

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

المرجع : .....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## التصرف في الملكية العقارية الشائعة

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص : قانون خاص.

الشعبة : حقوق .

تحت إشراف الأستاذ : د. أمين مزيان

من إعداد الطالبة : جعني وسام .

أعضاء لجنة المناقشة :

جامعة مستغانم	- رئيسا.	الأستاذ(ة) : مزيان أمين
جامعة مستغانم	- مشرفا مقررًا.	الأستاذ(ة) : بن بدرة عفيف
جامعة مستغانم	- مناقشا.	الأستاذ(ة) : حيتالة

السنة الجامعية : 2021/2022

نوقشت يوم : 2021/07/07

## الإهداء

إلى روح أمي الغالية رحمها الله و إلى أبي أطل الله في عمره و أدامه الله لي .

إلى كل أفراد عائلتي فردا فردا.

إهداء خاص إلى لمياء و سندس و هشام وصفية .

إلى كافة طلبة العلم بصفة عامة وإلى طلبة الحقوق بصفة خاصة.

إلى كل من عرفني من قريب أو بعيد.

## الشكر و العرفان

أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى سيادة الدكتور مزيان أمين على إشرافه على إتمام هذا العمل المتواضع .

و أتوجه بخالص الامتنان و العرفان لكل من إلياس و أبو بكر لمساعدتهم لي في إنجاز هذه المذكرة .

# المقدمة

نص المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني على إعتبار العقار " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف . فهو عقار و كل ما عدا ذلك من شيء هو منقول...". و بمجرد ذكر مصطلح العقار يتبادر إلى أذهاننا مصلح آخر لسبق بالعقار ألا هو الملكية أو حق الملكية .

فحق الملكية هو أطلق الحقوق و أهمها و الذي يأتي على زمرة الحقوق العينية الأصلية . ذلك لارتباطها بوجود الإنسان . فمن كان له حق إمتلاك شيء كان له الحق في إستعماله وإستغلاله و التصرف فيه .

إضافة إلى ما جاءت به نص المادة 674 من القانون المدني بقولها " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء . بشرط أن لا تستعمل إستعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة". و يستنتج من نص هذه المادة أن مالك العقار له الحق في أن يتصرف في ملكه كما يشاء. فله أن يتصرف فيه بالبيع كل العقار أو جزء منه بمقابل أو بدون مقابل كالهبة مثلا وأن ينقل أي عنصر من عناصر ملكيته . كأن يرتب على ملكه حق الانتفاع أو حق الاستعمال . أو أن يرتب على ملكه حق الارتفاق أو الرهن الرسمي أو الحيازي .

إن القاعدة العامة تقضي بأن يكون للعقار مالك واحدا . تجتمع في يده جميع السلطات المذكورة سالفا و يكون الوحيد صاحب القرار في التصرف فيه . إلا أن الاستثناء من القاعدة العامة تقضي بأن يتعدد ملاك العقار الواحد . و بالتالي يكون مشترك بين جميع الشركاء. وهذا ما يطلق عليه بالملكية الشائعة أو الملكية العقارية الشائعة . ففي هذه الحالة يكون لكل شريك في الشبوع حصة غير مفرزة في العقار الشائع .

لهذا جاء المشرع الجزائري بنص المادة 713 من القانون المدني و التي جاءت بصدد إعطاء تعريف للملكية العقارية الشائعة بقولها " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم غير مفرزة. فهم شركاء على الشبوع .وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل

على غير ذلك". فالمشرع الجزائري يخول ضمن موضوع الملكية العقارية الشائعة .و بموجب المادة 714 من القانون المدني الجزائري . للشريك في الشيوع الحق في أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة.والتي يملكها ملكا تاما بأن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف و يخول المشرع في نفس الوقت لأغلبية الشركاء في الشيوع أن يتصرفوا في العقار الشائع كله .رغم معارضة الأقلية بدعوى حماية هذه الأقلية بموجب المادة 720 من القانون المدني الجزائري .و إن كان ظاهر هذه المادة أن أحكامها تهدف إلى توفير الحماية للأقلية من الشركاء . من تعسف الأغلبية لاستعمالها لحقها في التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه دون موافقة الأقلية منهم . فإن عدم بيان المشرع للأسباب التي يمكن أن يستند عليها الأغلبية في التصرف في العقار الشائع . دون موافقة جميع الشركاء من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأقلية من الشركاء في الشيوع و ضياعها .

كما أن حالة الشيوع تزول عن طريق القسمة الاتفاقية .و التي يتم من خلالها عملية مبادلة أنصبة الشركاء على الشيوع و تتمثل في نقل الملكية مع تمييز الحقوق عن بعضها البعض . وتعينها بشكل مفصل بحيث تكون بمثابة إفرار للحصص و بعدها تصبح الملكية العقارية الشائعة ملكية خاصة مفرزة .

في حالة إستحالة إنهاء حالة الشيوع بالقسمة الاتفاقية لعدم اتفاق الشركاء أو كان بينهم من كان ناقص الأهلية. و جب اللجوء إلى القسمة القضائية . أي عن طريق المحكمة التي يقع بدائرتها العقار الشائع. و لهذا كان للقسمة أثر أساسي مترتب عنها و هو أن يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته فيه بعد أن كانت شائعة و ذلك لما تملكه القسمة بإعتبارها أثر كاشف وناقل للملكية .

و لهذا إحتل موضوع بحثنا أهمية بالغة لتناوله أهم حق من الحقوق العينية الأصلية ألا وهو حق الملكية . بالإضافة إلى أهميته العلمية و العملية ببيان أحكامها في القانون المدني أساسا . و ما يكتسي هذه الأحكام من نقائص التي من شأنها أن تثير إشكالات نظرية

وعملية . لاسيما فيما يتعلق في حماية الأقلية من الشركاء في الشيوخ من تعسف أغلبيتهم في العقار الشائع دون الإضرار بهم مقارنة بالقوانين المقارنة مسترشدين بآراء الفقه والاجتهاد القضائي .

إن الهدف التطرق إلى موضوع بحثنا هذا هو تسليط الضوء على الملكية العقارية الشائعة . والآثار الاجتماعية و الاقتصادية المترتبة عنها . و بيان أهمية إفرار الشيوخ لتمكين الشريك من التصرف في حصته . بالإضافة إلى الوصول إلى مقترحات لتغطية العجز المتواجد في النصوص القانونية . والحد من الآثار السلبية للشيوخ .

وهو الأمر الذي جعلنا نهتم بدراسة هذا الموضوع . و نحاول رفع اللبس عنه منطلقين من الإشكالية التالية :

-كيف يتم التصرف في الملكية العقارية الشائعة ؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عليه . خاصة في مواجهة الشركاء؟ و ما هو حكم تصرف جميع الشركاء أو أغلبيتهم في العقار الشائع؟ و ما هي الآثار المترتبة عن القسمة ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية إعتدنا على المنهج الوصفي و التحليلي و المقارن . إذ سننطلق من تحليل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائري موضوعنا محل الدراسة . على ضوء ما ذهب إليه الشارح و القضاء . و للوصول إلى النتائج و لمعالجة هذه الإشكالية تم إتباع الخطة التالية :

مستهلين بالمقدمة و مقسمين البحث إلى فصلين حيث تناول الفصل الأول . ماهية الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة . و فيه تطرقنا إلى المبحث الأول تحت عنوان مفهوم الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة . أما المبحث الثاني كان تحت عنوان . تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع . أما المبحث الثالث فقد تطرقنا إلى حالة تصرف الشريك في العقار الشائع كله .

أما الفصل الثاني الذي كان تحت عنوان .تصرف الشركاء مجتمعين أو أغلبية منهم في العقار الشائع وقسمته. إذ تطرقنا في المبحث الأول لتصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله. أما المبحث الثاني فقد تعرضنا إلى تصرف الأغلبية من الشركاء في العقار الشائع . بالإضافة إلى المبحث الثالث الذي تعرض إلى قسمة الملكية العقارية الشائعة . كما تضمن البحث خاتمة تضمنت أهم ما توصلنا إليه من نتائج و توصيات .

# الفصل الأول

## الفصل الأول : مفهوم الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع .

تعد الملكية العقارية الشائعة من المواضيع الهامة في دراسة الملكية بوجه عام . إذ تكاد لا تخلو أغلب الملكيات العقارية من بعض صور الشيوع . فغالبا ما تشترك الملكيات الزراعية في قنوات الري و الطرق و الممرات و الشوارع الموصلة إليها . و تعتبر الملكية العقارية محل التصرفات القانونية فتكون بنقل الحق أو ترتيب حق عيني عليه للغير . و تصف الشريك منفردا يكون إما واردا على حصته الشائعة . أو على جزء مفرز منه . أو في العقار الشائع كله . و هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفصل لذا تم تقسيمه كالآتي :

- المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة .
- المبحث الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء من العقار .
- المبحث الثالث : تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله .

## المبحث الأول : مفهوم الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

تتص القاعدة العامة السالفة الذكر بأن يكون للعقار مالك واحدا. بمعنى أن تكون الملكية فردية مفرز محلها بصفة متميزة مستقلة و محددة . و هذا ما يطلق عليه بمصطلح الملكية العادية غير أن الملكية قد ترد في بعض الأحيان مختلطة .أي تعدد الملاك للعقار الشائع . والذي يطلق عليها بالملكية العقارية الشائعة . و الذي ينتج عن التصرفات الواردة على هذه الملكية سواء كلها أو جزء منها . إذ يمكن أن يكون التصرف صادر من أحد الشركاء على الشيوع . كما يمكن أن يصدر من جميع الشركاء على الشيوع أو أغلبهم .

وعليه فإن المطلب الأول سيتطرق لمفهوم الملكية العقارية الشائعة . أما المطلب الثاني سيعالج حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.بالإضافة إلى المطلب الثالث الذي سيخصص للآثار المترتبة عن تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة .

### المطلب الأول : مفهوم الملكية العقارية الشائعة .

تتص المادة 713 من القانون المدني الجزائري .على مفهوم الملكية العقارية الشائعة بقولها " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا . و كانت حصة كل منهم غير مفرزة . فهم شركاء على الشيوع . و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك " <sup>1</sup>.

### الفرع الأول : تعريف الملكية العقارية الشائعة .

إن المعنى اللغوي للشيوع هو مصدر شاع (فعل) يشيع شيوعا . و يقال نصيب فلان في جميع هذه الدار، كذلك عرف أنه شاع العقار أي مشترك الملكية غير مقسم <sup>2</sup>. أما المعنى

<sup>1</sup> - الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن قانون المدني المعدل و المتمم . ص 116.

<sup>2</sup> - سفانة سمير حميد ، رهن الملكية الشائعة تأمينيا دراسة مقارنة ، مجلة مداد العرب ، العدد الثالث عشر ، الجامعة العراقية ، 2013، ص 359.

الاصطلاحى للشيوخ فهو الوضع القانونى الناتج عن تعدد المالكين للحق العيىنى . دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه <sup>1</sup>.

فالشيوخ هو الحالة القانونية التى يكون فيها الحق العيىنى مملوكا لعدة أشخاص.دون تحديد نصيب كل منهم ماديا فى الشيء .لكنه يتعين معنويا فى الحق نفسه<sup>2</sup>.و لقد عرف المشرع الجزائرى الملكية العقارية الشائعة فى نص المادة 713 من القانون المدنى المتضمنة " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا . و كانت حصة كل منهم غير مفرزة . فهم شركاء على الشيوخ . و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك ."

-أولا : مصدر الشيوخ .

الشيوخ قد يكون بإتفاق شخصين أو أكثر ، كشرء عقار سواء أكان أرض أو بناء أو الوصية، كما يوصى شخص بعقار لعدة أشخاص ،و إما عن طريق الإرث و هى الحالة الأكثر شيوعا وإنتشارا وقد يكون الشيوخ عن طريق التقادم كأن يحوز عدة أشخاص عقار عن طريق الحياة المؤدية إلى إكتساب الملكية بالتقادم ،و قد يكون عن طريق الهبة كأن يهب شخص عقار لعدة أشخاص أو أن يهب حقه على الشيوخ و قد تتعدد صور الشيوخ <sup>3</sup>.

ثانيا: حالة الشيوخ بين الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية .

هذه الحالة تضمنها القانون 30/90 المؤرخ فى 1/12/1990 فى المواد 97 و 98 و 99 من نفس القانون المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم .بالإضافة إلى المرسوم التنفيذى رقم 454/91 المؤرخ فى 23/11/1991 . و الذى نص فى المادة 39و ما يليها

1- جمال خليل الناشر ،تصرف الشريك فى المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة،2001، ص 114.

2- عبد الوهاب عرفه، الشامل فى القسمة فى ضوء الفقه و القضاء النقض ، الاسكندرية ، دار الفكر و القانون ،2008، ص100.

3- يوسف دلاندة ،الوجيز فى الملكية العقارية الخاصة الشائعة ،دون ذكر الطبعة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر2015 ،ص 65.

عن كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة و الخواص ، و التي أوضحت أن عملية التقسيم إما تتم وديا و إما قضائيا وفقا لإحكام القانون المدني الجزائري في المواد 724 و 728 منه <sup>1</sup>.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للملكية العقارية الشائعة .

إن تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية على شيء واحد في نفس الشريك على الشيوع ، والذي أدى بدوره إلى خلاف فقهي حول هذه المسألة كمايلي :

الاتجاه الأول : ذهب القول بأن حق الشريك المشاع ليس له محل مادي معين و رتبوا على ذلك أن حق الشريك الشائع ليس إلا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من المزايا الشيء ( كالثالث أو الربع )، و إقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك و تحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق <sup>2</sup>.

ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الإقتصار على القول بأن حق الشريك الشائع حق شخصي يؤدي إلى إعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع ، و هي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية ، فإتجهوا إلى القول بأن الملكية في حالة الشيوع تكون لمجموعة من الشركاء المالكين على الشيوع بإعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها و مستقلة عن الشركاء ، و على هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة <sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup>- مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون ذكر الطبعة ، بدون ذكر سنة النشر ، الصفحة 73،74،75.

<sup>3</sup>- مصطفى محمد جمال ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

و لكن هذا التكيف لحق الشريك المشاع لا يستجيب للواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي ، فمن الناحية نجد أن لشريك المشاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن معها إعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم ، و من ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموعة الملاك إذا الحقوق في قانوننا الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص، و من المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.<sup>1</sup>

الاتجاه الثاني : ذهب إلى إن حق الشريك المشاع حق عيني من النوع الخاص ، إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء و لا لأحد من الشركاء وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لان إعتبار الشيوع صورة من صور الشركاء فإذا لم يكن هذا و لا ذاك فمن له حق الملكية ؟

الاتجاه الراجح : لهذا كان الرأي السائد في الفقه التقليدي و الفقه الحديث على حد سواء هو إن حق الشريك المشاع هو حق ملكيته، فملكية الشيء الشائع تتعدد فيه الملاك، أما الشيء و هو محل هذه الملكية فلا يتجزأ أي أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة يقدم عدد الشركاء بينما يكون هناك تقسيم مادي للشيء، و مقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعة وإن كان محددًا بقدر حصته و هذا هو التكيف السليم.<sup>2</sup>

و الملكية في الشيوع كالملكية المفترزة تتكون من 3 عناصر و هي :

<sup>1</sup>- مصطفى محمد جمال ، نفس المرجع ، الصفحة 75.

<sup>2</sup>- عبد المنعم فرح العدة، الملكية في قوانين بلاد العرب ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون ذكر الطبعة ، بدون ذكر سنة النشر ، الصفحة 11.

الاستعمال و الاستغلال و التصرف إلا أن الاستعمال و الاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، فالمالك على الشيوع له أن يستعمل حقه و إن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.<sup>1</sup>

و هذا المبدأ هو المكرس في النظام التشريعي الجزائري حيث أكد على هذا المفهوم المشرع في المادة 714/1 بقولها " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، و له أن يتصرف فيها و إن يستولي على ثمارها و إن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. و أكد على هذا النص المحكمة العليا في كثير من قراراتها كالقرار المؤرخ في 1990/10/29 رقم الملف 63765 ، و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها ، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت في قضية الحال إن القضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية التي آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث و على هذا الأساس ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع و أخطأ في تطبيق القانون .

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

و لما كان ثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع و لم تجد قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع و طرد المشتري و تعويض المدعي عليها خرقوا القانون.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -رمضان ابو سعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، منشورات الكلي الحقوقية ، لبنان ، بدون ذكر الطبعة، بدون ذكر سنة النشر، الصفحة 116

<sup>2</sup> - عمر بن سعد ، الاجتهاد القضائي وفقا لإحكام القانون المدني ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000 ، الصفحة 450/449.

الفرع الثالث : أنواع الملكية العقارية الشائعة .

تتحدد الملكية العقارية الشائعة بثلاثة أنواع و هي كالاتي :

أولا : الشياح العادي .

تتحقق الملكية العقارية بطرق عدة إما عن طريق القانون أو عن طريق الواقعة القانونية .

و تبرز حالة الشياح عن طريق التصرف القانوني بالعقد و الوصية و الهبة ، فقد يقوم أكثر من شخص بشراء عقار بصفة مشتركة، وفي العقد يتم تحديد حصة كل واحد، إما أن تكون حصص متساوية و إما أن تكون بنسب متفاوتة، كأن يشتري إثنين قطعة أرض على الشيوخ فيما بينهما و يتفقا على أن لكل واحد منهما النصف، أو أن يشتري إثنين جزء من عقار من مالك الأرض دون القيام بفرز الحصة التي إشتريت ففي هذه الحالة المالك أو المشتريين مالكين للأرض على الشياح . كما أن حالة الشياح تتحقق بالهبة و الوصية و في كل الحالات المذكورة تسمى حالة الشياح بالشيوخ الإرادي ، أي أن إدارة الطرفين أو الوصي أو الواهب هي من تدخلت و قررت حالة الشيوخ<sup>1</sup>.

ثانيا : الواقعة القانونية .

يقصد بالواقعة القانونية التي تتحقق بها الملكية المشتركة الحياة المؤدية إلى التملك عن طريق التقادم المكسب كأن يقوم شخصين أو أكثر بحيازة عقار معا . أيضا تتحقق حالة الشياح القانونية بالإرث ، و هي الحالة الأكثر شيوعا كالذي يموت و يترك عقارات ففي هذه الحالة فالمتروك شرعا و قانونا يؤول للورثة .

أي أن ملكية العقارات بمجرد حدوث الوفاة تنتقل لمجموع الورثة دون أن يكون أحدهما يعرف حصته الخاصة من حيث الموقع ، إذ أن الأنصبة تحدد بالفريضة الشرعية .

<sup>1</sup> - يوسف دلاندة ، نفس المرجع ، الصفحة 66.

كما أن الملكية الشائعة قد تتعلق بإتفاق أعضاء الأسرة الواحدة على إنشاء ملكية مشتركة، و التي تسمى بملكية الأسرة والتي تتكون من أي مال آخر ، و هذا ما نصت عليه المادة 736 و ما يليها من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

ثالثا : الشياخ الإجباري .

يتمثل في ملكية المشتركة في العقارات المثبتة و هذا ما نصت عليه نص المادة 743 و 872 من القانون المدني .نوعا من أنواع الملكية المشتركة غير أن هذا النوع و أن كانت الملكية مقسمة إلى حصص و كل مالك له حرية التصرف في حصته كمن يبيع مسكنه .غير أن هناك أجزاء مشتركة لا يجوز لأي مالك التصرف فيها .

و الأجزاء المشتركة محددة حصرا في المادتين 744 و 745 من القانون المدني الجزائري وتعد أجزاء خاصة :

- كل من تبليط الأرض و الأرضية .
- الأسقف و الاحواش باستثناء الجدران الأصلية .
- الحواجز الداخلية و أبوابها .
- أبواب الأسطح و النوافذ و الدرابيز الحديدية للشركات .
- الطلاء الداخلي للحائط و الحواجز مهما كانت .
- الأنابيب الداخلية ، و منحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع المنحنيات التوصيل أو اللوازم المتصلة بها .
- إطار و أعلى المداخل و المخازن و الخزائن المموهة .
- الأدوات الصلبة للحمامات و المغسلة و المراض .

<sup>1</sup>- يوسف دلاندة ، نفس المرجع ، الصفحة 67.

- أدوات المطبخ و الأدوات الخاصة بالتدفئة و الماء الساخن التي يمكن ان توجد داخل محل خاص .
- وتعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة ،دون الجدران الأساسية في البناء حسب نص المادة 745 من القانون المدني الجزائري تعد من الأجزاء المشتركة ما يلي :
  - الأرض و الأفنية و البساتين و الجنائن و المداخل .
  - الجدران الأساسية في البناء و الأدوات للتجهيز المشترك بما فيها الأنايب التابعة لها ، و التي على المحلات الخاصة .
  - الخزائن و غلاف و رؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك .
  - الورق الخارجي و الدرابيز و الأسطح و لو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد .
  - حق تغطية العمارة المعدة للاستعمال المشترك أو المحتوية على عدة محلات ، تكون أجزاء خاصة مختلفة .
  - الحق في البناء العمارات الجديدة بالأفنية و البساتين أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة .<sup>1</sup>

<sup>1</sup>- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الصفحة 120.

**المطلب الثاني : حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار .**

لقد نص المشرع الجزائري بمقتضى المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أنه : "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، و إذا كان تصرفه منصبا على جزء مفرز من المال المشاع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل للشريك المتصرف بطريق القسمة ، و للمتصرف إليه أن يبطل التصرف إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

وعليه فإن الشريك في الشيوخ يمكن له أن يتصرف في حصته الشائعة في العقار الشائع بمفرده أو في جزء منه أو أن يتصرف فيه ككل ، وعليه سنخصص هذا المطلب لدراسة الحالة التي يتصرف فيها الشريك في الشيوخ منفردا في حصته الشائعة .

وبالنظر لنص الماد المذكورة سابقا فإنها نصت : " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها .... " . أي أنه يحق للشريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف ، ذلك أن الملكية الشائعة حق ملكية تام ، فالمالك على الشيوخ له أن يتصرف بكافة التصرفات و البيع نوع من هذه التصرفات ، بل هو من أهم التصرفات الناقلة للملكية ، غير أن هذه التصرفات الصادرة عن الشريك في الشيوخ قد تتجه إلى احد الشركاء أو إلى جميع الشركاء أو إلى شخص أجنبي ، و يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المتصرف فيها <sup>1</sup> .

إذ قضت المحكمة العليا في قرار لها رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا. " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ يملك حصة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء 8، الطبعة 1970، دار التراث العربي، المجلد الثامن ،الصفحة 843

ملكا تاما ، و له أن يتصرف فيها " <sup>1</sup>. و يجوز أن يتصرف الشريك في الشيوخ في حصته الشائعة إلى احد الشركاء أو إليهم جميعا . إذ يترتب على تصرف الشريك إلى الشريك الآخر زوال حالة الشيوخ ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء .<sup>2</sup>

و يجوز كذلك أن يتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى أجنبي من غير شركائهم و في هذه الحالة يكون لهؤلاء الشركاء ممارسة حقهم في إسترداد هذه الحصة طبقا للمادة 721 من القانون المدني ، أو ممارسة حق الشفعة عليها طبقا للمادة 795 من نفس القانون .

إذا كان للشريك الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة في العقار بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية ، فإنه لا يمكنه أن يترتب على الحصة الشائعة جميع الحقوق العينية الأصلية و الحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوخ ترتيبها على حصة شائعة في العقار . إن الحق العيني هو السلطة الفعلية على شيء معين بالذات و هو نوعان حقوق العينية الأصلية و الحقوق العينية التبعية وهذا ما نتطرق إليه من خلال الفرعيين التاليين :

الفرع الأول : الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوخ .

إن أهم الحقوق العينية الأصلية ما عدا حق الملكية ، هو حق الانتفاع و حق الارتفاق و حق الحكر ، وبالنظر إلى طبيعة كل من حقي الحكر و الارتفاق ، فإنه يستعصي على الشريك في الشيوخ ترتيب حق حكر حصته الشائعة ، لأن الحكر يستوجب البناء و الاغراس

<sup>1</sup>- قرار المحكمة العليا، رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 ، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا ، عدد 04 سنة 1992 ، الصفحة 28.

<sup>2</sup>- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2003 ، الصفحة 120.

بمعنى إقامة منشآت في أرض مفرزة ، هذا بالإضافة إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه على أرض موقوفة كما هو معلوم لا تكون شائعة لأنها ملك للوقف.<sup>1</sup>

و إما حق الارتفاق فانه لا يرد على حصة شائعة و من ثم فلا يجوز للشريك في الشيوع إن يرتب على حصته الشائعة حق الارتفاق ،لأنه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لا تصح و لا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفرز و يرى بعض الفقه انه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع إن يرتبوا حق الارتفاق على هذا العقار و يبقى قائماً مهما كانت النتيجة.<sup>2</sup>

أما حق الانتفاع فانه لا يمكن للشريك في الشيوع ترتيب ذلك على حصته الشائعة في العقار و بذلك يكون للمنتفع أي صاحب حق الانتفاع جميع حقوق التي يخولها له الانتفاع بما يتلاءم و طبيعة الشيوع ، فيمكن استغلال الحصة الشائعة و القيام بإدارتها او المشاركة في إدارتها مع باقي الشركاء ، و تسري على ذلك أحكام الإدارة المعتادة للمال الشائع و فيها يقيد بصوت المنتفع و رأيه و ليس بصوت أو رأي الشريك الأصلي صاحب الرقبة .

و بناء على الإمكانية المتاحة للشريك الأصلي ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة ، فانه يكون كما سلف الذكر لصاحب الانتفاع أي المنتفع الحق في الانتفاع بتلك الحصة و لكن يبقى في الشيوع، و طالما إن حالة الشيوع قائمة ، فله حق الاستعمال الاستغلال بدون ماطة لان حق الانتفاع باعتباره حقا يخول للشريك السلطة المباشرة على العقار محل الانتفاع ، كما يمتد ذلك الانتفاع إلى ملحقات العقار بمعنى ينتفع به كما لو كان ملكا له ، و لكن في حدود الغرض الذي اعد له ذلك العقار ،فإذا كان مسكنا انتفع به بالسكن فيه ،وإذا كان أرضا زراعية انتفع بها أي استغلها في حدود طبيعتها ، بما في ذلك انتفاعه بما

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، الصفحة 845.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، الصفحة 845.

عليها من حقوق ارتفاق كالمرور وغيره ، و في المقابل يتحمل التزام الصيانة و المحافظة على العقار محل الانتفاع بمعية باقي الشركاء<sup>1</sup>

و نلخص هذا الإطار إلى انه للشريك في الشيوخ الحق في ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة في العقار كله أو جزء منه مع الاحتفاظ بملكية الرقبة و استجماع عناصر الملكية كاملة بعد انقضاء حق الانتفاع قبل انتهاء حالة الشيوخ ، كما نلخص أيضا أن المنتفع صاحب حق الانتفاع له جميع سلطات و الحقوق التي يخولها له حق الانتفاع ، من استعمال و استغلال و تصرف في الانتفاع بالبيع أو التنازل أو الرهن في حدود ما يخوله له حق الانتفاع ، دون المساس بملكية الرقبة التي تبقى قائمة للشريك الأصلي ، و يتحمل كذلك عبء الإدارة و الصيانة و المحافظة على العقار محل الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوخ قبل انتهائه .

الفرع الثاني : الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار الشائع .

و على خلاف الحقوق العينية الأصلية التي تعطي لصاحبها السلطة المباشرة للشيء، فإن الحقوق العينية التبعية هي تلك الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها و إنها تأتي لضمان حق شخصي (الدين) ، وترتكز عليه بحيث لولا وجود الحق الشخصي (الدين) لما وجدت و هي 4و التي تشمل حق التخصيص، حق الامتياز، حق الرهن الرسمي، حق الرهن الحيازي، و سنتطرق لكل واحدة منها على حدى .

1- حق تخصيص الحصة الشائعة : لقد نظم المشرع الجزائري حق التخصيص في المواد من 937 إلى 947 من القانون المدني ، و لم يتطرق لتعريف و إنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه و آثاره و إنقضائه ، و حق التخصيص أو الاختصاص هو حق عيني تبعي يختص فيه الدائن بعقارات مدينه ، و يكون بناءا على حكم قضائي واجب التنفيذ صادر في موضوع

<sup>1</sup>-نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ، دراسة مقارنة ، الصفحة 260.

الدعوى ' يقتضي إلزام المدين بالدين ، فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أو يستوفي حقه من مدينه متقدما على باقي الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة<sup>1</sup> ، و صورته إن الشريك في الشيوخ مدين لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ ، فانه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند التنفيذي أن يلجا للقضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه ، و يقدم ذلك الطلب في شكل عريضة إلى رئيس المحكمة التي تقع بدائرتها الحصة التي يملكها المدين و تكون مصحوبة بصورة رسمية للحكم<sup>2</sup>.

و تجب الإشارة إلى أن الحقوق المترتبة عن حق التخصيص هي نفسها الحقوق المترتبة عن الرهن الرسمي ، كما يسري على حق التخصيص نفس ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة منها ما يتعلق بالقيود و تجديده و شطبه و عدم تجزئته و آثاره و انقضائه حسب ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدني، و عليه فان للشريك على الشيوخ ، إذا ما كان مدينا لشخص آخر بموجب حكم واجب التنفيذ، أن تكون الحصة الشائعة في العقار محلا للتخصيص كلها أو بعضا منها حسب مقدار الدين .

-2- حق الامتياز في الحصة الشائعة : و على خلاف حق التخصيص الذي يتقرر بموجب حكم قضائي لفائدة الدائن ، فان حق الامتياز هو حق عيني تبقي لا يتقرر إلا بموجب القانون و على هذا الأساس نصت المادة 982: "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ، و لا يكون للدين امتياز إلا بموجب نص قانوني " ، بمعنى ان حق الامتياز لا يكون مصدره القاضي أو الأطراف و إنما القانون .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية و العينية ، الطبعة 1968، دار التراث العربي، المجلد 10 ،الصفحة 660.

<sup>2</sup> - عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الأصلية و الحقوق المتفرعة عنها و أسباب كسبها ، الطبعة 3 ، مطبعة الكيلاني ، 1968 ، الصفحة 164.

وجب الإشارة إلى أن هناك حقوق امتياز عامة و حقوق امتياز خاصة ، فالأولى هي التي تكون على جميع أموال المدين كامتياز النفقة و المبالغ المستحقة للإجراء في حين أن الثانية هي التي تكون إما على منقول أو على عقار .

العقار حق امتياز فيما يستحق من الثمن و ملحقاته، و هو الشأن بالنسبة للشريك في الشيوخ الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها ، فيكون له حق الامتياز على الحصة الشائعة التي تصرف فيها و انتقلت ملكيتها للمتصرف له الذي أصبح لدينا بثمان الحصة كله أو بعضه في حدود المبلغ كاملا أو في حدود ما تبقى منه <sup>1</sup>.

### -3- حق رهن الحصة الشائعة :

إن الرهن نوعين إما رهن رسمي أو رهن حيازي و هذا ما سنتطرق له :

-أولا :حكم الرهن الرسمي للحصة الشائعة .

بناء على ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري أو التي تتطابق مع ما هو منصوص عليه في نص المادة 1039 من القانون المصري و التي تنص على انه : "و إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار ...". اجمع شراح القانون على صحة و نفاذ رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا ، و بالأخص أن أحكام الرهن الرسمي هي الأخرى لا تتعارض مع الإحكام الخاصة بالشيوخ ، إذ تسري عليه كذلك أحكام المادة 714 من القانون المدني الجزائري .

يقتصر هذا الحكم على التقنين المدني الجزائري و المصري ، أما المشرع اللبناني فقد كان له رأي مخالف ، كونه لا يجيز رهن الحصة الشائعة بموجب المادة 23 و المادة 104 من القرار رقم 3339 المتعلق بالملكية العقارية ، فيما ذهب إلى عكس ذلك بإباحته في المادة

<sup>1</sup>-عبد المنعم البدرابي ، المرجع نفسه ، الصفحة 164.

831 من تقنين الموجبات و العقود ، هذا الوضع جعل الشراح يختلفون في تفسير هذه النصوص .

فيما ذهب بعضهم إلى أن نصوص الملكية العقارية تنصرف إلى العقارات ، و أن نص المادة 831 من قانون الموجبات و العقود ينصرف إلى المنقولات ، فلا يكون هناك أي تناقض بينهما و حجتهم في ذلك أن تقنين الموجبات و العقود وضع في الأساس باللغة الفرنسية ، و أنه استعمل لفظ nantissement، و هو مصطلح ينصرف إلى رهن المنقول مما يؤدي إلى جواز رهنه و عدم جواز رهن العقار .<sup>1</sup>

و إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز منه ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل يبين هذا القدر بأمر على عريضة و يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوم من وقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة .<sup>2</sup>

ثانيا : الرهن الحيازي للحصة الشائعة .

ينعقد الرهن الحيازي بالإيجاب و القبول دون الحاجة للإجراءات الشكلية ، و لكنه لا ينفذ في حق الغير ، إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان ، و لان الحصة الشائعة لها نطاق معنوي غير مادي ، فان رهنها حيازيا و إن كان صحيحا فهو يثير التساؤل عن نفاذه في حق الغير ؟ تبعا لتساؤل آخر حول إمكانية تحقيق الحيازة في العقار المشاع ؟

<sup>1</sup>-Noëlle . bachelier . droit civil . surettes foncier. 14eme édition . Dalloz . 2002. P 143.

<sup>2</sup>- يوسف دلاندة ، نفس المرجع ، الصفحة 81.

قد يبدوا للوهلة الأولى أن حيازة الحصة الشائعة متعذر بشكل مطلق ، مما يعني عدم نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الشركاء، و هو ما جعل بعض الشراح يشترطون لصحة رهن الحصة الشائعة رهنا حيازيا موافقة سائر الشركاء<sup>1</sup>، فيما ذهب آخرون إلى البحث عن وسائل تجعل المرتهن يحوز حصة الراهن حيازة مفيدة ، و فعلا وفقوا في هذا .

### المطلب الثالث : آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة .

إن اعتبار تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفا صحيحا، إذا استوفى كل الشروط والأركان القانونية ، يقتضي ترتيب آثار قانونية .<sup>2</sup> وقد جاء في نص المادة 721 من القانون المدني : "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة التي باعها الشريك لغيره الأجنبي، عن طريق التراضي و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، و يتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه و إذا تعدد المستوردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته ."

و لأن الشيوع يقتضي أكثر من مالك للعقار الشائع ، فإن الآثار تنصرف إلى باقي الشركاء بالإضافة إلى انصرافها إلى المتصرف و المتصرف إليه .

### الفرع الأول : آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار بالنسبة لطرفيه .

إن المتصرف و المتصرف إليه هما اللذان يلتزمان بتنفيذ العقد بحسن نية ، و إليهما تتجه آثاره بصفة رئيسية و هذا ما سنتناول فيما يلي :

<sup>1</sup>- جمال خليل ناشر ، المرجع السابق ، الصفحة 114.

<sup>2</sup>- عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، الصفحة 63.

أولاً : أثار تصرف الشريك في حصته الشائعة بالنسبة للمتصرف.

تختلف أثار تصرف احد الشركاء في حصته الشائعة باختلاف التصرف ذاته و هي :

-1- التصرف الناقل للملكية :

إذا كان تصرف الشريك في الشيوع ناقلاً لملكية الحصة الشائعة المتصرف فيها ، فإنها تنتقل إلى المتصرف إليه و يخرج اثر ذلك الشريك المتصرف من دائرة الشركاء ليصبح غيرا بالنسبة لهم ، فلا يكون له أن يشارك في أعمال الإدارة المتعلقة بالمال الشائع ، و لا الاختصاص في الدعاوى المتعلقة به و لا المطالبة بالقسمة و لا يتمتع بأي حق كباقي الشركاء.

كما لا يلتزم بأي التزام يقع على عاتقهم بصفته شريك<sup>1</sup> . غير أن خروج الشريك من الشيوع ، يكون بمقدار الحصة التي تصرف فيها ، في حين يبقى شريكا في حدود الحصة المتبقية له ، كان يتصرف في نصف حقه الشائع فقط ، فيبقى شريكا في حدود النصف الذي لم يتصرف فيه ، أما إذا كان التصرف منصبا على حصته الشائعة كاملة فإنه يفقد صفة الشريك بشكل كلي و لا تصبح له أي علاقة بالمال الشائع بصفته هذه ، هذا إذا كان تصرف الشريك في حصته الشائعة أو جزء منها من مجموع المال الشائع كاملاً ، أما لو كان المال الشائع المتصرف في حصة منه داخلاً في مجموع من المال الشائع بضم أشياء متعددة .

-2- التصرف المرتب لحق الانتفاع :

إذا رتب الشريك في الشيوع للغير حق الانتفاع على حصته الشائعة ، فان حق ملكيته يتجزأ إلى جزأين : حق الرقبة و حق في ملك المنفعة .

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح الحقوق الشخصية و العينية ، المرجع السابق ، الصفحة 847.

و لا يبقى متمتعاً إلا بالأول في حين انه يفقد الثاني ، ليظل اثر ذلك شريكا على الشيوخ فقط في هذه الحدود فقط ، فيكون له حق المشاركة في أعمال الإدارة غير المعتادة تقضي تغييراً أساسياً في المال الشائع ، أو تعديلاً في الغرض الذي اعد له ، و حق التصرف و حق طلب القسمة<sup>1</sup>.

و إذا اقتصر الانتفاع قبل انقضاء الشيوخ عادت الملكية الكاملة الى المتصرف ، و عاد يمارس جميع حقوقه .

### -3- التصرف المرتب لحق عيني تبعي :

إذا كان التصرف يرتب حق الرهن أو الامتياز أو التخصيص ، فان صفة الشريك في الشيوخ لا تتأثر به ، مما يبقيه متمتعاً بكافة حقوقه و ملتزماً بكافة التزاماته كأبي شريك كباقي الشركاء الآخرين، غاية ما في الأمر انه إذا حل اجل الدين المضمون قبل انقضاء الشيوخ و تم التنفيذ على الحصة الشائعة ، فان المتصرف يفقد جميع حقوقه كشريك<sup>2</sup> ، و يحل الشخص الذي آلت إليه الحصة الشائعة محله اثر اكتسابه صفة المالك الذي فقدها الأول .

ثانياً : آثار تصرف الشريك في الحصة الشائعة بالنسبة للمتصرف إليه .

يترتب على تصرف الشريك في حصته الشائعة في مواجهة المتصرف إليه بعض الآثار القانونية منها :

### -1- حلول المتصرف إليه محل المتصرف :

من أهم الآثار المترتبة على تصرف الشريك في حصته الشائعة هو حلول المتصرف إليه محل هذا الأخير ( الشريك ) غير أن هذا الحلول يختلف حسب طبيعة التصرف .

<sup>1</sup>-توفيق فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، دار جامعة ، الإسكندرية ، د.ط، 1993، الصفحة 206.

<sup>2</sup>-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( التأمينات الشخصية و العينية ) ، مجلد الثامن ، المرجع السابق ، الصفحة 846.

-أ- التصرف الناقل للملكية :

إذا كان تصرف الشريك ينقل ملكية حصته الشائعة وتمت كل الإجراءات المتطلبه قانونا التسجيل والشهر في العقارات فإنها تنتقل منه إلى المتصرف إليه بقوه القانون ليصبح هذا الأخير خلفا خاصا له ويصبح شريك على الشيوع مع سائر الشركاء وتكون عليه حقوق سلفه والتزاماته.

يصبح متصرف إليه متقاسما مع المتقاسمين فيكون هو دون المتصرف صاحب الشأن بالقسمة التي تتم بخصوص المال المشاع و أثر ذلك:

- يجوز له المطالبة بقسمة المال المشاع ما لم يكن الشريك الأصلي مقيد بعدم طلبها لمدة معينه وإلا وجب عليه الالتزام هو أيضا.

-يكون على باقي الشركاء اختصاصه في دعوى القسمة<sup>1</sup>.

-لا يحتج في مواجهة الغير بالقسمة التي أجريت بين الشركاء إذا كان قد سجل حقه قبل تسجيلها (القسمة) ولو كانت قد تمت فعلا قبل ذلك ويحق له طلب إجراء قسمة من جديد<sup>2</sup>.  
-يثبت له حق التصرف فيكون له كل التصرفات الممكنة على الحصة الشائعة التي إنتقلت له

-يثبت له حق أداره المال الشائع سواء كانت إدارة معتادة أو غير معتادة .

-يثبت له حق الانتفاع كغيره من الشركاء الآخرين .

- يكون له حق ممارسة رخصة الشفعة والاسترداد إذا باع أحد الشركاء غيره نصيبه من المال الشائع .

<sup>1</sup>- توفيق فرج ، المرجع السابق ، الصفحة 206.

<sup>2</sup>-مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، د.ط، منشأة المعارف ،دون سنة النشر ، الصفحة 133.

وبالمقابل يلتزم المتصرف إليه ب:

-الحفاظ على المال الشائع سواء كان ذلك بالقيام بالإعمال المادية كالترميم والصيانة وجني الثمار في موعدها أو التصرفات القانونية كرفع دعوى الحيازة وقطع التقادم.

-الاشتراك في نفقات المال الشائع من إدارة وحفظ وسائل التكاليف : لما كان الشركاء مشتركون جميعا في ملكيه المال الشائع، فمن الطبيعي أن يشترك جميع أيضا في كل نفقات، سواء أعلق بحفظ المال الشائع وصيانته، أو بالتكاليف والأعباء المالية التي يتحمل بها المال الشائع كضرائب الرسوم وما إلى ذلك في قدر الحصة التي آلت إليه.

-احترام النظام الذي يوضع من طرف الشركاء لحسن الانتفاع بالمال الشائع، وذلك تطبيقا

للمادة 716 من القانون المدني الجزائري

ب\_ التصرف المرتب لحق الانتفاع:

- يكون صاحب حق الانتفاع(المتصرف إليه بالحصة الشائعة) جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق ، بما يتلاءم مع طبيعة الشيوع<sup>1</sup>، فيجوز له في حدود الحصة الوارد عليها حقه:

-استعمال المال الشائع واستثماره والحصول على ثماره كشريك المتصرف وهو انتفاع لا يضر بحقوق باقي شركاء .

- الاشتراك في الإدارة المعتادة، بحيث يعتد بصوته في حساب الأغلبية، إذا اقتضت شؤون المال الشائع ذلك، إذ لا يمكن له المشاركة في الإدارة الغير المعتادة لأنها تبقى من حق مالك الرقبة فقط.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية )، المجلد الثامن ، المرجع السابق ، الصفحة 846.

في حساب الأغلبية اللازمة لإجراء القسمة النهائية، غير أنها في هذه الحالة لا تصبح القسمة نهائية بمضي 15 سنة، وإلا كان ذلك مساساً بملكيته الشريك للرقبة، الذي وحده يملك حق توقيع القسمة النهائية.

جـ\_ التصرف المرتب لحق عيني تبعي:

لا يحل المرتهن محل الشريك الراهن إذا لم تنتقل إليه الملكية، ولا يثبت له أي سلطه من سلطاته سواء أعلق الأمر بالإدارة أو بالانتفاع أو التصرف .

غير انه إذا حل اجل الدين المضمون بالرهن قبل القسمة، ولم يقم الرهن بالوفاء يكون من حق المرتهن التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة، فتباع جبرا على صاحبها ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الذي بعث حصته، مكتسبا حقوقه ملتزما بالتزاماته، أما لو تمت القسمة قبل حلول اجل الدين فان حق المتهم يركز على ما اختص به الشريك الراهن مع تمتعه بصفته دائنا لهذا الأخير بحق الاعتراض على القسمة الرضائية كانت أو القضائية، لعدم نفاذها في حق الدائنين إذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الإجراءات طبقا لنص المادة 729 من القانون المدني الجزائري.

**الفرع الثاني : آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة في مواجهة الشركاء .**

يقع على عاتقي الشركاء في حاله ما إذا كان تصرف الشريك في حصته تصرف صحيح نافذ في حقهم، التزامهم باحترام هذا التصرف وكذا احترام تمثيله بحسن نية بما في ذلك التعامل مع المتصرف إليه كأنه منهم، ولا يمكن لهم الاعتراض عليه أو طلب إبطاله وان كان حلول متصرف إليه شركه بينهم محل المتصرف ممثل في نقل الملكية، الذي قد يتسبب ضرر لهم إذا كان من غير الشركاء، وذلك أن للتركة أسرار لا يجوز للأجانب الاطلاع عليها، إلا أنهم مراعاة لذلك واستثناء عن مبدأ حرية الأفراد في التعاقد حول المشرع

الجزائري رخصه قانونيه لتمكنهم من طلب الاعتراض على التصرف ذاته وإنما من استبعاد الأجنبي من الشبوع بحلولهم محله في التصرف .

ولا تعد أن تكون رخصه الحلول لهذه إلا رخصه استثنائية، لذلك كان المشرع حريصا على عدم إطلاقها ووضع حدود ضيقه لها<sup>1</sup>، وحسرها في إحدى الطريقتين: الاسترداد والشفعة، وحدد لكل منهما مجاله وأحكامه الخاصة وهو ما سنتعرض إليه في ما يلي:

أولا: حق الشركاء في استرداد الحصة الشائعة.

نص المادة 721 من القانون المدني على انه: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الشائعة التي باعها لشريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ عمه بالبيعة أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة التصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه، إذا تعدد المستردون فكل منهم يسترد بنسبه حصته."

وفي قرار لها رقم 24643 المؤرخ في 16 ديسمبر 1987 المنشور في المجلة القضائية عدد 3 لسنة 1992، الصفحة 14، المحكمة العليا انه من المقرر قانونا بالمادة 721 من القانون المدني الجزائري أن كل شريك في المنقول الشائع أو العقارات يشترط قبل يسترد قبل قسمه الحصة الشائعة.

ولما ثبت في قضيه الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض دعوى حق الاسترداد العقار شائع إذا بيع إلى أجنبي، بدعوى انه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبع

<sup>1</sup> -حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1963، الصفحة 187.

إجراءات الشفعة،فأنهم يكون قد خرقوا نص المادة 721 من قانون المدني الجزائري التي تعطي الورثة حق في الاسترداد<sup>1</sup>.

كما أن الحكمة من الاسترداد هي حماية الشركاء الأصليين الذين جمعت بينهم القرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية من الأجنبي الدخيل عنهم، تجنباً لاطلاعه على أحوال الشركة ولماذا يترتب عن تدخله من ارتباك لهم سواء إثناء قيام الشركة بينهم أو بعد تصفيتها وهذا ما جعل المشرع الجزائري يقوم بتبنيه هو الذي استمد من القانون الفرنسي وبالضبط نص المادة 841 التي تنص على: "ورثة المتوفى أو احدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص من غير ورثة المتوفى ولو كان قريباً منها، تنازل إليه احدهم عن حصته في الميراث وذلك بان يرد إليه ما دفعه ثمناً للحصة المبيعة ."

-1- شروط الاسترداد:

- أن يصدر البيع من احد الشركاء على الشيوخ.

-أن يصدر هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار.

-أن يقع البيع إلى أجنبي عن الشركاء.

-أن يكون المسترد احد الشركاء.

-2-إجراءات الاسترداد:

تتمثل في ميعاد وكيفية الاسترداد حيث نصه المادة 721 من القانون المدني على انه: " للشريك وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيعة أو من تاريخ إعلامه ". من خلال النص يتضح لنا أن هناك فرضيتان أولهما أن يقوم الشريك في الشيوخ المتصرف في حصته الشائعة كاملة أو جزء منها، بالبيع إلى أجنبي بإعلام باقي الشركاء بتصرفه .

<sup>1</sup> -يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، الصفحة 83.

ويكون ذلك إما كتابه أو شفاهة ، وإما لا يقوم بذلك ويكون حساب الميعاد من تاريخ علم الشركاء أو احدهم بالتصرف.

إذا وبعد النظر عن عدم إلزامية المشرع المتصرف والمتصرف إليه بإعلام باقي الشركاء بالتصرف ، فإن ميعاد ممارسة حق الاسترداد الحصة الشائعة محل التصرف بالبيع يكون خلال مده شهر من تاريخ العلم ، وإلا سقط حقهم في ذلك .

إما بالنسبة للكيفية التي يتم بها الاسترداد، يتم بواسطة التصريح ويبلغ إلى كل من البائع والمشتري(الأجنبي المتصرف إليه) ، وهذا بحسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري، ويستفاد من ذلك أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معين لهذا التصريح.

-3- آثار الاسترداد :

يترتب على الاسترداد نتائج هامة، تقتضي دراستها التفارقة بين آثار المترتبة في العلاقة بين الطرفين:

أ- العلاقة بين المسترد والمسترد منه:

-التزام المسترد بدفع الثمن الذي باع إلى البائع.

-التزام المشتري برد الثمار التي تحصل عليها منذ البيع إلى تمام الاسترداد.

-سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة بين البيع والاسترداد<sup>1</sup>.

-لا يلتزم المشتري بأي ضمان تجاه المشترك .

<sup>1</sup>- رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، الصفحة 99 .

ب- العلاقة بين البائع والمشتري: تزول العلاقة بين البائع والمشتري بأثر رجعي ويترتب على ذلك ما يلي:

-زوال كل الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع، لأنها أصبحت المسترد ولا يجوز للمشتري أن يطالب البائع بأي حق من الحقوق التي كان قد اكتسبها بموجب عقد بيع.

-زوال كل الالتزامات التي تقع على ذمه المشتري تجاه البائع. لأنها أصبحت شاغله فلا يجوز للبائع مطالبه المشتري بدفع الثمن وإنما يطلب المسترد بذلك .

- رجوع علاقة البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع.

ج- العلاقة بين مسترد والبائع : يتحمل المسترد اتجاه البائع كل ما يترتب من العقد من حقوق والتزامات لأنه هو الذي أصبح خلفا له ويترتب على ذلك<sup>1</sup>:

-التزام المسترد بأداء الثمن للبائع إذا لم يكن المشتري قد أداه له.

-التزام البائع بنقل الملكية إلى المسترد.

إلا أن حق الاسترداد قد تعرض للمعارضة الشديدة من قبل الشراح القدامى وكذلك المستحدثون الذين كانوا أقل تهجما من عده جوانب:

فواصفوه بالتعسف والمساس بالأمن القانوني والاعتداء الصارخ على الملكية الفردية، ومخالفه واضحة لمبدأ حرية التعاقد<sup>2</sup>، و نتيجة لهذه الانتقادات قام المشرع الفرنسي بإلغاء نظام الاسترداد الوراثي وإحلال محله نظام آخر قريبا منه يعرف بالشفعة وهو نظام وقائي يلزم الشريك على الشيوخ بإعلان شركائه بمشروع تصرفه قبل تقريره، نحدد لهم مده معينه

<sup>1</sup>-مخازني فايضة ، المرجع السابق ، الصفحة 72.

<sup>2</sup>- عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، الصفحة 134.

الإبداء رغبتهم في الحلول المحلل الأجنبي، و بنفس الشروط و الثمن الذي كان سيتم به التصرف، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الأتي .

ثانيا: حق الشركاء في ممارسه حق الشفعة.

تعتبر الشفعة الطريق الثاني الممنوح للشركاء على الشيوع لطرد الأجنبي من بينهم. وحلول محله في التصرف وهي بما تمثله من قيد على حرية التعاقد، نص المشاريع الجزائري على الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري حيث تتضمن تعريفها بأنها: " رخصه تجهيز الحلول المحل المشتري في بيع عقار."

كما تضمنت المادة 795 من القانون المدني الجزائري: " يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة لإحكام ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية :

-لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

-للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها."

لقد أقرت المحكمة العليا في قرار لها رقم 402638 المؤرخ في 09 فيفري 2007 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 1 لسنة 2008 ، صفحه 193، المبدأ انه: " لا شفعه بعد القسمة النهائية " بحق الشريك يثبت للملك على الشياح قبل القسمة النهائية، وللمالك على الشياح أن نستعمل حقه في الشفعة متى تصرف شريكه في جزء من الملكية العقارية و لا يهم الشياح إذا كان عن طريق الإرث أو عن طريق الشر إذ يستوي الشريك في الشيوع عن طريق الإرث ما الشريف في الشيوع عن طريق الشراء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد التاسع . الصفحة 542.

1- شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع :

تثبت الشفعة للملك الرقبة إذا بيع كل أو بعض حق الانتفاع المناسب للرقبة، وهنا تؤدي الشفعة إلى كسب حق الانتفاع وتحقق بذلك الملكية التامة للشفيع وبهذا تتجمع عناصر الملكية بيد الملك، وتثبت الشفعة في كل حق الانتفاع أو بعضه، بمعنى أنا مالك الرقبة له أن يطالب بالشفعة إذا كانت الشفع لعه شركاء ادهم حصته الشائعة ولو كان المشتري احد الشركاء<sup>1</sup>.

2- شفعه الشريك في الشيوخ:

إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي وجب توفر شروط ما هي شروط خاصة بالشفعة والمتمثلة في ما يلي:

يجب أن يكون الشفيع شريكا على الشيوخ في العقار المبيع ذاته أما الشريك في الجدار الفاصل بين ملكه والعقار المبيع فلا يعد شريك وأيضا بالنسبة للشريك في مجرى أو قناة أو الطريق المشترك بين العقارين.

يجب أن يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع فإذا تمت القسمة وباع احد المتقاسمين نصيبه فلا يحق للمتقاسم الآخر أن يشفع في هذا النصيب باعتباره شريك لأنه بمجرد وقوع القسمة يزول عنه وصف الشريك.

يجب أن يكون البيع لأجنبي فإذا كان المشتري احد الشركاء فلا يجوز لباقي الشركاء طلب الشفعة.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور ،الحقوق العينية الأصلية ،دار الجامعة ،الصفحة 206.

- يجب أن يكون البيع لحصة شائعة وهذا لا خلاف فيه فيما باع احد الشركاء نصيبه مفرزا، وذهب بعض الفقهاء إلى إن هذا التصرف صحيح التصرف الحصة الشائعة تعادل قدر المتصرف فيه وقد تبنت محكمه النقد المصرية هذا الرأي .

وذهب فريق آخر إلى القول بعدم جواز الشفعة إذا باع احد الشركاء نصيبه مفرزا، قبل القسمة باعتبار هذا البيع يعتبر غير النافذ في حق الشركاء، ولا يعتبر البائع شريكا مع الشركاء البائع لذلك تنتفي الحكمة من الشفعة في هذه الحالة<sup>1</sup>.

### 3- شفعة المنتفع في ملكه الرقبة:

تثبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وإذا كان حق الانتفاع لعدة أشخاص وبيعة الرقبة كلها كان لهم مجتمعين أن يشفع في المبيع، كل بقدر نصيبه، وإذا طلب الشفعة احد هؤلاء لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا بقدر نصيبه وهذا إذا كانت الصفقة قابله للتجزئة، أما إذا كانت غير قابله للتجزئة فلا يجوز للمرتفع الأخذ بالشفعة ولا الجزء من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ولا كل الرابع الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها<sup>2</sup>.

### 4- إجراءات حق الشفعة :

تأخذ الشفعة بطريقتين إما بالتراضي، إما عن طريق القضاء، فأخذها بالتراضي يعني تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لمصلحة الشفيع، ويحل بهذا الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وفي هذه الحالة لا يتم اللجوء إلى القضاء.

أما في حالة عدم حدوث هذا التنازل فلا يكون أمام الشفيع سوى رفع دعوى قضائية للحصول على حقه، في الشفعة مرورا بعده إجراءات أساسيه فمن المعلوم أن الشفعة مبنية أساسا على إجراءات وفقا للقانون المدني الجزائري فالمشروع أوردها كالاتي:

<sup>1</sup>نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة عملا و علما ،الصفحة 15.

<sup>2</sup>عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، الصفحة 357،

أولاً: الإنذار الرسمي وإعلان الرغبة.

نص المادة 799 من القانون المدني الجزائري على انه: " على من يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري ، في اجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزداد على ذلك الأجل مده المسافة أن اقتضى الأمر ذلك "

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري علق الإعلان بموجب توجيه إنذار إلى الشفيع من طرف البائع أو المشتري وعليه سنتكلم أولاً عن الإنذار الرسمي ومن ثم إعلان الرغبة .

- الإنذار الرسمي:

لقد ألزم مشرع الجزائري كل من البائع والمشتري اتخاذ هذه الإجراءات وعدد ما تفتح إجراءات الشفعة به بغرض اختار الشفيع بوقوع البيع، الذي يجوز فيه حتى يتمكن الشفيع من تدبير أمره فإذا أعلن رغبته فيها، ولا فلا وهذا الإنذار يوجه أما البائع أو المشتري و يكفي أن يوجهه احدهما في حالة تعدد الشفعاء ،وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم و يجب أن يكون هذا الإنذار رسمياً على يد محضر قضائي ،فالإنذار الشفوي أو المكتوب لا يكفي أن لم يكن رسمياً .كما نصت المادة 800 من لقانون المدني الجزائري على البيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي.

-إعلان الرغبة:

يجب على الشفيع أن يعلن رغبته في اخذ بالشفعة بمجرد وصول الإنذار الرسمي إليه، حيث نصت المادة 801 من قانون المدني الجزائري على انه: " يجب أن يحدث هذا الإعلان بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابه الضبط وإلا كان هذا تصريح باطلا ولا يحتاج به ضد الغير

إلا إذا كان مسجلا". وللشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذاره وله أيضا أن يرفع دعوى الشفعة ويودع الثمن بخزنه المحكمة، وبهذا تقوم العريضة مقام إعلان الرغبة .

ولكن هناك وقت محدد لإعلان الرغبة و يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا ما انذر الشفيع بوقوع الشفعة فعليه أن يعلن رغبته خلال 30 يوم من يوم الإنذار، وإذا لم ينذر من طرف البائع أو المشتري بوقوع البيع خلال 30 يوم بوقوع البيع فعليه أن يعلن رغبته خلال 4 أشهر من وقت تسجيل البيع، مع العلم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، وفي حاله لم ينظر الشفيع ولم يسجل البيع فله أن يعلن رغبته خلال 15 سنة من تمام العقد البيع وهذه هي مدة التقادم .

ثانيا: إيداع الثمن ورفع الدعوى.

وتعد هذه المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة فبعد أن يعلن الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة عليه أن يباشر باقي الإجراءات وفي الميعاد الموحد حتى لا يسقط حقه في الشفعة و تشمل هذه المرحلة على إجراءين وهما كالتالي:

1- إيداع الثمن بخزنه المحكمة: نص المادة 802 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على انه: " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوم على الأكثر من تاريخ التصريح بالشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى اشرف فان لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة ."

وجب إيداع الثمن لدى الموثق خلال 30 يوم من تاريخ التصريح بالرغبة بالأخذ بالشفعة ويجب أن يتضمن الإيداع الثمن والمصاريف حسب ما نصت عليه المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - عيشور علي ، الشفعة بين الشريعة و القانون ، الصفحة 37.

-2-رفع الدعوى:

نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار في اجل 30 يوم من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق."

إذا ترفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري ورفعها على احدهما دون الآخر يؤدي إلى سقوط حق الشفعة، فيلزم لقبولها اختصام البائع والمشتري والشفيع مهما تعدد في جميع مراحلها، ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، كما أن دعوى الشفعة تعتبر من دعوى العينية لان الشفيع يطالب بملكيه العقار المشفوع فيه كسب من أسباب الملكية، وهو الشفعة وعلى هذا فان المحكمة المختصة في نظر في الدعوى الشفعة هي محكمة الواقع في دائرتها العقار المشروع فيه حسب المادة 802 من قانون المدني الجزائري.

كما أن دعوى الشفعة يجب أن ترفع خلال 30 يوم من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا تم إعلان البائع في يوم والمشتري في يوم آخر يبدأ الحساب من آخر يوم على أن لا يتجاوز ميعاد 30 يوم من تاريخ الإعلان، وإلا سقط الحق في الشفعة وقد يرفع الشفيع دعوى على بعض البائعين دون البعض الآخر إذا كانوا متعددين لعدم علمه بهم ، ولو بعد فوات الميعاد القانوني وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها الصادر في 16 جوان 1999 الملف رقم 186433.

الحكم الفاصل في دعوى الشفعة:

تنص المادة 803 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكيه الشفيع دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري."

وبالتالي فان الحكم النهائي بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكيه الشفيع العقار المشروع فيه وعليه فان هذا الحكم يغنيه عن إبرام عقد مع البائع ويجب على الشفيع تسجيل الحكم وشهره وفقا ما نصت عليه المادة 793 مضمونها بالشهر تنتقل الملكية العقارية وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها في قرار لها الصادر في 07 فيفري 1994 الملف رقم 30840.

يعتبر الحكم الفاصل في دعوى الشفعة حكما كاشفا على حلول الشفيع محل المشتري فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد لمصلحه الشفيع.

## المبحث الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع

قد يقوم الشريك بتحديد جزء معين من المال الشائع يعادل حصته فيه أو يقل عنها. وذلك من تلقاء نفسه ودون الرجوع إلى باقي الشركاء، ثم يقوم بتصرف في هذا الجزء إلى الغير فما هو حكم التصرف في هذه الحالة ؟

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري على انه: "إذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى متصرف بطريق القسمة، المتصرف إليه الحق في إبطال التصرف ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

من خلال هذه المادة القانونية وجب التمييز بين حالتين، الحالة الأولى التي يكون فيها المتصرف إليه يعتقد أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا ، والحالة الثانية التي يكون فيها المتصرف إليه على أن البائع يملك المبيع شائعة، سنتطرق للحالتين موضحتين من خلال المطالبين التاليين.

### المطلب الأول : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا .

إن مؤدي التصرف في جزء مفرز، هو أن الشريك في العقار الشائع يحدد جزء مفردا من العقار الشائع بمقدار حصته متوقعا أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيبه بعد القسمة، ومثال ذلك أن شريكين يملكان أرضا بنسبة النصف في الشيوع، فيقوم احدهما بتحديد جزء من تلك الأرض على أنها تشكل حصته بمقدار النصف، فيقدم على التصرف فيه لفائدة شخص آخر، وهذا الأخير يجعل بان البائع يملك الجزء المبيع مفردا في العقار الشائع، ولتبيان حكم ذلك لابد من تبيان حكم تصرف الشريك في جزء من العقار الشائع في حاله

التي يكون فيها المشتري يجهل أن الشريك يملكه، وحكم ذلك قبل قسمة العقار الشائع و بعد قسمته.

**الفرع الأول : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل القسمة .**

فيكون المتصرف إليه في هذه الحالة وقع في الغلط بتوهمه الأمر على خلاف الحقيقة فيما يتعلق بصفه مؤثره في الشخص المتعاقد إلى جانب الغلط في صفه الجوهرية في الشيء ويجوز له بالتالي المطالبة بإبطال العقد لما شاب إرادته من عيب الغلط.

وبناء على قاعدة عدم جواز إبطال العقد للغلط بما يتعارض مع حسن النية، فانه لا يحكم ببطلان العقد إذا اختص الشريك المتصرف بمقتضى القسمة أو لأي سبب آخر بالجزء المفرز المتصرف فيه، أو صدر قرار من سائر الشركاء المشتاعين لهذا التصرف .

كما يجوز للمشتري لا يطالب بإبطال العقد وإنما يجيزه حسب ما ورد في نص المادة 100 من القانون المدني بقولها: "يجوز حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير". فإذا ما أجاز المشتري العقد أصبح صحيحا و وغير قابل للإبطال ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في الغلط، أو مشتري يعلم أن الشريك البائع يملك المبيع شائعا وليس مفرزا.

للقواعد العامة النصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، على أن يقدم ذلك الطلب قبل القسمة لأنه غير ملزم بانتظار القسمة والنتيجة القضاء المقارن الذي اخذ بالرأي القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان علما بحاله الشيوع<sup>1</sup>.

ويستنتج من خلال ما تطرقنا إليه أن في حاله ما إذا كان المشتري يعتقد أن الشريك البائع يملك المبيع قبل القسمة فانه يكون أمام حلين وهما كالآتي:

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،حق الملكية ،المجلد 8،الصفحة 870.

-أولهما: المطالبة بإبطال العقد الذي بموجبه تم تصرف لوقعه في الغلط الجوهري ،لأنه لو كان على علم بان بائع لا يملك المبيع مفرزا، لما أقدم على هذا التصرف وهي صفة جوهرية في محل البيع، وانه غير ملزم بانتظار القسمة ونتيجتها حسب القواعد العامة في المادة 81 قانون المدني وما بعدها.

-ثانيهما: أن يقوم المشتري بإجازة التصرف صراحة بإعلان ذلك وموافقته على إتمام إجراءات البيع، أو ضمنا بقيامه بإجراءات التسجيل والشهر ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد ذلك المطالبة بإبطال البيع الذي أخذ حكم البيع الصحيح، الصادر لمشتري يقر بان بائع يملك المبيع شائعا وليس مفرزا،حسب ما نصت عليه القواعد العامة في المادة 100 من قانون المدني الجزائري.

**الفرع الثاني : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد القسمة .**

إن كون المشتري يجهل أن البائع يملك المبيع مفرزا، بعد قسمه العقار الشائع يكون في إحدى صورتين:

أ- الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع:

وفي هذه الحالة يتحقق الاعتقاد المشتري، وبذلك يخلص له الجزء المشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الأماكن العقارية، تسجيل وشهر بالمحافظة العقارية، حين لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد بالغلط ، ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذي قصد إليه المشتريين، وذلك من نصت عليه المادة 85 من قانون المدنية الجزائري على انه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ويبقى بالأخص ملزم بالعقد،قصد إبرامه إذا اظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ العقد."

وبذلك نقول انه في هذه الصورة أو الفرضية، وهي التي يقع فيها الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، أن الأمر لا يطرح أي إشكال وذلك بتحقيق الهدف من

العقد بإمكانية تنفيذه من نقل ملكية الجزء المبيع وذلك لتسليمه للمشتري الذي لا يستطيع أن يحتج بالغلط لأجل إبطال العقد.

ب- الجزء المفرز لا يقع في نصيب الشريك البائع:

-إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع من العقار الشائع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فإن اعتقاد المشتري بان الشريك تملك هذا الجزء مفردا لم يتحقق ، وبالتالي يجوز له إبطال العقد للغلط تبقى للقواعد العامة على النحو الذي رأيناه سلفا غير أن بعض الفقه يرى بأنه، إذا لم يقع جزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة فإن المشتري لا يجبر على قبول الآخر الذي وقع في نصيب البائع ومن ثم، جاز له طلب فسخ العقد أو إبطاله على أساس انه صدر من غير مالك وتطبق في ذلك أحكام بيع ملك الغير<sup>1</sup>.

ولكن حسب ما هو منصوص عليه في نص المادة 714 من قانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية التي تعطي للمشتري حق الخيار في قبول البيع إذا أجازته، وبالتالي ينتقل حقه في الجزء الذي وقع في نصيب البائع ، بأثر رجعي أي يعتبر مالك له من وقت البيع لا من وقت القسمة، كما له أن يطالبه بإبطال البيع بسبب الغلط الجوهرى الذي وقع فيه نتيجة اعتقاده بان الشريك البائع الذي يملك الجزء المبيع مفرزا، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المقارن استقر على انه إذا حاز المشتري الجزء المبيع الذي اشتراه على أنه مفرزا وتوفرت فيه شروط الحيابة لاسيما ألمقرره للتقادم المكتب القصير والمحدد ب 10 سنوات في القانون المدني الجزائري، فإنه يمكن تملكها لتوفر سبب الصحيح وهو عقد البيع(سند صحيح) ، الصادر له من الشريك الذي لا يملك المبيع مفرزا ولا توفر حسن النية في الشخص المشتري الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون لباقي الشركاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،حق الملكية ،المجلد 8،الصفحة 876.

<sup>2</sup> - أنور طلبة ، الملكية الشائعة ،الطبعة 2004،الصفحة 42.

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

إن تصرف الشريك في حصته أو جزء مفرز من العقار الشائع لفائدة المتصرف له، والذي يعلم بان الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا وإنما يملكه شائعا، متوقعا على غرار البائع أن المبيع سوف يقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، يترتب عنه أن تخلص ملكيه المبيع للمشتري بفضل الأثر الكاشف للقسمة، ولا يكون المشتري بذلك واقع في الغلط وبالتالي فإنه لا يحتج بالإبطال التصرف، إن الأمر يختلف بين ما إذا كان التصرف صادرا قبل القسمة أو بعدها فإننا سنتعرض إلى الفرضيتين في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا.

من خلال ما سبق ذكره في نص المادة 714 من قانون المدني الجزائري لم تبين الحكم في الحالة التي يقوم فيها الشريك بتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة، معتقدا بان ذلك سوف يقع في نصيبه بعد القسمة واكتفى المشرع بتبيان حكم التصرف بعد قسمه العقار الشائع.

وإعماله لقواعد العامة في هذا الإطار، فإنه إذا باع الشريك في الشيوع جزء مفردا في العقار الشائع قبل القسمة، فإنه قد باع ما يملك وما لا يملك ما يملك هو حصته الشائعة في العقار وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في الشيوع.

وهنا البيع أو التصرف يقع صحيحا في ما بين المتصرف والمتصرف إليه عن طريق الأثر الكاشف للقسمة، ولكنه في الوقت نفسه يكون التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء في ما يتعلق بحصتهم الشائعة في الجزء المفرز محل البيع، لأن الشريك البائع تصرف أو باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعا في غلط جوهرى الذي من شأنه التأثير على إرادته في قبول التصرف، بمعنى لو كان على علم بالغلط لما أقدم على التعاقد لا بالنسبة إلى حصة الشريك، أو حصة السائر الشركاء في الشيوع في الجزء المفرز محل البيع بحكم أن البيع في

هذه الحصة هو بيع ملك الغير ذلك أن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير كونه يحتمل أن تقع تلك الحصة في نصيب الشريك البائع عند القسمة وتعتبر بذلك مملوكة بفضل الكاشف للقسمة، وعندها لا يكون قد تصرف أو باع ملك الغير.

بالإضافة إلى أن المشتري هو يعلم أن البائع لا يملك كل جزء يكون قد ارتضى شراء ما سترتكز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة، وبذلك يكون البيع صحيحا ونفذا فيما بين البائع والمشتري في كل الجزء المفرز محل البيع.

غير أنه يجوز للشريك أو سائر الشركاء على الشيوع إذا ما أنكر عليهم المشتري حقهم في حصتهم الشائعة في الجزء المفرز المبيع أن يطالب أو يطالب عن طريق دعوه الاستحقاق هذه الحصة الشائعة في الجزء المفرد المبيع.

كم يجوز للشريك الآخر أن يقر أو يجيز البيع الصادر عن أحد الشركاء في الشيوخ لجزء مفرز في العقار الشائع، وبذلك يصبح البيع نافذا في حقه في حصة الشائعة وتتحقق بذلك ملكيه الجزء المفرد المبيع للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية.

**الفرع الثاني: حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفردا بعد القسمة.**

أما هذا فممكن أن يتحقق بأحد الاحتمالين، أولهما أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وعند إذن يكن الشريك قد أدى ما عليه ، و بالتالي لا يطرح أي إشكال ، أما الاحتمال الثاني هو أن يقع في نصيب الشركاء الآخرين في الشيوع ، في هذه الحالة الأصل أن القواعد العامة لا تجبر المشتري على قبول الجزء المفرز، الذي آل إلى الشريك البائع و هو الجزء الذي لم يكن محلا للبيع ، و من حقه أن يطالب بفسخ العقد أو يبطله .

غير أن أحكام المدة 714 من القانون المدني الجزائري المذكورة سلفا ،أقرت بحكم خاص بذلك ، و جاء في معناها أن ملكية الجزء المفرز الذي لم يكن محلا للبيع ووقع في نصيب البائع بعد القسمة تنتقل إلى المشتري ، ويحل بذلك هذا الجزء المفرز حلولا عينيا محل

الجزء المفرز الذي كان محلا للبيع ،ذلك تأسيسا على أن المشتري ، و هو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء مفرزا ، يكون قد قبل مسبقا شراء ما سترتكز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

## المبحث الثالث: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله .

تحدثنا فيما سبق أن تصرف الشريك في المال الشائع. على أنه قد ينصب على حصة شائعة أو على جزء مفرز من المال المملوك على الشيوع.

وقد ينصب تصرف الشريك في كل المال الشائع<sup>1</sup>، وهو ما نقوم بالحديث عنه في هذا الموضوع، من خلال تصرف الشريك في كل المال الشائع في القانون المدني الجزائري والمصري واللبناني.

إلا أنه لم يتعرض لا المشرع الجزائري ولا المصري ولا اللبناني إلى حكم تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع، مما أدى لبعض الشراح إلى إعتبار ذلك بدا بتطبيق القواعد العامة، فيما ذهب آخرون إلى القول بتطبيق أحكام المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، المتعلقة بتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع ، بحجة أن المشرع أورد لفظ "جزء" دون أن يشترط مساواة هذا الجزء لحصته الشائعة ، فيجوز أن يفوقها.

### المطلب الأول: حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله.

للتأكد من صحة الآراء المذكورة سلفا ومناقشتها وجب البحث عن الحكم الصحيح لتصرف الشريك في كل العقار الشائع لذا وجب التطرق إلى دراسة حكمه اتجاه طرفي التصرف وكذا اتجاه الشركاء الاختلاف الأول عن الثاني.

### الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في كل العقار الشائع بين طرفيه.

ذهب فقهاء القانون حول مسألة حكم تصرف الشريك في العقار الشائع إلى اتجاهين وهما كالاتي:

<sup>1</sup> - احد فلاح عبد البخيت ، الملكية العقارية الشائعة في الفقه الإسلامي و القانون دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2012، الصفحة 160.

أ- الاتجاه الأول: تصرف الصادر من المالك بقدر حصة المتصرف، ومن غير المالك بقدر حصص الشركاء<sup>1</sup>.

و الذي يرى بان الشريك على الشيوع إذا تصرف في كل المال الشائع، أو في جزء مفرز منه يزيد عن حصته، فانه يكون قد تصرف في ما يملك بقدر ما يوازي حصته، وفيما لا يملك بقدر يوازي حصص الشركاء الآخرين، سيكون صحيحا نافذ بين طرفيه في كل المال الشائع ، غير انه يكون قابل للإبطال لمصلحه المتصرف إليه، إذا كان الغير على علم بحالة الشيوع واعتقد أن ملكيه المتصرف مفرزة، وذلك على أساس الغلط لأنه يعتبر واقعا في الغلط، في صفة جوهرية في الشيء المبيع.

أو في ما يعادل حصص باقي الشركاء، على أساس التصرف في ملك الغير، سواء أكان عالما بالشيوع أو غير عالم به، مع مراعاة ما تنص عليه المادة 104 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، التي تقابلها المادة 143 من قانون المدني المصري.

وتزول قابليه التصرف للإبطال إذا تمكن المتصرف من تحصيل ملكيه المال الشائع كاملة له، أما إذا لم يتمكن من ذلك وتمت القسمة، تختص بجزء مفرز فقط فان تصرف يستقر عليه نهائيا على أساس حلول العين وتبقى قابليه الإبطال قائمه ، وقد كان لهذا الاتجاه جملة من الانتقادات منها:

-تستحيل التسوية بين ملك الغير وملك على شيوع، لان مقتضى الأول أن لا يكون المتصرف مالكا للمال المتصرف فيه، وهو ما يخالف الحالة الثانية، إذا المتصرف مالك لم

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح التأمينات الشخصية و العينية ،المجلد الثامن ، المرجع السابق،الصفحة 879.

<sup>2</sup> - تنص على انه : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ،فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين هذا العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ،فيبطل العقد كله "

يتصرف فيه غاية ما في الأمر انه لا يملكه وحده، وإنما يشاركه فيه ملاك آخرون لهم نفس الواجبات والحقوق التي يتمتع بها<sup>1</sup>.

-إن التسليم بمنطق هذا رأي يناقض ما ذهب إليه بعض أنصاره الذين يمنحون باقي الشركاء حق طلب إبطال تصرف شريكهم على أساس بيع ملك الغير، في حين تقضي قواعد هذا الأخير بمنح حق الإبطال للمتصرف إليه فقط، وهو ما جعل البعض الآخر لا يقرون لهم بذلك ويمنحونهم حق الاستحقاق فقط.

-لا ينسجم ما حكم التصرف في جزء مفرز من المال الشائع النصوص عليه في المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تجهز التصرف في جزء مفرز، دونما اشتراك لمساواة الجزء المتصرف فيه للحصة الشائعة التي يملكها المتصرف، قد تزيد عنها ولا يوجد في المادة ما يوحي بعدم تطبيقها في هذه الحالة<sup>2</sup>.

-لقد سلم أنصار هذا الرأي بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الشركاء كوسيلة للحد من تجاوز الشريك المتصرف لسلطاته، وفي ضوء هذا يمكن القول أن التصرف صحيح، والمسألة تتعلق بنفاذه لا بانعقاده، فهو صحيح تتصرف في مال الشائع وليس في ملك الغير، لكنه غير نافذ في حق الشركاء.

-يتعارض مع نص المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، لأنها تعطي حق طلب الإبطال على أساس الغلط، مما يدل على أن المشرع لا يعتبر التصرف تصرفاً في ملك الغير .

-إذا كان أنصار هذا الرأي يرون ضرورة تطبيق القواعد العامة لعدم تنظيم المشرع لحكم هذا التصرف، فإن هذا لا يجوز أن يخالف القواعد العامة المتعلقة بالشيوع.

<sup>1</sup>- حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، الصفحة 173.

<sup>2</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، الصفحة 146.

ورغم كثرة الانتقادات، فقد مال لهذا الرأي غالبية الشراح فيما مال بعضهم إلى تبني رأي آخر.

ب- الاتجاه الثاني: تصرف صحيح في كل المال الشائع بين طرفين، وغير نافذ في مواجهه الشركاء<sup>1</sup>.

يرى أن تصرف الشريك على الشيوع منفردا في كل المال الشائع أو في جزء مفرز يفوق حصته الشائعة التي يملكها تصرفها صحيحا ونافذ بين المتصرف والمتصرف إليه، لصدوره من المالك، ولا يمكن اعتباره صادرا من غير المالك، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية، غير انه يكون قابلا للإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهله بعدم تملك الشريك المتصرف للعين المتصرف فيها مفرزه، وذلك مقتضى قواعد العامة وما ذهبت إليه نص المادة 714 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وتبقى كذلك قبل القسمة وبعدها ما لم يتمكن المتصرف من تحصيل ملكيه المال الشائع خالصة له وحده، فان تم ذلك استقر التصرف صحيحا نافذا، وانتفت قابليته للإبطال والقول بعكس ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية، أما إذا كان اثر المتصرف إليه عالما بالشيوع، فلا يكون التصرف قابل للإبطال لانقضاء الغلط وحتى لو لم يتمكن متصرف من تحصيل ملكيه المال الشائع كلها وإختص بجزء مفرد منه فقط بموجب القسمة، و مرجع ذلك انه كان على بصيرة من أمره، وإرادته قد إتجهت إلى رضائه بما يقع في نصيب المتصرف، ولو كان جزءا فقط.

غير إن بعض الشراح يرفضون قابليه التصرف للإبطال على أساس الغلط، علم بذلك أو لم يعلم سواء قبل القسمة أو بعدها، وذلك في حيث أن المتصرف إذا كان عالما بالشيوع فليس تمت مبررا لطلب الإبطال، إذ يمكن القول أن المتصرف تعاهد على أن يبذل أقصى وسعه

<sup>1</sup> - جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، الصفحة 214.

لتحصيل المال الشائع كله، أما إذا كان جاهلا بذلك فان المسألة لا تتعلق بالغلط الذي وقع فيه وإنما هي اقرب إلى استحالة التنفيذ، إذا لم يقع المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

انتقد هذا الرأي بما انتقد به التصرف الشريف الجزء المفرز، ونميل إل أن الرأي الذي تبناه الاتجاه الثاني هو الاصول لأنه يتناسب مع طبيعة الملكية الشائعة ومع إرادة المشرع.

**الفرع الثاني : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله بالنسبة للشركاء .**

إن ورود حقوق الشركاء في الملكية الشائعة على كل ذرة من ذرات المال الشائع تجعل لهم في نفس الحقوق على نفس العين، فإذا تصرف احدهم فيما كان تصرفهم صحيحا بين طرفيه، لكن المشكلة الحقيقية تتعلق بتجاوزه حدود سلطته مع شركائه، وهي الحالة التي تسبب لهم ضررا أكيدا وهو ما سيقودنا إلى التساؤل عن حكم هذا التصرف في مواجهتهم؟

تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على انه: " كل شريك في الشبوع يملك حصة وله أن يتصرف فيها، وان يستولي على ثمارها وان استعملها بحيث لا يلحق ضررا بحقوق السائر الشركاء".

وعلى أساسها فان المشرع الجزائري كما المصري واللبناني، قد وضع قاعدة عامة تقضي بان كل عمل من أعمال التي يقوم بها الشريك منفردا على الشيء الشائع ويترتب عليه على المساس بحقوق الشركاء يكون غير نافذ في حقهم، لذلك فالشريك إذا تصرف في كل المال الشائع مهما كان طبيعة التصرف، لأنه لم يقيد بمقدار الحصة الرمزية الشائعة على المال المتصرف فيه، فيكون غير نافذ في حقهم غير أن عدم هذا لايد من انسحابه مع الضرر، فلا يكون إلا فيما يعادل حصص الشركاء في حين ينفذ فيما يتعلق بحصة الشريك المتصرف.

ويسري هذا الحكم على التصرف قبل القسمة وحتى بعدها، حيث يستقل كل شريك بحصته مفرزه وتخلص له ملكيته خاليه من كل ما أبداه احد الشركاء قبل القسمة، على ما سبق أجمع

تقريباً شرح القانون ، و إن كان منهم من يرى بأن أساس عدم نفاذ ليس المادة 714 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

ولكن أيضاً المادة 197 من قانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 466 من القانون المصري ،والمادة 835 من القانون الموجبات والعقود اللبناني ومرجع ذلك أنهم يعتبرون تصرف الشريك في كل المال الشائع التصرف الشريك ما يملك وفي ما لا يملك.

### المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في كل العقار الشائع.

إذا ما تصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع كله لفائدة شخص ما يبيعه مثلاً سواء كان هذا الأخير يعلم أو يجهل أن الشريك البائع يملك أو لا يملك العقار كله مفرداً أو في الشيوع، فإن باقي شركاء يعتبرون من الغير في التصرف "البيع" الذي أبرمه الشريك ذلك بالنسبة لحصصهم الشائعة في عقار الشائع، ولا يكون البيع نافذ في حقهم باستثناء حصة الشائعة التي للشريك البائع بمعنى أن البيع ينفذ في حق باقي الشركاء بالنسبة الحصة الشائعة التي تعود للبائع فقط، وبظل البيع غير نافذ في حقهم بالنسبة لحصصهم الشائعة، وذلك بان يحل المتصرف إليه "المشتري" محل الشريك البائع في حصته الشائعة، ويصبح شريكاً مع سائر الشركاء ويترتب على ذلك، أنه لا يمكن لأي شريك أن يعترض للمشتري في حصته الشائعة، أو يطالب بإبطال البيع أو يدعي استحقاقها ويأخذ هذا التصرف حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة، ذلك أنه يعتبر قد تصرف فيما لا يملك وما لا يملك، وعلي تطبيقاً للقواعد العامة لأحكام البيع فإن حقوق السائر الشركاء لا تتأثر بالتصرف مهما كان نوعه، ولا يكون نافذاً في حقهم بالنسبة إلى حصصهم الشائعة، إلا إذا اقرروا ومتى اقرروا ذلك فإن البيع أو التصرف ينتج أثره بنقل الملكية طبقاً للقانون.

وفي حاله إنكار متصرف إليه "المشتري" مثلاً حق سائر الشركاء في حصصهم الشائعة في العقار، فإن لهؤلاء حق رفع دعوى الاستحقاق على كل من المشتري والشريك البائع للمطالبة

باستحقاقهم لحصصهم الشائعة وذلك بموجب دعوى الاستحقاق والتي سنتعرض لها في ما يلي:

### الفرع الأول: مفهوم دعوى الاستحقاق وشروط رفعها وأطرافها.

إن الحق مهما كان طبيعته لا يكون له وجود قانوني، ما لم تكن هناك وسيلة قانونية تحميه فالحق من مجرد إذن من الدعوى القضائية، يكون له وجود مادي دون وجود قانوني، ولما كانت دعوى الاستحقاق هي أهم الدعاوى القضائية وأهمها في الواقع العملي وعليه يمكن تعريف دعوى الاستحقاق كما يلي:

#### 1-تعريف دعوى الاستحقاق:

-الاستحقاق لغة هو أضافه الشيء لمن يصلح به وله عليه حق ، يقال استحق فلان كذا استوجبه.

-أما الاصطلاح الفقهي عرفه بان " الاستحقاق هو رفع ملك الشيء بثبوت ملكه قبله بغير عوض القضاء بتقرير الملك السابق بعد إلغاء اليد الحالية أو الملك الحالي"، وعرفه اتجاه من الفقه بما يلي: " دعوى الاستحقاق معناها المعروف هي الدعوى التي يطالب فيها بملكه العقار... التي يرفعها الملك على الحائز... كدعوى الاستحقاق التي يرفعها الملك ضد الوارث الظاهر، وفي نفس الاتجاه تم تعريفها على أساس: " الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد الحائز إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع."

الاستحقاق إذا هو انتزاع الشيء من يدي حائزه، بظهور مالكة الحقيقي ودواء الاستحقاق هي تلك الدعوى التي يكون محلها المطالبة بملكه الشيء، فهي دعوى عينية يطالب فيها المدعي بملكه الشيء، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع أن يرفع هذه

الدعوى على الغير، وفي المقابل هناك دعوى الحيازة التي يطالب فيها المدعي إما باسترجاع الحيازة أو حماية الملكية خاصة إذا توفرت شروطها الشرعية<sup>1</sup>.

-2- شروط دعوى الاستحقاق:

-تعيين أطراف الدعوى.

-بط موضوع الدعوى وتصويرها للمحكمة بكل وضوح.

-تعيين المدعى فيه تعيين كافي.

-الإشارة في المقال إلى الحجج التي ينوي المدعي استعمالها لإثبات حقه.

-تعليق وقائع الدعوى.

-حصر المطالب التي يريد المدعي الفصل فيها.

-توقيع المقال والذي يطفى عليه الصيغة الشرعية والقانونية.

بتوفر الشروط المذكورة سلفا يتم قبول الدعوى شكلا ، أما في الموضوع فانه يخضع لقواعد

الفصل الموضوعية النصوص عليها في النصوص الفقهية واجتهادات القضائية.

-3-أطراف دعوى الاستحقاق:

دعوى الاستحقاق تخضع للقواعد العامة برفع الدعاوى ، حيث الاختصاص فيها لمحكمة

موقع العقار لكونها دعوى عينية لها طرفين المدعي والمدعى عليه.

<sup>1</sup> - دعوى الاستحقاق تعريفها وشروطها ، 19:06 ، 2019/12/20 ، [http //university life style/net](http://university life style/net)

- أولاً: المدعي.

هو من يطالب بملكيه العقار، فلا يعقل أن يطالب المالك بملكيه عقار في حيازته لأنه يتطلب استحقاق عقاره عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر، أما لو كان المالك في دعوى الاستحقاق هو نفسه الحائز، من الأفضل له أن يرفع دعوى منع التعرض في الملكية، فلو استوفت حيازة المدعي للشروط المقررة قانونا كان من الأنسب أن يرفع دعوى منع التعرض في الحيازة ذلك أن الحيازة واقعه ماديه وهي أسهل من حيث وسائل الإثبات.

- ثانيا: المدعى عليه.

وهو عادة الحائز للعقار الذي وصل العقار إليه بإحدى الطرق الآتية :

-الإهمال: وهو تخلي الإرادي عن الحق أو الالتزام<sup>1</sup>، بعد إهمال المالك لعقاره بإرادته يأتي غيره ويصبح يظهر بمظهر المالك، أو يبقى العقار دون مالك<sup>2</sup>، الملك في هذه الحالة يستعده دون اللجوء إلى القضاء.

- وضع اليد من طرف الغير: وهو أن يباشر شخص هيمنته أو السيطرة المادية على شيء يملكه الغير، دون أن يبهر ذلك بأي سند خلافا للحيازة التي هدفها في نية الحائز مباشرة الحق العيني.

-حيازة الغير: دواء الاستحقاق تفترض أن المالك موجود في النزاع مع الحائز في هذه الحالة يجدر تجنب رفع دعوى الاستحقاق حتى لا يطالب بإثبات ملكيه ، لكن عمليا قد يرفع المالك دعوى ضد الحائز هذا الحائز الذي ترفع عليه دعوى الاستحقاق بذلك عن طريق

FRANÇAIS CHABAS ;LECONS DE DROIT CIVIL :TOME 2 ; -1

VOLUME :BIENS :8EME :EDITION ;PAGE 364

-2 ابتسام قرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ،قصر الكتاب ،1998 الصفحة 1.

محضر قضائي أو أنه علم بذلك، فيلجئ إلى التخلي أو التنازل عن الحيابة لشخص آخر، و بذلك يقدم دفعا بانعدام صفته كحائز ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا .

الفرع الثاني : طرق إثبات دعوى الاستحقاق .

1- آثار دعوى الاستحقاق:

إذا قضي في دعوى الاستحقاق باستحقاق المدعي للعقار المدعى بملكته ،فانه يحكم في الوقت ذاته بإلزام المدعى عليه الحائز بتسليم العقار المدعى بملكته،وإذا كان المدعي عليه قد تحصل على العقار مطالبه به بموجب عقد بيع ،ابرمه مع غير المالك ودفع له الثمن، فلا يحق للمدعي الذي استحق العقار لان هذا الأخير لم يكن طرفا في العقد وليس ملزما بالتالي بالضمان،وإنما يجب عليه أن يرجع على البائع بالثمن وبضمان الاستحقاق<sup>1</sup>، تبقى لما تقضي به القواعد العامة في ضمان البيع والمستقر عليه في الفقه أن هذا الحكم يطبق حتى ولو كان الشراء قد تم بالمزاد العلني، تنفيذا لدين ويترتب على الحكم بالاستحقاق المدعى للعقار ما يلي:

-لمالك العقار الرجوع على حائزه بما يتعلق بالثمار والمنتجات و هلاك العقار أو إتلافه حسب المواد 838، 834، 842 من القانون المدني الجزائري.

-للحائز الرجوع على مالكة في ما يتعلق بالمصروفات التي يكون قد أنفقها والمنشات التي قد أقامها حسب المواد 839، 784، 785، 784، 790 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

2- طرق إثبات دعوى الاستحقاق : إذا كانت الطرق الإثبات في دعوى الشخصية قد حددها التقنين المدني في النظرية العامة للإثبات في المواد 323 إلى 350 ، وهي الكتابة

<sup>1</sup> - شروط قبول الدعوى ،المادة 459،القانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

<sup>2</sup> - خليل احد أحسن قداة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 4، عقد البيع ، الطبعة 2001، الصفحة

والبينة والقرائن والإقرار واليمين، فإن هذه الطرق لا تصلح إلا لإثبات الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير بموجب احد مصادر الالتزام المعروفة وهي العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع أو القانون كمصدر مباشر .

أما الإثبات في الدعوى الاستحقاق فانه لا ينصب على مصدر نشوء الالتزام في ذمه الغير وإنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية أو حق عيني آخر وهي التصرف القانوني، الشفعة، الحيازة، التقادم المكتب، الاستيلاء، الميراث، وهذه الأسباب لا تثبت إلا بموجب محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لإحكام المادة 29 من القانون التوجيه العقاري التي تنص على ما يلي: " تثبت الملكية الخاصة العقارية والحقوق العينية بعقد رسم يخضع لقواعد الشهر العقاري<sup>1</sup>."

ذلك أن انتقال الملكية ليس له اثر بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا من يوم الشهر السند الذي أنشأ حق الملكية، باستثناء نقل الملكية عن طريق الوفاة، فإن الشهر يسري بأثر رجعي فتعتبر الملكية قد انتقلت إلى الورثة من تاريخ الوفاة المورد حتى ولو لم يتم إشهار الحقوق ألميراثيه بموجب الشهادة التوثيقية، بعد مده معينه من تاريخ الوفاة وذلك وفق الإحكام المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75 / 74 ، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري حيث نصه المادة 15 منه : " كل حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاه أصحاب الحقوق العينية<sup>2</sup>."

وبناء على ما تقدم فانه يفترض أن يكون للمدعي في إطار إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق أربع فرضيات، فقد يكون له دفتر عقاري، وقد يكون له محرر رسمي مشهر

<sup>1</sup> - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري .

<sup>2</sup> - الأمر 74/75، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري .

بالمحافظة العقارية، وقد يكون له محرر عرفي مسجل بمصلحه الطابع والتسجيل ثبت التاريخ قبل 1 جانفي 1971 وأخيرا، يدعي ملكيه العقار وليس له أي محرر وفي مجموع هذه الفرضية يكون المدعى عليه هو الحائز .

# الفصل الثاني

## الفصل الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع و قسمته .

لقد جاء في نص المادة 720 من القاسوس سسي «جزائري على انه:» الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع مال الشائع أن يقرر التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى الأسباب القوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي ، قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، و للمحكمة عندما تكون قسمه المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

إن التصرف في العقار الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء، لكن قد يتعذر إجماع الشركاء على التصرف في هذا العقار مع إعطاء الأقلية الغير موافقة على التصرف الضمانات الكافية، وعلى هذا الأساس سوف نتعرض في المبحث الأول إلى تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، كما سنتطرق في المبحث الثاني إلى تصرف اغلبيه كبيره من الشركاء في العقار الشائع، كما أن المبحث الثالث سيتناول مسألة قسمه الملكية العقارية الشائعة وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

المبحث الثاني: تصرف اغلبيه كبيره من الشركاء في العقار الشائع.

المبحث الثالث: قسمه الملكية الشائعة.

## المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

إن التصرف في العقار الشائع من قبل جميع الشركاء على الشيوع قد يكون منصبا على العقار الشائع كله، أو قد ينصب على جزء منه، وعليه لدراسة الحالتين وجب التطرق إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.

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

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

في حاله ما إذا اتفق جميع الملاك على الشيوع، على التصرف العقار الشائع كله، في أي تصرف سواء كان هذا التصرف ناقله للملكية كالبيع أو مرتب لحق عيني كالانتفاع أو الارتفاق أو مرتب لحق عيني تبعي كالرهن الرسمي أو الحيازي، وعليه سيتم التطرق لحكم كل هذه التصرفات السالفة ذكر كالاتي:

#### الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية .

للشركاء مجتمعين حق التصرف في العقار الشائع كله، بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة، أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، وسنقتصر في هذا المجال على البيع بحكم انه تصرف الأكثر شيوعا واستعمالا في حياه العملية وبعده الهبة .

أولا: بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله.

يكون هذا النوع من البيوع، أي بيع العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين، في حالة إقدامهم على إنهاء حاله الشيوع أو استحالة قسمه العقار الشائع عينيا ، وبذلك يسمى هذا النوع من البيوع ببيع التصفية ومثاله: انه هناك مجموعه من الأشخاص يملكون عقارا في

الشيوع، مهما كان سبب الشيوع وأرادوا إنهاء حالة الشيوع هذه سواء باتفاقهم أو بطلب احدهم، وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنظر إلى عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع، أو أن القسمة العينية تؤدي إلى الإنقاص من قيمته كما لو كان البيع كاملاً، فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني، ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حصته في العقار الشائع، وهنا نتصور فرضيتين، إما أن يرسوا المزاد العلني على احد الشركاء، أو يرسوا المزاد العلني على شخص أجنبي.

في حالة التي يرسوا فيها المزاد العلني على أحد الشركاء، فإنه يدفع الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار، وفي حالة رسوم المزاد العلني على شخص أجنبي، فإنه يكون ملزماً بدفع كامل الثمن، والمصاريف والرسوم التي تترتب على التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلى الخزينة العمومية.

ويخضع هذا النوع من البيوع إلى إجراءات خاصة نظمها القانون الإجراءات المدنية، وهي التي تختص بها محكمته مقر المجلس القضائي على خلاف القاعدة العامة التي يؤول فيها الاختصاص إلى المحكمة التي يقع بدائرتها العقار، تبقى لإحكام المادة 8 الفقرة الأخيرة، من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "... ويؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في المجالس القضائية للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي في المواد التالية: الحجز العقاري و تسوية قوائم التوزيع وبيع المشاع...".<sup>1</sup> غير إن قانون رقم 09/ 08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بالجريدة الرسمية في العدد 21 بتاريخ 23 ابريل 2008، قرر إعادة الاختصاص إلى القاعدة العامة ومنه سيؤول الاختصاص في البيع المشاع إلى

<sup>1</sup> - أنور السلطان ، العقود المسماة : شرح عقدي البيع و المقايضة ، دراسة مقارنة : القانونيين المصري و اللبناني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، الصفحة 306.

المحكمة التي يقع بدائرتها هذا العقار الشائع وذلك وفقا لأحكام المادة 722 منه ، مع ملاحظه أن سريان هذا النص الجديد يكون بعد سنه من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

كما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائيا من أي دون اللجوء إلى القضاء وذلك بتعاقدهم مع المشتري سواء أكان هذا احد الشركاء أو أجنبيا، وبتمام شكلية الكتابة الرسمية وإتمام إجراءات نقل الملكية المتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية، تنتقل ملكية العقار إلى المشتري ويكون بذلك البيع صحيحا وناظا في حق جميع الشركاء، ولا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك.

ثانيا: هبه الشركاء مجتمعين للمال الشائع كله.

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبة ، وهي من التصرفات الناقلة للملكية وقد تعرض له المشرع في نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أنها : "تمليك بلا عوض" ، وتخضع الهبة لأحكام قانون التوثيق من الكتابة الرسمية و إجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية، متى تحدث أثرها في نقل الملكية إذا وقعت على العقار.

وقد تكون الهبة الصادرة من جميع الشركاء إلى اأدهم أو إلى أجنبي، وخلافا للهبة العادية<sup>1</sup> يعني إذا كان محلها غير مشاع فإنها لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها عقارا مشاعا فان التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ، بحسب نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فان التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

<sup>1</sup> - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العقارية في التشريع الجزائري ،دار الهومة ،الجزائر ، 2003 ، الصفحة 215.

ونلخص في هذا الإطار إلى انه للشركاء المشتاعين مجتمعين التصرف العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل الملكية، و تجدر الإشارة إلى الحالة التي يمتلك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوخ، كأن تكون قطعة أرض و مباني وقرروا مجتمعين التصرف في بيع قطعة الأرض، فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم وتصبح مفرزة بالنسبة للمشتري، سواء كان احد الشركاء أو أجنبي وتبقى ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط، ولا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستفسر عنه باقي العقارات الشائعة .

الفرع الثاني: التصرفات التي ترتب حق عيني أصلي أو تباعي من قبل الشركاء مجتمعين.

إذا كان للشركاء على الشيوخ حق في التصرف في العقار الشائع كله، بأي تصرف ناقل للملكية ، فانه يجوز لهم مجتمعين ترتيب أي حق عيني سواء كان أصليا في الانتفاع والارتفاق أو تباعيا كرهنه رهن رسميا أو حيازيا.

1-ترتيب حق عيني أصلي :

للشركاء في الشيوخ أن يقرروا على العقار الشائع كله ،حقا من حقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، كان يرتب حق الانتفاع أو الارتفاق لفائدة غيره أو احد الشركاء وهذا ما سنتناوله في الأتي:

-أ- ترتيب الشركاء مجتمعين لحق الانتفاع على العقار الشائع كله :

تونس المادة 844 من قانون المدني الجزائري على انه: " يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبتقادم أو بمقتضى القانون، يجوز أن يوصي بحق الانتفاع للأشخاص المتعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن."

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف حق الانتفاع وإنما حدد أسباب اكتسابه، وباعتباره متفرعا عن حق الملكية فهو حق عيني وذلك بان يقتطع من المالك

سلطتين الاستعمال الاستغلال وتمنح لشخص آخر غير الملك، وهو بذلك يخول صاحبه السلطة مباشرة على الشيء، و ذلك بتمكينه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من آخر<sup>1</sup>.

يعطي أيضا للمنتفع حق الأفضلية والتتبع ومنه نقول بان حق الانتفاع يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا، الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة بواسطة المؤجر، الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وبذلك فان لحق الانتفاع عده خصائص أهمها :

\_ انه عيني أصيل يرد على العقار المملوك للغير بصفه مؤقتة وبالتالي يجوز رهنه رهنا رسميا، أو التصرف فيه، ذلك طبقا الأحكام نقل الملكية العقارية مع بقاء ملكيه الرقبة لصاحبها وهي خاصية أخرى لحق الانتفاع بان يرد على العقار المملوك للغير.

وتتخصر مصادر وأسباب حق الانتفاع بحسب المادة 844 من قانون المدني الجزائري، في العقد والشفعة والتقادم والقانون، سيكون بالعقد عندما يتم ذلك عن طريق الاتفاق عن على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالعقار، وإحتفاظ المالك بسلطة التصرف العقاري والانتفاع بان يقدم على بيع حق الانتفاع أو بيع الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع، فيصبح المنتفع والمشتري هو الملك للرقبة، كم يمكن أن يكون ذلك عن طريق الهبة وهي كلها من العقود التي يتم بموجبها اكتساب الانتفاع.

وتكون الشفعة أيضا من أسباب كسب حق الانتفاع، وذلك إذا بيع حق الانتفاع الملبس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع المبيع على عقاره بالشفعة ، فتخلص له الملكية التامة وهو ما قرره المادة 795 من القانون المدني الجزائري جاءت بما يلي: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية :

<sup>1</sup> - حميدي باشا ، القضاء العقاري ، دار الهومة ، الجزائر ، 2010، الصفحة ،109.

مالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

-الشريك في الشيوخ إذا بيعه جزء من العقار لأجنبي.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

كم يمكن أن يكون التقادم سببا من أسباب كسب حق الانتفاع بنص القانون، ويكون ذلك إما بالتقادم الطويل المحدد ب 15 سنة أو التقادم القصير بشرط وجود سند صحيح وهو بذلك لا يختلف عن حق الملكية.

ويمكن أن تكون الوصية أيضا سببا لكسب حق الانتفاع إذا كان الموصى له قيد الحياة ، وذهب المشرع إلى انه يجوز أن يوصى بحق الانتفاع حتى للحمل المستكن وتجدر الملاحظة انه ورد خطأ مطبعي في نص المادة 844 من القانون المدني الجزائري باللغة العربية " متعاقدين " والأصح هو " متعاقبين " بحسب نص باللغة الفرنسية ، ما معنى بان يوصي مالك العقار بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، فيكون إذا إنتهى حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق الانتفاع جديد الذي يليه يستمد مباشرة من الوصية وليس من المنتفع الذي سبقه<sup>1</sup>، مقابل يقع على عاتق المنتفع التزامات تتمثل في التقيد بالانتفاع بالعقار بحسب الغرض الذي أعد له وكذلك الحفاظ عليه وإدارته إدارة حسنة وصيانتته، ورد بالحالة التي استلمه عليها وهو ما حددته المادتين 847 و 848 من القانون المدني الجزائري وما بعدها.

وينقضي حق الانتفاع بانتهاء المدة المتفق عليها، وإذا كانت المدة محددة، وفي ذلك تنص المادة 852 من القانون المدني الجزائري ،على انه: " ينتهي حق الانتفاع بالانقضاء الأجل المعين، وإذا كانت الأرض منتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل ،أو عند موت المنتفع بزرع

<sup>1</sup>- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، الصفحة 258.

قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، بشرط إن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

كما ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء بحسب 853 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه: " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا انه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته، إذا لم يكن الهالك راجعا إلى خطأ الملك فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلى المنتفع إذا لم يكن الهالك بسببه".

وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848 من القانون المدني الجزائري مضمونها، ينقضي التقادم المسقط وذلك بعد الاستعمال لمدة 15 سنة ،تبقى لأحكام المادة 854 من القانون المدني.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وعلى عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات كالتشريع المصري ومشرع اللبناني ،لم يميز بين حق الانتفاع كحق متفرع عن حق الملكية وحق الاستغلال الذي هو سلطه مستمدة من حق الانتفاع يكفي النص على حق الانتفاع والاستعمال والسكن، ملخص هذا إلى انه للشركاء في الشيوخ أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله لفائدة أحد الشركاء أو لفائدة شخص أجنبي وفي حالة تقريره لأحد الشركاء فإنه يكون منتفعا بالعقار الشائع كله و مالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار ، و حق الانتفاع إذا كانوا الشركاء جميعا هم المنتفعون بالعقار الشائع.

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

ب - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق الارتفاق على العقار الشائع كله:

تنص المادة 867 من القانون المدني الجزائري على أن: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له".

ولا يتصور في غير العقارات ذلك، انه كرس لجعل العقار ما في خدمة عقار آخر، مملوك لشخص آخر لسبب الحصر، وعلى هذا الأساس فان حق الارتفاق يمتاز بعده خصائص أهمها:

\_ أنه حق عيني عقاري، فهو الذي يخول لصاحب العقار المرتفق السلطة المباشرة على العقار المرتفق به، وهو حق دائما لأنه مرتبط بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به مملوكان لشخصين أو مالكين مختلفين، وحق الارتفاق يمكن أن يورث إلى الورثة الشرعيين تبعا للعقار وملحقاته، وهذا من نص عليه المادة 868 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم فان حق الارتفاق، حق عيني عقاري يترتب لمصلحة العقار على عقار آخر ويسمى الأول بالعقار المترفق أو العقار المخدم، ويسمى الثاني بالعقار مرتفق به أو العقار الخادم، وينصرف حق الارتفاق إلى الحق في المرور أو الشرب أو المجرى أو الصرف<sup>2</sup>، ويتبع حق الارتفاق العقاري مرتفق به ويكون من ملحقاته عند التصرف فيه، ينتقل معه إلى المتصرف إليه دون الحاجة إلى ذكره في العقد ولا يقدر الانقسام، أما إذا ما تم التصرف في العقار المرتفق على أجزاء أو إذا أصبح هذا العقار مملوكا على الشيوخ لعدة أشخاص، في ظل الارتفاق على مكان عليه و ويمتتع على الملاك الجدد للعقار المرتفق طلب القسمة للارتفاق فيما بينهم لان طبيعته تأبى الانقسام لانتفاء ذلك مع الانتفاع المرجو منه.

<sup>1</sup>- العربي بلحاج، المرجع السابق، الصفحة 477.

<sup>2</sup>- العربي بلحاج، المرجع السابق، الصفحة، 492.

كما يجوز أن يترتب الارتفاق على المال العام، بمعنى ملك الدولة إذا كان ذلك لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ، وقد حددت المادة 868 من القانون المدني الجزائري مصادر التي ينشأ أو يكسب بها حق الارتفاق بنصها على ما يلي: " ينشأ حق الارتفاق على الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد شرعي، إلا انه لا يكتسب بالتقادم إلا الاتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

كم يمكن أن تترتب الارتفاقات الظاهرة بالتخصيص من المالك الأصلي، ويستفاد مما سبق أن مصادر حق الارتفاق هي التصرف القانوني كالعقد وكذلك التخصيص من المالك الأصلي والتقادم في الارتفاقات الظاهرة والميراث ، وكذلك ما تفرضه الحالة المادية أو الموقع الطبيعي للأمكنة، ويكون التصرف القانوني صادرا لحق الارتفاق كالبيع أو الهبة أو الوصية وغيرها من تصرفات القانونية.

فيقرر مالك العقار المرتفق به ارتفاقا لمصلحه عقاره المرتفق ، فيكون حينها الأول بائعه لحق الارتفاق والثاني مشتريا له، يلتزم بدفع الثمن ويخضع التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق إلى نفس الإجراءات التي تتطلب في التصرف إذا كان يتعلق بالموضوع، فيخضع البيع إلى الكتابة والشهر بالمحافظة العقارية ويكتسب المتصرف إليه حق الارتفاق اعتبارا من تاريخ الشهر و يصبح حق الارتفاق من ملحقات العقار المرتفق، أما قبل شهره فلا ينشأ حق الارتفاق لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ومفاد ذلك أن مالك العقار المرتفق بهذا باع عقاره وأتم إجراءات نقل الملكية قبل شهر البيع وهو التصرف المنشئ لحق الارتفاق، فان العقار ينتقل إلى المشتري خالي من حق الارتفاق وعليهما ،ما لم يكن تم شرط صريح يخالف ذلك.

ويستعمل حق الارتفاق على الوجه الذي حددته المادة 872 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، والتي يتضح من خلال استقراءها ،انه يجب على مالك العقار المرتفق أن يراعي في استعماله لحقه عدم مجاوزته حدود حق الارتفاق، وفقا لسبب منشئ له فلا يجوز له أن

يغير من نوع الارتفاق أو أن يغير في موضعه، دون موافقة مالك العقار المرتفق به، كما لا يجوز له أن يستعمل الارتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق، ولا أن يستعمله على العقار غير العقار المرتبط به حتى ولو لم يترتب عليه زيادة في الواقع على العقار المرتفق به، كما يجب عليه عدم الزيادة على العقار المرتفق به ويجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الارتفاق، على وجه الذي ينشأ عنه اقل ضرر ممكن، ولا يجوز لصاحب العقار المحصور تغيير قاعدة الارتفاق حسب نص المادة 879 من القانون المدني الجزائري.

ينتهي حق الارتفاق بإجتماع عقاريين المرتفق والمرتفق به في يد مالك واحد، وهو ما يعرف باتحاد الذمة ذلك انه قد تنتقل ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به، بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو أن يملك شخص آخر هذين العقاريين فتتحدد الذمة في الشخص مالك العقارين، و ينتهي حق الارتفاق لكون مالك أصبح واحدا ولا يستساغ أن يكون للشخص ارتفاق على ملكه، ولكن إذا زال هذا الاجتماع أو الاتحاد العقارين فان حق الارتفاق يعود واقعا كما نشأ في البداية .

وينتهي حق الارتفاق أيضا بعدم الاستعمال لمدة 10 سنوات وهي مدة سقوط ،وكذلك الشأن بالنسبة للحالة التي يكون فيها حق الارتفاق مقررا لمصلحه مال موروث ،فانه ينتهي أو يسقط بعدم استعماله لمدة 33 سنة .

وأخيرا ينتهي حق الارتفاق لتقابل السبب حق الارتفاق الذي أوضحنا بأنه قد يكون الوضع الطبيعي للأمكنة مصدرا لنشوء حق الارتفاق، ملخص في هذا الإطار إلى أن للشركاء المجتمعين الحق في ترتيب حق الارتفاق على عقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك العقار الأخر، ويخضع حق الارتفاق لكوني حقا عينيا عقاريا، الإجراءات اللازمة في تصرفات التي يخضعها القانون لهذه الإجراءات والمتمثلة في الكتابة الرسمية و الشكلية المطلوبة والتسجيل والشهر العقاري بالمحافظة العقارية .

-2- ترتيب حق عيني تبعي:

للشركاء في الشيوع أن يجتمعوا على ترتيب أي حق عيني تبعي على العقار الشائع كله ، إذ لهم أن يرهنوا العقار الشائع كله رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، سنكتفي بالبحث في حكم أو اثر القسمة، إذا ما قرر الشركاء مجتمعين في هذا الحق أي الحق العيني التبعي، ونختص بالبحث عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي الذي يكون لفائدة الغير بعبارة أخرى، ما هو مصير الرهن المقرر الأول مرتب على العقار الشائع كله لفائدة الغير، أو حتى لفائدة احد الشركاء قبل قسمة العقار الشائع كله أو بعد القسمة أو حتى بعد بيعه في حاله استحالة القسمة العينية ؟

أولا: الرهن الرسمي.

تنص المادة 89 من قانون المدني الجزائري على انه: " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين للعقار الشائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار في ما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته،" يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع الملاك لعقار شائع، يكون نافدا في حقهم جميعا سواء كان ذلك قبل القسمة أو بعد القسمة أو حتى بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية<sup>1</sup>.

فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة لأنه صدر منهم جميعا، فإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه، انتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه متقنا بالرهن وما يرتبه من آثار فيكون للدائن المرتهن حق التتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذلك التقدم في الحالة التي ينفذ فيها احد دائني شريك منهم ، كما انه ينتقل إلى الورثة متقلا بالرهن في حاله وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، وبذلك فان الرهن يسري في حق الشركاء و في حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص والخلف العام.

<sup>1</sup>- العربي بلحاج ، المرجع السابق ، الصفحة 190.

أما بعد القسمة فانه وتطبيقا أحكام المادة 89 الفقرة الأولى من القانون المدني، نقول أن المشرع رتب نفس الحكم أي أن الرهن الصادر من المالكين يبقى نافذا و صحيحا في حقهم جميعا، فتكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة، ولكن يبقى التساؤل مطروحا في الحالة التي يختص فيها احد الشركاء بكل العقار بعد القسمة، ويختص باقي أو كل واحد من باقي الشركاء بحصة مفرزة من عقارات لم تكن مشمولة بالرهن قبل القسمة وفي الواقع أن التصرف الصادر من كافة الشركاء يعد نافذا بعد وقوع القسمة وأيا كانت نتيجتها ، فقد صدر التصرف عن إرادة جماعية كانت لها كل الولاية وقت إبرامه، وليس في هذا التصرف أي مساس بحق شخص لم يشترك في هذا الإبرام، ولقد طبق المشرع المصري هذا المبدأ في شأن الرهن الرسمي بما نصت عليه في المادة 1039 فقره الأولى من القانون المدني المصري: " يبقى نافذ الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمه العقار في ما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته<sup>1</sup> ."

فمن الفقهاء من اعتبر هذا النص إستثناء عن القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة، مقتضى هذا الأثر الرجعي انه يعتبر شركاء الذين لم يقع العقار في أنصبتهم، أنهم قد رهنوا ملك الغير ومن ثم لا يسري رهنه على الشريك الذي وقع العقار في نصيبه وعلى هذا الأساس يرى هؤلاء الفقهاء، انه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة إلا في خصوص الرهن الرسمي<sup>2</sup> ، وفي حالة عدم أمكانيه قسمه العقار قسمه عينيه لاستحالتها، ومن ثم بيع العقار الشائع فانه ينتقل متقلا بالرهن المترتب عليه ، سواء كان البيع حاصل لأحد الشركاء أو لأجنبي وهذا ما قرره المادة 890 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> - رمضان أبو سعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : أحكامها و مصادرها ، المرجع السابق ، الصفحة 72.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، الصفحة 141.

ونلخص في هذا الإطار إلى إن الرهن الرسمي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين في على العقار الشائع كله ، لا يثير أي إشكال وذلك لوجود النص القانوني الذي قرر بأنه يبقى الرهن الذي يرتبه المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة بمعنى آخر، لا يتأثر بالنتيجة القسمة أو حتى بعد بيع العقار في حاله استحالة قسمته عينيا .

ثانيا: الرهن الحيازي.

تنص المادة 948 من القانون المدني الجزائري: " الرهن الحيازي عقد يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخول له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ."

وتضيف المادة 949 من نفس القانون على انه: "لا يكون محلا للرهن الحيازي ،إلى ما يمكن بيعه مستقلا بالمزاد العلني من منقول وعقار." يستفاد من هذا النص أن الرهن الحيازي، يمكن ترتيبه على المنقول والعقار بشرط، أن يكون قابلا للبيع مستقلا عن طريق المزاد العلني.

ويستنتج من هذا أن مشرع الجزائري، لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي يرتبه الشركاء في الشيوخ على العقار الشائع ،على خلاف ما أورده بخصوص رهن الرسمي، وطالما انه لا يوجد نص يحدد أحكام هذا التصرف ولا يوجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي فانه وحسب رأينا، لا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه<sup>1</sup>، من انه إذا رهن الشركاء مجتمعين العقار الشائع كله رهن حيازي فإنه يبقى نافذا أو صحيحا ، أيا

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : التأمينات الشخصية والعينية ،المرجع السابق ، الصفحة

كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند استحالة قسمته بشرط مراعاة أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابله للبيع مستقلا بالمزاد العلني.

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

يجوز للشركاء مجتمعين التصرف في جزء مفرز من عقار الشائع وذلك على غرار ما رأيناه في جواز التصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من عقار الشائع، وإذا كنا قد رأينا في المطلب الأول، المتعلق بتصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله، ورأينا بان تصرفهم إذا كان ناقلا للملكية يعد بمثابة إنهاء حالة الشيوع بالنسبة للعقار الشائع محل التصرف، وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا في حقهم جميعا ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة.

فإنه أيضا في حالة تصرف الشركاء مجتمعين في جزء المفرز من العقار الشائع سواء بنقل ملكية هذا الجزء المفرز أو ترتيب حق عيني أصلي، كالانتفاع أو الارتفاق، أو حق عيني تباعي كرهنه رهن رسميا، فقد يكون التصرف الناقل للملكية في بعض المال الشائع فقط ينقل للغير حصة شائعة، فيترتب على هذا زيادة عدد ملاك على الشيوع، ويتم تعديل الحصص بينهم نتيجة لدخول شريك جديد في المال الشائع<sup>1</sup>، وسنتعرض لحكم الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع بتصرف ناقل للملكية كل البيع مثلا، ثم إلى حكم ترتيبهم لحق عيني أصلي أو تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع و مدى تأثير القسمة على ذلك.

<sup>1</sup> - جميل الشقراوي، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 1987، الصفحة 126.

الفرع الأول: تصرف الشركاء مجتمعين لبيع جزء مفرز من العقار الشائع.

يحق للشركاء مجتمعين أن يقوموا ببيع جزء مفرز من العقار الشائع ويبقى ذلك البيع نافذا وصحيحا في حقهم جميعا في ما يخص الجزء محل البيع، ومثاله لو أن 3 أشخاص يملكون في الشيوع منزلا يتكون من طابقين واجمع على بيع الطابق الأول باعتباره جزء مفرز من العقار الشائع، فان ملكيه هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه سواء أكان أجنبيا أو أحدهم بإتمام إجراءات نقل الملكية من التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية .

وبذلك يخرج الطابق محل البيع من الشيوع ويبقى الطابق الثاني شائعا بينهم في ثلاثة، ويكون ثالثهم كالذي كان التصرف صادرا إليه لبيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوع بنسبة نصيبه في ذلك، في ما يخص الطابق الثاني الباقي في حاله الشيوع ويترتب على ذلك انه لا يدخل في أية قسمة قد تقع بين الشركاء.

ويأخذ حكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين للجزء مفرز من العقار الشائع. حكم الهبة و الوصية باعتبارها من التصرفات الناقلة للملكية، و كما جاء أيضا في القرار رقم 196 / 140 المؤرخ 28 جوان 2000، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء 1 العدد 2 ، الصفحة 186: "إن الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلا عنهم".<sup>1</sup>

الفرع الثاني: ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني أصل أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع.

يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها، ولا يمكن لأحدهم أن يحتج إذا ما وقع الجزء المنقول بحق الارتفاق كحق المرور مثلا في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك لأنه رتبته على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة، بل يبقى الجزء

<sup>1</sup> - حميدي باشا ، القضاء العقاري ، الطبعة 13، دار الهومة ،الجزائر ، الصفحة 112.

المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلا بالارتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه ويخضع ذلك للإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية .

وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي، ذلك أن المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ في 26 أكتوبر 1983 الملف رقم 29501، الذي كرس بان حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل الملكية إلا بكتابة عقد الرسمي، مع الإشهار تطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق وجاء فيه: "إنها الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إنتقال الملكية في المادة 12 من قانون التوثيق للإشكال الجوهرية يترتب على مخالفتها عدم جواز الاحتجاج به إتجاه الغير على الأطراف إخراج، الاتفاق المبرم حوله في عقد رسمي وتولى إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بمحمول التصرف ومن ثم فان إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن<sup>1</sup>."

كما أنه يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي على ذلك الجزء المفرز من العقار الشائع، وذلك برهنه رهنا رسميا مثلا ويأخذ نوع التصرف نفس حكم رهن جميع الشركاء للعقار الشائع كله، ذلك أن الرهن يبقى نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها، ولكن قد يختص احد الشركاء بالجزء المفرز المرهون ويكون من نصيبه بعد القسمة.

فهل له أن يحتج بإنقاض الرهن إلى حدود حصته باعتباره رهن بنسبه ذلك؟

إن أحكام المادة 890 من القانون المدني الجزائري المقررة للقاعدة العامة أو المبدأ العام، وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك العقار الشائع مهما كانت نتيجة القسمة، ونلاحظ أن المادة جاءت على إطلاقها ولم تحدد فيما كان الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار الشائع مرتبا على العقار الشائع كله أو جزء منه.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار، بتاريخ 26 أكتوبر 1983، تحت رقم 29501، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، الصفحة 45.

## الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع و قسمته .

ولذلك وعلى سبيل المثال لو أن قطعة أرضية و مسكن يملكهما شخصين بنسبة النصف لكل واحد منهما ملكيه شائعة، وقرر الاثنان ترتيب رهن رسمي على قطعه الأرض لفائدة شخص أجنبي، أو لفائدة أحدهما ضمان لدين ما ، فإن الرهن يكون نافذا في حقهما قبل القسمة ولا يطرح أي إشكال أما إذا وقعت القسمة و إختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة، فإنه وتطبيقا لأحكام المادة من 890 القانون المدني فإنه يمكنه الاحتجاج بالانتقاص من الرهن الرسمي، وتنتقل الملكية المسكن خالية من أي رهن إلى الشريك المشاع الآخر وقد ورد في المذكرة الاضاحية للمشروع التمهيدي بان المشروع قرر بأن: "الرهن إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحا حتى ولو وقع المال بعد ذلك في نصيب واحد منهم أو بيع لأجنبي لعدم إمكان قسمته."

## المبحث الثاني : تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء في العقار الشائع .

جاء في نص المادة 780 من القانون المدني الجزائري أن : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه ،إذا استند في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ، و لمن خالف هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عندما تكون قسمه المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

من خلال نص المادة يتضح أنه في حالة تعذر إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع سواء كله أو جزء منه، ورغم وجود أسباب قوية لذلك التصرف، قد أجاز المشرع للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يقرروا التصرف فيه أو في الجزء مفرز منه ، وبالمقابل قرر لفائدة الأقلية ضمانات كافية.

و تشترط في المادة أن تكون الأغلبية لتقرير التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه،و أن يكون عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع،والعبرة بالأغلبية هي من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائعة.

بغض النظر على الأغلبية العددية، فقد يملك شريك واحد نسبة ثلاثة أرباع من العقار،وبذلك يشكل الأغلبية اللازمة المطلوبة التي نص عليها المشرع الجزائري ، وفي المقابل قد تكون الأقلية تتشكل من عدد من الشركاء ممن يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع إذا ما وجدت أسباب قوية لذلك.

وعليه سوف نبحت في الشروط والأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع في المطلب الأول، وفي مطلب الثاني نتناول الضمانات الكافية لفائدة الأقلية عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع .

### المطلب الأول : الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع.

قد لا يتوافر إجماع الشركاء لكي يتم التصرف في المال الشائع وخاصة إذا توفرت أسباب قوية تبرر هذا التصرف ،لأن يترك المشرع هذا الموضوع معلقا على إجماع الشركاء ، لذا فهو خول لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع، وبالرجوع إلى ما نظمه المشرعان الأردني والسوري في هذا المجال، نجد هذا في القانون الأردني وكذلك في القانون المعاملات السوداني، حيث تنصت المادة 1035 من القانون الأردني، وكذلك نصت المادة 535 من القانون المعاملات السوداني،<sup>1</sup> لسنة 1984 بنفس النص بقولها أنه: "1- للشركاء الذين يمتلكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية التعديل في الغرض الذي اعد له ما يجاوز الإدارة المعتادة، على أن يخطر باقي الشركاء بذلك القرار كتابه<sup>2</sup> قبل إحداث التغيير أو التعديل، و لمن خالف هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال 30 يوما من وقت الإخطار.

2- للمحكمة عند اللجوء إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تقرر إعطاء المخالف من الشركاء كفاله تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

نجد من خلال ما جاء في النصين السابقين أن المشرعين الأردني والسوداني قد منح الأغلبية سلطة التصرف في المال الشائع، والذي لا يمكن أن يتم إلا بعد اتفاق جميع الشركاء.

غير أن هذا التصرف لكي يكون نافذا في حق جميع الشركاء فانه يشترط فيه الأتي:

1- احمد الفلاح عبد البخيت ، المرجع السابق ، الصفحة 175.

2- احمد الفلاح عبد البخيت، المرجع السابق ، الصفحة 175.

الفرع الأول: الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع .

والأغلبية اللازمة هنا هي أغلبية خاصة، وليست أغلبية في العدد ولكنها أغلبية في النصيب وحددها المشرع الأردني والسوداني بثلاثة أرباع المال الشائع ، فمن يملك هذا القدر من المال الشائع فهو في حكم الأغلبية، سواء أن كان هذا العدد من الشركاء كثيرا أو قليلا<sup>1</sup>. فقد يكون المال الشائع بين شريكين ويملك احدهما نصيب الأكثر من الشريك الآخر، أي ما يعادل ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان وحده الأغلبية، وله الحق في أن يقرر التصرف في المال الشائع متى توفرت الأسباب الداعية لذلك<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: توافر الأسباب الداعية لتصرف الأغلبية

ويجيز المشرع للأغلبية التصرف في المال الشائع، بشرط تكون أن تكون لديها الأسباب المبررة ، فلا بد من التصرف في المال الشائع وتقدير جدية السبب من عدمه، من الأمور التي يختص بها قاضي الموضوع<sup>3</sup> ويثار التساؤل حول طبيعة هذه الأسباب القوية التي يستند عليها الشركاء الذين يشكلون الأغلبية في تصرفهم، القول فيما إذا كانت من الموضوع أي أنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا ؟

وحسب رأيي فإن مسألة تحديد وتقدير ما إذا كانت الأسباب التي إستند عليها الشركاء في الشروع الذين يشكلون الأغلبية اللازمة في تصرفهم في العقار الشائع كله أو في جزء منه، هي مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في وقائع الدعوى، ذلك أن ما قد يراه قاضي ما بمحكمة ما سببا قويا يسمح للأغلبية بالتصرف العقار الشائع، قد يراه قاضي آخر حتى بنفس المحكمة سببا قويا ولا يسمح للأغلبية باعتماده للتصرف العقار

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 8، الصفحة 838

<sup>2</sup>- جميل الشقراوي ، المرجع السابق ، الصفحة 121.

<sup>3</sup>- نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، مطبعة الجامعة ، القاهرة ، 1992 ، الصفحة 443.

الشائع كله أو جزء منه، وبالتالي فإن مسألة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديرها إذا ما كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا، وإنما تبسط رقبتها في مدى هذا الشرط، باعتباره من المسائل القانونية ولا يجوز لها أن تقرر إن كان السبب قويا أو ضعيفا، وإذا كان المشرع قد أعطى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع الحق في التصرف فيه كله أو جزء منه إذا استندوا في ذلك إلى الأسباب القوية<sup>1</sup>، فإنه في المقابل أعطى بنفس النص للأقلية من الشركاء الذين في نفس العقار الشائع ضمانات كافية تحميهم من تعسف الأغلبية، وذلك بتقرير إجراء إتحاصة لمصلحتهم وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: الضمانات الكافية لفائدة الأقلية عند للأغلبية في العقار الشائع.

لم يشأ المشرع أن يترك حرية التصرف للأغلبية الشركاء في المال الشائع، بدون توافر أدنى حماية اللازمة للأقلية من الشركاء، لذا فقد ألزم الأغلبية أن تعلن قراراتها حول التصرف في المال الشائع إلى الأقلية حتى تكون هذه القرارات نافذة، وحتى لا يتم التصرف في غفلة منهم<sup>2</sup>.

ويظهر لنا من خلال نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري ، أن المشرع وازن بين حقوق الأقلية وذلك بإقرارها لإجراءات وشروط أوجبها على للأغلبية المتصرفة إتجاه الأقلية إلى شروط سابقه الذكر لا بد من إعلان هذا التصرف إلى الأقلية بواسطة عقد غير قضائي.

سبق لنا أن اشرنا إلى أن المشرع الأردني والمشرع السوداني قد ألزم الأغلبية بإعلان قراراتهم بالتصرف في المال الشائع لأقلية معينه حددها بشهرين من تاريخ الإخطار، الإتاحة الفرصة لأي شريك من الأقلية أن يعرض في قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة فإذا مضت المدة دون معارضه من الأقلية ورفع إلى القضاء فان هذا يعني توقف تنفيذ قرار

<sup>1</sup>- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ،2007.2008،الصفحة 89.

<sup>2</sup>- احمد الفلاح عبد البخت ، المرجع السابق ، الصفحة 177.

الأغلبية إلى أن يقول القضاء كلمته<sup>1</sup>، لذلك سنتعرض لبيان نوعيه الإعلان ومدى وجوبه لعلم الأقلية ثم إلى المحكمة المختصة وكيفيه الفصل بدعوى الاعتراض.

#### الفرع الأول: طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية.

لقد جاء المشرع الجزائري في نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري، بأنه على الأغلبية أن تعلن قراراتها إلى الأقلية أي باقي الشركاء بعقد غير قضائي أو برسالة مضمونه الوصول.

و بإستثناء شكلية الكتابة للإعلان فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر، فيكفي أن يذكر في الإعلان قرارها في التصرف دون الحاجة لذكر نوع التصرف، و يطرح التساؤل حول علم الأقلية بقرار الأغلبية في التصرف دون إتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمها بقرار الأغلبية بتصرف في العقار.

غير أن المحكمة العليا أكدت في إجتهاداتها و نذكر هنا القرار رقم 43 923 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1992<sup>2</sup>، المذكور سابقا الإعلان لباقي الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرر التصرف فيه إذا إستند في ذلك إلى الأسباب القوية على أن يعلن بعقد غير قضائي قارتهم إلى باقي الشركاء، ولما ثبت في مستندات القضية الحالية ، أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء لما يقتضيه القانون، إضافة إلى أن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مكتبة عين الشمس ، القاهرة ، 1980 ، الصفحة 29.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 28/10/1992، تحت الرقم 29501،المجلة القضائية ،العدد 1، 1994،الصفحة 38.

<sup>3</sup> - حميدي باشا ، المرجع السابق ، الصفحة 115.

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض.

بمجرد إعلان الأغلبية بقرارها الرامي إلى التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، فإن هؤلاء فيها حاله مخالفتهم قرار الأغلبية، حق اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان.

ويسقط حقهم في ذلك عند فوات مدة شهرين وي طرح هنا التساؤل في الحالة التي يوجه فيها الإعلان، غير أن الأقلية لم تتواصل به خاصة وان النص لم يحدد بداية حساب مدة شهرين، من وقت الإعلان؟ فهل المقصود به بداية الأجل من تاريخ الإعلان؟ أم من تاريخ تواصل الأقلية بالإعلان؟

إن بداية حساب الأجل المحدد بشهرين يبدأ حسب رأينا من تاريخ الإعلان وليس من تاريخ التواصل الأقلية به، بشرط أن يكون صحيحا أي انه موجه بموجب عقد غير رضائي سواء عن طريق المحضر القضائي أو بموجب خطاب مضمون الوصول وثابت التاريخ.

غير أن الأجل المحدد في المادة 720 من قانون المدني الجزائري يبقى مفتوحا في حاله عدم توجيه الإعلام بالكيفية السابقة إلا في حالة رفع دعوى الاعتراض قبل اتصالها بالإعلان أي بمجرد علمهم بقرار الأغلبية بتصرف العقار الشائع، وترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار الشائع محل التصرف، وذلك على أساس إن هذه الدعوى دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية، ما هي القاعدة العامة في مثل هذه الدعوى وبها عمل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية.

وقد جاء في نص المادة 512 الفقرة 4 أنه: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا التالية: في الملكية المشتركة للعقارات المبنية و الملكية على الشيوخ."

وبعد رفع الدعوى من قبل الأقلية أمام المحكمة المختصة، فان هذه الأخيرة تنظر فيما إذا كانت كذلك قبلتها وتفحصت موضوعها بدءا في النظر للأسباب التي استندت عليها الأغلبية في قرارها بالتصرف العقار الشائع ، فإذا ما قدرت بأنها أسباب قوية تستدعي

## الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع وقسمته .

التصرف في العقار الشائع من قبل الأغلبية وتنتظر بعد ذلك فيما إذا كانت قسمه العقار تضر بمصلحة الشركاء، فإذا رأت إن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء قضت من تلقاء نفسها بقسمه العقار وبذلك تنتهي حاله الشروع.

أما إذا قدرت أن قسمة العقار الشائع من شأنها الإضرار بمصالح الشركاء، خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة وكان التصرف الذي سوف تقوم به الأغلبية مستندا إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحقيتها في ذلك التصرف من ثم يصبح ذلك التصرف نافذ في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الاعتراض عليه. و أما إذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي إستندت إليها الأغلبية لا تبرر إقدامها على التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، وأنه غير لازم ، فإنها تقضي بإلغاء قرار الأغلبية و لم يعد بعد ذلك التصرف ممكنا إلا بإجماع الشركاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 8، الصفحة 841.

### المبحث الثالث: قسمه الملكية العقارية الشائعة.

القسمة في اللغة تعني التفريق وتأتي بمعنى النصيب، وجعل الأشياء أجزاء، والقسمة من أقسام الشيء، ولها معنى حقيقي و هو جعل الشيء أجزاء، أما معنى مجازي هو النصيب والحصة.

القسمة في الاصطلاح هي جمع نصيب شائع في مال معين أو مخصوص، وهي عبارة عن إفراز بعض الأنصبة عن بعض، وهي تعيين الحصص الشائعة عن بعضها البعض بمقاييس كالكيل أو الوزن أو الزراع<sup>1</sup>.

و إكتفت نص المادة 722 من القانون المدني الجزائري بالقول انه: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى القانون."

عرفت القسمة على أنها : " السبيل لإزالة الشيوخ ،بمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع"<sup>2</sup>، والأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوخ، لان الشيوخ هو حاله غير مرغوب فيها أصلا، وان كانت القسمة هي السبب الرئيسي لإزالة الشيوخ، فان هناك أسباب أخرى غير القسمة تزيل الشيوخ، ومن ذلك أن يكسب احد الشركاء حصص باقي الشركاء جميعا أو يكسب أجنبي حصص جميع الشركاء من أسباب كسب الملكية كالعقد أو الميراث أو الوصية أو الشفعة أو التقادم فتتجمع كل الحصص في يد مالك واحد، ويترتب على ذلك أن يزول الشيوخ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، الجزء 12، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لسنة 2009، الطبعة الأولى، الصفحة 562.

<sup>2</sup> - يوسف دلاندة، المرجع السابق، الصفحة 87.

<sup>3</sup> - حسن كيرة، الوجيز في القانون المدني، المرجع السابق، الصفحة 439.

### المطلب الأول: القسمة الاتفاقية (الرضائية) .

فقد عرف بعض الفقهاء القسمة بأنها عملية تحديد نطاق حق الملكية على الشيوع بغيت إيجاد التطابق بين النطاق المعنوي أو الحسابي ونطاقه المادي، وهي طريقه لانقضاء الشيوع بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة حصص بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من أقسام دون سائر الشركاء، وبالتالي فإن القسمة الرضائية هي إفراز جزء من كل المال الشائع للشريك، ويكون برضا وإجماع باقي الشركاء، ولدراسة ذلك سنقوم بتقسيمه إلى فرعين أولهما طبيعة القسمة الرضائية والثاني لشروط القسمة الرضائية.

#### الفرع الأول: طبيعة القسمة الاتفاقية.

تعتبر القسمة الاتفاقية عقدا كباقي العقود وفق أحكام المادة 723 من قانون المدني الجزائري، التي نصت على: "يستطيع الشرك إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون، وبين بغيت توفر الشروط الموضوعية في العقد من رضا ومحل وسبب والأصل فيها الرضائية" ، وعليه فإن إرتباط الإيجاب بالقبول كان كافي لانعقاد العقد إلا إذا اشترط القانون أو جاء اتفاق طلب شروطا أخرى لانعقاده كالشكل أو القبض وبذلك تتمثل طبيعة القسمة الرضائية ، في إنها إما عقد رضائي أو عقد شكلي وفي غير ذلك من المميزات:

1- القسمة عقد رضائي : يكفي لانعقادها رضا الطرفين دون الحاجة في انعقادها إلى إفراغها في شكل معين.

2-القسمة عقد شكلي : العقد الشكلي هو العقد الذي لا يكفي فيه التراضي بل لابد من أن يتخذ التراضي فيه شكلا معين يحدده القانون ،حيث يعتبر الشكل بالإضافة إلى أركان أخرى وذلك من اجل التنبيه إلى أن العقد المراد الإقدام عليه وتسجيله و إعطائه شكلا معين فيه خطر على عقد القسمة( مثاله البيوع العقارية الواردة على العقارات ).

3-القسمة الرضائية بمثابة عقد بيع : بما أن الرأي الغالب في الفقه يعتبر القسمة الرضائية بمثابة عقد بيع فإنه يثبت للمتقاسم الخيارات التي ترد على عقد البيع مثل خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط، وإذا سلمنا أن القسمة عقد بيع فإنها أيضا عقد معاوضة لأنه عقد يحصل فيه كل من المتعاقدين على مقابل قدمه.

4- عقد القسمة عقد ناقل للملكية : القسمة عبارة عن عملية مبادلة بين أنصبت الشركاء الشائعة بذلك فإن هذه المبادرة تجعل من القسم عقد ناقل للملكية، بحيث ينقل كل متقاسم من غيره من المتقاسمين الآخرين ملكيه ما كان له فيها وقع في نصيب غيره في مقابل أن ينقل له غيره من الشركاء ما كان لكل واحد منهم في ما وقع في نصيبه وهذه المبادلة تجعل من عقد القسمة عقد ناقل للملكية بشرط التسجيل.

5- القسمة الرضائية تعني الإفراز : الإفراز وتمييز الحقوق عن بعضها البعض وتعيينها بشكل منفصل، أي تعيين كل حصة مستقلة عن حصة الأخرى، ويكون ذلك بإخراج حصة كل شريك من كل العقار الشائع أو عده عقارات، بحيث يستطيع صاحب كل حصة انفراده بالتصرف فيها دون باقي الشركاء، كل واحد منهم في حدود نصيبه على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت برضا الضمني لكافة الشركاء وعلى ذلك لا يجوز لأحدهم من بعد أن يطلب تثبيت ملكيه لنصيبه الشائع من المال كله<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: شروط القسمة الرضائية.

يكون الشيوخ إما عن طريق الواقعة القانونية كحالة الميراث وذلك بأن تنتقل الملكية الشائعة بينهم إذ يترتب على وفاة المورث، تملك الورثة لأعيان التركة ملكية الشائعة، كل بنسبه حصة وتوزيع هذه الحصة حسب حجت حصر للمورث، كذلك قد تكون ملكية هذا العقار المملوك على الشيوخ جاءت بطريق غير الإرث للمورث، فقد تكون عن طريق التصرف

<sup>1</sup> - رمضان أبو سعد ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : مصادر أحكام الحقوق العينية الأصلية ،الصفحة 549.

القانوني أو بنسب متفاوتة أو متساوية أو عن طريق الشفعة أو عن طريق الوصية فإذا أراد هؤلاء المشتاعون إزالة هذا الشيوخ بالرضا فيما بينهم في القسمة الرضائية، وهي التي تتم برضاء الشركاء و إختيارهم واشترط فيها إجماع الشركاء وتمتع كل منهم بالأهلية ومن تم التسجيل على ذلك فشرط القسمة الرضائية هي:

1- إجماع الشركاء ورضاهم : بما أن القسمة الرضائية إجماع بين الشركاء والمالكين على الشيوخ، فلا بد أن ينعقد إجماع الشركاء على إنجاز القسمة، بمعنى أن تتجه إرادتهم إلى إحداثها على أرض الواقع فإذا إنعقد الإجماع تمت القسمة بالكيفية التي حصل عليها الإجماع والاتفاق.

2- حضور الشركاء المتقاسمين : الأصل حضور جميع الشركاء وذو العلاقة بالقسمة إلى دائرة التسجيل شخصيا أو بالإنابة، لكن من الممكن أن يتحقق الإجماع ولو لم يحضر جميع الشركاء في وقت واحد، كما لو أبرم بعض الشركاء مع بعضهم القسمة الاتفاقية دون البعض الآخر، فانه بالنسبة للشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمون بها حتى إذا أقرها شركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع، أما إذا كان هناك غائب وعند حضوره رفض القسمة ترفض.

3- تمتع الشركاء بالأهلية اللازمة: الأهلية المقصودة هي أهلها لأداء الكاملة، إذ لا بد من توافر لدى شركاء على الشيوخ أهلية الأداء فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية أو فاقدها فلا تصح القسمة الرضائية وحتى لا يستمر هذا الوضع طويلا ويتضرر الشركاء الآخريين يمكن للممثل القانوني لناقص الأهلية اخذ إذن قضائي لهذا التصرف أو يتوجه احد الشركاء إلى القضاء للشروع في إجراءات القسمة القضائية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، الصفحة 175.

4- وجوب شهر عقد القسمة : إضافة إلى الشروط السابقة يشترط شهر عقد القسمة إذا كان محله عقار إذ أن الشهر أمر الشكلي لا بد من مراعاته وبدونه لا ينعقد العقد ولا ينفذ بين الشركاء ولا يكون ملزماً للغير بمعنى آخر العقد يكون باطلاً.

#### الفرع الثالث: نقض القسمة الرضائية .

عقد القسمة ملزم لأطرافه إذا ما تحققت شروط القسمة من إجماع وحضور وأهليه وشهر وإلا، أنه في نفس الوقت وحفاظاً على حقوق بعض الشركاء الذين لحق بهم الضرر، جراء قسمة العقار الشائع بطريق الغش أو أي طريق آخر ، حيث أن القسمة الرضائية عقد كسائر العقود فإنه تسري عليه أحكام العقود من حيث النقص وتلك الحالات نذكرها كما يلي :

1- الحالة الأولى : قد يطعن في القسمة الرضائية بالبطلان المطلق ، كما إذا وقعت قسمة إتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون باطلاً ، و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه ببطلان .

2- الحالة الثانية: قد يطعن في القسمة الإتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية ، إذا كان هناك مجنون أو معتوه أو قاصر ولم تراعى الأوضاع القانونية ، وكذلك إذا كان هناك عيب من عيوب الإرادة ، فإذا وقعت مثلاً فيغلط جوهرى في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة أو غير ذلك من عيوب الإرادة!

3- الحالة الثالثة: يمكن نقض القسمة الرضائية بإجماع الشركاء إذا إتفقوا على أن تتم مرة أخرى بالطريقة التي يرونها مناسبة، حيث أن القسمة الرضائية إذا كانت قد قامت على الإجماع والرضا فمن باب أولى إن تنقض بالإجماع والرضا، وهو نفس الحكم الذي يجري على سائر العقود في حاله فسخ بالإقالة.

1- حسن كيرة ، الوجيز في القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 449.

4- الحالة الرابعة : يمكن نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن فقد يلحق احد المتقاسمين كما ذكرنا سابقا عيب من عيوب الإرادة وقد جاء في قانون المصري.

يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي، إذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، وعلى أن تكون العبرة في التقدير بقيمه الشيء وقت القسمة .

-ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، والمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته.

فالغبن كافي لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال بناء على طلب الشريك المقبول الذي وقع بحقه، أما إذا أجاز الشريك الذي وقع الغبن في حصته القسمة الرضائية صراحة أو ضمنا أو رضي بها بعد علمه بالغبن الذي وقع في حصته، فإن هذا العقد يكون غير قابل للنقض<sup>1</sup>.

5- الحالة الخامسة: يمكن نقض القسمة الرضائية لوجود دين على التركة بعد وفاة المورث وعلى ذلك نصت مجلة الأحكام العدلية " إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة، تفسخ القسمة إلا إذا الورثة سدوا الدين أو تنازل عنه الدائنون أو كان للميت مال آخر غير مقسوم أوفى منه الدين ، فعند إذن لا تفسخ القسمة".

### المطلب الثاني: القسمة القضائية.

يتم اللجوء إلى القسمة القضائية في حالتين هما:

-الحالة الأولى : إذا اجتمعت آراء الشركاء على عدم إجراء قسمة إتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوع فليس أمامه إلا أن يلجا إلى القضاء طالبا القسمة .

-الحالة الثانية : إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب وعلى ذلك نتناول القسمة القضائية في الفرعين التاليين :

<sup>1</sup>حسن كيرة ، الوجيز في القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة474.

الفرع الأول: الخصوم والمحكمة المختصة.

الفرع الثاني: قسمه التصفية والقسمة العينية.

الفرع الأول: الخصوم والمحكمة المختصة .

جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 724 منهم: "إذا اختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة"، كما أشارت الفقرة الثانية إلى: "...وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

و بمقتضى هذه المادة يتضح انه إذا اختلف الشركاء في قسمه المال الشائع بصفه ودية، وفي حالة لم ينعقد إجماعهم على القسمة القضائية، فعلى الشريك الذي يريد الخروج من الشيوخ رفع دعوى على باقي الشركاء أمام القضاء، من اجل إزالة الشيوخ نهائيا إذ يجوز قانونا للشريك الذي يرغب في الخروج من الشيوخ على سائر رفع دعوى على سائر الشركاء في الشيوخ أمام المحكمة المختصة.

المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرتها المال الشائع، إذ لا يجبر احد على البقاء في الشيوخ طبقا للمادة 722 من القانون المدني، ولم يحدد فيما ما إذا كان القضاء الجزائري أو المدني هو المختص في حين أن المشرع المصري ، حدد الاختصاص للمحكمة الجزائرية حيث أن المحكمة الجزائرية هي المختصة بالنظر في دعوى القسمة أين كانت قيمتها، ولو زادت على النصاب المالي المعروف في الاختصاص والمحكمة الجزائرية هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، والحكمة من جعل المحكمة الجزائرية مختصة ولو زادت قيمه المال

الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع و قسمته .

الشائع على نصابها ذلك أن إختصاصها لا يتناول إلا إجراءات القسمة حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم<sup>1</sup>.

فالذي تختص به المحكمة الجزائية هو النظر في إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع.

الفرع الثاني: قسمة التصفية و القسمة العينية.

إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الجزائية المختصة نظرت ما إذا كان القسمة العينية كانت هذه القسمة تؤدي إلى إحداث نقص كبير في قسمة المال الشائع، ترجع إلى قسمة التصفية في هذه الحالة، حيث إن القسمة القضائية إما تكون قسمة تصفية أو قسمة عينية كما يلي:

-أولاً: قسمة التصفية.

نصت المادة 728 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا تعذرت القسمة عينياً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمه المال المراد قسمته، لبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على شركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع."

يلجأ إلى قسمة التصفية في حال عدم إمكانية إجراء القسمة العينية، و قسمة التصفية لا يتصور إجرائها إلا على طريق بيع العقار المشاع للحفاظ على حقوق الشركاء في الشيوع، كما أن الغرض من القسمة ليس الإفراز فحسب وإنما التسجيل واحتمال أن يكون ناتج القسمة بالطريقة العينية يقل عن الحد الأدنى المسموح به للتسجيل فان على المحكمة أن تتبع إجراءات قسمة التصفية. وقد نص قانون الإجراءات المدنية على: " إذا كان العقار قابلاً للقسمة إلى انه يترتب على إجراء القسمة أن تصبح مساحة أو حصص أي من الشركاء دون الحد الأدنى المقرر قانوناً في يجوز للمحكمة أن:

<sup>1</sup> - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، الصفحة 203.

تعرضها للبيع على الشريك أو الشركاء الآخرين.

تضمها إلى حصة أي شريك أو شركاء الآخرين بالنسبة التي تراها أو بالقيمة التي تقدرها، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تحدد ميعاد معقول لدفع المبلغ الذي تقدره ويكون مؤمنا بحجز حصة الشريك الملزم بالدفع حتى يدفع المبلغ.

تأمر ببيع العقار كله إذا تعذر تطبيق الفقرتين 1 و2.

ثانيا: القسمة العينية.

هي تلك التي يقسم فيها المال إلى أجزاء مفرزة تتناسب وحصص الشركاء، والأصل أن تقوم المحكمة بإجراء القسمة عينيا أي بالقسمة العينية، أي تجزئة المال الشائع إلى حصص وإعطاء كل شريك جزء يعادل حصته فيه، ويجوز للقضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقويم المال المشترك وقسمته حصصا عينية كل بقدر حصته، أن كان المال يقبل القسمة عينيا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته حسب نص المادة 724 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري. وعلى هذا الأساس تتم قسمة المال المشاع في حالة إختلاف الشركاء بمعرفة خبير أو أكثر تحت إشراف المحكمة عن طريق تكوين حصص على أساس أصغر نصيب، فلا يشترط في القسمة العينية أن تكون الحصص متساوية تماما فان حصلت زيادة في إحدى الحصص أو نقص في الأخرى تم تكميل النقص بمعدل نقدي يسمى بمعدل القسمة<sup>1</sup>.

إذا كان العقار قابلا للقسمة فإن على المحكمة أن تشرع في إجراءاتها إما وفقا لاتفاق أطرافها أو بإجراء القرعة بينهم في حاله عدم الاتفاق، وتتم القسمة بطريق القرعة وهذا هو الأصل فان تعذر ذلك تتم القسمة بطريق التجنيب أي عن طريق خبير.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، الصفحة 206.

### المطلب الثالث: الآثار التي تترتب على القسمة.

الأثر الأساسي الذي يترتب على قسمة المال الشائع هو أن يختص كل متقاسم من الشركاء جزء مفرز من عقار يعادل حصته فيه بعد أن كانت حصته شائعة في هذا العقار كما نصت عليه المادة 730 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أصبح مالكا في الشيوع وانه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"، ولكن السؤال المطروح هو ما هو التكييف القانوني لهذا الأصل؟ هل هو أثر كاشف أم اثر ناقل للملكية؟ للإجابة على هذا السؤال تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: الأثر الكاشف والناقل للملكية.

الفرع الثاني: الضمان في القسمة.

الفرع الأول: الأثر الكاشف والناقل للملكية.

الأثر الكاشف للقسمة يعني أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديدا لم يكن له ، لكن هي تكشف عن حقائق منذ الشيوع لكن بتعديل جوهري في محله، فبعد أن كانت ملكية طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء، تأتي القسمة لتعلن ما كان قائما له من ملكيه، ولكنها تحدد محلها فتحصره بما يطابق ما كان له من حصة معنوية، كما أن حق الشريك المشاع وان كان محددًا تحديدا معنويا بحصة شائعة إلا انه يرد من الناحية المادية على شيء كله ومن هنا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من حق الشريك سندا جديدا وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة كما أنها لا تحول جديدا، بمعنى أن القسمة ما هي إلا إعلان عن وضع قانوني أو حق سابق وتسجيل قيامه.

يقصد بأثر الناقل بوجه عام كل تصرف يترتب على أثره انتقال حق من شخص إلى شخص دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه ، والتصرف الناقل هو الذي ينقل إلى المتصرف إليه حقا لم يكن موجودا من قبل مثل عقد البيع ، أما التصرف الذي يستند إلى حق سابق موجود فيقوم بالتنفيذ على بعض العناصر .

كذلك فان الأثر الناقل وان كان يحمل معنى البيع في حالة ما إذا كانت القسمة بمعدل ، وبالتالي يتضح أن للقسمة أثرين أثر كشف وأثر الناقل للملكية.

#### الفرع الثاني: الضمان في القسمة.

يترتب على القسمة ضمان التعرض والاستحقاق الكلي للمال الشائع المقسوم، بأن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من الغير من تعرض أو استحقاق في شأن نصيبه، كما نصت المادة 731 من القانون المدني الجزائري على انه: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق، لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له، والمنترع حقه على أن تكون العبرة في تقدير الشيء في قيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين<sup>1</sup>."

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها، و يمنع الضمان أيضا إذا كان أيضا الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه، كما أن المشرع المصري نص عليها في نص المادة 844 من القانون المدني المصري، وعلى ضوء ذلك نجد أن ضمان المتقاسمين يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق، فلا ضمان للعيوب الخفية في الشيء الشائع لابد أن تشمل القسمة، ولو كان معيبا فيقع في نصيب احد المتقاسمين، فإذا إكتشف هذا المتقاسم العيب كان له الحق أن

<sup>1</sup> - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، الصفحة 215.

يطالب بنقض القسمة للغبن إن كانت القسمة الاتفاقية وكان الغبن يزيد عن خمس ولكن لا يرجع بالضمان.

يتطلب القانون توفر الشروط معينة لرجوع أحد المتقاسمين على الآخر بضمان كما يلي:

1- يشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجع إلى سبب سابق على القسمة، وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة<sup>1</sup>، وعلى ذلك إذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة، فلا ضمان على المتقاسمين الآخرين تطبيقاً لذلك إكتسب الغير بالتقادم لم تكتمل مدته إلا بعد قسمة، فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين من الآخرين بالضمان لان السبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة<sup>2</sup>.

2- يشترط أن يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ متقاسم نفسه، مثل ذلك الذي يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى.

3- واشترط أن لا يكون هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها، وعلى ذلك لا يكفي لإسقاط الضمان، أن يكون هناك شرط عام يعفي من الضمان.

<sup>1</sup>- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، الصفحة 222.

<sup>2</sup>- رمضان أو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري، الصفحة 565.

## الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع وقسمته .

و إذا وقع التعرض للمتقاسم وتوافر شروط الضمان وأخطر المتقاسم الآخرين بدعوى الغير،  
وجب عليهم التدخل فيها إلى جانب المتقاسم للاشتراط معه في الرد على دعوى المدعي،  
إذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى رغم إخطارهم في الوقت الملائم ثم حكم بالاستحقاق  
للمدعي وجب عليهم ضمان الاستحقاق.

الختام

إن المشرع الجزائري أقر للشريك الذي يملك حصة شائعة ملكا تاما له ، أن يتصرف فيها بجميع أوجه التصرفات ، دون أن يلحق الضرر بأي حق من حقوق سائر الشركاء ، و أقر أيضا لأغلبية الشركاء في الشيوخ الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يتصرفوا في العقار الشائع كله ، متى إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم بل حتى في حالة إعتراضهم على التصرف .

و إذا كان غرض المشرع من منح الأغلبية حق التصرف في العقار الشائع هو حمايته من تعنت الأقلية منها، فإن إغفال المشرع بيان الأسباب القوية التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية في العقار الشائع ، من شأنه أن يمكن هذه الأغلبية من التعسف في حق الأقلية، التي يبدو في ظاهر النصوص القانونية المنظمة للتصرف في العقار الشائع، أن المشرع قد حرّمها من حقها في التصرف في الجزء الذي تملكه مجتمعة .

و لإنهاء حالة الشيوخ يتم كمبدأ عام اللجوء أولا للقسمة الرضائية ، و هي عملية تتم فيها مبادلة بين أنصبة الشركاء الشائعة و تتميز فيها حقوق الشركاء عن بعضها البعض ، وتكون بمثابة إفرز للحصص و بعدها تصبح الملكية الشائعة ملكية خاصة مفرزة ، و في حالة عدم إتفاق الشركاء على القسمة الرضائية ، كان للشركاء اللجوء للقسمة القضائية و يتم ذلك بتدخل المحكمة و بالتالي ينتج عن القسمة اثر يسمى بالأثر الناقل و معناه أن يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته فيه ، أما الأثر الكاشف يعني أن لا تعطي الشريك حقا جديدا، و إنما تكشف حقا قائما أصلا منذ الشيوخ .

من خلال ما تم دراسته في هذا الموضوع ، يظهر لنا أن أحكام الشيوخ كانت و مازلت من أهم أسباب إختلاف شراح القانون الذين ثارت بينهم مناقشات غير مسبوقة ، خاصة حول تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع ، مما يدل على الأهمية البالغة التي جعلت المشرع يتناوله بالتنظيم، وإن كان مشوبا بالقصور حيث أغفل عدة جوانب منه و أحدث العديد من الثغرات التي زادت من حدة الخلاف خاصة و أنه خصص المادة 714 من القانون المدني

الجزائري ، و نص المادة 890 من نفس القانون المتعلقة بالرهن الرسمي جعل الخلاف قائما حول إعتبار الثانية إمتداد أم إستثناء عن الأولى كانت الغلبة للأول .

و لعل الغموض الذي يعتري النصوص القانونية المنظمة للتصرف في الملكية العقارية الشائعة، هو السبب الراجع لعدم تطابق بعض الأحكام القضائية و ظاهر هذه النصوص ، إضافة إلى نقص الاجتهاد القضائي الذي أدى بدوره إلى إعطاء الوقائع المعروضة أمامه في مجال الملكية العقارية .

و في الأخير كان من الواجب على المشرع الجزائري التدخل من اجل الخروج بحلول دقيقة و واضحة من شأنها تنظيم مجال التصرف في العقار الشائع و إيجاد التوازن و منع التعسف بين الشركاء في الشيوخ ، سواء من جانب الأغلبية أو من جانب الأقلية مع بيان الأسباب المستند عليها لأي تصرف وارد على العقار الشائع ، و بالتالي سد الفراغ الذي يعرفه القانون المدني الجزائري في مجال الملكية العقارية الشائعة .

## قائمة المصادر و المراجع

### أولاً: المصادر .

- 1- الأمر 74/75، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري .
- 2- الأمر 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .
- 3- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 /11/ 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري .
- 4- المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 28/10/1992، تحت الرقم 29501، المجلة القضائية، العدد1، 1994.
- 5- المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار، بتاريخ 26 /10/ 1983، تحت رقم 29501، المجلة القضائية، العدد1، 1989.
- 6- قرار المحكمة العليا، رقم 63765 الصادر بتاريخ 29/10/1990، المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد04 سنة 1992 ، الصفحة 28.

### ثانياً : الكتب .

- 1.1 إبتسام قرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، 1998 .
2. أحمد فلاح عبد البخيت ، الملكية العقارية الشائعة في الفقه الإسلامي و القانون دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012.
3. أنور السلطان ، العقود المسماة : شرح عقدي البيع و المقايضة ، دراسة مقارنة : القانونيين المصري و اللبناني ، دار النهضة العربية ، بيروت .
4. توفيق فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، دار جامعة ، الإسكندرية ، د.ط، 1993.
5. جمال الدين ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، الجزء 12 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، لسنة 2009، الطبعة الأولى .
6. جمال خليل الناشر ، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2001.
7. جميل الشقراوي ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، السنة 1987 .
8. حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1963.
9. حميدي باشا ، القضاء العقاري ، الطبعة 13، دار الهومة ، الجزائر .

10. خليل أحمد أحسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 4، عقد البيع ، الطبعة 2001.
11. رمضان أو سعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002.
12. سفانة سمير حميد ، رهن الملكية الشائعة تأمينيا دراسة مقارنة ، مجلة مداد العرب ، العدد الثالث عشر ، الجامعة العراقية ، 2013.
13. عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العقارية في التشريع الجزائري ، دار الهومة ، الجزائر ، 2003.
14. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية و العينية ، الطبعة 1968 ، دار التراث العربي ، المجلد 10 .
15. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، الجزء 8، الطبعة 1970 ، دار التراث العربي ، المجلد الثامن .
16. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار التراث العربي ، المجلد التاسع .
17. عبد المنعم البدر اوي ، الحقوق العينية الأصلية و الحقوق المتفرعة عنها و أسباب كسبها ، الطبعة 3 ، مطبعة الكيلاني ، 1968 .
18. عبد المنعم فرح العدة، الملكية في قوانين بلاد العرب ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون ذكر الطبعة ، بدون ذكر سنة النشر .
19. عبد الوهاب عرفه، الشامل في القسمة في ضوء الفقه و القضاء النقض ، الإسكندري، دار الفكر و القانون ، 2008 .
20. عمر بن سعد ، الاجتهاد القضائي وفقا لإحكام القانون المدني ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000.
21. محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2003.
22. مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، د.ط، منشأة المعارف ، دون سنة النشر .
23. مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون ذكر الطبعة ، بدون ذكر سنة النشر .
24. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2002.
25. نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة عملا و علما ، الطبعة 1، المجلد 1، منشأة المعارف ، 1998
26. نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، مطبعة الجامعة ، القاهرة ، 1992.

27. يوسف دلاندة ،الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة ،دون ذكر الطبعة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر 2015 .

### ثالثا : الكتب الأجنبية .

1- français chabas .lecons de droit civil .tome 2 volume .biens .8eme .edition

2- Noëlle . bachellier . droit civil . surettes foncier. 14eme édition . Dalloz . 2002.

### رابعا : المذكرات .

1- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة ،2007.2008.

2- عيشور علي ، الشفعة بين الشريعة و القانون ، مذكرة تخرج ، المعهد الوطني للقضاء ، مجلس قضاء المدية ، الدفعة الثانية عشر ، 2001.2004.

### خامسا : مواقع إلكترونية .

1- دعوى الاستحقاق تعريفها وشروطها ،19:06، 2019/12/20، [http //univerity .life style/net](http://univerity.life style/net)

## الفهرس

	الإهداء
	الشكر والعرفان
01	المقدمة
06	الفصل الأول : ماهية الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع
07	المبحث الأول : مفهوم الملكية العقارية الشائعة و تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار
07	المطلب الأول: مفهوم الملكية العقارية الشائعة
07	الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الشائعة
09	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية العقارية الشائعة .
12	الفرع الثالث : انواع الملكية العقارية الشائعة .
15	المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار
16	الفرع الأول: الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصه الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوخ
18	الفرع الثاني : الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصه الشائعة في العقار الشائع
18	1- حق التخصيص
19	2- حق الامتياز
20	3- الرهن الرسمي
21	4- الرهن الحيازي
22	المطلب الثالث: آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة
22	الفرع الأول : آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في بالنسبة للمتعاقدين
27	الفرع الثاني : آثار تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في مواجهة الشركاء
39	المبحث الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع
39	المطلب الأول : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا
40	الفرع الأول : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل القسمة
41	الفرع الثاني : حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد القسمة
43	المطلب الثاني : حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا
43	الفرع الأول : حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع
44	الفرع الثاني : حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع
46	المبحث الثالث : تصرف الشريك منفردا في كل العقار الشائع

46	المطلب الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله
46	الفرع الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله بالنسبة لطرفيه
50	الفرع الثاني : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله بالنسبة للشركاء
51	المطلب الثاني : آثار تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله
52	الفرع الأول : دعوى الاستحقاق
55	الفرع الثاني : طرق إثبات دعوى الاستحقاق
59	الفصل الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع و قسمته
59	المبحث الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع
59	المطلب الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله
59	الفرع الأول : التصرفات الناقلة للملكية
63	الفرع الثاني : ترتيب حق عيني أصلي أو تباعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين
73	المطلب الثاني : تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء في جزء من العقار الشائع
74	الفرع الأول : تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع
74	الفرع الثاني : ترتيب الشركاء لحق عيني أصلي أو تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع
77	المبحث الثاني : تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء في العقار الشائع
78	المطلب الأول : الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع
79	الفرع الأول : الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع
79	الفرع الثاني : الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع
80	المطلب الثاني : ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع
81	الفرع الأول : طبيعة الإعلان الموجه للأقلية
82	الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض
84	المبحث الثالث : قسمة الملكية العقارية الشائعة
85	المطلب الأول : القسمة الاتفاقية
85	الفرع الأول : طبيعة القسمة الاتفاقية
86	الفرع الثاني : انعقاد القسمة باتفاق جميع الشركاء على الشيوخ و انتفاء الغبن فيها
88	الفرع الثالث : نقض القسمة الاتفاقية
89	المطلب الثاني : القسمة القضائية
90	الفرع الأول : الاختصاص القضائي بدعوى القسمة و إطرفها
91	الفرع الثاني : أنواع القسمة القضائية

93	المطلب الثالث : الآثار المترتبة عن القسمة
93	الفرع الأول : الأثر الكاشف و الناقل للقسمة
94	الفرع الثاني : الضمان في القسمة
98	الخاتمة
100	قائمة المصادر و المراجع
103	الفهرس

## ملخص مذكرة الماستر:

إن الاستثناء من القاعدة العامة تقضي بأن يتعدد ملاك العقار الواحد. وبالتالي يكون مشترك بين جميع الشركاء وهذا ما يطلق عليه بالملكية الشائعة، والذي يؤدي إلى إثارة العديد من التساؤلات عن حكم التصرفات الواقعة على الحصة الشائعة من طرف الشريك بصفة منفردة أو من طرف جميع الشركاء أو أغليبيتهم .

وللبحث في هذا الموضوع إرتئينا تقسيمه إلى فصلين أين تناولنا في الفصل الأول مفهوم الملكية الشائعة والتصرف الشريك في حصته الشائعة، عرفنا الملكية الشائعة و بينا الطبيعة القانونية لها وكذا أنواعها وما يترتب عن حكم التصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة كلها أو في جزء مفرز منها، وما يترتب عليه من آثار بالنسبة للمتعاقدين وكذا بالنسبة للشركاء. أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى تصرف الشركاء مجتمعين أو أغلبية منهم في العقار الشائع وقسمته، من ناحية تصرف الشركاء مجتمعين في العقار كله أو في جزء، وتصرف الأغلبية المتمثلة في ثلاثة أرباع الشركاء والأسباب القوية لتصرفهم رغم اعتراف الأقلية ، مع تحديد الضمانات للأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار ومن جهة أخرى تطرقن القسمة الملكية الشائعة وتعرضا للقسمة الرضائية من حيث الطبيعة وشروطها ونقضها في حالة الغبن، القسمة القضائية من جهة الخصوم والمحكمة المختصة والآثار المترتبة عنها، وقد انهينا هذا البحث بخاتمة إستخلصنا فيها أهم النتائج .

الكلمات المفتاحية:

- 1/ الملكية الشائعة
- 2/ الشركاء
- 3/ تصرف الشريك .
- 4/ الشفعة .
- 5/ قسمة العقار .
- 6/ حق عيني .

## **Abstract of master's thesis**

The exception to the general rule requires that the owners of the same property be multiple. Therefore, it is common to all partners, and this is what is called common ownership, which raises many questions about the rule of actions on the common share by the partner individually or by all partners or the majority of them.

In order to discuss this subject, we decided to divide it into two chapters, where we dealt in the first chapter with the concept of common ownership and the partner disposition in his common share. It has implications for the contracting parties as well as for the partners. As for the second chapter, we dealt with the behavior of the partners collectively or a majority of them in the common property and its division, in terms of the partners' collective disposition of the whole or part of the property, and the disposal of the majority represented by three quarters of the partners and the strong reasons for their behavior despite the recognition of the minority, with the identification of guarantees for the minority of partners when On the other hand, we dealt with the division of common property and subjected to a consensual division in terms of nature and conditions and its revocation in the event of unfairness, the judicial division on the part of the litigants and the competent court and the consequences thereof, and we ended this research with a conclusion in which we extracted the most important result.

### **Keywords:**

- 1/ Common property.                      2/ Partne                      3 / the behavior of the partner.  
4/ Preemption.                      5/ Divide the property.                      6/ Real estate .