جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون - نظام ل . م . د .

حـقــوق الشــريــك
في
المــلــكــيــة الشــائــعــة

مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون الخاص
تــخــصــــص : القــانـــون الخـــاص الداخـــلي

إعداد الطلبة :
- علي موسى خدوجة
- خديم هندة

إشراف
الأستاذ : نسير رفيق

لجنة المناقشة

- أ / أمازوز لطيفة ، أستاذة محاضرة..... رئيسة.
- أ / نسير رفيق ، أستاذ مساعد " أ "..... مشرفا ومقررا.
- أ / نعار فتيحة ، أستاذة محاضرة ..... ممتحنة.

تاريخ المناقشة .....

قائمة أهم المختصرات

أولا: المختصرات باللغة العربية

1- التقنين المدني الجزائري : (ت. م. ج) .

2- تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية : (ت. إ. م. إ) .

3- تقنين الأسرة الجزائري: (ت. أ. ج) .

4- الجريدة الرسمية : ج. ر .

5- الجزء : ج .

6- الطبعة : ط

7- المجلة القضائية : م. ق .

8- المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية : م. ن. ق. ع. س .

9- دون بلد نشر : د. ب. ن .

10- دون دار نشر : د. د. ن .

11- دون سنة نشر : د. س. ن .

ثانيا : المختصرات باللغة الفرنسية

1- Article : Art.

2- Code civil Français : (C .C .F) .

3- Edition : éd.

4- Référence précédemment cité : OP.cit .

5- Page : P.

شكر و إهداء

نتقدم بشكرنا الجزيل وامتناننا الخالص إلى الأستاذ المشرف نسير رفيق الذي لم يبخل بالنصح و الإشراف و التوجيه في إتمام هذا البحث بعون الله تعالى.

إلى كل أساتذتنا الكرام شاكرات لهم جهدهم.

إلى السيد عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية.

إلى السيد مسؤول نظام ل. م . د الذي وفر لنا المجال الخصب للبحث و المعرفة.

إلى أمهاتنا و آبائنا ، إلى أخواتنا و إخواننا ،أصدقائنا و كل من ساهم في انجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد.

شكرا

مقدمة

الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفتها البشرية لما لها من علاقة وطيدة بحيازة الأموال و التصرف فيها، و عرفت عبر العصور أنظمة متعاقبة و متنوعة، فأول نظام لها كان أساسه العرف ، إذ كانت جماعية ، ثم تطورت إلى ملكية شائعة، فإلى ملكية فردية على رأسها ملكية المنقولات ، أما العقارات فأدخلت ضمن الملكية الفردية في عصور متأخرة[1].

يعتبر حق الملكية (le droit de propriété)،أبرز الحقوق العينية الأصلية، فهو حق مانع،جامع و دائم ، نظمه المشرع الجزائري في الكتاب الثالث من التقنين المدني تحت عنوان "الحقوق العينية الأصلية" في المواد من674 إلى 881 منه ، وأدرج في مضمون هذا الجزء أحكام حق الملكية بوجه عام،وكذا أنظمة الملكية الخاصة(الملكية الشائعة والملكية المشتركة في العقارات)،ولقد عرف المشرع الجزائري[2] ،على غرار المشرع الفرنسي[3] حق الملكية من خلال مضمونه،على أنه: "حق التمتع و التصرف في الأشياء في حدود ما يقرره القانون أو يسمح به"،غيرأن ما يلاحظ على النص الجزائري ، أنه أغفل ذكر وصف ورد في النص الفرنسي، بحيث يجعل من حق الملكية حقا مطلقا، ولا يعتبر ذلك قصورا من المشرع فالملكية و إن كانت في الأصل حقا مطلقا إلا أنها أصبحت تلعب وظيفة إجتماعية [4].

---

1) دغيش أحمد ؛ "نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون الجزائري " ، م.ن.ق.ع.س ،عدد 01 ، 2009، ص . 162.

2) تنص المادة 674 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم على ما يلي : " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة ".

3) L'art 544 du (C.C.F) ,102éd,DALLOZ ,2003,dispose : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » .

4) يقول الأستاذ مازو الذي ألم بين جوهر الملكية على وجه الخصوص و بوظيفتها الإجتماعية بالعبارة التالية: "إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتيا فإن إستعماله يجب أن يكون إجتماعيا ". نقلا عن :

فاضلي إدريس ؛ نظام الملكية و مدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الاجتماعي ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1995 ، ص . ص . 324،325 ؛ راجع أيضا :

DE JUGLART (M.) ;Cours de droit civil (biens et obligations) ,vol2, tome1,7éd,Paris,1972 , p. 14 : « La propriété a une fonction sociale ,elle est la source d'enrichissement de la société, cela nécessite de développer la propriété individuelle ,mais elle doit être limitée et contrôlée a l'exercice de droit de propriété dans l'intérêt de la société » .

إذا كان الأصل في الملكية، أن تثبت للشخص الواحد على الشيء، فإنها قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء، بذلك تتعدد صور الملكية من فردية (مفرزة و شائعة) و جماعية (مشتركة)، فتكون مفرزة عندما يرد حق (الإستعمال ، الإستغلال و التصرف)على شيء محدد سواء كان عقارا أو منقولا، فهي تقع على مال معين بالذات يملكه شخص واحد فقط بحيث تكون له وحدة السلطة على الشيء المملوك[1]،أما الملكية المشتركة(la propriété collective فقد نظمها المشرع الجزائري في المواد 743الى 772 من (ت.م.ج)، و ترد على العقارات المبنية،وبالتالي يخرج عن مفهوم الملكية المشتركة في العقارات غير المبنية و التي تحكمها تنظيمات أخرى ،هذا العقار المبني قد يكون مملوك على الشيوع لكن لا يمكن تقسيمه لطبيعة البناية و شكلها،و قد يكون ملكا خاصا، لكن مالكه أراد أن يقسمه إلى حصص وفقا لقانون الملكية المشتركة،قصد التصرف بكل حرية في كل حصة بإنفرادها[2]،و ما يميزالملكية المشتركة أنها تشمل أجزاء مانعة، و هي الأجزاء الخاصة بكل شريك، و أجزاء مشتركة،وهي ملك لجميع المالكين على الشيوع،وهذا الشيوع إجباري لا ينتهي بالقسمة على عكس ما نجده في الملكية الشائعة[3]،كما تتميز الملكية المشتركة أيضا،أن المالك فيها جماعة دون أن يمتلك أي واحد منهم بمفرده المال أو حصة فيه،بل الكل يملكون مجتمعون كل المال الشائع، دون أن تكون لهم شخصية معنوية[4]،أماالملكية الشائعة (la propriété indivise)، فقد نظمها المشرع الجزائري في المواد 713إلى 742(ت.م. ج).

يعد الشيوع حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي، أي تعدد الملاك لشيء واحد، دون أن يختص كل منهم بشيء مفرز، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال ،لا تتركز في جانب منه بالذات بل تقع على الشيء الشائع جميعه ، و هو ما جاءت به المادة713 من(ت. م. ج) التي تنص على ما يلي: **"إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم فيه غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية،إذا لم يقم دليل على غير ذلك"**[5].

---

1) طلبة ليلى ؛ الملكية العقارية الخاصة وفقا للتشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،2010، الجزائر،ص.33 .

2) سعداوي عبد الحميد ؛ "الجدول الوصفي للتقسيم و قانون الملكية المشتركة" ، مجلة الموثق ،العدد 7،2002 ، ص . ص. 31- 32.

3) دروازي عمار ؛ آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة حاج لخضر ، باتنة ، ص . ص . 06،05 .

4) محمد حسين منصور؛ الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، مصر،2007 ،ص. 45 .

5) يلاحظ أن نص هذه المادة باللغة الفرنسية إستعمل مصطلح "...indivise..." بمعنى "...غير مفرزة..." و يظهر أنه هو الذي يعبر عن الفكرة الصحيحة بدلا من مصطلح "...غير مقررة...".

تكيف الملكية الشائعة على أنها ملكية فردية لا جماعية رغم تعدد الملاك في المال الشائع،فلا تشترك من حيث طبيعتها مع الملكية الجماعية، بل مع الملكية المفرزة،إذ كلاهما ملكية فردية ، بالتالي فالملكية إما أن تكون فردية (مفرزة أو شائعة)، و إما أن تكون جماعية (مشتركة)، و إذا كانت حالة الشيوع تتحقق في الملكية ، فإنها تقوم أيضا في الحقوق العينية الأخرى ، كالشيوع في الإنتفاع و الإرتفاق و حتى في الرهن[1]،كما تنشأ حالة الشيوع من كل سبب يصلح لكسب الملكية إذا تعلق بنفس الشيء و بعدة أشخاص [2].

تعتبرالملكية الشائعة وضع إستثنائي مصيره إلى ملكية مفرزة،فهي حالة مؤقتة مصيرها الإنقضاء أو الزوال، و إن كانت تدوم في بعض الأحوال مدة طويلة، مما قد يعاد معه النظر في مصير ما أجراه الشركاء في الشيوع من تصرفات في هذه الفترة، لذلك لا ينظر المشرع إلى هذا النظام نظرة ترحيب، بل و منح لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع بطلب القسمة في أي وقت،فالملكية الشائعة يتحدد مصيرها بالقسمة فتنقلب إلى ملكية مفرزة،و طوال فترة الشيوع يتحدد مضمونها بالتقييد من سلطات كل شريك لمصلحة الباقين.

رغم أن الملكية الشائعة كثيرة التحقق في العمل، إلا أن التطبيق العملي لهذا النظام لم يلبث أن كشف عن قصوره، فهو ليس بالنظام المفيد إقتصاديا،فقد بدا من العسير في كثير من الأحيان صعوبة إتفاق الشركاء بشأن الإنتفاع بالمال الشائع إذ غالبا ما تتعطل الإستفادة به إلى حد بعيد لتباين إرادة و أهداف كل شريك.

تختلف الملكية المفرزة عن الملكية الشائعة في كون المالك في الأولى،واحد منفرد يمارس سلطاته كلها دون مزاحمة من أحد، ولكن يتغير الوضع بداهة في الملكية الشائعة،حيث أصحاب المال عدة،و حيث يرد الحق طوال الشيوع على كل المال في جملته،فيمارس كل واحد منهم بصفته واحدا من أصحاب حق الملكية ،فيكون من الطبيعي أن تتزاحم وتتضارب مباشرتهم لهذه السلطات على نفس المحلو في نفس الوقت، من أجل ذلك يتحتم في الملكية

---

1) لا يقتصر الشيوع على الملكية التامة و إنما يرد كذلك على الملكية الناقصة (المجزأة)، في صورها المختلفة، أما الحقوق الشخصية، فلا تكون محلا للشيوع إذا ما تعدد الدائنون فهي تنقسم بينهم، بإستثناء الحق غير القابل للإنقسام أو الحق الشخصي بالتضامن بين الدائنين ، لمزيد من التفاصيل راجع: محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص . 65.

2) قسم الفقهاء المعاصرين أسباب كسب الملكية إلى ثلاث: أسباب منشئة للملكية كالإستيلاء و الإلتصاق ، أسباب كسب الملكية بالخلافة عن المالك و تتمثل في الميراث و الوصية، و أسباب ناقلة للملكية تشمل كل التصرفات و العقود الناقلة للملكية كالبيع و الشفعة ، راجع دغيش أحمد؛ مرجع سابق ، ص . 163.

الشائعة تقييد إستعمال كل شريك لسلطاته في الملكية بما للآخرين من سلطات مماثلة[1].

لقد عني المشرع بوضع تنظيم خاص للملكية الشائعة جعل فيه لإرادة الأغلبية دور رئيسي في تنظيم الإنتفاع و التصرف في المال الشائع، حفاظا على مصالح الشركاء جميعا من جهة، و من جهة أخرى،خول لكل شريك على الشيوع نفس سلطات المالك ملكية مفرزة، كما أقر له حق إنهاء حالة الشيوع عن طريق طلب القسمة ، و إن كان هذا الحق يرد عليه قيود قررها القانون.

فهل المركزالقانوني للشريك المشتاع يماثل المركز القانوني للمالك ملكية مفرزة؟

إن دراسة المركز القانوني للشريك المشتاع، تقتضي تفصيل سلطات الشريك المشتاع على المال الشائع(فصل أول)،و كذا حقه في إنهاء الشيوع(فصل ثاني).

---

1)- مخازني فايزة ؛ تصرف الشريك في المال الشائع – دراسة مقارنة - ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق و العلوم التجارية ،جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس ،2006 ، ص . ص .02 ،03 .

الفصل الأول

سلطات الشريك المشتاع على المال الشائع

للشركاء على الشيوع حقوقا على المال الشائع، و إذا كان الأمر يتعلق بحق الملكية، فذلك يعني أن المال الشائع ملكية لجميع المشتاعين، و لكن ذلك لا يمنع أن يكون لكل واحد منهم حق مانع على حصته الشائعة [1] .

يتميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية على شيء واحد في نفس الوقت، خلافا للملكية المفرزة، ومع ذلك فان مضمونه لا يختلف عن مضمون الحقوق العينية المعروفة و لا تتجاوز سلطاته سلطات حق الملكية من استعمال و استغلال و تصرف .

أخذ المشرع الجزائري بهذا التكييف، فاعتبر حق الشريك المشتاع حق ملكية بنصه في المادة 1/714 من (ت. م .ج) على أن : **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، و له أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ..." [2].**

إن الشريك في الشيوع يتمتع بجميع سلطات المالك على حصته في المال الشائع ، غير أنه مقيد بضرورة عدم إلحاق ضرر بسائر شركائه عند ممارسته لحقه، فهو لا يستأثر بالمال الشائع كله ، بسبب تعدد الملاك للشيء الواحد على عكس المالك ملكية مفرزة ، هذا ما يجعل للمال الشائع أحكاما خاصة به.

القاعدة العامة لإدارة المال الشائع، أنها تكون من حق الشركاء مجتمعين، فلا يستقل أي منهم بتولي الإدارة، و إلا أعتبر معتديا على حقوق باقي شركائه، فلابد إذن من إتفاقهم جميعا على إدارة المال الشائع[3] ،على أساس ما لهم عليه من حقوق متساوية .غير أن هذا المبدأ يعتبر غالبا مصدر لكل المساوئ ،و السبب في ذلك هو صعوبة تحقق إتفاق الشركاء لإجراء أي عمل من أعمال الإدارة نظرا لتعارض أهدافهم الخاصة، و بغية التخفيف من حدة "مبدأ الإجماع"، تم تنظيم إدارة المال الشائع تنظيما أعتد فيه بإرادة أغلبية الشركاء[4]،

---

1)LARROUMET (Ch.) ;*Les biens et les droits réels principaux* ,tome 2 ,3éd , DELTA,Paris ,1998,P .147 : « Les indivisaires sont cotitulaires d'un droit sur le ou les biens indivis, s'il s'agit d'un droit de propriété ,cela signifie que le bien indivis est la propriété de tous. Mais il n'empêche que chaque indivisaire a un droit exclusif sur la portion (quote-part) qui lui est reconnue dans l' indivision ».

2) يلاحظ أن نص المادة 1/714من (ت. م. ج)المعدل و المتمم إستعمل لفظ "... يستولي..." في حين ورد في النص باللغة الفرنسية مصطلح " percevoir... " ، بمعنى "...يقبض..."، و يظهر أنه هو الذي يعبر عن الفكرة الصحيحة بدلا من مصطلح "...يستولي...".

3) تنص المادة 715 من (ت. م .ج)المعدل و المتمم على ما يلي : " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك". نحن من سطر.

4)محمود عبد الرحمان محمد ؛ إستعمال و إدارة المال الشائع ، دار النهضة العربية ،مصر ، د. س . ن ، ص. ص.73، 74.

و هذه الأخيرة، يختلف مفهومها إذا ما تعلق الأمر بأعمال الإدارة المعتادة عن أعمال الإدارة غير المعتادة، و يتحقق هذا التنظيم في الحالة التي لم يتوصل الشركاء إلى إتفاق لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، أما إذا توصلوا إلى ذلك ففي هذه الحالة تسري أحكام قسمة المهايأة على التنظيم الإتفاقي الذي إختاره الشركاء للإنتفاع بالمال الشائع (مبحث أول)، أما عن حق التصرف في المال الشائع، فالأصل أنه يكون بإتفاق الشركاء جميعا،و إستثناءا يجوز للأغلبية الموصوفة التصرف فيه ، كما يحق أيضا للشريك المشتاع التصرف منفردا في المال الشائع، لكن بشرط ألا يلحق ضررا بباقي الشركاء(مبحث ثاني) .

المبحث الأول

إدارة المال الشائع

يقصد بإدارة المال الشائع، كل الأعمال و التصرفات التي تهدف إلى الإنتفاع بهذا المال و إستثماره[1]، و مثالها ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 573 من(ت. م. ج)التي تنص على ما يلي : **"...و يعتبر من العقود الإدارية، الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات و أعمال الحفظ و الصيانة و إستيفاء الحقوق ووفاء الديون و جميع أعمال التصرف كبيع المحصول، و بيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف و شراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه و لإستغلاله "[2].**

إن أهم ما يواجه الشركاء في الشيوع، هو إدارة المال الشائع لإختلاف أغراضهم ،فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون و قد تريد أغلبيتهم شيئا و تقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية، مما يؤدي إلى سوء إستغلال المال إن لم يؤد إلى تعطيل إستغلاله و في هذا إهدار لمصالح الشركاء جميعا و للمصلحة العامة أيضا[3].

على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بمبدأ الإجماع على إطلاقه لإدارة المال الشائع[4]، فإن المشرع الجزائري أخذ بنظام الأغلبية، و ما على الشركاء إلا الخضوع لهذا التنظيم القانوني في حالة عدم توصلهم إلى إتفاق لإدارة المال الشائع (مطلب أول) ، و من جهة أخرى، ترك للشركاء حرية إختيار طريقة ما لتنظيم إدارة المال الشائع، و لعل أهم صورة لإتفاق الشركاء على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، هي" قسمة المهايأة" التي ينطبق عليها نفس أحكام الإيجار (مطلب ثاني).

---

1) رمضان أبو سعود ؛ الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص. 82.
2) النص العربي للمادة 2/573 إستعمل مصطلح "...العقود الإدارية ..." و يظهر أن المصطلح الذي يعبر عن الفكرة الصحيحة هو " ...أعمال الإدارة ..." ؛ راجع النص باللغة الفرنسية « … actes d'administration… » .
3) محمود عبد الرحمان ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 67 ،68 .

4) GABRIEL(M.) et Raynaud(P.);par JOURDAIN(P.) ;*Droit civil(les biens)*,DALLOZ ,Paris,1995, p. 91 : « la règle de l'unanimité s'applique a tous les actes d'administration et de disposition » - LARROUMET (Ch .) ; OP.cit ,p.150 : « Le principe de l'administration des biens indivis admis par la loi, est celui de l'unanimité, c' est à dire qu' aucun acte ne peut être accompli sans le consentement de tous les indivisaires » .

المطلب الأول
التنظيم القانوني لإدارة المال الشائع [1]

لما كان من الصعب إتفاق الشركاء أو أغلبيتهم على طريقة معينة لإدارة المال الشائع، تدخل المشرع الجزائري بوضع مجموعة من القواعد التي تكفل الإدارة الحسنة لهذا المال، و قد ميز في هذا الصدد بين أعمال الإدارة المعتادة (فرع أول)،و الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة (فرع ثاني).

الفرع الأول
أعمال الإدارة المعتادة

يقصد بأعمال الإدارة المعتادة، الأعمال التي تهدف إلى إستعمال المال و إستغلاله بغية الحصول على ثماره، دون أن يكون من شأنها إحداث تغيير أساسي في هذا المال أو في الغرض منه[2].

بما أن الشريك المشتاع لا يستأثر بالمال الشائع لوحده، إذ لابد من موافقة باقي الشركاء على كل عمل يأتيه، و من ثم علينا معرفة الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة المعتادة (أولا)، و السلطات المخولة لكل شريك و المتمثلة في حق إستعمال المال الشائع، و يعد إستعمالا له أعمال الحفظ و الصيانة و كذا الحق في إستغلاله عن طريق تأجيره (ثانيا).

أولا : الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة المعتادة

الأصل أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين، و هذا ما نصت عليه المادة 715 من (ت. م. ج)التي جاء فيها ما يلي : **"تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك"**،غير أن تحقق مثل هذا الإجماع يكون متعذرا في كثير من الحالات، لذلك وضع المشرع من القواعد ما يكفل إدارة المال الشائع عند تعذر الإتفاق[3]،و التي من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، و أن تحسم ما يغلب وقوعه

---

1)BERGEL(J.-L.) ; *la propriété* , Dalloz ,Paris ,1994 ,p.p.78,79 : « Le régime légale de l'indivision s'applique de plein droit a toute indivision en l' absence de convention d'indivision ,il régit également dans des indivisions conventionnelles ,les questions non réglées par la convention ,il régit aussi la cession de droits indivis et le partage de l'indivision ;ainsi que la jouissance et la gestion des biens indivis » .

2) أنور العمروسي ؛ الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج 4(حق الملكية بوجه عام- الشيوع والقسمة)، ط4،دار العدالة للنشر ، مصر ، د.س. ن ، ص. 300 .

3) محمد حسن قاسم ؛ موجزالحقوق العينية الأصلية ،ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006، ص. 121.

من الخلاف بينهم،مكتفيا برأي أغلبية الشركاء فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة[1].

1/ تولي الأغلبية أعمال الإدارة المعتادة

تنص الفقرة الأولى من المادة 716 من (ت. م. ج)على ما يلي :**"يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة و تحسب الأغلبية أساس قيمة الأنصباء ..."**.

المقصود بالأغلبية هنا، هي الأغلبية العادية التي تملك أكثر من نصف (2/1)المال الشائع ، والتي تحسب على أساس قيمة الأنصبة لا على أساس عدد الشركاء[2]، إذ يمكن أن تكون الأغلبية شخصا واحدا إذا كانت حصته تزيد عن نصف المال الشائع [3].

إن الأخذ برأي الأغلبية، قد يجعل الشريك المالك لها مستأثرا وحده بأعمال الإدارة المعتادة نظرا لأنه مالك لمعظم حصص المال الشائع، و قد يؤدي ذلك إلى عدم إكتراثه برأي باقي الشركاء ، الذين قد يكون رأيهم هو الأصوب بإعتباره رأي الجماعة على الرغم من ضعف حصصهم و هذا بلا شك يضر بهم [4]، خاصة و أن المشرع لم يمنحهم حق الطعن (عكس الحال في أعمال الإدارة غير المعتادة)في القرارات الصادرة في هذه الحالة، و لكن يبقى للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن في القرار الصادر من الأغلبية إذا كان يتضمن تعسفا في إستعمال الحق[5]،كما لهم أيضا طلب الخروج من الشيوع أي طلب القسمة[6]،و يحق للأغلبية أيضا أن تختار مديرا[7]، يكون من بين الشركاء أو من الغير، و الذي يصبح نائبا عن الأغلبية في الإدارة، و ينفذ ما يتخذه من أعمال في مواجهة جميع الشركاء[8]، كما يحق لها أيضا أن تضع نظاما للإدارة لحسن الإنتفاع بالمال الشائع،

---

1) محمود كامل مرسي باشا ؛ شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، ج2، منشاة المعارف ، مصر ، 2005 ، ص. 126 .

2) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 121 .

3) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق، ص .70 .

4) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 79 .

5) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006، ص. 96 .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج8(حق الملكية) ، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ، 2000، ص. 827 .

7) تنص المادة 2/716 من (ت. م .ج)على ما يلي :"...و للأغلبية أيضا أن تختار مديرا...".

8) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 70 .

هذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 716من (ت. م. ج) بنصها على ما يلي: **"...كما أن لها أن تضع للإدارة و لحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا ..."**، فالنظام الذي تختاره الأغلبية لإدارة المال الشائع يكون ملزما لجميع الشركاء و للوكيل الذي إختارته الأغلبية، و ملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث و من خلف خاص كالمشتري [1].

2/ تولي القضاء تعيين من يقوم بأعمال الإدارة المعتادة

إذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع ،نظرا لوجود أراء مختلفة و متضاربة و أدى ذلك إلى تعطيل الإدارة[2]،جاز لكل شريك اللجوء إلى المحكمة لتتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، فلها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع[3]، حيث يكون لهذا المدير المعين سلطة الحارس القضائي[4]،فيتولى أعمال الإدارة و يقدم حسابا عنها للشركاء و يعمل على المحافظة على المال الشائع في حدود ما عين من أجله ، ويبذل في سبيل ذلك عناية الرجل العادي[5] ، و تنتهي مهمة الحارس القضائي بإنتهاء المهمة الموكلة إليه، أو بإتفاق الشركاء على إدارة المال الشائع أي زوال الإختلاف[6].

3/ تولي أحد الشركاء أعمال الإدارة المعتادة

قد يقوم أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة ، دون أن يملك أغلبية الحصص فيه ، فحكم هذا العمل بالنسبة لشركائه أو بالنسبة لمن تعامل معه من الغير، لا يخلو من أحد الفرضين التاليين[7]:

---

1) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 292 .

2) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 88 .

3) المادة :1/716من (ت. م .ج) المعدل و المتمم .

4) تنص المادة 604 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " تجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء، إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن، و تنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية ".

5) دفاس فوزي ؛ تنظيم الملك المشاع في القانون المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2010، ص. 41 .

6) المادة : 611 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم .

7) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 82 .

الأول : أن يقوم الشريك بهذا العمل دون إعتراض باقي شركائه

في هذا الفرض، يكون الشركاء قد وافقوا بطريقة ضمنية على ما قام به هذا الشريك من عمل و ينفذ عمله في مواجهتهم[1]،إذ يعد هذا الشريك وكيلا عنهم [2]، و غالبا ما يحدث هذا في حالة الميراث، حيث يتولى الأخ الأكبر إدارة التركة لصالح الورثة و عند الإعتراض من الأغلبية يعتبر ذلك عزلا له عن الوكالة الضمنية [3]،و يستشهد في هذا الإطار بالقرار رقم 38418 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/07/ 1985 الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أن عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة و أن أعمال الإدارة المعتادة يكون رأي الأغلبية ملزما لجميع الشركاء، و إذا تولى أحدهم الإدارة دون الإعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطئا في تطبيق القانون"[4]. كما أكدته في أحد إجتهاداتها ، إذ جاء في إحدى حيثياته ما يلي : "حيث أنه يستخلص من القرار المطعون فيه، أن المدعى عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن، و في هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون إعتراض من الباقين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة 716 من القانون المدني "[5] .

الثاني : أن يقوم الشريك بهذا العمل رغم إعتراض أغلبية الشركاء

في هذا الفرض، لا يمكن إعتبار هذا الشريك وكيلا عن الباقين و لا ينفذ عمله في مواجهتهم[6] ، فإذا قام أحد الشركاء مثلا بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها، فإن هذا الإيجار لا ينفذ في مواجهة بقية الشركاء الآخرين، فيمكنهم تأجير العين إلى مستأجر آخر و طرد المستأجر الأول[7]،و هذا الأخير يمكنه طلب إبطال العقد على أساس الغلط بشرط أن يثبت عدم علمه بملكية العين على الشيوع، و إعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر [8].

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص.87 .

2) تنص المادة 3/716 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "...و إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ".

3) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. 72 .

4) نقلا عن: حمدي باشا عمر ؛ القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، ط11، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008، ص. 111.

5)القرار رقم 196140،الصادر بتاريخ 28/ 2000/06،مجلة المحكمة العليا ؛ الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،قسم الوثائق ،ج02 ، 2004 .

6) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. 72 .

7) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق، ص.73.

8) المادة : 2/714 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم .

ثانيا : سلطات الشريك في إطار الإدارة المعتادة للمال الشائع

يخول للشريك بموجب أعمال الإدارة المعتادة، حق إستعمال المال الشائع و إستغلاله قصد الإنتفاع به و أخذ ثمراته ، وهذا الحق يقابله حق الشركاء الآخرين في الإنتفاع به كذلك[1] ، مما يستوجب عليهم جميعا القيام بأعمال الإدارة بطريقة حسنة لتحقيق إنتفاع متساوي بينهم، و من بين الأعمال التي يمكن للشريك مباشرتها ، حفظ المال الشائع و تأجيره .

1/ حفظ المال الشائع

تعد أعمال الحفظ و الصيانة من أعمال الإدارة المعتادة، و كان يجب إذن أن تخضع لما ذكرناه سابقا، و هو حصول الشريك على موافقة بقية الشركاء للقيام بها ، إذا لم يكن يمتلك أغلبية الحصص في المال الشائع ، ولكن المشرع إستثنى أعمال الحفظ عن هذه القاعدة فأجاز لكل شريك في الشيوع مهما كانت حصته القيام بهذه الأعمال، بل وأكثر من ذلك رغم إعتراضهم[2]، ذلك لأن في هذه الأعمال مصلحة عامة لجميع الشركاء ،و أعمال الحفظ قد تكون أعمالا مادية ، من أمثلتها أعمال الصيانة ، الترميم ، جني الثمار في مواعيدها قبل أن تتلف، و قد تكون تصرفات قانونية، كرفع دعاوى الحيازة ، قطع التقادم إذا كان المال الشائع في حيازة أجنبي بقصد تملكه بالتقادم المكسب، و دفع الضرائب و الرسوم المستحقة للدولة لمنع الحجز على المال[3]،هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في العديد من القرارات الصادرة عنها ،إذ جاء في أحدها ما يلي :"لا تشترط موافقة جميع الشركاء في الشيوع لرفع دعوى الطرد من الملكية الشائعة عندما تكون من أعمال حفظ الشيء "[4]، و في قرار آخرلها جاء فيه ما يلي :" من المقرر قانونا أن لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء و لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء،

و لما كان الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك، فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة و أن القانون لا يشترط في رفع الدعوى، أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن" [5].

---

1)DUPONT DELESTRAINT (P.) ;*Droits réels principaux* (les biens) ,5e éd , Dalloz ,Paris ,1977, p.p .26,27 : « Chaque copropriétaire peut se servir de la chose à condition de ne pas empêcher les autres de s' en servir également ,comme aussi les fruits de la chose se partagent entre les copropriétaires cela dans le cadre de l'usage et de la jouissance sur la chose indivise elle –même » .

2) تنص المادة 718 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك من غير موافقة باقي الشركاء ".

3) علي هادي العبيدي؛ الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2009، ص. 62 .

4) قراررقم 425758، الصادر بتاريخ 2008/02/13، مجلة المحكمة العليا،عدد2008،01،ص.235.

5) قراررقم 150167 ، الصادر بتاريخ 1997/11/19، م.ق؛عدد 02، سنة 1997، ص. 59 .

2/ تأجير المال الشائع

من أعمال الإدارة المعتادة التي تهدف إلى الإنتفاع بالمال الشائع و إستثماره، إيجار العين الشائعة، و يختلف حكمه إذا ما كان صادرا عن أغلبية الشركاء للمال الشائع أو من أحدهم.

أ/إيجار أغلبية الشركاء للمال الشائع

إذا إتفقت أغلبية الشركاء على تأجير العين الشائعة ، كان الإيجار نافذا في حقهم جميعا و أعتبرت الأغلبية نائبة نيابة قانونية عن الأقلية، و لا يكون لهذه الأخيرة أن تعترض على ذلك إلا إذا ثبت أن هناك تواطؤ بين ذوي الأغلبية و المستأجر بهدف الإضرار بالأقلية ، فيجوز لأي واحد منهم أن يطلب عدم نفاذ الإيجار في حقه ، على أساس التعسف في إستعمال الحق[1] .

ب/ إيجار الشريك المشتاع للمال الشائع

قد يقوم الشريك بإيجار المال الشائع كله أو جزء منه ، دون أن تكون له أغلبية الحصص فيه، فهنا إما أن لا يعترض الشركاء على هذا الإيجار، أو يعترضون عليه .

إذا قام أحد الشركاء بإيجار المال الشائع و علم باقي الشركاء بذلك و لم يعترض أحد منهم على ذلك ، إعتبرهذا بمثابة موافقة ضمنية على ما قام به الشريك المؤجر و عد وكيلا عنهم[2] ، لكن إذا إعترض الشركاء المالكين لأكثر من نصف حصص المال الشائع ، فلا يكون الإيجار نافذا في حقهم [3].

أما فيما بين المؤجر (الشريك) و المستأجر، فإن العقد يكون صحيحا، فلا يملك أحد طرفيه التحلل منه إستنادا إلى عدم نفاذه في مواجهة الشركاء الآخرين ، فلا يجوز للشريك المؤجر طلب إبطاله بحجة إعتراض سائر شركائه على الإيجار، كما لا يجوز للمستأجر ذلك أيضا بحجة أن حقه في الإنتفاع مهدد بإعتراض باقي الشركاء ، فإذا تمكن المؤجر من تسليم العين للمستأجر ، ولم يتعرض لهذا الأخير أحد في إنتفاعه ، فلا يجوز له طلب الفسخ ما دام منتفعا بالعين [4].

---

1) جمال خليل النشار؛ إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر،2003، ص. ص. 37، 38 .

2) جمال خليل النشار؛ مرجع سابق ، ص. 45 .

3) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 37، 38 .

4) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 74، 75 .

الفرع الثاني

أعمال الإدارة غير المعتادة

تنص المادة 1/717 من (ت. م. ج) التي حددت أعمال الإدارة غير المعتادة على ما يلي: **"للشركاء....أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية [1]و التعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ..."**.

يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة،تلك الأعمال التي تهدف إلى إحداث تغيير أساسي في الغرض الذي أعد له المال الشائع ، لتحسين الإنتفاع به، كتحويل الأرض الزراعية إلى أرض بناء أوإلى أرض تستغل إستغلالا صناعيا، أو تحويلها من أراضي زراعية تزرع المحصولات العادية إلى أراضي حدائق ، ومثالها أيضا تحويل مطعم إلى مقهى أو إعادة بناء منزل للسكن إلى فندق، أو يقوم أحد الشركاء بإقامة بناء على أرض مشاعة [2].

نظرا لخطورة هذه الأعمال و تأثيرها على حقوق الشركاء، لم يكتف المشرع بالأغلبية العادية لمباشرتها ، وإنما إستلزم أغلبية موصوفة ، وأقر للأقلية حق الإعتراض عليها (أولا) ، وقد ينفرد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة فما حكم ذلك (ثانيا) ؟

أولا : الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة

تنص من المادة 1/717 من (ت. م. ج) على ما يلي: **"للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ..."**،يتبين من هذا النص أنه لا تكفي الأغلبية العادية للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة (التي تهدف إلى تحسين الإنتفاع بالمال الشائع)،و إنما إشترط المشرع الجزائري أغلبية موصوفة، هي أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (¾) المال الشائع .

تتحدد الأغلبية هنا أيضا ،على أساس قيمة الأنصبة في المال الشائع، و ليس على أساس عدد الشركاء ، لذلك إذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة و أعمال الإدارة غير المعتادة على حد سواء[3].

للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ما يرونه في شأن تلك الأعمال بشرط إعلان[4] قرارهم إلى باقي الشركاء حيث يلتزمون بقرار الأغلبية ، ومعنى ذلك، أن هذه الأخيرة تنوب نيابة قانونية على الأقلية[5]، لكن لهذه الأخيرة حق الطعن في

---

1) يلاحظ أن نص المادة 717 (ت .م. ج) المعدل و المتمم قد إستعمل حرف "..و.."، في حين أن النص باللغة الفرنسية إستعمل حرف "...ou... " ، بمعنى "...أو..."، و يظهر أنه هو الذي يعبر عن الفكرة الصحيحة .

2) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 79 .

3) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 88 .

4) لم يحدد المشرع الشكل الذي يتخذه هذا الإعلان فقد يكون بعقد غير قضائي محرر من طرف المحضر القضائي، أو برسالة موصى عليها و قد يكون شفاهة .

5) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 89، 90 .

قرار الأغلبية خلال شهرين من وقت الإعلان[1]،و المحكمة عند الرجوع إليها إما أن تلغي قرار الأغلبية و إما أن توافق عليه ، و أن تقرر ما تراه مناسبا من التدابير كأن تأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية تضمن لها الوفاء بما قد يستحق لها من تعويضات من جراء تنفيذ القرار [2] .فإذا تحققت مخاوف الأقلية، و نتج عن تنفيذ قرار الأغلبية إضرار بالمال الشائع تجد أمامها ما يضمن الرجوع على الأغلبية [3].و يبقى تقدير ما إذا كانت الأعمال تدخل ضمن الإدارة المعتادة، أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة لقاضي الموضوع [4].

يستشهد في هذا الإطار بالقرارقم 44808 ، الصادرعن المحكمة العليا بتاريخ 1988/03/23 ، الذي جاء فيه ما يلي : "من المقرر قانونا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية أو التعديل الخارج عن الإدارة المعتادة ،
ولما كان الثابت في - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون "[5].

ثانيا : إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

إذا إنفرد أحد الشركاء بالقيام بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة على المال الشائع، كما لو قام بالبناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن عمله هذا يقتضي موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ،(أي عليه الحصول على موافقة الأغلبية الخاصة)، أو إقرارهم لهذا العمل بعد إتمامه .

فإذا وافقت هذه الأغلبية على البناء قبل إقامته أوأقرته بعد إقامته ، فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة، و يكون البناء ملكا شائعا بينهم [6].

---

1) المادة : 1/717من (ت. م .ج) .

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ مرجع سابق ، ص. 98 .

3) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 315 .

4) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 44 .

5) نقلا عن : حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق ، ص.113.

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 833 .

أما إذا لم توافق الأغلبية على البناء و لم تقره بعد إقامته،جاز لها أن تجبر الشريك على إزالة البناء و دفع تعويض لسائر الشركاء عما قد يكون لحقهم من ضرر بسبب هذا البناء ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة و إنتظار نتائجها [1].

في هذا الصدد صدر، قرار عن المحكمة العليا قضت فيه بأن قيام أحد الورثة بالبناء على أرض مشاعة دون رضا باقي الورثة، يشكل جنحة الإستيلاء بطريق الغش على جزء من الإرث، حيث جاء في القرار ما يلي : " و لما ثبت - في قضية الحال- أن المتهم إستولى دون رضا الطرف المدني على جزء من الأرض الموروثة و قام بالبناء فوقها ليحدث بذلك تغييرا في الملكية العقارية المشاعة بينهما ، فإن عناصر الجريمة مكتملة و أن قضاة المجلس قد طبقوا القانون تطبيقا سليما "[2].

كما جاء أيضا في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة تمالوس ما يلي : "حيث يستخلص من المادة 717 من القانون المدني، بأنه إذا أقام أحد الشركاء المشتاعين ببناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة ، حيث أن المشرع فتح الطريق أمام الشريك الذي يريد البناء في جزء مفرز من العقار الشائع ، لكن شريطة الحصول على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، و ليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع .

حيث ينبغي الإشارة ،أنه حتى في حالة إنفراد أحد الشركاء بالبناء على الأرض الشائعة كلها أو بعضها، كان للشركاء الباقين أن يطالبوا بهدم ما بني دون إمكانية مطالبة الشريك المنفرد بالبناء بالتمسك بأحكام الإلتصاق المنصوص عليها بالمادة 784 من (ت.م.ج)، لأنها تتعلق بمن يقيم المنشآت في أرض الغير ، والحال أن الشريك المشتاع يرد حقه على العين المشاعة كلها" [3].

الفرع الثالث

نفقات إدارة المال الشائع

تنص المادة 719 من (ت. م. ج)، التي عددت نفقات إدارة المال الشائع على سبيل المثال لا الحصر ،على ما يلي **:" يتحمل جميع الشركاء ، كل بقدر حصته، نفقات إدارة المال الشائع وحفظه و الضرائب المفروضة عليه و سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال،كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"**، يتضح لنا من خلال هذا

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 90 .

2) قرار رقم 68660 ،الصادر بتاريخ 1995/05/02، م.ق ؛ عدد 02 ، سنة 1995 ، ص. 184 .

3) حكم فهرس 174/99، الصادر بتاريخ 1999/12/26 عن محكمة تمالوس القسم العقاري، نقلا عن: حمدي باشاعمر؛ مرجع سابق ، ص. ص. 464،465.

النص، أن كل شريك ملزم قانونا بالمساهمة بقدر حصته في المصاريف التي أنفقها أحدهم لإدارة المال الشائع ، و يختلف الأمر إذا ما كانت هذه المصاريف ضرورية (أولا)، أو لم تكن كذلك أي مصاريف كمالية (ثانيا).

أولا : النفقات الضرورية لإدارة المال الشائع

طالما أن كل الشركاء ملاك للمال الشائع ، فمن حقهم إستعماله وإستغلاله بغية الإنتفاع به، ويتحقق ذلك عن طريق إدارته و التي دون شك يترتب عنها إنفاق مصروفات من طرف القائم بأعمال الإدارة المعتادة، من أجل حفظ المال الشائع و صيانته ، أو تلك الناتجة عن أعمال الإدارة غير المعتادة في حالة عدم إعتراض الأقلية عليها .

فيتحمل الشركاء جميعا هذه التكاليف كل بقدر نصيبه في المال الشائع ، في حالة عدم إتفاقهم على تحديد نسبة نفقات كل شريك[1]،أو وجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[2]،و الشريك الذي يقوم بدفع هذه المصروفات يحق له الرجوع على الشركاء الآخرين كل بقدر حصته ، على أساس الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب [3].غير أن المصاريف الناتجة عن المسؤولية الشخصية لأحد الملاك على الشيوع الناتجة عن خطأ إرتكبه، سبب ضررا (تلفا) للمال الشائع ، فإنه يتحمل مصاريف إصلاح التلف لوحده ، و لا يكون له بالتالي حق الرجوع على باقي شركائه بما أنفقه [4].

يجوز لأي شريك التخلص من دفع حصته في النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع، فتصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء ، كل بقدر نصيبه في المال الشائع ، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات كل بقدر حصته الجديدة [5].

ثانيا : النفقات الكمالية لإدارة المال الشائع

أعمال التحسين التي يقوم بها أحد الشركاء على المال الشائع، لا تعد من قبيل أعمال الحفظ، بل هي من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة التي يأتيها احد الشركاء لتحسين الانتفاع بالمال الشائع، و على ذلك لا يجوز للشريك القيام بها (و لو كان يملك أغلبية الحصص) قبل إبلاغ شركائه بما إعتزم إجراءه من تحسينات [6]، و هنا نميز بين حالتين :

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 81 .

2) من بين هذه الإستثناءات ما جاءت به المادة 1/705من (ت. م .ج)المعدل و المتمم بنصها علي ما يلي : " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا ، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعلية و صيانة الجزء المعلى و أن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته ...".

3) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 326 .

4) دفاس فوزي؛ مرجع سابق ، ص. 47 .

5) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 809 .

6) محمد وحيد الدين سوار؛ حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1997 ص. 126 .

الأولى : إذا حصل الشريك على موافقة باقي الشركاء صراحة أو ضمنا، فإنه يستطيع الرجوع عليهم من أجل دفع المصاريف الكمالية التي أنفقها، كل بقدر حصته في المال المشاع على أساس الدفع غير المستحق[1].

الثانية : إذا لم يحصل الشريك على موافقتهم ،فلا يجوز له مطالبة باقي الشركاء بدفع مصاريف هذه التحسينات [2].

المطلب الثاني

التنظيم الإتفاقي لإدارة المال الشائع[3]

للشريك المشتاع أن يستعمل المال الشائع و يستغله في حدود حصته دون الإضرار بباقي الشركاء، و من ثم فإنه مقيد في إستعماله لحقه بحقوق الشركاء الآخرين لأنهم يتمتعون بنفس السلطات، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، و لتحقيق هذه الموازنة،يجب على الشركاء الإتفاق جميعهم أو أغلبهم على طريقة ما لإستغلال المال الشائع[4]،ولا شك أن من أهم صور الإتفاق بين الشركاء على تنظيم الإدارة للمال الشائع قسمته قسمة مهايأة زمانية كانت أو مكانية [5].

نظم المشرع الجزائري هذا النوع من القسمة في المواد من 733 إلى 736من (ت. م. ج)، وسنتعرض فيما يلي لقسمة المهايأة كنموذج لإتفاق الشركاء على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع (فرع الأول)، وإلى تكييفها من حيث خضوعها لأحكام عقد الإيجار (فرع الثاني).

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 82 .

2) دفاس فوزي؛ مرجع سابق ، ص. 48 .

3) DUPONT DELESRAINT (P.) ;OP.cit ,p.26 : Régime de la copropriété dans le cas ou la copropriété a été réglementée par une convention ,par exemple :maison achetée en commun :application de la convention.

4) BERGEL (J.-L.) ;OP.cit ,p.79 : « L'équilibre entre les droits individuels des indivisaires , et l'intérêt commun de l'indivision se traduit dans la définition des droits de chacun dans les conditions du maintient, ou du partage de l'indivision ,dans son organisation , et sa gestion ».

5) علي الخفيف ؛ الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1996، ص. 198.

الفرع الأول
قسمة المهايأة

تؤدي عملية الإشتراك في المال الشائع إلى منازعات بين الشركاء نظرا لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد ، وتفاديا لها وضع المشرع تنظيما يتمثل في إدارة المال الشائع،حيث خول لأغلبية الشركاء حق إتخاذ قرار يسري على الأقلية، إلا أن إستقلال الشخص بتوجيه ملكه كثيرا ما يكون أفضل من الإنتفاع المشترك[1]،لهذا كان من حق كل شريك أن يطلب القسمة، أو بدلا عن طلب قسمة المال قسمة نهائية ، قد يتفق مع غيره من الشركاء على قسمة المال قسمة مهايأة التي تعد النموذج الأمثل لإتفاق الشركاء على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع[2].

الأصل أن تتم قسمة المهايأة بالإتفاق بين الشركاء ، ليس فقط عند قيام الشيوع، بل أيضا بعد أن تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع التي غالبا ما تستغرق وقتا طويلا ، فإن لم يتوصل الشركاء إلى إتفاق حينها ، وإستثناءا يمكن لأحدهم أن يطلب من المحكمة قسمة المهايأة ، فيجوز لها أن تأمر بذلك .

نتعرض فيما يلي :لتعريف قسمة المهايأة التي تكون إما مكانية أو زمانية (أولا)، و من ثم علينا معرفة نوعا المهايأة (ثانيا) .

أولا : تعريف قسمة المهايأة

تسمى أيضا بقسمة منافع المال الشائع[3]،و تهدف قسمة المهايأة إلى تقسيم منافع المال الشائع بين الشركاء أثناء قيام الشيوع، بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته [4].تعد المهايأة قسمة منفعة لا قسمة ملك ، فهذا النوع من القسمة لا يمس ملكية الرقبة ، وإنما ينصب على منفعة الشركاء بالمال الشائع لمدة معينة، فهي إتفاق مؤقت يراد به تنظيم إدارة المال الشائع و الإنتفاع به ، و من ثم فلا ينتهي الشيوع بها [5] .

ثانيا : نوعا المهايأة

الغرض من قسمة المهايأة، هو تمكين كل شريك من الإنتفاع بالمال الشائع، إما بقسمته فيختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، وتلك هي

---

1) جمال خيل النشار ، مرجع سابق، ص. 117 .

2) BERGEL (J.-L.) ;OP.cit. ,p. 83 : « Les indivisaires peuvent donner a l'un ou plusieurs d'entre eux un mondât générale d'administration selon l'acte 815-3al 1,un mandat tacite peut cependant suffire et même présumé pour des actes d'administrations si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis ,au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part » .

3) علي الخفيف ؛ مرجع سابق ، ص. 212 .

4) نبيل إبراهيم سعد ؛ مرجع سابق ، ص. 91 .

5) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 29،30 .

" قسمة المهايأة المكانية "، أو على إبقاء المال الشائع على حاله (أي لا يقسم)فيتناوبوا على الإنتفاع به كله ،لكن بما يتناسب مع حصة كل واحد منهم في المال الشائع، و يحدث هذا في "المهايأة الزمانية"، وسواء كانت المهايأة مكانية أو زمانية فإنها تكون بصفة مؤقتة، أي لمدة معينة .

1/ قسمة المهايأة المكانية

تتم قسمة المهايأة المكانية إما بالتراضي حيث يتفق عليها جميع الشركاء[1]، سواء أثناء الشيوع أو بعد أن تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع، كما يجوز أن يأمر بها القاضي بناءا على طلب أحد الشركاء فتكون حينها مهايأة مكانية قضائية .

أ/ المهايأة المكانية الإتفاقية

يتفق الشركاء فيها على قسمة المال الشائع ، بحيث يختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فيه ، لينتفع به خلال مدة معينة ، متنازلا لغيره من الشركاء عن الإنتفاع بباقي الأجزاء[2]، بذلك يتهيأ لكل شريك أن يحوز جزءا مفرزا من المال الشائع يستقل بإدارته و إستغلاله و الإنتفاع به ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره[3]، ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه و لا على الغلة و الثمار التي حصل عليها، في مقابل أنه هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما إختص به من مال [4].

إن قسمة المهايأة المكانية و إن كانت تفرز المال الشائع من حيث المنفعة ، إلا أنها تبقيه قائما من حيث الملكية[5]،فهي إذن غير ناقلة للملكية لذلك لا يشترط شهرها ،و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/05/31 الذي جاء فيه ما يلي :" من المقرر أن القسمة التي لم تراع الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار و شهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع "[6].

---

1) هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 40651 ، الصادر بتاريخ 1986/02/24 الذي جاء فيه ما يلي :"من المقرر قانونا أن القسمة الودية إذا كانت تتجاهل بعض الورثة فهي باطلة ".نقلا عن :حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ، ص. 116 .

2) تنص المادة 1/733 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء...".

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 83 .

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 816، 817 .

5) جمال خليل النشار ؛ مرجع سابق ، ص. 119 .

6) قرار رقم 198689، الصادر بتاريخ 2000/05/31 ، مجلة الإجتهاد القضائي ؛ الغرفة العقارية ، ج1، السنة، 2004، ص. 283 .

أ1- مدةالمهايأة المكانية الإتفاقية

وضع المشرع الجزائري حد أقصى للمدة التي يمكن أن تصل إليها قسمة المهايأة المكانية الإتفاقية وهي خمس سنين[1] ، و السبب كما ذكرنا سابقا ، أن هذه القسمة هي قسمة منفعة و ليست قسمة ملك ، فيبقى الشيوع قائما مادامت المهايأة قائمة ،بحيث لا يجوز إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع بموجب إتفاق لمدة تزيد على خمس سنين [2].

غير أنه يجوز تجديد قسمة المهايأة بعد إنقضاء المدة المتفق عليها مدة ثانية فثالثة...وهكذا بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنين وإذا لم يحدث إتفاق على المدة أصلا،أو إنقضت المدة المتفق عليها و لم تجدد،فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين ، تتجدد سنة فسنة حتى يعلن أحد الشركاء الآخرين رغبته في عدم التجديد[3]،و يجب أن يتم هذا الإعلان قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر[4]،و عليه يجوز لأي من الشركاء أن يرفع دعوى لطلب القسمة في أي وقت قبل إنقضاء هذه المدة (ثلاثة أشهر)،أما إذا انتهت و لم يعلن أحد الشركاء رغبته في عدم التجديد ،فإن قسمة المهايأة سوف تتجدد لسنة أخرى بعد مرور يوم واحد من الثلاثة أشهر المتبقية من السنة الجارية [5].

يبقى أن نشير إلى قسمة المهايأة المكانية التي لم يتفق الشركاء فيها على مدة معينة ، وإن كان يفهم ضمنيا أنها تدوم لسنة واحدة ، إلا أنه يجوز لكل شريك أن يرفع دعوى يطلب فيها القسمة القضائية في أي وقت شاء [6].

أ2- تحول قسمة المهايأة المكانية الإتفاقية إلى قسمة نهائية

إذا كانت قسمة المهايأة المكانية الإتفاقية هي في الأصل قسمة مؤقتة بقصد تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، إلا أنه قد يحدث أن تدوم هذه القسمة مدة طويلة فتتجدد من مدة إلى أخرى، فتدوم لمدة خمسة عشر سنة دون أن يظهر احد الشركاء رغبته في إنهائها[7]، و لا شك أن في إستمرارها لتلك المدة الطويلة، يعتبر دليلا قويا على أنها خير قسمة للمال الشائع إرتاح

---

1) المادة : 1/733من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

2) تنص من المادة 2/722 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "...و لا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه "، يلاحظ أن النص المقابل لهذه المادة باللغة الفرنسية إستعمل مصطلح "...éxclure..." ، بمعنى "...تمنع..." و يظهر أنه هو الذي يعبر عن الفكرة الصحيحة بدلا من مصطلح "...تمنح...".

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 83 .

4) المادة 1/733 من (ت.م.ج).

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 27 .

6)هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 148362 ، الصادر بتاريخ 1997/05/28 الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه في حالة عدم إتفاق الشركاء في قسمة المهايأة للملك المشاع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت .و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن المجلس لما قضى برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي ، رغم عدم إتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة ، يعرض قراره للنقض لإنعدام الأساس القانوني ". م.ق ؛ عدد 01 ، سنة 1997، ص. 177 .

7) محمد حسن قاسم؛ مرجع سابق ، ص. 119 .

إليها الشركاء و إطمأنوا إلى التعامل على أساسها [1]، لذلك و بتمام مدة الخمس عشر سنة تنقلب إلى قسمة نهائية بحكم القانون [2]، إلا إذا وجد إتفاق بعكس ذلك ، أي ما لم يتفق الشركاء على أن تظل هذه القسمة مكانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية .

من قرارات المحكمة العليا التي تؤكد على تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، نذكر القرار رقم 59514، الصادر بتاريخ 1991/05/09 الذي جاء فيه ما يلي : "من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك .

و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن القسمة تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع من أكثر من خمسة عشرة سنة ، و من ثم فمصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون "[3].

ينطبق ذلك الحكم أيضا، متى حاز شريك مشتاع جزءا مفرزا من المال الشائع يعادل حصته الشائعة مدة خمسة عشر سنة ، إفترض أن هناك قسمة مهايأة مكانية سابقة قامت الحيازة على أساسها [4]، هذا ما قرره المشرع الجزائري في المادة 3/733 من (ت.م .ج) التي تنص على يلي :"...**و إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، أفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة "**،فلا يكلف الشريك الحائز بإثبات حصول قسمة المهايأة،و لا بتقديم السند المثبت للإتفاق عليها[5].

في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "لما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس إستنتجوا من تقرير الخبرة و سلطتهم التقديرية، أن المدعى عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة منذ 1973إلى 1990 على الحصة التي تعود إليه ، بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل و الإستغلال، دون أن يقع أي إحتجاج من قبل الورثة الآخرين، وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[6] .

يلاحظ أن القسمة النهائية هنا، ليست قسمة إتفاقية، و إن كانت في الأصل تقوم على أساس الإتفاق ، و إنما تتم بقوة القانون ، لذلك لا يجوز نقضها بسبب الغبن الذي لا يسمح به إلا في القسمة الإتفاقية (الرضائية) [7].

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 817 .

2) تنص المادة 2/733 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: "...و إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ...".

3) حمدي باشا عمر ؛ مرجع سابق ، ص. 117 .

4) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 84 .

5) محمود عبد الرحمان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 34 .

6) قرار رقم 181703 ،الصادر بتاريخ 1998/09/30، م. ق ،عدد 02، سنة 1998، ص. 37 .

7) المادة : 1/732من (ت. م .ج) المعدل و المتمم - أنور العمروسي ؛ مرجع سابق، ص.417 .

إذا تحولت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية ،و جب تسجيلها و شهرها حتى يحتج بالملكية على الغير [1] ، فيحرر المتقاسمون عقدا بذلك و إن لم يتفق الشركاء على كتابة العقد ، جاز لأي شريك رفع دعوى فتقضي المحكمة بثبوت القسمة النهائية [2]، حيث يكون تاريخها هو اليوم التالي لإنقضاء الخمسة عشر سنة لا يوم إبتداء المهايأة المكانية أو يوم رفع الدعوى ولا يوم صدور الحكم [3].

قد يحدث أن يكون أحد الشركاء المشتاعين غائبا أو ناقص الأهلية عند إبرام عقد قسمة المهايأة ، فبالنسبة للغائب يمثله نائبه أما الشريك ناقص الأهلية فإنه يستطيع القيام بهذا التصرف،لكن إذا كانت مدة المهايأة تزيد عن ثلاث سنوات،وجب أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم،و لا يجوز لهؤلاء أيضا أن يعقدوا قسمة مهايأة نيابة عن القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات دون الحصول على ترخيص من المحكمة[4].

فإذا بقي الشريك ناقص الأهلية بعد إنقضاء خمسة عشر سنة،فلا تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، إلا بعد إتباع الأجراءات الواجب مراعاتها في حالة ناقص الأهلية[5]،حيث يشترط في هذه الحالة الحصول على الإذن من القاضي في قسمة العقارات[6]،و ذلك حماية و رعاية لمصلحة القاصر.هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في أحد القرارات الصادرة عنها، و المتعلق بحيازة عقارات بالتقادم داخلة في تركة غير مقسمة،لا زالت في الشيوع بين جميع الورثة،حيث جاء فيه ما يلي:" من المقرر شرعا أن الحقوق الميراثية لا تتقادم بالحيازة فيما يخص الورثة القصر ، و متى تبين - في قضية الحال- أن العقارات المتنازع عليها لازلت في الشيوع و أن الطاعنات كانت قصر لم يبلغن سن الرشد، و بالتالي فإن التركة لا علاقة لها بالحيازة و للطاعنات الحق في طلب نصيبهن من التركة المقرر لهن شرعا ، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم المستأنف

---

1) تنص المادة 39 من المرسوم رقم 76- 63 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل و المتمم ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري ،ج. ر، العدد 30، سنة 1976 ؛على ما يلي : "عندما يتم إشهار شهادة موثقة ...،فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياع و بالحصة التي تعود لكل منهم عندما يكون مبين في الشهادة ".

2) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 29 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 819 ، 820 .

4) المادة 88 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل و المتمم .

5) تنص المادة 723من (ت .م . ج) المعدل و المتمم على ما يلي :"يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطرقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون ".

6) تنص المادة 88/ 1من(ت. أ .ج) على ما يلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1- بيع العقار ، وقسمته ، ورهنه ، وإجراء المصالحة ... ".

و التصدي من جديد برفض الدعوى، خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه" [1].

ب– المهايأة المكانية القضائية :

قصد تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع ، سمح المشرع الجزائري للشركاء المشتاعين الإتفاق على قسمة المال قسمة مهايأة ، ليس فقط خلال مدة الشيوع ، بل أيضا بعد أن تبدأ إجراءات القسمة النهائية لهذا المال ، فقد تستغرق هذه الإجراءات مدة طويلة ولابد من إستغلال المال الشائع و الإنتفاع به [2] ، فإن لم يتوصل الشركاء إلى إتفاق عليها ،جاز لأحدهم أن يطلبها من المحكمة التي تجرى أمامها إجراءات القسمة النهائية ، فتأمربقسمة المال قسمة مهايأة على الرغم من معارضة الشركاء الآخرين ،حتى يضع حدا للمنازعات التي تسبق القسمة النهائية[3]،هذاما نصت عليه المادة736من (ت. م .ج) حيث جاء فيها ما يلي :**"يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم،و تظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .**

فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء و بعد الإستعانة ، إذا إقتضى الأمر ذلك ".

يتضح لنا من هذا النص، أن المهايأة التي تسبق القسمة النهائية للمال الشائع، تكون مهايأة مكانية لا زمانية ، حيث فيها فقط يقسم هذا المال بين الشركاء،وليس مجرد تقسيم زمن الإنتفاع به كما في المهايأة الزمانية (التي سوف نتعرض لها لاحقا) . بهذا تختلف المهايأة المكانية التي تسبق القسمة النهائية، عن المهايأة المكانية العادية في أمرين :

الأول : لا يشترط في المهايأة الأولى إتفاق الشركاء جميعا ، فهي ليست حتما قسمة إتفاقية، بل قد تكون قضائية إذا طلبها شريك دون الباقين، و عندئذ يتعين على القاضي إجراؤها، أما المهايأة المكانية العادية ، فإنها تكون دائما قسمة إتفاقية لابد فيها من إتفاق جميع الشركاء[4].

الثاني : المهايأة التي تسبق القسمة النهائية ليست محددة بمدة زمنية معينة ، إنما تظل قائمة حتى تنتهي إجراءات القسمة النهائية على خلاف المهايأة المكانية العادية، التي لا يجوز أن تزيد مدتها عن خمس سنوات قابلة للتجديد فإن لم تعين لها مدة، كانت المدة سنة واحدة تتجدد من سنة لأخرى، كما سبقت دراستها .

---

1) قرار رقم 174703 ،الصادر بتاريخ 1998/03/17 ، م. ق، عدد 02 ، سنة 1998 ، ص. 76 .

2) جمال خليل النشار ؛ مرجع سابق ، ص. 122 .

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 86 .

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق، ص. 823 .

2/ قسمة المهايأة الزمانية

المهايأة الزمانية، هي التي يتفق فيها جميع الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال الشائع ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، حيث تنص المادة 734 من (ت. م .ج) على ما يلي : **"يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته "**[1]. فلو كانت هناك أرض زراعية أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان و للآخر الثلث، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية يستغلها وحده لمدة سنتين، ثم يختص بها الأخر لمدة سنة و هكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين و الأخر لمدة شهر واحد وهكذا [2]،بالتناوب بشرط أن لا يؤدي هذا الإتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات .

ما يلاحظ على المهايأة الزمانية و على خلاف المهايأة المكانية، أن المشرع لم يقيد الشركاء بزمن محدد للإنتفاع بالمال الشائع ، غير أنه لا يجوز أن تتجاوز مدتها خمس سنوات ، وإلا اعتبر ذلك إجبارا للشركاء على البقاء في الشيوع، و هذا مخالف لأحكام الوضع العام في الشيوع،إذ أنه لا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات [3].

على خلاف المهايأة المكانية أيضا، فإن المهايأة الزمانية لا تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة ،فهي كالقسمة النهائية إلا أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك ، أما في المهايأة الزمانية فلا يقسم المال الشائع فيها أجزاء مفرزة ، و إنما يقسم زمن الإنتفاع به، و بالتالي فهي لا تهيء للقسمة النهائية، و من ثم لا يمكن أن تنقلب إليها [4] .

الفرع الثاني

خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

قسمة المهايأة بنوعيها مكانية كانت أو زمانية، تخضع لأحكام عقد الإيجار[5]،فكل منهما أي المهايأة و الإيجار ، ينصب على منفعة الشيء لا على رقبته .

ففي المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء، فهي

---

1) ورد في نص المادة 734 من(ت.م.ج) كلمة "...يتناولوا ..."و الواضح أن الكلمة التى تعبر عن الفكرة الصحيحة هي كلمة "...يتناوبوا..." ، كما جاءت في نص المادة 847 من القانون المدني المصري المقابلة لها حيث تنص على ما يلي : " تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك ، لكل منهم لمدة تتناسب مع حصته "، نقلا عن : نبيل إبراهيم سعد؛ مرجع سابق ،ص.92.

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق، ص. 820 .

3) المادة : 2/722 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم .

4) جمال خليل النشار ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 123 ، 124 .

5) المادة :735من (ت .م .ج) المعدل و المتمم .

منفعة في مقابل منفعة ، و كذلك الحال في المهايأة الزمانية لكن عن طريق تقسيم زمن الإنتفاع بالمال الشائع ، حيث يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه ،فالمهأياة المكانية و الزمانية، هي مقايضة إنتفاع بإنتفاع، و مقايضة الإنتفاع بالإنتفاع تكون إيجارا [1]، إذ ليس من الضروري أن يكون بدل الإيجار نقدا [2].

إذن ما دامت قسمة المهايأة تخضع لأحكام عقد الإيجار فهي أيضا تتم بموجب عقد ، الأمر الذي يستدعي منا دراسة قسمة المهايأة من حيث :شروط إبرام عقد المهايأة (أولا)،كيفية إثباته (ثانيا)، و كذا الآثار التي يرتبها (ثالثا).

أولا : شروط إبرام عقد المهايأة

قسمة المهايأة يجب أن تتم في عقد مكتوب ، تكون ثابتة التاريخ ، و هي تدخل ضمن أعمال الإدارة للمال الشائع ، لذلك يجب مراعاة أهلية المتقاسمين ، إذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، أو غائبا .

1/ وجوب كتابة العقد المتضمن المهايأة

على إثر التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على الإيجار[3]،أصبحت الكتابة شرط لازم لإنعقاده، و تخلفها يجعل العقد تحت طائلة البطلان[4]،تطبيقا لذلك يجب أن يكون عقد قسمة المهايأة مكتوبا [5]، يستوي أن يبرم العقد في قالب رسمي أو في ورقة عرفية ، ولا يفهم بالضرورة أن الكتابة المطلوبة هي الكتابة الرسمية التي تتم من طرف ضابط عمومي[6].

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 85 .

2) تنص المادة 2/467 من (ت .م . ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "...يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر ".

3) تم ذلك بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 ، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني .

4) تنص المادة467 مكرر من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا ".

5) هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي أيضا:

« La convention d'indivision doit être établie par écrit … » ; BERGEL (J.-L.) ; OP.cit, p. 85 .

6) خلفوني مجيد،الإيجار المدني في القانون الجزائري، ط1 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر ،2008، ص.52.

فالمشرع الجزائري لم يشترط الرسمية ، و لكن هذا لا يمنع الشركاء المتقاسمين إذا أرادوا إفراغ عقد المهايأة بالطابع الرسمي، أن يلجأوا إلى الموثق لتحريره بصبغة رسمية[1]، غير أنه إذا أفرغت إرادة المتقاسمين المتضمنة عقد المهايأة عرفيا ، فإن المحرر العرفي ينبغي أن يكون ثابت التاريخ ، حتى يجوز الإحتجاج به على الغير [2]،أي على من يتلقى من أحد الشركاء،حصته الشائعة في تاريخ لاحق و لو لم يكن عالما بالقسمة ، لذلك يجب أن تكون قسمة المهايأة ثابتة التاريخ قبل إنعقاد البيع أو أي تصرف آخر، حتى يسري في حق المشتري[3].

لكن إذا كان المال الشائع يتعلق بأراضي فلاحية ، فإن المشرع الجزائري إستثنى عقود الإيجار من وجوب تحريرها في شكل رسمي ، إذ يجوز أن تكون في شكل عقود عرفية[4]، و هذا يعد مخالفا للمادة 324 مكرر 1 من (ت. م. ج) ،التي تقضي بأن الإيجارات الزراعية يجب أن تحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان [5]،غير أن التعارض بين النصين قد يفسر من زاوية أن النص الخاص يقيد النص العام[6].

---

1) تنص المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 ، المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج. ر ، عدد 14 ، سنة 2006، على ما يلي : " الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة ".

2) المادة : 328 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم حددت الحالات التي يكون فيها للعقد تاريخ ثابت ، و إن كان ثبوت التاريخ يعالج مسألة نفاذ العقد و ليس صحته ، غير أن المشرع جعل لثبوت التاريخ دورا مميزا في عقد الإيجار إذ يترتب على تخلفه بطلان العقد ، لذلك يتطلب تسجيله بمصلحة الضرائب طبقا للمادة 11في نموذج عقد الإيجار ، و هذا التسجيل يعطيه تاريخ ثابت .

3) دفاس فوزي؛ مرجع سابق ، ص. 32 .

4) تنص المادة 2/53 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، ج. ر، عدد 49 ، سنة 1990المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/09/26 ،ج. ر، عدد 55 ، سنة 1995، على ما يلي : "...و يجب أن تتوافق مدة الإيجار مع الأهداف السالفة الذكر و يمكن أن تحرر عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية " ،غير أن المشرع الفرنسي إشترط إخضاع العقد المتضمن إتفاق الشركاء البقاء في الشيوع لعملية الشهر إذا كان محله عقارا، لمزيد من التفاصيل راجع:

BERGEL (J.-L.) ; OP.cit ,p.85 : « La convention d'indivision écrite,dépent des formalité de la publicité fonciére des immeubles ».

5) تنص المادة 1/324 مكرر 1من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية ، في شكل رسمي ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ...".

6) سلمان رابح ؛ القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، 2010 ، ص. 61.

كما أن قضاة المحكمة العليا أكدوا على أنه يجوز تحرير عقود الإيجار الفلاحية في شكل عرفي ، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عنها، ما يلي : "المبدأ: يمكن إفراغ عقد الإيجار الزراعي في الشكل العرفي.

حيث أن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون ، وما دام الأمر يتعلق بعقد إيجار زراعي مبرم بتاريخ 1991/09/22 ،فكان في الإمكان إبرامه بموجب عقد عرفي تطبيقا لمقتضيات المادة 53من القانون 90-25 المؤرخ في 28نوفمبر 1990 ، المتعلق بالتوجيه العقاري.

هذا بالرغم من أن مقتضيات المادة 324 مكرر1 من (ت. م. ج)، تشترط لإبرام عقد الإيجار الزراعي تحرير عقد رسمي ، فإن أحكام المادة 53 من القانون 90-25 الصادرة بعد المادة 324مكرر 1 (ت. م. ج)، و التي تشكل نص خاص تسمو على أحكام القانون المدني، و عليه فإن القضاة أخطئوا في تطبيق المادة 324مكرر1 من (ت. م. ج)و المادة 53 من القانون 90-25 المذكورين أعلاه و أنه يتعين القضاء بنقض قرارهم "[1].

2/ تحديد مدة المهايأة

إن عقد قسمة المهايأة مكانية كانت أو زمانية ، يكون محدد المدة فهي لا تزيد عن خمسة سنوات [2]، و إن كانت تتجدد كما رأينا ذلك سابقا ، بإستثناء المهايأة المكانية القضائية التي قد تزيد عنها إلى غاية إنتهاء إجراءات قسمة المال الشائع ، بدوره أيضا، تعتبر مدة عقد الإيجارركن في ذات العقد و عنصر فيه، فهومرتبط بالمدة الزمنية المحددة له،وفي حالة عدم تحديد مدة عقد الإيجار، يجعله مشوبا بعيب يستوجب معه تقرير بطلانه، بحيث يقوم عقد الإيجار بقيامها و ينقضي أساسا بإنقضائها، فهو من العقود الزمنية[3]،إذ ينتهي بإنتهاء المدة المتفق عليها[4].

---

1) قرار رقم 258049 ، الصادر بتاريخ 2004/02/25، م. ق ، عدد 01، سنة 2004 ، ص. ص. 224- 226 .

2) يلاحظ أن هناك تطابق في الحد الأقصى الذي يجوز للشركاء المشتاعين البقاء في الشيوع بمقتضى إتفاق، بين كل من المشرعين الجزائري و الفرنسي .

« La convention d'indivision peut etre conclue pour une durée déterminée qui ne peut dépasser cinq ans à l'égard de l'art 1873-3 du(C. C. F) » ;BERGEL (J.-L.) ;OP.cit ,p. 78 .

3) خلفوني مجيد ؛ مرجع سلبق ، ص.160.

4) تنص المادة 469 مكرر 1 من (ت.م.ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " ينتهي الإيجاربإنقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني.

و يجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدة شهرين".

3/ تقييد مدة عقد المهايأة المبرم من طرف صاحب حق الإدارة

بمقتضى قسمة المهايأة ، يعتبر كل شريك مؤجر للشريك الآخر و مستأجرا منه ، لأنها تبادل في المنافع [1]، وعليه يجب أن تكون لكل من المؤجر و المستأجر أهلية الإدارة دون أهلية التصرف، و مع ذلك فإن المشرع قيد الشريك الذي له حق القيام بأعمال الإدارة فقط ، بحيث لا يجوز له أن يبرم عقد قسمة مهايأة تزيد مدته عن ثلاث سنوات [2]، لذلك إذا كان أحد الشركاء غائبا أو ناقص الأهلية ، وجب أن يمثله نائبه أو وليه أو وصيه أو القيم ، و لا يجوز كذلك للنائب أو الولي أو الوصي أن يعقد مهايأة نيابة عن الغائب أو ناقص الأهلية لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، إلا بناءا على ترخيص يصدره رئيس المحكمة [3] ،و في حالة إفتقار يد النائب أو الولي من الإذن، فإن مدة عقد المهايأة تكون سارية في حدود مدة الثلاث سنوات، و لا يعتد بالمدة الزائدة عنها [4].

ثانيا : إثبات عقد المهايأة

قسمة المهايأة تتم بموجب عقد مكتوب و ثابت التاريخ ، إذ يترتب على تخلف الكتابة وثبوت تاريخ عقد المهايأة، بطلان العقد. فإذا كانت الورقة العرفية حجة على الجميع ، بكل مشتملاتها ، إلا فيما يتعلق بتاريخها فلا يحتج به على الغيرإلا إذا كان ثابتا[5].

---

1) تنص المادة 467 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجرين الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل الإيجار معلوم .

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر"- علي الخفيف ؛ مرجع سابق ، ص. 213 .

2) تنص المادة 468 من (ت. م .ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث(3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات ".

3) تنص المادة 4/88 من(ت. أ. ج)المعدل و المتمم على ما يلي : "..و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

4- إيجار عقار لمدة تزيد عن ثلاث(3) سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

4) خلفوني مجيد ؛ مرجع سابق ، ص. ص.154 ، 155 .

5) هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم483177 الصادر بتاريخ 2009/05/20 الذي جاء فيه ما يلي :" العقد العرفي حجة بين طرفيه من حيث موضوعه و تاريخه و لا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ " ؛ مجلة المحكمة العليا ، عدد 01، سنة 2009، ص. 154 .

يعد ثبوت تاريخ عقد الإيجار (المهايأة) شرط لصحة العقد و الإحتجاج به في مواجهة الغير أيضا ، وذلك لأنه من السهل على الأشخاص الغش في تاريخ تصرفات معينة و يضر بمصلحة الغير الذي يكون له حق يتعارض مع الحق الثابت في الورقة العرفية ، لذا جعل المشرع تاريخ التصرف الوارد في الورقة العرفية غير نافذ في مواجهة الغير ما لم يكن ثابتا [1].

إن قسمة المهايأة تخضع لقواعد إثبات عقد الإيجار ، بناءا عليه،إذا رفعت دعوى قضائية متعلقة بعقد قسمة المهايأة و إدعى فيها أحد الأطراف بأنه مستأجر للعين الشائعة دون أن يستظهر ورقة مكتوبة تثبت قيام قسمة المهايأة، فإن دعواه ترفض لعدم التأسيس،و نفس الشيء بالنسبة للدعاوى المبنية على شهادة الشهود [2].

إذا كان الغرض هو إثبات العلاقة الايجارية و ما ينتج عنها من نتائج ، فعقد إيجار غير مكتوب بتاريخ ثابت هو باطل، و بالتالي لا يجدي إثباته إذ لا يترتب عنه أي أثر [3] .

ثالثا : آثار عقد المهايأة

إعتبر المشرع الجزائري قسمة المهايأة بنوعيها المكانية و الزمانية من حيث الطبيعة القانونية إيجارا، و لهذا أخضعها لأحكامه بالقدر الذي لا يتعارض مع المهايأة ، وهذا يعني أن كل شريك في المهايأة المكانية،يكون بمركز المستأجر بالنسبة للجزء الذي ينتفع به ، و بمركز المؤجر بالنسبة للأجزاء الأخرى ، كما أنه في المهايأة الزمانية،الشريك الذي تكون له نوبة الإنتفاع، يكون بمركز المستأجر و الشركاء الآخرين بمركز المؤجر [4].

بإعتبار قسمة المهايأة عقدا يستمد أحكامه من أحكام عقد الإيجار، فلابد إذن أن يرتب أثارا تتمثل في إلتزامات تقع على عاتق كل الشركاء المتقاسمين ، وما يعد إلتزاما بالنسبة لأحد الشركاء، يعتبر حقا للشريك الآخر ، لذلك سندرس إلتزامات الشريك بصفته مؤجرا، و كذا إلتزاماته بصفته مستأجرا .

1- إلتزامات الشريك بصفته مؤجرا

يرتب عقد المهايأة على عاتق الشريك بصفته مؤجرا ، جملة من الإلتزامات منها، الإلتزام بتسليم العين الشائعة ، إلتزامه بضمان التعرض و الإستحقاق ، الإلتزام بضمان العيوب الخفية، و الإلتزام بصيانة العين الشائعة.

---

1) محمدي سليمان ؛عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن تعديل القانون المدني، د.د.ن، الجزائر ، 2009 ، ص. 41 .

2) خلفوني مجيد ؛ مرجع سابق ، ص. 152 .

3) محمدي سليمان ؛ مرجع سابق ، ص. 48 .

4) علي هادي العبيدي ؛ مرجع سابق ، ص. 59 .

أ- إلتزام الشريك المؤجر بتسليم العين الشائعة

التسليم هو وضع العين الشائعة (سواء الجزء الذي إختص به الشريك المستأجر أو المال الشائع كله خلال نوبته) تحت يد الشريك المستأجر، بحيث يتمكن من حيازتها و الإنتفاع بها دون عائق[1]،فيجب على الشريك المؤجر تسليم العين المؤجرة بحالة صالحة للإستعمال المعد له ، و يشترط لذلك أن يلحق بعقد قسمة المهايأة ، محضر وصفي يبين أن العين المؤجرة إستلمت في حالة حسنة ، وفي حالة تخلف تحرير المحضر ، يفترض أن العين الشائعة وضعت بحوزة الشريك في حالة سليمة ، يمكنه إستعمالها[2].

ب- إلتزام الشريك المؤجر بضمان التعرض

الشريك المؤجرملزم بضمان التعرض للشريك المستأجر،في الإنتفاع بالعين الشائعة المؤجرة،وهذا الضمان يشمل ضمان التعرض الشخصي،وضمان التعرض الصادرمن الغير.

ب1- ضمان التعرض الشخصي

يلتزم الشريك المؤجر بضمان التعرض للشريك المستأجر سواء كان التعرض تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا .

التعرض القانوني، هو إدعاء المؤجر حق يتعارض مع حق المستأجر في الإنتفاع، فإذا أجر ملك غيره و صار مالكا للعين فيما بعد ، فلا يمكنه مطالبة المستأجر بإخلاء العين ، كما لا يمكنه التصرف في العين بما يتعارض مع حق المستأجر، كتأجير العين لشخص آخر لنفس المدة مع مدة عقد المستأجر[3]، ينطبق هذا الوضع على عقد المهايأة كما في حالة الإيجار من الباطن، إذ يجوز للشريك المستأجر بموجب قسمة المهايأة ، القيام بإبرام عقد إيجار من الباطن للغير على الحصة الشائعة التي آلت إليه ، لكن بشرط الحصول على إذن كتابي من باقي الشركاء[4]، و يكون هذا الإيجار نافذا في حق باقي الشركاء الذين يمتنع

---

1) تنص المادة 478 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يسري على الإلتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الإلتزام بتسليم المبيع من أحكام ، خاصة ما تعلق منها بتاريخ و مكان تسليم الشيء المؤجر ".

2) تنص المادة 476 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للإستعمال المعد له تبعا لإتفاق الطرفين .

تتم معاينة الأماكن وجاهيا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار .

غير أنه إذا تم تسليم العين المؤجرة دون محضر أو بيان وصفي ، يفترض في المستأجر أنه تسلمها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس " - راجع أيضا : خلفوني مجيد ؛ مرجع سابق ، ص. 180 .

3) محمدي سليمان ؛ مرجع سابق ، ص. 54 .

4) تنص المادة 505 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ".

عليهم ممارسة هذا الحق، لإلتزامهم بضمان عدم التعرض القانوني[1]، و هذا حتى لو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع [2].

كما يمنع على الشريك المؤجر أن يتعرض ماديا للشريك المستأجر، في الإنتفاع بالعين الشائعة، فلا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير إذا كان من شأن ذلك التعطيل أو الإنتقاص من إنتفاع الشريك المستأجر بالعين الشائعة، التي إختص بها بموجب قسمة المهايأة [3].

ب2 - ضمان التعرض الصادر من الغير

لا يضمن الشريك المؤجر التعرض المادي الصادر من الغير بعد تسليمه العين الشائعة للشريك المستأجر، فعلى الشريك المتعرض له أن يطالب شخصيا المعترض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه [4].

على العكس من ذلك، يلتزم الشريك المؤجر بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، ونكون بصدد تعرض قانوني في حالة إدعاء الغير حق على العين الشائعة يتعارض مع حق الشريك المستأجر ، وقد يتحقق ذلك عن طريق دعوى يرفعها الغير ضد المستأجر يطالبه بإخلاء العين الشائعة [5]، فإذا وقع للشريك المستأجر هذا التعرض فعلا أثناء مدة المهايأة ، يكون الشريك المؤجر ضامن له و يجب على المستأجر إخطاره بهذا التعرض ، فإذا إستطاع المؤجر دفع تعرض الغير، يكون قد نفذ إلتزامه تنفيذا عينيا ، أما إذا لم يستطع، بحيث كان الغير على حق في دعواه فللشريك المستأجر المطالبة بفسخ عقد المهايأة، والتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب نقص المنفعة كليا أو جزئيا نتيجة التعرض[6].

ج - إلتزام الشريك المؤجر بضمان العيوب الخفية

يلتزم الشريك المؤجر بضمان العيوب الخفية التي تحول دون إمكان استعمال الشريك المستأجر للعين الشائعة ، أو نقص من هذا الإستعمال [7]، فالمؤجر ملزم بتسليم الجزء الذي إختص به الشريك المستأجر أو المال الشائع كله ، في حالة صالحة للإستعمال ، فإذا ظهر عيبا مؤثرا في العين الشائعة ، يجوز للشريك المستأجر طلب التنفيذ العيني (إصلاح العيب)، أو فسخ عقد المهايأة مع التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه [8].

---

1) المادتين : 2/483، 1/490 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

2) أنور طلبة ؛الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، مصر،2007، ص. 408 .

3) المادة : 1/483 من (ت. م. ج)المعدل و المتمم .

4) المادة : 487 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

5) محمدي سليمان؛ مرجع سابق ، ص. 57 .

6) المادة : 484 من (ت. م.ج) المعدل و المتمم .

7) المادة : 488 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

8) المادة : 489 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

د - إلتزام الشريك المؤجر بصيانة العين الشائعة

إن إلتزام الشريك المؤجر بصيانة العين الشائعة يعد إمتدادا لإلتزامه بتسليم العين صالحة للإنتفاع ، فالإيجار (المهايأة) عقد دوري تظل فيه الإلتزامات قائمة طيلة مدته [1]، ويقع على عاتق الشريك المؤجر الإلتزام بالقيام بالترميمات الضرورية[2] لحفظ المال الشائع ليبقى صالحا للإنتفاع به .أما الترميمات البسيطة فيتحملها الشريك المستأجر[3]، وتسمى بالترميمات التأجيرية لأنها متعلقة بإنتفاعه اليومي ، كالقيام بالإصلاحات البسيطة في قنوات المياه أو الغاز، و تعود السلطة التقديرية للقاضي لتحديد إذا ما كانت الترميمات ضرورية أم تأجيرية [4].

إذا أخل الشريك المؤجر بإلتزامه بالصيانة، يستطيع الشريك المستأجر المطالبة بفسخ عقد المهايأة مع التعويض عن الأضرار الناتجة عنه ، لحرمانه الإنتفاع بالعين إلى نهاية مدة المهايأة [5].

2- إلتزامات الشريك بصفته مستأجرا

يرتب عقد المهايأة في ذمة الشريك بصفته مستأجرا جملة من الإلتزامات منها ، الإلتزام بإستعمال العين الشائعة ، إلتزامه بعدم إجراء تغييرات عليها ، الإلتزام بالمحافظة على العين الشائعة ، و كذا إلتزامه برد العين الشائعة عند إنتهاء مدة المهايأة .

أ- إلتزام الشريك المستأجر بإستعمال العين الشائعة

يلتزم الشريك المستأجر بإستعمال الجزء الذي إختص به، أو المال الشائع كله خلال نوبته،وفقا لما تم الإتفاق عليه في عقد المهايأة، و إن لم يكن هناك إتفاق على كيفية الإستعمال ، وجب عليه إستعمالها وفقا لطبيعتها، أي بحسب الغرض الذي أعدت له[6].

---

1) محمدي سليمان ؛ مرجع سابق ، ص. 62 .

2) تنص المادة 479 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم .

و يجب أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار ، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.

و يتعين عليه أن يقوم لا سيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص و أعمال تنظيف الآبار و كما يتعين عليه صيانة و تفريغ المراحيض و قنوات تصريف المياه.

يتحمل المؤجر الرسوم و الضرائب و غيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة "، يلاحظ أن المشرع أدمج تكاليف معينة ضمن الإلتزام بالصيانة مثل الضرائب المستحقة على العين.

3) تنص المادة 494 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار و الجاري بها العمل ، ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك ".

4) محمدي سليمان ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 62، 63 .

5) المادة : 480 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

6) تنص المادة 491 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الإتفاق عليه، فإن لم يكن هناك إتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له ".

ب- إلتزام الشريك المستأجر بعدم إجراءات تغييرات على العين الشائعة

يجوز للشريك المستأجر القيام بالتغيرات الضرورية التي يقتضيها الإنتفاع الحسن بالعين الشائعة ، مثل وضع أجهزة لتوصيل المياه ، الكهرباء و الغاز، و قد يتم ذلك بمساعدة الشريك المؤجر إذا كان تدخله ضروريا [1]،لكن بشرط ألا يلحق ضررا بالشريك المؤجر ، فإذا كان من شأن هذه التغيرات أن تلحق أضرارا بالعين الشائعة، فلا يجوز له القيام بها بدون الحصول على إذن مكتوب من الشريك المؤجر [2]، أما إذا قام بالتغيرات دون موافقة الشريك المؤجر يحق لهذا الأخير مطالبة الشريك المستأجر برد العين إلى الحالة التي كانت عليها مع التعويض عن الضرر الذي لحقه [3].

ج- إلتزام الشريك المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة

يلتزم الشريك المستأجر بالمحافظة على العين الشائعة و الإعتناء بها ، و أن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل العادي، فهو الذي يستعمل العين الشائعة، بالتالي فهو ملزم بصيانتها لتبقى صالحة الإستعمال الذي أعدت له، و إلا كان مسؤولا عما يلحق العين الشائعة من تلف كلي أو جزئي ناتج عن إستعماله السيء لها [4].

د- إلتزام الشريك المستأجر برد العين الشائعة عند إنتهاء مدة المهايأة

يلتزم الشريك المستأجر برد العين الشائعة عند إنتهاء مدة قسمة المهايأة، و أن تكون على الحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، و يحرر محضرا وصفيا بذلك[5]، و لا محل لتطبيق أحكام الإلتزام بالوفاء بالأجرة (وهي هنا منفعة حصته)[6]،لأن إنتفاع كل شريك بما إختص به يكون في مقابل إنتفاع غيره بالأجزاء الأخرى، أو بالعين ذاتها مرة أخرى .

---

1) المادة : 493 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

2) تنص المادة 1/492 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر ... ".

3) المادة: 2/492من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

4) المادة : 495 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم: " يجب على المستأجر أن يعتنى بالعين المؤجرة و أن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي .

و هو مسؤول عما يلحق العين أثناء إنتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها إستعمالا عاديا".

5) المادة : 503 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

6) نبيل إبراهيم سعد ؛ مرجع سابق ، ص. 92 .

المبحث الثاني

التصرف في المال الشائع

المال الشائع كالمال المفرز يباشر عليه الشركاء حقوقهم ، و لكنه يختلف عن المال المفرز في أن حق الشريك مقيد بحقوق سائر الشركاء، فالشريك على الشيوع يملك حصته ملكية تامة ، بالتالي يثبت له مباشرة كل سلطات حق الملكية عليها ، فبالإضافة إلى حقه في إستعمال المال الشائع و إستغلاله بقدر يتناسب مع حصته فيه، يحق له أيضا التصرف فيه بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق بقية شركائه لما لهم من سلطات مماثلة .

تصرف الشريك في المال الشائع إما أن يكون تصرفا ماديا أو قانونيا، غير أن التصرف المادي بإستهلاك الشيء أو إتلافه، لا يثبت في الملكية الشائعة إلا للشركاء مجتمعين، فإذا إنفرد به أحدهم كان متعديا على حقوق باقي شركائه ويسأل في مواجهتهم[1]، أما التصرف القانوني (و هو محل دراستنا)، فيقصد به إستخدام الشيء إستخداما تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية ، ويترتب عليه زوال كل أو بعض سلطات المالك على الشيء المتصرف فيه، فهو بذلك يؤدي إلى نقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليها[2] .

التصرف في المال الشائع ، يمكن أن يكون تصرفا واردا على حصة شائعة أو على جزء مفرز منه أو على المال الشائع كله ، كما قد يكون جماعيا فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم (مطلب أول)، و قد يكون فرديا فيتصرف الشريك منفردا في المال الشائع (مطلب ثاني).

المطلب الأول

التصرف الجماعي في المال الشائع

التصرف في المال الشائع قد يكون بإتفاق كل الشركاء (فرع أول)، و قد لا يتفق الشركاء جميعا على التصرف في المال الشائع ، و هنا تدخل المشرع فأجاز ذلك لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع (فرع ثاني).

الفرع الأول

التصرف الصادر من كل الشركاء

الأصل أن التصرف في المال الشائع يكون من حق الشركاء كلهم و هذا بكافة أنواع التصرفات ، سواء بنقل ملكيته كله أو حصة شائعة منه أو جزء مفرز، أو بتقرير حق عيني أخرعليه كله أو على حصة شائعة أو جزء مفرز منه ، ولا يحق لأحدهم الإنفراد بالتصرف

1) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 50.

2) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2004، ص. 24.

بحيث لا يلحق أضرارا بباقي الشركاء، فما مصير هذه التصرفات الصادرة من جميع الشركاء ، بعد إنقضاء الشيوع بإعتباره وضع إستثنائي مؤقت؟

يختلف حكم هذه التصرفات بحسب ما إذا كان التصرف ناقل للملكية (أولا)، أو كان يهدف إلى تقرير حق عيني أصلي أو تبعي على المال الشائع (ثانيا) .

أولا : التصرف الناقل للملكية

يستطيع الشركاء مجتمعون التصرف في المال الشائع تصرفا ناقلا للملكية ، بحيث يرد هذا التصرف على المال الشائع كله ، أو على حصة شائعة أو جزء مفرز منه ، و يكون التصرف صحيحا و نافذا في حق الجميع [1] .فإذا إتفق الشركاء جميعا على نقل ملكية المال الشائع كله ، كبيعه مثلا، فبهذا التصرف تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء المتصرفين [2]، وتعد هذه الحالة من بين الأسباب التي تؤدي إلى إنتهاء الشيوع .أما إذا كان التصرف ينقل جزء مفرز من المال الشائع ، فإن هذا الجزء يخرج من نطاق الشيوع[3]،و هذا العقد يحتاج إلى الشهر إن كان الجزء المتصرف فيه محله عقارا، حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه دون حاجة إلى قسمة العقار، و لا يصبح المتصرف إليه شريكا على الشيوع لأنه مالك على سبيل الإفراز [4]، وما تبقى من المال يظل مملوكا على الشيوع إلى أن تتم قسمته .

غير أنه إذا كان التصرف يهدف إلى نقل ملكية حصة شائعة من المال الشائع،فإن المتصرف إليه يدخل مع الشركاء شريكا جديدا بقدر هذه الحصة[5]، ويترتب على ذلك زيادة عدد الشركاء في الشيوع ،وتعديل حصصهم [6] .

ثانيا : التصرف المنشيء لحق عيني على المال الشائع

قد لا يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء ناقلا للملكية ،و إنما يقتصر على ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على المال الشائع كله، أو على حصة شائعة أو جزء مفرز منه، فمثل هذا التصرف صحيح و نافذ في حق الشركاء جميعا و خلفهم ما دام الشيوع قائما[7].

فإذا كان للشركاء عقارا شائعا، يجوز لهم ترتيب حق ارتفاق له أو عليه ، لكن بشرط حصول موافقتهم جميعا على التصرف المنشئ له [8]، و إن كان الأصل لقيام حق الإرتفاق

---

1) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق، ص. 78 .

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ مرجع سابق، ص. 101 .

3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق، ص. 128 .

4) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق، ص. 50 .

5) نبيل إبراهيم سعد ؛ مرجع سابق ، ص. 101 .

6) محمد حسن قاسم ؛مرجع سابق ، ص. 128 .

7) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 79 .

8) زيدان محمد ؛ حق الإرتفاق في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2004 ،ص 18 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص. 845 .

أنه يستوجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين[1]،لأن المالك لا يكون له حق إرتفاق على شيء ملك له [2].

كما يجوز للشركاء المالكين لعقار شائع، ترتيب حق رهن سواء على كل العقار أو على حصة شائعة أو جزء مفرز منه ، إلا أن الإشكال في التصرف غير الناقل للملكية يطرح بعد القسمة ، حيث يثور التساؤل عن مصير هذا الحق الذي رتبه الشركاء مجتمعين، إذا وقع الشيء الذي تقرر عليه الحق في نصيب أحد الشركاء، و حقيقة هذا التساؤل ترتبط بمجال تطبيق الأثر الرجعي للقسمة [3].

فيما يخص الرهن الرسمي ، تنص 1/890 من (ت. م. ج) على ما يلي :**"يبقى نافذا ، الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ..." .**

طبقا لهذا النص، فإن الرهن الصادر من جميع الشركاء، صحيح و نافذ في حقهم جميعا، قبل القسمة، و يسري في حق دائنيهم، بحيث أن الدائن المرتهن يتقدم في التنفيذ على العقار على الدائنين العاديين للشركاء ، وهو يسري في حق خلفهم العام بحيث إذا مات أحد الشركاء أو بعضهم إنتقل العقار إلى الورثة مثقلا بالرهن، و يسري في حق خلفهم الخاص أيضا ، فإذا باع أحد الشركاء العقار المرهون،فإنه يتنقل مثقلا بالرهن ، وجاز للدائن المرتهن بما له من حق في التتبع ، التنفيذ في مواجهة حائز العقار. كذلك يبقى الرهن نافذا في حق الشركاء جميعا حتى بعد القسمة و لو كان نصيب أحدهم كل العقار الشائع [4].

البعض من الفقه[5]،يرى أن حكم المادة 1/890من (ت. م. ج)المذكورة أعلاه يتضمن

---

1) تنص المادة 867 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: " الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار أخر (مملوك)لشخص أخر و يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال (عام)، إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له ". نحن من أضاف الكلمتين الواردتين بين قوسين فقد سقطتا من النص العربي، ونحن نلتمس من المشرع إعادة صياغته ليتطابق مع النص بالغة الفرنسية المقابل له ؛ راجع النص باللغة الفرنسية.

2) نقلا عن : زيدان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 13 ، " وإن كان هذا الشرط يرد عليه إستثناء يسمى حق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي حسب المادة 869 من (ت. م. ج)" ، سوف نتطرق له لاحقا عند بيان تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة بترتيب حق إرتفاق عليها.

3) نبيل إبراهيم سعد؛ مرجع سابق ، ص. 101 .

4) بناسي شوقي ؛ أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ،ص. ص. 136 ، 137 .

5) مصطفى محمد الجمال ؛ نظام الملكية ، توزيع منشأة المعارف ، مصر ، د.س. ن، ص. 128 .

إستثناء خرج فيه المشرع على القاعدة العامة للأثر الرجعي للقسمة ، فلا يجوز تطبيقه إلا في خصوص ما ورد فيه الرهن الرسمي .

فبمقتضى القاعدة العامة ، يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع [1]، و أنه لم يرهن غيرها في ملكية بقية الحصص[2]، هذا ما جاء به حكم المادة 730من (ت. م. ج) بنصها على ما يلي :**"يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع ، وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".**

فالأثر الرجعي، يقتضي ألا يسري الرهن في حق الشريك الذي يقع في نصيبه كل العقار المرهون بعد القسمة إلا بقدر حصته الشائعة وقت الرهن، أما رهن غيره من الشركاء الذين لم يقع العقار المرهون في أنصبتهم، يكون غير نافذ في حقه ، لوقوعه على ما لا يملكون وقت إبرام الرهن [3]، أي رهنوا ملك الغير[4].

غير أن الرأي الغالب من الفقه[5] ، ذهب إلى نقيض ذلك، حيث يرى أن حكم المادة 1/890 من (ت. م. ج) و التي وردت بخصوص الرهن الرسمي ، تعد تطبيقا لمبدأ عام وهو " بقاء التصرف الصادر من جميع الشركاء أثناء الشيوع نافذا بعد وقوع القسمة، و أيا كانت نتيجتها "، أي بقاء الحقوق التي رتبها جميع الشركاء بإتفاقهم ورضائهم مهما كان هذا التصرف ، سواء كان ناقلا للملكية أو مرتب لحق عيني ، وأنه لا مجال لتطبيق قاعدة الأثر الرجعي للقسمة.

بناءا على ذلك،إذا إختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون على إثر القسمة العينية، أو لأن العقار بيع بعد تعذر قسمته ورسا المزاد عليه، فإن العقار ينتقل إلى الشريك مثقلا بالرهن كاملا، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه، على أن يرجع على باقي الشركاء السابقين طبقا لأحكام الضمان في القسمة، و هذا ما لم يكن قد تم مراعاة ذلك عند القسمة،أو عند تقدير ثمن العقار[6]،كذلك ينطبق هذا المبدأ في حالة حق عيني أصلي على المال الشائع صادر من جميع الشركاء كتقرير حق إنتفاع أو حق إرتفاق[7] .

---

1) BERGEL(J.-L.) ;OP.cit,p.p. 84 ,85 : « L'indivisaire est censé en avoir été rétroactivement propriétaire depuis la naissance de l'indivision et non pas du jour du partage ».

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ التأمينات العينية و الشخصية ،دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007 ، ص. 71 .

3) شايب باشا كريمة ؛ عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، 2001 ، ص. 47 .

4) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. 79 .

5) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص. 102 - رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص. 91 - محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. 80 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 837 .

6) بناسي شوقي ؛ مرجع سابق ،ص. 138 .

7) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 838 .

الفرع الثاني

التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إذا كان الأصل، هو أن التصرف في المال الشائع يكون باتفاق جميع الشركاء[1]، إلا أن المشرع الجزائري ، و كما رأينا سابقا في أعمال الإدارة ، أجاز لأغلبية الشركاء أن تقرر التصرف في المال الشائع إذا توفرت شروط معينة (أولا)، مع إعطاء الأقلية غير الموافقة بعض الضمانات (ثانيا) .

أولا : شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

يشترط لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع كله أو حصة شائعة أو جزء مفرز منه ،سواء كان ناقلا للملكية أو اقتصر على ترتيب حق عيني، أن يصدر التصرف عن أغلبية خاصة من الشركاء و أن تستدعي إلى ذلك أسباب قوية .

1-صدور التصرف عن أغلبية موصوفة

تنص المادة 720 من(ت. م. ج) على ما يلي:**" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ..."**، يتضح لنا من هذا النص ، أنه يجب أن يصدر التصرف بناءا على قرار من أغلبية موصوفة [2]،المتمثلة في الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع (و هي نفس الأغلبية المقررة في الإدارة غير المعتادة)، و تحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة[3]،فقد يملك هذا القدر من المال الشائع شريكا واحدا الذي يحق له التصرف فيه ، إذا قامت أسباب قوية تدعو إلى ذلك [4].

2- وجود أسباب قوية تستدعي التصرف (في المال الشائع)

لا يكفي توفر أغلبية موصوفة من أجل تقرير التصرف في المال الشائع، بل إشترط المشرع الجزائري أيضا، ضرورة توفر أسباب قوية تستند عليها الأغلبية لتبرير قرارها بالتصرف،**"...إذا إستند وا في ذلك إلى أسباب قوية ..."**[5] ،منها مثلا، أن يكون المال الشائع في حاجة إلى ترميمات ضرورية كبيرة تقتضي الإقتراض مع رهنه ضمانا للقرض،أو كأن تعرض فرصة رابحة لبيع المال الشائع بثمن مرتفع يخشى ألا تتكرر[6]،و قد يحدث أن يسوء إستغلال هذا المال و هو باق على الشيوع ، وتكون القسمة في نفس الوقت ضارة بالشركاء ، فعندئذ يتبين أن الأجدى، ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة ، بل هو التصرف في المال الشائع [7]. تعد مثل هذه الأسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 93 .

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 103 .

3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 130 .

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 840 .

5) المادة : 720 من (ت. م. ج) المذكورة أعلاه .

6) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 130 .

7) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 839 .

كله أو في جزء منه، بالبيع أو الرهن من طرف الأغلبية السالفة الذكر ، إذا تعذر إتفاق الشركاء على التصرف، فتلتزم الأقلية بالقرار المتخذ، حيث تكون للأغلبية نيابة قانونية على الأقلية في هذا التصرف[1].

ثانيا : الضمانات المعطاة للأقلية من الشركاء

خص المشرع الجزائري الأقلية بحماية تتمثل في أن قرارالأغلبية لا يكون نافذا فورا، بل يجب أن يتم إعلانه إليهم ، حيث يحق للأقلية الإعتراض على القرار المتخذ أمام المحكمة.

1- وجوب إعلان الأغلبية قراراتها إلى الأقلية

يجب أن تعلن الأغلبية قراراتها إلى باقي الشركاء[2]،و ذلك حتى تكون الأقلية على علم بتصرف الأغلبية ، فتتخذ موقفا يتفق مع مصالحها إتجاه هذا التصرف [3]، هذا وفقا للمادة 720من (ت. م. ج) بنصها: **"...على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء و لمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان..."**.

فإذا تم الإعلان، أجاز المشرع لمن خالف من الشركاء أن يعترض على قرار الأغلبية، بأن يرفع إعتراضه إلى القضاء خلال شهرين من وقت إعلانه بالقرار، فإذا مضت مدة شهرين دون أن يعترض أحد من الأقلية ، كان قرار الأغلبية نافذا و ملزما لجميع الشركاء[4]،أما إذ لم يتم الإعلان، فإن قرار التصرف لا يكون نافذا في حق الأقلية [5]،و جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بتصرف الأغلبية في المال الشائع ، ما يلي :"...متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء بعقد غير قضائي. حيث أنه الثابت و بدون منازعة بأن الطاعنين و الدولة شركاء على الشيوع في العمارة المتنازع عليها حسب التعريف المعطى بالمادة 713 من القانون المدني .

حيث أنه و حتى في الحالة التي تكون فيها للدولة الأكثرية ، فإن المادة 720من القانون المدني تلزمها بتبليغ مقرر نقل الملكية بموجب عقد غير قضائي. حيث أنه لا يستخلص من الملف بأن الدولة قد إحترمت هذه الشكلية الجوهرية " [6].

---

1) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص.334.

2) يتم الإعلان بعقد غير قضائي ، قد يكون عن طريق محضر قضائي أو بموجب رسالة مضمنة الوصول .

3) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية ،مرجع سابق ، ص. 104 .

4) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 131 .

5) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 335 .

6) قرار رقم 62092 ،الصادر بتاريخ 1990/01/13، م. ق ، عدد 01، سنة 1991، ص. 142- و في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1992/10/28، تحت رقم 92343 جاء فيه ما يلي : "من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية .

و لما ثبت - من المستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون،لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون " ،م. ق، عدد 01، سنة 1994، ص. 38 .

2- رقابة المحكمة على قرار الأغلبية

إذا إعترض أحد الشركاء على قرار الأغلبية خلال الميعاد القانوني،فإن المحكمة تنظر أولا في إمكانية قسمة المال الشائع، ثم تقرر في شأن قرار الأغلبية [1]، فإذا رأت أن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها و لو من تلقاء نفسها دون أن يطلبها أحد الشركاء، لأنه كان أولى للأغلبية أن تطلب القسمة بدل التصرف، أذا كان المال مما يقبل القسمة دون أن يلحقه ضرر[2] .أما إذا تبين للمحكمة أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تعدل عنها و تنظر في قرار الأغلبية ، فإذا وجدت أن قرارها بالتصرف في المال الشائع يستند إلى أسباب قوية، فإنها تؤيده أما إذا لم يكن مستندا إلى مبررات قوية فإنها تلغيه[3]، و لم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك إلا بإتفاق الشركاء [4].

غير أن بعض الفقه[5]، ذهب إلى القول أن المحكمة لا تنظر في القسمة من تلقاء نفسها إذا لم تطلبها الأقلية المعترضة،إذ لا ينبغي لها أن تفرض القسمة على الشركاء،إذا لم يطلبها أحدهم،إلتزاما بطلبات الخصوم، و عليه فإن الأقلية المعترضة في رجوعها إلى المحكمة،قد تطلب القسمة أو إلغاء قرار الأغلبية.

فإذا طلبت الأقلية القسمة، فإن المحكمة ترى في مدى إمكان إجرائها ،دون أن يلحق ضرر بمصالح الشركاء فتأمر بها، أما إذا كانت ضارة بهم، فإنها تنظر في قرارا الأغلبية بالتصرف، فإن وجدته يستند لأسباب قوية أقرته، و إن لو تجده كذلك أمرت بإلغائه.

أما إذا طلبت الأقلية إلغاء قرار الأغلبية دون أن تطلب القسمة،فإن عمل المحكمة ينحصر في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية تبرره، فيكون لها تبعا للظروف أن تلغي قرار الأغلبية أو تقره.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يمنح كفالة للأقلية المعترضة ، في حالة موافقة المحكمة على قرار الأغلبية كما فعل في أعمال الإدارة غير المعتادة ، على الرغم من أن أعمال التصرف تعتبر خطرا على المال الشائع ، فكان أولى بالمشرع أن يجيز للمحكمة أن تأمر الأغلبية بإعطاء كفالة للأقلية ، تضمن لها ما يستحق من تعويضات جراء هذا التصرف[6].

---

1) تنص المادة 720 من (ت.م.ج) المعدل و المتتم على ما يلي:"للشركاء...، و للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا ".

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص.841.

3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 131 ، 132.

4) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 335 .

5) مصطفى محمد الجمال؛ مرجع سابق،.ص.ص.130،131 - رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص.ص.92،93 - أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص.338.

6) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 55 .

المطلب الثاني

التصرف الفردي في المال الشائع

رأينا أن الشريك المشتاع قد يتفق مع باقي شركائه لتقرير تصرف على المال الشائع، فيصدر التصرف عندئذ جماعيا و هو الأصل ، و قد يكون الشريك من بين الأغلبية الخاصة التي خول لها المشرع إجراء تصرف في المال الشائع و ذلك إستثناء. لكن قد تتجه إدارة الشريك المشتاع منفردة إلى التصرف ، وهنا نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن:**" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها..."**[1]،و عليه فقد يكون تصرف الشريك منصبا على حصته الشائعة في المال الشائع (فرع أول)،و قد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع أو فيه كله [2] (فرع ثاني) .

الفرع الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

للشريك حق ملكية على المال الشائع ، و إن كان محددا بقدر حصته التي له الحق في التصرف فيها، كمبدأ عام [3]،و يكون حكم تصرفه في حصته الشائعة صحيح و نافذ في حق بقية الشركاء دون الحاجة للحصول على إذن منهم [4]،غير أنه مقيد بأن لا يلحق ضررا بهم(أولا)، كما يمكن أن يتصرف الشريك في حصته الشائعة كلها أو بعضها، إلى أحد الشركاء أو إلى أجنبي، و ذلك بجميع أنواع التصرف، سواء أكان ناقلا للملكية أو مرتب لحق عيني عليها [5](ثانيا).

أولا : حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة

من حق الشريك المشتاع أن يتصرف في حصته الشائعة، شأنه في ذلك شأن أي مالك يتصرف في ملكه ، غير أنه مقيد بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء الآخرين [6].

---

1) المادة : 714 /1من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .
2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 842 .
3) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 57 .
4) علي هادي العبيدي ؛ مرجع سابق، ص. 63 راجع أيضا:
DUPONT DELESTRAINT (P.) ; OP.cit, p. p. 26,27 : « Le copropriétaire a sur sa quote-part théorique, un droit de propriété, par conséquent , il peut céder sa quote-part sans le consentement des autres » .
5) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية ، ص.106.

6) هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 161833 ،الصادر بتاريخ 1998/09/30 الذي جاء فيه ما يلي : " المبدأ : يجوز للشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء " ، مجلة المحكمة العليا ، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، قسم الوثائق،ج02 ، 2004، ص. 190 .

1- المبدأ: صحة ونفاذ تصرف الشريك في حصته الشائعة [1]

تخلص للشريك في الشيوع ملكية حصته ملكية تامة، مما يمكنه من ممارسة كل السلطات التي يمنحها حق الملكية لصاحبه عليها، وفي مقدمتها سلطة التصرف فيكون له من حيث المبدأ أن يتصرف فيها كلها أو بعضها، مرتبا عليها مختلف التصرفات القانونية[2].

فللشريك أن يتصرف في حصته معاوضة، كأن يبيعها ،أو تبرعا كأن يهبها ، و يجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا ، كما يجوز أن يصدر إلى أجنبي عنهم[3]، وللشريك تلك الحرية في التصرف حتى و لو كان سبق له الإتفاق مع شركائه على البقاء في الشيوع مدة معينة لم يتم إنقضاؤها بعد ، حيث يقتصر هذا الإتفاق على منع طلب القسمة ، و لا يمتد إلى تقييد حرية الشريك في التصرف ، غاية ما في الأمر أن المتصرف إليه يتقيد بإتفاق سلفه بإعتباره خلفا له[4].

يعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة متى تم صحيحا و نافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم [5]، غير أنه من مصلحة الشريك البائع إعلان باقي شركائه بالتصرف[6]، وذلك بغرض تمكينهم من ممارسة رخصتي الشفعة و الإسترداد، إذ إبتداء من تاريخ توجيه الإنذار يبدأ سريان الميعاد المحدد قانونا المتعلق بهما [7]، لكن إذا تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد في حصته، لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالمقدار الزائد، و يحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون إنتظار نتيجة القسمة[8] .

---

1)THIERRY (R.) ; « *propriété et droits réels* » ,Revue trimestrielle de droit civil ,n° 04 DALLOZ, 2005 , p. 798 : « la cession d'un bien indivis par un seul indivisaire , est opposable aux coindivisaires a concurrence de la quote - part de son auteur ».

2) مخازني فايزة ؛ مرجع سابق ، ص. 9 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 843 .

4) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 93 - راجع أيضا المادة 2/722من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

5) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 106 .

6) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 47 .

7) مخازني فايزة ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 10، 11 - هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 64331،الصادر بتاريخ 1990/04/30 الذي جاء فيه ما يلي :" من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه .ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن كل من البائع و المشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما و من ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون " . م.ق ،عدد 02 ،سنة 1991 ،ص.28.

8) THIERRY (R.) ;OP.Cit,P.799 : « la solution impose sur l'idée que la cession d'un ou plusieurs biens indivis par un indivisaire agissant seul doit s'ana lyser en la cession de la quote -part de l'intéressé ,l'acte est donc opposable en tant qu'acte sur la part de son auteur et inopposable en tant qu'il porte sur les parts des autres » .

2- القيد:عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء

يعتبر الشريك في الشيوع مالكا لحصته الشائعة، فمن حقه التصرف فيها،ويكون تصرفه هذا صحيحا و نافذا في مواجهة باقي الشركاء ، غير أن هذا المبدأ ليس مطلقا،وإنما يرد عليه قيد يتمثل في عدم الإضرار بحقوق الشركاء[1]،طبقا للمادة 1/714من(ت. م. ج) التي تنص على ما يلي: **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها ...بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ..."**،لم يبين المشرع الجزائري في هذه المادة المعيارالمعتمد لتحديد متى يلحق الضرر بالشركاء، جراء تصرف الشريك في حصته الشائعة، مما جعل الفقه يتصور بعض الحلول لدراسة هذه المسألة نذكر واحدا منها، وهو إذا كان تصرف الشريك بالبيع لأجنبي عن الشركاء، حيث يحل المتصرف إليه محل المتصرف، و يصبح شريكا لباقي الشركاء بنسبة الحصة الشائعة المتصرف فيها، و كون الشريك الجديد أجنبي عن الشركاء فقد يتضررون منه[2]. بينما إتجه القضاء إلى إلزام الشركاء بإثبات الضرر اللاحق بهم بكافة طرق الإثبات، لإعتباره واقعة مادية، و متى فشلوا في ذلك نفذ التصرف في حقهم،هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في العديد من قراراتها إذ جاء في إحداها ما يلي: " المبدأ: يحق لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه غير المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء .حيث أنه تبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه و عليه قضوا - على حق - برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال التصرف و بهذا طبقوا أحكام المادة 714 من القانون المدني"[3].

ثانيا : تصرفات الشريك الواردة على حصته الشائعة

تصرف الشريك في حصته الشائعة يكون بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها، و يلاحظ أنه إذا كان محل الحصة الشائعة عقارا، فإنه يجب تحرير التصرف في شكل رسمي إضافة إلى خضوعه لعملية الشهر العقاري[4].

عمليا إذا كان سبب الشيوع ميراثا، و أراد أحد الورثة التصرف في حصته الشائعة،يجب عليه إحضار الشهادة العقارية (للتأكد من أن المورث لم يقم بالتصرف في العقار) للموثق، قبل تحرير عقد البيع أو الهبة ...إلخ [5]،و كذا تقديم الشهادة التوثيقية[6]،عملا بأحكام المادة

---

1) مخازني فايزة؛ مرجع سابق ، ص.15 .

2) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق، ص. 106.

3) قرار رقم18604، الصادر بتاريخ 1999/03/24، مجلة المحكمة العليا ، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، ج2، قسم الوثائق، سنة 2004، ص. ص. 190-193 .

4) هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 549408،الصادر بتاريخ 2009/11/12 الذي جاء فيه ما يلي: " تستلزم العقود الناقلة للملكية العقارية أو لأي حق عيني أخر، إضافة إلى الشكل الرسمي، الشهر العقاري". مجلة المحكمة العليا عدد خاص ، سنة 2010 ، ج03 ، ص. 231 .

5) زروقي ليلى و حمدي باشا عمر ؛ المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012، ص. 204 .

6) نقلا عن: طلبة ليلي ؛ مرجع سابق ، ص. 79،" الشهادة التوثيقية هي : سند رسمي ، تحرر من قبل الموثق و تعتبر الوسيلة القانونية لإثبات نقل حق الملكية العقارية من المالك (المورث) إلى الورثة أو الموصى لهم".

39 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري،حيث بمقتضاها يؤشر في مجموعة البطاقات العقارية بأسماء جميع المالكين على الشيوع و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم ، إلا أن هناك من يرى أنه لا يشترط إستخراج الشهادة التوثيقية ، إذا أراد احد الورثة التصرف في نصيبه المشاع ، مادامت الصفة تثبت له (أي يعد مالكا) بمجرد وفاة المورث،عملا بأحكام المادة 15 من الأمر رقم 75-74[1]،غير أن هذا القول غير سديد طبقا لقاعدة الأثر الإضافي للشهر المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم 76-63،حيث يتضح من خلالها، أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء شهر عقاري يتضمن التصرف في عقار، ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في إكتساب العقار المتصرف فيه [2].

1- تصرف الشريك في حصته الشائعة بنقل ملكيتها و أثره على الشركاء

يقصد بالتصرف الناقل للملكية، ذلك الذي ينقل ملكية الشيء،من ملكية شخص إلى ملكية شخص آخر، قد يكون أحد الشركاء أو أجنبي عنهم .

رأينا أن حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة، صحيح و نافذ في مواجهة الشركاء، شرط ألا يلحقهم عن ذلك ضرر، و إن كان المشرع الجزائري قد مكنهم تفادي ذلك بأحد الطريقين حسب طبيعة الشيء الشائع [3].

أ- تصرف الشريك في حصته الشائعة بنقل ملكيتها

من أهم التصرفات الناقلة للملكية : البيع ، الهبة و الوقف ، سندرسها فيما يلي .

أ1- بيع الشريك لحصته الشائعة

لم يضع المشرع الجزائري مادة قانونية خاصة ببيع الحصة الشائعة، لذلك تسري على البيع المادة 714 السالفة الذكر، وعليه فإن بيع الشريك لحصته الشائعة يكون صحيحا ونافذا في مواجهة باقي الشركاء [4].

يترتب على بيع الشريك لحصته الشائعة، أن يحل المتصرف إليه (المشتري)شريكا مع باقي الشركاء، و يخرج الشريك البائع نهائيا من الشيوع، متى كان التصرف واردا على كل الحصة الشائعة ،أما إذا تصرف فيها جزئيا، فإن حلول المشتري يكون بقدر الجزء المبيع منها ، و يبقى البائع شريكا بقدر ما تبقى له من حصته بعد البيع [5]، إلى أن تتم قسمة المال الشائع فيختص المتصرف إليه بجزء منه بقدر الحصة الشائعة التي إشتراها [6].

---

1)الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 1975/11/26، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج.ر ، عدد 92 ، سنة 1975.

2) زروقي ليلى و حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق ، ص. ص. 210، 211 .

3) جمال خليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع وأثره علي حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 46 .

4) من قرارات المحكمة العليا المكرسة لصحة بيع الشريك لحصته الشائعة ،القرار رقم 63765، الصادر بتاريخ 1990/10/29 الذي جاء فيه ما يلي :" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها ، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع ، أخطئوا في تطبيق القانون "، م.ق ،عدد04 ، سنة 1992،ص.28.

5) جمال خليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره علي حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 48 .

6) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 59 .

أما إذا صدر البيع من شريك إلى شريك، و ترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوع، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريقة التصفية، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء[1].

أ2- هبة الشريك لحصته الشائعة

الهبة من عقود التبرع، حيث يتصرف أحد الأشخاص في ماله دون مقابل[2]،و تعتبر من التصرفات الناقلة للملكية ، تنعقد بتبادل الإيجاب و القبول ، وتتم بالحيازة مع وجوب مراعاة الإجراءات الشكلية إذا كان محلها عقارا[3]،غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حكم هبة المال الشائع ، و إنما جاء ذكره لها من خلال المادة 208 من (ت. أ. ج) بنصها على أنه :**"إذا كان الواهب ولي الموهوب له،أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة "**،ومعنى ذلك أنه إذا أقدم الواهب على التبرع بجزء من أملاكه على الشيوع لفائدة إبنه أو زوجته اللذان يعيشان معه، فإن العقد التوثيقي بإجراءاته القانونية،يغني عن الحيازة المباشرة[4]،في بعض الحالات منها إذا كان المال مشاعا، يفهم ضمنيا من ذلك أنه يجوز للشريك المشتاع هبة حصته الشائعة .

أ3- وقف الشريك لحصته الشائعة

يعرف الوقف على أنه: "حبس العين عن التملك و التصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل،على أن يكون الوقف مؤبدا إحتراما لإرادة الواقف" [5].

يجوزوقف المال المشاع،لكن يشترط فيه أن يكون ملكا للواقف،وأيضا خاليامن أي نزاع [6].

---

1) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ،مرجع سابق ، ص. 46.

2) تنص المادة 1/202 من (ت. أ.ج) المعدل و المتمم على ما يلي : "الهبة تمليك بلا عوض ... ".

3) تنص المادة 206من (ت. أ. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة، و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات " ؛ يلاحظ سقوط حرف "...بـ..." من كلمة "...الحيازة..." ، فالأصح هو"...بالحيازة..." ؛ راجع : خلفوني مجيد ؛ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 124.

4) بن عبيدة عبد الحفيظ؛ إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ،ط5، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2006، ص. 156 .

5) أركام نادية ؛ "الوقف و أثاره الاجتماعية و الاقتصادية "، م. ن .ع. ق. س ، عدد 02، سنة 2010 ، ص. 217 .

6) تنص المادة 216 من (ت. أ. ج) المعدل و المتمم على ما يلي : " يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف معينا، خاليا من النزاع ،و لو كان مشاعا "- هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في القرار رقم 94323 ،الصادربتاريخ 1993/09/28 ، الذي جاء فيه ما يلي : "من المقرر شرعا و قانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف ، وإلا لما جاز له أن يحبسه، و أن يكون معينا (غير مجهول) و خاليا من كل نزاع و لو كان هذا المال في الشياع .

و من ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه - في قضية الحال- لا يكون باطلا إلا بالنسبة للأخ المحبس المدعو (س)لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له" ؛ م. ق، عدد 02، سنة 1994، ص. 76

غير أن المادة 3/11 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف [1]،تنص على ما يلي:**"...و يصح وقف المال المشاع، و في هذه الحالة تتعين القسمة "**،يفهم من خلالها ، جواز وقف المال المشاع سواء كان عقارا أو منقولا، و إن كان يشترط لذلك تمام القسمة و إفراز نصيب الشركاء و النصيب الموقوف من طرف أحدهم،(مما قد يفهم عدم جواز وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة) [2].

ب- أثر تصرف الشريك الناقل لملكية حصته الشائعة على الشركاء

يترتب على تصرف الشريك الذي ينقل ملكية حصته الشائعة للغير، دخول شريك أجنبي بين الشركاء ، الأمر الذي قد يسبب لهم ضرر ، فللشركة أو التركة أسرار لا يجوز للأجنبي الإطلاع عليها [3]،مراعاة لذلك، وإستثناء على مبدأ حرية الأفراد في التعاقد[4]،أوجد المشرع الجزائري وسيلة (رخصة) قانونية تمكن الشركاء من الحلول محل المتصرف إليه، بالتالي إستبعاد إنضمام شريك جديد إليهم، حيث أجاز لهم إسترداد الحصة الشائعة المبيعة في حالة المنقول، و الأخذ بالشفعة بالنسبة للعقار[5].

ب1- حق الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة

الحق في إسترداد الحصة الشائعة ،هو حق منحه المشرع، للشريك، بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة الشائعة المبيعة ، وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع محافظة على أسرار الشركة، و يكون في المنقول الشائع ، وأيضا في حالة بيع الحصة الشائعة في المجموع من المال و لو إشتمل على عقار[6] .

أقرالمشرع الجزائري[7]، للشركاء حق إسترداد الحصة الشائعة المبيعة من طرف أحدهم للغير، و لممارسة رخصة الإسترداد يجب أن تتوفر شروطها، و ينبغي إتباع إجراءات خاصة بها ، و للإسترداد أثار يرتبها .

---

1) القانون رقم91-10 مؤرخ في 12شوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، ج.ر،عدد 21 الصادرة في 23شوال 1411 الموافق 08 مايو 1991.

2) مخازني فايزة ؛ مرجع سابق ، ص. 25 .

3) محمد كامل مرسي باشا ؛ مرجع سابق ، ص. 142 .

4) خالدي أحمد؛ الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، ط1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص. 22- رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 96 .

5) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 135 ، 136 .

6) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، مرجع سابق ، ص. 122 .

7) تنص المادة 721 من (ت. م. ج)على ما يلي : " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، و يتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته ، إذا عوضه عن كل ما أنفقه.
وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته ".

1.ب1- شروط إسترداد الحصة الشائع

للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال ، أن يسترد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر لأجنبي بطريق التراضي ، إذا توافرت الشروط التالية :

1/ يجب أن يصدر بيع من أحد الشركاء على الشيوع ، و يعود سبب حصر حق الإسترداد على البيع فقط ، أن الإسترداد طريق إستثنائي لا يتقرر إلا بنص خاص، فلا يجوز التوسع فيه و لا يقاس عليه بالنسبة للتصرفات الأخرى الناقلة للملكية ، كالمقايضة أو الهبة[1]،على أن يتم البيع بالتراضي إذ لا محل للمطالبة بحق الإسترداد،إذا تم البيع بالمزاد العلني، فالعلانية تضمن علم الشركاء بالبيع ، وتجعل أمامهم فرصة للتقدم و المشاركة فيه لمنع رسوه على أجنبي [2].

2/ أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول معين بالذات، كالسيارات و الحلي و أثاث المنزل، أو في مجموع من المال حتى لو إشتمل هذا المجموع على عقار ، كالتركة، فلو باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي، كان لباقي الورثة أخذها من الأجنبي عن طريق الإسترداد،حتى و لو كانت التركة تشتمل على عقارات ، كذلك إذا باع شريك حصته في القاعدة التجارية لأجنبي، كان لباقي الشركاء إستردادها منه[3]،أما إذا كان البيع واردا على حصة شائعة في عقار معين بالذات فإنه للشركاء الحق بالأخذ بالشفعة[4] .

3/ أن يتم البيع لأجنبي عن الشيوع ، فإن تم لأي من الشركاء الآخرين مهما كانت حصته، فلا يجوز لأي شريك أخر أن يطلب الإسترداد[5] ،لإنعدام السبب الذي وضع من أجله هذا الحق.

---

1) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 143.
2) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 136 .
3) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 340 .

4) يلاحظ من صياغة المادة 721 السالفة الذكر ، أن الإسترداد يجوز في المنقول ، أو المجموع من المال المنقول ، أو العقار: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار ..." ،و ربماهذا ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم 179321، الصادر بتاريخ 1998/03/25،م.ق ،عدد01 ،سنة 1998،ص.83 الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا بالمادة 721 من القانون المدني أن لكل شريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.
و لما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس قضوا برفض دعوى حق الإسترداد على العقار الشائع إذ بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم يكونون قد خرقوا نص المادة 721 من القانون المدني التي تعطي الورثة الحق في الإسترداد".
ينتقد هذا القرار من جهة مخالفته لإرادة المشرع ، فهذا الأخير يبدو أن إرادته إتجهت إلى تطبيق حق الإسترداد في المنقول المعين أو المجموع من المال ، ولم تتجه إلى تطبيقه على العقار المعين بذاته و إلا ما الفائدة من إقراره لنظام الشفعة؟ كما أن نص المادة 721 من (ت.م.ج) مأخوذ عن المادة 833 من التقنين المدني المصري ، و قد أجمع شراحه على عدم ثبوت الإسترداد في العقار المعين بالذات . كما أن ثبوت حق الإسترداد في العقار يجعل نطاق الشفعة يتداخل مع نطاق الإسترداد مما يؤدي إلى تضارب بين النصوص القانونية، و هذا ما كان يعرفه التقنين المدني المصري القديم الذي لم يحدد نطاق الإسترداد، مما أحدث إختلافات فقهية كبيرة و إضطراب غير مسبوق في القضاء. لمزيد من التفاصيل راجع : مخازني فايزة؛ مرجع سابق ، ص. ص. 64،65 - محمد كامل مرسي باشا؛ مرجع سابق ،ص. 144 و ما بعدها - جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص 140 و ما بعدها.
5) أنور طلبة ؛ مرجع سابق ، ص. 456.

4/ يثبت حق الإسترداد لكل شريك أيا كان مصدر الشيوع ، دون تفرقة بين شريك أصلي كان موجودا منذ بدء الشيوع ، و شريك عارض لم يدخل فيه إلا في تاريخ لاحق [1]،أما إذا تعدد الشركاء الذين يرغبون في الإسترداد، كان لكل منهم أن يسترد من الحصة المبيعة بنسبة حصته ، و يجب أن يشمل الإسترداد كل الحصة المبيعة ، فإذا كان البيع منقولا مملوكا على الشيوع لشخصين بنسبة النصف لكل منهما، و باع أحدهما حصته شائعة إلى أجنبي، فلا يجوز للشريك الآخر أن يطلب إسترداد الربع مثلا[2].

نشير أن رخصة الإسترداد حق متصل بشخص الشريك فهي مقتصرة عليه ، فلا يجوز لدائنيه إستعمال تلك الرخصة بإسمه ، و يستردوا نيابة عنه [3].

2.ب1- إجراءات الإسترداد

ألزم المشرع الجزائري الشريك الراغب في الإسترداد إعلان رغبته (قبل القسمة) إلى كل من البائع والمشتري[4]، خلال ثلاثين يوم (شهر) من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه به ،إلا أنه قيد هذا الحق بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقا مدة طويلة ، لكنه لم يحدد مدة معينة يتم خلالها إعلان البيع تاركا تقديرها ليقظة صاحب الشأن، غير أنه من مصلحة البائع و المشتري أن يبادر بإعلام الشركاء،ليضع حدا لإمكان طلب الإسترداد، إذ يتعين عندئذ على من يرغب في الإسترداد أن يعلن رغبته في ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان ، فإذا لم يتم الإعلان عن البيع ، فإن الحق في الإسترداد يسقط بمضي ثلاثين يوما من تاريخ العلم به، و يجب أن يشتمل هذا الإعلان على شروط البيع ، منها مقدار الثمن الذي تم به حتى يطلع عليه باقي الشركاء .

يتم الإسترداد بواسطة تصريح (إعلان)[5]، يوجه إلى كل من البائع و المشتري في الميعاد المحدد لذلك ، فإذا أعلم أحدهما في الميعاد و لم يعلم الآخر إلا بعد إنقضائه، سقط حقه في الإسترداد ، و يجب على الشريك أن يعرض في تصريحه إستعداده لدفع الثمن الذي حصل به البيع ، ولا يشترط أن يودعه المسترد خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الإسترداد [6].

في حالة عدم حصول الإسترداد بالتراضي، يكون للشريك رفع دعوى الإسترداد في أي وقت إلى أن تتم القسمة ، على كل من البائع و المشتري ، حيث يجب إختصامهما معا في جميع مراحل الدعوى [7]، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ميعاد معين لرفع دعوى الإسترداد ، إلا أنه و تماشيا مع رغبته في تقييد حق الإسترداد بمدة قصيرة، فإنه يجب رفع دعوى الإسترداد خلال مدة ثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة 721 السالفة الذكر .

---

1) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 97 .
2) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 136.
3) أنور العمروسي؛ مرجع سابق ، ص. 341 .
4) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. ص. 109، 110 .
5) لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون هذا الإعلان بعقد رسمي كما إشترط ذلك في الشفعة ، لذلك يصح أن يكون برسالة موصى عليها أو شفويا ، لكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع و المشتري .راجع في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 859 .
6) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 897.
7) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق، ص. 84.

3.ب1- آثار الإسترداد

إذا تم الإسترداد بالتراضي أو بحكم المحكمة ،حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه،والإسترداد لا يعد بيعا جديدا من المشتري إلى المسترد، و إنما يبقى العقد الأصلي قائم و يحل المسترد محل المشتري في هذا العقد ، فهو حلول شخصي بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري و أصبح هو المشتري مباشرة من البائع، وأصبحت له حقوق المشتري و عليه إلتزاماته [1]، وذلك من وقت البيع فلا يكون المسترد خلفا للمشتري، بل هو خلفا للبائع يتلقى منه الحصة المبيعة مباشرة بالإسترداد[2]، بذلك يخرج المشتري من الصفقة تماما و لا يبقى إلا البائع و المسترد ، و كأن البائع قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية [3].

ب2- حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة

تعد الشفعة، الطريق الثاني المخول للشركاء المشتاعين للحيلولة دون إنضمام أجنبي معهم كشريك في الشيوع ، كما تعد سببا من أسباب إكتساب الملكية [4]، عرفتها المادة 794 من (ت. م. ج) كما يلي:**"الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية "**[5].

يتبين من هذا التعريف، أن الشفعة تفترض وجود عقد بيع عقاري ، مشتري، و شخص أخر يحل محل هذا المشتري في الصفقة. فالشفعة هي ملكة إختيارية تجيز للشفيع[6]، أن يتملك عقارا (و يسمى العقار المشفوع فيه)، باعه صاحبه للغير (هو المشتري و يسمى المشفوع منه)، و هذا الشفيع يشفع بعقار أخر يملكه (و يسمى العقار المشفوع به)[7].

أجاز المشرع الجزائري للشريك المشتاع اللجوء إلى الشفعة [8]، التي تعد رخصة إستثنائية لأنها تقررت على خلاف الأصل القاضي بأن المالك حر في التصرف في ملكه،فهي ترد قيدا على حرية التصرف،فتؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية المبيع و لو جبرا عنه، بهدف إبعاد الأجنبي حتى لا يصبح شريكا مع باقي الشركاء دفعا

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 863 .

2) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 98 .

3) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 158 .

4) جاءت في الكتاب الثالث ، من الفصل الثاني المتعلق بطرق إكتساب الملكية من(ت. م. ج).

5) من خلال هذا النص، نلاحظ أن المشرع الجزائري كيف الشفعة على أنها رخصة و ليست حقا، و تعرف الرخصة على أنها : "عبارة على إعطاء الإختيار للغير أو المعنيين بهذا الخطاب من أجل التغيير بين بدائل معروفة مسبقا محددة ، أو يمكن تحديدها ، و بالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعني وحده ". لمزيد من التفاصيل راجع: دغيش أحمد ؛مرجع سابق، ص. 184.

6) الشفيع ، هو الشخص الذي تثبت له الشفعة .

7) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 252 .

8) إختلف شراح القانون المدني حول طبيعة الحق في الشفعة ، فذهب البعض إلى إعتباره حقا عينيا، و البعض الأخر إعتبره حقا شخصيا، و ذهب فريق ثالث إلى إعتباره حقا شخصياعينيا،فهو حق شخصي بالنسبة للشفيع، و حق عيني بالنسبة للعقارالمشفوع فيه . إلا أن الرأي الراجح هو أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هي واقعة قانونية طبيعية، و سبب من أسباب كسب الملكية ،فهي ليست حقا بل مصدر للحق، و لكن جوهر التصرف القانوني فيها، وهو إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة أساسي، بحيث لا يمكن تغليب الوقائع القانونية فيها عليه . بينما إعتبر الفقه الفرنسي الشفعة من قبيل حق الخيار أو الإمكان القانوني .لمزيد من التفاصيل راجع: علي هادي العبيدي ؛ مرجع سابق، ص. 138- خالدي أحمد ، مرجع سابق ، ص. ص. 20،21.

للضرر المتوقع نتيجة مشاركة شخص غريب في العقار الشائع[1] .

1.ب2- شروط ممارسة الشريك المشتاع لرخصة الشفعة

يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي[2]، بتوفر الشروط التالية :

1/أن تكون الملكية شائعة،أي أن تكون حالة الشيوع مستمرة غير منقضية، فإذا تمت القسمة يصبح الملاك المشتاعون جيرانا[3]، و ينقضي الشيوع تبعا لذلك [4].

2/أن يكون الشفيع شريك على الشيوع وقت صدور البيع، أي أن يكون مالكا لحصة شائعة في العقار ذاته مع الشريك المتصرف عند تمام عقد البيع ، بمعنى ملكية الشفيع يجب أن تكون سابقة على البيع ، أما لو إكتسبت الملكية بعد العقد فلا تثبت له الشفعة ،كما يجب أن تستمر الملكية إلى غاية الحكم بها ، و لا يهم إن زالت بعد ذلك [5].

3/بيع أحد الشركاء لحصته في العقار الشائع ، بحيث إشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 795 السالفة الذكر، أن يكون التصرف الذي نقل ملكية الحصة الشائعة إلى أجنبي بيعا، لكي يثبت للشريك الأخذ بالشفعة، فإن إنتقلت ملكية العقار بطريق آخر غير البيع كالميراث ، الإلتصاق ، التقادم فلا تثبت الشفعة [6]، كما يجب أن يكون عقد البيع صحيح و تام إستوفى كل أركانه بما فيها الشروط الشكلية من تسجيل و شهر، أما إذا كان مجرد وعد بالبيع فلا يجوز الأخذ بالشفعة فيه [7].

يشترط في البيع أيضا، أن يكون من البيوع التي تثبت فيها الشفعة ، و ذلك لأن المشرع منع الشفعة في بعض البيوع [8]، و ثبوت الشفعة مرتبط بوجود عقار دون المنقولات بما فيها القاعدة التجارية التي تخضع لأحكام الإسترداد [9].

إن حالة الشيوع كما تتحقق في الملكية، تتحقق في الحقوق العينية الأخرى، كالشيوع في حق الإنتفاع، لذلك إتجه الرأي الغالب في الفقه إلى ثبوت الشفعة للشريك في حق الإنتفاع،و بوصفه شريكا في الشيوع فله أن يشفع إذا باع أحد الشركاء حصته من حق الإنتفاع [10].

---

1) محمد وحيد الدين سوار ؛ الحقوق العينية الأصلية ، ج 2 (أسباب كسب الملكية) ، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1999، ص. 144 .

2) المادة: 2/795 من (ت. م. ج).

3) دفاس فوزي؛ مرجع سابق ، ص. 73 .

4) هذا ما أكده القرار رقم 402638، الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/05/09، الذي جاء في ما يلي : " لا شفعة بعد القسمة النهائية "،مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، سنة 2008 ، ص. 193 .

5) مخازني فايزة؛ مرجع سابق ، ص. 80 .

6) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق، ص. 269.

7) هذا ما أكده القرار رقم 130337 ، الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/01/10، الذي جاء فيه ما يلي :" حيث أن قضاة الموضوع إستجابوا لطلب المدعي و قضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع و القضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار" ،.م.ق، عدد01، سنة1995، ص.196.

8) المادة: 798من(ت. م. ج)المعدل و المتمم.

9) قرار رقم 155181 ، الصادر بتاريخ في 1997/11/18 ،جاء فيه ما يلي: " إن المادة794 من (ت. م. ج) تنص على أن حق الشفعة لا يكون إلا في العقارات و لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية (القاعدة التجارية) " . نقلا عن حمدي باشا عمر؛مرجع سابق ، ص.285.

10) إن المشرع الجزائري في تنظيمه للشفعة لم يتقيد بالقواعد العامة في (ت.م.ج)،و إنما أضاف أحكام جديدة تتعلق بثبوت الشفعة في حالات أخرى،من خلال ما جاء به قانون التوجيه العقاري وفقا للمواد52،57،51.كما أجاز و بنص خاص للمستأجر الشاغل حق ممارسة الشفعة طبقا للمادة 23 من المرسوم التشريعي93-03 المتعلق بالنشاط العقاري. راجع في ذلك : دغيش أحمد؛ مرجع سابق، ص. 185 و ما بعدها خالدي أحمد؛ مرجع سابق، ص.ص.57،56.

تثبت الشفعة للشريك المشتاع ، في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، و يجب تفسير عبارة **"إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي "** الواردة في المادة 2/795 من (ت. م. ج)، بأن لفظ **"جزء"** مقصود به **"حصة شائعة"** ، كما أن المشرع الجزائري قصر حق الإسترداد بنص صريح، على الحصة الشائعة التي يبيعها شريك لأجنبي، فالشفعة و حق الإسترداد يؤديان وظيفة واحدة في حالة الشيوع ، ولا تتحقق إلا إذا كان المبيع حصة شائعة[1].

4/ أن يتم البيع لأجنبي عن الشركاء، و يتفق هذا الحكم مع السبب من تقرير الشفعة للشريك، و هو رفع الضرر الذي قد يترتب على دخول أجنبي في الشيوع ،كما أن الأخذ بالشفعة يؤدي في كثير من الحالات إلى إنهاء الشيوع في حالة بيع الشريك حصته الشائعة لأجنبي ، خاصة إذا كان هناك شريكين فقط على الشيوع [2]، كما يتفق هذا الحكم مع سياسة المشرع الرامية إلى حصر نطاق الشفعة و التضييق منه [3].

2.ب2- إجراءات الأخذ بالشفعة

تفتتح إجراءات الشفعة عادة بالإنذار[4]، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، و يطلب منه فيه أن يبدي رغبته في حالة ما إذا كان يريد أن يأخذ بالشفعة ، وفي حالة تعدد الشفعاء، وجب أن يوجه إنذار إلى كل واحد منهم[5]،كما يجب أن يشتمل الإنذارعلى بيانات محددة [6]. وعلى الشريك المشتاع الراغب في الأخذ بالشفعة، الإعلان عن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الموجه إليه ، وإلا سقط حقه[7].

يجب أن يكون تصريح الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة بعقد رسمي ، خاضع للتسجيل و الشهر العقاري و إلا كان باطلا [8]، كما يجب أيضا أن يودع الشفيع ثمن البيع و المصاريف(و ذلك قبل رفع دعوى الشفعة) بين يدي الموثق، في أجل ثلاثين يوما على

---

1) خالدي أحمد؛ مرجع سابق، ص. ص. 64،63.

2) دغيش أحمد؛ مرجع سابق، ص. ص. 178،177.

3) مخازني فايزة؛ مرجع سابق، ص. 85.

4) لم يحدد المشرع الجزائري الشكل الذي يتخذه هذا الإعلان، لذلك يصح أن يكون بموجب رسالة مضمونة الوصول أو غيرها .

5) خالدي أحمد ؛ مرجع سابق ، ص. 204 .

6) المادة : 800 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

7) تنص المادة 799 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه،و يزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن إقتضى الأمر ذلك".

8) المادة : 801 /1 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم - و أكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 76678، الصادر بتاريخ 1991/12/24 ، الذي جاء فيه ما يلي : " إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة و إشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط ، فلا يحتج به تجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن". م.ق،عدد 01 ، سنة 1993، ص.69.

الأكثر من تاريخ تصريحه بالرغبة في الشفعة، و إلا سقط حقه فيها [1].
- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري معا، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار و ذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، و إلا سقط حقه فيها [2]،و يعد الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بقواعد الإشهار العقاري [3].

3.ب2- أثار الأخذ بالشفعة

إذا تبين للقاضي أن إجراءات الشفعة كاملة، يصدر حكما يقضي بثبوت الشفعة لفائدة الشفيع، و يترتب على ذلك حلول هذا الأخير محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته[4].

يعتبر هذا الحكم القضائي في هذه الحالة سندا لملكية الشفيع بحكم المادة 803 من (ت.م.ج) وهذه الملكية المثبتة بمقتضى الحكم القضائي، تستمد سندها من القانون و ليس من إرادة الأطراف، بذلك يعتبر حكما منشئا للحق العيني العقاري لفائدة الشخص الشفيع ، ولا يعتبر شهر الحكم القضائي مصدرا لحق الشفيع على ملكية العقار محل الشفعة ،لأن الملكية بالنسبة للطرفين (البائع و الشفيع) ثابتة بمقتضى الحكم القضائي، أما وظيفة الإشهار العقاري فتقتصر على إعلام الكافة بما حصل على الملكية العقارية محل الشفعة من تصرف عيني أصلي [5].

إذا صدر بيع من المشتري أو رتب حق عيني على العقار محل الشفعة، بعد تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإن هذه التصرفات تكون غير نافذة في حق الشفيع [6].

2- تصرف الشريك في حصته الشائعة بترتيب حق عيني عليها

يجوز للشريك أن يرتب على حصته الشائعة حقا عينيا، قد يكون حقا عينيا أصليا أو تبعيا.

أ- التصرف المرتب لحق عيني أصلي

من بين الحقوق العينية الأصلية غير الناقلة للملكية،حق الإنتفاع و حق الإرتفاق، سنتطرق لكل منهما على التوالي:

---

1) المادة 2/801 من(ت. م. ج)المعدل و المتمم، و جاء في أحد قرارات المحكمة العليا تحت رقم 311138، الصادر بتاريخ 2005/11/23،ما يلي: " يستوفي شروط المادة801الفقرة الثانية من ق.م، بخصوص التصريح بالرغبة في الشفعة،إيداع خمس ثمن البيع بمرأى و بين يدي الموثق،وفقا لمقتضيات المادة256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة23 من قانون المالية لسنة 1998"، مجلة المحكمة العليا،عدد02، سنة2005 ، ص. 209 .

2) المادة : 802 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم.

3) المادة : 803 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم.

4) المادة : 804 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم.

5) خلفوني مجيد؛ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص. ص. 181،180.

6) المادة : 806 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم.

أ1 – ترتيب الشريك حق إنتفاع على حصته الشائعة

حق الإنتفاع ،هو حق عيني بمقتضاه يكون للشخص أن يستعمل ملك غيره ، ويستغله وينتهي حتما بموت المنتفع [1] .

يحق للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ، فيرتب عليها حق إنتفاع للغير ، هنا يحل المنتفع محل الشريك في الحصول على ثمار هذه الحصة ، بينما يبقى للشريك المتصرف ملكية الرقبة [2]. من ثم فإن كل منهما مقيد في تصرفه ، فسلطات المنتفع مقصورة على أعمال الإدارة المعتادة ، فله أن يستغل الحصة الشائعة، ويقوم بإدارتها مع سائر الشركاء في المال الشائع ، بحيث يعتد برأيه، لا برأي الشريك مالك الرقبة إذا أقدمت أغلبية الشركاء على أي عمل من أعمال الإدارة المعتادة . أما فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة،كذلك التصرف وطلب القسمة ، فتبقى للشريك بوصفه مالكا للرقبة [3] ، لأن المنتفع لا يجوز له أن يستعمل الشيء إلا بالحالة التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له [4].

قد ينقضي حق الإنتفاع قبل القسمة ، وقد يبقى إلى ما بعدها ، ففي الحالة الأولى ، تعود للشريك مالك الرقبة كل سلطاته على الشيء التي كانت لصاحب حق الإنتفاع [5] ، أما إذا تمت قسمة المال الشائع قبل إنتهاء حق الإنتفاع ، فإن حق المنتفع ينتقل إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى مالك الرقبة، بمقتضى الحلول العيني ، حتى تنتهي المدة المحددة للإنتفاع[6].

أ2 – ترتيب الشريك حق إرتفاق على حصته الشائعة

الأصل أن الشريك على الشيوع ، لا يجوز له ترتيب حق إرتفاق على العقار الشائع بغير رضاء سائر الشركاء [7] ، فحق الإرتفاق يتطلب مباشرة صاحبه أعمال مادية تتطلب عقارا مفرزا، مما يجعل طبيعة الشيوع مستعصية عليه ، كما أنه يتحمل به العقار الخادم كله لصالح العقار المخدوم ، ولا تكفي حصة شائعة لترتيبه ، لذا يكون من غير الممكن ترتيب حق إرتفاق على الحصة الشائعة [8].

غير أن رأي فقهي[9]، يجيز ذلك عملا بالإستثناء الوارد على شرط وجوب ملكية

---

1) جمال جليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، مرجع سابق، ص. 89.

2) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق، ص. 82.

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق، ص. 846 .

4) تنص المادة1/847 من(ت. م. ج)المعدل م المتمم على ما يلي: "على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة...".

5) جمال خليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء ، مرجع سابق، ص. 90.

6)مصطفي محمد الجمال،مرجع سابق، ص. 134- و لقد أخذ المشرع الجزائري بالحلول العيني فيما يتعلق بالبدل الذي يعوض الشيء الهالك الذي كان محلا لحق الإنتفاع، و ذلك في المادة1/853 من(ت. م. ج) التي تنص على ما يلي: " ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء،إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته...".

7)عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق، ص. 845.

8)مخازني فايزة؛ مرجع سابق، ص. 30.

9)زيدان محمد؛ مرجع سابق، ص. 63.

العقارين لشخصين مختلفين لقيام حق الإرتفاق،يطلق على هذا الإستثناء[1]بحق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي،الذي يستلزم أن يكون العقارين مملوكين لنفس المالك ملكية خاصة،بالتالي يصح أن يكون لأحد الملاك على الشيوع حق إرتفاق على العقار الشائع لمصلحة عقارآخر مملوك له ملكية مفرزة[2].

ب- التصرف المرتب لحق عيني

من بين الحقوق العينية التبعية،حق التخصيص و حق الرهن الرسمي :

- يجوز أن يرتب الشريك المشتاع حق تخصيص على حصته الشائعة في عقار، فيحصل دائن الشريك على تخصيص بهذه الحصة، إذا كان قد إستوفى الشروط المقررة قانونا ،كما أن المادة947 من(ت. م. ج) تحيل إلي تطبيق أحكام الرهن الرسمي على حق التخصيص ما لم تتعارض معه، و بما أنه يجوز إبرام عقد رهن رسمي على الحصة الشائعة، فإنه يجوز كذلك إنشاء حق تخصيص عليها [3].

- يحق للشريك المشتاع إذن، رهن حصته الشائعة رهنا رسميا[4]،غير أن الدائن المرتهن من أحد الشركاء في الشيوع، يتأخر عن الدائن المرتهن من جميع الشركاء، حتى و لو كانت مرتبة الدائن الأول متقدمة على مرتبة الدائن الأخير، و ذلك إحتراما لحق الرهن الصادر من جميع الشركاء[5].

الفرع الثاني

تصرف الشريك في مال مفرز

إن تصرف الشريك المشتاع منفردا في مال مفرز[6]،يكون صحيحا و نافذا في حق الغير و منتجا لآثاره القانونية،إذا أذن به سائر الشركاء أو الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل[7]،حسب ما أكدته المادة 720 من(ت. م. ج)، أما إذا لم يأذنوا به ،فإنه يتعين التفريق بين تصرف الشريك منفردا في جزء من المال الشائع(أولا)، و تصرفه في المال الشائع كله(ثانيا).

---

1) المادة : 869 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم.

2) محمد زيدان؛ مرجع سابق، ص. 13 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق، ص. 847.

4) المادة : 2/890 من (ت. م.ج) المعدل و المتمم.

5) المادة : 3/890 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم؛ راجع أيضا: بناسي شوقي ،مرجع سابق، ص141.

6) نقلا عن : مخازني فايزة ؛ مرجع سابق، ص.87 ، " المال المفرز، يكون محددا و معلوما ماديا ،و هو أما أن يكون جزءا مفرزا، أو المال الشائع كله ".

7) مخازني فايزة؛ مرجع سابق، ص. 87.

أولا : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع

تنص المادة 2/714 من (ت. م. ج) على ما يلي : **" ... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، (إنتقل حق المتصرف) إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"** [1] .

ما يلاحظ على هذا النص، أن المشرع الجزائري إقتصر على تحديد مصير التصرف بعد القسمة دون أن ينظم حكم هذا التصرف قبل القسمة ، أما الفقه فقد إختلف حول هذا الموضوع ، إلا أن الرأي الراجح يرى في هذا التصرف تصرفا صحيحا فيما بين أطرافه ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء [2] ، ولمعرفة حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، ينبغي أن نفرق بين مرحلة ما قبل القسمة وما بعدها .

1 – حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة

في هذه المرحلة ، نفرق بين حكم التصرف فيما بين المتعاقدين ، وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء .

أ – حكم التصرف فيما بين المتعاقدين

يعد تصرف الشريك المشتاع صحيحا، منتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين[3] ، على أساس أنه صادر من مالك ، فحق الشريك في الشيوع حق ملكية ، وبالتالي لا يعتبر تصرفا في ملك الغير [4] .

يترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلا للإبطال لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع، وأن محل التصرف جزء مفرز، وليس للمتصرف إليه طلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها ، وأيا كانت نتيجة القسمة عند حصولها [5]،لكن

---

1) العبارة الواردة بين قوسين سقطت من هذا النص، بينما جاءت الصياغة صحيحة في النص المقابل له باللغة الفرنسية ، و المقابلة للمادة 826 من التقنين المدني المصري . نقلا عن : رمضان أبو السعود ؛ مرجع ، سابق، ص. 99.

2) محمد حسن قاسم ؛ مرجع ، سابق ، ص. ص. 141،140 .

3) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 137.

4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 117 .

5) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 141 .

له فقط أن يطلب الإبطال على أساس الغلط طبقا للقواعد العامة (سواء قبل القسمة أوبعدها)، وذلك إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة [1]، وهذا الحكم يختلف عن حكم بيع ملك الغير،حيث يجوزللمشتري طلب إبطال البيع سواء كان يعلم أو يجهل بأن المبيع مملوك للبائع [2].

ب – حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء

الأصل، أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرزمن المال الشائع ولوكان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في الشيوع ، فالشريك وإن كان مالكا، إلا أن ملكيته ،قبل القسمة، لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع ، وإنما هي ملكية في كل جزئيات هذا المال ويشاركه فيها باقي الشركاء [3] .

على الرغم من أن تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرزمن المال الشائع، يكون صحيحا وينتج آثاره الشخصية والعينية بين طرفيه ، لكن تصرف الشريك منفردا يجب ألا يمس بحقوق باقي الشركاء ، وحتى لا يحصل ذلك وحماية لهؤلاء، فإنه رغم صحة التصرف بين طرفيه، إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء [4] ، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

لباقي الشركاء حق الإعتراض على التصرف وتقرير عدم نفاذه في مواجهتهم ، والإعتراف بحقوقهم الشائعة على الجزء المفرزالمتصرف فيه من خلال دعوى الإستحقاق،وذلك دون إنتظار نتيجة القسمة[5] .

إذا كان عدم نفاذ تصرف الشريك في جزء مفرز مقرر لحماية باقي الشركاء ، فإن هذا التصرف يصير نافذا في مواجهتهم إذا أقره سائر الشركاء ، أو أقره منهم من تكون حصصهم (بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف) ثلاثة أرباع المال الشائع[6]، طبقا للمادة 720 من (ت. م. ج).

---

1) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 99.

2) لحسين بن الشيخ آث ملويا؛ المنتقى في عقد البيع- دراسة فقهية، قانونية و قضائية مقارنة - ، ط3 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2008 ، ص. 66.

3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 142.

4) جمال خليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 185 .

5) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 142.

6) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 120.

لا يعد المتصرف إليه شريكا مع باقي الشركاء، فإذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر صحيحا نافذا بين طرفيه، إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، و على ذلك إذا كان التصرف بنقل الملكية، كالبيع، فإن المتصرف إليه(المشتري) لا يحل محل الشريك المتصرف(البائع)، و يترتب على عدم إعتبار المتصرف إليه شريكا مع باقي الشركاء، ألا يكون له حق الإشتراك في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه، حيث يكون ذلك من حق الشريك المتصرف[1].

كذلك فإن المتصرف هو الذى يثبت له حق طلب القسمة،و يجب إختصامه في دعواها، و ليس من حق المتصرف إليه إذا بيعت حصة شائعة في المال الشائع، أن يطالب بإستردادها أو أخذها بالشفعة[2]،حيث أن كل منهما رخصة مقررة للشركاء، و المتصرف إليه ليس بشريك، فيبقي هذا الحق للشريك المتصرف.

2- حكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة

في هذه المرحلة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، فيكون للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف، ما لم يكن الجزء المتصرف فيه قد وقع في نصيب المتصرف[3]،ففي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالإبطال لأن ذلك يتعارض مع ما يقضي به حسن النية[4]، و كذلك أيضا إذا أقر بقية الشركاء تصرف شريكهم، أوتلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان [5].

الفرض الثاني: إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف ليس إلا شريكا على الشيوع،في هذه الحالة ليس له طلب الإبطال على أساس الغلط و لا على أساس بيع لملك الغير[6]، و إنما يعمل بما قرره المشرع في المادة2/714 من (ت. م. ج)، و على ذلك إذا وقع الجزء المفرز موضوع التصرف في نصيب الشريك المتصرف، يستقر التصرف نهائيا و تخلص للمتصرف إليه ملكية الجزء المفرز. أما إذا وقع في نصيب المتصرف جزءا آخر غير ذلك الذي تصرف فيه، فإن حق المتصرف إليه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى

---

1) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 202.

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 121.

3) تنص المادة1/85 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية...".

4) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 100.

5) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 121.

6) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 86 .

الشريك المتصرف بطريق القسمة، أي أنه حرصا على إستقرار المعاملات و تفاديا للحكم ببطلان التصرف، يؤخذ بمبدأ الحلول العيني، أي الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلا، و يعتبر و كأن التصرف ورد عليه منذ إبرامه [1].

ثانيا : تصرف الشريك في المال الشائع كله

الملاحظ أن المادة 714 من(ت. م. ج)، لم تتعرض إلا لحالة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع، و لم تتضمن حكم تصرفه في كل المال الشائع.

ترى غالبية الفقه،أنه يجب أن يكون التصرف في المال الشائع كله صادرا من جميع الشركاء،حتي يكون نافذا في حقهم جميعا، و بالتالي إذا تصرف أحد الشركاء في كل المال الشائع، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك، أي حصته الشائعة و فيما ما لا يملك(أي حصص باقي الشركاء)،و بالتالي فإن هذا التصرف يكون صحيحا فيما يعادل حصته،و قابلا للإبطال فيما يعادل حصص باقي الشركاء،الذين يجوز لهم طلب إبطال هذا التصرف دون إنتظار نتيجة القسمة و ذلك فيما يوازي حصصهم[2].

1- حكم التصرف في المال الشائع فيما بين أطرافه

إذا كان المتصرف إليه يعتقد أن المتصرف يملك كل المال المتصرف فيه دون شريك آخر، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع، و على ذلك يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط، و يجوز للمتصرف إليه إجازة التصرف فيسقط حقه في الإبطال، و لا يكون له إلا الرجوع على المتصرف بضمان الإستحقاق لأن الشركاء الآخرين يستحقون جزءا من المال الشائع، فأيا كانت نتيجة القسمة، فإن المال الشائع لا يخلص كله للشريك البائع[3].

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت إنعقاد التصرف بوجود شركاء آخرين للمتصرف في المال الشائع،إمتنع عليه الطعن بسبب الغلط، فإذا لم يتمكن المتصرف من أن يستخلص المال الشائع كله لنفسه، فيمكن للمتصرف إليه طلب فسخ العقد و الرجوع بالتعويض على المتصرف لعدم تنفيذ ما إلتزم به في العقد[4]،أما إذا إستطاع الشريك المتصرف أن يستخلص لنفسه كل المال الشائع بأي سبيل، لم يكن في إمكان المتصرف إليه طلب فسخ البيع [5].

---

1) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. ص. 86 ،87.
2) جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق ، ص. 213.
3) رمضان أبوالسعود ؛ مرجع سابق ، ص. 102.
4) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 148.
5) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 102.

2- أثر تصرف الشريك في كل المال الشائع على حقوق باقي الشركاء

إن حق الشريك على الشيوع هوحق ملكية، و يرد طوال فترة الشيوع على كل المال الشائع، و بالتالي فإن تصرفه في كل المال الشائع يعد صحيحا فيما بين طرفيه، لكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء إلا فيما يعادل حصة الشريك المتصرف، لأن المتصرف في كل المال الشائع يكون قد تصرف ضمنا في حصته الشائعة، من ثم فإن المتصرف إليه يصبح شريكا مع باقي الشركاء بنسبة حصة الشريك المتصرف ،وليس لباقي الشركاء إذن أن يطلبوا إبطال هذا التصرف في هذه الحصة و لا أن يدعوا الإستحقاق فيها [1].

كما يجوز للشركاء أن يقروا تصرف الشريك منفردا في المال الشائع، و بالتالي يصبح نافذا في حقهم جميعا[2].

---

1) جمال خليل النشار؛ تصرف الشريك في المال الشائع و أثره علي حقوق الشركاء،مرجع سابق،ص. ص. 215 ،216.

2) مخازني فايزة ؛ مرجع سابق ، ص. 138.

الفصل الثاني

حق الشريك في إنهاء الشيوع

الشيوع كثيرا ما يكون سببا في تعطيل الإنتفاع بالمال الشائع، و صحيح أن المشرع قد تفادى إلى حد كبير هذا التعطيل بتخويله أغلبية الشركاء حق إتخاذ قرار يسري على الأقلية فيما يتعلق بإدارة الشيء الشائع و التصرف فيه ، و لكن يبقى أن إستقلال الشخص بتوجيه الإنتفاع بملكه كثيرا ما يكون أجدى من الإنتفاع المشترك[1]،فالشيوع في غالب الأحيان يشكل عقبة في إستغلال الشيء الشائع إستغلالا اقتصاديا على الوجه الأكمل، فضلا عما يثيره من مشاكل كثيرة نتيجة تزاحم حقوق المشتاعين المتساوية على نفس الشيء، مما يتهدد بقائه حتما و يجعله مؤقتا يتربص أصحابه بفضه، و من أجل ذلك قرر المشرع حق كل شريك في إنهاء أو فض الشيوع ليستقل كل بحصته، و ذلك عن طريق طلب قسمة المال الشائع[2].

تعد القسمة السبب الرئيسي و الأصلي في إنقضاء الشيوع لوجود أسباب أخرى ينتهي بها[3]،و من ذلك أن يكسب الشريك حصص باقي الشركاء جميعها، أو يكسب أجنبي حصص جميع الشركاء بأي سبب من أسباب الملكية، كالعقد أو الميراث أو الوصية أو الشفعة أو التقادم، فتجتمع كل الحصص الشائعة في يد مالك واحد، و يترتب على ذلك أن يزول الشيوع[4].

غيرأن القسمة تبقى محل دراستنا، خاصة و أن المشرع الجزائري أفرد لها قواعد خاصة سواء من حيث إجرائها و من حيث الآثار المترتبة عنها، فهي من المقتضيات حيث الحاجة داعية إليها، ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب إختياره و التخلص من سوء المشاركة و من تعدد الأيدي[5](مبحث أول)، و يترتب على تمام القسمة تحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة،و إلتزام الشركاء المتقاسمون بضمان بعضهم لبعض ما قد يحدث من تعرض أو إستحقاق(مبحث ثاني).

---

1) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 164 .

2) حسن كيرة ؛ الحقوق العينية الأصلية ، ط4، منشأة المعارف ، مصر ، 1995 ، ص. 195 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 881 .

4) بوحديش عادل؛ قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14 ، الجزائر ، 2006، ص. 03 .

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 84،83.

المبحث الأول
قسمة المال الشائع

القسمة التي ينتهي بها الشيوع، هي القسمة التي يختص بمقتضاها كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، و هذه القسمة نهائية و هي تلك القسمة الواردة على الملكية ، وليست تلك الواردة على الإنتفاع و التي يطلق عليها قسمة المهايأة ،كون هذه الأخيرة ليست إلا دربا من دروب تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، لذلك فهي تتسم بكونها مؤقتة[1]،فإذا أطلق لفظ القسمة دون وصف ، إنصرف مدلولها إلى القسمة النهائية، فتزيل عن الملكية وصف الشيوع و تعطيها وصف الإستئثار و الإفراز[2].

هناك عدة تعريفات للقسمة بإعتبارها عقدا كغيرها من العقود، إلا أن لها مفهوما خاصا ، فتأتي لغة، بمعنى" التفريق و جعل الأشياء أجزاءا أو أبعاضا متمايزة"، أما إصطلاحا، فهي "عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص، يستقل به دون باقي الشركاء" [3].أما قانونا، فإن المشرع الجزائري و على غرار المشرعين المصري و الفرنسي، لم يعط تعريفا للقسمة كإجراء أو سبيل لإنهاء الشيوع على الرغم من إفرادها بقواعد خاصة[4].

يقتضي الوقوف على إجراء القسمة و إتمامها،التعرض لحق الشريك في طلب القسمة و مدى ما يرد عليه من قيود(مطلب أول)،ثم التعرض لمصادر القسمة(مطلب ثاني).

المطلب الأول
طلب القسمة

قسمة المال الشائع، تتوقف على طلب من أحد الشركاء على الشيوع، فالمبدأ العام في الشيوع هو لكل شريك الحق في طلب القسمة ، حتى يتخلص من الشيوع و ينفرد بجزء من المال الشائع يرد عليه حقه وحده دون غيره(فرع أول)،لكن قد يكون هناك من الإعتبارات ما يعلو هذا الأصل و يسوغ الخروج عنه بمقتضي الإتفاق أو القانون[5]،هذا ما سنعبر عليه بالقيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة(فرع ثاني).

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 125 .

2) حسن كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 194 .

3) مازن زايد جميل عمران؛ القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، 2008 ، ص. 07.

4)عرف المشرع الأردني القسمة في المادة 1038 من تقنينه المدني على أنها: "إفراز و تعيين الحصة الشائعة،قد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي".نقلا عن : مازن زايد جميل عمران؛مرجع سابق،ص.08.

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ،ص. 165.

الفرع الأول
حق الشريك في طلب القسمة

لا يجوز إجبار الشريك المشتاع على البقاء في الشيوع(أولا)،إذ له الحق في طلب القسمة،و حقه هذا له خصائص تميزه(ثانيا)،الأمر الذي يتطلب منا معرفة طبيعة حق الشريك في طلب القسمة(ثالثا).

أولا : مبدأ عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع [1]

الحق في طلب القسمة يثبت لكل شريك مادامت حالة الشيوع قائمة،هذا ما جاءت المادة 1/722 في شطرها الأول حيث تنص على ما يلي :**"لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ..."**، أراد المشرع الجزائري من خلال تقرير هذا المبدأ إعطاء الشيوع صفة التأقيت،و أن القسمة التي تنهيه تبقى حقا قائما مهما مضى من الوقت على البقاء في الشيوع[2].

يحق للشريك طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع،إذ لا يجوزإجبار الشركاء على البقاء فيه،لأنه وضع غير مرغوب فيه،إذ كثيرا ما يختلف الشركاء في الشيوع و غالبا ما يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الإختلاف،ثم إن إستقلال الفرد بإستغلال ملكه أفضل من الإستغلال الجماعي للشركاء في الشيوع ، و فيه حافزقوي على العمل و الإبداع[3].

فإذا كان طلب القسمة بهدف الخروج من الشيوع حق مقرر لكل شريك ،فإنه في المقابل لا يمكن إخراج شريك مشتاع من الشيوع دون القيام بعملية القسمة ، و في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا مفاده عدم إمكان إخراج الشريك مشتاع في أرض مشاعة، حيث جاء فيه ما يلي :" لا يمكن الحكم برفع اليد من القطعة الأرضية المشاعة دون القيام بعملية القسمة للخروج من حالة الشيوع و تحديد نصيب كل شريك مالك على الشيوع مفرزا" [4].

---

1) HUBRECHT(G.) ; Notions essentielles de droit civil ,11e éd ,SIREY,1977,p.98 : « Le principe est :nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ,c'est-à-dire plus au moins rapidement ,la propriété reprend sa forme individuelle ».

2) GABRIEL(M.) et RAYNAUD (P.) par JOURDAIN(P.) ;OP.cit , p. 78 : « Le législateur avais voulu donner à l'indivision un caractère essentiellement temporaire et que le partage qui met fin à celle-ci peut être toujours demandé » .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق، ص. ص.881،880

4) قرار رقم 134535، الصادر بتاريخ 1996/06/26 ،م. ق، عدد 02، سنة 1999 ، ص. 69.

ثانيا : خصائص الحق في طلب القسمة

يتميز حق الشريك في طلب القسمة بالخصائص التالية :

1/عدم قابليته للتقادم

حق الشريك في طلب قسمة المال الشائع لا يسقط بالتقادم ، إذ يبقى قائما مهما مضى من الوقت على البقاء في الشيوع و لو أكثر من خمسة عشرة سنة [1]، فهو حق لا يسقط جراء عدم إستعماله، فيظل للشريك دائما مهما مضى من مدة على إبتداء الشيوع طالما أنه باقي لم ينقض بسبب أخر، لأن هذا الحق يرتهن وجوده بوجود حالة الشيوع مما يجعله متجددا دائما بإستمرارها [2].

2/عدم قابليته للتنازل عنه

لا يجوز للشريك على الشيوع أن يتنازل عن حقه في طلب القسمة ، ومثل هذا التنازل يكون باطلا، غير أن ذلك لا يعني عدم إمكانية ترك أحد الشركاء حصته في المال المشاع إلى شريك آخر[4].

3/ قابليته للإنتقال إلى الغير

لا يقتصر الحق في طلب قسمة المال الشائع على الشريك الأصلي فقط، بل ينتقل إلى الخلف العام و الخاص ، لأن هذه الخلافة تعطي صفة الشريك بمجرد ثبوت الواقعة القانونية الناقلة لها[5].

إن الحق في طلب القسمة متفرعا عن وجود وضع الشيوع و يقصد فضه و إنهائه ، فمقتضى ذلك ثبوته لكل من يكون شريكا في الشيوع، و قصره على من يثبت له هذا الوصف فحسب، لذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الأصلي في الشيوع فقط ، بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلافة عامة أو خاصة على حصته الشائعة، إذ من شأن هذه الخلافة إحلال الخلف العام أو الخاص محله في الشيوع و في وصفه كشريك ، لكن لا يثبت الحق في طلب القسمة للمتصرف إليه من قبل أحد الشركاء بجزء مفرز من الشيء الشائع، حيث أن هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يكون من شأنه إحلال المتصرف إليه محل المتصرف شريكا في الشيوع،و إنما يكون في مواجهة باقي الشركاء في مقام دائن الشريك المتصرف فيسري عليه ما يسري على الدائنين [6].

فالشريك إذا باع جزء مفرز من المال الشائع،فإن المشتري لا يعتبر شريكا بحصة شائعة مع الشركاء في المال الشائع، أما إذا باع كل المال الشائع، فإنه يكون قد باع ضمنا حصته الشائعة في هذا المال، و يكون هذا الأخير قد خرج من عداد الشركاء في الشيوع ، فيحل

---

1) محمد وحيد الدين سوار ؛ حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. 135 .

2) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. ص.197، 198 .

4) محمد كامل مرسي باشا؛ مرجع سابق ، ص. ص. 157 ، 158 .

5) مشتاوي سمير ؛ حقوق الشريك في الملكية الشائعة ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، 2011 ، ص.ص. 32، 33 .

6) حسين كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 198 .

محله المشتري في حصته الشائعة و يصبح شريكا بدلا منه مع سائر الشركاء [1].

ليس لدائني الشريك الحق في طلب القسمة بصفة أصلية و مباشرة ، لكن يكون لهم إستعمال حق مدينهم في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة ،إذا توافرت شروطها، و من ناحية أخرى و حماية لهم من تواطؤ الشركاء إضرارا بحقوقهم، يلزم القانون بإدخالهم في إجراءات القسمة بشروط معينة[2].

ثالثا : طبيعة حق الشريك في طلب القسمة

جرى على لسان بعض الشراح، أن حق الشريك في طلب القسمة متعلق بالنظام العام، غير أن إقدام المشرع على السماح للشركاء بالإتفاق على البقاء في الشيوع، يتعارض مع إعتبار الحق في طلب القسمة قاعدة آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها[3]،حيث تنص المادة 1/722 من(ت. م. ج) في شطرها الثاني على ما يلي:**"...ما لم يكن مجبرا (الشريك) على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق ..."**، فإذا كان لكل شريك الحق في طلب القسمة في أي وقت ، طالما لا يوجد ما يجبره على البقاء في الشيوع من نص قانوني أو إتفاقي مع باقي الشركاء، فما هو مدى هذا الحق؟[4]

يشيع عادة القول، بأن الحق في طلب القسمة ،حق مطلق، متروك لمحض تقدير الشريك دون رقابة عليه من قبل القضاء في إستعماله ، فالمشرع يشجع على الخروج من الشيوع بإعطاء كل شريك حق طلب القسمة، فيجب عدم الحد من إطلاق هذا الحق، غير أنه لا يمكن تقبل هذا الرأي إلا على أساس التفرقة التي ينادي بها البعض،بين الحقوق المقيدة و بين الحقوق التقديرية (المطلقة)، بحيث لا يملك القضاء الرقابة على مشروعية إستعمال الحق، إلا في حدود النوع الأول من هذه الحقوق دون النوع الثاني، غير أن هذه التفرقة مرفوضة من حيث المبدأ، إذ هي بعض بقايا النزعة الفردية المتطرفة الآيلة إلى الزوال أمام تيار التطور القانوني الحديث[5].

ففي الماضي لم تكن هناك قيود على إستعمال الشخص لحقه،بل كان له مطلق الحرية في هذا الإستعمال ، ساد ذلك في ظل إنتشار النزعة الفردية التي كانت تنظر إلى مصلحة الفرد و ترى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية. أدى هذا إلى عدم إخضاع الفرد في إستعماله لحقه لرقابة ما ، فلا يجوز منعه من إستعمال حقه، كما لا تجوز مساءلته عما يترتب عن هذا الإستعمال من ضرر بالغير ،وإذا كان هذا المذهب قد إنتقد لما أدى إليه من نتائج ظالمة ، فإن الأمر قد إنتهى إلى التخفيف من إطلاقه ، ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء إستعماله لحقه ، تحقيق مصلحة خاصة به، فإنه لا يجوز أن يتعارض مع مصلحة الغير، و القانون إذا كان يحمي صاحب الحق في إستعماله لحقه، فإنه يحميه طالما أنه يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الإستعمال، فإذا تجاوز هذا

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 885 .

2) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 198 .

3) محمد وحيد الدين سوار؛حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. ص. 136، 137 .

4) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 200 .

5) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 201 .

النطاق و إستعمل حقه إستعمالا غير مشروع ،تخلت عنه الحماية القانونية، ذلك أن إستعمال الحقوق لابد أن يكون سبيلا إلى تحقيق المصالح و جلبها و إلى دفع المفاسد و تجنبها[1].

المبدأ العام إذن، هو عدم التعسف في إستعمال الحقوق، دون تمييز بينها أو إستثناء لبعضها، بزعم صفة تقديرية أو مطلقة لها، لذلك فحق طلب القسمة كغيره من الحقوق يجب ألا يشوب التعسف إستعماله، و إلا رفض طلب الشريك المتعسف [2].

فإذا كان لكل شريك الحق في طلب القسمة (ما لم يمنعه من ذلك نص في القانون أو إتفاق ملزم)،فإنه على القاضي أن يجيبه على طلبه ، غير أن البعض يرى أن الحق في طلب القسمة، يخضع للقواعد العامة في التعسف في إستعمال الحق، فيكون للقاضي أن يرفض طلب القسمة ، إذا ثبت أن الشريك لم يقصد به سوى الإضرار بباقي الشركاء، أو سوى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو إذا كانت المصلحة التي يبتغيها لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء من جرائها [3].

الفرع الثاني

تقييد حق الشريك في طلب القسمة

تنص المادة 1/722 من (ت. م. ج) على ما يلي **:" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق...".**

الأصل كما سبق القول، أنه لكل شريك الحق في طلب القسمة ما دام الشيوع قائما،غير أن هذا الحق ليس مطلقا، بل يكون مقيدا في حالة وجود إتفاق أو نص قانوني [4].

قد يكون هناك من الإعتبارات ما يسمح الحد من حق الشريك في طلب القسمة، و هذه الإعتبارات يقدرها القانون إذا كانت موضوعية لا تحتمل الشك[5]، فلا يجوز للشريك طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو بها عيب يجيز إبطالها، أو أنها فسخت بأي وجه، كذلك لا يثبت الحق في القسمة قبل إبتداء الشيوع، فإتفاق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول إليهم من تركة،يكون باطلا بإعتباره تعاملا في تركة مستقبلية، و عليه فالحق في طلب القسمة مقيد بثبوت ملكية الشركاء على الشيوع و قيامها[6].

---

1) زرارة عواطف ؛ إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر،2009، ص. 55 .

2) حسن كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 201 .

3) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 168 .

4) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 150 .

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 164 .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق ، ص. 883 .

غير أن القاضي هو الذي يقدر الإعتبارات التي تحد من حق الشريك في طلب القسمة، إذا كانت شخصية خاصة بالشركاء الذين هم في حاجة إلى ولاية لمراعاة شؤونهم[1]، لذلك إستدركت المادة 723 من (ت. م. ج) المذكورة سابقا ،بعد تقرير حق كل شريك في طلب القسمة،وجوب مراعاة الإجراءات المطلوبة قانونا في حالة وجود ناقص أهلية من بين الشركاء على الشيوع.

يرد على حق الشريك في طلب القسمة نوعين من القيود :إما أن تصدر عن إتفاق فتسمى قيد إتفاقي (أولا)،أو عن القانون فيكون القيد قانوني (ثانيا).

أولا : القيد الإتفاقي

سمح المشرع الجزائري للشركاء المشتاعين، الإتفاق على البقاء في الشيوع، نستعرض فيما يلي: لحكم هذا الإتفاق ، بعض صوره ، المدة التي يجوز الإتفاق عليها للبقاء في الشيوع، وإلى نطاق نفاذ إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع .

1/ حكم القيد الإتفاقي

على خلاف بعض التشريعات التي قصرت حق الشركاء في الإتفاق على البقاء في الشيوع على ملكية الأسرة[2]، فإن المشرع الجزائري أجاز مثل هذا الإتفاق ، وهو ما يفهم من خلال المادة 2/722 من (ت. م. ج) السالفة الذكر .

إن تقرير المشرع لهذا القيد الإتفاقي على حق الشريك في طلب القسمة، يعود إلى تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة القائل:"الأصل في العقد رضاء المتعاقدين و ما إلتزما به في التعاقد"، و العقد شريعة المتعاقدين، غير أن تطبيق هذا المبدأ لا يمكن أن يكون مطلقا و مستمرا، بل لابد من تحديده بزمن معين[3]،فالأصل أن الشيوع حالة مؤقتة، لذا لا يجبر أحد على البقاء فيه إلا برضائه أو لضرورة [4].

يلاحظ ، أن وجود إتفاق بين الشركاء على قسمة المهايأة لا يمنع الشريك من طلب القسمة، فقسمة المهايأة الغرض منها تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع أثناء قيام الشيوع، فيكون ملزما فقط في هذه الحدود ما دامت حالة الشيوع قائمة، لكنه لا يدل بذاته على الإلتزام بالبقاء في الشيوع خلال مدة قسمة المهايأة[5]،غير أن هناك من يرى أن وجود إتفاق بين الشركاء على قسمة المهايأة يمنعهم من طلب القسمة قبل إنقضاء مدتها، و إلا كان في ذلك نقض لها،وهو ما لا يجوز إلا بإتفاق الشركاء جميعا [6] .

2- صور إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع

تتنوع صور إتفاق الشركاء المشتاعين على البقاء في الشيوع،نذكر منها الآتي :

---

1) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 164 .

2) كالقانون الأردني و السوداني؛ لمزيد من التفاصيل راجع :محمد وحيد الدين سوار ؛ مرجع سابق ، ص. 137 .

3) محمد وحيد الدين سوار؛حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. 138 .

4) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 89 .

5) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 128 .

6) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 168 .

أ- الحفاظ على الإستغلال الأمثل للمال الشائع

قد يقدرالشركاء أن في مصلحتهم البقاء في الشيوع مدة معينة، يستلزمها إستثمار معين، أو تقتضيها للقيام بإصلاح معين،أومتى رأى الشركاء أن تجزئة المال الشائع تقلل من غلته [1].

ب- وجود قاصر من بين الشركاء أو غائب

قد يكون من دواعي إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع، وجود قاصر بينهم، يفضلون بلوغه سن الرشد الذي يكتمل بعد زمن غير طويل، فيتفق الشركاء و معهم نائبه على أن يبقوا جميعا في الشيوع إلى أن يستكمل أهليته . كما قد يكون من بين الشركاء المشتاعين من هو غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة، فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوع حتى يعود الغائب، في هذه الحالة يمتنع على الشريك طلب القسمة خلال تلك المدة [2].

2/ مدة إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع

لقد راعى المشرع الجزائري في إجازته إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع ، أن يكون مؤقتا، و إلا ترتب عليه إلغاء المبدأ العام "من حق كل شريك في طلب القسمة"،بما قد يجاوز الغرض المقصود ورائه ،فجوازمثل هذا الإتفاق بإعتباره إستثناءا،يجب أن يتقيد بقيود معينة، منها المدة التي يلتزم الشركاء بالبقاء في الشيوع خلالها ، و إلا إنتهى الأمر إلى إهدار الحق الأصلي في القسمة، و أن كل شيوع إجباري مؤبد خلافا لطبيعة الأمور و لما يقصده المشرع من التشجيع على الخروج من وضع الشيوع الإستثنائي[3]، لذلك قرر في المادة 2/722 من (ت. م. ج) مدة خمس سنوات كحد أقصى له.

إذا كان لا يجوز بمقتضى الإتفاق، أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فمقتضى ذلك أن الإتفاق مقدما على البقاء في الشيوع لمدة تجاوز خمس سنوات،يكون في الأصل صحيحا، لكن في حدود خمس سنوات،وباطلا في المدة الزائدة على ذلك ، بمعنى أن الإتفاق يكون ملزما للشركاء في مدة خمس سنوات دون ما يجاوز ذلك[4].

يرى الفقه السائد[5]،أن إنقاص المدة في هذه الحالة،ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في البطلان الجزئي[6]، فإذا زادت مدة إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع عن خمس سنوات، و جب إنقاصها إلى حدود خمس سنوات،و يذهب هذا الفقه إلى أنه إذا تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الإتفاق على البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات فقط، فإن إتفاقهم على مدة يجاوز هذه المدة أو جعلوا الإتفاق مؤبد، أو حددوا مدة غيرمعينة كالإتفاق على البقاء في الشيوع حتى موت أحدهم ، أو لم يحددوا المدة أصلا ، فإن الإتفاق يكون باطلا كله، فلا يكفي إنقاص

---

1) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 166 .

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 884 .

3) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 196 .

4) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 103 .

5) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 127- رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ،ص.103.

6) تنص المادة 104من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ،فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ،إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ،فيبطل العقد كله ".

المدة التي يمتنع طلب القسمة خلالها، و إنما لا يتقيد الشركاء بإتفاقهم حتى لمدة خمس سنوات.

غير أن هناك إتجاه فقهي[1]،يرى أن إنقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئي ، و إنما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد ، و التعديل على عكس البطلان لا يتوقف على إرادة أطراف العقد، فإذا إتفق على البقاء في الشيوع مدة تجاوز خمس سنوات ، أنقصت المدة إلى خمس سنوات و لو تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات فقط .

إن الإتفاق على البقاء في الشيوع لأجل لا يتجاوز خمس سنوات، لا يعني إستحالة تجديده إذا إنقضى الأجل ، فالممنوع هو الإتفاق مقدما و إبتداء على البقاء في الشيوع لمدة أطول من هذا الأجل[2]. يجوز للشركاء إذن بعد إنقضاء المدة الأولى المتفق عليها، أن يجددوا هذا الإتفاق لمدة خمس سنوات، ثانية، ثالثة...و هكذا ، لكن إذا إنقضى من إحدى هذه المدد وقت يقل عن خمس سنوات (سنتان مثلا)، و عمد الشركاء إلى التجديد، فإنه لا يجوز أن يكون في هذه الحالة إلا لمدة لا تزيد عن خمس سنوات ، تبدأ من وقت نهاية السنتان التي إنقضت، أي من وقت الإتفاق الجديد، لا من وقت إنقضاء الخمس سنوات التي كان الإتفاق قد تم عليها[3]،لكن لا يجوز للشركاء الإتفاق مقدما على التجديد لمدد متعاقبة[4].

3/ نفاذ إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع

يجوز للشركاء الإتفاق على البقاء في الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، تمنع القسمة خلالها ، وعليه إذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة، نفذ الإتفاق في حق الشريك ، في حق من يخلفه خلافة عامة أو خاصة،و يسري أيضا في مواجهة دائني الشركاء[5] .

أ- نفاذ الإتفاق في مواجهة الشركاء على الشيوع

إذا كان الإتفاق على البقاء في الشيوع و الإمتناع عن طلب القسمة، جائز في حدود أجل لا يتجاوز خمس سنوات، فالأصل أن يتم هذا بإتفاق كافة الشركاء[6]،إذ يقع عادة بين جميع الشركاء، لكن يصح أن يتم بين بعضهم دون البعض الآخر،فيكون هذا الإتفاق ملزما لمن وافق عليه ، بينما يجوز للآخرين طلب القسمة في أي وقت[7].

تجدر الإشارة أن الإتفاق على البقاء في الشيوع ، يعد عملا من أعمال الإدارة ، لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون متوافرا على أهلية الإدارة ، فلا تلزم أهلية التصرف[8]،كما يصح أن يكون مصدر إلتزام الشركاء بالبقاء في الشيوع ليس إتفاق بينهم ، و إنما إتفاق بينهم و بين

1) مصطفى محمد الجمال؛ مرجع سابق ، ص. ص. 166،167 .
2) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 199 .
3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 104 .
4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 885 .
5) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 103 .
6) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 200،201 .
7) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق، ص. ص. 150،151 .
8) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 884 .

السلف الذي تلقوا منه المال الشائع، كما إذا وهب شخص مالا لشخصين على الشيوع ، إشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات [1].

ب- نفاذ الإتفاق في مواجهة خلف الشريك

يكون إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع نافذا في حق من يخلف الشريك،سواء كان خلفا عاما أو خلفا خاصا، حسب المادة 2/722 من (ت. م. ج)في شطرها الثاني بنصها على ما يلي : **"...فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه" .**

يرى الفقه الغالب[2]،أن نص المادة 722المذكور أعلاه ، يعتبر إستثناء على حكم القواعد العامة في عدم إشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه ، إذ يلاحظ على هذا النص أنه جاء مطلقا في شأن نفاذ إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع، في حق خلفاء الشريك، خلافا لما تشترطه القواعد العامة في نفاذ العقد في حق الخلف الخاص المنصوص عليها في المادة 109من (ت. م. ج)[3]، من إشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه، لذلك يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الخلف الخاص يتقيد بإتفاق سلفه ، ولو لم يكن عالما به ، ذلك على خلاف ما تقضي به القاعدة العامة .

إلا أن هناك بعض الفقه[4]،لا يرى أن نص المادة 722 يمثل إستثناء على حكم القاعدة العامة، فالإستثناء الذي من خلاله يصح الخروج عن القاعدة العامة ، يحتاج إلى نص قاطع يقضي صراحة بعدم إشتراط علم الخلف الخاص بإتفاق سلفه ، حتى يسري في حقه ، و ليس هذا هو حال المادة 722 ، بناء على ذلك، فإن الخلف الخاص لا يلتزم بالإتفاق على البقاء في الشيوع الذي يعقده سلفه إلا إذا كان عالما به ، وفقا للقواعد العامة ، منعا للإضرار بهذا الخلف . كذلك ينفذ إتفاق البقاء في الشيوع في حق خلف الشريك سواء كان عاما كالوارث ، أو خاصا كمشتري حصة الشريك الشائعة بحيث يتقيد به إلى نهاية المدة المتفق عليها في حدود الأجل القانوني .

ج- نفاذ إتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع في مواجهة دائنيهم

ينفذ الإتفاق في حق دائني الشريك بشأن البقاء في الشيوع،فلا يحق لهم المطالبة بالقسمة، إذ ليس لهم حق أصيل مباشر في طلبها، و إنما مجرد حق غير مباشر يستعملونه بإسم و نيابة عن مدينهم ، فلا يكون لهم إذن أكثر مما لمدينهم من حق، فيمنع على الشريك إذن طلب القسمة قبل إنقضاء أجل الإتفاق ، هذا فضلا عن أنهم لا يضارون بحصول مثل هذا الإتفاق، إذ يبقى لهم رغم ذلك حق التنفيذ على حصة مدينهم الشائعة[5].

---

1) رمضان أبو السعود؛ مرجع سابق ، ص. 104 .

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛مرجع سابق،ص. 884- نبيل إبراهيم سعد؛الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق،ص.127.

3) تنص المادة 109 من (ت. م. ج) على ما يلي :"إذا أنشأ العقد إلتزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الإلتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه ".

4) حسن كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 200 - مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 165 .

5) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 201 .

ثانيا : القيد القانوني

قد يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون،مثال ذلك ما تنص عليه المادة 737 من (ت. م. ج) من أنه **:"ليس للشركاء في مال شائع إن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع ".**

يتضح لنا من هذا النص، أنه لا يجوز طلب القسمة إذا كانت تتعارض مع الغرض الذي أعد له المال الشائع، حيث هناك بعض الحالات تستوجب الإبقاء على الشيء الشائع كما هو لا يقسم لتتحقق الغاية منه ، كبئر للري أو مجرى مائي ، أو جسر ، أو حائط فاصل مشترك، فلا يكون للشركاء طلب قسمته ، لما يترتب على ذلك من ضرر ، لكن يكون للشريك الحق في بيع حصته لشريكه أو للغير[1].

لقد تطرقت مختلف القوانين الوضعية ،خاصة العربية منها، لبقاء الشركاء على الشيوع بمقتضى نص قانوني ،على أنها نوع من الشيوع الجبري[2]،حيث تطرقت لنظام الملكية المشتركة و تناولته تحت تسمية "الشيوع الجبري "،و نظمت بوجه خاص صورتين من صوره،الشيوع في ملكية الحائط المشترك ،والشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة في المنازل المقسمة طبقاتها (ملكية الطبقات)[3]،هذا ما جعل بعض الفقه[4]،يتساءل : هل يعد نظام الملكية المشتركة في القانون الجزائري هو نفسه الشيوع الجبري ؟بصيغة أخرى ،ما هو تكييف الملكية المشتركة؟

من تطبيقات المادة 737 المذكورة أعلاه ،الأجزاء المشتركة المنصوص عليها في المادة 747من(ت. م. ج)[5]، من الناحية القانونية،فإن كل الأمور المتعلقة بالملكية المشتركة محددة بوضوح تام لا لبس فيها ،إذ يتضح من خلال المواد التي تناولت الملكية المشتركة ،معناها و شروطها فهي تشمل أجزاء خاصة(مانعة)،أي الأملاك التي يملكها كل مالك شريك بوجه التقسيم،فتكون مخصصة لإستعماله فقط[6]،و قد حددتها المادة 744من(ت. م. ج)، و أجزاء مشتركة حددتها المادة 745 من نفس التقنين،مبدئيا لا تكون الأجزاء المشتركة محلا لدعوى التقسيم[7]،حيث أن ما يعتبر محظور تقسيمه في مفهوم نص المادة المذكور ،هو ذلك التقسيم للأجزاء المشتركة الذي يجري بمعزل عن الأجزاء الخاصة[8].

---

1) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 89 .

2) نقلا عن: زيدان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 120 ، "يعرف الشيوع الجبري على أنه حالة بقاء الشيء مملوكا أو منتفعا به على وجه الدوام، أي يبقى المال مشاعا بين الشركاء ،ولا يجوز طلب القسمة فيه،يرجع ذلك إما بسبب طبيعته التي تأبى الإنقسام ،أو بسبب الغرض الذي أعد له".

3) نبيل إبراهيم سعد؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 170 .

4) زيدان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. 122 .

5) تنص المادة 747 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :"لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم ، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة".

6) زيدان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 119،120 .

7) قرار رقم 423458 ،الصادر بتاريخ 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا ،عدد 02،سنة 2008 ، ص. 253 .

8) قرار رقم 488219، الصادر بتاريخ 2008/11/12،جاء فيه ما يلي: "لا تكون الأجزاء المشتركة،موضوع دعوى قسمة بمعزل عن الأجزاء الخاصة"،مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص ،ج03 ،ص.301.

من ناحية أخرى، يلاحظ أن نص المادة 722من (ت. م. ج)،جاء في القسم الرابع الخاص بالملكية الشائعة أي الشيوع العادي، فهل هذا يعني أن الشيوع الجبري يختلف عن نظام الملكية المشتركة ؟إن المشرع الجزائري عندما تطرق في القسم الخاص بأحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية،تناول في المادة 747 من (ت. م. ج) نفس حكم الشيوع الجبري، فإذا كان الأصل في الملكية الشائعة شيوعا عاديا،هو إمكان إنهاء حالة الشيوع بالقسمة،فإن وضع الملكية المشتركة هناهوإستثناء للأصل المتعلق بالخروج من الشيوع بالقسمة بإستبقاء بعض الأجزاء المشتركة في شيوع جبري غير قابل للقسمة [1].

المطلب الثاني

إجراء القسمة

للقسمة النهائية بإعتبارها قسمة ملكية صورتان: إتفاقية و قضائية[2]،فالأصل أن القسمة تتم بإتفاق جميع الشركاء، و بهذا الإتفاق ينقضي الشيوع و يختص كل شريك بحصة مفرزة من المال الشائع[3] ،لكن في كثير من الأحيان يتعذر هذا الإتفاق، و حينئذ لا يوجد مناص من الرجوع إلى القضاء ليتولى بنفسه إجراء القسمة[4](فرع أول) ،القسمة النهائية إتفاقية كانت أو قضائية، قد تكون كلية إذا كانت واردة على جميع الأموال الشائعة، حيث تحدد فيها نصيبا مفرزا لكل شريك من مجموع الأموال الشائعة، و هذا يعتبر الأصل فيها ،و قد تكون جزئية، فتشمل جزء فقط من المال، فتحدد لكل شريك جزءا مفرز، مع بقاء جزء من الأموال مملوك على الشيوع ،كما قد تتم بطريقة عينية أو بطريق التصفية[5](فرع ثاني).

الفرع الأول

مصادر القسمة

القسمة النهائية قد يكون مصدرها الإتفاق بين الشركاء على إنهاء حالة الشيوع حتى ينفرد كل منهم بحصته مفرزة، فتكون حينها قسمة إتفاقية(أولا)، و قد يكون مصدرها القضاء بناء على دعوى القسمة و ذلك في حالات معينة حسب الأحوال(ثانيا) .

أولا : الإتفاق(القسمة الإتفاقية)

نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من القسمة، في المادة 723من(ت.م.ج) التي جاء فيها ما يلي :**"يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون ".**

---

1) زيدان محمد ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 122،123 .

2) بوحديش عادل؛ مرجع سابق ، ص. 06 .

3) نبيل إبراهيم سعد؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 128 .

4) حسن كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 201 .

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 168،169 .

1/ تعريف القسمة الإتفاقية و حالاتها

أ- تعريف القسمة الإتفاقية

يمكن تعريف القسمة الإتفاقية، بأنها : " التي ينعقد إجماع الشركاء فيها على أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، و تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع"[1]، فهي القسمة التي تتم بإتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بأن يأخذ كل نصيبه من هذا المال بالطريقة التي تراضوا عليها[2]،و يدخل في مضمونها، حق الشركاء في إختيار الطريقة التي تتم بها القسمة ، كالإتفاق على أن تكون القسمة عينية، تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع بأي نوع من أنواعها (قسمة حصص،التجنيب، بمعدل أو بدون معدل)،أو الإتفاق على أن تكون القسمة بطريقة التصفية، و ذلك في الحالة التي لا يقبل فيها المال الشائع القسمة العينية ،أو إذا كانت تلك القسمة تؤدي إلى خسارة، فيباع المال الشائع و تقسم حصيلة ثمن البيع على الشركاء بحسب نصيب كل شريك،كما يجوز إتفاقهم أن تكون القسمة جزئية أو كلية أو محدودة تقتصر على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع، يمثل نصيب أحد الشركاء فقط، بينما يستمر باقي الشركاء في الشيوع على حاله[3].

ب – حالات القسمة الإتفاقية

بما أن القسمة الإتفاقية إتفاق بين الشركاء المالكين على الشيوع، فإنها تتضمن تعبير عن إرادة الشركاء و إتجاهها إلى إحداثها على أرض الواقع، و المعروف في القواعد العامة أن التعبير عن الإرادة يكون صراحة أو ضمنيا[4]،فالقسمة الإتفاقية كما سوف نراه لاحقا عقد يخضع للقواعد العامة في العقود .

تتم القسمة الإتفاقية بالإتفاق الصريح بين الشركاء و قد تتم بالتوافق الضمني عليها،وقد تتم أخيرا بإرادة المورث عن طريق الوصية[5].

ب1- القسمة الإتفاقية الصريحة

الأصل أن يحصل الإتفاق على القسمة صراحة بين الشركاء، و يكون بالتصريح بذلك شفاهة أو كتابة[6]،فللشركاء إذا كانوا كاملي الأهلية، الإتفاق على قسمة الشيء الشائع[7]، فيبرمون عقد القسمة الذي تسري عليه أحكام القواعد العامة في الإلتزامات[8].

---

1) محمد المنجي ؛ دعوى القسمة ، ط1 ، منشاة المعارف ، مصر ،1996 ، ص. 138 .
2) مشتاوي سمير؛ مرجع سابق ، ص. 33 .
3) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 140،141 .
4) المادة :60 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .
5) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 91 .
6) مازن زايد جميل عمران ؛ مرجع سابق ، ص. 16 .
7) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 202 .
8) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 155 .

ب2- القسمة الإتفاقية الضمنية (الفعلية)

القسمة الفعلية، تقوم على الإتفاق بين الشركاء و لكنه ليس إتفاق صريح، بل هو إتفاق ضمني على القسمة يستخلص من ظروف الواقع و ما تفيده من قسمة فعلية[1]،كأن يتصرف أحد الشركاء على الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته،كأن يزرعه أو يقيم بناءا عليه، ثم ينهج سائر الشركاء على الشيوع نهجه ،فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم المستقلة ضمنا، أنهم إرتضوا جميعهم قسمة المال الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا بمقتضاه[2].

قد تتحقق أيضا مثل هذه القسمة، في حالة قسمة المهايأة المكانية، كأن يختص كل الشركاء بنصيب مفرز، فتنقلب قسمة المنافع إلى قسمة عينية بعد مرور خمسة عشرسنة، فيتحقق شرط الرضا ضمنيا بهذا التصرف[3]، و هناك من يعتبرها قسمة قانونية و إن كانت ترجع إلى الاتفاق في الأصل ، بهذا المعنى فإن القسمة الإتفاقية الضمنية و ما دامت تتضمن تعبيرا عن الإرادة، فالأصل خضوعها لأحكام القسمة الإتفاقية الصريحة إلا ما يتعارض من هذه الأحكام مع طبيعتها الضمنية أو الواقعية، فقسمة المهايأة المكانية مثلا ،لا يجوز نقضها للغبن[4].

ب3- الوصية بالقسمة

الوصية بالقسمة، تصرف إرادي يتم بالإرادة المنفردة للمورث، إذ يجوز له أن يوصي بقسمة أمواله بعد وفاته بين ورثته قسمة ملزمة لهم، و تخضع الوصية بالقسمة للقواعد العامة في الوصية المنصوص عليها في القانون المدني و قانون الأسرة ، و يمكن أن تشمل الوصية بالقسمة جميع أموال المورث ، كما يمكن أن ترد على جانب من هذه الأموال، أما الأموال التي لم تدخل في القسمة فإنها تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث[5].

2/ طبيعة القسمة الإتفاقية

يخضع إتفاق القسمة في الأصل، لأحكام القواعد العامة بإعتباره عقدا من العقود، فشأنه شأن كل إتفاق من حيث الرضا، قواعد الأهلية ، المحل و السبب ،غير أن المشرع خرج عن هذا الأصل، فأخضع القسمة الإتفاقية لأحكام خاصة في شأن الغبن،إذ يجيز نقضها إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد عن الخمس (1/5)وقت القسمة [6].

---

1)عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 894 .

2) مازن زايد جميل عمران؛ مرجع سابق ، ص. 16 .

3) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 204 .

4) مازن زايد جميل عمران؛ مرجع سابق ، ص. ص. 17،18 .

5) محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ، ص. ص. 96-98 .

6) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 203.

أ- القسمة الإتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود

القسمة الإتفاقية،إتفاق تعاقدي يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشيوع القائمة بينهم، لذلك فهو يخضع في إنعقاده لما تخضع له سائر العقود[1].

أ1-التراضي

لابد من تراضي جميع الشركاء المتقاسمين على إجراء القسمة الإتفاقية،وتوافر أهلية التصرف فيهم، وأن تكون إرادتهم سليمة خالية من العيوب التي تشوبها، كما يجب مراعاة إجراءات الرسمية إذا تعلقت القسمة الإتفاقية بعقار، أو حقوق عينية عقارية .

1.أ1 –إجماع الشركاء على القسمة الإتفاقية

لابد أن ينعقد إجماع الشركاء على إجراء القسمة، بمعنى أن تتجه إرادتهم إلى إحداثها، فإذا حصل ذلك، تمت القسمة بالكيفية المتفق عليها[2].

القسمة الإتفاقية تنعقد طبقا للأصل العام في إنعقاد العقود، بالتراضي وحده فلم يتطلب القانون شروطا أخرى لإنعقادها، فهي إذن من العقود الرضائية التي يكفي فيها أن يتبادل جميع الشركاء التعبير عن إرادتهم المتطابقة على أن يقوموا بإجراء القسمة الإتفاقية بقصد قسمة المال الشائع و إنهاء حالة الشيوع ، ويلاحظ أن قاعدة الرضائية هنا، من القواعد المكملة لإرادة الشركاء ، فيجوز لهم الإتفاق على خلافها و ذلك بإشتراط عدم إنعقاد عقد القسمة الإتفاقية إلا بتوفر شرط إضافي أو بإتخاذ وضع معين[3]،فيجوز أن تكون القسمة معلقة على شرط واقف، كما إذا علقت على ثبوت ملكية شيء من الأشياء الداخلة فيها للشركاء، أو على شرط فاسخ، كما إذا علقت على تحول شيء من الأشياء الداخلة فيها من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة[4]. كما يشترط طبقا للقواعد العامة خلو إرادة الشركاء من العيوب التي تشوبها، و أن يكون إتفاق الشركاء على إجراء القسمة نهائيا فالإتفاق التمهيدي على القسمة يسقط إذا إعترض أحد الشركاء على تنفيذه[5] .

لقد أعطت المحكمة العليا للقسمة الإتفاقية التي يتفق عليها جميع الأطراف، حجية لا يمكن الطعن فيها من أي شريك[6]، فقد جاء في إحد قراراتها : " أن الحكم الذي صادق على صلح وقعته جميع الأطراف المتنازعة لا يعتبر من الأحكام القابلة للإستئناف، لأنه لم يفصل في النزاع بل صدر حسب رغبة و إرادة الأطراف، و بذلك فإنه لا يجوز لأي واحد منهم التراجع عنه"[7].فإذا كان يشترط إجماع الشركاء على القسمة، حتى تنتج أثرها في فض الشيوع، فما حكم عقد القسمة الإتفاقية الذي يوقعه بعض الشركاء دون البعض الأخر ؟

---

1) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 139.
2) مازن زايد جميل عمران ؛ مرجع سابق ، ص. 15 .
3) محمد المنجي؛ مرجع سابق ، ص. 139.
4) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 169 .
5) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 139 .
6) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 86،87.
7) قرار رقم 210560 ،الصادر بتاريخ 1998/11/17، م. ق، عدد 02، سنة 2000 ، ص. 180 .

يمكن لبعض الشركاء الإتفاق على القسمة ،بحيث يكون هذا الإتفاق صحيحا ملزما لأطرافه[1]، لا يجوز لأحدهم التحلل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الإشتراك فيه ، و لكن مثل هذا الإتفاق لا يكون ملزما لباقي الشركاء ،و يترتب عن ذلك أن الإتفاق بين بعض الشركاء لا ينهي الشيوع، لكن إذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الأثر[2]،و عليه فإن إجماع الشركاء و رضاهم شرط من شروط نفاذ القسمة الإتفاقية بحق الشركاء، بحيث إذا كان أحدهم معارضا في إجراء القسمة، وجب اللجوء إلى القسمة القضائية[3].

2أ1- حضور الشركاء و تمتعهم بالأهلية الكاملة

الأصل حضور جميع الشركاء المشتاعين و ذووا العلاقة بالقسمة، فإذا كان من ضمن شروط القسمة الإتفاقية إجماع الشركاء، فهنا يفترض حضور جميع الشركاء المشتاعين المعنيين بأمر القسمة[4]،غير أنه لا يكفي إجماع الشركاء لقيام القسمة الإتفاقية لكي تنتج آثارها، إذ لابد كذلك من توافر الأهلية الكاملة لدى الشركاء على الشيوع، فإذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية ومن باب أولى من كان فاقدها، فلا تصح القسمة الإتفاقية، و هو ما يفهم من خلال المادة 723 من (ت. م.ج) في شطرها الثاني بنصها على ما يلي : **"...فإذا كان منهم من كان ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "**،غير أن هذه المادة أغفلت عن ذكر الغائب مع أن قانون الأسرة يعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا، و يقصد بناقص الأهلية في هذا الصدد القاصر ،المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية(السفه و الغفلة) و كذا الغائب ،كما يعاب على هذا النص، أنه لم يحدد القانون الذي يجب إتباعه،و لاشك أن القانون المقصود هو قانون الأسرة الجزائري[5] .

1.2.أ1-الإجراءات الواجب إتباعها طبقا لقانون الأسرة

بالرجوع إلى المادة 88 من (ت. أ. ج)، فإنها تلزم الولي الذي يتصرف في أموال القاصر، أن يستأذن القاضي خاصة فيما يخص بيع العقار و قسمته و رهنه [6]،و كذا المواد 95 و 100 منه، تمنح الوصي و المقدم نفس سلطات الولي، وعليه فالإجراء الواجب إتباعه هو إستصدار الإذن القضائي من المحكمة المختصة ،و تضيف المادة 181 منه، على أنه في

---

1) تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد في القواعد العامة في القانون المدني المنصوص عليه في المادة 113 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم ، فإنه من المقرر قانونا سريان هذا الحكم على عقد القسمة الإتفاقية و يترتب على ذلك أن إتفاق بعض الشركاء على القسمة يجعل عقد القسمة الإتفاقية ملزما لهم ، و إن عدم توقيع البعض الآخر يجعله غير نافذ في حقهم ؛ لمزيد من التفاصيل راجع : محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 142.

2) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 139،140 .

3) مازن زايد جميل عمران ؛ مرجع سابق، ص. 16 .

4) مازن زايد جميل عمران؛ مرجع سابق، ص. 20 .

5) بوحديش عادل؛ مرجع سابق ، ص. 11 .

6) قرار رقم 40651 ، الصادر بتاريخ 1986/02/24، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة و مبادئ الاجتهاد القضائي، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2007 ، ص. 156 ، وقد جاء في القرار ما يلي : "من المقرر أن تقسيم عقار القاصر من التصرفات التي يستأذن فيها القاضي ".

حالة وجود من الورثة من هو قاصر، فإن عملية القسمة لا تتم إلا بحكم قضائي، و عليه فإذا كانت حقوق القاصر ناتجة بسبب غير الإرث فيكفي الإذن القضائي، أما إذا كانت تلك الحقوق ناتجة بسبب الإرث فلابد من حكم قضائي[1].

2.2.أ1-سلطة المحكمة في منح الإذن بإجراء القسمة

تنص المادة 464 من (ت. إ. م. إ)، على أن الإختصاص الإقليمي يؤول إلى المحكمة التي توجد في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر، وجعلت المادة 474 منه قاضي شؤون الأسرة مختصا بالنظر في منازعات الولاية على أموال القاصر، بعدما كان الفقه و القضاء يعتبرها من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة، وتضيف المادة 83 من (ت. أ. ج) أن القاضي يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة[2]،و عليه فلقاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا رفض التصديق على الإذن[3]،و يترتب عن ذلك أنه لا يجوز للشركاء الذين إرتضوا بعقد القسمة، أن يتحللوا منه إستنادا إلى عدم تصديق المحكمة على الإذن، حيث أن عدم التصديق لا يستفيد منه إلا ناقص الأهلية فقط، و يبقى الإتفاق صحيحا بين باقي الشركاء الذين إرتضوا به[4]،و إذا حاولنا إعطاء تفسير لنص المادة 88 من (ت. أ. ج) و إسقاطه على حالة القسمة الإتفاقية، سنخلص أن هذه القسمة تخضع إلى رقابة المحكمة، رقابة سابقة ولاحقة على السواء[5].

بما أن القسمة الإتفاقية تخضع لأحكام العقود بصفة عامة ،فإنها تخضع لقواعد البطلان النسبي المقرر لناقص الأهلية جزاء تخلف الإذن في إجراء القسمة الإتفاقية،إذ يجوز للقاصر التمسك ببطلان عقد القسمة، و عليه فعقد القسمة الإتفاقية يقع صحيحا إلى أن ترفض المحكمة الإذن للولي[6] .

3.أ1.-مراعاة الرسمية في القسمة الواقعة على عقار

يفهم من خلال ذلك، أن القسمة الإتفاقية المنصبة على عقار مملوك في الشيوع تنقلب إلى عقد شكلي يستوجب فيه مراعاة الرسمية، و كذا إجراء الشهر طبقا للمادة 793من(ت.م.ج)، إذ تفرغ وجوبا القسمة الإتفاقية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ، في الشكل

---

1) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ،ص. 87 - راجع كذلك القرار رقم 84551 ، الصادر بتاريخ 1992/12/22، م.ق، عدد01، سنة 1995 ، ص. 117، يتعلق بوجوب القسمة القضائية إذا وجد قاصر بين الورثة ،إذ يجب أن يعرض الملف على النائب العام بواسطة كاتب الضبط قبل 10 أيام من يوم الجلسة .

2) مشتاوي سمير؛ مرجع سابق ، ص. ص. 34،35 .

3) كالم أمينة ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 18،19 .

4) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 88 .

5) نقلا عن : حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 202،203 :" رقابة المحكمة هي رقابة سابقة ، من خلال الإذن القضائي الذي يتعين على الولي إستصداره قبل إجراء قسمة أموال القاصر ، ولاحقة، إذ يتعين على الشركاء عرض التقرير المتضمن إعداد مشروع القسمة الذي يعده الخبير العقاري على القاضي المختص للمصادقة عليه ، و بعدها يفرغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقا للقانون" ؛لمزيد من التفاصيل راجع: بوحديش عادل؛ مرجع سابق ، ص. 12 - مشتاوي سمير؛ مرجع سابق ، ص.35.

6) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 162 .

الرسمي[1]، و يترتب عنه عدم جواز إثباتها إلا بموجب عقد رسمي[2]،فتعد باطلة كل قسمة إتفاقية منصبة على عقار لعدم صبها في الشكل الرسمي[3]،و على ذلك فعلى الشركاء المتقاسمين المتفقين على إجراء القسمة الإتفاقية ، اللجوء إلى أحد الموثقين لإفراغ إتفاق القسمة في شكل رسمي[4] ، مع العمل على تسجيل ذلك العقد و إشهاره في المحافظة العقارية،حتى تقع القسمة الإتفاقية صحيحة، و يمكن الإحتجاج بها على الغير و الأطراف على حد سواء[5]،و تعتبر القسمة التي لم تراع الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار و شهرها، قسمة مهايأة تخص الإنتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع[6] .

تبقى القسمة الإتفاقية للعقار التي لم تفرغ في شكل رسمي و التي لم تمضي عليها خمسة عشرسنة من يوم وقوعها، قسمة غير نهائية يجوز التراجع عنها و اللجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة قضائية ،عملا بنص المادة 724 من (ت. م. ج)[7].

أ2- المحل

محل عقد القسمة الإتفاقية ،هو المال الشائع الذي تعود ملكيته إلى جميع الشركاء[8]، و يجب أن يكون محل عقد القسمة الإتفاقية مستوفيا لشروطه ،وهي ذات الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام بوجه عام، فيجب أن يكون ممكنا ، معينا أو قابلا للتعيين و ألا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة[9].

أ3- السبب

سبب عقد القسمة الإتفاقية، هو إنهاء حالة الشيوع ، و إفراز حصة كل شريك من المال الشائع، ويشترط في السبب أن يكون مشروعا، فإذا كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان عقد القسمة الإتفاقية باطلا[10].

---

1) قرار رقم 462587، الصادربتاريخ 2008/07/16 ، مجلة المحكمة العليا ،عدد 02،سنة 2008 ،ص. 261 .

2) قرار رقم 414655،الصادر بتاريخ 2007/09/12 ،مجلة المحكمة العليا ،عدد01 ،2008 ، ص. 211 .

3) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 89 - راجع القرار رقم 274325 ،الصادر بتاريخ 2004/07/21 ،مجلة المحكمة العليا،عدد 02 ،سنة 2004 ، ص. 287 .

4) المادة 03 من القانون رقم 06 - 02 .

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ،ص. 89 .

6) قرار رقم 198689،الصادربتاريخ 2000/05/31 ،مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،ج1،2004 ،ص. 283 .

7) قرار رقم 224884،الصادربتاريخ 2000/05/17 ،م. ق ،عدد 02 ،سنة 2001 ، ص. 129 .

8) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 139 .

9) نقلا عن : مازن زايد جميل عمران ؛ مرجع سابق ، ص. 09 :"سبب القسمة الرضائية هو :طلب أحد الشركاء الإنتفاع بملكه على وجه الخصوص ،بتعيين حصة كل شريك ملكا و إنتفاعا على حدى".

10) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 92 .

ب – نقض القسمة الإتفاقية للغبن

ما دامت القسمة الإتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن المطبقة على العقود ، فقد يطعن في القسمة الإتفاقية بالبطلان المطلق، كما لو وقعت القسمة الإتفاقية قبل موت المورث، فهذا العقد يعد تعاملا في تركة مستقبلية فيجوز لكل من له مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان[1]،و قد يطعن فيها بالإبطال لوجود ناقص الأهلية، فإذا كان أحد الشركاء مثلا قاصرا و لم تراع الإجراءات القانونية السالف ذكرها،جاز له طلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة ،كذلك يمكن إبطالها لعيب من عيوب الإرادة، كما لو وقع أحد الشركاء في غلط جوهري في قيمة أحد الأعيان فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها، و نفس الشيء إذا وجد إكراه[2].

علاوة على ما تقدم، فقد أفرد المشرع أحكام خاصة بالغبن بصدد القسمة الإتفاقية و ذلك لأهميته في القسمة [3]، و هذا بموجب المادة 1/732 من (ت. م. ج)[4].

ب1- أنواع القسمة التي يجوز نقضها بسبب الغبن

نقض القسمة للغبن يكون في القسمة الإتفاقية فقط دون القسمة القضائية، ذلك أن القسمة القضائية يكون فيها تقييم الحصص من طرف الخبير، و هذا ما نصت عليه المادة 725 من (ت. م. ج)، فلا يمكن تصور غبن في هذا الإطار ،كما إستبعدت قسمة المهايأة من إمكانية نقضها بسبب الغبن[5] ،و أية قسمة إتفاقية يجوز نقضها بسبب الغبن، فيصح في القسمة الإتفاقية سواء كانت كلية أو جزئية ،عينية ،أو بطريق التصفية و الغبن المعتبر في هذه الأخيرة هو الغبن في قسمة الثمن بين الشركاء و ليس الغبن في بيع المال الشائع لأجنبي، و لكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء، فإنه يعتد بالغبن الذي يقع في البيع لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة[6]،فإذا إشترى أحد الشركاء في الشيوع المال الشائع بأقل من أربعة أخماس(5/4)القيمة الحقيقة، أصبح لكل شريك من الشركاء حق نقض القسمة للغبن، أما إذا كانت القسمة بطريقة التصفية بالمزاد العلني ، فرسا المزاد على أحد الشركاء فإنه لا يجوز نقضها لغبن حتى و إن كانت المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم[7]، و ذلك بالرجوع إلى القواعد العامة في عقد البيع[8].

---

1) المادة: 2/92 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 898 .

3) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 130 .

4) تنص المادة 1/732 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس...".

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 91 .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 905 .

7) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 17.

8) تنص المادة 360 من (ت. م . ج) المعدل و المتمم على ما يلي:"لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون ".

ب2- مقدار الغبن و كيفية حسابه

لقد ركن المشرع في تقدير الغبن إلى معيار مادي مجرد، و هو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة ، وعلى ذلك إذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا طعن في القسمة، و لمعرفة مدى وقوع الغبن، يجب تقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال، بحيث يتم تقدير المال الشائع بواسطة خبير، أما التقدير الوارد في عقد القسمة، فلا يعتد به إلا في مجال المقارنة،ثم يقدر نصيب كل شريك في هذا المال و بعدها تتم المقارنة بين نصيب الشريك الحقيقية مع تلك التي تحصل عليها بعد القسمة[1].

عند تقدير وجود الغبن، تكون العبرة بقيمة الشيء وقت القسمة حسب المادة 732/ 1من (ت. م. ج) بنصها على ما يلي:**"يجوز...،على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة... "**،حيث أن ذلك الوقت، هو الوقت المعتبر في تحقيق المساواة بين الشركاء ، بالتالي لا عبرة بقيمة الشيء وقت نشوء حالة الشيوع أو وقت رفع الدعوى[2]،و حتى يعتبر الشريك مغبونا، يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفرز بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفرز[3]، في هذا الصدد، صدر قرار عن المحكمة العليا بخصوص كيفية إظهار الغبن [4].

ب3- دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

إذا تحقق الغبن في القسمة الإتفاقية ،جاز رفع دعوى نقض القسمة حتى و إن كان المال الشائع منقولا، خلافا لأحكام الغبن في عقد البيع التي تستلزم أن يكون المبيع عقارا حسب المادة 358 من(ت. م. ج)، ولرفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن، يجب ألا يكون المتقاسم المغبون قد تنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في التمسك بنقض القسمة ،كما لو قام بتنفيذ القسمة رغم علمه بتعرضه للغبن، أو تسلم حصته و تصرف فيها[5]،و المبدأ هو عدم جواز نزول الشريك مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة للغبن، فهذا الحق لا يوجد إلا بعد إجراء القسمة الإتفاقية فعلا ثم حصول الغبن[6].

1.ب3- الخصوم في دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

1.1.ب3- المدعي

المدعي في دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن، هو الشريك المغبون، أي الذي لحقه غبن

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. ص. 131 ،132 .

2) بوحديش عادل؛ مرجع سابق، ص. 15.

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 903.

4) قراررقم 19926،الصادر بتاريخ 1982/04/14، جاء فيه ما يلي :"حيث أن العبرة في إظهار الغبن هي المقارنة بين قيمة أموال التركة وقت القسمة و بين قيمة نصيب الشريك الذي يدعي الغبن.

حيث أن تقرير الخبرة الذي صادق عليه قضاة الموضوع إكتفى بتقسيم أموال التركة بصفة إجمالية و قارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة. فكان على الخبير أن يقوم :

أولا: بتقييم أموال التركة وقت القسمة .

ثانيا: تقييم نصيب الشريك الذي يدعي الغبن وقت القسمة .

ثالثا : ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن يزيد عن الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة" ، نقلا عن : حمدي باشا عمر؛مرجع سابق، ص129.

5) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 93 .

6) محمد المنجي؛ مرجع سابق ، ص. ص. 196 ، 197 .

يزيد عن الخمس نتيجة إجراء القسمة الإتفاقية، و قد يتعدد الشركاء المغبونون، عندئذ يجوز لهم رفع دعوى الغبن سواء منفردين أو مجتمعين[1]، و قد ينتقل الحق في رفع هذه الدعوى إلى ورثة الشريك المغبون، حيث يجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى إبتداء، إذا لم يكن مورثه قد رفعها قبل وفاته ، أو يستأنف السير في الدعوى المرفوعة بالفعل بعد إنقطاع سير الخصومة فيها بحكم القانون بوفاة مورثه[2]. كما يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع دعوى الغبن بإسم مدينه ،و ذلك طبقا للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة[3].

1 .2 .ب 3 - المدعى عليه

المدعى عليه في دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن، هم سائر الشركاء المشتاعون، لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة للجميع، و يجب على المدعي إختصامهم جميعا لأن القسمة الإتفاقية قد تمت بالتراضي بين جميع الشركاء[4].

2.ب3- ميعاد دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

تنص المادة 2/732 من (ت. م.ج) في شطرها الأول على ما يلي :**"...و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة..."**.

القاعدة العامة في ميعاد رفع الدعاوى، هي أن المشرع لا يتدخل بتحديد مواعيد معينة لرفعها، و بالتالي تظل هذه المواعيد مفتوحة أمام المدعين كيفما يشاؤون، ما لم تسقط الحقوق ذاتها التي تحميها تلك الدعاوى، غير أنه من بين الإستثناءات التي ترد على هذه القاعدة، دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن التي يشترط المشرع رفعها خلال السنة التالية لإجراء القسمة، و إلا كانت غير مقبولة لفوات الميعاد القانوني[5]، و مدة سنة هنا هي ميعاد سقوط و ليس ميعاد تقادم[6]،و يبدأ حساب مهلة سنة من يوم تمام عقد القسمة، و إذا كان المال المقسوم عقارا فالمدة تحسب من تاريخ شهر عقد القسمة، وإذا كان المال الشائع عقارات أو منقولات، فتحسب المدة من تاريخ إتمام آخر عقد للقسمة، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة واحدة، على أن يتم الإعتماد في حساب المواعيد بالتقويم الميلادي[7] ، طبقا للمادة 03 من (ت. م. ج).

3.ب3- إثبات دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

يقع عبء إثبات وقوع الغبن الذي يزيد على الخمس في عقد القسمة الإتفاقية، على عاتق

---

1) محمد كامل مرسي باشا ؛ مرجع سابق ، ص. 243 .

2) المادة :211 من (ت. إ .م .إ) المعدل و المتمم .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق ، ص. 907 - راجع المادة 189 و ما يليها من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 199 .

5) محمد المنجي؛ مرجع سابق ، ص. ص. 199 ، 200 .

6) مدة السنة المذكورة هي مدة سقوط و ليست مدة تقادم، بمعنى أنها مدة حتمية لا يرد عليها الوقف و الإنقطاع ، ويلاحظ أن ميعاد رفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن، يختلف عن ميعاد رفع دعوى الغبن في بيع العقار ، إذ أن ميعاد هذه الأخيرة هو ثلاث سنوات من وقت البيع، و هو ميعاد تقادم يرد عليه الوقف و الإنقطاع ، لمزيد من التفاصيل راجع : محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 201 .

7) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 17 ، 18 .

الشريك المغبون الذي يدعي الغبن ، وهو المدعي في دعوى نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن ،و لقد يسر المشرع على المتقاسم المغبون الذي لا تعطيه القواعد العامة حق إبطال العقد لمجرد إنعدام التعادل بين إلتزامات أطرافه، بل تستلزم بالإضافة إلى ذلك ثبوت إستغلال طرف، الطيش البين و الهوى الجامح لدى الطرف المغبون ، في هذه الأحكام الخاصة إعفاء المتقاسم المغبون من إثبات مثل هذا الإستغلال[1].

ب4 - حق المدعى عليه في وقف سير دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

تنص المادة 2/732من(ت. م. ج) على ما يلي :**"...و للمدعى عليه أن يوقف سيرها و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".**

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري منح المدعى عليه،فرصة لتوقي نقض القسمة الإتفاقية للغبن، و ذلك بأن يقوم بتكملة حصة الشريك المغبون (المدعي)،بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين الحصتين[2]،فلا يكفي لوقف السير في الدعوى، أن يعرض المدعى عليه على المدعي تكملة حصته إلى الحد الذي يزول معه الغبن المحظور، أي تكملة حصة المدعي إلى أربعة أخماس 5/4 القيمة[3]، و يجدر الإشارة أن تكملة القيمة في دعوى القسمة الإتفاقية تختلف عن تكملة القيمة بسبب الغبن في بيع العقار[4].

ب.5- آثار دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن

يترتب على دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن الآثار التالية :

1/ إبطال القسمة الإتفاقية ، فالحكم الذي يصدر في دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن، يعني إبطال تصرفات الشريك المتقاسم المغبون لقيامه بالطعن في القسمة لإبطالها ، و هو يهدف إلى هدم القسمة الإتفاقية التي تمت ، و يترتب على الإبطال، إعتبارها كأن لم تكن و يكون للحكم أثر رجعي، الذي يترتب عليه إعادة المتقاسمين إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها قبل إجراء القسمة الإتفاقية، و ذلك عملا بالقواعد العامة في القانون المدني[5].

2/ سقوط تصرفات باقي الشركاء في الحصص المفرزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، و عودة هذه الحصص إلى حالة الشيوع خالية من الحقوق التي ترتبت للغير .

3/بقاء أعمال الإدارة التي أجراها باقي الشركاء في الحصص المفرزة التي وقعت في نصيبهم للقسمة،محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة[6].

4/جواز إتفاق الشركاء على قسمة إتفاقية جديدة، وكذلك جواز إلتجاء الشركاء إلى القضاء لطلب إجراء القسمة القضائية لذات المال الشائع .

5/ جواز رفع دعوى نقض القسمة الإتفاقية للغبن مرة ثانية، إذا وقع غبن لأحد الشركاء في القسمة الإتفاقية الجديدة[7].

---

1) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 203 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 202 .

3) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 172 .

4) التكملة في دعوى الغبن في القسمة الاتفاقية تتم إلى الحد الذي يحقق المساواة التامة بين حصتي المدعى و المدعى عليه أما في دعوى الغبن في بيع العقار فان إنقاص الالتزامات يكفي أن يرفع عنه الغبن الفاحش.لمزيد من التفاصيل راجع :عبد الرزاق احمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 906 ،907 .

5) المادة :103من (ت. م. ج) المعدل و المتمم.

6) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 205 ،206 .

7) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق ، ص. 907 .

ثانيا : القضاء (القسمة القضائية)

قد تتخذ القسمة الصورة القضائية، فتكون قسمة المال الشائع للقضاء ، الذي يكون حكمه فاصلا و منهيا لكل ما يمكن أن تكون قد أثارته هذه الملكية الشائعة من خلافات.

1- تعريف القسمة القضائية

بالرجوع إلى نصوص (ت.م.ج) لاسيما المواد الخاصة بقسمة المال الشائع، فإننا لا نجد تعريفا للقسمة القضائية ،غير أنه يمكن تعريفها بأنها:" القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها ،رغم معارضة بعض الشركاء في إجراءها ،بناءا على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع، و تسمى بـ دعوى القسمة ". فهي إذن، دعوى إفراز و تعيين الحصة الشائعة بتدخل من القضاء[1].

2- حالات القسمة القضائية

قسمة المال الشائع، تكون قضائية في الحالات التالية :

الأولى : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الإتفاقية و أراد أحدهم الخروج من حالة الشيوع، فليس أمامه إلا اللجوء إلى القضاء[2]، و هذا حسب المادة 1/724 من (ت. م.ج) التي تنص على ما يلي :" **إذا إختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة...**".

الثانية: إتفاق جميع الشركاء في المال الشائع على إجراء القسمة الإتفاقية، و لكن يوجد بينهم من هو ناقص أهلية (ذو غفلة ،سفيه و غائب)و إستأذن الوصي أو القيم أو وكيل الغائب بحسب الأحوال المحكمة في قسمة المال بالإتفاق، أو لم تأذن له بذلك، أو تأذن له بصفة مبدئية ثم لا توافق على إتمام القسمة عند عرض مشروع القسمة عليها، عندئذ يتعين رفع دعوى القسمة القضائية[3].

الثالثة: قسمة التركات تتم وجوبا أمام القضاء في حالة وجود قاصر بين الورثة[4].

الرابعة : يمكن أن تكون القسمة قضائية بقرار من المحكمة،إذا ما تبين لها أن عقد القسمة الذي أذنت بإبرامه غير عادل ،إذ يتم قسمة المال الشائع عن طريق القضاء في حالة نقض القسمة بسبب الغبن، فمن المنطقي أن تكون إعادة القسمة عن طريق القضاء[5].

الخامسة :حالة وقف أحد الشركاء على الشيوع لحصته الشائعة، فإنه يتعين أن يقسم المال الشائع[6].

---

1) كحيل حياة ؛ القسمة القضائية للعقار الشائع ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب ،البليدة، 2005، ص. 06 .

2) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 92 .

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 107 .

4) تنص المادة 2/181 من (ت.أ.ج) على ما يلي:"...و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

5) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 12 .

6) المادة :11 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم .

3- دعوى القسمة

بإعتبار أن القسمة القضائية تتم عن طريق القضاء، فإنها تتم بواسطة دعوى ترفع من طرف من له مصلحة، و بذلك فلها مدعي و مدعى عليه، كما أن الإختصاص فيها قد أسنده المشرع الجزائري إلى جهة قضائية معينة .

أ- الخصوم في دعوى القسمة

بالرجوع إلى المادة 1/724 من(ت. م. ج)، يتبين أن أطراف دعوى القسمة القضائية هم:

أ1- المدعي

1.أ1- الشركاء في الشيوع

المدعي في القسمة القضائية، هو كل شريك مشتاع مهما صغرت حصته[1]،فجميع الشركاء خصوم في دعوى القسمة، و في حالة ما إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء، دون البعض الآخر جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة طبقا للمواد 194- 206 من(ت.إ. م. إ) [2]،و إذا أغفل إختصام بعض الشركاء في الشيوع بأن لم يدخل في دعوى القسمة أو لم يتدخل أو يطلب إدخاله في الخصومة، فإن حكم القسمة الصادر لا يكون حجة عليهم[3]،كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإدخاله في الخصومة من تلقاء نفسها[4]، وما على هؤلاء إلا أن يعترضوا بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمادة 381 من (ت. إ. م. إ) و ما يليها. كما أنه ليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ الحكم بحجة أنه يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذه الدعوى، فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في حقهم [5].

إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، حل هذا الأجنبي محل الشريك البائع و يصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء، و يخرج الشريك البائع من عداد الشركاء، و يكون له الحق في رفع دعوى القسمة دون الشريك البائع ، وعلى المشتري مراعاة إجراءات شهر الدعاوى العقارية إذا كان المال الشائع عقارا. غير أنه إذا إشترى أجنبي جزء مفرز من المال الشائع، فلا يعتبر شريكا في الشيوع،فلا يجوز له رفع دعوى القسمة و لا يصح إختصامه فيها[6]،و إن كان ليس له رفع دعوى القسمة مباشرة ،إلا أنه بإعتباره دائن للبائع فله أن يرفع الدعوى بإسم مدينه طبقا لقواعد الدعوى غير المباشرة[7].

---

1) محمد وحيد الدين سوار؛حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. 216 .
2) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 22 .
3) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 164 .
4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 913 .
5) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 22 .
6) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 14 ،15 .
7) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 913 ،914 .

2.أ1- دائني الشركاء

تطبيقا للمادة 729 من (ت. م. ج)[1]، و المادة 189 منه؛ فلدائني الشركاء إستعمال ما يخوله القانون في سبيل حماية حقوقهم، بتدخلهم في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من كل تواطؤ يحتمل وقوعه بين الشركاء، سواء كان الدائن ذو حق شخصي أو حق مقيد ، ويستوي أن يكون الحق واقعا على المال الشائع المراد قسمته، أو واقعا على غيره من أموال الشريك، فإذا تمت معارضة القسمة من أحد دائني الشركاء ،إلتزموا بإدخال الدائنين المعارضين في الدعوى، و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم دون حاجة إلى إثبات حصول تواطؤ على الإضرار بهم[2] .أما الدائنين المقيدة حقوقهم (رهن رسمي ،حيازي ،حق تخصيص ،إمتياز) قبل رفع الدعوى، يلتزم الشركاء بإدخالهم في الدعوى و لو لم تصدر عنهم أية معارضة و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم[3]،و للدائنين الذين لم يتدخلوا في إجراءات القسمة على الرغم من دعوتهم للتدخل، أن يطعنوا فيها في حالة توافر الغش من طرف الشركاء المتقاسمين، وفقا للمادة 729 من (ت. م. ج)[4]،كما يحق للدائنين الرجوع على الشركاء متضامنين، تعويضا عن الضرر الذي لحقهم من جراء هذه القسمة على أساس الخطأ، المتمثل في عدم إدخالهم في الخصام. كما يجوز للشركاء أن يمنحوا للدائن حقه ،فلا تصبح له مصلحة الطعن في القسمة ثم يرجع هؤلاء الشركاء على الشريك المدين[5].

أ2- المدعى عليه

هو كل شريك ما عدا رافع الدعوى، حيث أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك على شريك، و هو ما يستفاد من نص المادة 1/724 من(ت. م. ج)، فدعوى القسمة تقام على جميع الشركاء و أصحاب الحقوق العينية، ذلك لأنها لا تقبل التجزئة، فلابد من دعوة كافة الشركاء وأصحاب الحقوق العينية على المال الشائع للحضور[6]، فإذا أهملت دعوة أحدهم كانت القسمة قابلة للنقض[7]،و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 47222، الصادر بتاريخ 1988/12/07[8]،على أن يراعى في ذلك أحكام التدخل و الإدخال في الخصومة، و إذا كان من بين الشركاء غائب أو ناقص أهلية ، دعي الوكيل القضائي لتمثيل الغائب والولي أوالوصي لتمثيل عديم الأهلية أو ناقصها[9].

---

1) المادة : 729 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم .

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 915 .

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 84 .

4) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 99 .

5) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص.ص. 915 ،916 .

6) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 16 .

7) محمد وحيد الدين سوار؛حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. 146 .

8) جاء في القرار ما يلي :" إختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء ". نقلا عن: حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق ، ص.120.

9) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 16 .

ب- الإختصاص

ب1- الإختصاص النوعي

حسب المواد 32و 33 من (ت. إ. م. إ) و كذا المادة 1/724 من (ت. م. ج)، فإن المحكمة هي التي تختص بالنظر في دعوى القسمة، بحيث يختص القسم العقاري طبقا للمادتين 511و 512 من (ت. إ. م. إ)، بدعاوى القسمة المتعلقة بالأملاك العقارية، كما يمكن أن يختص قسم شؤون الأسرة بدعوى القسمة،إذا كان سبب الشيوع ميراثا، و هذا سواء كان المال الشائع عقارا أومنقولا، طبقا للمادة 181 من (ت. أ. ج) و كذا المادتين 498و 499من(ت.إ.م. إ)[1].

ب2- الإختصاص المحلي

الأصل حسب المادة 37 من (ت. إ. م. إ)، فإن الإختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه ،أو آخر موطن له إذا لم يكن له موطن،أو الموطن المختار أو موطن أحدهم طبقا للمادة 38 من (ت. إ. م. إ) إذا كان المال الشائع منقولا، أما إذا كان عقارا فالإختصاص يؤول حسب المادة 40 من (ت. إ. م. إ)، إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موقع العقار ،وفي مواد المواريث فحسب المادة 2/40 من (ت. إ. م. إ) و المادة 498 منه، فالإختصاص يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المتوفي[2].

الفرع الثاني
طرق القسمة

المشرع حدد كيفيات خاصة تنعقد بها القسمة، معتمدا في ذلك على طبيعة المال الشائع و مدى قابليته للقسمة[3]،و الأصل أن تتم قسمة المال الشائع قسمة عينية بأن يقسم هذا المال إلى حصص، و يحصل كل شريك على حصة منه تعادل نصيبه في هذا المال الشائع(أولا)، أما إذا تعذر إجراء القسمة العينية، لأن المال الشائع لا يقبلها أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع، فتكون حينئذ القسمة بطريق التصفية[4] (ثانيا) .

أولا : القسمة العينية

تنص المادة 2/724 من (ت. م. ج) على ما يلي :**"...و تعين المحكمة، إن رأت وجها لذلك، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع و قسمته حصصا، إن كان المال يقبل القسمة عينا، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".** فالقسمة العينية،هي القسمة التي تحدد لكل شريك جزء

1) دلاندة يوسف ؛ الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط3 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،2011، ص.ص. 37 - 39 .

2) دلاندة يوسف ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 40 - 42 .

3) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 93 .

4) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 159 ،160 - تنص المادة 1/728 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :" إذا تعذرت القسمة عينا ،أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد...".

من المال الشائع يعادل حصته، و يتم ذلك في الأصل بتقسيم الشيء عن طريق الإستعانة بخبير إلى حصص عينية[1]،بتوفر شروط معينة، كما أنها تمر بعدة مراحل.

1- شروط القسمة العينية

يتضح من خلال نص المادة المذكورة آنفا ،أنه يشترط في القسمة العينية شرطان :

الأول :أن يكون المال الشائع محل التقسيم قابلا للقسمة عينا[2].

الثاني : ألا تحلق القسمة العينية بالمال الشائع نقصا كبيرا في قيمته [3].

كما يتضح من خلال نص المادة 724 من (ت.م.ج)، أن للمحكمة السلطة التقديرية في إجراء القسمة العينية، من خلال المصادقة على تقرير الخبير في تكوين الحصص من عدمه، فالأصل أن المحكمة هي من تتولى تعيين خبير بحكم تمهيدي يقضي بندب خبير للقيام بالقسمة، و ذلك لما قد تستلزمه عملية القسمة من عمليات حسابية و فنية ليس بمقدور المحكمة القيام بها [4].

2- مراحل القسمة العينية

تمر القسمة العينية بالمراحل الثلاث التالية :

المرحلة الأولى : تكوين الحصص

حسب المادة 725 من(ت. م. ج)، فإن الخبير الذي تعينه المحكمة يتولى تكوين الحصص، أي قسمة المال الشائع إلى حصص ، و يتم ذلك بحسب الأصل على أساس أصغر نصيب و بالتساوي، و إذا تعذر ذلك يجوز أن تكون القسمة بمعدل[5]،و يستوي الأمر إذا كانت القسمة كلية أو جزئية، فإذا كانت جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذي يراد قسمته و ترك الباقي من المال على شيوعه دون تقسيم، و قد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم و يقسمه إلى حصص[6].

1- تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب

تنص المادة 1/725 من (ت. م. ج) على ما يلي **:"يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى و لو كانت القسمة جزئية... "** ، فالخبير عندما يشرع في قسمة المال

---

1) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 176 .

2) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 94 - هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 51887،الصادر بتاريخ1989/02/13، الذي جاء فيه ما يلي :" أن الطاعنين دفعوا أن الدور الخمسة التي حكم ببيعها لعدم إمكانية قسمتها هي ليست كذلك، بل تقبل القسمة و طالبوا بتعيين خبير آخر ليعطي رأيه فيها ،فإن جهة الإستئناف التي أعرضت عن دفعهم هذا ، وأهملت الرد عليه شابت قرارها بإنعدام التسبيب، خاصة و أنه ثبت عمليا أن الدار الواحدة كثيرا ما تقسم بين الشركاء أو الورثة فيها"؛ نقلا عن: حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق، ص. 119 .

3) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 94 .

4) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 166 .

5) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 208 .

6) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 46 .

الشائع إلى حصص، فإنه يعتمد على أصغر نصيب للشركاء ،فيقسم المال إلى أجزاء تساوي هذا النصيب، و مثال ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي :النصف (2/1) ،الثلث (3/1)، السدس (6/1) فيقسم المال الشائع إلى ستة أجزاء [1].

2- تكوين الحصص عن طريق التجنيب

لم ينص المشرع الجزائري على التجنيب، كطريقة لقسمة أو تكوين المال الشائع حصصا عينية، رغم أنها طريقة يمكن إعتمادها إذا تعذر تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، كما يمكن اللجوء كذلك إلى هذه الطريقة، في حالة كون تقسيم المال الشائع إلى أنصبة صغيرة يؤدي إلى الإنقاص من قيمته[2]، كما يجوز ذلك في حالة إتفاق جميع الشركاء عليها، أي إذا أجمعوا على عدم تمسكهم بتكوين حصصهم على أساس أصغر نصيب[3]،ووفقا لهذه الطريقة يعين الخبير لكل شريك جزء يعادل حصته، و نحن نرى أنها أفضل طريقة لتسوية الحصص تسوية كاملة .

3- تكوين الحصص بمعدل

إذا كان الأصل في القسمة العينية هو التسوية بين الحصص تسوية كاملة، فإن ذلك قد يكون عسيرالتحقق عملا، و حينئذ يجوز إستثناءا إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه المتقاسمون الحاصلون على حصص أكبر من أنصبتهم عينا[4]،و هو ما تقضي به المادة 2/725من (ت. م. ج) بنصها على ما يلي :**"...و إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه".**

يشترط لتطبيق القسمة بطريق المعدل، أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارلها تحت رقم 151301 الصادر بتاريخ 1998/03/25 [5].

المرحلة الثانية :الفصل في المنازعات

بمجرد إعداد تقرير الخبرة و إيداعه بأمانة ضبط المحكمة، يقوم من يهمه التعجيل من الشركاء برفع دعوى رجوع بعد الخبرة ، وعلى فرض أن الخبير قسم المال الشائع إلى حصص عينية، فإن كل المنازعات التي تنشأ عن ذلك بين الشركاء المتقاسمين تفصل فيها المحكمة قبل الفصل في دعوى القسمة، و هو ما نصت عليه المادة 726 من (ت. م. ج)[6]، ذلك إما بالمصادقة على تقرير الخبير و تبنيها مشروع القسمة المقترح من طرفه، أورفضه.

---

1) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 544 .

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 167 .

3) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 303 .

4) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 209 .

5) جاء في القرار ما يلي :" من المقرر قانونا أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما نقص من نصيبه .و من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع منحوا إثنين من الشركاء نصيبهما نقدا كلية دون الحصول على نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة آنفا و أخطئوا في تطبيق القانون ،الأمر الذي يستوجب نقض القرار ". م. ق، عدد 02، سنة 1998 ، ص. 28.

6) تنص المادة 726 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :"تفصل المحكمة في كل المنازعات و خاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص".

يتضح من خلال المادة 726 السالفة الذكر، أن المنازعات التي تثور بين الشركاء هي المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، و منازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص، و يتضح ذلك من خلال عبارة **"خاصة منها"** .

النوع الأول : المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص

و تكون عادة متعلقة بتقويم المعدلات أو التشكيك في مدى تساوي الحصص[1]،و من أمثلة هذه المنازعات، إدعاء أحد الشركاء أن الحصص التي كونها الخبير غير متساوية، أو أنه يمكن تقسيم المال الشائع بطريقة أو وسيلة أفضل من الطريقة التي إتبعها الخبير ،أو أنه يمكنه إجراء القسمة العينية بدون معدل إذا كان قد أجراها بمعدل، أو أن المعدل الذي قدره الخبير غير مناسب سواء كان منخفضا أو مغالى فيه[2].

النوع الثاني : المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص

هي منازعات تدور حول الملكية، كالتشكيك في ملكية شريك لحصته الشائعة أو النزاع في مقدار حصة أحد الشركاء، و كذا النزاع حول طبيعة الشيوع في المرافق المشتركة في العقار و ما إذا كان الشيوع فيها عاديا أم إجباريا ...الخ[3].

تفصل المحكمة في هذه المنازعات (النوع الأول و الثاني) بحكم تمهيدي، لا يقبل الإستئناف إلا مع الحكم الصادر في الموضوع، أي الفاصل في دعوى القسمة طبقا للمواد 298،334 من (ت. إ. م. إ)، و فصلها فيها وجوبي[4]، و تطبيقا لذلك تظل دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة لحين الفصل في هذه المنازعات نهائيا ،أي ترجئ المحكمة الفصل في القسمة إلى أن تصير هذه الأحكام التمهيدية نهائية[5].

المرحلة الثالثة : الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز

تنص المادة 727 من (ت. م. ج) على ما يلي **:" تجري القسمة بطريق الإقتراع ، و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".**

يشترط المشرع الجزائري أن تتم القسمة عن طريق الإقتراع، و ذلك بعد تكوين الحصص و الفصل في المنازعات التي تثيرها القسمة [6]، بحيث يقوم من يهمه التعجيل بتحريك دعوى القسمة من جديد بعد أن كانت المحكمة قد أوقفتها، حتى يفصل نهائيا في المنازعات، و في

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 925 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 215 ،216 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 925 .

4)هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 65223 ، الصادر بتاريخ 1990/12/17، الذي جاء فيه ما يلي :" إن المحكمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها و خاصة ما يتعلق منها بتكوين حصص الشركاء ، ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة الأساس بمصادقتهم على الخبرة دون الفصل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص خاصة و أن الأطراف مازالوا في حالة شيوع ، يكونوا قد خرقوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض" ؛ م .ق،عدد 04، سنة 1999، ص. 71.

5) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 218 .

6) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 95 .

هذه المرحلة تصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز بعد إجراء القرعة[1]،و المحكمة ملزمة بإظهار مزايا الحصص و تسبيب حكمها الرامي إلى توزيع الحصص على الشركاء عن طريق الإقتراع[2]، حتى يتسنى للمحكمة العليا ممارسة الرقابة عليها[3]،كما تلزم بتحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الإقتراع[4]،و إذا تمت القسمة العينية للمال الشائع بمعدل، يحكم القاضي بالتعويض للشريك الذي يحصل على أقل من نصيبه عينا، و يعوض من طرف الشريك الذي يحصل على حصة أكبر من نصيبه[5].

ثانيا : قسمة التصفية

تنص المادة 728 من (ت. م. ج) على ما يلي :**"إذا تعذرت القسمة عينا،أو كان من شأنها إحداث نقض كبير في قيمة المال المراد قسمته،بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".**

تعرف قسمة التصفية، على أنها إقتسام الشركاء ثمن بيع المال الشائع بالمزاد كلا بنسبة حصته[6]،كما أنها ليست إلا طريقا إحتياطيا لإجراء القسمة، بحيث لا يحل اللجوء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي و هو طريق القسمة العينية، و يكفي تعذر القسمة العينية للإلتجاء إلى قسمة التصفية، و المحكمة هي التي تقدر مدى تحقق هذا التعذر،عن طريق تعيين خبير لهذا الشأن خاصة إذا كان المال الشائع عقارا[7].

1- حالات اللجوء إلى قسمة التصفية

تتم قسمة المال الشائع عن طريق التصفية،في الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى : عدم قابلية المال الشائع للقسمة عينا

إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة عينا إبتداء ،كما لو كان سيارة، آلة ،أو سفينة ، فإن

---

1) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 51 .

2) قرار رقم 91439، الصادر بتاريخ 1992/10/28 ،جاء فيه ما يلي :"و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص و إجراء القسمة بين الشركاء بطريقة الإقتراع، فإنهم بذلك خالفوا القانون"؛ م. ق، ،عدد 03 ، سنة1994 ، ص 18.

3) قرار رقم 47071 ،الصادر بتاريخ 1988/09/26،جاء فيه ما يلي: "كل حكم أو قرار يحكم بالقسمة دون بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة على الأفراد يعد تقصيرا يمنع معرفة مدى عدالة القسمة"؛ م.ق،عدد 01 ،سنة 1992،ص.33.

4) قرار رقم 54849 ،الصادر بتاريخ 1989/10/25، جاء فيه ما يلي :"من المقرر قانونا أن قسمة الملكية الشائعة تجرى بطريق الإقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها.

و لما كان من الثابت في - قضية الحال - أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير، دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الإقتراع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون " ؛ نقلا عن : حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق ، ص. 120.

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 96 .

6) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 55 .

7) حسن كيرة ؛ مرجع سابق ، ص. 210 .

القسمة تتم عن طريق البيع[1]،بالمزاد العلني لهذا المال الشائع و هذا بناءا على طلب أحد الشركاء، أما إذا كان المال الشائع لا يعرف إبتداء ما إذا كان غير قابل للقسمة، إلا بعد معاينته من طرف الخبير أو المحكمة، فإن الأمر يحتاج إلى البدء بالقسمة العينية و في حالة التأكد من إستحالة قسمة المال الشائع عينا من طرف الخبير، يلتجأ إلى القسمة عن طريق التصفية[2].

الحالة الثانية :إحداث القسمة العينية نقص في قيمة المال الشائع

إذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة و لكن من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته ، كما لو كان المال الشائع قطعة أرض معدة للبناء و لو قسمت أصبح كل جزء منها صغير إلى حد لا يسمح بالبناء فيه، أو لا يسمح إلا ببناء مبان صغيرة[3]،ففي هذه الحالة تقرر المحكمة العدول عن القسمة العينية و تأمر بإجراء قسمة التصفية عن طريق بيع المال الشائع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في القانون، و يقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه[4].

2- إقتصار المزايدة على الشركاء في الشيوع

الأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان أحد الشركاء أو شخصا من الغير، لكن المشرع و بمقتضى المادة 728 من (ت. م. ج) السالفة الذكر، أعطى الشركاء الحق في قصر المزاد عليهم وحدهم، إذا طلبوا ذلك بالإجماع[5]، فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء يكون المزاد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية ، وإذا رسا المزاد على أجنبي أعتبر قسمة بين الشركاء، و لكنه يعد بيعا في علاقة الشركاء بالمشتري الأجنبي، و في الحالة الأولى تطبق أحكام القسمة و تطبق أحكام البيع في الحالة الثانية[6].

---

1) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 163 - جاء في قرار المحكمة العليا رقم 354940 ،الصادر بتاريخ 2007/02/21، ما يلي: " يجوز بيع السفينة المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني ،لتعذر قسمتها عينا"؛ مجلة المحكمة العليا،عدد 02، 2007 ، ص.149.

2) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 96 - قرار رقم 33797 ،الصادر بتاريخ 1984/11/05 ؛ جاء فيه ما يلي :"إذا كان من الواضح أنه لم يثبت إلى حد الآن أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة ،فإن قضاة الإستئناف بصرف الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الإبتدائية ليتبين عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل حقيقة القسمة كما يزعمه الطاعنون، كانوا على صواب فيما قضوا به "؛ نقلا عن : حمدي باشا عمر؛ مرجع سابق ، ص. 126.

3) كحيل حياة ؛ مرجع سابق ، ص. 55 .

4) حسن كيرة؛ مرجع سابق ، ص. 210 ؛ قرار رقم 33120، الصادر بتاريخ 1984/10/06 ؛ جاء فيه ما يلي: "و نظرا لعنصر العملاء الذي يدخل في تكوين المحل التجاري، فإنه من المتعذر قسمته عينا دون التخفيض من قيمته و الإضرار بمصالح المتقاسمين، فإن بيعه بالمزاد العلني هو الوسيلة الوحيدة للخروج من الشيوع" ، نقلا عن: حمدي باشا عمر ؛مرجع سابق ، ص. 125.

5) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 144 - قرار رقم 94089 ، الصادر بتاريخ 1993/10/26، جاء فيه ما يلي :" و لما ثبت - أن المستأنف عليه سابقا- عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فقط ،فإنه يؤكد عدم إتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك ، و بالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط ، قد أساء تطبيق القانون"،م.ق ، عدد 01، سنة 1994، ص.79.

6) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 163 .

إذا تم اللجوء إلى القسمة بطريق التصفية، فإنه يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية، فيجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط ،فالمادة 89 من (ت. أ. ج) قد حسمت الأمر على وجوب بيع أموال القصر بالمزاد المفتوح على الأجانب، للوصول إلى أعلى ثمن، و ذلك لحمايته من كل تواطؤ بين الشركاء[1]،مع وجوب حصول نائبه (الولي ،الوصي ،القيم)على إذن من المحكمة قبل أن يوافق على قصر المزايدة على الشركاء فقط[2]، هذا و قد منح المشرع بمقتضى المادة 729 من(ت. م. ج) دائني الشركاء على الشيوع ،الحق في معارضة بيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم، أي معارضتهم على إقتصار البيع على الشركاء فقط[3].

3- مراعاة الإجراءات القانونية لبيع المال الشائع

تتم قسمة التصفية عن طريق بيع المال الشائع بالمزاد العلني و إلا كانت باطلة، بحيث صدر قرار عن المحكمة العليا بهذا الخصوص، يقضي بنقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم في الدار المشاعة بينهم وبين المدعى عليهم، دون عرض الدار للبيع بالمزاد العلني[4]، و على المتقاسمين مراعاة القواعد المقررة لبيع العقارات بالمزاد العلني المقررة في(ت. إ. م. إ) بمقتضى المادة 786 /1 منه، و التي تنص على ما يلي **:" إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا ،بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع، يعدها المحضر القضائي، و تودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمه التعجيل من المالكين على الشيوع..."**، و يبقى للمالكين على الشيوع و أصحاب التأمينات العينية، الحق في طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الإعتراض [5].

4- الجهة القضائية المختصة بإجراء قسمة التصفية

تخضع قسمة المال الشائع عن طريق التصفية، لنفس قواعد الإختصاص (النوعي و المحلي)، التي تخضع لها القسمة العينية للمال الشائع، التي سبق لنا و أن أشرنا إليها في القسمة العينية.

---

1) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 34 .

2)مشتاوي سمير ؛ مرجع سابق ، ص. 49 .

3) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 97 .

4) قرار رقم 41996، الصادر بتاريخ 1986/06/02 ؛.نقلا عن:حمدي باشا عمر ،مرجع سابق ، ص. 126 .

5) تنص المادة 787 من (ت. إ. م. إ) على ما يلي :"يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية، و جميع المالكين على الشيوع، و لهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الإعتراض على القائمة، عند الإقتضاء، طبقا لأحكام هذا القانون"، أي بمراعاة أحكام المادتين: 737،738 من (ت. إ. م. إ).

المبحث الثاني
آثار القسمة

وظيفة القسمة هي إنهاء حالة الشيوع بإفراز جزء محدد من المال الشائع لكل شريك متقاسم، فيتملكه ملكية خالصة على سبيل الإستئثار و الإفراز[1]،سواء كانت القسمة إتفاقية أو قضائية ،عينية أو بطريق التصفية ،فإنه يترتب عليها أثران مهمان :الأول ،إفراز المال الشائع بحيث يختص كل شريك متقاسم بجزء منه يعادل حصته فيه. فبعدما كانت حصة الشريك شائعة في كل المال الشائع أثناء الشيوع تصبح بعد وقوع القسمة مركزة في نصيب محدد ،يخلص له دون غيره من الشركاء[2] (مطلب أول)، الثاني: يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق، حتى يستقر الجزء الذي إختص به كل منهم في القسمة[3] (مطلب ثاني).

المطلب الأول
إفراز المال الشائع

يقصد بإفراز المال الشائع، إختصاص كل شريك بملكية حصته مفرزة من هذا المال، بمعنى آخر، هو إستقلال كل شريك بملكية الجزء الذي إختص به في القسمة ملكية مفرزة مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين[4].

الإفراز هو الأثر الجوهري للقسمة، و الهدف الذي يرمي إليه المتقاسمون، فهو في معناه البسيط تخصيص لجزء مفرز من الشيء الشائع يصبح مملوكا للشريك المتقاسم على سبيل الإنفراد، ذلك الحق الذي كان واردا على الشيء كله لا يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميزاته، أما النسبة الباقية من هذه الميزات فقد كانت للشركاء الآخرين.

مع ذلك فقد أثار تكييف عملية الإفراز جدلا في الفقه منذ القانون الروماني، خلال العصور الوسطى و مازال يثيره حتى اليوم، فقد تتطور أثر القسمة من الأثر الناقل ،ثم الأثر الرجعي وصولا إلى الأثر الكاشف[5] (فرع أول)، أما الفقه الحديث، فقد غلب الأثر الكاشف للقسمة عن الأثرين الآخرين،و الذي يجب أن يؤخذ على سبيل الحقيقة،لأنه ما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، سوف نبحث في هذا الصدد مسألتين: نطاق تطبيق الأثر الكاشف و النتائج التي تترتب عنه[6](فرع ثاني) .

---

1) بوحديش عادل ؛مرجع سابق ، ص. 35 .
2) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 389 .
3) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 180 .
4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 372.
5)مصطفي محمد الجمال ؛مرجع سابق ، ص. ص. 181،180.
6)عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 959.

الفرع الأول
تطور أثر القسمة من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف

إن الأثر الأساسي الذي يترتب على قسمة المال الشائع، هو أن يختص كل متقاسم بجزء مفرزمن المال يعادل حصته فيه بعدما كانت شائعة في كل المال.إلا أن شراح القانون قد إختلفوا في بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكا للجزءالمفرزالذي إختص فيه[1]،ترتب على ذلك إختلافهم أيضا في تحديد طبيعة أثر القسمة[2]،فقد كان الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية[3](أولا) ،ثم ظهرت فكرة الأثر الرجعي للقسمة التي جاءت بها النظرية التقليدية[4](ثانيا) ،أما الفقه الحديث فقد إعتبر الإفراز عملية كاشفة للحق بالتالي يكون للقسمة أثر كاشف [5](ثالثا).

أولا :الإفراز عملية ناقلة للملكية في القانون الروماني

كان القانون الروماني يعتبر القسمة ناقلة للملكية، حيث أنها تتضمن عملية مقايضة ،هذا التصور كان مبنيا على أنه لكل شريك أثناء الشيوع حصة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، فإذا ما تمت القسمة أصبح كل منهم مالكا لجزء مفرز ملكية خالصة، دون أن يكون للآخرين أي حق في هذا النصيب، معنى ذلك أن مقايضة تمت في شأن الحصص الشائعة، حيث تنازل كل شريك لشركائه الآخرين عن حصته في أنصبائهم ،في مقابل تنازل هؤلاء عن حصصهم الشائعة فيما إختص به هذا الشريك[6]،و لما كانت المبادلة ناقلة للملكية فالقسمة التي أجرت هذه المبادلة تكون هي أيضا ناقلة للملكية[7]. بموجب الأثر الناقل للقسمة[8]،يكون الشريك مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه من وقت القسمة ،و قد رتب الرومان على هذا أن جعلوا كل متقاسم خلفا خاصا للمتقاسمين الآخرين، فيما إختص به المتقاسم من نصيب مفرز، فينتقل إليه محملا بالحقوق العينية التي رتبها المتقاسمون قبل القسمة ، كحق رهن أو حق إنتفاع[9]،كما ألزموا كل متقاسم بدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية،هذا فضلا عن نتائج قانونية أخرى سلبية تترتب على إعتبار القسمة ذات أثر ناقل، منها تعدد سند ملكية المتقاسم المتمثل في مصدر الشيوع و عقد القسمة[10].

---

1) مازن زايد جميل عمران ؛ مرجع سابق ، ص. 125 .
2) علي هادي العبيدي؛ مرجع سابق ، ص. 79 .
3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 167 .
4) محمد مصطفى الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 182 .
5) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 37 .
6) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. ص. 147 ،148 .
7) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 950 .
8) نقلا عن : مازن زايد جميل عمران ، مرجع سابق، ص. ص. 132 ،133:" يقصد بالأثر الناقل بوجه عام : كل تصرف يترتب على إثره إنتقال حق من شخص إلى شخص آخر، دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه ، أي أن الذي يتغير هو فقط صاحب الحق ،أما الحق فيبقى ثابتا عند إنتقاله لشخص أخر غير من كان له سابقا".
9) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق، ص. 36.
10) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 148.

ثانيا:الأثر الرجعي للقسمة في النظرية التقليدية

ظهرت فكرة الأثر الرجعي تحت ضغط الحاجات العملية، و لعل من أهم الأسباب التي دفعت إلى التحول من الأثر الناقل إلى الأثر الرجعي للقسمة، هو أن الشريك المشتاع سيكون مسؤولا أمام دائن شريكه الراهن بجميع أمواله، و منه المال الشائع،لسداد دين شريكه الذي لم يكن طرفا فيه[1]،إذ كان يكفي أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمي حتى تصبح جميع أمواله (منها ما قد يكون له من حق شائع) مرهونة لضمان هذا الإلتزام، في الوقت الذي كان فيه هذا الرهن العام خفيا، إذ لم يكن نظام الشهر معروفا. كما أدى تكييف أثر القسمة بأنه ناقل للحق أن ترتب عنه مضاعفة الضرائب و الرسوم على الشركاء بحيث تخضع القسمة للضرائب و الرسوم المفروضة على نقل الملكية، بالإضافة إلى الضرائب التي يكون الشركاء قد دفعوها عند إنتقال الملكية إليهم عند تملكهم للشيء الشائع[2].

إزاء هذه النتائج الضارة، إتجه الفقه و معه القضاء في عهد القانون الفرنسي القديم، إلى تحليل جديد لطبيعة القسمة يؤدي إلى عكس النتائج السابقة ،هذا التصور يرى أن القسمة لا تنقل الملكية إلى الشريك فتعتبر بذلك سندا لملكيته ، وإنما تقتصر على تحديد محل ملكية هذا الشريك الثابتة أصلا بمقتضى السند الذي تملك به الشركاء أثناء الشيوع، بالتالي لا تخضع القسمة للضرائب و الرسوم المفروضة على إنتقال الملكية، و تعتبر هذه نتيجة منطقية تتفرع على التصور الذي أصبح يعطى لأثر القسمة المتمثل في الأثر الرجعي.

ظهرت فكرة الأثر الرجعي للقسمة في كتابات الفقيه الفرنسي "بوتييه" POTHIER، إذ كتب قائلا في هذا الصدد :"يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك، فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث و قصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه، بحيث يعتبر كل وارث قد ورث وحده و مباشرة كل ما وقع في نصيبه بمقتضى القسمة، و أنه لم يرث شيئا فيما وقع في نصيب غيره من الورثة". فالقسمة طبقا لهذا التصور ليست ناقلة للحق، و إنما هي كاشفة أو محددة له علاوة على مالها من أثر رجعي، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى كل شريك بالقسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع لا وقت إنعقاد القسمة[3].

تأثر المشرع الفرنسي بهذا التكييف الذي أعطاه "بوتييه" لأثر القسمة، فكرسه في المادة 883 من تقنينه المدني التي تنص على أنه:**"يعتبر كل واحد من الورثة أنه ورث وحده في الحال كل الأشياء الواقعة في نصيبه، أو التي آلت إليه بالبيع لعدم إمكان القسمة عينا، و أنه لم يكن له في أي وقت ملكية الأشياء الأخرى التي في التركة"**[4].

---

1) مازن زايد جميل عمران؛ مرجع سابق ، ص. 129 .

2) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 182 .

3) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. ص. 149،148 .

4) L'Art 883 du(C.C.F) dispose : « Chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement tous les effets compris dans son lot ,ou lui échus sur licitation ,et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ».

من هذا النص إستمد المشرع المصري حكم المادة 843 من تقنينه المدني المقابلة لنص المادة 730 من (ت. م. ج)، التي تنص على ما يلي :" **يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع ، و إن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى".**

يلاحظ على هذه النصوص، أنها إقتصرت على إبراز الأثر الرجعي للقسمة دون الأثر الكاشف لها ، ويرجع السبب في ذلك، إلى النظر للأثر الرجعي و الأثر الكاشف على أنهما عبارتان مترادفتان،تكفي أحدهما للدلالة على الأخرى في ذات الوقت. فالفقه التقليدي في عهد القانون الفرنسي القديم تأثر بالتكييف الروماني للقسمة ،لذلك كان يرى أن الطبيعة الحقيقية للقسمة أنها ناقلة للحق ، وأن الأثر الكاشف أضيف لها بحكم القانون على أساس مخالف للحقيقة [1]،أي أن المشرع حسبه، إستخدم حيلة قانونية للوصول إلى غرض معين، هو حصول المتقاسم على الجزء المفرز الذي يختص به في القسمة،خاليا من الحقوق التي رتبها غيره أو رتبت ضد غيره من الشركاء أثناء الشيوع ،فقرر للقسمة بذلك أثرا كاشفا عن طريق أثرها الرجعي[2].

إن القول بأن للقسمة أثر رجعي،يعد محض إفتراض مخالف للحقيقة و المنطق على حد سواء، فهو يخالف الواقع بمحوه واقعة الشيوع، إذ يفترض بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مثلا، قد ملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه ،و يترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث و إستمرت إلى أن تمت القسمة، و هي مرحلة قد تطول سنين عديدة بقيت التركة (المال الشائع) بغير قسمة، و مع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي و يعتبرها كأنها لم تكن[3]، وهو يخالف المنطق، حيث يسبق الأثر، و هو الإفراز، المصدر المنشئ له و هو القسمة، بمعنى أن المتقاسم كان مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي آل إليه بالقسمة، بذلك يعتبر الإفراز متحققا من وقت بدء الشيوع ، في حين أنه قبل القسمة لم يكن كذلك بل كان يملك ملكية شائعة[4].

البعض من الفقه الحديث [5]، تأثر بهذا الخلط بين الأثرين، حيث إستنتج من حكم المادة 730 المذكورة أعلاه، أن للقسمة أثر رجعي فهي تعتبر مقررة أو كاشفة للحق، إذ بمقتضى الأثر الكاشف لا يكسب المتقاسم حقا جديدا بموجب سند جديد، بالتالي فهو لا يعد خلفا للمتقاسمين الآخرين، لذا فإن الجزء المفرز الذي يختص به بموجب القسمة يؤول إليه خاليا من أي حق رتبه غيره من الشركاء أثناء الشيوع، و عليه فإن غرض الأثر الرجعي يتحقق من خلال فكرة الأثر الكاشف ،كون الثاني يحقق الهدف المرجو من الأول.

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 149 .

2) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 183 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 954 ،955 .

4) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 391 .

5) محمد كامل مرسي باشا ؛ مرجع سابق ، ص. 197 - علي هادي العبيدي ؛ مرجع سابق ، ص. 80 .

لكن هناك إختلاف بين الأثر الكاشف و الأثر الرجعي من حيث الأساس و الغرض[1]:

فالأثر الكاشف للقسمة l'effet déclaratif du partage يعبر عن حقيقة الحال، هو مستمد من طبيعة القسمة فهو يبين أن القسمة ليست سند تمليك للمتقاسم لما آل إليه، و إنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع و ذلك بتحديد نطاق هذا الحق،وينتج على ذلك أن جميع النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف يجب الأخذ بها دون تضييق .

أما الأثر الرجعي l'effet rétroactif فهو محض إفتراض، إذ أن معناه إعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة،و أنه لم يملك غيرها في بقية الحصص،هذا يخالف الحقيقة لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشيء الشائع كله .

لكن المشرع يهدف من وراء الأخذ بفكرة الأثر الرجعي،إلى حماية كل متقاسم من الحقوق التي تقررت على المال الشائع، من طرف أحد الشركاء الآخرين أثناء قيام الشيوع[2]، ويترتب على ذلك أنه يجب التضييق من نطاق تطبيق الأثر الرجعي، بإعتباره إفتراضا مخالفا للحقيقة، و قصره على حدود الغرض من تقريره و إستبعاده فيما وراء ذلك[3].

من الحالات التي يستبعد فيها الأثر الرجعي،التي لا يكون فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ما يلي :

1/ ما قبضه الشركاء من ثمار في أثناء الشيوع، لا يجب رده (المادة 1/714 من ت. م. ج)، في حين أن إعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي ردها، ولوجب أن يقبض كل شريك على ثمار نصيبه المفرز منذ بدء الشيوع [4].

2/ العبرة في تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة عند إعمال قواعد الضمان و الغبن (المادتان 1/731و 1/732 من ت. م. ج)،و كان مقتضى الأثر الرجعي أن تكون العبرة بقيمة المال وقت بدء الشيوع [5].

3/ يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء في أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة، حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء، و قد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة فيما يتعلق بالرهن الرسمي في المادة 1/980 من (ت. م. ج)، و كان مقتضى الأثر الرجعي أن يصبح هذا التصرف قابل للأبطال بعد القسمة ،لصدوره من غير مالك، و كالتصرف الصادر من جميع الشركاء، التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة في المادة 720من (ت. م. ج) [6].

4/ إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع أثناء الشيوع، ثم تمت القسمة فوقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر، فإنه كما سبق لنا و أن رأينا، فإن المادة 2/714 من(ت. م. ج)، لا تجيز للمتصرف إليه طلب الإبطال إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، و ذلك على عكس الحال في التصرف في ملك الغير،

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 150.

2) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 390 ،391

3) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 150 .

4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 337 .

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 183 .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 958 .

حيث يكون للمتصرف إليه أن يطلب الإبطال و لو كان يعلم أن المتصرف غير مالك. في حين أن إعمال الأثر الرجعي للقسمة يجعل التصرف قابلا للإبطال، سواء كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة، لأنه يعتبر في هذه الحالة تصرف من غير مالك[1].

5/ سريان القانون الجديد الذي يصدر أثناء الشيوع و يضع قواعد جديدة للقسمة، في حين أن إعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي تطبيق القانون الساري وقت بدء الشيوع [2].

ثالثا: الإفراز عملية كاشفة في الفقه الحديث[3]

أخذ غالبية الفقه الحديث[4]،بفكرة الأثر الكاشف للقسمة و قال من سار في هذا الإتجاه: "إن حق الشريك المشتاع ،هو حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة،فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءا من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له ،بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع و الممتد بعد القسمة و لكن بتعديل جوهري في محله. فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله و لكنه محددا تحديدا معنويا بالثلث مثلا، و كان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد على الشيء كله أيضا ،أصبح هذا الحق بمقتضى القسمة محددا تحديدا ماديا بجزء مفرز من الشيء، يختص به الشريك وحده، و يعادل الحصة التي كانت له في الشيء الشائع كله .

فالقسمة إذن، لا تنقل للمتقاسم حقا جديدا،و إنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع،فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق، في نطاقيه المادي و المعنوي بجعلهما متطابقين،فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق، (بسبب تشابك حقوق الشركاء على الشيء)بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة ، خالصة للشريك المتقاسم وحده.فالقسمة إذ تحقق هذا التطابق،إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهي لا تخول الشريك سندا جديدا،و إنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة، لكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادي و الحصة المعنوية .

فإعتبار القسمة من التصرفات الناقلة على نحو ما كان يذهب إليه الفقه الروماني، ينبع من النظرية الفردية المسرفة إلى حق الملكية، ففي ظلها يصعب وجود شيء يتعدد ملاكه، لذلك كان لابد من تصور أنصبة الشركاء مستقل بعضها عن الأخر أثناء الشيوع ، و من ثم

---

1) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 184 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 378 .

3) نقلا عن: مصطفى محمد الجمال ،مرجع سابق ، ص. 186:" التصرف الكاشف(acte déclaratif) ، هو التصرف الذي يستند إلى حق سابق، فيقوم بالتغيير في بعض عناصره تغييرا يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات"،فالقسمة بهذا المعنى تقوم بتغيير محل الملكية الشائعة تغييرا يزيل التشابك بين حقوق الشركاء المختلفة ،عن طريق تحديد جزء مفرز من الشيء الشائع لتباشر عليه ملكية كل شريك. فلا يجوز القول بأن : " التصرف الكاشف يقوم بتقرير وضع قانوني (حق موجود سابقا) دون أن يغير فيه " ،لأن التصرف القانوني الكاشف، هو تصرف لابد أن يتضمن تغييرا ما في العلاقة القانونية القائمة و إلا ما كان تصرفا. فالتصرف القانوني قوامه إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. ص.151،150- عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق، ص. ص. 952 ،953 - أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 390 - مصطفى محمد الجمال ؛مرجع سابق، ص. ص.185 ،186 .

كان من الطبيعي أن يقال أن القسمة تتضمن مبادلة هذه الأنصبة المستقلة. لكن إنحصار هذه النزعة الفردية،قد مكن من الكشف عن طبيعة الشيوع، و أمكن تصور تعدد ملاك الشيء الواحد، بحيث يكون لكل واحد منهم حق ملكية عليه كله ،و إن كان هذا الحق محددا تحديدا حسابيا بحصة معينة منه، و على ذلك فالقسمة لا تنقل إلى المتقاسم حقا جديدا، إنما تكشف عن حقه الأصلي الذي كان له أثناء الشيوع، و إن كان ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم، إنما كان في تركيز هذا الحق في حيزه المادي . فإذا إتضح أن هذه هي وظيفة القسمة فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبرا عن حقيقة الحال ، وأن الأثر الكاشف لا يتضمن أي إفتراض مخالف للحقيقة".

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الأثر الكاشف و النتائج المترتبة عنه

إتفق غالبية الفقه[1]،على القول بأن للقسمة أثر كاشف على النحو الذي تعنيه المادة 730من (ت. م. ج) مصحوبا بأثر رجعي، و يرى أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة لا يتضمن أي إفتراض مخالف للحقيقة،إنما هو ما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها،فلا محل للتضييق من تطبيقه، و أنه لما كان الأثر الرجعي مجرد إفتراض لا يطابق الواقع، فإنه يجب أن يعمل به في حدود الغرض من تقريره، و هو حماية المتقاسمين . بذلك فإن القسمة تعد مفرزة أو كاشفة للحق،سواء كانت عقد أو قسمة قضائية،لها أثر رجعي،فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع،و أنه لم يمتلك غيرها في بقية الحصص،ذلك لحماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع،بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق و بوصفها كاشفة،فتثبت الملكية بمقتضاها.سنبحث فيما يلي مسألتين:نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة (أولا)، و النتائج التي تترتب عنه (ثانيا).

أولا :نطاق تطبيق الأثر الكاشف

لتحديد نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة،يجب أن نبين الأشخاص الذين يكون هذا الأثر في مواجهتهم،التصرفات التي يترتب عليها الأثر الكاشف،ثم الأموال التي ينطبق عليها.

1- تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص

إن القسمة ترتب أثرها الكاشف بالنسبة إلى جميع الأشخاص،لا فرق في ذلك بين الشركاء المتقاسمين في المال الشائع و الغير. فسيرى الأثر الكاشف على الشركاء المتقاسمين،أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة،يستوي في ذلك من كان يملك في الشيوع منذ البداية، و شريك إكتسب ملكية حصته بعد بدء الشيوع، مادام أنه مالك في الشيوع وقت القسمة. من ثم سيرى الأثر الكاشف على جميع الورثة، كذلك كل شخص غير وارث إنتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة، فليس من الضروري أن يكون جميع الملاك على الشيوع قد إستمدوا حقوقهم من سند واحد، بل قد يختلف سند إكتساب ملكية حصتهم في المال الشائع، لكن العبرة بثبوت ملكية الشريك وقت إجراء القسمة، حتى يسري الأثر الكاشف للقسمة عليه [2].

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 359 – محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص. 108 .
2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 386 .

يطبق أيضا الأثر الكاشف على الغير، (و هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع)[1]،فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة، تطبيقا لذلك، لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع،فإذا كان أحد الشركاء قد رتب رهنا على المال الشائع، سواء ورد الرهن على المال كله أو على جزء معين منه أو على حصة فيه، ثم آل هذا المال أو جزء منه بالقسمة إلى شريك أخر، فإنه يؤول إليه خاليا من الرهن[2]،فلا يجوز للدائن المرتهن (الغير) أن يحتج على الشريك المتقاسم الذي وقع الشيء المرهون في نصيبه عند القسمة، حيث أن هذا الشريك ليس خلفا للشريك الراهن[3]. ذلك بفعل الأثر الكاشف للقسمة الذي يسري في حق الدائن المرتهن، فيعتبر الرهن قد صدر من غير مالك، ولا يرد على هذا الحكم إلا إستثناء واحد هو، التصرف الصادر من جميع الشركاء، فإنه يبقى أيا كانت نتيجة القسمة طبقا للمادة 1/890 من (ت. م. ج)، و لكن الدائن المرتهن يستوفي دينه بالأولوية من المقابل الذي آل إلى الراهن[4]،عملا بحق التقدم و التتبع في الرهن[5].

2- تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

كل تصرف من شأنه أن ينهي الشيوع يكون له أثر كاشف، فهو يكشف عن حق سابق للشريك، بذلك يسري الأثر الكاشف على القسمة النهائية ،قسمة التصفية و على بعض التصرفات التي تعادل القسمة[6].

أ- القسمة النهائية

يسري الأثر الكاشف على القسمة النهائية، أيا كان نوعها سواء كانت قسمة إتفاقية(و لو كانت فعلية) أو قسمة قضائية ، قسمة عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بدون معدل ،قسمة كلية تتناول كل المال الشائع، فيخرج بمقتضاها كل الشركاء من حالة الشيوع، و يختص كل شريك بنصيبه مفرزا ،أو قسمة جزئية تتناول بعض من المال الشائع، فيخرج بمقتضاها بعض الشركاء من حالة الشيوع، و يختص كل شريك بنصيبه مفرزا، بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعا بين باقي الشركاء، أما إذا كانت القسمة غير نهائية أو مؤقتة، لا يترتب عليها إنهاء الشيوع، فإنه لا يسري عليها الأثر الكاشف مثل قسمة المهايأة التي يقتصر أثرها على مجرد تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، أما قسمة المهايأة المكانية فإنها إذا إستمرت خمسة عشر سنة تنقلب إلى قسمة نهائية، فبالتالي يسري عليها الأثر الكاشف[7].

ب- قسمة التصفية

تلجأ المحكمة إلى هذه القسمة إذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة،فيباع المال الشائع بالمزاد لكي يوزع ثمنه على المتقاسمين. يثبت لهذه القسمة أيضا الأثر الكاشف،سواء تمت باتفاق الشركاء أو بقرار من المحكمة، لكن يجب التفرقة بين حالتين:

---

1) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 170 .

2) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 152 .

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 116 .

4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 386 ،387 .

5) تنص المادة 907 من (ت. م. ج) على ما يلي :"يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم و لو كانوا أجروا القيد في يوم واحد"، يلاحظ أن نص هذه المادة بالغة الفرنسية إستعمل مصطلح "..avant..."، بمعنى "...قبل..." و يبدو أنه هو الذي يعبر عن المعنى الصحيح بدلا من مصطلح "...تجاه..." .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 959 .

7) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 379 ،380 .

رسو المزاد على أحد الشركاء أو رسوه على أجنبي [1].

الحالة الأولى : رسو المزاد على أحد الشركاء

إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء في بيع المال الشائع،ففي هذه الحالة يكون البيع قسمة أوقعت في نصيب الشريك المشتري هذا المال بأثر كاشف،فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشيوع[2]، ويكون البيع هنا قسمة بطريق التصفية ،فإذا زاد الثمن الراسي به المزاد عن حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة،فيجب عليه دفع معدل القسمة .أما إذا زادت حصة هذا الشريك عن الثمن الراسي به المزاد ، فيستكمل باقي نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى،أو يدفع له باقي الشركاء معدل القسمة[3]،و يترتب على القسمة زوال التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على العين المبيعة،لكن تبقى التصرفات التي صدرت من الشريك المشتري[4]،و يكون للثمن الراسي به المزاد، حكم معدل القسمة، يجب دفعه دون إنتظار إنتهاء عملية القسمة[5].

الحالة الثانية :رسو المزاد على أجنبي

إذا كان الراسي عليه المزاد عليه أجنبيا، ففي هذه الحالة يكون رسو المزاد بيعا صادرا من الشركاء إلى هذا الأجنبي، و ذلك في العلاقة فيما بين الشركاء و الراسي عليه المزاد (المشتري)، و من ثم لا يجوز لهذا الأخير نقض القسمة بسبب الغبن إلا إذا كانت العين عقارا. أما فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين الشركاء أنفسهم، فيعتبر التصرف قسمة، لذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسى به المزاد[6].

يترتب على ذلك أن حق كل شريك في هذا الثمن، لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته في المال الشائع، و إنما يتوقف هذا التحديد على ما يؤول على الشريك من هذا الثمن عند إجراء القسمة بين الشركاء، فإذا آل الثمن كله إلى شريك واحد، أعتبر هذا الشريك أنه قد إختص بمقتضى القسمة بالمال المبيع و أنه هو وحده الذي باعه للأجنبي، فلا تنفذ في حقه التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع في خصوص المبيع، لكن تبقى التصرفات التي أبرمها هو(الشريك البائع). أما إذ أسفرت القسمة على توزيع الثمن بين الشركاء أعتبروا جميعا بائعين و بقيت التصرفات التي أبرموها أثناء الشيوع في خصوص المبيع[7].

ج- تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف

توجد بعض التصرفات تعادل القسمة و بالتالي يثبت لها الأثر الكاشف نذكر منها:

ج.1- بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر

تنص المادة 1/714 من(ت. م. ج) على ما يلي :**" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها ..."**؛ يرى بعض الفقه[8]،أن بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر، يعتبر تصرفا معادلا للقسمة، بالتالي يثبت له الأثر الكاشف، فيصبح الشريك

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. ص. 153 ،154 .
2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 959 ،960 .
3) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 379 .
4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 151 .
5) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 960 .
6) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 380 .
7) نبيل إبراهيم سعد ؛الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 154 .
8) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 961 - محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 381 .

المشتري مالكا للحصة المبيعة، و تضاف هذه الحصة إلى الحصة التي يملكها، و من ثم يعتبر مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع.

غير أن هناك من الفقه (و معه القضاء الفرنسي في مجموعه)[1]،يرى عكس ذلك، و يشترط حتى يكون التصرف كاشفا أن ينتهي الشيوع بالنسبة إلى جميع الشركاء، و هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه إكتساب أحد الشركاء ملكية حصص باقي شركائه، بحيث يصبح المال الشائع بموجبه،مملوكا ملكية مفرزة لهذا الشريك. فمثل هذا التصرف لا يعتبر ناقلا للملكية بل هو يعادل القسمة، بالتالي ينطبق عليه الأثر الكاشف ومثال ذلك أن يبيع أحد الشركاء المال الشائع كله إلى واحد منهم، ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل منهم، أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقين الشائعة، فتخلص له ملكية المال الشائع كله. يترتب نفس الأثر، لو كان البيع لأجنبي فباشر الشريك حقه في الإسترداد أو الشفعة، إذ يحل الشريك المسترد أو الشفيع محل المشتري الأجنبي، و يعتبر كأنه هو الذي تعاقد مع الشريك البائع من أول الأمر، فيترتب الأثر الكاشف على البيع المصحوب بالإسترداد أو الأخذ بالشفعة وينطبق عليه أحكام القسمة.

حسب هذا الرأي إذن، فإن التصرف الذي تقتصر نتيجته على مجرد إنقاص عدد الشركاء وزيادة في مقدار الحصص الشائعة للشركاء الباقين أو أحدهم ،دون أن يترتب عليه إفراز للمال ،لا يترتب عليه الأثر الكاشف، كبيع أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة فتتضاعف حصة المشتري، مع بقاء أموال التركة الشائعة بينه وبين الشركاء الآخرين، فيكون التصرف في هذه الحالة ناقلا، ويكون المشتري خلفا للشريك البائع في حدود حصة هذا الأخير.

يشترط في التصرف أيضا حتى يكون معادلا للقسمة في أثرها الكاشف، أن يكون من المعاوضات لا من التبرعات. فإذا وهب احد الشريكين حصته للأخر أوهب الشركاء حصصهم لأحدهم، فلا يكون للهبة أثر كاشف بل هي تصرف ناقل، يكون الشريك الموهوب له خلفا للواهب رغم أنه قد ترتب على الهبة أن أصبح الشريك الموهوب له مالكا ملكية مفرزة للشيء كله[2].

ج-2-بيع جزء مفرز من المال الشائع قبل إجراء القسمة

وفقا للمادة 2/714من(ت. م. ج)،فإنه يحق للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل القسمة، فإذا لم يقع هذا الجزء عند إجراء القسمة في نصيب المتصرف، إنتقل حق المتصرف إليه (من وقت البيع)إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، فتكون القسمة هنا كاشفة للبيع لا ناقلة له[3].

3- تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التي كانت شائعة، فأفرزتها القسمة أو التصرف المعادل لها ،سواء كانت تلك الأموال عقارات ، منقولات أو حقوق ترد على أشياء معنوية كحق المؤلف و براء الإختراع[4].

كذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة، بأن كان شائعا فإقتصرت

1) نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق، ص. ص. 154،155

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ مرجع سابق، ص. 961.

3) محمد المنجي ؛ مرجع سابق، ص.381.

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 962 .

القسمةعلى مجرد إفرازه، يترتب على ذلك أنه لا يكفي أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقا من الحقوق، لكي ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق[1].

بناءا على ذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال، كل ما لم يكن مالا شائعا و أفرز،مثل معدل القسمة و الحقوق الشخصية[2].

أ- معدل القسمة

معدل القسمة هو مبلغ من النقود(تعويض) يدفعه الشريك الذي ينال نصيبا أكبر من حصته، إلى الشريك الأخر الذي ينال نصيبا أقل من حصته حتى تتعادل الحصص .

تتحدد طبيعة معدل القسمة على هذا النحو؛ بأنه لم يكن شائعا و أفرز، بل هو مال مملوك ملكية مفرزة في الأصل، يدفعه الشريك المتقاسم لشريكه الآخر حتى يتعادل أو تتوازن الحصص بناء على ذلك، إذا تمت القسمة بمعدل، فإن الأثر الكاشف يسري على المال الذي أفرز بالقسمة و لا يسري على المعدل، الذي يصبح إلتزاما في ذمة الشريك المدين به بموجب القسمة، تنتقل ملكيته من الشريك المدين إلى الشريك الدائن الذي يعتبر خلفا للأول [3]،مثال ذلك، إذا كان المعدل الذي التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الأخر، عقارا يملكه على سبيل الإفراز، فالقسمة في هذه الحالة لا تكون كاشفة لملكية هذا العقار، بل تكون ناقلة لملكيته من مالكه إلى المتقاسم الآخر ،(تنتقل ملكية هذا العقار بعد شهره لا وقت بدء الشيوع) [4]،بالتالي يصبح هذا الأخير خلفا للمتقاسم الأول الذي تبقى تصرفاته التي أبرمها في خصوص هذا العقار قائمة[5].

ب- الحقوق الشخصية

يعرف الحق الشخصي بأنه رابطة بين شخصين، بمقتضاها يلتزم أحدهما و هو المدين قبل الأخر و هو الدائن بأداء معين، أي بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، بذلك يكون للدائن حق في إقتضاء هذا الأداء من المدين[6].

تحديد الحقوق الشخصية على هذا النحو، يخرجها من مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال، فالشيوع لا يرد على هذه الحقوق لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي، فإن الحق ينقسم بينهم و ذلك ما لم يكن غير قابل للإنقسام، إذ في هذه الحالة تطبق أحكام عدم القابلية للتجزئة لا أحكام الشيوع[7]،بالتالي تنتفي عن هذه الحقوق صفة المال الشائع الذي تم إفرازه، ما دام أنها كانت مقسمة من أول الأمر، فلا يكون هناك محلا لقسمتها و لا إنطباق الأثر الكاشف عليها[8].

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 962 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 284 .

3) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 38 .

4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 384 .

5) دفاس فوزي ؛ مرجع سابق ، ص. 101 .

6) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 157 .

7) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 384،385 .

8) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ،مرجع سابق ، ص. 157 .

مثال ذلك أن يتوفى شخص و يكون للتركة دين، فإن هذا الحق الشخصي الذي يشتمل عليه التركة، لا يدخل في الشيوع مع باقي أموال التركة الشائعة، بل ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته في التركة بمجرد وفاة المورث[1].و من ثم لا يمر هذا الدين بمرحلة شيوع تسبق القسمة، بل هو ينقسم من البداية بين الورثة، بالتالي لا مجال لتطبيق الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الدين، و يعتبر كل وارث صاحب حصته في هذا الحق الشخصي من وقت وفاةالمورث، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة، بل بفضل إنقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث[2].

ثانيا: النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف

من أهم النتائج التي تترتب على إعتبار القسمة كاشفة و ليست ناقلة للحق؛ ما يلي :

1- مصير التصرفات التي إنفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع

إن التصرفات التي ينفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع على المال الشائع، لا تنفذ في حق شريك آخر وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة[3]، فالشريك يعتبر مالكا للجزء الذي إختص به منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة،من ثم لا ينفذ في حقه أي تصرف وقع من شريك أخرفي أثناء الشيوع، لكن التصرفات التي أبرموها هو تكون نافذة في هذا الجزء المفرز، ذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، لذلك فهي ليست سند تملك المتقاسم للنصيب المفرز الذي إختص به، بالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفا للشركاء الآخرين. يترتب على ذلك إذا أبرم أحد الشركاء رهنا أثناء الشيوع، فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو جزء مفرز منه[4].

هناك من الفقه[5]،من يرى أن نتيجة الأثر الكاشف للقسمة تقتصر على مجرد عدم نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز لأنه ليس خلفا للمتصرف، و لكنها لا تؤدي إلى إعتباره قابلا للإبطال بحجة أنه صادر من غير مالك، إذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله و إن كان ذلك في نطاق النسبة المحددة.

بينما هناك رأي فقهي آخر[6]،يرى أن نتيجة الأثر الكاشف للقسمة، تؤدي إلى سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء، غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز، لأن تلك التصرفات تكون صادرة من غير مالك، فلا تنفذ في حق الشريك الذي آل إليه المال أو الجزء المحمل بتصرفات الشركاء الآخرين.

2-شهر الحكم القاضي بالقسمة

إذا كان المال الشائع عقارا، فإن الحكم القاضي بالقسمة (إذا كانت عينية)، و حكم رسو المزاد (إذا تمت بطريقة التصفية)، لا يكون نافذا و لا يرتب آثاره سواء بين المتقاسمين أو

1) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 39 .
2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 962 .
3) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 390 .
4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 158 .
5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 187 .
6) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 387 .

بالنسبة للغير[1]،إلا من تاريخ شهره بالمحافظة العقارية [2]، طبقا لما نصت عليه المادتين 15و16 من الأمر رقم 75-76.

المشرع الجزائري يستوجب عملية الشهر إذا تعلق الأمر بحقوق عينية عقارية، سواء كان التصرف ناقل للملكية أو كاشف عنها، و عليه فإن القرارات و الأحكام الصادرة عنها مختلف الجهات القضائية التي تكرس حقوق عينية عقارية، أو تعدل أو تغير أو تزيل هذه الحقوق أو تكشف عنها، فإنه يجب إشهارها بإعتبارها سندات للملكية بحكم القانون، كحكم ثبوت الشفعة (المادة 803 من ت. م. ج)،كما يجب أن يتضمن الحكم القضائي بالقسمة كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار، فالقسمة تجزؤه إلى الوحدات عقارية جديدة، بالتالي يجب أن تعين الحصة التي تؤول لكل متقاسم تعيينا دقيقا حتى لا يرفض المحافظ العقاري في شهر الحكم[3]،و ذلك طبقا للمادة 66 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

3-القسمة عقد مساواة بين المتقاسمين

إن القسمة قائمة على أساس المساواة بين المتقاسمين و ليست عقد مضاربة، يترتب على ذلك أن الغبن في القسمة يختلف عنه في البيع، و أن ضمان التعرض و الإستحقاق في القسمة ينفرد ببعض الأحكام خاصة تميزه عن الضمان في البيع[4].

أ-الغبن في القسمة

إن الغبن الفاحش غير مسموح به في القسمة ،و ما دامت هذه الأخيرة تصرف كاشف للحق، فقد وجب أن يحصل كل متقاسم على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة [5].فإذا كانت القسمة إتفاقية، و لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على خمس ما يستحقه فإن المشرع الجزائري يجيز له نقضها [6]،و هذا الحكم يقوم على تحقيق المساواة بين المتقاسمين التي تعد أساس القسمة. لذلك فإن الغبن في القسمة يختلف عنه في البيع، سواء من حيث شروط دعوى الغبن، أو من حيث ما يجب على الطرف الآخر أداؤه لتجنب نقض القسمة، إذ الفكرة هي تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على نصيب مفرز معادل لحصته الشائعة، و ذلك بصرف النظر عن طبيعة المال الشائع عقارا كان أو منقولا، عكس الحال في البيع حيث تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن على العقار فقط، فإذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد عن الخمس، وجب تكملة نصيبه بتمامه لا إلى أربعة أخماس فحسب، كما هو الحال في البيع، حيث أن البيع يقوم على المضاربة و هي تقتضي تعادلا كاملا بين الثمن الذي يحصل عليه البائع و قيمة الشيء المبيع[7].

ب- ضمان التعرض و الاستحقاق

يتميزبأحكام خاصة،تختلف عن تلك المعروفة في البيع،وسنتعرض له في المطلب الموالي.

---

1) الغير :"هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع، قام بشهره قبل شهر سند القسمة، يستوي أن يكون هذا الحق عينيا أصليا أو تبعيا". بناء على هذا التعريف، لا يعتبر من الغير كل من (المشتري لجزء مفرز قبل القسمة - المشتري لجزء مفرز بعد القسمة- المستأجر لقدر من عقار شائع –الشخص الأجنبي أصلا عن القسمة)، لمزيد من التفاصيل راجع: نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ،ص. 159- محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 394 ،395 .

2) حمدي باشا عمر ؛حماية الملكية العقارية الخاصة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2002 ، ص. 64 .

3) زروقي ليلى وحمدي باشا عمر ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 58 - 66 .

4) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص.ص. 389،388.

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 187 .

6) المادة :732من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

7) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 160 .

المطلب الثاني
الضمان في القسمة

يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق، و يقوم هذا الضمان على أساس أن وظيفة القسمة هي تحقيق المساواة بين المتقاسمين عن طريق حصول كل منهم على ما يوازي حصته الشائعة، ذلك أنه لو تلقى أحد المتقاسمين عينا معينة،ثم حكم لأجنبي بملكية تلك العين أو بجزء منها أو بتكليف عليها لسبب سابق على القسمة، فإن معنى هذا أن المتقاسم لم يحصل على نصيبه أو أنه قد حصل على جزء منه فحسب، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من أنصبائهم التي يستحقونها[1]،فليس من العدل أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة في حين أن أحدهم يحرم من كل حقه أو من بعضه[2].

الأصل أن ضمان التعرض و الإستحقاق يترتب على التصرفات الناقلة للملكية، كعقد البيع، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله له ملكية هادئة و مستقرة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من الغير[3]،إلا أن المشرع الجزائري رتب هذا الضمان على القسمة[4]،على الرغم من أنها تصرف كاشف و لا يعتبر المتقاسمون خلفاء لبعضهم، غايته في ذلك ضرورة تحقيق المساواة فيما بينهم [5].

لقد أجمل المشرع الجزائري أحكام الضمان في القسمة في مادة واحدة(731من ت. م.ج)، بينما أحكام الضمان في البيع جاءت في 16 مادة (المواد 371-386)،لذلك فالقاعدة هي أنه إذا خلت أحكام الضمان في القسمة من تنظيم معين، وجب الرجوع إلى أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق في البيع ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع طبيعة القسمة بأنها كاشفة، أو مع الأساس الذي تقوم عليه تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين[6].

يشمل الإلتزام بالضمان التعرض و الإستحقاق معا،حيث يلتزم المتقاسمون بضمان التعرض الذي يقع لأحدهم من قبل الغير، الذي يتمثل في إدعاء ملكية المال أو جزء منه الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة،إذ يتوجب على باقي المتقاسمين إتخاذ كل ما يلزم لمنع هذا التعرض، فإذا ينجحوا و إستحق الغير المال المضمون،كانوا ملتزمين بالتعويض عن هذا الإستحقاق [7].

---

1) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 168 .

2) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 171 .

3) محمد وحيد الدين سوار ؛ حق الملكية في ذاته، مرجع سابق ، ص. 167 .

4) المادة : 731 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

5) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 109 .

6) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 399 ،400 .

7) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص.110.

الضمان في القسمة واجب سواء كانت القسمة إتفاقية أو قضائية ،غير أنه يشترط لقيامه توفر عدة شروط (فرع أول)، و بتوافرها تترتب على الضمان عدة آثار (فرع ثاني).

الفرع الأول
شروط تحقق الضمان

يشترط لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان وقوع تعرض أو إستحقاق من الغير بالفعل(أولا) ،لسبب سابق على القسمة(ثانيا)، كما يجب ألا يكون الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه(ثالثا)، و ألا يوجد إتفاق صريح يعفي من الضمان(رابعا).

أولا:وقوع تعرض أو إستحقاق من الغير

يجب أن يقع لأحد المتقاسمين تعرض أو إستحقاق من الغير،فلا يكفي مجرد إحتمال وقوعه لقيام الضمان، كذلك لا تكفي ظهور عيوب خفية في الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب المتقاسم لقيام الضمان[1]،لأن ضمان المتقاسمين يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق،فلا ضمان للعيوب الخفية في القسمة عكس الحال في البيع[2]،و يرجع ذلك إلى الفرق الموجود بين البيع و القسمة، ففي البيع ليس هناك ما يلزم المشتري بقبول المبيع معيبا،أما في القسمة فإن المال الشائع لابد أن تشمله القسمة ولو كان معيبا، فيقع في نصيب أحد المتقاسمين،فإذا إكتشف المتقاسم عيب خفي في الحصة المفرزة التي آلت إليه فإن ذلك يدل على أن هناك غبن لحقه، لأن نصيبه قد قوم بأكثر من قيمته،عندئذ يجوز له الرجوع على سائر المتقاسمين عن طريق الطعن في القسمة الإتفاقية بسبب الغبن إذا توافرت شروطه[3].

نرى أن هذا التبرير غير مقنع، خاصة إذا كانت القسمة قضائية، بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي إكتشف العيب في نصيبه اللجوء إلى الغبن ،مما يترتب عليه الإخلال بالمساواة بين المتقاسمين، لذا كان من الأفضل أن يشمل الضمان في القسمة ضمان العيوب الخفية أيضا.

كما تتحدد طبيعة التعرض الذي يضمنه المتقاسمون، بأنه التعرض القانوني أي التعرض الذي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه سواء أكان حق ملكية أم حقا عينيا آخر كحق الإنتفاع أو حق إرتفاق غير ظاهر[4]،أم حقا شخصيا ،كما لو تبين أن العقار الذي إختص به أحد الورثة في القسمة كان مؤجرا من قبل المورث بأجر يقل عن أجر المثل. أما التعرض المادي فالمتقاسم كالبائع لا يضمنه، و يستطيع المتقاسم الذي وقع له هذا التعرض، أن يدفعه وحده دون حاجة لمساعدة المتقاسمين الآخرين، ما لم يكن التعرض المادي صادرا من أحده،كذلك يضمن المتقاسمون الإستحقاق الحاصل من الغير،الحصة كلها أو بعضها[5].

---

1) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 401 .

2) المادة:379 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

3) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 117 .

4) أما إذا كان حق الإرتفاق ظاهرا أو أشير إليه عند القسمة فإن المتقاسم لا يضمنه إذ يفترض في هذه الحالة إشتراط عدم الضمان قياسا على المادة 2/377 من (ت. م. ج) بصدد خلو المبيع من حقوق الإرتفاق.

5) مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 193 .

يجب أيضا أن يكون التعرض صادرا من الغير، أما إذا وقع التعرض من احد المتقاسمين فإنه يجب التفرقة بين التعرض المادي و التعرض القانوني :

فإذا كان التعرض ماديا،فإنه يخضع للقواعد العامة التي تقضي بأن يمتنع المتقاسم عن التعرض المادي لمتقاسم آخر، فإذا تمثل نصيب الشريك في قاعدة تجارية إمتنع على الشريك الآخر أن يقوم بنشاط مماثل بجواره لمنافسته و جذب العملاء منه[1]،حيث يخالف مبدأ حسن النية في تحديد مضمون عقد القسمة و تنفيذه[2].

أما إذا كان التعرض قانونيا، و مثاله أن يكون أحد الأموال التي شملتها القسمة ملكا لأحد المتقاسمين، ثم تقع في نصيب متقاسم آخر، إختلف الفقه في هذا الصدد [3]،فيرى البعض منهم[4]،أنه يحق للمتقاسم مالك العين إسترادادها من الشريك الآخر، ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له ،و المالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر، فليس عليه إلتزام الضمان، كما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ،أما المتقاسم الذي كان هذا الشيء في نصيبه فيرجع على المتقاسمين الآخرين بما فيهم المتقاسم الذي إستحقت له العين بضمان الإستحقاق. بينما يرى فريق أخر[5]،أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانوني و أن القول بعدم إلتزامه يتعارض مع القسمة التي وافق عليها، فلا يستطيع إسترداد العين المملوكة له ملكا خاصا و لا يبقى أمام هذا المتقاسم من وسيلة لإسترداد ماله إلا الطعن في القسمة بالغلط فيبطلها، و يترتب على ذلك أن يعود ماله إليه . بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له يجوز للمتقاسم الذي وقعت تلك العين في نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه، أو يرجع بضمان الإستحقاق.

ثانيا:أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة

يشترط لقيام الضمان أن يكون التعرض أو الإستحقاق راجعين لسبب سابق على القسمة،إذ بالقسمة يستقل كل من المتقاسمين بما إختص به، فلا يصبح مسؤولا عما يحدث للمتقاسمين الآخرين ، فيجب إذن أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجود قبل القسمة[6]،أما إذا كان لسبب لاحق على القسمة فلا ضمان على المتقاسمين، مثال ذلك أن تنزع ملكية العين المفرزة من تحت يد المتقاسم من أجل المنفعة العامة بعد تمام القسمة[7]،أوأن يتملك الغير العقار الذي وقع في نصيب أحد المتقاسمين بالتقادم بعد القسمة بوقت كاف، بحيث كان في إمكان المتقاسم خلاله أن يقوم بقطع التقادم [8].

---

1) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 112 .

2) تنص المادة 1/107من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية...".

3) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 404 .

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 973 ،974 - محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ،ص. 112 .

5) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 404 - مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 194 .

6) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 112 .

7) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 41 .

8) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 118 .

أما إذا كان الحائز قد إستكمل مدة التقادم قبل القسمة، فأصبحت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الإستحقاق يتحقق في هذا الفرض لأن سبب الإستحقاق و هو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة[1].

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الضمان يقوم في حالة وجود سبب لاحق على القسمة إذا كان هذا السبب راجع إلى تصرف أحد المتقاسمين، و كان الحق الذي يدعيه المتعرض آيلا من هذا المتقاسم شخصيا، لكن الرجوع بالضمان هنا يكون على المتقاسم الذي صدر منه التصرف سبب التعرض[2]،و هذا قياسا على المادة 371 من (ت. م. ج) الخاصة بالبيع[3]،حيث يلتزم البائع بالضمان في حالة التعرض لسبب لاحق للبيع بتصرف من البائع.

ثالثا:ألا يكون الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم

ليس للمتقاسم أن يرجع بالضمان على المتقاسمين الآخرين إذا كان إستحقاق المال راجعا إلى خطئه، فهو يتحمل وحده نتيجة خطئه[4]. من الأمثلة التي يكون فيها الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم، كما إذا تولى وحده الدفاع في دعوى الإستحقاق المرفوعة عليه من الغير، دون أن يخطر المتقاسمين الآخرين للتدخل فيها في الوقت المناسب و يمضي فيها إلى أن يخسرها[5]. فإذا أثبت باقي المتقاسمون أن الغير لم يكن على حق في دعواه، و كانت لديهم الوسيلة الأكيدة لدفع دعوى الإستحقاق[6]،فإن المتقاسم المتعرض له يفقد حقه في الضمان ذلك قياسا على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الإستحقاق في البيع[7]،مثال ذلك أيضا،أن يدعي الغير وجود حق له سابق على القسمة على العين المفرزة التي آلت إلى المتقاسم ، فيقر له هذا الأخير بما يدعيه دون أن ينتظر حكما قضائيا ،و لم يخبر المتقاسمين الآخرين بالدعوى في الوقت المناسب ليحلوا محله فيها[8].ثم يبين عدم صحة إدعاء الغير و عدم وجود حق له،في هذه الحالة أيضا يفقد المتقاسم المتعرض له حقه في الضمان،إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه[9]،و ذلك قياسا على المادة 373 من (ت. م. ج) الواردة في ضمان الإستحقاق في البيع[10].

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 975 ،976 .

2) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 113 .

3) تنص المادة 371 من(ت. م. ج)المعدل و المتمم على ما يلي :"يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه...و يكون البائع مطالبا بالضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

4) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 113 .

5) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 406 .

6) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 173 .

7) تنص المادة 2/372 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :"...فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به ،فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق ".

8) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. 118 .

9) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ،ص. 977 - محمد حسين منصور؛ مرجع سابق ،ص. 113 .

10) تنص المادة 373 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي:" إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا،متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه ليحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

رابعا : عدم وجود إتفاق صريح يعفي من الضمان

يشترط لقيام الضمان أيضا، عدم وجود إتفاق يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، فالمشرع الجزائري يستوجب أن يكون شرط الإعفاء من الضمان في القسمة صريحا و خاصا، حسب المادة731/ 2من(ت. م. ج) التي تنص على ما يلي: **"...غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها..."**.

يتضح لنا أن الضمان في القسمة يسقط إذا كان هناك إتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه ،فلا يكفي الشرط الضمني ذلك ،بخلاف شأن عقد البيع ،حيث يمكن أن يكون الإعفاء من الضمان بمقتضى إتفاق صريح أو يستنتج من الظروف. من ناحية أخرى يجب إن يكون شرط الإعفاء خاصا يتفق فيه على الإعفاء من الضمان، و يذكر فيه سبب الإستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه فيقتصر عليه ،هذا بخلاف البيع إذ الإتفاق على إسقاط الضمان يجوز أن يكون بشرط عام[1]. يرجع هذا التشدد من قبل المشرع الجزائري إلى حرصه على أن تتحقق المساواة بين المتقاسمين[2].

لا يشترط أن يرد الشرط الخاص الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته ،بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة،أو في مراسلات متبادلة بين المتقاسمين [3].

سبق لنا القول إلى أنه تطبق قواعد ضمان التعرض و الإستحقاق في البيع، على الضمان في القسمة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع طبيعة القسمة و الأساس الذي تقوم عليه، تطبيقا لذلك نجد أن أحكام الضمان في القسمة لا تتعلق بالنظام العام، بالتالي يجوز الإتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط[4]،بالقياس على حكم البيع[5].

بناءا على ذلك قد يتفق المتقاسمون على زيادة الضمان ،مثال ذلك إشتراط نزع ملكية العين بعد القسمة، أو على إنقاصه أو إشتراط عدم ضمان حقوق الإرتفاق بعد القسمة، و يقع باطلا كل إتفاق ينقص أو يسقط الضمان في القسمة إذا كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الإرتفاق، ذلك لأنهم يكونوا قد إرتكبوا غشا ،وإشترطوا عدم مسؤوليتهم عنه[6]، و لا يجوز طبقا للقواعد العامة إشتراط عدم المسؤولية عن الغش حتى لو كانت المسؤولية عقدية[7].

يفترض في حق الإرتفاق أن المتقاسمين قد إشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا، أو إذا كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان فيكفي إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق إرتفاق قائم على العقار، و يكون علمه آتيا عن طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة

1) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 405 .
2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 408 .
3) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص. 169 .
4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 410 .
5) المادة :377 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .
6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 978 .
7) المادة :178 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم .

عنه، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان[1]،و كان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي، بل يجب أن يشترط عدم الضمان و يكون الشرط صريحا فيما يتعلق بالقسمة[2].
يلاحظ أن إسقاط أو الإعفاء من ضمان التعرض و الإستحقاق في القسمة،لا يحول دون طلب المتقاسم نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن إذا كانت شروطه متوافرة[3].

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على تحقق الضمان

إذا وقع تعرض للمتقاسم و توافرت شروط الضمان، وجب على المتقاسم إخطار المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير لإتاحة الفرصة لهم للقيام بواجبهم في الدفاع عنه ،عن طريق التدخل فيها و الإشتراك معه في الرد على دعوى المدعى المتعرض[4].فإذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى رغم إخطارهم في الوقت المناسب، أو لم يتمكنوا من دفع تعرض الغير رغم تدخلهم فيها، بحيث نجح الغير في دعواه و حكم له بحقه أي بالإستحقاق فعلا، فإن المتقاسمين يلتزمون بضمان هذا الإستحقاق[5]،أي بتعويض المتقاسم عن نصيبه الذي إستحق للغير[6].

يكون للمتقاسم حق الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض ،إذا إستحقت العين التي وقعت في نصيبه في حالات معينة (أولا)، حيث إذا ثبت للمتقاسم ضمان الإستحقاق طبقا لإحداها،إلتزم المتقاسمون الآخرون بتعويض هذا الإستحقاق بحسب قيمته[7](ثانيا) .

أولا :الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان

إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان الذي حصل له التعرض بإخطار باقي الشركاء الذين يلتزمون بالضمان في دعوى الإستحقاق المرفوعة عليه ، و كان هذا الإخطار في وقت مناسب ،فتدخلوا في الدعوى. فنكون أمام فرضين: **الأول**،أن يحكم برفض دعوى الإستحقاق أي رفض إدعاء المتعرض، فيكون الإلتزام بالضمان قد نفذ عينا و بالتالي لا محل لضمان الإستحقاق.**الثاني**، أن يحكم بقبول دعوى الإستحقاق أي بقبول إدعاء المتعرض، فيكون الإلتزام بالضمان قد حل، بالتالي وجب عليهم ضمان الإستحقاق[8].

تفصيلا للفرض الثاني فإن المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة يرجع بالتعويض على باقي

---

1) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 410 .
2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 978 .
3) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 41 .
4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 169 .
5) محمد حسين قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 174 .
6) يلاحظ أن المشرع الجزائري إقتصر إلتزام المتقاسمين بالضمان على تعويض المتقاسم المستحق منه،ذلك لأنه لم يرد أن يرتب على الإستحقاق إعادة القسمة من جديد بما تطلبه من جهد و مصروفات و عدم إستقرار و إكتفى لتحقيق المساواة بين المتقاسمين بتعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدي عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير .راجع في ذلك : مصطفى محمد الجمال ؛ مرجع سابق ، ص. 195 .
7) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 42 .
8) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 411 .

المتقاسمين الذين يلتزمون بالضمان إذا إستحقت العين التي وقعت في نصيبه في إحدى الحالات التالية:

1- إذا أخطر المتقاسم الدائن بالضمان، المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب، فتدخل المتقاسمون لكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى التعرض[1].

2- إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان، بإخطار باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب،فلم يتدخلوا في الدعوى و حكم بالإستحقاق للمدعي، و لم يستطع المتقاسمون إثبات أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن، أو نتيجة خطأ جسيم منه. تستند هذه الحالة إلى المادة 1/372 من (ت. م. ج) [2].

3- إذا أخطر المتقاسم الدائن بالضمان، باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق من الوقت المناسب لكنهم لم يتدخلوا في الدعوى، فأقر المتقاسم الدائن و هو حسن النية ،بحق المتعرض أو تصالح معه دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه[4]، ذلك قياسا على المادة 373 من (ت م ج) سالفة الذكر .

4- إذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان، باقي المتقاسمين بدعوى الإستحقاق و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به ،و لم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق[5]. تستند هذه الحالة إلى المادة 2/372 من (ت. م. ج) سالفة الذكر.

5- إذا سلم المتقاسم الدائن بالضمان، للمتعرض بحقه دون دعوى رفعها المتعرض ،و لم يثبت باقي المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

ثانيا :حالات تحديد قيمة الضمان

إذا ثبت للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الإستحقاق في حالة من الحالات السابقة الذكر، فإن الحال لا يخلوا من أحد الفروض الثلاثة :إما أن يكون الإستحقاق، إستحقاقا كليا، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان.أو أن يكون الإستحقاق إستحقاقا جزئيا، فيجب على باقي المتقاسمين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضا بقدر الضرر الذي أصابه. أوأن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئا في مقابل حقه صلحا أو إقرارا بهذا الحق، فيجب على المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الإستحقاق،أن يردوا لهذا المتقاسم ما أداه للمتعرض[6].

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 980 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 411 – تنص المادة 1/372 من (ت.م.ج) المعدل و المتمم على ما يلي :
" إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري وأن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب و لم يتدخل في الخصام ،وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطا جسيم صادر عن المشتري...".

4) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 401 .

5) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 42 .

6) كالم أمينة ؛ مرجع سابق ، ص. 31 .

1- حالة الحكم بالإستحقاق الكلي

المفروض في هذه الحالة ،أن العين التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد إستحقت إستحقاقا كليا، بأن نجح الأجنبي المتعرض أن يثبت ملكيته للعين و أن يستردها من تحت يد المتقاسم، عندئذ يكون لهذا الأخير الرجوع على باقي المتقاسمين بالتعويض عن الإستحقاق الكلي[1].

نصت المادة 731 من (ت. م. ج) على مبدأ التعويض الذي إستحقه المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة،دون بيان عناصر هذا التعويض،لذلك يتعين الرجوع إلى المادة 375 من (ت. م .ج) التي تنظم أحكام الضمان في البيع. من خلالها يتبين أن التعويض يتكون من عنصرين أساسين: قيمة العين المستحقة وقت القسمة ،وقيمة ملحقات العين[2].

أ- قيمة العين المستحقة وقت القسمة

يتمثل العنصر الأول من عنصري التعويض المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان في القسمة،في قيمة العين التي إستحقت للمتعرض، و يتم تقدير قيمة التعويض وفقا لقيمة الشيء المستحق للغير وقت القسمة ،حسب ما جاء في المادة 1/371من(ت. م. ج) :**"...على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة..."**،يعد هذا خروجا عن الحكم العام المتعلق بالضمان في البيع، حيث تكون العبرة في تقدير قيمة المبيع وقت الإستحقاق[3]،يرجع ذلك إلى إختلاف الأساس الذي يقوم عليه الضمان في كل منهما، فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح و الخسارة، و أساس إلتزام البائع بالضمان فيه هو ضرورة حصول المشتري على قيمة المبيع التي قد تزيد أو تنقص وقت الإستحقاق. فإذا زادت قيمته حقق المشتري ربحا، و إذا نقصت حقق خسارة ،حيث طبيعة البيع تسمح بذلك[4].

أما الأساس الذي تقوم عليه القسمة، هو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين بتحميل كل منهم جزءا من الخسارة الناتجة عن الاستحقاق، و العبرة في المساواة بوقت القسمة لا بعدها[5].

يتحمل المتقاسمون جميعا بهذا التعويض كل بنسبة حصته ،بما في ذلك المتقاسم مستحق الضمان،ذلك لإعادة المساواة بين المتقاسمين التي إختلت نتيجة الإستحقاق، و إذا كان أحدهم معسرا قسم القدر الذي يلزمه على جميع المتقاسمين غير المعسرين،بما فيهم المتقاسم مستحق الضمان[6].فيكون لهذا الأخير أن يقتضي من كل متقاسم نصيبه في قيمة العين التي إستحقت للمتعرض مضافا إليه نصيبه في حصة المتقاسم المعسر،فيحتمل هو بدوره نصيبه في العين

---

1) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 413 .

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 983 .

3) تنص المادة 1/315 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي:" في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع :

- قيمة المبيع وقت نزع اليد....".

4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. ص. 169 ،170 .

5) رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 118 ،119 .

6) محمد حسين منصور ؛ مرجع سابق ، ص. 114 .

و في حصة المتقاسم المعسر[1]**.**هذا ما جاء في المادة 1/731 (ت. م. ج)التي تنص على ما يلي: من:**"يضمن المتقاسمون...فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين..."**، فكأن الشركاء ضامن بعضهم لبعض ضمان مضاعفا، هو ضمان الحصة المستحقة للغير و ضمان ما يصيب المعسر منهم،و لهم الرجوع عليه بما ضمنوا عنه إذا أيسر[2].

ب- قيمة ملحقات العين

يشمل التعويض المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان في القسمة أيضا، قيمة ملحقات العين، و قد عددت المادة 375 من (ت. م. ج)[3]الملحقات التي يلتزم المتقاسمون الآخرون بأدائها إلى المتقاسم مستحق الضمان في القسمة على النحو الأتي:

1-قيمة الثمار، التي ألزم المتقاسم الدائن بالضمان بردها للمتعرض الذي إستحق العين[4]**.**

2- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المستحق، و مثالها مصاريف إقامة طابق جديد في منزل ،أو مصاريف إصلاح أرض بور .

يسري في شأن هذه المصروفات أحكام المواد 2/839 ، 784و 785 من (ت. م. ج)، حيث تنص المادة 839 / 2 من (ت. م. ج) على ما يلي :**" ...و فيما يرجع إلى المصروفات النافعة ،تطبق المادتان 784و 785 ..."**. يتضح من هذه المواد أن المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة يتحمل خسارة هي الفرق بين قيمة ما أقامه من وقت الإستحقاق، و المبلغ الذي يسترده بالفعل من المستحق، و هذه الخسارة يرجع بها المتقاسم مستحقا الضمان على باقي المتقاسمين المدينين بالضمان في القسمة[5].

3- أما المصروفات الكمالية، فقد ألزم المشرع الجزائري بها باقي المتقاسمين المدينين بالضمان في القسمة، إذا كانوا سيئي النية ،أي كانوا عالمين بسبب الإستحقاق وقت القسمة بالتالي يحق للمتقاسم أن يرجع عليهم بهذه المصروفات[6].

4- جميع المصروفات دعوى الإستحقاق التي حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة، و ذلك بعد أن خسر الدعوى.كذلك مصروفات دعوى ضمان الإستحقاق التي رفعها المتقاسم مستحق الضمان على باقي المتقاسمين المدينين بالضمان، بإستثناء المصروفات التي كانوا يستطيعون أن يتقوها ،لو أنه أخطرهم بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب ،حيث يقع عليهم عبء إثبات إمكانية توقي هذه المصروفات[7].

---

1) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 414 ،415 .

2) أنور العمروسي ؛ مرجع سابق ، ص. 406 .

3) تنص المادة 2/315 -5 من (ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :"...قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع،المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع و كذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية .

- جميع مصاريف دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو علم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373 .

-و بوجه عام تعويضه عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع...".

4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ، ص. 170 .

5) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 419 .

6) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 982 .

7) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 417 .

5- تعويض الخسارة بوجه عام، أي تعويض المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة عما لحقه من خسارة، لكن لا يحق له أن يطلب التعويض عما فاته من كسب على النحو المقرر قانونا للمشتري، حيث يتقاضى من البائع إلى جانب ما لحقه من خسارة بسبب إستحقاق المبيع، مقدار ما فاته من كسب أيضا[1]. ذلك لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة مثل عقد البيع، بل هي كاشفة فالمتقاسمون لم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما أفرز لكل متقاسم، حتى يقال أن هناك إخلال بإلتزام يقتضي تعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب[2].

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على حكم خاص بتقادم ضمان المتقاسم، لذلك يتعين تطبيق ما جاءت به القواعد العامة في هذا الصدد[3]. وفقا للمادة 1/315 من (ت. م. ج) التي تنص على ما يلي:**"لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص، إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء..."**، لا ينشأ الإلتزام بالتعويض إذن إلا من وقت ثبوت الإستحقاق، لأنه الوقت الذي يصبح فيه الدين (الإلتزام)مستحق الأداء[4]،فتحسب مدة التقادم المسقط [5]،و هي خمس عشرة سنة من ذلك الوقت طبقا للمادة 2/315 من (ت. م. ج) التي تنص على ما يلي **"...و خصوصا ،لا يسري التقادم ...بالنسبة إلى ضمان الإستحقاق، إلا من الوقت الذي يثبت فيه الإستحقاق..."**.

تنبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، قد منح مستحق الضمان حق إمتياز على أنصبة المتقاسمين الآخرين[6](المادة 998 في المنقول ،1001 في العقار) من (ت. م. ج)، فإذا إستحق للغير الجزء الذي إختص به أحد المتقاسمين بسبب حق مدعى بوجوده قبل القسمة، فإن المساواة بين المتقاسمين تقتضي بأن رجوع المتقاسم على المتقاسمين الآخرين،في حالة الإستحقاق للغير يجب أن تكون مضمونة ضمانا كافيا ،حتى يحصل المتقاسم الدائن بالضمان على حقه كاملا، و هو الغرض من تقرير الإمتياز [7].

2- حالة الحكم بالإستحقاق الجزئي

لم يفصل المشرع الجزائري في القسمة كما فصل في البيع أحكام ضمان الإستحقاق،بل إكتفى بالنص على أن يكون كل من المتقاسمين ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه[8].أما في البيع ،فيما يتعلق بالإستحقاق الجزئي فقد نصت المادة 376 من(ت. م. ج)على ما يلي:**"في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع أوفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لوعلمه المشتري لما أتم العقد،كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه**

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 982 .
2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 418 .
3) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص. 175 .
4) نبيل إبراهيم سعد ؛ الحقوق العينية الأصلية،مرجع سابق ، ص. 170 .
5) تنص المادة 308 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم على ما يلي :" يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون و فيما عدا الإستثناءات الآتية ".
6) محمد حسن قاسم ؛ مرجع سابق ، ص 175 .
7) محمد كامل مرسي باشا ؛ مرجع سابق ، ص 201 .
8) المادة :1/731 من(ت. م. ج) المعدل و المتمم .

منه.

و إذا إختار المشتري إستبقاء المبيع،أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة،لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

تختلف القسمة عن البيع بخصوص الإستحقاق الجزئي، فالمشتري في حالة البيع يفتح له باب الخيار الوارد في النص،فيرد ما بقي من المبيع أو يستبقيه. أما في القسمة فإنه يصعب فتح باب الخيار أمام المتقاسم، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها كما هو الحال في البيع، كما أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة و إجراء قسمة جديدة، و هذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة. لذلك يستحسن الإقتصار في الإستحقاق الجزئي في القسمة،على التعويض و ليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين[1].

من أمثلة حالة الحكم بالإستحقاق الجزئي: إستحقاق جزء من ذات العين محل القسمة التي آلت إلى المتقاسم الدائن بالضمان في القسمة ،أو ترتيب حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق إنتفاع أو حق إرتفاق على العين[2].

فإذا إستحقت العين إستحقاقا جزئيا، فإن المتقاسم مستحق الضمان يرجع على باقي المتقاسمين بالتعويض، هنا أيضا يجب تطبيق ما هو مقرر في حالة الإستحقاق الكلي،فهو يرجع عليهم بالتعويض عما لحقه من خسارة دون التعويض عما فاته من كسب، تكون العبرة في تقدير العين بقيمتها يوم القسمة لا وقت الإستحقاق، و من أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته في التعويض، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان و جميع المتقاسمين غير المعسرين[3].

3- رد ما أداه المتقاسم للمتعرض تجنبا للإستحقاق

سبق لنا القول، أن أحكام ضمان الإستحقاق في البيع هي الواجبة التطبيق على ضمان الإستحقاق في القسمة، ما لم تكن تتعارض مع طبيعة القسمة و الأساس الذي تقوم عليه. فيما يتعلق بتوقي المتقاسم مستحق الضمان إستحقاق النصيب الذي آل إليه كله أو بعضه،بدفعه مبلغ مالي أو شيء آخر للمتعرض،فإننا نجد ما يقابل هذا الفرض في حكم المادة 374 من (ت. م. ج) الخاصة بشأن إستحقاق المبيع،فهي تنص على أنه : **" عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام ".**

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 983 .

2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 419 .

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 983 ،984 .

4) بوحديش عادل ؛ مرجع سابق ، ص. 43 .

يتبين لنا من هذا النص، أن المشتري بإمكانه أن يتجنب إستحقاق المبيع كله أو بعضه، أي يتخلص من الإستحقاق،بأن يتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو شيء آخر يؤديه له ، فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعا من الإسترداد يستطيع بموجبه أن يعفي نفسه من نتائج الضمان، أن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع مصاريف الخصام، فيتخلص بذلك من ضمان الإستحقاق و ليس للمشتري أن يشكو، فقد إستطاع أن يستبقي المبيع سالما من الإستحقاق في مقابل ما أداه للمتعرض، فإذا إسترد من البائع قيمة هذا المقابل فإنه بذلك قد إستبقى المبيع و إسترد خسارته، فلم ينله أي ضرر[1].

هذه الرخصة الواردة بشأن البيع، تسري بطريق القياس على القسمة بل القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها بهذه الطريقة الميسرة. تطبيقا لذلك، يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يتجنب إستحقاق النصيب الذي آل إليه في القسمة كليا أو جزئيا، بأن يتفق مع المتعرض على أن يدفع له (بدلا من النصيب الذي آل إليه كله أو بعضه) مبلغا من النقود أو أي شيء آخر، في مقابل نزول المتعرض عن إدعائه. في هذه الحالة يكون لباقي المقاسمين التخلص من الضمان، بأن يردوا إلى المتقاسم الدائن بالضمان المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع جميع المصروفات، بعد خصم نصيب المتقاسم المذكور في ذلك بقدر حصته، إعمالا لمبدأ المساواة في القسمة[2].

يلاحظ أن المتقاسمون يختارون إستعمال حق الإسترداد، إذا تبين لهم أن المبلغ الذي سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان، أقل من مبلغ التعويضات التي كانوا يدفعونها بسبب ضمان الإستحقاق[3]،وفقا لأحكام المادة 731 من (ت. م. ج) سالفة الذكر .

يستطيع المتقاسم الدائن بالضمان، الرجوع على باقي المتقاسمين بما توقى به إستحقاق النصيب الذي آل إليه، سواء كان قد أخطرهم بدعوى التعرض أو لم يخطرهم، وسواء كانوا قد تدخلوا أو لم يتدخلوا في الدعوى ، لكن يفترض أن يكون باقي المتقاسمين قد أفادوا من فعل المتقاسم المذكور. فإذا كانوا لم يفيدوا من ذلك، كأن أثبتوا أن دعوى المتعرض كانت سترفض، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المتقاسم تجنب الإستحقاق، بالتالي لا يلتزم باقي المتقاسمين بأن يردوا له ما دفعه للمتعرض[4].

---

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 984 .
2) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. ص. 419 ،420 .
3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ؛ مرجع سابق ، ص. 985 .
4) محمد المنجي ؛ مرجع سابق ، ص. 420 .

خاتمة

إن حقوق الشركاء في الشيوع ترد على نفس الشيء الشائع ، و ذلك سيؤدي دون شك إلى تزاحم الشركاء عند ممارسة هذه الحقوق ، و سينتج عن ذلك كثرة الخلافات و النزاعات بينهم ، نظرا لصعوبة إتفاقهم على الكيفية التي يستغل بها المال الشائع ، بالتالي يبقي معطلا و لا يلعب وظيفته الإقتصادية و الإجتماعية ، خاصة و إذا إستمرت حالة الشيوع مدة طويلة.

هذا ما جعل المشرع الجزائري ، وعند تنظيمه للحقوق العينية الأصلية يتطرق إلى الملكية الشائعة بأحكام خاصة ، حيث وضع قواعد لإدارتها و التصرف فيها و كذا كيفية قسمة المال الشائع ، منطلقا من مبدأ عام يتمثل في أن كل شريك مشتاع يملك حصته ملكا تاما ، له أن يتصرف فيها و ينتفع بها ، مع إلتزامه بإحترام حقوق الشركاء الآخرين ، لما لهممن حقوق مماثلة على المال الشائع.

على الرغم من أن المشرع الجزائري قيد سلطة كل شريك بضرورة عدم إلحاق ضرر بباقي الشركاء ، فإنه أيضا و في كل مرة غلب رأي أغلبية الشركاء على رأي الأقلية منهم، سواء فيما يتعلق بإدارة المال الشائع أو التصرف فيه، مانحا أحيانا للأقلية المعارضة، حق الطعن أمام المحكمة في القرار المتخذ من طرف الأغلبية ، كما في أعمال الإدارة غير المعتادة و تصرف الأغلبية في المال الشائع، بينما تغاضى عن إعطائها هذا الحق في أعمال الإدارة المعتادة ، أما فيما يتعلق بحق الشريك في إنهاء الشيوع، ليستقل بحصته، فإنه يشترط حصول إتفاق جميع الشركاء لإجراء القسمة الإتفاقية ، فإن تعذر حصول مثل هذا الإتفاق، لا يبقى أمام الشريك سوى طلب القسمة القضائية للخروج من الشيوع ،سواء تمت القسمة بالإتفاق أو عن طريق القضاء ، فإنه يترتب عليها جملة من الآثار ،منها الإفراز كأثر كاشف فيحصل كل شريك متقاسم على جزء مفرز من المال الشائع يخلص له وحده دون غيره من الشركاء الذين يلتزمون بضمان التعرض و الإستحقاق دون ضمان العيوب الخفية، وكذا للشريك الذي أصابه غبن يزيد عن الخمس، الحق في طلب نقض القسمة لهذا السبب إذا كانت إتفاقية.

لذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري ، قد أورد عدة نصوص تحكم العديد من الإشكالات الحاصلة في تنظيم الملكية الشائعة ، فهو تارة حافظ على المال الشائع، و تارة حافظ على أصحاب ملكية هذا المال ، و مع ذلك فقد أغفل على العديد من النقاط أو المسائل الهامة.

من خلال دراستنا هاته يمكن الخروج بالإقتراحات التالية:

1- النص على إلزام أغلبية الشركاء في حالة تصرفهم في المال الشائع، و موافقة المحكمة على قرارهم رغم إعتراض الأقلية ، أن يمنحوا لهذه الأخيرة كفالة بناءا على أمر المحكمة لضمان ما يستحق لها من تعويضات جراء هذا التصرف.

2- النص على جواز طلب المتصرف إليه،إبطال التصرف قبل القسمة أو بعدها ، إذا كان جاهلا بالشيوع ، ما لم يختص المتصرف بالجزء الذي تصرف فيه عند القسمة.

3- النص على إلزام الشريك الذي يريد التصرف في حصته الشائعة، بإعلام باقي الشركاء في مدة معقولة،قبل إبرام التصرف من أجل منحهم فرصة لإبرام التصرف لصالحهم مع دفع مقابل، والمطالبة بالقسمة في حالة عدم إمكان ذلك،من أجل ضمان إستقرار المعاملات حتى لا يبقى تصرف الشريك مهددا بالإسترداد أو الشفعة لمدة طويلة.

4- النص على جواز الطعن بالغبن في القسمة القضائية أيضا، فقد يحدث و أن يخطئ الخبير المكلف بتقدير قيمة المال الشائع، أو يتواطأ بعض الشركاء للإضرار بأحدهم ،بالتالي يحصل على نصيبه ناقصا أو معيبا،و في ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء، و هو الأساس الذي تقوم عليه القسمة.

5- النص على ضمان العيوب الخفية في القسمة، فكل الأموال الشائعة تشملها عملية القسمة سليمة كانت أومعيبة، و ليس من العدل أن يؤول لأحد المتقاسمين جزءا مفرزا معيبا،خاصة و أن المشرع الجزائري لم يمنحه حق الطعن بسبب الغبن إذا كانت قيمة العيب تفوق عن الخمس،في القسمة القضائية، بالتالي يحصل على نصيب أقل، في حين يتحصل باقي الشركاء على أنصبتهم كاملة.

قائمة المراجع

أولا:الكتب

-1/باللغة العربية

1- أنور العمروسي؛الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني،الجزء الرابع(حق الملكية بوجه عام - الشيوع و القسمة)، الطبعة الثانية، دار العدالة ، مصر، د. س . ن.

2- أنور طلبة؛المطول في شرح القانون المدني،الجزء الحادي عشر(حق الملكية- الملكية الشائعة)،الطبعة الأولى،المكتب الجامعي الحديث، مصر،2004.

3- بلحاج العربي؛قانون الأسرة و مبادئ الإجتهاد القضائي،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007.

4- بناسي شوقي؛أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري،دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع،الجزائر،2008.

5- بن عبيدة عبد الحفيظ؛إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري،الطبعة خامسة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2006.

6- جمال خليل النشار؛إيجار المال الشائع بين الفقه و القانون المدني،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2003.

7- ـــــــــ ؛تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني- ،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2000.

8- حمدي باشا عمر؛القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع، الطبعة الحادية عشر، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2008.

9- ـــــــــ ؛حماية الملكية العقارية الخاصة،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2002.

10- حسن كيرة؛الحقوق العينية الأصلية،الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، مصر،1995.

11- خالدي أحمد؛الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة،الطبعة الأولى،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2006.

12- خلفوني مجيد؛الإيجار المدني في القانون الجزائري،الطبعة الأولى،دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،2008.

13- ———؛شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري- مدعم بقرارات قضائية- الطبعة الأولى،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2008.

14- دلاندة يوسف؛الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد،الطبعة الثالثة،دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع،الجزائر،2011.

15- رمضان أبو السعود؛الوجيز في الحقوق العينية الأصلية،دار المطبوعات الجامعية،مصر،1997.

16- زرارة عواطف؛إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2009.

17- زروقي ليلى و حمدي باشا عمر؛المنازعات العقارية- طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2012

18- طلبة ليلى؛الملكية العقارية الخاصة وفقا للتشريع الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2010.

19- عبد الرزاق أحمد السنهوري؛الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الثامن(حق الملكية)، الطبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2000.

20- على هادي العبيدي،الوجيز في شرح القانون المدني(الحقوق العينية)، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009

21- على الخفيف؛الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية،دار الفكر العربي،مصر،1996.

22- لحسين بن الشيخ أث ملويا ؛المنتقي في عقد البيع-دراسة فقهية،قانونية و قضائية مقارنة- الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2008.

23- محمد حسن قاسم؛موجز الحقوق العينية الأصلية،الجزء الأول(حق الملكية)، الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،الأردن،2006.

24- محمد حسين منصور؛الحقوق العينية الأصلية،الدار الجامعية للطباعة و النشر، الأردن،2000.

25- محمد كامل مرسي باشا؛شرح القانون المدني،الجزء الثاني(الحقوق العينية الأصلية)،منشأة المعارف،مصر،2005.

26- محمد المنجي؛ دعوى القسمة،الطبعة الأولى،منشأة المعارف،مصر،1996.

27- محمد وحيد الدين سوار؛حق الملكية في ذاته في القانون المدني،الطبعة الثانية،الأردن،1997.

28- ـــــــــــ ؛الحقوق العينية الأصلية،الجزء الأول(أسباب كسب الملكية)، الطبعة الأولى،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،1999.

29- محمود عبد الرحمان محمد؛إستعمال و إدارة المال الشائع، دار النهضة العربية،مصر، د. س. ن.

30- محمدي سليمان؛عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدني، د. د. ن ، الجزائر،2009 .

31- مصطفى محمد الجمال؛ نظام الملكية، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.

32- نبيل إبراهيم سعد؛ الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر،2006.

33- ـــــــــــ ؛التأمينات العينية و الشخصية،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

2/باللغة الفرنسية

1-BERGEL(J.-L.) ; *la propriété* ,DALLOZ, Paris ,1994.

2- DUPONT DELESTRAINT (P.) ;*Droit réels principaux(les biens)*,5e éd, DALLOZ, Paris,1977.

3- GABRIEL(M.) et P(R.),par JOURDAIN(P.);*Droit civil (les biens)*,DALLOZ,PARA Graphic,Paris,1995.

4-HUBRETCH(G.) ; *Notions essentielles de droit civil*,11e éd,1977.

5- DE JUGLART (M.) ;*Cours de droit civil(biens et obligations)*,tome1, Vol2,7e éd, Paris,1972.

6-LARROUMET(Ch.) ;*Les biens et les droit rééls principaux*, Tome2,3eéd, DELTA,Paris,1998.

ثانيا:الرسائل و المذكرات الجامعية

1- بوحديش عادل؛قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري،مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،2006.

2- دروازي عمار؛آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر،باتنة،2010.

3- دفاس فوزي؛تنظيم الملك المشاع في القانون المدني،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2011.

4-زيدان محمد؛حق الإرتفاق في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2004.

5- سلمان رابح؛القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في ظل التوجيه العقاري الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق،جامعة سعد دحلب،البليدة،2010.

6- شايب باشا كريمة؛عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري،مذكر لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب،البليدة،2001.

7- فاضلي إدريس؛نظام الملكية و مدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري،رسالة لنيل شهادة دكتوراه،معهد الحقوق و العلوم الادارية،جامعة الجزائر،1994.

8- كالم أمينة؛المال الشائع،مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،2006.

9- كحيل حياة؛القسمة القضائية للعقار الشائع،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،جامعة سعد دحلب،البليدة،2005.

10-مشتاوي سمير؛حقوق الشريك في المكية الشائعة،مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،2011.

11- مخازني فايزة؛تصرف الشريك في المال الشائع-دراسة مقارنة- ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق و العلوم التجارية،جامعة امحمد بوقرة،بومرداس،2006.
12- مازن زايد جميل عمران؛القسمة الرضائية في العقار- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الوطنية،نابلس،فلسطين،2008.

ثالثا:المقالات

1/باللغة العربية

1- دغيش أحمد؛ "نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون الجزائري"،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية،عدد2009،01، ص.ص.182-193.
2- سعداوي عبد الحميد؛ "الجدول الوصفي للتقسيم و قانون الملكية المشتركة"،مجلة الموثق،عدد2002،7، ص.ص.31-32
3-أركام نادية؛ "الوقف و أثاره الإجتماعية و الإقتصادية"،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية،عدد2010،2، ص.ص.217-220.

2/باللغة الفرنسية

1- BENHENNI(A.k.) ;" *L'évolution du droit de propriété en Algérie* ",Revue IDARA, vol2,n°2,1993,p.p.51-68.
2- THIERRY(R.) ;" *propriété et droit réels* ", Revue Trimestrielle de droit civil,n°4,DALLOZ,2005,p.p.798-809.
3-ZENATI(F.) ;" *propriété et droit réels* ", Revue Trimestrielle de droit civil,n°1,1999,p.p.132-150.

ثالثا: النصوص القانونية

1/النصوص التشريعية

أ - باللغة العربية:

1-الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 1975/09/26،يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم في ضوء الممارسات القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته ،منشورات بيرتي ،الجزائر ،2008.

3- الأمر رقم 75- 76 المؤرخ في 1975/11/12 ،المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، ج. ر ،عدد 92، سنة 1975.

4- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 1990/06/09 ،المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم ،النص الكامل للقانون و تعديلاته،منشورات بيرتي،الجزائر،2011.

5- القانون رقم 90- 25 المؤرخ في 1990/11/18،المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج. ر، عدد 49 ،سنة 1990 ،المعدل و المتمم، ج ر ،عدد 55، سنة 1995.

6- القانون رقم 91- 10 المؤرخ في 1991/04/27 ،المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، ج. ر ،عدد 21، سنة 1991.

7- القانون رقم 06- 02 المؤرخ في 2006/02/20، المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج. ر،عدد14، سنة 2006.

8- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 2008/02/25،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،النص الكامل للقانون و تعديلاته، منشورات بيرتي ، الجرائر،2012.

ب – باللغة الفرنسية:

- Code civil francais ;102 é éd,DALLOZ ,2003.

2/النصوص التنظيمية

1- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 ،المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم،ج. ر ،عدد30 ،سنة1976.

2- المرسوم التنفيذي رقم 91- 254 المؤرخ قي 1991/07/27 ، المتعلق بشهادة الحيازة ، ج. ر ،عدد36، سنة 1991.

رابعا:الإجتهاد القضائي:

1- المجلة القضائية، العددين 02،01، سنة1991.

2- المجلة القضائية، العددين01 و04، سنة 1992 .

3- المجلة القضائية، الاعداد03،02،01، سنة 1994 .

4- المجلة القضائية، العددين01و02، سنة 1995 .

5- المجلة القضائية، العدد02، سنة 1998.

6- المجلة القضائية، العدد02، سنة 2000 .

7- المجلة القضائية، العدد02، سنة 2001 .

8- المجلة القضائية، العدد01، سنة 2004 .

9- مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2004.

10- مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، الجزئين الأول و الثاني، قسم الوثائق ، سنة 2004.
11- مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2005.
12- مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2007.
13- مجلة المحكمة العليا، العددين 01 و 02 ، سنة 2008.
14- مجلة المحكمة العليا، العدد01 ، سنة 2009.
15- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، سنة 2010.

الفهرس

الصفحة

مقدمة :.....5

الفصل الأول : سلطات الشريك المشتاع على المال الشائع.....9

المبحث الأول : إدارة المال الشائع.....12

المطلب الأول : التنظيم القانوني لإدارة المال الشائع.....13

الفرع الأول : أعمال الإدارة المعتادة.....13

أولا: الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة المعتادة.....13

ثانيا: سلطات الشريك في إطار الإدارة المعتادة للمال الشائع.....17

الفرع الثاني : أعمال الإدارة غير المعتادة.....19

أولا: الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.....19

ثانيا: إنفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة.....20

الفرع الثالث: نفقات إدارة المال الشائع.....21

أولا: النفقات الضرورية لإدارة المال الشائع.....22

ثانيا: النفقات الكمالية لإدارة المال الشائع.....22

المطلب الثاني : التنظيم الإتفاقي لإدارة المال الشائع.....23

الفرع الأول : قسمة المهايأة 24

أولا: تعريف قسمة المهايأة.....24

ثانيا: نوعا المهايأة.....24

الفرع الثاني : خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار.....30
أولا: شروط إبرام عقد المهايأة.....31
ثانيا: إثبات عقد المهايأة.....34
ثالثا: أثار عقد المهايأة.....35
المبحث الثاني : التصرف في المال الشائع.....40
المطلب الأول : التصرف الجماعي في المال الشائع.....40
الفرع الأول : التصرف الصادر من كل الشركاء.....40
أولا: التصرف الناقل للملكية.....41
ثانيا: التصرف المنشئ لحق عيني على المال الشائع.....41
الفرع الثاني : التصرف الصادر من أغلبية الشركاء.....44
أولا: شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء.....44
ثانيا: الضمانات المعطاة للأقلية من الشركاء.....45
المطلب الثاني : التصرف الفردي في المال الشائع.....47
الفرع الأول : تصرف الشريك في حصته الشائعة.....47
أولا: حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة.....47
ثانيا: تصرفات الشريك الواردة على حصته الشائعة.....49
الفرع الثاني : تصرف الشريك في مال مفرز.....60
أولا: تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع.....61
ثانيا: تصرف الشريك في المال الشائع كله.....64
الفصل الثاني : حق الشريك في إنهاء الشيوع.....66

المبحث الأول : قسمة المال الشائع.....68
المطلب الأول : طلب القسمة.....68
الفرع الأول : حق الشريك في طلب القسمة.....69
أولا: مبدأ عدم جواز إجبار الشريك على البقاء في الشيوع.....69
ثانيا: خصائص الحق في طلب القسمة.....70
ثالثا: طبيعة حق الشريك في طلب القسمة.....71
الفرع الثاني : تقييد حق الشريك في طلب القسمة.....72
أولا: القيد الإتفاقي.....73
ثانيا: القيد القانوني.....77
المطلب الثاني : إجراء القسمة.....78
الفرع الأول : مصادر القسمة.....78
أولا: الاتفاق(القسمة الإتفاقية).....78
ثانيا: القضاء(القسمة القضائية).....89
الفرع الثاني : طرق القسمة.....92
أولا: القسمة العينية.....92
ثانيا: قسمة التصفية.....96
المبحث الثاني : آثار القسمة.....99
المطلب الأول : إفراز المال الشائع.....99
الفرع الأول : تطور أثر القسمة من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف.....100
أولا: الإفراز عملية ناقلة للملكية في القانون الروماني.....100

ثانيا: الأثر الرجعي للقسمة في النظرية التقليدية.....101
ثالثا: الإفراز عملية كاشفة في الفقه الحديث.....104
الفرع الثاني :نطاق تطبيق الأثر الكاشف و النتائج المترتبة عنه.....105
أولا: نطاق تطبيق الأثر الكاشف.....105
ثانيا: النتائج المترتبة عن الأثر الكاشف.....110
المطلب الثاني : الضمان في القسمة.....112
الفرع الأول : شروط تحقق الضمان.....113
أولا: وقوع تعرض أو استحقاق من الغير.....113
ثانيا: أن يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة.....114
ثالثا: ألا يكون الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم.....115
رابعا: عدم وجود إتفاق صريح يعفي من الضمان.....116
الفرع الثاني : الآثار المترتبة على تحقق الضمان.....117
أولا: الحالات التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان.....117
ثانيا: حالات تحديد قيمة الضمان.....118
خاتمة.....124
قائمة المراجع.....126
الفهرس.....133

ملخص

كل شريك مشتاع يتمتع بحق ملكية على حصته الشائعة، لكنه ملزم بعدم الإضرار بباقي شركائه عند ممارسته لحقوقه عليها ، لما لهم من سلطات مماثلة. لذلك فإن الأصل في الملكية الشائعة هو ضرورة إتفاق الشركاء للإنتفاع أو التصرف أو حتى طلب القسمة مهايأة كانت أم نهائية.لكن نظرا لصعوبة تحقق ذلك،تم تخفيف هذا المبدأ بنظام الأغلبية لإدارة المال الشائع،و كذا التصرف فيه.

أما إذا أراد الشريك الإختصاص بحصته، فيجب عليه الإتفاق مع باقي شركائه لإجراء قسمة إتفاقية، فإن لم يحصل ذلك، فلا يبقى أمامه سوى طلب القسمة القضائية،و في كلتا الحالتين يترتب على القسمة إفراز المال الشائع،بحيث يحصل كل شريك متقاسم على جزء مفرز يعادل حصته فيه يخلص له وحده،كما يلتزم المتقاسمون بضمان ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق.

Résumé

Chaque copropriétaire dans l’indivision jouit du droit de propriété sur sa quote-part dans les biens indivisés, sous réserve de ne aucunement porter atteinte aux reste des copropriétaires lors de l’exercice de ses droits, étant ceux-là disposent des pouvoirs similaires. Par conséquent, la propriété indivisée implique en principe la nécessité de l’accord commun des copropriétaires pour jouir ou disposer, voir même de demander le partage provisionnel ou définitif. Néanmoins et compte tenu de la difficulté pour se faire, ce principe général fut atténué au moyen du régime de la majorité pour l’administration et la disposition de la chose commune.

Mais lorsque le copropriétaire désire prendre sa part séparément, il devra se mettre en accord avec ses autres copropriétaires pour procéder à un partage conventionnel, faute de quoi il sera dans l’obligation d’introduire une demande au partage judiciaire. Dans les deux cas, il en découle la division de la chose commune de sorte que chaque copropriétaire copartageant obtienne une part divisée d’équivalence avec la quote-part affectée séparément pour lui, les co-partageants sont garants les uns envers les autres du trouble ou de l’éviction.