

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

محاضرات في الملكية الشائعة  
ملقاء على طلبة السنة الأولى ماستر  
تخصص قانون خاص شامل

من إعداد الدكتورة إسعد فاطمة

السنة الجامعية: 2016-2017

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

محاضرات في الملكية الشائعة  
ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر  
تخصص قانون خاص شامل

من إعداد الدكتورة إسعد فاطمة

السنة الجامعية: 2016-2017

## مقدمة

كانت الملكية في البداية مشاعة بين جميع الناس، وتحاز بمجرد وضع اليد، فلم يعرف آنذاك مفهوم هذا مالي ولا مفهوم مال الغير، غير أنه مع ظهور الحاجة إلى التعاون من أجل الفلاحة والصيد بدأت أول بوادر الملكية الجماعية، حيث كان افراد القبيلة الذين يعيشون من الرعي والصيد يشتركون في الانتفاع بالأرض والمعدات. ومع تطور الوضع ظهرت الأسرة الأبوية وترسخت سلطة الاب على افراد عائلته، حينها انتقلت الملكية من جماعية إلى ملكية عائلية، حيث أصبحت العائلة تملك الأرض وأدوات الفلاحة والصيد، ثم انتهى هذا التطور إلى الملكية الفردية التي يعني حق الفرد في الاستئثار بتملكه الأموال، وهو النظام الذي اعتبره الباحثون أفضل الأنظمة وأكثرها نفعاً للإنسانية.

و إن كانت الملكية قد عرفت تطوراً في الشخص الذي له الحق في الملكية، فأنها عرفت أيضاً تطوراً آخر من حيث السلطة التي تخولها لمن له الحق فيها، بحيث انتقلت من الحق المطلق في العهد الروماني إلى الحق المقدس في الثورة الفرنسية، حيث نصت المادة 87 من دستور 1791 في فرنسا على أن: " حق الملكية مقدس لا يجوز انتهاك حرمة " وهو ما أخذت به المادة 544 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بما يلي: >>. الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء و في التصرف فيه على نحو اشد ما يكون مطلقاً، بشرط ان لا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون و اللوائح <<.

ومع مطلع القرن 19 اصطدمت النزعة الفردية المطلقة مع الافكار الشيوعية التي تنادي بنبذ الملكية الفردية حيث اعتبرت أن الملكية ذات وظيفة إجتماعية في المجتمع. تقسم الملكية من حيث صورها، إلى ملكية فردية و ملكية شائعة. فالملكية الفردية هي ما كانت لشخص واحد في محل معين شاملة لجميع أجزائه، كملكية عقار معين لشخص واحد. أما الملكية الشائعة فقد تتعلق بجزء غير محدد من شيء مملوك لأكثر من شخص واحد آلت إليه بسبب من أسباب كسب الملكية من دون أن تفرز حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع. (المادة 713 مدني جزائري، 825 مدني مصري، المادة 780 مدني سوري، 103 مدني أردني، 824 موجبات وعقود لبناني).

إن الملكية الشائعة، قد تكون اختيارية، وقد تكون جبرية. فأما الملكية الشائعة الاختيارية هي التي يمتلك الشركاء فيها مالاً بالتصرف القانوني، أي بمحض إرادتهم، كشراء عقار بالاتفاق فيما بينهم، أما الملكية الشائعة الجبرية فتكون بالواقعة القانونية بأن يمتلك عدة أشخاص مالاً رغماً عنهم أو من دون إرادتهم، كالإرث مثلاً وهو أكثرها شيوعاً، فالورثة يملكون تركة مورثهم من دون إرادتهم .

وقد تكون الملكية مشتركة غير شائعة في بعض أجزائها وشائعة في الأجزاء الأخرى، كما هو الحال في بناء عمارة من طبقات وكل طبقة تتألف من عدة شقق، وكل شقة يملكها أشخاص مختلفون، كل واحد منهم يملك مستقلاً شقته ويعدّ شريكاً على الشيوع في الأرض التي بُني عليها البناء، وملكية الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك، كالمدخل والمصعد...إلخ. وقد عرف الفقه الإسلامي الملكية الشائعة وسماها الحصة الشائعة في الشيء المملوك المشترك.

إنّ الشيوع نظام مركب يتميز بالتعقيد في مظهره وجوهره. فمن حيث المظهر هو اشتراك عدة أشخاص في ملكية شيء واحد، ومن شأن هذا الاشتراك أن يحقق المساواة فيما بين الشركاء جميعاً في ممارسة السلطات الممنوحة لهم على هذا الشيء، أما من حيث الجوهر، فإنّ الاشتراك في ملكية الشيء تتحدد بنسبة رمزية، يرمز بها إلى كل حصة من الحصص، لذلك ينشأ من الشيوع حالة شاذة تنسب إلى الملكية.

إنّ المالك على الشيوع يصطدم حقه دائماً بحقوق الشركاء الآخرين، لذلك يقال: (إنّ نظام الشيوع نظام معقد يحرص المشرع على التخلص منه، وذلك بإزالته في أسرع وقت ممكن). والمالك في الملكية الشائعة يملك جميع حقوق المالك الموجودة في الملكية الفردية، فله حق الاستعمال والاستغلال والتصرف إلا أن هذه السلطات تصطدم بحقوق الشركاء.

إنّ هذه الملكية تختلف عن ملكية الشخص الاعتباري. فالشخص الاعتباري له ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء فيه، فأموال الشركة مثلاً لا تعتبر مملوكة على الشيوع، لأنها لا تعتبر ملكية ثابتة لأي عضو على حدة، بل تكون ملكيتها لجميع الشركاء مجتمعين في شخص له كيانه القانوني، فإذا انقضى هذا الشخص الاعتباري لسبب أو لآخر، وانحلّت الشركة، أصبح الشركاء مالكيين لأموالهم ملكية شائعة.

هكذا فالملكية إما أنّ تكون فردية تنحصر في يد مالك واحد وإما أن تكون مشتركة بحيث تكون في يد مجموعة من الأشخاص، وهو ما يطلق عليه بالملكية الشائعة.

إنّ موضوع الملكية الشائعة هو من بين المحاور المقررة للبرنامج في السداسي الأول في القانون المدني لطلبة الماستر والتي اقتصر عليها في هذه المطبوعة.

إنّ الملكية الشائعة هي موضوع بحثنا هذا، فما هي الملكية الشائعة؟ وما هي مصادرها؟ وما هي اثارها؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى الشكل الآتي:

المبحث الأول: ماهية الملكية الشائعة

المبحث الثاني: الانتفاع بالمال الشائع وإدارته

المبحث الثالث: التصرف في المال الشائع

المبحث الرابع: قسمة المال الشائع

خاتمة.

## المبحث الأول

### ماهية الملكية الشائعة

بعد ما تطرقنا للمحطات التاريخية للملكية سنقوم بتعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية (المطلب الأول) ثم نعرض تميزها عن غيرها من أنواع الملكية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

نتناول في هذا المطلب تعريف الملكية الشائعة في الفرع الأول، ثم تحديد طبيعتها القانونية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### تعريف الملكية الشائعة

نعرف الملكية الشائعة أولاً ونحدد ثانياً طبيعتها القانونية:

#### أولاً: تعريف الملكية الشائعة

الأصل في الملكية أن تكون مفرزة، أي ينفرد الشخص بملكية الشيء الواحد وألا يشاركه أحد، غير أن الملكية قد تكون على غير هذا الأصل، وهي الحالة التي يتعدد فيها الملاك للشيء الواحد دون أن يكون لأحدهم جزء محددًا مفرزاً.<sup>(1)</sup>

إن الشُّيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق، وبذلك لا يقتصر على الملكية فقط، بل يشمل كل الحقوق العينية الأخرى، مثلاً الوصية، كما لو أوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيكون حق الانتفاع مالا شائعاً بين الموصى لهم جميعاً. وتنطبق على هذا الشُّيوع نفس الأحكام التي وضعها المشرع بالنسبة للشُّيوع في الملكية التامة، أما الحق الشخصي فلا يكون مالا شائعاً إذا تعدد أصحابه، ما لم يكن غير قابل للانقسام.<sup>(2)</sup>

نظّم المشرع الجزائري الملكية الشائعة في المادة 713 ق.م. التي تنص على الآتي: << إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشُّيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك. >><sup>(3)</sup> وعليه تكون الملكية شائعة في حالة تعدد الملاك دون أن يكون لأيّ منهم حق مفرز محدد، كما لم يحدّد عدد الملاك على الشُّيوع، إذ

<sup>1</sup>- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006، ص 115.

<sup>2</sup>- عبد المنعم فرج الضدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، ص5.

<sup>3</sup>- امر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975؛ تقابلها المادة 825 ق.م.مصري، وتنص المادة 837 موجبات وعقود لبناني على أن: << لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك >>

يمكن أن يكون شخصين أو أكثر. غير أنه عند التعدد تكون الأنصبة متساوية ما لم يتم دليل على غير ذلك<sup>(4)</sup>.

إن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد وهو غير منقسم، أما حق كل شريك فينصب على حصة شائعة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة. فالذي ينقسم حصصها هو حق الملكية على المال الشائع بينما المال ذاته لم ينقسم<sup>(5)</sup>.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

يثار تساؤل حول طبيعة حق الشريك على الشيوع الذي يستوجب وجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت، الأمر الذي أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة حول هذه الطبيعة، نعرضها كالآتي:

#### الرأي الأول: حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين

يرى هذا الفريق أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقا شخصيا تجاه بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة كالنصف أو الثلث أو الربع، وتعيين هذا النصيب يقابله النسبة التي تكون له في المنفعة، حتى لو قسم الشيء المشاع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك، ويتحول هذا الحق إلى حق ملكية<sup>(6)</sup>.

لكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي، فمن جهة يمنح الشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء المشاع مما يعارض فكرة إعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو حتى مقابل الوحدة المتمثلة فيهم، ومن جهة أخرى لا يمكن اعتبار أن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين، إذ الحقوق حسب القانون الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص، كما أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وحتى لو سلمنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فإن ذلك يعني تملك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك<sup>(7)</sup>.

#### الرأي الثاني: حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص

ذهب هذا الرأي إلى القول أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، لاعتبار أن الشيوع صورة من صور التملك لا يكون فيه المال الشائع مملوكا لكافة الشركاء ولا لكل واحد

<sup>4</sup> -توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية، 1993، ص 189.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج 8، دار احياء التراث العربي، بيروت، سنة 1967، ص 796؛  
DRUFFIN- BRICCA SOPHIE, LAURENCE- CAROLINE HENRY, DROIT DES BIENS, 2ème Edition, Dalloz, PARIS, 2007, p.164.

<sup>6</sup> - مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، د.ب.ن، د.س.ن، ص 74

<sup>7</sup> - منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، د.ب.ن، سنة 1965، ص 129

منهم. أنتقد هذا الرأي لأن التملك يستوجب تملك المال إما لمجموع الشركاء أو لكل واحد منهم (8).

### الرأي الثالث: حق الشريك المشتاع حق ملكية

يرى الفقه التقليدي وكذا الفقه الحديث ان حق الشريك المشتاع هو حق ملكية يتعدّد فيها الملاك، أما الشيء محل الملكية فلا يتجزأ، بمعنى ان لكل شريك حق على الشيء في مجموعه وإن حقه محدد بقدر حصّته. وهو التكييف السليم الذي اخذ به المشرع الجزائري والذي اعتبر حق الشريك المشتاع حق ملكية وهو ما قضت به المادة 714 ق.م.ج<sup>(9)</sup>، المقابلة لنص المادة 825 ق.م.م وما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، كالقرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 جاء فيه: ((من المقرر قانونا ان كل شريك في الشئوع يملك حصّته ملكا تاما له ان يتصرف فيها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية الت إلى الطّاعن عن طريق الإرث على أساس ان ليس له الحق في بيع ملك في الشئوع اخطأوا في تطبيق القانون.))<sup>(10)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تمييزها عن غيرها من أنواع الملكية

تعتبر الملكية الشائعة صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لأكثر من واحد دون أن يتعين لكل منهم نصيبا معيناً منه، وإنّما يتحدد نصيب كل منهم في الشيء بحصّته الشائعة فيه، يرمز إليه بنسبة حسابية كالنصف أو الربع أو الثلث. بهذا المنظور تختلف الملكية الشائعة عن الملكية الفردية التي تتميز بأن المالك فيها فرد قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا والتي تكون فيه الملكية إما شائعة أو مفرزة، والملكية المشتركة التي يكون فيها المالك جماعة ليس لها شخصية معنوية، كما أنها تختلف عن ملكية الطبقات، ولذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

### الفرع الأول

#### تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة

إن حق الملكية في الملكية الشائعة يُحدد تحديدا معنويا لأن كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها يرمز اليها بنسبة حسابية، بينما في الملكية المنفردة أو المفرزة يتحدّد محل الحق تحديدا ماديا دون أن يشاركه أحد فيه.

8 - حسن كيرة، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، منشأة المعارف اسكندرية، 1965، ص 337.

9 -تنص المادة 714 ق.م.ج على الآتي: << كل شريك في الشئوع يملك حصّته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء>>.

10 - نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه، الطبعة العاشرة، سنة 2010، ص 99.

في الملكية الشائعة ليس لأي مالك أن يستهلك الشيء أو يتصرف فيه أو يستعمل إلا بقيد عدم الاضرار بالشركاء الآخرين وفي حدود ما تسمح به حصته، أما في الملكية المفترزة فالمالك يستأثر بمنافع العين كلها كما له الحق أن يتصرف فيها أو يستعملها أو يستغلها كما يشاء في حدود القانون دون الإضرار بباقي الشركاء<sup>(11)</sup>.

إن كانت الملكية الشائعة تتميز عن الملكية المفترزة غير أنها من طبيعة واحدة، فكلاهما ملكية فردية، كون المالك في الملكية المفترزة هو شخص واحد سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً، وإن كان يملك الشيء كله، كما أن المالك على الشيوع هو شخص واحد سواء كان طبيعياً أو معنوياً وإن كان يملك حصة في الشيء، ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص<sup>(12)</sup>.

إن الملكية الشائعة وإن كانت كثيرة التعامل، فإن نظامها ليس مفيداً من الناحية الاقتصادية نظراً للقيود التي يتقيد بها كل شريك على الشيوع مما يقلل من التصرف في المال الشائع، لذا اعتبر نظام مؤقت سينتهي في وقت ما. كما أن المشرع نظراً للأضرار الناتجة عن الشيوع لم يرحب به ولذلك جعل لكل شريك الحق في الخروج من الشيوع بطلب القسمة في أي وقت<sup>(13)</sup>.

## الفرع الثاني

### تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

يراد بالملكية المشتركة ملكية جماعة يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه فيطلق عليه اسم (propriété-collective) فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين، والتي لا تنشأ إلا بإرادة الأفراد وبتفاهمهم، لذلك تختلف عن الملكية الشائعة التي تنشأ على رغم الشركاء كما هو حال الأموال الناتجة عن الميراث مثلاً.

إن نظام الملكية المشتركة يقتضي أنه لما يقدم الشريك نصيبه يفقد حقه العيني حيث ينتقل إلى الجماعة ويتحول إلى مجرد حق شخصي في استغلال الشيء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناتجة عنه كما لا يرجع للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال بعد إجراء تصفية الشركة. كما لا يترتب على عقد الشركة أن تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع، لأن هذه الأموال تكون مملوكة ملكية مفترزة للشركة لاعتبارها شخصاً معنوياً له ذمة مستقلة عن ذمة الشريك، فلا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء إلا بعد انحلال الشركة و تصفيتها<sup>(14)</sup>.

11 - عبد الرزاق أحمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 796؛ عبد المنعم البدرأوي، حق الملكية، المطبعة العربية الحديثة، سنة 1973، ص 9.

12 - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص 95.

13 - زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علمًا وعملاً، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 138.

14 - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 799.



وبذلك تختلف عن نظام الملكية الشائعة التي يعتبر فيها الشريك مالكا أي صاحب حق عيني على الشيء المشاع، كما أن ترتيب حق عيني متفرع عن الملكية، كانتفاع أو إرتفاق، لا يترتب عليه أن يقوم شيوخ بين المالك وصاحب هذا الحق، إذ أن لكل منهما حق يختلف عن حق الآخر في مضمونه. بينما يكون الشيوخ في الحق الواحد.<sup>(15)</sup>

## المبحث الثاني

### الانتفاع بالمال الشائع وإدارته

لقد تناول المشرع الجزائري طريقة الانتفاع بالمال الشائع وإدارته بالتنظيم ولذا نخصص المطلب الأول للانتفاع بالمال الشائع، ونخصص المطلب الثاني لإدارة المال الشائع.

### المطلب الأول

#### الانتفاع بالمال الشائع

يتمتع كل شريك في الشيوخ بحق الانتفاع والإستغلال والإستعمال للشيء المشاع، وهذا الحق يتحدد بقدر الحصة التي تعود له في هذا الشيء بشرط أن يتم الإرتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الانتفاع بالمال الشائع، وهو ما نعرض له في الفرع الأول، غير أنه قد يتعذر الجمع على الإرتفاق في كثير من الحالات مما جعل بالمشرع الجزائري أن يواجه هذه الحالة من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع قسمة مهايأة وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### حق الشريك في الانتفاع بالمال الشائع

إن المالك على الشيوخ لا يمتلك المال المشاع بمفرده وإنما يشاركه آخرون في هذه الملكية، ونظرا لعدم تحديد حصته مفرزة، فإن ممارسة سلطاته في الإستعمال و الإستغلال تكون دائما مقيدة بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء<sup>(16)</sup>.

إن حق الانتفاع مقرر لجميع الشركاء في إستيفاء منافع الشيء المشاع وبحسب الغرض المخصص له.

إن استعمال حق الانتفاع في المال الشائع لا يكون إلا في حالة التي لا يحول بين شركائه واستعمالهم حقوقهم على المال الشائع والذي يتحقق في حالات نادرة، مثل سقي أرض زراعة من بئر مملوكة للشيوخ، أو مروره في ممر خاص مملوك على الشيوخ، فكل هذه الفروض لا يمنع سائر الشركاء من إستعمال حقوقهم على المال الشائع ولا يحد منها<sup>(17)</sup>.

<sup>15</sup> -عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ص 6.

<sup>16</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 117.

<sup>17</sup> -عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص97.

ويكون الإستعمال والإستغلال متعارضاً مع حقوق باقي الشركاء متى كان مخالفاً لمأهية الشيء أو الغاية التي أعد لها أو يناقض مصلحة مجموعة الشركاء المشتاعون دون إستعمال لحقوقهم، فإذا قام أحد الشركاء باستعمال الشيء واستغلاله على وجه يتعارض مع حقوق باقي الشركاء فكان لهم الحق في الإعتراض. ومن أمثلتها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/24 ملف رقم 186043<sup>(18)</sup>.

## الفرع الثاني

### قسمة المهايأة

كثيراً ما يتفق الشركاء في الشُّيوع على تنظيم الإنتفاع بالشيء الشُّائع عن طريق قسمة هذا الشيء قسمة مهايأة. فهذه القسمة التي تسمى بقسمة المنافع تختلف عن القسمة النهائية التي تنهي الشُّيوع، لكونها قسمة إنتفاع وليست قسمة ملكية، كما أنها قسمة مؤقتة وحاصلة أثناء مدة الشُّيوع. وتناولها المشرع الجزائي في المواد 733 إلى 736 من ق.م. ولها نوعين:

#### أولاً: المهايأة المكانية

تنص المادة 733 الفقرة 1 ت من ق.م.ج على: << يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على ان يختص كم منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشُّائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس (05) سنوات. فإذا لم تشترط لها مدة إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة (03) أشهر أنه لا يرغب في التجديد >> المقابلة لنص المادة 1054 من القانون المدني الأردني، و المادة 846 الفقرة 1 من القانون المدني المصري .

إن المهايأة المكانية هي التي يتفق فيها الشركاء مؤقتاً على اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشُّائع يعادل حصته فيه، ويستقل بإدارته و إستغلاله و الإنتفاع به، فيقوم الإتفاق بينهم على اقتسام المنفعة ولا يصح أن ينعقد الإتفاق عليها لمدة تزيد عن 5 سنوات، مع جواز تجديدها لمدة أخرى لا تزيد عن 5 سنوات، و تكون مدتها سنة إذا لم تشترط فيها المدة<sup>(19)</sup>. في حين أن قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/05/09، ملف رقم 59514 قضى بجواز طلب القسمة القضائية في حالة عدم الإتفاق على مدة معينة لقسمة الإنتفاع تكون في أي وقت كالآتي:

18 - ملف رقم 186043، الذي جاء في حيثياته: ((وحيث أنه تبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشُّيوع في منابه وعليه قضوا- على حق- برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف وبهذا طبقوا أحكام المأادة 714 من القانون المدني)).

19 - عبد المنعم فرج الضدة، المرجع السابق، ص 93.

-من المقرر قانوناً أنه في حالة عدم إتفاق الشُّركاء في قسمة المهايأة للملك المشاع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس لمَّا قضى برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي رغم عدم إتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة يعرض قراره للنقض لإعدام الأساس القانوني)).<sup>(20)</sup>

أمَّا إذا إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد كانت مدتها كذلك سنة واحدة وتتجدد هذه المدة إذا لم يعلن الشُّريك لشركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر بعدم رغبته في التجديد، وفي حالة دوام المهايأة المكانية لمدة 15 سنة إنقلبت لقسمة نهائية بقوة القانون ما لم يتفق الشُّركاء على خلاف ذلك طبقاً للمادة 733 الفقرة 02 ق.م.ج.

لقد وضع المشرع الجزائري قرينة قانونية لصالح الشُّريك الحائز بإثبات ملكيته للجزء المفروز بإثبات مدة 15 سنة حيازة للجزء و أن حيازته هذه على سبيل المهايأة، و على من ينازعه من الشُّركاء عبء إثبات خلاف ذلك كإثباتهم أن حيازته لهذا الجزء لم تكن على سبيل المهايأة أو وجود إتفاق يمنع ذلك و تأخذ هذه المهايأة حكم القسمة النهائية، فلا يجوز إبطالها لغبن أو نقص أغلبية.<sup>(21)</sup>

وقد يقع هذا التحول في اليوم التالي لانقضاء 15 سنة، فإذا وردت هذه القسمة على عقار فإنه يجب شهرها حتى يعلم الغير بها و يتم التسجيل بعد أن يقوم أحد الشُّركاء بتحرير ورقة يذكر فيها مضي 15 سنة على قسمة المهايأة يوقع عليها جميع الشُّركاء وتقدم لمصلحة الشهر العقاري للتسجيل، فإذا رفض احدهم التوقيع عليها إستصدر حكماً بتحويل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.<sup>(22)</sup>

وتحول المهايأة المكانية إلى قسمة بقوة القانون لا تعتبر قسمة إتفاقية، ومنه لا يجوز نقضها بسبب الغبن، أو لسبب أن أحد الشُّركاء لم تتوفر فيه الأهلية المطلوبة في التصرفات القانونية لأن المشرع قد أحدث قرينة قانونية في المادة 733 ف3 ق.م.ج مفادها أنه: >> إذا حاز الشُّريك. على الشُّيوع جزءاً مفزراً من المال الشُّائع مدة خمسة عشر (15) سنة إفتراض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة. <<

فبذلك قلب عبء إثبات المهايأة، وجعله على عاتق من يدعي أن حيازة الشُّريك لا تستند إلى مهايأة، و يترتب على هذه القرينة أن الشُّريك الذي يدعي أن هناك قسمة نهائية قد تمت بقوة القانون، يكفي أن يثبت أنه حاز هذا الجزء المفروز من العقار الشُّائع خمسة عشر سنة،

20 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 100.

21 - توفيق حسن فرج المرجع السابق، ص 240.

22 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 112.

و على من يدعي عدم وجود قسمة مهياة أن يقيم الدليل العكسي بإثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهياة، أو أن هناك إتفاقا بين الشركاء يقضي بعدم تحول المهياة إلى قسمة نهائية.<sup>(23)</sup>

تخضع قسمة المهياة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة وكما أنه للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على قسمة المال الشائع مهياة وللمحكمة الأمر بهذه القسمة إذا طلب منها أحد الشركاء ذلك.

### ثانيا: المهياة الزمانية

تناولت المادة 734 ق.م.ج هذا النوع بقولها: >> يجوز أن تكون قسمة المهياة أيضا بأن يتفق الشركاء

على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته >>

وفق هذا النص يجوز للشركاء الإتفاق على التداول في الإنتفاع بالمال الشائع فيما بينهم لموسم مثلا أو لمدة شهر أو سنة، حسب حصة كل شريك، حيث هذه القسمة لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، خاصة أن المال الشائع يبقى على حالته دون تجزئته إلى أجزاء مفرزة.<sup>(24)</sup>

تعتبر هذه الحالة مجرد تداول الشركاء على الإنتفاع بكل المال الشائع لفترة زمانية، مما يشترط في الشريك أهلية الإدارة، فيكون للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد مهياة زمانية عن ناقص الأهلية لمدة لا تزيد عن 03 سنوات إذا أجازت به المحكمة.

وحتى تنتج هذه الحالة أثارها قبل الغير قبل البيع و بالتالي الاحتجاج بها على الغير لا بد من ثبوت تاريخ المهياة لتكون ملزمة في حق المشتري، أما في حالة عدم ثبوت تاريخها فلا يجوز للمشتري الإخلاء إلا بعد التنبيه النهائي بالإخلاء، إضافة إلى إلزام الشريك البائع للحصة الشائعة بتعويض الشيء المتهى.<sup>(25)</sup>

### ثالثا: أحكام المهياة

لقد نصت المادة 735 ق.م.ج على أنه: >> تخضع قسمة المهياة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.<<

23- صدور محمد، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، سني 2006-2007، ص 12.

24- حسن علي الذنوب، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطباعة، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 87.

25- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 108-109.

يستخلص من هذا النص أن المشرع اعتبر المهايأة بنوعها المكانية والزمانية من حيث الطبيعة القانونية إجارا، ولهذا أخضعها لأحكام الإيجار بالقدر الذي لا يتعارض مع المهايأة. هذا الأمر يعني أن الشريك الذي تكون له نوبة الانتفاع في المهايأة الزمانية يكون بمركز المستأجر، والشركاء الآخرون بمركز المؤجر، كما أنه في المهايأة المكانية يكون كل شريك بمركز المستأجر بالنسبة للجزء الذي ينتفع به وبمركز المؤجر بالنسبة للأجزاء الأخرى بدل الإيجار يكون منفعة لأن المهايأة هي مبادلة منفعة بمنفعة، الأمر الذي يتفق مع قواعد الإيجار، لذا فهي تخضع لقواعد الإيجار.

وللإحتجاج بالمهايأة على الغير لابد من ثبوت تاريخها قبل انعقاد البيع، فلو إشتري شخص المال الشائع فإنَّ قسمة المهايأة لا تسري بحقه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع.<sup>(26)</sup> فإذا كانت تعتبر إيجارا فهي لا تتم في المثليات لأنها تنفذ بالإستعمال<sup>(27)</sup>. ومن أحكامها أنه يتبع نظام القرعة لتعيين من يبدأ بالانتفاع في المهايأة الزمانية ولتعيين الجزء الذي يختص به كل شريك في المهايأة المكانية وذلك عندما يتعذر الإتفاق. فإذا طلب أحد الشركاء القسمة و طلب آخر المهايأة فتقبل دعوى القسمة بشرط أن يكون المال قابلا للقسمة، أما إذا طلب أحدهما المهايأة دون أن يطلب الآخر القسمة أو كان المال غير قابل للقسمة حكمت المحكمة بالمهايأة و لو لم يرض الطرف الآخر بها طبقا لفقرة 2 للمادة 736 ق.م.ج التي تنص على: >> إذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الإستعانة، إذا اقتضى الأمر ذلك.<< ومن أحكام المهايأة أيضا أنها لا تبطل بالموت<sup>(28)</sup>، حيث قضت المادة 1191 ق.م.اردني: >> لا تبطل المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص أو بموتهم جميعا أو يحل ورثة من مات محله.<<

## المطلب الثاني

### إدارة المال الشائع

إنَّ إدارة المال الشائع تكون للشركاء مجتمعين إلا إذا إتفقوا على غير ذلك، وهو ما قضت به المادة: 715 ق.م.ج: >> تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك.<<، المقابلة للمادة 782 قانون مدني سوري، والمادة 1833 قانون مدني أردني، كأن يعهد الشركاء إلى أحدهم بإدارته. غير أن الحصول على إجماع الشركاء لإدارة المال الشائع يصادف عراقيل كثيرة، الأمر الذي يحول دون استغلاله كاملا، وهو الأمر الذي جعل المشرع

26- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 108-109.

27- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 59.

28- المرجع السابق، ص 60.

الجزائري يضع قواعد لإدارة المال الشائع، فعمد إلى التفرقة بين الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة.

لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول الأعمال المعتادة (الفرع الأول) وفي الثاني نتناول الأعمال غير المعتادة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أعمال الإدارة المعتادة للمال الشائع

يقصد بأعمال الإدارة المعتادة، الأعمال التي لا تمس أساس المال الشائع، ولا إلى تعديل الغرض الذي أعد له المال الشائع، وذلك كتأجير الدار التي يملكها عدة أشخاص و قبض الأجرة، أو زرع الأرض المشاعة وشراء ما يلزمها من بذور و سماد ثم بيع محصولها بالسعر المعروف وقبض الثمن،<sup>(29)</sup> لأن الغرض من إدارة المال الشائع هو الإنتفاع به و اقتسام الثمار، و هو ما قضت به المادة 716<sup>(30)</sup>، المقابلة للمادة 828 قانون مدني مصري و 783 قانون مدني سوري، 1034 قانون مدني أردني.

إن إدارة المال الشائع إدارة معتادة تخضع للقواعد الآتية:

1- إن رأي أغلبية الشركاء في إجراء عمل من أعمال الإدارة ملزم لبقية الشركاء، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، وهي الأغلبية المطلقة التي تملك أكثر من النصف المال الشائع، و حتى ولو كان شخصا واحدا، وهذا الرأي يكون نافذاً على باقي الشركاء ما لم يكون تعسف في استعمال حقها في الإدارة، فلو قرر الشركاء الذين يملكون أكثر من نصف الأنصبة كان قرارهم ملزماً للجميع، وإذا استأثر أحد الشركاء الذي يملك أغلبية الأنصبة بإدارة المال الشائع إدارة معتادة، فليس له أن يسيء استعمال حقه، وإلا كان عرضة للمساءلة من قبل الأقلية<sup>(31)</sup>، وتنص المادة 716 ف1 ق.م.ج على: << يكون ملزماً للجميع كل ما استقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة. فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.>> .

2- لأغلبية الشركاء أن يختاروا مديراً من بين الشركاء أنفسهم لإدارة المال الشائع، يكون نائباً في حدود الإدارة المعتادة، بحيث تكون أعماله نافذة في حق جميع الشركاء كما يجوز لهم أن

29- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 99؛ جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الاصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، 1970، ص 137

30- تنص المادة 716 ف1 من ق.م.ج: << يكون ملزماً للجميع كل ما يستقر عليه رأي اغلبية الشركاء في اعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانصباء. فان لم توجد اغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، ان تتخذ التدابير اللازمة، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.>>

31- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، أحكام الحقوق العينية التبعية، ج1، د.د.ن، سنة 1994، ص 63؛ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص ص 827-828.

يضعوا نظاماً يسري على الشُّركاء جميعاً وعلى خلفائهم، وهو ما قضت به المادة 716 ف2 ق.م.ج: >> وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة و لحسن الإنتفاع بالمال الشَّائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشُّركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً، أو خاصاً.>> المطابقة للمادة 783 ف2 مدني سوري و المادة 1034 مدني أردني.

3- حالة عدم توفر الأغلبية لإدارة المال الشَّائع لعدم حصول الأغلبية، أي وجود آراء مختلفة، جاز لأي من الشُّركاء أن يلجئ للمحكمة ويطلب منها أن تعين مديراً يدير المال الشَّائع واتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة. كندب أحد الشُّركاء للقيام بعمل معين، أو توكل له مهمة أو سلطة الحارس القضائي<sup>(32)</sup>.

كما أنه قد يحدث ان يتولى أحد الشُّركاء إدارة المال الشَّائع من دون اعتراض من الباقين فعُدد وكيلاً عنهم وأصيلاً عن نفسه وهو ما أكدته الفقرة 03 من نفس المادة، المطابقة للمادة 783 ف3 مدني سوري.

فإذا كانت حصص الشُّركاء غير المعترضين تمثل أغلبية الأنصبة بما فيها حصة الشُّريك المدير، فكان عمله نافذاً في مواجهة الجميع، أما إذا اعترض على أعمال إدارته من الشُّركاء الذي تزيد حصصهم عن النصف، فإنه لا يكون حينئذ ممثلاً للأغلبية و لا يكون عمله نافذاً لهم<sup>(33)</sup>.

وهذا ما أكدته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 28/06/2000 ملف رقم 196140 إذ جاء في حيثياته: " حيث أنه ومن جهة أخرى فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعى عليه في الطعن مستأجراً للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن وفي هذه الحالة فإن الشُّريك الذي يدير المال الشَّائع دون اعتراض من الباقين يعد وكيلاً عنهم طبقاً للمادة 716 من القانون المدني " <sup>(34)</sup>.

## الفرع الثاني

### الإدارة غير المعتادة للمال الشَّائع

يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة، تلك الأعمال التي تخرج عن الإدارة المعتادة، أي تلك التي تهدف إلى إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أنشئ المال الشَّائع لأجله، بقصد تحسين الإنتفاع به على نحو أفضل، كتحويل أرض زراعية إلى أرض بناء، أو هدم منزل قديم وإعادة بنائه لجعله أصحح للإستغلال لتحويله إلى فندق مثلاً.

تخضع أعمال الإدارة غير المعتادة إلى القواعد التي نصت عليها المادة 717 ف1 ق.م.ج: >> للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشَّائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية و التعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج من حدود

32 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 193-194.

33 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 525.

34 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 96.

الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.>>، المقابلة للمادة 784 مدني سوري، و المادة 1035 مدني أردني، والمادة 829 مدني مصري، ويستخلص من هذا النص القواعد الآتية:

1- نظراً لخطورة إدارة المال الشائع إدارة غير معتادة، فإن المشرع لم يكتف في سبيل ذلك بالأغلبية العادية المطلوبة للإدارة المعتادة للمال الشائع، بل إشتراط أن تكون أغلبية خاصة تمثل ثلاثة أرباع الأنصبة من المال الشائع، وألزم الشركاء الذين يملكون هذه الأنصبة أن يبلغوا قراراتهم إلى بقية الشركاء بكتاب مضمون أو بأي طريقة رسمية أخرى وإلا كان هذا الراي غير ملزم للأقلية إبتداءاً. وهو ما قضت به المادة 717 ف1 ق.م.ج<sup>(35)</sup>

2- يحق لمن خالف من الشركاء التقدم أمام المحكمة المختصة للتظلم لديها خلال شهرين من تاريخ التبليغ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة 1 من المادة 784 مدني سوري 1035 مدني أردني.

3- للمحكمة إذا ما عرض عليها الأمر السابق، أن تحكم إما بإلغاء قرار الأكثرية، وإما بالموافقة على القرار من دون اتخاذ أي من التدابير، وإما بالموافقة على قرار الأكثرية مع اتخاذ بعض التدابير.

فإذا وافق جميع الشركاء على القرار، أصبح الجميع شركاء كل بنسبة حصته في المال الشائع، وعليهم أن يسهموا في التكاليف كل بنسبة حصته أيضاً. أما وإذا وقع ضرر بالأقلية المعترضة جراء تنفيذ قرار الأغلبية، فللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من التدابير لصون حقوق الأقلية ومنع الضرر عنها، لذلك لها أن تقرر للأقلية المخالفة من الشركاء ضمانات تحفظ حقوقها وأن تأمر بصورة خاصة بإعطاء المخالف كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات<sup>(36)</sup>. وهو ما أشارت إليه المادة 717 ف2 ق.م.ج المطابقة للمادة 784 ف2 مدني سوري، والمادة 829 ف2 مدني مصري، و1035 ف2 مدني أردني.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 44.808 المؤرخ في 1988/03/23 الذي جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أن كل ما إستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، ولماً كان الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانوناً لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون)).<sup>(37)</sup>

إنّ المشرع الجزائري لم يعرض لحالة ما إذا قام أحد الشركاء منفرداً بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة، غير أنه تطبق عليه القواعد العامة في الشيوخ التي مقتضاها أنه ليس للشريك أن

35- تنص المادة 717 ف1 ق.م.ج على الآتي: >>للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع (3/4) المال الشائع، ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على ان يعلنوا قراراتهم الى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.>>.

36- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 102-103.

37- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 97.



يقوم منفردا بمثل هذا العمل وإلا كان لهم الحق في طلب إزالة ما قام به من تعديلات في الشيء متى كانت تضر بحقوقهم.

### الفرع الثالث

#### حفظ المال الشائع ونفقاته

نعرض حفظ المال في النقطة الأولى ثم نفقاته في النقطة الثانية:

#### أولاً: حفظ المال الشائع:

يقصد بأعمال حفظ المال الشائع وصيانته أن يتخذ الشريك على الشئوع التدابير اللازمة للإبقاء على المال الشائع بحيث يكون صالحاً للانتفاع به. وقد تكون هذه الأعمال مادية كالترميمات الضرورية التي يجريها الشريك للمنزل أو السيارة وجني الثمار قبل فوات الأوان، فهي أعمال مادية تهدف إلى حفظ المال المشترك من التلف والهلاك. أما الأعمال القانونية مثل رفع دعوى من أحد الشركاء لقطع التقادم أو رفع دعوى الحيازة، أو دفع الضرائب والرسوم لمنع الحجز على المال أو تسديد أقساط الدين، فهي تهدف إلى المحافظة على الحق ذاته. ويقوم الشريك بأعمال الحفظ سواء قبل الشركاء الآخرين بها أو رفضوها.<sup>(38)</sup> وهو ما قضت به المادة 718 ق.م.ج.: >>. لكل شريك في الشئوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء.<<. الموافقة للمادة 788 مدني سوري و المادة 1036 مدني أردني، و المادة 830 مدني مصري .

إن علة خروج المشرع الجزائري عن قاعدة الإجماع أو الأغلبية في مثل هذه الأعمال لأن هذه الأعمال تهدف إلى حفظ المال الشائع من الإلتاف وصيانته، فهي تفيد جميع الشركاء، ولا تضر بحقوق بقية الشركاء.

ويعد الشريك في هذه الحالة أصيلاً عن نفسه ونائباً عن شركائه نيابة قانونية، فيجوز له أن يرجع على كل واحد من الشركاء بقدر نصيبه في النفقات التي أصرفها في حفظ المال وصيانته، على أساس الفضالة لأن الشريك تولى عملاً لنفسه وفي نفس الوقت عملاً لغيره من الشركاء، إذ لا يمكن القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر، وهو ما عبّرت عنه المادة 151 ق.م.ج التي تنص على الآتي: >> تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء تولّيه ضامناً لنفسه، قد تولى أن غيره لما بين الأمرين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر.<<

أمّا في حالة ما إذا أجاز بقية الشركاء هذا العمل فكان وكيلاً عنهم لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة لما تقضي به المادة 152 ق.م.ج: >> تسري قواعد الوكالة إذا أجاز ربُّ العمل ما قام به الفضولي.<<، وهو ما أكّده المحكمة العليا في قرارها تحت رقم 75576 المؤرخ في

38 - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 22.

1992/01/21 الذي جاء فيه ((من المقرّر قانوناً أنه يحقّ لكلّ شريكٍ في الشُّيوع أن يتّخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو مان بغير موافقة باقي الشُّركاء.

ولمّا ثبت في قضية الحال- إنّ قضاة الموضوع إشتراطوا على الطّاعن الذي يملك في الشُّيوع المحلّ المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدّها، عرضوا قرارهم للنّقض.))<sup>(39)</sup>

### ثانياً: نفقات حفظ المال الشّائع

تقضي المادة 719 ق.م.ج كالاتي: >> يتحمّل جميع الشُّركاء، كل بقدر حصّته نفقات إدارة المال الشّائع، وحفظه، والضّرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشُّيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك >>، وهو ما قضت به المادة 786 مدني سوري، والمادة 831 مدني مصري، والمادة 1037 مدني أردني.

فقد يتكبد الشُّريك في حفظ المال الشّائع بعض النفقات، وليس من المنطق في شيء أن يتحمل الشُّريك الذي قام بالحفظ وحده هذه النفقات، لذلك قضى القانون بتقسيمها على بقية الشُّركاء كل بنسبة حصّته.

قد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق الشُّريك في الرجوع على باقي الشُّركاء بما أنفق، فإذا قام الشُّريك بأعمال الحفظ والصّيانة من دون علم شركائه، كان فضولياً يرجع عليهم بما أنفق، أمّا إذا اعترضوا باقي الشُّركاء فلا تتحقق شروط الفضالة.<sup>(40)</sup>

أمّا إذا قام بذلك بعد موافقة شُّركائه، كان أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عنهم، فرجوعه على باقي الشُّركاء يكون على أساس النّيابة، أمّا إذا قبل بعضهم واعترض بعضهم الآخر يكون وكيلاً عن الموافقين ويرجع على المعترضين على أساس الإثراء بلا سبب.<sup>(41)</sup>

كما يجوز للشُّريك التخلّص من هذه النفقات بالتّخلي عن حصّته في المال الشّائع، ويترتب على تخلي الشُّريك عن حصّته أن تصبح هذه الحصّة ملكاً لباقي الشُّركاء، كلُّ بقدر نصيبه في المال الشّائع، فيتحمّل باقي الشُّركاء النفقات، كلُّ بقدر حصّته الجديدة بعد إضافة حصّة الشُّريك المتخلي إلى حصصهم.<sup>(42)</sup>

وتجد الإشارة أن نفقات الحفظ عدّدها المشرّع الجزائري في المادة 719 ق.م.ج على سبيل المثال لا الحصر، فيدخل في إطارها جميع النفقات الضّروية للحفظ باستثناء النفقات الكمالية التي لا يمكن للشُّريك الرجوع على الشُّركاء بخصوصها إلاّ بشرط توافر الإذن له

39- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 97.

40- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001؛ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 63.

41- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 806؛ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص 125.

42- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 808-809.

بإنفاقها صراحة أو ضمناً. ومن اجتهادات المحكمة العليا القرار المؤرخ في 1994/11/22 ملف رقم 116228، الذي جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أنه يحق لكل شريك في الشُّيوع أن يتَّخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشُّركاء. ولما ثبت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع إشتراطوا على الطَّاعن الذي يملك في الشُّيوع المحلَّ المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض.))<sup>(43)</sup>.

## المبحث الثاني التصرّف في المال الشَّائع

يقصد بالتصرّف في المال الشَّائع هنا التصرّف القانوني الذي يؤدي إلى نقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليها، فقد يكون صادراً من جميع الشُّركاء أو غالبتهم، أمَّا التصرّف المادي الذي يكون باستهلاك الشيء أو هلاكه لا يثبت في الملكية الشَّائعة إلا للشُّركاء جميعاً، فإذا انفرد به أحدهم كان متعدداً على حقوق باقي الشُّركاء فيسأل في مواجهتهم. لذلك نقسم هذا المبحث إلى التصرّف الصادر من كافة الشُّركاء أو غالبتهم في المطلب الأول، والتصرّف الصادر من أحد الشُّركاء في المطلب الثاني.

### المطلب الأول تصرف الشُّركاء في المال الشَّائع

ان تصرف الشُّركاء في المال الشَّائع قد يقع بإتفاق جميعهم وهو نتاولة في الفرع الأول، وقد يقع من طرف غالبية الشُّركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشَّائع، وهو ما نتطرق إليه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول التصرّف الصادر من جميع الشُّركاء

الأصل أن يصدر القرار بالتصرّف في المال الشَّائع من جميع الشُّركاء دون استثناء، فإذا صدر التصرّف من جميع الشُّركاء على المال كله نفذ في حق الجميع، فلهم أن يتفقوا على نقل ملكية المال الشَّائع كامله للغير، فتنتهي حالة الشُّيوع بينهم، أمَّا إذا ورد التصرّف على حصّة شائعة من المال ترتب على ذلك زيادة عدد الملاك على الشُّيوع و منه تعديل حصص الشُّركاء<sup>(44)</sup>.

كما ينفذ التصرّف إذا تناول فقط جزءاً من المال الشَّائع، وبالتالي ينفذ في حقهم في حدود هذا الجزء ويبقى الجزء الآخر شائعاً. ولا أثر لقسمة المال على هذا الجزء الذي تم التصرّف

<sup>43</sup> -حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 98.

<sup>44</sup> -محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 128-، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 773: محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 171؛

VOIRIN(PIERRE), GOUBEAUX(GILLES), Droit Civil Privé Notarial, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, tome 2, 20édition ( librairie générale de droit et de jurisprudence) E JA , 1999 ,p187

فيه من جميع الشُّركاء، وسبب ذلك ان الشُّركاء عندما تصرفوا بهذا الجزء، يكونوا قد أخرجوا هذا الجزء من ملكيتهم الذي استقرَّ في ملكية المتصرف إليه، ومن ثم لا يجوز إدخال هذا الجزء في أية قسمة بين الشُّركاء.

غير أنه إذا كان التصرف الذي أجراه الشُّركاء مجتمعين من التصرفات غير ناقلة للملكية، كتقرير حق إنتفاع أو إستعمال أو إرتفاق على شيء أو حق عيني تبعي، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف واختص كل شريك بجزء من الشيء، فما هو مصير هذا الحق الذي قرره الشُّركاء مجتمعين قبل القسمة؟ (45)

إنَّ الإجابة توجد بما يخص التصرف في المال بالرهن الرّسمي وهو ما تناولته المادة 890 ف1 ق.م.ج حيث قضت بأنه: >> يبقى نافذاً الرهن الرّسمي. الصادر من جميع الملاكية لعقار شائع، أيًا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته. <<

أمّا غير الرهن الرّسمي فالمرجع لم ينظمه، وبذلك انقسم الفقه إلى رأيين:

1- يرى هذا الجانب من الفقهاء أن النص يتضمن حكماً إستثنائياً خرج به المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة، ذلك أنه رتب على القسمة لمّا يقع العقار المرهون في نصيب أحد الشُّركاء بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة أن يعتبر باقي الشُّركاء راهنين لملك الغير فيما زاد على حصة هذا الشُّريك، ومن ثم لا يتحمل العقار في يده إلا بقدر هذه الحصّة، وعليه يخلصوا أنه لا يجوز تطبيق هذا الحكم هذه المادة على غير الرهن الرّسمي (46).

2- ذهب إتجاه آخر من الفقه إلى أنّ حكم المادة السابقة يعتبر تطبيقاً لقاعدة عامة تقضي ببقاء تصرفات الشُّركاء مجتمعين نافذة في مواجعتهم جميعاً مهما كانت نتيجة القسمة. وعليه إذا تمّت القسمة بعد التصرف الصادر من جميع الشُّركاء ثم وقع ما تمّ التصرف فيه في نصيب أحد الشُّركاء، فلا يطبّق الأثر الرجعي للقسمة لأن التصرف صدر من جميع الشُّركاء بما فيهم من آل إليه محل التصرف، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف الذي تم برضاء الشُّركاء جميعاً تصرفاً ناقلاً للملكية أم تصرفاً لحقّي عيني آخر (47).

45 - مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص 128

46 - عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص 25؛ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، ج 1، ط 5، دار النشر ايريني للطباعة، مصر، 1990، ص 346، البدرأوي، المرجع السابق، ص 179.

47 - من هذا الرأي: شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، 1959، ص 108؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 52؛ السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 837.

## الفرع الثاني التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

لقد تدعو بعض الأسباب القوية إلى قيام أغلبية الشركاء للتصرف بالمال الشائع، فقد يحدث سوء إستغلال المال الشائع لبقائه على الشُّيوع وتكون القسمة ضارةً للشركاء في نفس الوقت، أو تأتي فرصة رابحة للتصرف بالمال الشائع يخشى ألا تتكرر، وقد يتعدّر إدارة المال الشائع وتكون قسمته عيناً ضارةً بالشركاء وكان من الضروري التصرف فيه إلى أجنبي<sup>(48)</sup>

لقد تصدّى المشرع الجزائري لمثل هذه الفروض وفق نص المادة 720 م ج الذي جاء فيه: >> للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلى باقي الشركاء و لمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارةً بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً ما إذا كان التصرف واجباً.>>، المقابلة لنص المادة 732 مصري، أمّا القانون اللبناني قد إستلزم إجماع الشركاء في حالة التصرف في المال الشائع، حيث نصت المادة 836: >> لا تجبر الأقلية على فيول قرارات الغالبية إذا كانت تختص أولاً بأعمال التصرف.<<

يتضح من نص المادة الجزائرية أن المشرع يعطي لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبه، كما هو معمول به بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة. التي تمثل الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، كما أنّ التصرفات المعنية هي القانونية وليست التصرف المادي

وفي مقابل إعطاء الأغلبية الشركاء في التصرف فإنه إشتراط لإنقاذه شرطين أساسيين<sup>(49)</sup>:

1- أن تستند هذه الأغلبية في قرارها للتصرف إلى أسباب قوية، كأن يكون المال الشائع في حالته الراهنة يتعدّر استغلاله فتقرّر الأغلبية بيعه، أو أنّ ترميمه يقتضي الإقتراض مع رهنه ضماناً للقرض.

2- فلإنفاذ قرار الأغلبية يجب إعلان قرارها بشأن التصرف إلى باقي الشركاء، غير أنّ القانون لم يشترط شكلاً معيناً، لذلك يمكن أن يتم على أي شكل، ولكن تبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة في الإثبات.

لقد أجاز المشرع لمن إعترض على قرار الأغلبية أن يرفع إعتراضه إلى القضاء خلال شهرين من وقت إعلامه بقرار الأغلبية من الشركاء. فإذا مضت مدة شهرين دون يرفع أحداً إعتراض كان قرار الأغلبية نافذاً وملزماً لجميع الشركاء.

48 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 62.

49 - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلي، ج1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 131؛

إذا إعترضت الأقلية على القرار، تختلف سلطة المحكمة بحسب ما تطلبه الأقلية و نورد ذلك كما يلي:

- إذا طالبت الأقلية إلغاء القرار دون أن تطلب القسمة، إنحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية تبرره فيكون للمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية أو تقرّه. (50)

- أما إذا طلبت الأقلية القسمة، فإن المحكمة تنظر أولاً فيما إذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة، فإذا قدرت أن القسمة غير ضارة بمصلحة الشركاء قضت بالقسمة ولو كان الشريك المتظلم الذي طلب القسمة ملزماً بالبقاء في الشئوع بمقتضى إتفاق لم ينتهي أجله، ذلك لأن السلطة المخولة للأغلبية في التصرف سلطة إستثنائية ، فيقضي بالخروج من الشئوع مادام القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء. أما إذا تبين للمحكمة أن القسمة تضر بمصلحة الشركاء فعليها أن تنظر فيما إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى التصرف، فإذا قررت أن التصرف واجب وافقت على قرار الأغلبية أمّا إذا لم تجده أمرت بإلغاء القرار (51).

وهو ما توصلت اليه المحكمة العليا بتاريخ 1992/10/28، حيث جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية.

ولما ثبت- من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون)). (52)

## المطلب الثاني

### تصرف الشريك في المال الشائع

إن تصرف الشريك منفرداً في المال الشائع قد يكون تصرفاً في حصّة هذا الشريك على الشئوع وهو ما نتناوله في الفرع الأول، وقد ينصب على حصّة مفرزة تعادل حصّته في المال الشائع، نعرض له في الفرع الثاني، وقد ينصب التصرف على كل المال الشائع، نخص له الفرع الثالث.

50 - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 26-27.

51 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 132؛ صدور محمد، المرجع السابق، ص 23.

52 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 98.

## الفرع الأول

### تصرف الشريك في حصته الشائعة

إنَّ الشَّريك يملك حصَّته الشَّائعة ملكية تامة، فله أن يتصرف فيها بكافة التصرفات القانونية، مثل تصرف المالك فيما يملك، كما أن تصرفه يكون صحيحاً نافذاً قبل جميع الشُّركاء دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم.<sup>(53)</sup> للشَّريك حق التصرف في حصَّته دون الاعتداء على حقوق باقي الشُّركاء طبقاً للمادة 714 ق.م، فله بيعها أو رهنها أو هبتها، دون المساس بالشيء الشائع كترتيب حق ارتفاق.<sup>(54)</sup>

تنص المادة 714 ف1 في هذا الصدد كما يأتي: << كلَّ شريك في الشُّيوع يملك حصَّته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشُّركاء.>>

يتضح من هذا النص أن تصرف الشَّريك في حصَّته الشائعة صحيحاً نافذاً في مواجهة شركائه، فلا يقتصر على تصرف معين بل قد يكون هذا التصرف حقا عينياً أصلياً أو تبعياً، بعوض أو بدون عوض، وسواء كان المتصرف إليه شريكاً آخر أو أجنبياً، بشرط ألا يضر بحقوق باقي الشُّركاء.

فإذا كان التصرف ناقلاً للملكية كالبيع فهذا التصرف يزيل حالة الشُّيوع، ولتوخي الإضرار بالشُّركاء إذا بيع المنقول لأجنبي يخول القانون حق ممارسة الإسترداد لباقي الشُّركاء، أمَّا إذا كان المبيع عقاراً خول لهم القانون حق ممارسة الشُّفعة<sup>(55)</sup>، الأمر الذي نتناوله في النقاط التالية:  
أولاً: الإسترداد في المنقول:

لقد منح المشرع لباقي الشُّركاء حق الحلول محل المشتري الأجنبي باعترافهم إذا كان المتصرف بيعاً، وهذا ما ورد بالمادة 721 ق.م التي جعلت الإسترداد في الحصبة الشائعة المنقولة سببه أن دخول الأجنبي قد يضر بالشُّركاء في البيع بالتراضي، أمَّا البيع بالمزاد العلني فهو قرينة على إرتضاء مشاركته بدخوله المزداد. إنَّ حق الإسترداد يكون للشَّريك وكذا خلفه المشتاع وقت بيع شريك آخر لحصَّته. وللتمسك بحق الإسترداد يجب توافر الشروط الآتية<sup>(56)</sup>:

<sup>53</sup>- Schiller Sophie, droit des biens, 4<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, paris, 2000, p. 175 :

(Chaque indivisaire dispose d'un droit individuel et exclusif : il peut la vendre, la donner, constituer une hypothèse)

<sup>54</sup> - محمد قاسم، المرجع السابق، ص 133؛ جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 149، جاء فيها: (ليس للمالك أن يقرر حق إرتفاق على حصَّته الشائعة، ذلك أن تقرير هذا الحق يقتضي تحديد جزء من العقار يحمل به، وطبيعة حق الشَّريك على الشُّيوع في حصَّته لا تجعل له الاستثناء بجزء مفرز من العقار) .  
MALAURIE(PHILLIPE), AYNES(LAURENT), Droit Civil ( les contrats spéciaux) .  
cujas,paris,1986, p179

<sup>55</sup> - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 843-845

<sup>56</sup> - محمد قاسم، المرجع السابق، ص 135

- 1- أن يقع البيع لحصة شائعة منقولة كانت أو مجموع من المال  
- أن يكون البيع ناقل للملكية الحصة الشائعة وإن كانت مجموعاً من المال وأن يتم البيع بالممارسة.  
- أن يكون طالب الإسترداد شريكاً.  
- أن يتم البيع إلى أجنبي عن الشركاء.  
1- إجراءاته:

يتم طلب الإسترداد خلال ثلاثين يوماً (30 يوم) تبدأ من تاريخ إعلان البيع أو علم المسترد به، غير أن المشرع لم يشترط شكلاً معيناً للإعلان، إنما يجب أن يتم الإسترداد قبل القسمة وذلك بواسطة تصريح يبلغه لكل من البائع والمشتري، يتضمن إستعداده لدفع الثمن والمصاريف.  
- فإذا قبل البائع والمشتري بالإسترداد، تعين على من في حوزته المنقول منهما تسليمه للمسترد مقابل دفعه للثمن والمصاريف ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته بأثر رجعي<sup>(57)</sup>.

أمّا في حالة الرفض للمسترد حق اللجوء للقضاء قصد الإسترداد. وإذا لم يدفع للبائع أو المشتري إستحقاق الثمن والتكاليف أو تأخر في ذلك، جاز لأحدهما طلب من القضاء إعتبار الإسترداد كأن لم يكن. في حالة حصول الإسترداد لا يحتاج المسترد لعقد جديد فيحل شخصياً محل المشتري، وحينها تنقضي العلاقة بينهما، كما لا يطالب أحدهما الآخر بشيء من الإلتزامات كما لا ينفذ أي تصرف أجراه المشتري على الحصة الشائعة التي اشتراها إلا إذا كان حسن النية<sup>(58)</sup>.

## 2- آثاره:

ومن الآثار التي تترتب على الإسترداد المنصبّ على المنقول، أن تؤول الحصة للمستردّ خالصة من كل حقوق الرهن والانتفاع، ويلتزم البائع بضمان عدم التعرّض والإستحقاق ونقل الملكية من وقت إبرام عقد البيع.

## ثانياً: الشُّفعة في العقار

الشُّفعة هي حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن.

### 1- شروط الشُّفعة: يجب توافر الشروط الآتية وهي:

أ- بيع العقار: يعتبر القانون أن لا وجود للشُّفعة إلا بوجود عقد بمقابل مالي معلوم<sup>(59)</sup>، فلا بدّ

57- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 209.

58- محمد قاسم، المرجع السابق، ص 137.

59- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 493-494.



من وجود تصرف قانوني ملزم لجانبين باستثناء بيوع حددها المشرع حصرياً بالمادة 798 ق.م، وهي (البيع بالمزاد العلني، البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية أو إذا خصص المبيع كمحل للعبادة أو ملحقاً بها).

ب- وجود شفيع: إن المادة 795 في فقرتها الثانية جعلت الشريك في الشئوع في المرتبة الثانية بعد مالك الرقبة إذا بيع جزء من العقار المشتاع للأجنبي، وفي حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه. طبقاً للمادة 796 ق.م التي تنص على الآتي: >> إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية: إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة إستحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه

-وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى المادة 795 فإنه يُفضّل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.>>. فحسب نص المادة السابقة، إذا توافرت شروط الشفعة في المشتري فبمقتضى المادة 795 يُفضّل على الشفعاء الأدنى منه طبقة ويتقدمه الذين هم من طبقة أعلى. وإذا تزامن الشفعاء بين الطبقات المختلفة فيكون حق الشفعة حسب ترتيب المادة 795 من ق.م فالترتيب يحدد مرتبة الشفيع في هذا الصدد، فإذا أوجد بالطبقة شريك في الملكية الشائعة و شريك في الإنتفاع، و باع أحدهم حصة و طلب الشفعة شريك في الملكية و شريك في الإنتفاع، فهنا يتقدم الشريك المشتاع في الرقبة على صاحب الحق في الإنتفاع. أما إذا تزامن الشركاء في الشئوع من أصحاب الملكية أو أصحاب الإنتفاع فهنا إستحقاق الشفعة لكل منهم بقدر نصيبه، أي أنه تقسم بينهم قسمة تناسبية لحصصهم.

2- إجراءاتهم:

أخضع المشرع حق الشفعة لعدة إجراءات نلخصها كالتالي:

-إعلان الشفيع لرغبته إلى البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع و المشتري و إلا سقط حقه، و يضاف إلى ذلك بعد المسافة إن اقتضى الأمر طبقاً لما ذهبت إليه المادة 799 ق.م: >> على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك.>> .

ومعنى ذلك كأن يوجه البائع و المشتري للشفيع أو ممثله إنذاراً لطلب رأيه إن كان يريد الشفعة بالعقار وذلك قصد إستنفاد الميعاد القانوني وإسقاط حقه في الشفعة و يشمل الإنذار البيانات التالية و إلا كان

باطلاً<sup>(60)</sup>.

-بيان العقار الجائر أخذه بالشُّفعة بيانًا كافيًا.

-بيان الثمن و المصاريف الرسميّة و شروط البيع و إسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه و الأجل المقدر بثلاثون يومًا للإعلان المنصوص عليه بالمادة 799.ق.م . كما يكون عدد إنذارات بعدد الشُّفعاء، وفي حالة إنعدام الإنذار، فإن الشُّفيع له الحق في الإعلان عن حقه في الشُّفعة خلال سنة من شهر عقد البيع.

تنص المادة 807 ق.م.ج كما يأتي: <<لا يمارس حق الشُّفعة في الأحوال الآتية: -إذا تنازل الشُّفيع عن حقه في الشُّفعة ولو قبل البيع، -إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون>>.

و بمجرد توصل الشُّفيع بالإنذار، أو بعلمه بشهر عقد البيع كما ذكرنا فإنه على الشُّفيع الإعلان عن رغبته في شكل محرّر رسمي تحت طائلة البطلان و لا يكون أي أثر للغير إلا من يوم شهر المحرّر<sup>(61)</sup>. ومن قرار المحكمة العليا الملف رقم 33708 المؤرخ في 09/01/1985 جاء فيه ((وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونًا لإحتساب أجل الشُّهر الواجب إعلان الرغبة في الشُّفعة خلاله، فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجّه من البائع أو المشتري للراغب في الشُّفعة و المستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشُّفعة لا غير)).<sup>(62)</sup>

أمّا الحالة الثانية فهي رفع دعوى خلال نفس الأجل شريطة إيداع ثمن المبيع و المصاريف بيد الموثق قبل رفعها، و لا يشترط في هذه الحالة إنذاره و إنّما بمجرد علمه. طبقًا لأحكام المادة 801 ف2 ق.م.ج التي تقضي: <<يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين أيدي الموثق خلال (30) يومًا على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشُّفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشُّفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشُّفعة.>> غير أنّ المشرع الفرنسي أتى بنقطة مهمة لا نجدها عند المشرع الجزائري وهي عند إعلان الرغبة في الشُّفعة بعد شهر من الإنذار فمُنح للشُّفيع الحق في رفع دعوى في مدة شهرين من إعلان الرغبة، وإذا لم يقدّم بذلك يعتبر الإعلان باطل، و لا يحتج قبل البائع بعدم طلب التعويض من البائع بعد 15 يومًا من ميعاد رفع الدعوى عند تنفيذ حق الشُّفعة، وهو ما قضت به المادة 815 مكرر 14 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي<sup>(63)</sup>.

<sup>60</sup> -رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 257.

<sup>61</sup> -عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج 9، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص ص 552-553.

<sup>62</sup> - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 237.

<sup>63</sup> -BERGEL JEAN-LOUIS, Marc BRUCHI, SYLVIE CIMAMONTI, traité de droit civil, les biens, Dalloz, PARIS, p.227.

أمّا في حالة عدم إنذاره رسمياً وإشهار البيع فله إعلان رغبته خلال أجل سنة من وقت شهر البيع، أما إذا لم ينذر ولم يشهر البيع له 15 سنة بالتقادم من تاريخ إتمام البيع. وجاء قرار المحكمة العليا رقم 44804 المؤرخ في 1987/02/23 فيه: ((من المقرر قانوناً أن المادة 807 مدني أن الحق في الشُّفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن النزاع بين الطرفين يتمحور حول ثبوت حق الشُّفعة وأن الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية ومسجلة في سنوات 1946، 1947، 1944:1946، وأن الطّاعنتين طلبتا ممارسة حقهما في الشُّفعة بثلاث عقود محررة ف 1951/02/21، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد ابطال الدعوى طبقوا صحيح القانون))<sup>(64)</sup> و الشُّفعة تدخل ضمن أعمال التصرّف، و بالتالي يتطلب في الشفيع الأهلية لرفع الدعوى ضد المشتري و البائع، و أن يكون أطرافها الثلاثة أمام جميع درجات التقاضي و إلا قضت المحكمة بعدم قبولها و تثبت الشُّفعة بالتراضي أو بحكم نهائي ينقل حق الملكية منذ صدوره للشفيع .

### 3-اثار حق الشُّفعة:

نتناول أثار حق الشُّفعة في علاقة الشفيع بالبائع ثم علاقة المشتري بالشفيع. أ-علاقة الشفيع بالبائع: يحل الشفيع محل المشتري في جميع الحقوق و الإلتزامات ملتزماً بنقل ملكية البيع بعد شهره الحكم مثلاً و يسلم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع و بالمبلغ المحدد في العقد للشفيع و يضمن له ال إستحقاق، وهو ما نصت عليه المادة 804 ق.م.ج: <<يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و الإلتزاماته إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما إسترد الغير العقار بعقد الشُّفعة.>> ب-علاقة المشتري بالشفيع: الشفيع له حق تملك الثمار قبل صدور الحكم بالشفعة. أما فيما يخص البناء أو الغرس قبل إعلان الرغبة في الشُّفعة، فإذا بني المشتري قبل إعلان رغبته في الشُّفعة، كان الشفيع ملزماً بخيار المشتري بين دفع نفقاته أو مقدار ما زاد في قيمة العقار، أما إذا حصل البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة من الشفيع طلب الإزالة أو إستبقاء البناء أو الغرس مقابل دفع قيمة أدوات و أجرة العمل و نفقات الغرس<sup>(65)</sup>. إن الحقوق العينية المترتبة قبل شهر الشفيع إعلان الرغبة تكون سارية في حقه، أما التصرفات التي تصدر بعد شهره لرغبته فلا تسري في حقه وله مثلاً الخيار بين أن يشفع في عقد بيع من البائع والمشتري أو العقد الذي بين المشتري 1 و المشتري (2) تبعاً لمصلحته. وهو ما قضت به المادة 805 ق.م: <<إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل الإعلان

64 - نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 239.

65- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 272.

بالرغبة في الشُّفعة كان الشَّفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس».

**حق الإنتفاع:** ومن الحقوق العينية الأصلية التي يرتبها الشَّرِك على حصَّته هي حق الإنتفاع، فإن الغير يحل محل الشَّرِك في اقتضاء ثمار هذه الحصَّة، بينما يبقى للمتصرف ملك الرقبة.

يجوز لصاحب الإنتفاع ان يستغل الحصَّة الشَّائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشُّركاء في المال الشَّائع، فاذا اقتضى عمل من أعمال الإدارة أغلبية الشُّركاء أعتدَّ برأي صاحب حق الإنتفاع وليس برأي الشَّرِك صاحب الرقبة أما في أعمال التصرّف وفي طلب القسمة يكون صاحب الرقبة هو المختص.<sup>(66)</sup> فإذا إنقضى حق الإنتفاع قبل إنقضاء الشُّيوع، آلت الملكية كاملة إلى الشَّرِك صاحب الرقبة ورجعت له جميع الحقوق. لكن إذا بقي حق الإنتفاع قائماً بعد إنقضاء الشُّيوع، بأن قسمت العين الشَّائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشَّرِك صاحب الرقبة، فإن حق الإنتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني<sup>(67)</sup>.

كما يجوز للشَّرِك في الشُّيوع ترتيب حق عيني تبعية على حصَّته الشَّائعة، مثل حق الرهن الرِّسِّي أو الحيازي أو حق الاختصاص أو امتياز.

يجوز للشَّرِك أن يرهن حصَّته الشَّائعة كلها أو بعضها رهناً رسمياً أو حيازياً، فله أن يرهن حصَّته رهناً رسمياً إذا لا يقتضي حيازة الشيء المرهون بواسطة المرتهن. بينما في الحق الحيازي، فالحصَّة الشَّائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة في حالة إتفاق الدائن المرتهن مع الشُّركاء على أن يعهد بالمال الشَّائع إلى أحد الشُّركاء فيحوزه بالنسبة لحصَّة الشَّرِك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن، ويحوزه بصفته دائناً مرتبناً بالنسبة للحصَّة الشَّائعة المرهونة، وبصفته مديراً للمال الشَّائع بالنسبة لباقي الحصص.

و يعد رهن الشَّرِك لحصَّته الشَّائعة رسمياً أو حيازياً صحيحاً ونافاً دون انتظار للقسمة.<sup>(68)</sup>

## الفرع الثاني

### تصرف الشَّرِك في حصَّته المفرزة

إن تصرف الشَّرِك في جزء مفرز من المال الشَّائع يثير صعوبات كثيرة، منها أن يعتقد المتصرف إليه أن المتصرف يملك الحصَّة المتصرف فيها ملكية مفرزة ثم يظهر بعد ذلك أن المتصرف لا يملك إلا حصَّة شائع في المال الشَّائع، كما قد يعتقد المتصرف أو المتصرف إليه أن الحصَّة التي تم التصرّف فيها قد تقع في نصيب المتصرف إليه بمقتضى القسمة ولكنه قد تقع

66 - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 161.

67 - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 845-847؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 186.

68 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 155.

في نصيبه حصة أخرى نتيجة القسمة، مما يؤدي هذا العمل إلى عدم الإستقرار في التعامل. إن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بمقدار لا تتجاوز حصته يعتبر تصرف في ملكه وفي غير ملكه لأنه لا يملك حصص شركائه وإنما يملك حصة شائعة في هذا الجزء، أما الفقه الإسلامي أوقف نفاذ هذا التصرف على إذن باقي الشركاء فيما تتجاوز حصته إذا وقع الجزء المتصرف فيه بغير نصيبه وإلا كان التصرف باطلاً".<sup>(69)</sup>

وفي هذا السياق نصت المادة 714 في فقرتها الثانية: << إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة>>.

يتبين من هذا النص أن المشرع قد بيّن مصير التصرف في جزء مفرز بعد القسمة لكنه لم يبين حكمه قبل القسمة.

#### أولاً: حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة

أفرز سكوت المشرع الجزائري عن حكم هذا التصرف قبل القسمة ظهور عدة إتجاهات مختلفة بين شراح القانون<sup>(70)</sup>، نعرضها كالآتي:  
الإتجاه الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة.

يرى أصحاب هذا الإتجاه ان تصرف الشريك في حصة مفرزة، هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة، فإذا تمت و وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أعتبر مالكا له منذ بدء الشئوع طبقا للأثر الرجعي الذي تقره أحكام المادة 730 ق.م.ج، و بالتالي يستقر نهائيا في حق المتصرف إليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف فيتأكد صدوره من غير مالك، ويكون قابلا للإبطال على أساس ذلك، عكس قبل القسمة حيث لا يكون كذلك، مما يعني أن التصرف معلقا على القسمة أي معلق على شرط واقف وهو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أصبح في حكم المعدوم.<sup>(71)</sup>

لقد أنتقد هذا الإتجاه من عدة نواحي و منها:

69- محمد قاسم، المرجع السابق، ص 140.

70 - حسن كيرة، " تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، السنة 12، 1962-1963، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1964، ص 03؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 210؛ مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، سنة 2004-2005، ص 88

71- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 96؛ زهدي يكن، المرجع السابق، 155.

1- إن هذا الرأي يؤدي إلى تأخير مصير التصرف إلى حين تمام القسمة، مما يعني أن حق الملكية بحد ذاته معلق على أمور إحتيالية تستلزم وقتاً طويلاً ومصاريف معتبرة.<sup>(72)</sup>

2- إن هذا الإتجاه لا يمنح المتصرف إليه طلب إبطال التصرف للغلط<sup>(73)</sup>، وهو ما يتعارض مع ما جاء في المادة 714 ق.م.ج

3- إن هذا الرأي يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات المالية.

#### الإتجاه الثاني: تصرف صحيح نافذ

يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه تصرف صحيح ونافذ وحكمه كحكم تصرف الشريك في حصته الشائعة، المهم أن تكون الحصة المفترزة تعادل الجزء المتصرف فيه<sup>(74)</sup>.

لم يسلم هذا الرأي من الإنتقادات ومنها:

1- إن هذا الرأي يغير من إرادة الطرفين، لأن إرادة كل طرف تتجه إلى جزء مفترز ولا تتجه إلى حصة الشريك الشائعة.

2- إن هذا الرأي يؤدي إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف، وما يجعل منه متقاسماً مع جميع الشركاء، الأمر المتعارض مع أحكام المادة 714 ق.م.ج

#### الإتجاه الثالث: تصرف فيما يملك وفيما لا يملك

إن هذا الإتجاه يفرق بين حالتين:

1- إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشئوع: فإن التصرف يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفترز، ولكنه غير نافذ في حق الشريك الأخر، ولا يستطيع المشتري طلب إبطال البيع لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفترز لأن الشريك البائع قد باع ما يملك، ولأن المشتري ليس واقعاً في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الأخر الشائعة في الجزء المفترز المبني بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير.<sup>(75)</sup>

2- إذا كان المتصرف إليه جهل الشئوع: يكون المتصرف إليه قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المتصرف، ومن ثم له حق طلب إبطال التصرف على أساس الغلط في القواعد العامة، ولا يجبر على إنتظار القسمة ونتيجتها. لقد أنتقد هذا الرأي:

- إن هذا الرأي يخالف حقيقة الملكية الشائعة التي ترد على كل المال الشائع المتصرف فيه.

- إن فكرة، أن الشريك بتصرفه في جزء مفترز يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك، هي نفس الفكرة التي إنطلق منها الشراح في الإتجاه السابق والتي سبق إنتقادها.

72 - ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة، ج9، ص 138.

73 - مخازني فايضة، المرجع السابق، ص 89.

74 - مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، 138، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 180.

75 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 873 ذ؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 138

-إن القول بأن المشتري قد يكون اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة لا يتفق مع ما إتجهت إليه إرادة الطرفين، إذ أن هذه الإرادة قد إتجهت إلى التصرف في جزء مفرز معين بالذات. فهذا الرأي يحمل بين طياته الإتجاه الأول المنتقد.<sup>(76)</sup>

الإتجاه الرابع: تصرف صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء.

يرى هذا الإتجاه أن الشريك المتصرف يكون متصرفا فيما يملك، فيكون تصرفه صحيحا نافذاً في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه، فيما يكون غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء<sup>(77)</sup>، لأنه يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء، ويكون التصرف قابلا للإبطال على أساس الغلط، إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشئوع.

وقد أكد المشرع هذا الحكم بتقريره بمقتضى الفقرة الأخيرة التي وردت في ذيل نص المادة 714 ف2، المترتبة على ذلك، من منع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف، على أساس صدوره من غير مالك، وقصر حقه في طلب الإبطال على حالة ما إذا كانت إرادته قد شأها عيب الغلط في طبيعة ملكية المتصرف.

وعليه، يكون المتصرف قبل القسمة مالكا، أو صاحبا لحق، ولكن يكون غير نافذاً بالنسبة لباقي الشركاء. كما يرى هذا الإتجاه أن نص القانون في إعطاء المتصرف إليه حق طلب الإبطال على أساس الغلط هو نص مطلق يشمل حكمه قبل القسمة، وبعدها، مما يستبعد الإحتمال القائم على إبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك.

- إن هذا الأمر كان مقصوداً من طرف المشرع لإبراز أن حق المتصرف إليه في طلب الإبطال يقوم على أساس الغلط، ونفى كل حق له في طلب الإبطال على أساس صدوره من غير مالك.

-إن في أعمال فكرة الحلول العيني، لو تمت القسمة واختص المتصرف بغير الجزء المفرز نفي قاطع لاعتبار التصرف صادرا من غير مالك بعد القسمة، فيكون نفي له من باب أولى أثناء الشئوع وقبل وقوع القسمة. غير أنه تم إنتقاد<sup>(78)</sup> هذا الرأي:

1- هذا الرأي غير سليم لأن الشريك في الشئوع لا يمكنه أن يعطي غيره ملكية مفرزة ما دام لا يملك إلا ملكية شائعة حتى في العلاقة بينه وبين المتصرف.

2- هذا الرأي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، حيث يجعل الشخص مالكا في مواجهة البعض، وغير ذلك في مواجهة البعض الآخر.

76 - جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المأل الشائع وأثره على حقوق الشركاء-دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار

الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 183؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 211.

77 -حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 30.

78 - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص 177-178.

إن ما سبق ذكره، يقتصر على الحالة التي لا تتجه فيها إرادة المتعاقدين إلى تعليق التصرف على شرط واقف هو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، أما لو إنعقد كذلك فلا مجال لكل الخلاف السابق، إنما يصح التصرف، غير أنه، لا ينفذ إلا بعد تمام القسمة، إحتراماً لإرادة المتصرف والمتصرف إليه.

يتضح، مما سبق تناوله أن رأي الإتجاه الأخير في تحديد حكم تصرف الشريك في جزء مفرز هو الأقرب من الصواب إلا أننا نعتقد أنه للقضاء على كل الصعوبات يكون من الأصوب القول بوقف هذا التصرف على إجازة باقي الشركاء لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه قول سديد ناجع كونه يغني من جهة، المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة أخرى، يغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو استردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضر بهم.<sup>(79)</sup>

#### ثانياً: حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة

يتضح من نص المادة السابقة أنه إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع، فإما أن يقع هذا الجزء بعد القسمة في نصيب المتصرف أو لا يقع.

**الحالة الأولى:** فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف إنتهى الأمر وأصبح التصرف نافذاً، ويستوي في هذه الحالة ان يكون المتصرف إليه عالمًا بالشئوع ام غير عالم.<sup>(80)</sup> ويعتبر المتصرف إليه مالكا منذ التصرف إعمالاً للأثر الكاشف للقسمة. وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإن حقه في طلب الإبطال يسقط في هذه الحالة لتعارض التمسك به مع مقتضيات حسن النية.<sup>(81)</sup> إذ تنص المادة 85ف1 من القانون المدني على أنه: << ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.>>.

**الحالة الثانية:** أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه و أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير المتصرف فقد نصت المادة 714ف2 من القانون المدني بأنه في هذه الحالة ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، فيحل هذا الجزء الأخير حلوياً عينياً محل الجزء المتصرف فيه ويعتبر كأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه ويخلص الجزء المفرز السابق التصرف فيه لمن أختص به بالقسمة مطهراً من هذا التصرف ، وبذلك يصبح إستمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن أختص به الحق في إستلامه من تحت يد المشتري.

هذا ويلاحظ أن الحكم الذي أورده المشرع بالمادة 714ف2 ينصرف بلا شك إلى الحالة التي يكون قد آل فيها إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع، غير أن هناك فرض آخر لم يتناوله ما ورد في هذا

79 - مخازني فايزة، المرجع السابق، ص 94؛ منصور منصور مصطفى المرجع السابق، ص 195.

80 - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 189.

81 - محمد قاسم، المرجع السابق، ص 144؛ ناصيف الياس، المرجع السابق، ص 137، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 142.



النص، ويتعلق هذا الفرض بالحالة التي لم يقع فيها في نصيب المتصرف أي جزء من هذا المال وإنما وقع في نصيبه شيء من مال آخر، فهنا في الواقع يثور التساؤل عن الحكم في هذه الحالة. فهل يطبق الحكم الوارد بنص المادة 714 ف2 فينتقل حق المتصرف إليه إلى ما وقع في نصيب المتصرف من الشيء الآخر؟ فمثلاً لو تصرف الشريك في جزء مفرز من قطعة أرض مملوكة على الشيوع، وكان نتيجة القسمة أن اختص هذا الشريك بمنزل أو جزء منه، فهل ينتقل حق المشتري إلى هذا الجزء؟

الواقع أنه بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر المتصرف كأنه لم يملك إلا في قطعة الأرض، وأنه كان يملك منذ بدء الشيوع في المنزل، ولذلك تعتبر التصرفات التي صدرت منه بالنسبة للأرض في حكم الصادرة من غير مالك، ولا ينطبق هنا حكم المادة 714 ف2 لأن هذا الحكم خاص بالحالة التي يؤول فيها إلى المتصرف جزء آخر من ذات الشيء (أي الأرض) في المثال السابق، فإذا آل إليه نتيجة القسمة، جزء من شيء آخر (المنزل) كان للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف لصدوره من غير مالك.<sup>(82)</sup>

ويستثنى مما تقدم حالة الرهن الرسمي، فقد وضع المشرع بشأنه حكماً خاصاً في المادة 890 ف2 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي آلت إلى الراهن بطريق القسمة، فوقع أعيان أخرى في نصيب الراهن غير تلك التي رهنها، ووفقاً للنص المشار إليه، يؤدي إلى انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل.<sup>(83)</sup>

وقد رأى البعض أن المادة 890 ف2 من القانون المدني الواردة بشأن الرهن تعتبر تطبيقاً للمادة 714 ف2 من نفس القانون الواردة في أحكام الشيوع ومكلمة لها، وينصرف حكمها إلى جميع التصرفات، وبالتالي ينتقل عندهم حق المتصرف إليه إلى ما آل إلى المتصرف بطريق القسمة ولو كان في غير المال الشائع الذي تم التصرف في جزء منه<sup>(84)</sup>. وهذا الرأي محل نظر لأن المادة 890 ف2 صريحة في حالة ما إذا آل إلى الراهن بالقسمة أعيان غير التي رهنها، بينما المادة 714 ف2 تحكم حالة ما إذا آل إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع غير ما تصرف فيه، بما يعني إختلاف نطاق كل من المادتين، فإذا كانت المادة 714 ف2 إستثناء من القواعد العامة ورد ضمن أحكام الشيوع، فإذا المادة 890 ف2 إستثناء كذلك في مجال الرهن الرسمي، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه.

وعدم إنطباق الحكم الوارد بخصوص الرهن (المادة 890 ف2)، بشأن غيره من التصرفات يدعمه في الواقع إختلاف الوضع في الحالتين ذلك أن ما يهم الدائن المرتهن هو القيمة النقدية التي يعطيها الشيء باعتبار أن هذا هو ما يحقق الضمان الذي يتحقق أياً كان الشيء وفي أي موضع. أما بالنسبة للحقوق الأخرى غير الرهن، كما لو كان تصرف الشريك بالبيع مثلاً، فإن ذاتية الشيء تكون محل اعتبار لدى

82 - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 176؛ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع، ص 130.

83 - السنهوري، الوسيط، ج 8. المرجع السابق، ص 878؛ محمد قاسم، المرجع السابق، ص 147

84 - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 190؛ حسن كبيرة، "تصرف الشريك"، المرجع السابق، ص 67.

المتصرف إليه، خلافاً للرهن، فما يهيم الدائن المرتهن هو استيفاء حقه من عين أو أخرى، ولهذا يفضل بقاء حكم المادة 890ف2 مقصوراً على ما وردت بشأنه دون مده إلى غير ذلك من التصرفات.<sup>(85)</sup>

### الفرع الثالث

#### تصرف الشريك في المال الشائع كله

تعرضت المادة 714 من القانون المدني لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، ولم تتعرض لحكم تصرفه في كل المال الشائع، ولكن مثل هذا التصرف هو كالتصرف في حصة مفرزة، لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال، ولكن ينفذ التصرف في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع وعلى ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء.<sup>(86)</sup>

أما عن حكم هذا التصرف في العلاقة بين طرفيه، -فإذا كان المتصرف إليه يعتقد أن البائع يملك كل المال المتصرف فيه دون شريك آخر، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع. وعلى ذلك يجوز له إبطال البيع للغلط، وله أيضاً أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشركاء الآخرين، لأن الشريك قد باعها وهو ليس مالكاً لها فتكون عندئذ بمثابة بيع لملك الغير، ويجوز للمشتري إجازة البيع فيسقط حقه في الإبطال ولا يكون له إلا أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق لأن الشركاء الآخرين يستحقون جزءاً من المال الشائع، فأيا كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع.<sup>(87)</sup>

-أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت الشراء بوجود شركاء آخرين للبائع في المال الشائع فإنه يمتنع على المشتري طلب الإبطال بسبب الغلط، فإذا لم يتمكن البائع من أن يستخلص المال الشائع كله لنفسه فيمكن للمشتري طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض لعدم تنفيذ البائع ما ألتزم به.<sup>(88)</sup>

<sup>85</sup>- توفيف حسن فرج، المرجع السابق، ص 215

<sup>86</sup>- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 741؛ مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، 139.

<sup>87</sup>- حسن كبرة، "تصرف الشريك" المرجع السابق، ص 67؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 191.

<sup>88</sup>- محمد قاسم، المرجع السابق، ص 148.

## المبحث الثالث قسمة المال الشائع

إنَّ القسمة هي سبب رئيسي لزوال الشُّيوع الإختياري، بمقتضاها يختص كل شريك بجزء من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة، بحيث يصبح مالكا ملكية تامة.

إنَّ الشُّيوع حالة غير مرغوب فيها بسبب ما قد ينشأ عنها من خلافات ومشاكل، لهذا أعطى المشرع الشُّركاء حق الخروج من الشُّيوع في أي وقت، أما إذا أرادوا الإتفاق مسبقا على البقاء في الشُّيوع فيكون ذلك لمدة أقصاها خمس سنوات، وإذا زادت على ذلك أُعتبر الإتفاق ملزما في حدود خمس سنوات فقط، كما يمكن أن تتجدد المدة بعد انقضاء المدة المحددة في الإتفاق السابق.

والقسمة أنواع فقد تكون مؤقتة للمنفعة وتسمى أيضا بقسمة المهياة التي تكون إما زمانية أو مكانية، وقد تبرم إما إتفاقا أو قضاء<sup>1</sup>، أما النوع الثاني للقسمة فهي القسمة الدائمة أو النهائية وتكون شاملة لجميع المال أو جزء منه وقد تكون عينية أو تكون بالتصفية ببيع المال بالمزاد. لذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعرض في الأول إلى كيفية إجراء القسمة (المطلب الأول)، ثم نعرض إلى آثار القسمة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### كيفية إجراء القسمة

إنَّ البقاء على الشُّيوع أمر غير مرغوب فيه نظرا لكثرة المشاكل والخلافات بين الشُّركاء المشتاعين، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشُّيوع إلا بموجب نص أو إتفاق.

لذلك تقضي المادة 722 ق. م كالأتي: >> لكل شريك أن يطالب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبر<sup>2</sup> على البقاء في الشُّيوع بمقتضى نص أو إتفاق، ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس (05) سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه >>

الأصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشُّركاء، فتكون قسمة إتفاقية، فإذا تعذر الإتفاق بين الشُّركاء، فيرفع الأمر إلى القضاء لإجرائها، فتكون قسمة قضائية. لذلك نتناول أولا القسمة الإتفاقية (الفرع الأول)، وثانيا القسمة القضائية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### القسمة الإتفاقية

تكون القسمة الإتفاقية باتفاق الشُّركاء، بأن يأخذ كل منهم نصيبه من المال الشَّائع بالطريقة التي تراضوا عليها.

وهو ما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني: << يستطيع الشُّركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشَّائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.>>

يشترط في القسمة الإتفاقية رضا وموافقة كل واحد من الشُّركاء على القسمة وعدم إعتراضهم عليها، وهو ما عبر عنه المشرع بالإجماع.

لذلك نتطرق أولاً إلى شروط القسمة القضائية، وثانياً إلى إجراءات القسمة الإتفاقية، وثالثاً إلى الطعن في القسمة للغبن.

#### أولاً: شروط القسمة الإتفاقية

يشترط المشرع توافر الأهلية في الشُّركاء، و خلوا إرادتهم من العيوب، إذ أن الولي<sup>(89)</sup> أو الوصي<sup>(90)</sup> أو المقدم<sup>(91)</sup> أو الوكيل القضائي للغائب إستئذان المحكمة في كل تصرف يتعلق بالبيع أو القسمة أو الرهن أو المصالحة، و استيفاء المحلّ لشروطه ووجوب سبب مشروع.<sup>(92)</sup>

لقد نص القانون الجزائري على وجوب القسمة القضائية طبقاً للمادة 88 من قانون الأسرة إذا وجد قاصر بين الورثة. وهذا ما أكدته القرارات القضائية للمحكمة العليا، بملف 51288 قرار مؤرخ في 19/12/1988 جاء فيه: ((من المقرر قانوناً ان تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي. ومن المقرر أيضاً أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى منه كان ذلك لازماً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولمّا كان من الثابت-في قضية الحال – أن الطّاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة الإجراءات خرقوا القانون.

<sup>89</sup> - تنص المادة 88 فقرة 2 من ق.أ.ج على ما يلي: << على الولي ان يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

وعليه يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، قسمته، رهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

3- إستثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد>>

<sup>90</sup> - تنص المادة 95 من ق.أ.ج على ما يلي: << للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88:89،90) من هذا القانون.

<sup>91</sup> - تنص المادة 100 ق.أ.ج بما يلي: <<يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام>>

<sup>92</sup> - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 892.

ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.))

وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو النيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية الشركة وتعيين مقدم وحينئذ يقوم رئيس المحكمة بوضع أختام ويودع النقود والأشياء ذات القيمة ويفصل في الطلب. ولقد خصّ المشرع قسمة الشركات بالإجراءات المستعجلة للمواعيد وبسرعة الفصل في كل من الموضوع وطرق الطعن في أحكامها إلا، أنه أمر غير معمول به في الواقع.

وتنص المادة 574 ف1 ق.م على أنه: >> لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. <<

فلما كان عقد القسمة من العقود التبادلية، ومن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه يلزم لإبرامه قيام وكالة خاصة، أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه.

فإذا كنا بصدد قسمة ودية واقعة على عقارات أو منقولات ذات أهمية خاصة وجب مراعاة إجراءات قانونية أهمها إجراء الرسميّة وكذا عملية الشهر في المحافظة العقارية لإمكانية الإحتجاج بها أمام الغير، ولو كانت حجة بين المتقاسمين دون شهرها.<sup>(93)</sup>

وقد تقع القسمة الإتفاقية بالإتفاق الصريح فقد تقع ضمّنيا، وما تسمى بالقسمة الفعلية، بأن يتصرف أحد الشُّركاء في جزء مفرز من المال الشَّائع يعادل حصَّته، ويتبعه باقي الشُّركاء في التصرف في أجزاء مفرزة تساوي حصصهم، فيكون تصرفهم دليل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشُّركاء على السواء.<sup>(94)</sup>

### ثانياً: إجراءات القسمة الإتفاقية

تمر القسمة الإتفاقية بعدة إجراءات قانونية أولها إعداد مخطط موقع الأمكنة بخمس نسخ من مشروع القسمة المعدة من خبير عقاري مختص ومعتمد وترفق هذه الوثائق بطلب تجزئة العقار من الشُّركاء أو بطلب من الموثّق.

ويودع الملف بالمصلحة التقنية للهيئة والتعمير بالبلدية بعد مراجعة التقارير ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بهذه المصلحة وتأكده من إحترام المسافات ومن وجهة الأرض الغير الفلاحية، ليقترح في الأخير على رئيس المجلس الشعبي البلدي قرار التجزئة، و عقب تسلمه لهذا الأخير، يتوجه الشُّركاء إلى تحرير عقد القسمة لدى الموثّق بعد تقديم المستندات

93 - خالدي أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 164.

94 - صدور محمد، المرجع السابق، ص 40.

السابقة: المخطط، قرار التجزئة، و يتولى هذا الموثق تسجيل العقد و شهره بالمحافظة العقارية و إن عدم إحترام هذه الإجراءات الشكلية يجعل القسمة الودية مستبعدة.<sup>(95)</sup> وهذا ما جاءت به قرارات المحكمة العليا الآتية ومنها قرار رقم 231832 المؤرخ في 2002/06/18. جاء فيه: (( تقديم الوثائق لعدم شهرها إستبعادها تطبيق سليم للقانون من المقرر أن العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية و من ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها الطاعنين لعدم شهرها و الأمر بإجراء قسمة للتركة يعد تطبيقاً سليماً للقانون.))<sup>(96)</sup>

### ثالثاً: الطعن في القسمة للغبن

أجاز المشرع للشريك المغبون في القسمة ولخلفه العام حق المطالبة بإبطال القسمة نظراً للغبن الفاحش بما يزيد عن خمس قيمة نصيب الشريك المقدرة وقت القسمة، وهو ما نصت عليه المادة 732 ق.م.ج: << يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقسمة الشيء وقت القسمة>>.

إن العبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، الذي أخذ به المشرع الجزائري والمصري المأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولتقدير وقوع الغبن يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال.<sup>(97)</sup> وهي واقعة مادية تثبت بكل الطرق، وذلك أمام المحكمة و ترفع دعوى الغبن من طرف الشريك المغبون في غضون سنة من إجراء القسمة حفظاً لاستقرار المعاملات، و رفعاً للغبن الفاحش.<sup>(98)</sup>

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 43462 المؤرخ في 87/12/16. (( من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الرجوع في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس و من ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه - لما كان من الثابت في قضية الحال أن القسمة الواقعة بين الأطراف في سنة 63 تأكدت خلال سنة 1978 لحصولها على رخصة البناء، فإن القضاة

<sup>95</sup> - Belkebir Saïd, Belkebir Nacera Leila, succession, partage, vente sur licitation, 1ere Edition, Edition Zakaria, Algérie, 1992,

p.15

<sup>96</sup> - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 109.

<sup>97</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 138؛ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009، ص 182.

<sup>98</sup> - عبد الرزاق أحمد لسنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 907.

الموضوع بقضائهم بإبقاء الأطراف على ما هم عليه حالياً من حقوق مكتسبة طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن)).<sup>(99)</sup>

إنّ نقض القسمة للغبن يكون في القسمة الإتفاقية وليس في القسمة القضائية، لأن المفروض أنّ القسمة القضائية قد أحيط فيها كل الضمانات ورعيت فيها جميع الإجراءات التي تكفل عدالتها، أو على الأقل ترفع الغبن عن المتقاسمين.<sup>(100)</sup>

## الفرع الثاني

### القسمة القضائية

في حالة إختلاف الشُّركاء على اقتسام المال الشُّائع بالتراضي وفي حالة وجود شخص قاصر بينهم، يكون لمن يرغب في القسمة حق رفع دعوى القسمة على باقي الشُّركاء أمام المحكمة الواقع بدائرتها العقار، وكذلك الأمر لو كان بين الشُّركاء شخص غير كامل الأهلية أو غائب و لم تأذن المحكمة للوصي أو القيم عليه بإجراء القسمة بالإتفاق.

لذلك نتناول في هذا الفرع، إجراءات القسمة القضائية أولاً، وثانياً طرق إجراء القسمة أولاً: إجراءات القسمة القضائية

لقد حدد المشرع الجزائري ثلاث(03) حالات لا سبيل فيها للشركاء المشتاعين إلا اللجوء إلى القضاء لقسمة المال المشاع وهي:

1- إذا لم يتفق الشُّركاء على القسمة الإتفاقية أو أراد أحدهم الخروج من حالة الشُّيوع. طبقاً لأحكام المادة 724فقرة 1 ق.م.ج

2- إذا إنعقد إجماع الشُّركاء على إجراء قسمة إتفاقية لكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب طبقاً لأحكام المادة 723 ق.م.ج

3- حالة نصت عليها المادة 181 من قانون الأسرة المتعلقة بقسمة التركات، تفرض على الورثة ان تكون قسمة قضائية إذا كان بينهم وارث قاصر.

نعرض في هذا الفرع دعوى القسمة القضائية في النقطة الأولى وفي النقطة الثانية إلى الجهة المختصة في الفصل في دعوى القسمة.

### النقطة الأولى: دعوى القسمة

يجوز لأي شريك أن يرفع دعوى القسمة، فيكون هو المدعي، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشُّركاء، فيدخلون جميعاً خصوصاً في دعوى القسمة، وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشُّركاء دون البعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن

99 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 111.

100 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 225.

يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها طبقاً لأحكام المادة 199 ق.إ.م.إ. (101).

وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوماً في الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل، ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوماً أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذي لم يدخل خصماً هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/04/89 ملف رقم 51109 جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أنه إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشُّيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء و من ثمة فإن قضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على التقرير الخبير دون أن يتم إدخال جميع الورثة في النزاع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون و متى كان كذلك يستوجب نقض القرار المطعون فيه.)) (102)

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشُّيوع مع سائر الشركاء وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء ويترتب على ذلك أن المشتري قد أصبح شريكا في الشُّيوع، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها دون الشريك البائع. أما إذا اشترى الأجنبي جزءاً "مفرزاً" من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء كما سبق القول، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكا في الشُّيوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح إختصامه فيها. (103)

ويجوز أن ترفع دعوى القسمة من دائن أحد الشركاء باسم هذا الأخير أي مدينه، إذا توفرت شروط الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادتين 189 و190 من القانون المدني، إذا كان بقاء المدين في الشُّيوع سيزيد في أعبائه. (104).

101 - تنص المادة 199 فقرة 1 من ق.إ.م.إ. بما يلي: << يجوز لأي خصم ادخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده >>

102 - حمدي باشا، المرجع السابق، ص 103.

103 - عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 913-914.

104 - تنص المادة 189 ق.م.ج. على: << لكل دائن ولو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا الدين، الا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا اثبت أن المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق، وان هذا الإمساك شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام >>.



إنَّ صفة الشَّرِكِ تثبت إما بتقديم الفريضة أو الشهادة التوثيقية إذا كان أحد الورثة الشرعيين للهالك، إضافة إلى عقد الملكية الخاص بالمال بإسم المورث، أو بتقديم العقد الرسمي المتعلق بالبيع، إذا كان الشَّرِكِ أجنبياً عن الميراث، وعليه يتأكد القاضي مما ورد من أسماء الشُّركاء أحياء في الشُّيوع، على متن الفريضة، ويتأكد من صحة تكليفهم بالحضور من قبل رافع الدعوى طبقاً للمادة 14 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(105)</sup>، لكن قد يحدث ألا تشمل الفريضة جميع أسماء الورثة الشرعيين للمَّالك، لأي سبب من الأسباب، وبالتالي يمكن تصور تدخلهم في النزاع متى علموا بالدعوى، أمَّا إذا صدر الحكم في الدعوى قبل تدخلهم فيها، يمكنهم اللجوء إلى طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أن الحكم الفاصل في موضوع القسمة لا ينفذ في حقهم.<sup>(106)</sup>

#### النقطة الثانية: الجهة المختصة في الفصل في دعوى القسمة

تجعل المادة 40 ف2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإختصاص المحلي في دعوى القسمة:

1- إذا تعلق الأمر بعقار فلاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها هذا العقار المطلوب قسمته.

2-، وفي مواد الميراث، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إفتتاح التركة.

3- إذا كانت الأموال المطلوبة للقسمة منقولات، فالإختصاص يؤول لمحكمة موطن أحد الشُّركاء. وعند رفع الدعوى يكلف باقي الشُّركاء بالحضور، مع إعلانهم جميعاً بعريضة إفتتاح الدعوى، التي تكون وفق أحكام المواد 14 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### ثانياً: طرق إجراء القسمة القضائية

الأصل أن تتم القسمة عينا، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، فإذا تعذر إجراء القسمة العينية لأن المال لا يقبلها أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال، أمرت المحكمة عندئذ ببيع المال بالمزاد ثم يقسم ثمنه بين الشُّركاء وهي قسمة التصفية.

(107)

---

وتنص المادة 190 ق.م.ج على ما يلي: << يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه >>.

105 - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 أكتوبر 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008، تنص المادة 14 منه على: << ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف >>.

106 - نص المادة 381 ق.م.ج: <> يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة >>.

107 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ص. 85.88.

لذلك نتناول القسمة العينية في النقطة الأولى والقسمة عن طريق التصفية في النقطة الثانية وفي النقطة الثالثة تدخّل الدائنين في إجراءات القسمة.

### النقطة الأولى: القسمة العينية

إن القسمة العينية تعطي المتقاسم جزءاً مفرزاً من المال الشائع يعادل حصته فيه، وهي لا تجري إلا في الأشياء القابلة للتجزئة. ويكون المال الشائع قابل للقسمة إذا لم تؤد القسمة إلى تفويت المنفعة بالنسبة لجميع الشركاء وألا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته. الأصل أن يقوم القاضي بنفسه بعملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن ينتدب القاضي خبيراً أو أكثر ليتولى عملية القسمة، لما يتطلبه ذلك من عمليات حسابية وفنية يحسن قيام خبير بها. (108)

وفي هذا نصت المادة 724 فقررة 2 من القانون المدني: >> وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته. <<

وعليه فبتوفر الشروط اللازمة للقسمة من حيث ثبوت حق الأطراف فيها، وقابلية العقار للقسمة يلجأ القاضي إلى ذوي الخبرة والإختصاص في الميدان التقني (العقاري) ليستعين بكفاءتهم ومعرفتهم للميدان، من أجل تكوين حصص متساوية للعقار، فيصدر حكماً تمهيدياً بتعيين خبير عقاري توكل له المهمة التالية:

1- الإنتقال إلى مكان العقار والإتصال بأطراف الدعوى بالطرق القانونية، والإطلاع على وثائق كل طرف بما فيها الفريضة المحررة بشأنها وكذا عقد الملكية.  
2- تقويم العقار نقداً.

3- إعداد مشروع قسمة للعقار، بتقسيمه إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب، طبقاً للأنصبة المحددة بالفريضة المذكورة أعلاه، وتحرير تقرير عن مهمته متضمناً كل الملاحظات الضرورية المتعلقة بمهمته، وذلك في أجل محدد منذ توصله بنسخة تنفيذية من الحكم الحالي، وإبقاء المصاريف محفوظة. (109)

يلاحظ في هذا الحكم أنه يطلب من الخبير تكوين حصص متساوية على أساس أصغر نصيب، إعتياداً على الفريضة المقدمة من قبل الأطراف والتي تحدد أنصبتهم، وتنص المادة 725 من القانون المدني على: >> يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية

وإذا تعذر أن يأخذ الشركاء كامل نصيبه عيناً عوض بمعدل عما نقص من نصيبه <<

108 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 160

109 - بوحديش عادل، قسمة المأل الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، السنة الدراسية 2005-2006، ص 24.

ويلاحظ أيضا أن القاضي لم يوكل للخبير مهمة إسناد لكل شريك نصيبه، لأن ذلك من إختصاص القاضي وحده، وفي هذا الصدد هناك قرار للمحكمة العليا رقم 188189 مؤرخ في 1998/4/21، جاء في حيثياته بأن: ((من المقرر قانونا أن القسمة تجري بطريق الاقتراع، بعد تكوين الحصص وتثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره ويصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا في تطبيق القانون ولما ثبت-في قضية الحال-أن قضاة الموضوع لما إكتفوا بالمصادقة على الخبرة دون التطرق للإقتراع ودون فرز الأنصبة وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز فأتهم أخطئوا في تطبيق القانون.)) (110)

والأصل أن يختص كل شريك بكامل نصيبه عينا، فإذا تعذر ذلك عوض الشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدي عما نقص من نصيبه. وهذا ما نصت عليه المادة 725 ف2 من القانون المدني بقولها: >> وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه <<، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه. والعبرة في تكوين الحصص، أيًا كانت طريقة القسمة، بقيمة الأموال الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشئوع، ولا وقت رفع دعوى القسمة. (111)

بعدما يقوم الطرف المستعجل بتبليغ الحكم التمهيدي للخبير، وقيام هذا الأخير بمهامه تعاد القضية بعد الخبرة أمام نفس المحكمة فيبدي الأطراف طلباتهم ودفعاتهم بخصوص الخبرة ونتائجها، وإذا رأت المحكمة صحة النتائج التي توصل إليها الخبير قامت بإجراء القرعة، على أساس الحصص التي كونها الخبير فتعطي لكل حصة رقم، وتخلط الأوراق، وتسحب لكل شريك ورقة أو أكثر بحسب حصته الشرعية المحددة بالفريضة، وذلك بحضور القاضي وأمين الضبط والأطراف ويحرر محضر بذلك، يوقعه هؤلاء جميعًا، ويرفق بملف الدعوى (112)، وهذا ما نصت عليه المادة 727 من القانون المدني: >> تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز <<.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/10/25 ملف رقم 54849 والذي جاء في حيثياته: ((من المقرر قانونا أن قسمة الملكية الشائعة تجري بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت -في قضية الحال-أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون محضر بوقوع القسمة عن طريق الإقتراع

110 -حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 105.

111 - فرج الصدة، المرجع السابق، ص 61.

112 - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 105.

يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.))<sup>(113)</sup>

بعد ذلك يصدر القاضي حكمه القطعي، يذكر في متن أسبابه كلّ مراحل وإجراءات الدعوى ونتائج الخبرة. وما أسفرت عنه عملية القرعة، ويسرد نتائجها ويذكر مزايا كلّ نصيب، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا تحت رقم 47071 في 1988/09/26 جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدّم من أدلة في الدعوى، وما أبدي من طلبات ودفعات أطرافها، فإن هذا القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبيب وعدم التعليل الكافي.

ولمّا كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لم يرد على الطلبات والدفعات وقضى بالمصادقة على تقرير الخبرة دون مناقشة، باعتبار أن كل قرار يحكم في القسمة دون بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة على الأفراد يعد تقصيراً يمنع من معرفة مدى عدالة القسمة، وبقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.))<sup>(114)</sup>

#### النقطة الثانية: قسمة التّصفية

إذا كانت القسمة العينيّة غير ممكنة، كما لو كان المال الشّائع آلة معينة أو سيارة مثلاً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته أو منفعته، في مثل هذه الحالات تتم القسمة عن طريق التّصفية، أي من خلال بيع المال الشّائع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة بالقانون، ويقسم الثمن على الشّركاء كل بقدر نصيبه.<sup>(115)</sup>

وفي هذا الإطار نصت المادة 728 من القانون المدني على أنه: >> إذا تعدّرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشّركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.<<

وبما أن القسمة بطريق التّصفية تقتضي بيع المال الشّائع بالمزاد العلني، وقسمة ثمن رسو المزاد على كل الشّركاء كلُّ بحسب نصيبه الشّرعي، وجب صدور حكم بالبيع بالمزاد العلني، وذلك بإتباع القواعد المحددة في قانون الإجراءات المدنية والادارية<sup>(116)</sup>

<sup>113</sup>-حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 103.

<sup>114</sup> - حمدي باضا عمر، المرجع السابق، ص 104.

<sup>115</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 163

<sup>116</sup> - تنص المادة 747 ف 1 من ق.م.ج: >> اذا لم يتم تحديد تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني مسبقاً، يتم تحديدها بموجب امر على عريضة، بناء على طلب المحضر القضائي أو أي دائن طرف في الحجز. يصدر الرئيس المحكمة الأمر بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات التي سجلت.<<

والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان شريكاً أو شخصاً من الغير، ولكن المشرع بمقتضى المادة 728 من القانون المدني خوّل الشُّركاء الحقّ في أن تقتصر المزايدة عليهم إذا إتفقوا على ذلك. فإذا طلبوا هذا بالإجماع أمرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزايد على أحدهم، ويكون رسو المزايد في هذه الحالة قسمة بطريق التّصفية. وإذا لم يتفقوا على قصر المزايدة عليهم، ومع ذلك رسا المزايد على أحدهم، كان هذا أيضاً قسمة بطريق التّصفية. وفي الحالتين تترتب على حكم رسو المزايد كافة آثار القسمة.

أما إذا رسا المزايد على أجنبي كان هذا بيعاً فيما بين الشُّركاء والرّاسي عليه المزايد<sup>(117)</sup>. إنّما يلاحظ أنه حتى في هذه الحالة الأخيرة فإن الحكم الصادر بتقسيم الثمن بين الشُّركاء تترتب عليه أيضاً في العلاقة بينهم كافة آثار القسمة.<sup>(118)</sup>

ويلاحظ أن المشرع قد ميز فيما يتعلق بإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الأحكام، بين قسمة المال الشّائع الناتج عن تركة، والمال الشّائع الناتج عن حالات أخرى، فأوجب في حالة قسمة التّركة، أن تتبّع الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في الدعوى، وطرق الطعن فيها. وفقاً للمادة 183 من قانون الأسرة، ويترب على ذلك أنه لا يجوز المعارضة في قسمة التّركة في الحكم الغيابي، القاضي بقسمة التّركة. بينما يجوز في الحالات الأخرى، ولا يجوز استئنافه بعد مرور 15 يوماً من يوم تبليغه، في حين تخضع أحكام القسمة في حالات الشُّيوع الأخرى لمواعيد الاستئناف العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### النقطة الثالثة: تدخل الدائنين في إجراءات القسمة

قد يحدث ان يتواطأ الشُّريك المدين مع شركائه الآخرين في القسمة على الإضرار بدائنه، بالإتفاق مثلاً على أن يختص الشُّريك المدين بحصة عينية أقل من نصيبه الحقيقي ثم تكمل حصّته نقداً بحيث يسهل تهريب هذه التكملة من تنفيذ الدائن عليها. وقد يكون الشُّريك قد تصرّف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من المال الشّائع، فيتفق مع الشُّركاء الآخرين على إيقاع المال المتصرّف فيه في نصيب شريكٍ آخر وذلك بهدف إسقاط حق المتصرّف إليه، أو نقله إلى مال الآخر غير المال الذي ورد عليه التصرّف، فقد تلحق هذه القسمة أضراراً بحقوق دائني الشُّركاء.

ولمواجهة هذه التصرفات من قبل الشُّركاء فقد عمل المشرع على حماية دائنهم بأن خول لهم حق التدخل في إجراءات القسمة.<sup>(119)</sup>

<sup>117</sup> - محمد قاسم، المرجع السابق، ص 163.

<sup>118</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 62.

<sup>119</sup> - محمد قاسم، المرجع السابق، ص 164.

وهو ما نصت المادة 729 من القانون المدني: >> لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجّه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات. وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش.>>

يتضح من هذا النص أن القانون يخوّل لدائني كل شريك من الشركاء المتقاسمين أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال الشائع بالمزاد بغير تدخل هؤلاء الدائنين أو أن يتم ذلك في غيابهم. غير أنه لم يفرض القانون شكلاً خاصاً للمعارضة، ولكنه إستوجب أن توجه إلى جميع الشركاء المتقاسمين. فإذا تمت المعارضة على هذا النحو التزم الشركاء بأن يدخلوا الدائنين المعارضين في جميع الإجراءات، ولهؤلاء الدائنين بطبيعة الحال، التدخل من تلقاء أنفسهم وعلى نفقتهم، وذلك طبقاً لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية.<sup>(120)</sup> والأثر الذي يترتب على المعارضة هو إلزام الشركاء -عند القسمة- بإدخال الدائن المعارض في جميع إجراءاتها وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه دون حاجة إلى إثبات حصول التواطؤ على الإضرار به.<sup>(121)</sup>

أما الدائنون المقيدة حقوقه قبل رفع الدعوى، أي الدائنون الذين تقرّر لهم حق عيني تبعي (رهن رسمي أو حيازي أو حق اختصاص أو امتياز)، على حصة مدينهم الشائعة في العقار، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في مصلحة الشهر العقاري، يجب على الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة ولو لم توجّه منهم أية معارضة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، كما يدخل في هذه الطائفة أيضاً الدائن الذي تقرّر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع إذا توصل إلى قيد حقه، كما يسري الحكم أيضاً وبطريق القياس على من اشترى من أحد الشركاء جزء مفرز من العقار الشائع وأمكنه شهر البيع قبل رفع دعوى القسمة. ومتى تدخل الدائن في إجراءات القسمة كان له أن يبدي من الاعتراضات ما يحول دون تواطؤ الشركاء على الإضرار به. كأن ينازع في تكوين الحصص، أو يعترض على قصر المزايدة على الشركاء فيطلب قبول الأجنبي فيها، وليس للدائن بعد أن تدخل في إجراءات القسمة أو أدخل فيها، أن يعترض عليها بعد تمامها بحجة تواطؤ الشركاء على الإضرار به.

<sup>120</sup> - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص ص 943-944.

<sup>121</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 88-89.

وفي جميع الأحوال، إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين في إجراءاتها ولم يكن واجباً إدخالهم، فإنه يظل لهم حق الطعن في القسمة طبقاً للقواعد العامة، وذلك بإثبات شروط الدعوى البولصية متى توافرت شروطها، وبصفة خاصة شرط الغش.<sup>(122)</sup>

## المطلب الثاني

### آثار القسمة

يترتب على قسمة المال الشائع أن يختص كل شريك متقاسم بجزء من هذا المال يعادل حصته فيه. وهو ما يعرف بالإفراز، الذي نتناوله في الفرع الأول، كما يترتب عنها أثر جوهرى وهو أن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، والذي نتناوله في الفرع الثاني.

## الفرع الأول

### إفراز نصيب كل متقاسم

إذا تمت القسمة تتحول ملكية الشريك على الشيوع من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة. وأن المتقاسم يعد مالاً للحصة التي إليه، لا من وقت القسمة، ولكن منذ أن تملك في الشيوع. ولذا صح لنا القول بأن للقسمة أثراً كاشفاً، لأنه لو عد المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه من وقت القسمة، لعدت القسمة ناقلة لحق الملكية لا كاشفة له. لذلك نعرض أولاً للأثر الكاشف للقسمة، ثم ثانياً إلى النتائج المترتبة عن القسمة الكاشفة.

### أولاً: الأثر الكاشف للقسمة

يترتب على القسمة إختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل الحصة التي كانت له على الشيوع، فالقسمة تحدد حق الشريك في جزء معين من المال الشائع لا يشاركه فيه أحد من الشركاء.<sup>(123)</sup> وقد إعتبر القانون الشريك الذي إختص بجزء مفرز من المال الشائع مالاً لهذا الجزء، ليس من وقت القسمة، وإنما منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غير هذا الجزء شيئاً في بقية الأجزاء التي إختص بها باقي الشركاء.<sup>(124)</sup>

وقد تضمنت هذا المعنى المادة 730 من القانون المدنى بقولها: <<يعتبر المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص>>. ويفهم من هذا النص أن المتقاسم كان مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي آلت إليه بالقسمة مع أن الواقع أنه قبل القسمة لم يكن مالكا ملكية مفرزة بل ملكية شائعة. ولكن المشرع يهدف من وراء الأخذ بفكرة

<sup>122</sup> -توفيق حسن فرج، المرجع السابق، 233

<sup>123</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 167، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 952.

<sup>124</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 167-179.

الأثر الرجعي هنا إلى أن تصرفات الشركاء الآخرين أثناء الشُّيوع والتي وردت على الحصّة المفترزة التي آلت إلى أحدهم لا تسري في مواجهته.<sup>(125)</sup>

فبمقتضى هذا الأثر الذي ألحقه القانون بالقسمة يحصل المتقاسم إذن على الجزء المفترز الذي إختص به خالياً من أي حقوق يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها قبل القسمة على هذا الجزء، وعلى ذلك إذا كان أحد الشركاء قد قرر حق إرتفاق أو إنتفاع على جزء مفترز من المال الشُّائع، أو رهن هذا الجزء، ثم وقع هذا الجزء في نصيب شريكٍ آخر نتيجة القسمة فإن المتقاسم الذي إختص بهذا الجزء يحصل عليه خالياً من الحق الذي رتبه غيره عليه. كما يمكنه طلب شطب الرّهون المقيدة على هذا الجزء الذي إختص به إذا كان عقاراً.<sup>(126)</sup>

ولا يسري الأثر الكاشف إلاً بالنسبة للأموال الشُّائعة التي كانت محلاً للقسمة بين الشركاء، فلا يسري الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية التي تشتمل عليه التركة، فهذه تنقسم على الورثة بنسبة حصصهم من وقت تملكهم للتركة ويكون كل منهم دائناً بما يكون له منها، فإذا إختص أحد الورثة بهذه الحقوق الشخصية عند القسمة وجب على الورثة الآخرين تحويل حقوقهم منها لمن إختص بها، وتسري أحكام حوالة الحق عليهما. ويسري الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع الشركاء وقت القسمة وكذلك بالنسبة للغير الذي له حق على المال الشُّائع، كدائن مُرتهن له.<sup>(127)</sup>

#### ثانياً: النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف

- يترتب على إعتبار القسمة كاشفة للحقوق، وليست ناقلة لها، عدة نتائج<sup>128</sup> نوجزها في ما يلي:
- 1- تعد الحصّة التي آلت إلى المتقاسم أنها كانت خالص ملكه منذ بدء الشُّيوع، وعلى ذلك تستقر الحقوق التي يكون المتقاسم قد رتبها على هذه الحصّة أثناء الشُّيوع، وتسقط تلك التي رتبها غيره في هذه الفترة.
  - 2-- يعد الشُّريك الغارس أو الذي بنى على أرض مشاعة بمثابة الغارس والباني على ملك الغير، إذا تم ذلك دون موافقة باقي الشركاء، ووقع الجزء المبني أو الغارس فيه في نصيب شريكٍ آخر عند القسمة.
  - 3- يجوز نقض القسمة الرضائية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد عن الخمس (1/5) ذلك لأنه ما دامت القسمة كاشفة للحق يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصّته الشُّائعة<sup>(129)</sup> و هو ما قضت به المادة 732 ف1: >> يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد

<sup>125</sup> -توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 235.

<sup>126</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 168.169

<sup>127</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 151-152 : أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 154.

<sup>128</sup> - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص 966.

<sup>129</sup> - محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 165-166.



المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة».

4- لا تصلح القسمة سببا صحيحا للتمسك بالتقادم العشري (10 سنة) لأن السبب الصحيح هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية، والقسمة ليس من شأنها ذلك باعتبارها كاشفة للملكية، فإذا تبين أن العقار الذي دخل في نصيب أحد المتقاسمين غير مملوك للشركاء، فلا يجوز لهذا المتقاسم إذا حاز هذا العقار بحسن نية مدة 10 سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا لاكتساب ملكية العقار بالتقادم، لأن من شروط كسب الملكية بالتقادم العشري أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح والقسمة ليست كذلك. وتقضي المادة 828 ف1 ق.م.ج: >> إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات».

## الفرع الثاني

### ضمان التعرض والإستحقاق

تقتضي القسمة المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق، فقد تخلفت هذه المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق وجب على شركائه الآخرين ضمان هذا التعرض أو ذلك ال إستحقاق.<sup>(130)</sup>، لذلك نعرض لأساس ونطاق التعرض والإستحقاق أولا، ثم إلى شروطه ثانيا، وثالثا إلى اثار الضمان.

### أولا: أساس ضمان التعرض

لقد نصت المادة 731 من القانون المدني على هذا الضمان بقولها: >> يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه».

وبمقتضى هذا النص يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق. في شأن نصيبه لسبب سابق على القسمة. ويقوم هذا الضمان على أساس أن القسمة تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق فقد اختلت المساواة ووجب الضمان.<sup>(131)</sup>

<sup>130</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 157

<sup>131</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 564؛ مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص 192.

ويقصر ضمان المتقاسمين على التعرض والإستحقاق، فلا ضمان للعيوب الخفية في القسمة، لأن المتقاسم لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع. غير أنه إذا إكتشف المتقاسم أنّ هناك عيب لحق النصيب الذي آل إليه فإن ذلك يدل على أن هناك غبن لحقه ويكون له بالتالي الطعن في القسمة بالغبن إذا توافرت شروطه. وإذا كان ضمان المتقاسم يقتصر على ما ينشأ من تعرض أو إستحقاق وتطبق بشأنه أحكام ضمان التعرض والإستحقاق كما وردت بشأن القسمة، فإنه فيما عدا هذه الأحكام يمكن تطبيق أحكام ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة القسمة، واعتبارها كاشفة للحقوق وليست ناقلة لها.<sup>(132)</sup>

كما لا يضمن المتقاسمون التعرض المادي من الغير، ولكل منهم أن يدفعه بالوسائل القانونية كرفع إحدى دعاوى الحيازة بحسب الأحوال، لكن يضمن المتقاسمون تعرض الغير المستند إلى حق سابق على وجود القسمة، يدعيه المتعرض على نصيب المتقاسم، سواء كان هذا الحق عينياً كحق ملكية أو إنتفاع أو رهن، أو كان حقاً شخصياً كحق الإيجار، غير أنه يشترط في تعرض الغير المستند إلى حق أن يكون هذا الحق سابقاً على القسمة، فتعرض الغير يجب أن يستند إلى سبب سابق على القسمة، كأن يدعي الغير أنه إشتري هذا النصيب، من أغلبية الشركاء قبل القسمة أو أنه اكتسب ملكيته بالتقادم الذي إكتملت مدته قبل القسمة. ولا يضمن المتقاسمون تعرض الغير المستند إلى سبب لاحق للقسمة، كما لو إكتملت مدة التقادم بعد القسمة أو نزع نصيب المتقاسم للمنفعة العامة.<sup>(133)</sup>

ومؤدى إلتزام المتقاسمين بهذا الضمان أنه إذا وقع تعرض لأحدهم من قبل الغير، بأن إدعى ملكية المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة أو جزء منه التزم الباقيون باتخاذ كل ما يلزم لمنع هذا التعرض، فإذا لم يتسن لهم ذلك وإستحق الغير المال الذي آل إلى المتقاسم، كانوا ملتزمين بالتعويض عن هذا الإستحقاق.<sup>(134)</sup>

## ثانياً: شروط الضمان

ويشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين ب الضمان توافر الشروط الآتية:

- 1- يشترط أن يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة، بمعنى أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجوداً قبل القسمة، أما إذا كان سبب الإستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها فلا ضمان. ف الضمان يقوم إذا كان الغير يدعي مثلاً أنه إشتري النصيب الذي آل إلى المتقاسم من أغلبية الشركاء قبل القسمة.<sup>(135)</sup>

<sup>132</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 172.

<sup>133</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 160.158.

<sup>134</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 174.173.172.

<sup>135</sup> . حسن كبرة، المرجع السابق، ص 235؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 238.

2- ويشترط ألا يكون الإستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه مثال ذلك أن يدعي الغير حَقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يتولى المتقاسم وحده الدفاع في الدعوى دون أن يدعو المتقاسمين الآخرين للتدخل فيها وكانت لديهم وسيلة لدفع هذه الدعوى. (136).

3- ويشترط ألا يكون هناك إتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان. ويشترط المشرع أن يكون هذا الإتفاق صريحاً يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها فقط (137). فالإعفاء من الضمان لا يمكن أن يستنتج ضمناً من الظروف، كما لا يكف للإعفاء أن يكون الشرط الذي يتضمنه عاماً، بل يجب ذكر سبب الإستحقاق المراد الإعفاء منه.

وكما يجوز على الإعفاء من الضمان يجوز الإتفاق على إنقاصه من باب أولى، كاشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة. كما يجوز الإتفاق على زيادة الضمان كضمان نزع ملكية العين للمنفعة العامة خلال مدة معينة بعد القسمة. (138)

#### ثالث: آثار الضمان

إذا توافرت شروط الضمان السابق ذكرها، ورفعت دعوى الإستحقاق على المتقاسم، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين كي يتدخلوا في الدعوى ومنه إتاحة الفرصة لهم للقيام بواجبهم في الدفاع عنه بدفع التعرض.

فإذا حكم للغير بالإستحقاق إلزم المتقاسمون الآخرون، كل بنسبة حصته، بتعويض المتقاسم الذي يستحق نصيبه، وذلك بأن يوزع التعويض على جميع المتقاسمين بنسبة حصة كل منهم. فيتحمل مستحق الضمان نفسه جزءاً من هذا التعويض، إذ أن نصيب كل من الآخرين قد نقص بسبب الإستحقاق فيجب أن ينقص أيضاً نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم جميعاً، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. (139)

ويتم تقدير قيمة التعويض وفقاً لقيمة الشيء المستحق للغير وقت القسمة، لا وقت الطلب أو وقت الإستحقاق، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين، إذ أن هذه المساواة تقتضي النظر إلى قيمة الشيء وقت القسمة، حتى لا يتأثر المتقاسمون الآخرون بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد القسمة. (140)

ويقتصر التعويض على ما لحق المتقاسم من خسارة ولا يشمل ما فاتته من كسب، لأن القيمة تقدر وقت القسمة، ولأن القسمة لا يقصد بها المضاربة، وإنما يقصد بها المساواة بين الدائنين بخلاف البيع. وفي

136 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 980. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 160.

137 - المأددة 731 ف2 ق.م.ج تقضي: << غير انه لا محال للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الإستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه >>.

138 - السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص 978.

139 - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 88.

140 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 174-175.

الإستحقاق الجزئي يقتصر على التعويض، ولا يكون للمتقاسم ردّ ما بقي من العين، لأن القسمة كاشفة وليست ناقلة للملك، ولأن ردّ ما بقي من نصيب المتقاسم يستوجب نقض القسمة كلها.<sup>(141)</sup>

هذا ويلاحظ أن المشرع لم ينص على حكم خاص بتقادم ضمان المتقاسم لذلك يتعين إعمال القواعد العامة في هذا الصدد، ووفقاً لهذه القواعد يتقادم هذا الضمان بمضي خمسة عشر سنة تبدأ من وقت ثبوت الإستحقاق لأنه الوقت الذي يصبح فيه الإلتزام مستحقّ الأداء طبقاً للمادة 308 من القانون المدني التي تقضي: «> يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الإستثناءات الآتية».

ولقد منح المشرع للمتقاسم مستحقّ الضمان حق إمتياز على أنصبة المتقاسمين الآخرين بموجب المادتين 998 التي تقضي: «> للشركاء الذين اقتسموا منقولاً، حق إمتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي إستيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل. << و1001 من القانون المدني التي تنص: «> أن الشركاء الذين إقتسموا عقاراً، حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في روع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته ماثلة لشروط إمتياز البائع المشار إليه في المادة 999 <<».

## خاتمة

نخلص في ختام دراستنا لموضوع الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، إلى أنه موضوع بالغ الأهمية وجد حساس، وذلك لكثرة المنازعات المتعلقة به، والمطروحة على مختلف الجهات القضائية، ولاسيما الفروع العقارية.

للقاضي دور هام في قسمة المال الشائع سواء كانت قسمة إتفاقية يتمثل دوره في مراقبة مدى عدالة هذه القسمة وفق ما يسمح به القانون، وإذا كانت قسمة قضائية فله دور إيجابي كونه هو المختص بهذه العملية.

يتعين على القاضي الامام والمعرفة الجيدة والمستفيضة للقواعد التي تحكم القسمة، وذلك لضمان الفصل السليم في هذه المنازعات، وإصدار أحكام قضائية تشكل سنداً تنفيذية حقيقية. بحيث لا تكون وسيلة في يد الأطراف لتغطية وضعيات غير قانونية، أو سند للاعتداء على حقوق وملكيات الغير. ومن شأن كل ذلك دعم الدور الفعال لمرفق العدالة في المجتمع وتعزيز سيادة القانون.

<sup>141</sup> -عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 161.

## قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

الكتب:

- 1- إلياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة، ج9، المجلد الثاني، دون معلومات أخرى.
- 2- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، د.ب.ن، 1993.
- 3- جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، 1970.
- 4- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء-دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999
- 5- حسن علي الذنوب، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطباعة، د.ب.ن، د.ت.ن
- 6- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965.
- 7- خالد أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008
- 8- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية التبعية، ج&، د.د.ن، 1994.
- 9- زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الاصلية علمًا وعملاً، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.ت.ن
- 10- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، ج1، ط5، دار النشر إيريبي للطباعة، مصر، 1990.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1967
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 13- عبد المنعم فرج صدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.ت.ن
- 14- عبد الناصر توفيق العطار-شرح أحكام حق الملكية، البستاني للطباعة، القاهرة، 1990.
- 15- علي هادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 16- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلي، ج1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

- 17- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009.
- 18- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993.
- 19- مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، د.ب.ن، د.ت.ن
- 20- منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، سنة 1965.
- 21- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

### ثالثاً: المذكرات والمقالات

#### -المذكرات:

- 1- بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2005-2006
- 2- صدور محمد، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2006-2007،
- 3- مخازني فريدة مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، الزائر، سنة 2004-2005

#### -المقالات:

- 1- حسن كيرة، " تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، السنة 12 (1962-1963)، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1964

#### رابعاً: النصوص القانونية

- 1- قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن التقنين المدني المصري، مؤرخ في 09/07/1948، مجلة الوقائع المصرية، العدد 108 مكرر.
- 2- قانون رقم 43 لسنة 1976، مؤرخ في 01/08/1976 العدد 2645 يتضمن التقنين المدني الأردني.
- 3- قانون رقم 84-18 مؤرخ في 18/05/1949 يتضمن القانون المدني السوري.
- 4- قانون الموجبات والعقود اللبناني، مؤرخ في 09/03/1932.
- 5- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية: عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05، جريدة رسمية، عدد 31، مؤرخ في 13 ماي 2007.
- 6- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 أكتوبر 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

7-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتعلق بقانون الاسرة، معدل ومتمم بقانون 05-02 مؤرخ في 27/02/2005، جريدة رسمية، عدد 15 صادر في 27/02/2005.

ثانيا: باللغة الفرنسية

**Ouvrage :**

- 1-MALAUURIE(PHILLIPE), AYNES(LAURENT), Droit Civil (les contrats spéciaux) Cujas, paris, 1986
- 2- VOIRIN(PIERRE), GOUBEUX(GILLES), Droit Civil Privé Notarial, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, tome 2, 20<sup>e</sup> édition (librairie générale de droit et de jurisprudence) E JA, 1999
- 3-BELKHEIR SAÏD, BELKHEIR NACERA LEILA, Succession, Partage, vente, licitation, 1<sup>ere</sup> édition, Edition Zakaria, Algérie, 1992
- 4-BERGEL JEAN- LOUIS, MARC BRUSCHI, SYLVIE CIMAMONTI, Traité de droit civil, les biens, Dalloz, Paris, 2000.
- 5-DRUFIN- BRICCA SOPHIE, LAURENCE, CAROLINE HENRY, Droit des biens, 2<sup>eme</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007.
- 6- SCHILLER SOPHIE, Droit des biens, 4<sup>eme</sup> édition, Dalloz, Paris, 2000.

## الفهرس

01	.....مقدمة.
03	.....المبحث التمهيدي: ماهية الملكية الشائعة
03	.....المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية
03	.....الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة
04	.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة
05	.....المطلب الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية
05	.....الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة
06	.....الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة
07	.....المبحث الأول: الإنتفاع بالمال الشائع وإدارته
07	.....المطلب الأول: الإنتفاع بالمال الشائع
07	.....الفرع الأول: حق الشريك في الإنتفاع بالمال الشائع
08	.....الفرع الثاني: قسمة المهايأة
08	.....أولا: قسمة المهايأة المكانية
10	.....ثانيا: قسمة المهايأة الزمانية
10	.....ثالثا: أحكام المهايأة
11	.....المطلب الثاني: إدارة المال الشائع
12	.....الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة
13	.....الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة
15	.....الفرع الثالث: حفظ المال الشائع ونفقاته
15	.....أولا: حفظ المال الشائع
15	.....ثانيا: نفقات حفظ المال الشائع
17	.....المبحث الثاني: التصرف في المال الشائع
17	.....المطلب الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع
17	.....الفرع الأول: التصرف الصادر من جميع الشركاء
19	.....الفرع الثاني: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء
20	.....المطلب الثاني: تصرف الشريك في المال الشائع
21	.....الفرع الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة
21	.....أولا: الإسترداد في المنقول
22	.....ثانيا: الشفعة في العقار



26.....	الفرع الثاني: تصرف الشريك في حصة مُفرزة
27.....	أولاً: حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة
30.....	ثانياً: حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة
32.....	الفرع الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع
32.....	المبحث الثالث: قسمة المال الشائع
33.....	المطلب الأول: كيفية إجراء القسمة
34.....	الفرع الأول: القسمة الإتفاقية
34.....	أولاً: شروط القسمة الإتفاقية
35.....	ثانياً: إجراءات القسمة الإتفاقية
36.....	ثالثاً: الطعن في القسمة للغبن
37.....	الفرع الثاني: القسمة القضائية
37.....	أولاً: إجراءات القسمة القضائية
37.....	ثانياً: دعوى القسمة القضائية
40.....	1- القسمة العينية
42.....	2- قسمة التصفية
43.....	3- تدخل الدائنين في إجراءات القسمة
45.....	المطلب الثاني: آثار القسمة
45.....	الفرع الأول: إفراز نصيب كل متقاسم
45.....	أولاً: الأثر الكاشف للقسمة
46.....	ثانياً: النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف
47.....	الفرع الثاني: ضمان التعرض والإستحقاق
47.....	أولاً: أساس ضمان التعرض
48.....	ثانياً: شروط الضمان
49.....	ثالثاً: آثار الضمان
50.....	خاتمة
51.....	قائمة المراجع
54.....	الفهرس

