



جامعة زيان عاشور - الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الملكية الشائعة وأحكامها في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق
تخصص القانون العقاري

* إشراف الدكتور:
زروق يوسف

* إعداد الطالب :
حسناوي نبيل

* لجنة المناقشة

1 / أ/د - محمد صدارة رئيسا
2 / أ/د - زروق يوسف مشرفا ومقررا
3 / أ/د - بورزق أحمد مناقشا

الموسم الجامعي 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

افتح هذه المذكرة باسم الله العلي القدير الذي هداني بنوره وأعانتني بفضله على إتمامها وجعل العسير من هذا العمل يسيرا وأصلي وأسلم على المصطفى البشير النذير " عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام "

أما بعد :

إذا كان على المرء أن يذكر لذي الفضل فضله فإنني أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير والامتنان إلى كل أساتذتي الأجلاء الذين علموني الحرف والكلمة والجملة والنص ، راجيا من المولى عز وجل أن يجعل ما غنمته منه صدقة جارية تضاف إلى صحائف حسناتهم .

واخص بالذكر الدكتور "زروق يوسف " الذي لم يبخل علي بنصائحه القيمة وإرشاداته المميّزة والذي كان نعم المشرف والمرشد وكذا الأساتذة الكرماء الذي امتنوا على شرف قبول مناقشة هذه المذكرة ، وضخوا من ثمين وقتهم لقراءة صفحاتها ، وتقييمها بميزان العارفين القادرين ، راجيا أن ينال هذا الجهد تقديرهم ، وان تحض أخطائها وهفواتها بتقويمهم وتنويرهم ، وان تشمل نقائصها بعفوهم وصفحهم .

فكما قال العماد الأصفهاني في مقدمة معجم الأدباء: "إني رأيت لا يكتب إنسان كتاب في يومه إلا وقال في غده لو كان هذا لكان أحسن ، ولو زيد لكان يستحسن ، ولو قدم هذا الكتاب لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل " ، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء البشر .

والى الله أتوجه بالحمد والشكر وأسأله التوفيق والسداد وهو نعم النصير .

حسناوي نبيل

الإهداء

إلى ...
والدي العزيز ... صاحب القلب الكبير الذي علمني أن تقوى الله رفيق صالح للعلم
النافع والخلق الحسن وأنهما يسيران معا فيخلقان إنسانا يبني المجتمع ويعمر هذه الأرض.
إلى والدي العزيزة ... زهرة هذا العمر وشبابه.
إلى ... تلك الإنسانية الراقية النبيلة التي أضاءت درب الحياة بعشقها الأبدي للتفاني
والإخلاص، إلى من تقطن في مقلتيها أحلام الحاضر والغد.
إلى الغاليين على قلبي إخواني وأخواتي.
إلى من علمني الثقة بالغير والتسامح والتعاون رفقاء دربي وأصدقائي.
إلى عائلتي الكريمة عائلة حسناوي
إلى كل من تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي

نبيل حسناوي

إليكم جميعا أهدي هذا الجهد العملي المتواضع .

مقدمة

تعد الملكية العقارية من أهم المواضيع التي اهتم بها المشرع الجزائري و يظهر ذلك من خلال تعدد المراسيم و القوانين و الأوامر التي صدرت منذ الاستقلال إلى يومنا هذا . كما تعتبر الملكية العقارية هي الملكية التي تخول صاحبها استعمال عقار ما و التمتع به و استغلاله و التصرف فيه ضمن ما تسمح به القوانين، القرارات و الأنظمة، و تعد الملكية العقارية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقا لأنها الملكية التي تخول صاحبها سلطة كاملة، و يشمل حق ملكية العقار ما فوق الأرض وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع به علوا و عمقا.

والملكية العقارية قد تكون مفرزة وتكون في بعض الأحيان مشتركة مهما كان سبب ذلك، سواء بإرادة الأطراف أو خارج إرادتهم.

إن الملكية المشاعة هي التي تثبت لأكثر من شخص في نفس الشيء فيقال عنها أنها ملكية شائعة. هذه الأخيرة توجد بكثرة في الجزائر، وهي في أغلب الأحيان تكون نتيجة الميراث، فإذا توفي الشخص تنتقل ملكيته إلى ورثته على الشيوع بنسبة حصة كل منهم، وكثيرا ما يستبقي الورثة هذا الوضع فلا يقتسمون التركة إلى أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة يتزايد فيها عدد الملاك وتقل حصة كل منهم، على أن الملكية الشائعة يمكن أن تترتب على أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانوني، وإذا كانت الملكية الشائعة كثيرة الانتشار في الحياة العملية نتيجة الأسباب التي أشرنا إليها فإنها مع ذلك ليست بالنظام المفيد من الناحية الاقتصادية وذلك بالنظر للقيود الواجب التقيد بها من طرف كل شريك في الشيوع، مما يغل يده عن التصرف في العقار، بالإضافة إلى أن نظام الشيوع بحد ذاته نظام مؤقت ينتهي في وقت من الأوقات. ورغم هذا فإن القانون المدني الفرنسي القديم لم يتعرض للشيوع، إذ اقتصر على إجراءات القسمة فقط، على اعتبار أنه وضع مؤقت غير مرغوب فيه. دون أن يعنى بتنظيم الملكية الشائعة في حد ذاتها. ويرجع ذلك إلى التصور الفردي للحقوق بصفة عامة وللملكية بصفة خاصة. غير أن التطبيق العملي لهذا التصور لم يلبث أن كشف عن قصوره، فقد بدا من العسير في أغلب الحالات اتفاق الشركاء جميعا بشأن مباشرة سلطات الملكية. مما يترتب عليه تعطيل الاستفادة من الشيء الشائع إلى حد بعيد، لذلك عملت التشريعات الحديثة وعلى رأسها المشرع الجزائري

ويظهر ذلك من خلال نصوص القانون المدني من المادة 713 إلى غاية المادة 742 منه¹، سد هذا النقص متبنيا في ذلك تصورا جديدا قائما على أن للملكية وظيفة اجتماعية، وأن سلطات الملكية يجب ممارستها في ضوء هذه الوظيفة. فاعتنى بتنظيم الملكية الشائعة تنظيما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع.

وتبدو **أهمية الموضوع من:**

❖ الناحية العلمية :

أنه من الضروري الإمام بالمنظومة التشريعية والتنظيمية التي تحكم الملكية الشائعة لكونها حالة عامة تنتشر في عديد العقارات بغض النظر عن السبب المحدث لحالة الشيوخ.

❖ الناحية القانونية:

إن الواقع الذي فرضته الملكية العقارية الشائعة جعل من الضروري إيجاد حلول لعدة إشكالات والتي أثارها هذه الحالة القانونية، والتي ولدت مراكز قانونية لا بد من إيجاد حلول تتماشى وتؤمن الثروة العقارية وتحقيق الهدف المرجى منها مهما كان نوع العقار.

❖ الناحية العملية:

واقع الملكية العقارية الشائعة وما نظمها القانون المدني في بيان أحكامه لاسيما فيما يتعلق بحماية الأقلية من الشركاء في الشيوخ من تعسف أغلبيتهم في العقار الشائع دون رضاهم مقارنة بالقوانين المقارنة .

وقد دفعتني لدراسة هذا الموضوع :

❖ من الناحية العلمية والموضوعية:

نقص الدراسات في هذا الموضوع (الملكية على الشيوخ) خاصة أنها تحكمها مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية، لأنها تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والاجتماعية مع كونها موضوع منتشر بكثرة خاصة في المجتمعات الجزائرية

1 - المواد من 713 إلى 742 من الأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ب: القانون 05-05 المؤرخ في 20 يوليو 2005، القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية رقم 31.

ومبهم بالنسبة للقانونيين عامة والقضاة خاصة ، كما انه موضوع جد مهم لكنه لم يحض باهتمام القانونيين ، إلا انه يحمل في طياته نظرة قانونية خاصة بالنسبة للأفراد .

❖ من الناحية الذاتية :

أن الملكية الشائعة تمس شخصنا كوننا من القانونيين أولاً ثم أنها أصبحت موضوع الجميع كوننا نمتلكها عن طريق الميراث والوصية والأسباب التي أدت لاختيارنا هذا الموضوع تمثلت في اهتمامنا بالملكية الشائعة كونه مهم بالنسبة لنا ومعرفة وتتبع أهم التطورات الحاصلة على التنظيم القانوني للملكية الشائعة وأحكامها في نظام القانون الجزائري

أما الصعوبات التي تلقيناها من دراسة هذا الموضوع فقد تمثلت في قلة المراجع وكذلك قلة الدراسات السابقة في هذا الموضوع بالخصوص ونظرا لضيق الوقت كذلك ومدة الإعداد خاصة انه يحتاج إلى دراسة معمقة .

وبالنسبة للمنهج المعتمد:

اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي الذي يستند في المقام الأول إلى الاهتمام بالنصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث .

الإشكالية: * كيف نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة في القانون الجزائري؟

وقد اعتمدت أن نتبع الخطة التالية : الإطار المفاهيمي كمبحث تمهيدي به مطلبان المطلب الأول تعريف الملكية الشائعة والمطلب الثاني الطبيعة القانونية له ، أما الفصلين فالفصل الأول :الإدارة والتصرف في الملكية الشائعة والفصل الثاني: الخروج من الشروع.

الخطبة

مقدمة

المبحث التمهيدي : الاطار المفاهيمي للملكية الشائعة

المطلب الأول : تعريف الملكية الشائعة

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

الفصل الأول : الإدارة والتصرف في الملكية الشائعة

المبحث الأول : إدارة الملك المشاع

المطلب الأول : اعمال الإدارة المعتادة

المطلب الثاني :اعمال الإدارة غير المعتادة

المبحث الثاني : التصرف في المال الشائع

المطلب الأول : تصرف الشركاء في المال الشائع

المطلب الثاني : تصرف الشريك في المال الشائع

الفصل الثاني : الخروج من الشيوع

المبحث الأول : قسمة المال الشائع

المطلب الأول: القسمة الاتفاقية

المطلب الثاني : القسمة القضائية

المبحث الثاني : اثارالقسمة

المطلب الأول : افراز نصيب كل متقاسم

المطلب الثاني : ضمان التعرض والاستحقاق

الخاتمة .

المبحث التمهيدي

لقد نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة وأحكامها في القانون المدني الجزائري من المادة 713 الى غاية المادة 742 من القسم الرابع الذي يخص الملكية الشائعة حيث سنتناول من خلال المبحث التمهيدي التعريف بالملكية الشائعة في المطلب الأول، والطبيعة القانونية للملكية الشائعة في المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة

إن الشيوخ عبارة عن حالة قانونية تتمثل من تعدد أصحاب الحق العيني، دون تحديد نصيب كل منهم تحديدا ماديا في الشيء ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه ، فهو لا يقتصر على الملكية وحدها، بل يمكن أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى. كما لو أوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، إذ يكون حق الانتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا، حيث نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة وأحكامها من المادة 713 إلى غاية المادة 742 في القانون المدني الجزائري.

أما فيما يخص الحق الشخصي فإنه لا يكون مالا شائعا إذا تعدد أصحابه، بل ينقسم بينهم، ما لم يكن غير قابل للانقسام.¹

وعليه فإن الملكية تعتبر شائعة في الحالة التي يتعدد فيها الملاك دون أن يكون لكل واحد منهم جزء مفرز محدد، و الملكية الشائعة هي الملكية التي تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد دون إن يكون ملزما على البقاء في الشيوخ ، فالشيوخ هو إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا دون ان تفرز حصة كل واحد منهم فيه ،فهم شركاء فيه على الشيوخ وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدم دليل على قيد ذلك وهذا ما أكدت عليه المادة 714 من القانون المدني الجزائري.²

التي تنص على : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدم دليل على غير ذلك"، ولا يوجد حد لعدد الملاك على الشيوخ، إذ يمكن أن يقوم بين شخصين أو أكثر. والأصل عند التعدد أن تتساوى أنصبة الشركاء ما لم يقدم دليل على غير ذلك.³

1- عبد المنعم فرج الصده الملكية في قوانين البلاد العربية دار الفكر العربي ص5.
2- محمد حسين منصور الحقوق العينية الاصلية والحقوق المتفرعة عنها دار الجامعة الجديدة ،مصر 2007 ص90
3- توفيق حسن فرج الحقوق العينية الاصلية الدار الجامعية للطباعة والنشر ص 189.

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة، وإنما يمتد إلى الملكية الناقصة في صورها المختلفة من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق وتطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التي وضعها المشرع بالنسبة للشيوع في الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها.¹

يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة. فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً، دون أن ينقسم المال ذاته.²

كما أن الشيوع قد يكون بسبب واقعة مادية كالحيازة أو الوفاة، أو غيرها مثل الوصية أو العقد والذي يعتبر تصرف قانوني أما أكثرها تداولاً وهو الميراث التي توجد بكثرة في واقعنا الاجتماعي.

والشيوع عادي وإجباري. فالشيوع العادي (L'indivision ordinaire) هو الشيوع الذي يمكن أن ينقضي بالقسمة، كملكية الورثة لما كان يملكه مورثهم، فهي ملكية شائعة تنقضي بالقسمة أو بأسباب أخرى. والشيوع الإجباري (L'indivision Forcée) هو الشيوع الذي لا ينقضي بالقسمة كملكية الحائط المشترك وكملكية الأجزاء المشتركة في تملك الشقق.³

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

لقد تعددت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة أما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية أي، بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت خلافاً للوضع العادي للملكية. وهذا يثير التساؤل حول طبيعة حق الشريك على الشيوع. والذي أدى بدوره إلى خلاف فقهي حول هذه المسألة.

فذهب رأي إلى القول بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين. ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقاً شخصياً قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثالث أو الربع)، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعها عن طريق القسمة، حتى إذا ما قسم الشيء

1 – مصطفى محمد الجمال نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث ص 73

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية الجزء 8 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان- ص796.

3 – عبد الناصر توفيق العطار شرح أحكام حق الملكية توزيع دار الفكر العربي ص 95-96.

الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق.

ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوخ، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية. فاتجهوا إلى القول بأن الملكية في حالة الشيوخ تكون لمجموع الشركاء المشاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء، وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة.¹

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشاع لا يستجيب إلى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي، فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين إذ الحقوق في قانوننا الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وحتى إذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فإن معنى ذلك أن تمتلك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفي معه وضع الشيوخ القائم على تعدد الملاك.

كما اتجه الرأي الآخر إلى أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، إذ أن الشيوخ ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن اعتبار الشيوخ صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك فمن يكون إذا هو مالك الشيء الشائع .

لهذا كان الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية. فملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك، أما الشيء وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ. أي أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، بينما لا

1 - مصطفى محمد الجمال نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث

يكون هناك تقسيم مادي للشيء. ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعه وإن كان محددا بقدر حصته. وهذا هو التكييف السليم.¹

والملكية في الشيوخ كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة :- الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين. فالمالك في الشيوخ له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.²

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التكييف. فاعتبر حق الشريك المشتاع حق ملكية حيث نصت المادة 714 من القانون المدني على أن: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...".

وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، كالقرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 ، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن 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 آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوخ أخطئوا في تطبيق القانون."³

والقرار المؤرخ في 1987/04/08 ملف رقم 39496 الذي جاء في حيثياته: "من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرده المشتري وتعويض المدعى عليها خرقتوا القانون."⁴

1-عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 11.

2-رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان. ص 516.

3- عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى ص449.

4 - عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى ص 449.

كما ان الملكية عبارة عن أنواع فهناك الملكية الفردية التي تتميز بمالك شخص طبيعي او معنوي وهي تكون أما مفرزة أو شائعة ، وهناك أيضا الملكية الجماعية أي تكون الجماعة ليست لها شخصية اعتبارية وهي الملكية المشتركة .والملكية الشائعة فهي تتميز عن غيرها من الأملاك الأخرى مثل الملكية المفرزة والملكية المشتركة.

الفرع الأول :

• تمييزها عن الملكية المفرزة :

الأصل في الملكية أن تثبت للشخص الواحد على الشيء. فيقال لها ملكية مفرزة. ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء فيقال لها ملكية شائعة.¹ والملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على شيء بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع. فحق الشريك في الشيوع يرد على الشيء بنسبة حصته فيه.²

أما الملكية المفرزة فهي التي يملك فيها الشخص الشيء دون أن يشاركه أحد فيه.³ وعليه فالذي يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة أن الحصة التي يملكها الشريك المشتاع تكون شائعة في الشيء كله فلا تتركز في جانب منه بالذات.

الفرع الثاني :

• تمييزها عن الملكية المشتركة :

يراد بالملكية المشتركة ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا ويطلق عليه اسم (Propriété collective) فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين. فالملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة لأن هذه لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي باتفاقهم، في حين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ على رغم الشركاء كما هي الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلا.

1- مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص73.

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 5 .

3- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 93.

ومتى قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني لينتقل إلى الجماعة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في استغلال الشيء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه ولا يعود للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال نتيجة تصفية الشركة.

بخلاف الحال في الشيوع حيث يعتبر الشريك مالكا أي صاحب حق عيني على الشيء.¹

ويلاحظ أنه لا يترتب على عقد الشركة أن تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع. وإنما تكون هذه الأموال مملوكة ملكية مفرزة للشركة بوصفها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، فلا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها.

كما أن ترتيب حق عيني متفرع عن الملكية، كانتفاع أو ارتفاق، لا يترتب عليه أن يقوم شيوع بين المالك وصاحب هذا الحق، إذ أن لكل منهما حق يختلف عن حق الآخر في مضمونه. بينما يكون الشيوع في الحق الواحد.²

1- زهدي يكن المرجع السابق . ص 140.

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 6.

الفصل الأول
الإدارة والتصرف في الملك
المشاع

الفصل الأول : الإدارة والتصرف في الملك المشاع

ان المشرع الجزائري تناول في مواده من القانون الجزائري في الملك المشاع والتصرف فيها من خلال الشركاء في الملك الشائع وهذا ما سنتناوله في المبحثين ، المبحث الأول إدارة المال الشائع ، والمبحث الثاني التصرف في المال الشائع .

المبحث الأول : إدارة المال الشائع

قرر المشرع بموجب نص المادة 715 من القانون المدني، مبدءا عاما في إدارة المال الشائع، مفاده: " أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك."، و لما كان تحقق مثل هذا الإجماع أمرا متعذرا في الكثير من الحالات، فقد وضع المشرع من القواعد ما يكفل إدارة المال الشائع عند تعذر هذا الإجماع، ويفرق في هذا الشأن بين أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة.

المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة

حيث يقصد بأعمال الإدارة المعتادة أنها الأعمال التي لا تقتضي تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا في الغرض الذي أعد له، وذلك كزراعة الأرض واستئجار العمال والآلات اللازمة لزراعتها، وشراء ما يلزمها من بذور وسماد، وبيع محصولها بالسعر الجاري وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقتضيه هذه الإدارة، وإيجار المال الشائع نقدا أو مزارعة وقبض الأجرة.¹

وقد جعل المشرع لأغلبية الشركاء الحق في القيام بمثل هذه الأعمال، فما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء يكون ملزما للجميع.²

حيث نصت المادة 1/716 من القانون المدني على أنه: " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة...."، والمقصود بالأغلبية هنا هي الأغلبية المطلقة أو العادية، وهي التي تملك أكثر من نصف المال الشائع، سواء كانت شريكا واحدا أم أكثر من شريك، ورأي الأغلبية نافذ على باقي الشركاء ما لم تتعسف في استعمال حقها في الإدارة.

وإذا كان ما تستقر عليه الأغلبية، بالمعنى السابق، يلزم الأغلبية فليس لهذه الأغلبية حق التظلم أمام المحكمة من قرار الأغلبية مادام الأمر يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة، ما لم يعتبر قرار الأغلبية تعسفا فتطبق قواعد التعسف في استعمال الحق.

1- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 101.99.

2 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 122.121.

وهناك ملجأ تلوذ به الأقلية بل يلوذ به أي شريك، وهو طلب القسمة للخروج من الشروع.¹ ولهذه الأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو من غيرهم يتولى أعمال الإدارة المعتادة، حيث تكون أعماله نافذة في حق الجميع. وقد ترى الأغلبية أن تضع نظاما يكفل حسن الإدارة يلتزم به هذا المدير، وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على جميع الشركاء وعلى خلفائهم (خلافة عامة أو خاصة) وكما كان من حق الأغلبية وضع نظام الإدارة، فلهذه الأغلبية أيضا تعديل هذا النظام أو إلغاؤه أو وضع بديل عنه.² وهذا ما تؤكدته المادة 2/716 من القانون المدني بقولها: "وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما، أو خاصا....".

فإذا لم تكن ثمة أغلبية، وثلت الإدارة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال.³

وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 716 من القانون المدني.

كما نصت الفقرة 3 من نفس المادة على أنه: "وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم".

فقد يحدث أن يتولى أحد الشركاء وحده إدارة المال الشائع وسكت بقية الشركاء فلا يعترضون، فعندئذ يعد هذا الشريك في قيامه بأعمال الإدارة أصيلا عن نفسه ووكيلا عن بقية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة. وعلى ذلك إذا اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، فإن كانت حصص من لم يعترضوا بالإضافة إلى حصة الشريك المدير تمثل أغلبية الأنصبة، كان عمله نافذا في مواجهة الجميع باعتبار العمل صادرا من الأغلبية، أمّا إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف، فإنه لا يصبح عندئذ ممثلا للأغلبية وبالتالي لا يجوز له المضي في إدارته.⁴

1- محمد عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 827.

2- رمضان أبو السعود. المرجع السابق ص 526.

3- توفيق حسين فرج. المرجع السابق ص 193، 194.

4- رمضان أبو السعود. المرجع السابق ص 525.

وهذا ما أكدته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 28/06/2000 ملف رقم 196140 إذ جاء في إحدى حيثياته: " حيث انه ومن جهة أخرى فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعي عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض من الباقيين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة 716 من القانون المدني".¹

وبخصوص حفظ المال الشائع وصيانته فقد نصت المادة 718 من القانون المدني على أنه: "لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

فحفظ المال الشائع من حق كل شريك، ومن هذا يكون لأي شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الآخرين. وأعمال الحفظ قد تكون أعمال مادية، كالقيام بالترميمات الضرورية وجني الثمار قبل تلفها. وقد تكون تصرفات أو إجراءات قانونية، كالوفاء بالضرائب المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها.²

فقد خرج المشرع بهذا النص عن قاعدة الإجماع أو الأغلبية لكون هذا العمل لا يضر بقية الشركاء، بل ينفعهم. لأنه من واجب كل شريك أن يقوم بكل ما من شأنه أن يحفظ الشيء من الإلتلاف وصيانته.³

ويعتبر الشريك الذي يستقل بهذه الأعمال رغم معارضة الشركاء الآخرين نائبا عنهم نيابة قانونية، ويحق له الرجوع على كل واحد من الشركاء بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها في حفظ الشيء أو صيانته، وذلك على أساس الفضالة، لأن الشريك قد تولى شأننا لنفسه، وتولي في نفس الوقت شأننا لغيره من الشركاء نظرا لارتباط الشائنين، إذ لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر، وفقا لأحكام المادة 151 من القانون المدني، أما إذا أجاز بقية الشركاء هذا العمل، فإن الشريك الذي قام بالعمل يعتبر وكيلا عنهم، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما تقضي بذلك المادة 152 من القانون المدني.

1- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ص 188

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 22.

3- الأستاذ ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 58.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم: 75576 المؤرخ في: 21/01/1992، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يحق لكل شريك في الشيوخ أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اشتروا على الطاعن الذي يملك في الشيوخ المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوي ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض.¹

أما بخصوص نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر التكاليف فقد نصت المادة 719 من القانون المدني على أنه: "يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقة إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فهذا النص محض تطبيق للقواعد العامة، فطالما كان كل الشركاء ملاكاً للمال الشائع، فإنه من البديهي أن تنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر نصيبه في المال الشائع، وبالتالي تنقسم هذه التكاليف عليهم كل بقدر حصته، كل ذلك ما لم يتفق على غيره، أي يتفق على نسب أخرى تقل أو تزيد عن نسبة ما للشريك من حصة.

والرجوع على الشركاء في الشيوخ، كل بقدر حصته يكون بدعوى الوكالة، أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب. و يجوز لأي من الشركاء، التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف، أن يتخلي عن حصته في المال الشائع، وهذه القاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية عين، و يترتب على تخلي الشريك عن حصته أن تصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشركاء، كل بقدر نصيبه في المال الشائع، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات، كل بقدر حصته الجديدة أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم.²

المطلب الثاني : أعمال الإدارة غير المعتادة

يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة، إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعد له المال لتحسين الانتفاع به، كتحويل الأرض الزراعية إلى أرض بناء أو إلى أرض تستغل استغلالاً صناعياً، أو تحويلها من أراضي زراعية لزراع المحاصيل العادية إلى أرض حدائق، ومثالها تحويل

1- الأستاذ حمدي باشا عمر المرجع السابق ص 77.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 808.

مطعم إلى مقهى أو العكس، أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال والاستثمار، أو تحويل منزل للسكنى إلى فندق أو شقق مفروشة، أو أن يقوم أحد الشركاء المشتاعين بإقامة منزل أو بناء معين على أرض فضاء شائعة وهكذا...¹

وتقدير ما إذا كان العمل يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة، يترك لقاضي الموضوع.²

هذه الأعمال وأحكامها تخرج عن أن تكون أعمال إدارة معتادة وإنما هي أعمال غير عادية للإدارة، ولخطورة هذه الأعمال وتأثيرها على حقوق الشركاء لم يكتف المشرع في تقرير إجراءاتها بالأغلبية العادية، وإنما تطلب أغلبية خاصة هي أغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع.

حيث نصت المادة 717 من القانون المدني على أنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خلف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

ويأخذ من هذا النص أن أعمال الإدارة غير المعتادة نظرا لخطورتها، تتطلب موافقة أغلبية خاصة هي أغلبية من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، كما أن رأي هذه الأغلبية غير ملزم للأقلية ابتداء، إذ يكون على هذه الأغلبية أن تعلن قرارها للأقلية التي يكون لها أن تتظلم منه أمام المحكمة، ولم يحدد النص طريقة الإعلان فيجوز بكافة الطرق، إلا أنه يقع على هذه الأغلبية عبء إثبات قيامها به، أما تظلم أي شريك من الأقلية فيجب أن يتم خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه، ويقدم التظلم بعريضة إلى المحكمة المختصة، وعلى المحكمة أن توازن بين حجج الأغلبية وحجج الأقلية، ولها أن تقر الأغلبية على قرارها أو ترفضه، فإذا وافقت عليه فلا يعفي ذلك الأغلبية من مسؤوليتها عن تعويض من يضار من قرارها، ولهذا يكون للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسباً من التدابير للمحافظة على حقوق الأقلية أو تأمر هذه الأغلبية بإعطاء المتظلم كفالة شخصية أو عينية تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض.³

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 527.

2- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 99.

3- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 102.103.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1988/03/23 تحت رقم: 44808 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع.

ومن المقرر أيضاً أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة. ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها 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".¹

ولم يعرض القانون المدني بالنص لحالة ما إذا قام أحد الشركاء منفرداً بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة، ولهذا تنطبق القواعد العامة في الشيوخ، ومقتضى تلك القواعد أنه ليس للشريك أن يقوم منفرداً بمثل هذا العمل، وإلا كان لهم الحق في طلب إزالة ما قام به من تعديلات جوهرية في الشيء، متى كانت تضر بحقوقهم.²

فقد يحدث أن يقوم أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل القسمة، فهو يأتي بذلك عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة، وقد توافق الأغلبية على هذا العمل، صراحة قبل القيام به أو بإقراره بعد إتمامه، وقد لا توافق تلك الأغلبية على هذا العمل أولاً تقره، عندئذ لا ينفذ هذا العمل في مواجهة باقي الشركاء الذين يملكون الأغلبية المقررة في هذا الشأن ويجبر الشريك على إزالة البناء عند حصول هذا الاعتراض مع دفع تعويض لباقي الشركاء إن كان له محل، كل ذلك دون حاجة إلى أن يطلب باقي الشركاء القسمة ودون انتظار لنتائجه. ولكن إذا وافقت الأغلبية (المقررة قانوناً) على البناء قبل إقامته أو أقرت عمل الشريك بعد البناء، تعين على باقي الشركاء المساهمة في نفقات الإنشاء كل بنسبة حصته في المال الشائع ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم كذلك.³

1- حمدي باشا عمر المرجع السابق ص76.

2- توفيق حسن فرج المرجع السابق ص195.

3- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص528.

المبحث الثاني: التصرف في المال الشائع

التصرف في الشيء إما أن يكون تصرفاً مادياً أو قانونياً، والتصرف المادي يكون باستهلاك الشيء أو إهلاكه، ولا يثبت في الملكية الشائعة إلا للشركاء جميعاً، فإذا انفرد به أحدهم كان متعدياً على حقوق باقي الشركاء ويسأل في مواجعتهم، أما التصرف القانوني فيكون بنقل الحق أو بترتيب حق عيني عليه للغير والتصرف في المال الشائع قد يكون صادراً من الشركاء في أغلبهم وهذا ما نتناوله في المطلبين الأول والثاني من حيث التصرف الصادر من الشركاء في المطلب الأول والتصرف الصادر من الشريك في المطلب الثاني

المطلب الأول: تصرف الشركاء في المال الشائع

ان تصرف الشركاء في المال الشائع قد يكون باتفاق جميع الشركاء، وهو ما نعالجه في الفرع الأول- وقد يتم هذا التصرف من قبل أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع -وهو ما نتطرق إليه في الفرع الثاني-

الفرع الأول: التصرف الصادر من جميع الشركاء

للشركاء جميعاً أن يتصرفوا في المال الشائع كله أو جزء منه مفرزاً أو على الشيوع، فلهم أن يتفقوا على نقل ملكية المال الشائع بأكمله للغير، فتنتهي بذلك حالة الشيوع بينهم، وإذا ورد تصرفهم الناقل للملكية على جزء مفرز من هذا المال خرج الجزء الذي تم التصرف فيه من الشيوع، واقتصر الشيوع بينهم على الجزء الباقي، أما إذا ورد التصرف على حصة شائعة من المال الشائع فيترتب على ذلك زيادة عدد الملاك على الشيوع وتعديل حصص الشركاء.¹

وقد يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء غير ناقل للملكية، بل يتمثل في ترتيب حق عيني أصلي على المال الشائع كترتيب حق انتفاع، أو حق ارتفاق لعقار مجاور، أو ترتيب حق عيني تبعي كالرهن.²

وإذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة في التصرف ليست محل جدل، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التي يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة، ولا جدال في أنه إذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشيء بتمامها فإن هذا الجزء يخرج من القسمة التي تجري بعد ذلك، ولكن إذا كان التصرف الذي أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية،

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص128.

2- مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص128.

كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشيء أو حق عيني تبعي عليه، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاخص كل شريك بجزء من الشيء، فما مصير هذا الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة؟

ان المشرع قد حسم حالة الرهن الرسمي بنص المادة 1/890 من القانون المدني إذ قضت بأنه: " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته" أما بالنسبة لغير الرهن الرسمي فقد انقسم الفقه إلى رأيين:

فقد ذهب فريق من الشراح إلى أن هذا النص يتضمن حكماً استثنائياً خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة، ذلك أنه رتب على القسمة أن وقع العقار المرهون في نصيب أحد الشركاء فإن مقتضى الأثر الرجعي للقسمة أن يعتبر الشركاء الآخرون رهنين لملك الغير فيما زاد على حصة هذا الشريك، ومن ثم فلا يتحمل العقار في يده إلا بقدر هذه الحصة، ومن هذا ينتهي هؤلاء الشراح إلى أنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة على غير الرهن الرسمي.¹ غير أن فريقاً آخر من الفقه يذهب إلى أن حكم المادة 1/890 من القانون المدني يعتبر تطبيقاً لقاعدة عامة تقضي ببقاء تصرفات الشركاء مجتمعين نافذة في مواجهتهم جميعاً مهما كانت نتيجة القسمة وعلى ذلك إذا تمت القسمة بعد التصرف الصادر من جميع الشركاء ثم وقع ما تم التصرف فيه في نصيب أحد الشركاء فلا يطبق الأثر الرجعي للقسمة لأن التصرف صدر من جميع الشركاء بما فيهم من آل إليه محل التصرف، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف الذي تم برضاء الشركاء جميعاً تصرفاً ناقلاً للملكية أم تصرفاً مرتباً لحق عيني آخر.²

الفرع الثاني: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إذا كان الأصل هو أن التصرف في المال الشائع يكون من حق الشركاء جميعاً، إلا أنه قد تدعو أسباب قوية تبرر قيام الأغلبية بالتصرف في المال الشائع، فقد يحدث أن يسوء استغلال هذا المال وهو باق على الشيوع وتكون القسمة -في ذات الوقت- ضارة بالشركاء، أو تحين فرصة رابحة للتصرف في المال الشائع يخشى ألا تتكرر، وقد يتعذر إدارة المال الشائع وتكون قسمته عينا ضارة بالشركاء وكان لا مناص من التصرف فيه إلى أجنبي وهكذا.....³

1 - عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص25.

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص129.

3- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص531.

وقد تصدى المشرع لمثل هذه الفروض في نص المادة 720 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

هذا النص يوفق بين مصلحة الأغلبية ومصلحة الأقلية فيما يتعلق بالتصرف، فيجعل للأغلبية سلطة في تقرير التصرف ويجعل للأقلية سلطة الطعن في قرار الأغلبية.¹ فنص المادة 720 من القانون المدني يتبين أن هذا النص يعطي لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع، وتحسب الأغلبية هناك، وكما بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة، على أساس قيمة الأنصباء (الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع)، والتصرفات التي يملكها أغلبية الشركاء هي التصرفات القانونية وليس سلطة التصرف المادي في الشيء بإعدامه مثلا.² وإذا كان القانون قد منح سلطة التصرف في المال الشائع لأغلبية الشركاء بالتحديد السابق، فإنه قد اشترط لإنفاذ تصرف الأغلبية شرطين أولهما أن تستند هذه الأغلبية في قرارها بالتصرف في المال الشائع إلى أسباب قوية، من ذلك مثلا أن يكون المال الشائع في حاجة إلى ترميمات ضرورية كبيرة تقتضي الاقتراض مع رهنه ضمانا للقرض، أو أن يكون المال الشائع في حالته الراهنة متعذرا استغلاله فتقرر الأغلبية بيعه، أما الشرط الثاني لإنفاذ قرار الأغلبية فهو وجوب إعلان قرارها بشأن التصرف إلى باقي الشركاء، ولم يرد بنص القانون ما يوجب أن يتخذ هذا الإعلان شكلا خاصا، لذلك يمكن أن يتم على أي شكل كان، وتبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة في الإثبات.

ولم يترك المشرع الأقلية بدون حماية، فقد منحها حق التظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وتختلف سلطة المحكمة حينئذ بحسب ما تطلبه الأقلية.

1- مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص 130.

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 130.

فإذا طلبت الأقلية إلغاء القرار، ولم تطلب القسمة، انحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية تبرره فيكون للمحكمة تبعاً للظروف أن تلغي قرار الأغلبية أو تقرها على رأيها.¹

أما إذا طلبت الأقلية القسمة فإن المحكمة تنتظر أولاً فيما إذا كانت القسمة ضارة في هذا الوقت أو غير ضارة، فإذا قدرت أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة، ولو كان الشريك المتظلم الذي طلب القسمة ملزماً بالبقاء في الشروع بمقتضى اتفاق لم ينته أجله، وذلك لأن السلطة المخولة للأغلبية في التصرف سلطة استثنائية، فيجب أن يمكن الشريك المعارض في التصرف من الخروج من الشروع ما دام أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء، وإذا تبينت المحكمة أن القسمة تضر بمصلحة الشركاء كان عليها أن تنتظر فيما إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى التصرف، فإذا قدرت أن التصرف واجب وافقت على قرار الأغلبية، وإذا لم تجده كذلك أمرت بإلغاء القرار.

وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها، نورد منها القرار رقم: 92343 المؤرخ في: 1992/10/28 الذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا 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".²

كما ان الاتفاق بين الشركاء يكفل أو ينظم كيفية الانتفاع بالمال الشائع والتوفيق بين مصالحهم الا انه في حالة تعذر مثل هذا الاتفاق فقد قابله المشرع من خلال نظام قسمة المال الشائع قسمة مهاية لتنظيم الانتفاع بين الشركاء وقسمة المهاية هي من اجل المنفعة وليست قسمة ملكية كما انها تقوم على أساس قسمة منفعة المال الشائع

1 - عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 26.

2- حمدي باشا عمر المرجع السابق ص 78.

الفرع الثالث : قسمة المهايأة

الأصل أن يتم الاتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الانتفاع بالمال الشائع، ولاشك أن ذلك يعد الطريقة المثلى للتوفيق بين مصالح جميع الشركاء. غير أنه بالنظر إلى تعذر مثل هذا الاتفاق في حالات كثيرة فقد واجه المشرع هذا الفرض من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع قسمة مهايأة بهدف تنظيم الانتفاع بين الشركاء.¹

وقسمة المهايأة هي قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية. ويقصد من ورائها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، ولهذا لا تنتهي بها حالة الشيوخ.²

فبدلاً من أن يتولى الشركاء مجتمعين أو بحسب الأغلبية إدارة المال الشائع، فإنهم قد يقتسمون منفعة المال الشائع بينهم، فتسمى هذه القسمة قسمة المهايأة فهي قسمة المنافع، أما قسمة المال الشائع ذاته فهي القسمة النهائية. وقسمة المهايأة جائزة في الشريعة الإسلامية في الأشياء القيمة، لا المثلية لأن المثليات قابلة للقسمة النهائية فلا حاجة فيها لقسمة المهايأة.³

ولقد نظم المشرع الجزائري قسمة المهايأة مع القسمة النهائية في المواد من 733 إلى 736 من القانون المدني. وقسمة المهايأة نوعان: مهايأة مكانية ومهايأة زمانية.

فبخصوص المهايأة المكانية نصت المادة 1/733 من القانون المدني على أنه: "يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد..."

فالمهايأة المكانية هي التي فيها يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، نازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. إنما يجوز بعد انقضاء الخمس سنوات أن يتفق على مدة أخرى مماثلة. فإذا لم تشترط مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت

1- محمد حسن القاسم المرجع السابق ص 118.

2- توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 239.

3- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 107.

المدة سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.¹

وقد يحدث أن تقوم قسمة المهايأة المكانية مدة طويلة، فتتجدد مدة تلو الأخرى فتدوم لمدة خمسة عشر سنة دون أن يظهر احد الشركاء رغبته في إنهاؤها لذلك افترض المشرع أنها خير قسمة للمال الشائع.²

فنص في المادة 2/733 على أنه: "وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك..."

وتحول قسمة المهايأة في هذه الحالة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، ولهذا لا تعد القسمة في هذه الحالة قسمة اتفاقية، وإن كانت تقوم على اتفاق على قسمة مهايأة. ذلك أن القانون هو الذي يترتب هذا الأثر بجعل الاستمرار 15 سنة في قسمة المهايأة يحولها إلى قسمة نهائية، ويترتب على هذا أن الآثار التي تترتب والأحكام التي يقرها القانون بصدد القسمة الاتفاقية لا تسري في هذه الحالة. فلا يجوز نقض القسمة بسبب الغبن مثلاً.³

ويقع هذا التحول في اليوم التالي لانقضاء الخمسة عشر سنة، وإذا وردت هذه القسمة على العقار فإنه يجب شهرها حتى يعلم الغير بها فلا يضار عند الاحتجاج عليه بها. ويتم التسجيل بعد أن يقوم أحد الشركاء بتحرير ورقة يذكر فيها مضي الخمسة عشر سنة على قسمة المهايأة يوقع عليها سائر الشركاء وتقدم لمصلحة الشهر العقاري للتسجيل، فإذا رفض أحدهم التوقيع عليها استصدر حكماً بتحويل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.⁴

وتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمجرد استمرارها خمس عشرة سنة حكم مخالف للشريعة الإسلامية، لأن استمرار هذه القسمة هذه المدة قد لا يكون لاطمئنان الشركاء إلى نتائجها ورضاهم بها، وإنما قد يكون لاستبداد بعضهم بحصته، وحرص الباقين على ما بأيديهم خشية أن تضيع حقوقهم كلها مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم. فتعين أن تتم القسمة النهائية رضاء أو قضاء.

ولما كان تحول المهايأة المكانية إلى قسمة بقوة القانون. فإنها لا تعتبر قسمة اتفاقية، ومن ثم لا يجوز نقضها بسبب الغبن، أو لكون أحد الشركاء لم تتوفر فيه الأهلية المطلوبة في التصرفات

1- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 93.

2- ملزي عبد الرحمان محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ص 70.

3- توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 240.

4- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 111.

القانونية ذلك أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية في المادة 3/733 مفادها أنه: "إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهياة" وبذلك قلب عبء إثبات المهياة وجعله على عاتق من يدعي أن حيازة الشريك لا تستند إلى مهياة، ويترتب على هذه القرينة أن الشريك الذي يدعي أن هناك قسمة نهائية قد تمت بقوة القانون، يكفيه أن يثبت أنه حاز هذا الجزء المفرز من العقار الشائع خمسة عشر سنة، وعلى من يدعي عدم وجود قسمة مهياة أن يقيم الدليل العكسي بإثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهياة، أو أن هناك اتفاقا بين الشركاء يقضي بعدم تحول المهياة إلى قسمة نهائية.¹

وبخصوص المهياة الزمانية فقد نصت المادة 734 من القانون المدني على أنه: "يجوز أن تكون قسمة المهياة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته."

وعليه تكون قسمة المهياة زمنية. بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. ولا يوجد تحديد للمدة التي يصح الاتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهياة المكانية، ولذلك يجوز الاتفاق على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس سنوات، والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الانتفاع وبين حصة كل شريك.

ويراعى أنه في خلال مدة انفراد كل شريك بالانتفاع بالشيء أو بالحق المشترك يكون له أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به خلال المدة المعينة للانتفاع، وله أن يتصرف بمقابل أو بدون مقابل. ولا يلزم في هذه الحالة تقديم حساب لشركائه عما استوفاه، وكل هذا بشرط ألا يأتي أمرا من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق الباقيين عندما يأتي دورهم في الانتفاع.²

ولا تنقلب المهياة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما يمكن تطبيقه على المهياة المكانية. فالمهياة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا

1 - ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 70.

2- توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 241

قسمة ملك. أما المهايأة الزمانية فتبقي المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهين للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها.¹

رأينا أنه في المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، فهي منفعة في مقابل منفعة حيث ينتفع بجزء مفرز فيحصل على نصيبه ونصيب بقية شركائه في هذا الجزء متنازلاً لهم عن نصيبه في منفعة الأجزاء الأخرى، وكذلك الحال في المهايأة الزمانية ولكن عن طريق الحصول على مدة زمنية من الانتفاع يعادل الحصة الشائعة وعلى ذلك يذهب الفقه السائد على أن المهايأة بنوعها، هي مقايضة انتفاع بانتفاع وهذه المقايضة تكون إيجاراً.²

ومن ثم لا يجوز للوصي أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة. وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات.³ وتنظم حقوق والتزامات كل شريك متقاسم على نحو حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر مع مراعاة طبيعة هذه القسمة، فيلتزم كل شريك بتسليم الحصص الأخرى لغيره من الشركاء ويضمن التعرض لها والعيوب الخفية فيها، ويلتزم باستعمال حصته فيما أعدت له، وصيانتها وردها عند انتهاء المهايأة، غير أن الشريك لا يدفع أجره في قسمة المهايأة، وإنما يتولى في المهايأة المكانية إدارة الجزء الذي اختص به، وفي المهايأة الزمنية يتولى إدارة المال الشائع المدة التي اختصت بها، وفي هذه الإدارة يحصل على غلة ما اختص به دون أن يحاسبه أحد، وله تأجيله من الباطن.

وتسري القواعد العامة في إثبات الإيجار والاحتجاج به على الغير على قسمة المهايأة، مع مراعاة طبيعتها، فتثبت بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز 100.000 دج، ويجب أن تكون ثابتة التاريخ قبل انعقاد التصرف الذي يكون الغير طرفاً فيه للاحتجاج بها على الغير.

وقد تطول إجراءات القسمة النهائية وتحدث أثناءها منازعات حول الانتفاع بالمال الشائع، ولوضع حد لهذه المنازعات نصت المادة 736 من القانون المدني على أنه: " يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية، فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 820.

2- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 522.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 821.

إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الاستعانة -بخبير- إذا اقتضي الأمر ذلك" وهي صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة وتكون مهايأة مكانية في أغلب الأحيان. ونرى من ذلك أن المهايأة التي تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة العادية في أمرين جوهريين:

1/ أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعاً فهي ليست حتماً قسمة اتفاقية، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقي، وعندئذ يتعين على القاضي إجراؤها. أما المهايأة العادية: فقد رأينا أنها تكون دائماً قسمة اتفاقية، لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء.

2/ أنه ليس للمهايأة التي تسبق القسمة النهائية مدة معينة، فهي تدوم إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر، أما المهايأة العادية فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات قد تجدد، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذي سبق أن بيناه.¹

المطلب الثاني: تصرف الشريك في المال الشائع

تصرف الشريك منفرداً في المال الشائع قد يقع على حصته الشائعة-وهذا ما نتناوله في الفرع الأول-وقد ينصب على حصة مفرزة تعادل حصته في المال الشائع أو في كامل المال الشائع- وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تصرف الشريك في حصته الشائعة

كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة . لذلك فله أن يتصرف فيها بكافة التصرفات القانونية ، شأنه في ذلك شأن أي مالك يتصرف فيما يملك ، وتصرفه على هذا النحو يكون صحيحاً ونافاذاً قبل الشركاء جميعاً دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم.²

وقد نصت المادة 1/714 من القانون المدني في هذا الصدد على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها..."

ومن هذا يتضح أن تصرف الشريك في حصته شائعة يقع صحيحاً نافذاً في مواجهة شركائه . ولا يقتصر الأمر على تصرف معين ، فله أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات فيقرر حقوقاً عينية أصلية كانت أم تبعية، بعوض أو بدون عوض ، طالما كان تصرفه لا يمس بحقوق باقي الشركاء.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري نفس المرجع ص 823.

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق . ص 132.

فالشريك حرية التصرف في حقه الشائع كله أو بعضه سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرعاً وسواء أكان المتصرف إليه شريكاً آخر في المال أم شخصاً أجنبياً ، وللشريك تلك الحرية في التصرف حتى ولو كان قد سبق له الاتفاق مع باقي شركائه على البقاء في الشيوخ مدة معينة لم تنقض بعد ، حيث يقتصر هذا الاتفاق على منع طلب القسمة ولا يمتد إلى تقييد حرية الشريك في التصرف ، غاية الأمر أن المتصرف إليه يتقيد باتفاق سلفه باعتباره خلفاً له.¹

فإذا تصرف الشريك على هذا النحو وقع تصرفه صحيحاً وناظراً في حق الشركاء الآخرين ، لأنه لا ينطوي على مساس بحقوقهم . إلا أنه في حالة ما إذا كان التصرف بيعاً صدر لأجنبي فإن المشرع يخول هؤلاء الشركاء الحق في الحلول محل المشتري ، وذلك إما بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار (المادة 795 من القانون المدني) . أو بطريق استرداد الحصة المبيعة إذا كانت هذه الحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال (المادة 721 من القانون المدني) . وقد راعى المشرع في تخويله الشركاء هذا الحق أنهم قد يتضررون من دخول الأجنبي بينهم . فأتاح لهم أن يمنعوا دخوله شريكاً بينهم بهذه الوسيلة أو تلك تبعاً لطبيعة المال الشائع.²

ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له محل -المشتري أو الموهوب له مثلاً- محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة . ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلاً من الشريك المتصرف. ويلاحظ أنه يجب تسجيل (شهر) التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقاراً حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه.³

وفيما يخص ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة فإن أهم الحقوق العينية الأصلية- عدا حق الملكية- هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر . أما الحكر فتستعصي طبيعة الشيوخ عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف.

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة . فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالاً لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز .⁴

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 534

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 38.37

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص.843

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص.845

أما حق الانتفاع فيمكن لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوخ ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع ، وتسري أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا . وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الانتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن في ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوخ، آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما إذا بقي حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوخ . بأن قسمت العين الشائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني.

كما يجوز للشريك في الشيوخ أن يرتب حقاً عينياً تبعياً على حصته الشائعة ، والحقوق العينية هي حق الرهن الرسمي ، حق الرهن الحيازي ، حق الاختصاص ، وحق الإمتياز ويجوز أن تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً ، بما تبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة ، إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانوناً.

كما أن بإمكان الشريك أن يرهن حصته الشائعة كلها أو بعضها رهناً رسمياً ، أو رهناً حيازياً . ولا يحول دون الرهن الحيازي أن هذا الأخير يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فالحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة ، كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يعهد بالمال الشائع إلى أحد الشركاء فيحوزه بالنسبة لحصة الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن ، وأن يوضع المال الشائع كله في حيازة الدائن المرتهن ، فيحوزه بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص .

وقد يكون المال الشائع مقسوماً قسمة مهايأة بين الشركاء ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة .¹

يعد رهن الشريك لحصته الشائعة (رهنًا رسمياً أو حيازياً) صحيحاً وناظراً في مواجهة باقي الشركاء دون انتظار للقسمة ، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع .

وإذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، وكان الرهن وارداً على حصة شائعة في عين معينة ، فإن الرهن ينحصر في الجزء المفرز الذي يختص به الشريك الراهن من هذه العين بطريق القسمة ، وانحصار الرهن في الجزء المفرز في هذه الحالة لا يكون على أساس الحلول العيني ، وإنما هو الأثر الطبيعي للقسمة. أما إذا كان المال الشائع مجموعة من الأعيان، فرهن الشريك حصته الشائعة في واحدة منها ثم وقعت في نصيبه عند القسمة عين أخرى، فإن الرهن ينتقل إلى قدر من هذه العين الأخرى يعادل قيمة الحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، وذلك على أساس الحلول العيني. وقد نصت على هذا الحكم بالنسبة للرهن الرسمي المادة 2/890 من القانون المدني بقولها: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين ". ويصح بطريق القياس أن ينطبق حكمها أيضاً على الرهن الحيازي. إنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون العين الأخرى التي وقعت في نصيب الشريك الراهن قابلة لأن يرد عليها الرهن الذي سبق تقريره، فإذا كان الرهن رسمياً ثم وقعت منقولات في نصيب الراهن عند القسمة، فلا ينتقل إليها الرهن لأنه لا يرد إلا على العقارات.²

وإذا لم يقع في نصيب الراهن شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وإنما اختص بمبلغ من النقود، فإنه إذا كان دين الدائن مستحق الأداء أمكنه استيفاء حقه بالتقدم من هذا المبلغ

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 534
2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 40

بمقتضى الرهن ذاته، أما إذا لم يكن مستحق الأداء فينتقل الرهن إلى المبلغ الذي يستحقه الراهن بمعنى أن يخصص هذا المبلغ لضمان دين هذا الدائن.

أ/استرداد الحصة الشائعة المباعة لأجنبي

رأينا فيما تقدم أن للشريك في المال الشائع سلطة التصرف في حصته الشائعة بنقل ملكيتها للغير، بما يترتب على ذلك من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء، ونظراً لما قد يحدثه ذلك من ضرر بالنسبة للشركاء الآخرين فقد أوجد القانون لهؤلاء الوسيلة التي تمكنهم من الحيلولة دون انضمام شريك جديد إليهم، فإذا كان الشيء الشائع عقاراً معيناً فقد أجاز لهم أخذ الحصة المباعة من هذا العقار بالشفعة. أما إذا كان الشيء منقولاً، أو إذا كان الشيوع في مجموع من الأموال، فقد أجاز القانون للشركاء استرداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحدهم لأجنبي.

وفي هذا الإطار نصت المادة 721 من القانون المدني على أنه: -"للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه .

ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. "والاسترداد Retrait هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي . وهو كما قلنا أحد طريقتين أراد بهما المشرع أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع . والطريق الثاني هو الشفعة. ولكل من الحقين نطاقه الذي يباشر فيه . فحق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول معين أو في مجموع من المال ، وحق الشفعة لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين. وبذلك لا يكون أمام الشريك في بيع معين إلا طريق واحد يتحدد بحسب المال الذي تخرج منه الحصة المباعة.¹

ولئن كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في المبررات التي تنهض بهما في الشيوع ، إلا أن للشفعة نطاقاً يتجاوز حالة الشيوع ، فلها أسباب عديدة يعتبر الشيوع واحداً منها ، ولذلك تنفرد

1- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 41

الشفعة بقيود وأحكام لا نجد لها في الاسترداد ، والمصدر التاريخي لحق الإسترداد هو القانون الفرنسي ، أما المصدر التاريخي لحق الشفعة فهو الشريعة الإسلامية. كما يتضح لنا من النص السابق أنه لكي يكون للشريك الحق في استرداد الحصة التي باعها شريك آخر يجب توافر شروط معينة:-

- 1- يجب أن يكون المال الشائع منقولاً أو مجموعاً من المال .
- 2- يجب أن يكون تصرف أحد الشركاء بيعاً، فلا يثبت الاسترداد إذا كان التصرف بغير البيع ، كالمقايضة أو الهبة أو الوصية .
- 3- يجب أن يكون البيع وارداً على حصة شائعة. فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع وارداً على جزء مفرز من المال الشائع ، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ، فلا يكون من شأنه أن يجعل المشتري شريكاً وبذلك تنتفي الحكمة من إباحة الاسترداد.
- 4- يجب أن يكون البيع صادراً لأجنبي، فإذا كان المشتري هو أحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد ، لأن البيع حينئذ لن تؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء، وبذلك تنتفي الحكمة من الاسترداد.
- 5- يجب أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة (التراضي). فلا استرداد إذا تم البيع بالمزاد ورسا المزاد على أجنبي، فلقد كان في وسع الشركاء دخول المزاد، ويجب في المزاد المانع من الاسترداد أن يكون قد تم علناً وطبقاً للإجراءات التي رسمها القانون ويستوي بعد ذلك أن يكون مزاداً جبرياً أو اختيارياً.¹

إذا توافرت الشروط السابقة كان لكل شريك أن يطلب استرداد الحصة الشائعة المباعة لأجنبي. وإذا تعدد الشركاء الذين يطلبون الاسترداد كان لكل منهم أن يسترد من الحصة المباعة بنسبة حصته، ويجب أن يشمل الاسترداد كل الحصة المباعة، فإذا كان المبيع منقولاً مملوكاً على الشيوع لشخصين بنسبة النصف وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي فلا يجوز للشريك الآخر أن يطلب استرداد الربع مثلاً.²

وليست هناك تفرقة في هذا الشأن فيما يتعلق بسبب الشيوع ، ولا بين شريك وآخر ، فحق الاسترداد يثبت أياً كان سبب الشيوع . وهو يثبت لكل شريك في الشيوع وقت البيع . وذلك دون

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص.537.

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 136 .

تفرقة بين شريك أصلي وهو الذي كان موجوداً منذ بدء الشيوخ ، وشريك عارض والذي لم يدخل في الشيوخ إلا في تاريخ لاحق.¹

والشريك وحده هو الذي يسترد ، فهذه رخصة له أو هي حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه.²

وعن إجراءات الاسترداد، فيجب أن يتم طلبه قبل القسمة ، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، فلقد قيد المشرع حق الاسترداد بمدة قصيرة حتى لا يظل مصير البيع معلقاً مدة طويلة ، فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوماً محسوباً من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد ، فقد سقط الحق فيه وأصبح البيع لأجنبي باتاً.

هذا ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لإعلان الشريك رغبته في طلب الاسترداد لذلك يمكن أن يتم هذا الإعلان بأي طريقة من الطرق ولو مشافهة. على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويلاحظ أن إعلان الرغبة في الاسترداد يجب أن يوجه في الميعاد المحدد إلى كل من البائع والمشتري، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ، ولم يعلن الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الاسترداد.

ويجب على الشريك، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة، أن يعرض استعداده في الإعلان الذي يطلب فيه الاسترداد، لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً، بل ولا أن يودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق كما يجب الإيداع في الشفعة) المادة 2/801 من قانون المدني الجزائري)، بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع.³

ومتى أعلن المسترد رغبته في الاسترداد فقد يسلم له المشتري بحقه في ذلك، فيتم الاسترداد بالتراضي، أما إذا رفض المشتري التسليم للشريك بحقه في الاسترداد وجب رفع الأمر إلى القضاء للحكم بثبوت هذا الحق وترفع الدعوى على كل من البائع والمشتري حيث يجب اختصاصهما معاً في جميع مراحل الدعوى.⁴

1- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص.42.
2- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 858.
3- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص.859
4- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ص 137

إذا تم الاسترداد سواء كان ذلك بالاتفاق أو بحكم المحكمة "حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه".¹

ولا يعد الاسترداد بيعاً جديداً من المشتري إلى المسترد ، وإنما يبقى العقد الأصلي ، ويحل المسترد في هذا العقد فهو حلول شخصي بمقتضاه يأخذ المسترد مكان المشتري فيصبح هو المشتري مباشرة من البائع وتصبح له حقوق المشتري وعليه التزاماته وذلك من وقت البيع ، فلا يكون المسترد خلفاً للمشتري ، بل هو خلف للبائع يتلقى منه الحصة المباعة مباشرة ، فللاسترداد إذن أثر رجعي.

ففي علاقة المسترد بالمشتري، يحل المسترد محله من وقت البيع وعلى ذلك تسقط كل الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع ، حيث تخلص للمسترد الحصة المباعة خالية من أي حق عيني أصلي أو تباعي قرره المشتري ، وطالما أن المسترد يعد وكأنه اشترى من البائع ، التزم الأخير قبله بضمان الاستحقاق وليس المشتري ، كما أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، وإذا كان الحق مؤجلاً أو مقسطاً استنفاد المسترد من ذلك ، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، قام المسترد برده إلى المشتري مع فوائده من يوم الدفع كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات ، ويلتزم الأخير برد الثمار التي حصل عليها من وقت البيع إلى المسترد.

وفي علاقة المسترد بالبائع ، يحل المسترد محل المشتري في البيع ، وعلى ذلك إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع ، التزم المسترد به في مواجهة البائع وهو يلتزم بدفع الثمن الحقيقي وله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المباعة إلى المسترد ، فتنقل إليه مباشرة من وقت البيع لا من وقتا لاسترداد إذا كان المبيع منقولاً ، أما في الحصة الشائعة من مجموع مال يشتمل على عقار ومنقول فإنه إذا لم يكن قد سبق له التسجيل ، فعلى المسترد إجرائه حتى تنتقل إليه الملكية ، أما إذا كان قد سجل فعلى المسترد أن يؤشر على هامش التسجيل بهذا الاسترداد.

وفي علاقة البائع بالمشتري ، يعد البيع وكأنه حصل مباشرة للمسترد فتزول العلاقة بين البائع والمشتري زولاً رجعياً ، وعلى ذلك تزول كافة الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع حيث تصبح للمسترد ، كما تزول الالتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري لمصلحة البائع ، حيث تصبح تلك

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص.538

الالتزامات شاغلة لذمة المسترد من وقت البيع ، وعلى ذلك لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن وإنما يطالب المسترد به ، وعلى أي حال ترجع علاقة المشتري بالبائع إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فإذا كان قد حدثت مقاصة بين البائع والمشتري بشأن الثمن ، أو حدث إتحاد ذمة بين البائع والمشتري زال كل ذلك بالاسترداد.¹

الفرع الثاني : تصرف الشريك في حصة مفرزة أو في كل المال الشائع

ان الشريك بتصرفه في جزء مفرز من المال المملوك على الشيوع يثير كثيراً من الصعوبات، فقد يعتقد المتصرف إليه أن المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة ثم يتبين له بعد ذلك أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة في مال مملوك على الشيوع ، وقد يعتقد المتصرف أو المتصرف إليه أن الحصة التي تم التصرف فيها قد تقع في نصيب المتصرف بمقتضى القسمة، ولكنه قد يقع في نصيبه نتيجة القسمة حصة أخرى، مما يعني عدم الاستقرار في التعامل بما يستتبعه من إثارة كثير من الإشكالات، وبالإضافة إلى ذلك فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يتضمن مساساً بحقوق الشركاء الآخرين، فهؤلاء أيضاً يملكون فيما تصرف فيه شريكهم، فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا في الواقع ما أثار الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة.²

كما يتمحور الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة في اتجاهين أساسيين:
أولاً أن تصرف الشريك في حصته مفرزة دون موافقة باقي شركائه، يعد تصرفاً في ملك الغير، ذلك أن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع، أي النصف أو الثلث أو الربع مثلاً، باعتباره يملك نسبة معينة في كل ذرة من ذرات المال، فإذا تصرف في قدر معين، فإن تصرفه يكون من مالك في النسبة التي يملكها، وما زاد على هذه النسبة يعد تصرفاً في ملك الغير، لأنه يعتبر من حق الشركاء الآخرين، وتفريعاً على هذا فإنه يكون للمتصرف إليه حق إبطال التصرف على أساس أنه اشترى من غير مالك، كما أن للشركاء الباقين أن يطالبوا بحقهم في الجزء الذي تم فيه التصرف مفرزاً . ويكون لهم ذلك دون انتظار لما تسفر عنه نتيجة القسمة.³

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص.539

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 138

3- توفيق حسن فرج المرجع السابق . ص 210

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال يكون موقوفاً على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء الذي تم التصرف فيه في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائياً وانتهى الأمر، أما إذا وقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر فإنه بذلك يتأكد صدور التصرف من غير مالك، ويكون للمتصرف إليه طلب إبطاله، أما قبل القسمة، وحيث لم يتضح بعد مصير التصرف، فلا يكون للمتصرف إليه طلب إبطاله، كما لا يكون لباقي الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم في الجزء الذي تم التصرف فيه.¹

كما اتضح لنا من نص المادة 2/714 من القانون المدني: "وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة." على حكم تصرف الشريك على الشيوع في حصة مفرزة .

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد عني فيه ببيان مصير التصرف في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، أما عن حكم هذا التصرف قبل القسمة فهذا مالم يبينه المشرع، ولذلك ظل الفقه المصري منقسماً بشأن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، على أنه بالرغم من ذلك يمكن القول بأن الراجح في الفقه والقضاء هو ذلك الذي يرى في هذا التصرف تصرفاً صحيحاً فيما بين أطرافه ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، وبيان ذلك يقتضي في الواقع، وعلى ضوء ما ورد بنص المادة 2/714 من القانون المدني التفرقة بشأن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بين مرحلة ما قبل القسمة، ومرحلة ما بعد القسمة.

أولاً: حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة

وتجب التفرقة في هذا الصدد بين حكم التصرف فيما بين أطرافه وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء.

فبالنسبة إلى حكم التصرف فيما بين أطرافه ، فإنه يعتبر صحيحاً وذلك بالنظر إلى طبيعة حق الشريك في الشيوع واعتباره حق ملكية يرد طوال الشيوع على الشئ الشائع جميعه ، وبالتالي فلا يعتبر هذا التصرف تصرفاً في ملك الغير. فتصرف الشريك في حصته يعتبر تصرفاً صادراً من مالك ، لهذا فإنه يقع صحيحاً في العلاقة بين طرفيه.

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص..139

ويترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلاً للإبطال لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع وأن محل التصرف جزء مفرز ، فليس للمتصرف إليه أن يستند إلى ذلك فيطلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير ، لا قبل القسمة ولا بعدها ، وأياً كانت نتيجة القسمة عند حصولها.

فهذا فضلاً على أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها بصرف النظر عما إذا كان نص المادة 417 يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضاً الفترة السابقة عليها - إذا أن في ذلك تعليقاً لصحة التصرف أو بطلانه على نتيجة القسمة وهي أمر لاحق لانعقاده، مع أن بطلان التصرف يجب أن يرجع إلى عيب يلحق به وقت انعقاده.¹

وإذا كان ممتنعاً على المتصرف إليه طلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير، فيبقى أن له وفقاً للقواعد العامة، طلب إبطال التصرف على أساس ما يكون قد وقع فيه من غلط جوهري في حقيقة ملكية المتصرف، إذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وله طلب الإبطال استناداً إلى ذلك سواء قبل القسمة أو بعدها، أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة فلا يمكنه طلب الإبطال على أساس الغلط، وذلك على عكس الحال في بيع ملك الغير حيث لا أثر فيه لعلم المشتري على حقه في طلب الإبطال.²

أما عن حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء ، فالأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في الشيوع ، فالشريك وإن كان مالكاً إلا أن ملكيته قبل القسمة ، لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع ، وإنما هي ملكية في كل جزئيات هذا المال ويشاركه فيها باقي الشركاء.

وإذا كان - كما رأينا فيما تقدم - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفاً صحيحاً فيما بين طرفيه ، إلا أن حماية حقوق باقي الشركاء تقتضي القول بأنه رغم صحة التصرف في العلاقة بين طرفيه إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، ويترتب على عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء النتائج التالية:

- يجوز لباقي الشركاء أن يرفعوا دعوى الاستحقاق على كل من المتصرف والمتصرف إليه لتثبيت ما يملكونه من حصص شائعة في الجزء المتصرف فيه، ذلك دون انتظار للقسمة.

1 - مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص 137

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص.141

ولا يعتبر المتصرف إليه شريكاً يحل محل المتصرف في الشيوخ، وبالتالي لا يشارك الشركاء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه أو طلب قسمته أو طلب استرداد حصة معينة فيه أو الشفعة فيها ، ويظل ذلك كله من حق المتصرف بإعتباره شريكاً.

كما لا يجوز للمشتري لقدر مفرز في العقار الشائع أن يطالب بتسليم هذا القدر مفرزاً، لأن البائع له هو شريك على الشيوخ لا يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل القسمة إلا برضا باقي الشركاء، ولا يكون للمشتري منه حقوق أكثر مما كان لملفه، فضلاً عن أن القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب عليه إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون. ولا يجوز كذلك لهذا المشتري-قبل القسمة-أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة للجزء المفرز، لأن القسمة تعتبر بعد ذلك حجة عليه ولو لم تسجل (تشهر)، كما لا يجوز له أن يطلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجراء القسمة ولو كان عقده مشهراً، لأن ملكيته لا تستقر إلا بعد القسمة ووقوع الجزء المفرز في نصيب البائع .

لكن إذا كان المتصرف إليه حسن النية يظن وقت التصرف أن الجزء المفرز مملوك للمتصرف وحده، ثم حاز هذا الجزء فله قانوناً أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبالتقدم القصير المدة (10 سنوات حسب المادة 828 من القانون المدني) إذا كان الجزء المفرز عقاراً و أشهر المتصرف إليه سند التصرف.¹

ولباقي الشركاء أن يقرروا تصرف شريكهم في الجزء المفرز وعندئذ ينفذ هذا التصرف في حقهم، كما أن للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع أن تقر هذا التصرف فينفذ في حق الباقيين إذا وعيت الأحكام الخاصة بتصرف الأغلبية الخاصة في المال الشائع .

وإذا حصل أن خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب، كالبيع أو الهبة أو الميراث، استقر الأمر لمن صدر له التصرف وأمن التعرض من جانب الغير.²

ثانياً: حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة

إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف انتهى الأمر وأصبح التصرف نافذاً. ويعتبر المتصرف إليه مالاً 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.

1- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص.124

2 - عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 37

إذ تنص المادة 1/85 من القانون المدني على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية."

أما إذا أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير المتصرف فقد نصت المادة 2/714 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 اختص به بالقسمة مطهراً من هذا التصرف ، وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري.

هذا ويلاحظ أن الحكم الذي أورده المشرع بالمادة 2/714 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 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 2/714 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، وإنه 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 2/714 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 مالك¹.

ويستثنى مما تقدم حالة الرهن الرسمي ، فقد وضع المشرع بشأنه حكماً خاصاً في المادة 2/890 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 145.146.

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.

وقد رأى البعض أن المادة 2/890 من القانون المدني الواردة بشأن الرهن تعتبر تطبيقاً للمادة 2/714 من نفس القانون الواردة في أحكام الشيوخ ومكلمة لها، وينصرف حكمها إلى جميع التصرفات، وبالتالي ينتقل عندهم حق المتصرف إليه إلى ما آل إلى المتصرف بطريق القسمة و لو كان في غير المال الشائع الذي تم التصرف في جزء منه. وهذا الرأي محل نظر لأن المادة 2/890 صريحة في حالت ما إذا آل إلى الراهن بالقسمة أعيان غير التي رهنها، بينما المادة 2/714 تحكم حالة ما إذا آل إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع غير ما تصرف فيه، بما يعني اختلاف نطاق كل من المادتين ، فإذا كانت المادة 2/714 استثناء من القواعد العامة ورد ضمن أحكام الشيوخ، فإذا المادة 2/890 استثناء كذلك في مجال الرهن الرسمي، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه.¹

وعدم انطباق الحكم الوارد بخصوص الرهن (المادة 2/890)، بشأن غيره من التصرفات يدعمه في الواقع اختلاف الوضع في الحالتين ذلك أن ما يهيم 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 إذا كان تصرف الشريك بالبيع مثلاً، فإن ذاتية الشيء تكون محل اعتبار لدى المتصرف إليه، خلافاً للرهن، فما يهيم الدائن المرتهن هو استيفاء حقه من عين أو أخرى ، ولهذا يفضل بقاء حكم المادة 2/890 مقصوراً على ما وردت بشأنه دون مده إلى غير ذلك من التصرفات.

الفرع الثالث : تصرف الشريك في المال الشائع كله

ان المادة 714 من القانون المدني لم تتعرض إلا لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، ولم تتعرض لحكم تصرفه في كل المال الشائع ، ولكن مثل هذا التصرف الأخير - 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

1 - عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 130

وعلى ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء.

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 مالكا لها فتكون عندئذ -بالنسبة لهذه الحصة- بمثابة بيع لملك الغير، ويجوز للمشتري إجازة البيع فيسقط حقه في الإبطال ولا يكون له إلا أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشركاء الآخرين يستحقون جزءاً من المال الشائع، فأياً كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع.¹

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 التزم به.²

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 544

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 148

الفصل الثاني

قسمة المال الشائع

الفصل الثاني: قسمة المال الشائع

الأصل أن القسمة تتم بالاتفاق بين جميع الشركاء وبهذا الاتفاق ينقضي الشروع ويختص كل شريك بحصة مفرزة، وتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية، وهذا ما سنتناوله في المبحث

المبحث الأول : كيفية إجراء القسمة

قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز منه يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال.¹

كما أن القسمة النهائية تكون إما قسمة اتفاقية، أو قسمة قضائية، فتكون اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي دون اللجوء إلى القضاء، فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق اللجوء إلى القضاء، وهذه هي القسمة القضائية، ونحاول ضمن هذا المبحث أن نبين في مطلبين على التوالي: القسمة الاتفاقية في المطلب الأول والقسمة القضائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول : القسمة الاتفاقية

تتم القسمة في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال بالطريقة التي تراضوا عليها.⁽²⁾

وهذا ما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني بقولها: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون."

فالشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم في المال الشائع، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل، ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعه أو جزئية يقصرونها على بعض هذا المال فيظل باقي المال شائعا بينهم على أصله.³

ولهم الاتفاق على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم بينما يستمر الباقي في الشروع، ولهم الاتفاق على إجراء القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع ويقسمون ثمنه كل

1 - المستشار عزمي البكري قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب دار محمود للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة ص 11.

2 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 153.

3- المستشار عزمي البكري المرجع السابق ص 42.41 .

بحسب مقدار حصته، ويتفق الشركاء على ذلك عادة إذا كان المال لا يقبل القسمة العينية، أو إذا كانت قسمته عينا تؤدي إلى خسارة لهم.

كما لهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب أنصبتهم، على أن يظل الجزء الباقي شائعا بينهم أو يقتسمونه عينا، إضافة إلى أن لهم إجراء البيع بطريق الممارسة (التراضي)، أما إذا اختلفوا في ذلك فلا مناص من إجراء البيع بالمزاد. وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فإن لهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء، أو أن يسمحوا لأجنبي عن الشيوخ بالدخول في المزاد، فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، أما إذا رسا على أجنبي اعتبر رسوه بيعا.

والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلها المال الشائع، ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام العقود. فلا بد من تراضي الشركاء، وتوافر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع.

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء، كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة، إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة.

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوخ و بصفة عامة يمكن القول، كما بينا من قبل أن الشيوخ ينقضي متى توافر سبب من أسباب كسب ملكية المال الشائع بصورة مفرزة، سواء كان ذلك بناء على واقعة مادية أم كان بناء على تصرف قانوني، فقد يكتسب شخص واحد ملكية المال الشائع بالتقادم، وقد تتول إليه ملكية هذا المال على أساس الميراث ... و قد ينقضي الشيوخ بناء على تصرف قانوني كأن يشتري شخص واحد كل المال الشائع، أو يشتري أحد الشركاء أنصبة الباقيين.¹

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوخ هو القسمة، و القسمة المقصودة هنا التي يترتب عليها إعطاء كل شريك في الشيوخ جزءا من المال الشائع يعادل نصيبه منه، و هذه هي القسمة النهائية

1 - توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 220.

أي التي ترد على الملكية وتنتهي حالة الشيوخ، و هي بذلك يختلف عن قسمة المهاية و التي سبق دراستها.¹

لاشك أن البقاء في الشيوخ هو أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشأ عنه من خلافات بين الشركاء أو المشتاعين، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوخ إلا بمقتضى نص قانوني أو اتفاق بين الشركاء.

ولا يجوز للشريك أن يتعسف في استعمال حقه في طلب القسمة، كأن يطلبها إضراراً بشركائه، أو لتحقيق مصلحة له لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب شركائه، كما لو كانت القسمة لا تتم إلا ببيع المال الشائع وكانت الأسعار السائدة في هبوط كبير و من شأن القسمة أن تحمل الشركاء على بيع حصصهم لهذا الشريك بثمن بخس... إلخ، وإذا تعسف الشريك في طلب القسمة، كان لباقي الشركاء أن يرفضوا طلبه و للقاضي كذلك رفض هذا الطلب.

ومع ذلك فإن حق الشريك في طلب القسمة قد يقيد نص في القانون أو اتفاق بين الشركاء. فقد يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 737 من القانون المدني بقولها " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ ". كما نص القانون كذلك على امتناع القسمة في الأجزاء المشتركة في البناء المملوك طبقات. فهذه الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة.²

وقد يقيد حتى الشريك في طلب القسمة بمقتضى اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة معينة. وفي هذه الحالة يتمتع على الشريك طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها ويكون هذا الاتفاق نافذاً في حق من يخلف الشريك خلافة عامة أو خاصة. ولكن لا يجوز أن تزيد المدة التي حددها هذا الاتفاق عن خمس سنوات، فإذا زادت عن هذا الحد يبطل الاتفاق فيما يجاوز الخمس سنوات، وذلك ما لم يتبين أن الاتفاق ما كان يتم لو علم الشركاء أن مدته ستكون خمس سنوات، ففي هذه الحالة يبطل الاتفاق كله. وذلك إعمالاً للقواعد العامة في شأن إنقاص العقد. (وفقاً لنص المادة 104 من القانون المدني) و يجوز للشركاء بعد انقضاء مدة الخمس سنوات الاتفاق على مدة أخرى يتمتع خلالها طلب القسمة، بشرط ألا تزيد المدة الجديدة أيضاً عن خمس سنوات. و إذا

1 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 150.
2 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 152.

تم الاتفاق على البقاء في الشيوخ من قبل بعض الشركاء دون البعض الآخر فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لمن وافق عليه بينما يجوز للآخرين طلب القسمة في أي وقت.

ويصح أن يكون مصدر التزام الشركاء بالبقاء في الشيوخ ليس اتفاق بينهم وإنما اتفاق بينهم وبين السلف الذي تلقوا منه المال الشائع ، مثال ذلك أن يهب شخص مالا إلى شخصين على الشيوخ مشترطاً عليهم البقاء في الشيوخ لمدة لا تتجاوز خمس سنوات و كان ذلك لباعث مشروع، أو أن يوصي شخص بمال لشخصين على الشيوخ مشترطاً عليهم مثل الشرط السابق ذلك أنه إذا كان المشرع يقضي بصحة الشرط المانع من التصرف إذا ورد في الوصية، فيكون الشرط الذي يقتصر على مجرد منع طلب القسمة جائزاً من باب أولى.¹

نخلص من كل ما تقدم أنه إذا لم يكن الشريك مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق كان له أن يطلب القسمة في أي وقت. وتعين على القاضي أن يجيبه إلى هذا الطلب. فليس للقاضي في هذه الحالة سلطة تقدير ما إذا كانت القسمة ضارة أم غير ضارة بمصالح الشركاء. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا قرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه، فقد رأينا أنه إذا اعترض أحد الشركاء الآخرين على ذلك و تظلم إلى المحكمة طالباً القسمة كان على المحكمة أن تنتظر فيما إذا كانت القسمة ضارة أم غير ضارة بمصالح الشركاء.

الفرع الأول : إجراءات القسمة الاتفاقية

ان المشرع الجزائري حدد هاته الإجراءات الاتفاقية وذلك بموجب قانون يفرضها للقسمة الاتفاقية ومن بين هذه الإجراءات نذكر منها :

- إعداد مخطط موقع الأمكنة، وخمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد لدى جهات القضاء - بالشروط التي سبق الكلام عنها -.
- وترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشيوخ، أو بطلب الموثق.
- تودع هذه الوثائق بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية.
- بعد مراجعة هذه التقارير، ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة، والتأكد من احترام المسافات، وان الأرض ليست أرضاً زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة.
- وعند استلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير .

1 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص546.547

وكذا قرار التجزئة على الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة¹ والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، يخضع للقواعد العامة

الفرع الثاني : منازعات القسمة الاتفاقية

ولما كانت القسمة الاتفاقية كما قدمنا، عقدا تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن أوجه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد وذلك بسبب الغبن .

فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية، فإذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا، ولم تراع الإجراءات التي أسلفنا ذكرها في القسمة جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة فإذا وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للخط. كذلك يجوز إبطال هذه القسمة للتدليس أو الإكراه. أما الغبن، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة.

حيث نصت المادة 732 من القانون المدني على أنه: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس. على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته."

يلاحظ من هذا النص أن نقض القسمة للغبن مقصور فقط على القسمة الاتفاقية دون القضائية (فالقانون يحيط هذه القسمة الأخيرة بضمانات تكفل عدم وجود غبن وتحقق المساواة بين المتقاسمين)، ويلاحظ ثانيا أن القسمة الاتفاقية باعتبارها عقدا فهي تخضع للقواعد العامة التي

1 - عبد الرحمن ملزي ، مرجع سابق ، ص 69.

تتطلب بجانب الغبن المادي الذي يتمثل في عدم التعادل أن يتحقق ركن نفسي هو استغلال ما في المتعاقد الآخر من هوى جامح أو طيش بين، مع ذلك ففي القسمة راعى المشرع أن وظيفتها تقضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيب مفرز يعادل حصته الشائعة، وإعمالاً أيضاً لمفهوم القسمة التي تقتصر وظيفتها على الكشف عن الحق الذي كان ثابتاً من قبل للشريك المشتاع، لذلك أخذ المشرع هنا بالغبن في ذاته جاعلاً منه عيباً في عقد القسمة يجيز نقضها إذا أصاب أحد المتقاسمين غبناً يزيد على خمس ما يستحقه ولم يكن هناك استغلال لها أو طيش.

فبهذا النص يكون المشرع قد اعتد بالغبن مجرداً عن الظروف المؤدية إليها، فقد اعتد في ذلك بالغبن بمفهومه المادي، أي ولو لم يكن ثمة استغلال من جانب أحد المتعاقدين. وهذا حكم استثنائي تختص به القسمة رغبة من المشرع في تحقيق المساواة بين المتقاسمين.¹

فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون، وعلى ذلك يجوز لهذا الأخير إجازة عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن إجازة صريحة فتستقر القسمة ولا تقبل النقض، أو ضمناً بقيامه بتنفيذ عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحق به.²

وقد اشترط المشرع في الغبن الذي يسمح للشريك بطلب نقض القسمة أن يزيد على خمس ما يستحقه. فإذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا يعتد به ولا يجوز الطعن في القسمة بسببه.

والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء الذي تمت قسمته وقت القسمة، فلا يعتد بوقت رفع الدعوى ولا بقيمة الشيء عند نشوء الشروع.

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية على النحو الذي بسطناه. جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى ولو كان المال المقسوم منقولاً، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون المبيع عقاراً.

والمدعي في هذه الدعوى هو الشريك الذي لحقه الغبن، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون البعض الآخر، فلا يستطيع الشريك الذي لم يلحقه غبن رفع الدعوى. وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذي لحقه الغبن إلى ورثته، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى، أو أن يواصل السير فيها. ويجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه،

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص156.
2- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص550.

طبقاً للقواعد العامة في الدعوى غير المباشرة. والمدعى عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء، لأن دعوى الغبن ترمي إلى إبطال القسمة الاتفاقية، وهذه قد تمت بتراضي جميع الشركاء. ويجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة في خلال السنة التالية للقسمة، وهذا الميعاد يعد من مواعيد السقوط التي لا تقبل الوقف أو الانقطاع. ويقع عبء إثبات الغبن الزائد على الخمس على الشريك المغبون المدعي في دعوى نقض القسمة، وله هذا الإثبات بكافة الطرق لأنه يثبت واقعة مادية. فإذا تحقق القاضي من الغبن على النحو المتقدم قضى بنقض القسمة وإبطال عقدها دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك.

وإذا انقضت القسمة الاتفاقية، اعتبرت كأن لم تكن وعادت حالة الشيوع التي سبق زوالها بالقسمة قبل إبطالها، وللإبطال أثر رجعي حيث يترتب على نقض القسمة إسقاط كافة تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة التي أبطلت. ويجوز للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة أن يتلافى نقضها إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته، ويصح أن يتم هذا الإكمال نقداً أو عيناً، ولا يكف هنا على عكس الحكم في بيع العقار أن تكمل حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق، بل يجب أن يكمل كل ما نقص من حصته. ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام جهة الاستئناف لأول مرة.¹

المطلب الثاني : القسمة القضائية

القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء، فهي القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها، رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى " دعوى قسمة "² وتتص المادة 724 من القانون المدني على أن: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة ". قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز منه يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال.³

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 550.551

2- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام الدعوى الفرز والتجنيب، الطبعة الثالثة، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص 100

3- المستشار عزمي البكري قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء دار محمود للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة ص 11

كما ان الشريك يلجا في قسمة المال الشائع الى حالتين وهما :

الحالة الأولى: في حالة اذا لم يتفق الشركاء في القسمة على المال الشائع ،بإجراء القسمة الاتفاقية ،سواء كانوا رافضين لهذا المبدأ،أو متفقين واختلفوا في تحديد كل نصيب ،فيكون على الشريك الذي بدوره يريد الخروج من الشروع رفع دعوى القسمة .

الحالة الثانية: أن ينعقد إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية، ولكن كان بينهم من هو ناقص الأهلية (قاصر أو مجنون أو معنوه أو ذو غفلة أو سفيه أو غائب)، واستأذن الولي أو الوصي أو المقدم بحسب الأحوال- المحكمة في قسمة المال اتفاقا، فلم تأذن له، أو أذنت له مبدئيا بالقسمة الاتفاقية، ولكنها لم توافق على القسمة عند عرض مشروع العقد عليها للتثبت من عدالته، وقررت اتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

ففي هاتين الحالتين يجوز لأي شريك أن يرفع دعوى القسمة، فيكون هو المدعي، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة، وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها.

وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما في الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل، ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذي لم يدخل خصما هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشروع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء، ويترتب على ذلك أن المشتري، قد أصبح شريكا في الشروع، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها، دون الشريك البائع. أما إذا اشترى الأجنبي جزءا مفرزا من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء كما سبق القول، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكا في الشروع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها.¹

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته تحت شرط فاسخ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها، ويجب في جميع الأحوال اختصاص

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص912.913

الشريك الذي يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء. ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع دعوى القسمة، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال.¹

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 . 190 من القانون المدني، إذا كان بقاء المدين في الشيوخ سيزيد في أعبائه.

وعموما فإن صفة الشريك تثبت إما بتقديم الفريضة أو الشهادة التوثيقية. إذا كان أحد الورثة الشرعيين للهالك، إضافة إلى عقد الملكية الخاص بالمال باسم المورث، أو بتقديم العقد الرسمي المتعلق بالبيع، إذا كان الشريك أجنبيا عن الميراث، وعليه يتأكد القاضي مما ورد من أسماء الشركاء أحياء في الشيوخ، على متن الفريضة، ويتأكد من صحة تكليفهم بالحضور من قبل رافع الدعوى طبقا للمواد من 22 إلى 26 من قانون الإجراءات المدنية، لكن قد يحدث ألا تشمل الفريضة جميع أسماء الورثة الشرعيين للمالك، لأي سبب من الأسباب، وبالتالي يمكن تصور تدخلهم في النزاع متى علموا بالدعوى، انضماما أو هجوميا، أما إذا صدر الحكم في الدعوى قبل تدخلهم فيها، يمكنهم اللجوء إلى طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمادة 191 من قانون الإجراءات المدنية، ذلك أن الحكم الفاصل في موضوع القسمة لا ينفذ في حقهم.²

والاصل ان كون القسمة عينا ، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الملك المشاع ،وإذا تعذر ذلك ، سواء كان بسبب النقص في القيمة او المالك لم يتقبل ذلك ،أوجب على المحكمة حينئذ بيع المال بالمزاد العلني وبعد ذلك يتم قسمة المال بين الشركاء وهي قسمة التصفية وهناك نوعين اثنين :

الفرع الأول: القسمة العينية

القسمة العينية كما ذكرنا فيما تقدم، هي الأصل وبها يعطى المتقاسم جزءا مفرزا من المال الشائع يعادل حصته فيه، والأصل أن يقوم القاضي بنفسه بعملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن

1- ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 64

2- مزعاش نسيمة المرجع السابق ص 55.54

ينتدب القاضي خبيراً أو أكثر ليتولى عملية القسمة، لما يتطلبه ذلك من عمليات حسابية وفنية يحسن قيام خبير بها.¹

حيث نصت المادة 2/724 من القانون المدني الجزائري على: "وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته."

ومن خلالها تصدر المحكمة تعيين خبير عقاري ليتم معاينته إن كان مهياً للقسمة سواء كانت أرض أو مصنعا ويقوم الخبير بمعاينته وتقويمه واعداد مشروع القسمة إن كان قابلاً للقسمة ويقوم الخبير على تكوين حصص متساوية على أساس اصغر نصيب، اعتماداً على الفريضة المقدمة من قبل الأطراف والتي تحدد انصبت كل منهم. وذلك طبقاً لنص المادة 725 من ق.م. 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 2/725 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، أي كانت طريقة القسمة، بقيمة الأموال الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشبوع، ولا وقت رفع دعوى القسمة.

بعدما يقوم الطرف المستعجل بتبليغ الحكم التمهيدي للخبير، وقيام هذا الأخير بمهامه تعاد القضية بعد الخبرة أمام نفس المحكمة فيبدي الأطراف طلباتهم ودفاعاتهم 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 جميعاً، ويرفق بملف الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 727 من القانون المدني.²

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 160

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 61

الفرع الثاني: قسمة التصفية

إذا لم تكن القسمة عينا ممكنة، كما لو كان المال الشائع آلة معينة أو سيارة مثلاً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته أو منفعته، كما لو كان المال الشائع قطعة أرض صغيرة بحيث لو تم تجزئتها تفقد قيمتها، في مثل هذه الحالات تتم القسمة عن طريق التصفية، أي من خلال بيع المال الشائع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة بالقانون، ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه.¹

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

وعليه فإذا تبينت المحكمة المختصة بإجراء القسمة أن قسمة المال الشائع عينا على النحو الذي رأيناه غير ممكنة، أو أن من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة هذا المال، فإنها تأمر ببيع المال بالمزاد.²

وبما أن القسمة بطريق التصفية تقتضي بيع المال الشائع بالمزاد العلني، وقسمة ثمن رسو المزاد على كل الشركاء كل بحسب نصيبه الشرعي، وجب صدور حكم بالبيع بالمزاد العلني، وذلك بإتباع القواعد المحددة في قانون الإجراءات المدنية.³

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

1- مزعاش نسيمة المرجع السابق ص 61.62.63.64.65

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 163

3- مزعاش نسيمة المرجع السابق ص 66

هذا بيعا فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد. إنما يلاحظ أنه حتى في هذه الحالة الأخيرة فإن الحكم الصادر بتقسيم الثمن بين الشركاء تترتب عليه أيضا في العلاقة بينهم كافة آثار القسمة. والملاحظ أن إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء فإن الثمن يكون مضمونا بامتياز المتقاسم وتسري أحكام القسمة فيما يتعلق بضمان الاستحقاق، أما إذا رسا المزاد على أجنبي وجب الشهر لنقل الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، ويكون الثمن مضمونا بامتياز البائع وتسري أحكام البيع فيما يتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية.

الفرع الثالث : تدخل الدائنين في إجراءات القسمة

قد يترتب على القسمة إلحاق الضرر بحقوق دائني الشركاء، فقد يتواطأ الشريك المدين مع شركائه الآخرين في القسمة على الإضرار بدائنه، بالاتفاق مثلا على أن يختص الشريك المدين بحصة عينية أقل من نصيبه الحقيقي ثم تكمل حصته نقدا بحيث يسهل تهريب هذه التكملة من تنفيذ الدائن عليها. وقد يكون الشريك قد تصرف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من المال الشائع، فيتفق مع الشركاء الآخرين على إيقاع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر وذلك بهدف إسقاط حق المتصرف إليه، أو نقله إلى مال الآخر غير المال الذي ورد عليه التصرف. لمواجهة هذه التصرفات من قبل الشركاء فقد عمل المشرع على حماية دائنيهم بأن خول لهم حق التدخل في إجراءات القسمة.¹

إذ نصت المادة 729 من القانون المدني على أنه: "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. وتوجه 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 يخول لدائني كل شريك من الشركاء المتقاسمين أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال الشائع بالمزاد بغير تدخل هؤلاء الدائنين أو أن يتم ذلك في غيابهم. ولم يفرض القانون شكلا خاصا للمعارضة، ولكنه استوجب أن توجه إلى جميع الشركاء المتقاسمين. فإذا تمت المعارضة على هذا النحو التزم الشركاء بأن يدخلوا الدائنين

1 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 163.164

المعارضين في جميع الإجراءات، ولهؤلاء الدائنين بطبيعة الحال، التدخل من تلقاء أنفسهم وعلى نفقتهم، وذلك طبقاً لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية.¹

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.²

ولكن هناك طائفة من الدائنين يجب على الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة ولو لم توجه منهم أية معارضة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، وهؤلاء هم الدائنون المقيدة حقوقه قبل رفع الدعوى، أو هم الدائنون الذين تقرر 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، ويدخل بينهم أيضاً الدائن الذي تقرر 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 الأجانب فيها، وليس للدائن بعد أن تدخل في إجراءات القسمة أو أدخل فيها، أن يعترض عليها بعد تمامها بحجة تواطؤ الشركاء على الإضرار به.

وفي جميع الأحوال، إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين في إجراءاتها ولم يكن واجبا إدخالهم، فإنه يظل لهم حق الطعن في القسمة طبقاً للقواعد العامة، وذلك بإثبات شروط الدعوى البوليسية متى توافرت شروطها، وبصفة خاصة شرط الغش.³

المبحث 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 المطلب الأول- . كما يترتب عنها أثر جوهري آخر هو أن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة -والذي نتناوله في المطلب الثاني.

1- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 164.165

2- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 559.560

3 - توفيق حسن فرج المرجع السابق. 233.

المطلب الأول : إفراز نصيب كل متقاسم

إذا تمت القسمة فإن أثرها الأساسي هو تحول ملكية الشريك على الشيوع من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة. فالقسمة يترتب عليها اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل الحصة التي كانت له على الشيوع، فبالقسمة يتحدد حق الشريك في جزء معين من المال الشائع لا يشاركه فيه أحد من الشركاء.

وقد اعتبر القانون الشريك الذي اختص بجزء مفرز من المال الشائع مالكا لهذا الجزء، ليس من وقت القسمة، وإنما منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غير هذا الجزء شيئاً في بقية الأجزاء التي اختص بها باقي الشركاء.

مؤدى ذلك أن القسمة لم تنتقل إلى المتقاسم حقا جديدا، ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الكاشف أو المقرر للقسمة، فهو تصرف كاشف أو مقرر للحق، وليس منشأ أو ناقلا. ومن ناحية أخرى فإن اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للقسمة.¹

وقد تضمنت هذا المعنى المادة 730 من القانون المدني بقولها: " يعتبر المتقاسم مالكا 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 آل إليه بالقسمة مع أن الواقع أنه قبل القسمة لم يكن مالكا ملكية مفرزة بل ملكية شائعة. ولكن المشرع يهدف من وراء الأخذ بفكرة الأثر الرجعي هنا إلى أن تصرفات الشركاء الآخرين أثناء الشيوع والتي وردت على الحصة المفرزة التي آلت إلى أحدهم لا تسري في مواجهته.

فبمقتضى هذا الأثر الذي ألحقه القانون بالقسمة يحصل المتقاسم إذن على الجزء المفرز الذي اختص به خاليا من أي حقوق يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها قبل القسمة على هذا الجزء، وعلى ذلك إذا كان أحد الشركاء قد قرر حق ارتفاق أو انتفاع على جزء مفرز من المال الشائع، أو رهن هذا الجزء، ثم وقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر نتيجة القسمة فإن المتقاسم الذي اختص بهذا الجزء يحصل عليه خاليا من الحق الذي رتبته غيره عليه. كما يمكنه طلب شطب الرهون المقيدة على هذا الجزء الذي اختص به إذا كان عقارا.²

1- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 151، 152

2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 168، 169.

وعن نطاق الأثر الكاشف للقسمة فإن كل قسمة نهائية يكون لها بين الشركاء أثر كاشف، وكذلك كل تصرف ينهي الشيوع بين شريك وآخر يكون له أثر كاشف، كبيع أو هبة أحد الشركاء حصته شائعة لشريك آخر.¹

ولا يسري الأثر الكاشف إلا بالنسبة للأموال الشائعة التي كانت محلاً للقسمة بين الشركاء، وبالتالي لا يسري الأثر الكاشف على معدل القسمة، فهو يأخذ حكم ثمن المبيع أو بدل المقايضة، كما لا 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 اختص أحد الورثة بهذه الحقوق الشخصية عند القسمة وجب على الورثة الآخرين تحويل حقوقهم منها لمن اختص بها، وتسري أحكام حوالة الحق عليها. ويسري الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع الشركاء وقت القسمة وكذلك بالنسبة للغير الذي له حق على المال الشائع، كدائن مرتهن له.

المطلب الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق

تقتضي القسمة المساواة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق، فقد اختلت هذه المساواة لحصول هذا المتقاسم على أقل من نصيبه، فيجب على شركائه الآخرين ضمان هذا التعرض أو ذلك الاستحقاق.²

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

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه." وبمقتضى هذا النص يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق. في شأن نصيبه لسبب سابق على القسمة. ويقوم هذا الضمان على أساس أن القسمة

1 - عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 151.152.

2- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 157.

تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت المساواة ووجب الضمان.¹

ويقتصر ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض على ضمان التعرض والاستحقاق، فلا ضمان للعيوب الخفية في القسمة، لأن المتقاسم لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع. غير أنه إذا اكتشف المتقاسم أن هناك عيب لحق النصيب الذي آل إليه فإن ذلك يدل على أن هناك غيب لحقه ويكون له بالتالي الطعن في القسمة بالغيب إذا توافرت شروطه. وإذا كان ضمان المتقاسم يقتصر على ما ينشأ من تعرض أو استحقاق وتطبق بشأنه أحكام ضمان التعرض والاستحقاق كما وردت بشأن القسمة، فإنه فيما عدا هذه الأحكام يمكن تطبيق أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة القسمة، واعتبارها كاشفة للحقوق وليست ناقلة لها.²

ولا 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 انتفاع 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 اشترى هذا النصيب، من أغلبية الشركاء قبل القسمة أو أنه اكتسب ملكيته بالتقادم الذي اكتملت مدته قبل القسمة. ولا يضمن المتقاسمون تعرض الغير المستند إلى سبب لاحق للقسمة، كما لو اكتملت مدة التقادم بعد القسمة أو نزع نصيب المتقاسم للمنفعة العامة.³

مؤدى التزام المتقاسمين بهذا الضمان أنه إذا وقع تعرض لأحدهم من قبل الغير، بأن ادعى 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 واستحق الغير المال الذي آل إلى المتقاسم، كانوا ملتزمين بالتعويض عن هذا الاستحقاق.⁴

ويشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان توافر الشروط الآتية:

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 564.
2- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 172.
3- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 160.158.
4- محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 174.173.172.

1/ يشترط أولاً أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة، بمعنى أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجوداً قبل القسمة، أما إذا كان سبب الاستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها فلا ضمان، إذ لا ضمان على المتقاسمين إذا كان سبب التعرض أو الاستحقاق تقادماً مكسباً لم تكتمل مدته لصالح الغير إلا بعد القسمة بوقت كاف كان في إمكان المتقاسم خلاله أن يقوم بقطع التقادم.¹

2/ ويشترط ثانياً ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه مثال ذلك أن يدعي الغير حقاً 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.

3/ ويشترط ثالثاً ألا يكون هناك اتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان. ويشترط المشرع أن يكون هذا الاتفاق صريحاً يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها فقط. فالإعفاء من الضمان لا يمكن أن يستنتج ضمناً من الظروف، كما لا يكف للإعفاء أن يكون الشرط الذي يتضمنه عاماً، بل يجب ذكر سبب الاستحقاق المراد الإعفاء منه.

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

إذا توافرت شروط الضمان التي ذكرناها، ورفعت دعوى الاستحقاق على المتقاسم، وجب عليه أن يخطر المتقاسمين الآخرين كي يتدخلوا في الدعوى.

فإذا حكم للغير بالاستحقاق التزم 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 الاستحقاق 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.²

1- رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 565.

2- عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 88.

ويتم تقدير قيمة التعويض وفقاً لقيمة الشيء المستحق للغير وقت القسمة، لا وقت الطلب أو وقت الاستحقاق، 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.

ويقتصر التعويض على ما لحق المتقاسم من خسارة ولا يشمل ما فاته من كسب، لأن القيمة تقدر وقت القسمة، ولأن القسمة لا يقصد بها المضاربة، وإنما يقصد بها المساواة بين الدائنين بخلاف البيع. وفي الاستحقاق الجزئي يقتصر على التعويض، ولا يكون للمتقاسم رد ما بقي من العين، لأن القسمة كاشفة وليست ناقلة للملك، ولأن رد ما بقي من نصيب المتقاسم يستوجب نقض القسمة كلها.¹

1- عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 161.

خاتمة

نخلص في ختام دراستنا لموضوع الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، يتضح جليا ان الأهمية التي اولها المشرع الجزائري لهذه الملكية واحكامها تنظيما مفصلا لما رأى ما يشوبها من تعقيدات وعراقيل يتحملها الشركاء على الشيوع بسبب تساويهم في الحقوق على نفس الشئ ما يجعل مايقوم به الشريك من اعمال وتصرفات تتميز بعدم الاستقرار فيما بينهم ،كما أولى المشرع الجزائري كيفية الخروج من الشيوع في حالة عدم توافقهم سواء كان بالقسمة الاتفاقية او بالقسمة القضائية، ومن خلال دراستنا على التعرف على الملكية الشائعة وإدارتها وتصرف الشركاء والخروج من الشيوع توصلنا الى عدة نتائج ومن بينها:

* أنه موضوع بالغ الأهمية و جد حساس، وذلك لكثرة المنازعات المتعلقة به، والمطروحة على مختلف الجهات القضائية، ولاسيما الفروع العقارية . مما يتعين الإلمام به من قبل جميع الفئات القانونية محامين أو قضاة وكذا طلبة القانون، والمعرفة الجيدة و المستفيضة للقواعد التي تحكمه، وذلك لضمان الحقوق التي تكون في الغالب موضوع منازعات مطروحة أمام الجهات القضائية.ومن شأن كل ذلك دعم الدور الفعال لمرفق العدالة في المجتمع وتعزيز سيادة القانون.

* كما يكون مصدر الشيوع في الغالب هو الميراث ، وقد يكون العقد كما لو اشترى أشخاصا املاكا على الشيوع ،كما انه قد يكون أي سبب من أسباب كسب الملكية ، لكن اكثر الأسباب انتشارا هو الميراث

* كما ان الادارة تميز بعض الأعضاء عن بعض وإعطاء بعض الشركاء والأغلبية المالكة الأكثر من نصف الملك الشائع ،وتتنوع اعمال الإدارة الى نوعين : اعمال الإدارة المعتادة واعمال الإدارة الغير معتادة

* الحق لكل شريك استعمال واستغلال الشئ الشائع ، لكن شرط بعدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء ،لكن قد لا يوافق بقية الشركاء على أن لا يستعمل الشريك الشئ الشائع وحده لكن بالنسبة لأعمال الحفظ والصيانة لهذا الملك الشائع ، فقد أجاز المشرع لكل شريك ان يقوم بهذه الاعمال وقد تكون هذه الاعمال اما مادية كالترميم والصيانة او تكون تصرفات قانونية كرفع الدعوى .

* ويجوز للشريك ان يتصرف في حصته الشائعة بالبيع لأنه المالك لحصته ملك تام بشرط عدم الاضرار بباقي الشركاء

– هذه الاحكام العامة التي وضعها المشرع الجزائري لتنظيم الملكية الشائعة .

ومن هذا نلخص بعض الملاحظات والتوصيات والتي تتمثل في :

* جمع النصوص القانونية الخاصة بالشيوع في قانون موحد

* تعديل المادة 728 من القانون المدني الجزائري والتي تنص في حالة وجود قاصر بين الشركاء فهنا فيه اجحاف في حقه فماهي العبرة بالمزاد الذي يأمر به القاضي لمقتصر على الشركاء فقط، مما قد يدفعهم الى التواطؤ لضمان ثمن قليل اضعافا لحقوق القاصر ونهبها لها .
وفي الأخير نستنتج ان الملكية الشائعة تتشا العديد من المشاكل والمتاعب والخلافات بين الشركاء المشتاعين ويتبين لنا حرص المشرع الجزائري على انهاء حالة الشيوع التي تكون لعدة أسباب منها : التصرف والقسمة .

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

أولا : الكتب

- 1/ الدكتور محمد حسن قاسم موجز الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية منشورات الحلبي الحقوقية.
- 2/ الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية .
- 3/ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن دار إحياء التراث العربي.
- 4/ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار شرح أحكام حق الملكية توزيع دار الفكر العربي.
- 5/ الدكتور عبد المنعم فرج الصده الملكية في قوانين البلاد العربية توزيع دار الفكر العربي
- 6/ الدكتور توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية الدار الجامعية للطباعة والنشر.
- 7/ الدكتور مصطفى محمد الجمال نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث.
- 8/ الأستاذ زهدي يكن الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا الطبعة الثانية منشورات المكتبة العصرية صيدا بيروت.
- 9/ الدكتور محمود خيال الحقوق العينية الأصلية جامعة القاهرة .1992
- 10/ المستشار محمد عزمي البكري قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيد فقها وقضاء الطبعة الثالثة 1994 دار محمود للنشر والتوزيع.
- 11/ الأستاذ ملزي عبد الرحمان محاضرات في الحقوق العينية الأصلية.
- 12/ الأستاذ حمدي باشا عمر القضاء العقاري دار هومة.
- 13/ الأستاذ عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني دار هومة.

ثانيا : المذكرات والرسائل الجامعية والدراسات

- 1/ -مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الليسانس جامعة يحي فارس للطالبة بلعربي مسعودة
- 2/-دراسة قانونية فقهيه مقارنة ، تصرف الشريك في الملكية الشائعة جامعة الشرق الأوسط للدكتور علي محمد عبد العزيز الزعبي

قائمة المراجع والمصادر

ثالثا : النصوص القانونية والقرارات

01/ القانون المدني.

02/ قانون الإجراءات المدنية.

1/- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني

2/ -قرار المحكمة العليا الصادر من الغرفة العقارية رقم 1966140 المؤرخ في
2000/06/28

3/- قرار المحكمة العليا الصادر من الغرفة العقارية رقم 75576 الصادر في 1992/01/21

4/- قرار المحكمة العليا الصادر من الغرفة العقارية رقم 44808 الصادر في 1988/06/23

5/- قرار المحكمة العليا الصادر من الغرفة العقارية رقم 92343 الصادر في 101992/28

رابعا : الدوريات والمجلات

01/الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني لسنة 2004.

02/ نشرة القضاة العدد الأول لسنة 2000.

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

.....	المطلب الأول:تعريف الملكية الشائعة	
8	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة	
14.....	المبحث الأول :	
14.....	إدارة المال الشائع	
14.....	المطلب الأول:	
14.....	أعمال الإدارة المعتادة	
17.....	المطلب الثاني :	
17.....	أعمال الإدارة غير المعتادة	
20.....	المبحث الثاني:	
20.....	التصرف في المال الشائع	
20.....	الفرع الأول:	
20.....	التصرف الصادر من جميع الشركاء	
21.....	الفرع الثاني:	
21.....	التصرف الصادر من أغلبية الشركاء	
28.....	المطلب الثاني:	
28.....	تصرف الشريك في المال الشائع	
28.....	الفرع الأول :	
28.....	تصرف الشريك في حصته الشائعة	
36.....	الفرع الثاني	
36.....	تصرف الشريك في حصة مفرزة أو في كل المال الشائع	
44.....	المطلب الأول :	
44.....	القسمة الاتفاقية	
50.....	المطلب الثاني :	

قائمة المحتويات

50.....	القسمة القسائية.....
56.....	المبحث الثاني :
56.....	آثار القسمة
57.....	المطلب الأول :
57.....	إفراز نصيب كل متقاسم.....
58.....	المطلب الثاني:
58.....	ضمان التعرض والاستحقاق
65.....	قائمة المراجع والمصادر
66.....	قائمة المراجع والمصادر