقة الشمسية وتسجيلها.

المطلب الثالث: إنقضاء حق الإرتفاق:

بالنظر إلى ما أوردناه سابقا المتعلقة بخصائص حق الإرتفاق بأن حق الإرتفاق دائم نظرا لطبيعته المتميزة عن الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية، فهو دائم كحق الملكية فيدوم بدوامها وهذه الخاصية يمكن تقييدها في حالات الإنقضاء لإعتبار أنه يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ أو بعدم الإستعمال لمدة معينة، كما وهناك أسباب أخرى يمكن حصرها في أسباب عامة قد ينتهي بها حق الإرتفاق، وثمة أسباب خاصة، ولهذا نتناول في هذا المطلب.

الفرع الأول: الأسباب العامة لإنهاء حق الإرتفاق.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء حق الإرتفاق.

الفرع الأول: الأسباب العامة لإنهاء حق الإرتفاق:

إن حق الإرتفاق كما سبقنا وأن أوضحنا يمكن أن ينتهي بأسباب عامة كغيره من الحقوق الأخرى ويمكن تناولها تباعا لما تقتضيه هذا العنصر، وقد ذكر المشرع الجزائري كغيره من التقنينات المقارنة في المادة 878 من القانون المدني الجزائري (تنتهي حقوق الإرتفاق بإنقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً أو بإجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الإرتفاق إذا زال إجتماع العقار وسنتناولها في العناصر التالية:

أولاً: إنقضاء الأجل المحدد.

ثانيا: الإنقضاء المرتفق بال عقار.

ثالثا: الإنقضاء المتعلق بالإستعمال.

أولا- إنقضاء الأجل المحدد:لقد نصت المادة 878 السابقة الذكر على أن حق الإرتفاق ينقضي

بإنقضاء الأجل المحدد لإنقضائه، ويمكن أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف وهذا يتحدد وفق مضمون

الوصية التي نشأ حق الإرتفاق، على أن هذا الحق سيدوم مدة وينقضي حق الإرتفاق إنتهاء هذه

المدة، ولكن هذا الأمر لا يحدث كثيرا فهو نادر الوقوع فهو يحدث مثلا في حالة أن يكون الإرتفاق مرتب

لفائدة عقار لا يدوم إلا بمدة محددة مثلا كبناء يقوم المستأجر به في العين المؤجرة، وحق الإرتفاق

في الأصل يكون دائما كحق الملكية¹، لكن حق الإرتفاق يقبل التأقيت، فالدوام فهو من طبيعته، وليس

من جوهره أو مستلزماته طبقا للمادة 884 ق، م، ج ولذلك يمكن تحديد أجل حق الإرتفاق، وذلك لا

سنده إنشاءه حيث ينقضي الإرتفاق بحلول هذا الأجل²

ثانيا- الإنقضاء المرتبط بالعقار:

أ- هلاك أحد العقارين:تنص المادة 878 ق، م، ج (ينتهي حقوق الإرتفاق بهلاك العقار المرتفق

به هلاكاً تاماً فحق الإرتفاق يزول بهلاك العقار المقرر له الإرتفاق عليه، لأن في الأصل الإرتفاق متعلق

بالعقار وليس بالشخص، ومنه أن الهلاك قد يكون مادياً (كإنعدام المنزل) مما يعني أن زوال الإرتفاق بزوال

محلّه، ولإعتبار تخلف ركن من أركان حق الإرتفاق، وهو وجود العقار سواء كان العقار مرتفقا به، أو عقار

مرتفقا، كما أن إعادة تجديد البناء يقتضي عودة حق الإرتفاق وفقا للقواعد العامة، وهنا يجب أن تعرف

¹السهوري، المرجع السابق، ص 1391.

²نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، المرجع السابق، ص 270.

بين حالتين، الأولى في حالة هلاك العقار هلاكاً تاماً، إن حق الإرتفاق يزول بزوال هذا العقار بحيث يستحيل معه إعادة العقار والثانية أن إذا كان الهلاك جزئياً فإن حق الإرتفاق يبقى قائماً بالجزء الباقي بالقدر الذي يمكن به الإرتفاق، أما يتعلق بنزع الملكية لأجل المتفق العامة فإنه يسقط حق الإرتفاق المقرر عليه.¹

ب- **إتحد الذمة:** من خلال المادة 878 السابقة الذكر يمكننا إستخلاص أن حقوق الإرتفاق تنتهي بإجتماع العقار في يد مالك واحد، ويعود إذا زال إجتماع العقارين، وهذا يوضح أن حق الإرتفاق ينتهي بمجرد إجتماع العقارين في يد مالك واحد، يعني هذا إذا إمتلك المالك العقارين فلا فائدة ترجي في حق الإرتفاق لأن من أركان وجود الإرتفاق هو وجود عقارين مالكين مختلفين، فإذا زال هذا الركن زال وإنقضى حق الإرتفاق ويكون لمالك العقارين الحق في الإنتفاع بعقاراته كيفما شاء، لأن الإنسان لا يمكن أن يكون له حق إرتفاق على عقار يملكه.²

كما أقرت المادة 01/1026 على أنه (تنتهي حقوق الإرتفاق بإجتماع العقارين في يد مالك واحد إلا أنه إذا زالت الإجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي، فإن حقوق الإرتفاق يعود).

نخلص بشأن إنقضاء حق الإرتفاق التفرقة بين فرضين

الفرض الأول: زوال حالة الإجتماع بأثر رجعي: يترتب على رجعيته هذا الأثر عودة الحق

الإرتفاق إلى ما كان عليه ومثاله في حالة شراء مالك العقار المرتفق والعقار المرتفق به، فهنا تتحد الذمة ويؤول حق الإرتفاق، ففي حالة فسخ العقد أو إنفسخ بأثر رجعي، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن وبالتالي

¹ يكن زهدي، المرجع السابق، ص 236.

² حسن كبرة، المرجع السابق، الحقوق العينية الأصلية، ص 324.

يعتبر إتحاد الذمة كأن لم يكن ويعود حق الإرتفاق كما كان، ويترتب على بطلان الحق البيع إعادة الملكية للمالك الأول.

الفرض الثاني: زوال إتحاد الذمة من غير أثر رجعي:الأصل في حق الإرتفاق بأنه تكليف

مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكيته شخص غير مالك الشخص الأول، فإن إجتماع العقارين بدون أثر رجعي، لا يعيد حق الإرتفاق بعد أن إنتهى، فيمكن أن يعود هذا الحق في حالة زوال إجتماع العقارين بأثر رجعي فقط.¹

ج- نسبية المنفعة أو تضائل المنفعة: تنص المادة 881 ق م ج (يجوز لمالك العقار المرتفق به

أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به من خلال هذه المادة نستخلص أنه في حالة فقدان الإرتفاق لخاصية المنفعة أو حين تبدوا للعقار المرتفق محدودية المنفعة أو الفائدة فإنه يجب على صاحب العقار المرتفق به أن يطلب تحريره عقاره من الإرتفاق دون الحاجة إلى موافقة صاحب العقار المرتفق.²

ثالثا- الإنقضاء المتعلق بالإستعمال:أوضحنا سابقا أن حق الإرتفاق قد يتقرر بالتقادم، وقد

ينقضي بالتقادم، فالأول هو التقادم المكسب وهو الذي يشكل مصدرا من المصادر المنشئة لحقوق الإرتفاق، والثاني هو التقادم المسقط والذي يعتبر سببا من الأسباب الذي ينتهي بها حق الإرتفاق³، وهذا

¹ محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 570.

² أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 379.

³ محمد حسين منصور، في حق الملكية، المرجع السابق، ص 401، 402.

الذي نعينه وسوف نعالج في هذه العنصر عدم الإستعمال لحق الإرتفاق (التقادم المسقط) ثم سنتناول إستحالة الإستعمال وفقا لما يلي:

أ- **عدم الإستعمال (التقادم المسقط):** أو ما يعبر عنه بزوال حق الإرتفاق لعدم إستعماله، فحق الإرتفاق خلافا لحق الملكية فهو يمكن أن ينتهي بعدم الإستعمال في المدة القانونية المحددة له، فمن خلال نص المادة 879 التي تنص على ما يلي (ينتهي حق الإرتفاق لعدم إستعماله لمدة 10 سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاثة وثلاثين سنة 33 إذا كان الإرتفاق مقرا لمصلحة مال مورث لعائلة ...).

من خلال هذه المادة يمكننا القول أن التقادم المسقط لحق الإرتفاق مدة عشر سنوات (10) أيا كان عدم الإستعمال، فلا تسمع دعوى المطالبة بحق الإرتفاق إذا إنقضت المدة المحددة قانونا، يعني هذا أنه يؤدي إلى سقوط هذا الحق وفقا للمادة 879 ق م ج.¹

كما أنه لا يشمل القيود القانونية التي تمثل قيودا دائما على الملكية²، من ثم ينتهي هذا الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء، وهي حالة إمتلاك العقار شركاء على الشرع، فإذا إنقطع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة باقي الشركاء في الشرع كما أن وقف التقادم لمصلحة هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين.³

ب- **إستحالة إستعمال الإرتفاق:** ينتهي حق الإرتفاق إذا إستحال إستعماله بسبب تغير حدث

في العقار المرتفق أو العقار المرتفق به، نتيجة ظروف مادية تجعل إستعمال الإرتفاق مستحيلا إستحالة

¹ راجع المحكمة العليا، غ م 1988/12/21، ملف 48589، غير منشور

² بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 513.

³ حسنية حسين حسن، حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 466.

مطلقة¹، أو بعبارة أخرى أن حق الإرتفاق أنه إذا وجد تغير في وضع الأشياء بحيث تصبح هذه الأخيرة في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق، أي إستعماله يصبح مستحيلا، وقد يكون سبب هذه الإستحالة راجع إلى قوة قاهرة أو إلى حادث فجائي²، ولا يعتبر من قبيل الإستحالة ما قد يؤدي إلى أن يصبح إستعمال الإرتفاق أكثر مشقة أو أقل منفعة، وهذا ما نصت عليه المادة 880 ق م ج السالف الذكر.

ويشترط في هذه الإستحالة أن يكون مطلقة، كإنحباس العقار الخادم الذي يقرر عليه حق الإرتفاق من المرور عن الطريق العام وفي حالة الإستحالة النسبية فإنه لا يترتب ذلك إنقضاء حق الإرتفاق، بل يمكن له إستخدام الذي يمكن ذلك.³

كما أن الإرتفاق لا ينتهي في حالة عدم الإستعمال، بل يتوقف إستعماله إلى حين زوال الإستحالة، فإذا زالت عاد الإستعمال إلى ما كان عليه، ولكن الحق يبقى، وفي حالة زوال المانع، وعادت الأشياء إلى وضعها فهذا يمكن إستعماله من جديد.⁴

الفرع الثاني- الأسباب الخاصة لإنقضاء حق الإرتفاق: بالإضافة إلى الأسباب العامة هناك

أسباب أخرى خاصة قد تنقضي من خلالها حقوق الإرتفاق لا تقل شأنًا من السابقة ويمكن تلخيصها فيما يلي وهي:

أولاً: تنازل صاحب حق الإرتفاق عن حقه.

ثانياً: تحقق الشرط الفاسخ أو فسخ السند القانوني لمقرر الإرتفاق.

¹عرفة عبد الوهاب، المطول في الملكية العقارية والغقود العقارية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص 601.

² السنهوري، المرجع السابق 1887.

³ شهاب محمد عبد القادر ومحمد عبد القادر، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 248.

⁴ أبو سعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، المرجع السابق، ص 575.

ثالثا: الإتفاق بين مالك العقار المرتفق به وبين مالك العقار المرتفق، ويمكن تناولها بالعناصر، كما يلي:

أولا- تنازل صاحب حق الإرتفاق عن حقه: ما دام أن تقرير الحقوق العينية يتم بالإتفاق بين أطراف العقد وبالتصرفات القانونية، وإذا ثبت الحق، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق المخدم، وبإرادته المنفردة أن يتنازل أو يترك حقه دون الرجوع إلى مالك العقار المرتفق به¹، وهذا التنازل ناتج لأثره بمجرد صدوره سواء كان صريحا أو ضمنيا من مالك العقار المرتفق، وسواء كان مجانا أو بمقابل والنتيجة تحرير العقار من هذا العبء وقد إشتراط التشريع لصحة التنازل أو الترك ما يلي:

- أن يكون صادرا من مالك العقار المرتفق، وله الحرية في التنازل عن حق الإرتفاق.

- خضوع التنازل عن حقوق الإرتفاق للقواعد المتعلقة بالتصرفات القانونية، وأن يكون مالك العقار المرتفق المتنازل أهلا للتصرف، خال من عيوب الإرادة.

- أن يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا وفق شروط معينة واضحة.

- أن يشهر التنازل عن حق الإرتفاق، ما دام أن هذا الحق قد يتقرر بالشهر فإن التنازل عن هذا الحق ينقضي بنفس الحالة التي تقرر به، فالزامية الشهر تطغى على كل التصرفات القانونية التي ترد على حق الملكية.

ثانيا- تحقق الشرط الفاسخ أو فسخ السند القانوني لحق الإرتفاق: تقضي القواعد

العامة في القانون المدني بأنه من أوجد الإرتفاق وقرره يعتبر غير ماك العقار المرتفق بأثر رجعي وبالتالي

¹ عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 388.

يزول حق الإرتفاق تبعاً لزوال ملكية العقار المرتفق به عن مقرر الإرتفاق الذي فسخت ملكيته¹، لأن الأصل في حق الإرتفاق أنه حصل تحت شرط فاسخ، فإن الإرتفاق ينقضي بتحقق هذا الشرط الفاسخ، وزوال الأصل هو زوال الفرع، وإنقضاء التي وُول إلى إنقضاء فروعه وتبعاته غير أن في حق الإرتفاق لا عبء للأشخاص المالكين، وإنما العبء بالعقار.

وعلى هذا فإن حق الإرتفاق ينتهي حق الإرتفاق بفسخ حق مقرره في العقار المرتفق به أو إلغاؤه بأي سبب من أسباب الفسخ، أي يعتبر سند ملكيته كأن لم يكن من البداية ومن ثم يزول حق الإرتفاق بزوال ملكية العقار المرتفق به.²

ثالثاً- الإتفاق بين مالك العقار المرتفق به وبين مالك العقار المرتفق: الأصل في العقود هو الإتفاق بين أطراف العقد، ولما كان الحال كذلك فإنه يمكن أن يكون هناك بين مالك العقار المرتفق به مع مالك العقار المرتفق، وذلك من أجل التخلص من العبء الذي يثقل غيره (أي صاحب العقار المرتفق به)، وهذا عادة ما يتم بمقابل مالي يدفعه مالك العقار المرتفق، وهذا حاصل في الإتفاق بين إرادتين، عكس النزول التي يتم بإرادة واحدة منفردة.

¹ محمد المنخي، القواعد العامة للشهر العقاري، ص 240.

² أبو السعود رمضان، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، المرجع السابق، ص 559.

المبحث الثاني: حق الإنتفاع كقيد إتفاقي وراذ على الملكية العقارية الخاصة:

من أجل ترقية وتطوير القطاع الإقتصادي في الدولة بإعتباره العصب في الحياة، ومورد حيوي لا غنى عنه وهذا نظرا لأهميته القصوى، كما يعد حق الإنتفاع من بين أهم الحقوق العينية الأصلية المتفرع عن حق الملكية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن حق الإنتفاع قد لقي إهتماما بالغا من طرف التشريعات الوضعية والتقنيات المقارنة، ومع التطور الحاصل لآليات تسيير وضبط العقار، وضعت أحكام خاصة تضبط الأراضي والحقوق المفروضة عليها، فبعد أن كانت الملكية العقارية يتمتع بها مالك واحد تجزأت وأصبحت لها مالكان هما مالك الرقبة الذي له حق التصرف، وصاحب حق الإنتفاع الذي له عنصر الإستعمال والإستغلال أو ما يعرف بحق التمتع بفرض تأدية الوضعية الإجتماعية لهذه الملكية المتمثلة في عدم تعطيل النفع العام، ولعل حق الإنتفاع هو الأداة المثلى أو إعتباره كآلية مثالية لإستغلال العقارات سواء تعلق الأمر بالعقار الفلاحي، أو الصناعي، أو السياحي، وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا حول هذا الموضوع مقسمة إلى مطلبين هما:

❖ المطلب الأول: ماهية حق الإنتفاع (تعريفه، خصائصه، تمييزه...).

❖ المطلب الثاني: أحكام حق الإنتفاع (أثاره، إنقضاؤه).

المطلب الأول: ماهية حق الإنتفاع: إن دراسة موضوع حق الإنتفاع يقتضي تناول تعريفه

وخصائصه، وتمييزه، وطرق إكتسابه، وهذا ما سنتناوله تباعا في الفروع الثلاثة:

❖ الفرع الأول: تعريفه (لغويا، وفقهيا، وقانونا).

❖ الفرع الثاني: طرق إكتساب حق الإنتفاع.

الفرع الأول: مفهوم حق الإنتفاع: يتطلب لمعرفة حق الإنتفاع الوقوف عند تعريفه وخصائصه

ونميزه عن غيرها من المراكز المشابهة له من خلال العناصر التالية:

❖ أولاً: تعريفه.

❖ ثانياً: خصائصه.

❖ ثالثاً: تمييزه عن الحقوق المشابهة.

أولاً: تعريفه: ويمكن تعريفه لغوياً وفقها وقانوناً وفق العناصر التالية:

أ- التعريف اللغوي: لغو هو إستفادة من الشيء، وهو الغرض الأساسي أو الرئيسي من حق

الملكية، فالإنتفاع هو مصدر إنتفع من النفع، والنفع ضد الضرر، والإنتفاع هو الوصول إلى المنفعة، يقال

إنتفع بالشيء إذا وصل به إلى منفعة، ونفعت فلانا إنتفع به.¹

ب- التعريف الفقهي: اختلفت التعريفات الفقهية لحق الإنتفاع باختلاف التوجهات

الإيدولوجية والفكرية والإقتصادي الذي عايشه الكثير من الفقهاء أهمها:

- تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري: بأنه (هو الحق المنتفع في إستعمال ملك غيره

وإستغلاله وقد راعى الدكتور السنهوري في تعريفه هذا العمومية والشمولية لكل الحقوق العينية الذي

¹ محمد علي القره، خصائص حق الإنتفاع وأثاره، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ص 05.

يثبت لصاحبها عنصر الإستعمال والإستغلال كحق الحكر¹، كما أنه أهمل جانب الإنقضاء وإنهاء هذا الحق بإعتباره حق مؤقت.

- تعريف الدكتور زهدي يكن لحق الإنتفاع بأنه (حق مقرر على ملك الغير الذي يخوله إستعماله وإستغلاله لمدة معينة، بحيث ينتهي بموت المنتفع على أن يحافظ على جوهر الشيء ومادته، وينشأ حق الإنتفاع بإرادة الإنسان، كما يمكن إنشاؤه لأجل أو شرط تعليقي، أو إلغائي...)²، هذا التعريف أخذ من عنصرين من عناصر حق الملكية وهما الإستغلال والإستعمال وهو ما قررناه إبتداءً بأن هو تكليف عيني على سلطتي الإستعمال والإستغلال وأنهما مثقلان بعقد إتفاقي يقيد حق الملكية في سلطتي الإستعمال والإستغلال، حيث يبقى للمالك حق التصرف فقط، كما أن هذا القيد مؤقت، ولمدة محددة سلفاً.

- تعريف الأستاذ وهيبة الزحيلي: يعتبره بأنه الملك الناقص يقبل التقييد بالزمان والمكان، والصفة عن إنشائه لكنه غير قابل للتوارث، ولصاحب حق المنفعة تسليم العين ولو جبراً إلا مالكة، وتكون أمانة في يده، كما على المنتفع تسليم العين إلى المالك بعد إستفدنة منفعة منها ما لم يتضرر المنتفع، كما لو لم يحن وقت حصاد الزرع في الأرض المنتفع بها، فله إبقائها بعده حتى موسم الحصاد شرط دفع أجر المثل...)³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، المرجع السابق، ص 1220.

² زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، الطبعة الثانية، بيروت، 1982، ص 175.

³ وهيبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 22.

- تعريف كلود رونار، وجاك أوغستان بأنه (الإنتفاع هو الحق عيني يهدف إلى الإستعمال والإنتفاع المؤقت بمال منقول أو عقاري مملوك للغير بشرط المحافظة على وجود الشيء، والتمتع به تمتع الرجل العادي).¹

- ويعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه (حق عيني يخول للمنتفع سلطنة إستعمال شيء مملك للغير وإستغلاله مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لردده إلى صاحبه عن نهاية الإنتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع).²

- وعرفه بلانيول بأنه (حق عيني يخول للمنتفع أن يمارس على شيء مملوك للغير، ولكن بشرط المحافظة على وجود الشيء، وهو مؤقت في أساسه، وفي الغالب مدى الحياة ينتهي كأقصى حد بموت صاحبه).

- كما عرفه "RUA" و "AUBRY" بأنه الإنتفاع عيني مؤقت أو مدى الحياة الذي يرخص للمنتفع أن يستعمل، وأن ينتفع كالمالك نفسه شيء مملوك للغير، شرط المحافظة على جوهر الشيء.³

وما نستخلصه من هذه التعريفات السابقة بأن حق الإنتفاع هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية، يخول للمنتفع إستعمال الشيء، وإستغلاله دون التصرف فيه، وإبقاء الشيء المنتفع به، كما يرتب هذا الحق آثار قانونية يتمثل في الإلتزامات والحقوق التي يتمتع بها كل من المنتفع ومالك الرقبة.¹

¹ عليوان راضية، حق الإنتفاع العيني في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، سنة 2001، جامعة الجزائر، ص 11.
² الصدة عبد المنعم، الحقوق الأصلية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة والسنة، ص 861.
³ إسلام شريفي، حق الإنتفاع الدائم في ظل قانون المستثمرات الفلاحية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، لكلية الحقوق، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2007 و 2008، ص 23.

ج- التعريف القانوني: بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يقدم تعريفا خاصا لحق الإنتفاع، كما أنه نظم أحكام حق الإنتفاع في القانون المدني ضمن الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان تجزئة حق الملكية، حيث خصه بـ 11 نصا تشريعا إبتداءا من المادة 844 إلى غاية 854، هذه النصوص التشريعية لم تعرف هذا الحق على عكس التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون اللبناني، وبعض التشريعات الوطنية الخاصة لقانون الثورة الزراعية وقانون الأوقاف، وقانون المستثمرات الفلاحية فالقانون الفرنسي عرف حق الإنتفاع في المادة 578 من القانون المدني الفرنسي (الحق في الإنتفاع بأشياء مملوكة لآخر، كما ينتفع بها المالك نفسه، ولكن بشرط المحافظة على كيانها).²

كما عرفتها المادة 1205 قانون مدني أردني حق الإنتفاع على أنه (حق عيني للمنتفع إستعمال عين تخص الغير، وإستغلالها مادامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رغبته مملوكة للغير).

أما القانون اللبناني، فقد عرفه في المادة 32 من القانون الملكية العقارية كما يلي (حق الإنتفاع هو الحق المقرر شخص ملك الغير، والذي يخوله إستعماله وإستغلاله لمدة معينة ينتهي بوفاة المنتفع، على أن يحافظ على جوهر الشيء، أما القوانين الخاصة الوطنية فيمكن إيرادها كما يلي:

حسب المادة 19/81 المؤرخ في 1987/12/08، المتعلق كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية، فحق

الإنتفاع المحدد بموجب هذا القانون هو حق دائم يمارس على مجمل الأراضي التي تكون منها المستثمرة

¹ د/ جبار جميلة، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة القانون المدني والتشريعات الخاصة، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، لكلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، سنة 2011، ص 29.

² علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) طبعة جديدة ومنقحة، منشأة المعارف، مصر، 2005 ص 151.

الفلاحية وعلى الشيوع بحصص متساوية بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الجماعية، وبصفة فردية بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الفردية، كما أنه حق عيني أصلي قابل للإنتقال والتنازل والحجز، وحسب نص المادة 23 منه مع إحترام الطابع الجماعي للمستثمرة.¹

وبصدور قانون التوجيه الفلاحي 16/08، الذي حول حق الإنتفاع إلى حق إمتياز بموجب نص المادة 3/03 نجدها تقضي بما يلي (الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق إستعمال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع أثاره السنوية).

حسب قانون الأوقاف 10/91 المؤرخ في 1991/10/27، المعدل والمتمم، عرفت المادة 03 فيه الوقف، (حبس العيني عن التملك على وجه التأييد، والتصرف بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير).

حسب القانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في 1991/11/18 فقد تطرق إلى الوقف من خلال ثلاث مواد هي المادة 23، 31، 32 منه، حيث عرفت المادة 31 منه (الأمالك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حسبها مالکها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية، أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا، أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور.

وتبقى كيفية الإنتفاع بالمال الموقوف خاضعة لإرادة الواقف، فإشتراطات الواقف التي يشترطها

في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد نهي عنها في الشريعة الإسلامية.¹

¹ بن رقية يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للإستعمال التربوية، الطبعة الأولى، ص 2001.

ثانياً: خصائص حق الإنتفاع: من خلال التعريفات السابقة وإستقراء النصوص القانونية وعملاً

بمبدأ الإستنتاج، ويمكننا تحديد خصائص حق الإنتفاع كما يلي:

أ- حق الإنتفاع حق عيني: حق الإنتفاع حق عيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء

المنتفع به، لا يتوسط في ذلك مالك الشيء²، بالمقابل يجب على المالك أن يتعرض للمنتفع في مباشرة

حقه، إلا أنه لا يلتزم نحو المنتفع شيء، وهذه الخاصية هي ما يميزها عن حق المستأجر الذي هو حق

شخصي.

حيث يمكن المؤجر المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة على خلاف حق الإنتفاع الذي هو حق

عيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المنتفع كما سلف الذكر.³

لنخلص إلى القول أن حق الإنتفاع هو حق عيني الأصلي، ينشأ بصفة مستقلة وغير تابع لأي

حق، وتكون ذاتيته مقصورة على ما يخوله هذا الحق لصاحبه من مزايا مالية على أشياء معينة بذاتها يرد

عليها هذا الحق⁴، والشيء الذي يرد عليه الإنتفاع قد يكون منقولاً، وقد يكون عقاراً، والقانون في هذا

الصدد يشمل كل العقار والمنقول، وهذا ما نصت عليه المادة 851 من القانون المدني الجزائري، تختص

بالمنقول ففي حالة وروده على منقول يجب جرد المنقول، وتقديم كفالة به، من قبل المنتفع.⁵

¹ المادة 14، من قانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر، العدد *****

² PHILIPPE SIMLER, les biens, presse universitaire de gronoble, 1996, P 168.

³ بناصر وهيبة، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع القانون العقاري والزراعي، جامعة البلية، لكلية الحقوق، 2000 – 2001، ص 20.

⁴ عبد الرين مأمون، دروس في المدخل العلوم القانونية، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دون مكان النشر، طبعة 2006، ص 28.

⁵ أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام ومصادر التصرف المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997، ص 567.

ولكن إذا ورد في العقار (وهو موضوع بحثنا) فيعتبر حق عيني عقاري يخضع للشكلية الرسمية والإجراءات الشهر العقاري حتى يكون حجة على الغير.

وبالإضافة إلى ما ورد أنه يثبت لحق الإنتفاع بإعتباره حقا عينيا جميع خصائص الحق العيني، فهو يخول كما أسلفنا سلطة مباشرة على الشيء دون وساطة من آخر.¹

ب- حق الإنتفاع حق مؤقت: لما كان حق الإنتفاع هو حق مؤقت، كان ولا بد أن يكون لهذا الحق مدة سريان التي تنتهي بوفاة المنتفع، ليعود هذا الحق بعد إنتهاءه لمالك الرقبة، أو إنتهاء الأجل المحدد له سواء طال الأجل أو قصر، ولو كان ذلك قبل وفاة المنتفع، هذا الحكم أكدته المادة 852 قانون مدني جزائري بنصها (ينتهي حق الإنتفاع الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقرر لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المحدد ...).

ومنه لا يتصور أن يكون حق الإنتفاع أن يكون دائما، إنما من الطبيعي أن يكون حقا مؤقتا، ذلك أن يجعل الملكية في وضع إستثنائي تشتت عناصر الملكية إلى الملكية الرقبة من جهة، والمنفعة من جهة أخرى ليسترد المالك بعد إنقضاء حق الإنتفاع كامل سلطات.²

ولعل من المسلم به، وما تقتضيه الحكمة من تقرير إنتهاء حق الإنتفاع إما بإنتهاء الأجل أو بموت المنتفع، ذلك أن حق الإنتفاع يعيق عملية تداول الملكية أو المال كونه غير مؤبد لا يورث، لذا لا يستطيع

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 190.

² جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1999، ص 89 – 91.

الورثة المالكين للرقبة التصرف في الملكية المثقلة بحق الإنتفاع، كما لا يجد الورثة مشتريا للرقبة وهي معطلة أو مثقلة بحق الإنتفاع.¹

وتأكيدا لذلك ما إستقر عليه الإجتهد القضائي للمحكمة العليا من أن حق الإنتفاع وفقا لطبيعته ينتهي بإنقضاء الأجل المتفق عليه، فإن لم يتعين المدة المحددة للإنتفاع، عد مقرا لحياة المنتفع، حيث ينتهي بوفاة هذا الأخير من حيث المبدأ.²

ج- حق الإنتفاع يرد على شيء مملوك للغير غير قابل للإستهلاك:

تعرضنا في العناصر السابقة إلى كون أن حق الإنتفاع حق عيني عقاري، وأنه حق مؤقت على إعتبار أن هذه الحقوق تختلف من حيث طبيعة الأشياء، أو محل الشيء الذي ترد عليه، وبالنتيجة ينصب حق الإنتفاع المكرس في القانون المدني على أشياء غير قابلة للإستهلاك وهي التي ينحصر إستعمالها بحسب ما أعدت له، في إستهلاكها أو إنفاقها، أو بالأحرى الأشياء التي تؤدي إستعمالها إلى إستهلاكها لا يرتب عليها حق الإنتفاع، ويدخل ضمن هذه الأشياء المادية كالعقارات سواء كانت مبنية أو غير مبنية.³

كما يلاحظ أن يكون حق الإرتفاق هو الآخر محلا لحق الإنتفاع، شرط أن يشمل حق الإنتفاع العقار المنتفع، وحق الإرتفاق معا، ذلك أن حق الإنتفاع لا يترتب على حق الإرتفاق مستقلا عقار المرتفق.

¹ د/ جميلة جبار، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

² المحكمة العليا غ ع 06/14 /2012، ملف رقم 718274، م م ع 2012، العدد 02، ص 403.

³ THIERRY LEVET, propriete et de reels revue trimestrielle de droit civil, n 1, janvier/mars 2003, paris, dalloz, p 69.

ويقع عى المنتفع الإلتزام بالمحافظة على الشيء ورده في نهاية الإنتفاع، ويمكن أن يرد حق الإنتفاع على الأشياء غير المادية كحق المؤلف، وبراءات الإختراع، والقيم المنقولة كالأسهم، والسندات والمجموع من المال كالشركات والمتاجر...¹.

د- حق الإنتفاع قيد إتفاقي قانوني وارد على الملكية العقارية: إضافة إلى ما سبق من الخصائص المميزة لحق الإنتفاع، فالأصل أن القيود الإتفاقيه تقضى مباشرة إلى تقييد حرية المالك في التصرف في ملكه وتجميد الملكية العقارية، وحبسها عن التداول، فإن التنظيم التشريعي لحق الإنتفاع من شأنه أن يلعب دورا أساسيا تقييدا للملكية من التداول بموجب أحكام عامة، وضوابط معرفة من خلالها يمكن تكريس حق الملكية، وحرية المالك الناقصة في إشتراط ما شاء من القيود والشروط في التصرف في ملكه وتقليص من صلاحياته في التصرف مع الغير بخصوص العقار موضوع حق الإنتفاع، ويعتبر حق الإنتفاع قييدا إتفاقيا بين صاحب الرقبة والمنتفع بالعقار يحدد مع أساسه الشروط والأعمال، وكذا المدة المحددة لإنهاء هذا القيد على إعتبار أن هذا الحق يقيد إحدى سلطات المالك وليس عدما.

ثالثا- تمييزة حق الإنتفاع من ما يشابهه من الحقوق الأخرى:

إن مجال التفرقة بين حق الإنتفاع والحقوق المشابهة له، والتي يمكن حصرها إلا من خلال عرضها تباعا وتبياننا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لإشراكها في بعض العناصر والمميزات، وإختلافها في العناصر الأخرى، ولعل أهم الحقوق الشبيهة منها حق الإستعمال والسكن، حق الإرتفاق، يضاف إليهما

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 217.

حقوق أخرى لها علاقة أو صلة بحق الإنتفاع من حيث الموضوع، والطبيعة، وهي حق الحكر، وحق الإستئجار وحق المنفعة، وحق الشريك في الشئوع، والوقف، وهذا ما سنتناوله في العناصر التالية:

أ- تمييز حق الإنتفاع عن بعض الحقوق العينية الأخرى.

ب- تمييز حق الإنتفاع عن بعض الحقوق العينية الشخصية المشابهة له.

أ- تمييز حق الإنتفاع عن الحقوق العينية المشابهة لها: أهم هذه الحقوق هي:

1- حق الإستعمال وحق السكن: من خلال النصوص القانونية المنظمة لحق الإنتفاع لا نجد

تعريفا لحق الإستعمال وحق السكن لا في القواعد العامة أو النصوص التشريعات الخاصة، هي تكمن من إبراز مدلولات هذه الحقوق، وإستنباط أوجه الشابه والإختلاف، ويمكننا الإستئناس بالفقه، ومن بين التعريفات الفقهية لحق الإستعمال، حيث عرف الدكتور السنهوري حق الإستعمال على أنه (أن حق الإستعمال هو حق عيني يتقرر شخص على شيء مملوك لغيره، ويخول صاحب هذا الحق إستعمال الشيء لنفسه وأسرته)¹.

من خلال هذا التعريف الذي أورده الدكتور السنهوري يمكننا أن نستخلص بعض الأحكام

التي يشابه فيها (حق الإنتفاع وحق الإستعمال)، وبعض الأحكام التي يختلف فيها هذين الحقين.

¹ السنهوري، المرجع السابق، ص 175.

- حيث يعتبر كل من الحقين من طبيعة واحدة، بإعتبار أن هذه الحقوق ترد على شيء مملوك للغير، وأن أصحاب هذه الحقوق لا يمارسون سوى عنصر الإستعمال دون من التصرف وهذه الخاصية (خاصية التصرف) لا تكون إلا للمالك.

- من حيث التداخل الحقوق فيما بينهما، نجد أن حق الإستعمال يتفرع عن حق الإنتفاع حيث يشمل عنصر الإستعمال والإستغلال، حيث يلاحظ من خلال تعريف حق حسب المادة 674 من القانون المدني الجزائري، الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء...).

أن حق التمتع يقصد به حق الإنتفاع، وهذا الأخير يشمل كل من حق الإستعمال وحق الإستغلال، وعلى هذا الأساس أن صاحب حق الإستعمال لا يمارس سوى عنصر الإستعمال دون الإستغلال على عكس أن حق الإنتفاع يمارس الحقين (الإستعمال والإستغلال معا)، فلا يمكن له أن يؤجر الشيء المستعمل إلى الغير لا يملك سلطة الإستغلال، كما أن من الناحية التأصيلية أن ما ينطبق على الفرع ينطبق على الأصل والعكس غير صحيح، فحق الإنتفاع أعم وأشمل، وهذا ما أوضحتها المادة 857 من القانون المدني الجزائري على أن القواعد المنظمة لأحكام حق الإنتفاع على حق الإستعمال وحق السكن.

ولعل المادة 855 من القانون المدني الجزائري أقرت بأن (نطاق حق الإستعمال وحق السكن يتحدد بتقدير ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم، وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشئ للحق)، وهذا دلالة على أن كل من حق الإستعمال والإستغلال حقان مقصوران على صاحب الحق نفسه هو وأسرته بمقدار حاجتهم الشخصية ولا يجوز لصاحب الحق أن يتنازل عنه

للغير بمقابل أو بدون مقابل، فلا يجوز أن يؤجره، وإلا كان التصرف باطلا إذ وجد شرطا صحيحا صريحا، أو مبرر قويا، وهذا ما أقرته المادة 856.

2- حق الإنتفاع وحق الإرتفاق: نحاول من خلال هذا العنصر التمييز بين أوجه حق الإنتفاع

وحق الإرتفاق، ومن خلال تعريف حق الإرتفاق ما نصت عليه المادة 867 ق م ج.

فحق الإرتفاق وحق الإنتفاع فرعان من فروع حق الملكية، فمصدرهما القانون والإرادة، وهي حقوق عينية، وأنها حقوق من نفس الطبيعة¹، لكن ثمة إختلافات جوهرية تحدد طبيعة كل من الحقين، فإن ما يميز حق الإنتفاع عن حق الإرتفاق ما يلي:

- أن حق الإنتفاع ينشأ لفائدة شخص معين يسمى شخصي، مهما كانت صفة المستغل أما حق الإرتفاق هو عقار لصالح عقار آخر فسمى عقار المستفيد بالعقار المخدم أي المرتفق، ويسمى العقار الذي يرد عليه الحق بالعقار الخادم المرتفق به، وهذا العبء والتكليف الإستثنائي، إنما يتقرر على العقار المخدم ذاته، لا لصالح صاحبه، فإن تقرر لهذا الأخير، فإنه لا يتعلق الأمر بحق الإرتفاق.

- قد ترد هذه الحقوق العينية على عقار، فحق الإنتفاع محل الدراسة، ومن ثم لا يصح أن يكون المنقول محلا لحق الإرتفاق وأن يكون العقار محل هذه الحقوق، ويجب أن تكون عقارات بطبيعتهما، وليست عقارات بالتخصيص، لأن هذه الأخيرة هي في الأصل منقولات.

¹ السنهوري، المرجع السابق، ص 1259.

- هناك أحكام يقصر تطبيقها على حق الإرتفاق دون حق الإنتفاع مراعاة في ذلك لطبيعة الحق في حد ذاته، منها أن حق الإرتفاق حق تابع، أي يبيع حق المرتفق، ومن ملحقاته الإيجابية لا ينفصل عنه مهما طرأ هذا العقار من تصرفات ولو كانت ناقلة للحق العيني.¹

3- حق الإنتفاع والمنفعة: يمكننا أن نفرق بين عبارة الإنتفاع وعبارة المنفعة أو ما قرره

الفقهاء، فيجعلون المنفعة ما يتحقق من منافع متولدة من أصل مملوك أو مستأجر فيكون مملوكة للمنتفع يتصرف فيها تصرفا الملاك، أما حق الإنتفاع فهو المنفعة التي يستهلكها بنفسه، وليس التصرف فيها بالبيع، أو الهبة.

4- حق الإنتفاع وحق الحكر: فالحكر هو عقد يكتسب بمقتضاه حق عينيا يخوله الإنتفاع

بالأرض، وإقامة بناء عليها أو بإستعمالها للغرس، أو لأي غرض آخر، وذلك في مقابل أجره معينة.²

من خلال هذه التعاريف السابقة للمادة 26 من قانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22،

المتضمن قانون الأوقاف³، يمكننا إستخلاص أوجه التشابه أوجه الإختلاف بين حق الإنتفاع وحق الحكر المستحدث في القانون السابق الذكر.

- إنهما يشتركان في كونهما ومن حيث الطبيعة من الحقوق العينية التي تخول لصاحبها إستعمال

وإستغلال التي محل الإنتفاع من دون وساطة صاحبها.

¹ جميلة جبار، المرجع السابق، ص 53.

² جميلة جبار، المرجع السابق، ص 53.

³ القانون رقم 07/01 مؤرخ في 2001/05/22، المتمم لقانون الأوقاف، ج ر، العدد 29، الصادرة 2001/05/23.

- إنهما حقان مؤقتان ينتهيان بإنقضاء الأجل المحدد لهما أو يموت المنتفع أو الحكر، كما ينتهيان أيضا بعدم الإستعمال.

- كما أنهما يختلفان في كونهما أنهما يحتويان أحكاما مختلفة، فإذا كان موت المنتفع يؤدي حتما إلى زوال الحق، حتى ولو لم يحل الأجل، على عكس حق الحكر لا ينتهي بموت المحتكر، بل ينتقل إلى ورثته أثناء سريان مدة العقد حسب ما تقضي به المادة 26 مكرر 02 من قانون الأوقاف، ويعطي إنطبعا عن خروج عن القواعد العامة تبرره الغاية من الحكر.

- كما يختلفان أيضا من حيث الصفة، ذلك أن حق الحكر هو حق مؤقت، بينما حق الإنتفاع في هذا المجال حق مؤبد، حسب ما تقتضيه القوانين الحديثة (قانون التوجيه الفلاحي، 16/08) والقانون (03/10)، فحق الإنتفاع تملك وقفي يكون على وجه التأييد، بينهما حق الحكر يكون محدد المدة.

- يكون الإنتفاع بالملك الوقفي من دون مقابل، لأن الأصل في الوقف عقد تبرع، على عكس الحكر يكون بمقابل بإعتبار من العقود التي تكون بغرض إستثمار ملك وقفي.

ب- تمييز حق الإنتفاع عن الحقوق الشخصية: من الحقوق الشخصية التي يترتب في ملك الغير، الإيجار والوقف، وسنتطرق من خلال هذا العنصر إلى التمييز بين حق الإنتفاع عن حق الإيجار، وعن الوقف وفق ما يلي:

1- تميز حق الإنتفاع عن الإيجار: يتشابه حق الإنتفاع حق الإيجار إذ كل منهما يتمتعان بشيء مملوك للغير، فهما مجرد حائزان للشيء، لكن ثمة إختلافات جوهرية تميز الحقين عن بعضهما البعض أهمها:

- من حيث الطبيعة: فحق الإيجار يعد حقا شخصيا، بإعتباره دائما للمؤجر وهي رابطة قانونية بين الدائنين (المستأجر) والمدين (المؤجر)، فلا يمكن للدائن أن ينتقل بالعين المؤجرة إلا عن طريق المؤجر، أما حق الإنتفاع فهو حق عيني له سلطة مباشرة على الشيء المنتفع به، دون سلطة المالك.

- وحق الإنتفاع إذا ورد على عقار، فإنه يعد مالا عقاريا فإنه يخضع للشهر، ويجوز رهنه رهنا رسميا، وله الحق أن يتنازل عن حقه، دون تدخل المالك بإعتباره حقا عينيا، لكن هذا الحق لا يملكه حق الإيجار خاصة تعلق بالعين المؤجرة إذا كانت عقارا فإنه لا يستطيع أن يرهنه أو شهره أو تنقله أو يتصرف فيه.

- حق الإنتفاع له خاصية أنه حق مؤقت، فهو في الأصل حق لمدى الحياة، فهو محدود بحياة المنتفع، بعين أنه ينقضي حتما بموت صاحبه بخلاف حق المستأجر فهو في الأصل لا ينتهي بوفاة المستأجر، وإذا إنتهى فإنه يكون في حالات إستثنائية إذا كان يأخذ بعين الإعتبار شخصية المستأجر فإنه لا يورث.¹

¹ عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية، العقود وتسجيلها في الشهر العقاري، مصر، الإسكندرية، 1991، ص 542.

2- تميز حق الإنتفاع عن الوقف: من خلال التعريفات القانونية الواردة للوقف في المادة 213

من قانون الأسرة وكذا المادة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، يمكننا إبراز أهم الأوجه المشابهة بين حق الإنتفاع والوقف ومنه أن الوقف يتشابه بحق الإنتفاع، إذا أن كل منهما يخول لصاحبه التمتع بالعين موضوع حق الإنتفاع أو محل الوقف مما يمنع على صاحبها التصرف بالشيء موضوع الإنتفاع، والأعيان الموقوفة ممنوعة من التداول الناقل للملكية حالا ومآلا، وتبقى منفعتها وثمرتها لبعض الجهات الخيرية ذات النفع العام، أو الخاص أو تكون ببعض الأفراد عوناً لهم، وبراهم¹.

وأما أوجه الإختلاف، يتمثل فيما يلي:

- حق الإنتفاع حق عيني فبينما الوقف الحق المستحق فيه شخصين، وأن المستحق في الوقف لا يجوز له رهن الوقف على عكس حق الإنتفاع يجوز للمنتفع رهن حق الإنتفاع أو تأمينه لدى الغير.
- حق المنتفع حق موقت ينتهي حتما بموت المنتفع، وغير قابل للإنتقال إلى ورثته، أو أن يكون حق المستحق فقد يكون مؤبداً أو مؤقتاً، وقد ينتقل إلى الورثة بشرط واقف.
- للمنتفع حق الإستعانة بدعاوى الإسترداد لحماية حقه بين تعرض الغير²، بخلاف الوقف إذ أنه يتمتع بشخصية معنوية إعتبارية مستقلة يكسبها من السند المنشئ وله ذمة مالية مستقلة خاصة به

¹ راضية عليوان، المرجع السابق، ص 148.

² نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤوليته، جامعة الجزائر، كلية الحقوق الجزائر، سنة 2011، ص 177، 178.

يمثله المتولي تمثيلا شرعيا وصحيحا ويجب مخاصمة في كل ما يتعلق بجوهر الوقف¹، بالإضافة إلى فروقها أخرى لا يتسع المجال لحصرها.

الفرع الثاني: أسباب كسب حق الإنتفاع: بالرجوع إلى نص المادة 844 نجد أنها حددت أسباب

كسب حق الإنتفاع حيث نصت على ما يلي (يكسب حق الإنتفاع بالتعاقد وبالشفعة، وبالتقادم، أو بمقتضى القانون، يجوز أن يوصي بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقف الوصية، كما يجوز له للحمل المستكن)، من خلال هذه المادة يمكننا تحديد أسباب كسب هذا الحق بالعقد، الشفعة، التقادم، بمقتضى القانون والوصية، وبالتالي فطرق الإكتساب الأخرى التي تتلائم مع طبيعة حق الإنتفاع لا يمكن أن تكون سببا من أسباب كسبه مثل الإستلاء، ولذلك الميراث بإعتبار أن حق الإنتفاع ينتهي بوفاة المنتفع، إلا فيما ذكر سابقا كإستثناء في القانون رقم 87 - 19، وتستعصي طبيعة حق الإنتفاع على الإلتصاق فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التي تنطبق على حق الإنتفاع الوصية، العقد، الشفعة، والتقادم، فحق الإنتفاع كحق الملكية يمكن كسبه إبتداء وإنتقالا².

إذا فالملكية حق الإنتفاع تكتسب بمقتضى التصرفات القانونية، وهو المبدأ الذي سنتناوله أولا

وقد تكون وقائع مادية مصدر من مصادر كسب حق الإنتفاع العقاري العيني كإستثناء والذي سنتناوله ثانيا.

¹ نادية براهيمي، المرجع نفسه، ص 178.

² بن ناصر وهيبية، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 34.

أولاً- إعتبار المعاملات القانونية مصدر لكسب حق الإنتفاع: وعلى هذا الأساس أن المعاملات

القانونية تعتبر المبدأ الأساسي لكسب هذا الحق بوجه عام، وحق الإنتفاع بوجه خاص، فالإرادة تعتبر

الركيزة الأساسية في التصرفات القانونية، وذلك بإحداثها لآثار قانونية، فالأصل في هذا كله أن الإرادة

مصدر في إنشاء التصرفات القانونية، ولعل أهم هذه المعاملات القانونية: العقد والوصية وسنتطرق

إليهما في ما يلي:

أ- العقد: يعد من أهم أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية بصفة عامة، وحق الملكية بصفة

خاصة، العقد هو إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح أو

فعل أو عدم فعل شيء، وهذا طبقاً لنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري ومنه يتحقق سبب إنشاء

حق الإنتفاع من المالك لصالح شخص آخر لم يكن متمتعاً بهذا الحق من قبل، مع إحتفاظ المالك بسلطة

التصرف في الشيء عن طريق البيع أو المقايضة أو الهبة¹، فلا يمكن للبيع والمقايضة والهبة، وهي من أمثل

التصرفات القانونية وأوسعها إنتشاراً، أن تكون محلاً لكسب حق الإنتفاع، لأن هذه الصورة نادرة الوقوع

في الحياة العملية، فإذا كان التصرف ينصب على بيع حق الإنتفاع، بإستثناء حق الإنتفاع الممارس

على الأراضي الفلاحية، كما أن المقايضة هي الأخرى لا نجد تطبيقاتها في الحياة العملية في كسب حق

الإنتفاع.

لكن الصورة الواقعية لكسب حق الإنتفاع في العقد هو العقد الناقل للملكية بصورة مباشرة

عن طريق إحتفاظ المالك بمنفعة العين، ونقل الرقبة إلى الغير، فيصبح من كان مالك الشيء هو صاحب

¹ نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق 192.

حق المنفعة، وتميز هذا حق الإنتفاع عن حق المستأجر من حيث أن حق الإنتفاع قد يكون بعوض، أو بدونه، بخلاف عقد الإيجار الذي تعد الأجرة ركنا من أركانه.¹

والعقد المنشئ أو الناقل لحق الإنتفاع هو الذي يقرر هذا الحق وشروطه وإلتزامات المنتفع، وغير

ذلك من أحكام.²

ب- الوصية: تعتبر الوصية تصرفا قانونيا إنفراديا يبيح آثاره بإرادة واحدة، يؤدي إلى إكتساب حق

الإنتفاع، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وفاة الموصي بإعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ليس لها أثر

أثناء حياة الموصي، وإنما يترتب آثارها بعد وفاته، فحق الإنتفاع ينشأ إبتداء بالوصية، بحيث لا يمكن

إيصاء بحق الإنتفاع لأن ينتهي هذا الأخير حتما بموت المنتفع (الموصي)، ولهذا لا يجوز للمنتفع أن يوصي

بحق الإنتفاع ولا يمكن أن يكسب حق الإنتفاع إنتقالا بالوصية، وإن كانت الوصية يمكن بها إنشاء حق

الإنتفاع أساسا وإبتداء، والصورة الأكثر تداولاً وإيضاحاً، كأن يوصي المالك بحق الإنتفاع بملكته للغير

ويتخذ بطريقتين:

- الصورة الأولى: أن تتخذ شكل الوصية بحق الإنتفاع لشخص معين مع الإحتفاظ لشخص معين

مع الإحتفاظ الورثة بالرقبة أن يوصي مالك العين.

¹ رضا عبد الحلیم عبد المجید عبد الباری، الوجیز فی الملكية والحقوق العينية الأصلية، دون طبعة وسنة نشر، جامعة نبهة، مصر، 141.

² محمد حسین منصور، المرجع السابق، ص 218، 219.

- الصورة الثانية: كأن يوصي مالك الغير بالرقبة بشخص معين، مع الإيضاء بحق الإنتفاع

للورثة¹، لكن ثمة ملاحظة وهي أن لا وصي لوارث، حيث أن الوصية تتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة الموصي.

ويجوز أن يوصي المالك لأشخاص متعاقدين إذا كانوا على قيد الحياة وقف الوصية، كما يجوز

أن يوصي بحق الإنتفاع للحمل المستكن، وذلك بشرط أن تتم ولادته حياة.²

كما يشترط لإنتقال الحق الموصي له ضرورة بقاءه حيا بعد وفاة الموصي، فإذا مات لا تصبح

الوصية.³

كما يمكن أن تعلق الوصية على شرط واقف أو ناسخ، أو تقترن بأجل واقف، وهذا ما أشارت

إليه المادة 844 في القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

وتجدر الإشارة أن الوصية تثبت بعقد رسمي يحرر أمام الموثق، ولا يشترط فيه الشهر لأن

الوصية مضاف ما بعد الموت، وهذا ما أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا⁴، كما يثبت الحكم قضائي

¹ عبد الرزاق السنهوري، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، نسخة منقحة، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 1199، 1203.

² قصي سليمان، الحقوق العينية، الجزء 1 (الحقوق العينية الأصلية)، الطبعة 03، منشورات جيهان الخاصة، العراق، ص 137.

³ بن شويخ رشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مخصص قانون خاص، جامعة سعد دحلب، البلديّة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2001، 2002، ص 180.

⁴ قرار رقم 211880 الصادر بتاريخ 2011/05/30، مجلة نشرة القضاة، سنة 2006، العدد 57، ص 229، متطوقة (من المقرر قانونا أن أي عقد يعتبر تصرفا ما بعد الموت (الوصية) ولا يشترط فيه الشهر.

يؤشر على هامش أصل الملكية في حالة وجود مانع قاهر حسب ما تقتضي به المادة 43 من القانون
11/84¹.

ثانيا- الوقائع المادية كمصدر كسب حق الإنتفاع:ويمكن أن تكون للوقائع المادية تقريرا لحق

الإنتفاع أو مصدرا من مصادر إمتلاك حق الإنتفاع كالشفعة والتقادم وسنتطرق إليهما في هذا البحث
كالتالي:

أ- الشفعة: تعتبر الشفعة سبب إمتلاك حق الإنتفاع الوراد على العقارات المملوكة
للخواص، والتي تعرف كما يلي حسب المادة 794 من القانون المدني (رخصة تجيز الحلول محل المشتري
في بيع العقار ضمن الأموال والشروط المنصوص عليها...)، كما يثبت حق الشفعة حسب المادة 795 ق م
ج لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

ولهذا أمام هذه الشروط لإقرار حق الشفعة تصبح سببا لكسب الحقوق العينية العقارية بما
في ذلك حق الإنتفاع التي يباع فيها حق الإنتفاع الممارس على الشيوع، إذ يتقدم الشريك في الشيوع شراء
حق الإنتفاع بشريطة أن لا يمارس مالك الرقبة هذه الرخصة، لأن يوضعه هذا يتقدم على كل
الشركاء، ومقدم في المرتبة عند تزامم الشفعاء.

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، بمقتضى قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27،
الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 2005/02/27، العدد 15.

ولعل الحكمة من تقرير الشفعة هي دفع الضرر المتوقع للشفيع وكما لها من فوائد إقتصادية

تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد.¹

كما أن لصاحب حق الإنتفاع أن ينتفع به شخصيا طوال المدة المتفق عليها، كما له أن يتصرف

في حق للغير، ويتقيد المتصرف إليه بذات الشروط المقر بها حق الإنتفاع الأصلي، فإذا حدث وتصرف

المنتفع في حق الإنتفاع للغير، جاز لمالك الرقبة الحق في طلب المنفقة وطلب الشفعة في حق الإنتفاع المباع

للغير، فله الأولوية في ضم سلطات المالك على العقار حتى يحسن الإنتفاع به وإستغلاله، ويصبح مالكا

ملكية تامة، ويثبت هذا الحق لمالك الرقبة سواء بيع حق الإنتفاع كله أو بعضه.²

ب- التقادم كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع: يعتبر التقادم المكسب وسيلة لكسب

ملكية الشيء، أو أي حق عيني آخر إذا إستمرت حيازه مدة معينة مقررة، مع التمسك بكسب هذا الحق

دون إنقطاع، وقد إتفق الفقهاء على إعتبار التقادم سبب من أسباب إكتساب الحقوق بصفة

عامة، والحقوق العينية بصفة خاصة وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 827 في ق م ج

حيث نصت (من حاز عقارا أو منقولا، أو عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصة به

صار له ذلك ملكا، إذا إستمرت حيازته له مدة 15 سنة دون إنقطاع)، كما نصت المادة 828 من القانون

المدني الجزائري على ما يلي (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن

النية، ومستندة في وقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر 10 سنوات...).

¹ دقيش أحمد، مقال بعنوان نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، سنة 2009، ص 178.

² رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 176.

ويجب أن تفرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، فالأول الذي يكون سببا لكسب حق الإنتفاع بإعتباره حقا عينيا، أما الثاني (التقادم المسقط) فلا يكسب هذا الحق، بل يعتبر سببا لإسقاطه، ويعتبر التقادم أثر من أثار الحيازة المقترنة بمدة معينة لكسب هذا الحق (حق الإنتفاع)، لذلك يتطلب توافر عنصر الحيازة من جهة، وعنصر الزمن من جهة أخرى بإعتبار أن الحيازة حسب مفهوم الفقهاء والتشريع سلطة يمارسها شخص على شيء إستأثر به، ويوم عليه بأفعال مادية يظهر بمظهر صاحب حق الملكية أو أي حق عيني آخر على هذا الشيء¹، كما أن التقادم المكسب يقوم على إعتبارات عملية أهمها:

- إنعدام السجل العيني الذي يقوم القيد فيه دليلا مطلقا على الملكية، والذي من خلاله تتجلى الطبيعة القانونية للعقارات ومعرفة مدى خضوعها إلى التطهير ومعرفة مدى مطابقتها إلى نظام الشهر (شهر عيني وشهر شخصي).

- يجب معرفة وإثبات الحد الزمني من خلاله أنه جاز العين أو الحق العيني دون إنقطاع لأن هذا من أساسيات التقادم (الحيازة والمدة) وهو دافع لإستقرار في التعامل والإئتمان في المعاملات العقارية.

وفيه نخلص إلى القول أنه يشترط لإكتساب حق الإنتفاع عن طريق التقادم المكسب بنوعيه سواء تعلق الأمر بالمكسب الطويل، أو التقادم المكسب القصير، بتوافر جملة من الشروط ويمكن إجمالها فيما يلي:

¹ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 242.

- يجب أن تكون حيازة الحائز قانونية بمعناه أن تكون مستوفاه لكل من العنصر المادي والمعنوي، أي إقتران عملية وضع اليد مع نية التملك، مع خلو الحيازة من العيوب كأن تكون هادئة ظاهرة غير غامضة ومستمرة.¹

- المدة المقررة قانونا وهي التي يتحقق بها التقادم المكسب وهي خمسة عشر 15 سنة وعشر 10 سنوات للتقادم المكسب الطويل والقصير، ومن شأن المتقاضي تبيان الأسباب التي تكفي لإستخلاص توافر المدة الكاملة للتقادم وعلى المحكمة المختصة أن تبين إستمرارية الحيازة للمدة المقررة ينفي أي جهالة أو غموض أو لبس يكتنف التقادم.

ويبقى إستنباط شروط التقادم مسألة واقع تستغل بتقديرها محكمة موضوع، دون أن تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.²

- قيام سبب صحيح بإعتبار تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع والوصية، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز، لأنه صدر من غير المالك، كأن يكون هذا التصرف صدر من شخص ليس بمالك، أو كان مالكا له، ولكن ملكيته زالت بأثر رجعي، ويجب أن ينصب على تصرف قانوني سليم، غير باطل.

- يجب توافر شرط حسن النية وهذا ما أقرته المادة 828 من القانون المدني الجزائري والتي أقرت بإشتراط توافر حسن النية لدى الحائز، وهو أن يعتقد الحائز وقت تلقيه الملكية أو الحق أن يتلقاه من صاحبه، وتبقى مسألة حسن النية سلطة تقديرية لقاضي الموضوع.

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الخامسة، سنة 2006، ص 96.
² المستشار أنور، التقادم، الملكية القانونية، دون مكان الطبع أو العدد، سنة 2004، ص 475.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة على قيام حق الإنتفاع وأسباب إنتهاءه:

من خلال ما أوردناه سابقا في المطلب الأول من مفهوم حق الإنتفاع وكذا خصائصه ومميزاته وأسباب قيام هذا الحق، كان لا بد لنا من غرض الأثار المترتبة على قيام الإنتفاع وأسباب إنقضائه كسابقه من الشرط وحق الإرتفاق وسنعالج هذا المطلب ما يلي:

الفرع الأول: الأثار المترتبة على قيام حق الإنتفاع.

الفرع الثاني: أسباب إنتهاء حق الإنتفاع.

الفرع الأول: أثار كسب حق الإنتفاع: يترتب عن إكتساب حق الإنتفاع أثار لكل أطراف هذا الحق

(المنتفع، ومالك الرقبة) فيصبح لكل منهما حقوقا وإلتزامات محددة قانونا وقد يحدد بعضهما في سند

إنشاء هذا الحق، حيث جاء في نص المادة 845 ق م ج (يراعى في حقوق المنتفع وإلتزاماته السند الذي أنشأ

حق الإنتفاع، وكذلك الأحكام المقررة في المواد التالية)، ومن خلال نص المادة أن السند الذي أنشأ حق

الإنتفاع والرجوع إليه في إثبات الحقوق والإلتزامات المترتبة من الجانبين سواء كان السند أنشأ وفق العقد

أو الوصية، أو عقد البيع المشفوع، أو الشفعة ويمكن تقسيم هذه الأثار إلى أثار بالنسبة إلى المنتفع، وأثار

تتعلق بصاحب مالك الرقبة حيث أنه يترتب حقوقا للمنتفع يقابلها إلتزامات في ذمة مالك

الرقبة، وليتحمل المنتفع إلتزامات في مواجهة المالك، ومنه يمكن معالجة هذا العنصر في ما يلي:

أولا: أثار حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع.

ثانيا: أثار حق الإنتفاع بالنسبة لمالك الرقبة.

أولاً- حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع: يرتب القانون في ذمة المنتفع جملة من الحقوق عدة إلتزاماته نحو مالك الرقبة وفي مواجهة المالك، وسنتطرق إلى كل من حقوق المنتفع وكذا إلتزاماته على النحو التالي:

أ- حقوق المنتفع: ولعل أهم الحقوق التي تنسب إلى ذمة المنتفع، الحق العيني المترتب على العين المنتفع بها، والمتمثل في حق الإنتفاع الذي تتفرع فيه جميع الحقوق كحقه في إستعمال الشيء المنتفع، كذلك حق إستغلاله أو ما يعرف مجملاً (حق التمتع)، ولأن حق عنصر الإستغلال أو عنصر الإستعمال عنصران يتمتعان بهما صاحب الإنتفاع، وبالمقابل يثبت لمالك الرقبة حق التصرف، وبعيدا عن الخلط بين هذه العناصر يمكن إنقاء على ملكية الشيء في يد صاحبه وهو المالك، وإنتقال التصرف إنتقاد المالك لأكبر خاصية في حق الملكية أو حق العيني، وإنتقال حق التصرف إلى الغير معناه هو تصرف قانوني وليس حق الإنتفاع ولهذا يخول عنصر الإستغلال والإستعمال للمنتفع إدارة الشيء المنتفع به مع مراعاة حق التصرف فيه دون التصرف في الرقبة، كما يخول له أن يباشر في ذلك الدعاوى التي يحمي بها حقوقه، مما ينتج لنا التطرق إلى هذه الحقوق تباعا وهي:

1- حق المنتفع في إستعمال الشيء وإستغلاله.

2- حق المنتفع في ممارسة سلطته على الشيء المنتفع.

1- حق المنتفع في إستعمال الشيء وإستغلاله: بعد إستفادة صاحب الإنتفاع من حق

الإنتفاع، وتنتقل إليه سلطات التمتع المتمثلة في عنصرين حق الإستعمال وحق الإستغلال سنتطرق إليهما تباعا.

1-1- حق المنتفع في إستعمال الشيء: للمنتفع أن يستعمل الشيء بإستخدامه وتوابعه

للحصول على منافعه، وعلى المنتفع أن يتقيد عن إستعمال الشيء بأن يكون هذا الإستعمال منسجمة مع طبيعة الشيء موضوع الإنتفاع، حيث يحل بذلك المنتفع محل المالك في إستعمال الشيء سواء كان إستعمالاً شخصياً أو بواسطة الغير، مراعيًا عدم الإستعمال مما يؤدي إلى تلفه، أو إستهلاكه، دون تجاوز حدود سلطة الإستعمال إلى سلطة التصرف المادي بالشيء التي لا تثبت إلا للمالك الرقبة¹، كما أن إستعمال المنتفع للشيء، هو إستعمال غير مطلق، بل مقيد بالقيود التي فرضها القانون على المالك وهي نفس القيود التي كان المالك يتقيد بها قبل أن يتنازل عن حق الإنتفاع، فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار، إلا في حدود المسافة المقررة قانوناً، كما لا يجب أن يؤدي الإستعمال إلحاق ضرر غير مألوف بالجار.²

وهذا ما نصت عليه المادة 01/847 من القانون المدني (على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته

التي تسلمه به وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة).

كما أشارت المادة 847 فقرة 02 من القانون المدني على أنه (وللمالك أن يعترض على أي

إستعمال غير مشروع، وللمالك أن يعترض على هذا أي الإستعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة

الشيء...)، فإذا كان الإستعمال غير مشروع فللمالك الحق أن يعترض على هذا الإستعمال شرط أن يثبت

بأن حقوقه في خطر، وقد أجاز له المشرع أن يطالب بتقديم تأمينات من طرف المنتفع لضمان

حقوقه، فإن لم يقدمها المنتفع، أو إستمر على الرغم من إعتراض المالك في إستعمال الشيء إستعمالاً غير

¹ قصي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

² جبار جميلة، المرجع السابق، ص 140.

مشروع، أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فالقاضي أن ينزع العين من تحت المنتفع وأن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة المال أن يقرر إنتهاء حق الإنتفاع دون الإخلال بحقوق الغير).

1-2- حق المنتفع في إستغلال الشيء المنتفع: حق الإستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة

للحصول على ثمار الشيء، والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دون المساس بجوهره ويخول حق المنتفع للمنتفع أن ينتقل الشيء، والحق في الإستغلال هو الذي يميز حق الإنتفاع عن حق الإستغلال وحق السكنى، حيث لا يجوز فيهما الإستغلال الشيء.¹

وقد حددت المادة 846 من القانون المدني الجزائري أن الثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع مدة إنتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة 839 ...) فالأصل أن حق المنتفع في إستغلال الشيء ينصب على الثمار لا على المنتجات سواء كانت هذه الثمار طبيعية أو صناعية²، كما يمكن أن يكون الإستغلال مباشرا كأن يقوم المنتفع بزراعة الأرض المنتفع بها بنفسه ويجني ثمارها، وقد نستعرض بعض الحالات عملية لحق الإنتفاع التي تبرز المنتفع في الإستغلال ومنها حق الإنتفاع بقطيع من المواشي، وحق الإنتفاع بالمنجز، وحق الإنتفاع بالأسهم والحصص والسندات.

- حق الإنتفاع بقطيع من المواشي: وهو ما نصت عليه المادة 02/851 ق م ج (... وله نتاج المواشي

بعد أن يعرض منها ما هلك من الأصل سبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة).

¹ بن ناصر وهيبية، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، فرع القانون العقاري والزراعي، جامعة البلية، لكلية الحقوق، 2000 – 2001، ص 64.
² محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 879، 880.

- حق الإنتفاع بالمنجز وهو مجموع من المال يشمل عناصر مختلفة، أو هو تفاعل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية شكل محل تجاري مثل البضائع والأثاث، ومنها غير المادي أي المعنوي كالحق في الإيجار، حق الإتصال بالعملاء، والسمعة التجارية، وكذا الإسم التجاري، والعلامة التجارية إذ يجوز أن يرتب حق الإنتفاع على المتجر بإعتباره مجموع من المال الذي يقع عليه حق الإنتفاع لا على ما يشمل عليه من عناصر منفصلة عن بعضها البعض¹، ويتمثل حق المنتفع في إستغلال ثمار المنجز عن طريق الحصول على أرباح، ولكن يجب عليه أن يخصم جزء من الأرباح يخصصه للتعويض عن إستهلاك الآلات، وغيرها من المهمات ... الخ.

- الإنتفاع بالأسهم والحصص أو السندات: السهم في الشركة كشركاء في المساهمة، أو الحصة في بعض الشركة الأخرى، كالشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات القومية وشركات التضامن بتفاوت ريعها بتفاوت أرباحها، أما السند فهو دين على الشركة بمقدار قيمته الإسمية أو ما يدفع للسند من فوائد فهذه كلها من الأشياء التي ينتفع بها صاحب الإنتفاع.

2- مدى سلطة المنتفع على الشيء المنتفع به: يثبت للمنتفع من السلطات القانونية ما

يمكنه من ممارسة حق الإنتفاع بالشيء فله أن يقوم بالأعمال الإدارية التي يتطلبها الإنتفاع، وله أن يقوم بأعمال التصرف، لكن في حق الإنتفاع، فقط دون حق الرقبة، كما أنه له في ذلك حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بحق الإنتفاع نفسه، أو بالحقوق التي يتضمنها حق الإنتفاع وأهم هذه الأعمال هي أعمال الإدارة، وكذا أعمال التصرف.

¹ جميلة جبار، المرجع السابق، ص 142.

- أعمال الإدارة: من جملة الأعمال الإدارة التي يخولها حق الإنتفاع للمنتفع، عي الإيجار إستفاء

الحقوق بيع المحصول، حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات ...

- أعمال التصرف: بإعتبار أن صاحب الإنتفاع أنه يملك بالإضافة إلى سلطة الإستعمال والإستغلال

فإنه حق التصرف دون أن يمتد ذلك إلى حق الرقبة، حيث أن التصرف في حق الإنتفاع يمكنه من النزول

عنه للغير، أو رهنه أو ترتيب حق عيني أصلي عليه حق مباشرة الدعوى طبقا للإتفاق المبرم بينه ومالك

الرقبة.

ب- **إلتزامات المنتفع:** تمثل إلتزامات صاحب الإنتفاع أو المنتفع حقوقا بالنسبة لمالك الرقبة إلا

في بعض الخصائص التي يتميز بها حق الإنتفاع هذه الإلتزامات تترتب وتنشأ بناء على وقائع مادية تمثل

في وجود الشيء المنتفع به في يد المنتفع، وهذه الإلتزامات محددة وجاءت في نصوص القانون المدني 847 -

851 منه، والذي يهمننا في هذا العنصر الإنتفاع حق العيني العقاري دون المنقول ونحن نستعرض القيود

الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية وإعتبار حق الإنتفاع العيني العقاري أحد أهم هذه القيود

والتي تنقص من حق الملكية ولا تعدمه، ومادام الحال أن الإلتزامات تترتب على وقائع مادية فهذا يستوجب

عليه صيانة، وحفظ العين المنتفع بها حتى ترد إلى المالك بعد إنتهاء حق الإنتفاع، بالإضافة إلى إتخاذ كافة

الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض ونستعرض إلى مجمل هذه الإلتزامات بما يلي:

1- **إستعمال الشيء بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة:** بالرجوع إلى أحكام المادة

01/847 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على ما يلي (على المنتفع أن يستعمل الشيء حالته

التي تسلمه بها، وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة)، حيث يجب أن يكون إستعمال المنتفع للشيء

متفقا مع المنفعة المقصود منه وتعرف المنفعة المقصودة من الشيء إما طبيعية من إرادة مالك الرقبة فمن رتب حق الإنتفاع على عقاره، وإشترط الإنتفاع به للسكن فقط وجب على الإلتزام بذلك¹، فلا يجوز للمنتفع أن يحول هذا المنزل إلى غرض آخر غير السكن بل يجوز له أن يسكنه بنفسه أو يؤجره إلى غيره للسكن، وعلى إعتبار أن هذا من أعمال التصرف التي يمكن للمنتفع أن يقوم كليا، كما أن مضمون هذا الإلتزام منه أن يدير العين إدارة حسنة على أن يبذل قصارى جهده في إدارة الشيء وإستغلاله وعناية الرجل العادي²، كما أن للمالك (أي مالك الرقبة) أن يطالب بتأمينات كالكفالة أو الرهن تعويض عن ما ينجم من أضرار نتيجة إستعماله غير المشروع، ويجوز له أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها في حال إستمرار المنتفع في سوء إستعماله لهذا الحق، وبهذا نصت عليه المادة 02/847 لتوضيح هذا المبتغى وتقريره بما يتلائم مع طبيعة الإستعمال ويتناسب مع مقتضيات الإلتزامات المفروضة.

2- صيانة الشيء المنتفع به، وتحمل عبء التكاليف المعتادة: المنتفع ملزم أثناء إنتفاعه بكل ما يعرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة، وتفرضها متطلبات التعاقد والإتفاق، وتتملها ظروف الصيانة أو عناية الرجل العادي، أما التكاليف غير المعتادة فلا تدخل ضمن حسابات الصيانة ومن أعمال المنتفع وعلى أن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، وإذا كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق كان له إسترداد رأس المال عند إنتهاء حق الإنتفاع.³

¹ علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، طبعة 01، دار الثقافة الأردن، سنة 2005، ص 252 – 253.

² السنهوري، المرجع السابق، ص 1231.

³ محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 385.

كما أن المنتفع أن يحفظ الأشياء المقرر عليها حقه بحالة جيدة ويجب عليه أن يمنع التقادم، وأن يحدد قيد الرهن الرسمي، وإذا حصل التعدي على العقار يجب على المنتفع أن يخطر المالك وإلا ألزم بتعويض ما يلحق المالك من الضرر.¹

3- حفظ الشيء والمسؤولية على هلاكه: بالرجوع إلى أحكام المادتين 849 و850 من القانون

المدني الجزائري والتي تنصان على أنه هناك إلتزام يقع على عاتق المنتفع ويتمثل في الإلتزام في المحافظة على الشيء، ومن جملة الأعمال المقررة للحفظ وهي:

- إخطار مالك الرقبة بكل ما تعرض له العين من خطر لتدارك بترميمها سبب الهلاك.
- القيام بأعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على الشيء.
- تحديد المنتفع التأمين بدفع أقساط طوال مدة إنتفاعه.²

ثانيا- آثار حق الإنتفاع بالنسبة لمالك الرقبة: الأصل في حق الإنتفاع أن الحقوق والإلتزامات أو

في العقد تكون متبادلة ومتقابلة وكما يرتب كسب حق الإنتفاع آثار بالنسبة للمنتفع وموازاة مع ذلك يترتب في المقابل آثار بالنسبة لمالك الرقبة، وحيث أن مالك الرقبة يلتزم تجاه المنتفع بعدة إلتزامات لتمكين المنتفع من ممارسة حقوقه القانونية كاملة، لذلك تقوم بتقسيم هذا العنصر إلى ما يلي:

1- حقوق مالك الرقبة.

2- إلتزامات مالك الرقبة.

¹ جبار جميلة، المرجع السابق، ص 144.
² السنهوري، المرجع السابق، ص 1238.

أ- حقوق مالك الرقبة: يشمل حقوق مالك الرقبة حق التصرف وحق الحصول على ما تنتجه

العين من دون الثمار، حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بالرقبة وستنطرق إليها تباعا.

1- حق التصرف في الرقبة: إذا قام حق الإنتفاع فلمالك الرقبة أن يتنازل عن عنصرين

من عناصر حق الملكية وهما (حق الإستعمال وحق الإستغلال) بالمقابل يحتفظ لنفسه لعنصر

التصرف، وهو عنصر جوهري، وله حق التصرف في العين محل الإنتفاع دون أن يكون هناك تعارض

مع حق المنتفع، أو يكون من هذا التصرف أن يؤدي إلى إلحاق ضرر بالعين المنتفع بها إذ تنتقل الملكية أو

الأملك وهي مثقلة بحق الإنتفاع¹، كما أنها تنقل جميع حقوق المالك السابق إلى المالك الجديد، ويتقرر

لصالح هذا الأخير ملكية التي بعد إنتهاء، كما أن لمالك الرقبة أن يرهن ملكيته رهنا رسميا، ولدائنيه أن

يأخذوا عليها حق إختصاص كما يرتب عليها حق إمتياز، كما له أي لمالك الرقبة أن يرتب حق الإرتفاق

على العقار لكن شرط أن لا يتعارض حق الإرتفاق مع حق الإنتفاع إلا بعد إنتهاء حق الإنتفاع، وفي حالة

إذا بيع العقار من قبل مالك الرقبة، لا ينفذ هذا البيع في حق المنتفع إلا برضاه، وقد يتفقان على أن

يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه، أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة، على أن يكون

للمنتفع فوائده إلى نهاية حق الإنتفاع، أو على أمر آخر يرتضيان له معا.²

2- الحق في الحصول على منتجات العين من دون الثمار: من المسلم به أن تكون ثمار

العين المنتفع، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثمارا يكون لمالك الرقبة، وهذا ما قرره المادة 846

¹FREDERE ZENATI, prprie et droit reels, revue trimestrielle de droit civil, n 03, september, paris, dalloz, p 523, 524.

² بن ناصر وهيبية، المرجع السابق، ص 109.

من القانون المدني الجزائري (ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع بقدر مدة إنتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 839)، فالقاعدة العامة أن الثمار تكون لفائدة صاحب الإنتفاع أو المنتفع وإلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، والتي يستوجب أن ما عدا الثمار تكون لفائدة مالك الرقبة فمثلا إذا كان الشيء المنتفع به سندا أو سهما، وبيع جائزة، فالجائزة لا تعتبر ثمارا وتكون لمالك الرقبة، كما أن الكنز الذي يعثر عليه في العقار المنتفع به يكون لمالك الرقبة دون المنتفع، بل إن المنتفع لا يحق له الحصول على الفوائد في هذه الحالة لأن الكنز مال مستقل عن العقار وليس نتاجا له.¹

3- حق المالك في مباشرة الدعاوى المتعلقة بالرقبة: لمالك الرقبة حق في حماية حقه

في الرقبة وهذا بإستعمال الحق في مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة، فله أن يرفع دعوى الإستحقاق، ودعوى الحيازة، ودعوى الإقرار بحق الإرتفاق أو إنكاره وكذا دعوى تعيين الحدود وتجدر الإشارة إلى أن كل الدعاوى التي يتم رفعها من قبل المنتفع أو مالك الرقبة يجب أن يتم شهرها لدى المحافظة العقارية حتى تكون حجة على الغير.²

ب- إلتزامات مالك الرقبة: كما أن للمنتفع إلتزامات تجاه مالك الرقبة، فهذا الأخير لا توجد له

إلتزامات شخصية، إلا ما رتبته سند إنشاء حق الإنتفاع، ولما كان هذا الأمر أساسه العقد، إلا أنه لا يجوز لمالك الرقبة في تعطيل أو إنقاص من حق الإنتفاع الذي يتمتع به المنتفع، كما لا يجوز لمالك الرقبة أن يدخل أي تعديل في العين دون موافقة المنتفع، كما يلتزم بالقيام بالإصلاحات الجسيمة حتى يحافظ

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 915، 916.

² بوكروش نوال، المرجع السابق، ص 48، 56.

على سلامة العين المنتفع بها، كما له الحق في التصرف في الرقبة بما يعود على المنتفع، ومنه أن نتناول في هذا العنصر إلتزامات مالك الرقبة والمتمثلة في

1- الإلتزام بعدم المساس بحقوق المنتفع: إذ لا يجوز لمالك الرقبة أن يقوم بأي تصرف يعيق

أو ينقص من حق المنتفع، بالرغم من أن المنتفع لا يمكنه منع مالك الرقبة من القيام بأعمال تقتضيها المحافظة على الشيء محل الحق العين، لو أدى إلى إنقاص من حق المنتفع، كما له القيام بالإصلاحات الجسيمة، ولو لم يوافق المنتفع وأدى ذلك إلى حرمانه من حقه في الإنتفاع خلال مدة التمتع بهذا الحق، ودون أن يرتب على ذلك تعويض لفائدة المنتفع في ذمة مالك الرقبة عن هذه المدة، وما يتطلبه المحافظة من سلامة العين، وما يقتضيه المصلحة.

ثمة رأي آخر في الفقه الإسلامي والذي يدعوا تضامن بين الطرفين، وتعاون أكبر بين مالك الرقبة، والمنتفع.

2- الإلتزام بنفقات الإصلاح: بالرجوع إلى أحكام المادة 50 من القانون المدني الجزائري

والتي فمقتضاها أن المالك يلزم بالقيام بالإصلاحات، لتكون العين صالحة للإنتفاع بها، وعليه كل المصاريف والنفقات التي تخص هذه الإصلاحات تقع على عاتق مالك الرقبة، وهذا ما قرره المادة السالف الذكر.

الفرع الثاني: أسباب إنقضاء حق الإنتفاع:

نظم المشرع الجزائري في المواد 852 – 854 من القانون المدني الجزائري أسباب إنتهاء حق الإنتفاع، وقد وردت هذه الأسباب على النحو التالي: ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين المحدد، أو بموت المنتفع قبل حلول الأجل، وينتهي كذلك بهلاك الشيء، وكذلك ينتهي بعدم الإستعمال مدة ضمن 15 خمسة عشر سنة، ولكن هناك أسباب لم ينص المشرع عليها ولكن جاء دور الفقهاء بإستنباطها من النظام القانوني لحق الإنتفاع، وهي على النحو التالي ينقضي حق الإنتفاع بعدول المنتفع عنه، وكذلك ينتهي بإجتماع صفتي الملك والمنتفع (إتحاد الذمة)، كذلك ينتهي حق الإنتفاع بسبب سوء الإستعمال، ومن جميع ما سبق يتضح أن هناك أسباب تناولها المشرع، وأسباب أخرى تناولها الفقهاء من التنظيم القانوني لحق الإنتفاع وسوف نتناول كل منهما في عنصر مستقل على النحو التالي:

أولا- أسباب إنتهاء حق الإنتفاع التي أوردتها القانون:

ذكرنا أن المشرع تناول أسباب إنتهاء حق الإنتفاع في المواد 852 حتى 854 من القانون المدني الجزائري والمشرع المصري كإستئناس لنا في بحثنا هذا من المواد 993 حتى 995 هي كما يلي:

أ- إنتهاء حق الإنتفاع بإنهاء المدة المحددة للإنتفاع أو بموت المنتفع: من خلال إستقراءنا للمواد السابقة يتضح أن مدة حق الإنتفاع تتحدد في أقرب الأجلين المدة المتفق عليها في سند إنشاء حق الإنتفاع، أو مدة حياة المنتفع، وعلى ذلك إذا أبرم شخص حق إنتفاع بآخر وأتفق على أن المدة المحددة لإنهاء حق الإنتفاع، وقبل إنتهاء هذه المدة وتوفي الشخص المقرر له حق الإنتفاع فإن حق الإنتفاع طبقا

للمادة 852 ق م ج ينتهي حتما بهذه المدة¹، كما يتضح في نفس المادة أن حق الإنتفاع لا يورث وبالتالي إذا ورد شرط في السند المنشئ بحق الإنتفاع ينص على إنتقال حق الإنتفاع بالميراث مادامت مدة الإنتفاع قائمة يقع هذا الشرط باطلا ويبطل باقي العقد أو الوصية صحيحة ما لم تكن هي الأساس في التعاقد أو إبرام الوصية حيث أن تحديد أجل الإنتفاع إنما يتعلق بالنظام العام وذلك أن سماح بإنتقال الإنتفاع بالميراث يؤدي إلى تحمل الملكية بعبء ثقيل يحول تناول الثروات.²

ب- إنتهاء حق الإنتفاع بهلاك الشيء محل الإنتفاع: من خلال المادة 853 من القانون المدني

الجزائري يتضح أن المشرع ذكر لفظ "الشيء" دون أن يذكر طبيعة هذا الهلاك، من حيث كونه ماديا أو قانونيا، فقد يكون الهلاك ماديا كما لو إنعدم البناء أو نشب حريق فيه، وقد يكون هلاك قانونيا كما لو خرج الشيء المنتفع به من نطاق التعامل كما لو صدر قرار ينزع ملكية للمنفعة العامة.³

كما يتضح من المادة السابقة أن المشرع فرق بين إذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع أو خطأ مالك الرقبة، أو خطأ الغير، فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع فيكون ملزما بإعادة الشيء إلى أصله، ويعود حق الإنتفاع، أما إذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ مالك الرقبة، فإن إعادة الشيء إلى أصله تكون عليه، ويعود أيضا حق الإنتفاع، ويكون ملزما بتعويض المنتفع عن المدة التي فاتته فيها الإنتفاع أما

¹ د/ سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، طبعة 2008، القاهرة، ص 852.

² أحمد سعد إبراهيم علي زيدان، حق الإنتفاع في القانون المدني المصري، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثاني وستون أكتوبر 2023، ص

43.

³ توفيق حسن فرج الصدة، المرجع السابق، ص 252.

إذا كان الهلاك راجعا إلى الغير إنتقل حق الإنتفاع إلى مبلغ التعويض الذي يلزم به الغير، فإذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة انتقل حق المنتفع إلى تعويض نزع الملكية.¹

وما يمكن تقريره في هذا العنصر أن الهلاك الذي يترتب عليه حق الإنتفاع هو الهلاك الكلي وليس الجزئي، ويجب أن تفرق بين أمرين في الهلاك، فإذا كان الهلاك الجزئي لا ينقضي حق الإنتفاع ولكنه يظل على ما يبقى من الشيء محل الإنتفاع مع مراعاة من المتسبب في هلاك الشيء، أما إذا كان الهلاك كليا ينقضي حق الإنتفاع إنقضاء مطلقا، بمعنى أنه لا يكون للمنتفع أي حق بالنسبة لبقايا الشيء²، كما هو حاصل في البناء إذا أنهدم كليا، يكون حق الإنتفاع منقضيا تماما.

ج- إنتهاء حق الإنتفاع بعدم الإستعمال مدة خمس عشرة سنة:

تنص المادة 854 قانون مدني جزائري على أنه (ينتهي حق الإنتفاع بعدم الإستعمال مدة خمسة عشرة سنة) ويتضح من هذه المادة أن حق الإنتفاع ككل حق عيني ما عدا الملكية يسقط بعدم الإستعمال المدة الطويلة، ويلاحظ أن هذا السبب لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة في التقادم المسقط، فحق الإنتفاع عبء فادح على الملكية، يجردها طوال قيامه من كل قيمة حقيقية، ويتعين عدم بقاء هذا الحق، إلا لمصلحة لمن يتقرر له ذلك.³

وقد يوقف كلما وجد سبب أو عذر يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل العين، كما لو كان المنتفع قاصرا، أو ليس له ولي أو وصي، أو قد ينقطع التقادم بإستعمال المنتفع، أو ما ينوب عنه، ولو مرة

¹ د/ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 525.

² محمد سعد إبراهيم علي زيدان، المرجع السابق، ص 45.

³ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، جامعة القاهرة، سنة 1978، ص 606.

واحدة، وحتى ولو كان فيه سوء إستعمال الحق خلال هذه الفترة¹، ومهما يكن متى إنتهى حق الإنتفاع بعدم الإستعمال عاد الحق إلى مالك الرقبة، وسقط حق الإنتفاع بالتقادم المسقط.

ثانيا- أسباب إنتهاء حق الإنتفاع غير المنصوص عليها صراحة: تعتبر هذه الأسباب المفضية

لإنتهاء حق الإنتفاع هي أسباب أوردتها الفقهاء بإستنباط من النصوص القانونية والواقع العملي، ومن خلال ما تضمنته حق الإنتفاع من مبررات تشريعية لإنقضائه، فقد حدد الفقهاء هذه الأسباب فيما يلي وهي: نزول المنتفع عن حق الإنتفاع، وإنتهاء حق الإنتفاع بإتحاد الذمة، وكذا إنتهاؤه بتملكه بالتقادم المكسب، وسنتعرض إلى هذه الأسباب فيما يلي:

أ- إنتهاء حق الإنتفاع بالنزول عنه: يقصد بالنزول حق الإنتفاع بنزول المنتفع عدول المنتفع

عن الإنتفاع، فينقضي حق الإنتفاع بعدول صاحبه عنه، ويقع العدول لإرادة المنفردة، وقد يقع بالإتفاق مع مالك الرقبة، فإذا وقع النزول بإرادة المنتفع زال الحق، إذ لا يوجد المشرع شكل خاص لهذه الإرادة، بل يصح أن تكون إرادة طلبه²، ومن خلال هذه الإرادة يكون للمنتفع التخلي عن حق الإنتفاع بأن يقوم بتركه، وسعي بالنزول المسقط، ويسترد المالك (مالك الرقبة) جميع عناصر الملكية.

أما إذا كان النزول بإتفاق بين مالك الرقبة والمنتفع، في شكل تبرع من جانب المنتفع، أو يكون

الإتفاق معاوضة إذا ما قدم مالك الرقبة للمنتفع مقابلا لنزوله حق الإنتفاع، وهو نزول حق

¹ د/ علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص 208.

² وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 232.

الإنتفاع، وليس نقلا له ذلك أن هذا الأمر ليس بحاجة إلى أن ينتقل له حق الإنتفاع، بل يكفي عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة.¹

وفي جميع الأحوال سواء كان النزول مسقطا، أو ناقلا إذا ما ورد على عقار، فإنه لا يحتج به على الغير، إلا بالتسجيل، ولا يحتج بهذا النزول أيضا على أصحاب الحقوق المقيدة على حق الإنتفاع قبل حصوله، بحيث تبقى لهم حقوقهم على عناصرها إلى نهايته الطبيعية بحلول أجله أو بموت صاحبه، ويجوز لهم الطعن في هذا النزول.

ب- إنتهاء حق الإنتفاع بإتحاد الذمة أو بالإدغام:

وتعرف إتحاد الذمة حسب المادة 304 قانون مدني جزائري (إذا إجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، إنقضى هذا بالقدر الذي إتحدت فيه الذمة...)، وتطبيق على حق الإنتفاع نجد أن الحق ينتهي بإتحاد الذمة، ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقبة إلى المنتفع فيجتمع في هذا الأخير صفتا المنتفع ومالك الرقبة، أو بأن ينتقل حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع هذا أيضا في مالك الرقبة صفتا المالك المنتفع، وهذه الحالتين ينتهي حق الإنتفاع، وبإنتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمنتفع، وإما المالك الرقبة بحسب الأحوال، ويعتبر هذا جمع كل السلطات في يد واحدة.

ج- أسباب إنتهاء حق الإنتفاع بتملكه بالتقادم المكسب: تنص المادة 827 قانون مدني جزائري على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً، أو حقا عينيا منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو خاصا به

¹ جميلة جبار، المرجع السابق، ص 204.

صارا له ذلك ملكا إذا إستمرت حيازته له لمدة خمسة عشر 15 سنة بدون إنقطاع)، كما نصت المادة 828

قانون مدني جزائري على أنه (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن

النية، ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكتسب تكون عشر سنوات ...).

فيفترض في هذا الوضع أن شخصا وضع يده على حق الإنتفاع، فكسبه بالتقادم أو الحيازة

وبهذا يفقد المنتفع الأصلي حقه لا بعدم الإستعمال الذي يجب أن يدوم لمدة معينة مقررة قانونا، بل لأن

الغير قد كسب هذا الحق بالتقادم طبقا للمادتين السالفتين الذكر.

الخاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية تبين ان الموضوع متداخل ومتشعب من مختلف موضوعات القانون المدني والقوانين الخاصة، خاصة قانون الالتزامات والعقود والحقوق العينية الاصلية، والتبعية، وقانون الاسرة، والفقہ الإسلامي، وكذا القانون العقاري بمختلف فروع ومواضيعه، ورغم هذا التداخل والتشعب أعطى للموضوع قيمة حقيقية مستقلة، وجب الكشف عنها من خلال اعمال جميع النصوص المتعلقة بالملكية العقارية (تعريفها، طرق اكتسابها، أنواعها، القيود الواردة عليها عناصرها...).

ومن منطلق أن القيد الاتفاقي استثناء للقاعدة العامة لمبدأ التداولية أصبحت الشروط الاتفاقية شائعة في كثير من المعاملات المالية المعاصرة استنادا لعمل الحرية التعاقدية التي اعتنقتها مختلف الشرائع السماوية والقوانين الوطنية، والتي اقرت حرية الإرادة وانشائها للعقود، وارتباطها للمتغيرات في حياة الناس، ورفع الحرج عنه. ومنها القانون الجزائري الذي تبني هذا الخيار من خلال تناول الملكية العقارية والقيود الواردة عليها، والذي يعترف لمشروعية القيود الاتفاقية ضمنا في بعضها وتصريحا في بعض الاخر كما هو الشأن في الحقوق الارتفاقية الاتفاقية، وحق الانتفاع، والتي أوردناها في هذا البحث المتواضع، كما انه اعترف بالشرط المانع من التصرف من خلال النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بالسكنات الممنوحة والممولة من طرف الدولة.

صحيح أن المشرع الجزائري لم ينظم القيد الاتفاقي تنظيما محكما يمكن الرجوع اليه على غرار التقنيات العقارية (المصري، والأردني، الاماراتي، ...) لكنه اعطى للإرادة المنفردة كامل الصلاحيات في اتخاذ ما يمكن اتخاذه في اشتراطه للقيود الاتفاقية في العقود والتصرفات دون ان يضع لها نظرية عامة تبين احكامها واثارها عملا بالقواعد العامة التي يعمل بها دون حاجة لنص أو اجتهاد.

كما تبين من الدراسة، ابتداء ما اصبح للإرادة من قدرة على تقييد حق الملكية ببعض القيود على أساس الاتفاق، ومن أبرز آثار الإرادة في هذا المجال القيد الاتفاقي أو الشروط المقترنة في العقود

والتي ينتقص من السلطات التي يخولها حق الملكية، إذ يسلب من المالك أحد سلطاته التي تميزه عن غيره، لمدة معقولة تقتضيه المصالح.

وانطلاقاً من أن العقود هي شريعة المتعاقدين، ومن خلالها تحقيق العدالة، حيث أن النظرية التقليدية للعقد تركز على مسلمة مفادها أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل كان للأطراف المتعاقدة تفعيل الحرية التعاقدية في تقرير ما تراه من شروط أو قيود لتحقيق هذا المبتغى وان التشريع يجب ان يتجاوب مع هذه الإرادة بما يحقق المصالح العام.

وقد تركزت دراستنا على مواضيع محددة، ومن المواضيع التي تحتج الى الدراسة والبحث في موضوعنا في أنواع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية، والتي تم تصنيفها حسب الغاية والقصد وطبيعة التقييد (تقييد سلطات المالك)، أو بحسب نوع التصرف، فهناك القيود التي تنصب على التصرفات القانونية، وهناك القيود التي تنصب على التصرفات المادية. بالرغم من أن الدراسات والأبحاث السابقة في دراسة هذا النوع من التقييد (القيد الاتفاقي) هي قليلة إن لم نقل منعدمة تماماً والتي اقتصرت على نوع واحد وهو الشرط المانع من التصرف والذي اورثناه مستقلاً في فصل واحد لما له من أهمية في تحقيق التوازن بين مختلف الشروط والقيود وكما أوردنا قيدين في دراستنا وهما حق الارتفاق والاتفاقي وحق الانتفاع بالرغم من انهما قيدين قانونيين لكن الاصل فيهما هو الاتفاق والدراسة تقتضي دراسة هذا النوع وقد تناولها في فصل مستقل (لقيد سلطتي الاستقلال والاستعمال).

وبالتالي تبقى الأنواع الأخرى من القيود الاتفاقية محلاً لدراسة مستقبلية ومجال واسعاً لتناولها بحثاً ودراسة، وأهمها قيد التخصيص، وقيد الاستقلال، والحكر، وحق الأفضلية، وقيد البناء، وعقد البوت والامتياز، خاصة أن هذه القيود تلعب دوراً هاماً في المعاملات والعقود المتعلقة بالعقارات، مع أننا نرى ان كل قيد يحتاج الى دراسة مستقلة لمعرفة كل قيد (نوعه، ماهيته، دوره، مدى تأثيره على الملكية العقارية) لاسيما ان جميع القيود الاتفاقية تخضع للأحكام العامة التي تنظمها مع التفرقة بين القيد

خاتمة

الاتفاقي الوارد على الملكية في عقود المعاوضات والقيود الواردة على عقود التبرع لما لها من خصوصيات وأحكام تتعلق بكل قيده.

فمهما كانت الخلاصات والنتائج المتوصل اليها من خلال بحث موضوع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، فان هذا البحث يبقى متواضعا أمام أهمية موضوع القيود الاتفاقية الذي يحتاج الى مزيد من الدراسة والبحث، فالنتائج المتوصل اليها من خلال الدراسة السابقة هي:

- اطلاق الملكية الفردية في حدود أهدافها وما تحققها من مصالح اجتماعية واقتصادية ومنها ما تخصص المال لأجله.

- إقرار مبدأ تداول الأموال بما يحقق الأهداف السامية لحق الملكية لا يعني أنها غير قابلة للتقييد القائم على الاتفاق.

- الاعتراف بإطلاق ارادات الأفراد الى الحد الذي يقف عند تحقيق هدف مشروع، دون المساس للأصل الحق وجوهره، ولا يعدم حق الملكية، أو ينقص من أهميتها.

- القيود الاتفاقية يمثل تعديلا في نمط حق الملكية نتيجة تغيير في ما تخصص المال لتحقيقه من أهداف سامية تتعلق بالإشهار والتثمين والاستغلال.

- آثار القيود الاتفاقية سمة بارزة من حيث التكييف القانوني والتي ترتبط الى حد كبير مما تقرر وخاصة في اعتبار التصرف المخالف له باطلا بطلانا مطلقاً لعيب في المحل.

- التأصيل القانوني لم يعط تكييفاً حقيقياً لاشتراط القيود الاتفاقية وموقف القضاء العملي ساير مقتضيات القوانين خاصة في مجال شروط الصحة والأثر.

- كما أن من خلال هذه الدراسة تبين لنا أن محاولات الفقه لم تثمر في تحديد الطبيعة القانونية لقيود الاتفاقية والاشتراطات والتي حاولت جميعاً ربطها بأحد الأنظمة القانونية المعروفة لأنها تقتضي الدقة في التحديد والأثر خاصة أن أي محاولة للقيود الاتفاقي يقيد لحق الملكية خصوصيته، وقد يؤدي

خاتمة

الى إعدامه كان لم يكن ووجب أن يستند الى مصوغات قانونية أو عملية معقولة أو تدخل مشرع لتقنين ما استقر عليه الوضع في القضاء المؤيد من جانب الفقه.

أما الاقتراحات: ومن خلال تتبعنا لمسار هذا البحث يمكن تخليصها فيما يلي:

- تعديل مدلول ومفهوم حق الملكية في القانون المدني الجزائري بما يتوافق مع السيرة الاقتصادية وتوسع نطاقها، واعطاءها مفهوماً أوسع وأشمل لتحقيق متطلبات التنمية والاستثمار.

- وضع مادة قانونية على غرار التشريع المصري، الأردني، والفرنسي، تبيح القيد الاتفاقي والتوسع في مدلوله هذه المادة تكون صريحة في جواز الشروط المقترنة بالعقد أو الاشتراطات والقيود الاتفاقية ووضعها في اطارها الصحيح، وأن الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة وسليمة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقدها.

- إلغاء بعض المواد في القانون المدني والتي تعطي لمبادئ الثورة الزراعية اعتباراً بالغاً (المادة 692، المادة 688 ق.م.ج) خاصة ان الامر المتعلق بالثورة الزراعية 71-73 أنه ملغى بالمادة 75 من قانون التوجيه العقاري 90-25، فلا يعقل أن تستمد احكاما من قانون ألغي وأثبت عدم نجاعته وفعالته ورفع التضييق على الملكية العقارية.

- تحول نظام الدولة من نظام ريعي ارادي اشتراكي الى نظام تنافسي اقتصادي يعطي مبرراً لتغيير نمط نظام الملكية العقارية وجعلها أكثر مرونة في استغلالها وتثمينها وحمايتها.

- إلغاء القدسية للملكية العمومية التابعة للدولة باحاطتها بقاعدة المنع الثلاثية (عدم اكتسابها، عدم حجزها، وعدم التصرف فيها) وتعطيل منافعها، وجعلها أكثر تمثيلاً للغرض الذي أنشأت من أجله وأن عقود الانتفاع والامتياز يعد أكثر ملائمة لخصوصها وغرضها ويمكن للدولة أن تتوسل بالقيود الاتفاقية في عقود الانتفاع والامتياز والكراء ولفائدة المستثمرين، والقيد الاتفاقي آلية مثالية لتحقيق هذا الغرض وكفيل بالاستغلال الأمثل لهذه الأملاك.

قائمة

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع:

اللغة العربية:

- القرآن الكريم

أولا- الكتب:

- 1- أحمد سلامة، التأمينات العينية المدنية، دار التعاون للطبع والنشر، سنة 1966.
- 2- أحمد أباش، الأحكام العامة للشفيح، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1.
- 3- أنور طلبة، الوسيط في الشرح القانوني المدني، مجلد 05، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005.
- 4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار النشر للتوزيع والنشر القاهرة، سنة 2009.
- 5- الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة بيروت، ط 2، ج 2.
- 6- أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، باب المساقاة، كتاب البيوع، رقم 1605.
- 7- ابن القيم جوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة.
- 8- ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، طبعة 1، سنة 1955.
- 9- أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، سنن ابن ماجه، رقم 2865.
- 10- أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الفكر، طبعة الحلبي الأخيرة.
- 11- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار ابن الحزم، ج 3.
- 12- ابن تيمية، قاعدة العقود المشهور بنظرية العقد، ط1، سنة 1949.
- 13- أبو إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، كتاب المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج طبعة مصطفى الحلبي، سنة 1955.
- 14- ابن حزم الأندلسي، المحلى في شرح المحلى بالحجج والأثار، كتاب البيوع.
- 15- الشيخ الحسين، هاشم معروف، نظرية العقد في الفقه الجعفري، مطابع دار الغد.
- 16- العاملي محمد الأمين الحسين، مفتاح الكرامة، ج 4، القاهرة، سنة 1366.
- 17- ابراهيم صالح عطية، الشرط المانع من التصرف في القوانين المدنية المقارنة، لكلية القانون، جامعة أورك، بغداد، العراق.
- 18- إدريس العلوي العبد لاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1996م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

- 19- أحمد الخالدي، حق الملكية القيود الواردة عليه، في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2016.
- 20- إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة الجزائر، سنة 2004
- 21- أحمد بن إدريس القرافي، البروق في أنواع الفروق طبعة عيسى الحلبي، سنة 1929.
- 22- أسماء نحنوني، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزام، برتي للنشر، الجزائر، سنة 2022.
- 23- السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة 1998.
- 24- أنور العروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة للنشر والتوزيع، طبعة 1، سنة 2013.
- 25- إياد محمد إبراهيم جاد الحق، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الفلسطيني، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، الطبعة الخامسة، سنة 2015.
- 26- أمينة ناعيمي، أحكام الشرط في ضوء القانون المدني على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 2008.
- 27- أشرف جابر السيد، مدى الإحتجاج، بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.
- 28- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 01، سنة 1970.
- 29- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 1961.
- 30- إدوارد عيد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الأول، حق الملكية، مكتبة زين الحقوقية الإدارية بيروت، سنة 1979.
- 31- العربي بلحاج، الحقوق في القانون المدني الجزائري، في ضوء أحدث الإجتهادات القضائية المشهورة بالمحكمة العليا. دراسة مقارنة، دار دارهة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016.
- 32- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرفات القانونية، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- 33- إسلام شريفي، حق الإنتفاع الدائم في ظل قانون المستثمرات الفلاحية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، لكلية الحقوق، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2007 و2008.
- 34- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام ومصادر التصرف المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997.
- 35- أحمد سعد إبراهيم علي زيدان، حق الإنتفاع في القانون المدني المصري، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثاني وستون أكتوبر 2023.
- 36- أبو زهرة، محاضرة في المجتمع الإسلامي، مطبعة الشرق العربي القاهرة.

المصادر والمراجع

- 37- السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، ج 13، دار المعرفة، بيروت.
- 38- أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، دار الحديث، ط 1، سنة 1998.
- 39- أحمد بن حسين علي البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت.
- 40- أحمد بن عبد الرحمن النسائي، السنن النسائي، دار الحديث، القاهرة، سنة 1987.
- 41- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ط 1، سنة 1998.
- 42- الفقيه تروبلونج، الهبات، ج 1، رقم 337.
- 43- الفقيه ماس وفيرجي، الإلتزامات، ج 3، رقم 23.
- 44- الأمدي، الأحكام في أصول الدين، دار أبحاث الإتحاد للطباعة، ج 1.
- 45- بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية (حق المرور)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات رين الحقوقي.
- 46- بن رقية يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للإستعمال التربوية، الطبعة الأولى.
- 47- بن شويخ رشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مخصص قانون خاص، جامعة سعد دحلب، البليدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2001، 2002.
- 48- بشير التيجاني، التحضير والتهيئة العمرانية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.
- 49- جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2006.
- 50- جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 51- حق الملكية، الكتاب الأول، ط 1، سنة 1994.
- 52- نظرية البطلان، التصرف القانوني، دار النهضة العربية، سنة 1984.
- 53- جميلة نعمان، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- 54- جون جاك روسو، العقد الإجتماعي، الكتاب الثاني، الفصل السادس.
- 55- جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1999.
- 56- جاك غاستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 200.
- 57- حميدي محمد لمين، نظام تورينس للشهر العقاري وتطبيقاته في النظام العقاري الجزائري، دار هومة، ط 2، سنة 2015.

- 58- حسنية حسين حسن، حقوق الإرتفاق وتطبيقاتها والمعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، سنة 2016.
- 59- حسين عبد اللطيف، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 60- حميدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الطبعة السادسة، دار هومة، سنة 2006.
- 61- حسن علي الشاذلي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، سنة 2009.
- 62- حسين علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، بغداد، سنة 1971.
- 63- حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق دار النهضة العربية، سنة 1972.
- 64- روبرت إيفانز، مدخل للطاقة الشمسية، ترجمة فيصل حردان، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، المنظمة العالمية للترجمة، بدون تاريخ
- 65- رفيق يونس المصري، الأزمة المالية العالمية، دار القلم، دمشق، طبعة 1، سنة 2010.
- 66- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية الأصلية، دون طبعة وسنة نشر، جامعة نهبة، مصر.
- 67- زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، الطبعة الثانية، بيروت، 1982.
- 68- سهير ابراهيم حاجم الهيثي، الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2014.
- 69- سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة، جامعة بابل، العراق، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2019.
- 70- سعيد سعد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، طبعة 2008، القاهرة.
- 71- سيف رمزي، قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة في قانون المرافقات الجديد، رقم 13، لسنة 1968، ط 8، بند 145.
- 72- شهبوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 2005.
- 73- شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، طبعة 1، سنة 2020.
- 74- شراين حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الإلتزام، دار هومة للطباعة والتوزيع الجزائر، سنة 2011.
- 75- شهاب محمد عبد القادر، الوجيز في الحقوق العينية، دار الكتب القانونية، مصر 2008.
- 76- صافية إقلولي أولاد رابح، قانون العمران الجزائري، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014.
- 77- طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية.

المصادر والمراجع

- 78- عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956.
- 79- عبد العزيز فهيم، أحكام وأثار فقهية رومانيا، ط 1، سنة 1948.
- 80- عبد السلام عبد الفلكاوي، شرط المانع من التصرف، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، المركز
- 81- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، القيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، ط 1، سنة 1988.
- 82- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، شركة مطبوعات العلمية، القاهرة، سنة 1327 هـ.
- 83- عبد الرحمن بن محمد بن قدامة شمس الدين المقدسي، الشرح الكبير، دار العربي، ج 4.
- 84- عياد بن عساف العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية.
- 85- علاء الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، ط 4، سنة 1991.
- 86- علي قريش المطراوي، تكوين العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإمامي، والقانون العراقي، الإيراني، المصري، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى. 2019.
- 87- عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، سنة 1961.
- 88- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1982.
- 89- عبد المنعم البدرأوي الحقوق العينية الأصلية، ط 3، سنة 1968.
- 90- عبد السلام ذهني، في الأموال، المطبعة الإعتماد بتاريخ حسن الأكبر، سنة 1926.
- 91- عبد الحكيم فودي، نزع الملكية للمنفعة العامة، إجراءاته، والتعويض عنه والتفاضي بشأنه، دار الكتاب القانونية، مؤسسة الأهرام، القاهرة، سنة 1982.
- 92- عايدة ديرم، مخالقات التعمير في التشريع الجزائري، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، سنة 2014.
- 93- عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، سنة 2007.
- 94- عيسى الأعرج، مسيون جريس، عيب السبب في القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2015.
- 95- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر، سنة 2010.
- 96- عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970.
- 97- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث.
- 98- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني، أحكام حق الملكية، منشور جامعة البحرين، سنة 2006م.

- 99- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري.
- 100- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانوني المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لسنة 2008.
- 101- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2005.
- 102- عبد الخالق أحمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الطبعة الأولى، مطبوعات كلية شرطة دبي.
- 103- عبد الرحمان محمد، الوجيز في شهر العقاري والتوثيق، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة.
- 104- عبد المجيد الحكيم، الأعتبار كركن في العقد، القانون الأنكلوا أمريكي، المقارن، بغداد سنة 1981.
- 105- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية. دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة. سنة 1969.
- 106- عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الإلتزام العيني بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر.
- 107- عبد الرين مأمون، دروس في المدخل العلوم القانونية، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دون مكان النشر، طبعة 2006.
- 108- عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية، العقود وتسجيلها في الشهر العقاري، مصر، الإسكندرية، 1991.
- 109- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 110- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الخامسة، سنة 2006.
- 111- عماد الدين رحامية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري.
- 112- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 1975.
- 113- فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الحجز الإداري، دار النهضة العربية، سنة 1989.
- 114- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد الإرادة المنفردة الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ط 2009.
- 115- فاضلي إدريس، نظام الملكية، ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، المطبوعات الجامعية، سنة 2010.

- 116- فراج أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعة الجامعية الإسكندرية، سنة 1999.
- 117- قصي سليمان، الحقوق العينية، الجزء 1 (الحقوق العينية الأصلية)، الطبعة 03، منشورات جيهان الخاصة، العراق.
- 118- كيره حسن، أحكام الحقوق الأصلية، حق الملكية، بيروت، سنة 1965.
- 119- كيره حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج1، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1975.
- 120- كمال لكواشنت، قانون التهيئة التعمير والتهيئة العمرانية، مؤسسة الكتاب القانوني، وابن النديم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2023.
- 121- كربونيه، الأموال، ج3.
- 122- لوران LAURENT، مبادئ القانون المدني، جزء 6، رقم 3.
- 123- لعشاش محمد، الطرق الإستثنائية لإكتساب الأشخاص العامة الأملاك الخاصة، طبعة منشورات دار الخلدونية، سنة 2019.
- 124- لعشاش محمد، الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، بين التحديد والتقييد والإعتبار، منشورات دار الخلدونية، سنة 2019.
- 125- محمد عاطف البنا، المذاهب والنظم الاشتراكية، ط1، سنة 1969.
- 126- محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1994.
- 127- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996.
- 128- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- 129- منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مطبعة الحكومة مكة، ج 3.
- 130- محمد بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج 1، دار المعرفة بيروت.
- 131- محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، العتق وفصله، ج3.
- 132- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة، القاهرة، سنة 2000.
- 133- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في لقانون المدني الأردني، الكتاب الأول، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1979.
- 134- محمد بن طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، نشر مشترك، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2007.
- 135- مصطفى العرجي، قانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة 2007.

المصادر والمراجع

- 136- محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الدار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2014.
- 137- مامون الكزيري، التخطيط العقاري، والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، طبعة 01، سنة 1987.
- 138- موني مقلاطي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، دراسة في التشريعات المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2019.
- 139- مصطفى أحمد أبو عمرو، الموجز في شرح نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 140- محمد مصطفى بو بكر زرياني، تطهير الملكية بواسطة السجل العقاري، في القانون الجزائري، دار صبحي للطباعة والنشر، متليلي، غرداية، الجزائر، سنة 2014.
- 141- محمد حميد الرصيغان العبادي، المبادئ العامة للقرار الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2014.
- 142- مصطفى سالم النعيمي، العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة الأولى، الأفق المشرقة، ناشرون، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2011.
- 143- محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، سنة 1927.
- 144- محمد ابن محجوز، الحقوق العينية في الفقد الإسلامي، والتقنين المغربي، سنة 1990.
- 145- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996.
- 146- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، طبعة 01، المطبعة العالمية، سنة 1951.
- 147- محمد كامل مرسي، الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام، الطبعة الثانية، سنة 1951.
- 148- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيده ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2012.
- 149- محمد عبدالرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دار النهضة العربية.
- 150- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون -مدخل إلى القانون الإلتزامات، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة 2002م.
- 151- محمد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت، دار الكتب العلمية، سنة 1999م.
- 152- محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- 153- محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1978.

المصادر والمراجع

- 154- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني في الحق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1964.
- 155- محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة 1977، ص 346.
- 156- محمود جمال الدين زاكي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978.
- 157- محمود مرسي زهرة، أحكام الإلتزام في ضوء قانون المعاملات المدنية للدولة الإمارات، مذكرات جامعة الإمارات 1999.
- 158- محمد سلام، الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية.
- 159- محمد سلام مذكور، تاريخ التشريع الإسلامي.
- 160- محسن شفيق شحاتة، في الأموال القسم الأول، النظريات العامة للحق العيني، المطبعة العالمية بالقاهرة، سنة 1951.
- 161- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء 2، سنة 1978.
- 162- محمد عبد الجواد، الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي.
- 163- محمد المنخي، القواعد العامة للشهر العقاري.
- 164- محمد علي القرعة، خصائص حق الإنتفاع وأثاره، جامعة الملك عبد العزيز، جدة.
- 165- محمد علي محي الدين القرعة داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، دار النشر الإسلامية، ط2، سنة 2002م.
- 166- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الاسكندرية، طبعة 2004.
- 167- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشور حلي الحقوقية، ط 1، سنة 2010.
- 168- ناصر مراد، التنمية المستدامة وتحدياتها في الجزائر، مجلة بحوث إقتصادية عربية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 46، سنة 2009.
- 169- نبيلة عبدالحليم كامل، نحو قانون موحد لحماية البيئة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1993.
- 170- نعمان محمد خليلجمعة، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1989.
- 171- نعمان محمد خليلجمعة الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة 1979.
- 172- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة منشورات زين الحقوق، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2018.
- 173- نبيلة رسلان، الأحكام العامة للأحكام الملكية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، سنة 1996.
- 174- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية، أحكام حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010.

- 175- هدى عبدالله، دروس التحديد والتحرير في السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 176- وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج 4، سنة 1982.
- 177- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، والإستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009.
- 178- يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني، (دراسة مقارنة)، دار السيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الثانية، سنة 2011.
- 179- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية، دار المسيرة، عمان، الأردن، طبعة 01، سنة 2011م.
- 180- يوسف افريل، الرهن الرسمي العقاري، ضمانته بنكية للدائن المرتهن، الطبعة الأولى، سنة 2011.

ثانيا- الأطروحات والمذكرات ورسائل المدرسة العليا للقضاء:

أ- الأطاريح:

- 1- جبار جميلة، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة القانون المدني والتشريعات الخاصة، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، لكلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2011.
- 2- راضية بن زكري، القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة باتنة، كلية الحقوق، سنة 2019.
- 3- سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 1978.
- 4- عبد الاله مرابط ، القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة أكدار الرباط، المغرب، سنة 2018.
- 5- عبد الرزاق حين فرج، نظرية العقد الموثوق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1968.
- 6- مزود فلة، القيود الإدارية على التصرف في الملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة محمد صديق بن يحيى، جيجل، سنة 2021.
- 7- محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1994.
- 8- محمد شنا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1980.

- 9- محمد فولي علي، المدة في الشرط المانع من التصرف، رسالة الدكتوراه، جامعة بني سويف، لسنة 2009.
- 10- منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه الحقوق، القاهرة سنة 1953، ص 112 - 114، البدرابي، حق الملكية، المرجع السابق، ص 95 فقرة 67.

ب- رسائل الماجستير:

- 1- بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، فرع عقاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2009.
- 2- براهيمي موفق، البعد البيئي لقواعد التعمير والبناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017.
- 3- زهرة بن عمار، دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعاته أمام القضاء الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون العام كلية الحقوق، جامعة باجي عمار، عنابة، 2011.
- 4- عبد الغني بوزيتون، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق، فرع القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، 2010.
- 5- عليوان راضية، حق الإنتفاع العيني في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، سنة 2001، جامعة الجزائر.
- 6- غازي مبارك الذنبيان، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني، مذكرة لنيل درجة الماجستير الجامعة الأردنية سنة 1994.
- 7- بناصر وهيبة، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع القانون العقاري والزراعي، جامعة البليدة، لكلية الحقوق، 2000 - 2001.
- 8- نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤوليته، جامعة الجزائر، كلية الحقوق الجزائر، سنة 2011.
- 9- وهيبة بن ناصر، حق الإنتفاع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقاري وزراعي، جامعة سعد دحلب، 2000، 2001.

ج- رسائل الدراسة العليا للقضاء:

- 1- بوضياف سفيان بوراوي سعاد، نظام الشهر العقاري في الجزائر، والسندات الخاضعة للشهر، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2007.

ثالثا- المقالات والمدخلات:

- 1- العايب عبد الرحمان، العمل والبطالة كمؤشرين لقياس التنمية المستدامة، مجلة أبحاث إقتصادية، لكلية العلوم الإقتصادية، جامعة بسكرة، العدد 04، 2008.
- 2- بدر الدين محمدي، الشهر العقاري وآثاره في تبسيط الإستثمار ودعم مناخ الأعمال في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، 2011.
- 3- بوشنافة جمال، موقع المشرع والقضاء من الأثر المطهر الإجراء الأول بمناسبة اجراء منع الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالعرفون، جامعة البليدة، 02.
- 4- بن لعلام سهام، بنان كريمة، البيئة والتنمية المستدامة مقارنة تحليلية شاملة حول جدلية العلاقة والتأثير في التشريع الجزائري، مجلة طنية للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، ص 1060.
- 5- تخدميت سميحة، السجل العقاري كآلية تطهير الملكية العقارية، مجلة، عدد، جامعة عبد الرحمان مير، بجاية، كلية الحقوق.
- 6- جميل الشرقاوي، القيود الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، ع 2، سنة 1978.
- 7- جمال بوشنافة، الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، العدد 11 سنة 2011.
- 8- جمالة بوشنافة، إشكالات عملية حول عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 65، العدد 01 جانفي 2019.
- 9- جمال عبد الناصر، مانع الإختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد 12، جامعة قسطنطينة، الجزائر.
- 10- حنان مشاركة، القيود الواردة على حق التصرف في السكنات المدعمة في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، العدد 04، سنة 2021.
- 11- حداد ربيعة، دور الوظيفة الإجتماعية في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، سبتمبر 2002.
- 12- خالد ثامر، حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الإتفاقي، مجلة ضاد للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01.

- 13- خليل أحمد حسن قداد، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثاني عشر، جوان 2004، مقال منشور.
- 14- دقيش أحمد، مقال بعنوان نظام الشفاعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، سنة 2009.
- 15- رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف في القانون المدني المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو سنة 2001.
- 16- رمزي محمد فريد مبروك، بحث بعنوان "شرط المصلحة في التأمين البري من الأضرار، مستخرج من مجلة رمزي فريد محمد مبروك، التنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف، في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2001.
- 17- البحوث القانونية والإقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 11 أبريل 1992.
- 18- سيد أشرف جابر، مدى الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائنين المتصرف إليه، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة حلوان، لكلية الحقوق، مصر، ج 1، سنة 2003.
- 19- شوقي بناسي، مطبوعة موجهة لطلبة الليسانس، السادس، القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، لكلية الحقوق، سنة 2019 – 2020.
- 20- علي بن علي المشيخ، شروط صحة الطهارة، مجلة البحوث الإسلامية، المملكة العربية السعودية، الرياض، العدد السابع والستون، سنة 2020م.
- 21- عطلاوي النذير، دمانة محمد، خصوصية الشرط المانع من التصرف في السكنات (المدعمة من الدولة ضمن عقد البيع على التصاميم، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السابع، العدد الأول، سنة 2003.
- 22- عبود أحمد حسين خليفات، أثر التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف في (القانون الأردني، مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 06، العدد 01 سنة 2021.
- 23- عبد الرزاق موسوني، التقييم العقاري، وطرق إثبات الملكية العقارية في الجزائر، مجلة دراسات القانونية المقارنة، العدد 04، مخبر قانون خاص مقارن، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، نوفمبر 2017.
- 24- غازي أبو عرابي، الشرط المانع من التصرف بين الاطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، مجلة العلوم والشريعة والقانون، م.ج 1، العدد 1، سنة 1998، كلية الحقوق الأردنية.

المصادر والمراجع

- 25- محمدي فريد، التقادم المكسب، ونظام السجل العقاري، مقال منشور مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، بالمحكمة العليا، الجزء الأول، منشورات المحكمة العليا، قسم الوثائق، 2004.
- 26- محمد محروك، بعض موانع إنتقال الحق العيني بين مدونة الحقوق العينية وبعض القوانين الخاصة، مقال منشور بكلية القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش المطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2019، الجزء الأول.
- 27- محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو سنة 2011.
- 28- مقلاتي موني، الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف في تقييد الملكية العقارية الخاصة، دراسة في التشريعات المقترنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، العدد 21، سنة 2015.
- 29- نجم رياض نجم، النظام القانوني للشرط المانع من التصرف، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلة العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، جامعة عمان الأهلية، كلية الحقوق، سنة 2011.
- 30- ويس فتحي، الأثر المطهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07 العدد 01، السنة 2021.

رابعاً- النصوص القانونية:

أ- الدستور.

ب- الأوامر والقوانين والمراسيم الوطنية:

- الأوامر:

- 1- الأمر 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 02، صادرة 12 نوفمبر 1975.
- 2- الأمر 26/95، المؤرخ في 25/09/1995، ج ر، ع 55، الصادرة بتاريخ 27/09/1995.

- القوانين:

- 1- القانون 03/83 المؤرخ في 05/02/1983، والمتعلق بحماية البيئة، ج ر، عدد 06 والصادرة بتاريخ 08/02/1983، الملغى بالقانون 10/03.
- 2- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، بمقتضى قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 27/02/2005، العدد 15.

المصادر والمراجع

- 3- القانون رقم 19/87، المؤرخ في 08 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية إستغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر، العدد 05، الصادرة بتاريخ 1987/12/09.
- 4- القانون 04/98 المؤرخ في 15/06/1990، والمتعلق بحماية التراث الثقافي، ج ر، عدد 44 الصادرة بتاريخ 1998/06/17.
- 5- القانون 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، الصادرة بتاريخ 18/11/1990، المعدل والمتمم بموجب الأمر 26/95، المؤرخ في 25/09/1995، ج ر، ع 55، الصادرة بتاريخ 27/09/1995.
- 6- القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المؤرخ في 01/12/1990، ج ر، العدد 152، الصادرة بتاريخ 02/12/1990، المعدل والمتمم بالقانون 05/04 المؤرخ في 16/08/2004، ج ر، العدد 51، المؤرخ في 15/08/2004.
- 7- القانون رقم 11/91 مؤرخ في 27/04/1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 08 مارس 1991 معدل ومتمم.
- 8- القانون رقم 06/200 المؤرخ في 23 ديسمبر 2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 80، المؤرخة في 24 ديسمبر 2000.
- 9- القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22/05/2001، المتمم لقانون الأوقاف، ج ر، العدد 29، الصادرة 23/05/2001.
- 10- القانون 20/01 المؤرخ في 12/12/2001، المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة ج ر، عدد 77، الصادرة في 15 ديسمبر 2001.
- 11- القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحماية البيئة، في إطار التنمية المستدامة، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 20/07/2003.
- 12- القانون 12/07، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، المتضمن القانون المالية لسنة 2008، الجريدة الرسمية، العدد 82، المؤرخ في 31 ديسمبر 2007.
- 13- القانون رقم 12/07 المتضمن قانون المالية لسنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 82، الصادرة بتاريخ 31/12/2007.
- 14- القانون 15/08 المؤرخ في 20/07/2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 20/08/2018.
- 15- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 37 الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2012.
- 16- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية ج ر، عدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

المصادر والمراجع

17- القانون رقم 11-16 المؤرخ في 29 ديسمبر 2012 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية، العدد 72، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2012.

- المراسيم:

- 1- المرسوم الرئاسي 465/94 المؤرخ في 1994/12/25، المتضمن أحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة، ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد 01 الصادرة بتاريخ 1995/01/08.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 20 – 442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء 01 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82، بتاريخ 30 ديسمبر 2020.
- 3- المرسوم التنفيذي 32/73 المؤرخ في 1973/01/05، المتعلق بإثبات الملكية الخاصة معدل ومتمم رقم 86/73، ج ر، عدد 59 الصادرة في 24 جويلية 1973.
- 4- المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/02/25، المتضمن التأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 30، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 30، المؤرخة في 13 أفريل 1976.
- 5- المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 مايو 1991، يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير، ورخصة التجزئة، وشهادة التقسيم، ورخصة البناء، وشهادة المطابقة، ورخصة الهدم، وتسليم ذلك ج ر، عدد 26 بتاريخ 1991/06/01، المعدل بالمرسوم التنفيذي 03/06، ج ر، 01 لسنة 2006، الملغى بالمرسوم 15/19، المؤرخ 2015/01/25، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر، العدد 04، الصادرة بتاريخ 2015/02/12.
- 6- المرسوم التنفيذي 123/93، المؤرخ في 19 ماي 1993، ج ر رقم 24، الصادرة بتاريخ 20 ماي 1993.
- 7- المرسوم التنفيذي 186/93 المؤرخ في 27/07/1993 عدد كفايات تطبيق القانون رقم 11/91، الجزء 1، العدد 51، صادرة في 1993/03/08 م.
- 8- المرسوم التنفيذي 308/94، المؤرخ في 04 أكتوبر 1994، المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، الجريدة الرسمية، العدد 66، المؤرخ في 16 أكتوبر 1994 م.
- 9- المرسوم التنفيذي 105/01، المؤرخ في 07/08/2001 المؤرخ في 23 أبريل 2001، محدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال العمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية، العدد 25، المؤرخة في 29 أبريل 2001.
- 10- المرسوم التنفيذي 189/03 المؤرخ في 07 أكتوبر 2003، المحدد لشروط وكفايات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة، ولدواوين الترقية والتسجيل العقاري، الموضوعة خبر الإستقلال قبل 01 يناير 2004، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 13 أوت 2003 م.

المصادر والمراجع

- 11- المرسوم التنفيذي رقم 196/08، المؤرخ في 06 يوليو 2008، يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الإجتماعية الممولة من طرف الدولة، والسكنات الميتميدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية، الجردية الرسمية، العدد 38 المؤرخة في 09 يوليو 2008.
- 12- المرسوم التنفيذي 235/10 المؤرخ في 05 أكتوبر 2010 يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لإقتناء سكن جماعي أو سكن ريفي ومستويات الدخل طلب هذه السكنات، وكذا منح هذه المستويات، الجريدة الرسمية، رقم 58 صادرة بتاريخ 2010.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 88/16 المؤرخ في 2016/03/01، يحدد صلاحيات وزير للموارد المائية والبيئة، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 2016/03/09.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 90/16 المؤرخ في 2016/03/01، يتضمن إنشاء المفتشية العامة للبيئة، لوزارة الموارد المائية والبيئة، وتنظيمها وسيورها، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 2016/03/09.

- القوانين الأجنبية:

- 1- القانون رقم 02/1948، المؤرخ في 05 فيفري 1948، المتضمن قانون الملكية اللبناني، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1948.
- 2- القانون رقم 43 المؤرخ في 1976/08/01، القانون المدني الأردني، ج ر، عدد 2645 الصادرة بتاريخ 1976/08/09.
- 3- القانون 40 المؤرخ في 09 أوت 1999، المتضمن القانون المدني العراقي، ج ر، العدد 3015، الصادر بتاريخ 1951/08/09.
- 4- القانون رقم 39/08، المؤرخ في 22 نوفمبر 2011، المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، جزء أول، عدد 5998، الصادرة بتاريخ 2011/11/24

خامسا- التعليمات والمذكرات:

- 1- المذكرة رقم 9255، المؤرخة في 24 نوفمبر 2020، المتضمنة تنازل ملاك السكنات المدعمة من طرف الدولة، قبل إنقضاء مدة عدم التنازل، إجراءات إرجاع إعانة الدولة، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، موجهة إلى المفتشين الجهويين للأموال الدولة والحفظ العقاري.
- 2- التعليمات رقم 03560 المتضمنة تاريخ إحساب مدة عدم قابلية التنازل عن السكنات الترقية المدعمة (LPA) محل عقد البيع على التصاميم، صادرة عن مديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 19 مارس 2019.
- 3- التعليمات رقم 1651 المؤرخة في 05 فيفري 2019، الصادرة عن المديرية العامة لإدارة أملاك الدولة والمتضمنة تصنيف المادة 36 من القانون المالية 2019.

سادسا: قرارات المحكمة العليا:

- 1- قرار المحكمة العليا، ع أش 1998/06/16، أخذ ع أش، عدد خاص، 2001.
- 2- قرار المحكمة العليا غ.ع 2007/11/14 ملف رقم 423451 المجلة 2007، عدد 02.
- 3- قرار المحكمة العليا، غ.م 1978/06/03، ملف رقم 49/99، م.ف 1990، العدد 03.
- 4- قرار المحكمة العليا، 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق 1989، العدد 4.
- 5- قرار المحكمة العليا، غ.ع 2004/06/23، ملف رقم 249614، م.م.ع 2004، العدد 02.
- 6- قرار المحكمة العليا، غ.ع 2002/10/13، ملف رقم 239277 ق.غ.ع، م.م.ع، العدد ثامن، 2010، ج3.
- 7- قرار المحكمة العليا، ع.م 1988/12/21، ملف رقم 48589.
- 8- قرار المحكمة العليا، غ.م، 1988/08/15، ملف رقم 53572 م.ق 1991 العدد 02.
- 9- قرار المحكمة العليا غ.ع 2009/02/11، ملف رقم 495696، 2001/07/25، ملف رقم 211512، (غير منشورة).
- 10- قرار المحكمة العليا غ.م 1999/11/20 ملف رقم 115334، الإجتهد القضائي لأحكام القانون المدني.
- 11- قرار المحكمة العليا غ.ع 2012/06/14، ملف رقم 718274، م م ع 2012، العدد 02.
- 12- قرار المحكمة العليا رقم 197920 المؤرخ في 2000/06/28، المجلة القضائية.
- 13- قرار المحكمة العليا رقم 367715 المؤرخ في 2005/11/15 المجلة القضائية.
- 14- قرار المحكمة العليا رقم 108200 المؤرخ في 1994/03/16، المجلة القضائية، العدد 06 لسنة 1994.
- 15- القرار رقم 259635 المؤرخ في 21 أبريل 2004 المؤرخ في 2004/04/21 المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2004.
- 16- قرار المحكمة العليا رقم 282811 المؤرخ في 2005/02/23 المجلة القضائية رقم العدد 02 لسنة 2006.
- 17- قرار المحكمة العليا رقم 367715 المؤرخ في 2006/11/15، المجلة القضائية، عدد الثاني لسنة 2006.
- 18- قرار رقم 211880 الصادر بتاريخ 2011/05/30، مجلة نشرة القضاة، سنة 2006، العدد 57، متطوقة (من المقرر قانونا أن أي عقد يعتبر تصرفا ما بعد الموت (الوصية) ولا يشترط فيه الشهر).
- 19- المحكمة العليا، ع.م 1978/06/03، ملف رقم 49799، م.ق 1990، العدد 03.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- ANDRE de LANBARDERE, traite de droit administratif, tone 2 lgd, paris, 1975.

- 2- ALBERT CHERON- la jurisprudence sur les clauses d'inalienabilite - sa logiques limites-
Revue Trimestriell De Droit civil-V-1906.
- 3- BRIGITTE le FEBVRE, la justice contractuelle : mythe ou réalité,
URI:[http://id :erudit.org/iderudit/043375ar](http://id.erudit.org/iderudit/043375ar)
- 4- BORIS STARCK, HENRI ROLAND et LAURENT BOYER, droit civil les obligations, 3^eéd,
daloz, 1989.
- 5- CHRISTIAN LARROUMET, tome 2, les biens, droits, reels, principaux, delta economic, ot.
- 6- FREDERE ZENATI, prprieté et droit reels, revue trimestrielle de droit civil, n 03,
september, paris, daloz.
- 7- FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER, droit civil, les biens, daloz, 8^{eme} edition, 2010.
- 8- GABRIEL MARTY et PIERRE REYMOND, traite de droit civil les obligation, t.l. paris, 1988.
- 9- GERARD CORNU, Vocabulaire Juridique, presses Universite res de France paris, 2000.
- 10- GERARD, CAROU, droit civil, les biens, edition, alpha, 3, 2009.
- 11- H.CORVEST, linalienabilite convention nelle, defrenois, 1971, art 32126.
- 12- JOHN H, lungren: solar entitlement, a proposed legislative model, 4 j, energy l, pol y,
1983.
- 13- JON.W BRUCE, JAMES W, ety, the law of easements and li couse, in land, 2008.
- 14- JULIEN THERON, l'intervention du juge dans les transmissions de biens, édition Alpha,
2009.
- 15- JEAN LOUIS BERGEL, MARC BRUSCHI et selve Ci MAM ONTS Les biens, 1995 n^o : 86
- 16- LOUIS JOUSSERAND, cours de droit civil, positif francais, 3^{ed} TI 1938, no 1850.
- 17- MUSTAPHA MEKKI, l'intérêt général et le contrat, op.cit.
- 18- M. GRIMALDI, droit civil, Succession 4^{er} ed, 1996 - n^o 365.
- 19- Marcel Planiol, GEORGES RIPERT, droit civil français, tome 2 les biens, 1920.
- 20- MICHELLE CAMYN, les restriction à libarté d aleiner dans le code civil, du que pec revue
droit anneè 1994.
- 21- MORIEL FABRE, MAGNON, proprité patrimoine, et bien social, rtd, civ 1997, daloz,
2004.
- 22- NADEGE REBOUL, MOUPIN, droit des biens 2eme edition, daloz, n 553.
- 23- PLANCKEL FREDERIC, Le Cresu cuer Fale a une Clause dinalienabitite, mem 1999.

24-P, JOURDAN, Les biens, Dallonz, 1995, n ; 56.

25-PHILLIPPE MALAURIE, LAURENT, AYMES, droit civil, les biens 4 eme edition année 2010.

26-PHILIPPE SIMLER, les biens, presse universitaire de gronoble, 1996.

27-PHILIPPE SIMLER .. "D'inalienabilite'," code civil - art 900 - 1 nouveau - Sirey, 1971.

28-THIERRY LEVET, propriete et de reels revue trimestrielle de droit civil, n 1, janvier/mars 2003, paris.

الفهرس

2.....	البسمة.....
3.....	إهداء.....
4.....	تشكرات.....
6.....	مقدمة.....

الباب الأول: التأصيل الفقهي والقانوني للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية

الفصل الأول: الإتجاهات الفقهية والقانونية للقيود الإتفاقية

20.....	المبحث الأول: الأسس الفقهية لتقرير القيود الإتفاقية.....
21.....	المطلب الأول: إعتبار القيود الإتفاقية باطلة.....
21.....	الفرع الأول: فقه لوران LAURENT.....
24.....	الفرع الثاني: فقه هوك.....
27.....	المطلب الثاني: القيود الإتفاقية المشروعة وإعتبارها إستثناء من القواعد العامة.....
27.....	الفرع الأول: الفقيه ديمو لومب.....
31.....	الفرع الثاني: الفقيه دورا نتون.....
33.....	الفرع الثالث: الفقيه شيرون.....
35.....	الفرع الرابع: الفقيه سيملر SIMLER.....
38.....	المطلب الثالث: القيود الإتفاقية لا تمثل خروجاً عن القواعد العامة.....
39.....	الفرع الأول: الإتجاه الشخصي.....
44.....	الفرع الثاني: الإتجاه العيني.....
52.....	المبحث الثاني: الأسس التشريعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لإقرار القيد الإتفاقي.....

- 53.....المطلب الأول: مدى شرعية القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي
- 54.....الفرع الأول: الشريعة الإسلامية هي المصدر لتقييد حق الملكية
- 56.....الفرع الثاني: تقييد الملكية العقارية لمنع الضرر أو للتعاون على البر
- 63.....الفرع الثالث: القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي بين الحظر والجواز
- 71.....المطلب الثاني: التأصيل القانوني لإقرار القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية
- 74.....الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي في إشتراط القيود
- 76.....الفرع الثاني: موقف القانون المصري من القيود الإتفاقية (الشرط المانع من التصرف)
- 78.....الفرع الثالث: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التقنين الأردني
- 79.....الفرع الرابع: مدى شرعية القيود الإتفاقية في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: نطاق وحدود الإتفاق على تقييد الملكية العقارية الخاصة

- 84.....المبحث الأول: الملكية العقارية بين الحرية التداولية كأصل، وإشتراط القيود التعاقدية كإستثناء
- 85.....المطلب الأول: المبررات العملية لمبدأ تداول الملكية العقارية
- 86.....الفرع الأول: الطرق المباشرة لتداول الملكية العقارية
- 93.....الفرع الثاني: الطرق غير المباشرة لتداول الملكية العقارية
- 97.....المطلب الثاني: المبررات التشريعية لتقرير مبدأ حرية التداول الملكية العقارية
- 98.....الفرع الأول: إعتبار عناصر حق الملكية من مظاهر تداول الملكية العقارية الخاصة
- 101.....الفرع الثاني: التقييدات القانونية تكريس لمبدأ التداول للملكية العقارية
- 120.....الفرع الثالث: السجل العقاري دعامة أساسية لمبدأ التداولية
- 123.....الفرع الرابع: الدفتر العقاري كألية تطهير الملكية العقارية

- 132.....المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة
- 133.....المطلب الأول: مفهوم القيود الإتفاقية كإستثناء من القاعدة العامة
- 133.....الفرع الأول: تعريف القيود الإتفاقية الواردة على حق الملكية
- 136.....الفرع الثاني: خصائص القيود الإتفاقية
- 139.....الفرع الثالث: تمييز القيود الإتفاقية عن ما يشابهها من الأنظمة
- 141.....الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للقيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة
- 144.....المطلب الثاني: الحرية التعاقدية وإشتراط القيود الإتفاقية
- 145.....الفرع الأول: تأصيل مفهوم الحرية التعاقدية
- 156.....المطلب الثالث: أثار القيود الإتفاقية ومجال تطبيقاتها
- 157.....الفرع الأول: أثار القيود الإتفاقية
- 163.....الفرع الثاني: مجال تطبيق القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة
- 167.....الفرع الثالث: الرهن الرسمي كنموذج للقيود الإتفاقي

الباب الثاني: تطبيقات القيود الإتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة

الفصل الأول: الشرط المانع من التصرف كقيود إتفاقي

- 176.....المبحث الأول: ماهية الشرط المانع من التصرف وشروط صحته
- 176.....المطلب الأول: تعريف الشرط المانع من التصرف
- 176.....الفرع الأول: تعريفه اللغوي
- 178.....الفرع الثاني: التعريف الفقهي
- 180.....الفرع الثالث: التأصيل القانوني لشرط المانع من التصرف في التشريعات المقارنة

- المطلب الثاني: تحديد فكرة الشرط المانع من التصرف.....183
- الفرع الأول تمييز الشرط المانع من التصرف عن بعض الأنظمة المشابهة له.....184
- الفرع الثاني: طبيعة القانونية الشرط المانع للشرط المانع من التصرف.....189
- المطلب الثالث: صحة شرط المانع من التصرف ونطاق تطبيقه في التشريع الجزائري.....197
- الفرع الأول: صحة شرط المانع من التصرف.....198
- المبحث الثاني: آثار الشرط المانع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته.....233
- المطلب الأول: الأثر القانوني للشرط المانع من التصرف.....233
- الفرع الأول: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المشتراط عليه.....234
- الفرع الثاني: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة لدائي المتصرف إليه.....247
- الفرع الثالث: أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير.....252
- المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة شرط المانع من التصرف.....256
- الفرع الأول: البطلان المطلق كجزاء مخالفة الشرط من التصرف.....257
- الفرع الثاني: البطلان النسبي كجزاء لمخالفة الشرط المانع من التصرف.....261
- الفرع الثالث: بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف هو بطلان من طبيعة خاصة.....268

الفصل الثاني: تقييد سلطتي الإستعمال والإستغلال

- المبحث الأول: القيود الإرتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.....273
- المطلب الأول: ماهية حق الإرتفاق.....273
- الفرع الأول: تعريفه وخصائصه.....273
- الفرع الثاني: شروط وجوده وتمييزه عن ما يشابهه.....283

الفهرس

292.....	الفرع الثالث: تقسيماته والحكمة من تقريره في القانون المدني.....
304.....	المطلب الثاني: مصادر كسب حق الإرتفاق ونماذج بعض الإرتفاقات الإتفاقية.....
304.....	الفرع الأول: أسباب كسب حق الإرتفاق.....
313.....	الفرع الثاني: نماذج من القيود الإرتفاقية الإتفاقية.....
321.....	المطلب الثالث: إنقضاء حق الإرتفاق.....
321.....	الفرع الأول: الأسباب العامة لإنهاء حق الإرتفاق.....
326.....	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء حق الإرتفاق.....
329.....	المبحث الثاني: حق الإنتفاع كفيد إتفاقي وراذ على الملكية العقارية الخاصة.....
329.....	المطلب الأول: ماهية حق الإنتفاع (تعريفه، خصائه، تمييزه...)
330.....	الفرع الأول: تعريفه (لغويا، وفقهيا، وقانونا).....
346.....	الفرع الثاني: طرق إكتساب حق الإنتفاع.....
354.....	المطلب الثاني: الأثار المترتبة على قيام حق الإنتفاع وأسباب إنتهاءه.....
354.....	الفرع الأول: الأثار المترتبة على قيام حق الإنتفاع.....
365.....	الفرع الثاني: أسباب إنتهاء حق الإنتفاع.....
373.....	خاتمة.....
377.....	قائمة المصادر والمراجع.....
398.....	الفهرس.....

ملخص:

تعتبر القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية من المواضيع الهامة التي تعطي مدلولاً إضافياً للملكية العقارية يمكن الاعتماد عليه لما يحققه من مصالح بين الأفراد في إشباع رغباتهم، ولا تعدوا أن تكون هذه القيود شرطاً من الشروط التي يدرجها المتعاقدون في عقودهم وتصرفاتهم القانونية من التزامات قانونية زائدة تعدل آثار العقد أو التصرف أو تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه آخر.

ومن خلال دراستنا بينا أن الفقه أجاز القيود الاتفاقية لكونها لا تؤثر على حرية تداول الملكية العقارية وتقوم مقام القيود القانونية شكلاً ومضموناً، وقد تجاوزت معها كل الأنظمة القانونية مع هذا المفهوم بين الإقرارات الضمنية والتنظيمات الجزئية مادامت أنها لا تعدم هذه الخاصية ولا تتعارض مع النظام العقاري ولا تشكل تهديداً للنظام العام الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية:

الملكية العقارية - القيود الاتفاقية - العقار - العقد

Abstract:

The contractual restrictions on real property are considered important topics that provide additional meaning to real property ownership, offering benefits to individuals by fulfilling their desires. These restrictions are simply conditions included by the contracting parties in their contracts and legal actions, imposing additional legal obligations that modify the effects of the contract or legal action, or specifying and limiting the content of the action in another way.

Through our study, we have demonstrated that legal scholars have allowed contractual restrictions because they do not affect the freedom of real property transactions and serve as a substitute for legal restrictions both in form and substance. All legal systems have responded to this concept through implicit acknowledgments and partial regulations, as long as they do not eliminate this characteristic, do not conflict with the real estate system, and do not pose a threat to the economic public order.

Keywords:

Real property ownership - contractual restrictions - property - contract.