

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



## النظام القانوني للملكية الشائعة في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذة:

د.بن مشيرح محمد

من تقديم الطالبتين:

\* بوالديس منال

\* دراوي سارة

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ صليح سعد	أستاذ مساعد	رئيسا
د/ بن مشيرح محمد	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
د/ يوب محمد	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

## دورة جوان 2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وعرفان:

اللهم ان نعمك علينا لا تعد ولا تحصى، فالحمد لله حمدا طيبا مباركا فيه،  
والشكر لله عدد ما كان وعدد ما يكون وعدد الحركات والسكون.

يشرفنا ان نتوجه بالشكر والامتنان إلى جميع من مد يد العوم والمساعد  
لإنجاز هذه الدراسة وتخص بالذكر الأستاذة المشرفة " شاوي سهيلة"  
لقبول الإشراف على هذه المذكرة وعلى المعلومات والإرشادات التي لم  
تبخلنا بها والنصائح التي مهدت لنا الطريق لإتمام هذه الدراسة. فلها منا  
فائق الاحترام والتقدير.

كما نتوجه بالشكر لأستاذة قسم علوم والاتصال الذين رافقونا طيلة  
المشوار الدراسي.

وفي الختام نشكر كل من ساعدنا وساهم في هذا العمل سواء من قريب أو  
بعيد حتى لو بكلمة طيبة.

# إهداء

الحمد لله الذي أنعم عليا بنعمة العلم ووفقتني للوصول لهاته المرحلة.

الحمد لله نحمده حمدا كثيرا على منحنا القوة والإرادة والصبر.

بدأنا بأكثر من يد، وقاسينا أكثر من هم وعانينا الكثير من الصعوبات، وها نحن اليوم نطوي سهر الليالي وتعب الأيام وخالصة مشوارنا بين دفتي هذا العمل المتواضع والذي أهديه إلى:

من أنارت لي طريق نجاحي بحبها وحنانها وعطفها رغم تقصيري في حقها، إلى التي ساندتني في أصعب لحظات السأم والغناء، وزرعت في قلبي الأمل، ورسمت في دفاتري أجمل وأقدس دعوات الخير لأصل إلى هذا المبتغى.

أمي الحبيبة: فاطمة

إلى من أعانني على طلب العلم والتعلم، إلى من تحمل مشاق الحياة ومعاناتها من أجل إسعادنا، إلى مصدر القوة والأمان والحب والحنان.

أبي العزيز عبد الحميد أطال الله في عمره.

إلى أجمل هدية منحتني إياها الله إخوتي.

سيد علي - صبري.

إلى أختي «جهاد» وأبنائها مصدر سعادتي «وسيم وجوري».

إلى كل من ساندني وساعدني في إتمام هذا البحث ولو بكلمة طيبة.

# سارة

## اهداء

الى من لهما الفضل بعد الله في وصولي الى يوم التخرج  
الى الوالدين الكريمين اللذان تعبوا لاجلي و سهروا الليالي  
الى التي رعتني وربتني صغيرة واهتمت بشؤوني  
الى ملاكي في الحياة... الى معنى الحب والحنان والتفاني ... الى من كان دعائها سر  
نجاحي الى امي الحبيبة علجية  
الى من كلمة الله بالهيبة والوقار، الى من علمني العطاء بدون انتظار والذي غرس في  
حب العلم والتعلم، الى من احمل اسمه بكل افتخار الى الذي من تربيته فيه منذ الصغر  
وتعلمت فيه مكارم الاخلاق وشرف النفس والفة الطبع وفصاحة اللسان ومعاني الصبر  
والشجاعة.  
أبي العزيز: عبد الحميد  
الى اخوتي «شيماء - سيف الدين - عبد الحفيظ - لينة - هاجر - أول حفيد في عائلتنا  
غيث الرحمان».  
الى صديقاتي.  
الى أقربائي خاصة أعمامي وعماتي وكل العائلة بوالديس من كبيرهم إلى صغيرهم  
وكل زملائي في الدراسة الى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع.

## منال



الأهداء

# المقدمة

يعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية الاصلية المستقلة بذاتها حيث يتمتع صاحبه بثلاثة سلطات متكاملة على محل الحق عقارا كان أو منقولا وهي الاستعمال الاستغلال التصرف والاصل في الملكية ان تكون مفرزة وتثبت للشخص الواحد بحيث ينفرد المالك بملكه ويكون له وحده حق ممارسة السلطات السابقة عليه دون مزاحمة او حاجة الى موافقة شخص آخر ، غير أن هناك حالات يتعدد فيها ملاك الشيء حيث يملك كل واحد منهم حصة غير مفرزة فيه ودون أن تتركز او تتحدد في جانب منه بالذات ، فتكون كل ذرة في الشيء مشتركة بين جميع الشركاء وهو ما يعرف "بالملكية الشائعة".

والملكية الشائعة من أكثر الملكيات انتشارا في الجزائر وتتعدد مصادرها فقد تنشأ بسبب تصرف قانوني كالعقد والوصية...كما تنشأ نتيجة واقعة مادية كالحيازة والاستيلاء دون ان ننسى الميراث الذي يعد أكثر اسباب الشيوخ وقوعا في الحياة العملية فبموت المورث تنتقل ملكية الاموال الى الورثة وعادة ما يستقر هؤلاء في حالة الشيوخ لمدة طويلة، إذا لم يتفق هؤلاء على قسمة المال الشائع وهذا ما يؤدي عادة الى تزايد عدد الشركاء بسبب موت بعضهم وحلول ورثتهم محلهم وبالنتيجة زيادة عدد الحصص الشائعة في المال.

هاته الوضعية تجعل الغرض من ادارة المال الشائع والمتمثل في تحقيق الاستغلال والاستعمال الامثلين له أكثر تعقيدا مما لو كان المالك فردا، وذلك بسبب اختلاف رغبات ووجهات النظر، ولهذا عنى المشرع بوضع قواعد تحدد اليات ادارة هذا المال وتضع حدا لتزاحم واختلاف الشركاء على الشيوخ عند الانتفاع بالمال الشائع فإن كان قد استلزم في بعض اعمال الادارة اجماع الشركاء فانه في حالات اخرى اكتفى بأغليبيتهم فقط نظرا لصعوبة انعقاد الاجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة.

وعموما نجد ان المشرع الجزائري قد ولى عناية خاصة لهذا النوع من الملكيات "الملكية الشائعة" بان خصص لها نص ثلاثين مادة في التقنين المدني تبدأ من المادة 713 الى المادة 742، وذلك في القسم الرابع من الباب الثالث تحت عنوان "الحقوق العينية الاصلية"

ومن المنفق عليه ان سلطة التصرف هي أقوى سلطة يتمتع بها المالك ، ولهذا خول المشرع في نص المادة 714 من القانون المدني للشريك في الشيوخ التصرف منفردا في حصته الشائعة بكل انواع التصرفات المسموحة قانونا، على اعتبار أنه يملك هاته الحصة ملكية تامة، وفي نفس الوقت اعتبر التصرف الجماعي الصادر عن جميع الشركاء او حتى اغليبيتهم المعتمدة تصرفا صحيحا نافذا، ومن البديهي ،في الملكية الشائعة ان يتزاحم الشركاء وتتعارض قراراتهم عند ممارسة سلطة التصرف على نفس المحل ،لذلك تدخل المشرع لتنظيم هذا الوضع وقيد من استعمال كل شريك لسلطته بسبب ما للأخرين من سلطات مماثلة.

ورغم ان التملك على الشيوخ قد تكون له دواعيه العملية والواقعية ورغم ما وفره المشرع من اليات واحكام لحفظ المال الشائع وارداته التصرف فيه على نحو يوفق بين السلطات المتشابهة والرغبات المختلفة، الا أنه من الصعب وضع حد للمنازعات الاجتماعية والقانونية بين الشركاء والتي يثيرها الشيوخ بطبيعته. كل هذا جعل المشرع ينظر اليه على أنه وضع مؤقت عليه يجوز لأي من الشركاء الخروج منه عن طريق طلب قسمة المال الشائع في أي وقت ما لم يقيدهم بالبقاء فيه نص او اتفاق .

## • أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع العلمية والعملية في ان مسائل الملكية الشائعة والاشكالات التي تثيرها لها صلة مباشرة بالواقع العملي لحياة الأفراد هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن الموضوع متعلق بكيفية حماية بالمصلحة الفردية والجماعية على حد سواء كما تبرز أهمية الموضوع على المستوى النظري من خلال اهتمام المشرع الجزائري ببيان احكام الملكية الشائعة في عدد لا بأس به من المواد التي تضمنها القانون المدني، اما على المستوى التطبيقي لا سيما الاجتهاد القضائي فنجد ان المحكمة العليا قد اصدرت ترسانة من القرارات القضائية كرست بها القواعد التي نص عليها القانون المدني .

## الإشكالية:

نظرا لهاته الأهمية ومن اجل الالمام بموضوع الملكية الشائعة ومحاولة رفع اللبس عنه انطلقنا من الإشكالية التالية:

- ما مدى تكفل المشرع الجزائري بوضع القواعد التي من شأنها تنظيم الانتفاع بالملكية الشائعة وإدارتها؟ وهل من المتاح للشركاء في الشيوع انهاء حالة الشيوع؟ وهذا بدوره يقودنا إلى طرح تساؤلات فرعية تتمثل في:
- ما حكم التصرف الفردي والجماعي في المال الشائع؟ وهل للشركاء مطلق الحرية في استعمال سلطة التصرف؟
- ماهي طرق واجراءات قسمة المال الشائع؟

## • أسباب اختيار الموضوع:

ان الدوافع والأسباب التي جعلتنا نخوض غمار هذا الموضوع تتمحور حول أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة الشخصية في معرفة ودراسة مفهوم ما يسمى بالملكية الشائعة وتمييزها عن غيرها من الملكيات ومحاولة الإلمام بالنصوص القانونية المنظمة لها والمنثورة في التقنين المدني.

اما عن الاسباب الموضوعية فنتجلى في:

انتشار ظاهرة الملكية الشائعة في المجتمع الجزائري خاصة تلك المنصبة على العقار بسبب عدم اقدام الورثة على قسمة المال الشائع وبقاءهم لمدة طويلة فيه. تنوع التصرفات الواردة على الملكية الشائعة وخاصة العقارية، وسواء كان التصرف فرديا او جماعيا والتي عادة ما تطرح نزاعات أمام القضاء .

## • أهداف دراسة الموضوع:

تسليط الضوء على هذا النوع من الملكيات ومحاولة التعمق في احكامها والإلمام بكل الجزئيات المتعلقة بها. إبراز الاجراءات الواجب اتباعها من طرف الشركاء على الشيوع عند ادارته او التصرف فيه وقسمته.

## • الدراسات السابقة:

بخصوص الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فإننا اعتمدنا على مجموعة من المذكرات والرسائل الجامعية نذكر منها:

-عبد وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية، مذكرة شهادة ماجيستر في القانون العقاري، جامعة قسنطينة الإخوة المنتوري، كلية الحقوق سنة 2007-2008.  
-دفاش فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، مذكرة من أجل الحصول على الماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2012.  
-كذلك مذكرة ماجيستر بعنوان تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، للطالبة مخازني فايزة، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، لسنة 2004-2005.

### • الصعوبات التي واجهت الباحث:

موضوع الملكية الشائعة واسع ومتشعب حيث ينطوي على مسألة الانتفاع والإدارة والتصرف والقسمة، فالملاحظ ان أغلبية المذكرات التي عالجت الموضوع تناولها في جانب معين فقط مثل التصرف او القسمة او الإدارة.

بالرغم من وفرة المصادر والمراجع التي لها ايجابيات في دراسة أي موضوع، الا ان سلبياتها تكمن في تشعب جهود الطالب وتمضية الوقت الطويل في محاولة الإلمام بأكبر قدر من المعلومات التي تخدم بحثه، ولكن ما اعتمد ناه كان كافيا الحصول على مبتغانا بإذن الله.

### • منهج البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع والاشكالية المطروحة ان نعتمد المنهج التحليلي الاستقرائي لتحليل النصوص القانونية لاسيما نصوص القانون المدني التي عالجت موضوع الملكية الشائعة، وكذلك القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن كما اعتمدنا على المنهج الوصفي لعرض مختلف أفكار الموضوع جزئياته والأخذ بأراء الفقه المختلفة.

### • خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين حيث تناولنا بالدراسة في الفصل الأول ماهية الملكية الشائعة وإدارتها، وهذا الفصل قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول تطرقنا فيه لمفهوم الملكية الشائعة ومصادرها، أما المبحث الثاني فخصصناه لإدارة الملكية الشائعة، أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان التصرف في المال الشائع وقسمته وهو بدوره قسمناه إلى مبحثين حيث تطرقنا في المبحث الأول لحكم التصرف الفردي والجماعي في المال الشائع أما المبحث الثاني فخصصناه لقسمة المال الشائع.

### الفصل الأول

#### ماهية الملكية الشائعة وإدارتها.

الشيوع نظام مركب يتميز بالتعقيد في مظهره وجوهره وفي ظل تعدد الملكيات واختلاف أنواعها فمنها المفرزة ومنها الشائعة وضع المشرع الجزائري مجموعة من النصوص القانونية تختص بتنظيم هذا النوع الأخير «الملكية الشائعة» تضمنها القانون المدني حيث خصص لها المواد من 713 إلى 742، ونظرا للأهمية البالغة لإدارة المال الشائع فقد وقف المشرع بوجه خاص عند هاته الإدارة وتكفل بوضع القواعد التي من شأنها أن تيسر على الشركاء القيام بها.

وفي مستهل بحثنا في هذا النوع من الملكيات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية، أما المبحث الثاني فتناولنا إدارة المال الشائع.

### المبحث الأول

#### مفهوم الملكية الشائعة ومصادرها.

يختلف تعريف الملكية الشائعة بين اللغة والاصطلاح، كما تتميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات، أيضا اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من الملكية وأخيرا تتنوع مصادرها بين المصدر الاختياري والمصدر القانوني.

لهذا سنتناول في هذا المبحث بعد تقسيمه إلى أربعة مطالب حيث خصصنا المطلب الأول لمفهوم الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية، أما المطلب الثاني فخصصناه لمصادر الملكية الشائعة وخصائصها، وتناولنا في المطلب الثالث تميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات وأخيرا تناولنا في المطلب الرابع أنواع الشيوع.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

### المطلب الأول

#### مفهوم الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الملكية الشائعة (الفرع الأول) الطبيعة القانونية للملكية الشائعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تعريف الملكية الشائعة.

يختلف تعريف الملكية الشائعة بين اللغة والاصطلاح، وهذا ما سنحاول تبينه من خلال مايلي:

#### أولاً: تعريف الملكية الشائعة لغة.

الشيوع في اللغة: شاع الشيء شيوعاً ومشاعاً أي ظهر وانتشر والدار ونحوها وما يملك، وكان مشتركاً لم يقسم، ويقال اشترى داره على الشيوع، اشتاعاً في كذا اشتراك وقبل تشايح الأمر تشايح الرجلان في الشيء أي اشتراك فيه ولم يقسماه [1].

وجاء في تهذيب اللغة شبع، شاع الشيء مشاعاً وشيوعاً فهو شائع إذا ظهر، وتفرق، وأجاز غير شاع شيوعاً ونقول: تقطر قطرة من لبن في الماء فتشبع فيه أي تفرق فيه وقيل: نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا بمعزول [2].

#### ثانياً: تعريف الملكية الشائعة اصطلاحاً.

#### أ - التعريف الفقهي.

عرف فقهاء القانون ومنهم عبد الرزاق أحمد السنهوري الملكية الشائعة أنها تلك الملكية التي تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ومن ثم

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، سنة 2004 ص 503.

<sup>2</sup> أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب للغة، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001 ص 40.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته [1].

كما عرفت الملكية الشائعة بأنها: "ما تعلق بجزء نسبي غير معين ومحدد، وتكون كل ذرة من المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء فإذا كانت الدار مثلا مشتركة بين خمسة أشخاص فإن لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها [2].

### ب التعريف القانوني.

تنص المادة 713 من القانون المدني الجزائري بقولها: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك» وتضيف المادة 714 من القانون المدني الجزائري « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ...، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

يتضح من خلال النصين أن الشيوع هو الحالة القانونية التي تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، أي تزامم عدة حقوق للملكية على نفس الموضوع، كما أن الشريك في الشيوع له الحق في أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة التي يملكها ملكا تاما بجميع أنواع التصرف.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للملكية الشائعة.

إن تميز الشيوع بأكثر من حق ملكية واحد على الشيء الواحد في نفس الوقت خلافا للوضع العادي للملكية يثير التساؤل حول طبيعة، حق الشريك على الشيوع والذي أدى بدوره

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح في القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، دار النشر الحقوقية الحلبي، بيروت، لبنان، سنة 1998، ص776.

<sup>2</sup> مازن مصباح صباح، إيجار في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السابع عشر، العدد 02، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، سنة 2009، ص67.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

إلى خلاف فقهي حول هذه المسألة فمنهم من ذهب إلى اعتباره حق شخصي ومنهم من اعتبره حق عيني.

### 1 - الاتجاه الأول: حق الشريك حق شخصي.

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الشريك في الشروع هو حق شخصي ليس له محل مادي معين ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشاع ليس إلا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء كالثالث أو الربع واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منفعه عن طريق القسمة حتى إذا قسم الشيء أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق.

ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشروع وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية فاتجهوا إل القول بأن الشركاء المشاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء ،وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة و هذا الرأي في مجمله تعرض لانتقادات عديدة منها أن وصف حق الشريك المشاع بأنه مجرد حق شخصي وإنكار وجود حق عيني يتعارض مع ما أثبتته القانون للشريك المشاع من سلطات مباشرة على الشيء الشائع بما لا يختلف عن سلطات المالك ملكية مفرزة بما يخالف طبيعة الحق الشخصي.<sup>[1]</sup>

### 2 -الاتجاه الثاني: حق الشريك حق عيني.

حيث ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار حق الشريك المشاع حقا عينيا لماله من تسلط مباشر بسلطاته المقررة على الشيء الشائع لكنه حق عيني من نوع خاص يختلف عن سائر الحقوق العينية التقليدية على أساس أنه تخلف، في الحق العيني للشريك السمة الأساسية المميزة للحقوق العينية الأصلية ألا وهي الاستثنائية المانع بالنظر أن الشريك المشاع لا يستأثر سلطاته على الشيء الشائع بل يشاركه باقي الشركاء، في مباشرة ذات السلطات وهذا الرأي كذلك ثم نقده على أساس:

<sup>1</sup>- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د.ت)، ص 73-74.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

- إن هذا الرأي لا يتفق وحكم القانون لأن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور في سلطات ثلاثة وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف والقول بأن حق الشريك المشاع وهو حق عيني من نوع خاص لا يمكن أن يخرج في مضمونه عن حدود هذه السلطات.
- إن مقتضى الملكية الشائعة هو تعدد أصحاب الحق العيني بحصص متفاوتة أو متساوية على الشيء الشائع بحيث أن مباشرتهم لذات السلطات على سبيل الاجتماع أو الاشتراك أو حتى الانفراد يأتي تبعا لثبوت ذات السلطات لهم جميعا بوصفهم أصحاب لذات. الحق لجميعا الملاك وليس بوصفهم من الغير ومن تم فليس في مباشرتهم لهذه السلطات مع يتعارض أو يتناقض مع مفهوم الاستئثار.<sup>[1]</sup>

### 3. الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع حسب ما تبناه المشرع الجزائري.

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على حد سواء أن حق الشريك المشاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق وهذا الحق يمارس على محل موحدة يتعدد فيها الملاك في نفس الوقت. أما الشيء الشائع وهو محل هذا الحق فلا يلحقه التعدد فهو واحد لا يتجزأ، وبمقتضى ذلك فإن حق الشريك يقع على الشيء الشائع كله وإن كان محددًا بقدر حصته. والملكية في الشيوع كالملكية المفترزة تشتمل على عناصر ثلاثة وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف إلا أن الاستعمال والاستغلال. يتقيدان لحقوق الشركاء الآخرين فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التكيف واعتبر حق الشريك المشاع حق ملكية حيث نصت المادة 713 « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »، فكل ما يختلف فيه حق الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة هو أن حق المالك على الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء وهذا ما يجعل للمال الشائع أحكاما خاصة به في إدارته واستعماله واستغلاله والتصرف فيه.<sup>[2]</sup>

1 - همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2007 ص 255-256.

2- محمد عقوني، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سنة 2016، ص 21-22.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها الملف رقم 63765 المؤرخ في 1990/10/29 والذي جاء فيه : «من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما له يتصرف فيها ، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية ألت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع اخطئوا في تطبيق القانون»

والقرار رقم 39496 المؤرخ في 1987/04/08 الذي جاء في حيثياته : «من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضرر بحقوق سائر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون».<sup>[1]</sup>

### المطلب الثاني

#### مصادر الملكية الشائعة وخصائصها.

تتنوع أسباب نشوء الشيوع بين التصرف القانوني والواقعة المادية ، كما تتميز الملكية الشائعة بمجموعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة عن غيرها من الملكيات الأخرى ولهذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين حيث سنتناول في (الفرع الأول) مصادر الملكية الشائعة (الفرع الثاني) خصائص الملكية الشائعة.

### الفرع الأول

#### مصادر الملكية الشائعة.

كل سبب يؤدي إلى كسب ملكية مفرزة يصلح أن يكون سببا لنشوء ملكية شائعة مادام أن السبب يتصل بعدة أشخاص في الوقت ذاته، فهو إما أن يكون تصرفا قانونيا عقد أو وصية أو يكون واقعة مادية ومثال التصرف المنشأ للملكية الشائعة أن يشتري شخصان وأكثر مالا على الشيوع ويوصي شخص لشخصين أو أكثر بمال على الشيوع، ومثل الواقعة المادية المنشئة للملكية الشائعة أن يرث عدة أشخاص مالا على الشيوع أو يحوز شخصان شيئا حيازة مشتركة وأكثر أسباب الشيوع وقوعا في الحياة العملية هو الميراث.

<sup>1</sup>- عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى، (د.ت)، ص449-450.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

### أولاً: الشيوع الناتجة عن الواقعة المادية.

عادة ما نكون أمام الواقعة المادية أكثر مصادر الشيوع إنشاء له وخاصة الميراث وعليه سوف نتطرق لأهم مصادر الشيوع فيما يلي :

• الميراث كمصدر للملكية الشائعة: تعتبر الوفاة تلك الواقعة المادية الطبيعية التي يترتب عليها حق الإرث الذي يعتبر أكثر مصادر الشيوع فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين فتنتقل إليهم أمواله شائعة كل حسب نصيبه في التركة.

• الحياة كمصدر للملكية الشائعة: تعرف الحياة على أنها حالة وضع اليد الأكثر من شخص على عقار مع توفر شروطها المقررة قانوناً فيما يتعلق بحياة العقارات وذلك باستمراريتها وهدوئها طيلة المدة 15 سنة بدون انقطاع المحددة للتقادم المكسب للملكية العقارية كل طبقاً الأحكام المادة 827 من القانون المدني الجزائري.<sup>[1]</sup>

• الالتصاق كمصدر للملكية الشائعة: حسب المواد 778 إلى 791 من القانون المدني الجزائري فإن الالتصاق هو واقعة مادية يتم من خلالها اكتساب الملكية العقارية باتحاد عقارين.<sup>[2]</sup>

### ثانياً: الشيوع الناتج عن التصرف القانوني أو ما يسمى بالمصدر الاختياري.

وهذا النوع يكون بإرادة الإنسان كأن يعهد أربعة أشخاص مثلاً إلى شراء عقار بحيث يختص كل منهم بجزء هذا العقار، فيصبح العقار في هذه الحالة مملوكاً في الشيوع من قبل هؤلاء. **عقد البيع كمصدر للملكية الشائعة:** يعتبر العقد من أحد مصادر الشيوع متى صحت أركانه من رضا ومحل وسبب والشكلية الواجب توافرها لصحة انعقاد عقد البيع العقاري، ومن صورته أن يشترك عدة أشخاص في شراء عقار فيما بينهم، أو شراء جزء من عقار غير مفرز أو الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة باقتناء عقار موحد فيما بينهم.

1- المادة 827 من القانون رقم 75/58 المؤرخ في 26/9/1975 المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ

في 20/06/2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30/9/1975.

2-فاطمة زهرة مالك، سارة سوفي، اكتساب الملكية عن طريق الالتصاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر،

في القانون الخاص تخصص عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو،

الجزائر، سنة 2016، ص 04.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

### 2. العقود التبرعية كمصدر للملكية الشائعة:

قد تكون الهبة أو الوصية باعتبارهما أحد العقود التبرعية وإن اختلفا في الطبيعة القانونية باعتبار أن الهبة عقد أما الوصية فهي تصرف قانوني بإرادة منفردة، فقد يهب أو يوصي أحدهم لمجموعة من الأفراد عقار ما بذلك تنشأ حالة الشيوع فيما بينهم ذلك باشتراك الموهوب لهم أو الموصي لهم وكل حسب نصيبه أو بالتساوي فيما بينهم في ملكية ذلك العقار.

### 3. التحقيق العقاري الجماعي كمصدر للملكية العقارية.

قد تنشأ حالة الشيوع بموجب التحقيق العقاري بصفة جماعية طبقا لما ذكرته المادة 06 فقرة 02 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سند الملكية العقارية عن طريق التحقيق.<sup>[1]</sup>

## الفرع الثاني

### خصائص الملكية الشائعة.

تنقسم خصائص الملكية الشائعة إلى نوعين هما خصائص شخصية (أولا) وخصائص عينية (ثانيا).

#### أولا: الخصائص الشخصية.

- أن حق الملكية الشائعة يتقرر لأكثر من شخص فقد يكون بين أشخاص طبيعية ومعنوية أو مختلط بين أشخاص طبيعية أو أخرى معنوية
- أن حق التصرف في الملكية الشائعة حق مقيد بحق باقي الشركاء وفي حدود ما يسمح به القانون إذا أن كل شريك يملك حصته ملكية فردية كل حسب نصيبه، مع قيد التصرف بالبيع فيها دون إخطار لماه يقتضي ضرورة الإخطار بالبيع لممارسة حق لأخذ بالشفعة.
- أن حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية تام.

<sup>1</sup>-حمدي باشا، اليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، طبعة 2014، دارهومة ،بوزريعة، الجزائر، ص 149.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

- يتحدد نصيب كل شريك فيها بحصة شائعة يرمز إليه حسابية سواء بالنصف أو الثلث أو الربع أو السدس وقد تكون الحصص متساوية مالم يقر دليل على غير ذلك [1].
- الشيوع لا يمنع من حق التصرف في المشاع ولاحق الانتفاع به وإنما يحدده لتزاحم حقوق الشركاء وتقاطعها [2].

### ثانياً: الخصائص العينية.

- أن العقار محل حق الملكية العقارية الشائعة هو محل موحد لا يلحقه التعدد والتجزئة.
- أن الحق في الملكية الشائعة يتحدد معنوياً [3] أي لا تكون حدود ممارسة الحق فيه ملموساً أو محدداً مادياً بمعالم ظاهرة للعيان.
- أن الملكية العقارية الشائعة هي حق ملكية استثنائي ومؤقت يمكن أن تنتهي بانقضاء حالة الشيوع سواء بالقسمة أو التصرف فيها متى كان ذلك جائزاً قانوناً.

## المطلب الثالث

### تميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات.

يتعين تميز الملكية الشائعة عن غيرها من صور الملكية التي قد تختلط بها والضابط في ذلك حيث انه لا يوجد شيء واحد مملوك لعدة أشخاص في وقت واحد لا يمكن أن يقال أن هناك شيوعاً وعلى ضوء ذلك لاتعد ملكية الطبقات ملكية شائعة لأنها غير شائعة في بعض اجزائها كما هو الحال في بناء ذي طبقات متعددة يملكها عدة أشخاص حيث يملك كل واحد من هؤلاء على سبيل الانفراد الطبقة العائدة له وذلك على سبيل الشيوع الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك كما أن أموال الشركة لاتعد مملوكة للشركاء على الشيوع بل هي مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً له ذمة مستقلة عن ذمة

<sup>1</sup> أشرف أحمد، عبد الوهاب، ابراهيم سيد أحمد، الملكية الشائعة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار العدالة النشر والتوزيع، القاهرة مصر، سنة 2018، ص20.

<sup>2</sup> زهير سراجيه، الشيوع وأثره في تصرفات العقدية، دراسة فقهية المعاصرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم الإسلامية، وتخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2015، ص 46.

<sup>3</sup> أشرف أحمد، المرجع السابق، ص20.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

كل شريك إذا ما قدم كل شريك نصيبه فقد حقه العيني عليه لتنتقل إلى الشركة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على الأرباح الناشئة عنه ولا تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة تصفيتها والملكية المفترزة هي التي تتركز فيها جميع السلطات التي يخولها حق الملكية في يد شخص واحد يملك وحده جميع حقوق التصرف المادية والقانونية في الشيء المملوك له وكذا حق الاستعمال والاستغلال ، أما الملكية المشتركة: فهي ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم من تحقيقه منفردا فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين من خلال مما سبق سنعالج تمييز الملكية الشائعة عن المفترزة (الفرع الأول) تمييز الملكية الشائعة عن المشتركة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة.

- الحصة الشائعة التي يملكها الشريك في المال الشائع شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات بخلاف الملكية المفترزة التي تكون الملكية فيها محددة في جزء معين.
- المالك في الشيوع يتعين نصيبه معنويا في الشيء الشائع ولا يتعين ماديا، حيث أن الشيء الشائع مملوكا كله لعدة أشخاص ومن ثم فإن حق الملكية هو الذي ينقسم بينهم نصيب غير معين كالنصف أو الربع أما الشيء ذاته فلا ينقسم وإن كان قابلا للانقسام بخلاف الملكية المفترزة فالمالك فيها يتعين نصيبه ماديا لعدم تعدد الملاك.

الملكية الشائعة مقيدة بالنسبة لسلطات كل شريك فاستعمال المالك للشيء المملوك على الشيوع قد يترتب عليه إضرار بالنسبة لباقي الشركاء ومن ثم فإن استعمال المالك في الشيوع مقيد بحقوق الآخرين لأن لهم نفس السلطات ، وهذا هو الاختلاف الجوهرى بين الملكية الشائعة والمفترزة فالمالك في الملكية المفترزة له كامل الحرية في الاستعمال والاستغلال للمال -الشيوع هو حالة وقتية حيث يجوز الخروج منه في أي وقت والشخص ليس مجبرا على

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

البقاء فيه إلا إذا اتفق مع بقية الشركاء على تأجيل القسمة إلى زمن معين بخلاف أن الإفراز في الملكية المفززة هو الاصل.<sup>[1]</sup>

الملكية بعناصرها الثلاثة الاستعمال والاستغلال والتصرف قد تكون مفززة وقد تكون شائعة عندما تنحصر ملكية كل شريك في حصته شائعة من المال المشترك فيتحدد نطاق الانتفاع في الملكية المفززة كل المال المملوك، أما بالنسبة للملكية الشائعة فإن الشريك له الحق في ممارسة حق انتفاعه بقدر حصته وهو ما أكدته المشرع في نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري.<sup>[2]</sup>

### الفرع الثاني

#### تميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة.

- الملكية المشتركة هي ملكية جماعية لأن المالك فيها جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه بل الكل يملكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية كل الشيء المملوك.
- أما الملكية الشائعة ملكية فردية لأن كل شريك في الشيوع يملك الحصة فالملكية الشائعة تشترك في طبيعتها مع الملكية المفززة فكلاهما ملكية فردية.<sup>[3]</sup>
- الملكية الشائعة لا تنشأ بإدارة الأفراد وإنما رغما عنهم كما هو الحال بالنسبة للأموال الموروثة، أما الملكية المشتركة فلا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد والاتفاق بينهم.
- في الملكية الشائعة يعتبر الشريك مالك أي صاحب حق عيني، أما الملكية المشتركة فالشريك فيها فقد حقه العيني كمالك فردي لينتقل إلى الجماعة وينشأ له حق شخصي في الحصول على الأرباح ولا يعود له حقه العيني إلا بعد التصفية.<sup>[4]</sup>

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، التصرف الشريك في المال الشائع، وأثره على حقوق الشركاء، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000، ص 30.

<sup>2</sup> أنور طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، سنة 2004، ص 05.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 79-80.

<sup>4</sup> ابتسام حسناوي، النظام القانوني للمال الشائع، مذكرة لنيل درجة الماستر تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 01، سنة 2010-2011، ص 07.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

- يملك المالك في الملكية الشائعة حصة غير محددة فيكون له النصف أو الربع مثلا بينما في الملكية المشتركة يتحدد حق المالك بحصة محددة في الشيء المشترك.
- الشيوخ العادي هو حالة مؤقتة يمكن الخروج منها في أي وقت، بينما في الملكية المشتركة يكون الشيوخ إجباري لا يمكن إنهاءه والخروج منه.
- الملكية الشائعة ترد على المنقولات والعقارات، بينما الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة من العقارات المبنية.<sup>[1]</sup>

### المطلب الرابع

#### أنواع الشيوخ.

ينقسم الشيوخ إلى نوعين الشيوخ الإجباري (الفرع الأول) والشيوخ العادي (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

#### الشيوخ الاجباري.

بعد أن نظم المشرع الملكية الشائعة بوجه عام عرض بوجه خاص ما يسمى بالشيوخ الإجباري والذي يعرف عند الفقهاء بأنه حالة بقاء الشيء مملوكا أو منتفعا به على وجه الدوام ،اي يبقي المال مشاعا بين الشركاء ولا يجوز طلب القسمة فيه و يرجع ذلك إما بسبب طبيعته أو بسبب الغرض الذي أعدله ، فالشيوخ الإجباري هو شيوخ دائم لا يجوز طلب القسمة فيه فهو يختلف عن الشيوخ المؤقت في ما إذا اتفق الشركاء على البقاء فيه لمدة معينة ، و يبرر الشيوخ الدائم بأن الغرض الذي أعدله المال الشائع يقضي أن يبقي هذا المال دائما في الشيوخ ومثال ذلك الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات و الشقق والحائط المشترك ، ففي الواقع أن قسمة هذا النوع من الأموال من شأنه تعطيل الاستفادة منها وعرقلة الانتفاع بها.<sup>[2]</sup>

ونرى أن المعيار في معرفة كون الشيوخ عاديا أو إجباريا هو في الغاية المقصودة من الشيء، فإذا أريد يكون الشيوخ دائما أعتبر شيوخا إجباريا، وإذا أريد أن يكون مؤقتا كان شيوخا عاديا، والمسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع فالأول لا يحق

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص28.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004، ص79-80.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

للمشركاء فيه طلب قسمته لأن الغرض الذي أعد له المال الشائع يتطلب أن يبقى على الشيوع دائما وينقسم الشيوع الإجباري إلى نوعين الذي هما كالاتي:

### اولا: الشيوع الإجباري الأصلي.

ويراد به الشيوع الذي لا تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقار، وإنما تكون مستقلة وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد.

### ثانيا: الشيوع الإجباري التبعي.

وفيه تكون الأشياء الشائعة تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة، وتعد من الملحقات الضرورية لخدمة تلك العقارات وهذا النوع من الشيوع الإجباري هو الغالب الوقوع، ومن صورته الحائط المشترك والأجزاء المشتركة في ملكية والطبقات أو الشقق والقناطر والممرات والأبواب التي يكون كل منها مملوكا لعدة ملاك ومخصصة لخدمة عقاراتهم. [1]

## الفرع الثاني

### الشيوع العادي.

هو ما يصطلح عليه أيضا الشيعاء الإرادي ومعناه أن إرادة المالكين على الشيوع قد توافقت من أجل الاشتراك في مال ما، ونشأت بموجبها حال الشيعاء. [2]

ويوصف الشيوع بأنه عادي إذا كان المال قابلا للقسمة بمعنى الخروج منه أو البقاء فيه يتوقف على إرادة المالكين، فلكل واحد منهم في حال عدم وجود اتفاق أن يطلب إفراز نصيبه فيصبح بذلك مالكا ملكية مفرزة عن طريق القسمة، والشيوع العادي أو الإرادي يعد حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء والزوال لأن الأصل في الشيوع عدم الاستمرارية والدوام، فينقضي الشيوع كما ينشأ سواء بناء على عقد ينهي الملكية كأن يبيع أحد المالكين المشاعين حصته لأخر، أو يبيعان معا المال، وقد ينقضي بالميراث بأن يرث أحد المالكين الأخر وأخيرا

<sup>1</sup>علي جبار صكيل الأسدي، الملكية الشائعة وأحكام وإزالة الشيوع في ظل احكام القانون المدني العراقي والمصري والجزائري، الطبعة الأولى، دار رضوان للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2016، ص 60.

<sup>2</sup>سليمة عشوي خلفي، نظام القانون الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماستر في القانون العقاري، جامعة مولود حمدي تيزي وزوو، الجزائر، سنة 2017، ص 17.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

ينقضي الشيوخ بالقسمة التي تعد أهم سبب في ذلك ،وسواء تمت عن طريق رضائي أو عن طريق القضاء .<sup>[1]</sup>

### المبحث الثاني

#### إدارة الملكية الشائعة.

يتعدد الملاك في المال الشائع بحيث يكون لكل واحد منهم حقه في مجموعة الأمر الذي يجعل إدارته أكثر تعقيدا مما لو كان المالك فردا ،ونظرا للأهمية البالغة لإدارة المال الشائع نجد ان التقين المدني الجزائري وقف بوجه خاص عند هذه الإدارة وتكفل بوضع قواعد لها حتى يسير للشركاء القيام بها وحتى يزيل ما يصيب اغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية ،فقرر المشرع بموجب نص المادة 715 من قانون مدني قاعدة عامة مفادها أن تكون إدارة المال الشائع بإجماع من الشركاء ، ولكن لما كان انعقاد الإجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة متعذرا في الكثير من الحالات ،فقد وضع المشرع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة ، بأن جعل لأغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة الحق في القيام ببعض أعمال الإدارة ، وفرق فيما يتعلق بمقدار هذه الأغلبية بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة .

ولهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنتناول بالدراسة إدارة الملكية الشائعة بإجماع الشركاء (المطلب الأول) ثم إدارة الملكية الشائعة بأغلبية الشركاء (المطلب الثاني)

### المطلب الأول

#### إدارة الملكية الشائعة بإجماع الشركاء .

إن إدارة المال الشائع في الأصل هي من حق جميع الشركاء في الشيوخ لا ينفرد بها أحدهم، ذلك أن لكل شريك حق في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين فإذا استقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان في هذا اعتداء على حقوق باقي الشركاء، ولذلك نص المشرع الجزائري في نص المادة 715 من القانون المدني :«تكون الإدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك » ،ولكن بالرغم من الدور الذي

<sup>1</sup>رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص63.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

يقدمه مبدأ إجماع الشركاء في إدارة الملكية الشائعة من رعاية لمصالح الجميع، إلا أنه غالباً ما يكون العائق بالنسبة لتسيير ادارة الملكية الشائعة، وذلك نتيجة لعدم تحقق الإجماع بسبب اختلاف رغبات الشركاء ،ولهذا غالباً ما يتم اللجوء إلى إدارة المال الشائع عن طريق ما يسمى بقسمة المهايأة والتي تعتبر طريقة من طرق الإدارة المعتادة، ( الفرع الأول) ولقد خرج المشرع الجزائري من خلال النص المادة 718 من القانون المدني عن قاعدة الإجماع بأن سمح لكل شريك بالقيام منفرداً بالأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع ونفقاته وإدارته (الفرع الثاني)،

### الفرع الأول

#### قسمة المهايأة واحكامها.

لما كان الاجماع على كيفية إدارة المال غير متيسر دائماً وكانت ادارته من خلال الأغلبية يمثل ترجيحاً لمصلحة فريق على آخر، فإنه وإلى حين زوال حالة الشيعو واختصاص كل شريك بنصيب مفرز يعادل حصته في الشيء الشائع يباشر عليه سلطاته على نحو استشاري، فلقد أتاح المشرع للشركاء بإجماعهم ان يقسموا منفعة الشيء الشائع بينهم بحيث يتحقق لكل منهم الانفراد بمباشرة سلطاته في الاستعمال والاستغلال على النحو الذي يريد ويحقق مصلحته، وهذا ما يسمى بقسمة المهايأة.<sup>[1]</sup>

تعد قسمة المهايأة صورة مثلى لإجماع الشركاء في إدارة المال الشائع، ولقد نظم المشرع الجزائري احكام قسمة المهايأة مع القسمة النهائية في المواد من 733 الى 736 من القانون المدني حيث نصت المادة 733 قانون مدني انه: «يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات»

<sup>1</sup>همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 263.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

. كما تضيف المادة 734 من نفس القانون ما يلي «يجوز ان تكون قسمة المهايأة أيضا بان يتفق الشركاء على يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته».[1]

وعليه يتضح من خلال النصين السابقين انه يقصد بقسمة المهايأة اتفاق الشركاء على حصول كل شريك على منفعة المال الشائع بما يتناسب مع حصته، ولذلك فان قسمة المهايأة هي قسمة مؤقتة لا تنتهي بها حالة الشيوخ وانما هدفها تنظيم عملية الانتفاع بالمال طوال المدة التي يبقى فيها المال على الشيوخ.[2]

كما عرف بعض الشراح قسمة المهايأة انها تلك القسمة التي ترد على منفعة العين وليس على العين ذاتها، فيستأثر كل منهم بجزء معين يعادل حصة فيه ويتسنى له من ثم أن يحوز مالا مفردا ينفرد بإدارته فيستعمله او يستغله او يؤجره لغيره.[3]

وبناء على التعاريف السابقة يمكننا ان نستخلص اهم الخصائص التي تتميز بها قسمة المهايأة فهي من العقود الرضائية، والتي لا تنطوي على شكلية معينة فضلا على انها من العقود الملزمة للجانبين، فكل شريك تقع عليه التزامات عند انتفاعه بالمال الشائع وبالمقابل له حقوق على الشريك الآخر، هذا وتتميز قسمة المهايأة بانها قسمة عرفية وليست رسمية ترتبط بمدة زمنية معينة فهي مؤقتة، وليست نهائية لا تنهي حالة الشيوخ كما انها غير ملزمة للغير، فإذا دامت لمدة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك.[4] اما عن الطبيعة القانونية او تكييف قسمة المهايأة فانه كما يمكن تكييف المهايأة بانها قسمة منفعة مكانية او زمانية، كذلك يمكن تكييفها بانها عقد إيجار، فالمهايأة إذن بنوعها هي مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجار ومن أجل هذا قربت

<sup>1</sup> المواد 733-734 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية التبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر، عمان، سنة 2011، ص 47.

<sup>3</sup> نبيل صقر، أحمد لعور، القانون المدني نسا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 254.

<sup>4</sup> لدى سالم حمدون، مفهوم المهايأة و تكييفها، مجلة الرافدين، المجلد 11، العدد 42، كلية الحقوق جامعة الموصل، سنة 2009، ص 05.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

المهياة من الإيجار.<sup>[1]</sup> وهذا التكيف دفع بالمشرع الجزائري إلى إسناد تنظيم قسمة المهياة إلى احكام الإيجار حيث جاء في المادة 735 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 848 من القانون المدني المصري ما يلي :«تخضع قسمة المهياة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الاحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.»<sup>[2]</sup>

من خلال هذا النص يتضح ان كل من قسمة المهياة وعقد الإيجار وجهان لعملة واحدة ذلك الان قسمة المهياة ترد على الانتفاع بالمال الشائع وليس ملكيته فإنه يسري على العلاقة بين الشركاء احكام عقد الإيجار بحيث يعتبر الشريك في القسمة الزمانية او ما يختص به في القسمة المكانية مستأجرا والشركاء الاخرين مؤجرين ومؤجرا بالنسبة لما يختص به الشركاء الاخرين وهم مستأجرين.<sup>[3]</sup>، هذا وتنقسم قسمة المهياة إلى نوعين:

### أولاً: قسمة المهياة المكانية.

#### 1. تعريفها

لم يتطرق المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني إلى تعريف قسمة المهياة المكانية بصفة مباشرة وإنما اكتفى بذكر قسمة المهياة وقد أشار في نص المادة 733 من نفس القانون إلى ما يدل انها قسمة مهياة مكانية بقوله: « يتفق الشركاء في قسمة المهياة على ان يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء»<sup>[4]</sup>

ولقد عرفها بعض الفقهاء انها قسمة مؤقتة لا تنتهي الشيوع ولا ترد على الملكية وإنما ترد على منافع المال الشائع، فالشركاء بذلك يقتسمون المال الشائع قسمة منفعة ولكل شريك في الشيوع ان يختص بجزء من المال الشائع يساوي حصته في الملك الشائع، بحيث يتنازل لغيره من الشركاء عن الانتفاع بباقي الأجزاء، فبهذا يتهيأ لأي شريك حيازة أي جزء من

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، الطبعة أولى، دار الجامعة الجديدة مصر، سنة 2011 ص 06.

<sup>2</sup> المادة 735 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 50.

<sup>4</sup> المادة 733 من الأمر 58/75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

المال الشائع وينتقل بإدارته واستغلاله، والانتفاع به بنفسه او بواسطة غيره فإذا كان دار فيمكنه ان يسكنه او يؤجره او كان ارضا زراعية فحق له ان يتولى أمر زراعتها على حسابه ونفقته او تأجيرها ،وعلاوة على ذلك فليس له ان يخضع في إدارته وانتفاعه لحساب باقي الشركاء.[1]

وعليه يمكن القول ان قسمة المهايأة المكانية هي عقد يلتزم لنفاذه اجماع الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز يعادل حصة في الملك الشائع، وفي المقابل ان يتنازل هذا الشريك عن الانتفاع بباقي الأجزاء لشركائه ومثال ذلك ان يكون المال الشائع منزلا بطابقين اختص أحد الشريكين بالطابق الأول واختص الثاني بالطابق الآخر فيكون لكل واحد منهم مطلق الحرية في الانتفاع بالجزء الخاص به فله ان يسكنه او يؤجره إلى غير ذلك.[2]

### 2.مدة قسمة المهايأة المكانية.

الملاحظ ان المشرع الجزائري قد سوى بين الحد الأقصى لمدة المهايأة وبين المدة التي لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء في الشيوع لأكثر منها وهي خمس سنوات، حيث نصت المادة 733 من القانون المدني الجزائري انه: «لا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنوات فإذا لم تشترط لها مدة او انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد، إذا لم يبلغ الشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب في التجديد».[3]

من خلال هذا النص نستخلص ان لا يجوز للشركاء في الملكية الشائعة على ان يتفقوا على قسمة المهايأة المكانية لمدة تزيد عن 5سنوات، فإذا زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى 5سنوات ذلك أن المهايأة المكانية وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة تبقى شائعا من حيث الملكية ،ولا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة تزيد عن 5سنوات، اما إذا لم يحصل على اتفاق على المدة او انقضت المدة المتفق

<sup>1</sup> رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص06.

<sup>2</sup> محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز، الطبعة السابعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2004، ص 244.

<sup>3</sup> المادة 733 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

عليها مع استبقاء المهايأة فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين تتجدد سنة تلو الأخرى وهكذا، إلا إذا اعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهايأة، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل والذي يقع في العمل أن المهايأة المكانية تدوم لمدة طويلة فتجدد من مدة إلى أخرى وكثيرا ما تدوم 5 سنوات أو أكثر دون أن يرغب أحد في إنهاؤها ، وهذا أكبر دليل على هذا المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى التعامل على أساسها.<sup>[1]</sup>

### 3. تحول قسمة المهايأة المكانية إلى نهائية.

إذا دامت قسمة المهايأة المكانية لمدة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 733 في فقرتها الثانية بقولها «وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشرة سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وإذا أجاز الشريك على الشيوع جزء مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة افترض ان حيازته لهذا الجزء تستد إلى قسمة مهايأة». <sup>[2]</sup>

فوضع بذلك النص السابق بذلك قاعدتين هامتين أولهما أنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، أفترض فرضا قابلا لإثبات العكس أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهايأة سبق إبرامها بين الشركاء، لكن كثيرا ما يصعب الاهتداء بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرزا إلى ما يثبت سبق حصول قسمة مهايأة، فذل النص هذه الصعوبة العملية وفرض وجود هذه القسمة وأعفى الشريك بذلك من هذا الإثبات الشاق، وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع، أما القاعدة الثانية مفادها أنه متى حاز الشريك جزءا مفرزا يعادل حصته في المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة وكان هناك أو افتراض وجود قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها، فإن قسمة المهايأة تنتقل بمجرد تمام الخمسة عشرة سنة إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك، ولما كانت هذه القسمة النهائية لابد من تسجيلها شأنها في ذلك شأن أية

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 817.

<sup>2</sup> المادة 02/733 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

قسمة أخرى ولو أنها تتم بحكم القانون، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها، ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء الخمس عشرة سنة لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية.<sup>[1]</sup>

### ثانيا: المهايأة الزمانية.

#### 1. تعريف المهايأة الزمانية.

تطرق المشرع الجزائري لقسمة المهايأة الزمانية من خلال نص المادة 734 من قانون مدني جزائري بقوله «يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا لانتفاع لجميع المال المشترك كل منهم لمدة تناسب مع حصته».<sup>[2]</sup>

يتضح من خلال النص أن قسمة المهايأة الزمانية هي قسمة من خلالها يتفق الشركاء على أن ينتفعوا بالمال الشائع عن طريق المناوبة لمدة زمنية معينة تتناسب مع حصة كل واحد منهم، بحيث ينتفع أحد الشركاء بالمال الشائع كله وبانتهاء مدة انتفاعه يبدأ شريك آخر الانتفاع بكل المال وهكذا.<sup>[3]</sup>

وغالبا ما تحدث المهايأة الزمانية فيما لا يمكن اقتسامه، حيث أن الشركاء يقومون في الانتفاع بالمال الشائع عقارا كان أو منقولا دون أن يقتسموه أجزاء مفرزة بينهم، مع تحديد مدة الانتفاع لكل واحد منهم، كما ذهب بعض القانونيين إلى أن قسمة المهايأة الزمانية هي التي يتبادل فيها الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه والغالب حصول هذه القسمة في المنقولات.<sup>[4]</sup> وفي حال تساوت الحصص تتساوي مدد الانتفاع ويكون هذا الأخير وارد على الزمان، وليس المكان وغالبا ما تكون المهايأة زمانية، وذلك لصعوبة تجزئتها واقتسامها لكي ينتفع بها أكثر من شخص في الوقت نفسه هذا ما يدفع بالشركاء إلى قسمة المهايأة الزمانية، فمثلا المال المملوك على الشيوع يتمثل في سيارة فيصعب التهاؤ عليها مهايأة مكانية، لذلك يتم اللجوء إلى المهايأة الزمانية لكي ينتفع بها كل شريك خلال

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 818-819.

<sup>2</sup> المواد 733-734 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 48.

<sup>4</sup> محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 256.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

مدة زمنية معينة مثلا سنة أو شهر<sup>[1]</sup>، ولا تنقلب المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهاية المكانية .

### 3. مدة قسمة المهاية الزمانية.

لم ينظم القانون مدة المهاية الزمانية كما نظم مدة المهاية المكانية، ومن ثم تسري عليها القواعد العامة في هذا الشأن ومضمون هذه القواعد أنه يجوز للشركاء في الملكية الشائعة أن يتفقوا على عدد دورات التناوب للانتفاع بالمال الشائع، شريطة أن يترتب عن اتفاق الشركاء إلى إجبارهم على البقاء الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات.<sup>[2]</sup>

وبناء على ما سبق يمكن القول أنه ليست للمهاية الزمانية حد أقصى فيجوز أن يتكرر التناوب لنوبات متعددة، ولقد ترك المشرع للشركاء حرية تحديد الفترة الزمنية التي يتناوبوا فيها بالانتفاع فيها بالشيء الشائع متى روعي تناسبها مع حصص الشركاء، كما ترك لهم حرية تحديد عدد دورات التناوب، والأصل أن الاتفاق على تحديد مدة الانتفاع بالشيء الشائع خلال مهاية زمنية لا يمنع الشركاء من طلب القسمة النهائية حتى قبل انتهاء المدة المحددة لقسمة المهاية، إلا إذا أتفقوا أن قسمة المهاية تتضمن إجبارا على البقاء في الشيوع لحين انتهاء مدتها، وعندئذ لا يجوز أن تزيد مدتها عن خمس سنوات.<sup>[3]</sup>

والواضح أنه لا مانع من التجديد في مدة هذا النوع من المهاية بحيث يمكن للشركاء أن يجددوا نفس المدة أو أن يتفقوا على أن تقل المدة عن سابقتها أو تزيد دون أن يتقيدوا بعدد مرات التجديد، وإن طالت المدة فإنها لن تتحول إلى قسمة نهائية أبدا، ومن أمثلة المهاية الزمانية أن ينتفع صاحب النصف بالمال الشائع لمدة سنة، وصاحب الثلث 8 أشهر، وصاحب السدس 4 أشهر.<sup>[4]</sup>

<sup>1</sup> ميثاق طالب، عبد حمادي، التنظيم القانوني للمهاية دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي، العلوم القانونية والسياسية العدد02، سنة 2014، ص 189.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 820.

<sup>3</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 264.

<sup>4</sup> نسيمه درار، «قسمة المهاية في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 03، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2014، ص 293.

### الفرع الثاني

#### الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع ونفقاته وإدارته.

إن أعمال الإدارة المعتادة للملكية الشائعة تتطلب وجوب من يملك أكثر من نصف المال الشائع للقيام بها، لكن قد يحدث وأن يكون هذا الأخير على وشك الهلاك أو التلف، وما يدفع بتدخل أحد الشركاء استثناء وارد على قاعدة الأغلبية لاتخاذ التدابير الوقائية، وذلك عن طريق توليه الأعمال اللازمة لحفظ الشيء الشائع (أولاً) وتحمل نفقات الحفظ وسائر التكاليف (ثانياً).

#### أولاً: الأعمال اللازمة لحفظ الشيء الشائع.

إن أعمال الصيانة والحفظ تعد من أهم مظاهر الملكية الشائعة إدارة معتادة، ذلك لأنها حق لكل شريك في الشيوخ يمكنه أن يتولاها بمفرده دون الحاجة لموافقة بقية الشركاء.<sup>[1]</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 817 قانون مدني بقولها: «لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء» وبهذا النص فقد أخرج المشرع هذه الأعمال عن الخضوع للقاعدة العامة في إدارة المال والتي تقضي بوجوب تحقق إجماع الشركاء للقيام بأعمال الإدارة، على اعتبار أنها تتطلب الاستعجال في القيام بها ولا تضر بباقي الشركاء، وعليه سمح لكل شريك أن يستقل بالقيام بها دون رضا البقية، وذلك بهدف تسهيل المحافظة على المال الشائع من أي خطر وشيك ورعاية للمصلحة المشتركة.<sup>[2]</sup>

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها إلى أنه: «من المقرر قانوناً أنه يمكن لكل شريك على الشيوخ أن يتخذ أي إجراء يراه ضرورياً لحفظ الشيء المشاع، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء من ثمة فإن قضاة الموضوع لما رفضوا طلب الشريك في الشيوخ بمراجعة الإيجار للحفاظ على المال الشائع يكونوا قد أسأوا تطبيق القانون».<sup>[3]</sup>

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص 63.

<sup>2</sup> محمد عقوني، المرجع السابق، ص 127.

<sup>3</sup> قرار رقم 36 34 15 مؤرخ في 24/06/1997، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1997، ص 128.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

كذلك أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها ملف رقم الصادر 116288 الصادر بتاريخ 1994/11/22 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 03 سنة 1994 الصفحة 142 مبدأ مفاده أنه: «من المقرر قانوناً أنه يحق لكل شريك في الشيوخ أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، ولما ثبت في القضية الحال أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوخ المحل المتنازع عليه وكالة من جميع الورثة لرفع دعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها، فإنهم بذلك خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.» [1]

وأعمال الحفظ والصيانة قد تكون مادية مثل صيانة المال الشائع وترميمه إذا احتاج ترميم وتحويطه بسياج أو سور، وقطف الثمار قبل أن تتلف وبيعها قبل فسادها، وتسجيل سند ملكية إذا كان هذا السند في حاجة للتسجيل، وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى مثل دعوى قطع التقادم إذا كان المال الشائع في حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مغتصب، ودعوى تعيين الحدود ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز، ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً، والشريك في الشيوخ عند قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم يعتبر أصيلاً عن نفسه ثم وكيلاً عن باقي الشركاء إذا لم يعترض أحد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة، فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم منهم أعتبر فضولياً بالنسبة إليهم، ويرجع الشريك عليهم بدعوى الفضالة. [2]

أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب، وهناك رأي يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة. [3]

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، الطبعة 2016، دار هومة، الجزائر، ص 77.

<sup>2</sup> محمد كامل مرسي، الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام، الجزء الأولى، الطبعة الثانية، مصر، سنة 1981، ص 102.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 806.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

ولا تعد أعمال التحسين من قبل أعمال الحفظ وببل هي من قبل أعمال الإدارة الغير المعتادة وبناء عليه يمنع على الشريك ولو كان مالكا لأكثرية السهام، أن يقوم بها قبل إبلاغ شركائه بما اعتزم إجرائه من تحسينات. [1]

### ثانيا: نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف

نصت المادة 719 قانون مدني: «نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه سائر الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

وليس هذا النص إلا تطبيقا للقواعد العامة فطالما أن كل الشركاء في الشيوخ ملاك للمال الشائع فمن البديهي أن تنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته، ومثال هذه النفقات التي صرفت في صيانة، وترميمه أو تحويطه بسور والضرائب المفروضة عليه، ونفقات إصلاح الحائط المشترك أو تجديده وهذا ما نصت عليه المادة 704 من القانون المدني: «فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي حصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بناءه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه»

ومن خلال نص المادة 719 أعلاه يتضح أن المشرع الجزائري عدد نفقات الحفظ على سبيل المثال لا الحصر، فيدخل في إطارها جميع النفقات الضرورية لحفظ الشيء باستثناء النفقات التي صرفت في أشياء كمالية، والتي لا يمكن للشريك الرجوع على الشركاء بخصوصها إلى إذا وافقوا عليها صراحة أو ضمنا. [2]

فنفقات إدارة المال الشائع وحفظه وسائر التكاليف يتحملها جميع الشركاء إلا أنه قد ينفرد أحد الشركاء بتولي نفقات حفظ المال لما تقتضي ضرورة الاستعجال، ففي هذه الحالة يحق له الرجوع على بقية الشركاء كل بقدر حصته، وذلك لأن قيام الشريك بأعمال الحفظ إنما يكون باعتباره صاحب حق يرد على المال المشاع كله، ولا ينحصر في جزء معين منه وبالتالي فإن منفعة هذه الأعمال تعود على الشيء كله، ويستفيد منها باقي الشركاء بمقتضى مالهم من حق ملكية مماثل على الشيء، ولا توجد قواعد خاصة في القانون المدني الجزائري

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق 375.

<sup>2</sup> بلخير حمداني، محمد بلعتروس، نفقات حفظ المال المشاع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 07، العدد 02، جامعة أحمد دراجة أدرار، سنة النشر 2019، ص 34.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

تنظم طريقة رجوع الشريك المنفق على شركائه الباقين للإسهام معه فيما سبق له إنفاقه من أجل حفظ المال الشائع ، ومن ثمة تطبق في هذا الشأن القواعد العامة وفي هذا السياق حالة خاصة لم يذكرها المشرع الجزائري ، وقد أقرها المشرع الفرنسي وهي حالة ما إذا كان أحد الشركاء وكيلا عن الباقين في تحصيل عائد المال الشائع كأجرته أو بيع ثماره والحصول على ثمنها أو يضع مستأجرا المال الشائع شيكا بمبلغ الأجرة لحساب أحد الشركاء ففي هذه الحالات يستطيع هذا الشريك استخدام هذا المال الاتفاق على أعمال حفظ المال الشائع بالقدر اللازم، وذلك دون حاجة إلى موافقة شركائه الباقين ، ودون حاجة إلى الحصول على إذن قضائي.<sup>[1]</sup>

كما يضيف الدكتور عبد المنعم فرج الصد أنه يستطيع كل شريك أن يتخلص من هذه النفقات والتكاليف إذا تخلى عن حصته في المال الشائع ، وذلك طبقا للقواعد العامة التي يجبر التخلي عن أي حق عيني، ويترتب عن ذلك أن تصبح حصة الشريك المتخلي ملك للشركاء الآخرين كل بقدر حصته في المال الشائع ، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات كل بقدر حصته الجديدة ، وإذا كان هذا المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلي أقيده كي تنتقل الملكية إلى الشركاء الآخرين ، وفي الأخير فإنه يمتنع عن الشريك أن يتخلي كي يتخلص من النفقات إذا كانت حاجة المال الشائع إلى هذه النفقات ترجع إلى خطأ منه إذ يتعين عليه في هذه الحالة أن يتحملها وحده.<sup>[2]</sup>

### المطلب الثاني

#### إدارة الملكية الشائعة بأغلبية الشركاء .

من اهم ما يشغل الشركاء في الشيوخ هو إدارة المال الشائع ولهذا اهتمت مختلف القوانين من خلال نصوص القانون المدني بكيفية إدارة هذا المال ، هاته الأخيرة التي من شأنها ان تسهل

<sup>1</sup> رمضان قنفور، أعمال الحفظ كمجال الاستئثار الشريك المشاع بالإدارة المعتادة، المقال المنشور في مجلة البحوث ودراسات علمية، العدد 10، المجلد 2016، جامعة يحي فارس، المدية، سنة 2016، ص 224-225.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1978، ص 182-183.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

على الشركاء القيام بها، فضلا عن تقادي الخلافات التي تنجم عن هذه الشراكة، وبما ان المال الشائع مملوك لأكثر من شخص فان القانون والمنطق يقضي بان تكون إدارة المال الشائع كما سبق بيانه من حق الشركاء مجتمعين، مالم يتفق على غير ذلك وها ما كرسته المادة 715 من القانون المدني.

لكنه نظرا الى انه قلما يتحقق اتفاق جميع الشركاء على إدارة المال الشائع، فاعتراض أحدهم يؤدي الى الاخلال بمبدأ الاجماع فقد اكتفى المشرع بالأغلبية مفرقا بين اعمال الإدارة المعتادة (الفرع الأول) واعمال الإدارة غير المعتادة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أعمال الإدارة المعتادة.

يقصد بأعمال الإدارة المعتادة الاعمال التي لا تؤدي الى احداث تغير أساسي في المال الشائع، أو إلى التعديل في الغرض الذي اعد له.<sup>[1]</sup>

كما تم تعريف اعمال الإدارة المعتادة على انها تلك الاعمال التي لا تقع تحت حصر معين ومعيارها مرن، يدخل في اطارها كل الاعمال التي يقصد بها استغلال الشيء تحصيلًا لثماره بما يتناسب مع طبيعته وما اعد له، بالإضافة الى ما يستلزمه هذا الاستغلال من اعمال متى لم يترتب عليها المساس بأحد العناصر الأساسية للذمة المالية.<sup>[2]</sup>

ومما سبق يمكن القول ان اعمال الإدارة المعتادة هي كل تلك الاعمال التي يهدف من خلالها الشركاء الى استعمال المال الشائع استعمالا لا يغير في طبيعته من جهة، ويؤدي الى الحصول على ثماره ومنافعه من جهة أخرى، ومثال ذلك زراعة ارض مشتركة يقصد بيع ثمارها، وتأجيرها وكذلك شراء البذور والآلات لخدمتها واعمال جني المحصول وبيعه.<sup>[3]</sup>

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني الجزائري نجد ان المشرع الجزائري قد خول لأغلبية الشركاء القيام بأعمال الإدارة المعتادة فما يستقر عليه رأي الأغلبية الشركاء يكون ملزما للجميع وهذا ما نصت عليه المادة 01/716 من القانون المدني بقولها: « يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي اغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 271.

<sup>3</sup> نبيل صقر أحمد لعور، المرجع السابق، ص 110.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

الأغلبية على أساس قيمة الانصبه فان لم توجد الأغلبية فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ التدابير اللازمة ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع وللأغلبية أيضا ان تختار مديرا ، كما لها ان تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء كان الخلف عاما او خاصا اذا تولى احد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عند وكيل عنهم.»<sup>[1]</sup>

يستفاد من هذا النص ان اعمال الإدارة المعتادة يمكن القيام بها من قبل الشركاء الذين يملكون اغلبية الحصص والاغلبية المقصودة هنا هي اكثر من نصف الحصص ، فلو كان المال مملوكا لخمسة اشخاص وكان اثنان منهم يملكون 51 بالمئة من المال الشائع كان لهما الحق في القيام اعمال الإدارة المعتادة ، حتى ولو كانوا من حيث عدد الأشخاص اقلية لان الأغلبية كما أسلفنا تحسب على أساس قيمة الحصص لا بعدد الأشخاص ، وللأغلبية بدلا من ان تتولى بنفسها هذه الاعمال أن تختار مديرا من بين الشركاء او أجنبيا، فيكون وصاحب الشأن في اعمال الإدارة المعتادة ، واذا حددت الأغلبية نظاما لحسن الانتفاع بالمال الشائع يتقيد به سائر الشركاء، فانه يسري على جميع الشركاء وعلى خلفائهم سواء أكان خلفا عاما او خلفا خاصا، بشرط عدم التعسف في استعمال الحق خصوصا اذا كانت الأغلبية تتحقق في شخص واحد وفي حالة عدم توفر الأغلبية المطلوبة ، فإن النص يجيز ان يطلب احد الشركاء من المحكمة ان تتخذ ما يلزم لحفظ المال أو ان تعين مديرا للمال الشائع ، وذلك حتى لا يتعطل سير الانتفاع به<sup>[2]</sup>.

### أولا: حالة تولي أغلبية الشركاء أعمال الإدارة المعتادة.

وتكون عند عدم تولي أحد الشركاء للإدارة، أو توليها مع اعتراض الباقيون فتكون الإدارة في يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصباء فإذا كانت هناك أغلبية متفقة على الوجه الذي يدار به المال الشائع فهذه الأغلبية هي التي تديرا هذا المال ولو كانت شخصا واحد من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع وليس لباقي الشركاء مهما كان عددهم أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة، وليس الأقلية أن

<sup>1</sup>المادة 716 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص52.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

تعرض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية لاسيما إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء أو كانت شريكا واحدا فقط، وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية وهو طلب القسمة للخروج من الشروع.<sup>[1]</sup>

مثال ذلك أنه إذا كان لأحد الشركاء أكثر من نصف المال الشائع كان له ذلك حق الإيجار وحده، أما إذا كان لا يملك إلا الثلث 3/1 وأجر المال الشائع كله لشريك يملك الثلث هو الآخر كان بذلك الشريكان (المؤجر والمستأجر ) موافقين على الإيجار حيث أنهما يملكان الثلثين فإن الإيجار ينفذ على سائر الشركاء ويسري أيضا في حق باقي الشركاء حتى ولو أجز الشريكان الذين يملكان الثلثين للعين الشائعة كلها الأجنبي.<sup>[2]</sup> وقد ترى الأغلبية أن لا تدبير المال الشائع بنفسها بل تقيم وكيلا عنها من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم في هذه الإدارة فيكون هذا الوكيل نائبا عن الأغلبية في حدود الإدارة المعتادة، وأعمال الإدارة التي تقوم بها تكون نافذة في حق الجميع، وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا الوكيل بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته فيصبح هذا النظام ملزما لجميع الشركاء وللوكيل وملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ، ومن خلف خاص كالمشتري وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل فلا يستطيع مثلا أن يؤجر المال الشائع لأكثر من سنة، أو يلزم بإيداع ربع المال في مصرف معين وبديهي أن هذا النظام قابل للتعديل ويعد له من يملك وضعه فيجوز لأغلبية الشركاء وليس من الضروري أن تكون هي نفسها الأغلبية التي وضعت النظام تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديدا أو إلغاؤه وهذا ما أكدته المادة 21716 قانون مدني جزائري. «والأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء كان الخلف عاما أو خاصا».<sup>[3]</sup>

### ثانيا: حالة عدم توفر الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع.

فإذا لم تتوفر أغلبية الشركاء بحسب قيمة الأنصبة لإدارة المال الشائع وتعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم لم يبق إلا اللجوء إلى القضاء فتجوز لأي شريك أن يرفع الأمر إلى

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 828.

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> المادة 716 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

المحكمة وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة للمحافظة على الملكية الشائعة، فقد تأمر بإيجار الأراضي الزراعية وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار، وقد تعين عند الحاجة مديرا للمال الشائع من الشركاء أو من غيرهم ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ويقوم الحساب للشركاء، وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم إلى اتفاق وعند ذلك ينتمي المدير المختار من طرف المحكمة أو إلى أن تتم الإجراءات قسمة المال الشائع.<sup>[1]</sup>هاته القاعدة نصت عليها المادة 716 قانون مدني جزائري بقولها «فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها أن تتعين عند الحاجة من يدير المال الشائع».

فيكون لهذا المدير المعين سلطة الحارس القضائي حيث تنص المادة 604 من قانون مدني جزائري «يجوز الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شعور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن وتنتهي هذه الحراسة في هذه الأحوال إذا عين مسؤول إداري بصفة مؤقتة أو نهائية».

حيث يقوم هذا المدير بتولي أعمال الإدارة ويقدم حسابا عليها للشركاء ويعمل على المحافظة على المال الشائع في حدود ما عده من أجله وهذا ماكدته المادة 607 قانون مدني جزائري «يلزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل العادي وتنتهي مهمة الحارس القضائي بانتهاء المهمة الموكلة إليه باتفاق الشركاء على إدارة المال الشائع أي زوال الاختلاف».<sup>[2]</sup>

### ثالثا: حالة تولي أحد الشركاء إدارة المال الشائع.

تكون إدارة الملكية الشائعة من حق جميع الشركاء، وهذا ما هو متفق عليه كأصل عام غير أنه قد ينفرد أحد الشركاء أو تقوم الأقلية التي لا تملك الأغلبية المتطلبة بإدارة المال الشائع ولم تحرص على ذلك بقية الشركاء فيعد حينها المنفرد بالعمل أصلا عن نفسه ووكيلا عن باقي الشركاء مالم تكن تحتوى تعسفا فيكون إيجاره مثلا للمال الشائع نافذا في حقهم وكذلك

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 828.

<sup>2</sup> حواسيين كريمة، الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2012، ص 40.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

قبضه الأجرة وقيامه بأعمال الصيانة ودفعه للضرائب وغير ذلك من أعمال الحفظ وعلى كل حال فإن هذا الوكيل يعد فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا وذلك في حدود قواعد الفضالة.<sup>[1]</sup> كما أن الشريك الأصيل يتولى وكالة، الإدارة بموجب وكالة ضمنية وفقا لما نصت عليه المادة 31716«إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنه». وعليه فالشريك في الإدارة الملكية الشائعة أن تتولى كافة أعمال الإدارة مع ضرورة إخطار باقي الشركاء بكل الإجراءات التي يتبعها من أجل تنفيذه للوكالة ولا يمكن للشريك المدير أن يستعمل المال الشائع لمصلحته الخاصة وهذا ما نظمته المادة 578 قانون مدني جزائري بقولها:«لا يجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه وعليه يقع عليه تقديم حساب عن أعمال وکالته طبقا للمادة 577 قانون مدني الجزائري».<sup>[2]</sup>

وعلاوة على ذلك فيجوز في إدارة الملكية الشائعة وبعد تولي الشريك هذه الأخيرة دون معارضة أن يعترض على إدارته قسم من الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية فإذا شكل الشركاء الذين يبديون اعتراضهم على إدارته بضمهم حصة الشريك الأغلبية فيحق لهذا الشريك أن يبقي متوليا للإدارة كونه مازال معينا من قبل الأغلبية فتتدف تصرفات وأعمال إدارته للمال بحق الأقلية المعترضين من الشركاء أما في حالة تشكيل المعترض بنسبة لا تقل عن النصف من الحصص فيما يعتبر الشريك لا يمثل الأقلية ويلزم بالتحفي عن الإدارة.<sup>[3]</sup>

أما في حالة حصول اعتراض ولم يرغب أحد من الشركاء في تولي الإدارة ولم تقم الأغلبية من الشركاء على أساس قيمة الأنصبة باختيار المدير، فتكون الإدارة من حق الأغلبية ولا يشترط أن ينعقد الإجماع بينهم، وفي حالة لم تتوفر الأغلبية وأدى ذلك إلى شلل الإدارة فيجوز لأي شريك الحق في اللجوء إلى القضاء ويطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير الضرورية ولها أن تنصب مديرا للمال الشائع عند اللزوم، وهذا ما نصت عليه المادة

<sup>1</sup>توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار الجامعة، (د.ت)، ص193.

<sup>2</sup> المواد 577-578 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص156.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

716فقرة الأولى «فإن لم توجد أغلبية، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها أن يعين عند الحاجة من يديرا المال الشائع».[1]

### الفرع الثاني:

#### أعمال الإدارة غير المعتادة.

سنتناول في هذا أعمال إدارة غير المعتادة حيث نتطرق إلى الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة (أولا) ثم إلى حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية (ثانيا)، وأخيرا سنتناول حالة انفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة.

تعرف أعمال الإدارة غير المعتادة بأنها تلك الأعمال الرامية إلى إجراء تغييرات جوهرية أساسية في الغرض المعد له المال الشائع بهدف زيادة أو تحسين قدراته في تقديم أفضل الإمكانيات عند الانتفاع به. كما عرفها البعض على أنها تغيير لشيء بما يغير ويعدل من غرضه المألوف المعتاد الذي أعد له هذا الشيء بطبيعة أو تخصيصه، ومثال ذلك تحويل الدار إلى فندق، أو تحويل أراضي زراعية إلى بنايات أو إقامة مصانع فوقها وهذه الأعمال تعتبر أخطر من أعمال الإدارة المعتادة لأنها تتضمن تغييرا أساسيا في المال الشائع لذلك لم يكتفي المشرع بالأغلبية العادية للشركاء وإنما اشترط أغلبية خاصة غير عادية تستلزم في حالة القيام بها.

وللتفرقة بين الإدارة المعتادة وغير المعتادة معيار واحد هو التحقق من حصول تغيير وتحويل في الاستعمال المألوف للشيء الشائع فإذا لم يغير أو يعدل غرضه الذي أعد له هذا الشيء فهنا نكون أمام إدارة معتادة للمشاع وإذا حصل العكس بأن كان هناك تغيير أو تحويل في الغرض المخصص له المشاع كنا أمام استعمال غير مألوف وبتالي أمام إدارة غير معتادة للشيء الشائع ويذهب البعض إلى أن إذن المحكمة لأصحاب القدر الأكبر من الحصص هو الشرط الوحيد الذي وضعه القانون تفريقا بين أعمال الإدارة المعتادة أعمال الإدارة غير المعتادة.[2]

<sup>1</sup> المادة 716 من الأمر 75 / 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الأسدي، المرجع السابق، ص 164-165.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

فنصت المادة 717 قانون مدني جزائري «للشركاء الذين يملكون أغلبية ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قرارتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان».

[1]

ويلخص من هذا النص أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة فهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض أمام المحكمة.

### أولاً: الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة

لم يكتفي المشرع الجزائري في إطار القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة بتوفير الأغلبية العادية من الشركاء بل اشترط في ذلك أغلبية أكبر منها تقتضيها خطورة هذه الأعمال وقد حددها القانون بالشركاء الذي يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع فهذه الأغلبية الحق في اتخاذ القرار بالنسبة لهذه الأعمال بشرط إعلان قرارها للأقلية حيث تستلزم هذه الأخيرة بقرار الأغلبية ومعنى ذلك أن هاته الأخيرة تتوب عن الأقلية نيابة قانونية.<sup>[2]</sup>

وتجدر الإشارة أن الذي يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع، ولكنه في قيامه بهذه الأعمال في حاجة إلى موافقة اغلبية الشركاء وهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، "ويملك ربع المال مثلاً فإنه يكون بحاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل هذا إذا كان هو نفسه موافقا على العمل ،أما في حال لم يكن موافقا فلا بد من أن سائر الشركاء وهم من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل فيصبح المدير ملزماً بالقيام به بالرغم من عدم موافقة ويصح أن يتتحي وتعين الأغلبية العادية مديراً آخر يكون موافقا على العمل ليقوم به وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة على السواء وليس لأقلية الشركاء وهي التي تملك الربع الباقي من المال

<sup>1</sup>المادة 717 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص45.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

الشائع المعارضة أمام المحكمة في أعمال الإدارة المعتادة ولكن لهم الحق في المعارضة في أعمال الإدارة غير المعتادة.<sup>[1]</sup>

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها تحت رقم 448008 المؤرخ في 23-03-1988 الصادر عن المجلة القضائية لسنة 1990 من المقرر أيضا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارجي عن الإدارة المعتادة، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا لإجبار شركاته في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون.<sup>[2]</sup>

### ثالثا: حق الأقلية في الاعتراض على قرار الأغلبية

مع اشتراط المشرع لنفاذ أعمال الإدارة غير المعتادة تجاه جميع الشركاء مباشرتها من لأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل ومن باب أولى لمن يملك أكثر من هذا النصاب فإنه بالإضافة إلى ذلك يكفل الأقلية المعارضة حقها في الرجوع إلى المحكمة لتتظلم من قرار الأغلبية ويلزم القانون هاته الأخيرة بأن تعلن قراراتها إلى باقي الشركاء ولو كانوا أصحاب حصة زهيدة ولم يحدد القانون طريقة خاصة للإعلان فتصبح أن يكون على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا وفي حالة حصول نزاع يكون على الأغلبية التي باشرت العمل إثبات قيامها بالإعلان ولكل شريك من فريق الأقلية أن يعارض قرارات الأغلبية بالرجوع إلى المحكمة المختصة خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه.

المقابل إذا فوتت الأقلية على نفسها ميعاد الاعتراض صار قرار الأغلبية نافذا أو نهائيا تجاه الأقلية بما لا يجوز الاعتراض عليه أما إذا تم الاعتراض في الميعاد فالمحكمة تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره الأغلبية، وتقدر حجج الأغلبية والأقلية ولها أن تقرر ما تراه

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 832.

<sup>2</sup> حمدي باشا، المرجع السابق، ص 77.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

الأقرب تحقيقا لمصلحة مجموع الشركاء سواء بإجابة الأقلية لطلبهم وإلغاء قرار الأغلبية وسواء برفض دعوى الأقلية وإنفاذ قرار الأغلبية على ذات النحو الذي ارتأته هاته الأخيرة أو مع إلزامهم بما تراه مناسبا من تدابير واحتياطات ، وضمانات تكفل إنجازها على وجه مرضي مع حفظ مصالح مجموع الشركاء كما للمحكمة أن تلزم الأغلبية بتقديم كفالة شخصية أو عينية للأقلية تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات للأقلية عما يلحق مصالحهم من أضرار، ويتبين من ذلك أن موافقة المحكمة على العمل لا يعفي الأغلبية من المسؤولية إذا ثبت لاحقا ما أحقه عمل الإدارة غير المعتادة الذي وافقت عليه المحكمة. [1]

وهذا ما نصت عليه المادة 21717 بقولها: «وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات». [2]

### رابعاً: حالة انفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

لم يعالج المشرع الجزائري هذه الحالة ولهذا فلا بد من التفرقة بين حالتين:  
أولاً: حالة موافقة الشركاء على العمل الغير معتاد الذي قام به أحد الشركاء منفردا ، ونكون بصدد هذه الحالة غير موافقة أغلبية الشركاء الذين لا تقل أنصبتهم عن 4/3 المال الشائع على قيام أحد الشركاء منفردا بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة هذا، ولا بد من وكالة خاصة من أجل القيام بهاته الأعمال ذلك أن الوكالة العامة لا تكفي ومثال ذلك أن يقوم أحد الشركاء بناء جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ووافقت الأغلبية المقررة قانونا على هذا العمل صراحة قبل القيام به أو بعد إتمامه ، ويعتبر موافقة أو قرار ضمنا علم الشركاء بإقامة البناء وسكوتهم على ذلك دون اعتراض وعليه فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض ويكون البناء ملكا شائعا بينهم جميعا إلى أن تتم إجراءات القسمة. [3]

<sup>1</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 277

<sup>2</sup> المادة 717 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> علي الطيب، مصطفى احمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل

درجة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، سنة 2015، ص 62

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

فإذا كان المال قابلا للقسمة وقام أحد الشركاء بالبناء العقار مثلا، وأجريت القسمة فإذا وقع البناء في نصيب الشريك الباني فلا تكون هناك مشكلة ما أو اعتراض من الباقيين أما إذا وقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر كان لهذا الشريك أن يقرر بين طلب إزالة البناء أو إعادة الحال إلى ما كان عليه أو الاحتفاظ بالبناء ودفع نفقاته.

ومثال ذلك أن يكون لثلاثة شركاء عقار مملوك على الشيوع متكون من ثلاثة طوابق وكان لكل واحد منهم الثلث وثبتت الإدارة لأحدهم ثم قام شريك غير المدير ببناء ثلاثة طوابق أخرى ففي هذه الحالة تصبح الطوابق الستة مملوكة لجميع الشركاء كل نصيبه ولا يحق للشريك الباني أن يؤجرها إذا يضل هذا الحق للشريك المدير ولا يجوز للشريك الباني أن يضع يده على ما استحدثه من بناء إلا أن ينتفع بجزء مفرز يساوي حصته وهي الثلث. [1]

ثانيا: حالة عدم موافقة الشركاء على عمل الشريك غير المعتاد والذي قام به منفردا وهنا يكفي اعتراض أحد الشركاء على عمل الشريك المنفرد بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة حتى يكون عمله غير نافذا في حق بقية الشركاء وفي هذا الصدد يقول السنهوري أنه «إذا لم توافق الأغلبية على البناء، ولم تقره بعد إقامته جاز طبقا الأحكام التقنين المدني الجديد أن يجبر الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء كما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر». [2]

وهذا ما تضمنه المادة 784 من القانون المدني الجزائري بقولها «أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض». [3]

وهذا كذلك ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في القرار صادر من المحكمة العليا ملف رقم 27261 بتاريخ 2001\2\28 من المقرر قانونا أنه: إذا قام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا فلصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة من اليوم الذي علم فيه، وأن القضاء بإزالة المنشآت التي أقامها الطاعن على أرض المطعون

<sup>1</sup> علي جبار صكيل لأسدي، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 834.

<sup>3</sup> المادة 784 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول : ماهية الملكية الشائعة وإدارتها

---

ضدهم بناء على الخبرة فإنه قضاء صائب طبقا للمادة 784 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لأن دعوى إزالة المنشآت ترفع خلال السنة الموالية للعلم بإقامة تلك المنشآت وليس من تاريخ إنشائها»<sup>[1]</sup>

---

<sup>[1]</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص 57.

### الفصل الثاني

#### التصرف في المال الشائع وقسمته.

ينطوي حق الملكية بوجه عام على سلطة المالك في التصرف في ملكه تصرفا لا يضر بالغير وهذا ما نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري.

وإذا كانت سلطة التصرف هي أقوى سلطة تعطى لصاحب حق ملكية المفزعة فإن السؤال الذي يطرح نفسه هل للمالك على الشيوع نفس السلطة خاصة أمام تعدد أصحاب الحق العيني؟

لا شك أن الملكية الشائعة ترتب حق الانتفاع والتصرف في المال الشائع للشركاء شأنها شأن الملكية المفزعة، لكن مادام حق هذا الشريك المتصرف يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين والعكس فإن هذا التصرف يخلق إشكالات عملية، وعليه لابد من تحديد طريقة للتصرف في هذا المال المملوك على الشيوع.

ان التصرف في المال الشائع قد يكون جماعيا فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغليبيتهم، كما قد يكون فرديا صادر عن الشريك منفردا، ومما لا شك فيه أن بقاء المال على الشيوع له مساوئ اجتماعية واقتصادية الأمر الذي يؤثر على الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه لذلك لابد من الخروج من هذا الوضع بالقسمة وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: حيث سنتناول بالدراسة في **المبحث الأول** حكم التصرف الفردي والجماعي في المال الشائع هذا المبحث بدوره قسمناه إلى مطلبين **(المطلب الأول)** تصرف الشريك منفردا في المال الشائع **(المطلب الثاني)** تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع أما بالنسبة **للمبحث الثاني** فقد خصصناه لقسمة المال الشائع حيث تناولنا القسمة الاتفاقية في **(المطلب الأول)** والقسمة القضائية **(المطلب الثاني)**.

### المبحث الأول

#### التصرف في المال الشائع.

إذا كانت صفة الشريك الشائع كمالك لحصته الشائعة تمكنه من التصرف فيها بكل أنواع التصرف، فإنه من البديهي أن للشركاء بإجماعهم إبرام مشاؤنا من التصرفات، والشريك قد تتفق معه إرادة سائر الشركاء وتتجه نحو إبداء تصرف معين على المال الشائع، ويكون

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

تصرفهم حينئذ تصرفا جماعيا وهو الأصل وهو لا يثير إشكاليات كثيرة كما قد لا تتفق إرادة الشركاء جميعا على التصرف في المال الشائع، وهنا تدخل المشرع لتنظيم هذه الحالة بإجازة ذلك لأغلبية خاصة من الشركاء.

ومن خلال ما سبق ذكره سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين حيث نخصص (المطلب الأول) لحكم تصرف الشريك منفردا أما (المطلب الثاني) سيكون مخصص لحكم تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع.

### المطلب الأول

#### تصرف الشريك منفردا في المال الشائع.

تنص المادة 714 من القانون المدني أن «كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها، وإذا كان تصرفه منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف بالجزء الذي أُل للشريك المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه أن يبطل التصرف إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة».

يستفاد من هذا النص أن الشريك في الشيوخ يملك المال الشائع ملكية تامة، وعليه يحق له أن يتصرف بصفة منفردة في حصته الشائعة، كما له أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، وقد يتصرف في المال الشائع كله، وعليه سنتعرض بنوع من التفصيل لأحكام كل حالة من هذه الحالات على أن نخصص:

- الفرع الأول: حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة
- الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع.
- الفرع الثالث: حكم تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع.

### الفرع الأول

#### حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

إن الحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه، وعليه فإن الشيوخ في الملك يتوفر عندما يكون منقول أو عقار مملوك في مجموعه لشخصين أو أكثر

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

دون أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين، وقد تكون الأنصبة فيه متساوية كما قد تكون متفاوتة وهذا بالرجوع إلى مصدر الشيوخ سواء كان بيعا أو وصية أو ميراث أو غيره [1].

حيث يجوز لكل شريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها بنقل ملكيتها إلى غيره وسواء كان التصرف بعوض كالبيع والمقايضة أو تبرعا كالهبة، كما يجوز للشريك كذلك أن يرتب على حصته حقا عينا كالرهن أو الانتفاع وهذا دون الحاجة إلى الحصول على إذن بقية الشركاء في المال الشائع [2]. أيضا يجوز له أن يتصرف إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعا، وإذا ترتب على تصرف الشريك زوال حالة الشيوخ فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية كما لو بيع العقار كله لأحد الشركاء، أيضا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة إلى أجنبي من غير الشركاء [3].

وفي هاته الحالة يكون لهؤلاء ممارسة حقهم في استرداد هاته الحصة أو ممارسة حق الشفعة طبقا للمواد 721،795 من القانون المدني [4].

هذا وقد يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة ناقلا للملكية لكل الحصة أو لبعضها وفي حالة كون التصرف ناقلا للملكية لكل الحصة فإن الإشكال لا يطرح ذلك أن المتصرف له محل الشريك المتصرف ويصبح بدوره مالكا على الشيوخ أو شريكا على الشيوخ لباقي الشركاء، أما إذا كان التصرف الصادر من الشريك منصبا على بعض أو جزء من الحصة الشائعة كان يبيع أو يهب جزءا من حصته فإن المتصرف له يصبح شريكا في الشيوخ بالنسبة للحصة التي اشتراها مثلا ويبقى الشريك الأصلي المتصرف في جزء من حصته شريكا أيضا بنسبة ما يتبقى له من حصته الشائعة، هذا إذا كان التصرف ناقلا للملكية فما هو الحكم لو كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوخ من التصرفات المرتبة لحق عيني أصلي أو تباعي [5] وهذا ما سنراه بنوع من التفصيل فيما يلي

<sup>1</sup> أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر، طبعة 2004، ص 347.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 843.

<sup>4</sup> المواد 721-795 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 843-844.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

### أولاً: حكم تصرف الشريك الناقل للملكية على حصته الشائعة.

يقصد بالتصرفات الناقلة للملكية تلك التي تنقل المال من ملكية شخص إلى ملكية آخر سواء عن طريق المقايضة أو التبرع كالهبة، الوصية، الوقف إلا أن دراستنا حول هذه التصرفات سنقتصرها على البيع والهبة باعتبارهما من أهم التصرفات التي يقوم بها الشريك المشاع وأكثرها استعمالاً حيث سنبين حكمهما قبل القسمة وبعدها في فكرتين:

### أ- حكم بيع الحصة الشائعة.

الشريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وعليه يحق له التصرف في ملكه بكافة أنواع التصرفات القانونية<sup>[1]</sup>.

كما تتوفر في الملكية الشائعة عناصر الملكية المفردة من استعمال واستغلال وتصرف بحيث إذا وضع أحد الشركاء يده على حصة مفردة تعادل حصته امتنع على باقي الشركاء التعرض له في ذلك، وإذا تصرف فيها كان تصرفه صحيحاً فيما بينه وبين المشتري ومتوقفاً على نتيجة القسمة لنفاذه في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي يعتبر هذا البيع وارد على حصة شائعة بالنسبة لباقي الشركاء<sup>[2]</sup> هذا ولم يورد المشرع الجزائري نصاً قانونياً خاصاً ببيع الحصة الشائعة غير أنه لا يشترط لصحة البيع إلا ما يشترط لصحة العقود بصفة عامة، مع مراعاة الإجراءات الشكلية ولهذا يسري عليه حكم المادة 714 قانون المدني الجزائري التي تخول للشريك في الشيوخ القيام بمختلف التصرفات على حصته الشائعة<sup>[3]</sup> ومنها البيع فيكون بالتالي بيعاً صحيحاً نافذاً في حق سائر الشركاء شرط عدم الإضرار بمصالحهم سواء كان عقاراً أو منقولاً قابلاً للقسمة أم لا، وسواء تم البيع لأحد الشركاء أو لأجنبي، أو انصب البيع على جزء من الحصة أو عليها كلها، فإن صدر البيع من شريك إلى شريك آخر وترتب على ذلك زوال حالة الشيوخ فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية<sup>[4]</sup>.

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> أنور طلبة، المرجع السابق، ص 18.

<sup>3</sup> مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة مذكرة الماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، سنة 2004-2005، ص 16.

<sup>4</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 17.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

وهذا ما استقر عليه القضاء حيث أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات التي تقضت فيها القرارات الصادرة عن المجالس القضائية التي أبطلت بيع الحصة الشائعة بحجة عدم تمتع الشريك على الشيوع بحق بيع حصته الشائعة ومنها القرار رقم 63765 الصادر بتاريخ 29-10-1990 الذي جاء فيه ما يلي «ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض ألت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

كما أكدت المحكمة العليا في القرار رقم 39496 المؤرخ بتاريخ 04/08/1987 نفس المبدأ بقولها «من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجرى قسمة لتحديد ما إذا وقع المبيع في حصتها فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعى عليها خرقوا القانون، ومتى كان ذلك تعين نقض القرار [2].

من خلال ما تقدم ذكره بخصوص اجتهادات المحكمة العليا نستنتج أن هاته الأخيرة أكدت المبدأ القانوني الذي وضعه المشرع في نص المادة 714 قانون مدني بإقرار حق الشريك في الشيوع بالتصرف في حصته الشائعة شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء وبالتالي ينفذ تصرف الشريك في حصته سواء بينه وبين المتصرف إليه أو في مواجهة الشركاء، ولا يشترط في هذه الحالة موافقتهم عليه لعدم مساسه بحقوقهم بل ينفذ رغم معارضتهم له ودون إعلامهم به، كما أنه إذا كانت الحصة المبيعة عقاراً وباعها الشريك إلى أجنبي ومع أن القانون قد أجاز البيع لأجنبي دون حاجة إلى موافقة الآخرين إلا أنه من مصلحة الشريك البائع أن يعلم لباقي الشركاء وذلك بغرض تمكينهم فقط من ممارسة حق

<sup>1</sup> قرار رقم 63765، صادر بتاريخ 29/10/1990، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، سنة 1992، ص 120.

2. قرار رقم 39496، صادر بتاريخ 04/08/1987، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، سنة 1991، ص 09.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الشفعة و الاسترداد حيث يبدأ سريان الميعاد المحدد قانونا لهما ابتداء من تاريخ توجيه الإنذار وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 57930 الصادر بتاريخ 1990/02/07 حيث جاء فيه وبما أن القانون لا يمنع أحد المالكين على الشيوع أن يبيع حقه، وإنما يعرض عليه فقط إعلان الشركاء معه لاستعمال حقهم في الشفعة<sup>[1]</sup>.

### ب- حكم هبة الحصة الشائعة.

تعتبر الهبة من التصرفات الانفرادية الناقلة للملكية نص عليها المشرع في المادة 206 من قانون الأسرة « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ...» ومنه يتضح أن المشرع الجزائري ربط صحة الهبة بتمام الحيازة وهذا يفتح بابا لتقييد حرية الشريك في هبة حصته الشائعة بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط غير أنه تدارك الوضع ونص في المادة 208 من قانون الأسرة أنه «إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه ، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق وإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة» وهو ما يفهم منه جواز هبة الحصة الشائعة الأمر الذي يتوافق مع نص المادة 714 قانون مدني .<sup>[2]</sup>

غير ان ما يؤخذ على نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري، أنه لم يحدد ما إذا كان يجيز الهبة أم لا يجيزها للشريك والأجنبي، مما يجعلنا نعالج هذا الموضوع باللجوء إلى الفقه الإسلامي طبقا لما تنص عليه المادة 222 قانون الأسرة وإن كان شراح القانون قد أجمعوا على جواز هبة الحصة الشائعة للشريك ولأجنبي فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها وهو ما قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 79959 الصادر بتاريخ 1992/2/18 حيث أجازت فيه هبة الحصة الشائعة<sup>[3]</sup>، بالإضافة إلى الهبة هناك الوصية والتي نص عليها المشرع في المادة 181 من قانون الأسرة بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع هاته

<sup>1</sup> ببطاط سارة، التصرف في الملكية الشائعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق تخصص قانون عقاري، فرع قانون توثيق، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، سنة 2015-2016، ص 12.

<sup>2</sup> لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، ص 87.

<sup>3</sup> مخازني فايضة، المرجع السابق، ص 32.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الأخيرة لم يشترط فيها أي شرط يتعارض مع الشيوخ بل اعتبرها كالميراث، فمتى كانت في حدود الثلث وتوفى الموصي حل الموصي له محله وأصبح شريك مع باقي الشركاء في حدود الحصة التي انتقلت إليه بعد الوصية<sup>[1]</sup>، وأخيرا فإنه طبقا للمادة 714 قانون المدني الجزائري فإنه «يجوز للشريك أن يهب حصته الشائعة للشريك أو الأجنبي سواء كان المال المشاع مما يقبل القسمة أم لا يقبلها، والشيوخ لا يحول دون القبض قانونا حيث أن الهبة كما أسلفنا عقد يتم انعقاده بالإيجاب والقبول»<sup>[2]</sup>.

**ثانيا: حكم ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على الحصة الشائعة من طرف الشريك.**

إذا كان للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة في المال الشائع بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية، فإنه لا يمكنه أن يرتب على هذه الحصة الشائعة جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية، لذلك سنبين فيمايلي الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوخ ترتيبها على حصته الشائعة في العقار مثلا، أما الحق العيني فهو سلطة فعلية على شيء معين بالذات وهو نوعان حقوق عينية أصلي وحق عيني تبعي<sup>[3]</sup>

**أ- الحقوق العينية الأصلية التي يجوز للشريك في الشيوخ ترتيبها على حصته الشائعة.**

من أهم الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر وهذا الأخير تستعصي طبيعة الشيوخ عليه ومن ثمة لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب عليها حق حكر لأن الحكر يقتضي البناء أو العراس في أرض موقوفة وهاته الأخيرة لا تكون شائعة بل مملوكة للوقف، وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة لأنه يقتضي قيام صاحب حق الارتفاق بأعمال لا تصح مباشرتها إلى على عقار مفرز<sup>[4]</sup>.

<sup>1</sup> حمدي باشا، عقود التبرعات الوصية والوقف، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2004 ص 12.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 38.

<sup>4</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 507.

### 1. حق الانتفاع.

دون شك يمكن لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق انتفاع عليها وبذلك يكون لصاحب حق الانتفاع جميع الحقوق التي يخولها له الانتفاع بما يتلاءم وطبيعة الشيوع، فيمكنه استغلال الحصة الشائعة والقيام بإدارتها أو المشاركة في إدارتها مع باقي الشركاء، وتسري على ذلك أحكام الإدارة المعتادة للمال الشائع وفيها يقيد بصوت المنتفع ورأيه وليس بصوت أو ورأي الشريك الأصلي الرقبة<sup>[1]</sup>.

وإذا تجاوز الأمر إلى الإدارة غير المعتادة و أعمال التصرف وطلب القسمة فإن الأمر يعود للشريك الأصلي صاحب الرقبة ولا شأن لصاحب حق الانتفاع في ذلك، أما عند انقضاء حق الانتفاع قبل القسمة أي قبل انقضاء الشيوع يستجمع الشريك الأصلي صاحب الرقبة عناصر الملكية كاملة ويمارس جميع حقوقه كشريك في الشيوع وإذا استمر حق الانتفاع بعد إنهاء حالة الشيوع بأن قسمت العين الشائعة ووقع جزء مفرز منها في نصيب الشريك الأصلي صاحب حق الرقبة انتقل حق الانتفاع المرتب على ذلك الجزء الذي أصبح مفرزا بعد القسمة إلى المنتفع بحكم الحلول العيني وهو مأخذ به المشرع الجزائري في المادة 853 من التقنين المدني .

### ب- الحقوق الأصلية التبعية التي يجوز للشريك ترتيبها على حصته الشائعة.

خلافًا للحقوق العينية الأصلية التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء فإن الحقوق العينية التبعية توجد مستقلة وتكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، ولذلك وردت باسم التأمينات العينية وتشمل حق الرهن وحق التخصيص وحق الامتياز وكلها يجوز ترتيبها على الحصة الشائعة.

### 1. حق الرهن الرسمي

وردت أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري في المواد من 881 إلى 936 منه وما يهمننا في دراستنا هو نص المادة 890 من القانون المدني والتي جاء فيها «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 846.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين» من خلال هذا النص يتضح أنه يجوز رهن العقار الشائع إذ يمكن رهنه كاملا من كل الشركاء المشاعين أو رهن حصة شائعة من العقار كلها أو بعضها من قبل أحد الشركاء في الشيوع ويكون ذلك نافذا أو صحيحا مع ما يترتب عليه من آثار في حالة القسمة أي إنهاء الشيوع، فإذا أقام الشريك في الشيوع رهنا رسميا على حصته الشائعة في العقار كلها أو بعضها يكون تصرفه صحيحا مادام العقار شائعا بين كل الشركاء المشاعين، وإذا باع حصته الشائعة المرهونة انتقلت مثقلة بالرهن إلى المشتري، أما إذا اقتصر تصرف الشريك على الرهن فقط وقسم الشركاء العقار الشائع بعد ذلك فوقع كله أو بعضه في نصيب الشريك الرهن، فإنه ينتقل أو ينتقل مرهونا بعضه في الشيوع بمقدار حصة الشائعة الراهن فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه<sup>[1]</sup>.

- إن مصير الرهن مرتبط بمصير الشيوع، فإذا ما بقي الشيوع قائما وحل أجل الدين المضمون بالرهن فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على حصة الشريك المرهونة، وتباع بالمزاد العلني لإستيفاء حقه جبرا، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح مالكا على الشيوع مع سائر الشركاء<sup>[2]</sup>.

- أما بالنسبة الرهن الحيازي وخلافا للرهن الرسمي فإن المشرع لم يتعرض إلى أحكام الرهن الحيازي الذي قد يرتبه الشركاء في الشيوع على المال الشائع وهو بذلك يخضع للقواعد العامة، وبذلك يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب رهنا حيازيا على حصته الشائعة في العقار الشائع أو جزء منها ضمانا لحقوق الدائن المرتهن، باعتبار أن الرهن الحيازي هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق القبول و الإيجاب، وتبقى الحيازة التزاما ينشأ عن العقد و قابلية

<sup>1</sup> المادة 890 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> اسماعيل ابراهيم زبيدي، التنفيذ العقاري، مطبع روز يوسف الجديدة، سنة 1997 ص 147.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الحصة الشائعة للحيازة ، ومن صورته أن يوضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهنا حيازيا وفي هذه الحالة تكون له أي (الدائن المرتهن) صفتان صفة الدائن المرتهن فيما يخص الحصة الشائعة ، وصفة مدير المال الشائع بالنسبة لباقي حصص الشركاء وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء ، وفي الأخير فإنه يرى بعض الفقهاء أنه إذا الرهن الشركاء المجتمعين المال الشائع كله الرهن الحيازي فإنه يبقى نافذا وصحيحا أيا كانت نتيجة القسمة وحتى بعد بيعه عند استحالة قسمته، بشرط المراعاة أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابلا للبيع مستقبلا بالمزاد العلني<sup>[1]</sup>.

### 2. حق التخصيص.

نظم أحكامه المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المواد من 937 إلى 947 ولم يورد له تعريفا، وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وأثاره وانقضائه. حيث تنص المادة 1/937 من القانون المدني أنه «يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدنية ضمانا لأصل الدين والمصاريف».

ومنها يتضح أنه لا يشترط في حق التخصيص أي شرط يتعارض مع الشيوخ، كما أن المادة 947 من التقنين المدني تحيل إلى أحكام الرهن الرسمي، فتطبق أحكامه عليها ولأنه يجوز توقيع الرهن الرسمي يجوز توقيع حق تخصيص على الحصة الشائعة أيضا، أما فيما يخص حكمه بعد القسمة فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الحالة.

### 3- حق الامتياز.

يعرف حق الامتياز حسب المادة 982 من التقنين المدني الجزائري بأنه أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني ومنها يتضح أن حقوق الامتياز لا يشترط فيها القبض أو الحيازة، مما يجعلها غير متعارضة مع طبيعة الشيوخ، ولأن المادة 986 من التقنين المدني الجزائري تحيل إلى تطبيق أحكام الرهن الرسمي على الامتياز، فإنه يجوز ترتيب حق امتياز على الحصة الشائعة.

<sup>1</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص 355.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

- أما فيما يخص مصير حق الامتياز بعد القسمة، فإنه لا يختلف عن حكم الرهن الرسمي بعد القسمة، وذلك بموجب الإحالة الواردة في المادة 986 من التقنين المدني التي أقرت بتطبيق أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز، وإن قصرت ذلك على حقوق الامتياز العقارية، ولم تتطرق للمنقول مما أثار تساؤلاً عن حكم حق الامتياز الواقع على المنقول أجاب عليه بعض الشراح، بأنه يسري عليه ما يسري على حقوق الامتياز الواردة على العقار [1].

### ثالثاً: آثار تصرف الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع.

تختلف آثار تصرف أحد الشركاء في حصته الشائعة باختلاف التصرف في حد ذاته، كما تختلف آثاره بالنسبة لطرفيه عن تلك المترتبة في مواجهة باقي الشركاء، فإذا كان تصرف الشريك ناقلاً للملكية فإن الحصة الشائعة تنتقل إلى المتصرف إليه ويخرج إثر ذلك الشريك المتصرف من دائرة الشركاء، فلا يكون له أن المشاركة في أعمال الإدارة المتعلقة بالمال الشائع والاختصاص في الدعاوى المتعلقة بها ولا المطالبة بالقسمة كما لا يلتزم بأي التزام يقع على عاتقهم بصفته شريكاً غير أن خروج الشريك من الشروع يكون بقدر الحصة التي تصرف فيها في حين يبقى شريكاً في حدود الحصة المتبقية له كأن يتصرف في نصف حصته الشائعة، أما إذا كان تصرفه منصباً على حصته الشائعة كاملة فإنه يفقد صفة الشريك ولا تصبح له أي علاقة بالمال الشائع، وإذا رتب الشريك المشاع حق انتفاع على حصته فإن حق ملكيته يتجزأ إلى حقين : حق مالك الرقبة وحق مالك المنفعة ، فيكون له حق المشاركة في أعمال الإدارة غير المعتادة كالتصرف مثلاً ، وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشروع عادت الملكية كاملة له وعاد يمارس جميع حقوقه [2].

هذا فيما يخص الآثار الخاصة بالمتصرف، أما تلك التي تترتب في مواجهة المتصرف إليه فتتمثل في:

<sup>1</sup> منصور مصطفى، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل متقاسم من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد 01، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، القاهرة، سنة 1964، ص 189-190.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 125.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

. حلول المتصرف إليه محل المتصرف غير أن هذا الحلول يختلف بحسب طبيعة التصرف فإذا كان تصرف الشريك بنقل ملكية حصته الشائعة وتمت الإجراءات المتطلبة قانونا كالتسجيل والشهر في العقارات، فإنها تنتقل منه إلى المتصرف إليه بقوة القانون ليصبح هذا الأخير خلفا خاصا له ويصبح شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء، وتكون له حقوق سلفه وعليه التزاماته، حيث يجوز له طلب قسمة المال الشائع مالم يكن الشريك الأصلي مقيد بعدم طلبها لمدة معينة، كما يكون لباقي الشركاء اختصاصه في دعوى القسمة [1]، أيضا لا يحتج في مواجهته بالقسمة التي أجريت بين الشركاء إذا كان قد سجل حقه قبل تسجيل القسمة. كذلك يثبت له حق التصرف وحق إدارة المال الشائع ويكون له حق ممارسة رخصة الشفعة والاسترداد وبالمقابل يلزم المتصرف إليه بالحفاظ على المال الشائع سواء أكان ذلك بالقيام بأعمال مادية كالترميم والصيانة أو القيام بتصرفات قانونية كرفع دعوى الحيابة وقطع التقادم والاشتراك في نفقات المال الشائع من إدارة وحفظ وسائر التكاليف، أيضا احترام النظام الذي يضعه الشركاء لحسن الانتفاع بالمال الشائع، كما يكون لصاحب حق الانتفاع جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع طبيعة الشيوع [2].

وفي الأخير لما كان تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفا صحيحا نافذا في حق الشركاء فإنهم ملزمون باحترامه، واحترام تنفيذه بحسن نية، بما فيها التعامل مع المتصرف إليه كأبي منهم، ولا يملكون الاعتراض عليه أو طلب إبطاله، وإن كان في حلول المتصرف إليه شريكا بينهم محل المتصرف قد سبب الضرر لهم خاصة إذا كان من غير الشركاء إلا أنه مراعاة لذلك واستثناء على مبدأ حرية الأفراد في التعاقد، خول المشرع للشركاء رخصة قانونية لا تمكنهم من طلب الاعتراض على التصرف ذاته، وإنما من استبعاد الأجنبي من الشيوع بحلولهم محله في التصرف ولا تعدو أن تكون رخصة الحلول هذه إلا رخصة استثنائية، لذلك كان المشرع حريصا على عدم إطلاقها ووضع لها حدودا ضيقة وحصرها في أحد الطريقتين: الاسترداد والشفعة، وحدد لكل منهما مجاله وأحكامه الخاصة [3].

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص190.

<sup>2</sup> كيرة حسن، الوجيز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية والأصلية وإحكامها، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998، ص 168.

<sup>3</sup> كيرة حسين، المرجع السابق، ص177.

### الفرع الثاني

#### حكم تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع.

تنص المادة 2/714 من القانون المدني أنه «إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أُل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة».

. يستخلص من هذا النص أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال المملوك على الشيوع يثير عدة احتمالات فقد يعلم المتصرف إليه أن الشريك المتصرف لا يملك الحصة المتصرف فيها مفرزة بل شائعة، كما يمكن أن يكون جاهلا ويعتقد أن الشريك المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها مفرزة، كما قد يعتقد المتصرف والمتصرف إليه أن الجزء المتصرف فيه قد يقع في نصيب الشريك المتصرف بموجب القسمة ولكن يحدث عكس ذلك.

#### أولا: حكم علم المتصرف إليه أن الشريك لا يملك الحصة مفرزة

وفي هذه الحالة لا يكون المشتري مثلا واقعا في غلط فهو يعلم أن الجزء الذي اشتراه لا يملكه الشريك البائع مفرزا وإنما يملكه شائعا مع شريكه الأخر، والمشتري قد توقع هو والشريك البائع أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيب هذا الأخير بعد القسمة فتخلص للمشتري ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة وبالتالي فإنه لا يحتج بإبطال التصرف. ويجب لمعرفة حكم هذا البيع وكل تصرف آخر ناقل للملكية أن تتم التمييز بين ما إذا وقع التصرف قبل القسمة أو بعدها وهو ما سنتعرض له في فرضين:

#### 1. حكم التصرف قبل القسمة

بالرجوع إلى نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني سألقة الذكر نجدها لم تبين حكم الحالة التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في حصة مفرزة مع علم المتصرف إليه معتقدا أنه سوف تقع في نصيبه بعد القسمة واكتفت ببيان حكم التصرف بعد قسمة المال الشائع وعليه يتوجب هنا إعمال القواعد العامة فيما يتعلق بالتصرف في حصة مفرزة قبل القسمة، وعليه إذا باع الشريك في الشيوع جزء مفرزا من المال الشائع قبل قسمته، فإنه يكون قد

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

تصرف فيما يملك وما لا يملك والبيع هنا يعتبر صحيحا بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع في هذا الجزء المفرز، ولا يستطيع المشتري إبطال البيع لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري لم يقع في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة باقي الشركاء الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير، وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فهذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة وبالتالي تعتبر مملوكة له بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وعندها لا يكون قد تصرف أو باع ملك غيره إضافة إلى أن المشتري أو المتصرف إليه وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز المبيع يكون قد ارتضى شراءهما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة، وبذلك يكون هذا البيع صحيحا فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع<sup>[1]</sup>

أما معنى أن البيع يكون غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز فيظهر في جواز أن يرفع هذا الشريك إذا ما أنكر عليه المشتري حقه في حصته الشائعة في الجزء المفرز المبيع دعوى استحقاق على كل من المشتري والشريك البائع، كما يجوز قبل القسمة أن يجيز الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك المتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، وبذلك يصبح البيع نافذا في حقه في حصته الشائعة وتحق بذلك ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية.

### 2. حكم التصرف بعد القسمة.

وفي هذه الحالة يمكن أن يتحقق أحد الفرضين وهما:

#### الفرض الأول: وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك المتصرف.

إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزا أي يعلم بحالة الشيوع وتمت القسمة ووقع هذا الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف، فهنا لا يقع أي

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

إشكال وحكم هذا واضح ذلك أن ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه تخلص للمتصرف إليه بالتسجيل ويستقر البيع مثلا بفضل الأثر الكاشف للقسمة<sup>[1]</sup>.

### -الفرض الثاني : عدم وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك المتصرف.

وفي هذا الفرض قد يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر من الشركاء المشاعين وهنا طبقا للأصل والقواعد العامة لا يجبر على المتصرف إليه على قبول الجزء المفرز الذي أل إلى الشريك المتصرف، فمن حقه أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله بإعتبار صادر عن غير مالك<sup>[2]</sup>.

غير أن المادة 714 قانون مدني جزائري قررت حكما خاصا بقولها «إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل إلى المتصرف بعد القسمة» ومعنى ذلك أن تنتقل ملكية الجزء المفرز الذي وقع في نصيب المتصرف إلى المتصرف إليه، ويحل بذلك هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المتصرف فيه ولم يقع في نصيب المتصرف بعد القسمة.

ونجد أن نص المادة 714 من التقنين المدني الجزائري جاء عاما يشمل كل التصرفات القانونية إلا أنه يستثنى مما تقدم حالة الرهن الرسمي والذي وضع المشرع بشأنه حكما خاصا في نص المادة 890/ 02 قانون مدني جزائري والتي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي ألت إلى الراهن بطريق القسمة، فوقع أعيان أخرى في نصيب الراهن غير التي رهنها وفقا للنص المشار إليه يؤدي إلى انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المال الذي كان مرهونا في الأصل، وقد رأى البعض أن المادة 890 السابقة الذكر الواردة بشأن الرهن تعتبر تطبيقا للمادة 2/716 الواردة في أحكام الشيوخ ومكملة لها، وينصرف حكمها إلى جميع التصرفات وبالتالي ينتقل عندهم حق المتصرف إليه إلى ما أل إلى المتصرف بطريقة القسمة<sup>[3]</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 874-875-876.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 239-240.

<sup>3</sup> محمد حسن القاسم، الوسيط في التأمينات العينية، دراسة مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية، سنة 2001، ص 145.

**ثانياً: حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك المتصرف لا يملك الحصة المفرزة.**

إن مؤدى التصرف في جزء مفرز هو أن الشريك في المال الشائع يحدد جزءاً مفرزاً منه بمقدار حصته متوقفاً أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيبه بعد القسمة، فيقدم على التصرف فيه لفائدة شخص آخر وهذا الأخير يجهل بأن المتصرف يملك المبيع مفرزاً ولتبيان حكم ذلك وجب التمييز بين:

**أ- حكم جهل المتصرف إليه أن المتصرف لا يملك الجزء المفرز قبل القسمة.**

إذا ما أقدم المتصرف إليه على التصرف جاهلاً بحالة الشيوع وكان يعتقد أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزاً قبل القسمة، عندئذ فإنه وفقاً للقواعد العامة يكون له الحق في التمسك بالإبطال للغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه، دون حاجة لإنتظار نتيجة القسمة ودون توقف على حدوث تعرض له من باقي الشركاء، غير أنه إذا أقر الشركاء التصرف قبل تمسكه بالإبطال لم يقبل منه التمسك بالإبطال نظراً لتعارض التمسك به مع مقتضى حسن النية، كما أنه يجوز للمتصرف إليه أن يجيز التصرف مسقطاً حقه في الإبطال، وعندئذ يتساوى مركزه مع مركز المتصرف إليه العالم بحالة الشيوع<sup>[1]</sup>.

**ب- حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه مفرزاً بعد القسمة.**

إذا كان المتصرف إليه يعتقد أن الشريك المتصرف يملك العين المتصرف فيها مفرزة ووقعت القسمة فإنه يميز بين ثلاثة الفروض:

**1. وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف.**

وفي هذه الصورة يتحقق اعتقاد المتصرف إليه ويستقر التصرف كما يخلص له الحق المتصرف فيه، وفي جميع الحالات لا يجوز له التمسك بالإبطال العقد للغلط ولو لم يصدر منه ما يفيد إجازته للعقد بالنظر لتعارض تمسكه بالإبطال مع مقتضيات حسن النية<sup>[2]</sup>.

وهو ما نصت عليه المادة 85 قانون مدني بقولها «ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك

<sup>1</sup> همام محمد محمود الزهران، المرجع السابق، ص 298-299.

<sup>2</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 299.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية»<sup>[1]</sup>، وبذلك يمكن القول في هذه الفرضية أو الصورة والتي يقع فيها الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف بعد قسمة المال الشائع أن الأمر لا يطرح أي إشكال، وذلك بتحقيق الهدف من العقد وإمكانية تنفيذه.

### 2. عدم وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة فإن اعتقاد المتصرف إليه بأن الشريك المتصرف يملك هذا الجزء مفرزا لم يتحقق، وبالتالي يجوز له التمسك بالإبطال العقد للغلط، غير أنه بعض الفقه يرى بأنه إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة فإن المشتري لا يجبر على قبول جزء لآخر الذي وقع في نصيب البائع ومن ثم طلب فسخ العقد أو إبطاله على أساس أنه صدر من غير مالك وتطبق في ذلك أحكام بيع ملك الغير<sup>[2]</sup>

### الفرع الثالث

#### حكم التصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع.

الملاحظ أن المادة 714 من القانون المدني الجزائري لم تتعرض لهذه الحالة واقتصرت على بيان حكم تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع ولمعالجة حكم التصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع يستلزم التمييز بين حالتين وهما جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع (أولا) وحالة علمه بحالة الشيوع (ثانيا).

#### أولا: حكم جهل المتصرف إليه أن المتصرف شريكا في المال الشائع.

قد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع فيبيع أحد الشريكين كل الأرض ففي هذه الحالة إذا كان المشتري يعتقد وقت الشراء أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع «محل العقد» وأنه لو علم بذلك لما تعاقد أصلا، ومن ثمة يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط، كما يجوز للمتصرف

<sup>1</sup> المادة 185/الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 876.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

إليه «المشتري» أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر لأن الشريك الأول باعها وهو لا يملكها، وهذا هو بيع ملك الغير.

والفرق بين هذه الحالة والحالة التي يبيع فيها الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع حيث لا يجوز للمتصرف إليه أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر أنه في هذه الحالة الثانية قدمنا أن هناك احتمالا أن يقع كل الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، أما في الحالة التي نحن بصددنا فهذا الاحتمال ينتفي لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف ومع ذلك يمكن للمشتري إجازة البيع، وبالتالي لم يعد يستطيع الطعن فيه بالإبطال للغلط أو بيع ملك الغير، وإنما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع، وأيا كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع، ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يتحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر فتخلص له ملكية المال الشائع كله ومن ثمة تنتقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري<sup>[1]</sup>.

### ثانيا: حكم علم المتصرف إليه أن المتصرف شريكا في المال الشائع.

قد يقدم المتصرف إليه على التعاقد مع المتصرف على كل المال الشائع رغم علمه باقتصار ملكيته على حصة شائعة منه معولا على إمكانية الحصول على إقرار باقي الشركاء بالتصرف أو معولا على عزمه العمل على تملكه في القريب بأي سبب من أسباب اكتساب الملكية، بحيث يمكنه أن ينفذ التزامه بنقله إليه، ويمنع عنه تعرض باقي الشركاء فإذا أفلح المتصرف فعلا في اكتساب الملكية تمكن من نقل الملكية للمتصرف إليه، أما إذا لم يتمكن من ذلك كان متاحا للمتصرف إليه طلب فسخ العقد لاستحالة تنفيذ المتصرف لالتزامه بنقل الملكية و السبب يرجع إليه، أما إذا وقعت القسمة في نصيب المتصرف جزءا يعادل حصته الشائعة كان للمشتري إما الحق في طلب الفسخ في حالة عدم قابلية الصفقة للتجزئة وأما الاكتفاء بأخذ ما أل للمتصرف بموجب القسمة مع دفع ما يناسبه من ثمن<sup>[2]</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 877.

<sup>2</sup> همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 294.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

### ثالثا: آثار تصرف الشريك منفردا في كل مال الشائع.

إن تكييفنا السابق للتصرف في كل المال الشائع بأنه صحيح غير نافذ في حق الشركاء فيما يعادل حصصهم يلزمنا بالتطرق لآثاره بين المتعاقدين، وأثاره بالنسبة لباقي الشركاء. للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف تطبيقا للقواعد العامة التي أكدت أنه يتمتع بحق إبطال التصرف على أساس الغلط الناتج عن جهله بحالة الشيوع، واعتقاده بملكية المتصرف للعين المتصرف فيها ملكية مفرزة سواء كان في كل المال الشائع المتصرف فيه، أو فيما يزيد عن حصة المتصرف<sup>[1]</sup>، ويفقد المتصرف إليه حقه في إبطال التصرف إذا أجازة تطبيقا كذلك للقواعد العامة التي تقضي أن حق الإبطال يزول بإجازة من تقرر لمصلحته إعمالا للمادة 100 قانون المدني<sup>[2]</sup>

أما إذا استعمل المتصرف إليه حقه في الوقت المناسب وطلب إبطال التصرف وقضي له بذلك، وجب طبقا للقواعد العامة إعادة المتعاقدين إلى الحالة كان عليها قبل التعاقد فضلا عن حقه في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب البطلان وما لحقه من خسارة كما يمكن للمتصرف إليه الحلول محل المتصرف بقدر الحصة التي يملكها وحسب طبيعة التصرف فإذا كان التصرف مثلا ناقلا للملكية كان الحق في المشاركة في أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة<sup>[3]</sup>.

أما بالنسبة لباقي الشركاء فإذا ما تصرف الشريك منفردا في المال الشائع كله لشخص ما بأن باعه مثلا، فإن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في التصرف المبرم، وذلك بالنسبة لخصصهم الشائعة في المال ولا يكون البيع نافذا في حقهم باستثناء الحصة الشائعة التي للشريك البائع بمعنى يكون البيع نافذا في حقهم فيما يخص حصة المتصرف الشائعة فقط حيث يحل المتصرف إليه محل الشريك البائع في حصته ويصبح شريكا مع سائر الشركاء ويترتب على ذلك أنه لا يمكن لأي شريك أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة أو يطالب بإبطال البيع أو يدعى استحقاقها، وفي حالة إنكار المتصرف إليه «المشتري» حق سائر

<sup>1</sup> بدروي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية الملكية الحقوق المتفرعة عنها وأسباب اكتسابها، الطبعة 03 مطبعة الكيلاني، مصر، سنة 1978، ص 178.

<sup>2</sup> المادة 100 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل المتمم.

<sup>3</sup> كامل رمضان جمال، أحكام البيع ملك الغير، الطبعة الخامسة، دار الألفي لتوزيع الكتاب بألمانيا، (د.ت) ص 37-38.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الشركاء في حصصهم الشائعة، فإن لهؤلاء حق رفع دعوى الاستحقاق على كل من البائع والمشتري وذلك بموجب دعوى الاستحقاق<sup>[1]</sup>.

### المطلب الثاني

#### تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع.

يتمتع الشركاء بسلطة كبيرة ومطلقة في التصرف في المال الشائع فلهؤلاء بإجماعهم إبرام ما أرادوا من تصرفات تخص الشيء الشائع وتكون نافذة اتجاه جميعا حال الشروع وبعد القسمة، ويقصد بمبدأ الإجماع أن يتفق جميع الشركاء الذين يملكون المال الشائع على التصرف فيه، وباعتبار أن جميع الشركاء ملاك على الشروع فقد منح لهم القانون رخصة التصرف فيه مجتمعين إما في كل المال الشائع أو حصة مفرزة فيه أو حصة شائعة، وسواء كان التصرف ناقلا للملكية أو مقررا لحق عيني أصلي أو تبعي. وعليه فإن ما يثير التساؤل هو حكم التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين التي قد تكون تصرفات ناقلة للملكية «الفرع الأول» أو تصرفات مرتبة لحق عيني «الفرع الثاني».

### الفرع لأول

#### حكم تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع.

يجوز لجميع الشركاء في الشروع التصرف في كل المال الشائع ويكون تصرفهم صحيحا نافذا بالنسبة إليهم، فلهم أن يتفقوا على نقل ملكية المال الشائع بأكمله للغير فتتهي بذلك حالة الشروع (أولا) كما يحق لهم أن يتصرفوا تصرفا منشأ لحق عيني على المال الشائع (ثانيا)

#### أولا: حكم التصرفات الناقلة للملكية على كل المال الشائع.

للشركاء مجتمعين سلطة التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه أو في حصة شائعة منه وذلك بأي نوع من التصرفات الناقلة للملكية، ويعد نقل الملكية من أوسع ضروب التصرف الذي يستطيع الشركاء مجتمعين القيام بها، فإذا قام بنقل ملكية هذا المال الشائع كله للغير فإنهم لم يستبقوا من ملكه أي شيء، ويصبح الغير هو المالك وقد يتقاضى هؤلاء الشركاء مجتمعين مقابلا للتصرف وقد لا يتقاضوا مقابلا كما هو الحال بالنسبة للهبة

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 880.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

وعليه سنبين حكم هذه التصرفات مقتصرين على البيع بحكم أنه التصرف الأكثر شيوعا واستعمالا في الحياة العملية ومن بعده الهبة.

### أ- حكم بيع الشركاء مجتمعين للمال الشائع كله.

إن تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع بالبيع يترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء وتنتهي بذلك حالة الشيوخ بينهم، إذا أننا بصدد تصرف صادر من ملاك المال الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه [1] ، ويكون هذا النوع من البيوع أي بيع كل المال الشائع من طرف الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم على إنهاء حالة الشيوخ واستحالة قسمة المال الشائع عينا ، وبذلك يسمى هذا النوع من البيوع بيع التصفية ومثاله أن مجموعة من الأشخاص يملكون مالا على الشيوخ وأرادوا إنهاء حالة الشيوخ سواء برضاهم كافة أو بطلب أحد منهم ، وكانت القسمة العينية للمال والمتمثلة في عقار مستحيلة بالنظر إلى عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع وأن القسمة العينية تؤدي إلى الإنقاص من قيمته كما لو بيع كاملا ، فإنه في هذه الحالة يباع المال الشائع بالمزاد العلني ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حقه في العقار الشائع ، وهذا في حالة اللجوء إلى القضاء ، كما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائيا أي دون اللجوء إلى القضاء ، وذلك بتعاقدهم مع المشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي عنهم وبإتمام شكلية الكتابة الرسمية وإتمام إجراء نقل الملكية المتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية تنتقل ملكية العقار إلى المشتري ويكون بذلك البيع صحيحا وناظرا في حق جميع الشركاء ، ولا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك [2].

### ب- حكم هبة الشركاء مجتمعين.

يحق للشركاء مجتمعين التصرف في المال الشائع بالهبة فهي من التصرفات الناقلة للملكية التي عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون أسرة جزائري أنها :«تمليك بلا عوض» ، وتخضع لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية وإجراءات الشهر العقاري

<sup>1</sup> محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أساليب كسب الملكية، دار الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص116.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص306.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها في نقل الملكية، وقد تكون الهبة صادرة من جميع الشركاء إلى احدهم أو إلى أجنبي وخلافا للهبة العادية بمعنى إذا كان محلها غير مشاعا فإنها لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها عقار مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة بحسب نص المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي «إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة»<sup>[1]</sup>.

ونلخص في هذا الإطار أنه للشركاء المشاعين مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، وتجدر الإشارة إلى أنه في الحالة يملك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوخ كأن تكون قطعة أرض ومباني وقرروا مجتمعين التصرف ببيع قطعة الأرض فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم وتصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي، وتبقى ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط، ولا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستسفر عنه قسمة باقي العقارات الشائعة.

### 1. حكم ترتيب الشركاء مجتمعين حق عيني على الملكية الشائعة.

أجاز القانون للشريك المنفرد في الملكية الشائعة التصرف في المال الشائع بما يحقق الغرض الذي أنشأ لأجله هذا المال، فكذا الحال بالنسبة للشركاء مجتمعين فقد يتعلق التصرف من الشركاء مجتمعين بتقرير حق عيني على المال الشائع سواء كان أصليا كحق الارتفاق والانتفاع، أو كان عينيا كرهنه رسميا أو رهن حيازي.

### أ- حكم ترتيب حق عيني أصلي على كل المال الشائع.

الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تكون مستقلة ولا تتبع حق لآخر أو تستند في وجودها إليه فهي تخول لصاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بطريقة كاملة<sup>[2]</sup> ومن امتلتها حق الانتفاع هذا الأخير وباعتباره متفرعا عن حق الملكية فهو حق عيني يقطع من المالك سلطة الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك، وهو بذلك يخول

<sup>1</sup> عبد وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، سنة 2007-2008، ص 67.

<sup>2</sup> كيرة حسن، المرجع السابق، ص 49.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من شخص آخر كما هو الحال بالنسبة للمستأجر الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر، ولحق الانتفاع عدة خصائص أهمها أنه حق عيني يرد على عقار وبالتالي يجوز رهنه رهنا رسميا والتصرف فيه كما أنه يعطي للمنتفع حق الأفضلية و التتبع مما يجعله في ذلك يخضع لأحكام نقل الملكية العقارية مع بقاء ملكية الرقبة ، أما بالنسبة لحق الارتفاق فتتص المادة 867 قانون مدني على أن الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار لآخر لشخص آخر، أما فيما يخص الملكية الشائعة وقابليتها لتقرير حق الارتفاق عليها فإنه يختلف الحكم بين الشريك المنفرد والشركاء مجتمعين، حيث ان الشريك المنفرد لا يمكنه تقرير حق الارتفاق على حصة شائعة لأن الارتفاق يقضي أعمالا مادية على عقار مفرز [1]. إلا أنه يجوز للشركاء مجتمعين ترتيب هذا الحق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص لآخر ويكون نافذا في حقهم جميعا، وبالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعا من حق ارتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك لأخر [2].

كما يجوز للشركاء مجتمعين تقرير حق الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع ويكون نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة أو بعدها، فلا يمكن الاحتجاج إذا ما وقع الجزء المنقل بالارتفاق في نصيب أحدهم بعد القسمة بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي أُل إليه إجراء عملية القسمة متقلا بحق الارتفاق مرتب عليه مهما كان نوعه [3].

### ب . حكم ترتيب حق عيني تبعي على كل المال الشائع.

لشركاء في الشيوع أن يجتمعوا على ترتيب أي حق عيني تبعي على المال الشائع كله، إذ لهم أن يرهنوا المال الشائع كله رهنا رسميا أو رهنا حيازة فمثل هذا التصرف لا يخرج المال الشائع من ذمة الشركاء، وإنما إذا أُل هذا المال بالقسمة إلى أحد الشركاء المشاعين فإنه يؤول إليه متقلا بحق الرهن، وهنا يثور البحث في حكم أو أثر القسمة إذا ما قرر الشركاء مجتمعين هذا الحق ، أي الحق العيني التبعي ، بعبارة أخرى ما هو مصير الرهن المقرر أو

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص121.

<sup>2</sup> وهاب عياد، المرجع السابق ص85.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق ملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد الثامن، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2000، ص837-883.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

المرتب على المال الشائع كله لفائدة الغير ، أو حتى لفائدة أحد الشركاء قبل قسمة المال الشائع كله أو بعد القسمة ، أو حتى عند بيعه في حالة استحالة القسمة العينية .

### الفرع الثاني

#### حكم تصرف الأغلبية من الشركاء في المال الشائع.

يتضح من خلال استقراء نص المادة 720 من التقنين المدني الجزائري ، أن المشرع أجاز للأغلبية من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف في المال الشائع ، سواء كان هذا التصرف بالبيع أو المقايضة أو غيره من التصرفات الأخرى إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك كأن يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع ، أو أن يكون استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا ، وقرار الأغلبية ملزم للأقلية [1] وهذا ما سنبينه في هذا الفرع معتمدين على الأسباب الجوهرية التي تجيز للأغلبية التصرف في المال الشائع (أولا) واحقية الأغلبية اللازمة في تقرير التصرف في المال الشائع (ثانيا).

#### أولا: الأسباب الجوهرية التي تجيز للأغلبية التصرف في المال الشائع.

قد تتوفر أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع وهو ما اشترطه المشرع الجزائري لإمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع حيث أنه قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باقي على الشيوع ، أو يظهر للشركاء على الشيوع أن قسمة المال الشائع تضر بمصالحهم ، فيكون عندئذ التصرف في المال هو الحل الأمثل ، وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من توافر جميع الوسائل التي وفرها القانون لإدراته وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء [2] ، أيضا قد تاتي فرصة مواتية لبيع العقار الشائع بثمان مرتفع أو يكون استغلال العقار الشائع في الحالة التي هو عليها متعذرا ، كما قد تحتاج العين الشائعة إلى تعمیر يستدعي نفقة ولا سبيل للحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين الشائعة [3] ، هذا وتثير الأسباب القوية تساؤل حول خضوعها للسلطة

<sup>1</sup> أحمد عبد الرحمان، حق الملكية، الناشر مكتبة نجم القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2001، ص 403.

<sup>2</sup> رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 176.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

التقديرية للقاضي بمعنى هل تصرفات الأغلبية تخضع لسلطة قاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا؟ أم أنها مسألة قانون يمكن لهذه الأخيرة ممارسة الرقابة عليها؟  
يمكننا القول أن هذه المسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في وقائع الدعوى، وذلك لأن ما يراه القاضي بمحكمة ما سببا قويا قد يراه قاضي آخر سبب غير قوي ولا يسمح للأغلبية بالتصرف في المال الشائع، وعليه فهي مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا تتدخل في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا [1].

### ثانيا: أحقية الأغلبية الازمة في تقرير التصرف في المال الشائع.

إذا لم يتوافر الإجماع لدى الشركاء على التصرف في المال الشائع وكانت هناك أسباب قوية داعية التصرف فيه كان للأغلبية المطلوبة للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة وهي الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع أن تقرر التصرف فيه [2]، وهذا ما أشارت إليه المادة 720 من التقنين المدني الجزائري سألقة الذكر، والأغلبية التي أقرها هذا النص ليست أغلبية عددية وإنما محددة بنسبة من يملك ثلاثة أرباع على الأقل من المال الشائع وبذلك يمكننا أن نتصور أن شريكا واحد قد يشكل الأغلبية وذلك بامتلاكه نسبة ثلاثة أرباع على الأقل من المال الشائع، ويتضح لنا أن المشرع قد اعتمد في تحديد الأغلبية على المعيار الموضوعي وبذلك بإقرار نسبة الملك وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي [3]، ومع أن المعيار الذي اتبعه المشرع الجزائري في تحديد الأغلبية هو معيار موضوعي ذلك أن حساب الأغلبية يكون على أساس حصص الشركاء وهو المبدأ الذي يراعي فيه المشرع الجزائري ميزان المصالح، ولكن السؤال الذي نطرحه هو هل ميزان المصلحة يتمثل فقط في تحديد أغلبية من هذا النوع قد تكون في شخص واحد، أم أن آراء الشركاء فيما بينهم يجب أن تعدد وتؤخذ بعين الاعتبار؟ [4]. وإذا كان المشرع قد أعطى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في التصرف فيه كله أو في جزء مفرز منه إذا توافرت

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 839.

<sup>2</sup> المساوي، المرجع السابق، ص 258.

<sup>3</sup> لبييض بوبكر، المرجع السابق، ص 74.

<sup>4</sup> سوار وحيد الدين، المرجع السابق، ص 122.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الدواعي والأسباب القوية، فإنه في المقابل أيضا قد أعطى وفي نفس النص للأقلية من الشركاء ضمانات تكفل حقوقهم.

### 1. الضمانات القانونية المقررة لمنع تضرر الأقلية من قرار الأغلبية.

لم يترك القانون الأقلية دون حماية كما حماها في خصوص الإدارة غير المعتادة كما قدمنا فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذا فورا، والمشرع الجزائري من خلال المادة 720 من التقنين المدني الجزائري وفر حماية لحقوق الأقلية، وذلك بإقراره لإجراءات وشروط أوجبها على الأغلبية المتصرفة في المال الشائع تجاه الأقلية فالإضافة إلى وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من المال الشائع، ووجود أسباب ودوافع قوية للتصرف فلا بد أيضا من إعلان هذا التصرف إلى الأقلية، بواسطة عقد غير قضائي ليكون للأقلية حق الاعتراض على ذلك التصرف<sup>[1]</sup> ولهذا سوف نعرض لهذا من خلال بيان نوع الإعلان ومدى وجوبه لعلم الأقلية، ثم نبين المحكمة المختصة وكيفية الفصل في الدعوى.

### أ. التزام الأغلبية بإعلان ما قرره إلى الأقلية.

انطوت المادة 720 من التقنين المدني الجزائري التي أعطت الحق للأغلبية في تقرير التصرف في المال الشائع على إلزام الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع بإعلان ما قرره إلى الأقلية<sup>[2]</sup> أي باقي الشركاء بعقد غير قضائي، ويستفاد من ذلك أن المشرع الجزائري قد أوجب الكتابة في الإعلان، وهذا يعنى ان الإعلان الشفوي لا يعتد به في القانون، ويتم هذا الإخطار عن طريق محضر قضائي أو بواسطة رسالة مضمونة<sup>[3]</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يصح تصرف الأغلبية دون إعلام الأقلية بهذا التصرف؟ هنا تجيبنا المحكمة العليا في اجتهادها القضائي من خلال القرار المنشور رقم 62092 المؤرخ في 1990/01/13 والذي جاء فيه «متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 80-81.

<sup>2</sup> اللمساوي، المرجع السابق، ص 258.

<sup>3</sup> لبييض بوبكر، المرجع السابق، ص 77.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

بعقد غير قضائي فإن القرار الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزءا مشاعا من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل ملكية يعد مشوبا ببيع خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه» [1].

وكذلك في القرار المنشور رقم 92343 والمؤرخ في 28-10-1992 حيث جاء فيه «ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام، قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقص»

يتضح من خلال ما سبق أن أي تصرف من طرف الأغلبية دون إعلان لباقي الشركاء يكون تصرفا غير صحيح قانونا، ومعناه إذا لم يتم الإعلان لا يكون قرار التصرف نافذا في حق الأقلية، في المقابل إذا تم الإعلان فتح الباب أمام الأقلية للتظلم في القرار خلال شهرين من وقت الإعلان، وهذا ما سنراه في مايلي :

### ب . أحقية الأقلية في اعتراض على تقرير الأغلبية أمام المحكمة المختصة.

أوجب المشرع الجزائري على الأغلبية بصريح نص المادة 720 من التقنين المدني الجزائري أن تعلن للأقلية قرار التصرف في المال الشائع سواء كله أو جزء مفرز منه وبأسباب الجدية التي اضطرت هذه الأغلبية إلى اتخاذ هذا القرار، وقد استقرت الأحكام على تكريس مضمون المادة أعلاه، والتي مفادها أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا، كما أنه يقع عبء إثبات القيام بالإعلان على الأغلبية ، ويسقط حق الأقلية في الاعتراض عند فوات مدة الشهرين [2].

<sup>1</sup> عمر بن سعد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، مطبوعات

الديوان الوطني للأشغال التربوية، بركة، باتنة، سنة 2001، ص239.

<sup>2</sup> المادة 720 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل.

### المبحث الثاني

#### قسمة المال الشائع.

يعتبر الشيوع حالة مؤقتة مصيرها الزوال والانقضاء وهذا الأخير يكون بأسباب متعددة منها ان يصبح المال الشائع مملوكا لشخص واحد سواء من الشركاء او من غير الشركاء وعن طريق الشراء مثلا الإرث، الشفعة ، نزع الملكية للمنفعة العامة... إلا أن القسمة هي الوسيلة الدارجة لإنهاء حالة الشيوع وهذا الذي يعيننا الدارسة ، ويقصد بالقسمة العملية التي يكون هدفها إنهاء حالة الشيوع واختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع ولهذا فالأصل أن لكل شريك أيا كان مقدار حصته الحق في طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع في اي وقت ولايسقط هذا الحق بالتقادم ، غير ان هناك حالات استثنائية يجبر فيها الشريك على البقاء في الشيوع بصفة مؤقتة إما بحكم القانون أو الاتفاق، أو بصفة دائمة، والقسمة المؤدية لإنهاء حالة الشيوع هي تلك الواردة على الملكية ويطلق عليها القسمة النهائية وليست تلك الواردة على الانتفاع والتي تسمى بقسمة المهاية لأن هذه الأخيرة تعد طريقة من طرق تنظيم الانتفاع بالمال الشائع وتتسم بكونها مؤقتة.

وقسمة المال الشائع قد تكون اتفاقية (المطلب الأول) كما تكون قضائية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### القسمة الاتفاقية «الرضائية».

للشركاء الحق في الاتفاق على قسمة المال الشائع وتسمى عندئذ بالقسمة الرضائية والتي تعتبر طريقة من طرق الخروج من الشيوع ، حيث أنها تتم باتفاق وتراضي جميع الشركاء دون معارضة أحدهم وهاته الطريقة كثيرا ما يتم للجوء إليها من قبل الشركاء المشاعين لسهولة إجراءاتها مقارنة مع القسمة القضائية ، وقد تعرض المشرع الجزائري إلى هذا نوع من القسمة في نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري بقوله «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال المشاع بالطريقة التي يرونها ، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون».

يستنتج من النص أعلاه أن القسمة الإتفاقية عقد أطرافه الشركاء المشاعين ومحلله المال الشائع وسببه هو إنهاء الحالة الشيوع، ويلزم لنفاذه وترتب آثاره إجماع الشركاء وتوقيعهم

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

جميعا عليه، فلا يكفي توافر أغلبية معينة... فإذا رفض أحدهم القسمة أو وافق عليها ولكنه إمتنع عن التوقيع في العقد فإن القسمة لا تتم، مالم يثبت الشركاء موافقة الشريك الممتنع على إجرائها وفق القواعد المقررة للإثبات، كما لا يمكن ان تتم القسمة بالتراضي إذا كان بين الشركاء قاصرا او غائبا

كذلك فإنه يجوز تعليق القسمة الإتفاقية على شرط واقف أو شرط فاسخ كأن يتفق على انفساخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة، وإذا أبرم بعض الشركاء القسمة الإتفاقية دون البعض الآخر فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها حتى إذا ما أقرها الشركاء الآخرين أصبحت نافذة في حق الجميع، وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق و الالتزامات ،وهي كذلك من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، لذلك لا تكفي الوكالة العامة لإبرامها نيابة عن الأصل وإنما يجب توافر وكالة خاصة.

وتخضع القسمة الإتفاقية للقواعد العامة للإثبات، وللشركاء إختيار الطريقة التي تتم بها القسمة الإتفاقية فقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوخ ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي ،وقد يختارون القسمة بطريقة التصفية، وخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عينا فيتفقون على بيع المال الشائع كله أو بعضه في المزاد ويقنسمون ثمنه، أيضا قد يلجؤون للبيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك وليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا، فإذا باعوا المال الشائع بالمزاد فقد يتفقون على ألا يدخل المزاد إلا شريك منهم، وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل في المزاد وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على الأجنبي اعتبرا رسو المزاد بيعا لا قسمة، أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية .

من خلال ما سبق ذكره سنتطرق لشروط القسمة الاتفاقية «الفرع الأول» ثم إجراءات القسمة الاتفاقية «الفرع الثاني» وأخيرا كيفية الطعن القسمة الاتفاقية «الفرع الثالث».

### الفرع الأول.

#### شروط القسمة الإتفاقية.

تتمثل شروط القسمة الاتفاقية أساسا في رضا واتفاق كل الشركاء فضلا على توافر أهليتهم إضافة إلى تسجيل القسمة إذا ما تعلقت بالعقار والتي سنفصلها في مايلي :

#### أولا: التراضي ( إتفاق جميع الشركاء).

القسمة الاتفاقية هي قسمة اختيارية تتم بالتراضي بين الشركاء ، حيث يتفق فيها الشركاء جميعا على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك، وهي بمثابة عقد، ومن ثمة فإنها تكون ملزمة للشركاء وخلفائهم.

فالقسمة الاتفاقية لا تتم إلا بإجماع الشركاء ولا تكفي الأغلبية أيا كانت قيمتها، فإن رفض بعض الشركاء أو أحدهم القسمة فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء ، لكن ماحكم القسمة التي يوقع عليها بعض الشركاء ، ففي هذا الصدد يجيب كل من الفقه والقضاء على أن القسمة التي يوقع عليها جميع الشركاء لا يترتب عليها إنهاء الشيوخ، إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء ، وإن كان لا يصلح الاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقع عليه ، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزاماته بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويضل العقد قائما، وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه. [1]

والقسمة الرضائية مادامت هي حالة ناتجة عن إتفاق بين الشركاء فلا بد من وجود شروط تحدد قيام هذا الاتفاق وتوضح معالمه وتحميه من الالتباس بغيره من الظروف ونجمل تلك الشروط فيمايلي:

• يشترط أن يكون المال الشائع عبارة عن مال عيني وينبغي أن نفرق هنا بين الحق العيني والحق الشخصي، فالمال العيني يكون محلا للحق العيني الذي يرد عليه وهذا الحق يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء كحق الملكية أو حق الإنتفاع، أما الحق الشخصي

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص146-144 .

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

فيقصد به ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطة اقتضاء أداء معين من شخص آخر فهو رابطة بين شخصين بمقتضاها يكون أحدهما هو الدائن مطالبة الآخر هو المدين.

• يلزم أن يكون المال الشائع المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة فإذا كان وقفا لا تصح القسمة، فإذا كان هناك عقارا موقوفا على شخصين واقتسامه فيما بينهم فالقسمة هنا غير صحيحة، فلا يجوز إجراء التصرفات على العقار الموقوف أو ترتيب أية حقوق عينية الا في الحالات التي يجيزها القانون.

• يشترط أن تكون القسمة عادلة، فيلزم أن تكون الأنصبة أو الأجزاء متساوية فيما بين الشركاء حتى لو تطلب الأمر تعديلها بالنقود.

• يشترط في القسمة الرضائية رضا جميع الشركاء لأنها تتضمن المبادلة ولا يعتد بها دون تراضي الشركاء المتبادلين، على عكس القسمة القضائية لا يتطلب رضا جميع الشركاء لأنها تقوم على طلب أحد الشركاء.

• يشترط أن يكون المال الشائع قابلا للقسمة فالغاية من قسمته بين الشركاء هو الرغبة في الحصول على الفائدة المتوخاة منه، فيتطلب أن تؤدي هذه القسمة إلى عدم تقويت المنفعة المبتغاة منه بالنسبة لجميع الشركاء أو بالنسبة لبعضهم<sup>[1]</sup>.

### ثانيا: شروط القاسم والمقسوم.

يجيز المشرع الجزائري للأطراف المتفقة على القسمة بطريقة ودية اللجوء إلى أحد الموثقين لإفراغ اتفاق القسمة المبرم بينهم في شكل رسمي طبقا لأحكام المادة الثالثة من القانون رقم 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ويتلقى الموثق من الأطراف ملفا كاملا بالوثائق المطلوبة لتحريير عقد القسمة وهذه المقدمة ضرورية وإن كان فيها جانب إجرائي للتعرف على طبيعة الشخص القائم بالقسمة.

أما بخصوص شروط المقسوم فيقصد بالمقسوم المال الشائع محل القسمة أو هو العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها ويطالبون بقسمتها، والشروط التي يشترط في المقسوم هي :

<sup>1</sup> علي جبار الأصيل الأسدي، المرجع السابق، ص 281- 282- 283- 284.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

- أن يكون المقسوم موجود وقت القسمة أو ممكن الوجود، وذلك بالنسبة لما يكون محلاً للعملية القانونية في العقد، فإذا كان محل القسمة غير موجود وقت العقد أو كان مستحيل الوجود فإن القسمة تكون باطلة.
- أن يكون المقسوم معيناً أو قابلاً للتعين، فيجب أن يكون المقسوم معيناً إما بذاته وإما بنوعه ومقداره، ويكفي أن يكون معيناً بنوعه، إذا تضمن العقد ما يمكن به تعيين مقداره، وإذا كان المقسوم معيناً بالذات وجب أن تكون ذاته معروفة فيوصف الشيء وصفاً نافياً للجهالة، وعلى ذلك فإذا كان محل القسمة منزلاً وجب أن يبين موقعه وأن تذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل، وإذا كان الشيء غير معين بالذات وجب تعيينه بالجنس والنوع والمقدار.
- أن يكون محل القسمة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه، فيجب أن يكون المقسوم غير مخالف للنظام العام والأداب العامة، ومما يصح التعامل فيه، وعلى ذلك لا تصح قسمة المال الذي يكون فيه الشيوع إجبارياً كالطريق المشترك للملاك المتجاورين، وكذلك لا تجوز قسمة التركة المستقبلية في حياة المورث إلا برضاه.
- وأهم هذه الشروط أن يكون المال المقسوم مملوكاً للشركاء المتقاسمين، فيشترط أن يكون المال محل القسمة مملوكاً للشركاء المتقاسمين وقت القسمة، فإذا كان المال المقسوم غير مملوك للمتقاسمين وقت القسمة، أو ظهر أن مورث التركة التي قسمت لا يزل حياً فإن القسمة تكون باطلة [1].

### ثالثاً: شرط المقسوم له.

- يشترط في المقسوم له شروط حتى تكون القسمة الصحيحة وهي :
- رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم فقد قضت المادة 723 القانون المدني.
  - حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم في القسمة الرضائية وشرط الحضور هذا يعتبر من مستلزمات انعقاد الإجماع على القسمة الرضائية.

<sup>1</sup> عبد الرحمان الضوني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، تحت نيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، سنة 2001، ص 31-32.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

- كما يشترط في المقسوم لهم عدم إلحاق القسمة بهم أو بأحدهم ضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 728 القانون المدني بقولها: «إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد».

### رابعا: توافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

يشترط توافر الأهلية في المتقاسمين فإذا كان بينهم غير كامل الأهلية كأن يكون هناك شريك أو أكثر قاصرا ، أو محجورا عليه أو مجنون ، أو ذي غفلة أو سفه ، أو كان غائبا هنا وجب اتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالات ، مع الإجازة لهذا الشخص أن يتمسك ببطلان عقد القسمة ، فقررت محكمة النقض المصرية أن عقد القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم إذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته القسمة بعد بلوغه سن الرشد ، وقررت أيضا أن إجراء القسمة بالتراضي جائز، ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة، وأن تصادق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية [1].

يتضح من النصوص أعلاه، أن وجود شخص غير كامل الأهلية أو غائب عن الشركاء لا يحول دون وقوع القسمة بالإتفاق، كل ما هناك أنه يجب لصحة القسمة في هذه اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون لحماية ناقص الأهلية أو الغائب. [2].

## الفرع الثاني

### إجراءات القسمة الإتفاقية.

يتضح من خلال المادة 723 من القانون المدني أنه بإمكان الشركاء على الشروع أن يتفقوا على قسمة المال الشائع كله أو بعضه فيبرمون عقد القسمة الذي يسري عليه أحكام العقود

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 207، 208.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الطبعة أولى، دار الهومة، الجزائر، سنة 2008، ص 56.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

وإذا أبرم عقد القسمة الإتفاقية بعض الشركاء على الشيوع دون البعض الآخر يلتزم به الشركاء الذين أبرموا العقد، وإذا أقرروا هذا العقد أصبح نافذا في حقهم جميعا، كما يجوز تعليق القسمة الإتفاقية على شرط واقف أو فاسخ [1].

ودائما باستقراء المادة السالفة الذكر فإنه إذا كان شخص من بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب وجب اتخاذ الإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية وإلا جاز له أن يتمسك ببطلان عقد القسمة، والملاحظ فيما يتعلق بحماية ناقص الأهلية والغائب أن القانون أوجب رقابة سابقة ولاحقة من طرف المحكمة، حيث يجب على الولي أو الوصي الرجوع للمحكمة المختصة قبل القسمة لتعين للشركاء مقدار نصيب القاصر وأسس القسمة كما يجب الرجوع إليها بعد القسمة للتصديق على الإتفاق فيما يخص القاصر حيث نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري: «أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا للمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه....»

. ونفس الحكم بالنسبة للوصي والمقدم والوكيل القضائي للغائب طبقا للمواد 95 و100 قانون الأسرة الجزائري، ويتضح من خلال ذلك أن المشرع قد وضع إجراءات معينة لحماية ناقص الأهلية ومن حكمه، فوجوده لا يحول دون إجراء القسمة الإتفاقية ولا يحتم الالتجاء إلى القسمة القضائية إلا إذا رفضت المحكمة الإذن، ومما تجدره ملاحظته أن بسط المحكمة لرقابتها على القسمة الإتفاقية لحماية ناقص الأهلية ومن في حكمه لا يؤثر على القسمة بالنسبة لباقي الشركاء كاملي الأهلية [2].

وبما أن القسمة عقد تسري عليه الأحكام العامة المطبقة على سائر العقود، فإن الاتفاق الوارد على قسمة عقار يجب أن يخضع للشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، وفي هذه الحالة عقد القسمة يجب أن يحرره موثق والذي يقوم في غالب الأحيان بإجرائها، وعادة ماتم القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة وذلك بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة التي يوجد بها العقار، فبعد الاطلاع على وثائق الملكية

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 892.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2011، ص 196.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

الشائعة وشهادة السلبية يقوم خبير عقاري بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء خمس نسخ، ترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء أو الموثق وتودع بالمصلحة التقنية للبلدية، وبعد مراجعة هذه التقارير ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة والتأكد من احترام المسافات وأن الأرض غير زراعية يقترح على رئيس البلدية منح رخصة التجزئة، وبعد الحصول عليها يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة ثم شهره بالمحافظة العقارية، وفي هذا السياق أقرت المحكمة العليا أقرت المحكمة العليا في قرار لها رقم 414655 المؤرخ في 12-09-2007 منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 01 لسنة 2008 مبدأ مفاده انه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي .

أما إذا كان المال المشاع عقارا فلاحيا فإن المشرع الجزائري وضع قيودا على القسمة حيث تنص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري (... لا تلحق هذه المعاملات المختلفة ضرر بقابلية الأراضي الفلاحية للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ) ، فالمشرع بهدف حماية الوجه الفلاحي للعقار حد من سلطات الملاك في قسمة الأراضي الفلاحية فتكون هذه القسمة باطلة إذا ما أدت إلى إنشاء وحدات عقارية تتعارض مساحتها مع مقاييس التوجيه العقاري ، والملاحظ ميدانيا أنه كثيرا ما يلجأ المالكين في الشيوخ إلى القضاء طالبين المصادقة على القسمة الاتفاقية فيقوم القاضي الاطلاع على القسمة المعدة من طرف الخبير الذي اختاره الأطراف ويصادق عليها<sup>[1]</sup>.

### الفرع الثالث

#### كيفية الطعن في القسمة الاتفاقية.

سبق وأن تمت الإشارة ان القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود تسري عليه الأحكام العامة لسائر العقود، وبالتالي فهي تخضع لنفس أوجه الطعن في العقود حيث يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق كما لو تمت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل وفاة المورث إذ أن العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية ومن ثمة يكون باطلا، وقد يطعن فيها بالإبطال لنقص الأهلية كأن يكون أحد الشريكين المتقاسمين قاصرا ولم تراعى الإجراءات الواجب

<sup>1</sup> حمدي باشا، المرجع السابق، ص 91-92-93.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

إتباعها في هذا الشأن، كما يجوز إبطال القسمة لعيب من عيوب الإرادة فإذا وقع أحد الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة بحيث يتم تقديرها بأقل من قيمتها الحقيقية ، كما يجوز أيضا طلب الإبطال للتدليس أو الإكراه ، كما يجوز نقض القسمة للغبن طبقا للمادة 732 قانون المدني [1].

من المعلوم أن الهدف من قسمة المال الشائع هو أن يستقل كل شريك بجزء من هذا المال يعادل حصته فيه، وعليه فإن لكل شريك أن يطلب فسخ القسمة الرضائية إذا لحقه غبن فاحش من القسمة، حيث تنص المادة 732 من القانون المدني على أنه: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة» [2].

والغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين، والغبن المنصوص عليه في المادة 732 قانوني مدني الجزائري هو عيب من عيوب الإرادة سواء كان المال المراد قسمته عقارا أو منقولاً وهذا خلافا للغبن في عقد البيع والذي لا ينصب إلا على العقارات ، فإذا ما وقع غبن في عقد القسمة بالمقدار الذي حدده القانون أصبح العقد قابلاً للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون، ولهذا الأخير حق إجازة العقد فيصبح عقد القسمة بعد الإجازة غير قابل للنقض بالغبن، وقد تكون الإجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون تنفيذاً اختيارياً عقد القسمة بعد علمه بالغبن [3].

ولمعرفة ما إذا وقع غبن في القسمة يجب تقدير قيمة المال الشائع محل القسمة بالإضافة إلى تقدير نصيب كل الشركاء في العقار الشائع مثلا وتقدير قيمة العقار يكون بواسطة خبير فتم المقارنة بين نصيب الشريك الحقيقية وتلك المقدرة في عقد القسمة فإذا كان هذا الفرق يفوق الخمس يكون هناك غبن واقع [4] وطبقا للمادة 732 قانون مدني فإنه يجب أن ترفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة من يوم القسمة وإلا كانت غير مقبولة

<sup>1</sup> أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 594.

<sup>2</sup> المادة 732 من الأمر 75 / 58 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 903.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

ويبدأ حساب مهلة السنة من يوم شهر عقد القسمة بالمحافظة العقارية، وهذا في حالة ما إذا كان المال الشائع عقارا طبقا للمادة 15 من الأمر 75/74 المتعلق بالشهر العقاري<sup>[1]</sup>. كما أنه مدة السنة في هذه الحالة هي ميعاد إسقاط وليست مدة تقادم، ومن ثمة فإن ميعاد الإسقاط هذا لا يرد عليه الوقف أو الانقطاع<sup>[2]</sup>.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن نقض القسمة للغبن مقصورا على القسمة الاتفاقية فقط دون القسمة القضائية لأن هاته الأخيرة يفترض أنها قد أحيطت بالضمانات الكافية والإجراءات اللازمة المنصوص عليها قانونا والتي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين كما ترفع دعوى الفسخ من طرف الشريك المغبون على سائر الشركاء ويقع عليه كذلك عبأ إثبات الغبن الذي يدعيه بكافة طرق الإثبات لأننا بصدد إثبات واقعة مادية، فإن استطاع أن يثبت ذلك كان على المحكمة أن تصدر حكما بفسخ القسمة بسبب الغبن الفاحش، ووجب عندها إعادة قسمة المال الشائع بصورة عادلة وذلك بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل القسمة<sup>[3]</sup>.

### المطلب الثاني

#### القسمة القضائية.

إن كان الأصل في القسمة هو أن تتم باتفاق جميع الشركاء، إلا أنه في الكثير من الأحيان يتعذر الإجماع، كما قد يفرض القانون في بعض الحالات أن تتم قسمة المال الشائع بواسطة القضاء، فالأمر الذي يدفع الشركاء إلى اللجوء إلى القضاء وطلب قسمة المال الشائع هو عدم اتفاقهم على قسمته بالتراضي، أو وجود قاصر بينهم، وعلى أية حال إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص قانوني أو اتفاق بينهم جاز لهم في أي وقت أن يطالبوا بالقسمة، و طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعماله، فهذا الحق مرتبط بوجود حالة الشيوخ ومتجدد باستمرارها، واتفاق الشركاء على قسمة المهايأة الزمانية أو المكانية لا يمنع من طلب إجراء القسمة، لأن قسمة المهايأة ليست

<sup>1</sup> المادة 732 الفقرة 02 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 461.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 67.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

إلا طريقا من طرق تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، وللقسمة القضائية أهمية بالغة في الواقع العملي لذلك ارتأينا أن نحيط بالدراسة بعض أحكامها ذات الأهمية على النحو التالي:

(الفرع الأول) مفهوم القسمة القضائية وشروطها (الفرع الثاني) الخصوم في دعوى القسمة القضائية (الفرع الثالث) المحكمة المختصة.

### الفرع الأول

#### مفهوم القسمة القضائية وشروطها.

سوف نتناول بالدراسة في هذا الفرع مفهوم القسمة القضائية (أولا) شروطها (ثانيا) أولا: مفهوم القسمة القضائية.

تحمل القسمة القضائية عدة معاني من الناحية الفقهية فقد عرفها فقهاء الحنفية على أنها القسمة التي يتولاها القاضي بطلب من أحد الشركاء، ولوقسم القاضي أو نائبة بالقرعة فليس لبعض الشركاء الرفض بعد خروج السهام [1]

كما تعرف القسمة القضائية أنها القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر عنها، رغم معارضة بعض الشركاء على إجرائها، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى دعوى القسمة [2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 724 من القانون المدني على أنه: «إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة» [3].

كما تنص المادة 88 من القانون الأسرة أنه: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحه» [4].

يتبين من خلال النصين أنه يتم اللجوء إلى القسمة القضائية في حالتين هما:

<sup>1</sup> ايمان عوني، محمود عبد الهادي، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> محمود العزمي البكري، المرجع السابق، ص 100.

<sup>3</sup> المادة 724 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

• **الحالة الأولى:** إذا لم تجتمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشروع، وفي هذه الحالة يفترض أن جميع الشركاء يتمتعون بالأهلية الكاملة وليس بينهم فاقد الأهلية أو غائباً.

• **الحالة الثانية:** إذا انعقد إجماع الشركاء على قسمة اتفاقية ولكن كان بينهم ناقص الأهلية أو غائباً، ففي هذه الحالة لا يجوز إجراء القسمة ويكون الشركاء مجبرين على اللجوء إلى القسمة القضائية<sup>[1]</sup>، وهاته الحالة نصت عليها المادة 723 من القانون المدني بقولها: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يتقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإن كان بينهم ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون»<sup>[2]</sup>.

### ثانياً: شروط القسمة القضائية.

إذا توافرت إحدى حالات القسمة القضائية فإنه يمكن لأحد الشركاء في الشروع أو جميعهم رفع دعوى أمام القضاء بغرض قسمة المال الشائع، وقد اشترط القانون بعض الشروط الأولية للقسمة القضائية سنبينها فيما يلي:

• **الشرط الأول:** يشترط لصحة القسمة القضائية أن يطلب أحد الشركاء أو فريقاً منهم إجراءها فالمحكمة لا تتدخل من تلقاء نفسها لإجراء القسمة، ولا يجوز لأي من الشركاء رفض الطلب ولو كان اتفاق سابق بينهم يقضي باستمرار الشروع لوقت غير معين<sup>[3]</sup>.

• **الشرط الثاني:** حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم، فيشترط حضور طالب القسمة وعليه أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة، ولا تصح القسمة إذا لم يحضر أحد الشركاء والسبب في ذلك هو أن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة.

• **الشرط الثالث:** ثبوت ملكية المقسوم لهم، فيشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع، والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل<sup>[4]</sup>، فيجب على الشركاء تجهيز مستندات دعوى القسمة، والتي تثبت ملكيتهم للمال الشائع المطلوب

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> المادة 723 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup> محمد كامل مرهمي باش، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، مصر، سنة 1952، ص 238.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

قسمته بينهم ، وهذه المستندات التي يستطيع بها الشركاء إثبات ملكيتهم للمال محل القسمة كثيرة ومتعددة بحسب كل دعوى ، ومحل المال الشائع المطلوب قسمته ، ولعل أهم تلك المستندات عقد البيع الابتدائي، أو إعلام الورثة الشرعي أو وضع اليد وذلك على سبيل المثال لا الحصر<sup>[1]</sup>.

### الفرع الثاني

#### الخصوم في دعوى القسمة.

##### أولاً: الخصوم في الدعوى القسمة.

أ-الشركاء في الشيوخ : يتضح من خلال نص المادة 724 قانون مدني سالفه الذكر أنه يجوز لأي شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية أن يرفع دعوى القسمة فيكون هو المدعى ويجوز ايضاً أن ترفع الدعوى من طرف أكثر من شريك في الشيوخ وحتى جميعهم ، كما قد يكون للخلف العام أو الخاص حق رفع الدعوى القسمة<sup>[2]</sup> ، ويجب أن ترفع الدعوى على سائر الشركاء فيدخلون جميعاً خصوماً في الدعوى، وفي هذا الصدد صدر القرار رقم 65223 المؤرخ في 17/02/1990 الذي جاء فيه : « انه من المقرر قانوناً إن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوخ ، أن يرفع دعوى على جميع الشركاء...»<sup>[3]</sup>

لكن قد يحدث أن ترفع الدعوى ضد بعض الشركاء دون البقية، ففي هذه الحالة يتعين على المدعى أو المدعون حسب الحالة تدارك ذلك والقيام بتصحيح الإجراءات بإدخال الشركاء الآخرين في الخصام، وإلا رفضت الدعوى شكلاً وهو ما أكدته القرار الصادر عن المجلس الأعلى للغة المدنية بتاريخ 07/12/1988 تحت رقم 47222.

كما يجوز للشركاء الذين لم يتم إدخالهم في الدعوى أن يتدخلوا من تلقاء أنفسهم وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وقبل إقفال باب المرافعات مادامت لهم صفة ومصلة، أيضاً

<sup>1</sup> عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 429.

<sup>2</sup> كيرة حسن، المرجع السابق، ص 912.

<sup>3</sup> المادة 194-201 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 عام 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخالهم تحت طائلة غرامة تهديدية طبقاً لأحكام المواد 194، 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### - دائني الشركاء .

جاء في نص المادة 729 من القانون المدني: «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم....»، أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة غش».[1]

كذلك نصت المادة 189 من القانون المدني الجزائري أنه «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يتحمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن بسبب غيره، وأن يزيد فيه ولا يجب على الدائن أن يكف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخل في الخصام» [2]

طبقاً لهذه المواد فإن لدائني الشريك استعمال ما يبيحه القانون في سبيل حماية حقوقهم فالمشرع قدر أن للدائنين مصلحة جدية في أن يتدخلوا في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطؤٍ يحتمل وقوعه بين الشركاء ، والدائنون هنا هم دائني الشركاء أو كل شريك سواء كان للدائن حق شخصي أو حق مقيد ، ويستوي أن يكون الحق واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك ، فالدائن على هذا النحو يعنيه أن تتم القسمة دون الإضرار بمصالحه، كأن يباع المال الشائع بالمزاد واقتصره على الشركاء فقط الشيء الذي قد يجعل المزاد ضئيل وغيرها ، فإذا علم الدائن أن للمدين حصة في المال الشائع وكان الشيوغ على وجه الانقضاء بالاتفاق على القسمة ،جاز لهذا الدائن طلب التدخل في إجراء القسمة كمرقب فقط ،وإذا لاحظ وجود إضرار بمصالحه جاز له اللجوء إلى القضاء لطلب القسمة القضائية وذلك باستعماله طريق الدعوى الغير مباشرة .

<sup>1</sup>عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص435.

<sup>2</sup>المادة 189 الأمر 58/75 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

### ثانيا: المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة.

يقصد بالاختصاص القضائي مدى صلاحية الجهة القضائية إقليميا ونوعيا للفصل في النزاع المرفوع أمامها، ولم يحدد القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين تنظيمه لقواعد قسمة المال الشائع المحكمة المختصة لنظر دعوى القسمة، وفي غياب أي نصوص خاصة وجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

#### أ- الاختصاص النوعي.

يقصد بالاختصاص النوعي صلاحية الجهة القضائية لنظر نزاع يدخل ضمن ولاية القضاء، وجاء في المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: «المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ... وتفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية .. العقارية وقضايا شؤون الأسرة»

كما تنص المادة 512 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: في القسمة وتحديد المعالم»

#### ب- الاختصاص المحلي.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع في تحديده لقواعد الاختصاص المحلي وضع قاعدة عامة بحيث جعل الاختصاص المحلي ينعقد لمحكمة موطن المدعي عليه طبقا للمادة 37 قانون إجراءات المدنية والإدارية غير أنه أورد على هذه القاعدة استثناءات.<sup>[1]</sup>

ففي تحديد المحكمة المختصة إقليميا للنظر في دعوى القسمة القضائية، وجب التفرقة بين ما إذا كان المال الشائع محل القسمة منقولاً أو عقاراً، فإذا كان المال الشائع منقولاً كانت المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، أو أحدهم إن تعددوا، أما إذا كان المال الشائع عقاراً كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هي التي يقع في دائرتها اختصاصها العقار المطلوب قسمته وهذا ما نصت عليه المادة 40 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها «... في المواد العقارية ... أمام المحكمة التي

<sup>1</sup>المواد 512-32 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

يقع في دائرة اختصاصها العقار» ،وتضيف المادة 498 قانون الإجراءات المدنية يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي وهو ما يتوافق مع نص المادة 2/40 بقولها: « في مواد الميراث...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي»<sup>[1]</sup>

### الفرع الثالث

#### إجراءات القسمة القضائية.

#### أولا القسمة العينية.

يقصد بالقسمة العينية توزيع المال الشائع بين الشركاء عينا بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز منه، غيرانه يشترط لصحة القسمة العينية أن يكون المال الشائع قابلا للقسمة عينا ويعتبر المال الشائع كذلك إذا كان بالإمكان قسمته دون أن تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة، أي إذا ما كان من شأن القسمة ألا تؤدي إحداث ضرر أو نقص كبير في قيمة العين المراد قسمتها، فالمقصود هو أن يكون المال الشائع قابلا للانتفاع به بعد القسمة بنفس المنفعة التي كان الشركاء يحصلون عليها قبل القسمة.<sup>[2]</sup>

ولذا قبل تطرق القاضي لمسألة قسمة المال وكيفيةها عليه التأكد من أن المال قابلا للقسمة عينا، وهذا ما نصت عليه المادة 737 من القانون المدني بقولها: «ليس للشركاء في المال الشائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من العرض الذي أعدله هذا المال، وأنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع»، فالقاضي هو الذي يتولى القسمة بنفسه وله في ذلك أن يعين خبيرا خاصة إذا المال المراد قسمته عقارا، وللخبرة دورا كبيرا في هذا المجال فهي تحقق العدالة وفرض مبدأ المساواة في القسمة وبالتالي إرضاء جميع الخصوم. ومن خلال قراءة المواد 724-725-726-727 قانون مدني جزائري أن القسمة العينية تمر بثلاث المراحل وهي:

<sup>1</sup>المواد 37- 40- 498 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 71.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

### أ- المرحلة الأولى: قسمة المال الشائع إلى حصص أو تحديدها.

تنص المادة 02/724 من القانون المدني الجزائري بقولها «وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع، وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته». وتضيف المادة 725 من نفس القانون أنه: «يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى ولو كانت القسمة جزئية، وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه».<sup>[1]</sup>

يستخلص من هذين النصين أن القاضي يتولى عملية القسمة بنفسه حين يرى أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية ولا ينتج عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته، وذلك باعتبار أن القاضي هو الخبير الأول، فضلا أن المشرع ترك امر الالتجاء للخبراء لتقدير القضاة بقوله في المادة 02/724 سابقة الذكر «... وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا» ، ولكن المحاكم عادة ما تقوم بندب خبير للقيام بالقسمة ،حيث تكون مهمة الخبير إبداء رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته أو أنها غير ممكنة ،وفي هاته الحالة الأخيرة يرفع الأمر إلى المحكمة من أجل إجراء قسمة التصفية ، أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا متساوية على أساس أصغر نصيب وتستوي في ذلك القسمة الكلية والجزئية ،أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع وذلك بقدر حصته في هذا المال، أما إذا تعذر على أحد الشركاء أن يأخذ كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه، وفي حالة عدم اتفاق الشركاء على توزيع الحصص تجري القرعة فيحرر القاضي العقاري محضر بحضور جميع الشركاء يسند عليه كل شريك حصته مفرزة ، كما تصادق المحكمة على تقرير الخبير.<sup>[2]</sup>

<sup>1</sup>المواد 724-725 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 921-922.

### ب - المرحلة الثانية: الفصل في المنازعات.

تنص المادة 726 من القانون المدني «تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص»، حيث يتبين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء التي يفصل فيها القاضي قبل المضي في دعوى القسمة نوعين:

• **النوع الأول:** منازعات متعلقة بتكوين الحصص كأن يدعي أحد الشركاء أن الحصص التي كونها الخبير غير متساوية، أو يدعي أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب، أو أنه يمكن تقسيم المال على حصص بطريقة أفضل، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة ذلك أن تكوين حصص يدخل في أعمال القسمة، ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء فقد يدعي أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق.

• **النوع الثاني:** وهي المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص ومن أمثلتها أصل ملكية الشريك لحصته شائعة كأن يدعي أحد الشركاء أن الشريك الآخر المتدخل في دعوى القسمة لا يملك شيء في المال الشائع ويجب إستبعاده، أو ينازع أحد الشركاء الشريك الآخر في مقدار حصته.

### ج - المرحلة الثالثة: الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا.

نصت المادة 727 من القانون المدني على ما يلي: «تجري القسمة بطريقة الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

يتبين من هذا النص أنه في هذه المرحلة يكون القاضي قد بث نهائيا في المنازعات ما بين الشركاء، وأصبح حق كل شريك في المال المراد قسمته مبتوتا فيه، وفي هاته المرحلة دعوى القسمة تنتهي إلى إصدار حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذي أل إلى كل شريك.

### د - المرحلة الرابعة: التصديق على حكم القسمة في حالات الخاصة.

إذا كان بين الشركاء غائب، أو من لم تتوافر فيه الأهلية المطلوبة وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون.<sup>[1]</sup> وتتم عملية القسمة العينية بطريقتين:

<sup>1</sup>المواد 726-727 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

### • الطريقة الأولى: القرعة بعد توزيع الحصص على أساس أصغر نصيب.

بهذه الطريقة يتم تقسيم المال الشائع على أساس أصغر حصة، فلو كانت أصغر حصة هي السدس مثلا قسم المال إلى ستة أجزاء، تمهيدا لإجراء القرعة بين الشركاء، وتمتاز هذه الطريقة بأنها تتفادى احتمال التحيز لشريك على حساب الآخر، إلا أنها تؤدي إلى توزيع نصيب صاحب الحصة الأكبر كونه سيحصل عليها في أجزاء متفرقة مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به.<sup>[1]</sup> فالأصل أن يقسم المال الشائع إلى حصص عينية متساوية وعلى أساس أصغر نصيب، ثم تتم القسمة على أساس الاقتراع وهو ما نصت عليه المادة 01/725 السالفة الذكر وأكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها القرار رقم 242694 الصادر بتاريخ 2001/03/14 والذي جاء فيه «لما قضى المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون أن يبرروا اختيارهم ، يكونوا خرخوا أحكام المادة 728 قانون مدني كما أنهم خالفوا أحكام المادة 727 قانون مدني بعدم اتخاذ إجراءات القرعة في قسمة الأملاك الشائعة المفروضة بها ،مما يجعلهم قد اسأؤوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض»<sup>[2]</sup>

• الطريقة الثانية: القسمة بطريق المعدل تنص المادة 02/ 725: «إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه»، حيث يفهم من هذا النص أنه إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص عينية متساوية، اقتضى الأمر اللجوء إلى القسمة بطريق المعدل، وحينئذ يجوز استثناء إكمال الحصة الناقصة عينا بمبلغ نقدي يدفعه صاحب الحصة الكبرى إلى صاحب الحصة الصغرى، حتى تتعادل الحصتان، لذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل، وهو كمعدل في عقد المقايضة»<sup>[3]</sup>

كما يمكن أن تتم القسمة في هذه الحالة بطريق القرعة وبطريق المعدل معا ، فمن يقع في نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة يصبح مدينا بمعدل لمن وقعت الحصة الصغرى في نصيبه ، وللمدين هنا حق امتياز على أموال مدينه طبقا لمادتين 988 ، 1001 قانون

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص73.

<sup>2</sup> قرار رقم 242694، الصادر بتاريخ 14/03/2001، المجلة القضائية، العدد 152، لسنة 2002، ص274.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص923.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

مدني جزائري، فالخبير يقوم مسبقا بتقويم الحصص سواء كبرى أو صغرى ويحدد المعدل الممنوح لكل من تقع في نصيبه حصة صغرى ، كما يحدد المعدل الواجب دفعه من طرف كل من يقع في نصيبه حصة كبرى ،والعبرة في التقويم بتحديد قيمة المال وقت القسمة لا وقت رفع الدعوى أو بدء الشروع ، ويشترط لتطبيق القسمة بطريق المعدل أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية باعتبار أن هذه القسمة هي طريق من طرق القسمة العينية وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : « حيث أنه من جهة أخرى فإن المادة 725 في فقرتها الثانية تنص على أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما نقص من نصيبه ...، والحال أن قضاة الموضوع منحوا إثنين من الشركاء نصيبهما نقدا كلية دون الحصول على نصيب ناقص عينا، فخالفوا بذلك نص المادة المذكورة ،وأخطئوا في تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض».[1]

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص، فإن الخبير يقوم مباشرة بتحديد نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع، وذلك بقدر حصته في هذا المال، وهذا ما يسمى القسمة بطريق التجنيب.[2] والمشرع الجزائري لم يجعل هذا النوع الأخير طريقة من طرق القسمة العينية القضائية فالقاضي لا يمكنه تجنيب نصيب مفرز لكل شريك، غير أنه لا مانع أن تتم القسمة العينية بطريق التجنيب ولو أمكن تكوين الحصص على اساس أصغر نصيب وهذا إذا اتفق عليها الخصوم.

وفي جميع الأحوال التي تتم بها القسمة العينية يجب تحرير محضر يثبت هذه القسمة ويصدر الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، مع بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة بدقة فإذا كان محل القسمة عقارا وجب تحرير الموقع والمساحة وقيمة النصيب، واعتبرت المحكمة العليا أن تخلف بيان هذه المزايا يعد تقصيرا يمنع معرفة مدى عدالة القسمة.

### ثانيا: قسمة التصفية.

يقصد بقسمة التصفية بيع المال الشائع بالمزاد العلني ويوزع عنه ثمنه بين الشركاء كل بنسبة حصته<sup>[3]</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 728 من القانون المدني بقولها «إذا تعذرت

<sup>1</sup>قرار رقم 151301، صادر بتاريخ 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، ص28.

<sup>2</sup>أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص479.

<sup>3</sup>يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص74.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع»<sup>[1]</sup>

فقسمة التصفية تعتبر طريقا احتياطيا لإجراء القسمة لا يتم اللجوء إليها إلا عند تعذر الطريق الأصلي وهو طريق القسمة العينية، سواء كانت هذه القسمة مستحيلة أو يترتب عليها انخفاض في قيمة المال، وللمحكمة السلطة التقديرية في مدى استحالة القسمة من عدمها ، ولها أن تستعين بالخبراء خاصة إذا كان المال المشاع عقارا وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 33797 الصادر في 05 / 11 / 1984 والذي جاء فيه: «إنه مادام لم يثبت أن الدار محل النزاع غير قابلة للقسمة فإن قضاة الاستئناف بصرفهم الأطراف للتقاضي من جديد أمام المحكمة الابتدائية ليبيّنوا عن طريق الخبرة أن العقار لا يقبل القسمة كما يزعمه الطاعنون كانوا على صواب فيما قضوا به»<sup>[2]</sup>، أما إذا كان المال الشائع منقولاً فيتعين في بيعه لعدم إمكانية قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التي يوقع الحجز عليها لدى المدين ، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع، و القسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني وقسمة الثمن الذي يرسو عليه المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته في المال الشائع ، حيث تصدر المحكمة المرفوعة أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع بالمزاد العلني متى ثبت لها استحالة القسمة العينية، ذلك أن هذا الحكم هو إجراء من الإجراءات القسمة.

وبياع المال الشائع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الإدارية، والأصل انه يجوز أي شخص أن يتقدم للمزايدة سواء كان أحد الشركاء أو شخص من الغير، غيرانه قد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبي في الدخول فيها ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء ، وهذا ما نصت عليه المادة 728 من قانون مدني جزائري حيث سمحت أن تكون المزايدة بين الشركاء فقط إذا

<sup>1</sup>المادة 728 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>دفاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2012، ص108.

## الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته

انتقوا على ذلك بالإجماع، والمحكمة ملزمة بهذا الاتفاق، وفي هذا السياق صدر قرار عن المحكمة العليا رقم الصادر 41996 بتاريخ 2 جوان 1986 أهم ما جاء فيه «إنه في حالة تعذر القسمة عينا ... بيع المال بالمزاد العلني وذلك بالطرق المنصوص عليها قانونا، غير أنه يمكن أن تكون هذه المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم، إذا ما طلبوا هذا بالإجماع وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم في الدار المشاعة بينهم وبين المدعى عليهم دون عرض الدار للبيع بالمزاد العلني»، أما إذا لم يتحقق فإجماع وجب بيع المشاع بالمزاد العلني المفتوح للأجانب.<sup>[1]</sup>

<sup>1</sup>قرار رقم 41996 صادر بتاريخ 1986/06/02، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1986، ص 78.

## فهرس الموضوعات

### فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
	شكر وعرقان
	اهداء
أ-ث	المقدمة
05	الفصل الأول: ماهية الملكية الشائعة وإدارتها
05	المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة ومصادرها
05	المطلب الأول: مفهوم الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية
06	الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة
07	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة
10	المطلب الثاني: مصادر الملكية الشائعة وخصائصها
10	الفرع الأول: مصادر الملكية الشائعة
12	الفرع الثاني: خصائص الملكية الشائعة
13	المطلب الثالث: تميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات
14	الفرع الأول: تميز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة
15	الفرع الثاني: تميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة
16	المطلب الرابع: أنواع الشيوخ
16	الفرع الأول: الشيوخ الاختياري
17	الفرع الثاني: الشيوخ العادي
18	المبحث الثاني: إدارة الملكية الشائعة
19	المطلب الأول: إدارة الملكية الشائعة بإجماع الشركاء
19	الفرع الأول: قسمة وأحكامها المهايأة
27	الفرع الثاني: الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع ونفقاته وإدارته
31	المطلب الثاني: إدارة الملكية بأغلبية الشركاء

## فهرس الموضوعات

31	الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة
36	الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة
42	الفصل الثاني: التصرف في المال الشائع وقسمته
42	المبحث الأول: حكم التصرف الفردي والجماعي في المال الشائع
43	المطلب الأول: تصرف الشريك منفردا
43	الفرع الأول: حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة
54	الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع
59	الفرع الثالث: حكم تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع
61	المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع
62	الفرع الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع
67	الفرع الثاني: حكم تصرف الأغلبية الشركاء في المال الشائع
72	المبحث الثاني: قسمة المال الشائع
73	المطلب الأول: القسمة الاتفاقية الرضائية
74	الفرع الأول: شروط القسمة الاتفاقية
80	الفرع الثاني: الإجراءات القسمة الاتفاقية
82	الفرع الثالث: كيفية الطعن في القسمة
84	المطلب الثاني: القسمة القضائية
84	الفرع الأول: مفهوم القسمة القضائية
86	الفرع الثاني: الخصوم في الدعوى القسمة
90	الفرع الثالث: الإجراءات القسمة القضائية
98	الخاتمة
102	قائمة المراجع
	الملخص

إن القارئ لموضوع بحثنا الموسوم بعنوان «الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري» يجد أنه يكتسي أهمية كبيرة في المجال القانوني، وتتجلى هذه الأهمية على المستويين النظري والعملي، أما المشرع الجزائري فقد نظمها في التقنين المدني من خلال نصوص المواد من 713 إلى 742 وعرفها في المادة 713 منه بقوله «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك».

أما عن الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع وفقاً لما تبناه المشرع الجزائري فقد اعتبر أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها بشرط ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، وهذا وقد ينشأ الشيوع بسبب التصرف القانوني كالبيع والهبة... ويسمى هنا بالمصدر الاختياري، كما قد ينشأ بسبب الواقعة المادية كالحيازة دون أن ننسى الميراث الذي يعد أكثر أسباب الشيوع وقوعاً في حياة العملية، كما يأخذ الشيوع نوعان: الشيوع العادي والشيوع الإجباري.

إن الموضوع الملكية الشائعة يثير عدة نزاعات في الواقع العملي نظراً لتزاحم حقوق الشركاء على نفس المحل الذي تكون فيه الحصص غير مفرزة فيحدد أن تختلفا الرغبات الشركاء حول الانتفاع وإدارة هاته الملكية، وبناء على هذا تتدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين الشركاء وتكفل بوضع القواعد تتعلق بكيفية إدارة المال الشائع فقرر بموجب المادة 715 من القانون المدني الجزائري أن إدارة المال الشائع تكون بإجماع من الشركاء ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وأساس هذا الإجماع هو ما للشركاء من حقوق متساوية فيه وتعتبر قسمة المهابة من أهم صور الانتفاع والإدارة التي يعبر بها الشركاء عن إجماعهم والتي نظم المشرع أحكامها في المواد 733 إلى 736 من التقنين المدني، غير أنه لما كان من غير الميسور أن ينعقد الإجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة فقد وضع المشرع استثناء على قاعدة الإجماع في نص المادة 716 قانون مدني وقرر الاكتفاء بالأغلبية لإدارة المال الشائع مفرقا بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة.

أما بالنسبة لأعمال لحفظ والصيانة فقد أخرجها المشرع عن قاعدة الإجماع والأغلبية حيث يمكن سمح أن يتولاها كل شريك في الشيوع بمفرده دون الحاجة لموافقة باقي الشركاء، أما نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وسائر التكاليف فيتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ما لم يوجد نص يقضي غير ذلك وهذا ما نصت عليه المواد 718 و719 من القانون المدني.

كما أن الثابت من خلال النص المادة 714 من القانون المدني أن كل شريك في الشيوع يملك حصته شائعة ملكاً تاماً، وله الحق في التصرف فيها منفرداً بجميع نواع التصرف سواء كان هذا التصرف بعوض كالبيع أو تبرعاً كالهبة، وسواء كان تصرف الشريك ناقلاً

## المخلص

للملكية أو مرتبا لحق عيني...ايضا يحق للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة لأحد من الشركاء أو جميعهم، كما قد يتصرف لأجنبي وفي هاته الحالة يحق لباقي الشركاء ممارسة حق استرداد الحصاة الشائعة المتصرف فيها، أو ممارسة حق الشفعة طبقا للمواد و721و795 من القانون مدني، وإضافة إلى صورة التصرف الفردي هناك التصرف الجماعي الذي يقتضي كأصل عام إجماع جميع الشركاء المشاعين غير أنه قد لا يتحقق هذا الإجماع دائما فقد أوجد المشرع نظام يسهل من عملية التصرف وهو نظام الأغلبية المنصوص عليه في المادة 720 من قانون مدني حيث أجازت المادة للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية مع إعطاء الأقلية غير الموافقة على قرار الأغلبية حق الاعتراض أمام المحكمة المختصة .

- وفي الأخير خلصنا ان الشيوخ هو حالة مؤقتة مصيرها الزوال والانقضاء، حيث ينقضي بأسباب متعددة، غير أن القسمة تعد الوسيلة الأكثر استعمالا من طرف الشركاء والتي يتم اللجوء إليها عادة لإنهاء حالة الشيوخ وتبعاً لذلك فصلنا نوعا ما في دراستها، وهاته القسمة نوعين اتفاقية وقضائية.